ДОКАЗАТЕЛЬСТВА И ДОКАЗЫВАНИЕ

В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ

К. Н. Пильков

К. Н. Пильков

ДОКАЗАТЕЛЬСТВА И ДОКАЗЫВАНИЕ В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ

Киев
Освита Украины
2016

УДК 341.637: 341.983(075.8)
ББК 67.93я73
П 324

Рекомендовано к печати Ученым советом Научно-исследовательского института частного права и предпринимательства им. академика Ф. Г. Бурчака НАПН Украины (протокол № 7 от 22 июня 2016 года)

Рецензенты:

Притыка Юрий Дмитриевич, доктор юридических наук, профессор кафедры правосудия Киевского национального университета им. Т. Г. Шевченко

Венедиктова Ирина Валентиновна, доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедры гражданско-правовых дисциплин Харьковского национального университета им. В. Н. Каразина

Чуйко Елена Васильевна, доктор психологических наук, доцент, заведующая кафедры социальной работы Киевского национального университета им. Т. Г. Шевченко

П 324 Пильков К. Н.
Доказательства и доказывание в международном коммерческом арбитраже : Научно-практическое пособие. – Киев : Освита Украины, 2016. – 20 + 610 с.

ISBN 978-617-7241-81-1

Пособие посвящено теоретическим и практическим проблемам доказывания в международных коммерческих арбитражных разбирательствах. Исследованы различные подходы к решению важных вопросов, связанных с получением, исследованием и оценкой доказательств. Описаны различные процессуальные техники представления доказательств. Особое внимание уделено тенденциям унификации практики доказывания.

Автор, Константин Николаевич Пильков, кандидат юридических наук, адвокат, партнер юридической фирмы «Cai & Lenard», внесен в списки арбитров МКАС при ТПП Украины, других арбитражных центров, член Королевского института арбитров (Великобритания) и ряда арбитражных сообществ, представляет клиентов в международных арбитражных процессах, действует в качестве арбитра в национальных третейских разбирательствах и международном арбитраже.

Пособие предназначено для юристов-практиков, научных исследователей и всех, кто интересуется вопросами международного коммерческого арбитража.

© Пильков К. Н., 2016
© Освита Украины, 2016

Выражение благодарности

Автор благодарен коллегам за добрые советы, поддержку и критику при подготовке этого издания. За помощь и научное наставничество автор искренне благодарит доктора юридических наук, профессора Юрия Дмитриевича Притыку, за профессиональную критику и помощь в научном обосновании представленных в этой книге доктрин автор очень признателен доктору юридических наук, профессору Ирине Валентиновне Венедиктовой и доктору психологических наук, доценту Елене Васильевне Чуйко.

Автор выражает благодарность профессору Николаю Федосовичу Селивону, председателю МКАС при ТПП Украины, за ценную критику и научную дискуссию по поводу некоторых подходов к доказыванию, изложенных в этой книге.

За помощь и ценные отзывы в отношении научных постулатов, которые легли в основу этой книги, автор также очень признателен арбитру МКАС при ТПП Украины, кандидату юридических наук, доценту Людмиле Федоровне Винокуровой, кандидату юридических наук, доценту Владимиру Ивановичу Нагнибиде, кандидату юридических наук Владимиру Ивановичу Бобрику.

Автор искренне благодарит и безмерно признателен доктору юридических наук, профессору Наталье Рафаэловне Малышевой и кандидату юридических наук, доценту Наталье Дмитриевне Красилич за приобщение к юридической науке, а кандидату юридических наук, доценту Светлане Прокофьевне Коломацкой – за привитую со студенческой скамьи любовь к международному частному праву и международному арбитражу.

Краткое оглавление

Выражение благодарности iii
Краткое оглавление iv
Условные сокращения xix
Предисловие. 1

ЧАСТЬ I. БАЗОВЫЕ КАТЕГОРИИ ДОКАЗЫВАНИЯ В АРБИТРАЖЕ 5

Глава 1. Общие положения о доказывании 6
Глава 2. Принципы доказывания 22
Глава 3. Право, которым регулируется доказывание 41
Глава 4. Унификация правового регулирования доказывания. 63
Глава 5. Стандарт доказывания 91
Глава 6. Предмет доказывания. 105
Глава 7. Бремя доказывания 170
Глава 8. Презумпции и фикции 202

ЧАСТЬ II. ДОКАЗАТЕЛЬСТВА В АРБИТРАЖЕ. 227

Глава 9. Доказательство 228
Глава 10. Свойства доказательств. 246

ЧАСТЬ III. ОТДЕЛЬНЫЕ ВИДЫ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ 293

Глава 11. Письменные доказательства 294
Глава 12. Свидетельские показания. 303
Глава 13. Экспертные доказательства 352
Глава 14. Вещественные доказательства. 407

ЧАСТЬ IV. ПОЛУЧЕНИЕ И ОЦЕНКА ДОКАЗАТЕЛЬСТВ. . . . 413

Глава 15. Представление, предоставление и получение доказательств. 414
Глава 16. Недобросовестность в доказывании 483
Глава 17. Исследование и оценка доказательств 508
Глава 18. Психологические аспекты доказывания в арбитраже 540

Библиография 567
Предметный указатель 598
Указатель арбитражной практики 605

Оглавление

Выражение благодарности iii
Краткое оглавление iv
Оглавление v
Условные сокращения xix
Предисловие 1

ЧАСТЬ I. БАЗОВЫЕ КАТЕГОРИИ ДОКАЗЫВАНИЯ В АРБИТРАЖЕ 5

Глава 1. Общие положения о доказывании 6
§ 1.1. Понятие доказывания 6
§ 1.2. Участники процесса доказывания 9
§ 1.3. Стадии доказывания в арбитраже 12
§ 1.4. Цель доказывания в арбитраже 15
§ 1.5. Логический фундамент доказывания 17

Глава 2. Принципы доказывания 22
§ 2.1. Практическое значение принципов 22
§ 2.2. Принципы справедливого разбирательства 26
2.2.1. Принцип предоставления разумной возможности представить аргументы и доказательства 28
2.2.2. Принцип равного отношения к сторонам 30
i. Процессуальное равенство 31
ii. Беспристрастность 32
§ 2.3. Принципы, обеспечивающие эффективность доказывания 33
2.3.1. Принцип пропорциональности 34
2.3.2. Процессуальная экономия 35
§ 2.4. Принцип добросовестности в доказывании 37
§ 2.5. Автономия арбитров и автономия сторон 39

Глава 3. Право, которым регулируется доказывание 41
§ 3.1. *Lex evidentia* в арбитраже 41
§ 3.2. Процессуальное право 44
3.2.1. Границы процессуального права 44
3.2.2. «Внутреннее» и «внешнее» процессуальное право . . 44
3.2.3. Публичный порядок 49
3.2.4. Принципы права 50
3.2.5. Соглашение сторон и обязательные нормы 51
3.2.6. Неприменимость *lex fori* 54

§ 3.3. Материальное право 57
§ 3.5. Право, имеющее тесную связь с доказательствами 59
§ 3.6. Право страны исполнения арбитражного решения 60

Глава 4. Унификация правового регулирования доказывания 63
§ 4.1. Международные договоры 64
4.1.1. Первые региональные соглашения 64
4.1.2. Универсальные договоры 65
i. Женевский протокол об арбитражных оговорках 65
ii. Женевская конвенция об исполнении иностранных арбитражных решений 66
iii. Нью-Йоркская конвенция 66
4.1.3. Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже 67
§ 4.2. Типовые законы 69
§ 4.3. Арбитражные регламенты 72
§ 4.4. Правила и рекомендации по доказыванию 76
4.4.1. Правила IBA 76
4.4.2. Комментарии ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства 78
4.4.3. Техники контроля времени и расходов в арбитраже 80
4.4.4. Другие документы рекомендательного характера 83
i. Стандартный регламент исследования доказательств 83
ii. Руководящие принципы ICDR по обмену информацией 84
iii. Протокол CPR раскрытия документов и представления свидетелей в коммерческом арбитраже 84
iv. Протоколы CIArb 85
v. Принципы УНИДРУА транснациональных гражданских процессов 86
vi. Рекомендации по установлению содержания применимого права 86
§ 4.5. Современные процессы унификации 87

Глава 5. Стандарт доказывания 91
§ 5.1. Понятие стандарта доказывания 91
§ 5.2. Соотношение стандарта доказывания и внутреннего убеждения 92
§ 5.3. Виды (уровни) стандартов доказывания. 94
§ 5.4. Стандарт доказывания, применяемый в арбитраже 96
§ 5.5. Стандарт *prima facie* 100
§ 5.6. Стандарт доказывания и обеспечительные меры 102

Глава 6. Предмет доказывания. 105
§ 6.1. Определение понятия 105
§ 6.2. Обстоятельства, составляющие предмет доказывания 107
6.2.1. Обстоятельство и факт: соотношение понятий 107
6.2.2. Вопросы факта 108
6.2.3. Классификация фактов 110
i. *Factum probandum* и *factum probans* 110
ii. *Res gestae* 110
iii. Простые и сложные факты 113
iv. Позитивные и негативные факты 114
6.2.4. Вопросы мнения 114
6.2.5. Вопросы права. 117
i. Сложности разграничения. 117
ii. *Iura novit curia* в международном арбитраже 118
iii. Доктрина явного пренебрежения права 130
iv. Прецедент 132
v. Прецедентное значение судебных решений в арбитраже 133
vi. Значение арбитражных решений и формирование арбитражной практики 133
§ 6.3. Обстоятельства, не требующие доказывания 138
6.3.1. Факты, в отношении которых отсутствует спор 142
i. Согласованные сторонами, признанные и неоспоренные факты 142
ii. Признание факта поведением, значение молчания 143
iii. Способы сужения круга обстоятельств, в отношении которых существует спор 144

iv. Обязательность для арбитражного суда
признания факта и соглашения сторон 146
6.3.2. Общеизвестные факты 148
6.3.3. Преюдициальное значение 154
i. Факты, установленные в арбитражном
решении 155
ii. Значение фактов, установленных
в судебном решении 158
§ 6.4. Формирование и динамика предмета доказывания 160
6.4.1. Источники формирования
предмета доказывания 160
6.4.2. Бифуркация. Трифуркация 165
§ 6.5. Предмет доказывания в арбитраже *ex aequo et bono* 168

Глава 7. Бремя доказывания 170
§ 7.1. Соотношение бремени доказывания и права
представить доказательства 170
§ 7.2. Общий принцип возложения бремени доказывания 172
§ 7.3. Правовая природа бремени доказывания 174
§ 7.4. Сторона, которая несет бремя доказывания. 175
7.4.1. Бремя доказывания обстоятельства, а не иска 175
7.4.2. Право арбитражного суда
возлагать бремя доказывания 177
7.4.3. Бремя доказывания на ответчике 177
§ 7.5. Составляющие бремени доказывания 180
§ 7.6. Выполнение бремени доказывания *prima facie*.
Бремя возражения. 183
§ 7.7. Последствия невыполнения бремени доказывания 186
7.7.1. Невыполнение бремени убеждения 186
7.7.2. Невыполнение бремени предоставления
доказательств 186
§ 7.8. Роль арбитра в выполнении бремени доказывания. 189
7.8.1. Инициатива в установлении фактов 191
7.8.2. Инициатива в установлении
содержания права. *Iura novit arbiter* 193
7.8.3. Право арбитра комментировать
выполнение бремени доказывания. 199
7.8.4. Делегирование функций арбитража в вопросах
доказывания 201

Глава 8. Презумпции и фикции 202
§ 8.1. Природа презумпций и фикций. Классификация 202
8.1.1. Общие замечания 202
8.1.2. Фактические и юридические презумпции 203
8.1.3. Опровержимые и неопровержимые презумпции 205
8.1.4. Природа правовой фикции 205
8.1.5. Процессуальные и материальные правовые презумпции и фикции 206
§ 8.2. Некоторые процессуальные презумпции в арбитраже . . . 211
8.2.1. Обзор процессуальных презумпций 211
8.2.2. Презумпции безотносимости и несущественности документов, материалов и показаний 213
8.2.3. Презумпция несущественности запрашиваемых доказательств 214
8.2.4. Презумпция наличия полномочий 215
8.2.5. Презумпция отсутствия спора о подлинности 216
8.2.6. Презумпция «*omnia contra spoliatorem*» 218
§ 8.3. Материально-правовые презумпции 221
8.3.1. Значение и применение презумпций 221
8.3.2. Презумпции добросовестности и правомерности действий 223
8.3.3. Презумпция против нарушителя 224
8.3.4. *Res ipsa loquitur* 224

ЧАСТЬ II. ДОКАЗАТЕЛЬСТВА В АРБИТРАЖЕ 227

Глава 9. Доказательство 228
§ 9.1. Понятие доказательства 228
9.1.1. Доказательство и средство доказывания 228
9.1.2. Доказательство «*evidence*» и доказательство «*proof*» 231
§ 9.2. Классификация доказательств 232
9.2.1. Доказательства факта и права 232
9.2.2. Классификация доказательств права 233
9.2.2. Вещественные и личные доказательства 235
9.2.3. Классификация по источнику доказательственной информации 237
9.2.4. Прямые и косвенные доказательства 237
9.2.5. Первичные и производные доказательства 239

9.2.6. Самостоятельные, подтверждающие и требующие аутентификации доказательства 241
9.2.7. Другие классификации 242
§ 9.3. Лучшее доказательство 243

Глава 10. Свойства доказательств. 246
§ 10.1. Общие вопросы 246
§ 10.2. Допустимость *sensu lato* 251
§ 10.3. Относимость 254
10.3.1. Понятие относимости. 254
10.3.2. Непосредственная и опосредованная относимость 255
10.3.3. Сложности разграничения с другими свойствами 255
10.3.4. Отказ в принятии и исключение материалов в связи с отсутствием связи с делом 257
10.3.5. Связь относимости и процесса рассмотрения 259
10.3.6. Ссылка на подобные обстоятельства. 260
§ 10.4. Существенность. 261
§ 10.5. Допустимость *sensu stricto* 263
10.5.1. Понятие допустимости. 263
10.5.2. Право, определяющее допустимость. 264
10.5.3. Основания для признания доказательства недопустимым. 266
10.5.4. Решение арбитражным судом вопроса о допустимости доказательств. 268
10.5.5. Соглашение сторон о допустимости доказательств. 270
10.5.6. Проблемные случаи, связанные с допустимостью доказательств 272
i. Незаконно полученные доказательства 272
ii. Привилегии 272
iii. Документы эксперта 278
iv. Предложения об урегулировании спора. 279
v. *Parol Evidence* 287
10.5.7. Способы определения недопустимых доказательств и защиты привилегированной информации 289
i. Рассмотрение вопроса о допустимости до ознакомления с доказательством 289

ii. Конфиденциальное ознакомление. Извлечение недопустимых материалов. 289
iii. Ознакомление арбитражного суда с доказательством без участия стороны (*in-camera review*) 290
iv. Привлечение эксперта и других лиц 291

ЧАСТЬ III. ОТДЕЛЬНЫЕ ВИДЫ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ 293

Глава 11. Письменные доказательства 294
§ 11.1. Письменное доказательство и документ: соотношение понятий. 294
§ 11.2. Аудио- и видеозапись как письменное доказательство 295
§ 11.3. Электронные доказательства 296
11.3.1. Сложная природа электронного доказательства. 296
11.3.2. Метаданные 300

Глава 12. Свидетельские показания. 303
§ 12.1. Общие вопросы 303
§ 12.2. Требования к свидетельским показаниям 304
§ 12.3. Вопросы допустимости некоторых показаний 306
12.3.1. Допустимость показаний лиц с потенциальным конфликтом интересов. 307
12.3.2. Разграничение показаний и заявлений о позиции по делу. 308
12.3.4. Показания с чужих слов (*hearsay*) 308
i. Понятие, содержание и формы *hearsay* 308
ii. Ссылки на сообщения в СМИ. 310
iii. Репутация 311
iv. Решение вопроса о принятии показаний с чужих слов 312
§ 12.4. Этика контактов со свидетелем 312
§ 12.5. Письменные показания. 315
12.5.1. Допустимость письменных показаний 315
12.5.2. Письменные заявления о предмете свидетельских показаний 316
12.5.3. Доказательное значение письменных показаний 316
i. Значение показаний до слушаний. 316

ii. Доказательное значение письменных показаний после устного допроса 318
iii. Значение показаний в случаях, когда устный допрос не проводится 319
12.5.4. Получение письменных показаний 320
i. Правила IBA 320
ii. Американская модель получения письменных показаний 321
iii. Допрос свидетеля вне слушаний. *Depositions* 323
§ 12.6. Допрос свидетеля 325
12.6.1. Понятие допроса 325
12.6.2. Прямой допрос 326
12.6.3. Перекрестный допрос 326
12.6.4. Дополнительные прямой и перекрестный допросы 327
12.6.5. Конференция свидетелей 328
§ 12.7. Процедурные аспекты допроса 328
12.7.1. Право арбитражного суда определить порядок допроса и степень своего участия 328
12.7.2. Сепарация свидетелей 331
12.7.3. Приведение свидетеля к присяге 333
12.7.4. Использование свидетелем записей 335
12.7.5. Снятие вопросов 336
i. Снятие вопросов, нацеленных на получение новых доказательств 336
ii. Наводящие вопросы 337
iii. Защита привилегированной информации 339
§ 12.8. Понятие, виды и способы дискредитации свидетельских показаний 340
12.8.1. Концепция дискредитации 340
12.8.2. Дискредитация по содержанию показаний 341
i. Противоречивость 341
ii. Неправдоподобность 342
iii. Несогласованность 342
iv. Ложные показания и добросовестное заблуждение 343
12.8.3. Дискредитация свидетеля 345

i. Дискредитация как обоснованное сомнение в надежности свидетеля 345
ii. Пристрастность 346
iii. Состояния и особые характеристики личности. 346
iv. Дискредитирующие акты поведения. *Falsus in uno, falsus in omnibus* 347
v. Дискредитация в связи с недостаточной информированностью свидетеля. 348
12.8.4. Процессуальные аспекты дискредитации свидетеля и показаний 348
Глава 13. Экспертные доказательства 352
§ 13.1. Терминология 352
§ 13.2. Логические основания экспертного доказательства 353
§ 13.3. Вопросы, требующие экспертизы 355
13.3.1. Процессуальная экономия 355
13.3.2. Альтернативный подход: расширение сферы применения экспертизы. 358
13.3.3. Последствия отказа назначить экспертизу 359
13.3.4. Экспертиза по вопросам права 360
§ 13.4. Требования, предъявляемые к эксперту 360
13.4.1. Квалификация эксперта 361
13.4.2. Независимость эксперта. Конфликт интересов. . .362
i. Содержание требования о независимости и беспристрастности 362
ii. Раскрытие потенциального конфликта интересов. Декларация эксперта 364
iii. Требования, предъявляемые к назначенному стороной эксперту. 365
iv. Допустимое взаимодействие эксперта и стороны 367
§ 13.5. Назначение эксперта и проведение экспертизы. 368
13.5.1. Преобладающая практика. 368
13.5.2. Преимущества и недостатки подходов к назначению экспертов. 370
i. Практика назначения экспертов сторонами 370
ii. Практика назначения эксперта арбитражным судом 371
13.5.3. Эксперты, назначенные сторонами 373

i. Принципы и лучшая практика 373
ii. Американская модель 375
iii. Английская модель 377
13.5.4. Эксперты и специалисты, назначенные арбитражным судом 380
i. Право назначить эксперта 380
ii. Асессор 381
iii. Юридический консультант 384
13.5.5. Содействие в назначении экспертов 385
13.5.6. Совместное назначение эксперта сторонами 386
§ 13.6. Отчет эксперта 386
§ 13.7. Допрос эксперта 390
§ 13.8. Техники оптимизации получения экспертных доказательств 391
13.8.1. Встреча экспертов перед слушанием 391
13.8.2. Встреча экспертов перед проведением исследования 392
13.8.3. Конференция экспертов 394
13.8.4. Протокол Скляра 395
13.8.5. Подготовка коллективного заключения. Протокол Закса 397
13.8.6. Критика и синтез техник 402
§ 13.9. Несогласие арбитражного суда с мнением эксперта 404

Глава 14. Вещественные доказательства 407
§ 14.1. Вещественные и демонстрационные доказательства. Осмотр, инспектирование 407
§ 14.2. Проведение осмотра, демонстрации 409
§ 14.3. Значение заявлений, сделанных во время осмотра 410

ЧАСТЬ IV. ПОЛУЧЕНИЕ И ОЦЕНКА ДОКАЗАТЕЛЬСТВ 413

Глава 15. Представление, предоставление и получение доказательств 414
§ 15.1. Основные положения 414
15.1.1. Разграничение понятий 414
15.1.2. Право представить доказательства, обязанность предоставить доказательства 415
§ 15.2. Представление доказательств 417
15.2.1. Последовательное и одновременное представление доказательств 418

15.2.2. Совместное представление доказательств. 419
§ 15.3. Роль арбитражного суда в представлении и получении доказательств 420
15.3.1. Право арбитражного суда устанавливать процедурные ограничения 421
i. Меры, направленные на эффективное доказывание 422
ii. Ограничения представления новых доказательств 424
15.3.2. Участие арбитражного суда в процессе обмена доказательствами 429
15.3.3. Инициатива арбитражного суда в получении доказательств. 431
§ 15.4. Консультации. Совещания. Слушания 434
15.4.1. Процессуальные совещания. 435
i. Совещания по организации разбирательства 436
ii. Совещания по организации слушаний. 438
15.4.2. Слушания и совещания по существу спора 440
i. Слушания по существу спора. 440
ii. Подготовительные слушания 441
iii. Слушания по доказательствам. 441
iv. Совещания о статусе дела 443
15.4.3. Слушания и совещания посредством видеоконференции и других средств связи 443
15.4.4. Итоговые резюме, заявления после слушаний 445
§ 15.5. Рассмотрение по документам 446
§ 15.6. Получение доказательств. 450
15.6.1. Получение доказательств, раскрытие доказательств, *discovery* 451
15.6.2. Запрос на предоставление доказательств 455
15.6.3. Таблица Редферна 462
15.6.4. Получение электронных доказательств 464
i. Специфические вопросы, связанные с получением электронных доказательств 464
ii. Режимы раскрытия электронных доказательств 466
iii. Требования к запросу электронных доказательств 468

iv. Формат предоставления электронных доказательств 468
v. Инструменты поиска и предоставления доказательств 469
vi. Получение фрагментов и копий 470
15.6.5. Обеспечение защиты привилегированной информации 471
15.6.6. Получение доказательств от третьих лиц 473
§ 15.7. Расходы, связанные с представлением и получением доказательств 474
§ 15.8. Получение доказательств в силу нормы права или положений контракта 477
§ 15.9. Содействие национальных судов в получении доказательств 479
15.9.1. Практика содействия в получении доказательств факта в дружественных арбитражу юрисдикциях 480
15.9.2. Содействие в получении доказательств права 482
Глава 16. Недобросовестность в доказывании 483
§ 16.1. Недобросовестные действия и общие последствия недобросовестности 483
16.1.1. Сложности определения понятий 483
16.1.2. Виды недобросовестных действий 484
16.1.3. Реакция арбитражного суда 485
§ 16.2. Искажение фактов и фальсификация доказательств: разграничение подходов 486
§ 16.3. Нарушение обязанности предоставить доказательства 491
16.3.1. Реальные и сомнительные меры в ответ на нарушения 491
16.3.2. Неблагоприятные выводы 493
i. Право арбитражного суда сделать неблагоприятные выводы 493
ii. Основания для неблагоприятных выводов 495
iii. Достаточность неблагоприятных выводов как замены доказательства 496
16.3.3. Недопустимость иного негативного влияния на оценку 497

16.3.4. Возложение бремени доказывания на нарушителя 497
16.3.5. Отказ принять утаенные доказательства. Лишение права ссылаться на непредоставленные доказательства 498
16.3.6. Обращение к компетентному национальному суду 500
§ 16.4. Последствия уничтожения или утраты доказательств . . . 500
16.4.1. Обязанность обеспечить сохранность доказательств 500
16.4.2. Бремя доказывания недобросовестной утраты доказательства 502
16.4.3. Уничтожение доказательства экспертом 504
§ 16.5. Учет действий стороны при распределении арбитражных расходов 505

Глава 17. Исследование и оценка доказательств 508
§ 17.1. Условное разделение стадий 508
§ 17.2. Процессуальные механизмы сужения объема исследуемых доказательств 510
17.2.1. Определение ключевых доказательств 511
17.2.2. Представление резюме, выдержек и образцов 511
17.2.3. Подготовка сторонами описания обстоятельств дела 512
§ 17.3. Значение оценки доказательств в арбитраже 513
§ 17.4. Критерии оценки 514
17.4.1. Теоретические разногласия 514
17.4.2. Достоверность доказательства 516
i. Внутренний и внешний аспекты достоверности . . 517
ii. Подлинность (аутентичность) 518
iii. Аутентичность электронного документа 521
iv. Подделка 521
v. Принятие / исключение из доказательств недостоверного материала 525
vi. Рекомендации при рассмотрении вопроса о достоверности 527
17.4.3. Вес доказательства 528
17.4.4. Достаточность доказательств 531
i. Достаточность как критерий выполнения стандарта доказывания 531

ii. Рассмотрение вопроса о достаточности доказательств 534
iii. Соглашение сторон о достаточности доказательств 536
§ 17.5. Результаты оценки доказательств в арбитражном решении 537

Глава 18. Психологические аспекты доказывания в арбитраже. . .540
§ 18.1. Общие замечания 540
§ 18.2. Психологическое значение процедуры 541
18.2.1. Процедура как минимальная гарантия справедливости разбирательства 541
18.2.2. Состязательный и инквизиционный процессы . . .544
18.2.3. Установление процессуальных ограничений 547
§ 18.3. Отдельные аспекты доказывания: психологический взгляд. 549
18.3.1. Психологические аспекты раскрытия доказательств. 549
18.3.2. Разграничение процессов принятия и оценки доказательств 550
18.3.3. Психологическое значение слушаний 553
§ 18.4. Психологические факторы, влияющие на оценку доказательств и принятие решения. 554
18.4.1. Рациональные и интуитивные факторы 554
18.4.2. Когнитивный диссонанс как препятствие объективной оценке доказательств 555
18.4.3. Когнитивные искажения в оценке доказательств и принятии решения 559
18.4.4. Кросс-культуральные различия 562
18.4.5. Способы ослабления влияния психологических искажений 563

Библиография 567
i. Законодательство, регламенты, правила, отчеты 567
ii. Арбитражные решения 575
iii. Судебные решения. 579
iv. Монографии и статьи 580

Предметный указатель 598
Указатель арбитражной практики 605

Условные сокращения

AAA	Американская арбитражная ассоциация
CIArb	Королевский институт арбитров (Великобритания)
CIETAC	Китайская международная экономическая и торговая арбитражная комиссия
CPR	Международный институт по предупреждению и разрешению конфликтов (США)
DIS	Немецкая институция по арбитражному делу
ICC	Международная торговая палата
ICDR	Международный центр разрешения споров Американской арбитражной ассоциации
LCIA	Лондонский международный арбитражный суд
NAI	Арбитражный институт Нидерландов
SCC	Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма
VIAC	Международный арбитражный суд Федеральной экономической палаты Австрии
МКАС при ТПП РФ	Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации
МКАС при ТПП Украины	Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Украины
Нью-Йоркская конвенция	Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 г.)
Правила IBA	Правила Международной ассоциации юристов по получению доказательств в арбитраже (редакция 2010 г.)
Типовой закон ЮНСИТРАЛ	Типовой закон о международном торговом арбитраже Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли 1985 г.
УНИДРУА	Международный институт по унификации частного права
ЮНСИТРАЛ	Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли

Предисловие

«Это правда, что многие из споров, которые в нынешнее время рассматриваются арбитражными судами, стали намного сложнее как в вопросах права, так и в вопросах факта, чем несколько десятилетий назад. Часто тонны документов и огромные объемы информации подлежат анализу»
(Уильям Парк[1]).

Как свидетельствуют результаты опроса пользователей услуг арбитража, которое в очередной раз проводит Школа международного арбитража (Лондон), своей популярностью арбитраж обязан, среди прочего, гибкости процедур и устранению лишнего формализма, присущего национальным судебным процессам[2]. В то же время, правила арбитражного разбирательства и практика во всех без исключения арбитражных системах сформировались и продолжают находиться под влиянием различных правовых традиций, благодаря чему арбитраж не только не отверг свойственные этим правовым системам парадигмы, но даже обогатился, заимствуя из них наиболее прогрессивные инструменты и подходы к организации рассмотрения споров. Прежде всего это касается подходов к деятельности по доказыванию.

За подчеркиваемой практиками гибкостью процедур доказывания в арбитраже, за основным и очевидным принципом, в силу которого каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается, открывается ряд правовых проблем, с которыми сталкиваются участники арбитражных разбирательств.

Ограничения в доказывании, установленные арбитрами для одной стороны, или преимущества, безосновательно предоставленные другой стороне, могут повлечь за собой отмену арбитраж-

---

[1] Профессор права Бостонского университета, член правления LCIA. См. *Park W. W.* The Procedural Soft Law of International Arbitration: Non-Government Instruments / W. W. Park // Pervasive Problems in International Arbitration (L. A. Mistelis and J.D. M. Lew (eds)). — Kluwer Law International, 2006. — p. 141.

[2] 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration. — School of International Arbitration, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary University of London, 2015. — p. 2.

ного решения в стране места арбитража или отказ в признании и исполнении этого арбитражного решения в стране будущего исполнения. Опасения, что какое-либо ограничение или, наоборот, содействие сторонам в доказывании угрожают исполнимости арбитражного решения, привели современный арбитраж в то состояние, которое авторы упомянутого выше опроса пользователей услуг арбитража назвали «паранойей надлежащего процесса»[3], сковывающей какие-либо решительные действия арбитров, направленные на организацию эффективного разбирательства.

Целью этой книги является привнести ясность в вопросы о том, кто должен доказывать в арбитраже, что подлежит доказыванию и с помощью каких средств доказывание может осуществляться.

В этой книге автор не формулирует правила доказывания. Большинство фраз типа «арбитры должны», «стороны обязаны», «арбитрам следует» указывают лишь на рекомендации, основанные на обобщении распространенных подходов к доказыванию в арбитраже. Вообще, по нашему убеждению, доказывание в международном коммерческом арбитраже не является закованным в жесткие правила. Есть три основополагающих принципа: (1) обеспечение равенства сторон; (2) предоставление каждой стороне возможности представить свои аргументы и (3) соблюдение соглашения сторон в отношении любых вопросов процедуры и доказывания, которое может быть ограничено только необходимостью соблюсти публичный порядок. К ним по большому счету сводятся остальные правила, существующие в арбитраже и направленные на обеспечение *справедливости* разбирательства. Реализация этих принципов происходит в условиях необходимости обеспечить также *эффективность* процесса. В единстве и борьбе справедливости и эффективности проявляется диалектика арбитража со всем многообразием правил, техник и подходов к доказыванию, которые используются в разных арбитражных системах. Собственно, именно разнообразным «сплавам» упомянутых выше принципов посвящена эта книга.

Важная задача этой книги состоит также в ознакомлении читателя со специфической терминологией, которой буквально набита доверху арбитражная практика. Остается только выра-

[3] *Там же.*

зить надежду, что английские и латинские оригиналы, от которых произошли эти понятия и которые приведены здесь для удобства, послужат хорошую службу в освоении этих понятий, а не будут сбивать с толку своим обилием.

Значительная часть понятий, раскрытых в этой книге, представлены для того, чтобы ознакомить читателя с их значением в разных правовых системах, из которых они были перенесены в международную арбитражную практику. Взаимодействие разных правовых традиций в арбитраже здесь не рассматривается непременно как противостояние, ригидная приверженность арбитров и юристов сторон тем подходам, которые кажутся им привычными. Часто бывает наоборот — практики арбитража ищут в новых для себя техниках решение старых проблем. Профессор Мартин Хантер, личность выдающаяся в арбитражной практике, в своей статье вспоминает случай на конференции, посвященной вопросам арбитража: большинство юристов из континентальных правовых систем отдали в своих выступлениях предпочтение принятой в обычном праве практике назначения сторонами экспертов в арбитраже, в то время как юристы из стран общего права предпочли практику назначения эксперта арбитражным судом, характерную для континентальных систем. Основной причиной таких предпочтений юристов континентальных систем было противление тому, что назначенный арбитражным судом эксперт фактически решает исход дела. Возражения же юристов общего права против назначаемых сторонами экспертов проистекали из опасения, что арбитражные суды чересчур полагаются на мастерство перекрестного допроса советников сторон[4]. Некоторые из представленных в этой книге техник могут оказаться новыми для юристов, воспитанных в рамках той или иной правовой традиции. Вместе с тем ни одна из этих техник не является универсальной. Применение любых подходов к организации процесса доказывания всегда должно происходить с учетом специфики спора.

Большинство глав этой книги посвящено юридическим вопросам доказывания, но в одной главе все же было уделено внимание психологическим аспектам доказывания, а в двух других — логическим и этическим. Если логика и этика позволяют взглянуть на доказывание в том виде, в котором ему надлежит

[4] ‘Experts’ in International Arbitration by J. Martin Hunter, 07 February 2011: http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/02/07/experts-in-international-arbitration/

быть, то психология дает возможность взглянуть на процессы, связанные с доказыванием, в многообразии психических явлений, на него влияющих.

О психологии пришлось заговорить для того, чтобы практики, в особенности арбитры, помнили о явлениях, имеющих порой куда большее влияние на их оценки и суждения, чем представленные доказательства. Книга не содержит ни детального изложения психологических механизмов принятия решения, ни тем более советов, как стороне использовать эти механизмы с пользой для своего дела. Оставим это пособиям по адвокатскому мастерству. В некоторых из таких пособий, действительно, рассмотрены теории взаимодействия арбитров и сторон на уровнях поверхностных структур (понимания фактов дела) и глубинных структур (контекста, психологических установок, жизненного опыта, сквозь призму которого воспринимаются факты), а возможности доказать и убедить связываются с умением взаимодействовать с оппонентом и арбитрами на уровне глубинных структур[5]. Если пользоваться этой терминологией, то задачи книги ограничиваются поверхностными структурами. А чтобы анализ работы с поверхностными структурами сам не оказался поверхностным, мы сознательно не беремся за структуры глубинные. Поэтому о психологических явлениях здесь сказано столько, сколько позволительно сказать, чтобы напомнить об их влиянии и необходимости такое влияние учитывать.

Эта книга может быть полезна юристам арбитражной практики, арбитрам, исследователям проблем арбитража. Она вряд ли может служить учебным пособием для студентов при изучении курса международного арбитража. В этом качестве она даже может оказаться вредной: доктринальные наслоения и неписаные правила, которыми оброс процесс доказывания в арбитраже и которые изложены в этой книге, могут отвратить будущего юриста от всякого желания посвятить себя арбитражной практике.

Теоретическое основание этой книги составляет научная монография «Теория и практика доказывания в международном коммерческом арбитраже», изданная на украинском языке.

---

[5] См. *Waites R. C.* Psychological Dynamics in International Arbitration Advocacy/ Richard C. Waites and James E. Lawrence / The Art of Advocacy in International Arbitration. Editors: R. Doak Bishop, Edward G. Kehoe. — Juris Publishing, Inc., 2010. — p. 79.

ЧАСТЬ I

БАЗОВЫЕ КАТЕГОРИИ ДОКАЗЫВАНИЯ В АРБИТРАЖЕ

Глава 1.
Общие положения о доказывании

§ 1.1. Понятие доказывания

Понятие «доказывание» относится к базовым в международном коммерческом арбитраже. Для практиков его значение очевидно и не требует детальных пояснений[6], хотя сам термин «доказывание» отдельно не используется в национальном законодательстве о международном коммерческом арбитраже[7]. Типовой закон ЮНСИТРАЛ, по образцу которого было разработано отечественное законодательство, использует понятие «доказательство» и регулирует в общих чертах деятельность, связанную с представлением и получением доказательств, определением их допустимости, относимости, существенности и значимости, обоснованием доказательствами арбитражного решения. Понятие «доказывание» употребляется практиками как охватывающее описанную выше деятельность.

Вообще, с терминологическим аппаратом, относящимся к вопросам доказывания, юридическая наука испытывает некоторые сложности, которые в этой книге будут сознательно обойдены стороной или несколько упрощены. Юриспруден-

---

[6] Тем не менее, в арбитражной практике встречаются случаи ошибочного употребления этого термина. Например, Внешнеторговый арбитражный суд при Торговой палате Сербии свел содержание доказывания к зачитыванию доказательств, указав в решении 2009 года, что «арбитражный суд провел процедуру доказывания в процессе устных слушаний путем чтения всех представленных доказательств» (см. Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce Award of 19 October 2009 (*Mineral water case*)).

[7] Законодательство о международном коммерческом арбитраже многих стран и регламенты известных арбитражных учреждений не прибегают к этому понятию отдельно от категорий бремени доказывания и правил получения доказательств.

ция, имея формальную логику одним из своих ближайших родственников, иногда находится с ней не в лучших отношениях. По крайней мере, иногда они разговаривают на разных языках. Под доказательством в логике обычно понимают процедуру установления обоснованности некоторого утверждения путем приведения других утверждений, обоснованность которых уже известна и из которых с необходимостью вытекает первое. Во всяком доказательстве имеются тезис — утверждение, которое нужно доказать, основание (аргументы) — те положения, с помощью которых доказывается тезис, и логическая связь между аргументами и тезисом. Понятие доказательства предполагает, таким образом, указание посылок, на которые опирается тезис, и логических правил, по которым выводят утверждения в ходе доказательства[8].

В теоретических исследованиях и среди практиков арбитража понятие «доказательство» употребляется в ином смысле, а именно, как то, с помощью чего осуществляется доказывание. А уже термин «доказывание» в контексте международного коммерческого арбитража принимают в значении деятельности.

Для того чтобы задать определенную систему координат дальнейшего изложения, ценным представляется учесть подходы общетеоретических правовых исследований и наработок, сделанных в науке процессуального права. Это также оправдано ввиду того, что понятие «судебное доказывание» в гражданском и хозяйственном (арбитражном) процессуальном праве является наиболее близким по смыслу к доказыванию в международном коммерческом арбитраже из-за присущей этим системам состязательности, которая является основополагающей для международного коммерческого арбитража и большинства национальных судебных процессов, а также ввиду того, что международный коммерческий арбитраж функционирует именно как альтернатива национальному гражданскому и хозяйственному (арбитражному) процессам.

---

[8] *Ивин А. А.* Логика : Учеб. пособие для студентов вузов / А. А. Ивин. — М. : Издательство Оникс, 2008. — С. 110.

Однако, как оказывается, обращение к теории права и наук процессуального права не решает проблему выяснения содержания понятия доказывания, поскольку в отношении него в науке процессуального права также до сих пор нет единства среди исследователей.

Процессуальное или судебное доказывание в наиболее общих чертах часто понимают как урегулированный нормами процессуального права путь (переход) от возможных суждений к истинному знанию, который обеспечивает принятие обоснованных и законных судебных решений. Доказывание определяется как нормативно регламентированная интеллектуально-практическая деятельность, состоящая в демонстративном воспроизведении значимых в контексте правовой позиции обстоятельств как фактов по их возможным следам (фактическим данным) путем обозначения последних. В операциональном смысле доказывание заключается в получении (формировании), исследовании, оценке и использовании доказательств. Указанным операциям предшествует сознательное или полусознательное определение предмета доказывания, а завершают их мотивирование и обоснование выбранной правовой позиции[9].

Западная правовая мысль не фокусируется на теоретическом обосновании объема понятия «доказывание». Это не означает, что в зарубежной юридической науке и практике доказыванию не уделено внимание. Наоборот, созданные классиками теории доказывания И. Бентамом и Дж. Г. Вигмором концепции доказательств и доказывания позволили осуществить переход от правил доказывания (*rules of evidence*) как механики использования доказательств, к процессам доказывания[10].

В наиболее общих чертах доказывание в западной правовой традиции определяется как достижение определенности или установление правдивости факта или гипотезы с помощью

---

[9] *Бочаров Д. О.* Доказування у правозастосовчій діяльності: загальнотеоретичні питання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Д. О. Бочаров ; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2007. — С. 15.

[10] *Amaya A.* The Tapestry of Reason: An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument /Amalia Amaya. — Bloomsbury Publishing, 2015. — p. 76.

соответствующих доказательств[11]. Использование этого определения открывает путь для понимания доказывания в широком смысле как деятельности по предоставлению и оценке аргументов, в результате которой может быть установлен определенный факт.

Доказывание в арбитраже рассматривается как категория, охватывающая ответы на четыре вопроса: (1) что следует доказать? (2) кто несет бремя доказывания? (3) какие средства доказывания могут использовать стороны? (4) как решается вопрос об относимости доказательства[12]? Ответы на эти вопросы вводят понятия предмета доказывания, бремени доказывания и доказательства со свойственными ему атрибутами.

В доказывании как деятельности роли суда (арбитража) и сторон разграничены: стороны представляют аргументы для убеждения суда в своей позиции, суд (арбитраж) — оценивает эти аргументы и приходит к определенному решению. Собственно потребность в арбитре возникает именно потому, что стороны самостоятельно, без участия третьего лица, оказались неспособны достичь этой определенности.

§ 1.2. Участники процесса доказывания

Если прибегнуть к большей конкретизации определения доказывания с учетом его специфики в суде или арбитраже, которая заключается во включении в процесс спора между сторонами третьего субъекта, уполномоченного принять решение, то мы сталкиваемся с необходимостью определения ролей сторон и суда (арбитража) в доказывании. В юридической литературе имеются, по крайней мере, две точки зрения на эту проблему. Согласно одной из них доказывание явля-

[11] *Black's Law Dictionary:* Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern, By Henry Campbell Black, M.A. — St. Paul, Minnesota: West Group, 2004. — Eight Edition. — p. 1261.

[12] *Tercier P.* Document Production in Arbitration: A Civil Law Viewpoint / Pierre Tercier, Tetiana Bersheda / The Search for "Truth" in Arbitration // ASA Special Series. — 2011. — No. 35. — p. 79.

ется процессуальной деятельностью только сторон, поэтому в понятие доказывания не следует включать исследование, проверку и оценку доказательств судом (арбитрами). Согласно другой — при раскрытии сущности доказывания следует исходить из активной роли суда в достижении *истины*, в процессе собирания и исследования доказательств, из права суда ставить на свое обсуждение факты, на которые стороны не ссылаются, если при этом суд не выходит за пределы оснований иска и возражений на него, и, наконец, из того, что обязанностью суда является принятие всех предусмотренных законом мер для всестороннего, полного и объективного выяснения действительных обстоятельств дела[13]. То, что в соревновательном процессе акценты в сборе доказательств сдвинуты с активности суда в сторону обязанности сторон и других лиц, участвующих в деле, не означает, что суд перестает быть субъектом доказывания, поскольку именно суд определяет предмет доказывания[14].

Все же, если рассматривать понятие «доказывание» в более широком смысле, то есть в таком, которое сочетает процессуальный (представление и получение доказательств) и логический компоненты (исследование и оценку доказательств), тогда суд (арбитры) вполне обоснованно получают роли участников этой деятельности.

В теоретических исследованиях последних лет преобладает именно такой взвешенный подход, основанный на признании состязательности и сохранении активной роли суда (арбитража) в доказывании. В таком подходе судебное доказывание — это логико-правовая деятельность лиц, участвующих в деле, а также в определенной степени суда, направленная на достижение правильного знания о фактических обстоятельствах возникновения, изменения и прекращения правоотношений и осуществляемая в процессуальной форме путем утверждений лиц, участвующих в деле, о фактах, ссылки на доказательства,

---

[13] *Треушников М. К.* Судебные доказательства. Монография / М. К. Треушников. — М. : Юридическое бюро «ГОРОДЕЦ», 1997. — С. 27–31.

[14] *Особенности доказывания в судопроизводстве* : Научно-практическое пособие / Под ред. А. А. Власова. — М. : Издательство «Экзамен», 2004. — С. 14.

представления их суду, оказания судом помощи в сборе доказательств, их исследовании, оценке[15].

Для целей этой книги определение понятия «доказывание» является важным лишь в той мере, в которой это позволяет перейти к изложению вопросов, имеющих практическое значение в международном коммерческом арбитраже. Поэтому в рамках этой книги мы не будем пытаться решить теоретический спор о том, следует ли деятельность по доказыванию ограничить только деятельностью сторон по предоставлению доказательств и обоснованию ими своих утверждений и возражений, или же к ней следует отнести также деятельность арбитражного суда, связанную с получением доказательств, их исследованием и оценкой. Есть основания согласиться с мнением о том, что в правовой науке существует два подхода к определению содержания деятельности по доказыванию: в узком смысле доказыванием считается лишь деятельность по получению (сбору, формированию) и исследованию (проверке) юридических доказательств; при широком подходе приведенный перечень дополняется операциями оценки и использования доказательств[16]. Этот теоретический спор относительно содержания понятия «доказывание», до сих пор не решенный в науках процессуального права и на общетеоретическом уровне, не является предметом нашего интереса. Для обеспечения терминологической ясности примем наиболее широкое содержание. При условии соблюдения принципа равного отношения к сторонам арбитры могут принимать активное участие в доказывании в пределах установленной процедуры, поскольку, как правило, они наделены соответствующими полномочиями. Исходя из существования этих полномочий, а не из того, как в каждом отдельном процессе они реализованы арбитрами, обоснованно признать, что арбитры принимают участие в доказывании в том смысле это-

[15] *Треушников М. К.* Судебные доказательства. Монография / М. К. Треушников. — М. : Юридическое бюро «ГОРОДЕЦ», 1997. — С. 33.

[16] *Бочаров Д. О.* Доказування у правозастосовчій діяльності: загальнотеоретичні питання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Д. О. Бочаров ; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2007. — С. 9.

го понятия, которое охватывает деятельность по выявлению фактов, а не в том, которое отождествляется с аргументацией (активным убеждением) в пользу той или иной позиции. Действительно, как отмечает У. Парк, беспристрастный арбитр устанавливает факты и выясняет содержание права путем определения веса доказательств и заслушивания аргументов[17]. Активная роль в процессе доказывания должна принадлежать именно сторонам. Принцип состязательности процесса, применение которого в международном коммерческом арбитраже не ставится под сомнение ни в одной из известных правовых систем, буквально означает, что каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основание для своих требований или возражений. Однако состязательность в международном коммерческом арбитраже не подразумевает обязанность арбитров быть пассивными наблюдателями или только лишь реципиентами информации, которую предоставляют стороны. Даже в условиях минимальной активности арбитров в вопросе получения доказательств такая активность является реализацией полномочий арбитров в процессе доказывания. Поэтому далее мы исходим из наиболее широкого понимания понятия «доказывание», которое будет включать в себя *деятельность всех участников арбитражного разбирательства по установлению обстоятельств, имеющих значение для разрешения спора*.

§ 1.3. Стадии доказывания в арбитраже

В доказывании как процессуальной деятельности можно выделить определенные стадии. Разграничение стадий достаточно условно, поскольку в действительности они переплетаются, многократно повторяются. Стадии доказывания также не совпадают со стадиями арбитражного разбирательства.

[17] *Park W.* Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent / William W. Park // San Diego Law Review. — 2009. — Vol. 46. — p. 693.

Доказывание берет начало в *утверждении стороной о существовании обстоятельств*, на которых основываются ее требования или возражения.

Далее наступает *стадия ответа другой стороны* на утверждаемые обстоятельства, который может заключаться в отрицании или признании их существования. В юридической литературе по доказыванию эту стадию часто обходят, считая, очевидно, что обязанность предоставить ответ возникает у стороны только тогда, когда сторона, которая несет бремя доказывания, не только указала на существование определенного обстоятельства, но и представила *prima facie* доказательства его существования или, по крайней мере, указала на такие доказательства. В практике такой подход находит свое отражение в том, что некоторые арбитражные регламенты обязывают истца сразу в первом документе, подачей которого инициируется арбитражное разбирательство, указать на доказательства, которые подтверждают иск[18]. Все же есть основания выделять ответ стороны на утверждение о существовании обстоятельств как отдельную стадию. Предоставление такого ответа позволяет определить дальнейшую необходимость доказывания обстоятельств, ведь если сторона в своем ответе признает их существование, обстоятельства следует считать не требующими доказывания. Именно такая возможность заложена во многих известных арбитражных регламентах, которые предусматривают на этапе инициирования арбитражного рассмотрения представление истцом заявления (просьбы) об арбитраже, в которой только утверждаются обстоятельств без обязательного указания доказательств. В ответ на такое заявление (просьбу) об арбитраже ответчик может представить отзыв с признанием или отрица-

[18] Статья 18(1) Регламента МКАС при ТПП Украины (Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины, утвержденный решением Президиума Торгово-промышленной палаты Украины № 18(1) от 17 апреля 2007 года с изменениями, внесенными решением Президиума Торгово-промышленной палаты Украины № 24(6) от 25 октября 2012 года), § 9(1)(д) Регламента МКАС при ТПП РФ (2013). Напротив, Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Республики Молдова 2008 года (статья 11(1)(е)) требует изложить в исковом заявлении «фактические мотивы и доказательства, на которых основывается иск».

нием утверждаемых обстоятельств[19]. Вследствие обмена сторонами утверждениями об обстоятельствах предварительно определяется предмет доказывания.

Третьей является *стадия указания на доказательства* утверждаемых обстоятельств. Эту стадию можно считать начальной для доказывания в узком смысле, поскольку только с нее стороны обращаются к доказательствам, а точнее, определяют, какие доказательства являются относимыми.

Четвертая стадия — *получение доказательств* — является процедурно наиболее сложной и объединяет следующие элементы: *представление сторонами доказательств*, которыми они обосновывают свои позиции; *предоставление сторонами доказательств,* находящихся в их владении или под их контролем, по запросу друг другу и по требованию арбитражного суда, которое также может вылиться в *раскрытие доказательств*, если в соответствующем арбитражном разбирательстве решено применять эту процедуру; а также самостоятельное получение арбитражным судом доказательств[20]. На этой стадии решаются вопросы о существенности и допустимости доказательств. Арбитражный суд принимает или отказывает в принятии тех или иных материалов, удовлетворяет или отказывает в удовлетворении ходатайств о получении доказательств у сторон, содействует в получении доказательств, а также самостоятельно получает доказательства, если это не нарушает принципы равного отношения к сторонам и предоставления им возможности изложить свои аргументы.

Стадии *исследования* и *оценки* доказательств рассматривают часто как отдельные, а во многих случаях — как единую стадию. Исследование доказательств предполагает активное участие сторон, в то время как оценка доказательств считается прерогативой арбитражного суда. Это разделение условно, ведь можно согласиться с тем, что арбитры также принимают активное участие в исследовании доказательств, в результате

[19] Статьи 1.1(iii), 2.1(ii), (iii) Регламента LCIA (2014), статьи 4(3)(c) и 5(1)(c) Регламента ICC (2012).

[20] О разграничении понятий «представление», «предоставление», «получение» и «раскрытие» применительно к доказательствам речь пойдет в §§ 15.1 и 15.6 этой книги.

которого у них формируется определенное представление об их достоверности и доказательном весе, что в принципе составляет оценку доказательств. Отдельно об исследовании доказательств целесообразно говорить, если четко разграничивать доказательства и средства доказывания. Тогда исследование будет состоять в извлечении доказательной информации из средств доказывания, а оценка — в построении умозаключений с помощью полученной доказательственной информации.

§ 1.4. Цель доказывания в арбитраже

Доказывание в международном коммерческом арбитраже имеет специфическую цель по сравнению с доказыванием в национальных судебных процессах. Эта цель определяет особенности деятельности по доказыванию и связана с целью всего арбитражного разбирательства. Решение спора, наличие которого является необходимым условием обращения в арбитраж[21], является целью рассмотрения дела в международном коммерческом арбитраже. Хотя некоторые ученые называют арбитраж наравне с судом юрисдикционной формой защиты гражданских прав[22], с таким подходом сложно согласиться, ведь арбитражный суд не защищает права одной стороны от нарушений другой. Международный коммерческий арбитраж является способом рассмотрения споров из договорных и других гражданско-правовых отношений[23]. С учетом этого, арбитраж не ставит перед собой других целей, кроме собственно разрешения спора. Ему не присуща направленность на защиту прав сторон и других лиц, соблюдение законности,

[21] *Мальський М. М.* Арбітражна угода: теоретичні та практичні аспекти : Монографія / М. М. Мальский. — Львів : Літопис, 2013. — С. 103.

[22] *Кравцов С. О.* Міжнародний комерційний арбітраж та національні суди [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Кравцов Сергій Олександрович ; Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». — Х., 2012. — С. 8.

[23] *Притика Ю. Д.* Міжнародний комерційний арбітраж: Питання теорії і практики : Монографія / Ю. Д. Притика. — К. : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. — С. 52.

утверждение авторитета права в обществе и другие цели судебного разбирательства.

При этом, цель доказывания в арбитраже не выходит за пределы общей цели арбитражного разбирательства. Из этого следует важный для всего дальнейшего изложения вывод о том, что *доказывание в международном коммерческом арбитраже не ставит целью поиск истины*, который ученые часто определяют как цель судебного доказывания[24], хотя следует признать, что некоторые специалисты придерживаются иной точки зрения[25]. По крайней мере, это не поиск истины как категории абсолютной и даже не выяснение обстоятельств дела в степени, достаточной для того, чтобы отсутствовали какие-либо сомнения в их правдивости (что соответствовало бы критерию объективной истины в некоторых национальных судебных процессах).

В формулировке цели доказывания в международном коммерческом арбитраже можно опереться на некоторые подходы к определению цели судебного доказывания в науке гражданского процессуального права. Так, целью судебного доказывания является деятельность суда и других лиц, участвующих в деле, для установления истинности фактов, от которых может зависеть решение по существу спора[26]. Если смягчить формулировку, то целью доказывания является установление предусмотренными законом способами обстоятельств, относящихся к предмету доказывания[27]. Как видим, даже применительно к национальным гражданским процессам цель доказывания может быть определена в том же ключе, в каком мы ее определяем для международного арбитража.

На арбитраж не возлагается обязанность всестороннего и полного выяснения действительных обстоятельств дела. Огра-

[24] *Бабенко В.* Доказування в господарському процесі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / В. В. Бабенко ; Акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва. — К., 2007. — С. 7.

[25] См. *Sami ud-Din M.* International Commercial Arbitration: Developments in the Practice of Taking Evidence / Mian Sami ud-Din // Arbitration. — 2013. — Vol. 79, Issue 1. — p. 17.

[26] *Особенности доказывания в судопроизводстве* : Научно-практическое пособие / Под ред. д.ю.н., проф. А. А. Власова. — М. : Издательство «Экзамен», 2004. — С. 10.

[27] *Баулин О. В.* Доказательства и доказывание в гражданском судопроизводстве: учебное пособие / О. В. Баулин, Д. Г. Фильченко; под общ. ред. О. В. Баулина. — Воронеж : Издательство Воронежского государственного университета, 2006. — С. 18.

ничение арбитрами своего участия в доказывании только восприятием и оценкой представленных сторонами доказательств может отразиться на полноте выяснения обстоятельств, однако не делает принятое на основе такого выяснения обстоятельств арбитражное решение недействительным или неисполнимым. Практическим подтверждением этого тезиса является то, что национальное законодательство о международном коммерческом арбитраже, как правило, не предусматривает возможности отмены арбитражного решения из-за неполного или неправильного выяснения обстоятельств дела. Не является это также основанием для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения по Нью-Йоркской конвенции. Единичные случаи отмены арбитражных решений или отказа в их признании и предоставлении разрешения на принудительное исполнение по основаниям, связанным с фактическими ошибками, в большинстве правовых систем с развитой практикой арбитража имеют место только тогда, когда такие ошибки очевидно возникли вследствие нарушения фундаментальных принципов организации арбитражного разбирательства[28]. В большинстве же случаев компетентные суды, рассматривающие вопрос об отмене арбитражных решений, избегают любых оценок их обоснованности.

§ 1.5. Логический фундамент доказывания

Ранее уже было сказано, что теория и практика доказывания в арбитраже, а также специальное законодательство используют терминологию, родственную или заимствованную из

[28] Например, Верховный Суд Республики Польша в решении от 15 марта 2012 г. пришел к выводу, что к нарушениям принципов организации процедуры арбитражного разбирательства, которые включают также обоснования арбитражного решения установленными в процессе доказывания фактами, следует отнести также случаи, когда процесс доказывания был проведен с очевидными недостатками, которые заключались в нарушении правил логического обоснования и построения фактов в причинно-следственных связях, выборочном допущении доказательств (см. *Kubas A.* Supreme Court Civil Chamber Resolution, Case No. 1 CSK 286/11 of 15 March 2012 / Andrzej Kubas, Kamil Zawicki, Magdalena Selwa // Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration. — 2013. — Vol. III. — p. 231).

логики, но со значительными отличиями в значении соответствующих терминов.

Доказывание строится на возможности сделать на основании имеющегося доказательного факта (*factum probans*) или в терминах логики посылок умозаключение об искомом факте (*factum probandum*).

В зависимости от того, существует ли между посылками и заключением связь логического следования, в классических учениях о логике выделяют два вида умозаключений. В основе дедуктивного умозаключения лежит логический закон, в силу чего заключение с логической необходимостью вытекает из принятых посылок. Таким образом, дедуктивное умозаключение из правдивых посылок дает абсолютно определенное, верное заключение, которое не содержит никакой новой информации, которая бы уже не содержалась в посылках. В индуктивном умозаключении связь посылок и заключения опирается не на закон логики, а на некоторые фактические или психологические основания, не имеющие часто формального характера. В таком умозаключении вывод не следует логически из посылок и может содержать информацию, отсутствующую в них. Индукция дает только вероятные, или правдоподобные, заключения, нуждающиеся в дальнейшей проверке[29].

Вопреки распространенному мнению, что доказывание в юриспруденции осуществляется преимущественно с помощью дедукции, это не так. С дедукцией юристы имеют дело скорее в правоприменении, чем собственно в доказывании. Например, если из принципа обязательности договоров и факта заключения ответчиком договора можно сделать вывод, что ответчик обязан выполнять договор, мы действительно имеем дело с дедукцией. Однако если потребуется доказать факт заключения договора, то здесь, возможно, придется обратиться к другим средствам.

Индуктивное умозаключение требует сбора доказательств, выстраивания гипотезы и дает возможность обосновать ее как

[29] *Ивин А. А.* Логика : Учеб. пособие для студентов вузов / А. А. Ивин. — М. : Издательство Оникс, 2008. — С. 51–52.

вероятностную. Можно сказать, что это то, что с чем приходится иметь дело в практике доказывания преимущественно. Поскольку индуктивное умозаключение даже из истинных посылок не гарантирует извлечение истинного вывода, в юридическом доказывании нет оснований для использования понятия истины. Вывод может быть *убедительным* или *не убедительным*, но не *истинным* или *ложным*.

Невозможность дедукции как основного метода в юридическом доказывании и неудовлетворительность индукции с ее требованием проверять все возможные гипотезы, выдвигает абдуктивную логику в качестве основной.

Абдуктивное умозаключение основывается на неполном исследовании и позволяет получить *наиболее правдоподобный* вывод. Так, изложенные в обосновании арбитражного решения факты и медицинский диагноз являются хорошими примерами абдуктивного умозаключения, поскольку предполагают выбор из имеющихся гипотез одной наилучшей. При этом выбор делается на основании тех доказательств, которые удалось получить. В последнем нюансе состоит основное отличие абдуктивного умозаключения от индуктивного: доказательства в индуктивном умозаключении отличаются полнотой, а гипотезы должны быть представлены так, чтобы охватывать все возможные варианты; доказательства и гипотезы, из которых делается абдуктивное умозаключение, такой полнотой не обладают.

В логике специфический способ абдуктивных рассуждений для поиска объяснительных гипотез был разработан выдающимся американским философом и логиком Чарльзом Сандерсом Пирсом.

Раскрывая логическую структуру абдуктивного рассуждения, Пирс подчеркивает, что гипотеза, к которой оно приводит, обязательно должна объяснить относящиеся к ней факты. В противном случае она не должна рассматриваться даже как пробная догадка. Хотя абдукция, как указывает Пирс, недостаточно строго ограничивается логическими правилами, тем не менее она является логическим рассуждением, заключение которого только проблематично, или предположительно. Поэто-

му абдукция имеет совершенно определенную форму, которую можно представить в следующем виде:

1. Наблюдается некоторое примечательное явление *P*.
2. *P* было бы объяснено, если бы гипотеза *H* была истинной.

---

3. Следовательно, имеется основание думать, что гипотеза *H* истинна[30].

В правильном дедуктивном умозаключении *невозможно*, чтобы при правдивых посылках вывод оказался ложным. В сильном индуктивном умозаключении *невероятно* (до определенной меры), чтобы вывод был ложным при правдивых посылках. В весомом абдуктивном умозаключении *неправдоподобно*, чтобы при правдивых посылках вывод оказался ложным. Абдуктивный тип умозаключения оказывается самым слабым из трех. Вывод, полученный с помощью абдуктивного умозаключения, является интеллектуальной догадкой. Но это все же догадка, поскольку она связана с неполным набором доказательств. В случае представления нового доказательства может быть выявлена ошибочность догадки[31].

Как видим, абдуктивное умозаключение по своей сущности допускает «перенастройку», то есть объяснение каждый раз новой гипотезы для одних и тех же фактов, если новая гипотеза оказывается более правдоподобной ввиду новых доказательств. Это очень роднит его с практикой доказывания в арбитраже.

Для нужд юриспруденции даже была выделена юридическая абдукция, которая является умозаключением, «идущим от юридически значимого результата к его причинам, представляя лучшее объяснение известного результата»[32]. В свете применения юридической абдукции деятельность по разреше-

---

[30] *Рузавин Г. И.* Абдукция как метод поиска и обоснования объяснительных гипотез / Г. И. Рузавин // Теория и практика аргументации. — М. : ИФ РАН, 2001. — С. 38–39.

[31] *Walton D. N.* Abductive, presumptive and plausible arguments / Douglas N. Walton // Informal Logic. — 2001. — Vol. 21, No. 2. — pp. 143.

[32] *Tuzet G.* Legal Abductions / Giovanni Tuzet // Legal Knowledge and Information Systems. Jurix 2003: The Sixteenth Annual Conference / D. Bourcier (ed.). — Amsterdam: IOS Press, 2003. — p. 43.

нию споров ограничивается оценкой доказательств, представленных сторонами, и не должна в своем исследовании преступать это ограничение. Юридическая абдукция не ставит себе целью поиск истины[33].

Дополнительно можно отметить, что косвенные доказательства (*circumstantial evidence*) по природе своей могут быть использованы именно в абдукции: сами они ничего не доказывают, но для правдоподобного объяснения обстоятельств, которые их составляют, требуется выдвижение гипотезы, которая, будучи принята как убедительная, доказывает и *factum probandum*.

Абдуктивный логический фундамент доказывания в арбитраже, а также концепцию достаточности доказательств хорошо иллюстрирует следующее сравнение, которое приводят известные исследователи процессуальных вопросов арбитража М. Куркела и С. Турунен: «Реконструирование прошлого похоже на складывание картины из мозаики. Для того чтобы «увидеть» картину, мы не должны расставлять все кусочки на свои места (кроме разве что некоторых уголовных дел). Может быть, вполне достаточно расставить кусочек здесь, кусочек там. Если эти кусочки находятся в критически важных местах, мы сможем вообразить или догадаться об остальном, основываясь на опыте и логике. То же касается и доказательств...»[34].

[33] *Там же*. — p. 44.

[34] *Kurkela M.* Due Process in International Commercial Arbitration / Matti Kurkela, Santtu Turunen. — Oxford ; New York, N.Y. : Oxford University Press, 2010. — p. 143.

Глава 2.
Принципы доказывания

§ 2.1. Практическое значение принципов

Выделение принципов доказывания в международном коммерческом арбитраже не является сугубо теоретическим вопросом, как это часто бывает в юриспруденции, когда заходит речь о принципах в той или иной отрасли. Когда в арбитражной практике говорят, например, о нарушении принципа надлежащего процесса, речь может идти о серьезных последствиях для действительности арбитражного решения. Собственно, если бы не эта высокая практическая значимость принципов доказывания, не было бы никакой необходимости отводить в книге, предназначенной прежде всего практикам, целую главу принципам, то есть категориям, которые всегда считались сферой интересов теоретиков права либо специалистов по философии права.

Однако такая практическая значимость принципов будет присутствовать только в том случае, если при их выделении не впасть в искушение стремлением возвести до ранга принципа любые мало-мальски значимые положения и правила, применяемые в доказывании. Сбиться с толку в этом вопросе, как оказалось, очень просто[35]. В арбитражной и судебной практике

[35] Так, в некоторых исследованиях, которые хоть и не относятся непосредственно к нашему предмету, однако имеют значение научного ориентира, ученые называют принципами доказывания относимость, допустимость, достоверность доказательств, а также непосредственность, всесторонность, объективность, полноту исследования доказательств, свободную оценку доказательств и обязанность доказывания (см. например *Тюняева Н. Н.* Относимость доказательств в арбитражном процессе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Наталья Николаевна Тюняева; СГАП. — Саратов, 2011. — С. 8). Принцип, согласно которому каждая сторона несет бремя доказывания обстоятельств, на которые она ссылается в обоснование своих требований и возражений (*actori incumbit probatio*), несомненно является одним из важнейших постулатов, определяющим всю состязательную природу арбитражного разбирательства. Его рассмотрению посвящен § 7.2. Однако он является принципом возложения бремени доказывания, а не доказывания в целом.

в категорию принципов иногда попадают характеристики доказательств или отдельные правила доказывания, не имеющие основополагающего значения[36]. Даже эксперты рабочей группы Комиссии ICC по вопросам арбитража и альтернативных способов разрешения споров в своем отчете о техниках управления предоставлением электронных документов в арбитраже называют определенность, относимость, существенность и пропорциональность принципами представления доказательств[37]. Как будет видно далее, из этого перечня только пропорциональность может быть отнесена к принципам доказывания.

Чтобы считаться принципами юридической деятельности, которой несомненно является доказывание в международном коммерческом арбитраже, касающиеся этой деятельности идеи, положения должны, во-первых, выражать сущность этой деятельности, а во-вторых, быть значительно более стабильными и общими по сравнению с конкретными правилами.

Сущностью доказывания в арбитраже является эффективное выяснение обстоятельств, имеющих значение для решения спора, путем предоставления сторонам равной возможности представить свои аргументы и доказательства. Собственно, в этом предложении уже вмещены все принципы, о которых будет сказано далее. Читая последующие главы этой книги, можно будет с легкостью отметить, что изложенные в них подходы, правила и рекомендации — это лишь маневрирование с целью соблюсти эти принципы. Маневрировать приходится сторонам и арбитражному суду, поскольку одни принципы противостоят другим, попытки максимально соблюсти один принцип угрожают соблюдению другого. Деятельность по доказыванию должна осуществляться на линии соприкосновения этих принципов.

---

[36] Например, в отношении решения от 14 июня 2010 года, принятого арбитражем по регламенту ICC, в Федеральный суд Швейцарии было подано заявление об отмене по мотивам «нарушения арбитражным судом принципа достоверности» (см. Рішення господарського суду Запорізької області від 22 березня 2013 року у справі № 908/348/13-г.).

[37] См. Techniques for Managing Electronic Document Production When it is Permitted or Required in International Arbitration. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on the Production of Electronic Documents in International Arbitration. — Paris, ICC, 2012. — p. 2.

Для лучшего понимания природы принципов, допустимо все же их сгруппировать. По цели, которая достигается соблюдением принципа, можно выделить:

1. принципы, соблюдение которых обеспечивает *справедливость* процесса доказывания;
2. принципы, обеспечивающие *эффективность* процесса доказывания.

Первую группу воплощает метапринцип справедливого процесса (*due process*), объединяющий принципы равного отношения к сторонам, предоставления стороне возможности представить позицию и прочие. На нем зиждется состязательность арбитражного разбирательства и свойственный арбитражу стандарт доказывания. Ко второй группе относятся принципы процессуальной экономии и пропорциональности. Постольку поскольку арбитраж принято рассматривать одновременно как альтернативу государственному суду и как услугу по разрешению спора, принципы справедливого разбирательства в большей мере касаются его деятельности как суда, а эффективности — как оператора услуги.

Эта же классификация позволяет определить последствия несоблюдения того или иного принципа: нарушение принципов справедливого процесса может повлечь отмену арбитражного решения или отказ в приведении его в исполнение[38]. Несоблюдение принципов эффективного процесса не угрожает решению, но делает само разбирательство обременительным.

[38] При этом, как отмечает Ф. Ландольт, ограничения в доказывании, установленные арбитрами только для одной стороны, или преимущества в доказывании, безосновательно предоставленные другой стороне, могут повлечь за собой отмену арбитражного решения в стране места арбитража или отказ в признании и исполнении этого арбитражного решения в стране исполнения (*Landolt P.* Burden and Standard of Proof in Competition Law Matters Arising in International Arbitration by Phillip Landolt and Barbara Reeves Neal / EU and US Antitrust Arbitration. A Handbook for Practitioners. — Vol. 1. — Edited by Gordon Blanke and Phillip Landolt. — Kluwer Law International BV, The Netherlands. — 2011. — p. 156). В практике решения вопросов о предоставлении разрешения на принудительное исполнение арбитражных решений во многих странах мира, которые приняли обязательства по Нью-Йоркской конвенции, распространены случаи отказа в предоставлении таких разрешений в случае выявления нарушений в процессе доказывания принципов равного отношения к сторонам, предоставления возможности каждой стороне подать свои аргументы, а также нарушения процедуры рассмотрения, о которой договорились стороны.

В зависимости от того, на чью деятельность направлен принцип, можно выделить: принципы деятельности арбитражного суда и сторон. Считается, что арбитры обязаны организовать процесс так, чтобы он был справедливым и эффективным[39]. Однако по большей мере, арбитры ответственны за справедливый процесс, а стороны — за эффективный. Это следует понимать в том смысле, что справедливость процесса может пострадать от действий и решений арбитражного суда в большей степени, чем от действий стороны, а неэффективным процесс могут сделать и часто делают действия стороны. Поэтому принципы справедливого процесса ограничивают, прежде всего, автономию арбитражного суда, а необходимость обеспечить эффективное рассмотрение предполагает ограничения, которые арбитражный суд может устанавливать для сторон.

Принцип добросовестности в доказывании имеет сложную природу: он касается деятельности стороны, но целью его является в отдельных случаях соблюдение справедливости (например, когда речь идет о том, что использование поддельных доказательств недопустимо), а в других — эффективности (когда речь идет о недобросовестном затягивании процесса или злоупотреблении процессуальными правами).

Автономию арбитражного суда и автономию сторон, а также корреспондирующую автономии сторон обязательность соглашения сторон для арбитражного суда также можно выделить в качестве принципов, однако они вторичны по сравнению с уже упомянутыми. Автономия арбитражного суда реализуется с целью обеспечить эффективный процесс, но ограничивается необходимостью обеспечить процесс справедливый. Автономия сторон имеет самостоятельное значение, поскольку на соглашении сторон основывается арбитражное разбирательство. В то же время автономия сторон ограничена: с одной стороны соглашение сторон не может нарушать базовых основ справедливости; с другой — стороны добровольно

[39] Так, в Арбитражном регламенте LCIA (2014) обеспечение справедливого и эффективного разбирательства составляет две основные обязанности арбитражного суда (статья 14.4).

ограничивают свою автономию, наделяя арбитражный суд полномочиями в сфере доказывания.

Далее эти принципы будут рассмотрены каждый в отдельности.

§ 2.2. Принципы справедливого разбирательства

Принцип, согласно которому арбитражное разбирательство должно быть надлежащим, справедливым (*due process*), иногда ошибочно отождествляют с требованием о том, чтобы разбирательство соответствовало соглашению сторон (статья V(1)(d) Нью-Йоркской конвенции) и в этом смысле было надлежащим. Это не совсем так. Соблюдение принципа справедливого разбирательства не сводится к соблюдению конкретных норм права или соглашения сторон.

Этот принцип почти тождественен процессуальному публичному порядку в арбитраже, нарушение которого является основанием для отказа в признании и исполнении иностранного арбитражного решения на основании статьи V(2)(b) Нью-Йоркской конвенции[40]. Он охватывает фундаментальные представления о справедливости и, будучи метапринципом, объединяет в себе несколько принципов, важнейшими из которых являются:

– принцип предоставления стороне возможности представить свою позицию;
– равное отношение к сторонам.

Кроме приведенных выше, в состав принципа справедливого разбирательства следует отнести и другие аспекты разбирательства, обеспечивающие справедливость, такие как недопустимость принятия решения на основании поддельных доказательств и невозможность отказа от базовых прав сторо-

[40] *Белоглавек А. И.* Эксперты в международных условиях (в гражданских и уголовных судебных процессах, арбитражных и инвестиционных разбирательствах) / Александр И. Белоглавек, Рената Хотова. — К. : Таксон, 2011. — С. 204.

ны (*waiver of the right*), обеспечивающих правовую защиту, в том числе соглашением сторон.

Процессуальные правила и решения арбитражного суда должны сохранять за арбитражным процессом статус альтернативы правосудию, отправляемому государственным судом. Если установленные правила доказывания в арбитраже сделают для стороны фактически невозможной защиту ее базовых прав, сделанный ею фактический отказ от обращения к правосудию будет недействительным. Если сформулировать это утверждение позитивно, то чтобы отказ от доступа к правосудию был действительным, арбитражная процедура должна обеспечить разумную возможность юридической защиты[41]. Вот почему надлежащее разбирательство (*due process*) рассматривается как таковое в смысле соответствия базовым представлениям о справедливости, а вовсе не соглашению сторон. В тех случаях, когда соглашение сторон противоречит этим представлениям о справедливости, оно не может и не должно быть выполнено.

Как известно, вмешательство государственного суда в деятельность арбитража ограничено. Общепризнано, что оно не подразумевает право государственного суда оценивать выводы арбитражного суда по существу спора, равно как и справедливость решения по существу. Однако государственным судам дано право при рассмотрении вопросов об отмене арбитражного решения или о приведении его в исполнение в соответствующей юрисдикции оценивать соблюдение процессуальной справедливости. Справедливое арбитражное разбирательство, таким образом, расценивается как минимальная гарантия справедливости арбитражного решения.

Соблюдение принципа справедливого разбирательства возлагает на арбитражный суд обязанность, прежде всего, обеспечить равное отношение к сторонам и разумную возможность каждой стороне представить свою позицию.

---

[41] *Kurkela M.* Due Process in International Commercial Arbitration / Matti Kurkela, Santtu Turunen. — Oxford ; New York, N.Y. : Oxford University Press, 2010. — p. 142.

2.2.1. Принцип предоставления разумной возможности представить аргументы и доказательства

Нью-Йоркская конвенция (статья V(1)(b)) требует, чтобы стороне была предоставлена возможность «*представить свои объяснения*». Эта формула вводит в арбитражную практику принцип предоставления разумной возможности представить позицию (*reasonable opportunity of presenting one's case*)[42] или «право быть услышанным» (*right to be heard*), который охватывает:

– право стороны представить свои доказательства;
– право исследовать доказательства оппонента и представить свои комментарии в отношении утверждений оппонента и представленных им доказательств, а также представить доказательства противного;
– право участвовать в любом обсуждении дела с арбитрами, что, соответственно, исключает при рассмотрении спора по существу проведение каких-либо *ex parte* процедур, в которых участвовали бы арбитры[43].

Для соблюдения изложенного здесь принципа требуется также, чтобы арбитры обеспечили доступ сторон ко всем имеющимся у них материалам и доказательствам. Это особенно актуально в тех случаях, когда арбитры проявляют инициативу в установлении вопросов факта и права и самостоятельно получают информацию, имеющую доказательственное значение.

Право быть услышанным в современном арбитраже не предполагает буквально выслушивания арбитрами позиций сторон, поэтому проведение слушаний в большинстве известных арбитражных систем не считается обязательным[44].

---

[42] Именно в таком виде принцип закреплен в статье 22(4) Арбитражного регламента ICC (2012), статье 14.4(i) Арбитражного регламента LCIA (2014), статье 17 Арбитражного регламента CIArb (2015).

[43] См. статью 13(6) Регламента международного арбитража ICDR (2014). Многие арбитражные регламенты содержат специальное правило о том, что любые документы и информация, которые сторона представляет арбитражному суду, должны быть в то же время представлены и другим сторонам (статья 15(4) Швейцарского регламента международного арбитража (2012), статья 17 (4) Арбитражного регламента CIArb (2015)).

[44] Этому вопросу посвящен § 15.5.

Важно отметить, что в названии принципа упоминается *разумная* возможность. Возможность предполагает, что воспользоваться ею и представить свою позицию — это абсолютная прерогатива стороны. В том случае, если сторона не воспользовалась ею, возможность тем не менее считается предоставленной. Разумность возможности — категория, которую выдвинула арбитражная и судебная практика. Типовой закон ЮНСИТРАЛ (статья 18) говорит о том, что стороне должны быть предоставлены «*все возможности для изложения своей позиции*», а Нью-Йоркская конвенция указывает как на основание для отказа в приведении в исполнение арбитражного решения то, что сторона «*не была должным образом уведомлена* [...] *об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения*». Это однако не привело к тому, что арбитражные суды стали заложниками сторон и вынуждены были предоставлять им любую возможность представить свои аргументы и доказательства, а любое препятствие стороне в изложении своей позиции автоматически становилось основанием для отказа в приведении арбитражного решения в исполнение. Практика судов, по крайней мере в наиболее дружественных арбитражу юрисдикциях, пришла к мнению, что такая возможность должна быть разумной и может ограничиваться справедливой процедурой.

Принцип предоставления возможности представить позицию тесно связан с другими составляющими принципа справедливого разбирательства, а именно с принципом равного отношения к сторонам и его особым проявлением — принципом беспристрастности. Так, право исследовать доказательства предполагает предоставление стороне *такой же* возможности участия в исследовании, которую имела другая сторона. Например, если речь идет об исследовании показаний свидетеля, привлеченного и допрошенного оппонентом, то право исследовать предполагает не просто допуск к этим полученным показаниям (они являются результатом исследования оппонента), а равную возможность допросить этого свидетеля, то есть получить и исследовать доказательства.

Далее, для того чтобы соблюсти принцип предоставления разумной возможности стороне представить доказательства, арбитражный суд должен, по крайней мере, быть открыт к принятию аргументов стороны. Здесь важно разграничить процессуальную и ментальную открытость. Процессуальная открытость, то есть отсутствие барьеров в принятии доказательств, — это проявление принципа предоставления возможности представить позицию, ментальная открытость, то есть готовность воспринимать аргументы и доказательства стороны, — указывает на беспристрастность. При этом такая открытость арбитражного суда заключается в предоставлении сторонам возможности изложить свои аргументы на всех стадиях арбитражного разбирательства и считается соблюденной также в тех случаях, когда сторона решит не участвовать в рассмотрении[45].

То, что сторона не воспользовалась одной из возможностей реализовать свое право на представление свой позиции, не должно расцениваться как отказ (*waiver*) от такого права в целом. Поэтому в тех случаях, когда сторона не направила свой отзыв на иск или не явилась в слушание, арбитражный суд остается обязанным в соответствии с базовым принципом арбитражного разбирательства и далее предоставлять ей возможности для реализации своего права (уведомлять о новом слушании, если таковое проводится, направлять полученные доказательства либо приглашать к ознакомлению с ними, направлять заявления сторон и свои решения).

2.2.2. Принцип равного отношения к сторонам

Кроме того, что сторонам должна быть предоставлена возможность представить свои аргументы и доказательства, такая возможность должна быть равной. Равное отношение к сторонам (*equal treatment*) рассматривается часто сугубо в

[45] *Conde e Silva G.J.* Transnational Public Policy In International Arbitration : PhD in Law Thesis / Gui J. Conde e Silva. — London : Queen Mary College, University of London, 2007. — p. 187.

процессуальном плане, отдельно от беспристрастности, которая больше относится к оценке доказательств и принятию решения. Неравное отношение к сторонам, в таком случае, оценивается по таким внешним проявлениям, как установление барьеров для стороны в представлении или получении доказательств на фоне всяческих поблажек для другой стороны. Пристрастность же может не иметь таких внешних проявлений в процессе разбирательства, а сказаться в итоге на оценке доказательств и принятом решении. Хотя, конечно, пристрастное отношение может проявляться и в ограничениях процессуальных возможностей стороны. Кроме того, пристрастным может быть отношение не непосредственно к стороне, а например к ее эксперту или свидетелю. Представляется все же более правильным смотреть на беспристрастность как на одно из проявлений равного отношения к сторонам. В тех случаях, когда имеет место пристрастное отношение, например, к свидетелю, это все же отношение к доказательствам, представляемым стороной.

Арбитражный суд должен обеспечить равное отношение к сторонам как в процессе изложения ими своих позиций, получения и представления доказательств, так и при оценке этих доказательств. Лишь в целях удобства, а также потому, что беспристрастность является важным требованием к арбитрам, приводим ниже такое условное разделение принципа равного отношения к сторонам на две составляющие.

i. Процессуальное равенство

Процессуальное равенство сторон в доказывании в арбитраже достигается благодаря установлению одинаковых подходов к получению и представлению доказательств сторонами. Одинаковыми должны быть подходы, но не решения в отношении каждой из сторон. Поэтому далеко не всегда удачными будут попытки установить равенство на уровне технологии, например путем определения для сторон одинакового объема документов, которые они могут запросить друг у друга, одинакового времени или количества вопросов в прямом и перекрестном допросе.

Арбитражный суд не должен также принимать от стороны материалы, не относящиеся к делу, только на том основании, что ранее им были приняты доказательства от другой стороны.

Арбитражный суд не нарушает принципа равного отношения к сторонам, если обоснованно приходит к выводу, что доказательства одной стороны могут быть приняты, а доказательства другой — нет. Внимание здесь должно быть сосредоточено на том, чтобы к сторонам были применены одни и те же подходы и стандарты, а результат, естественно, может отличаться. Применяя этот подход к запросам сторон на получение документов, арбитражный суд вовсе не обязан удовлетворять одинаковое количество запросов от каждой стороны или устанавливать одинаковый объем раскрываемых доказательств[46].

ii. Беспристрастность

Беспристрастность можно определить как отсутствие прямой или косвенной заинтересованности в исходе дела, предпочтений или предубеждений в отношении стороны разбирательства, ее представителя, консультанта, эксперта или свидетеля.

Беспристрастность касается не только оценки доказательств, но и всего процесса представления каждой из сторон своих доказательств и аргументов. Вряд ли возможен какой-либо универсальный список обстоятельств, свидетельствующих о пристрастности арбитра. Вопрос о способности беспристрастно рассмотреть дело арбитр должен задавать себе перед принятием мандата в конкретном процессе и на протяжении всего разбирательства. А в случае возникновения обстоятельств, которые могут повлиять на эту способность, о таковых должно быть заявлено сторонам. Международная ассоциация юристов в 2004 году издала Руководящие принципы относительно конфликта интересов в международном арбитраже (новая редакция принята в 2014 году[47]), которые служат ориентиром для определения таких обстоятельств.

---

[46] *O'Malley N. D.* Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide / Nathan D. O'Malley. — Informa, 2012. — p. 325.

[47] См. *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, adopted by resolution of the IBA Council on 23 October 2014.

§ 2.3. Принципы, обеспечивающие эффективность доказывания

Принципы, соблюдение которых обеспечивает справедливость разбирательства, обращены, прежде всего, к арбитрам и устанавливают рамки их полномочий в решении процедурных вопросов и вопросов доказывания. В этом смысле они являются сдерживающими принципами, поскольку сдерживают проявление инициативы со стороны арбитров и их вмешательство в процесс представления сторонами своих позиций. В отличие от них, принципы, приведенные ниже, наоборот, являются мотивирующими к ведению разбирательства наиболее эффективным образом. Мотивирующими они являются, прежде всего, для арбитражного суда, поскольку оправдывают ограничения, которые он может вводить по отношению к сторонам для обеспечения этой эффективности. Они также обращены арбитрам как к лицам, оказывающим услугу по разрешению спора. Для сторон же эти принципы являются в некоторой мере сдерживающими.

Арбитражные регламенты и рекомендации по организации доказывания и арбитражного разбирательства в целом, разработанные ведущими арбитражными центрами в последние десятилетия, все больше внимания уделяют тому, чтобы арбитраж соответствовал ожиданиям сторон и был эффективным в плане времени и расходов способом разрешения споров. Согласно статье 22(1) Арбитражного регламента ICC (2012) арбитры и стороны должны прилагать все усилия, чтобы вести арбитраж быстрым и эффективным с точки зрения расходов способом[48]. Обеспечение эффективного разбирательства отмечено в Арбитражном регламенте LCIA (2014) в качестве одной из основных обязанностей арбитражного суда (статья 14.4(ii)). Правила IBA (статья 9.2(g)) также призывают арбитров при рассмотрении вопросов о принятии доказательств и обязательности запросов доказательств исходить из соображе-

[48] Похожие требования в отношении эффективности содержатся и в других арбитражных регламентах (см. например статью 20(7) Регламента международного арбитража ICDR (2014), статью 17 Арбитражного регламента CIArb (2015)).

ний *процессуальной экономии* и *пропорциональности*[49]. Именно эти две категории можно рассматривать в качестве основных составных частей метапринципа эффективности доказывания.

2.3.1. Принцип пропорциональности

«Недопустимость возложения на сторону чрезмерного бремени в связи с получением доказательств», «сопоставление существенности доказательства и связанного с его получением бремени», «пропорциональность» — это только несколько из наиболее часто употребляемых обозначений одного и того же принципа. Примем из них для удобства наиболее краткое, тем более что и эксперты рабочей группы Комиссии ICC по вопросам арбитража и альтернативных способов разрешения споров в своих документах называют пропорциональность в качестве одного из принципов предоставления доказательств[50].

Пропорциональность иногда ошибочно понимается как равномерность распределения между сторонами бремени, связанного с предоставлением доказательств. Это не совсем так. *Пропорциональность определяется для доказательства, а не для сторон. Она является результатом сопоставления существенности доказательства для решения спора и бремени (расходов и усилий), которое понесет сторона для предоставления доказательства.* В упомянутом уже Отчете ICC о техниках управления предоставлением электронных документов в арбитраже хорошо раскрыто, как определяется пропорциональность: «Арбитражный суд должен рассматривать вопрос

[49] Обязанность действовать добросовестно и прилагать все усилия для содействия эффективному разбирательству и недопущению излишних расходов и задержек возлагается в арбитраже на стороны (см. например статью 22(1) Арбитражного регламента ICC (2012), статью 15(7) Швейцарского регламента международного арбитража (2012), статью 14.5 Арбитражного регламента LCIA (2014)). Эта обязанность, тем не менее, должна рассматриваться применительно к сторонам в контексте принципа добросовестности. Напротив, для арбитражного суда обязанность обеспечить эффективное разбирательство имеет самостоятельное значение.

[50] См. *Techniques for Managing Electronic Document Production* When it is Permitted or Required in International Arbitration. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on the Production of Electronic Documents in International Arbitration. — Paris, ICC, 2012. — p. 2.

пропорциональности при удовлетворении запроса на предоставление документов: ему следует взвешивать относимость и существенность документа или категории документов по отношению к предполагаемому бремени, связанному с их поиском, получением, анализом и предоставлением»[51].

Соблюдение пропорциональности является особенно важным фактором при рассмотрении запросов на доказательства. Чрезмерное бремя, возлагаемое на сторону в связи с необходимостью предоставить доказательство, является основанием для отказа в удовлетворении такого запроса. Правила IBA даже отдельно называют чрезмерную обременительность (статья 9.2(c)) и пропорциональность (статья 9.2(c)) как факторы, которые должны быть приняты во внимание при решении вопросов о подлежащих предоставлению документах. Все же стоит признать, что в обоих случаях в Правилах IBA речь идет об одном и том же явлении — непропорциональности, то есть превышении бремени, связанного с получением доказательства, существенности этого доказательства.

2.3.2. Процессуальная экономия

Принцип пропорциональности требует сопоставлять существенность доказательств для решения спора с бременем, связанным с его получением. Результатом такого сопоставления может быть решение о том, должно ли быть получено доказательство или нет. Процессуальная экономия не настолько связана с бременем для сторон, поэтому ее применение не стоит в зависимости от того, заявила ли сторона о том, что на нее возложено чрезмерное бремя. Результат применения принципа процессуальной экономии также не выражается в утвердительном или отрицательном ответе. Этот принцип требует от арбитражного суда в целом придерживаться наиболее эффективного способа ведения разбирательства, получения и исследования доказательств. Его можно было отождествить в целом

[51] *Там же.* — p. 3.

с принципом эффективности, если бы не было необходимости отдельно говорить о пропорциональности.

Процессуальная экономия требует, чтобы вместо затратных, длительных и организационно сложных процедур применялись более простые и экономные, а также, чтобы не возникало необходимости повторного, дополнительного проведения процедур или получения более «сложных» доказательств там, где можно обойтись более «простыми».

Стремление организовать арбитражный процесс наиболее удобным и экономным образом привело к тому, что в практике установились технологические подходы, устанавливающие последовательность представления и получения доказательств:

(1) «*От представления к получению*»: прежде чем пытаться получить доказательства у оппонента, сторона должна представить все имеющиеся у нее или доступные ей доказательства[52];

(2) «*От простого к сложному*»: продвижение в получении доказательств от наиболее доступных в плане получения, представления и исследования (это прежде всего документы, имеющиеся у сторон) к более «сложным» (показания свидетелей, осмотр на месте, назначение экспертизы);

(3) «*Экономия усилий арбитражного суда*»:

i. прежде чем обратиться к арбитражному суду за содействием в получении доказательства, сторона обращается к оппоненту, и лишь в случае необоснованного отказа вопрос о получении решает арбитражный суд;

ii. запрошенные у стороны доказательства исследует запросившая доказательства сторона и представляет их арбитражному суду, если сочтет доказательства существенными;

[52] Принятием этого подхода продиктовано то, что арбитры, как правило, стремятся добиться от сторон представления ими всех имеющихся в их распоряжении доказательств, прежде чем рассматривать запросы на получение доказательств от оппонента или третьих лиц.

iii. прежде чем арбитражный суд исследует доказательство, его исследуют стороны.

Эти положения не универсальны и далеко не просты в применении. Они лишь отражают один из рациональных подходов, нацеленных на повышение эффективности разбирательства. Экономия усилий арбитражного суда вообще может показаться чуждой арбитрам из континентальных правовых систем.

Ведущие арбитражные центры и организации, поддерживающие арбитраж, разработали документы рекомендационного характера, адресованные, прежде всего, арбитрам и нацеленные на повышение эффективности арбитражных разбирательств. Их обзору посвящен § 4.4. В этих документах часто можно отметить следование описанным выше подходам к обеспечению процессуальной экономии.

§ 2.4. Принцип добросовестности в доказывании

Как принцип получения доказательств, добросовестность (*acting in good faith*) прямо обозначена в Правилах IBA[53] и закреплена во многих арбитражных регламентах[54]. Этот принцип, хоть он и рассмотрен здесь отдельно, является, на самом деле, синтезом принципов справедливого и эффективного разбирательства. Просто когда речь идет о справедливости и эффективности разбирательства, предполагается, что их обеспечение составляет обязанность арбитражного суда, в то время как принцип добросовестности обращен к сторонам. *Принцип добросовестности требует от сторон реализовывать свои права в разбирательстве таким образом, чтобы это содействовало арбитражному суду в разрешении спора и не создавало необоснованных препятствий*

[53] Пункт 3 преамбулы к Правилам IBA гласит: «*Получение доказательств осуществляется в соответствии с принципом, согласно которому каждая сторона должна действовать добросовестно и вправе в разумный срок до Слушаний по доказательствам, а также принятия решения в отношении какого-либо факта или по существу дела, ознакомиться с доказательствами, на которые ссылаются другие Стороны*».

[54] См. статью 15(7) Швейцарского регламента международного арбитража (2012).

в реализации другой стороной своих прав в разбирательстве. Собственно по причине того, что соблюдение этого принципа требует от стороны относиться к оппоненту так, как хотелось бы, чтобы в ответ относился он, этот принцип является скорее этическим, чем имеющим отношение к доказыванию. Однако поскольку он позволяет обосновать ответственность сторон за справедливость разбирательства и, производным образом, за его эффективность[55], он изложен здесь отдельно.

Соблюдение принципа добросовестности требует от сторон:

– не допускать представления поддельных либо иным образом ложных доказательств;
– не создавать препятствий другой стороне и арбитражному суду в получении доказательств;
– не злоупотреблять своими процессуальными правами в доказывании.

Из этого принципа также следует важная особенность арбитражного процесса — отсутствие сюрпризов в виде припасенных до наиболее удобного момента доказательств[56]. Представители сторон не должны пытаться застать друг друга врасплох каждым новым доказательством, поэтому техники, которые могут считаться проявлением адвокатского мастерства в некоторых национальных процессах, считаются неприменимыми в арбитраже.

Строгое соблюдение принципа добросовестности может создавать некоторые трудности в доказывании, которые, однако, в

[55] Некоторые арбитражные регламенты даже отдельно возлагают на стороны обязанность представлять доказательства таким образом, чтобы это содействовало эффективному решению спора арбитражным судом. Например, в статьях 4 и 5 Арбитражного регламента ICC 2012 года содержится требование к истцу и ответчику соответственно подать вместе с заявлением об арбитраже и отзывом на заявление документы, которые могут способствовать эффективному рассмотрению спора. В соответствии со статьей 22 этого же регламента не только арбитры, но и стороны должны прилагать все усилия, чтобы вести арбитраж быстрым и эффективным с точки зрения расходов способом, учитывая сложность и цену спора.

[56] *Хвалей В. В.* Процедура разбирательства в международном арбитраже / В. В. Хвалей // Хрестоматия альтернативного разрешения споров : Учебно-методические материалы и практические рекомендации / Сост. Г. В. Севастьянов. — СПб. : АНО «Редакция журнала «Третейский суд», 2009. — С. 301. В некоторых регламентах избежание сюрпризов прямо названо среди принципов обмена информацией между сторонами в арбитраже (см. например статью 21(1) Регламента международного арбитража ICDR (2014)).

большинстве случаев принимаются, поскольку предсказуемости арбитражного процесса отводится место ценности более важной, чем выяснение обстоятельств дела до мельчайших деталей. Трудности могут возникнуть ввиду объективной невозможности или нецелесообразности представить некоторые доказательства до определенного момента. Например, сторона может придержать отдельные документы, с помощью которых возможно доказать недостоверность показаний заявленного оппонентом свидетеля до момента его допроса. В таком случае, если в арбитраже будет установлен строгий порядок представления доказательств, а все письменные доказательства будут представлены до допроса свидетелей, арбитражный суд может оказаться перед необходимостью отказать в принятии доказательств по формальным основаниям либо изменить порядок представления доказательств, что будет более правильно и позволит подать письменное доказательство даже после перехода к допросу свидетелей. Лишь немногие правила и руководства арбитражных центров принимают во внимание возможность такого поворота событий и снабжают арбитров рекомендациями на такой случай[57].

§ 2.5. Автономия арбитров и автономия сторон

Право арбитражного суда решать процедурные и другие вопросы доказывания в пределах соглашения сторон (автономия арбитров в вопросах доказывания)[58], равно как и право сторон достигать соглашения по вопросам доказывания (авто-

[57] Так, например п. 1(e)(3) Протокола CPR раскрытия документов и представления свидетелей в коммерческом арбитраже (CPR Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration) предусматривает, что арбитражный суд не должен допускать использование стороной документа или информации в электронной форме, не представленных ею в деле или не раскрытых ранее, если только они не используются для дискредитации свидетельских показаний. В то же время арбитражный суд не должен позволять стороне придерживать запрошенные у нее документы или информацию в электронной форме только на том основании, что сторона намерена использовать их для дискредитации свидетеля оппонента.

[58] Часть 2 статьи 19 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

номия сторон)[59] часто не рассматриваются в качестве отдельных принципов доказывания в арбитраже. Это вопрос теоретический, потому здесь не будет уделено достаточно внимания разным позициям в его отношении. Стоит, однако, упомянуть, что с одной стороны автономия сторон и автономия арбитров реализуется в пределах принципов, обеспечивающих справедливое разбирательство, а реализация этих автономий, как ожидается, должна быть направлена на ведение разбирательства наиболее эффективным способом. С другой стороны, то значение, которое имеют автономия арбитров и автономия сторон в доказывании, требует особого внимания к этим категориям. На страницах этой книги речь идет именно о том, как эта автономия реализуется. Кроме того, несоблюдение арбитражным судом соглашения сторон, то есть нарушение их автономии в вопросах доказывания, часто является основанием для отмены арбитражного решения, а также может послужить препятствием для его признания и приведения в исполнение (статья V(1)(d) Нью-Йоркской конвенции). Именно значение этих категорий вынуждает признать за автономией арбитров и автономией сторон значение принципов доказывания в арбитраже.

Принципиальное значение автономии арбитров усматривается даже непосредственно из арбитражных регламентов. Многие из них содержат положения о том, что арбитражный суд может вести разбирательство таким образом, каким посчитает нужным, если при этом обеспечено равное отношение к сторонам и их право быть услышанными[60].

Все же автономия арбитров рассматривается как явление, производное от автономии сторон: арбитражный суд вправе определять правила разбирательства с соблюдением соглашения сторон[61]. О случаях, когда арбитражный суд может отступить от достигнутого сторонами соглашения, было сказано в § 2.2.

---

[59] Часть 1 статьи 19 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

[60] См. например статью 15(1) Швейцарского регламента международного арбитража (2012).

[61] См. статью 22(2) Арбитражного регламента ICC (2012), статью 28(1) Венского арбитражного регламента (2013).

Глава 3.
Право, которым регулируется доказывание

§ 3.1. *Lex evidentia* в арбитраже

В национальных процессуальных отраслях права доказывание принято рассматривать как институт, который составляет упорядоченную систему норм, регулирующих деятельность по установлению обстоятельств, имеющих юридическое значение[62]. Некоторые исследователи акцентируют внимание на элементном составе института и определяют доказывание как правовой институт гражданского процесса, представляющий собой совокупность норм гражданского процессуального права, которые регулируют цели, предмет, процесс и средства доказывания в судопроизводстве[63]. При этом имеется неоднородность юридического содержания доказывания, которая проявляется в том, что его образуют как процессуально-правовые, так и материально-правовые элементы[64].

С тем, что доказывание составляет институт права, соглашаются не все. Даже в аспекте национальных судебных процессов, по мнению ученых, совокупность норм, которыми урегулировано доказывание, вообще нельзя считать правовым

---

[62] *Баулин О. В.* Доказательства и доказывание в гражданском судопроизводстве: учебное пособие / О. В. Баулин, Д. Г. Фильченко; под общ. ред. О. В. Баулина. — Воронеж : Издательство Воронежского государственного университета, 2006. — С. 11.

[63] *Юридична енциклопедія* : в 6 томах / ред. кол.: Ю. С. Шемшученко та ін. — Т. 2: Д–Й. — К. : «Укр. енцикл.», 1998. — С. 271.

[64] *Бочаров Д. О.* Доказування у правозастосовчій діяльності: загальнотеоретичні питання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Д. О. Бочаров ; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2007. — С. 11.

институтом, а можно лишь говорить о существовании такой комплексности, под которой следует понимать невозможность решения дела без реализации в процессе доказывания общих (содержащихся в общей части процессуального права) и специальных (помещенных в специальной части процессуального и материального права) норм в совокупности[65].

В западной правовой традиции в ходу понятие «доказательственное право» (*evidence law*), которое в теории рассматривают в узком и широком смыслах. В узком смысле *доказательственное право понимают как регулирующее деятельность по выявлению фактов*. При этом другие вопросы, связанные с этой деятельностью, рассматриваются как пограничные или даже как находящиеся за пределами его регулирования. Например, такими являются вопросы доказательственных привилегий, которые по своей сути противостоят выявлению фактов и относятся к комплексу правовых норм, обеспечивающих защиту информации, а не к доказыванию[66]. В широком смысле доказательственное право может рассматриваться как комплексный правовой институт, объединяющий нормы процессуальных отраслей о доказательствах и доказывании. Такое объединение иногда имеет результатом кодифицированный акт (например, Федеральные правила о доказательствах США[67], Канадский акт о доказательствах[68], Кодекс доказывания Новой Зеландии[69]).

В международном коммерческом арбитраже для выделения доказывания как комплексного правового института нет достаточных оснований из-за принадлежности правовых норм, которые регулируют деятельность по доказыванию, к различ-

---

[65] *Решетникова И. В.* Доказывание в гражданском процессе: учеб.-практ. пособие / И. В. Решетникова. — М. : Издательство Юрайт; ИД Юрайт, 2011. — С. 17, 18.

[66] *Stein A.* Foundations of evidence law / Alex Stein. — Oxford University Press, 2005. — p. 3.

[67] См. Federal Rules of Evidence (Enacted by Public Law No. 93-595, January 2, 1975; with amendments as of December 1, 2013).

[68] См. Canada Evidence Act (R.S.C., 1985, c. C-5). Current to June 17, 2015. Last amended on March 9, 2015.

[69] См. Evidence. Report 55 — Vol. 2. Evidence Code and Commentary. — August 1999, Wellington, New Zealand. — 291 pages.

ным правовым системам. Если общие основы доказывания устанавливаются в законодательстве о международном коммерческом арбитраже страны места арбитража, то специальные нормы могут быть помещены, например, в актах материального права, подлежащего применению к существу спора и принадлежащего к другой правовой системе. Таким образом, нормы, которыми урегулировано доказывание в международном коммерческом арбитраже, в еще меньшей степени, нежели это можно сказать о правилах доказывания в национальных судебных процессах, соответствуют определенным в правовой теории признакам правового института, в частности, законодательной обособленности.

Однако, то, что регулирование доказательств и доказывания в международном коммерческом арбитраже осуществляется нормами, которые принадлежат к различным правовым системам, не создает противоречий в понимании сущности этого явления и не дает повода для того, чтобы отвергать понятие «доказательственное право» (*evidence law*) как удобную с теоретической и практической точки зрения категорию в арбитраже. Деятельность по доказыванию в международном коммерческом арбитраже подпадает под регулирование различных норм и даже находится под влиянием различных правовых систем. В этом контексте вполне можно согласиться с Б. Макалистер и А. Блум, по мнению которых, тезис о том, что в арбитраже отсутствуют правила доказывания, является не только неправильным, но и внутренне противоречивым[70]. Даже наоборот, принимая во внимание те особенности, которые присущи доказыванию в арбитраже, вполне обоснованно можно выделять совокупность норм, которыми оно урегулировано.

В международном коммерческом арбитраже общепризнанным является разграничение (1) материального права, которое применяется к спорным отношениям, и (2) процессуального права, которым руководствуются арбитры, права места арбитража и некоторых других правопорядков, которые иногда объединяют в общую категорию процессуального права. Раз-

[70] *McAllister B.* Evidence in Arbitration / Bruce McAllister and Amy Bloom // Journal of Maritime Law & Commerce. — 2003. — Vol. 34. — No. 1. — p. 35.

граничение это только кажется определенным, четкой границы между ними нет. В вопросах доказывания размытость этих границ особенно ощутима.

§ 3.2. Процессуальное право

3.2.1. Границы процессуального права

Понятие «процессуальное право» в международном коммерческом арбитраже не имеет единого определения и ясно очерченных пределов. В наиболее широком из употребляемых смыслов оно означает все, что не относится к материальному праву, применяемому для разрешения спора. Авторитетный практик арбитража Ян Полсон провел черту между правом, применяемым *в* арбитраже (материальное право) и правом, применяемым *к* арбитражу, которое можно было назвать процессуальным, хотя оно охватывало не только процессуальные вопросы[71]. Сердцевину процессуального права в широком смысле составляет *lex arbitri*. Сторонники более узкого толкования понятия процессуального права считают ошибочным попытки покрыть этим понятием все, что не относится к применимому материальному праву. Для них процессуальное право — это даже не *lex arbitri*, а только те правила сугубо процессуального характера, которые установлены для рассмотрения спора (в том числе в арбитражном регламенте).

3.2.2. «Внутреннее» и «внешнее» процессуальное право

Право, регулирующее арбитраж (*lex arbitri*), некоторые ученые условно разделяют на внутреннее (*internal lex arbitri*),

[71] *Henderson A.* Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of Arbitration. Unraveling the Laws of the Arbitration Process / Alastair Henderson // Singapore Academy of Law Journal. — 2014. — No. 26. — p. 887.

то есть то, которое регулирует отношения сторон и арбитражного суда, собственно процессуальное право, и внешнее (*external lex arbitri*) — то, что касается признания арбитража государством, устанавливает пределы внешнего вмешательства и помощи судов.

При этом, учитывая растущее признание автономии сторон в определении правил арбитража и необязательности связи этих процессуальных правил арбитража с правом определенной страны, особенно в случае последующего добровольного исполнения арбитражного решения, *external lex arbitri* не всегда является правом определенной страны, с которым арбитраж имеет территориальную связь (*lex loci arbitri*[72])[73]. Речь идет о так называемой делокализации международного коммерческого арбитража.

Однако, даже с учетом распространения тенденции к делокализации, которая признана многими отечественными и иностранными учеными и практиками[74], мы не можем оставить без внимания то, что сама система признания и исполнения арбитражных решений, сформировавшаяся в рамках Нью-Йоркской конвенции, существенным образом связывает возможность признания и исполнения решения с его соответствием праву страны, в которой имел место арбитраж (статья V(d)) или в которой было принято арбитражное ре-

[72] Под *lex loci arbitri* здесь и далее понимается часть права, которым руководствуется арбитраж (часть *lex arbitri*), а не материальное право страны места арбитража, которое арбитражный суд применяет для решения спора, используя коллизионную привязку *lex loci arbitri*. С используемым здесь значением *lex loci arbitri* — это право страны места арбитража, которым часто определяется полномочия арбитражного суда по получению доказательств, полномочия суда вводить обеспечительные меры, арбитрабильность спора, действительность арбитражного решения и прочее (см. например *Moss G. C.* International Arbitration and the Quest for the Applicable Law / Moss Giuditta Cordero // Global Jurist. — 2008. — Vol. 8, Issue 3. — Article 2. — p. 8).

[73] *Mistelis L.* Reality Test: Current State Of Affairs In Theory And Practice Relating To “Lex Arbitri” / Loukas Mistelis // The American Review Of International Arbitration. — 2006. — Vol. 17. — p. 180.

[74] См. *Кравцов С. О.* Міжнародний комерційний арбітраж та національні суди [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Кравцов Сергій Олександрович ; Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». — Х., 2012. — С. 38; *Mistelis L.* Reality Test: Current State Of Affairs In Theory And Practice Relating To “Lex Arbitri” / Loukas Mistelis // The American Review Of International Arbitration. — 2006. — Vol. 17. — p. 180.

шение (статья V(a) и (e))[75]. То есть Нью-Йоркская конвенция поддерживает именно концепцию территориальной связи, которая, вместе с тем, является юридической фикцией. Поэтому делокализация проявляется достаточно отчетливо пока только тех в случаях, когда арбитраж не нуждается в каком-либо содействии государств для приведения в исполнение своих решений, как, например, в спорах в отношении доменных имен.

В общем и целом, обоснованным остается мнение о том, что общие принципы правового регулирования доказывания определяет законодательство об арбитраже страны места арбитража *(lex loci arbitri)*[76].

В странах, имплементировавших Типовой закон ЮНСИТРАЛ, этот правовой массив воплощен, прежде всего, в соответствующем специальном законе о международном коммерческом арбитраже. В этом законе нормы, касающиеся доказательств и доказывания, можно условно разделить на две группы:

– первую группу составляют нормы, которыми урегулированы процедурные аспекты получения доказательств (статья 18, часть 1 статьи 19, часть 2 статьи 22, статья 23–27),
– вторую группу составляют нормы о полномочиях арбитража определять допустимость, относимость, существенность и значимость доказательств (часть 2 статьи 19).

Для обеих групп норм характерно закрепление широкой автономии сторон и арбитражного суда. Право других стран, которые учли Типовой закон ЮНСИТРАЛ в уже имеющихся законах, а также тех, в которых традиция арбитража имеет свои корни, также исходит из этих принципов. Так, законодательство ФРГ об арбитраже закрепляет широкие полномочия арбитров по решению процессуальных вопросов, к которым

[75] Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (подписана в Нью-Йорке 10 июня 1958 года) / Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. — Том 2. — 1973. — С. 28–38.

[76] *Moss G. C.* International Arbitration and the Quest for the Applicable Law / Moss Giuditta Cordero // Global Jurist. — 2008. — Vol. 8, Issue 3. — Article 2. — p. 8.

также относит право решать о допустимости, относимости и значимости каждого представленного доказательства (§ 1042 Немецкого гражданского процессуального кодекса[77]). Английское право содержит похожее правило. Статья 34(2)(f) Английского закона об арбитраже 1996 года определяет, что с учетом права сторон достичь согласия по любому вопросу процедуры или доказывания арбитры полномочны решать о применении формальных правил доказывания (или любых других правил) о допустимости, относимости или весе любого материала (устного, письменного или иного), который должен быть оценен в отношении любого факта или утверждения, а также о времени, способе и форме, в которых такой материал подлежит обмену между сторонами и представлению в арбитраж[78]. Бельгийское законодательство об арбитраже также наделяет арбитров широкими полномочиями в решении процессуальных вопросов доказывания и предусматривает, что арбитры по своему усмотрению решают вопрос о допустимости и доказательной силе любого доказательства (статья 1700(3) Бельгийского судебного кодекса)[79]. В целом же можно говорить об общем признании практики закрепления в национальном законодательстве широких прав арбитражного суда по решению вопросов получения и оценки доказательств.

В то же время законодательство об арбитраже не содержит детальных норм о процедуре доказывания и оставляет на усмотрение сторон установление этих процессуальных правил, а в случае отсутствия согласия сторон — на усмотрение арбитражного суда, поскольку эти «внутренние» процессуальные правила, в отличие от «внешних», не затрагивают интересов других субъектов, кроме участвующих в рассмотрении.

Подчеркивая важность урегулирования именно «внешнего» процессуального аспекта, исследователи указывают, что *lex loci arbitri* производит наиболее ощутимое влияние на автоном-

[77] См. Code of Civil Procedure as promulgated on 5 December 2005 (Bundesgesetzblatt (BGBl., Federal Law Gazette) I p. 3202; 2006 I p. 431; 2007 I p. 1781), last amended by Article 1 of the Act dated 31 August 2013 (Federal Law Gazette I p. 3533).

[78] См. Arbitration Act 1996.

[79] См. Belgian Judicial Code. In force as from September 1, 2013. Chapter 6: Arbitration.

ность регулирования процесса получения доказательств в трех важных направлениях:

1) определяет полномочия арбитражного суда при получении доказательств;
2) устанавливает доступность помощи местного суда в обеспечении принудительного исполнения приказов арбитражного суда;
3) предусматривает для стороны возможность обратиться в суд для содействия в получении доказательств вне арбитражного рассмотрения[80].

В то же время автономия сторон и арбитражного суда в вопросах установления процессуальных правил доказывания, а также в решении вопросов об определении допустимости, относимости, существенности доказательств, а также их оценки, закреплена в законодательстве об арбитраже без специальных ограничений.

Полномочия арбитражного суда по решению вопросов доказывания, таким образом, самым общим образом закреплены в *lex arbitri*. Они детализированы в арбитражных регламентах, в которых они, как правило, не находят ограничений. Вместе с тем их реализация всегда осуществляется с учетом основных принципов международного арбитража, каковыми являются равное отношение к сторонам, предоставление сторонам возможности изложить свои аргументы («право быть услышанным») и осуществления арбитражного разбирательства в рамках соглашения сторон (как принципам доказывания им посвящен § 2.2). Эти принципы являются обязательными для арбитражного суда не только в силу того, что они, как правило, закреплены в *lex arbitri*, но и потому, что приобрели значение составляющей транснационального публичного порядка, категории, влияние которой на регулирование деятельности по доказыванию в международном коммерческом арбитраже сложно переоценить.

---

[80] *Perloff S.* The ties that bind: The limits of autonomy and uniformity in international commercial arbitration. — University of Pennsylvania Journal of International Business Law. — 1992. — Vol. 13:2. — pp. 345–346.

3.2.3. Публичный порядок

Транснациональный публичный порядок[81], как его определяют ученые и практики международного коммерческого арбитража, в отличие от *публичного порядка отдельного государства* (внутренний публичный порядок, который является отражением основ данного общества в моральной, религиозной, экономической, политической и правовой сферах[82]), и *международного публичного порядка* (фундаментальные концепции правового порядка в определенной стране[83]), является значительно более узкой категорией, которая объединяет общепризнанные принципы, принятые во всем мире[84]. Именно транснациональный публичный порядок, по мнению некоторых авторов, должны учитывать суды, рассматривающие вопрос о признании иностранных арбитражных решений[85].

Публичный порядок принято рассматривать в контексте материальной и процессуальной составляющей. При этом, процессуальный публичный порядок в значительной степени тождествен принципу справедливого процесса, нарушение ко-

---

[81] В странах континентальной правовой системы для обозначения понятия «публичный порядок» используется термин «*ordre public*», а в странах общего права — «*public policy*». В литературе отмечается, что *ordre public* является более широким по содержанию понятием, охватывающим также все элементы надлежащего процесса (см. *Притика Ю. Д.* Проблеми захисту цивільних прав та інтересів у третейському суді : Монографія / Ю. Д. Притика. — К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2006. — С. 561).

[82] *Hunter M.* Transnatonal Public Policy and its Apprication in Investment Arbitration / Martin Hunter and Gui Conde e Silva // The Journal of World Investment. — 2003. — Vol. 4. — No. 3. — p. 367.

[83] См. Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards / International Law Association New Delhi Conference (2002), Committee On International Commercial Arbitration. — p. 3.; см. также *Hunter M.* Transnatonal Public Policy and its Apprication in Investment Arbitration / Martin Hunter and Gui Conde e Silva // The Journal of World Investment. — 2003. — Vol. 4. — No. 3. — p. 367.

[84] См. *Barraclough A.* Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration / Andrew Barraclough and Jeff Waincymer // Melbourne Journal of International Law. — 2005. — Vol 6. — No. 2; *Curtin K.-M.* Redefining Public Policy in International Arbitration of Mandatory National Laws / Kenneth-Michael Curtin // Defense Counsel Journal. — 1997. — April. — p. 283.

[85] *Белоглавек А. И.* Эксперты в международных условиях (в гражданских и уголовных судебных процессах, арбитражных и инвестиционных разбирательствах) / Александр И. Белоглавек, Рената Хотова. — К. : Таксон, 2011. — С. 199.

торого является основанием для отказа в признании и исполнении иностранного арбитражного решения на основании статьи V(2)(b) Нью-Йоркской конвенции[86].

К перечню фундаментальных основ, которые составляют транснациональный публичный порядок, часто относят такие базовые положения в сфере доказывания в международном арбитраже:

– равное отношение к сторонам;
– предоставление стороне возможности изложить свои аргументы;
– предоставление возможности изложить комментарии в отношении аргументов оппонента;
– отсутствие каких-либо *ex parte* процедур, в которых принимают участие арбитры и которые касаются спора;
– недопустимость представления сторонами поддельных доказательств[87].

Два из указанных выше принципов, а именно предоставление возможности изложить комментарии в отношении аргументов оппонента и отсутствие процедур *ex parte*, в которых принимают участие арбитры и которые касаются спора, охватываются принципом предоставления сторонам возможности изложить свои аргументы. Ранее в § 2.2 уже были рассмотрены эти принципы. Точнее, они были сведены к двум важным принципам — равного отношения к сторонам и предоставления разумной возможности представить свою позицию — которые, в свою очередь, являются частями метапринципа справедливого разбирательства.

3.2.4. Принципы права

Отдельные вопросы доказывания могут быть закреплены на уровне общих принципов права, которые выходят за рамки транснационального публичного порядка и формирование которых уже происходит под влиянием различных правовых систем.

---

[86] *Там же.* — С. 204.

[87] *Conde e Silva G.J.* Transnational Public Policy In International Arbitration : PhD in Law Thesis / Gui J. Conde e Silva. — London : Queen Mary College, University of London, 2007. — p. 253.

Общими принципами права в арбитраже защищены, например, привилегии, такие как тайна общения с юристом, врачом и журналистом, содержание переговоров об урегулировании спора, содержание документов, которые касаются национальных интересов, а также коммерческие и деловые секреты. Обязанность стороны действовать добросовестно также может рассматриваться как общий принцип права, подлежащего применению, например, при решении вопроса о применении привилегии[88].

Принципы права могут составлять часть международного публичного порядка страны места арбитража и таким образом влиять на действительность арбитражного решения.

Итак, выстраивается определенная иерархия правового регулирования деятельности по доказыванию в международном коммерческом арбитраже, вершину которой составляют принципы транснационального публичного порядка, а фундаментальные принципы права, которые могут быть частью международного публичного порядка в определенной стране, занимают следующую ступень. Далее в этой иерархии есть место для автономии сторон в определении правил доказывания.

3.2.5. Соглашение сторон и обязательные нормы

Принцип автономии сторон в международном коммерческом арбитраже предполагает признание права сторон определять порядок ведения разбирательства и обязанность арбитражного суда вести разбирательство с учетом принятых сторонами совместных решений (достигнутого сторонами соглашения).

Соглашение сторон в этом случае понимается достаточно широко: это и правила разбирательства, которые стороны согласились применять, заключив арбитражное соглашение, и любые отступления от этих правил, согласованные сторона-

[88] *Camerer V.* Glamis Gold, Ltd. v. United States of America: A Case Study On Document Production And Privilege In International Arbitration / Véronique Camerer, Christina G. Hioureas // World Arbitration & Mediation Review (WAMR). — 2008. — Vol. 2. — No 3. — pp. 43–44.

ми; это также указания арбитражному суду и заявления одной стороны, встреченные согласием другой (например, признание отдельных фактов).

Стороны, реализуя свою автономию, не могут преступать нормы, соблюдение которых является вопросом публичного порядка. Поскольку к последним относится также принцип справедливого разбирательства, то не лишним будет отметить, что стороны своим соглашением не могут ограничить себя в праве на справедливое разбирательство. Арбитражное решение, принятое с соблюдением соглашения сторон, но с нарушением права на справедливое рассмотрение, подвергается риску быть отмененным или не допущенным к принудительному исполнению.

Далее, хотя Типовой закон ЮНСИТРАЛ и законодательство о международном коммерческом арбитраже многих стран обязывает арбитров соблюдать соглашение сторон, все же в арбитражной практике и в законодательстве отдельных стран эта обязанность рассматривается как таковая, выполнение которой не должно противоречить нормам, подлежащим обязательному применению (*mandatory rules*). Как правило, когда речь идет о нормах, подлежащих обязательному применению, имеются в виду нормы *lex arbitri*, не допускающие отступления даже посредством соглашения сторон. Соблюдение обязательных норм, которые подлежат применению независимо от сделанного сторонами выбора правил, часто рассматривается как вопрос публичного порядка[89]. Препятствием для выполнения соглашения сторон в этом случае является то, что его выполнение привело бы к принятию арбитражного решения с нарушением публичного порядка.

В литературе обосновывается мнение, что обязательные нормы и публичный порядок, даже национальный (внутренний) — это все же разные вещи. Такой подход допускает отступление от, казалось бы, обязательных норм. Это требует, чтобы в качестве действительно обязательных норм рассматривались не те, которые ввиду одной лишь своей форму-

[89] *Maniruzzaman A. F. M.* International Arbitration and Mandatory Public Rules in the Context of State Contracts: An Overview / A. F. M. Maniruzzaman // Journal of International Arbitration. — 1990. — Vol. 7. — No. 3. — p. 57.

лировки не предполагают отступления, а те, отступление от которых нарушало бы публичный порядок. Как справедливо отмечают эксперты ЮНКТАД, взвешенным можно считать подход арбитра, который учитывает возможное несоответствие арбитражного решения международному публичному порядку, когда решает, следует ли применять определенные обязательные нормы[90].

Кроме того, выполнение соглашения сторон должно быть возможным. Статья 21 Шведского закона об арбитраже прямо устанавливает обязанность арбитров руководствоваться соглашением сторон в той мере, в какой этому нет препятствий[91]. Некоторые арбитражные регламенты и руководства по раскрытию доказательств даже содержат специальные правила о том, что соглашение сторон в отношении отдельных вопросов доказывания обязательно для арбитров, если только арбитражный суд не посчитает необходимым отступить от условий такого соглашения[92]. Следует отметить, что в этом последнем случае такое отступление от условий соглашения на самом деле отступлением не является, в отличие от тех случаев, когда отступление совершено со ссылкой на законодательство. Дело в том, что стороны, достигнув соглашения о применении того или иного арбитражного регламента или правил получения доказательств, согласились также с тем, что к их соглашению будет применяться содержащееся в регламентах и правилах положение о возможном отступлении от некоторых условий соглашения. Поэтому до тех пор, пока отступление от положений соглашения сторон не приводит к отказу от применения регламента или правил, в которых содержится правило о возможном отступлении, такое отступление фундаментально не противоречит соглашению сторон.

---

[90] *Jacquet J.-M.* Dispute Settlement International Commercial Arbitration: 5.5 Law Governing the Merits of the Dispute / Jean-Michel Jacquet // United Nations Conference on Trade and Development. — United Nations, New York and Geneva, 2005. — p. 29.

[91] См. Swedish Arbitration Act (SFS 1999:116).

[92] См. например статью 1(c) Протокола CPR раскрытия документов и представления свидетелей в коммерческом арбитраже (CPR Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration).

3.2.6. Неприменимость *lex fori*

Говоря о процессуальном праве в международном коммерческом арбитраже как о системе норм, которая оказывает наибольшее влияние на деятельность по доказыванию, мы должны четко отделять его от права, которым руководствуются суды в национальных судебных процессах.

В научно-практической литературе преобладает подход, согласно которому процессуальное право страны места арбитража, то есть закон, которым руководствуются национальные суды при рассмотрении аналогичной категории дел (*lex fori*), не подлежит применению в международном коммерческом арбитраже[93]. В то же время, среди ошибок, которые делают начинающие практики, первенство занимают те, которые связаны с попытками применить к вопросам доказывания в арбитраже подходы и даже нормы, которыми руководствуются суды в национальных процессах[94].

По мнению некоторых авторов, процессуальное законодательство места арбитражного разбирательства все же играет важную роль в регулировании доказывания в арбитражном процессе. Отдельные его нормы, по их мнению, применяются к процессу непосредственно, другие — по аналогии[95]. Справедливости ради стоит отметить, что, действительно, имеются случаи применения *lex fori* в ар-

---

[93] См. *Landolt P.* Arbitrators' Initiatives to Obtain Factual and Legal Evidence / Phillip Landolt // Arbitration International. — 2012. — Vol. 28, Issue 2. — p. 184; *Goode R.* The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration / Roy Goode // Arbitration International. — 2001. — Vol. 17. — No. 1. — p. 36; *Jacquet J.-M.* Dispute Settlement International Commercial Arbitration: 5.5 Law Governing the Merits of the Dispute / Jean-Michel Jacquet // United Nations Conference on Trade and Development. — United Nations, New York and Geneva, 2005– p. 3; *Baniassadi M. R.* Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration / Mohammad Reza Baniassadi // Berkeley Journal of International Law. — 1992. — Vol. 10, Issue. 1, Art. 2. — p. 84.

[94] *Strong S. I.* Research in International Commercial Arbitration: Special Skills, Special Sources / S. I. Strong // The American Review of International Arbitration. — 2009. — Vol. 20. — No. 2. — p. 136.

[95] *Никифоров И.* Доказательства в международном коммерческом арбитраже / И. Никифоров // Хозяйство и право. — 2001. — № 10. — С. 121.

битраже[96]. В то же время такая практика не свидетельствует о существовании альтернативного подхода, который бы поддерживал применение национального процессуального права в международном коммерческом арбитраже. Косвенным подтверждением этому является то, что практика применения *lex fori* не распространена в наиболее авторитетных международных арбитражных системах (ICC, LCIA, AAA и некоторых других), а арбитраж CIETAC, который хоть и относится к «первому эшелону» мировых арбитражных центров, до последнего времени был достаточно консервативен и ориентирован на обслуживание потребностей международной торговли Китая. Последнее обстоятельство способствовало намного большему влиянию на практику этого арбитражного центра китайской государственной системы правосудия, чем международной арбитражной практики.

Итак, *процессуальное право, которым руководствуются национальные суды (lex fori), не регулирует деятельность по доказыванию в арбитраже, если только стороны не договорились о его применении или законодательством специально не предусмотрена обязательность его положений*. В последнем случае речь идет скорее об исключениях, которые, однако, случаются. Так, процессуальное законодательство Новой Зеландии исключает из поля своего регулирования отношения по рассмотрению споров в арбитраже, но устанавливает специальное правило о

[96] Так, арбитражные суды, которые рассматривали дела по регламенту CIETAC, иногда применяли положения постановления Верховного Народного Суда КНР, которое касалось практики доказывания, как источник процессуального права в арбитражном разбирательстве (см. CIETAC Arbitration proceeding, Award of 23 March 2007 (*Offset printing machines case*); CIETAC Arbitration proceeding, Award of 24 July 2007 *(Flexo label printing machine case*). Внешнеторговый арбитражный суд Торговой палаты Сербии в деле 2005 года также счел возможным применить сербский гражданский процессуальный закон как вторичный источник процессуального права в вопросах доказательств (см. Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce, Award of 21 February 2005 (*Young chickens case*)). Арбитражный суд Торгово-промышленной палаты Будапешта, обосновывая свои процессуальные действия по получению доказательств, отметил, что они соответствуют нормам процессуального закона страны истца и ответчика, указав конкретные нормы этих законов (см. Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of Budapest 5 December 1995 Budapest Arbitration proceeding Vb 94131 (*Waste container case*)).

том, что свидетели в арбитраже пользуются теми же привилегиями и иммунитетом, которые предоставляются им в национальных судебных процессах[97]. Канадский акт о доказательствах, которым руководствуются национальные суды и другие органы, распространяет действие отдельных своих положений, касающихся получения копий документов и некоторых вопросов допустимости доказательств, также на арбитраж[98].

В то же время, не стоит воспринимать тезис о неприменимости *lex fori* как указывающий на неприменимость гражданского процессуального кодекса. Во многих странах континентальной правовой традиции законодательство об арбитраже включено именно в гражданские процессуальные кодексы (ФРГ, Бельгия и другие). Эти нормы, как раз, подлежат применению, и частью *lex fori* они не считаются.

Стороны могут договориться о применении отдельных положений *lex fori* или признать его применение необходимым в целом настолько, насколько это возможно, учитывая разницу между международным коммерческим арбитражем и национальным судопроизводством. Арбитры также могут в той или иной степени полагаться на отдельные нормы национального процессуального законодательства. Однако такое использование этих процессуальных предписаний следует рассматривать в первом случае как составную часть соглашения сторон (арбитражного соглашения), а во втором — как реализацию арбитрами своих полномочий по определению порядка арбитражного разбирательства. В остальных случаях нормы национального процессуального законодательства не применяются как часть *lex arbitri*. Более того, на практике арбитры сопротивляются любым попыткам придать *lex fori* обязательное значение, даже если в арбитражной оговорке или иной договоренности сторон речь идет о таком применении национального процессуального права места арбитража или любой другой юрисдикции. В тех случаях, когда разрешению дела предшествует составление

[97] См. Evidence. Report 55 — Vol. 2. Evidence Code and Commentary. — August 1999, Wellington, New Zealand. — p. 19.

[98] См. статьи 29 (9) и 30 (12) Канадского акта о доказательствах (Canada Evidence Act (R.S.C., 1985, c. C-5). Current to June 17, 2015. Last amended on March 9, 2015).

акта о полномочиях, арбитры используют его для того, чтобы нивелировать сделанный сторонами в арбитражной оговорке выбор *lex fori* как процессуального права[99]. Это оправдано по многим причинам: с одной стороны применение *lex fori* лишает арбитраж многих преимущества и делает его копией государственного суда; с другой стороны копия эта окажется в глазах государственного суда довольно низкокачественной, поскольку арбитражный суд не имеет опыта применения *lex fori*, сопоставимого с опытом суда. Отступление, сделанное арбитражным судом от обычной для государственного суда практики применения *lex fori*, может иметь больше негативных последствий для арбитражного решения, чем если бы арбитражный суд вообще не руководствовался им.

§ 3.3. Материальное право

Описанными выше четырьмя блоками — принципами публичного порядка, признанными принципами права, соглашением сторон и *lex arbitri* в узком смысле, включающем обязательные нормы — не исчерпывается система правил, которым подчиняется доказывание в международном коммерческом арбитраже. В регулировании широкого круга вопросов, возникающих при рассмотрении конкретного дела, а именно, при определении предмета доказывания, возложении бремени доказывания, решении вопросов допустимости, относимости, существенности, достаточности доказательств и их оценки, ситуация осложняется влиянием других норм.

Обстоятельства, которые входят в состав предмета доказывания, в конечном счете определяются нормой материального права, которая подлежит применению[100]. Этот подход может

[99] *Landolt P.* Burden and Standard of Proof in Competition Law Matters Arising in International Arbitration by Phillip Landolt and Barbara Reeves Neal / EU and US Antitrust Arbitration. A Handbook for Practitioners. — Vol. 1. — Edited by Gordon Blanke and Phillip Landolt. — Kluwer Law International BV, The Netherlands. — 2011. — p. 158.

[100] *Таранова Т.* Доказательственное право как элемент системы права / Т. С. Таранова // Університетські наукові записки. — 2007. — № 2 (22). — С. 180.

рассматриваться как признанный в национальных судебных процессах. Он с определенными особенностями, о которых речь идет в § 6.2, обоснованно применяется и в международном коммерческом арбитраже. Кроме того, нормы, содержащиеся в актах материального права, могут устанавливать презумпции, фикции, а также ограничения, которые определяют допустимость доказательств. Материальным правом могут устанавливаться ограничения на доказывание отдельных обстоятельств с помощью определенных средств (*exclusive mode of proof*).

Кроме того, как отмечает Л. Ф. Висс, материальное право, подлежащее применению, может устанавливать другой, нежели обычно используемый в международном коммерческом арбитраже, стандарт доказывания[101].

Термин «материальное право» употреблено здесь достаточно условно, постольку поскольку соответствующие нормы, касающиеся доказательств и доказывания, включены в акты, которые рассматриваются как материально-правовые в строгом смысле. Это, однако, не должно быть причиной отнесения таких норм к материальному праву. Эти нормы имеют характер процессуальных, а в материальных отношениях не применяются[102]. Л. Мистелис вообще считает возможным выделить из всего правового массива, который применяется в международном коммерческом арбитраже, материальное право, которое определяет права и обязанности сторон в их отношениях, которые стали предметом спора (*lex causae*), а все остальное, что касается арбитража, отнести к процессуальному праву (*lex arbitri*), которое, по его мнению, может касаться как процессуальных, так и материально-правовых аспектов[103]. Таким образом, все нормы, которые не касаются

---

[101] *Wyss L. F.* Trends in documentary evidence and consequences for pre-arbitration document management / Lukas F. Wyss // International Arbitration Law Review. — 2010. — Issue 3. — p. 118.

[102] *Баулин О. В.* Доказательства и доказывание в гражданском судопроизводстве: учебное пособие / О. В. Баулин, Д. Г. Фильченко; под общ. ред. О. В. Баулина. — Воронеж : Издательство Воронежского государственного университета, 2006. — С. 12–13.

[103] *Mistelis L.* Reality Test: Current State Of Affairs In Theory And Practice Relating To “Lex Arbitri” / Loukas Mistelis // The American Review Of International Arbitration. — 2006. — Vol. 17. — p. 156.

регулирования материально-правовых (договорных) отношений сторон, ставших предметом рассмотрения в арбитраже, независимо от того, к каким актам (материального или процессуального права) и правовым системам они относятся, в частности, все нормы о доказательствах и доказывании, объединяются в *lex arbitri*.

Все же правила, касающиеся доказательств и доказывания, которые включены в акты материального права, подлежащего применению, следует отделять от *lex arbitri*. Нормы *lex arbitri* являются нормами, знание и выполнение или соблюдение которых арбитражным судом презюмируется[104] и иногда может обеспечиваться под угрозой отмены арбитражного решения. В то же время нормы материального права при рассмотрении дела подлежат применению, а установление содержания этих норм и выяснение их влияния на доказательства и доказывание осуществляется сторонами и арбитражным судом. При этом, как правило, именно на стороны возложена обязанность по установлению содержания нормы материального права и выяснению его влияния на отдельные доказательства и процесс доказывания, а неправильное применение норм материального права по общему правилу не создает оснований для отмены арбитражного решения.

§ 3.5. Право, имеющее тесную связь с доказательствами

Процессуальное право и выбранные сторонами или определенные арбитражным судом нормы материального права, которым подчинены отношения сторон, ставшие предметом рассмотрения в арбитраже (*lex causae*), не охватывают собой всей полноты норм права, которые могут влиять на доказывание. Нормы, которыми будет определяться допустимость отдельных доказательств, могут содержаться в личном зако-

[104] *Jacquet J.-M.* Dispute Settlement International Commercial Arbitration: 5.5 Law Governing the Merits of the Dispute / Jean-Michel Jacquet // United Nations Conference on Trade and Development. — United Nations, New York and Geneva, 2005. — p. 3.

не стороны арбитражного разбирательства. Им также могут определяться отдельные презумпции, например относительно полномочий лиц, действовавших от имени юридического лица. Арбитраж, руководствуясь в вопросе привилегий правом, которое имеет наиболее тесную связь с соответствующим доказательством, может посчитать таковым право страны стороны, к которой было обращено требование предоставить доказательство, или право страны, в которой доказательство было получено[105]. А если ставится вопрос о защите привилегией общения клиента с адвокатом, то применяться может также и право страны, в которой адвокат допущен к практике, или в которой имело место общение.

Таким образом, кроме *lex arbitri* и *lex causae* на доказывание в международном коммерческом арбитраже может оказывать влияние право, имеющее наиболее тесную связь с доказательством. Однако и этим влияние различных правовых систем на доказывания не исчерпывается.

§ 3.6. Право страны исполнения арбитражного решения

Спорным остается вопрос о включении в состав процессуального права в широком смысле права страны исполнения арбитражного решения, или даже учета его обязательных норм при решении вопросов доказывания. А. Кубас и другие исследователи считают, что арбитражный суд *не должен игнорировать* нормы, составляющие часть публичного порядка страны, в которой предполагается признание или принудительное исполнение арбитражного решения. При этом он исходит из чисто прагматических соображений — арбитражный суд должен учитывать желание сторон получить решение, которое может

[105] *Camerer V.* Glamis Gold, Ltd. v. United States of America: A Case Study On Document Production And Privilege In International Arbitration / Véronique Camerer, Christina G. Hioureas // World Arbitration & Mediation Review (WAMR). — 2008. — Vol. 2. — No 3. — p. 44.

быть принудительно исполнено[106]. Э. Бараклу также подходит к решению этого вопроса прагматически и считает, что арбитры *могут учитывать* обязательные нормы страны исполнения, если им известно о месте будущего принудительного исполнения[107]. Похожей позиции придерживается В. Камерер, которая считает, что независимо от того, какие процессуальные нормы применяются к арбитражному разбирательству, арбитражный суд *не может игнорировать* обязательные правовые предписания юрисдикций, в которых может решаться вопрос о предоставлении разрешения на принудительное исполнение. Такие обязательные предписания отражают публичный порядок соответствующей юрисдикции и включают, как правило, положение о соблюдении арбитражной процедуры, право сторон на справедливое рассмотрение и равное отношение[108].

Некоторые арбитражные регламенты, в частности регламент ICC 2012 года (статья 41), даже содержат положения, обязывающие арбитров приложить все усилия для того, чтобы решение могло быть обращено к исполнению[109]. Такие положения иногда трактуются исследователями как обязывающие арбитражный суд обладать не только знанием о праве места арбитража, но также и об обязательных нормах права страны принудительного исполнения[110].

Вместе с тем, возложение на арбитражный суд обязанности знать и учитывать, в том числе в процессе доказывания, обяза-

---

[106] *Kubas A.* Supreme Court Civil Chamber Resolution, Case No. 1 CSK 286/11 of 15 March 2012 / Andrzej Kubas, Kamil Zawicki, Magdalena Selwa // Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration. — 2013. — Vol. III. — p. 21.

[107] *Barraclough A.* Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration / Andrew Barraclough and Jeff Waincymer // Melbourne Journal of International Law. — 2005. — Vol. 6. — No. 2.

[108] *Camerer V.* Glamis Gold, Ltd. v. United States of America: A Case Study On Document Production And Privilege In International Arbitration / Véronique Camerer, Christina G. Hioureas // World Arbitration & Mediation Review (WAMR). — 2008. — Vol. 2. — No 3. — p. 42.

[109] International Chamber of Commerce Arbitration Rules, in force as from January 1, 2012. Другие регламенты устанавливают такое требование только касательно законности и исполнимости в стране места арбитража (см. статью 32.2 Арбитражного регламента LCIA (2014)).

[110] *Baniassadi M. R.* Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration / Mohammad Reza Baniassadi // Berkeley Journal of International Law. — 1992. — Vol. 10, Issue. 1, Art. 2. — pp. 69–70.

тельные нормы права стран возможного исполнения лишено оснований даже в таких арбитражных системах, как ICC. Кроме того, оно невозможно как общее правило, поскольку страны принудительного исполнения могут быть заранее не известны. Можно согласиться с взвешенной позицией В. Камерер и А. Кубаса, обратив при этом внимание на использование ими осторожной конструкции «арбитры не должны игнорировать», которая не возлагает на арбитражный суд обязанность играть активную роль в установлении содержания норм права таких стран возможного принудительного исполнения. Обязанность арбитражного суда принять арбитражное решение, которое может быть обращено к принудительному исполнению, является выполненной в той степени, в которой были соблюдены принципы транснационального публичного порядка. В случае же, если стороны обращают внимание арбитражного суда на обязательные нормы страны возможного исполнения, то, действительно, арбитражный суд не должен это игнорировать[111].

Таким образом, *арбитражный суд должен ex officio знать и соблюдать принципы, которые составляют транснациональный публичный порядок в международном коммерческом арбитраже, и не может безосновательно не учитывать обязательные нормы стран возможного исполнения решения, если содержание таких норм доведено до внимания арбитражного суда. Это, однако, не создает обязанности арбитражного суда самостоятельно устанавливать содержание таких норм.*

[111] Например, поскольку в арбитражном разбирательстве между Italia Ukraina Gas S.p.a. и НАК «Нафтогаз Украины» по регламенту SCC ответчиком было сделано заявление о том, что решение об обязании его выполнить контракт будет противоречить публичному порядку Украины (в которой такое решение приводилось бы в исполнение), арбитражный суд рассмотрел этот вопрос и даже получил заключения экспертов сторон, которые высказали противоположные мнения (см. SCC Arbitration proceedings No. V 007/2008, Separate Award rendered on 19 October 2010 (*Italia Ukraina Gas S.p.a. v. National Joint-Stock Company "Naftogaz of Ukraine"*)).

Глава 4.
Унификация правового регулирования доказывания

Рост популярности международного коммерческого арбитража как альтернативного национальным судебным процессам инструмента разрешения споров в международной торговле напрямую связан с процессами унификации арбитражных процедур и подходов к решению многих проблемных вопросов в арбитраже. Ведущие арбитражные учреждения мира заимствуют друг у друга наиболее прогрессивные подходы в ведении разбирательства. Такое заимствование происходит даже между теми правовыми системами, которым присущ диаметрально противоположный подход в фундаментальных вопросах организации судебных и арбитражных разбирательств. Это приводит к постепенному сближению различных моделей международного коммерческого арбитража и, как следствие, к его большей предсказуемости и удобству для участников международных экономических процессов.

Вопросы доказывания в арбитраже относятся к числу тех, в решении которых противоположности в подходах различных правовых систем проявляются едва ли не в наибольшей степени. В то же время процессы сближения в этой сфере также наблюдаются достаточно отчетливо.

В унификации регулирования доказывания в международном коммерческом арбитраже можно условно выделить три уровня, а также характерные для этих уровней тенденции. Далее будут рассмотрены процессы унификации на уровнях международных договоров, национального законодательства, а также арбитражных регламентов и других документов, разра-

ботанных арбитражными центрами и покровительствующими арбитражу организациями.

§ 4.1. Международные договоры

4.1.1. Первые региональные соглашения

Первые заметные шаги на пути унификации процессуальных аспектов доказывания в международном коммерческом арбитраже имели место на уровне региональных международных договоров. Они заложили основу для обеспечения признания и исполнения иностранных арбитражных решений.

На этом уровне регулирования вопросам доказывания внимание уделялось лишь в той мере, в которой была необходимость обеспечить, чтобы арбитражное решение, которое принято в одной стране и подлежит исполнению в другой, базировалось на доказательствах и не противоречило принципам правовой системы этой второй страны.

Одним из первых таких актов был Договор о союзе южноамериканских государств в отношении процессуального права, подписанный в Монтевидео 11 января 1889 года[112]. Этот договор, помимо прочего, устанавливал основные правила о доказательствах, подлежащие применению как в национальных судебных процессах с иностранным элементом, так и в международном коммерческом арбитраже. Статья 2 Договора определяла, что доказательства допускаются и оцениваются в соответствии с законом, который применяется к юридическому акту, являющемуся предметом рассмотрения. Было также установлено, что исключаются доказательства, которые по своему характеру являются недопустимыми в соответствии с законом того места, где происходит разбирательство. В Договоре, таким образом, главный акцент был сделан не на вопросах

[112] Договор о союзе южноамериканских государств в отношении процессуального права (подписан в Монтевидео 11 января 1889 года) / Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. — Том 2. — Организация Объединенных Наций. — 1973. — С. 5.

представления доказательств, а на их допустимости и оценке. При этом решение вопроса о допустимости было поставлено в зависимость от права, которое регулировало отношения, ставшие предметом рассмотрения, то есть от материального права (*lex causae*), с одновременным подчинением возможным дополнительным ограничениям права места рассмотрения (*lex loci arbitri*).

В 1940 году в Монтевидео был подписан Договор о международном процессуальном праве, содержащий обновленные и доработанные положения более раннего договора[113].

4.1.2. Универсальные договоры

В XX веке стремительное развитие международной торговли выдвинуло процесс унификации на глобальный уровень: в рамках Лиги Наций были приняты Женевский протокол об арбитражных оговорках 1923 года и Женевская конвенция об исполнении иностранных арбитражных решений 1927 года. Они заложили основу системы признания государствами международного коммерческого арбитража.

i. Женевский протокол об арбитражных оговорках

Женевский протокол об арбитражных оговорках 1923 года[114] в процессе унификации регулирования доказывания в международном коммерческом арбитраже ценен тем, что он закрепил правило о подчинении арбитражной процедуры закону места арбитража (статья 2). Принятие Женевского протокола не имело первоочередной целью сблизить отдельные процессуальные аспекты арбитража. Собственно, на то время для унификации процессуальных подходов еще не было накоплено

[113] См. Official Records of the General Assembly, Twentieth Session, Annexes, agenda item 92, document A/C.6/L.572. // Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law. — 1970. — Vol. I. — p. 18.

[114] Протокол об арбитражных оговорках (подписан в Женеве 24 сентября 1923 года) / Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. — Том 2. — 1973. — С. 9–13.

достаточной практики деятельности арбитража, ведь первые международные арбитражные центры в современном понимании были созданы только в начале века. Вместе с тем, Протокол возлагал на страны-участницы обязанность урегулировать эти вопросы во внутреннем законодательстве. Кроме того, по Женевскому протоколу государства-участницы взяли на себя обязательства содействовать арбитражу в осуществлении необходимых процессуальных действий на своей территории, что можно расценивать также как первые шаги в направлении установления механизма содействия арбитражу в получении доказательств.

ii. Женевская конвенция об исполнении иностранных арбитражных решений

Женевская конвенция об исполнении иностранных арбитражных решений 1927 года[115] предусматривала, среди прочего, негативные последствия для способности арбитражного решения быть допущенным к принудительному исполнению в случае нарушения в арбитраже таких важных принципов:

– публичный порядок;
– право каждой стороны изложить свои аргументы;
– соответствие арбитражной процедуры договоренности сторон;
– принятие решения в пределах мандата, предоставленного сторонами арбитрам.

В дальнейшем эти принципы нашли свое закрепление в более совершенной форме в Нью-Йоркской конвенции 1958 года.

iii. Нью-Йоркская конвенция

Ключевым для процессов унификации на международном уровне регулирования было принятие Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных

[115] Конвенция об исполнении иностранных арбитражных решений (подписана в Женеве 26 сентября 1927 года) / Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. — Том 2. — 1973. — С. 14–19.

решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 года)[116], которая заменила Женевский протокол 1923 года и Женевскую конвенцию 1927 года и действует до сих пор.

Вопросы организации арбитражных процедур не являются предметом регулирования этого акта. В то же время Конвенция заложила основы, которые составляют ориентир для арбитражных процессов в целом и доказывания в частности. Их соблюдение обеспечивается под угрозой отказа в признании и исполнении арбитражного решения. Такими принципами, выведенными из положений Конвенции, являются:

– равное отношение к сторонам;
– предоставление сторонам возможности представить свои аргументы и доказательства;
– осуществление рассмотрения в пределах, определенных соглашением сторон. Этот принцип предусматривает возможность достижения сторонами обязательного для арбитражного суда соглашения по всем аспектам доказывания;
– соблюдение публичного порядка. Влияние этого принципа особенно важно при решении вопроса о допустимости доказательств.

Значению и соотношению этих принципов посвящена глава 2 этой книги.

4.1.3. Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже

Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (Женева, 21 апреля 1961 года)[117] сосредоточивает свое внимание на вопросах признания арбитражного соглашения, некото-

[116] Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (подписана в Нью-Йорке 10 июня 1958 года) / Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. — Том 2. — 1973. — С. 28–38.

[117] European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961 / United Nations, Treaty Series. — Vol. 484 (1963–1964), No. 7041. — p. 364.

рых процессуальных аспектах арбитража, а также на основаниях для отмены арбитражного решения.

Статья VIII Конвенции устанавливает, что по общему правилу арбитражное решение должно быть мотивировано. Однако мотивированность решения не следует отождествлять с тем, что оно должно основываться на доказательствах. Арбитры во исполнение требования о мотивированности должны изложить в решении последовательность умозаключений, которые позволили им утвердиться в необходимости принять именно такое арбитражное решение.

Важным для формирования в практике международного коммерческого арбитража подходов к доказательствам и доказыванию было повторное после Нью-Йоркской конвенции закрепление одной из принципиальных для доказывания норм об обязательности предоставления стороне возможности изложить свои аргументы (*present the case*). Непредоставление такой возможности было отмечено как одно из оснований для отмены арбитражного решения и невозможности его признания и принудительного исполнения.

Таким образом, на уровне международных договоров произошло установление границ, в которых осуществляются полномочия арбитражного суда по определению процедуры доказывания. Международно-правовое урегулирование арбитража было направлено, прежде всего, на обеспечение признания этого механизма решения коммерческих споров государствами, поэтому международные акты устанавливали только общие основы этого института.

В силу своей специфики в различных правовых системах процессуальные аспекты до последнего времени подробно не могли быть урегулированы в международных актах, в том числе путем разработки и принятия всеобъемлющего международного договора по вопросам арбитража. Были, конечно, осуществлены несколько попыток вывести унификацию на уровень общей конвенции, которая содержала бы подробные правила по всем аспектам международного коммерческого арбитража. Среди таких попыток стоит отметить проект Конвенции о международном торговом арбитраже, подготовленный

Межамериканским юридическим комитетом в 1967 году, который, однако, не был принят[118]. Такая ситуация сохраняется и сейчас, хотя о необходимости всеобъемлющего акта дискуссия ведется уже в течение длительного времени. Однако из-за существенных различий в подходах правовых систем попытки более детального урегулирования процедурных аспектов арбитража оказались удачными только на региональном уровне (примером является упомянутая Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже 1961 года), а также на уровне типовых законов.

§ 4.2. Типовые законы

Несмотря на международный характер деятельности, любая система международного коммерческого арбитража в сущности своей до последнего времени оставалась национальным третейским судом[119]. Поэтому детальное регулирование осуществлялось на уровне национального законодательства, которое, естественно, значительно различалось между собой.

В 1950-х годах были сделаны первые основательные попытки преодолеть эти различия и внедрить унифицированный закон об арбитраже в качестве ориентира для разработки или усовершенствования национального законодательства. Такие попытки были сделаны как на региональном, так и на международном уровнях. В 1956 году Межамериканским юридическим комитетом в Мехико был утвержден проект унифицированного закона о межамериканском торговом арбитраже. В 1957 году Международный институт унификации частного права (УНИДРУА) подготовил свой проект унифицированного закона об арбитраже в плане международных аспектов частного права.

---

[118] См. Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. — Том 2. — Организация Объединенных Наций. — 1973. — С. 150–151.

[119] Процессы делокализации, особенно ощутимые в арбитраже по вопросам интеллектуальной собственности и доменным спорам, изменили ситуацию в последние десятилетия.

Первые попытки унификации национального законодательства, которые дошли до стадии принятия международного правового акта, были сделаны государствами-членами Европейского совета путем подписания Европейской конвенции об унифицированном законе об арбитраже 1966 года[120], которая однако в силу не вступила. Изложенный в конвенции унифицированный закон не содержал детальных правил доказывания, однако предусматривал возможность определения в качестве дополнительных оснований для отмены арбитражного решения того, что арбитражное решение основывалось на доказательствах, объявленных ложными в судебном решении, которое приобрело силу *res iudicata*, а также если после принятия арбитражного решения обнаружены документы или другие доказательства, которые решающим образом повлияли бы на решение, или которые были скрыты в результате действий другой стороны. Таким образом, унифицированный закон предусматривал возможность установления механизма отмены арбитражного решения по вновь открывшимся обстоятельствам и допускал расширение границ вмешательства государственного суда в арбитраж. Это не способствовало утверждению стабильности и окончательности арбитражного решения.

В 1985 году был принят Типовой закон ЮНСИТРАЛ, который оказал наиболее значительное влияние на процессы унификации национального законодательства о международном коммерческом арбитраже. На его основе были приняты законы о международном коммерческом арбитраже в примерно 60 странах. Это были преимущественно страны, в которых традиции третейского судопроизводства оказались в разное время прерваны. Другую значительную группу составили страны, в которых арбитраж исторически развился из внутреннего третейского судопроизводства, поэтому отдельное законодательство о международном коммерческом арбитраже

[120] Европейская конвенция о единообразном законе об арбитраже (подписана в Страсбурге 20 января 1966 года) / Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. — Том 2. — Организация Объединенных Наций. — 1973. — С. 78 — 93.

отсутствовало, а третейское законодательство применяется как к внутренним процессам, так и к международному коммерческому арбитражу. В странах второй группы арбитражное законодательство имеет специфическую структуру и особенности, которые существенно отличают его от тех образцов, которые основаны на Типовом законе ЮНСИТРАЛ. В то же время даже некоторые из этих последних стран в дальнейшем изменили свое законодательство и позаимствовали некоторые подходы из Типового закона. Среди таких законов, которые были разработаны независимо от влияния Типового закона ЮНСИТРАЛ, однако в будущем изменены с заимствованием некоторых его подходов, стоит назвать Федеральный закон об арбитраже США от 12 февраля 1925 года[121], Английский закон об арбитраже 1996 года.

В сфере доказывания на этом уровне унификация происходила в направлении установления широких полномочий арбитражного суда по решению вопросов об относимости, допустимости, достаточности доказательств, их оценке, а также в решении процедурных вопросов доказывания. Широкая автономия арбитражного суда в ведении разбирательства была закреплена именно в Типовом законе ЮНСИТРАЛ с тем, чтобы национальное законодательство также закрепило эту автономию, а не фокусировало внимание на установлении жестких и детальных процессуальных правил.

На уровне национального законодательства унификация достигла определенного уровня, который был, очевидно, максимально возможным без искусственного вмешательства в традиционные для отдельных правовых систем концепции. Дальнейшее сближение подходов в вопросах доказывания в международном коммерческом арбитраже оказалось возможным в плоскости арбитражных регламентов, а также на уровне обобщения арбитражной практики и разработки рекомендаций и руководств по вопросам доказательств и доказывания.

[121] Federal Arbitration Act (Pub.L. 68–401, 43 Stat. 883, enacted February 12, 1925, codified at 9 U.S.C. § 1 et seq).

§ 4.3. Арбитражные регламенты

На уровне арбитражных регламентов сближение подходов к решению вопросов доказывания, присущих различным арбитражным системам, прослеживается очень отчетливо, а в течение последнего десятилетия приобрело характер стремительных изменений: большинство известных арбитражных учреждений обновило свои арбитражные регламенты и дополнительно ввело правила для ускоренного арбитража. Арбитражные учреждения при подготовке собственных регламентов по международному коммерческому арбитражу активно используют разработки других арбитражных центров.

Сейчас в вопросах доказывания большинство известных арбитражных регламентов придерживается схожих подходов: закрепляет широкие полномочия арбитражного суда, а также устанавливает общие принципы возложения бремени доказывания. Этим широким полномочиям, однако, каждый раз противостоят уже упомянутые ранее в этой книге базовые принципы[122], определяющие рамки для автономии арбитражного суда, поэтому реализация полномочий способом, который бы обеспечил эффективное рассмотрение и принятие действительного арбитражного решения, всегда связана с необходимостью сохранения равновесия между этими принципами и автономией арбитров.

Арбитражные регламенты в значительной мере опираются на национальное законодательство о международном коммерческом арбитраже. Поэтому даже те из регламентов, которые были разработаны институтами, претендовавшими на региональный или международный статус (например, ICC, Межамериканская комиссия по торговому арбитражу), исторически были ориентированы на подходы, присущие национальному судопроизводству. Таким образом, первые регламенты арбитражных учреждений имели значительные отличия, в них четко прослеживалось влияние соответствующих правовых систем. Например, Правила примирения и арбитра-

[122] См. § 2.2.

жа Международной торговой палаты в редакции 1955 года в вопросах доказывания утверждали инквизиционный подход и наделяли арбитров очень широкими полномочиями[123]. Так, в специфическом для арбитража ICC документе о полномочиях арбитра (заявление, а позже — акт о полномочиях), который арбитр должен был составить прежде, чем перейти к слушанию дела, Правилами 1955 года (статья 19(1)(d)) было предусмотрено изложение сути дела и определение спорных пунктов, подлежащих решению. Фактически была закреплена обязанность арбитра самостоятельно определить предмет доказывания. При этом стороны участвовали в подписании этого документа, однако отказ одной из сторон от подписания не делал невозможным рассмотрение дела и принятие арбитражного решения. Правилами также были предусмотрены полномочия арбитра допросить свидетелей, назначить одного или нескольких экспертов для предоставления ими своих заключений по техническим и правовым вопросам. Статьей 20 Правил на арбитра была также возложена обязанность в кратчайшие сроки установить факты, относящиеся к делу, что также указывает на удаленность этой процедуры от подходов рафинированной состязательности.

Арбитражные регламенты, сформированные под влиянием системы общего права, гораздо больше внимания уделяли вопросам доказывания и доказательств, а также отводили сторонам главные роли в доказывании. Так, в статье 29 «Доказательства» Правил процедуры Межамериканской комиссии по торговому арбитражу 1969 года было предусмотрено, что стороны предоставляют любые доказательства по своему желанию, а также предоставляют такие дополнительные доказательства, которые арбитр сочтет необходимыми для рассмотрения и разрешения спора. Если арбитр имеет по закону право вызывать свидетелей или требовать предоставления документов, он может делать это по собственной инициативе или

[123] См. Правила примирения и арбитража — Международная торговая палата, 1955 г. / Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. — Том 2. — Организация Объединенных Наций. — 1973. — С. 95–105.

по требованию какой-либо из сторон[124]. Правила 1969 года уделяли особое внимание утверждению подхода, согласно которому любые действия и решения арбитров в отношении доказательств (получение, запрос доказательств, осмотр на месте) осуществляются арбитрами после консультаций со сторонами. Кроме того, Правила процедуры закрепили последовательный порядок предоставления сторонами доказательств, а также определили, что такой порядок может быть изменен арбитром при условии предоставления сторонам полной и равной возможности для представления материалов или относящихся к делу доказательств.

Удачной попыткой унифицировать процессуальные аспекты деятельности международного коммерческого арбитража, в том числе более детально урегулировать вопросы доказательств и доказывания, была разработка и принятие в 1976 году Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ. Этому шагу предшествовали менее результативные попытки, например разработка в 1950 году Ассоциацией международного права Правил международного коммерческого арбитража (так называемые Копенгагенские правила), которые, однако, не нашли широкого распространения и применения.

Изданная в 1976 году первая редакция Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ была разработана для применения в арбитраже *ad hoc*, однако получила широкое распространение и в дальнейшем была использована при разработке многих регламентов институционального арбитража, в частности, Регламента международного арбитража ICDR, Швейцарского регламента международного арбитража, Арбитражных регламентов CIArb, Каирского арбитражного центра и центра в Куала-Лумпур. Несмотря на то, что Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ и Типовой закон были разработаны на общих началах, важным нюансом в распространении Арбитражного регламента как образца для разработки регламентов институ-

[124] Правила процедуры Межамериканской комиссии торгового арбитража (вступили в силу 1 апреля 1969 года) / Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. — Том 2. — Организация Объединенных Наций. — 1973. — С. 137–149.

ционального арбитража было то, что этот регламент был взят в качестве образца также в странах, которые не приводили свое законодательство об арбитраже в полное соответствие с Типовым законом ЮНСИТРАЛ, например в США.

Тесная связь между Типовым законом и Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ не означала дублирования положений регламента в Типовом законе. Особенно в вопросах доказательств важные и принципиальные положения Арбитражного регламента сознательно не были перенесены авторами в Типовой закон ЮНСИТРАЛ. Так, правило части 5 статьи 25 Арбитражного регламента, которое устанавливает, что стороны могут подавать показания свидетелей в форме письменных заявлений, не было включено в Типовой закон, поскольку было решено оставить этот вопрос на усмотрение сторон или арбитров. Этот пример иллюстрирует намерение разработчиков Типового закона сделать его системой, которая содержала бы признанные основополагающие нормы, а не актом, который бы урегулировал процесс во всех деталях. Другим примером, который хорошо иллюстрирует попытки избежать ситуации конфликта с правовыми нормами в национальном законодательстве, можно считать то, что в Типовом законе ЮНСИТРАЛ не нашел отражения принцип возложения на каждую из сторон бремени доказывания обстоятельств, на которые она ссылается как на основание для своих требований или возражений (часть 1 статьи 24 Арбитражного регламента в редакции 1976 года). Закрепление этого признанного принципа в Типовом законе ЮНСИТРАЛ, по мнению разработчиков, также могло входить в противоречие со свободой ведения арбитражного разбирательства, закрепленной в статье 19 Типового закона [125]. Напротив, в Арбитражном регламенте этот принцип был закреплен, и в случае применения этого регламента этот принцип становился частью соглашения сторон.

[125] Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session, 3–21 June 1985. Supplement No. 17 (A/40/17). — New York, UN, 1985. — p. 64.

§ 4.4. Правила и рекомендации по доказыванию

4.4.1. Правила IBA

Унификация на уровне международных договоров, национального законодательства и арбитражных регламентов имела в фокусе обеспечение справедливости арбитражного разбирательства. В то же время эффективности процесса внимание было уделено настолько, насколько это было возможно, а именно путем признания за арбитражным судом широкой автономии, реализуя которую уже арбитры должны были бы позаботиться об эффективности. В то же время противостояние справедливости и эффективности и отсутствие единых стандартов допустимого ограничения одного в пользу другого, выдвинуло практическую необходимость дать арбитрам, по крайней мере, ориентиры, рекомендации в отношении того, как обеспечить эффективное разбирательство, не делая его несправедливым.

Поиск путей сохранения равновесия между эффективностью арбитражного разбирательства и основополагающими принципами международного коммерческого арбитража оказался возможным на уровне практики, а найденные пути были изложены в рекомендациях и наставлениях отдельных арбитражных учреждений и профессиональных сообществ, которые объединяют юристов. Одним из первых признанных в арбитражной практике документов такого значения были Дополнительные правила для представления и исследования доказательств в международном коммерческом арбитраже, разработанные Международной ассоциацией юристов (*International Bar Association — IBA*) в 1983 году. В дальнейшем этот документ был доработан и издан в 1999 и 2010 годах как Правила IBA по получению доказательств в международном арбитраже[126]. В редакции Правил IBA 2010 года уже содержалось положение об электронных документах, а из названия было

[126] IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. Adopted by a resolution of 29 May 2010.

удалено слово «коммерческий», чтобы устранить сомнение в возможности применения этого важного документа также в других видах арбитража.

Правила IBA содержат наставления по представлению документов, свидетельских показаний, заключений экспертов. Они пригодны для применения в арбитраже, который осуществляется под влиянием различных правовых культур, поскольку являются результатом унификации практики на достаточно высоком уровне обобщения. Как обоснованно отмечают Р. Триттман и Б. Касоловски, Правила IBA, на которые в вопросах доказывания опираются практически в каждом арбитражном процессе, были созданы с целью объединить в общих, принципиальных чертах наибольшее количество подходов, свойственных различным правовым системам. Правила, таким образом, предлагают различные процессуальные подходы, однако не воплощают какой-то один стандартный подход[127].

В Правилах IBA воплощена удачная попытка предложить приемлемую для континентальных правовых систем и систем общего права концепцию получения доказательств. Если для общего права характерно раскрытие сторонами доказательств друг другу, то для континентальных систем — использование каждой стороной доказательств, которые ей доступны без обращения к другой стороне. Правила IBA утверждают «золотую середину»: допустимость практики обращения стороны к оппоненту для получения определенных доказательств или определенной категории доказательств, относимость и существенность которых обоснована.

Правилам IBA в этой книге уделено большое внимание, а отдельные положения рассмотрены весьма детально в контексте разных вопросов доказывания. Поэтому приведенное здесь описание Правил ограничивается подчеркиванием их важной роли без обзора содержания этого документа.

---

[127] *Trittmann R.* Taking Evidence in Arbitration Proceedings between Common Law and Civil Law Traditions — The Development of a European Hybrid Standard for Arbitration Proceedings / Rolf Trittmann, Boris Kasolowsky // UNSW Law Journal. — 2008. — Vol. 31(1). — p. 333.

Здесь важно отметить, что Правила IBA применяются арбитрами и сторонами в качестве ориентира[128]. Не считается распространенной практика утверждения их как составляющей процессуальных правил, которыми руководствуется арбитраж в конкретном деле[129], ведь такие действия влекут сужение возможностей арбитров в процессуальном маневрировании. Также это может приводить к спорам между сторонами относительно толкования положений Правил.

4.4.2. Комментарии ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства

Призванными стать помощником в выявлении проблемных процедурных аспектов арбитража по Регламенту ЮНСИТРАЛ были изданные этим органом в 1996 году Комментарии по организации арбитражного разбирательства[130]. В этом документе особое внимание было уделено разнообразным способам организации получения доказательств. В связи с тем, что подходы, закрепленные в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ, были использованы многими арбитражными учреждениями при разработке собственных регламентов, изданные ЮНСИТРАЛ Комментарии также оказали значительное влияние на решение процедурных вопросов доказывания в этих учреждениях и на арбитражную практику в целом.

В отличие от Правил IBA и протоколов арбитражных центров по вопросам доказывания, Комментарии ЮНСИТРАЛ не содержат каких-либо четких рекомендаций, объединенных

[128] См. *Chao C.* Planning for Discovery in International Arbitration / Cedric Chao, Maria Chedid // Asian DR. — 2007. — p. 115.

[129] Хотя в арбитражной практике встречаются случаи закрепления Правил IBA как части процессуальных правил арбитражного рассмотрения именно по предложению арбитров. Так, в деле 2007 года, которое рассматривалось по регламенту SCC, арбитр пытался убедить стороны в применении Правил IBA в то время, как одна из сторон считала необходимым применять процедуры раскрытия доказательств (*discovery*), принятые в США, а другая настаивала на том, чтобы каждая из сторон полагалась на доступные ей доказательства (см. SCC Arbitration Award of 5 April 2007 (*Pressure sensors case*)).

[130] UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, United Nations. — New York, 2012. — 40 pages.

единой линией. В Комментариях лишь изложены те аспекты, которым арбитражному суду рекомендуется уделить внимание, а также представлены разные подходы, часто диаметрально противоположные, к решению этих вопросов. Это должно помочь арбитрам, с одной стороны, уяснить спектр процедурных вопросов, которые могут требовать их решения, а с другой — дает понимание диапазона, в котором арбитры могут принимать решения по тому или иному решению. Кроме того, авторы Комментариев обращают внимание арбитров на те вопросы, по которым могут существовать дополнительные ограничения в праве, связанном с отдельными отношениями доказывания и организации арбитражного разбирательства в целом.

Среди вопросов, касающихся доказывания в арбитражном разбирательстве, Комментарии ЮНСИТРАЛ уделяют внимание следующим:

– возможность и допустимость привлечения третьих лиц для оказания административных услуг арбитражному суду, степень участия этих лиц в получении и исследовании доказательств, в особенности доказательств права;
– организация обмена информацией, в том числе в электронной форме;
– практические детали, связанные с предоставлением доказательств (метод, количество экземпляров), сроки предоставления;
– определение предмета доказывания (перечня спорных вопросов и вопросов, по которым спор отсутствует), очередность рассмотрения этих вопросов;
– порядок представления документальных и других доказательств, право арбитражного суда требовать предоставления доказательств, а также последствия, связанные с нарушением порядка;
– допустимость и порядок получения письменных показаний свидетелей, порядок допроса свидетелей в слушаниях;
– привлечение сторонами и арбитражным судом экспертов;
– организация слушаний и получения от сторон заявлений с изложением аргументов и оценкой доказательств в ходе арбитражного разбирательства.

Несмотря на то, что в некоторых аспектах Комментарии устарели[131], они все еще остаются полезными в качестве перечня вопросов, требующих внимания арбитров для эффективной организации разбирательства, а также в качестве иллюстрации различных подходов к решению этих вопросов.

4.4.3. Техники контроля времени и расходов в арбитраже

Документ, который принято называть «Техники контроля времени и расходов в арбитраже» или «Отчет ICC о техниках контроля времени и расходов в арбитраже», имеет полное название «Отчет Рабочей группы по сокращению времени и расходов в арбитраже Комиссии ICC по арбитражу и альтернативным способам разрешения споров о техниках контроля времени и расходов в арбитраже»[132]. По своему содержанию и значению он ближе к Комментариям ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства, чем к Правилам IBA, протоколам или рекомендациям арбитражных центров, рассмотренным в этом параграфе. Отчет был издан с оговоркой, что он не отражает официальной позиции ICC, Международного арбитражного суда ICC или Международного центра ICC по вопросам альтернативных способов разрешения споров, а только лишь рабочей группы, подготовившей его. Тем не менее, вскоре после издания он приобрел значительный вес среди практиков арбитража. Даже то обстоятельство, что Техники связаны с Арбитражным регламентом ICC и после первого издания в 2007 году подверглись в 2012 году пересмотру, чтобы учесть изменения в арбитражном регламенте, не помешало их применению как ориентира для организации эффективного арбитражного разбирательства также и в других арбитражных системах. Можно даже сказать, что они переняли на себя ту функцию, которую

[131] В особенности, по вопросам обмена информацией.

[132] ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, Second edition (2014); publication date : 01.11.2014, Document No. : 861-1 ENG.

выполняли Комментарии ЮНСИТРАЛ, ибо последние уже длительное время не обновляются и порядком устарели. Второе издание Техник ICC, кроме самостоятельного значения как документа с ценными рекомендациями, имеет также статус приложения к Арбитражному регламенту ICC.

В отличие от Комментариев ЮНСИТРАЛ, Техники ICC предназначены в значительной степени также для сторон, а не только для арбитров. В них внимание уделено не всем важным процедурным вопросам, которые нужно решить при организации разбирательства, а только тем, решение которых может существенно сократить затрачиваемое на разрешение спора время и вовлеченные расходы. Техники ICC содержат предложения по повышению эффективности уже со стадии подготовки арбитражного соглашения. Нас же здесь в большей степени интересуют затронутые в документе вопросы доказывания. В этой сфере Техники обращают внимание пользователей услуг арбитража и арбитров на такие меры повышения эффективности процесса:

– обращение к практике составления акта о полномочиях арбитров (*terms of reference*), проведение на наиболее ранней стадии процесса консультаций по вопросам ведения разбирательства (*case management conference*) и составление графика разбирательства (*procedural timetable*);
– проведение слушаний только в случаях, когда в этом есть необходимость. По общему правилу арбитры должны стремиться к тому, чтобы разбирательство было проведено по документам;
– обращение к практике проведения слушаний или консультаций с физическим присутствием участников только в случае действительной необходимости. Во всех остальных случаях должно быть отдано предпочтение видеоконференциям, применению средств связи;
– ограничение практики запросов сторон на предоставление документов;
– устранение дублирования письменных заявлений сторон устными в слушаниях, письменных заявлений свидете-

лей устным прямым допросом и прочего дублирования в разбирательстве;
– признание обоснованной практики установления процессуальных ограничений получения и представления доказательств;
– признание в арбитражной практике процессуальных презумпций (отсутствия спора в отношении аутентичности документа, отсутствия необходимости в экспертизе).

Составление акта о полномочиях для целей доказывания имеет то преимущество, что с его помощью можно очертить предмет доказывания, если признано уместным включить в акт перечень спорных обстоятельств, подлежащих установлению, и обстоятельств, в отношении которых спор отсутствует. В главе, посвященной предмету доказывания, эти вопросы освещены более предметно.

Проведение консультаций, которые не стоит путать со слушаниями, а также составление графика разбирательства ценно тем, что именно в них устанавливаются параметры процедур, которые будут применяться для получения доказательств (раскрытие доказательств, необходимость проведения слушаний, применение различных техник получения показаний и прочее), а также процессуальные ограничения (сроки, объем представляемых доказательств и другие).

В отличие от Комментариев ЮНСИТРАЛ в Отчете ICC заложена единая линия, которой отвечают все довольно конкретные рекомендации — ускорить процесс и устранить лишние расходы. Его авторы не стремятся также рассматривать подходы, принятые в разных правовых системах, и искать компромиссные решения или обобщать процедуры до той степени, пока они не становятся приемлемыми для юристов, воспитанных в традиции общего права и в континентальных системах, как это имело место быть в случае с Правилами IBA. То есть, Отчет ICC является документом с преобладающей экономической, а не юридической составляющей. Тем не менее, экономические мотивы, в том числе благодаря Отчету, отразились и в регулировании арбитража — некоторые арбитражные регламенты, в числе которых и регламент ICC,

уже дополнены положениями об обязанности арбитров обеспечить эффективное арбитражное разбирательство в смысле времени и денег.

Рабочими группами Комиссии ICC по вопросам арбитража и альтернативных способов разрешения споров были подготовлены и другие важные рекомендации, напрямую касающиеся доказывания в арбитраже (например, Отчет о техниках управления предоставлением электронных документов (2012), Отчет о руководящих принципах экспертных процедур ICC «Вопросы, требующие рассмотрения арбитрами в отношении экспертов» (2010)). Они не получили такого же признания, как Отчет о техниках контроля времени и расходов в арбитраже, однако далее в этой книге будут изложены некоторые содержащиеся в них полезные рекомендации, поскольку они отражают используемые в арбитражной практике подходы.

4.4.4. Другие документы рекомендательного характера

i. Стандартный регламент исследования доказательств

Правила IBA не были единственной попыткой сблизить различные подходы к доказыванию в арбитраже. Арбитражный институт Средиземноморья и Ближнего Востока, основанный в 1987 году с целью продвижения международного коммерческого арбитража, разработал Стандартный регламент исследования доказательств, который был издан в качестве альтернативы первой редакции Правил IBA. В Стандартном регламенте преобладал подход к получению доказательств, присущий романо-германской правовой системе[133]. В современной арбитражной практике Стандартный регламент не применяется.

[133] См. *Born G.* International Commercial Arbitration: Commentary and Materials. — Kluwer Law International, 2001. — p. 485.

ii. Руководящие принципы ICDR по обмену информацией

ICDR AAA разработал Руководящие принципы для арбитров по обмену информацией, которые подлежат применению во всех арбитражных процессах, осуществляемых по регламенту ICDR, если они начаты после 31 мая 2008 года[134]. Этот документ, в отличие от Правил IBA, не содержит подробных правил получения доказательств. Вместо этого он сосредоточен на том, чтобы подчеркнуть право арбитров контролировать процесс обмена доказательственной информацией, сделать этот процесс предсказуемым, а обмен доказательствами — заблаговременным.

Издание Руководящих принципов было весьма важно для сближения с европейскими подходами арбитражной системы ICDR, которая была сформирована под влиянием правовой традиции США с присущей ей активной ролью сторон в доказывании на фоне минимальной активности арбитров.

Руководящие принципы являются своеобразным дополнением к регламенту международного арбитража ICDR и, в отличие от Правил IBA, не имеют характера документа, который может быть применен в любой арбитражной системе. Важно, что они утверждают те же принципы, что и Правила IBA, интернационализируют американскую модель арбитража, обращая внимание на недопустимость в арбитраже инструментов и техник, применяемых в судебных процессах в США.

iii. Протокол CPR раскрытия документов и представления свидетелей в коммерческом арбитраже

Кроме Руководящих принципов, изданных AAA для ICDR, другая американская организация по предоставлению услуг арбитража — Международный институт по предупреждению и разрешению конфликтов (CPR) — также издала в 2009 году свои рекомендации по организации некоторых процедур доказывания в международном коммерческом арбитраже — Прото-

[134] ICDR Guidelines for Arbitrators Concerning Exchanges of Information, effective May 31, 2008.

кол раскрытия документов и представления свидетелей в коммерческом арбитраже[135].

Документ содержит алгоритмы получения письменных доказательств, свидетельских показаний и заключений экспертов, а также предлагает несколько моделей раскрытия электронных доказательств.

iv. Протоколы CIArb

Королевский институт арбитров в Великобритании (CIArb), учреждение, администрирующее арбитражные процессы и занимающееся профессиональной подготовкой арбитров, разработал ряд рекомендаций для арбитров в сфере доказывания:

– Протокол использования экспертов, назначенных сторонами 2007 года[136],
– Протокол раскрытия электронных документов 2008 года[137],
– Руководство по арбитражу по документам для международного арбитража 2011 года[138],
– Руководство по арбитражу по документам для арбитража по Типовому закону ЮНСИТРАЛ 2011 года[139],
– Рекомендации по использованию назначенных арбитражным судом экспертов, юридических консультантов и асессоров 2011 года[140].

Ценные идеи, изложенные в этих документах, будут раскрыты далее в соответствующих главах этого пособия, в частности при рассмотрении вопросов, связанных с получением экспертных доказательств и обменом электронными документами.

---

[135] Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration of the International Institute for Conflict Prevention and Resolution.

[136] CIArb Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration, Chartered Institute of Arbitrators, September 2007.

[137] CIArb Protocol for E-Disclosure in Arbitration, Chartered Institute of Arbitrators, October 2008.

[138] CIArb Guidelines for Arbitrators regarding Documents-Only Arbitrations,Practice Guideline 5, 06 December 2011.

[139] CIArb Guideline 5 to the UNCITRAL Model Law and Rules: Guideline for Arbitrators regarding Documents-Only Arbitration, 06 December 2011.

[140] CIArb Practice Guideline 10: Guidelines on the use of Tribunal-Appointed Experts, Legal Advisers and Assessors, Chartered Institute of Arbitrators, 20 June 2011.

v. Принципы УНИДРУА транснациональных гражданских процессов

В 2004 году Американским институтом права и УНИДРУА были утверждены совместно разработанные Принципы транснациональных гражданских процессов[141]. Документ имел целью гармонизацию основ судебного рассмотрения гражданских и коммерческих дел и предусматривал возможность своего применения также для организации арбитражных процедур. Принципы содержат приемлемые для различных правовых систем подходы к доказыванию и не ограничиваются только ими. Определенное внимание в них уделено вопросу принятия решения в условиях, когда ответчик не участвует в рассмотрении.

vi. Рекомендации по установлению содержания применимого права

Вехой в выработке унифицированных подходов к установлению (доказыванию) содержания права, подлежащего применению при разрешении споров, стали Рекомендации Ассоциации международного права по установлению содержания права, подлежащего применению в международном коммерческом арбитраже, принятые на 73-й конференции Ассоциации в 2008 году[142].

Этот документ широко используется арбитрами при определении своей роли в установлении содержания права. Его важная роль состоит в том, что в нем оправдано возложение на стороны обязанности доказывать содержание права, а также признано право, но не обязанность арбитров проявлять инициативу в установлении содержания права.

---

[141] ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure adopted by the American Law Institute (ALI) in May 2004 and by the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) in April 2004 // Unif. L. Rev. 2004. — No. 4. — pp. 758–808.

[142] International Law Association Recommendations on Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration. Resolution No. 6/2008 of the 73rd Conference of the International Law Association held in Rio de Janeiro, Brazil, 17–21August 2008.

§ 4.5. Современные процессы унификации

Ни на одном из описанных выше уровней регулирования международного коммерческого арбитража процесс унификации не следует считать завершенным. Продолжается разработка международных актов, которые бы урегулировали процессуальные аспекты деятельности арбитража, в том числе доказывания.

Унификация национального законодательства, вообще, является постоянным процессом. Страны создают законодательство об арбитраже или изменяют его, в том числе с учетом Типового закона ЮНСИТРАЛ, который также претерпел изменения в 2006 году.

На уровне арбитражных регламентов и специальных документов по доказыванию процесс унификации находится в очень активной фазе. В течение 2008–2015 годов ведущие арбитражные учреждения пересмотрели свои регламенты (новая редакция Арбитражного регламента ICC вступила в силу 1 января 2012 года, ICDR — 1 июня 2014 года, регламент LCIA — 1 октября 2014 года, регламент CIArb — 1 декабря 2015 года). Правила IBA также были утверждены в новой редакции в 2010 году, а ведущие арбитражные центры в это же время разработали дополнительные рекомендации для повышения эффективности арбитража, которые в значительной мере касаются именно вопросов доказывания.

Арбитражные институты и учреждения, которые администрируют международный коммерческий арбитраж, издали предписания и другие акты рекомендательного характера, направленные на унификацию практики решения отдельных вопросов доказывания. Особая активность в этом направлении наблюдается в арбитражных системах общего права. Во многом она обусловлена двумя факторами: необходимостью ограничить проникновение присущих национальным судебным процессам этих стран подходов, которые явно обременительны для современного международного коммерческого арбитража, а также необходимостью определиться с новыми вызовами, которые появились в арбитражной практике, в частности,

теми, которые связаны с использованием электронных доказательств.

Вопросы доказывания в международном коммерческом арбитраже, в том числе правила определения предмета доказывания, круга фактов, не подлежащих доказыванию, требования относимости, допустимости доказательств, порядок получения, исследования и оценки доказательств и т. п., регулируются национальными законами об арбитраже, а также регламентами арбитражных учреждений. Однако, как отмечает С. В. Николюкин, вопросы доказывания и доказательств формулируются достаточно фрагментарно. Он считает их пробелами нормативного регулирования доказывания в арбитражном разбирательстве, которые заполняются в международных документах рекомендательного характера, в частности в Комментариях ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства[143]. По мнению практиков международного арбитража, существует настоятельная потребность не только в рекомендациях, которыми являются Правила IBA и другие подобные документы, а в обязательных для применения правилах и нормах при сохранении гибкости процедуры[144].

Вопрос о том, можно ли считать пробелами в нормативном регулировании, что большинство аспектов доказывания в международном коммерческом арбитраже урегулированы на уровне общих принципов, является спорным. Значительное число ученых и практиков международного коммерческого арбитража склонны считать существующий уровень нормативной детализации оправданным и даже способствующим меньшей формализации арбитража. Отдельные исследователи вообще рассматривают установление подробных правил представления и исследования доказательств как проявление тенденции к юридикализации, то есть усиление процедурного компонента в арбитраже, что оценивается ими как однозначно

[143] *Николюкин С. В.* Международный коммерческий арбитраж / С. В. Николюкин. –М. : Юстицинформ, 2009. – С. 169.

[144] *Redfern & Hunter* on International Arbitration — Fifth Edition Edited by Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. — Oxford University Press, 2009. — p. 398.

негативное явление[145]. Любое введение дополнительного регулирования, конкретизация, детализация отдельных вопросов, а иногда и предоставление рекомендаций может восприниматься неоднозначно и даже как некое ограничение дискреции арбитров и гибкости арбитражных процедур. Так, после издания Комментариев по организации арбитражного разбирательства ЮНСИТРАЛ, призванных заполнить процедурные пробелы арбитражного регламента, исследователи подвергли их жесткой критике за ограничение традиционной гибкости арбитражного разбирательства. Попытки ввести дополнительное регулирование, конкретизацию положений арбитражных регламентов могут вызвать еще большее сопротивление[146].

Все же разработку и издание рекомендаций не следует рассматривать как попытку введения ограничений, поскольку стороны часто могут установить специальные правила, которые будут иметь решающее значение для организации процесса. Разработанные ведущими арбитражными центрами рекомендации не имеют характера обязательных к применению правил[147]. Они скорее являются результатами обобщения практики разрешения арбитражем отдельных вопросов доказывания и направлены не на сужение полномочий арбитров или автономии сторон, а на предложение им действенных альтернатив в решении сложных процессуальных вопросов.

Учитывая сложность вопросов доказывания в международном коммерческом арбитраже, унификация в этой сфере необходима, поскольку наряду с широкими полномочиями арбитров по вопросам доказательств и доказывания, существует

---

[145] *Данилевич А. С.* Международный коммерческий арбитраж: курс лекций / В 2 ч. Ч 1. / А. С. Данилевич. — Мн. : Акад. Упр. При Президенте Респ. Беларусь, 2005. — С. 24.

[146] *Camerer V.* Glamis Gold, Ltd. v. United States of America: A Case Study On Document Production And Privilege In International Arbitration / Véronique Camerer, Christina G. Hioureas // World Arbitration & Mediation Review (WAMR). — 2008. — Vol. 2. — No 3. — p. 41.

[147] Хотя вопрос экономии и повышения эффективности арбитражного разбирательства приобрел такую важность, что некоторые арбитражные центры выпускают не только рекомендации для контроля времени и расходов в арбитраже, но и правила, о строгом применении которых стороны могут договориться (например, Регламент CIArb для арбитража с контролируемыми расходами (2014) (CIArb Rules of controlled-cost arbitration, 2014 edition)).

потребность в предсказуемости этой деятельности. Ч. Брауэр в этой связи выразил надежду, что, подобно тому, как был разработан массив *lex mercatoria*, призванный служить выразителем признанных принципов международной коммерции, так же постепенно будет сформирован массив *lex evidentia* как свод признанных принципов представления доказательств сторонами и их оценки международными трибуналами[148].

[148] *Brower C. N.* Evidence Before International Tribunals: The Need for Some Standard Rules / Charles N. Brower // The International Lawyer. — Vol. 28, No. 1 (Spring 1994). — p. 58.

Глава 5.
Стандарт доказывания

§ 5.1. Понятие стандарта доказывания

Воспринять высказанную в § 1.4 мысль о том, что доказывание в международном коммерческом арбитраже не имеет целью поиск объективной истины, помогает понятие «стандарт доказывания» (*standard of proof*), используемое в доктрине общего права, откуда оно было перенесено в теорию и практику доказывания в арбитраже. Именно выполнение стандарта доказывания свидетельствует о достижении цели доказывания по конкретному делу.

Стандарт доказывания часто определяют как уровень вероятности, до которого обстоятельства должны быть подтверждены доказательствами, чтобы они могли считаться действительными, правдивыми[149]. Он служит нескольким важным целям. Во-первых, он показывает, каким образом распределяется риск ошибки между сторонами спора, поскольку всегда остается риск ошибочного решения. Во-вторых, стандарт доказывания сигнализирует о важности вопроса, поставленного на рассмотрение и решение[150].

---

[149] *Van Houtte V.* Adverse Inferences in International Arbitration / Written Evidence and Discovery in International Arbitration. Edited by: Teresa Giovannini, Alexis Mourre. ICC Publication No. 698E , 2009. — p. 197.

[150] *Schwartz D. L.* Standards Of Proof In Civil Litigation: An Experiment From Patent Law / David L. Schwartz and Christopher B. Seaman // Harvard Journal of Law & Technology. — 2013. — Vol. 26, No. 2. — p. 435.

В отечественной правовой науке понятие «стандарт доказывания» широкого распространения еще не приобрело[151].

При том, что стандарт доказывания имеет дело с вероятностью, эта вероятность касается действительности утверждаемого стороной. Арбитры, имея дело с этой вероятностью, часто предпочитают оградить себя от того, чтобы иметь дело с «вероятностью вероятности»[152].

§ 5.2. Соотношение стандарта доказывания и внутреннего убеждения

В континентальных правовых системах аналогом стандарта доказывания иногда называют принцип оценки доказательств по внутреннему убеждению (*intime conviction* либо *conviction raisonnée*[153]). Арбитраж, действующий под влиянием этих правовых систем, в целом впитал этот поход. Так МКАС при ТПП РФ четко не определяет в своих решениях примененный стан-

[151] В отдельных исследованиях были попытки внедрить этот термин, но с несколько иным значением. Так, Л. Н. Николенко определила «стандарт доказывания» для хозяйственного процессуального права как модель процессуального доказывания, в которой цель, задачи судопроизводства, принципы хозяйственного процесса, права и обязанности его участников в процессе доказывания рассматриваются как взаимосвязанные элементы, определяющие сущность и содержание института процессуального доказывания (см. *Ніколенко Л. М.* Доказування в господарському судочинстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / Л. М. Ніколенко ; НАН України. Ін-т екон.-правов. дослідж. — Донецьк, 2004. — С. 13.). Здесь стандарт доказывания понимается как идеальная модель организации процесса. Мы не можем принять такое определение, поскольку исходим из исторического заложенного в это понятие содержания и, соответственно, из того, что стандарт доказывания не является эталоном или идеальной, желательной моделью всего процесса доказывания, а только применяемой судом (арбитражем) степенью вероятности.

[152] Так, известны случаи, когда арбитры болезненно реагировали на использование представителями сторон в арбитраже фраз типа «Я думаю, что...», а тем более «Мне кажется, что...» применительно к обстоятельствам, которые арбитрам необходимо было установить. В этих случаях арбитры требовали, чтобы представитель *заявлял* об обстоятельствах и не примешивал вероятностные суждения в свои заявления, а кроме того не смешивал собственные мыслительные процессы с позицией стороны, выразителем которой он является. Такое внимание к используемым представителями сторон речевым формулам особенно свойственно арбитрам из систем общего права, которые не допускают догадок (*guesses*) вместо четких заявлений (*submissions*) сторон.

[153] Разумная убежденность, требующая, чтобы решение судьи было обосновано надлежащими аргументами.

дарт доказывания, ссылаясь вместо этого на установленную в арбитражном регламенте норму об оценке доказательств по внутреннему убеждению и рассматривая таким образом этот вопрос как процессуальный[154].

Все же понятия стандарта доказывания и оценки доказательств по внутреннему убеждению не являются тождественными и даже близкими по смыслу. Принцип оценки доказательств по внутреннему убеждению, прямо или косвенно закрепленный в процессуальном законодательстве многих европейских стран[155], дает ответ на вопрос о том, при каком условии суд может считать обстоятельство доказанным, а именно, при условии формирования у него под влиянием доказательств соответствующего внутреннего убеждения.

Внутреннее убеждение правоприменителя выступает специфической интеллектуально-психологической реакцией на сложившуюся в деле конкретную совокупность доказательств, которая по своей количественной и качественной определенности целостна и завершена[156]. В отличие от внутреннего убеждения, стандарт доказывания является соответствующим уровнем вероятности, который считается достаточным, чтобы считать обстоятельство доказанным[157].

Разграничению понятий стандарта доказывания и внутреннего убеждения в континентальной правовой традиции мешает то, что концепция принятия решения по внутреннему убеждению может восприниматься как стандарт «вне всякого разумного сомнения», просто сформулированный негативно.

---

[154] *Saidov D.* Cases on CISG Decided in the Russian Federation / Djakhongir Saidov // Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration. — 2003. — p. 51.

[155] См. например § 286(1) Гражданского процессуального кодекса ФРГ, часть 1 статьи 212 Гражданского процессуального кодекса Украины, часть 1 статьи 67 Гражданского процессуального кодекса РФ.

[156] *Бочаров Д. О.* Доказування у правозастосовчій діяльності: загальнотеоретичні питання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Д. О. Бочаров ; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2007. — С. 11.

[157] В науке есть и прямо противоположный подход к этому вопросу. Внутреннее убеждение в континентальной правовой традиции рассматривается некоторыми учеными не просто как аналог стандарта доказывания в системах общего права, а собственно как стандарт доказывания (см. *Clermont K. M.* Standards of proof revisited / Kevin M. Clermont // Vermont law Review. — 2009. — Vol. 33. — p. 487).

Негативным он является в том смысле, что внутреннее убеждение предполагает отсутствие сомнения в том, в чем убежден. После того, как доказательствам была дана оценка, у арбитра формируется внутреннее убеждение в отношении обстоятельств, которые нуждались в доказывании. Они объективно не могут быть установлены с абсолютной, стопроцентной вероятностью, а внутренняя убежденность в их существовании должна, тем не менее, сохраняться в зависимости от того, удовлетворяет ли она примененный стандарт: если применен стандарт баланса вероятностей, то арбитр сохраняет убежденность в том, что обстоятельства скорее существуют, чем нет; если применен более высокий стандарт, то арбитр должен быть убежден, что ему предоставлены четкие и убедительные доказательства обстоятельств либо вообще отсутствуют разумные основания для сомнений.

§ 5.3. Виды (уровни) стандартов доказывания

Можно выделить по крайней мере четыре стандарта доказывания, которые применяются в юрисдикционной практике[158].

Стандарт минимальных доказательств (*scintilla of evidence*) считается достигнутым, если предоставлен хотя бы наименьший объем доказательств, относящихся к делу. В практике доказывания он почти не применяется[159].

Стандарт преимущества более веских доказательств (*preponderance of evidence*) считается выполненным, если доказательства в подтверждение определенных обстоятельств перевесят доказательства в подтверждение обратного. Этот стан-

[158] Это число довольно условно, поскольку в правовых системах общего права на практике выделяют два стандарта доказывания: «перевес доказательств» («баланс вероятностей» в английском праве) для гражданских дел и «вне разумного сомнения» для уголовных дел. В праве США известен также стандарт «четких и убедительных доказательств», который применяется при доказывании некоторых фактов в гражданских делах (например, мошенничество).

[159] *Fleming J. Jr.* Sufficiency of the Evidence and Jury Control Devices Available Before Verdict / James Jr. Fleming // Virginia Law Review. — 1961. — Vol. 47. — pp. 219–219.

дарт называют также балансом вероятностей и раскрывают с помощью конструкции «скорее так, чем иначе». Его не следует рассматривать как относящийся к оценке того, чья версия, истца или ответчика, более вероятна. Правильнее было бы говорить, что *стандарт баланса вероятностей определяет то, является ли с учетом всех представленных доказательств версия стороны, которая несет бремя доказывания, более вероятной, чем противоположная ей*[160]. Иногда этот стандарт в литературе даже находит процентное выражение, а именно, как вероятность выше 50 %[161].

Стандарт четких и убедительных доказательств (*clear and convincing evidence*) соответствует убеждению в том, что обстоятельство доказано с высокой степенью вероятности и его доказанность следует с разумной очевидностью. Наивысшим стандартом доказывания считается стандарт «вне всякого разумного сомнения» (*beyond reasonable doubt*), примером применения которого является доказывание вины в уголовном судопроиз-

[160] Так, в соответствии со статьей 25(b) Типового закона ЮНСИТРАЛ, если ответчик не представляет своих возражений к иску, арбитражный суд не может расценивать такое непредоставление само по себе как признание утверждений истца, если стороны не договорились об ином. Если ответчик не воспользовался своим правом представить возражения и доказательства в их подтверждение, это не должно рассматриваться как гарантия принятия решения в пользу истца. Типовой закон ЮНСИТРАЛ указывает на то, что такое отсутствие возражений может служить лишь основанием для рассмотрения дела по предоставленным доказательствам. Даже Закон Нидерландов об арбитраже, который содержит положение о том, что в случае непредоставления ответчиком обоснованных возражений арбитражный суд должен принять решение в пользу истца (статья 1040), содержит оговорку о том, что такая обязанность существует, если только арбитражный суд не решит, что иск незаконный или необоснованный. При этом арбитражный суд может потребовать от истца предоставления доказательств для подтверждения отдельных его утверждений (см.: Arbitration Act of Netherlands of 1 December 1986, Code of Civil Procedure — Book Four: Arbitration). Принципы транснациональных гражданских процессов, разработанные УНИДРУА совместно с Американским институтом права и рекомендованные их авторами для применения также в международных арбитражных процессах, предполагают, что суд (арбитражный суд) может принять решение против ответчика, который не воспользовался своим правом оппонировать заявленным исковым требованиям, если придет к выводу, что иск обоснован и подтвержден доказательствами. Для принятия такого решения необходим критический анализ доказательств, предоставленных для подтверждения иска (см.: ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure adopted by the American Law Institute (ALI) in May 2004 and by the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) in April 2004 // Unif. L. Rev. 2004. — No. 4. — p. 786).

[161] *Wright R. W.* Proving Facts: Belief versus Probability, 2009. — p. 87.

водстве. Для того чтобы этот последний стандарт не считался выполненным, достаточно посеять разумное сомнение в том, что выдвинутая стороной, несущей бремя доказывания, версия является единственно возможным объяснением обстоятельств.

§ 5.4. Стандарт доказывания, применяемый в арбитраже

По мнению ученых и практиков арбитража, в доказывании в арбитраже чаще применяется именно стандарт преимущества более весомых доказательств (*preponderance of evidence*), хотя практики из стран континентальной системы права склоняются к более высокому стандарту доказывания.

Для многих юристов из континентальных правовых систем вообще может представляться наивным явное или предполагаемое ранжирование вероятности, с которой должны устанавливаться факты[162].

В то же время разница в подходах представляется не критической. Уровень доказанности, который выработался в международном коммерческом арбитраже, в любом случае тяготеет к формуле баланса вероятностей «скорее да, чем нет», чем к «вне всякого сомнения»[163]. Хотя в случаях, когда сторона утверждает о мошенничестве в контрактных отношениях, арбитражный суд должен применять более высокий, чем обычно, стандарт доказывания[164].

---

[162] *Wright R. W.* Proving Facts: Belief versus Probability, 2009. – p. 81.

[163] *Wyss L. F.* Trends in documentary evidence and consequences for pre-arbitration document management / Lukas F. Wyss // International Arbitration Law Review. — 2010. — Issue 3. — pp. 118–119.

[164] См. *Conde e Silva G. J.* Transnational Public Policy In International Arbitration : PhD in Law Thesis / Gui J. Conde e Silva. — London : Queen Mary College, University of London, 2007. — p. 230. М. Шерер приводит примеры, когда арбитры посчитали, что факт мошенничества в гражданском деле должен быть подтвержден *четкими и убедительными доказательствами*, не только лишь перевесом вероятности (дело ICC № 6401 "*Westinghouse*", арбитражное решение от 19 декабря 1991 года), а другом случае — даже «вне всякого сомнения» (дело ICC № 5622, 1988 года "*Hilmarton v. Omnium*") (см. *Scherer M.* Circumstantial Evidence in Corruption Cases before International Arbitral Tribunals / Matthias Scherer // International Arbitration Law Review. — 2002. — Vol. 5. — Issue 2. — p. 30).

На преимущественное применение стандарта более веских доказательств указывает также арбитражная практика. Так, решением арбитража по регламенту Федерации ассоциаций по торговле маслами, маслосеменами и жирами (FOSFA) от 07.09.2011 года № 4219 компанию-покупателя обязали оплатить компании-продавцу задолженность по договору купли-продажи. При этом, в тексте арбитражного решения видно, что арбитражный суд не имел возможности получить документы, подтверждающие получение покупателем товара (коносаментов), однако признал достаточным доказательством акт сверки, в котором, кроме подтверждения долга покупателя перед продавцом, указано, что этот долг возник в связи с несколько другим контрактом, заключенным между сторонами. Арбитражный суд учел то, что в следующем документе, предъявленном как доказательство, а именно в письме покупателя, четко указано, что признанный им долг возник по поставке товара по контракту, являющемуся предметом настоящего рассмотрения. По мнению арбитражного суда, письмо покупателя было убедительным доказательством в подтверждение доводов продавца, которые покупатель не смог должным образом объяснить или опровергнуть[165]. Как видно, арбитражный суд не имел доказательств, которые бы ясно и недвусмысленно указывали на существование определенных обстоятельств, а исходил из того, что с учетом представленных доказательств более убедительным было утверждение одной стороны о существовании обстоятельств, чем противоположное.

Иногда выяснить, какой стандарт был применен арбитражным судом, можно только по анализу всего арбитражного решения, поскольку отдельные словесные формулы не дают представления о принятом уровне вероятности. В арбитражной практике встречаются случаи, когда некоторые утверждения сторон принимаются арбитрами «вне всякого сомнения»[166], однако использование таких словесных формул не говорит непременно о применении стандарта «вне всякого разумного сомнения».

---

[165] Ухвала апеляційного суду Одеської області від 05 червня 2013 року у справі № 22-ц/785/4523/13.

[166] См. например Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce, Award of 21 February 2005 (*Young chickens case*).

Как отмечают Ф. Ландольт и Б. Ривз Нил, чрезвычайно редки случаи, когда арбитры открыто ссылаются на определенный стандарт доказывания, который ими применен. Для этого есть ряд причин. Во-первых, в отличие от бремени доказывания, стандарт доказывания может быть более обоснованно охарактеризован как процессуальный вопрос. Арбитры склонны оставлять «в тени» отдельные процессуальные моменты. Во-вторых, в отличие от национальных судов, арбитры пользуются большей свободой в вопросе принятия арбитражного решения. Отношения между арбитрами и сторонами менее формальны, чем сторон и судьи в национальном суде. В-третьих, в отличие от заявлений сторон о бремени доказывания, которые являются частыми в арбитраже, заявления относительно стандарта доказывания довольно редки. В-четвертых, международный, а скорее межкультуральний характер арбитража способствует отходу от формального применения процедурных норм, присущего одной правовой системе, в пользу «смешанного» в культурном плане подхода, который сочетает принципы и во многом является компромиссным между правовыми системами. В-пятых, поскольку международный коммерческий арбитраж обслуживает коммерческий оборот, это диктует некоторую уступчивость строгого юридического анализа в пользу здравого смысла[167].

Вполне можно согласиться с утверждением о нечастых случаях определения стандарта доказывания в арбитражных решениях и с изложенным обоснованием. В то же время это не свидетельствует о том, что стандарт доказывания является чисто теоретическим конструктом. В арбитражной практике все же имеют место случаи, когда арбитры указывают примененный ими стандарт. Так, в решении по делу 2007 года, которое арбитражный суд рассмотрел по регламенту SCC, единоличный арбитр указал на примененный им стандарт баланса вероятностей[168]. Использованная арбитражным судом

[167] *Landolt P.* Burden and Standard of Proof in Competition Law Matters Arising in International Arbitration / Phillip Landolt and Barbara Reeves Neal // EU and US Antitrust Arbitration. A Handbook for Practitioners. — Vol. 1. — Edited by Gordon Blanke and Phillip Landolt. — Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2011. — pp. 159–160.

[168] SCC Arbitration Award of 5 April 2007 (*Pressure sensors case*).

формула «скорее да, чем иначе» также указывает на применение стандарта баланса вероятностей. На «достаточную вероятность» как основу вывода о существовании определенного факта указал также арбитражный суд NAI в решении 2002 года[169].

Случается также установление стандарта в процессуальных нормах. Одним из немногих случаев закрепления в арбитражном регламенте стандарта доказывания является Процессуальный кодекс Национального арбитражного форума, одного из ведущих арбитражных учреждений США, по регламенту которого рассматривают коммерческие и доменные споры, в том числе международные. Этот арбитражный регламент в статье 37 (I) устанавливает необходимость применения стандарта баланса вероятностей, если только стороны не договорились об ином или иное не установлено правом, подлежащим применению[170].

Стороны также могут прийти к соглашению о подлежащем применению стандарте доказывания, однако это случается крайне редко, если вообще случается.

Таким образом, стандарт доказывания может быть установлен в праве, которым руководствуется арбитражный суд, в праве, подлежащем применению, а также в соглашении сторон. Однако, как правило, он применяется арбитрами по своему усмотрению, в котором они чаще всего склоняются к стандарту баланса вероятностей.

Применение в подавляющем большинстве случаев стандарта баланса вероятностей представляется обоснованным, учитывая принципы состязательности и равного отношения к сторонам, которые в значительной мере сдерживают собственные инициативы арбитров в выяснении обстоятельств дела и ставят их в условия, когда они полагаются на аргументы сторон.

Конечно, поскольку применяемый арбитрами стандарт доказывания, как правило, ими четко не определяется, можно считать, что дискуссия о стандарте доказывания может иметь

[169] Netherlands Arbitration Institute Award of 15 October 2002, Case No. 2319 (*Condensate crude oil mix case*).

[170] National Arbitration Forum Code of Procedure, effective August 1, 2008.

преимущественно теоретическую ценность. В то же время осознание арбитрами того, что поддержание состязательного характера разбирательства требует от них применения стандарта доказывания, который не предусматривает установления обстоятельств с неоправданно высокой вероятностью, должно помочь избежать ситуации необоснованного возложения на сторону чрезмерного бремени доказывания, а следовательно, и нарушения упомянутого принципа состязательности.

§ 5.5. Стандарт *prima facie*

В литературе иногда высказывается мнение, что отдельным стандартом доказывания, который может быть применен в международном коммерческом арбитраже, является стандарт *prima facie*, который якобы ниже баланса вероятностей и раскрывается как такой, в котором утверждение доказано, если оно правдоподобное в свете имеющихся доказательств при условии, что в будущем они не будут опровергнуты[171].

С таким подходом сложно согласиться, поскольку выполнение стандарта доказывания определяется по результатам оценки доказательств определенного обстоятельства в их совокупности. Поэтому оговорка о том, что стандарт выполнен, если в будущем доказательства не будут опровергнуты, не может быть применена к стандарту доказывания, поскольку после того, как принято окончательное решение о выполнении или невыполнении стандарта доказывания (доказанности или недоказанности обстоятельства), другие доказательства закономерно приниматься не должны. Если же вывод о доказанности предварительный, то в равной мере такой вывод может быть сделан и в случае применения любого из описанных ранее стандартов доказывания.

[171] *Шемелин Д. А.* Изменение стандарта доказывания в международном коммерческом арбитраже / Д. А. Шемелин // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 1 : сб. ст. / под ред. А. В. Асоскова, Н. Г. Вилковой, Р. М. Ходыкина. — М. : Инфотропик Медиа, 2013. — С. 190.

Prima facie, действительно, рассматривается учеными как стандарт, однако это стандарт предоставления доказательств, а не доказывания в целом[172], который к тому же не имеет устоявшегося определения. В общем виде в практике международных трибуналов его понимают как такой, который предусматривает представление доказательства, которое является достаточным для подтверждения предполагаемого обстоятельства, если против него не выдвинуто обоснованных возражений. Латинский термин «*prima facie*» («на первый взгляд») означает, что доказательство является на первый взгляд достаточным для разумного вывода в пользу утверждения, в подтверждение которого оно представлено[173].

Уровень доказанности обстоятельства *prima facie* сам зависит от стандарта доказывания, и если к доказыванию применен более высокий стандарт, то планка, достижение которой свидетельствует о выполнении бремени *prima facie*, будет также выше[174].

Таким образом, стандарт *prima facie* не является менее строгим по сравнению со стандартом баланса вероятностей. Они вообще являются разнопорядковыми категориями. В странах общего права доказывание обстоятельства рассматривается на двух уровнях: первый уровень — стандарт *prima facie*, выполнение которого обеспечивает рассмотрение дела по существу; второй — стандарт убеждения в том, что предполагаемое является правдой[175].

---

[172] В начале процесса доказывания определенного обстоятельства и бремя убеждения, и бремя представления доказательства, как правило, возложены на одно лицо (*actor*), утверждающее об обстоятельстве. Предоставив доказательства *prima facie*, в том числе путем обоснования презумпции, эта сторона считается выполнившей бремя представления доказательств, и это бремя перекладывается на оппонента. Бремя убеждения, напротив, стабильно и остается на стороне, которая его несла изначально. Бремени доказывания и его составляющим частям посвящена глава 6 этой книги.

[173] *Pfitzer J. H.* Burden of Proof in WTO Dispute Settlement: Contemplating Preponderance of the Evidence by James Headen Pfitzer and Sheila Sabune. — Geneva : International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2009. — p. 7.

[174] *Marossi Z.* Evidentiary Obligations in Contemporary International Litigation : PhD in Law Thesis / Zeinalabedin Marossi. — University of Amsterdam, 2008. — p. 97.

[175] *Pfitzer J. H.* Burden of Proof in WTO Dispute Settlement: Contemplating Preponderance of the Evidence by James Headen Pfitzer and Sheila Sabune. — Geneva : International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2009. — pp. 5, 8.

Стандарт *prima facie* применяется для оценки того, в достаточной ли мере сторона выполнила свое бремя предоставления доказательств, чтобы можно было обратиться к другой стороне за ответом на сделанные утверждения и подтверждающие их доказательства. Этот стандарт в арбитраже не стоит рассматривать в качестве самостоятельного, а тем более как стоящего на ступень ниже от стандарта баланса вероятностей. В отличие от судебных процессов в некоторых системах общего права, в которых у ответчика есть возможность заявить суду о непредставлении истцом доказательств *prima facie* и на этом основании требовать отказать в иске, в арбитраже такой отдельной процедуры нет. Ответчик, конечно, может занять позицию утверждающего об отсутствии дела *prima facie* и этим ограничить свое участие в доказывании, однако тем самым он принимает риск узнать о мнении арбитражного суда на этот счет из арбитражного решения. То, что отдельная стадия оценки выполнения стандарта *prima facie* в арбитраже отсутствует, можно считать дополнительным свидетельством в пользу того, что *prima facie* не стоит рассматривать в качестве самостоятельного стандарта, менее строгого, чем стандарт баланса вероятностей.

§ 5.6. Стандарт доказывания и обеспечительные меры

В международном коммерческом арбитраже применение обеспечительных мер может быть поставлено под определенные условия. Большинство известных арбитражных регламентов не устанавливают каких-либо ограничений, а предусматривают лишь, что обеспечительные меры могут быть применены арбитражным судом, если он сочтет меры «необходимыми» [176] и / или просьбу стороны об их применении «обоснованной»[177].

[176] § 36(1) Регламента МКАС при ТПП РФ.

[177] Статья 4(1) Регламента МКАС при ТПП Украины.

Арбитражные суды, тем не менее, рассматривая вопрос о применении обеспечительных мер, часто указывают сторонам на то, что для их применения должна быть установлена разумная возможность наступления определенных событий, угрожающих сохранению *status quo*[178]. Это дало повод говорить о существовании стандарта доказывания «разумная возможность» («*reasonable possibility*»)[179]. Нет единого мнения по поводу того, как соотносится «разумная возможность» с наиболее часто применяемым в арбитраже стандартом баланса вероятностей. Как правило, он рассматривается в качестве эквивалента или более низкого стандарта.

После того, как в Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ в 2010 году были внесены изменения, уточняющие условия и порядок применения обеспечительных мер, стандарт «разумной возможности» приобрел в арбитраже более ясные очертания. В статье 26(3)(b) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (2010) предусмотрено, что сторона, запрашивающая меру по обеспечению исполнения арбитражного решения, должна убедить арбитражный суд в том, что существует *разумная возможность* (*reasonable possibility*) того, что запрашивающая сторона добьется успеха в отношении существа требования[180]. Этот же стандарт применяется и в тех случаях, когда вопрос о применении обеспечительных мер рассматривается чрезвычайным арбитром[181]. Таким образом, сторона, запрашивая обеспечительные меры, уже на этом этапе должна доказать свои требования по существу до той степени, которая бы допускала разумную возможность их удовлетворения. А поскольку вывод суда о такой разумной возможности делается без ущерба для будущего решения по существу, которое будет приниматься с учетом

---

[178] Отчуждение спорного имущества или выведение ликвидных активов ответчиком являются наиболее распространенными видами таких обстоятельств.

[179] Возможно также употребление других словесных формул типа «серьезной возможности» («*serious possibility*»), «реального шанса» («*a reasonable chance*»).

[180] Арбитражные центры, усовершенствовавшие свои регламенты с учетом Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, также переняли этот подход (см. например статью 26(4)(b) Арбитражного регламента CIArb (2015)).

[181] См. например статью 1(3)(h)(ii) Приложения 1 к Арбитражному регламенту CIArb (2015).

стандарта баланса вероятностей, то вывод о том, что стандарт разумной возможности ниже или равен, но никоим образом не выше стандарта баланса вероятностей, напрашивается сам собой. Если принять стандарт разумной возможности как равный балансу вероятностей, то можно полагать, что на этапе запроса обеспечительных мер стандарт баланса вероятностей выполняется *prima facie*.

Глава 6.
Предмет доказывания

§ 6.1. Определение понятия

Международные правовые акты и национальное законодательство о международном коммерческом арбитраже, а также регламенты ведущих арбитражных учреждений мира, как правило, не содержат специальных правил, предписывающих формально определить предмет доказывания. Одним из исключений является Арбитражный регламент ICC, статья 23 которого предусматривает изложение в акте о полномочиях состава арбитражного суда круга вопросов, подлежащих установлению в ходе рассмотрения дела[182]. В какой-то мере этот перечень подлежащих рассмотрению вопросов составляет предмет доказывания.

Сам термин «предмет доказывания» (*thema probandum*) используется преимущественно в доктрине процессуального права и судебной практике стран романо-германской правовой системы. Это понятие весьма основательно проработано в контексте судебного доказывания в отечественной

---

[182] См. International Chamber of Commerce Arbitration Rules, in force as from January 1, 2012. Отметим, что определение в отдельном документе перечня спорных вопросов распространено не только в практике арбитражей по регламенту ICC. Авторы Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства рекомендуют арбитрам в аналитических целях и для облегчения обсуждения готовить перечень спорных вопросов. Вместе с тем они отмечают, что к числу возможных недостатков, связанных с подготовкой такого перечня, относятся задержки, неблагоприятные последствия для гибкости процесса и разногласия по вопросу о том, рассмотрел ли арбитражный суд все вопросы, вынесенные на его рассмотрение, и некоторые другие (см. п. 43 Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства (1996 год) / Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, 1996 год, том XXVII. — С. 332–333).

правовой науке. В наиболее общем понимании предмет доказывания основывается на обстоятельствах, которые подлежат установлению[183]. Предмет доказывания в контексте гражданского процесса представляет собой совокупность юридических фактов (материально-правового и процессуального характера), которые подлежат установлению субъектами доказывания в интересах правильного разрешения дела[184]. Традиционной является точка зрения, согласно которой предметом доказывания являются только юридические факты оснований иска и возражений против него, на которые указывает норма материального права, подлежащего применению[185].

Несмотря на различия в формулировках понятия предмета доказывания, исследователи преимущественно сходятся во мнении, что предмет доказывания в конечном итоге объединяет юридические факты и определяется нормой материального права, которая подлежит применению. Такой подход, однако, не может быть механически перенесен в теорию доказывания в международном коммерческом арбитраже. Хотя отнесение юридических фактов материально-правового и процессуального характера (объединяемых понятиями «фактические обстоятельства дела» или «вопросы факта») в состав предмета доказывания в арбитраже признано учеными[186] и не вызывает сомнений, утверждать, что предмет доказывания ограничивается только этими вопросами, вряд ли можно. Как будет показано далее, в арбитраже доказыванию или установлению подлежат не только фактические обстоятельства, но и содержание и применение нормы права. То есть, *предмет доказывания в международном коммерческом арбитраже охватыва-*

[183] См. *Фурса С. Я.* Докази і доказування у цивільному процесі : наук.-практ. посіб. / С. Я. Фурса, Т. В. Цюра ; Центр прав. дослідж. Фурси. — К. : Фурса С. Я., КНТ, 2005. — С. 34.

[184] *Особенности доказывания в судопроизводстве* : научно-практическое пособие / Под ред. д.ю.н., проф. А. А. Власова. — М. : Издательство «Экзамен», 2004. — С. 83.

[185] *Треушников М. К.* Судебные доказательства : Монография / М. К. Треушников. — М. : Юридическое бюро «ГОРОДЕЦ», 1997. — С. 11.

[186] *Притика Ю. Д.* Міжнародний комерційний арбітраж: Питання теорії і практики : Монографія / Ю. Д. Притика. — К. : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. — С. 371.

ет все обстоятельства, установление которых необходимо для разрешения спора и к которым относятся вопросы факта и вопросы права.

§ 6.2. Обстоятельства, составляющие предмет доказывания

6.2.1. Обстоятельство и факт: соотношение понятий

Употребление понятий «обстоятельство» и «факт» в контексте доказывания не является однозначным. Некоторые исследователи считают, что факт следует определять как знание, достоверность которого доказана[187]. То есть факт — это установленное обстоятельство. В западной литературе такой акцент на доказанности часто не делается. Факт принято рассматривать как некоторое обстоятельство, отделяя его от правовых последствий или значения, то есть интерпретации этого факта[188]. Более важным в западной литературе представляется разграничение собственно фактов, мнений и правовой квалификации.

Обстоятельство можно определить как некое явление в окружающей среде либо в сознании. Это наиболее широкое определение. Далее в этой книге слово «обстоятельство» будет употребляться, в основном, с таким широким смыслом, выходящим за пределы того, что в отечественной юриспруденции принято называть фактическими обстоятельствами. С таким значением обстоятельство позволяет выделить в себе вопросы права (*matter of law*), вопросы мнения (*matter*

---

[187] *Бабарыкина О. В.* Факторы, влияющие на исследование и оценку доказательств в гражданском судопроизводстве / О. В. Бабарыкина. — М. : «Волтерс Клувер», 2010. — С. 5.

[188] *Black's Law Dictionary*: Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern, By Henry Campbell Black, M.A. // St. Paul, Minnesota: West Group, 2004. — Eight Edition. — p. 628.

of opinion) и вопросы факта в узком смысле (*matter of fact*)[189]. В некоторых арбитражных системах в качестве отдельных принято рассматривать вопросы, связанные с определением размера присуждаемых к уплате сумм или в целом определения обязанностей, которые будут возложены на стороны по арбитражному решению[190]. В то же время эта последняя категория — вопросы расчетов — является скорее точкой, в которой две другие категории вопросов — факта и права — соприкасаются, ведь расчеты основываются на оценках фактических обстоятельств и их правового значения, но производятся в соответствии с математическими правилами, то есть в строгом смысле не требуют доказывания. Присуждаемые суммы или иные обязательства являются результатом представления о том, какое решение должно быть принято с учетом фактов и права, и в этом смысле являются вопросом мнения.

6.2.2. Вопросы факта

Арбитраж, как, в принципе, любой другой процесс принятия решения, основанного на праве или общем представлении о справедливости, является комбинацией двух элементов: (а) фактов, (б) права. Вопросы права в действительности непросто отделить от вопросов факта. Во-первых, поскольку споры решаются на правовых основаниях, право определяет юридически относимые факты. Во-вторых, многие факты не могут быть поняты без выяснения того значения, которое придает им право. Таким образом, право определяет факты[191].

---

[189] Понимание этого разграничения важно, например, для определения того, о чем может давать показания свидетель факта. Если свидетель кроме вопросов факта высказывается о вопросах мнения, он принимает на себя роль эксперта, а говоря о вопросах права — консультанта арбитражного суда или эксперта по правовым вопросам.

[190] Так, в статье 4 Рекомендаций CPR арбитрам, ведущим сложные арбитражные процессы (CPR Guidelines for Arbitrators Conducting Complex Arbitrations), арбитрам рекомендуется получить от сторон их видение и выяснить их позицию по вопросам факта, права и сумм, которые надлежит присудить.

[191] *Kurkela M.* Due Process in International Commercial Arbitration / Matti Kurkela, Santtu Turunen. — Oxford ; New York, N.Y. : Oxford University Press, 2010 — p. 141.

Несмотря на описанную выше сложность в том, чтобы опознать, с каким именно вопросом имеем дело, такое разделение необходимо. Оно имеет большое практическое значение. Свидетель факта, например, должен воздержаться от того, чтобы сообщать суждения, являющиеся некомпетентным мнением. Далее, ошибочное представление фактов стороной, которое другая сторона называет недобросовестным умышленным ложным заявлением о фактах, может оказаться на самом деле интерпретацией, мнением стороны, которое она вольна высказывать в любом ключе, выгодном для поддержки ее позиции, а об обоснованности или ошибочности такого мнения решение будет принимать арбитражный суд.

Под фактом обыкновенно понимают «действительное, вполне реальное событие, явление, то, что действительно произошло»[192]. Факт (от лат. *factum* — свершившееся) представляет собой сделанное, совершенное, нечто реальное, конкретное, единичное[193]. Факт существует отдельно от значения, придаваемого ему правом. Когда же такое значение у факта имеется, мы имеем дело с юридическим фактом. Юридическая литература, используя понятие юридического факта, понимает под ним *конкретные жизненные обстоятельства, с которыми норма права связывает наступление тех или иных правовых последствий, то есть возникновение, изменение или прекращение правоотношений*[194]. Юридические факты составляют ядро вопросов факта в арбитраже. Однако юридическими фактами не исчерпывается все многообразие фактов, с которыми имеют дело участники арбитражного разбирательства. Отдельные факты могут сами по себе не иметь юридического значения, однако с их помощью можно установить искомые юридические факты. Другие же факты вообще не стоят в прямой логической связи с искомыми фактами и лишь позволяют установить контекст, в котором совершались значи-

[192] *Ожегов С. И.* Словарь русского языка: ок. 57000 слов / С. И. Ожегов; под ред. чл.-корр. АН СССР Н. Ю. Шведовой. — 20-е изд., стереотип. — М. : Рус. яз., 1989. — С. 739.

[193] *Философский энциклопедический словарь* / под ред. Л. Ф. Ильичева, П. Н. Федосеева. — М. : Советская энциклопедия, 1983. — С. 712.

[194] *Гордєєв В. В.* Правова природа юридичного факту / В. В. Гордєєв // Держава і право. — 2011. — Вип. 51. — С. 732–737.

мые действия или имело место значимое событие (*res gestae* в узком смысле).

6.2.3. Классификация фактов

i. Factum probandum и factum probans

Необходимо различать факт, требующий установления и составляющий предмет доказывания (*factum probandum*), и факт, который позволяет сделать логический вывод о существовании этого искомого факта (англ. *evidentiary fact* или лат. *factum probans*). Логическая связь между этими фактами описывается категорией относимости (*relevance*), которой посвящен § 10.3 этой книги.

ii. Res gestae

Под *res gestae* часто понимают все обстоятельства дела, которые не являются общеизвестными. В более узкой интерпретации *res gestae* охватывает факты, которые хоть и не являются искомыми, то есть непосредственно входящими в предмет доказывания, находятся с этими искомыми фактами в такой связи, что *почти* являются частью единой транзакции (действия, сделки, события), независимо от того, имели они место в то же или другое время и в том же или ином месте, что и искомые факты.

Res gestae иногда отождествляют с косвенными доказательствами *(circumstantial evidence)*: вербальные акты и некоторое невербальное поведение, сопровождающее транзакцию, а также другие доказательства. В более строгом смысле факты *res gestae* составляют отдельную группу доказательств. Если косвенные доказательства все же считаются относимыми, то факты *res gestae* таковыми не являются, они лишь фоновая деталь, позволяющая понять контекст возникновения или развития спорной ситуации[195].

[195] *Schwartz D.* A Foundation Theory of Evidence / David S. Schwartz // The Georgetown Law Journal. — 2011. — Vol. 100. — pp. 95–171.

Факты, относящиеся к *res gestae*, объясняют значимое деяние или событие. Иногда их приводят как такие, без которых деяние или событие не могут быть полностью поняты.

К *res gestae* часто относят факты, которые:

– являются результатом значимого деяния или события;
– являются причиной или поводом для деяния или события;
– создали возможность для совершения деяния или наступления события;
– составляют основание для совершения деяния или наступления события.

Эта концепция описывает все факты в историческом формате, часто *res gestae* — это вся «история» отношений, из которых возник спор. Можно сказать, что при добросовестном подходе к доказыванию *res gestae* составляют относимые факты, но они не обязательно все существенны для разрешения спора.

Иногда из фактов *res gestae* выделяют в качестве отдельной категории факты, указывающие на совершение аналогичной или подобной транзакции (деяния, события) как доказательство спорной транзакции.

В то же время факт не должен приниматься как значимый только по причине того, что он имел место одновременно или в том же месте, что и исследуемая транзакция. Он должен быть связан с транзакцией и объяснять ее, а не быть независимым фактом, предшествующим либо современным транзакции, либо следующим за ней.

Доктрина *res gestae* имела широкое применение в процессе рассмотрения уголовных дел и дел о причинении ущерба, однако также распространилась и на арбитражную практику[196]. Положительное применение доктрины *res gestae* предусматривает, что если какое-либо обстоятельство подлежит установлению, то доказательства, касающиеся деталей этого обстоятельства, являются относимыми и должны быть приняты.

[196] См. *Blanke G.* Whether Arbitrators Can be Called as Witnesses: the Position under English Law / Gordon Blanke // Arbitration the international journal of arbitration, mediation and dispute management. — 2008. — Vol. 74. — No. 2. — p. 119.

Вместе с тем, уже довольно значительное время доктрина *res gestae* считается скорее вредной, нежели имеющей ценность для практики доказывания. Иногда к доктрине *res gestae* обращаются для обоснования исключения из правила о недопустимости принятия в качестве доказательства показаний с чужих слов (*hearsay rule*), а также других правил, исключающих принятие определенных доказательств (правило против принятия в качестве доказательства правдивости слов свидетеля его аналогичных предшествующих заявлений — *rule against prior consistent statements*, правило о недопустимости высказывания свидетелем факта мнений и догадок — *the opinion evidence rule*, правило о недопустимости безосновательных аналогий — *the similar fact rule*). Однако поскольку в арбитражной практике эти правила строго не применяются, в таком обращении к *res gestae* нет особой нужды. Можно даже сказать, что привнесение *res gestae* в арбитраж было ответом доктрины общего права на спрос со стороны юристов сторон, нуждающихся в псевдообосновании своих действий, направленных на сбор и подачу на рассмотрение арбитража материалов, относимость которых вызывала сомнения. *Res gestae* стало таинственным словосочетанием, пышной латинской формулой, под прикрытием которой проводились попытки получить у стороны или представить в арбитраж объемные материалы, не имеющие значения для решения спора. По этой причине к доктрине *res gestae* даже в странах, в которых она в свое время расцвела, сформировалось негативное отношение как к псевдоюридической доктрине, которая за своей неопределенностью дает возможность скрыть слабое обоснование относимости[197].

В этой книге внимание на доктрину *res gestae* обращено не для того, чтобы упрочить основания для ее применения в арбитраже. Она приведена здесь с прямо противоположной целью — воспрепятствовать ссылкам на *res gestae* как на до-

[197] «Фраза «*res gestae*» на современном этапе развития права является не только полностью бесполезной, но даже вредной ... По этой причине она должна быть полностью отвергнута, как порочный элемент в нашей юридической фразеологии. Этот термин никогда не должен быть упомянут» (из *Odgers S.J.* Res Gestae Regurgitated / Stephen J. Odgers // UNSW Law Journal. — 1989. — Vol. 12. — p. 262).

статочное основание для принятия материалов или запроса материалов, которые относимыми не являются. Возможно, это поможет избежать случаев, когда арбитражный процесс под прикрытием отношения фактов к *res gestae* намеренно отягощается документами и другими материалами, имеющими в действительности малое отношение к делу.

Такое отношение к доктрине *res gestae* в арбитраже не влечет за собой отвержение значения косвенных доказательств, которые могут быть весьма существенными для разрешения спора. Поэтому не должны по формальным признакам исключаться:

– последующие заявления о транзакции (сделке, деянии, событии, относящемуся к предмету доказывания);
– мнения, высказанные в отношении транзакции, и заключения, данные в отношении нее;
– доказательства похожих фактов (*similar fact evidence*);
– доказательства, касающиеся достоверности показаний свидетелей.

При условии обоснования относимости этих доказательств к спору и существенного значения для его разрешения они должны быть приняты.

iii. Простые и сложные факты

Разделение фактов на простые (*simple*) и сложные (*compound*) довольно условно, поскольку при внимательном рассмотрении в любом простом факте можно обнаружить составляющие. Простым для целей доказывания можно условно посчитать факт, установление которого не требует разветвленной системы умозаключений.

Факт будет простым до тех пор и при том условии, что в процессе его установления выделена ключевая цепь умозаключений, а остальные опускаются как сами собой разумеющиеся. Так, факт существования компании, которая является стороной арбитражного процесса, может быть подтвержден выпиской из государственного (судебного, торгового) реестра и может считаться простым до тех пор, пока не оспаривается, например, значение выписки как подтверждающего документа или значение записей в реестре в определении момента создания компании.

iv. Позитивные и негативные факты

То, что в отечественной теории доказывания принято называть наличием и отсутствием обстоятельств, в западной литературе иногда именуют позитивными (*positive facts*) и негативными фактами (*negative facts*).

Иногда доктрина негативных фактов предполагает их довольно специфическое доказательное значение — указание на противоречие между тем, что должно было быть, и тем, что имеется. Негативными фактами являются, например, отсутствие документа, записи, регистрации в тех случаях, когда таковые должны были быть. Также свидетель может сообщить о том, что он чего-либо не видел, не слышал, иным образом не воспринимал, хотя должен был бы воспринимать в известных обстоятельствах. Незнание свидетелем какого-либо факта, который должен быть ему известен, если бы этот факт имел место, также рассматривается как негативный факт.

И первое (наличие и отсутствие обстоятельств), и второе (позитивные и негативные факты) разделение, если и имеют ценность, то только теоретическую, поскольку ни негативных фактов, ни отсутствующих обстоятельств в действительности нет. Факты в конечном итоге позитивные, а обстоятельства существующие. Если в арбитражном процессе речь идет об отсутствии полномочий у лица, подписавшего контракт, то на это обстоятельство можно лишь с большой долей условности смотреть как на отсутствие обстоятельства или негативный факт.

6.2.4. Вопросы мнения

В тех случаях, когда речь идет не об установлении какого-либо фактического обстоятельства, имеющего место в определенный момент или промежуток времени (вопрос факта), а об их значении, *вопросы мнения объединяют компетентные оценки фактов, теории и концепции, вероятностные оценки, применение которых имеет значение для дела*.

Компетентным давать ответы на вопросы мнения является арбитражный суд. Стороны, конечно, тоже высказывают

свои мнения. А в тех случаях, когда арбитражный суд по отдельным вопросам не может составить компетентного мнения ввиду отсутствия специальных знаний, такое мнение может быть получено у эксперта. Именно за последним мнением, мнением эксперта, признается доказательное значение, в то время как мнения сторон сами нуждаются в подтверждающих их доказательствах, а мнением арбитражного суда решается весь спор.

Различие между вопросом факта и вопросом мнения в доказывании прослеживается в разных аспектах. Свидетель факта представляет имеющуюся у него информацию о факте, часто без каких-либо наслоений собственного отношения и оценок этого факта. В то же время эксперт, который представляет свое заключение, опирается на определенные теоретические и практические знания, имеющиеся у него вне связи с фактами конкретного дела. Его заключение в отличие от свидетельских показаний, содержит ответы на вопросы мнения. В отличие от вопросов факта, к вопросам мнения применима не столько ось координат «правда-неправда», сколько обоснованность или необоснованность определенных выводов, применение той или иной научной методики.

Есть также операциональное отличие в решении вопросов факта и вопросов мнения. Вопрос мнения предполагает возможность постановки гипотетического вопроса, в то время как вопрос факта — нет. Свидетелю факта, конечно, тоже может быть поставлен вопрос в гипотетическом ключе («Могли ли Вы произвести выгрузку груза до окончания рабочего времени в день, когда груз был поставлен?»), однако в таком случае ответ на такой вопрос скорее заменяет собой ответ на вопросы о факте («Сколько сотрудников были заняты в разгрузке и сколько оставались не занятыми? Сколько груза было выгружено занятыми сотрудниками?», «Известны ли обстоятельства, препятствовавшие выгрузке груза в тот день?»), а также *вывод*, который мог быть сделан на основании такого ответа о факте самой стороной, которая нуждается в ответе на гипотетический вопрос. Для свидетеля позволить себе сделать этот вывод означает дать ответ на вопрос мнения.

Для юристов, воспитанных в традиции общего права, характерен перенос в арбитраж практики возражения против высказывания свидетелями факта оценок, мнений и предположений (*opinion evidence*), особенно в тех случаях, когда такие оценки не основываются на личном восприятии и не являются необходимыми для пояснения воспринятого свидетелем. Такие возражения принимаются в арбитраже в тех случаях, когда свидетель не компетентен давать оценки, то есть явно не обладает необходимыми знаниями и опытом.

Однозначно разграничить вопросы мнения и факта сложно. В конечном итоге любой вопрос факта можно представить как вопрос мнения. Когда же говорят, что свидетель факта должен сообщать о фактах, а не о сделанных им выводах из этих фактов, что может делать только арбитражный суд или компетентное в вопросах мнения лицо (эксперт), то такое утверждение задачу разграничения фактов и мнений не упрощает. В тех случаях, когда свидетель утверждает, что видел подписанный договор, он высказывает мнение о том, что увиденный им документ является договором, о чем он сделал вывод на основаниях, которые могут быть важны или не важны для арбитражного суда. Разомкнуть эту цепь неопределенности как раз и помогает уже упомянутая *концепция компетентного свидетеля*, которая предусматривает оценку способности свидетеля составлять суждения, основанные на фактах. До тех пор пока свидетель не выходит за пределы своей компетенции и не высказывает безосновательных мнений, его суждения принимаются как составляющая описания факта.

То, что вопросы мнения могут возникать не только в связи с фактами, но и их правовой квалификацией, указывает на наличие сложности в отделении вопросов мнения не только от вопросов факта, но и от вопросов права. Стороны, эксперты по правовым вопросам и, в конечном итоге, арбитражный суд высказывают свои мнения по правовым вопросам, поэтому можно говорить, что вопросы мнения касаются также и права. В строгом смысле в арбитраже все вопросы можно разделить на вопросы факта и вопросы права, а за вопросами мнения признать ту сферу, в которой неопределенность знаний о фактах

или праве проступает настолько явно, что ее устранение требует положиться на мнение компетентного третьего лица.

6.2.5. Вопросы права

i. Сложности разграничения

Вопросы права объединяют комплекс вопросов, связанных с установлением содержания права, подлежащего применению для разрешения спора, и собственно его применением.

Отделение вопросов права от вопросов факта хорошо прослеживается в национальных судебных процессах континентальной Европы. В них на стороны возлагается доказывание вопросов факта, в то время как на суде лежит обязанность правильного применения права. В международном коммерческом арбитраже такое четкое разграничение проблематично.

Среди исследователей и практиков арбитража отсутствует согласие в отношении того, входит ли норма материального права, подлежащая применению, в предмет доказывания и рассматривается ли материальное право в международном коммерческом арбитраже как вопрос права или вопрос факта. При этом достаточно часто поиск удовлетворительного для всех ответа на этот вопрос расценивается исследователями как бесперспективный, учитывая фундаментальные различия, которые заложены в подходах к доказыванию в разных правовых системах[198]. Тем не менее, все же представляется возможным

[198] Эти фундаментальные различия проистекают из того, как национальные суды в разных правовых системах устанавливают содержание и применяют иностранное право. В правоприменительной практике принято выделять два подхода к установлению судом содержания иностранного права. В одних странах (большинство стран континентальной Европы и Южной Америки) иностранное право рассматривается именно как правовая категория, в то время как в других странах (США и другие страны системы общего права) считают, что иностранное право является вопросом факта (см. *Канашевский В. А.* Международное частное право : Учебник. — 2-е изд., доп. / В. А. Канашевский. — М. : Междунар. отношения, 2009. — С. 127). Исследователи сходятся во мнении, что Украина доктринально и практически относится к первой группе стран (см. *Міжнародне приватне право.* Науково-практичний коментар Закону / За ред. д.ю.н., проф. А. Довгерта. — Х. : ТОВ «Одісей», 2008. — С. 77). То же справедливо для России и других стран постсоветского пространства.

ответить на важные вопросы: Должен ли арбитражный суд знать и *правильно* применять материальное право для решения спора? Должны ли стороны доказывать (устанавливать) в арбитраже содержание и применение материального права? Существует ли в арбитраже явление неправильного применения права?

ii. Iura novit curia в международном арбитраже

Арбитражная практика в странах системы общего права тяготеет к тому, чтобы рассматривать установление содержания материального права как вопрос факта, а для романо-германской системы присущ подход к этому вопросу как к вопросу права. В отдельных странах Европы в судебной практике даже закреплена обязанность арбитражного суда устанавливать содержание материального права *ex officio*. В последнем случае речь идет о распространении на арбитраж принципа «*iura novit curia*» («суд знает право»), который, по выражению К. Хобера, неизвестен англо-американской правовой системе и в общих чертах сводится к тому, что сторонам разбирательства нет необходимости вести спор по поводу закона, поскольку судья в любом случае является высшим служителем закона. Иными словами, контроль сторон за ведением процесса не распространяется на закон, подлежащий применению[199].

Принцип «*iura novit curia*» применяется в деятельности национальных судов преимущественно в странах романо-германской правой системы. В наиболее кристаллизованном виде он проявляется в праве Германии, Гражданский процессуальный кодекс которой требует рассматривать иностранное право как право, а не факт[200]. В праве стран континентальной системы этот принцип находит свое выражение в обязанности суда са-

[199] *Хобер К.* Место арбитража: Стокгольм: Некоторые процессуально-практические аспекты // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения : Сборник статей к 75-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Под ред. А. С. Комарова; МКАС при ТПП РФ. — М. : Статут, 2007. — С. 503.

[200] *Landolt P.* Arbitrators' Initiatives to Obtain Factual and Legal Evidence / Phillip Landolt // Arbitration International. — 2012. — Vol. 28, Issue 2. — p. 184.

мостоятельно решать вопросы применения нормы права[201] и в отсутствии обязанности стороны обосновывать свои требования или возражения ссылкой на нормы права[202]. В целом же, с некоторыми исключениями, среди которых право Германии и Италии (а также в гибридной форме — Швейцарии), принцип «*iura novit curia*» применяется для возложения на судей обязанности знать и применять право только собственной юрисдикции, собственного форума[203].

Арбитры в международном коммерческом арбитраже, однако, не имеют форума, они призваны применять нормы права различных правовых систем[204].

Для распространения *iura novit curia* на международный коммерческий арбитраж нет оснований, ведь процессуальное право, которым руководствуются национальные суды, не является обязательным для арбитражного суда, поскольку не составляет часть права, которым руководствуется арбитражный суд. В самом же *lex arbitri* указанный принцип почти никогда не находит отражения[205], кроме немногочисленных исключений. Одним из таких исключений является швейцарское пра-

[201] См. например статью 214 Гражданского процессуального кодекса Украины (Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. // Офіційний вісник України. — 2004. — № 16 (07.05.2004). — Ст. 1088). В соответствии со статьей 8 Закона Украины «О международном частном праве» обязанность установления содержания норм права иностранного государства при необходимости его применения возложена на суд (см. Про міжнародне приватне право: Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 32. — Ст. 422).

[202] Напротив, в некоторых арбитражных регламентах прямо установлена обязанность истца обосновать в исковом заявлении свои требования с учетом применимых норм права, а также обязанность ответчика обосновать с учетом применимых норм свою позицию (см. §§ 9, 12 Регламента МКАС при ТПП РФ, статьи 18 и 22 Регламента МКАС при ТПП Украины). В несколько иных формулировках обязанность представить правовое обоснование иска присутствует во многих арбитражных регламентах (см. статью 20(2)(e) Арбитражного регламента CIArb (2015)).

[203] *Landolt P.* Arbitrators' Initiatives to Obtain Factual and Legal Evidence / Phillip Landolt // Arbitration International. — 2012. — Vol. 28, Issue 2. — p. 185.

[204] *Baniassadi M. R.* Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration / Mohammad Reza Baniassadi // Berkeley Journal of International Law. — 1992. — Vol. 10, Issue. 1, Art. 2. — p. 84.

[205] По отношению к материальному праву в арбитраже применение этого принципа считается сомнительным даже в странах континентальной правовой традиции, например во Франции (см. *Kaufmann-Kohler G.* Globalization of Arbitral Procedure / Gabrielle Kaufmann-Kohler // Vanderbilt Journal of Transnational Law. — 2003 — Vol. 36. — p. 1333).

во, которое возлагает обязанность установления содержания иностранного права на арбитров[206]. Объективности ради важно отметить, что в континентальных правовых системах есть примеры того, когда этот принцип прямо отвергнут применительно к арбитражу: в арбитраже в Швеции на стороны возложено бремя представить доказательства, позволяющие установить содержание права, а на арбитражный суд — не выходить за пределы таких доказательств[207].

Арбитр не может отказаться выслушать аргументы сторон в вопросах права на том основании, что считает себя знающим это право. Напротив, судья в правовых системах, в которых содержание нормы права устанавливается судьей *ex officio,* не обязан принимать аргументы сторон в вопросах права. То, что суды выслушивают эти аргументы, не опровергает сделанного утверждения. Дело в том, что возложенная на судью обязанность знать и правильно применять право создает неопровержимую презумпцию знания судьей права (*judicial knowledge*), однако, естественно, никак не касается наличия такого знания у судьи на практике. Соответственно, судье вовсе не лишним будет получить от сторон правовые аргументы, которыми он, тем не менее, совершенно не связан, чего нельзя сказать о значении правовых аргументов сторон для арбитров.

Очевидно, что вопрос о статусе права в арбитражном разбирательстве сложный. Ни в науке, ни в арбитражной или судебной практике нет в его отношении единого мнения. В судебной практике также имели место случаи, когда суд фактически признавал обязанность арбитров устанавливать содержание и

---

[206] Если быть точным, то такой подход в наиболее строгом виде был закреплен в судебной практике: в 2001 году Федеральный суд Швейцарии принял решение, в котором признал, что на арбитров распространяется обязанность применять право *ex officio* (см. Urteil von Bundesgericht No. 4P.260/2000/rnd von 2. März 2001 in Sachen Bank Saint Petersburg PLC v. ATA Insaat Sanayi ve Ticaret Ltd.).

[207] Ф. Андерссон и другие авторы указывают на такой подход к доказыванию права в арбитраже, проводимом в Швеции: «...состав арбитража вправе основывать свои выводы о содержании норм иностранного права только на представленных материалах. В связи с этим личные знания арбитров о нормах права, не включенных в представленные материалы, не могут быть использованы» (см. *Андерссон Ф.* Арбитраж в Швеции / Андерссон Ф., Исакссон Т., Юханссон М., Нильссон У. / Под ред. Дж. Херре. — М. : Статут, 2014. — С. 123).

применять материальное право *ex officio*[208]. Такие судебные решения, однако, не привели к формированию устойчивой судебной практики, поэтому не расцениваются как свидетельство укоренения определенного подхода. Кроме того, по этому вопросу есть и вполне обоснованные решения, подтверждающие отсутствие у государственного суда компетенции оценивать правильность применения арбитражным судом права[209].

По мнению Э. Гайяра, Б. Гольдмана и Дж. Саважа, поскольку арбитражный суд не имеет форума как такового, он должен рассматривать любое право как иностранное право, содержание которого должно быть установлено аналогично тому, как устанавливают факт. Исследователи убеждены, что концепция иностранного права как факта воспринята в значительной степени как в англо-американских, так и в романо-германских правовых системах, и ее следует применять в международной арбитражной практике[210].

Несколько иную точку зрения имеет Ф. Ландольт, который признает, что в теории и практике доказывания в международном коммерческом арбитраже применяется деление доказательств на доказательства фактов (*evidence of fact*) и доказательства права (*evidence of law*), однако отмечает, что

---

[208] В 2012 году Шевченковский районный суд. Киева, отменяя решение МКАС при ТПП Украины от 04 июня 2007 года, принятое по делу АС № 80У / 2007, указал в своем определении, что «арбитром не была исследована правомерность заключения мирового соглашения, сама процедура заключения мирового соглашения, его последствия и способы реализации по действующему законодательству Швейцарии» и в целом, что «[...] при вынесении решения от 4 июня 2007 МКАС при ТПП Украины [...] не установил право, регулирующее указанные правоотношения [...]» (см. ухвала Шевченківського районного суду м. Києва від 06 вересня 2012 року у справі № 2610/12586/2012).

[209] Например, Апелляционный суд Киева в определении от 27 июня 2013 года по делу № 22-ц/796/8659/2013 указал на то, что «если сторона, выступающая против вынесенного арбитражного решения, считает, что арбитры допустили ошибку в применении закона, применили неправильный закон или неправильно оценили фактические обстоятельства дела, то суд, рассматривающий ходатайство, не вправе изучать такие доводы, потому что это будет попыткой пересмотра арбитражного решения по существу, которая не допускается Законом Украины «О международном коммерческом арбитраже» и Нью-Йоркской Конвенцией 1958 года «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» (см. ухвала Апеляційного суду м. Києва від 27 червня 2013 року у справі № 22-ц/796/8659/2013).

[210] *Fouchard, Gaillard, Goldman* on International Commercial Arbitration. Edited by Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, John Savage. — Arbitration, Kluwer Law International, 1999. — p. 692.

использование понятия «доказательство права» не предусматривает, что арбитры в вопросе установления содержания права должны использовать те же методы, которые применяются к установлению фактов[211].

По мнению Г. Кауфман-Колер, подход к праву как к факту в чистом виде не может быть применен в арбитраже. Для обоснования этой точки зрения она считает целесообразным отталкиваться от персоны арбитра и приводит такой пример: вряд ли швейцарский арбитр, который является профессором в области договорного права, должен принять как авторитетное доказательство юридическое заключение своего коллеги, в котором тот указывает, каким образом должен быть истолкован договор. В то же время Г. Кауфман-Колер считает, что в классическом понимании принцип «*iura novit curia*» также не может быть применен в международном арбитраже. При этом она исходит не из чисто юридических оснований, а из свойств транснациональной правовой среды, в которую вовлечены участники из различных правовых культур. Также важным основанием для непринятия этого принципа в арбитраже, по ее мнению, является потенциальная сложность в получении доступа к праву, подлежащему применению (языковой барьер, недоступность источников и проблемы с установлением их достоверности). Вместе с тем, Г. Кауфман-Колер в итоге утверждает, что в определенном ограниченном виде, но все же в международном коммерческом арбитраже находит применение принцип, который она называет «*iura novit arbiter*» и который предусматривает *право, но не обязанность арбитражного суда осуществлять собственные исследования с целью установления содержания нормы права, подлежащего применению*[212].

Сложно не согласиться с мнением Г. Кауфман-Колер о том, что принцип «*iura novit curia*» не должен применяться в международном коммерческом арбитраже, а также о том, что подход

[211] *Landolt P.* Arbitrators' Initiatives to Obtain Factual and Legal Evidence / Phillip Landolt // Arbitration International. — 2012. — Vol. 28, Issue 2. — p. 176.

[212] *Kaufmann-Kohler G.* "The governing law: fact or law?" — A transnational rule on establishing its contents / Gabrielle Kaufmann-Kohler // ASA Special Series. — No. 26. — July 2006. — p. 6.

к материальному праву как к факту также не вполне оправдан. Однако то, что материальное право не следует рассматривать как факт в классическом понимании, не означает автоматически, что норма материального права в международном арбитраже не является элементом предмета доказывания. При этом, для обоснования такого похода необходимо обратиться, прежде всего, к правовым аргументам. Чисто практические факторы, на которые ссылается Г. Кауфман-Колер (языковые барьеры, недоступность источников и другие), конечно, важны, но вряд ли они могут быть признаны основанием для научных выводов о статусе нормы материального права в международном коммерческом арбитраже.

Конечно, не может быть принято как достаточное подтверждение тезиса о том, что вопросы права и вопросы факта не тождественны в доказывании, только то обстоятельство, что законодательство об арбитраже, как правило, не содержит норм, которые бы обязывали рассматривать материальное право как факт, подлежащий доказыванию сторонами. Хотя Английский закон об арбитраже 1996 (статья 34(2)(g)) объединяет в рамках одного типа полномочий арбитражного суда установление факта и права[213], тем самым в определенной мере признавая сходство вопросов права и вопросов факта в арбитраже. Это, однако, не дает оснований говорить о тождестве этих вопросов.

Имеется несколько доказательств того, что *iura novit curia* не подлежит применению в арбитраже:

а. Доказательство на примере обычая. В правовых системах гражданского и общего права почти отсутствуют споры о том, является ли необходимым доказывание существования и применения обычая, который по существу является вопросом права[214]. Подтверждается это также арбитражной практикой. Так, например, в арбитражном решении 2007 года арбитражный суд, который рассмотрел дело по регламенту ICDR, возложил бремя доказывания существования торгового обычая

[213] Arbitration Act 1996.

[214] При этом мы, конечно же, согласны с тем, что обычай не является правом в узком смысле (*Goode R.* The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration / Roy Goode // Arbitration International. — 2001. — Vol. 17. — No 1. — p. 29.

на сторону, которая ссылалась на обычай[215]. Такой подход в отношении обычаев является признанным не только в арбитражных системах, тяготеющих к правовой традиции общего права. По вопросу применения торговых обычаев, которые являются вопросом права, а не факта, МКАС при ТПП РФ имеет сложившуюся практику по спорам из договоров купли-продажи, заключенных согласно Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров. В соответствии с этой практикой существование и возможность применения обычая должна быть доказана стороной, которая на него ссылается[216]. А кроме того, арбитражная практика МКАС при ТПП РФ в отношении деловых обычаев сформировалась под влиянием практики государственных судов, которые признают необходимость доказывать существование обычаев[217], однако не содержания права.

b. Последствия предоставления / непредоставления доказательств права. Следует также признать, что свойства доказательств факта вполне могут быть применены к доказательствам права, как и критерии оценки. Методологические подходы в доказывании по вопросам права и факта также похожи (за исключением того, что в установлении содержания права арбитр, как признано практиками, может принимать более активное самостоятельное участие без ущерба для соблюдения принципа равного отношения к сторонам[218]). Чисто лингвистическое отличие, которое заключается в том, что в отечественной и иностранной правовой науке вместо термина «доказывание права» (*proving the law*) чаще употребляется термин «установление содержания права» (*ascertaining the law*), не меняет смысла деятельности участников процесса доказывания.

---

[215] American Arbitration Association, International Centre for Dispute Resolution, Interim Award of 23 October 2007 (Macromex Srl. v. Globex International Inc.).

[216] *Saidov D.* Cases on CISG Decided in the Russian Federation / Djakhongir Saidov // Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration. — 2003. — p. 21.

[217] См. п. 2 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета, № 140, 30.06.2015.

[218] *Moss G. C.* International Arbitration and the Quest for the Applicable Law / Giuditta Cordero Moss // Global Jurist. — 2008. — Vol. 8, Issue 3. — Article 2. — p. 23.

Тем не менее, есть, по крайней мере, одно существенное различие в доказывании (установлении) факта и права. Оно заключается в последствиях такого доказывания. В случае неполучения достаточных доказательств факта арбитражный суд в конечном итоге должен признать фактическое обстоятельство недоказанным. Если арбитражный суд не получил доказательств права, применение таких последствий не представляется возможным. Типовой закон ЮНСИТРАЛ, а, соответственно, и национальное законодательство стран, принявших его за основу, а также многих других стран, устанавливают требование, чтобы спор был решен арбитражным судом в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора[219]. Однако, в среде ученых и практиков арбитража уже долгое время преобладает мнение, что нормы права (*rules of law*) в указанном выше контексте являются более вместительным понятием, чем понятие «право» (*the law*) в узко юридическом значении. Нормы права следует понимать как охватывающие не только нормы системы права определенного государства, но и *lex mercatoria,* прочие обычаи, правила деловых ассоциаций, кодексы поведения, общие принципы права и, по утверждению отдельных исследователей, даже признанную арбитражную практику[220].

Наряду с требованием решить спор на основе избранной сторонами нормы Типовой закон ЮНСИТРАЛ содержит более строгое требование, чтобы арбитражное решение было принято в любом случае в соответствии с условиями соглашения и с учетом торговых обычаев, касающихся данного соглашения (статья 28(4) Типового закона ЮНСИТРАЛ). Аналогичное требование содержится во многих арбитражных регламентах[221]. Таким образом, на арбитров все же возлагается обязан-

[219] Статья 28(1) Типового закона ЮНСИТРАЛ, статья 1511 Книги IV Гражданского процессуального кодекса Франции (Code of Civil Procedure of France, Book IV (redrafted by Decree No. 2011-48 of 13 January 2011, reforming the law governing arbitration) и другие.

[220] См. *Roba R. M.* Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration / Roxana Maria Roba // Currentul Juridic. — 2011. — Vol. 14. — Issue 4. — p. 225; *Shackleton S. R.* The Applicable Law in International Arbitration Under the New English Arbitration Act 1996 / Stewart R. Shackleton // Arbitration International. — 1997. — Vol. 13, No. 4. — p. 376.

[221] См. например статью 21(2) Арбитражного регламента ICC (2012), статью 33(3) Швейцарского регламента международного арбитража (2012).

ность по применению определенного нормативного массива. В то же время такая обязанность не равноценна применению принципа «*iura novit curia*». Достаточно обоснованной в науке и практике является позиция, что базовые принципы договорного права (принципы обязательности выполнения договора, добросовестности и т. п.) являются составной частью торговых обычаев и являются основополагающими также для арбитража[222]. Поэтому, *если стороны не указали нормы, которые подлежат применению, обязанность арбитражного суда учитывать торговые обычаи и тем самым применять норму права (rule of law), на основании которой может быть решен спор, считается выполненной, если арбитражный суд применяет известные принципы*, в частности принципы обязательности договора, добросовестности в деловых отношениях. Принятое таким образом арбитражное решение не следует расценивать как результат разрешения арбитражным судом спора *ex aequo et bono*, ведь в последнем случае имеет место решение дела на общих основаниях справедливости, как ее понимают арбитры. Решение же арбитражного суда в описанном выше случае принимается на основании нормы права (*rule of law*) об обязательности договора и положений самого контракта. Некоторые исследователи даже указывают на то, что обычной в международном коммерческом арбитраже считается практика, когда арбитры пытаются решить спор сугубо на основании положений контракта. Если положений контракта достаточно для рассмотрения дела и они не противоречат предписаниям соответствующих императивных норм, арбитры обычно не обращаются к национальному материальному праву[223].

---

[222] *Güçer S.* Lex Mercatoria in International Arbitration / Sülün Güçer // Ankarabarreview. — 2009. — No. 1. — pp. 35–36.

[223] Такой вывод, в частности, делает В. А. Канашевский на основе примера из практики арбитража ICC: в решении в 1977 году по делу № 1990 арбитры отметили: «До тех пор, пока спорные вопросы регулируются сторонами в контракте и это контрактное регулирование не противоречит императивным нормам национального права сторон контракта, допустимо рассмотрение этих спорных вопросов на основании контракта [...] без предварительного решения вопроса о праве, подлежащем применению» (См. *Канашевский В. А.* Методы установления применимого права в практике международного коммерческого арбитража / В. А. Канашевский // Журнал российского права. — 2007. — № 5. — С. 114).

Таким образом, *ситуация, в которой стороны не указывают на национальное право и не представляют доказательства, позволяющие установить содержание нормы права, не создает для арбитражного суда обязанности самостоятельно обратиться к определенной национальной правовой системе*. В случае же если стороны договорились о применении определенного права, однако арбитражный суд не получил доказательств, позволяющих установить содержание норм, подлежащих применению, оправдано в арбитражной практике исходить из презумпции того, что указанное национальное право признает торговые обычаи, которые намерен применить арбитражный суд, в частности принцип обязательности договора. Решение дела таким образом направлено на уменьшение риска отмены арбитражного решения или отказа в его признании и исполнении на основании нарушения арбитражным судом процедуры, установленной соглашением сторон. Вывод арбитражного суда о возможности применения этих обычаев или других норм, а также, в необходимых случаях, презумпция о признании этих обычаев в национальном праве, является своего рода доказательством права *prima facie*, которым располагает арбитражный суд. Фактическое возложение на него обязанности использовать это доказательство не означает, что право таким образом исключается из предмета доказывания. Напротив, это скорее уподобляет доказывание права доказыванию факта, ведь такое доказательство *prima facie* может быть опровергнуто стороной, которая представит другие доказательства права. Если бы норма права в предмет доказывания не входила, любая новая информация о том, какие нормы следует применить и как их следует толковать, не влияла бы на выводы арбитражного суда по вопросам права. Такое мнение в полной мере согласуется с позицией ученых и практиков международного коммерческого арбитража, которые были изложены в принятых в 2008 году Ассоциацией международного права Рекомендациях по установлению содержания права, подлежащего применению в международном коммерческом арбитраже. Рекомендации содержат положения о том, что по общему правилу, информацию о содержании

права, подлежащего применению, арбитры должны получать от сторон[224]. Обоснованность подхода подтверждается также практикой арбитражных учреждений, даже тех, в которых преобладает влияние континентальной правовой традиции[225].

c. Последствия «неправильного» применения права. Косвенным подтверждением существования оснований для вывода об отсутствии у арбитражного суда обязанности самостоятельно устанавливать содержание права, а следовательно, об отнесении вопросов права к предмету доказывания, можно считать также последствия, наступление которых возможно в случае неприменения или неправильного применения права. Общепризнанным является подход, согласно которому основанием для отмены арбитражного решения или отказа в его признании и принудительном исполнении не может быть неправильное, по мнению компетентного суда, применение арбитражным судом материального права. Примером такого подхода является вывод, который сделал в своем решении от 13 ноября 1998 года Верховный Суд Швейцарии, отметив, что «[...] очевидная ложная интерпретация фактов, ошибочная оценка доказательств или даже применение права не являются сами по себе достаточным основанием для отмены арбитражного решения» [226], что свидетельствует о том, что даже в стране, которую ученые рассматривают как пример правовой системы, в которой *iura novit curia* распространен на международный коммерческий арбитраж, этот принцип не применяется в его классическом понимании, которое предусматривает необходимость именно *правильного* применения права юрисдикционным органом.

[224] См. International Law Association Recommendations on Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration. Resolution No. 6/2008 of the 73rd Conference of the International Law Association held in Rio de Janeiro, Brazil, 17–21August 2008.

[225] Так, МКАС при ТПП РФ в решении от 12 ноября 2003 года по делу № 226/2001 указал на то, что он руководствовался положением контракта о запрете передачи прав и обязанностей третьим лицам, а истец не доказал правомерность цессии в силу каких-либо императивных норм права, подлежащего применению к этим правоотношениям (см. *Розенберг М.* Из практики Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ за 2003 год / М. Розенберг // Хозяйство и право. — 2004. — Приложение № 2. — С. 65).

[226] *Conde e Silva G.J.* Transnational Public Policy In International Arbitration : PhD in Law Thesis / Gui J. Conde e Silva. — London : Queen Mary College, University of London, 2007. — p. 180.

d. Допустимость экспертизы по вопросам права. Еще одним доказательством того, что *iura novit curia* неприменим в международном коммерческом арбитраже, является допустимость и широкое применение экспертизы по вопросам права. Это означает, что во многих случаях вопросы права требуют специальных знаний, которыми не обладает арбитр, что было бы невозможно допустить, если бы право подлежало установлению арбитражным судом *ex officio*.

Не создает противоречие с изложенной тезисом о принадлежности нормы права к предмету доказывания и то обстоятельство, что национальное законодательство об арбитраже многих стран, а также значительное количество известных арбитражных регламентов не требуют от истца указывать в заявлении об арбитраже или исковом заявлении конкретные нормы права для обоснования иска. Здесь отсутствует аналогия с требованиями к исковому заявлению в национальных судебных процессах. В гражданском процессуальном законодательстве отсутствие требования указывать в исковом заявлении нормы, подлежащие применению, и устанавливать их содержание можно считать проявлением действия принципа «*iura novit curia*». В международном коммерческом арбитраже такое требование о нормативном обосновании является излишним по другой причине: стороны могут договориться о решении арбитражным судом дела *ex aequo et bono*, или как «дружеским посредником», то есть без необходимости установления содержания норм права. И наоборот, то, что в некоторых арбитражных системах, в том числе и тех, которые основаны на континентальной правовой традиции, регламенты требуют обоснования иска нормами права (например, регламенты МКАС при ТПП Украины и ТПП РФ), лишь подтверждает, что для применения *iura novit curia* недостаточно оснований даже в международном коммерческом арбитраже в континентальных правовых системах. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ также исходит из того, что представление правового обоснования требований и возражений сторон составляет их обязанность (статьи 20(2)(e) и 21(2)). Арбитражный регламент LCIA (2014) также предусматривает, что истец

в исковом заявлении указывает не только относящиеся к делу факты, но и правовые аргументы (статья 15.3).

Таким образом, в международном коммерческом арбитраже норма материального права, подлежащего применению, не может рассматриваться как такая, знание и обязанность применения которой арбитражным судом презюмируется. То есть содержание и применение нормы материального права являются составной предмета доказывания. Содержание нормы права, подлежащей применению, устанавливается наподобие фактов, правда с некоторыми отличиями в последствиях непредоставления сторонами доказательств права. Если арбитражное разбирательство осуществляется под влиянием правовой традиции общего права, такой подход вообще не вызывает сомнений. Все в большей степени прослеживается тенденция к принятию этого подхода и в арбитражных системах континентальной правовой традиции. Многочисленные подтверждения того, что *iura novit curia* не применяется в международном коммерческом арбитраже, можно найти также в арбитражной практике[227].

iii. Доктрина явного пренебрежения права

Если у арбитражного суда нет обязанности знать применимое право *ex officio*, то не должно быть и правовых последствий в случае неправильного применения права. Собственно, тогда сам вопрос о правильности или неправильности применения не может быть поставлен. Содержание права было бы установлено настолько, насколько это было возможным на основании представленных сторонами доказательств права и сделанных

[227] Так, МКАС при ТПП РФ в своем решении от 28 октября 2003 года по делу № 47/2003, указал на то, что поскольку истец не доказал вступления в силу для Украины международного договора, на который он ссылается, положения этого договора не были применены арбитражным судом (см. *Розенберг М.* Обзор практики разрешения споров в Международном коммерческом арбитражном суде при ТПП РФ / М. Розенберг // Хозяйство и право. — 2004. — № 8. — С. 95). Очевидно, что арбитражный суд возложил на сторону бремя доказывания вопроса права. В другом деле в решении от 13 мая 2004 года № 16/2003 арбитражный суд МКАС при ТПП РФ указал на то, что ответчик не представил доказательства того, что гарантийный срок по определенному объекту установлен законом (см. *Розенберг М.* Обзор практики разрешения споров в Международном коммерческом арбитражном суде при ТПП РФ / М. Розенберг // Хозяйство и право. — 2004. — № 8. — С. 99).

арбитрами по собственному усмотрению самостоятельных исследований, и применено арбитражным судом так, как он посчитал это правильным. В опровержение этого подхода иногда приводятся различные доктрины, которые допускают возможность наступления правовых последствий для арбитражного решения, принятого с нарушением материального права. Одной из них является доктрина явного пренебрежения права (*manifest disregard of the law doctrine*), которую сторонники *iura novit curia* в арбитраже иногда приводят как свидетельство своей правоты. На самом деле, она является скорее доказательством неприменимости *iura novit curia*.

Эта доктрина сформировалась в США. Закрепленная в судебных решениях, а не в федеральном законодательстве об арбитраже, она рассматривается юристами как дополнительное основание для отмены или отказа в принудительном исполнении решений, принятых арбитражными судами в США, в том числе в международном арбитраже. В 1953 году Верховный Суд США в своем решении указал на то, что «толкование закона арбитрами не является предметом пересмотра федеральными судами на основании ошибок при таком толковании, кроме случаев явного пренебрежения права»[228]. Исследователи, опираясь на практику применения этой доктрины, пришли к выводу, что она касается тех случаев, когда имеет место нечто большее, чем ошибка или неправильное понимание права[229].

Более конкретное определение сути доктрины сводится к тому, что в случае явного пренебрежения права арбитр знает право, однако умышленно игнорирует его (отказывается применять)[230]. Поэтому доктрина является скорее частным случаем подтверждения презумпции незнания арбитром права, подлежащего применению, ведь доктрина требует доказать, что

---

[228] *Chen A.* The Doctrine of Manifest Disregard of the Law after Hall Street: Implications for Judicial Review of International Arbitrations in U.S. Courts / Annie Chen // Fordham International Law Journal. — Vol. 32, Issue 6, 2008, Article 3. — p. 1879.

[229] *Gronlund A. C.* The Future of Manifest Disregard As a Valid Ground for Vacating Arbitration Awards in Light of the Supreme Court's Ruling in Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc. / Ann C. Gronlund // Iowa Law Review. — 2011. — Vol. 96. — p. 1359.

[230] *LeRoy M. H.* Are Arbitrators Above The Law? The "Manifest Disregard Of The Law" Standard / Michael H. LeRoy // Boston College Law Review. — 2011. — Vol. 52. — p. 138.

арбитру было известно содержание нормы, а это прямо противоположно принципу «*iura novit curia*», который опирается на презумпцию знания судьей или арбитром права.

Доктрина явного пренебрежения права защищает от безосновательного игнорирования доказательств, в данном случае — доказательств права.

iv. Прецедент

В связи с тем, что *iura novit curia* в международном коммерческом арбитраже по общему правилу не применяется, а также поскольку у арбитражного суда отсутствует обязанность применять материальное право *правильно*, то есть в ключе устоявшейся практики, открываются вниманию проблемы с определением места отдельных доказательств права, в частности прецедентного значения судебных и арбитражных решений.

Доктринально вопрос о том, какое значение в международном коммерческом арбитраже имеют судебные и арбитражные решения, далек от решения. Исследователи часто ограничиваются констатацией того, что в международном коммерческом арбитраже отсутствуют формальные правила о прецеденте. Даже если арбитражный суд наделен полномочиями исследовать соответствующие прецеденты, он не является юридически связан такими прецедентами. Это, однако, не означает, что на практике арбитражные суды полностью оставляют без внимания выводы, сделанные другими судами или юрисдикционными органами[231].

Проблема прецедента в международном коммерческом арбитраже имеет по крайней мере два важных аспекта:

– значение в арбитражном рассмотрении решений национальных судов страны, материальное право которой применяется арбитражным судом при решении спора;
– значение арбитражных решений, которые были приняты по другим делам.

С позиций логики доказательное значение решений судов и других арбитражей состоит в том, что в обоих случаях это

[231] *Spoorenberg F.* Conflicting Decisions in International Arbitration / Frank Spoorenberg, Jorge E.Vicuales // The Law and Practice of International Courts and Tribunals. — 2009. — Vol. 8. — p. 95.

доказательство в поддержку аргумента по аналогии. Тем не менее, некоторые различия, на которые следует обратить внимание, все же существуют.

v. Прецедентное значение судебных решений в арбитраже

Ответ на вопрос о значении решений национальных судов при рассмотрении дел в арбитраже зависит от того, имеют ли такие решения силу прецедента в соответствующей правовой системе. В тех случаях, когда подлежит применению право страны, правовая система которой признает доктрину обязывающего прецедента или *stare decisis* (доктрина предусматривает, что выводы некоторых судов по впервые рассмотренному вопросу создают новые нормы права), то есть прецедент является источником права, то такой прецедент, который является частью материального права, подлежит применению также в международном арбитраже[232].

Если же судебное решение не имеет прецедентного веса в собственной правовой системе, не является источником материального права, подлежащего применению, то и в арбитраже оно обязательного значения не имеет. В то же время такое судебное решение может рассматриваться арбитражным судом в качестве доказательства права, которое позволяет установить содержание материального права или порядок его применения, наряду с заключениями экспертов по правовым вопросам и доктринальными источниками.

vi. Значение арбитражных решений и формирование арбитражной практики

Арбитражные решения (принятые в институциональном арбитраже или *ad hoc*) в международном коммерческом

[232] Так, арбитражный суд *ad hoc*, который рассматривал дело «Теленор против Сторм» по регламенту ЮНСИТРАЛ, опирался на признанные прецеденты как источник права штата Нью-Йорк без какого-либо дополнительного обоснования такого своего похода (см. Final Award in the Matter of an Arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules between: Telenor Mobile Communications AS and Storm LLC dated 2 July 2007, New York. — p. 38).

арбитраже не имеют прецедентного значения. Ф. Ландольт, обосновывая этот подход, исходит из того, что судьи национальных судов являются своего рода агентами государств, чье право они применяют, поэтому на них может распространяться обязанность по поддержанию целостности права и сложившейся практики. Арбитры же не обязаны поддерживать определенные стандарты применения права. Арбитры не провозглашают свои решения от имени государства, а только в пределах полномочий, предоставленных им сторонами[233].

Кроме того, конфиденциальность содержания большинства арбитражных решений и, как результат, отсутствие широкого доступа к их текстам[234] лишает арбитражные решения даже теоретической возможности быть признанными в качестве обязывающих прецедентов или иметь значение устоявшейся практики (*jurisprudence constante*), если речь идет о ближайшем аналоге прецедента в континентальных правовых системах.

Очевидно, что в ближайшее время такой подход в международном коммерческом арбитраже не претерпит изменений, поскольку арбитражные решения, как правило, остаются неопубликованными. Даже в тех арбитражных системах, в которых регламентами предусмотрена возможность опубликования текстов решений или выдержек из них без данных сторон, стороны сохраняют право возразить против такого опубликования (как это установлено, например, в статье 41 Арбитражного регламента Международного арбитражного суда Федеральной экономической палаты Австрии (Венский арбитражный регламент (2013))[235]. В противоположность этому арбитражные

[233] *Landolt P.* Arbitrators' Initiatives to Obtain Factual and Legal Evidence / Phillip Landolt // Arbitration International. — 2012. — Vol. 28, Issue 2. — p. 186.

[234] Хотя в среде исследователей и практиков арбитража часто звучат предложения, направленные на устранение этой помехи. В качестве наиболее простого решения, которое позволит обеспечить прозрачность арбитража и повысить его предсказуемость и, следовательно, доверие к нему, рассматривается публикация в Интернете решений с удаленными данными об участниках дела (см. *O'Reilly M.* Survival of the Fittest: The Smaller Commercial Dispute / Michael O'Reilly // Arbitration. — 2015. — Vol. 81, No. 2. — p. 194).

[235] Vienna International Arbitral Centre Rules of Arbitration, Official English version adopted by the Extended Presiding Committee of the Austrian Federal Economic Chamber on

решения, принятые в инвестиционном арбитраже, спортивном арбитраже и, с недавних пор, в доменном арбитраже под эгидой корпорации «ICANN», регулярно публикуются, а доля решений, принятых со ссылкой на ранее принятые арбитражные решения, резко возросла (почти каждое решение, принятое в последнее время Спортивным арбитражным судом (Court of Arbitration for Sports (CAS)), содержит ссылки на решения арбитров по ранее рассмотренным делам)[236].

Оценивая значение для арбитражной практики разрешения этого вопроса, следует отметить, что на самом деле арбитражные суды довольно редко полагаются в выводах относительно материального права на арбитражные решения, которые были приняты ранее в подобных делах. Проведенные исследования указывают на то, что арбитры в международных коммерческих спорах обращаются к принятым ранее арбитражным решениям преимущественно для обоснования подходов по процедурным и юрисдикционным вопросам[237]. С такой точкой зрения, очевидно, соглашается также И. Никифоров, по мнению которого, в решении вопросов о процессе и способах доказывания значительную роль играют обычаи, сложившиеся в практике арбитражных институтов, и прецеденты[238]. Действительно, во многих случаях ссылки на практику в арбитраже в пределах одного арбитражного учреждения касаются преимущественно решения процессуальных вопросов[239].

---

8 May 2013, with effect from 1 July 2013. См. также статью 44(3) Швейцарского регламента международного арбитража (2012), статью 30.3 Арбитражного регламента LCIA (2014). Среди немногих исключений Регламент международного арбитража ICDR (2014), статья 30 (3) которого допускает публикацию редактированных выдержек и решений без данных, идентифицирующих стороны. К публикации выдержек прибегают и другие арбитражные центры.

236 *Guillaume G.* The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators / Gilbert Guillaume // Journal of International Dispute Settlement. — 2011. — Vol. 2, No. 1. — p. 16.

237 *Weidemaier M. C.* Toward A Theory Of Precedent In Arbitration / Mark C. Weidemaier // William And Mary Law Review. — 2010. — Vol. 51. — p. 1931.

238 *Никифоров И.* Доказательства в международном коммерческом арбитраже / И. Никифоров // Хозяйство и право. — 2001. — № 10. — С. 122.

239 Авторы Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства 1996 года также отмечают: «Когда арбитражное разбирательство проводится при каком-либо арбитражном учреждении, различные вопросы, рассматриваемые в

Вместе с тем следует отметить, что отдельными арбитражными учреждениями в свое время были поощрены попытки развивать арбитражную практику в направлении формирования устойчивых подходов к решению отдельных правовых вопросов[240]. В известном деле «Доу Кемикал Франс» 1982 года арбитражный суд, рассматривая дело по регламенту ICC, при решении одного из вопросов исходил из того, что «арбитражными судами ICC сформированы прецеденты, которые должны быть приняты во внимание...»[241]. Имеют место также попытки арбитражных учреждений и профессиональных ассоциаций поощрить формирование единой практики применения в судах и арбитраже отдельных международных актов, в частности Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров. Так, в связи с образованием открытой систематизированной базы судебных и арбитражных решений по вопросам применения Конвенции, в последнее время наметилась тенденция к формированию устойчивой международной практики применения этого инструмента[242]. В некоторых исследованных арбитражных делах арбитражные суды даже ссылаются на практику национальных судов стран континентальной пра-

Комментариях, могут быть охвачены регламентами и практикой такого учреждения» (см. п. 13 Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства (1996 год) / Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, 1996 год, том XXVII. — С. 327).

[240] Например, в арбитражном решении, принятом по регламенту ICC, арбитражный суд обосновывает определенное толкование нормы материального права мнением, высказанным в арбитражном решении SCC (ICC Court of Arbitration — Paris Case No. 11333 Arbitral Award of 2002).

[241] ICC Partial Award 4131, 23 September 1982.

[242] ЮНСИТРАЛ со своей стороны прилагает всяческие усилия для распространения арбитражных решений по делам о применении Конвенции как прецедентов и источников практики (см. Сборник ЮНСИТРАЛ по прецедентному праву, касающемуся Конвенции Организации Объединенных Наций о международной купле-продаже товаров. — Издание ООН, Нью-Йорк, 2008. — № R.08.V.15. — 422 с.). Случается, хоть и до крайности редко, что даже государственные суды ссылаются на опубликованные арбитражные решения при принятии собственных решений с применением Конвенции 1980 года. Так, в 2000 году итальянский суд в своем решении сослался на практику применения Конвенции, содержащуюся в более чем 50 судебных решениях разных стран и даже в арбитражном решении, принятом по регламенту ICC по делу № 7565 1994 года (см. Rheinland Versicherung v. Atlarex and Allianz Subalpina, Tribunale de Vigevano, Italy, 12 July 2000, Cisg-online.ch no: 493).

вовой традиции[243], иногда даже тогда, когда ни одна из сторон не является резидентом этих стран, а материальное право этих стран также не применяется[244]. Ссылки на судебные решения в таких случаях следует рассматривать как ссылки на вторичные доказательства права, для использования которых нет препятствий.

Все это, однако, не привело к получению арбитражными решениями значения прецедента даже в пределах практики применения одного международного договора. Как отмечает Г. Кауфман-Колер, из 500 дел по Венской конвенции 1980 года только в порядка 100 случаях были доступны тексты арбитражных решений, из них только в шести решениях содержались ссылки на принятые ранее арбитражные решения. Среди исследованных 190 решений арбитража ICC около 15 процентов содержали цитаты из других арбитражных решений, которые, к тому же, касались преимущественно вопросов юрисдикции и процедуры[245].

В то же время не следует отвергать доказательственное значение выводов, содержащихся в арбитражных решениях. Для обозначения судебных и арбитражных решений, которые не являются обязывающими прецедентами, однако подлежат оценке наряду с другими доказательствами, используют понятие «убедительный прецедент» (*persuasive precedent*)[246].

Если судебные и арбитражные решения, в части, касающейся материального права, могут рассматриваться как доказательства материального права, а судебные решения при определенных условиях — источником этого права, выводы по процессуальным вопросам, которые содержатся в арбитражных решениях, часто имеют кумулятивный эффект по мере того, как накапливается соответствующая практика решения

---

[243] Так, рассматривая спор между американской и румынской компаниями по регламенту ICDR AAA, арбитр сослался на решение Верховного суда Германии как на такого рода прецедент (International Centre for Dispute Resolution of the American Arbitration Association, Interim Award of 23 October 2007 (*Macromex Srl. v. Globex International Inc.*).

[244] SCC Arbitration Award of 5 April 2007 (*Pressure sensors case*).

[245] *Kaufmann-Kohler G.* Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? / Gabrielle Kaufmann-Kohler // Arbitration International. — 2007. — Vol. 23, No. 3. — p. 362.

[246] *Там же.* — p. 358.

этих процессуальных вопросов. Происходит это, как правило, в пределах одного арбитражного учреждения. Такая практика часто обобщается не путем формирования корпуса прецедентов, а в виде наставлений и рекомендаций, составителями которых являются учреждения, которые администрируют арбитражные разбирательства и имеют, таким образом, возможность исследовать арбитражные решения. Такими обобщениями являются протоколы и рекомендации Королевского института арбитров, ICDR, о которых шла речь в § 4.4, и другие документы такого рода.

§ 6.3. Обстоятельства, не требующие доказывания

Правило о том, что каждая сторона обязана доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основание для своих требований или возражений, является признанным в арбитраже. Этот же принцип закреплен в национальном процессуальном законодательстве, которое применяется государственными судами при рассмотрении гражданских и коммерческих дел во многих правовых системах мира. При этом национальное процессуальное законодательство устанавливает некоторые группы обстоятельств, не подлежащих или не требующих доказывания. Известные арбитражные регламенты, а также национальное законодательство о международном коммерческом арбитраже и действующие международные договоры в этой сфере таких четких положений не содержат. Разработанные авторитетными арбитражными учреждениями и международными юридическими сообществами документы, которые широко применяются в арбитраже в качестве ориентиров для решения сложных вопросов доказывания, в частности Правила IBA, также не уделяют внимание этим вопросам. И все же, как показывает практика, арбитражные суды активно пользуются возможностью признать отдельные обстоятельства не требующими доказывания.

В то же время арбитражный суд, реализуя свои полномочия по вопросам доказывания, не может произвольно возлагать на сторону или снимать с нее бремя доказывания определенных обстоятельств без ущерба для соблюдения важного принципа — равного отношения к сторонам. Это, конечно, поднимает ряд вопросов, связанных с тем, какие обстоятельства и на каких основаниях признаются не требующими доказывания.

В рамках этой книги не проводится анализ различий между понятиями «основания освобождения от доказывания», «обстоятельства, которые не подлежат доказыванию» и «обстоятельства, которые не требуют доказывания». Эти и другие подобные им понятия, использующиеся в правовой науке, закреплены в различных процессуальных отраслях права и, в принципе, относятся к одному правовому явлению. Различия между ними часто прослеживаются в большей или меньшей обязательности для юрисдикционного органа и для сторон, а также в возможности или невозможности опровержения обстоятельств. Здесь эти термины использованы как синонимы, преимущественно же употребляется термин «обстоятельства, не требующие доказывания». При этом, хотя термин «обстоятельство» в юридической науке понимается как относящийся к вопросам факта, в международном коммерческом арбитраже подходы к освобождению от доказывания или отсутствия необходимости доказывания касаются также вопросов права, поскольку они также относятся к предмету доказывания, как об этом говорилось в § 6.1. Стороны могут признать существование определенного обычая, тем самым достигнув соглашения по вопросу права и избавив себя от необходимости подтверждать наличие обычая доказательствами. Во многих случаях отдельные вопросы права признаются общеизвестными или очевидными (презюмируется отсутствие спора в их отношении), как например, действие принципа обязательности договора, и потому часто не требуют доказывания.

В отечественных и иностранных исследованиях по теории доказывания обстоятельствами, не подлежащими или не требующими доказывания, признаются не только общеизвестные факты. Так, Р. В. Тертышников считает возможным выделить

ряд фактов, которые являются основаниями освобождения от доказывания, а значит, по его мнению, подлежат исключению их судом из состава объекта доказывания, под которым он понимает собственно предмет доказывания. К таким обстоятельствам он относит, прежде всего, признанные факты, то есть такие факты, наличие которых утверждается одним из субъектов доказательственной деятельности и признается другими. Не требуют доказывания, по его мнению, также общеизвестные, преюдициальные и презюмированные факты[247]. С таким утверждением сложно согласиться. Конечно же, следует выделять группу обстоятельств, не требующих доказывания. Однако эти обстоятельства не подлежат исключению из предмета доказывания, поскольку предмет доказывания составляют все обстоятельства, выяснение которых необходимо для разрешения дела. Предмет доказывания зависит от содержания отношений, из которых возник спор, а не от свойств отдельных фактов. Более взвешенным представляется подход И. В. Решетниковой и других авторов, которые относят к фактам, которые не подлежат доказыванию, общеизвестные, преюдициальные факты и факты, признанные стороной[248]. При этом, в отличие от общеизвестных и преюдициальных фактов, признание факта рассматривается ими как частный случай освобождения от доказывания, поскольку суд по своему усмотрению может и не принять признание факта (например, если есть сомнения в том, не было ли признание сделано с целью скрыть действительные обстоятельства)[249]. В международном коммерческом арбитраже у арбитров такой власти принять либо не принять признание факта по своему усмотрению нет, как об этом будет сказано далее.

В западной правовой традиции положение о том, что каждая сторона обязана доказать те обстоятельства, на которые она полагается как на основание для своих требований или возражений, рассматривается как применяющееся практиче-

[247] *Тертишніков Р. В.* Доказування і докази в судочинстві України : наук.-практ. посібник / Р. В. Тертишніков. — Х. : ФІНН, 2009. — С. 28, 29.

[248] *Справочник по доказыванию в гражданском судопроизводстве* / [Дегтярев С. Л. и др.] ; под ред. И. В. Решетниковой. — 2-е изд., перераб. — М. : Норма, 2005. — С. 20.

[249] *Там же.* — С. 22.

ски во всех арбитражных системах, а единственным исключением из него, по мнению А. Редферна и М. Хантера, являются случаи, когда речь идет об отсутствии необходимости доказывать очевидные или общеизвестные факты[250]. Далее мы увидим, что это утверждение не совсем точно: либо в нем не учитываются другие не требующие доказывания факты, либо использованные в нем понятия очевидных и общеизвестных фактов охватывают также обстоятельства, в отношении которых отсутствует спор, а также другие обстоятельства. Последнее, кстати, вполне возможно. Как отмечал известный специалист в области логики и теории доказывания профессор Даглас Уолтон, термин «общеизвестный факт» (*common knowledge*) используется в теории для описания пропущенных посылок в аргументации, что, по его мнению, можно считать неправильным употреблением термина или, по крайней мере, вводящим в заблуждение. Утверждения, опирающиеся на так называемые общеизвестные факты, не являются, строго говоря, утверждениями, о правдивости которых мы знаем или убеждены в ней, а только лишь утверждениями, которые не представляются стоящими оспаривания в свете предмета спора, на котором сфокусировано внимание. В рациональном доказывании мы не можем оспаривать все за одним разом, равно как и не можем знать всего или иметь рациональное убеждение, основанное на доказательствах, которые можно было бы исследовать непосредственно[251].

Вероятно, именно ввиду такого расширенного понимания понятия «общеизвестные факты», этой категорией некоторые ученые и практики арбитража охватили всю полноту обстоятельств, не требующих доказывания. Однако для устранения таких вводящих в заблуждение неточностей, представляется важным отделить факты, в отношении которых нет спора между сторонами, от общеизвестных фактов в узком смысле.

---

[250] *Redfern & Hunter* on International Arbitration — Fifth Edition Edited by Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. — Oxford University Press, 2009. — p. 378.

[251] *Walton D.* Common Knowledge in Legal Reasoning about Evidence / Douglas Walton, Fabrizio Macagno // International Commentary on Evidence. — 2005 — Vol. 3, Issue 1.

6.3.1. Факты, в отношении которых отсутствует спор

Доказывание строится на необходимости установить лишь малую толику фактов, значительная же часть фактов используется без необходимости доказывания, как нечто очевидное или составляющее часть житейского опыта. Иные факты обыкновенно не являются чем-то самим собой разумеющимся, но в отдельных разбирательствах спор в их отношении может отсутствовать.

Для международного коммерческого арбитража характерны особенности признания определенных обстоятельств не требующими доказывания. Прежде всего такие особенности проявляются в значении признанных сторонами обстоятельств, или в соответствии с применяемой в арбитражной практике терминологии, «фактов, в отношении которых отсутствует спор»[252]. *В категории обстоятельств, не требующих доказывания ввиду отсутствия спора, следует выделить группу согласованных сторонами фактов, а также группу фактов, в отношении которых сторона не высказывает возражений.* Необходимо отметить, что все изложенное здесь имеет отношение не только к фактам в узком смысле, но и к вопросам права.

i. Согласованные сторонами, признанные и неоспоренные факты

Стороны в арбитраже могут прийти к соглашению о наличии определенных фактов. Такое соглашение может быть выражено в форме *совместного заявления о фактах* (*agreed statement of facts*) либо в иной форме[253].

Признанные стороной факты (*admitted facts*) составляют родственную категорию с фактами, в отношении которых существует договоренность. Их отличие состоит в том, что в случае

[252] См. например, как этот термин применен в SCC Arbitration Award of 5 June 1998 (*Beijing Light Automobile Co. v. Connell*).

[253] Например, рассмотрев спор по регламенту SCC, арбитр по результатам обмена сторонами заявлениями изложил в своем окончательном решении согласованные сторонами факты, что, несомненно, является хорошей практикой (см. SCC Arbitration Award of 5 April 2007 (*Pressure sensors case*)).

признания одна сторона утверждает об определенном факте, а другая активно соглашается, в то время как в случае с совместно заявленными фактами обе стороны утверждают о факте.

В случае с фактами, которые не были оспорены стороной (*uncontroverted facts*) наблюдается наименьшая активность другой стороны, которая, тем не менее, должна быть проявлена.

ii. Признание факта поведением, значение молчания

В большинстве арбитражных систем признано, что само по себе отсутствие возражений стороны в ответ на утверждения другой стороны не считается признанием этих утверждений. Применительно к возражениям на исковое заявление это правило так сформулировано в Типовом законе ЮНСИТРАЛ (статья 25(b)): «Если стороны не договорились об ином, в тех случаях, когда без указания уважительной причины ответчик не представляет своих возражений по иску, арбитражный суд продолжает разбирательство, не рассматривая сам факт такого непредставления как признание утверждений истца». *Факты могут приниматься как неоспоренные стороной, если она их активно не отрицает и при этом в своих заявлениях делает утверждения, которые возможны только при наличии таких фактов, либо же если есть основания принимать молчание как проявление согласия.*

Принимать молчаливое согласие стороны можно в тех случаях, когда сторона согласилась с таким толкованием своего молчания. В этом случае об отсутствии спора, а следовательно, об отсутствии необходимости доказывать определенные обстоятельства, арбитр может сделать вывод при условии четкого сообщения стороне о предполагаемом обстоятельстве и о толковании ее молчания как указывающего на отсутствие возражений[254].

Не являются исключениями из описанного выше правила те случаи, когда арбитражные регламенты устанавливают отказ стороны от права возражать, если возражение не было

[254] *Turner R.* Arbitration awards: a practical approach / Ray Turner. — Blackwell Publishing Ltd, 2005. — p. 54.

заявлено в течение определенного срока, ведь они также основаны на согласии, выраженном принятием арбитражного регламента. Фактически такая презумпция является нормой об обязанности стороны незамедлительно сообщать о возражениях, просто эта норма переформулирована в неоспоримую презумпцию согласия при отсутствии своевременных возражений.

В тех же случаях, когда интерпретация молчания в качестве согласия с утверждением не основывается на соглашении сторон о такой интерпретации, то чтобы молчание стороны могло расцениваться как указывающее на отсутствие возражений, у стороны должна быть иным образом установленная обязанность ответить на утверждение или действие. Поскольку в ответ на заявление (утверждение) стороны по существу спора у другой стороны нет обязанности ответить, ибо она не несет бремени доказывания (убеждения), ее молчание не может восприниматься как признание. Исключения из этого подхода имеют место, однако относятся они, как правило, к процессуальной сфере, а не к доказыванию по существу спора. Так, например, одним из важных обстоятельств, в отношении которого презюмируется отсутствие спора, является юрисдикция арбитражного суда[255]. Молчание стороны в ответ на утверждение о наличии арбитражного соглашения и дальнейшее участие в арбитражном разбирательстве по существу спора являются ярким примером принятия такого участия в качестве признания наличия юрисдикции. Однако и в этом случае о признании факта свидетельствует скорее не молчание в ответ на утверждение о наличии юрисдикции, а дальнейшие действия в виде участия в рассмотрении.

iii. Способы сужения круга обстоятельств, в отношении которых существует спор

С практической точки зрения во всех трех описанных выше в пункте 6.3.1(i) случаях имеет место соглашение сторон о существовании определенных обстоятельств, разница состо-

[255] Статья 16(2) Типового закона ЮНСИТРАЛ.

ит только в степени участия в формулировке утверждения. Соответственно, сократить перечень требующих доказывания обстоятельств можно путем достижения сторонами соглашения в том или ином виде.

Стороны могут обмениваться перечнями утверждений и вопросов, цель комментирования которых состоит в сужении круга обстоятельств, в отношении которых существует спор. Критики такой практики считают, что она вводит в арбитраж технику внесудебных опросов (*interrogatories*), которая применяется в американских судебных процессах. Техника состоит в направлении сторонами друг другу, а также иногда свидетелям, перечней вопросов, на которые необходимо правдиво ответить. Близкой к ней является техника обмена запросами на признание фактов (*requests for admission*), в рамках которой происходит обмен перечнями утверждений об обстоятельствах, имеющих отношение к делу[256]. Эти утверждения должны быть сформулированы таким образом, чтобы комментарий на них мог содержать подтверждение (признание, согласие) либо опровержение (несогласие). По результатам этой процедуры должен сокращаться перечень спорных вопросов, но не должна возникать необходимость в установлении новых фактов. Принципиальное различие между практикой обмена вопросами между сторонами в арбитраже и *interrogatories* в судебных процессах состоит в том, что давать ответы в процедуре *interrogatories* является обязанностью стороны, в то время как в арбитраже это право[257]. То же касается и реакции на полученный стороной запрос на признание фактов. Поскольку сторона не обязана давать оппоненту ответы или реагировать на не подкрепленные доказательствами утверждения, если только стороны не договорились об ином, отсутствие ответов и комментариев не может рассматриваться как признание определенных обстоятельств или как основание для неблагоприятных выво-

[256] Неприменимость этой техники в строгом виде признана даже в международном коммерческом арбитраже в США, на что указывает статья 6(b) Руководящие принципы ICDR для арбитров в отношении обмена информацией (см. ICDR Guidelines for Arbitrators Concerning Exchanges of Information, effective May 31, 2008).

[257] См. § 16.2.

дов арбитражного суда (*adverse inference*)[258]. Не должно оно рассматриваться также как отступление от принципа добросовестности в арбитраже.

iv. Обязательность для арбитражного суда признания факта и соглашения сторон

Арбитр не должен спрашивать у сторон доказательства или ожидать, что такие будут предоставлены, в отношении фактов, наличие которых стороны признали или о наличии которых договорились[259]. Эксперты ICC — авторы Отчета о техниках контроля времени и расходов в арбитраже также отмечают, что если стороны достигли соглашения в отношении фактов, которые не оспариваются, нет необходимости в каких-либо документальных доказательствах, подтверждающих эти факты[260].Такой подход вполне соответствует цели доказывания в международном коммерческом арбитраже, которой является решение спора, а не установление объективной истины.

Из этих соображений арбитражный суд должен поощрять достижение соглашения между сторонами. Такое соглашение может касаться не только собственно исковых требований, но и каких-либо отдельных спорных вопросов, которые рассматриваются в арбитраже. Арбитражные регламенты даже содержат специальные положения по этому поводу. Например, Арбитражный регламент DIS 1998 года (статья 32.1) обязывает арбитров поощрять достижение сторонами мирового согла-

---

[258] Некоторые авторы придерживаются другого мнения, считая, что в *interrogatories* сторона, к которой обращен запрос, может высказать возражения в порядке, предусмотренном Правилами IBA для возражений против запросов на документы (см. *O'Malley N. D.* Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide / Nathan D. O'Malley. — Informa, 2012. — p. 19). Однако такой подход предполагает право арбитражного суда обязать сторону выполнить процедуру *interrogatories*, в том числе под угрозой неблагоприятных выводов (*adverse inference*), как это возможно в случае с запросом на документы в соответствии со статьей 9.5 Правил IBA. Это, в свою очередь, нарушало бы базовый принцип возложения бремени доказывания.

[259] См. *Turner R.* Arbitration awards: a practical approach / Ray Turner. — Blackwell Publishing Ltd, 2005. — p. 54.

[260] См. п. 50 Отчета ICC о техниках контроля времени и расходов в арбитраже (ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, Second edition (2014); publication date : 01.11.2014, Document No. : 861-1 ENG).

шения по делу или согласия в отношении отдельных спорных вопросов[261].

Такой подход иногда вызывает непонимание и незаслуженную критику, основанную на том, что стороны могут договориться о существовании обстоятельства, которое не существует, и, если это известно арбитру, он оказывается перед необходимостью исходить при решении спора из соображений, которые сочтет ложными. Однако здесь отсутствует противоречие, зато проявляется специфика доказывания в международном коммерческом арбитраже. Поскольку арбитражное разбирательство не имеет целью установление истины (тем более против воли обеих сторон), а только разрешение спора на основе тех данных, которые предоставлены сторонами, арбитр должен исходить из договоренности сторон, даже если результатом такой договоренности является признание сторонами обстоятельств, которые не соответствуют представлениям арбитра.

Учитывая договорную природу полномочий арбитражного суда, в международном коммерческом арбитраже невозможно такое непринятие арбитражным судом соглашения сторон или сделанного стороной признания определенного обстоятельства, которые возможны в национальном суде. Исключением может быть ситуация, когда принятие арбитражным судом определенного обстоятельства приведет к нарушению публичного порядка. Ранее в § 2.5 и 3.3 уже было сказано о том, что автономия сторон не должна входить в противоречие с публичным порядком. В случае противоречия соглашения сторон публичному порядку закономерным правовым выходом может быть сложение арбитражным судом полномочий по рассмотрению спора, а не решение спора вопреки соглашению сторон о признании определенных обстоятельств, если только *lex arbitri* специально не предусматривает права арбитражного суда отступить от соглашения сторон. Примером этого последнего случая является Шведский закон об арбитраже, статья 21 которого предусматривает право арбитров не следовать соглаше-

[261] German Institution of Arbitration, Arbitration Rules, in force as of July 1, 1998.

нию сторон, если тому есть препятствия[262]. *Если же принятие арбитражным судом признанных сторонами обстоятельств не приводит к нарушению публичного порядка, арбитражный суд должен исходить из таких обстоятельств, даже если это противоречит представлению арбитров о действительных обстоятельствах*, которое при этом не стоит отождествлять с общеизвестностью этих обстоятельств.

6.3.2. Общеизвестные факты

Важно различать общеизвестные факты (*common knowledge*) и факты, о которых известно арбитру. В национальных судебных процессах последним соответствуют факты, известные судье как частному лицу (*personal knowledge*), в противовес фактам, знание которых судом неопровержимо презюмируется (*judicial knowledge*), и общеизвестным фактам. Арбитру вполне могут быть известны вне связи с конкретным разбирательством определенные факты, которые не составляют предмет всеобщего знания. В то же время эти факты не должны составлять часть *res gestae*, иначе арбитр одновременно является свидетелем таких обстоятельств и в определенной мере может считаться пристрастным.

Общеизвестными могут быть факты из разнообразных сфер (законы природы, общественная жизнь, географические данные и прочее).

Иногда в литературе можно найти деление общеизвестных фактов на факты, обладающие известностью в пределах определенной местности, и всеобщеизвестные факты. В таких случаях, общеизвестность рассматривается как некое обязывающее судью свойство: судья как член определенного общества должен быть осведомлен о таких фактах. Арбитры не имеют такой связи с определенным обществом. Тем более это верно, когда в состав арбитражного суда по конкретному делу входят арбитры из разных стран. Это, однако, не должно приводить к тому, что для международного арбитража общеизвестным дол-

[262] См. Swedish Arbitration Act (SFS 1999:116).

жен признаваться лишь факт, известный всему миру. Во-первых, в таком случае арбитры должны быть убеждены в том, что факт известен во всех обществах, что совершенно невыполнимо. Во-вторых, даже если арбитры ограничат пределы общеизвестности обществами, имеющим наиболее тесную связь с процессом, таковые должны будут включать общества сторон. Стороны как участники этих обществ должны были бы также признавать известность им факта. Однако если ни одна из сторон не оспаривает факт, в отношении которого арбитры намерены прийти к выводу об общеизвестности, в самой категории общеизвестного факта для целей арбитража нет практического смысла, поскольку она была бы поглощена категорией фактов, в отношении которых отсутствует спор. Эта категория фактов была рассмотрена ранее в этом параграфе. Общеизвестный факт — это все-таки нечто иное, нежели факт, известный всем, в том числе арбитрам и сторонам. Сторона может оспаривать факт, в то время как другая сторона указывает на его общеизвестность.

Для того чтобы арбитражный суд мог признать факт общеизвестным, арбитр не должен обязательно иметь предварительное и независимое знание о таком факте, хотя такой вариант тоже допускается. Достаточно, чтобы арбитр мог сформировать убеждение в том, что этот факт известен широкому кругу лиц. Такое убеждение может быть сформировано после обращения к источникам, достоверность которых не вызывает сомнения. Условием, выполнение которого делает возможным самостоятельное обращение арбитра к таким источникам, является беспристрастность и соблюдение равенства сторон. Арбитр до рассмотрения конкретного дела мог не нуждаться в детальном знании географии и не знать, в какой стране находится определенный город. Однако получив ссылку на такой факт, он может без ущерба для позиций сторон получить информацию об этом факте из любого географического справочника или доступной карты. При этом такие карта или справочник не становятся доказательствами, полученными арбитром в результате самостоятельного исследования, поэтому доступ другой стороне для исследования и комментирования к ним не предоставляется,

поскольку эти же сведения можно получить из любого другого источника. Таким образом, *критически важным свойством общеизвестного факта является возможность получить сведения о нем из разных общедоступных источников*.

Признание факта общеизвестным — право, всецело принадлежащее арбитрам. Арбитр вполне может отказаться признать определенное обстоятельство общеизвестным и потребовать доказательства этого обстоятельства, поскольку общеизвестность факта не означает, что существует неопровержимая презумпция знания этого факта арбитром или обязанность наличия такого знания, как она нормативно предписана в отношении определенных обстоятельств или права своей юрисдикции для судей в национальных судах (*judicial knowledge*). Ранее мы уже говорили о том, что арбитры не должны допускать необоснованного возложения на сторону бремени доказывания тех фактов, которые доказыванию не подлежат либо же бремя их доказывания лежит на другой стороне. Может показаться, что в случае с отказом признать обстоятельство общеизвестным происходит именно это. Однако это не так. Необоснованного «перекладывания» бремени доказывания не происходит, поскольку оно изначально лежит на стороне, утверждающей о факте. Это бремя могло бы быть снято с нее, если бы факт был признан общеизвестным. А то, что бремя не было снято, компенсируется тем, что оно может быть выполнено стороной без каких-либо особых усилий. Если сторона ссылается на общеизвестность факта, ей не должно составить труда представить любое допустимое и достоверное доказательство, коих великое множество для такого факта, будь он признан общеизвестным.

Напротив, необоснованное признание общеизвестным факта, который таковым не является, создает искусственный перевес для одной из сторон. Это, однако, не должно приводить к ограничению практики признания фактов общеизвестными. Такая практика заметно упрощает арбитражный процесс, поскольку избавляет от необходимости доказывать очевидные вещи.

Итак, общеизвестные факты не требуют доказывания в международном коммерческом арбитраже в силу действия принципа «*lex non requirit verificari quod apparet curiae*» («не

требует доказывания очевидное для суда») [263]. Однако очевидностью для арбитражного суда определенного обстоятельства не исчерпываются критерии для признания обстоятельства общеизвестным.

По мнению Р. В. Тертышникова, общеизвестные факты не требуют доказывания потому, что их наличие очевидно и их опровержение противоречит здравому смыслу. Но поскольку объективных критериев общей осведомленности установить нельзя, то такие факты общеизвестными признаются судом[264]. Несколько иного подхода придерживается В. В. Низовцев, который считает, что общеизвестным факт может быть признан только в случае выполнения двух условий: объективного — факт известен широкому кругу лиц; субъективного — факт известен суду[265]. Поддерживая теоретический подход В. В. Низовцева в целом, считаем необходимым прибегнуть к выделению существенной особенности признания факта общеизвестным в арбитраже: одна из сторон должна заявить о таком факте или согласиться с мнением арбитражного суда об общеизвестности. По этой причине консультации арбитражного суда со сторонами по поводу признания факта общеизвестным являются обязательными.

В отличие от национального гражданского процессуального законодательства (в особенности в странах континентальной правовой традиции), которое предоставляет суду полномочия самостоятельно признавать отдельные обстоятельства общеизвестными без формальной необходимости заслушивать мнение сторон по этому поводу, в международном коммерческом арбитраже праву сторон изложить свои аргументы корреспондирует обязанность арбитражного суда получить от сторон комментарии относительно намерения арбитражного

---

[263] *Linne A. L.* Burden of Proof under Article 35 CISG / A. L. Linne // Pace International Law Review. — 2008. — Vol. 20. — Issue 1. — p. 34.

[264] *Тертишніков Р. В.* Доказування і докази в судочинстві України : наук.-практ. посібник / Р. В. Тертишніков. — Х. : ФІНН, 2009. — С. 29.

[265] *Низовцев В. В.* Доказывание и доказательства в гражданском и арбитражном процессах / В. В. Низовцев, Н. М. Реброва. — Новочеркасск : ЮРГТУ(НПИ), 2009. — С. 13.

суда рассматривать определенное обстоятельство как общеизвестное. В этом смысле арбитражное разбирательство тяготеет к правовой традиции стран общего права. Так, в соответствии с Правилом 201 Федеральных правил о доказательствах США суд может по собственной инициативе или по заявлению стороны признать обстоятельство общеизвестным. Однако такое действие связано с необходимостью предоставить сторонам возможность высказать комментарии по этому поводу[266].

Н. Омали утверждает, что арбитражные суды исторически применяли два фундаментальных принципа в определении того, какие факты могут быть признаны не требующими доказывания: факт должен быть известен сторонам в связи со своей общеизвестностью, а суд должен иметь возможность без труда идентифицировать источник информации о таком факте; факт не должен быть спорным или неоднозначным в своем содержании и должен быть в достаточной мере понятен[267]. По нашему мнению, предложенные Н. Омали критерии являются несколько сложными в практическом применении: арбитражному суду сложно будет установить известность факта всем сторонам, поскольку одна из сторон это отрицает (иначе факт примет значение согласованного и потребность в признании его общеизвестным отпадет); критерии идентификации источника и однозначности содержания также вызывают сомнения в практическом применении.

Представляется практически и теоретически оправданным выделять такие критерии общеизвестности факта в международном коммерческом арбитраже:

(1) арбитражный суд должен быть осведомлен об определенном факте вне связи со спором или иметь возможность обратиться к общедоступным источникам информации для получения сведений о факте;

(2) арбитражный суд должен быть уверен в известности факта широкому кругу лиц;

---

[266] Federal Rules of Evidence (Enacted by Public Law No. 93-595, January 2, 1975; with amendments as of December 1, 2013).

[267] *O'Malley N. D.* Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide / Nathan D. O'Malley. — Informa, 2012. — pp. 20–21.

(3) одна из сторон должна заявить о факте как общеизвестном или согласиться с мнением арбитражного суда об общеизвестности.

Общеизвестность факта устраняет необходимость его доказывания в том случае, если одна из сторон отрицает этот факт. Если все стороны согласятся с наличием факта, то такой факт является согласованным сторонами[268] и нет необходимости и оснований применять к нему подходы, касающиеся общеизвестных фактов.

Если же все стороны договорились об обратном общеизвестному для целей разрешения спора, то такая договоренность, как было указано выше в пункте 6.3.1(iv), является обязательной для арбитражного суда, если только не противоречит публичному порядку. Это также согласуется с тем, что, как будет подробно изложено далее, решение в международном коммерческом арбитраже не имеет преюдициального значения, поэтому установленные обстоятельства не влияют на другие отношения, кроме тех, которые являются предметом рассмотрения арбитража по конкретному делу.

Отдельно стоит отметить, что даже несложный анализ любого спора, рассматриваемого в арбитраже, покажет, что большинство обстоятельств воспринимаются сторонами и арбитражным судом как нечто, не требующее доказательств. Это вопросы здравого смысла и элементарных знаний, в отношении которых ни у кого не возникает сомнений, а также промежуточные логические умозаключения, которые упускаются из всей цепи умозаключений, поскольку очевидны для любого разумного человека. Принятие такого рода обстоятельств происходит путем презюмирования отсутствия спора в их отношении. Эта презумпция опровергается возражением стороны. Поэтому если какое-либо очевидное здравому смыслу обстоятельство оспаривается стороной, арбитражный суд должен рассмотреть такое возражение, что, однако, не закрывает ему пути для признания этого обстоятельства общеизвестным. Просто в этом последнем случае он уже не опирается на опровергнутую

[268] См. пункт 6.3.1(i).

презумпцию, а полноценно применяет описанные выше критерии общеизвестности. В этом разница между очевидными и общеизвестными фактами.

6.3.3. Преюдициальное значение

В этом пункте речь идет о преюдициальном значении фактов (*conclusive findings of fact*), а не о преюдициальном значении арбитражного решения в целом как препятствия для нового арбитражного или судебного разбирательства между теми же сторонами в отношении того же предмета спора и на тех же основаниях, что и рассмотренный в принятом арбитражном решении (*res iudicata*). О значении фактов, установленных в процессуальных или отдельных (частичных) арбитражных решениях в рамках одного арбитражного разбирательства, сказано в § 6.4 (пункт 6.4.2), посвященном бифуркации. Здесь же представляет интерес именно преюдициальное значение фактов, установленных в одном разбирательстве, для другого разбирательства.

Исследователи, которые в той или иной степени касались проблем преюдиции в международном коммерческом арбитраже, фокусировали внимание преимущественно на том, имеют ли преюдициальное значение для государственного суда обстоятельства, установленные в арбитражном решении, а также являются ли выводы государственного суда обязательными для арбитражного суда. В то же время проблема преюдициального значения фактов, установленных арбитражным судом по одному делу, для решения другого арбитражного дела также является актуальной на практике[269].

[269] Так, МКАС при ТПП РФ в решении от 08.04.2005 г. по делу № 113/2004 констатировал, что фактические обстоятельства отношений сторон по договору займа были исследованы МКАС при рассмотрении дела № 13/2004 и признаны установленными в решении от 30.07.2004 г. (см. Практика международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2005 г. / Составитель М. Г. Розенберг. — М. : Статут, 2006. — С. 162). Таким образом, арбитражный суд признал преюдициальное значение решения арбитража по другому делу. В то же время, указав на это, арбитражный суд отметил, что обе стороны в ходе рассмотрения дела также исходили из этих же обстоятельств. То есть, в этом решении арбитражный суд учел также признание определенных

i. Факты, установленные в арбитражном решении

По мнению профессора С. Н. Лебедева, общим является правило, согласно которому выводы о фактах, содержащиеся в арбитражном решении, признаются обязательными для сторон, однако арбитражное решение, пока оно не экзекватурировано, рассматривается как частный акт, положения которого принимаются как истинные, пока не доказано иное, то есть арбитражное решение имеет значение не бесспорного доказательства, а только опровержимой презумпции[270]. С таким выводом сложно согласиться, ведь процедура признания и предоставления разрешения на принудительное исполнение арбитражного решения, как правило, не предусматривает исследования обстоятельств, установленных в арбитражном решении. То есть выполнение этой процедуры не влияет на подтверждение установленных обстоятельств и сводится к признанию и предоставлению разрешения на исполнение решения, а не признанию обстоятельств, которыми решение обосновано. Вместе с тем, законодательство отдельных стран предусматривает возможность предоставления преюдициального значения фактам, установленным в арбитражных решениях, с помощью процедур их подтверждения. Так, § 9 Федерального арбитражного акта США устанавливает процедуру подтверждения судом арбитражного решения[271]. К. Бленкли отмечает, что такое подтверждение влечет внесение текста арбитражного решения в реестры с публичным доступом и предоставляет обстоятельствам, установленным в нем, преюдициальное значение[272].

Изложенное подталкивает к выводу о том, что *при отсутствии специальной нормы, факты, установленные в одном ар-*

обстоятельствах сторонами, что, к сожалению, лишает возможности оценить самостоятельное значение арбитражного решения в принятии последующего решения.

[270] *Лебедев С. Н.* Избранные труды по международному коммерческому арбитражу, праву международной торговли, международному частному праву, частному морскому праву / МГИМО (У) МИД России. Кафедра междунар. частн. и гражд. права; сост. А. И. Муранов. — М. : Статут, 2009. — С. 59.

[271] Federal Arbitration Act (Pub.L. 68–401, 43 Stat. 883, enacted February 12, 1925, codified at 9 U.S.C. § 1 et seq.).

[272] *Blankley K. M.* Res Judicata and Class Action Arbitration Awards / Kristen M. Blankley // The Mayhew-Hite Report on Dispute Resolution and the Courts. — Vol. 4. — Issue 1.

битражном решении, не имеют преюдициального значения для других разбирательств в суде или арбитраже. Такой подход признан в теории. Как отмечает О. В. Зименко, действие преюдиции может быть вызвано не только предыдущим решением (приговором) суда, но и, в определенных законом случаях, решением третейского суда[273]. В связи с этим представляется важным согласиться с общетеоретическим определением преюдиции, согласно которому преюдиция представляет собой установленное процессуальным законом правило освобождения от доказывания обстоятельств, установленных решением суда при рассмотрении других дел, в которых участвуют те же лица или лицо, в отношении которого установлены эти обстоятельства[274]. То есть, для действия преюдиции необходимо ее законодательное закрепление.

Важным для понимания значения судебных и арбитражных решений в процессе доказывания в арбитраже является также анализ того, какое значение арбитражное решение может иметь при установлении обстоятельств в гражданском судопроизводстве, поскольку эти значения в существенной степени связаны. В. В. Масюк считает, что в гражданском судопроизводстве решение международного коммерческого арбитражного суда не имеет преюдициального значения. При этом он исходит сугубо из положений гражданского процессуального кодекса, который не предусматривает такой возможности. Одной из причин этого, по его мнению, является то, что третейский суд не осуществляет правосудие, поскольку не входит в судебную систему[275]. Не ставя под сомнение обоснованность этого отдельного заключения, основанного на анализе норм украинского законодательства, считаем, что теоретические вы-

---

[273] *Зіменко О. В.* Теоретико-правовий аспект співвідношення преюдиції та презумпції у механізмі правового регулювання / О. В. Зіменко // Порівняльно-аналітичне право. — 2013. — № 3. — С. 20.

[274] *Масюк В. В.* Презумпції і преюдиції в цивільному судочинстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. В. Масюк ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2010. — С. 18.

[275] *Масюк В. В.* Преюдиціальний характер рішення третейського суду в цивільному судочинстві / В. В. Масюк // Проблеми цивільного права та процесу : матеріали наук.-практ. конф.: 23 трав. 2009 р. — Х. : Харк. нац. ун. внутр. справ, 2009. — С. 356, 357.

воды мы можем делать только с учетом природы арбитражного решения.

Прежде всего, следует принять во внимание уже рассмотренную возможность влияния сторон на процесс установления арбитражным судом обстоятельств путем достижения согласия и признания обстоятельств, даже если такое признание направлено на сокрытие действительных обстоятельств. Доказывание в арбитраже имеет своей целью разрешение конкретного спора, а не выяснение истины или, другими словами, установление действительных обстоятельств дела. Поэтому установленные в ходе рассмотрения дела обстоятельства, являются установленными с такой целью и не могут иметь для других арбитражных или судебных процессов обязательного преюдициального значения, если к тому нет специальных предписаний.

В то же время это не лишает арбитражное решение значения доказательства. Поэтому ошибочными являются выводы судов в отдельных делах о том, что поскольку арбитражное решение не имеет преюдициального значения, оно не является относимым доказательством вообще[276].

Таким образом, принимая как правильное мнение о том, что арбитражное решение при отсутствии специального правила не имеет преюдициального значения, считаем необходимым подчеркнуть несостоятельность отождествления преюдициального и доказательственного значений такого решения, а также связывание наличия обоих значений с выполнением процедуры признания арбитражного решения в стране исполнения. Справедливости ради нужно отметить, что

[276] Так, хозяйственный суд города Киева в решении от 06.02.2013 г. по делу № 5011-66 / 18877-2012 пришел к выводу, что «решение МКАС при ТПП Украины от 01.03.2012 г. не является относимым доказательством, поскольку, в силу ч. 2 ст. 35 Хозяйственного процессуального кодекса Украины, не имеет преюдициального значения» (см. Рішення господарського суду міста Києва від 6 лютого 2013 року у справі № 5011-66/18877-2012). По этому же делу Высший хозяйственный суд Украины подтвердил правильность упомянутого судебного решения и дополнительно признал, что арбитражное решение не имеет преюдициального значения, поскольку в установленном законодательством процессуальном порядке оно не признано в Украине (см. постанова Вищого господарського суду України від 22 липня 2013 року у справі № 5011-66/18877-2012).

судебная практика имеет примеры положительного отношения к изложенному нами подходу[277].

ii. Значение фактов, установленных в судебном решении

Арбитражный суд не может произвольно признавать преюдициальное значение судебных решений, если оно касается важных для арбитража обстоятельств, если судебное решение не было принято в споре с участием сторон арбитражного разбирательства, поскольку это может привести к нарушению принципа справедливого разбирательства. И здесь уже не имеет значения, идет ли речь именно о фактах, установленных в судебном решении (преюдиция в рассматриваемом здесь узком смысле) или о преюдициальном значении всех установленных фактов и сделанных судом выводов[278].

Отвечая на вопрос о том, имеют ли преюдициальную силу решения государственных судов для процесса в международном коммерческом арбитраже, некоторые ученые считают, что преюдициальное значение могут иметь только те обстоятельства, которые были установлены судебным актом, имеющим юридическую силу на территории соответствующего государства[279]. Другие исследователи полагают, что третейское решение, в том

[277] Так, из постановления Киевского апелляционного хозяйственного суда от 23.01.2013 г. видно, что обстоятельства, установленные в арбитражном решении МКАС при ТПП Украины от 10.12.2012 г. по делу АС №134г / 2012 были со ссылкой на это решение как доказательство признаны установленными также в суде Украины в разбирательстве между истцом по арбитражному делу и третьим лицом (см. постанова Київського апеляційного господарського суду від 23 січня 2013 року у справі № 5011-52/10832-2012).

[278] Так, по делу «Теленор против Сторм» арбитражный суд *ad hoc*, который рассматривал спор по регламенту ЮНСИТРАЛ, отказался принять во внимание как обязательные для себя выводы украинского хозяйственного суда о недействительности договора между сторонами арбитражного разбирательства на том основании, что истец не был привлечен украинским судом к участию в деле. Арбитражный суд отметил, что судебные решения украинского суда не имеют преюдициального значения, поскольку предоставление им обязательного значения привело бы к нарушению фундаментальных принципов надлежащего процесса как по федеральному праву, так и по праву Нью-Йорка (см. Final Award in the Matter of an Arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules between: Telenor Mobile Communications AS and Storm LLC dated 2 July 2007, New York. — p. 42).

[279] *Ярков В. В.* Арбитражный суд и международный коммерческий арбитраж: некоторые направления взаимодействия / В. В. Ярков // Університетські наукові записки. — 2007. — № 2 (22). — С. 199.

числе принятое в международном коммерческом арбитраже, преюдициального значения в гражданском судопроизводстве не имеет, однако решение, принятое в порядке гражданского судопроизводства, должно иметь преюдициальный характер при рассмотрении дел третейским судом[280]. Стоит отметить, что это скорее вывод не об актуальном положении дел, а о желательности предоставления судебным решениям преюдициального значения, однако он не констатирует существование такой ситуации в условиях действующего законодательства.

Все же представляется правильным считать, что *если в праве, которое является обязательным для применения арбитражным судом, не установлено специальное правило о преюдициальном значении судебного решения, то судебное решение или факты, установленные в нем, такого значения в арбитраже не имеют*. Преюдициальное значение не должно выводиться из конституционного принципа обязательности судебных решений, поскольку этот принцип касается исполнения судебных решений, а не значения фактов, на основании которых решение принято. Кроме того, стоит согласиться с мнением о том, что правила о преюдициальном значении устанавливаются в целях обеспечения принципа процессуальной экономии и предотвращения принятия противоположных по содержанию судебных решений[281]. Поскольку арбитражный суд не обязан придерживаться тех же подходов в доказывании и, в частности, может применять другой, нежели суд, стандарт доказывания, процессуальная экономия путем признания в международном арбитраже установленных в государственном суде обстоятельств может быть неоправданной. А если стороны договорились о

[280] Это якобы объясняется тем, что третейское разбирательство не должно иметь преимуществ при установлении обстоятельств дела перед судом, который является органом государственной власти и осуществляет правосудие, ведь законом установлена обязанность всех, в том числе третейского суда, как негосударственного независимого органа, выполнять решение суда (см. *Масюк В. В.* Преюдиціальний характер рішення третейського суду в цивільному судочинстві / В. В. Масюк // Проблеми цивільного права та процесу : матеріали наук.-практ. конф.: 23 трав. 2009 р. — Х. : Харк. нац. ун. внутр. справ, 2009. — С. 357).

[281] *Зіменко О. В.* Підходи до розуміння преюдиції у цивільному процесуальному праві України: проблеми теорії та практика застосування / О. В. Зіменко // Порівняльно-аналітичне право. — 2013. — № 2. — С. 37.

признании обстоятельств иным образом, чем это установлено в судебном решении, то признание арбитражным судом преюдициального значения судебного решения будет противоречить соглашению сторон, от которого арбитражный суд может отступить только в исключительных случаях[282].

В конечном итоге значение имеет то, содержит ли *lex arbitri* норму о преюдициальном значении судебных решений. Типовой закон ЮНСИТРАЛ такой нормы не содержит, а из других положений закона это правило не выводится.

§ 6.4. Формирование и динамика предмета доказывания

Предмет доказывания является динамичной категорией: его очертания вырисовываются из первых заявлений сторон, он открывается по мере того, как устанавливается подлежащее применению материальное право, изменяется под влиянием последующих заявлений сторон. В итоге о том, какие обстоятельства вошли в предмет доказывания в конкретном споре, можно судить с определенностью тогда, когда арбитражный суд принимает решение.

6.4.1. Источники формирования предмета доказывания

Традиционно процессуалисты выделяют два источника формирования предмета доказывания:

– основание иска и возражения против иска;
– гипотеза и диспозиция нормы или ряда норм материального права, подлежащих применению.

При этом считается, что в предмет доказывания подлежат включению все факты, имеющие юридическое значение, даже если истец и ответчик на них не ссылаются. Это позволяет от-

[282] См. пункт 6.3.1(iv).

стаивать точку зрения, что предмет доказывания определяется судом на основе нормы материального права, подлежащего применению. При этом на начальных этапах доказывания норма или нормы материального права определяются на основании утверждений сторон. Далее, в результате утверждений сторон определяется объем фактического материала, который подлежит установлению судом. В конечном итоге юридическая квалификация отношений сторон составляет обязанность суда[283]. Еще более широкая доктринальная позиция предусматривает, что, несмотря на обязанность сторон доказать те обстоятельства, на которые они ссылаются как на основание своих требований и возражений, суд должен определять предмет доказывания по конкретному делу на основании не только его материальных, но и процессуальных аспектов[284].

В международном коммерческом арбитраже стороны принимают значительно более активное участие в определении предмета доказывания, хотя, несомненно, именно от арбитражного суда ожидают, что он очертит круг вопросов, выяснение которых необходимо для решения спора[285].

В Правилах IBA (статья 2.2) содержится рекомендация арбитражному суду указать сторонам как можно скорее вопросы, которые арбитражный суд *может* считать относимыми к делу и существенными для его разрешения и / или может быть целесообразно разрешить в предварительном порядке. Как видно, Правила IBA также стоят на позиции, что определение предмета доказывания является функцией арбитражного суда. При этом мягкость формулировок Правил указывает на то, что формальное определение круга таких вопросов далеко не всегда может быть оправдано. Кроме того, даже в тех случаях, когда определение таких вопросов признается целесообразным, они

---

[283] *Треушников М. К.* Судебные доказательства : Монография / М. К. Треушников. — М. : Юридическое бюро «ГОРОДЕЦ», 1997. — С. 12–13.

[284] *Цюра Т. В.* Суб'єкти доказування та оцінки доказів у цивільному процесі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Т. В. Цюра ; НАН України, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. — К., 2005. — С. 14.

[285] Так, например, в статье 19.2 Арбитражного регламента LCIA (2014) предусмотрено, что арбитражный суд может, организовывая слушания, потребовать от сторон коснуться определенного перечня вопросов или проблем, вытекающих из спора между ними.

обозначены в Правилах IBA как могущие считаться относимыми к делу и существенными для его разрешения. Вполне ожидаемо, что на начальных стадиях разбирательства может быть определен только перечень потенциально относимых вопросов.

Далее, в связи с тем, что в международном коммерческом арбитраже содержание нормы материального права и ее применение также подлежат доказыванию, процесс определения предмета доказывания имеет особенности, отличающие его от подобных процессов в национальном судопроизводстве. Если в гражданском процессе стран континентальной системы права схематично этот процесс делится на три стадии (предоставление сторонами своих заявлений и возражений, по которым суд может сделать первичный вывод о характере отношений; избрание судом норм права, подлежащих применению к этим отношениям; определение круга обстоятельств уже с учетом требований определенных судом норм права), то в международном коммерческом арбитраже ввиду отсутствия у арбитражного суда обязанности самостоятельно установить содержание права, такая стадийность четко не прослеживается, а стадии выяснения фактов и установления права могут многократно повторяться[286].

Участие сторон в определении круга вопросов, составляющих предмет доказывания, не является просто декларацией. Ситуация, в которой стороны достигают соглашения относительно предмета доказывания, во многих случаях возможна в практике, а иногда представляется весьма желательной. Примером оформления такого соглашения в международном коммерческом арбитраже является акт о полномочиях арбитра, составление которого предусмотрено в Арбитражном регламенте ICC и который, среди прочего, может содержать перечень вопросов, которые подлежат выяснению для разрешения спора. Это также является иллюстрацией тезиса о том, что предмет доказывания в международном коммерческом арбитраже определяют именно стороны и только в случае отсутствия согласия между ними — арбитражный суд.

[286] Условное деление процесса доказывания на стадии представлено в § 1.3.

Некоторые учреждения, администрирующие арбитражные разбирательства, даже операционализировали определение предмета доказывания. Руководство для арбитража по документам[287], а также Руководство для арбитража по документам по Типовому закону ЮНСИТРАЛ[288], изданные Королевским институтом арбитров Великобритании в 2011 году, рекомендуют арбитрам перед вынесением решения убедиться, что они рассмотрели все вопросы, поставленные сторонами, а в сложных делах — проверить совместно со сторонами, правильно ли определены спорные вопросы и факты, которые не оспариваются. При этом, такое участие сторон в формировании предмета доказывания и контроле рассмотрения входящих в него вопросов не предполагает вмешательство в принятие арбитражным судом решений по этим вопросам. Как говорится в Руководствах, арбитр не должен давать возможности ставить под вопрос его выводы по спорным фактам[289]. Даже в тех арбитражных системах, в которых нормальной практикой считается в сложных делах давать сторонам возможность ознакомиться с проектом арбитражного решения, это делается с целью убедиться в полном рассмотрении всех обстоятельств дела и представленных доказательств. Собственно выводы арбитражного суда не могут быть пересмотрены по результатам такого ознакомления и получения от сторон комментариев, разве только в чрезвычайном случае[290].

На практике же определение перечня вопросов для выяснения в акте о полномочиях или иным образом до начала рассмотрения сути дела всегда проблематично, поскольку на момент подготовки акта эти вопросы не могут быть определены со всей ясностью. С другой стороны, в практике между-

[287] CIArb Guidelines for Arbitrators regarding Documents-Only Arbitrations, Practice Guideline 5, 06 December 2011.

[288] CIArb Guideline 5 to the UNCITRAL Model Law and Rules: Guideline for Arbitrators regarding Documents-Only Arbitration, 06 December 2011.

[289] Речь идет именно о спорных фактах. Достижение согласия сторон по поводу каких-либо фактов устраняет спор в их отношении (см. пункт 6.3.1), поэтому не должно рассматриваться как недопустимое вмешательство в принятие арбитражем решения.

[290] См. например статью 6 Рекомендаций CPR арбитрам, ведущим сложные арбитражные процессы (CPR Guidelines for Arbitrators Conducting Complex Arbitrations).

народного коммерческого арбитража распространены случаи, когда в процессе рассмотрения дела возникает потребность в выяснении новых вопросов. Если перечень вопросов для выяснения определен на ранней стадии арбитражного разбирательства в деталях, это может ограничить возможности арбитражного суда выяснить важные обстоятельства или даже направить его в сторону, ведущую к ошибочному решению. Вместе с тем выход за пределы, определенные в акте о полномочиях, может стать основанием для отмены арбитражного решения[291].

Таким образом, несмотря на то, что предмет доказывания в международном коммерческом арбитраже может быть очерчен на начальной стадии арбитражного разбирательства, даже если он будет определен соглашением сторон, он довольно часто требует изменений в течение почти всего рассмотрения. При этом, содействие сторон арбитражному суду в определении предмета доказывания положительно влияет на правильное разрешение дела, если оно сопровождает все арбитражное разбирательство. Поскольку содействие сторон — это скорее идеальная возможность, в практической деятельности арбитражных судов желаемой является ситуация, когда арбитражный суд сохраняет свободу в определении предмета доказывания. М. Шнайдер, признавая пользу для арбитражного суда того, что стороны могут на начальной стадии арбитражного процесса представить перечень вопросов, которые, по их мнению, подлежат установлению (доказыванию), предлагает вносить в акт положение, согласно которому арбитры будут иметь право дополнять перечень вопросами, а также не обязаны рассмотреть и решить все вопросы перечня, если, по мнению арбитражного суда, для принятия решения по делу в этом нет необходимости[292].

---

[291] См. *Schneider M. E.* The Terms of Reference / Michael E. Schneider // ICC Bulletin. — 1997. — November. — p. 28.

[292] *Там же.* — p. 29.

6.4.2. Бифуркация. Трифуркация

Арбитражный суд при некоторых условиях может разделить разбирательство на фазы, чтобы принятием решения по каждой фазе упростить процесс и сделать его более эффективным. Если необходимость в разделении разбирательства на фазы возникает, то, как правило, речь идет о таких фазах:

(1) вопросы юрисдикции (компетенция арбитража) (*jurisdictional issues*);

(2) вопросы существа спора:

– вопросы, связанные с установлением факта нарушения (*liability issues*);

– вопросы, связанные с расчетом подлежащих уплате сумм (*quantum issues*).

Правила IBA (статья 3.14) допускают разделение разбирательства любым способом, в частности разделение на фазы, касающиеся компетенции, разрешения предварительных вопросов, основания ответственности или размера убытков.

Чаще применяется разделение на две фазы, называемое бифуркацией (*bifurcation* от лат. *bifurcus*: *bi-* два + *furca-* вилка, разделение)[293]. В случае сложных вопросов, связанных с юрисдикцией арбитражного суда, эти вопросы выделяются в отдельную от вопросов существа спора фазу. Результаты рассмотрения выделенных в отдельную фазу вопросов юрисдикции оформляются, как правило, в виде отдельного процессуального решения (постановления)[294]. В других случаях, когда спор по существу отягощен сложными расчетами требуемых к уплате сумм, разделение происходит в вопросах существа спора, чтобы вначале решить вопрос о том, является ли сторона

[293] Термин редко употребляется в арбитражных регламентах (см. например статью 20(3) Регламента международного арбитража ICDR (2014)), однако закрепился в практике.

[294] Во многих арбитражных системах принятие арбитражным судом предварительного решения по вопросу о своей юрисдикции, если сторона заявила возражения в отношении таковой, признается обычной практикой (см. например статью 21(4) Швейцарского регламента международного арбитража (2012)). В некоторых системах такое решение может приниматься в форме арбитражного решения о юрисдикции (см. например статью 23.4 Арбитражного регламента LCIA (2014), статью 24(2) Венского арбитражного регламента (2013)).

ответственной за нарушение, а после и лишь в случае установления ответственности приняться за вопрос определения подлежащих взысканию сумм[295].

Случаи, когда необходимо выделить в одном процессе три фазы (юрисдикции, ответственности и расчетов) редки. Такое разделение называется трифуркацией (*trifurcation*) .

Для доказывания бифуркация и трифуркация имеют то важное значение, что они структурируют предмет доказывания, способствуют определению относимых к каждой фазе доказательств, позволяют избежать необходимости обсуждать весь комплекс обстоятельств дела на протяжении всего разбирательства по сути вплоть до обмена итоговыми заявлениями. По итогам прохождения каждой фазы предмет доказывания для каждой последующей сужается, что не тождественно прекращению полномочий по рассмотренным вопросам (*functus officio*) и не указывает на окончательность решения. Бывают случаи, когда ввиду принятых арбитражным судом новых доказательств разбирательство возвращается к вопросам, которые были выделены и решены в отдельной фазе[296]. Это, однако, лишь свидетельствует о том, что бифуркация не всегда эффективна и не гарантирует раз и навсегда установленную определенность по выделенным вопросам. Если стороны не договорились об ином и нет обязательных норм, устанавливающих иное, решение по вопросам юрисдикции или частичное арбитражное решение не препятствует арбитражному суду в окончательном арбитражном решении повторно или дополнительно рассмотреть ранее решенные вопросы.

---

[295] Так, рассматривая спор между Italia Ukraina Gas S.p.a. и НАК «Нафтогаз Украины» по регламенту SCC, арбитражный суд удовлетворил совместное заявление сторон о бифуркации и разделил разбирательство на две части: (1) вопросы юрисдикции и наличия нарушения (действительность контракта и юрисдикция арбитражного суда, наличие у ответчика обязательств поставки, наличие ответственности за нарушение поставки); (2) размер подлежащих уплате сумм (см. SCC Arbitration proceedings No. V 007/2008, Separate Award rendered on 19 October 2010 (*Italia Ukraina Gas S.p.a. v. National Joint-Stock Company "Naftogaz of Ukraine"*).

[296] Арбитражный суд, рассматривавший дело по регламенту SCC, после принятия решения по вопросам наличия ответственности уже в фазе *quantum* вернулся к вопросам действительности контракта ввиду новых доказательств (SCC Arbitration case No. 156/2003, final award of 11.06.2007 (*Globe Nuclear Services, Supply GNSS, Ltd. v. Techsnabexport*).

Разделение не зарекомендовало себя в арбитражной практике как действенная техника повышения эффективности разбирательства, поскольку далеко не всегда способствовало процессуальной экономии. В тех случаях, когда бифуркация осуществлялась путем разделения процесса на параллельно рассматриваемые фазы (юрисдикции и спора по сути), на каждой из которых спор мог продолжаться довольно длительное время, что оставляло только видимость бифуркации. В тех же случаях, когда результатом бифуркации было выделение последовательных фаз, это могло повлечь затягивание процесса.

Применение бифуркации эффективно при соблюдении таких условий:

(1) разделяемые вопросы, действительно, не имеют тесной двухсторонней связи между собой. Иногда вопросы юрисдикции могут быть полноценно решены только в процессе рассмотрения спора по существу. Также и некоторые вопросы ответственности за одни нарушения могут зависеть от размера сумм, присуждаемых ввиду установления ответственности за другие нарушения;

(2) решение по выделенной фазе будет иметь важное значение для процесса. Если предполагается, что результатом решения по первой фазе может быть прекращение производства, отказ в удовлетворении иска, существенное изменение в позициях сторон, это условие выполняется[297]. В противном случае бифуркация не обеспечивает экономии;

(3) возможно определить относимые к вопросам каждой фазы доказательства и получить их в соответствующей фазе. При этом к минимуму должна быть сведена необходимость

[297] Например, обращаясь с совместным заявлением о бифуркации в споре между Italia Ukraina Gas S.p.a. и НАК «Нафтогаз Украины», стороны отдельно отметили, что в случае если арбитражный суд, последовательно рассматривая каждый из вопросов первой стадии (*jurisdiction and liability*), примет решение о недействительности контракта, отсутствии юрисдикции у арбитражного суда, отсутствии у ответчика обязательств поставки, отсутствии ответственности за нарушение поставки, разбирательство должно быть прекращено на этой первой стадии с вынесением окончательного решения (см. SCC Arbitration proceedings No. V 007/2008, Separate Award rendered on 19 October 2010 (*Italia Ukraina Gas S.p.a. v. National Joint-Stock Company "Naftogaz of Ukraine"*).

дополнительного или повторного получения доказательств из одних и тех же источников.

Вероятно по причине того, что обеспечить эффективную бифуркацию достаточно сложно, она не применяется часто. Тем не менее, полномочие арбитражного суда разделить разбирательство на фазы признано существующим практически в каждой арбитражной системе, а решение юрисдикционных вопросов на ранних стадиях, по крайней мере предварительно, считается хорошей практикой и даже необходимостью[298].

§ 6.5. Предмет доказывания в арбитраже *ex aequo et bono*

Арбитражное разбирательство *ex aequo et bono*, то есть без строгого применения норм материального права, считается способом разбирательства, снимающим с арбитров обязанность обосновывать свое решение примененными нормами права. В сфере доказывания это проявляется в *сужении предмета доказывания*. Из него могут выпасть многие вопросы права, поскольку значительное число фактов не будет нуждаться в правовой квалификации. Объем требующих установления вопросов факта также может уменьшиться, поскольку отдельные факты могли быть важны лишь в связи с нормами права, а для решения спора на основах справедливости, как ее представляют арбитры, установление этих фактов не является необходимым.

Правила возложения бремени доказывания в разбирательстве *ex aequo et bono* по сравнению с обычным процессом практически не претерпевают изменений, поскольку они обеспечивают базовую справедливость процесса. Арбитражный суд также может применять процессуальные презумпции и фикции. В то же время применение презумпций и фикций, содержащихся в актах материального права, может быть осложнено.

[298] См. *Trapl V.* Thinking Big — Bifurcation of Arbitration Proceedings — To Bifurcate or Not To Bifurcate / Vojtěch Trapl // Czech Yearbook of Public & Private International Law. — 2013. — Vol. 4. — p. 272.

Во многом это зависит от того, в какой мере арбитражный суд, рассматривая спор *ex aequo et bono*, посчитает необходимым отступить от применения материального права.

Принцип «*ex aequo et bono*» касается, в первую очередь, результата разрешения спора, а не самого процесса, поэтому в значительной степени подходы к доказыванию остаются общими. Это же касается и правил получения доказательств и критериев их оценки.

Глава 7.
Бремя доказывания

§ 7.1. Соотношение бремени доказывания и права представить доказательства

Современные системы международного коммерческого арбитража утверждают среди своих основных принципов состязательность и предоставление сторонам равной возможности изложить свои аргументы и представить доказательства. Учитывая это, представление доказательств рассматривается как право сторон. В то же время, имеющееся в большинстве арбитражных регламентов правило о необходимости доказывания каждой из сторон обстоятельств, которыми она обосновывает свои требования и возражения, указывает на то, что на стороны возлагается определенное бремя доказывания.

В упрощенном виде термин «бремя доказывания» означает обязанность стороны убедить суд в своей правоте[299]. Конечно, такое определение можно принять лишь с некоторыми оговорками. В теории права обязанности корреспондирует соответствующее право другого лица, чего в доказывании не наблюдается[300]. Более того, право доказывания и обязанность доказывания связаны с одним лицом. Как справедливо отмечает Л. Ф. Винокурова, в арбитраже действует принцип диспозитивности, согласно которому участие сторон в рассмо-

---

[299] *Руда Т. В.* Поняття і зміст інституту доказування в цивільному процесуальному праві США та України: порівняльний аспект / Т. В. Руда // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія: Юридичні науки. — 2008. — Вип. 79. — С. 48.

[300] *Пільков К.* Предмет, стандарт та обов'язок: Особливості доказування у міжнародному комерційному арбітражі // Юридична газета. — 2013. — № 8–9. — С. 45.

трении дела и представлении доказательств в подтверждение соответствующих обстоятельств — это право самих сторон[301]. В то же время, как считают некоторые авторы, существование у сторон права на доказывание не отрицает концепцию бремени доказывания, ведь сторона, представляя доказательства, реализует свое право на доказывание и одновременно исполняет обязанность по доказыванию, поскольку каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основание своих требований и возражений[302]. Такое объяснение, к сожалению, лишь возвращает нас к исходной точке. Что позволяет сдвинуться с этой точки в понимании бремени доказывания, так это то, что ему не корреспондирует право другого лица, а его невыполнение влечет не применение санкции, а принятие решения не в пользу несущего бремя лица, что санкцией отнюдь не является. *Бремя доказывания в международном коммерческом арбитраже может быть определено как обязанность каждой из сторон доказать свои утверждения до той степени, которая бы удовлетворяла арбитражный суд, или как это определено правилами, которые арбитражный суд признал применимыми.* Это значение бремени доказывания соответствует бремени убеждения в системах общего права и всему бремени доказывания в системах гражданского права[303].

Поскольку бремя доказывания, по крайней мере в части бремени убеждения, не имеет юридических признаков обязанности, употребление термина «бремя доказывания» представляется более оправданным, чем «обязанность доказывания». Это также оправдано ввиду широкого распространения в арбитражной практике английского термина «*burden of proof*», который более правильно переводить именно как «бремя доказывания».

---

[301] *Винокурова Л.* Порядок розгляду спорів у міжнародному комерційному арбітражі / Л. Ф. Винокурова // Право України. — 2011. — № 1. — С. 93.

[302] *Треушников М. К.* Судебные доказательства : Монография / М. К. Треушников. — М. : Юридическое бюро «ГОРОДЕЦ», 1997. — С. 50.

[303] О соотношении понятий «бремя доказывания» и «бремя убеждения» детально сказано в § 7.5.

§ 7.2. Общий принцип возложения бремени доказывания

Концепцию бремени доказывания в арбитраже часто отождествляют или, по крайней мере, связывают с признанным в практике принципом «*actori incumbit (onus) probatio*» («утверждающий несет бремя доказывания»), согласно которому каждая сторона обязана доказать те обстоятельства, на которые она полагается как на основание для своих требований или возражений. На применение этого принципа в арбитраже указывают отечественные и иностранные ученые. Профессор Ю. Д. Притыка отмечает, что это правило является общим и было закреплено в ряде арбитражных регламентов[304]. Действительно, большинство современных арбитражных регламентов утверждают этот принцип (в частности, статья 27(1) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (2010), статья 42(1) Регламента МКАС при ТПП Украины, статья 24(1) Швейцарского регламента международного арбитража (2012), статья 27(1) Арбитражного регламента CIArb (2015)), в то же время во многих регламентах он отсутствует. Это иногда создает определенные трудности, хотя применение названного принципа на первый взгляд кажется очевидным даже несмотря на то, что он, как правило, не закреплен в законодательстве о международном коммерческом арбитраже. Устранение этого пробела путем внесения изменений в законодательство о международном коммерческом арбитраже вряд ли возможно и необходимо. Еще при обсуждении проекта Типового закона ЮНСИТРАЛ было предложено дополнить его положением о том, что каждая из сторон несет бремя доказывания фактических обстоятельств, которыми она обосновывает свою позицию. Это предложение не было поддержано, однако не потому, что Комиссия признала его неправильным. Одним из аргументов против внесения такого положения в окончательную редакцию проекта Типового закона было то, что некоторые вопросы распределения бремени доказывания регулируются материальным

[304] *Притика Ю. Д.* Міжнародний комерційний арбітраж: Питання теорії і практики : Монографія / Ю. Д. Притика. — К. : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. — С. 371.

правом. Закрепление принципа «*actori incumbit probatio*» в Типовом законе ЮНСИТРАЛ могло бы создать противоречие с нормами материального права, которые подлежат применению[305].

Действительно, хотя арбитры склонны придерживаться принципа «*actori incumbit probatio*», право часто содержит нормы, которые воспринимаются как исключения[306].

В целом же признание принципа «*actori incumbit probatio*» в международном коммерческом арбитраже не означает его применение во всех случаях. Речь идет, скорее, о том, что его применение, как правило, не требует отдельного обоснования. Арбитражные суды только в исключительных случаях считают необходимым объяснить применение этого принципа. Так, в 1993 году арбитражный суд, который рассматривал дело по Арбитражному регламенту ICC, пришел к выводу, что *actori incumbit probatio* подлежит применению, поскольку он закреплен в материальном праве (статья 1315 Французского гражданского кодекса), а кроме того, является общепризнанным принципом[307]. Очевидно, что такое обоснование понадобилось в связи с тем, что действующий на момент принятия решения Арбитражный регламент ICC[308] не закреплял этот принцип.

Итак, упомянутый принцип «*actori incumbit probatio*» вводит в арбитражную практику концепцию бремени доказывания, которая, однако, не сводится к этому принципу, как будет обнаружено дальше.

---

[305] *Хвалей В. В.* Процедура разбирательства в международном арбитраже / В. В. Хвалей // Хрестоматия альтернативного разрешения споров : Учебно-методические материалы и практические рекомендации / Сост. Г. В. Севастьянов. — СПб. : АНО «Редакция журнала «Третейский суд», 2009. — С. 302.

[306] Исключением, например, считают правило доказывания размера причиненных убытков в континентальных правовых системах. Так, статья 42(2) Швейцарского кодекса об обязательствах предусматривает обязанность судьи определить размер компенсации убытков по справедливости, в соответствии со здравым смыслом и с учетом поведения ответчика, если размер компенсации не может быть определен путем точного расчета (см. *Landolt P.* Burden and Standard of Proof in Competition Law Matters Arising in International Arbitration by Phillip Landolt and Barbara Reeves Neal / EU and US Antitrust Arbitration. A Handbook for Practitioners. — Vol. 1. — Edited by Gordon Blanke and Phillip Landolt. — Kluwer Law International BV, The Netherlands. — 2011. — p. 159).

[307] ICC Arbitration Case No. 6653 of 26 March 1993 (*Steel bars case*).

[308] International Chamber of Commerce Rules of Conciliation and Arbitration, in force as from January 1, 1988.

§ 7.3. Правовая природа бремени доказывания

Вопрос бремени доказывания в международном коммерческом арбитраже имеет процессуальную правовую природу: общий принцип возложения бремени доказывания на сторону, которая утверждает о существовании определенных обстоятельств, часто бывает закреплен в процессуальном праве (арбитражных регламентах и, изредка, в законодательстве об арбитраже) или применяется как общепризнанный процессуальный принцип.

Тем не менее, неурегулированность вопроса о бремени доказывания на уровне актов национального законодательства о международном коммерческом арбитраже и наличие правил о бремени доказывания в актах материального права способствуют сохранению некоторой неопределенности относительно его правовой природы. По мнению А. В. Шлепфер и Ф. Берча до сих пор спорным остается вопрос о том, является ли бремя доказывания вопросом процессуального или материального права[309].

В современной арбитражной практике подходы к бремени доказывания также существенно отличаются друг от друга. Арбитражные суды склонны по-разному рассматривать необходимость для каждой стороны доказать свои требования или возражения, а именно:

– как общий принцип права[310];
– как вопрос материального права, а также принцип международной торговли[311];
– исключительно как вопрос материального права[312];
– исключительно как процессуальный вопрос, который решается в соответствии с положениями арбитражного

[309] *Schlaepfer A. V.* Few Reflections on the Assessment of Evidence by International Arbitrators / A. V. Schlaepfer, P. A. Bärtsch // International Business Law Journal / Revue de Droit des Affaires Internationales. — 2010. — Issue 3. — p. 213.

[310] См. ICC Arbitration Case No. 7645 of March 1995 (*Crude metal case*); CIETAC Arbitration proceeding, Award of 8 March 1996 CIETAC Arbitration proceeding (*Old boxboard corrugated cartons case*).

[311] См. ICC Arbitration Case No. 6653 of 26 March 1993 (*Steel bars case*).

[312] См. Arbitration Chamber of Paris Case No. 9926 of 2007 / Yearbook Comm. Arb'n XXXIII, Albert Jan van den Berg, ed. — Kluwer, 2008. — pp. 15–23.

регламента (этот подход свойственен практике МКАС при ТПП РФ[313]).

Такие различия в подходах продиктованы скорее практическими причинами, чем концептуальными разногласиями: в тех случаях, когда принцип закреплен в регламенте, на него вполне обоснованно ссылаются без необходимости выводить его из материального права или отдельного обоснования как признанного принципа права; если принцип в процессуальных нормах не закреплен (как это имело место в регламенте ICC в свое время), возникала необходимость обосновать его применение ссылкой на материальное право или описанием его признанности как принципа права.

По своей правовой природе принцип «*actori incumbit probatio*» и вся концепция бремени доказывания в арбитраже является вопросом процессуального права и объективно не может принадлежать к вопросам материального права[314], подлежащего применению к решению спора, ведь в последнем случае принцип возложения бремени доказывания также подлежал бы доказыванию. Его закрепление в процессуальном праве является поэтому желательным, а наиболее оправданный способ такого закрепления — внесение соответствующей нормы в арбитражный регламент.

§ 7.4. Сторона, которая несет бремя доказывания

7.4.1. Бремя доказывания обстоятельства, а не иска

Принцип «*actori incumbit probatio*» не следует рассматривать как возлагающий бремя доказывания исключительно на истца. *Бремя доказывания определяется не в отношении иска*

[313] См. Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award of 9 June 2004, Arbitration proceeding 125/2003; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award of 13 April 2006 Arbitration proceeding 105/2005; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award of 27 July 1999, Arbitration proceeding 302/1996.

[314] Даже в тех случаях, когда он закреплен в актах материального права, как, например, в Швейцарии, где общий принцип возложения бремени доказывания изложен в статье 8 Гражданского кодекса Швейцарии.

в целом, а применительно к каждому отдельному утверждаемому стороной обстоятельству, имеющему значение для разрешения спора. Поэтому то, что истец обращается с иском, не должно сбивать с толку и подталкивать к мысли, что он несет бремя доказывания во всех случаях. Ответчик тоже может нести бремя доказывания, если утверждает о существовании обстоятельств. Это, однако, не означает, что ответчик несет бремя доказывания только в случае, если он подал встречный иск, в отношении обстоятельств, которыми обоснован такой встречный иск. В литературе специально употребляется термин «утверждающая сторона» (*actor*), для обозначения статуса, в котором может находиться как истец, так и ответчик, утверждая об обстоятельстве.

В общем и целом значение бремени доказывания заключается в том, чтобы воспрепятствовать безосновательному изменению ситуации, которая существовала до обращения в юрисдикционный орган, сохранить *status quo*. Таким образом, если на сторону возложено бремя доказывания, это указывает на то, что именно эта сторона пытается изменить *status quo*, и наоборот, — попытка изменить *status quo* возлагает на сторону бремя доказывания.

Важность правильного решения вопроса о возложении бремени доказывания особенно проявляется в случаях, когда стороны представили доказательства одинакового веса. В таких случаях спор должен быть решен не в пользу стороны, которая несет бремя доказывания. Иными словами правило о бремени доказывания следует понимать как правило возложения риска, поскольку сторона, несущая бремя доказывания определенного обстоятельства, несет риск того, что оно не будет установлено[315]. Можно даже сказать, что чтобы определить то, на ком в каждый конкретный момент лежит бремя доказывания, нужно ответить на вопрос, кто проиграет, если не будет представлено доказательство. Хотя, несомненно, справедливее говорить о том, что это бремя доказывания указывает на сторону, рискующую проиграть.

[315] *Tsatsos A.* Burden of Proof in Investment Treaty Arbitration: Shifting? / Aristidis Tsatsos // Humboldt Forum Recht. — 2009. — p. 93.

С полной уверенностью можно утверждать, что бремя доказывания не может лежать одновременно на всех сторонах, бремя доказывания (убеждения) в отношении одного обстоятельства не переносится с одной стороны на другую и не распределяется между ними[316], а также что арбитражный суд в вопросе возложения бремени доказывания не имеет той свободы решений, которой он обыкновенно пользуется в остальных вопросах доказывания.

7.4.2. Право арбитражного суда возлагать бремя доказывания

Полномочия арбитражного суда по общему правилу не охватывают права по собственному усмотрению решать вопросы возложения бремени доказывания, хотя некоторые арбитражные регламенты предусматривают такую возможность[317]. Однако даже в тех случаях, когда арбитры наделены правом принимать решения о возложении бремени доказывания, на практике они не могут выходить за пределы справедливого разбирательства. В то же время специальные правила о бремени доказывания могут происходить из процессуальных презумпций, применение которых возможно в международном арбитраже.

7.4.3. Бремя доказывания на ответчике

Как уже было сказано, бремя доказывания возлагается также и на ответчика, который, возражая против аргументов истца, утверждает об определенных обстоятельствах. Приве-

[316] Непонимание этого иногда порождает путаницу. Так, например, арбитражный суд, который рассмотрел дело по регламенту CIETAC, ошибочно расценил отсутствие кооперации сторон в выяснении некоторого вопроса факта как невыполнение обеими сторонами своего бремени доказывания этого факта (CIETAC Arbitration proceeding, Award of 14 February 2007 (*Bellows forming machine case*)).

[317] Например, статья 27 Арбитражного регламента NAI закрепляет свободу арбитров в возложении бремени доказывания, которая может быть ограничена только соглашением сторон (см. Arbitration Rules of the Netherlands Arbitration Institute, effective 2010).

денное общее правило в этом случае трансформируется соответственно в принцип «*reus in exceptione fit actor*» («отрицая, ответчик приравнивается к истцу»). Латинская формула вносит некоторое противоречие, а потому требует пояснения. Ответчик несет бремя доказывания (убеждения) не всякий раз, когда возражает против утверждений истца, а тогда, когда его возражения носят характер самостоятельных утверждений об обстоятельствах. Например, если истец утверждает о нарушении ответчиком обязательств по контракту, истец несет бремя доказывания нарушения. Это бремя не перекладывается на ответчика, который возражает против утверждения. Однако если ответчик в ответ на утверждение о нарушении укажет на то, что истец не имеет права требовать от него выполнения обязательств по контракту в силу некоторых обстоятельств, то бремя доказывания этих обстоятельств будет возложено на ответчика.

Ситуации, в которых на ответчика возлагается бремя доказывания, хорошо иллюстрирует доктрина «позитивной защиты» (*affirmative defense*). Эта доктрина общего права охватывает случаи, когда ответчик, возражая против иска, не отрицает его основания, а вместо этого приводит другие аргументы, не позволяющие удовлетворить иск или даже перейти к исследованию обоснованности аргументов истца. Эта доктрина в общем ключе юридикализации арбитража проникает в арбитражную практику[318].

Категория позитивных защит позволяет сгруппировать явления, которые известны не только в общем праве. А потому, если на время отставить в сторону недовольство, вызванное проникновением обилия «тяжеловесных» доктрин общего права в арбитраж, то можно даже признать ее удобство. В арбитражной практике далеко не полный перечень таких позитивных защит составляют:

(1) заявления о пропуске срока исковой давности;

(2) заявления о недействительности договора;

[318] Примером тому может служить применение этого понятия в арбитражных процессах по Регламенту международного арбитража частного оператора услуг по арбитражу и медиации — корпорации JAMS.

(3) заявления о том, что истец фактически совершил отказ от права (*waiver*);

(4) заявления о том, что истец не совершил разумных действий, направленных на уменьшение ущерба, который он требует возместить (*mitigation*)[319];

(5) заявления о независящих от сторон обстоятельствах, исключающих ответственность за нарушение обязательств (например, форс-мажор);

(6) заявления о действиях со стороны истца, препятствовавших ответчику совершить то, на что истец теперь указывает, как на нарушенное обязательство[320]. В силу действия принципа *venire contra factum proprium* («никто не должен противоречить своему собственному предыдущему поведению») истец может утратить право, реализации которого он препятствовал. Этот принцип является здесь проявлением более общего принципа добросовестности.

«Позитивные защиты», как видим, основываются на нормах материального права, поэтому иногда еще называются материально-правовыми защитами. В то же время в арбитражной практике и практике приведения в исполнение арбитражных решений принято и более широкое понимание доктрины. Позитивными защитами называются также предусмотренные Нью-Йоркской конвенцией основания для отказа в признании и принудительном исполнении арбитражных решений. Иногда к числу таких защит причисляют также заявления о недействительности самого арбитражного соглашения и аргументы против юрисдикции арбитражного суда. То есть, в наиболее широком понимании *affirmative defense охватывает ситуации, когда сторона возражает против требований другой стороны, а иногда даже против возможности рассмотреть эти требования, на основании самостоятельных аргументов, которые не являются простым отрицанием*

[319] Например, на основании статьи 77 Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года.

[320] Например, на основании статьи 80 Конвенции ООН 1980 года о договорах международной купли-продажи товаров, которая предусматривает: «Сторона не может ссылаться на неисполнение обязательства другой стороной в той мере, в какой это неисполнение вызвано действиями или упущениями первой стороны».

аргументов оппонента. Закономерно, что бремя доказывания в таких случаях возлагается на сторону, выдвигающую эти самостоятельные аргументы.

§ 7.5. Составляющие бремени доказывания

В правовой традиции общего права принято рассматривать бремя доказывания в двух значениях. Первое значение касается необходимости убедить орган, решающий спор, в правдивости определенной позиции по результатам рассмотрения всего дела. Такая обязанность называется «бременем убеждения» (*burden of persuasion*), ее значение заключается в предоставлении в случае сомнения преимущества защищающейся стороне. Второе значение касается обязанности представления достаточных доказательств для того, чтобы дело было передано на рассмотрение жюри, а если жюри отсутствует, — для того, чтобы дело могло быть рассмотрено далее. В этом смысле бремя доказывания указывает на обязанность представить достаточные доказательства, чтобы убедить суд в том, что есть собственно что рассматривать, то есть представить доказательства *prima facie*, и в этом смысле оно является бременем предоставления доказательств (*burden of production*)[321].

Бремя предоставления доказательств означает, что сторона, на которую оно возложено, должна представить доказательства в поддержку своих утверждений об обстоятельствах спора, всех вопросов права и факта. Выполнение бремени предоставления доказательств позволяет судье считать спор заслуживающим быть рассмотренным судом по сути. Профессиональный судья не должен передавать дело на рассмотрение присяжных, если истцом не выполнено *prima facie* бремя предоставления доказательств. *Бремя убеждения заключается в риске для стороны, что после оценки всех доказательств и аргументов, представленных обеими сторонами, судьи (присяж-*

[321] *Pfitzer J. H.* Burden of Proof in WTO Dispute Settlement: Contemplating Preponderance of the Evidence by James Headen Pfitzer and Sheila Sabune. — Geneva : International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2009. — p. 8.

ные), решающие спор по существу, примут решение не в пользу такой стороны[322].

В странах континентальной системы, в отличие от общего права, почти не практикуется строго последовательное представление доказательств, стороны подают доказательства одновременно и, как правило, подают только те доказательства, которыми обосновывают свою позицию. Поэтому можно согласиться с мнением, что бремя доказывания не разделяется на две составные части, как в общем праве, а сводится в основном к бремени убеждения.

Соотношению в общем праве бремени предоставления доказательств и бремени убеждения в определенной мере соответствует предложенное в отечественной правовой науке соотношение доказывания и предоставления доказательств. Под *предоставлением доказательств в таком случае понимают процессуальную деятельность по сбору, истребованию и предоставлению суду доказательств субъектами, которые вправе представлять доказательства по конкретному делу на разных стадиях его рассмотрения*, в то время как *доказывание представляет собой не только процесс предоставления доказательств, но также процесс умственной и процессуальной деятельности, направленной на формирование у судьи убеждения в достоверности юридических обстоятельств дела, и на этом основании обоснованности требований стороны*[323]. Доказывание еще понимают как обоснование с помощью собранных и представленных доказательств своей правовой позиции[324].

Объем понятия «бремя доказывания» в международном коммерческом арбитраже также часто определяется в зависимости от того, к какой правовой системы мы обращаемся. Если речь идет о состязательном процессе, присущем американской

---

[322] См. *Barcelo J. J.* Burden of Proof, Prima Facie Case and Presumption in WTO Dispute Settlement / John J. Barcelo // Cornell International Law Journal. — 2009. — Vol. 42. — p. 27.

[323] См. *Фурса С. Я.* Докази і доказування у цивільному процесі : наук.-практ. посіб. / С. Я. Фурса, Т. В. Цюра ; Центр прав. дослідж. Фурси. — К. : Фурса С. Я., КНТ, 2005. — С. 21.

[324] *Кучер Т. М.* Докази та доказування: співвідношення понять / Тетяна Миколаївна Кучер // Вісник Вищої ради юстиції. — 2011. — № 3 (7). — С. 91.

правовой системе, бремя доказывания сочетает бремя убеждения и бремя предоставления доказательств. В инквизиционных процессах, присущих континентальным правовым системам, бремя доказывания сводится исключительно к бремени убеждения[325].

Соглашаясь с тем, что в зависимости от влияния той или иной правовой системы на международный коммерческий арбитраж, понятие бремени доказывания может иметь разное наполнение, мы все равно исходим из того, что современный этап развития международного коммерческого арбитража свидетельствует о взаимном проникновении подходов различных правовых систем в арбитражную практику. По этой причине в современном арбитраже выделение в категории бремени доказывания подкатегорий бремени убеждения и бремени предоставления доказательств можно считать возможным и уместным даже в тех арбитражных системах, которые сформированы под влиянием романо-германской правовой традиции.

Вместе с тем на практике такое разделение редко прослеживается в формулировках арбитражных решений, хотя его влияние ощущается. На ключевое различие между этими подкатегориями указывает то, что единственным, хотя и критическим, негативным последствием невыполнения стороной бремени доказывания (убеждения) является решение об отсутствии предполагаемых обстоятельств. Невыполнение же бремени предоставления доказательств может повлечь за собой наступление других негативных последствий. Проникновение практики применения этих негативных последствий из арбитражных систем, которые исторически находились под влиянием правовой традиции общего права, в арбитражные системы континентального права, свидетельствует об унификации подходов к пониманию бремени доказывания в международном коммерческом арбитраже.

[325] *Linne A. L.* Burden of Proof under Article 35 CISG / A. L. Linne // Pace International Law Review. — 2008. — Vol. 20. — Issue 1. — p. 33.

§ 7.6. Выполнение бремени доказывания *prima facie*. Бремя возражения

Значение понятия «*prima facie*» как стандарта представления доказательств, но не стандарта доказывания в целом, было раскрыто в § 5.5. Здесь уместно лишь напомнить, что выполнение стандарта *prima facie* традиционно означает наличие оснований для рассмотрения дела по существу. Когда истец представил доказательства *prima facie*, уже ответчик несет бремя предоставления доказательств для подкрепления возражений. В наиболее общем смысле выполнение бремени доказывания *prima facie* показывает, когда дело может сдвинуться с фазы, в которой несущая бремя доказывания сторона должна представить органу, который решает спор, доказательства в подтверждение обстоятельств, и перейти в фазу, в которой другая сторона должна представить обоснованное возражение. Если истец представил доказательства *prima facie*, то ответчику предоставляется возможность возразить против утверждений истца; если он этой возможностью воспользовался, ему предоставляется возможность представить доказательства в подтверждение своих возражений[326].

Изначально бремя доказывания возлагается на истца, который обязан представить доказательства *prima facie*, то есть достаточные для того, чтобы инициировать дело и обратиться к ответчику за возражениями. Стоит отметить, что термин «*prima facie*» не имеет единого определения. В одном из наиболее употребляемых значений, сторона (истец) считается предоставившей доказательства *prima facie*, если таких доказательств достаточно, чтобы дело стоило рассмотрения. В категориях общего права это означает, что начальное бремя предоставления доказательств истцом выполнено и суд может перейти к оценке того, выполнено ли бремя убеждения. Во втором из самых распространенных смыслов *prima facie* означает, что истцом представлено достаточно доказательств для того,

[326] См. *Pfitzer J. H.* Burden of Proof in WTO Dispute Settlement: Contemplating Preponderance of the Evidence by James Headen Pfitzer and Sheila Sabune. — Geneva : International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2009. — p. 5, 8.

чтобы суд пришел к выводу, в подтверждение которого эти доказательства представлены, если только ответчик не представит доказательства, опровергающие эти выводы. В этом втором значении, по мнению ученых, может идти речь о моменте перенесения бремени доказывания на другую сторону[327]. А. Л. Линне также считает, что после того как сторона, на которой лежит бремя доказывания, представила доказательства *prima facie*, бремя доказывания переходит к другой стороне[328]. Здесь речь должна идти о бремени предоставления доказательств, а не о бремени убеждения, которое не переносится и не перераспределяется вследствие предоставления доказательств.

Из двух элементов бремени доказывания бремя убеждения не является таковым, которое переносится с одной стороны на другую. Оценка выполнения бремени убеждения происходит при оценке арбитражным судом всех доказательств в отношении определенного обстоятельства. Зато бремя предоставления доказательств переносится на другую сторону, если сторона, на которой первично было это бремя, представила доказательства *prima facie*. Справедливость такого вывода подтверждается тем, что само лишь только предоставление доказательств *prima facie* не гарантирует принятия арбитражным судом решения в пользу истца, если ответчик не представил никаких доказательств. Арбитражные регламенты и законодательство об арбитраже иногда специально указывают на то, что следствием такого непредоставления является рассмотрение дела по предоставленным доказательствам, а не автоматическое принятие решения в пользу истца[329].

В континентальных правовых системах бремя доказывания имеет одно значение, которое заключается в обязанности представить доказательства для обоснования своих утверждений. С таким значением бремя доказывания в континентальных системах в большей степени соответствует бремени убеждения в общем праве. Поскольку в континентальной Европе не на-

[327] *Herlitz G. N.* The Meaning of the Term “Prima Facie” / Georg Nils Herlitz // Louisiana Law Review. — 1994. — Vol. 55, No. 2. — p. 397.

[328] *Linne A. L.* Burden of Proof under Article 35 CISG / A. L. Linne // Pace International Law Review. — 2008. — Vol. 20. — Issue 1. — p. 44.

[329] См. например статью 28(3) Швейцарского регламента международного арбитража (2012).

столько крепка традиция выделения фазы допуска дела к слушанию жюри присяжных или слушания по существу, в традиционном для общего права смысле концепция дела *prima facie* (*prima facie case*) в системах гражданского права отсутствует[330].

В международной арбитражной практике не стоит вопрос о целесообразности использования понятия «*prima facie*». Оно широко применяется, правда в вопросах юрисдикции арбитражного суда ему придано специфическое значение предварительного вывода самого арбитражного суда о наличии юрисдикции. В целом же, концепция выполнения бремени доказывания *prima facie* ценна для арбитражной практики тем, что позволяет определить, есть ли основания по результатам изложения стороной своей позиции обращаться за какой-либо реакцией к другой стороне, которая не несет бремени доказывания. Когда такие основания возникают, иногда говорят о наличии *бремени возражения*.

Бремя возражения возникает у стороны, как только другая сторона, на которой лежит бремя доказывания спорных обстоятельств, представила доказательства *prima facie*. До какой же степени должна возражающая сторона нести это бремя? Это зависит от применяемого стандарта доказывания. Если применяется стандарт баланса вероятностей, то, по крайней мере, до тех пор, пока не восстановлено равновесие между вероятностью того, что существуют обстоятельства, о которых утверждает сторона, и противоположным выводом. Свое бремя возражения сторона выполняет с помощью «контрдоказательств» (*evidence in rebuttal* или *rebutting evidence*) в противовес основным доказательствам (*evidence in chief*).

Бремя возражения, таким образом, есть не что иное, как возложенное на другую сторону бремя предоставления доказательств (*burden of production*) после того, как сторона, несущая бремя убеждения (*burden of persuasion*) и изначально также бремя предоставления доказательств, выполнила *prima facie* свое бремя предоставления доказательств.

---

[330] См. *Pfitzer J. H.* Burden of Proof in WTO Dispute Settlement: Contemplating Preponderance of the Evidence by James Headen Pfitzer and Sheila Sabune. — Geneva : International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2009. — pp. 9–10.

§ 7.7. Последствия невыполнения бремени доказывания

7.7.1. Невыполнение бремени убеждения

Последствием невыполнения стороной своего бремени доказывания (убеждения) определенного обстоятельства, то есть *burden of proof* в смысле *burden of persuasion*, является решение не в пользу этой стороны, то есть решение о том, что подлежащее доказыванию обстоятельство не наличествует.

Часто называемые в литературе последствия типа неблагоприятных выводов, учета поведения при распределении арбитражных расходов и прочих являются возможной реакцией арбитражного суда на невыполнение стороной возложенной на нее обязанности предоставить доказательства, а не бремени убеждения. Об этих последствиях сказано далее в пункте 7.7.2 и, более подробно о некоторых из них как о санкции за недобросовестность в доказывании, — в §§ 16.3–16.5.

Возложение на проигравшую сторону арбитражных расходов также не является в узком смысле самостоятельным последствием невыполнения бремени убеждения. Расходы на проигравшую сторону возлагаются не как санкция за ее поведение, а в результате действия принципа «проигравший платит». Можно с большой долей условности признать, что в тех случаях, когда арбитражные расходы присуждены к оплате стороной, несущей бремя убеждения, это есть санкция за безосновательную попытку изменить *status quo*. Если же на сторону возлагаются расходы как санкция за непредоставление доказательств или недобросовестность в вопросах доказывания, то в этом случае речь идет никак не о реакции на невыполнение этой стороной бремени убеждения.

7.7.2. Невыполнение бремени предоставления доказательств

Во многих арбитражных системах действует правило о том, что в случае непредставления стороной доказательств

спор должен быть решен на основании имеющихся доказательств[331]. Это правило можно считать общепризнанным принципом, который действует также в арбитражных разбирательствах по регламентам, прямо о нем не упоминающим. Признание того, что непредоставление стороной доказательств само по себе не препятствует рассмотрению спора и принятию решения, обеспечивает эффективность арбитража в широком смысле, то есть позволяет избежать тупиковой ситуации в разбирательстве.

Рассмотрение спора на основании имеющихся доказательств применяется как в случае, когда доказательства не предоставлены по веским причинам или о таких причинах ничего не известно, так и в случае безосновательного непредоставления доказательств, которое может расцениваться как недобросовестное. В этом последнем случае в арсенале у арбитражного суда есть и другие меры. Их можно вывести из общих принципов автономии арбитров в решении процессуальных вопросов и вопросов доказывания, а иногда они закреплены в арбитражных регламентах, других документах, определяющих полномочия арбитра[332], а также непосредственно в законодательстве о международном коммерческом арбитраже. Так, статья 41(7) Английского закона об арбитраже предусматривает такие последствия для стороны, которая не выполнила обязанность по предоставлению доказательств: (а) сторона-нарушитель может быть лишена права полагаться на любое из утверждений или материал, которые были предметом требования арбитражного суда; (б) неблагоприятный вывод в результате такого непредоставления; (в) принятие арбитражного решения на основе материалов, которые были должным образом предоставлены; (г) распределение арбитражных расходов таким образом, чтобы это учитывало последствия невыполнения требования[333].

---

[331] Статья 30(3) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, статья 42(6) Регламента МКАС при ТПП Украины, § 31(5) Регламента МКАС при ТПП РФ.

[332] Например, в акте о полномочиях, предусмотренном статьей 23 Арбитражного регламента ICC (2012).

[333] Arbitration Act 1996.

В арбитраже по Регламенту международного арбитража ICDR также возможной реакцией на нарушение стороной приказа арбитражного суда о предоставлении доказательств является неблагоприятный вывод и учет такого поведения при распределении арбитражных расходов[334].

Г. Кауфман-Колер и Ф. Берч считают, что в случае невыполнения стороной приказа о предоставлении доказательств, арбитражный суд имеет, по крайней мере, три альтернативы: обращение в государственный суд для принудительного исполнения приказа; неблагоприятный вывод; возложение бремени доказывания на сторону-нарушителя[335]. Д. А. Шемелин считает, что арбитражный суд может также применить менее строгий, чем обычный, стандарт доказывания (стандарт *prima facie* вместо стандарта баланса вероятностей) как реакцию на невыполнение одной из сторон обязанности по предоставлению доказательств[336]. С таким утверждением сложно согласиться, поскольку стандарт доказывания вряд ли можно считать могущим быть измененным в ответ на действия стороны. Он зависит от обстоятельств, подлежащих установлению. Кроме того, стандарт *prima facie* является стандартом выполнения бремени предоставления доказательств, а не в целом стандартом доказывания.

Поскольку невыполнение обязанности предоставить доказательства часто рассматривается как проявление недобросовестности в доказывании, меры реакции арбитражного суда на него рассмотрены в посвященной этой теме главе 16.

---

[334] Статья 21(9) Регламента международного арбитража ICDR.См. также статью 8(b) Руководящих принципов ICDR по обмену информацией.

[335] *Kaufmann-Kohler G.* Discovery in international arbitration: How much is too much? / Gabrielle Kaufmann-Kohler, Philippe Bärtsch // Zeitschrift für Schiedsverfahren. — 2004. — Heft 1. — p. 21.

[336] *Шемелин Д. А.* Изменение стандарта доказывания в международном коммерческом арбитраже // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 1 : сб. ст. / под ред. А. В. Асоскова, Н. Г. Вилковой, Р. М. Ходыкина. — М. : Инфотропик Медиа, 2013. — С. 192.

§ 7.8. Роль арбитра в выполнении бремени доказывания

То, что равное отношение к сторонам должно быть непременно обеспечено в любом арбитражном разбирательстве, является правилом, не знающим исключений. Равное отношение к сторонам обеспечивается, помимо прочего, путем наделения сторон активной ролью в процессе доказывания в большинстве арбитражей. В то же время рафинированный состязательный подход, при котором арбитру отведена роль слушателя, лишенного инициативы в доказывании, по мнению авторитетных авторов, не проявляется ни в одной из арбитражных систем[337]. Даже Закон Англии об арбитраже 1996 года, акт, созданный в правовой системе общего права, наделяет арбитражный суд правом проявлять инициативу в процессе доказывания (статья 34).

Общепризнано, что арбитражный суд может, если только не введены специальные ограничения, проявлять инициативу в определении подлежащих установлению вопросов факта и права, а также собственно в их установлении[338]. В арбитражных регламентах перечень таких допустимых инициатив представлен в различных формулировках. Однако даже тогда, когда об этом прямо не указано, считается, что автономия арбитров в сфере доказывания предусматривает наличие права проявить инициативу в таких сферах:

– указать сторонам на требующие установления обстоятельства[339];
– самостоятельно обращаться к любым источникам для выяснения вопросов факта и права[340];

[337] *Moss G. C.* International Arbitration and the Quest for the Applicable Law / Giuditta Cordero Moss // Global Jurist. — 2008. — Vol. 8, Issue 3. — Article 2. — p. 15.

[338] Некоторые арбитражные регламенты даже возлагают на арбитражный суд обязанность устанавливать обстоятельства дела всеми надлежащими способами в кратчайший срок (см. статью 25(1) Арбитражного регламента ICC (2012)).

[339] См. статью 22.1(iii) Арбитражного регламента LCIA (2014).

[340] См. статью 22.1(iii) Арбитражного регламента LCIA (2014), статью 29(1) Венского арбитражного регламента (2013).

– запрашивать дополнительные документы и другие доказательства[341];
– считать обязательной явку свидетеля, вызвать и допросить свидетеля[342];
– назначить собственного эксперта[343].

Иначе обстоит дело с тем, чтобы выяснить, как эти инициативы могут быть проявлены для обеспечения эффективного разбирательства без ущерба для справедливости процесса. Среди ученых и практиков арбитража отсутствует единое мнение относительно того, какую роль должен играть арбитражный суд в процессе доказывания и каковы пределы инициатив арбитров в установлении вопросов факта и права.

Некоторые авторы считают, что вместо того, чтобы ожидать представления сторонами большого объема доказательств, арбитражный суд должен сам проявить инициативу в организации рассмотрения дела путем определения сторонам заранее доказательств, которые арбитражный суд считает необходимыми для того, чтобы определенные обстоятельства дела были установлены *prima facie*[344]. С таким категоричным подходом сложно согласиться, поскольку его применение как общего правила не может происходить без ущерба для обеспечения равного отношения к сторонам и права сторон изложить свои аргументы. Арбитражный суд может указать стороне на необходимость предоставления доказательств. Однако он не должен при этом выполнять роль ее адвоката. Например, из решения МКАС при ТПП Украины от 28 сентября 2001 года видно, что арбитражный суд предложил истцу представить доказательства фактической уплаты арендаторами арендной платы за пользование помещениями предыдущему владельцу этого здания. В то же время такое предложение не может рас-

[341] См. статью 27(3) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, статью 25(5) Арбитражного регламента ICC (2012), статью 24(3) Швейцарского регламента международного арбитража (2012), статью 22.1(iv) и (v) Арбитражного регламента LCIA (2014), статью 29(1) Венского арбитражного регламента (2013).

[342] См. статью 29(1) Венского арбитражного регламента (2013).

[343] См. статью 29(1) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ.

[344] *Marossi Z.* Evidentiary Obligations in Contemporary International Litigation : PhD in Law Thesis / Zeinalabedin Marossi. — University of Amsterdam, 2008. — p. 63.

цениваться как «подсказка» истцу того, что именно он должен доказывать и с помощью каких доказательств, поскольку истец сам утверждал, что после приобретения им у ответчика здания арендаторы продолжали платить арендную плату на счета ответчика или уполномоченных им лиц[345]. Таким образом, сделанная арбитражным судом конкретизация была равноценна предложению представить доказательства в подтверждение обстоятельств, о которых истец уже заявил, и не давала идей для лучшего обоснования позиции стороны.

7.8.1. Инициатива в установлении фактов

Арбитражный суд, как правило, должен воздерживаться от самостоятельного поиска доказательств фактических обстоятельств. Активность арбитражного суда ограничена принципом равного отношения к сторонам и не должна переходить границы, за которыми арбитры выполняют роль следователей или адвокатов. Стоит отметить, что изложенный выше подход, который предусматривает ограничение инициативы арбитражного суда и проведение им самостоятельных исследований только по поручению сторон, является распространенным, однако не общепризнанным во всех арбитражных системах. Например, Арбитражный регламент LCIA (2014) (статья 22.1(iii)) и Регламент международного арбитража частного оператора услуг по арбитражу и медиации корпорации JAMS (статья 20.4) предусматривают, что арбитражный суд может по инициативе стороны или по собственной инициативе определять вопросы, подлежащие установлению, а также устанавливать соответствующие факты и право или нормы, которые подлежат применению, а также исследовать суть спора сторон[346]. Венский регламент (2013) позволяет арбитрам самостоятельно собирать доказательства (статья 29(1)). Такие широкие полномочия арбитражного суда, конечно, могут быть ограничены договоренностью сторон. А до тех пор, пока такой

[345] Решение МКАС при ТПП Украины от 28 сентября 2001 года [*О взыскании убытков*].
[346] JAMS International Arbitration Rules, effective August 1, 2011.

договоренности нет, арбитры могут на основании этой нормы осуществлять собственный поиск и установление содержания норм, подлежащих применению, а также необходимых для разрешения дела фактических обстоятельств. В то же время даже в условиях действия таких правил, арбитражный суд не может нарушать принцип равного отношения к сторонам.

Арбитры не испытывают особых затруднений в том, чтобы указывать сторонам на необходимость установить с помощью доказательств факты, о которых стороны заявили. Если же стороны об определенных фактах не заявляли, то арбитры по необходимости могут обратить на них внимание сторон, если это не выльется в помощь в построении позиции стороны[347].

В отношении пределов права арбитров запрашивать у сторон доказательства факта по собственной инициативе представляется обоснованным считать, что *арбитры могут без ущерба для соблюдения принципа равного отношения к сторонам предлагать сторонам представить доказательства сделанных ими заявлений, а также запрашивать вполне конкретные доказательства, на которые сторона сослалась* в заявлениях[348] либо в других доказательствах, предоставленных ею (*incorporation by reference*). Примером последнего может служить ситуация, когда привлеченный стороной свидетель в своих показаниях ссылается на некий документ, находящийся под контролем у такого свидетеля или привлекшей его стороны. Такой документы может быть запрошен арбитражный судом. Этот подход также укладывается в концепцию «лучшего доказательства»[349], поскольку получается, что арбитражный суд, получив от свидетеля показания о содержании некоего документа, рассматривает эти показания как производное доказательство и закономерно нуждается в первичном. Таким образом, *арбитражный суд, как правило, может без ущерба для соблюдения принци-*

[347] См. например статью 20(3) Регламента международного арбитража ICDR (2014).

[348] Некоторые арбитражные регламенты даже содержат нормы, обязывающие или предлагающие стороне представить доказательства, на которые сторона ссылается в иске или в возражении на него (см. например статьи 20(4) и 21(2) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ). Это же относится и к другим заявлениям, сделанным сторонами в ходе арбитражного рассмотрения.

[349] Этому понятию посвящен § 9.3.

па равного отношения к сторонам указать на необходимость представления «лучшего доказательства», поскольку в этом случае сторона уже заявила о своей позиции и представила доказательства. Иначе обстоит дело, если свидетель, привлеченный одной стороной, ссылается на документ, находящийся, по его утверждению, в распоряжении или под контролем у другой стороны. При решении вопроса о возможности получить у этой стороны документ арбитрам следует исходить из общих правил получения доказательств по запросу[350].

7.8.2. Инициатива в установлении содержания права. *Iura novit arbiter*

Признанным в мировой арбитражной практике считается подход к содержанию материального права, подлежащего применению для разрешения спора, как к вопросу, который входит в предмет доказывания. Исследователи и практики международного коммерческого арбитража пришли к определенным компромиссным для большинства правовых систем выводам и обобщениям, которые были воплощены в Рекомендациях Ассоциации международного права по установлению содержания права, подлежащего применению в международном коммерческом арбитраже, принятых на 73-й конференции Ассоциации в 2008 году[351]. Рекомендации указывают, что *арбитры, как правило, не должны самостоятельно привлекать правовые аргументы, которые не были привлечены сторонами и которые могут повлиять на результат решения спора, если только речь не идет о правовых вопросах, касающихся публичного порядка*. В то же время Рекомендации определяют, что *арбитры не связаны толкованиями сторон относительно содержания права, подлежащего применению, а также могут обращаться к другим*

[350] Детальнее в § 15.6.

[351] International Law Association Recommendations on Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration. Resolution No. 6/2008 of the 73rd Conference of the International Law Association held in Rio de Janeiro, Brazil, 17–21August 2008.

источникам для исследования тех правовых аргументов, которые были привлечены сторонами.

Очень важно различать следующие вопросы:

(1) выбор права, который является прерогативой сторон;

(2) представление правовых аргументов (*legal arguments*), в отношении которых также ожидается инициатива сторон;

(3) установление содержания права и исследование правовых источников (*legal authorities*) в пределах представленных сторонами правовых аргументов.

Именно в последней группе вопросов инициатива арбитров может в более полной мере проявляться без ущерба для обеспечения соблюдения принципа равного отношения к сторонам.

Большинство известных арбитражных регламентов требуют, чтобы арбитражный суд применял право, которое указали (согласовали) стороны[352]. Только если стороны не указали право, арбитражный суд может применять право и нормы, которые сочтет надлежащими. Такое определение арбитражным судом права не эквивалентно самостоятельному установлению содержания права. Также, стороны, сделав выбор права, не считаются выполнившими каждая свое бремя предоставления арбитражному суду доказательств, которые позволят установить содержание норм, подлежащих применению и обосновывающих требования и возражения стороны.

Если же стороны представили арбитражному суду доказательства, позволяющие установить содержание права, арбитражный суд должен воздержаться от самостоятельных правовых исследований. По мнению П. Беннета Марроу, если по крайней мере одна сторона предоставляет юридические обоснования, можно утверждать, что арбитражный суд должен воздержаться от самостоятельных исследований, если только другая сторона или обе стороны не выкажут согласие на проведение арбитражным судом самостоятельных исследований. В таких обстоятельствах, лучшим решением ситуации, как

[352] См. арбитражные регламенты ЮНСИТРАЛ (статья 35), ICC (статья 21), МКАС при ТПП Украины (статья 14), Регламент международного арбитража ICDR (статья 31) (International Centre for Dispute Resolution International Arbitration Rules, Rules Amended and Effective June 1, 2014).

утверждает П. Беннет Марроу, будет исполнение воли сторон арбитражным судом[353]. С таким выводом можно согласиться с определенными оговорками. Если одной из сторон доказательства права представлены, арбитражный суд может прибегнуть к самостоятельным правовым исследованиям и вносить на рассмотрение правовые вопросы, которые не были подняты сторонами, только с согласия всех сторон, однако не одной из них. Иначе арбитры могут получить статус оппонента той стороны, которая представила правовые аргументы.

Другим аспектом, который следует учесть, является транснациональный публичный порядок, который арбитры, очевидно, должны учитывать, даже если стороны не ссылались на него.

Важно отметить, что в случае применения любого из подходов, изложенных выше, право сторон ограничить арбитражный суд в своих исследованиях права сохраняется. Даже в ситуации, когда арбитр имеет собственное понимание того, какие именно нормы подлежат применению и каков их смысл, однако стороны достигли согласия о том, что арбитражный суд должен применять только нормы, на которые сослались стороны, и / или исходить из изложенного ими содержания этих норм, арбитражный суд должен действовать в рамках этой договоренности. Может показаться, что это будет противоречить рекомендациям Ассоциации международного права, в которых указано, что арбитры не являются связанными предоставленными сторонами аргументами относительно содержания права (рекомендация 7). Однако следует обратить внимание на то, что в указанной рекомендации говорится об аргументах сторон (каждой стороны отдельно), а не о соглашении сторон. Соглашение сторон, в том числе по вопросам содержания права, подлежащего применению, является обязательным для арбитражного суда с учетом публичного порядка и норм, обязательных к применению. Результатом такой ситуации может быть принятие арбитражного решения, которое может показаться ошибочным в том смысле, что специалист, знающий право, которое подлежало применению, с большой вероятностью принял бы

[353] *Marrow P. B.* Can an Arbitrator Conduct Independent Legal Research? If Not, Why Not? / Paul Bennett Marrow // NYSBA Journal. — 2013. — May. — p. 29.

другое решение, если бы исходил из тех же фактических обстоятельств. Однако такая ситуация не свидетельствует о неправильности решения арбитражного суда и, тем более, не должна служить основанием для отмены арбитражного решения или отказа в его принудительном исполнении.

Во-первых, рассмотрение дела в международном коммерческом арбитраже, как неоднократно отмечалось ранее, не имеет целью установление объективной истины, а только решение спора между сторонами. Поскольку между сторонами отсутствует спор, и даже достигнуто соглашение по отдельным вопросам, которые подлежали доказыванию, решение таких вопросов арбитражным судом без учета этой договоренности выходило бы за пределы полномочий, предоставленных сторонами.

Во-вторых, в случае если сторона, против которой принято арбитражное решение, обращается в компетентный суд с ходатайством об отмене арбитражного решения или возражает против его допуска к принудительному исполнению со ссылкой на неправильное применение арбитражным судом права, избранного сторонами, такая отмена или отказ в предоставлении разрешения на принудительное исполнение по мотивам неправильного применения права являются проблематичными в большинстве стран с современным законодательством об арбитраже и проарбитражной судебной практикой.

Если договоренность сторон приводит к необходимости принять арбитражное решение, которое очевидно нарушает публичный порядок, то возможным правильным выходом из этой ситуации является сложение арбитрами полномочий по рассмотрению дела либо принятие решения вопреки соглашению сторон, если *lex arbitri* допускает такую возможность[354].

Если арбитражное решение может, по утверждению стороны, противоречить публичному порядку страны исполнения решения, то следует учитывать, что арбитражный суд не обязан самостоятельно устанавливать при принятии своего решения содержание права каждой из стран, в которых может возникнуть необходимость в исполнении этого решения, даже

[354] См. например статью 21 Шведского закона об арбитраже (Swedish Arbitration Act (SFS 1999:116)).

если речь идет о базовых принципах правопорядка таких стран. Соблюдению *ex officio* подлежит транснациональный публичный порядок, принципы которого, скорее всего, будут общими для правовых систем как страны места арбитража, так и страны исполнения арбитражного решения[355].

В случаях, когда речь не идет о нарушении публичного порядка, другие специфические основания для отмены или отказа в исполнении арбитражных решений, если такие основания касаются очевидного неправильного применения права, например доктрина явного пренебрежения к праву (США), также не должны применяться. Доктрина явного пренебрежения к праву предусматривает сознательные действия арбитров, направленные на игнорирование права, подлежащего применению с очевидностью. Если решение основано на договоренности сторон о толковании права, отсутствует решающий компонент в действиях арбитра — арбитр не игнорирует доказательства права, представленные стороной.

Кроме того, в большинстве случаев арбитражные регламенты и арбитражное законодательство стран лишают сторону права требовать отмены арбитражного решения или иным образом ссылаться на нарушения, о которых сторона, очевидно, могла заявить в ходе арбитражного разбирательства, однако своевременно не заявила[356]. В описываемом же случае стороны совместно создали обстоятельство, на которое далее одна из сторон ссылается как на нарушение.

Другие же основания для отмены или отказа в признании и исполнении[357] не могут быть применены, поскольку основываются на необходимости установления нарушения равенства сторон или выхода арбитражным судом за пределы предоставленных полномочий. Ни об одном из этих нарушений не может быть речи в случае достижения сторонами соглашения.

---

[355] О том, какие принципы в сфере доказывания составляют транснациональный публичный порядок, детально в § 3.2 (пункт 3.2.3).

[356] См. например статью 39 Арбитражного регламента ICC (2012), статью 32.1 Арбитражного регламента LCIA (2014).

[357] По крайней мере те, которые изложены в Нью-Йоркской конвенции, арбитражном законодательстве стран, принявших в качестве образца Типовой закон ЮНСИТРАЛ, и некоторых других стран с развитым законодательством об арбитраже.

Итак, арбитражный суд может, однако не обязан проявлять инициативу в доказывании как вопросов факта, так и права. Активность арбитражного суда ограничена принципом равного отношения к сторонам и не должна переходить границы, за которыми арбитры выполняют роль следователей или адвокатов. Стоит отметить, что изложенный выше подход, который предусматривает ограничение инициативы арбитражного суда и проведение им самостоятельных исследований только по поручению сторон, является распространенным, однако не общепризнанным во всех арбитражных системах. Например, Регламент международного арбитража частного оператора услуг по арбитражу и медиации — корпорации JAMS — не только позволяет арбитражному суду восполнить пробелы, созданные сторонами, но и содержит специальную норму (статья 20.4), в соответствии с которой арбитражный суд может по инициативе стороны или по собственной инициативе определять вопросы, подлежащие установлению, а также устанавливать соответствующие факты и право или нормы, которые подлежат применению, а также исследовать суть спора сторон[358]. Такие широкие полномочия арбитражного суда, конечно, могут быть ограничены договоренностью сторон. А до тех пор, пока такой договоренности нет, арбитры могут на основании этой нормы осуществлять собственный поиск и установление содержания норм, подлежащих применению. В то же время даже в условиях действия таких правил, арбитражный суд не должен нарушать принцип равного отношения к сторонам.

Таким образом, в *международном коммерческом арбитраже признанным является возложение на стороны бремени предоставления арбитражному суду доказательств, которые позволяют установить содержание норм права, подлежащих применению для разрешения дела, так называемых доказательств права. Арбитражный суд, как правило, должен воздерживаться от привлечения доказательств права, на которые ни одна из сторон не ссылается. В то же время арбитражный суд в целом вправе осуществлять собственные правовые исследова-*

[358] JAMS International Arbitration Rules, effective August 1, 2011.

ния и не ограничен оценками и толкованиями сторон, если только стороны не достигли соглашения в отношении содержания права. Такое соглашение сторон является обязательным для арбитражного суда во всех случаях, кроме тех, когда его выполнение приведет к принятию арбитражного решения с нарушением публичного порядка.

7.8.3. Право арбитра комментировать выполнение бремени доказывания

Арбитры не должны высказывать идеи, которые для своего обоснования требовали бы наличия доказательств, которые представлены не были. Иными словами, арбитры не должны строить вместо сторон гипотезы и приводить аргументы.

Значительные сложности деятельности арбитражного суда в доказывании, а в дальнейшем также в процессе подготовки арбитражного решения, создают ситуации, когда (1) сторона представила документы, показания, иные материалы, но не обосновала ими свои утверждения об имеющих значение обстоятельствах, либо (2) заявила об обстоятельствах, но не подтвердила эти заявления доказательствами.

Среди практиков арбитража, насколько можно об этом судить, преобладает мнение, что арбитры не должны помогать стороне выстраивать свою позицию и вводить в обоснование своего решения факты, на которые сторона не сослалась. При этом одно только то обстоятельство, что среди представленных доказательств были такие, из которых можно было заключить о факте, не тождественно заявлению о факте[359].

[359] Упущение из виду этого важного обстоятельства в некоторых юрисдикциях может быть чревато отменой арбитражного решения. Так, в судебной практике Швеции утвердился подход, согласно которому «если состав арбитража основывает свое решение на факте, не заявленном надлежащим образом ни одной из сторон, то это по общему правилу считается основанием для оспаривания решения. [...] существенный факт не считается надлежащим образом заявленным, если он просто упомянут в утверждениях сторон среди обстоятельств дела или в заключительных заявлениях либо в письменных доказательствах или в свидетельских показаниях» (см. *Андерссон Ф.* Арбитраж в Швеции / Андерссон Ф., Исакссон Т., Юханссон М., Нильссон У. / Под ред. Дж. Херре. — М. : Статут, 2014. — С. 178).

В то же время, арбитры не могут подталкивать сторону к тому, чтобы она сделала необходимое заявление на основании представленных доказательств.

В арбитражной практике из этой сложной ситуации был найден выход: *арбитры могут требовать от сторон при представлении или запросе доказательств обоснования того, каким образом доказательство относимо и существенно*. Такое обоснование требует от стороны «встроить» доказательство в систему своих аргументов. В запросах на доказательства, обращенных к оппоненту, такое обоснование обязательно. На практике арбитры могут подтолкнуть стороны к необходимости связать запрошенные доказательства и утверждаемые обстоятельства с помощью таблицы Редферна (*Redfern Schedule*)[360], а также с помощью других инструментов получения доказательств.

В случае с доказательствами, поданными сторонами, ситуация может выглядеть сложнее, ведь часто стороны подают документы как приложения к своим заявлениям без раскрытия значения каждого документа. Однако и здесь арбитражный суд может воспользоваться одним из инструментов сужения объема исследуемых доказательств и переложить на стороны определение того, какие доказательства являются ключевыми и какие имеющие значение факты они подтверждают[361].

Тем, что арбитражный суд потребует от сторон указать, какие именно обстоятельства подтверждают те или иные представленные ими доказательства, он, арбитражный суд, не должен пытаться получить от сторон заявления обо всех имеющих значение фактах. Вполне может случиться, что одни и те же доказательства подтверждают несколько важных обстоятельств, из которых сторона указала только на некоторые. В этом случае арбитражный суд не должен «достраивать» за сторону ее систему аргументов и выискивать пропущенные факты. Арбитражный суд не вправе вмешиваться и указывать на другие важные факты, которые подтверждаются представленными доказательствами, но о которых сторона не заявляла.

---

[360] Детально об этом инструменте рассказано в § 15.6 (пункт 15.6.3).

[361] Рассмотрению этих инструментов посвящен § 17.2.

7.8.4. Делегирование функций арбитража в вопросах доказывания

Привлечение секретаря[362] (регистратора, администратора, делопроизводителя, докладчика[363]) для оказания сугубо административных услуг арбитражному суду, как правило, не противоречит природе арбитража.

Противоречия возникают, если секретарю или другому лицу, не входящему в состав арбитражного суда, поручается проведение правового анализа, сбор материалов о судебных прецедентах, опубликованных комментариев по правовым вопросам, а иногда даже подготовка проектов решений по процессуальным вопросам или проектов некоторых разделов арбитражного решения, особенно касающихся изложения фактов дела. Возложение арбитражным судом таких функций на секретаря и других лиц, по мнению некоторых комментаторов, возможно, при условии, что стороны об этом договорились и это не ведет к фактической передаче им части функций арбитра по принятию решения[364].

[362] Возможность назначения предусмотрена в статье 15(5) Швейцарского регламента международного арбитража (2012).

[363] Как это, например, предусмотрено в § 7 Регламента МКАС при ТПП РФ и активно применяется в практике МКАС при ТПП Украины.

[364] См. п. 27 Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства (1996 год) / Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, 1996 год, том XXVII. — С. 330.

Глава 8.
Презумпции и фикции

§ 8.1. Природа презумпций и фикций. Классификация

8.1.1. Общие замечания

Практика разрешения споров в международном коммерческом арбитраже свидетельствует о том, что признанный принцип возложения на каждую из сторон бремени доказывания обстоятельств, на которые она ссылается (*actori incumbit probatio*), не имеет сугубо упрощенного, механического применения. Это значит, что на сторону не возлагается во всех случаях обязанность доказывать утверждаемые ею *фактические* обстоятельства.

Некоторые фактические обстоятельства могут презюмироваться, а в отношении некоторых может действовать неопровержимое правило об их наличии, даже если в действительности они отсутствуют. Речь идет о правовых презумпциях и фикциях. Арбитражные суды признают необходимым применять правовые презумпции и фикции, как процессуальные, так и те, которые установлены в материальном праве[365].

Некоторые ученые-юристы называют презумпции и фикции суррогатами доказательств. Как будет видно далее, с этим

[365] Например, МКАС при ТПП Украины в своем решении от 23 сентября 2004 года указал на то, что ответчик не представил доказательств отсутствия вины в неуплате задолженности, хотя отсутствие вины в нарушении обязательства в соответствии со статьей 209 Гражданского кодекса УССР должна доказывать сторона, которая его нарушила (см. решение МКАС при ТПП Украины от 23 сентября 2004 года [*О взыскании стоимости поставленного товара и возмещении убытков, вызванных уплатой в бюджет Украины пени за нарушение сроков поступления валютной выручки*]). Как видно, арбитражный суд применил презумпцию, закрепленную в материальном праве Украины.

можно согласиться, если мы говорим о материально-правовых презумпциях и фикциях. Хотя разумно было бы вести речь о суррогате чего-либо только после того, как рассмотрено это нечто, о презумпциях все же будет сказано прежде доказательств, чтобы не разрывать дальнейшее последовательное изложение в логической цепи «доказательство — средство доказывания — правила представления доказательств».

Презумпции как категории логики происходят из опыта (это обоснованное опытом предположение о наиболее вероятной связи между явлениями), а как категории права — из материального и процессуального права. Презумпция, как ее понимают в теории разрешения споров международными юрисдикционными органами, требует или позволяет арбитру при наличии обстоятельства *X* прийти к выводу, что обстоятельство *Y* также наличествует. В тех случаях, когда презумпция является неопровержимой, *Y* следует в силу предписания права и не может быть опровергнуто представлением доказательств противного. И наоборот, если презумпция является опровержимой, существование обстоятельства *Y* может быть поставлено под сомнение, если представлены доказательства в опровержение[366].

8.1.2. Фактические и юридические презумпции

В традиции общего права презумпции рассматриваются с довольно широким значением. Выделяют фактические (*presumptions of fact*) и юридические презумпции (*presumptions of law*). Первые являются подтвержденной опытом связью между *factum probandum* и *factum probans*[367], позволяющей говорить, что наличие определенного факта указывает на наличие факта, требующего доказывания. Примером такой презумпции является доктрина «*res ipsa loquitur*». Фактическими эти презумп-

[366] *Pfitzer J. H.* Burden of Proof in WTO Dispute Settlement: Contemplating Preponderance of the Evidence by James Headen Pfitzer and Sheila Sabune. — Geneva : International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2009. — p. 7.

[367] Значение этих терминов раскрыто в § 6.1. (пункт 6.1.3 (i)).

ции являются не в том смысле, что они относятся только к фактическим обстоятельствам, вопросам факта. Конечно же, презумпции могут применяться в доказывании не только вопросов факта, но и вопросов права[368]. Презумпция является фактической, поскольку проистекает из действительного опыта, из представления о фактической связи между явлениями в мире, из здравого смысла.

Юридические презумпции (*presumptions of law*) непосредственно закреплены в праве и в большей мере соотносятся с тем, что принято называть презумпцией в континентальных правовых системах.

Стоит отметить, что в арбитражной практике презумпции часто понимают еще более широко, нежели это допускает понятие фактической презумпции, а именно как результат выполнения стороной своего бремени по предоставлению доказательств, в результате чего это бремя переходит к другой стороне. Так, по результатам представления стороной доказательств *prima facie* арбитры могут презюмировать наличие утверждаемых ею обстоятельств. В этом случае понятие «презумпция» употребляется в очень широком смысле, тождественном предположению (*assumption*), а не презумпции с привычным юристу значением.

В этой книге понятие «презумпция» используется преимущественно в узком значении юридической презумпции, с которым его принято употреблять в отечественной правовой науке и согласно которому *презумпция является закрепленным в праве предположением о наличии или отсутствии определенных обстоятельств, имеющих юридическое значение*[369].

---

[368] Например, после представления доказательств права, указывающих на наличие определенной правовой нормы, арбитры презюмируют ее длящееся действие, то есть, что она не отменена на момент принятия решения по делу. Такая презумпция является частным случаем презумпции стабильности, которая имеет процессуальный характер и возлагает бремя доказывания изменений на сторону, которая утверждает о таких изменениях.

[369] См. *Зіменко О. В.* Теоретико-правовий аспект співвідношення преюдиції та презумпції у механізмі правового регулювання / О. В. Зіменко // Порівняльно-аналітичне право. — 2013. — № 3. — С. 22.

Не будет лишним отметить, что по своей сути все презумпции являются фактическими, поскольку будь то на уровне здравого смысла или же будучи установленными в праве, они закрепляют возможность или необходимость сделать суждение о существовании одного факта по представлению другого.

8.1.3. Опровержимые и неопровержимые презумпции

В европейской правовой науке выделяют неопровержимые (*conclusive presumptions* или *irrebutable presumptions*) и опровержимые (*rebutable presumptions*) презумпции.

Опровержимая презумпция — *praesumptio iuris tantum* — является предположением о существовании определенного факта, если только не будет доказано обратное[370].

Неопровержимые презумпции исключают возможность опровергнуть наличие презюмируемых обстоятельств любыми доказательствами. Для юриста, воспитанного в общеправовой традиции, такой род презумпций может показаться противоречащим самой природе презумпции, поскольку презумпции принято рассматривать как некую вероятностную, а не абсолютную связь между фактами, которую всегда можно опровергнуть. Это особенно характерно для американского подхода, хотя и там сохранилась концепция презумпции *iuris et de iure* (неопровержимой презумпции), явления довольно редкого по сравнению с презумпциями *iuris tantum* (опровержимыми презумпциями).

8.1.4. Природа правовой фикции

Близко к концепции неопровержимой презумпции стоит концепция юридической фикции. Принципиальное различие состоит в том, что неопровержимая презумпция основана на

[370] *Marossi Z.* Evidentiary Obligations in Contemporary International Litigation : PhD in Law Thesis / Zeinalabedin Marossi. — University of Amsterdam, 2008. — p. 104.

высокой вероятности наличия презюмируемого обстоятельства. Применение же юридических фикций ведет к закреплению вымысла в праве. При этом, важным свойством юридических фикций является их неопровержимость[371].

Можно согласиться с доктринальным определением понятия «правовая фикция», согласно которому правовая фикция — это нормативно выраженное положение, которое закрепляет в правовой системе несуществующее существующим или существующее несуществующим, имеет общеобязательное значение и вызывает определенные правовые последствия[372]. Практически все свойства правовой фикции, кроме общеобязательности, могут быть признаны в арбитраже. Общеобязательным значением правовая фикция в арбитраже не обладает, по крайней мере, потому, что материально-правовые фикции, чтобы быть примененными, сами нуждаются в том, чтобы ссылающаяся на них сторона доказала их применение.

8.1.5. Процессуальные и материальные правовые презумпции и фикции

В контексте доказывания в национальных судебных процессах процессуальные и материально-правовые презумпции часто рассматриваются как основания освобождения от доказывания. При этом цель процессуальной презумпции видится в том, чтобы исключить представление участниками судебного процесса доказательств, необходимых для вынесения судебного решения, или определить субъекта, на которого возлагается бремя доказывания и, таким образом, распределить бремя доказывания между сторонами. Материально-правовая презумпция указывает на наличие определенного юридического факта при наличии других фактов и может касаться неопределенно-

[371] См. *Величко О.* Юридичні фікції у цивільному праві / О. Величко // Наукові записки. — 2003. — Том 22. — Частина II. — С. 221.

[372] *Ул'яновська О.* Сутність правової фікції / О. Ул'яновська // Право України. — 2011. — № 1. — С. 186.

го круга лиц или субъектов правоотношений[373]. Как отмечает Дж. Барсело, при определенных обстоятельствах суд в странах общего права может допустить, чтобы применение правовой презумпции привело к перекладыванию на другую сторону даже бремени убеждения, что приведет к перекладыванию всего бремени доказывания. В континентальных системах, например в Германии, применение презумпции также может привести к перекладыванию бремени доказывания на другую сторону[374]. О том, что такой подход возможен на практике, свидетельствует тот факт, что в свое время он был закреплен в европейском праве. Статья 14 Конвенции ЕЭС о праве, которое применяется к договорным обязательствам (г. Рим, 1980), устанавливает, что право, регулирующее договор, применяется также в части, устанавливающей презумпции или определяющей бремя доказывания[375].

Таким образом, в контексте национальных судебных процессов процессуальные и материально-правовые презумпции рассматриваются как специальное правило возложения бремени доказывания, а их применение является обязательным для суда в силу того, что знание и правильное применение материального и процессуального права составляет обязанность суда.

В то же время в научной литературе отсутствует единое мнение о том, какую природу имеют презумпции и фикции в арбитраже и как они соотносятся с уже упомянутым принципом «*actori incumbit probatio*», возлагающим на каждую сторону бремя доказывания утверждаемых ею обстоятельств. Очевидно, что в международном коммерческом арбитраже подход ко всем презумпциям как обязательным для арбитражного суда специальным правилам возложения бремени доказывания не является оправданным.

---

[373] *Ніколенко Л. М.* Доказування в господарському судочинстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / Л. М. Ніколенко ; НАН України. Ін-т екон.-правов. дослідж. — Донецьк, 2004. — С. 9.

[374] *Barcelo J. J.* Burden of Proof, Prima Facie Case and Presumption in WTO Dispute Settlement / John J. Barcelo // Cornell International Law Journal. — 2009. — Vol. 42. — pp. 32, 34.

[375] Convention On the Law Applicable to Contractual Obligations, opened for signature in Rome on 19 June 1980.

По мнению З. Маросси, бремя предоставления доказательств как составляющая бремени доказывания может быть выполнено стороной без предоставления собственно доказательств, а например, с помощью презумпции[376]. То есть презумпция рассматривается как средство выполнения бремени предоставления доказательств, и в этом смысле она ближе к доказательствам, чем к специальным правилам возложения бремени доказывания.

Применение материально-правовых презумпций в арбитраже имеет определенную специфику. Эта специфика прослеживается в том, что общеобязательность, характерная для презумпций в национальных судебных процессах, не проявляется в международном коммерческом арбитраже как необходимый признак презумпции, равно как и юридической фикции. Причиной является то, что нормы, в которых закреплены презумпции и фикции, будучи частью материального права, подлежат доказыванию стороной, которая ссылается на необходимость применения таких презумпции или фикции, поскольку в международном коммерческом арбитраже не действует принцип «*iura novit curia*», который требовал бы установить содержание материального права *ex officio*. Фактически ссылки стороны на необходимость применения материально-правовой презумпции или фикции требует доказывания содержания и применения презумпции или фикции. Доказывание вопросов факта таким образом «заменяется», а точнее, выполняется путем доказывания вопросов права. В этом проявляется «суррогатность» правовых презумпций и фикций как эквивалентов доказательств. Они не являются доказательствами факта, потому что не имеют всех свойств такого доказательства (в частности, не тестируются на предмет допустимости), не оцениваются по критериям оценки доказательств (критерий достоверности к ним неприменим). В то же время презумпции и фикции не являются и доказательствами права. Напротив, они сами нуждаются в доказывании своего содержания с помощью доказательств права, которыми могут

[376] *Marossi Z.* Evidentiary Obligations in Contemporary International Litigation : PhD in Law Thesis / Zeinalabedin Marossi. — University of Amsterdam, 2008. — p. 80.

быть, например, правовые акты, закрепляющие презумпции или фикции[377].

Материально-правовые презумпции и фикции, таким образом, являются суррогатами доказательств, с помощью которых сторона выполняет возложенное на нее бремя предоставления доказательств[378]. Они, как доказательства, должны быть представлены ссылающейся на них стороной, а арбитражный суд не обязан устанавливать их содержание и применение *ex officio*. В отличие от признания факта, которое само по себе не требует доказывания, презумпции и фикции, установленные в материальном праве, можно считать подлежащими доказыва-

[377] Например, в арбитражном разбирательстве по регламенту ICDR истец заявил, что им представлены доказательства нарушения обязательств со стороны ответчика и причинение ущерба, а бремя неопределенности в отношении размера ущерба должно быть возложено на нарушителя согласно презумпции, установленной правом Нью-Йорка, существование которой истец подтвердил представленными доказательствами права (судебными решениями) (см. ICDR Case No. 50 494 T 0030909, Final award of 15.09.2011 (*DigiTelCom, Ltd. v. Tele 2 Sverige AB*)).

[378] А. Г. Коваленко объединяет в одну группу так называемых суррогатных эквивалентов доказательств презумпции и судебные фикции, признание (фактов), а также системы привилегий (под ними понимается освобождение от обязанности давать свидетельские показания), считая, что общими для них являются прагматические цели — необходимость преодолеть длительные временные ограничения, негативные действия (бездействие) сторон, ситуацию неопределенности (см. *Коваленко А. Г.* Институт доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводстве / А. Г. Коваленко. — М. : Издательство НОРМА, 2002. — С. 53). Действительно, правовые презумпции и фикции имеют общие черты, которые позволяют условно отнести их к так называемым суррогатным эквивалентам доказательств. В то же время сложно согласиться с объединением в эту же категорию других, столь отличных по правовой природе, понятий. Например, концепция доказательственных привилегий по своей сути вообще противостоит целям доказывания. Как обоснованно считают Р. Моск и Т. Гинзбург, привилегии не способствуют установлению действительных обстоятельств, они существуют для защиты определенных интересов или отношений и, таким образом, направлены на достижение социальных или общественных целей. Правила о привилегиях позволяют лицу или стороне отказаться от дачи показаний или раскрытия определенной информации, даже если такая информация имеет значение для дела и является достоверной (см. *Mosk R.* Evidentiary Privileges in International Arbitration / Richard M. Mosk and Tom Ginsburg // The International and Comparative Law Quarterly. — Cambridge University Press. — 2001. — Vol. 50, No. 2. — p. 345). Таким образом, привилегии следует рассматривать как вид правил, которые ограничивают допустимость доказательств. В этом они имеют мало общего с правовыми презумпциями и фикциями. Признание фактов также не может быть поставлено в один ряд с презумпциями и фикциями, поскольку в отличие от последних, они являются основанием для освобождения от доказывания, а не средством выполнения этого бремени, которыми можно считать презумпции и фикции как эквивалент доказательств.

нию в той мере, в которой в международном коммерческом арбитраже подлежит доказыванию (установлению) содержание применимого материального права[379].

Процессуальные презумпции и фикции также применяются в арбитраже. Однако, во-первых, часто они непосредственно не касаются доказывания (как, например, правовая фикция места арбитража, территориальный характер арбитражного решения, его связь с правом страны места арбитража[380]), а во-вторых, часто они не закрепляются в конкретных нормах процесуального права[381], а выводятся из общих принципов права (как презумпция допустимости относимых доказательств)[382].

Процессуальные презумпции и фикции в арбитраже не требуют доказывания стороной, а применяются арбитражным судом *ex officio*. Опровержимые процессуальные презумпции можно считать специальными правилами возложения бремени доказывания.

Отдельные презумпции сложно с уверенностью отнести к той или иной категории. Применение некоторых из них в арбитраже вообще спорно. Например, презумпция соответствия иностранного права праву форума часто содержится в национальном процессуальном законодательстве или в специальных законах о международном частном праве. В законодательстве о международном коммерческом арбитраже она не закреплена. Этому есть несколько причин: во-первых, арбитраж не имеет своего форума, право которого арбитр должен был бы знать и применять *ex officio*; во-вторых, соглашение сторон о приме-

---

379 *Пильков К.* Международный коммерческий арбитраж: что нужно доказывать, кто должен доказывать? // Юрист & Закон, аналитическое издание. — 2014. — 27 февраля.

380 *Комаров В. В.* Международный коммерческий арбитраж : науч. изд. / В. В. Комаров, В. Н. Погорецкий. — Х. : Право, 2009. — С. 107.

381 Даже в тех случаях, когда некоторые презумпции содержатся в актах материального права, как, например, презумпции добросовестности участников гражданских правоотношений и разумности их действий (часть 5 статьи 10 Гражданского кодекса РФ), соответствующие им процессуальные презумпции в арбитражном разбирательстве не нуждаются в том, чтобы их выводили из этих актов материального права.

382 Напротив, материально-правовые презумпции и фикции, как правило, закреплены в конкретных нормах (примерами в украинском гражданском законодательстве являются ч. 2 ст. 614, ч. 2 ст. 679, ч. 2 ст. 1166, ч. 5 ст. 1187 Гражданского кодекса Украины), среди норм международного права можно назвать ст. 79 Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года.

нимом праве в арбитраже имеет куда большее значение, чем в национальных судебных процессах с иностранным элементом. Презюмировать, что избранное сторонами право аналогично какому-либо другому праву, которое арбитражный суд решил применить, может означать, что арбитражный суд решает спор с отступлением от соглашения сторон.

§ 8.2. Некоторые процессуальные презумпции в арбитраже

8.2.1. Обзор процессуальных презумпций

Презумпции, имеющие процессуальную природу, то есть касающиеся отношений в арбитражном разбирательстве, применяются арбитражным судом по собственному усмотрению с учетом соглашения сторон и с соблюдением обязательных норм *lex arbitri*. Содержание и порядок применения этих презумпций устанавливается арбитражным судом *ex officio*, без необходимости их доказывания сторонами, поэтому, как мы уже говорили ранее, их можно считать специальными правилами возложения бремени доказывания.

Поскольку процессуальные презумпции применяются по усмотрению арбитражного суда, далеко не всегда они закрепляются в арбитражных регламентах. В большинстве своем они представляют частный случай действия принципов доказывания в арбитраже и при необходимости логически выводятся из них.

Основными процессуальными презумпциями, из которых выводятся отдельные, более известные в арбитражной практике, являются такие презумпции:

– *презумпция отсутствия спора между участвующими в разбирательстве сторонами в отношении процессуальных вопросов*. Это одна из наиболее общих процессуальных презумпций, на применении которой зиждется эффективное арбитражное разбирательство. Хотя арбитрам рекомендуется практически по всем важным аспек-

там разбирательства консультироваться со сторонами, все же презюмируется отсутствие спора между ними по процессуальным вопросам;

– *презумпция безотносимости и несущественности материалов*. Как будет детальнее показано в пункте 8.2.2, сторона, представляющая или запрашивающая доказательства, должна обосновать их отношение к спору и существенность для его разрешения. Сторона, возражающая против принятия доказательства или против запроса, бремени доказывания безотносимости или несущественности изначально не несет;
– *презумпция допустимости доказательств*. Сторона, представляющая или запрашивающая доказательства, не несет бремени доказывания их допустимости;
– *презумпция отсутствия изменений* (презумпция стабильности отношений). Презумпция возлагает бремя доказывания на сторону, утверждающую об изменении в каком-либо явлении. В силу этой презумпции, например, у представителя стороны нет обязанности постоянно подтверждать свои полномочия, если единожды представленный документ предполагает их наличие на протяжении длительного времени. Здесь действует также презумпция добросовестности, предполагающая, что добросовестный представитель непременно сообщил бы, если бы его полномочия претерпели изменения или были прекращены, и не стал бы действовать без полномочий;
– *презумпция добросовестности и правомерности деяния*. Эта презумпция понимается в самом широком смысле и охватывает своевременность и надлежащий способ, презумпцию наличия полномочий и другие.

Некоторые презумпции имеют сложный характер, находясь на стыке описанных выше общих презумпций. Важно также понимать, в каких именно отношениях действуют те или иные презумпции. Так, например, безотносимость и несущественность материалов и показаний презюмируется при решении вопроса об их получении в качестве доказательств. Когда доказательства получены и приняты как относимые и суще-

ственные, презюмируется отсутствие изменений в отношении их относимости и существенности. Поэтому в тех редких случаях, когда сторона требует исключить какие-либо ранее принятые материалы или показания из состава доказательств ввиду их безотносимости или несущественности, уже на эту сторону возлагается бремя доказывания обстоятельства, сделавшего доказательство безотносимым или несущественным.

Далее здесь будут рассмотрены несколько наиболее важных и признанных в арбитражной практике процессуальных презумпций. Кроме приведенных ниже, в арбитраже действует множество других презумпций, которые часто не закреплены в процессуальном праве в виде специальных правил, однако могут быть выведены из него (презумпция допустимости доказательств и прочие). Их содержание в той или иной мере раскрыто в соответствующих главах этой книги, поскольку многие правила доказывания могут быть сформулированы в виде презумпции.

8.2.2. Презумпции безотносимости и несущественности документов, материалов и показаний

Представляемые арбитражному суду доказательства должны быть связаны с обстоятельствами, на которых основаны требования, или возражениями стороны. То есть, сторона, представляющая доказательство, должна обосновать его относимость. Доказательство также должно быть существенно для доказывания искомого обстоятельства, а представляющая доказательство сторона должна обосновать его существенность.

Стороны и арбитры не должны впадать в заблуждение, полагая, что закрепленное во многих арбитражных регламентах и в Правилах IBA (статья 9.1) положение о том, что арбитражный суд определяет относимость и существенность доказательств, возлагает на арбитров обязанность сделать это без участия сторон. Арбитры лишь являются судьями в вопросах об относимости и существенности, обосновать которые должна сторона, представляющая доказательства.

Арбитры, принимая различные материалы и показания в качестве доказательств без такого обоснования, совершают ряд ошибок. Во-первых они снижают эффективность разбирательства, создавая почву для приобщения к делу материалов, не имеющих к нему отношения или несущественных для решения спора. Во-вторых, они дают стороне повод считать, что сами установят все логические связи доказательства с искомыми обстоятельствами, то есть без участия стороны установят, что именно доказывает тот или иной материал или показание. В этом последнем случае арбитры нарушают принцип справедливого разбирательства, поскольку выполняют функции адвоката стороны.

Когда арбитражный суд возлагает обязанность обосновать относимость и существенность представляемого стороной доказательства, это полностью укладывается в рамки общего принципа «*actori incumbit probatio*». По этой причине можно было бы не говорить о существовании процессуальной презумпции, поскольку специальное правило возложения бремени доказывания отсутствует. Однако действие презумпции более ясно просматривается, когда другая сторона возражает против принятия арбитражным судом определенного материала или получения показаний от свидетеля по мотивам безотносимости или несущественности. Процессуальная презумпция указывает, что арбитражный суд должен убедиться в том, что от представляющей доказательство стороны получены *prima facie* обоснования его относимости и существенности. Только после этого арбитражный суд может обратиться к возражающей стороне с тем, чтобы она обосновала свои возражения.

8.2.3. Презумпция несущественности запрашиваемых доказательств

Эта презумпция является частным случаем презумпции несущественности доказательств.

В отдельных документах, отражающих признанную арбитражную практику по вопросам доказывания, можно встретить разные формулировки презумпции того, что документы

и другие доказательства, которые одна сторона запрашивает у другой, не являются относимыми к делу или существенными для его разрешения. Например, в пункте 5.11 Отчета ICC о техниках управления предоставлением электронных документов речь идет о том, что арбитражным судам «следует рассматривать возможность применения презумпции против требования предоставить скрытые метаданные, связанные с документом, который необходимо предоставить, если только запрашивающая сторона не докажет, что степень относимости и существенности превышает связанные с этим бремя и расходы»[383].

В принципе можно говорить, что в арбитраже эта презумпция применяется в отношении любых доказательств, которые одна сторона запрашивает у другой. Сформулирована она часто в виде правила об обязанности запрашивающей стороны обосновать относимость и существенность запрашиваемых доказательств. На это важно обратить внимание в тех редких случаях, когда арбитры не ориентируются в вопросах доказывания на Правила IBA или другие документы, указывающие на такую обязанность. Без такого ориентира после того, как одна сторона сформулировала свой запрос, а другая заявила о несущественности запрошенных доказательств для решения дела, на эту возражающую против запроса сторону может быть ошибочно возложено бремя доказывания несущественности доказательств. Сделано это может быть на том лишь основании, что она должна обосновать свои возражения в силу общего принципа «*actori incumbit probatio*». Как видно из изложенного выше, бремя доказывания должно возлагаться на запрашивающую сторону.

8.2.4. Презумпция наличия полномочий

Эту презумпцию можно было бы отнести к материально-правовым, поскольку часто в актах материального права

[383] Techniques for Managing Electronic Document Production When it is Permitted or Required in International Arbitration. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on the Production of Electronic Documents in International Arbitration. — Paris, ICC, 2012 — p. 11.

закрепляется презумпция наличия полномочий у руководителя юридического лица[384]. В то же время эта презумпция имеет более широкое применение и носит также процессуальный характер. Так, арбитражный суд может презюмировать, что лицо, которое расписалось в получении изданного им и направленного стороне курьером или по почте процессуального документа или уведомления, имело полномочия принять эти документы от имени стороны.

Применение этой презумпции находится всецело в руках арбитражного суда и не препятствует тому, чтобы арбитражный суд в любой момент потребовал от представителя стороны подтверждения своих полномочий[385].

8.2.5. Презумпция отсутствия спора о подлинности

Презумпция в отношении подлинности (аутентичности) документа[386] считается общепризнанной в арбитраже. Не является, однако, общим понимание этой презумпции. Авторы Отчета ICC о техниках контроля времени и расходов в арбитраже рекомендуют «*считать документы, представленные сторонами, аутентичными до тех пор, пока аутентичность не опровергнута другой стороной*» (п. 57 Отчета)[387]. Опровергнуть в этой рекомендации означает скорее поставить под сомнение, чем доказать. Без такой оговорки приведенное в Отчете ICC описание презумпции вводит в заблуждение, поскольку буквальное прочтение предполагает возложение бремени доказывания на сторону, заявляющую о том, что документ не аутентичен.

---

[384] Например, в гражданском праве Украины эта презумпция закреплена в таком виде (часть 3 статьи 92 Гражданского кодекса Украины): «В отношениях с третьими лицами ограничения полномочий по представительству юридического лица не имеют юридической силы, кроме случаев, когда юридическое лицо докажет, что третье лицо знало или по всем обстоятельствам не могло не знать о таких ограничениях».

[385] См. например статью 17 Арбитражного регламента ICC (2012), статью 13 Венского арбитражного регламента (2013).

[386] Вопросам подлинности документов посвящен § 17.4 (пункт 17.4.2).

[387] ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, Second edition (2014); publication date : 01.11.2014, Document No. : 861-1 ENG.

В Комментариях ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства 1996 года (пункт 52) презумпция сформулирована наиболее корректно. Арбитражному суду предлагается информировать стороны о том, что *при отсутствии каких-либо своевременно сделанных возражений*:

– документ принимается в качестве документа, происходящего из источника, указанного в документе;
– экземпляр отправленного сообщения принимается без дополнительного подтверждения того, что оно было получено адресатом;
– копия принимается в качестве правильной[388].

В связи с применением этих презумпций иногда возникают некоторые сложности, связанные с тем, что если описанные обстоятельства презюмируются, то именно на сторону, утверждающую обратное, возлагается бремя доказывания. Однако это не так. В описанных выше презумпциях *презюмируется отсутствие спора (возражений) в отношении происхождения документа из определенного источника, получения сообщения адресатом и соответствия копии оригиналу*. Поэтому уже само только возражение стороны опровергает эту презумпцию.

Такие презумпции устанавливаются только из соображений удобства, чтобы не обременять арбитражный суд и стороны установлением обстоятельств, в отношении которых в действительности спор отсутствует.

Справедливость этого утверждения подтверждается также тем, что у стороны, которая утверждает о несоответствии копии оригиналу, нет доступных способов доказать это. Напротив, у стороны, которая владеет оригиналом и представила копию, есть наиболее простой и доступный способ подтвердить аутентичность копии — представить оригинал. То же касается и других презумпций, приведенных выше в этом пункте. Таким образом, правильно было бы говорить скорее не о презумпции подлинности (аутентичности), а о презумпции отсутствия спора в отношении подлинности (аутентичности). Эта презумп-

[388] См. Комментарии ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства (1996 год) / Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, 1996 год, том XXVII. — С. 334.

ция находится на стыке более общих презумпций добросовестности и отсутствия спора о процессуальных вопросах.

8.2.6. Презумпция «*omnia contra spoliatorem*»

Процессуальная презумпция «*omnia praesumuntur contra spoliatorem*» («все презюмируется против нарушителя», чаще употребляется сокращенная версия — «*omnia contra spoliatorem*») изначально объясняла право суда в случае умышленного уничтожения стороной доказательства делать неблагоприятные для такой стороны выводы о содержании уничтоженного доказательства[389]. Детально о реализации этого права арбитражным судом рассказано в § 16.4.

В арбитражной практике область применения презумпции расширена и охватывает случаи безосновательного нарушения приказа арбитражного суда предоставить доказательства. Вместе с тем ее применение не следует рассматривать как санкцию штрафного характера. Действительно, в некоторых национальных судебных процессах применение презумпции «*omnia contra spoliatorem*» рассматривается не только как логически обоснованное средство выйти из тупика, в который недобросовестная сторона заводит суд своим нежеланием предоставить доказательства, но еще и как санкция за оскорбление суда, причиненное таким поведением. В современной практике последняя цель преследуется все реже. В международном коммерческом арбитраже она не может преследоваться в принципе. Арбитры не имеют права наказывать сторону пристрастным отношением к ее аргументам. Арбитры в отличие от судей в государственных судах, не являются представителями государственной власти, наделенными правом и обязанностью утверждать авторитет власти, в том числе путем применения санкций за посягание на этот авторитет. Поэтому в международном коммерческом арбитраже применение презумпции «*omnia contra spoliatorem*» возможно только в том случае и допустимо только

[389] *Eng K.* Spoliation of Electronic Evidence / Kevin Eng // Boston University Journal of Science & Technology Law. — 1999. — Vol. 5, No. 13. — para. 1.

до той меры, до которой вывод, следующий в результате применения презумпции, может быть обоснован законами логики.

Возникает вопрос о том, как арбитры должны реагировать на выявление подделки документов, лжесвидетельство, подкуп свидетелей, явные противоречия в представленных доказательствах. В отношении разрешения спора по существу реакция может быть только основанной на законах логики. Санкции к позиции стороны по делу неприемлемы. Арбитры должны препятствовать тому, чтобы такие ситуации негативно окрашивали их отношение ко всем остальным аргументам стороны, допустившей нарушение. В то же время такое поведение стороны может отразиться на распределении арбитражных расходов, но и здесь прослеживается компенсационная, а не карающая функция решения арбитражного суда о распределении расходов.

Правила IBA (статья 9.5 и 9.6) предусматривают применение этой презумпции. Правда, они ограничиваются лишь констатацией того, что арбитражный суд может прийти к выводу, что доказательство, безосновательно не предоставленное стороной, было бы неблагоприятно для позиции этой стороны. Однако такого вывода недостаточно, чтобы созданная отсутствием доказательства проблема была решена, ведь необходимо прийти к обоснованному суждению относительно обстоятельства. Если истец доказывает получение ответчиком прибыли с нарушением его прав, то отказ ответчика предоставить документы учета ничего не скажет арбитрам о размере этой прибыли, хоть и будет воспринят как направленный на сокрытие неблагоприятных для интересов ответчика фактов.

Предсказуемость арбитража всегда являлась его важным преимуществом. Она проявляется как необходимое следствие основополагающего принципа предоставления каждой стороне возможности высказать свою позицию, представить доказательства и дать комментарии в отношении доказательств оппонента. В отношении возможных последствий применения презумпции «*omnia contra spoliatorem*» предсказуемость также должна быть обеспечена. Это означает, что стороне должна быть предоставлена возможность прокомментировать или возразить против тех выводов, к которым

может прийти арбитражный суд, применяя презумпцию. Когда встает вопрос о применении неблагоприятных выводов, это крайне желательно, а иногда даже необходимо, ведь арбитрам нужно убедиться, что тот вывод, который они могут сделать в отношении обстоятельства, действительно, логически вытекает и становится возможным ввиду непредоставления стороной доказательства. С точки зрения соблюдения принципа равного отношения к сторонам наиболее безопасным способом сделать это будет дать возможность сторонам высказать свои комментарии в отношении того, какие выводы могут быть сделаны в связи с непредоставлением доказательства или другим нарушением. Это не маневр арбитров с целью вложить в уста стороны вывод, к которому они уже пришли сами. Арбитры должны в полной мере опереться на мнение сторон, а не выискивать в нем то, что созвучно с их собственным мнением.

Не лишним будет отметить, что отказ предоставить доказательства, защищенные привилегиями, которые признаны арбитражным судом применимыми, не может дать повод для применения неблагоприятных выводов. Неблагоприятные выводы также неприменимы в случае отказа предоставить дополнительные доказательства обстоятельства, которое и без того подтверждается другими доказательствами, презумпциями или не нуждается в доказывании по каким-либо причинам.

Применение презумпции «*omnia contra spoliatorem*» также не ограничивает сторону-нарушителя в праве представить другие доказательства своей позиции в отношении обстоятельства, которого касалось запрошенное у нее и не предоставленное ею доказательство[390]. Это не касается представления производных доказательств. Было бы несправедливо оставить за стороной, которая безосновательно отказалась предоставить первичное доказательство (например, оригинал документа), право полагаться на производное доказательство

[390] При этом сторона может быть лишена возможности в будущем представить такое запрошенное у нее и своевременно не предоставленное доказательство, поскольку оно будет считаться утаенным (детальнее об этом в § 16.3 (пункт 16.3.5)).

(копию такого документа). Здесь имеет место тот редкий случай, когда в принятии доказательства может быть отказано по мотивам его явной недостоверности[391]. Дело в том, что в этом случае презумпция в отношении подлинности (аутентичности)[392] уже опровергнута наличием требования предоставить первичное доказательство и презумпцией «*omnia contra spoliatorem*». Конечно, отказ в принятии производного доказательства при непредоставлении первичного обоснован далеко не всегда. Если первичное доказательство уничтожено, существенно изменено, находится вне контроля стороны либо по иным, не зависящим от стороны обстоятельствам, не может быть предоставлено, такая сторона не должна быть ограничена в праве представить производное доказательство. Естественно, сторона, которая требовала предоставления первичных доказательств, сама не лишается права полагаться на производные доказательства. Даже наоборот, в случае безосновательного отказа другой стороны предоставить первичное доказательство, такое производное доказательство, представленное оппонентом, может приобрести большее значение. Как видим, отношение к одному и тому же материалу может в корне меняться в зависимости от того, какая из сторон его представляет арбитражному суду и какие при этом применяются презумпции.

§ 8.3. Материально-правовые презумпции

8.3.1. Значение и применение презумпций

Презумпции, содержащиеся в материальном праве, имеют более четкие основания и последствия применения. В то же время, в отличие от процессуальных презумпций, применяе-

[391] Случай этот назван редким по той причине, что обыкновенно арбитрам не рекомендуется отказываться принимать доказательства, достоверность которых вызывает сомнение. В § 17.4. (пункт 17.4.2 (v)) сказано о том, что арбитражному суду крайне нежелательно отказывать в принятии материала сомнительной достоверности, поскольку такой материал, будучи принят, становится доказательством собственной недостоверности.

[392] О ней детально в пункте 8.2.5.

мых в арбитраже, материально-правовые презумпции часто специфичны для отдельных правовых систем[393].

Материально-правовая презумпция подлежит доказыванию в том смысле, что ссылающаяся на нее или требующая ее применения сторона должна представить доказательства права, которые позволят установить содержание презумпции и обосновать ее применение. Таким образом, материально-правовые презумпции являются суррогатами доказательств, поскольку с их помощью сторона может выполнить бремя предоставления доказательств (если презумпция опровержима) или бремя доказывания в целом (если презумпция неопровержима)[394].

Некоторые исследователи считают, что презумпции могут оказывать влияние как на бремя доказывания, так и на стандарт доказывания[395]. Более обоснованно все же говорить лишь о влиянии презумпции на бремя доказывания, а точнее на бремя предоставления доказательств. Если бы презумпция снижала стандарт доказывания, то сторона, на которую в результате применения презумпции было возложено бремя доказывания, также могла бы выполнить это бремя, удовлетворив такой измененный стандарт. Иначе нам пришлось бы признать, что стандарт доказывания отличается для каждой из сторон, что противоречило бы принципу равного отношения к сторонам.

---

[393] Например, в украинском гражданском праве длительное время была закреплена презумпция недостоверности негативной информации, распространенной о лице (часть 3 статьи 277 Гражданского кодекса Украины). В 2014 году она была исключена. Имеется также множество других примеров, показывающих, что материально-правовые презумпции не универсальны, и даже в правовых системах одной правовой традиции различия весьма существенны.

[394] Детально о соотношении бремени доказывания и бремени предоставления доказательств см. § 7.5.

[395] Ф. Ландольт и Б. Ривз Нил иллюстрируют это примером применения презумпции «*res ipsa loquitur*», которая на первый взгляд не только перекладывает бремя доказывания на другую сторону, но и снижает стандарт доказывания для пострадавшей стороны до уровня минимальных доказательств (см.: *Landolt P.* Burden and Standard of Proof in Competition Law Matters Arising in International Arbitration by Phillip Landolt and Barbara Reeves Neal / EU and US Antitrust Arbitration. A Handbook for Practitioners. — Vol. 1. — Edited by Gordon Blanke and Phillip Landolt. — Kluwer Law International BV, The Netherlands. — 2011. — p. 161).

Как было сказано, материально-правовые презумпции имеют свои особенности в разных правовых системах. Составление их полного перечня выходит за пределы предмета этой книги. Поэтому здесь приведены лишь те, применение которых в арбитражной практике иногда сопряжено с определенными трудностями.

Отдельно стоит отметить, что в § 8.2 уже были упомянуты базовые процессуальные презумпции, в частности презумпции отсутствия изменений (стабильности), добросовестности, правомерности деяния. Эти базовые презумпции встречаются и в материальном праве (презумпция продления договора при отсутствии заявлений сторон о прекращении, презумпции правомерности владения и прочие). Часто ссылка стороны на них не способствует выполнению этой стороной бремени доказывания, поскольку они определяют как несущую бремя ту же сторону, что и общий принцип «*actori incumbit probatio*». Так, мы можем говорить, что правомерность владения презюмируется. Однако часто даже в отсутствие закрепленной в праве презумпции именно сторона, оспаривающая правомерность владения, будет нести бремя доказывания неправомерности, поскольку часто именно она будет утверждающей стороной.

8.3.2. Презумпции добросовестности и правомерности действий

Презумпция добросовестности во многих правовых системах закреплена в законодательстве прямо[396] или через производные от нее презумпции:

– презумпция отсутствия ограничений полномочий органа юридического лица[397],
– презумпция авторства лица, указанного в качестве автора,
– презумпция правомерности владения и прочие.

[396] См. например часть 5 статьи 12 Гражданского кодекса Украины.
[397] См. например часть 3 статьи 92 Гражданского кодекса Украины.

8.3.3. Презумпция против нарушителя

Материальное право может возлагать бремя доказывания выполнения обязательства на сторону, к которой, например, предъявлено требование об уплате неустойки в результате утверждаемого другой стороной невыполнения обязательства[398].

От описанной презумпции следует отличать фикции наступления условия в условных сделках: если сторона, которой наступление условия невыгодно, недобросовестно воспрепятствовала наступлению условия, то условие считается наступившим, и, напротив, если наступлению условия недобросовестно содействовала сторона, которой наступление условия выгодно, то условие считается ненаступившим[399].

8.3.4. *Res ipsa loquitur*

Презумпция «*res ipsa loquitur*» (дословно «*вещь говорит сама за себя*») «перекочевала» в арбитражную практику из английского права, в котором она охватывала, прежде всего, случаи перекладывания бремени доказывания со стороны, здоровью которой был причинен ущерб, на оппонента[400]. Она находит применение в тех случаях, когда стороне был причинен ущерб в обстоятельствах, явно не предполагающих вину этой стороны, в то время как другая сторона имела полный контроль над этими обстоятельствами. Презумпция основывается на разумном предположении, что в известных обстоятельствах ущерб не был бы причинен, если бы сторона, имевшая эти обстоятельства под своим контролем, приняла необходимые меры для предупреждения ущерба. На доктрину «*res ipsa*

---

398 См. например § 345 Гражданского кодекса ФРГ.

399 Части 3 и 4 статьи 212 Гражданского кодекса Украины.

400 *Landolt P.* Burden and Standard of Proof in Competition Law Matters Arising in International Arbitration by Phillip Landolt and Barbara Reeves Neal / EU and US Antitrust Arbitration. A Handbook for Practitioners. — Vol. 1. — Edited by Gordon Blanke and Phillip Landolt. — Kluwer Law International BV, The Netherlands. — 2011. — p. 161.

loquitur» ссылаются и в спорах, возникающих в международной торговле[401].

В континентальных правовых системах особой нужды в применении этой доктрины не усматривают, в то же время акты материального права во многих странах закрепляют презумпции, близкие по смыслу с *res ipsa loquitur*[402].

---

[401] В качестве примера может послужить возложение на продавца, который поставил товар в деформированном контейнере, бремени доказывания надлежащего состояния товара. Деформированный контейнер в этом случае был той вещью, которая «говорит сама за себя» и указывает на наиболее очевидную причину повреждения товара (см.: *Linne A. L.* Burden of Proof under Article 35 CISG / A. L. Linne // Pace International Law Review. — 2008. — Vol. 20. — Issue 1. — p. 38).

[402] Так, статья 614 Гражданского кодекса Украины возлагает на сторону, нарушившую обязательство (причинившую ущерб), бремя доказывания отсутствия вины. Этот случай близок по сфере применения, однако не тождественен *res ipsa loquitur*, которая устанавливает презумпцию причинной связи между действиями (бездействием) лица и причиненным ущербом, а не презумпцию виновности нарушителя (лица, причинившего ущерб).

ЧАСТЬ II

ДОКАЗАТЕЛЬСТВА В АРБИТРАЖЕ

Глава 9.
Доказательство

§ 9.1. Понятие доказательства

9.1.1. Доказательство и средство доказывания

Национальное законодательство о международном коммерческом арбитраже и арбитражные регламенты, как правило, закрепляют широкие полномочия арбитражного суда по решению вопросов доказывания, к которым также относят право арбитров самостоятельно решать вопрос о допустимости, относимости, существенности и весе доказательств[403].

В то же время ни национальное законодательство об арбитраже, ни известные арбитражные регламенты, ни даже Правила IBA и другие авторитетные рекомендации не определяют значение понятий «относимость», «существенность» и даже «доказательство». Арбитражный суд остается ответственным за придание этим понятиям процессуальных рамок и вложения в них определенного содержания[404].

---

[403] Так, Английский закон об арбитраже 1996 года (статья 34(2)(f)) определяет, что с учетом права сторон достичь согласия по любому вопросу процедуры или доказывания арбитры полномочны решать вопрос о применении формальных правил доказывания (или любых других правил) в отношении допустимости, относимости или веса любого материала (устного, письменного или другого). Законодательство ФРГ об арбитраже содержит похожее правило (§ 1042(4) Гражданского процессуального кодекса ФРГ). Законодательство о международном коммерческом арбитраже Украины, России и других государств, которое соответствует Типовому закону ЮНСИТРАЛ, также не вводит каких-либо специфических ограничений и предусматривает, что полномочия арбитража охватывают полномочия по определению допустимости, относимости, существенности и значимости любого доказательства (статья 19 Типового закона ЮНСИТРАЛ).

[404] *Martinez-Fraga P.J.* King Or Arbitrator: Exploring The Inherent Authority Of Arbitrators To Impose Sanction Within The Framework Of The 2010 IBA Rules On The

В наиболее общем смысле термин «доказательство» означает обстоятельство (англ. *evidentiary fact* или лат. *factum probans*), которое позволяет сделать логический вывод о существовании другого обстоятельства, которое требуется установить (*factum probandum*).

Признавая важность для теории доказательств и доказывания четкого научного определения понятия доказательства в аспекте единства формы и содержания, далее мы все же не будем углубляться в общетеоретические концепции и научные подходы к раскрытию содержания и разграничению понятий «доказательство», «средство доказывания», «вид доказательств», «источник доказательств». Это тем более оправдано, учитывая, что дискуссии по поводу того, можно ли считать идентичными по содержанию выражения «вид доказательств» и «средство доказывания», в юридические науке ведутся достаточно долго, и в литературе отсутствует четкое разграничение этих понятий[405]. Кроме того, по мнению отдельных исследователей, есть основания утверждать, что доказательства можно понимать не только как фактические данные, но и как средства доказывания (именно в таком значении используются понятия «письменные доказательства» и «вещественные доказательства»)[406]. Некоторые ученые вообще отмечают, что непосредственными средствами доказывания выступают доказательства[407]. Другие исследователи обосновывают необходимость отказаться от двойной дефиниции доказательств, с одной стороны, как фактических данных, с другой — как средств доказывания, определив, что доказательства — это сведения о предмете доказывания, полученные с помощью определенных

Taking Of Evidence In International Arbitration / Pedro J. Martinez-Fraga // NALSAR ADR Review. — Vol. 1. — p. 2.

[405] *Бабарыкина О. В.* О структуре классификации доказательств в гражданском процессе / О. В. Бабарыкина // Российский судья. — 2009. — № 12. — С. 29.

[406] *Гордейчик А. В.* Допустимость доказательств в гражданском и арбитражном процессах / Алексей Владимирович Гордейчик. — Хабаровск : Риотип, 2000. — С. 19.

[407] *Бочаров Д. О.* Доказування у правозастосовчій діяльності: загальнотеоретичні питання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Д. О. Бочаров ; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2007. — С. 15.

в законе средств доказывания, полученных в предусмотренном законом порядке[408].

Можно согласиться с мнением ученых о том, что важно различать такие правовые категории, как доказательство и средство доказывания, поскольку доказательством является информация об определенных обстоятельствах, а формой их закрепления выступает средство доказывания[409]. В то же время *законодательство о международном коммерческом арбитраже и арбитражные регламенты, как правило, не разграничивают эти понятия, а используют термин «доказательство» в значении, которое объединяет как собственно доказательство, так и средство доказывания*. Западная правовая наука также часто не разграничивает доказательства и средства доказывания, определяя доказательства как факты, которые дают возможность сделать выводы о существовании фактов, подлежащих установлению, и вместе с тем относит к доказательствам показания, документы, материальные объекты[410], то есть отождествляет их со средствами доказывания. В связи с этим можно согласиться, что достаточно распространенным в процессуальной литературе является взгляд на единство содержания этого явления — фактических данных и их формы — средств доказывания, а доказательства в таком случае представляют собой единство фактических данных, имеющих значение для правильного разрешения дела, и их процессуальной формы[411]. Именно с таким смысловым наполнением, то есть как *данных, которые имеют определенную процессуальную форму и значение для решения спора, термин «доказательства» используется в этой книге*.

---

[408] *Степанова Т.* Доказування та докази в господарському процесі України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / Т. В. Степанова ; НАН України. Ін-т екон.-прав. дослідж. — Донецьк, 2002. — С. 7.

[409] *Кучер Т. М.* Докази та доказування: співвідношення понять / Тетяна Миколаївна Кучер // Вісник Вищої ради юстиції. — 2011. — № 3 (7). — С. 92.

[410] *Black's Law Dictionary:* Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern, By Henry Campbell Black, M.A. // St. Paul, Minnesota: West Group, 2004. — Eight Edition. — p. 595.

[411] *Тертишніков Р. В.* Доказування і докази в судочинстві України : наук.-практ. посібник / Р. В. Тертишніков. — Х. : ФІНН, 2009. — С. 56.

9.1.2. Доказательство «*evidence*» и доказательство «*proof*»

В доктрине общего права, а через нее и в арбитраже, более существенное значение имеет не разграничение доказательства и средства доказывания, а различие между двумя терминами, которые на русский язык часто переводятся одинаково — доказательство:

– *proof* — доказательство как достаточный объем достоверных сведений, позволяющих установить с необходимой вероятностью наличие определенного обстоятельства, и
– *evidence* — доказательство в значении любой информации, отвечающей определенным критериям, которая делает суждение о существовании искомого факта более вероятным.

То есть, *evidence* — это крупицы информации, которые собираются, исследуются и оцениваются в процессе доказывания, в то время как *proof* — это система доказательств, достаточная для подтверждения искомого факта[412]. Если позволительно представить себе доказывание как состояние весов, *evidence* — это гири, которые каждая из сторон кладет на свою чашу, чтобы склонить весы в свою сторону, а *proof* — это состояние перевеса, которое в итоге достигнуто с помощью *evidence*. Часто употребляемый термин «решающее доказательство» (*conclusive evidence*) в принятом сравнении будет бóльшей гирей, которая полностью занимает чашу весов, перевешивает все гири на противоположной чаше и не нуждается в мелких «довесках». Она сама составляет всю систему доказательств, достаточную для установления искомого факта.

Итак, принимая данное в этом параграфе широкое определение понятия «доказательства», мы все равно должны сосредоточить внимание на том, что это понятие имеет достаточно

[412] По причине такого различия между *evidence* и *proof* в тех редких случаях, когда необходимо указать именно на средство доказывания и отделить его от собственно доказательства, предпочтительнее употреблять именно *means of evidence*, а не *medium of proof*. Последний термин также используется со значением «средство доказывания», однако употребляется редко.

четкие и специфические для международного коммерческого арбитража границы и характеристики, понять которые позволяют характеристики относимости, существенности, допустимости, достоверности и доказательного веса, с которыми понятие доказательства связывается в подавляющем большинстве известных арбитражных регламентов и актов законодательства о международном коммерческом арбитраже, а также используется в арбитражной практике.

§ 9.2. Классификация доказательств

9.2.1. Доказательства факта и права

Доказательства факта (*evidence of fact*) делают возможным установление фактических обстоятельств, решение вопросов факта, а доказательства права (*evidence of law*) — установление содержания права в широком смысле, охватывающем нормы, которые подлежат применению для решения спора[413].

Природа доказательств факта хорошо изучена в контексте национальных судебных процессов и применительно к международному арбитражу, чего нельзя сказать о доказательствах права. Большинство классификаций доказательств — это классификации доказательств факта. Однако же и доказательства права имеют подобную природу и могут быть классифицированы по тем же признакам. Поэтому далее, когда речь идет о доказательствах, сказанное, как правило, в одинаковой степени относится как к доказательствам факта, так и к доказательствам права. Тем не менее, доказательства права имеют некоторую специфику, среди них принято проводить классификацию, несколько отличающуюся от классификаций доказательства факта.

[413] Имеются в виду не только нормы материального права (*lex causae*), но и другие нормы, знание которых арбитражным судом не презюмируется, например нормы о привилегированном статусе определенной информации.

9.2.2. Классификация доказательств права

Доказательство права (*evidence of law*) часто рассматривается в литературе как категория, объединяющая правовые аргументы (*legal arguments*) и правовые источники (*legal authorities*)[414]. Правовые аргументы, то есть цепи логико-юридического обоснования, которые представляют стороны в своих заявлениях, конечно же, являются доказательством в понятиях логики. Однако в привычном для юриста смысле доказательствами являются только правовые источники, поскольку они существуют абсолютно независимо (тексты законов, доктрина и прочие) или относительно независимо от арбитражного разбирательства (заключения экспертов по правовым вопросам), но в любом случае независимо от позиций сторон в споре. Позиция стороны, правовые аргументы основываются на правовых источниках, но не наоборот.

При рассмотрении доказательств права в аспекте средств доказывания, то есть как средств получения доказательственной информации о содержании права, оправдано разделение доказательств права на две условные группы:

– первую группу *(primary authority)* составляют документы, в которых изложены собственно источники права (например, нормативные акты, судебные акты, имеющие прецедентный вес),
– вторую *(secondary authority)* — доказательства, с помощью которых можно установить содержание права, которые, однако, не являются источником права (например, заключения экспертов по правовым вопросам, статьи ученых, комментарии, юридические энциклопедии).

В качестве доказательств права (*legal authorities*) в арбитраже активно используются комментарии ученых, содержащиеся в опубликованных книгах и статьях[415]. Очень часто коммен-

[414] См. *Landolt P.* Arbitrators' Initiatives to Obtain Factual and Legal Evidence / Phillip Landolt // Arbitration International. — 2012. — Vol. 28, Issue 2. — p. 176.

[415] Например, рассматривая спор по регламенту ICDR AAA, арбитр активно ссылался на статьи ученых-юристов, разъясняющие положения Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи, и научно-практические комментарии этой Конвенции (ICDR Interim Award of 23 October 2007 (*Macromex Srl. v. Globex International*

тарии, доктрина рассматриваются практиками как полностью охватывающие понятие «*legal authorities*», а не в качестве его составных частей. В этом случае в составе доказательств права комментарии юристов, будучи сгруппированы в категорию «*authorities*», рассматриваются отдельно от законов (*statutes*) и решений юрисдикционных органов (*case law*)[416].

В общем, среди доказательств права могут быть выделены такие:

(1) тексты законов и других нормативно-правовых актов, международных актов, обычаев;

(2) подготовительные материалы (*travaux préparatoires*) — официальные записи переговоров, на которых обсуждались проекты международных актов, протоколы рабочих групп по подготовке текстов таких документов. Сюда также относятся материалы разработки и принятия национальных актов законодательства[417]. Эти материалы позволяют установить намерение авторов того или иного акта, смысл отдельных положений;

(3) судебные решения и решения других юрисдикционных органов, как имеющие значение прецедента (*stare decisis*) или устоявшейся практики (*jurisprudence constante*), так и не имеющие такого значения, в том числе арбитражные решения;

(4) изданные комментарии специалистов в отношении правовых вопросов (*legal authorities* в узком смысле);

(5) экспертные заключения по правовым вопросам;

Inc.). Аналогично в решении арбитража по регламенту NAI 2002 года (Netherlands Arbitration Institute Award of 15 October 2002, Case No. 2319 (*Condensate crude oil mix case*)).

[416] В арбитражной практике это разделение поддерживается также арбитрами континентальной правовой традиции, в частности профессором Ф. Ж. М. Де Лю. Принимая решение по регламенту NAI, он разграничил среди доказательства права комментарии авторитетных юристов (*authorities*) и судебные и арбитражные решения (*case law)* (Netherlands Arbitration Institute Award of 15 October 2002, Case No. 2319 (*Condensate crude oil mix case*)).

[417] Так, в разбирательстве, проводимом по регламенту SCC, арбитражный суд обратился к *travaux préparatoires* Шведского закона о контрактах (см. SCC Arbitration case No. 156/2003, final award of 11.06.2007 (*Globe Nuclear Services, Supply GNSS, Ltd. v. Techsnabexport*) (Section 4.4.3)).

(6) другие тексты, материалы и источники, с помощью которых можно установить содержание права в широком смысле.

Несмотря на то, что право воплощается в текстах законов, судебных решений, комментариев и прочих источниках, документ, то есть письменная форма, не является единственной формой, в которой могут быть представлены доказательства права. Даже в некоторых национальных процессах допускается установление содержания иностранного права с помощью показаний свидетелей[418]. В международном коммерческом арбитраже тем более отсутствуют основания для того, чтобы стороны и арбитражный суд ограничивали себя в возможности принятия каких-либо материалов и источников как доказательств права. Этот подход не встречает сопротивления, если учесть, что результатом устного допроса эксперта по правовым вопросам также являются показания, содержащие доказательства права. При этом, несомненно, именно оформленный в виде документа текст закона, судебного решения или другого источника часто принимается как лучшее доказательство права[419].

9.2.2. Вещественные и личные доказательства

Эту классификацию, имеющую отношение скорее к средствам доказывания, нежели к доказательствам в категориях логики, предложил еще Иеремия Бентам, который счел важным отделить информацию, полученную в результате непосредственного восприятия вещей судьей (*real evidence*), от той, которая предоставляется человеком (*personal evidence*). Вещественные доказательства в этом случае объединяют письменные либо документальные доказательства и вещественные доказательства в узком смысле, а к личным относятся свидетельские показания и показания экспертов. В современной

[418] Так, Правило 44.1 Федеральных правил гражданского процесса США дает право суду для установления содержания иностранного права обращаться к любым материалам и источникам, в том числе к показаниям свидетелей (см. Federal Rules of Civil Procedure (as amended on 29 Apr. 2015)).

[419] См. § 9.3 о лучшем доказательстве.

практике под *real evidence*[420] понимают преимущественно вещественные доказательства в узком смысле, исключающем письменные доказательства.

Личные доказательства делятся на личные устные (лат. *viva voce* — «живым голосом») и личные письменные (афидавит, письменные заявления свидетеля). В связи с путаницей, которая может возникнуть при попытке разграничить личные доказательства в письменной форме и письменные доказательства (документы), вероятно лучше говорить именно о форме личного доказательства.

Важно учитывать, что письменные показания свидетеля относятся именно к группе личных доказательств. В § 15.5, посвященном разбирательству по документам, детально описано, в чем состоит важность обращения с такими показаниями как с личными доказательствами, а не как с документами (письменными доказательствами). Здесь будет лишь отмечено, что письменное личное доказательство рассматривается как производное от устного, а потому может быть принято и рассмотрено как имеющее самостоятельное значение в тех случаях, когда нет возможности или необходимости получить первичное доказательство путем проведения допроса свидетеля.

Разграничить доказательства, основываясь на приведенном здесь классификационном критерии, не всегда просто, что имеет последствия не только для теории доказывания, но и непосредственно для арбитражной практики. Так, если статья в СМИ содержит собранные автором статьи утверждения третьих лиц о фактах, составляющих *res gestae*, она может рассматриваться в качестве показаний с чужих слов (*hearsay*), а не как документ, то есть письменное доказательство.

В качестве отдельной группы иногда выделяют демонстрационные доказательства (*demonstrative evidence*). К ним относятся, например, фотографии поврежденного груза, видеозапись осмотра сторонами строительной площадки. Выделение таких доказательств в отдельную группу довольно удобно и

[420] Иногда, хоть и редко, употребляется также термин «физические доказательства» (*physical evidence*), который, однако, чаще воспринимается как синоним биологических доказательств (*biological evidence*) в уголовном процессе.

позволяет снять противоречия, связанные с отнесением их к письменным или вещественным доказательствам.

9.2.3. Классификация по источнику доказательственной информации

Наиболее распространенной среди ученых и практиков международного коммерческого арбитража классификацией доказательств является их разделение на четыре вида по источнику доказательственной информации:

– письменные доказательства (документы);
– показания свидетелей;
– экспертные доказательства;
– инспектирование (осмотр на месте) [421].

Последнее в этом перечне является скорее способом получения доказательственной информации из вещественных и других доказательств, поэтому более оправданным является включение в эту классификацию собственно вещественных доказательств.

Каждому из видов доказательств по критерию источника доказательственной информации посвящена отдельная глава далее в этой книге, поэтому здесь мы ограничиваемся лишь упоминанием об одной из наиболее важных классификаций.

9.2.4. Прямые и косвенные доказательства

Прямые доказательства (*direct evidence*) свидетельствуют о существовании искомого факта (*factum probandum*) непосредственно, в то время как косвенные доказательства

[421] См. *Schlaepfer A. V.* Few Reflections on the Assessment of Evidence by International Arbitrators / A. V. Schlaepfer, P. A. Bärtsch //International Business Law Journal/Revue de Droit des Affaires Internationales. — 2010. — Issue 3. — p. 213; также *Zammit J. P.* Disclosure and Admission of Evidence in the International Arbitration of Intellectual Property Disputes / Joseph P. Zammit, Todd R. Hambidge and Jamie Hu // Arbitration of Intellectual Property Disputes, edited by Thomas D. Halket. — Huntington, NY: JurisNet, 2012. — p. 331.

(*circumstantial evidence* или *indirect evidence*[422]) позволяют установить некий факт, который в свою очередь самостоятельно либо в совокупности с другими фактами дает основание для вывода о существовании искомого факта.

Косвенный характер доказательства не означает, что оно обладает каким-либо дефектом для целей доказывания. Исторически отдельные концепции доказывания даже исходили из того, что косвенному доказательству следует отдать предпочтение перед прямым, поскольку «совпадение достоверно подтвержденных косвенных обстоятельств составляет куда более прочное основание для уверенности, чем положительное свидетельское показание, не подтвержденное другими обстоятельствами. Косвенные обстоятельства не могут лгать» [423].

Косвенные доказательства поэтому не ограничены в использовании в арбитраже, они не являются недопустимыми. Так, например, в доказывании недобросовестности контрагента могут быть приняты доказательства, указывающие на частую практику нарушения контрагентом своих обязательств в похожих отношениях с другими лицами. Арбитражный суд вовсе не обязан следовать латинской максиме «*res inter alios actae*»[424] и на этом основании считать недопустимыми доказательства, непосредственно не касающиеся отношений сторон спора. Куда большую роль в вопросе принятия косвенных доказательств играет их относимость.

---

[422] См. *Kubalczyk A. M.* Evidentiary Rules in International Arbitration — A Comparative Analysis of Approaches and the Need for Regulation / Anna Magdalena Kubalczyk // Groningen Journal of International Law. — 2015. — Vol. 3(1): International Arbitration and Procedure. — p. 105.

[423] *Heller K.J.* The Cognitive Psychology of Circumstantial Evidence / Kevin Jon Heller // Michigan Law Review. — 2006. — Vol. 105. — p. 244.

[424] Полностью «*Res inter alios acta alteri nocere non debet*» — «дело сторон не касается третьего лица». Следование этому принципу требует, в частности, чтобы сторона спора не ссылалась на какие-либо обстоятельства в отношениях другой стороны с третьими лицами, в которых первая сторона не участвует.

9.2.5. Первичные и производные доказательства

Первичным доказательством (*primary evidence*) могут быть показания свидетеля в отношении известного ему обстоятельства, а производным (*secondary evidence*) в таком случае будут считаться письменные показания, полученные у такого свидетеля представителем стороны. Производным доказательством также может быть запись (протокол) допроса свидетеля в другом процессе.

Свидетельские показания также могут быть производным доказательством. Например, в случае, когда значение имеет содержание документа, первичным доказательством будет сам документ. Свидетель, которому известно о содержании документа, может дать показания, которые будут лишь производным доказательством. В то же время показания свидетеля об обстоятельствах составления документа будут первичным доказательством таких обстоятельств, если свидетель их наблюдал.

Если показания касаются актуального состояния строительной площадки, первичные доказательства могли бы быть получены в результате осмотра площадки[425]. Другое дело, что это может быть неудобно по каким-либо соображениям. Видеозапись или фотографии, сделанные на площадке, также будут производным доказательством, хоть и весьма удобным и даже часто предпочтительным в арбитражной практике.

Итак, *для определения того, какое доказательство является первичным, необходимо выяснить, в чем остался первичный «отпечаток» интересующей информации: в знаках документа, в сознании свидетеля, в свойствах вещи и т.д.*

Чтобы доказательство было производным, ему вовсе не обязательно относиться к другому виду, нежели первичное. Оригинал и копия документа также соотносятся как первичное и производное доказательство, просто на это не принято

[425] Мы не говорим здесь о тех случаях, когда простой осмотр без привлечения компетентных специалистов ничего не скажет арбитрам о действительном состоянии площадки. В последнем случае речь должна идти о привлечении эксперта, заключение которого будет доказательством отраженных в нем фактов постольку, поскольку сами арбитры неспособны выявить эти факты и составить компетентное суждение об исследованных вопросах.

обращать внимание ввиду признанной в арбитраже презумпции отсутствия спора о подлинности копии[426]. Показания с чужих слов (*hearsay*) также являются производными в тех случаях, когда имеет значение достоверность высказанного лицом, слова которого пересказываются свидетелем[427]. Когда же имеет значение сам вербальный акт, то есть обстоятельство, что некто сказал нечто, то слышавший это может представить как первичное доказательство показания о содержании услышанного им.

Производные доказательства вполне могут быть приняты арбитражным судом, если нет необходимости или возможности получить первичное доказательство. В то же время другая сторона может возражать против принятия производных доказательств. Эти возражения весьма обоснованы в тех случаях, когда речь идет, например, о письменных показаниях, полученных у свидетеля представителем стороны. Такие показания даны в ответ на вопросы стороны, а потому предположительно страдают дефектом полноты[428]. Если полученное одной стороной письменное заявление свидетеля принимается без последующего вызова свидетеля на допрос, другая сторона лишается возможности задать свои вопросы свидетелю, чтобы тем самым восполнить эту неполноту. Это же ставит ее в неравное положение со стороной, представившей письменные показания, то есть соблюдение принципов равного отношения к сторонам и предоставления возможности представить доказательства оказывается под угрозой. Если допрос свидетеля проходил в другом процессе, а представившая протокол допроса сторона имела возможность прямо или косвенно участвовать в допросе, положение неравных возможностей сохраняется. Поэтому *в ситуациях, когда одна из сторон имеет влияние на содержание производного доказательства, правильным может оказаться требование арбитров предоставить первичное доказательство, а в случае необоснованного отказа — отказ в принятии производного доказательства, если отсутствует соглашение*

[426] См. § 8.2 (пункт 8.2.5).

[427] Об этом более детально сказано в § 12.3 (пункт 12.3.4).

[428] Требования, предъявляемые к свидетельским показаниям, изложены в § 12.2.

сторон об ином. Правила IBA (статьи 4.7 и 5.5) дают основания для применения такого подхода.

9.2.6. Самостоятельные, подтверждающие и требующие аутентификации доказательства

Доказательства в современных арбитражных процессах признаются, как правило, самостоятельными (*constituent evidence*) в том смысле, что они не требуют для своей аутентификации других, подтверждающих доказательств (*corroborative evidence*).

Классическим примером является письменный контракт, изложенный в виде единого документа и подписанный сторонами. Такой документ принимается как средство установления сути договорных отношений между его сторонами и, как правило, не нуждается в показаниях свидетелей его заключения для установления содержания договоренности.

Для арбитражных процессов, которые проходят с преобладающим влиянием на них континентальной правовой традиции, вообще свойственно отношение к документам как к самостоятельным доказательствам.

В системах общего права, напротив, многие документы требуют «поддержки» со стороны других доказательств и являются в этом смысле несамостоятельными (*probative evidence*). Так, например, для установления содержания письма могут потребоваться показания его автора. Другим проявлением такой разницы в подходах к документам является разное отношение к решению вопроса о возможности установить содержание отсутствующего документа. Арбитр, воспитанный в традиции общего права, с большей готовностью воспримет показания свидетеля о существовании, обстоятельствах составления и содержании некоего письма в отсутствие оригинала этого самого письма, нежели его коллега из континентальной правовой системы. Для последнего письмо — самостоятельное доказательство, отсутствие которого с трудом компенсируется свидетельскими показаниями.

Несамостоятельные доказательства не становятся недопустимыми из-за невозможности их аутентификации другими доказательствами, однако им может быть придана низкая оценка в связи с сомнениями в достоверности.

9.2.7. Другие классификации

В рамках этой книги сложно уделить достаточно внимания другим классификациям доказательств, в частности, разделению доказательств на *материальные*, то есть такие доказательства, которые касаются непосредственно существа спора, и *процессуальные* — доказательства, которые касаются подтверждения определенных процессуальных действий[429].

В теории доказывания, особенно в отечественных источниках, чтобы охватить всю полноту того, что требуется доказать, часто говорят о доказывании наличия либо отсутствия определенного обстоятельства. С практической точки зрения достаточно было бы ограничиться доказыванием обстоятельства, поскольку обстоятельство не может отсутствовать[430]. Особой практической ценности в решении этого вопроса нет, хотя на теоретическом уровне польза от такого разграничения имеется: научные определения понятий доказывания и доказательства могли бы стать на четверть короче и не включать в себя формулу «наличие либо отсутствие обстоятельства». Западная правовая доктрина не вдается в такое дополнительное уточнение. В то же время она допускает разграничение доказательств на позитивные и негативные. Позитивные доказательства (*positive evidence*) позволяют установить наличие искомого факта, негативные (*negative evidence*) делают более вероятным его отсутствие.

В целом же несомненно важные теоретические вопросы классификации в большинстве своем не имеют большой прак-

[429] *Бабенко В.* Доказування в господарському процесі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / В. В. Бабенко ; Акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва. — К., 2007. — С. 13.

[430] Если требуется доказать, что поставка товара не была осуществлена, то отсутствие поставки и есть обстоятельство, а не его отсутствие.

тической ценности в международном коммерческом арбитраже, а распространенные в отечественной и зарубежной литературе классификации часто отражают оригинальные авторские подходы, которые важны для понимания других предлагаемых исследователями идей. Поэтому эти вопросы будут оставлены за рамками дальнейшего изложения. Многие классификации сознательно оставлены без внимания, например разделение на доказательства «нападения» и доказательства «защиты», достаточные и недостаточные, достоверные и недостоверные доказательства[431]. Такие классификации представляются вводящими в заблуждение, поскольку в их основу положено в первом случае ожидаемое использование, во втором и третьем случае — результат оценки доказательств. Не всякое прилагательное, с которым употребляется слово «доказательство», заслуживает того, чтобы считаться названием вида.

§ 9.3. Лучшее доказательство

То, что ни одно доказательство не имеет для арбитражного суда заранее определенного веса или преимущества перед другими доказательствами, не помешало практике сформировать свои предпочтения. Они в итоге оказались во многом общими для разных арбитражных систем, что позволило даже говорить о существовании в арбитраже правила о лучшем доказательстве (*best evidence rule*).

Правило о лучшем доказательстве некогда имело отношение к вопросу о допустимости доказательства в широком смысле. В традиции общего права правило допускало отказ в принятии доказательства, если имелись основания считать возможным получение более достоверного или имеющего большую доказательную силу доказательства. В современной практике *best evidence rule* относится к оценке доказательства, а не к вопросу о его допустимости.

---

[431] См. *Треушников М. К.* Судебные доказательства : Монография / М. К. Треушников. — М. : Юридическое бюро «ГОРОДЕЦ», 1997. — С. 107–108.

Конечно, в строгом смысле *best evidence rule* в арбитраже правилом не является. Это лишь обобщенное представление о том, какие доказательства предпочтительнее. Итак, при прочих равных, предпочтение следует отдать такому доказательству:

i. письменному доказательству (документу) перед показаниями свидетеля, поскольку, как правило, документ более точно фиксирует данные, чем память свидетеля, а кроме того, исследование документа менее обременительно;
ii. доказательству, современному событиям, которые требуют раскрытия, перед доказательствами, созданными после такого события либо непосредственно перед арбитражным разбирательством или уже в нем. Этот критерий указывает на ценность своевременной фиксации факта, а также того, чтобы доказательство было как можно в меньшей степени подвержено искажениям, причиной которых может быть уже существующий спор;
iii. первичному перед производным доказательством.

Не являясь правилом в строгом смысле этого слова, *best evidence rule* не имеет также и четких границ. Встречаются утверждения, что случаи, когда можно говорить о лучшем доказательстве, ограничены доказыванием содержания документа. Тогда лучшим доказательством является сам документ. То есть, в узком смысле, правило о лучшем доказательстве касается сугубо документа. А. Редферн и М. Хантер подтверждают такую трактовку, отмечая, что «в международном арбитраже действует так называемое правило лучшего доказательства (*best evidence rule*), которое касается, прежде всего, оценки доказательств, а не их допустимости, и согласно которому лучшим доказательством является письменное доказательство, современное обстоятельствам, о которых оно свидетельствует»[432]. Такой подход к документам подтверждает также Л. Ф. Висс, который отмечает, что в арбитраже наивысший приоритет име-

[432] *Redfern & Hunter* on International Arbitration — Fifth Edition Edited by Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. — Oxford University Press, 2009. — p. 389.

ют письменные доказательства. Это, по его мнению, тем более соответствует действительности, если учесть, что даже назначенные сторонами или арбитражным судом эксперты в значительной степени полагаются на документы[433].

В то же время подход к документам как к лучшему доказательству автоматически не указывает на самодостаточность документов в качестве доказательств в международном коммерческом арбитраже, ведь отношение к ним зависит от того, какая правовая традиция имеет большее влияние на процесс, а также от того, о каком документе идет речь. Для континентальной правовой традиции характерен подход к документам как к самостоятельному доказательству, которое обычно не требует подтверждения подлинности. В то же время для арбитражного процесса под влиянием общего права характерно подкрепление документов показаниями свидетелей, которые подтверждают происхождение документа и объясняют его содержание[434]. Правда, в последние десятилетия отношение к документу как к самостоятельному доказательству и, соответственно, лучшему доказательству, становится преобладающим в арбитражной практике в целом.

[433] *Wyss L. F.* Trends in documentary evidence and consequences for pre-arbitration document management / Lukas F. Wyss // International Arbitration Law Review. — 2010. — Issue 3. — p. 121.

[434] *Elsing S. H.* Bridging the Common Law Civil Law Divide in Arbitration / Siegfried H. Elsing and John M. Townsend // Arbitration International. — 2002. — Vol. 18, No. 1. — p. 62.

Глава 10.
Свойства доказательств

§ 10.1. Общие вопросы

Арбитражный суд определяет допустимость, относимость, существенность и вес доказательств[435]. Это правило закреплено почти в каждом арбитражном регламенте или выводится из других положений о полномочиях арбитров по вопросам процедуры и доказывания. Решение вопроса об относимости, допустимости, существенности и весе доказательств имеет определяющее значение для принятия материалов (документов, показаний, экспертных заключений, вещественных доказательств) к рассмотрению или отказа в принятии, предоставления или отказа в предоставлении согласия на получение материалов и, в итоге, для принятия арбитражного решения после оценки доказательств. Поэтому понимание арбитрами и сторонами содержания этих категорий, связанных с доказательствами, и правильное их применение очень важно для процесса рассмотрения спора, а также для действительности принятого решения.

Следует признать, что в арбитражной практике иногда имеют место сложности не только в решении вопросов относимости, допустимости и оценки доказательств, но и в понимании значения этих категорий[436]. Также в арбитражной

---

[435] Статья 24(2) Швейцарского регламента международного арбитража (2012), статья 20(6) Регламента международного арбитража ICDR (2014).

[436] Так, в решении МКАС при ТПП Украины от 17 апреля 2002 года арбитражный суд пришел к выводу о том, что определенные документы сами по себе не являются достаточными доказательствами для удовлетворения исковых требований и могли бы рассматриваться как относимые доказательства лишь в совокупности с

практике имеют место случаи, когда арбитры не прибегают к разграничению критериев принятия и оценки доказательств или вместо понятия достаточности доказательств применяют схожие по смыслу. Так, арбитражные суды иногда указывают на «четкие»[437], «необходимые»[438], «убедительные» доказательства (очевидно, как критерий оценки доказательств)[439].

В то же время, характеристики, по которым осуществляется принятие и оценка доказательств, считаются общепринятыми, а их перечень с некоторыми вариациями приведен почти в каждом известном арбитражном регламенте и в законах о международном коммерческом арбитраже многих стран.

Прежде чем перейти к детальному анализу каждой из указанных выше категорий, связанных с доказательствами, целесообразно в целом определиться с их правовой природой. Д. А. Бочаров называет относимость, допустимость и достоверность *легальными характеристиками* доказательства[440]. В контексте национального процессуального права Т. В. Руда предлагает считать относимость, допустимость, достоверность *нормативными критериями* внутреннего убеждения, которыми судья руководствуется при оценке доказательств[441].

другими доказательствами. Далее в решении указано, что представленные истцом доказательства арбитражный суд считает недостаточными, несущественными и безотносимыми для удовлетворения исковых требований (см. решение МКАС при ТПП Украины от 17 апреля 2002 года [*О взыскании задолженности по контракту купли-продажи*]). Кроме категории достаточности, которую в обоих случаях употребили уместно, другие характеристики доказательств упомянуты ошибочно, поскольку относимость доказательств не рассматривается в совокупности, а если даже доказательства признаны не относящимися к делу, то уже не может быть речи об определении их существенности и дальнейшей оценке их веса (значимости) и, соответственно, определения достаточности.

[437] CIETAC Arbitration proceeding, Award of 19 April 1991 (*Metal silicon case*).

[438] Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award of 30 May 2001 Arbitration proceeding 185/2000.

[439] CIETAC Arbitration proceeding, Award of 11 February 2000 (*Silicon metal case*); SCC Arbitration Award of 1998, Case No. 107/1997 (*Steel bars case*).

[440] *Бочаров Д. О.* Доказування у правозастосовчій діяльності: загальнотеоретичні питання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Д. О. Бочаров ; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2007. — С. 11.

[441] *Руда Т. В.* Поняття і зміст інституту доказування в цивільному процесуальному праві США та України: порівняльний аспект / Т. В. Руда // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія: Юридичні науки. — 2008. — Вип. 79. — С. 50.

Н. М. Тюняева считает, что относимость, допустимость, достоверность доказательств являются *принципами* доказывания наряду с непосредственностью исследования доказательств, всесторонностью, объективностью, полнотой исследования доказательств, свободной оценкой доказательств и обязанностью доказывания[442]. В практике также иногда случается приписывание отдельным характеристикам доказательств значения принципа[443]. Эксперты рабочей группы Комиссии ICC по вопросам арбитража и альтернативных способов разрешения споров в своем Отчете о техниках управления предоставлением электронных документов в арбитраже называют относимость и существенность принципами представления доказательств наряду с определенностью и пропорциональностью[444].

По мнению А. В. Гордейчика, более оправдано говорить о *свойствах* доказательств. Такой подход приводит к универсализации взгляда на проблему относимости и допустимости доказательств, то есть к признанию наличия у доказательств двух свойств: объективно присущей им относимости и допустимости, которой их наделяет законодатель. При этом в рамках этой системы для каждого конкретного доказательства допустимость также будет носить объективный характер, поскольку решение вопроса о допустимости зависит не от воли субъекта (судьи), а от соответствия доказательства определенным в законе критериям[445].

Т. В. Рудая для более системного понимания сути этих категорий обращает внимание на стадийность их применения.

---

[442] *Тюняева Н. Н.* Относимость доказательств в арбитражном процессе [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Наталья Николаевна Тюняева ; СГАП. — Саратов, 2011. — С. 8.

[443] Так, например, относительно решения от 14 июня 2010 года, принятого арбитражем по регламенту ICC, было подано заявление об отмене в Федеральный суд Швейцарии по мотивам «нарушение арбитражным судом принципа достоверности» (см. Рішення господарського суду Запорізької області від 22 березня 2013 року у справі № 908/348/13-г).

[444] Techniques for Managing Electronic Document Production When it is Permitted or Required in International Arbitration. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on the Production of Electronic Documents in International Arbitration. — Paris, ICC, 2012 — p. 2.

[445] *Гордейчик А. В.* Допустимость доказательств в гражданском и арбитражном процессах / Алексей Владимирович Гордейчик. — Хабаровск : Риотип, 2000. — С. 26.

По ее мнению, решая вопрос о принятии доказательства, суд проверяет наличие в нем информации, имеющей значение для дела, — относимость доказательства, и соответствие доказательства закону — допустимость. А прежде чем принять решение, суд проверяет, соответствует ли конкретное доказательство действительности — то есть убеждается в том, достоверно ли доказательство, можно ли из совокупности доказательств сделать вывод о существовании или отсутствии определенного юридического факта, в подтверждение которого они представлены — то есть являются ли доказательства достаточными в своей совокупности[446].

Действительно, можно говорить об определенном группировании характеристик по признакам их принадлежности к форме (допустимость) или содержанию доказательств (относимость, существенность, достаточность, вес), а также об условной стадийности применения этих категорий. При этом стадийность иногда просматривается не только в теории и правоприменительной практике, но и в конструкции отдельных норм законодательства о международном коммерческом арбитраже. Так, например, бельгийское законодательство об арбитраже предусматривает, что арбитры по своему усмотрению решают вопрос о допустимости и доказательной силе любого доказательства[447]. Это свидетельствует о том, что бельгийское законодательство выделяет лишь две важные характеристики доказательств: допустимость и вес. Представляется, что законодатель исходил из стадийности процесса доказывания, а точнее из того, что арбитр должен принимать решения о доказательствах дважды: сначала принимая его, то есть о допустимости в широком смысле, которая охватывает относимость, существенность, допустимость, а затем решая на основании принятых доказательств спор, то есть о весе доказательств. Таким образом, относимость, существенность доказательств и их

[446] *Руда Т. В.* Поняття і зміст інституту доказування в цивільному процесуальному праві США та України: порівняльний аспект / Т. В. Руда // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія: Юридичні науки. — 2008. — Вип. 79. — С. 50.

[447] Статья 1700 (3) Бельгийского судебного кодекса (Belgian Judicial Code. In force as from September 1, 2013. Chapter 6: Arbitration).

допустимость в узком смысле не оставлены без внимания, а охвачены понятием «допустимость».

В теории доказывания такая стадийность соотносится с разграничением вопросов, связанных с принятием (получением) доказательств, и вопросов, связанных с их оценкой. В связи с этим *есть основания считать относимость, существенность и допустимость (в узком смысле) свойствами доказательств, а о достоверности и весе говорить как о критериях их оценки.*

Относимость, существенность и допустимость являются именно свойствами, а не принципами, поскольку они присущи каждому доказательству в отдельности и без их наличия соответствующий материал не должен быть принят в качестве доказательства. При этом именно относимость и существенность для решения дела являются ключевыми объективно-логическими свойствами доказательств, на которые указывают Правила IBA и другие авторитетные руководства по доказыванию[448].

Вместе с тем, как отмечают А. Шлепфер и Ф. Берч, в международном коммерческом арбитраже относимое и существенное доказательство не может быть принято, если оно является недопустимым. Однако, допустимость доказательства не гарантирует ему доказательную силу[449].

Таким образом, каждое из описанных выше трех свойств (относимость, существенность, допустимость) является необ-

[448] Так, составители авторитетного Отчета ICC о техниках управления предоставлением электронных документов в арбитраже обращают внимание на ключевое значение относимости и существенности при рассмотрении вопроса о том, подлежит ли удовлетворению запрос стороны на получение документов у оппонента: «Арбитражный суд должен рассматривать вопрос пропорциональности при удовлетворении запроса на предоставление документов: ему следует взвешивать относимость и существенность документа или категории документов по отношению к предполагаемому бремени, связанному с их поиском, получением, анализом и предоставлением» (см. Techniques for Managing Electronic Document Production When it is Permitted or Required in International Arbitration. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on the Production of Electronic Documents in International Arbitration. — Paris, ICC, 2012. — p. 3). Обоснование относимости и существенности запрашиваемого у другой стороны доказательства также является необходимым условием для того, чтобы запрос об их предоставлении был поддержан арбитражным судом в соответствии с Руководящими принципами ICDR в отношении обмена информацией (статья 2).

[449] *Schlaepfer A. V.* Few Reflections on the Assessment of Evidence by International Arbitrators / A. V. Schlaepfer, P. A. Bärtsch // International Business Law Journal / Revue de Droit des Affaires Internationales. — 2010. — Issue 3. — p. 214.

ходимым для того, чтобы определенный материал был принят (получен, запрошен) в качестве доказательства. В то же время ни одно из них не подменяет собой критерии оценки, которыми являются достоверность и вес.

Достоверность отнесена к критериям оценки на том основании, что вывод о достоверности определенного доказательства может быть с уверенностью сделан по результатам оценки всех доказательств в совокупности. Конечно, внимательный читатель может обратить внимание на то, что явно недостоверный материал не должен быть принят в качестве доказательства, а потому можно было бы отнести характеристику достоверности к перечню свойств. По нашему мнению, не часто можно прийти к выводу об очевидной недостоверности на стадии принятия доказательства. Но даже в этом случае для обоснования вывода о недостоверности необходимостью принять недостоверный материал, который как раз будет служить доказательством собственной недостоверности. Без принятия такого доказательства арбитражный суд не будет иметь подтверждения для собственного вывода о недостоверности. А для подтверждения вывода о безотносимости, несущественности или недопустимости материала в качестве доказательства его принятие не нужно и даже проблематично, если речь идет о недопустимости.

Далее проанализируем указанные выше свойства доказательств подробно.

§ 10.2. Допустимость *sensu lato*

В широком смысле доказательство допустимо, если на его основании можно делать определенные выводы о фактах, которые могут иметь значение при решении судом дела[450]. При этом выражение «можно делать определенные выводы» каса-

[450] *Руда Т. В.* Поняття і зміст інституту доказування в цивільному процесуальному праві США та України: порівняльний аспект / Т. В. Руда // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія: Юридичні науки. — 2008. — Вип. 79. — С. 48.

ется как правовой возможности (допустимость в узком смысле), так и возможности в аспекте логики (относимость).

Вместе с тем представление о допустимости имеет определенные различия в разных правовых системах, влияние которых ощущается в международном коммерческом арбитраже. Как будет показано далее, понятие допустимости употребляется преимущественно в узком смысле в известных арбитражных регламентах, однако в Правилах IBA его значение очень широкое, что роднит его с допустимостью в американской процессуальной модели.

В американском процессе допустимость доказательств (*admissibility*) означает, что доказательство может быть внесено на рассмотрение суда, только если оно имеет доказательное значение для установления определенного факта во время судебного процесса. В украинском гражданском процессе, как и во многих других системах континентальной правовой традиции, допустимость понимается как то, что суд может принимать во внимание лишь доказательства, полученные без нарушений закона[451].

Как мы уже упоминали, наиболее широкое применение понятия «допустимость» встречается в Правилах IBA. Статья 9 Правил «Допустимость и оценка доказательств» предусматривает, что арбитражный суд по ходатайству стороны или по собственной инициативе может исключить из доказательств или подлежащих предоставлению материалов любой документ, заявление, устные показания или протокол осмотра по любому из таких оснований:

1) отсутствие достаточной относимости к делу или существенности для его разрешения;
2) правовой запрет или привилегия в силу правовых или этических норм, которые арбитражный суд сочтет подлежащими применению;
3) чрезмерная обременительность, связанная с предоставлением запрошенного доказательства;

[451] См. *Руда Т. В.* Належність і допустимість доказів у цивільному процесі США та України: порівняльно-правовий аналіз / Т. В. Руда // Вісник Верховного Суду України. — 2009. — № 12. — С. 42.

4) предоставлено достаточно информации, позволяющей предположить с разумной вероятностью, что запрашиваемый документ утрачен или уничтожен;
5) основания коммерческой или технической конфиденциальности, которые арбитражный суд сочтет превалирующими;
6) факторы особого политического или институционального значения (включая доказательства, которые могут быть классифицированы как государственная тайна или тайна международной организации), которые арбитражный суд сочтет превалирующими;
7) соображения процессуальной экономии, пропорциональности, справедливости и равенства сторон, которыми арбитражный суд сочтет необходимым руководствоваться.

Представленный выше перечень объединяет как собственно свойства доказательств (относимость и существенность в пункте 1, допустимость в пунктах 2, 5 и 6), так и процессуальные аспекты обеспечения равного отношения к сторонам и эффективности процесса (пункты 3 и 7), а также существование самого доказательства (пункт 4). Вполне вероятно, что авторы Правил IBA исходили из необходимости установить наиболее общие основания, по которым возможно исключение отдельных доказательств или отказ в их запросе от другой стороны или принятии, если они уже представлены, а отсутствие таких оснований является свидетельством допустимости в самом общем смысле, которое применяется в международном коммерческом арбитраже. Однако только те из них, которые сгруппированы как свойства доказательств, могут служить основанием для исключения представленного арбитражу документа, свидетельства или иного материала. Дальше внимание будет уделено рассмотрению каждого из упомянутых выше свойств доказательств.

§ 10.3. Относимость

10.3.1. Понятие относимости

Как в правовых системах общего права, так и в континентальной правовой традиции относимость не является вопросом сугубо правовым, она скорее касается общих принципов логического обоснования.

Относимость доказательства (*relevance*) *в международном коммерческом арбитраже — это логическая связь с обстоятельствами, которые составляют предмет доказывания.* В правовых системах как общего, так и гражданского права поэтому признается, что относимость более связана с логикой, чем с правом. В континентально-правовой традиции связь с правом просматривается более ясно: нормы материального права, которые подлежат применению, определяют взаимосвязь между доказательством и обстоятельством, которое имеет значение для разрешения дела.

Более оправдано говорить об относимости фактов в широком смысле, а не об относимости доказательств как средств доказывания. Относимость, в отличие от допустимости, имеет отношение не к конкретному доказательству, а к обстоятельству (факту), которое может быть с его помощью установлено. Если это обстоятельство не относится к делу, то не относятся к делу любые доказательства этого обстоятельства, а не только то, которое было представлено. *Факты можно считать относимыми друг к другу, если между ними существует, существовала или будет существовать с точностью или вероятностью логическая связь.* Вот примеры такой связи:

(i) один факт является следствием либо наоборот, причиной второго;

(ii) оба факта являются причиной или следствием третьего факта;

(iii) наличие одного факта делает невозможным наличие второго.

Этих связей бесчисленное множество, а относимость лишь указывает на их *вероятное* наличие. Она не зависит для каж-

дого доказательства от того, *насколько более вероятным* делает эту связь доказательство (это показывает категория существенности), а также насколько можно полагаться на это доказательство в своих выводах (достоверность) и каковы могут быть эти выводы с учетом всех доказательств в пользу и не в пользу обстоятельства (вес доказательства).

10.3.2. Непосредственная и опосредованная относимость

Относимость как логическую связь между доказательством и предметом доказывания не стоит понимать как связь, допускающую лишь одно звено. Относимость — это также связь доказательства с другим относимым доказательством. Так, непосредственно относимое доказательство (*directly relevant evidence*) относится к существу спора. Вспомогательные или опосредованно относимые доказательства (*indirectly relevant evidence* или *ancillary evidence*) — это, так сказать, «доказательства доказательств», то есть доказательства, необходимые для доказывания или опровержения наличия у других доказательств необходимых свойств или соответствия их критериям оценки. Вспомогательные доказательства могут касаться, например, квалификации эксперта, подлинности документа, допустимости получения того или иного доказательства.

10.3.3. Сложности разграничения с другими свойствами

В юридической литературе встречается смешение относимости с другими свойствами доказательств, в частности с существенностью, а также с критерием достоверности. Относимость доказательств, по определению некоторых исследователей, является способностью повысить или, наоборот, уменьшить вероятность существования некоторого факта[452]. С таким

[452] *Руда Т. В.* Поняття і зміст інституту доказування в цивільному процесуальному праві США та України: порівняльний аспект / Т. В. Руда // Вісник Київського

содержанием понятие относимости употребляется в правовых системах общего права, где этот термин определяется как способность делать существование определенного обстоятельства более возможным, и в таком виде объединяет категории относимости и существенности[453].

Относимость также рассматривается как связь не столько с делом (спором), сколько с позицией стороны. Поэтому относимыми считаются «факты, которые подтверждают позицию, версию событий и требования стороны[454]». В таком определении сказывается влияние состязательного подхода, при котором спор видится как столкновение позиций сторон, а потому для решения спора значение имеет только то, на чем основаны позиции сторон.

По мнению Т. В. Рудой относимость воплощает три отдельных требования:

1) между доказательством и фактическим обстоятельством, на которое оно направлено и имеет значение для разрешения дела, должна быть связь. То есть относимость означает связь доказательства с фактами, которые входят в предмет доказывания;
2) обстоятельство, на доказывание которого направлено доказательство, должно иметь юридические последствия в соответствии с нормами материального права;
3) доказательство должно быть способно доказать или опровергнуть фактическое обстоятельство. Этот аспект относимости отражает цель процесса доказывания — убеждение суда или присяжных в правоте позиции той или иной стороны. При этом речь идет не об убедительности доказательства, а лишь о том, что определенное фактическое обстоятельство должно быть более веро-

національного університету імені Тараса Шевченка. Серія: Юридичні науки. — 2008. — Вип. 79. — С. 48.

[453] *Pilkov K.* Evidence in International Arbitration: Criteria for Admission and Evaluation / Konstantin Pilkov // The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management. — 2014. — Vol. 80. — No. 2. — p. 148.

[454] *Kurkela M.* Due Process in International Commercial Arbitration / Matti Kurkela, Santtu Turunen. — Oxford ; New York, N.Y. : Oxford University Press, 2010. — p. 143.

ятным при существовании доказательства, чем при его отсутствии[455].

В международном коммерческом арбитраже последнее из названных условий воплощается в категории существенности доказательства, а потому есть основания для разграничения свойств относимости и существенности. Правила IBA четко выделяют два важнейших свойства (относимость к делу и существенность для его решения), наличие которых необходимо для принятия доказательства или запроса его у стороны.

Исследуя вопрос относимости доказательств в гражданском процессуальном праве, Т. В. Рудая связывает вопрос относимости и достоверности доказательства, указывая, что относимое доказательство должно соответствовать определенным традиционным представлениям о достоверности, то есть соответствовать действительности[456]. С этим сложно согласиться, а тем более перенести такой подход в международный коммерческий арбитраж, поскольку вопрос об относимости решается в отношении отдельного доказательства на стадии его приобщения к делу или даже еще при решении вопроса о целесообразности получения, в то время как вывод о достоверности доказательства может быть сделан, во-первых, после его получения судом, а во-вторых, окончательно этот вывод делается, как правило, по результатам оценки всех доказательств.

10.3.4. Отказ в принятии и исключение материалов в связи с отсутствием связи с делом

Установление относимости как необходимого свойства доказательства имеет не только теоретическое значение. Безотносимость является достаточным основанием для отказа в принятии, запросе определенного документа, материала или показания. Конечно, на практике арбитражные суды часто

[455] *Руда Т. В.* Належність і допустимість доказів у цивільному процесі США та України: порівняльно-правовий аналіз / Т. В. Руда // Вісник Верховного Суду України. — 2009. — № 12. — С. 41.

[456] *Там же.* — С. 40.

воздерживаются от того, чтобы отказывать в принятии доказательств по основаниям их безотносимости[457]. Это объясняется тем, что такой отказ часто создает риск для действительности арбитражного решения или его способности быть допущенным к исполнению из-за возможных заявлений стороны о нарушении ее права изложить свои аргументы и доказательства. Международные акты и национальное законодательство в сфере международного коммерческого арбитража не содержат специальных норм, которые позволяли бы арбитражным судам минимизировать этот риск. Одним из исключений является Шведский закон об арбитраже, статья 25 которого уполномочивает арбитров отказать в принятии доказательства, которое является «очевидно безотносимым»[458]. Принимая материалы сомнительной относимости, арбитры, конечно, снижают процессуальную эффективность арбитража, но часто делают процесс более защищенным от обвинений в нарушении принципов справедливого разбирательства. Как оправдание принимается то, что такому материалу не будет придан вес при оценке всех доказательств.

Хотя отказ в принятии доказательства по мотивам его безотносимости является рискованным, арбитрам все же не следует принимать в дело все, что сторона представляет. В противном случае арбитражному суду придется не только обрабатывать ненужную информацию, но еще и быть готовым к тому, чтобы принять от другой стороны также любые материалы без ограничения, поскольку применение строгих правил принятия только относимых материалов к одной стороне может быть вполне основательно расценено как нарушение принципа равного отношения к сторонам.

Все, приведенное выше, относится также и к случаям, когда какой-либо ранее принятый материал или показание исключается из доказательств ввиду безотносимости. Это происходит крайне редко, поскольку предполагается, что при принятии до-

[457] *Von Mehren G. M.* Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common Lawyer's Guide / George M. Von Mehren and Claudia T. Salomon // Journal of International Arbitration. — 2003. — No. 20(3). — p. 290.

[458] Swedish Arbitration Act (SFS 1999:116).

казательства его относимость была установлена, а случаи, когда материал или показание становятся безотносимым в процессе рассмотрения дела, бывают не часто. Еще реже арбитры реагируют на это решением исключить. В любом случае, если арбитры намерены исключить какой-либо материал или показание из состава доказательств, им стоит провести консультации со сторонами по этому поводу[459].

10.3.5. Связь относимости и процесса рассмотрения

Относимость рассматривается многими учеными и практиками как категория логики, а не права. Тем не менее, она имеет тесную связь с процедурными аспектами представления доказательств. Дело в том, что относимость каждого доказательства открывается по мере рассмотрения дела и представления других доказательств. Поэтому, хоть и принято считать, что строгие правила о последовательности представления доказательств в арбитраже отсутствуют, все же некоторая последовательность существует. В каждом деле она подчиняется необходимости обосновать относимость представляемого либо запрашиваемого доказательства. Если истец не заявлял о нарушении ответчиком сроков оплаты по спорному контракту, то совершенно не относящимся к делу может оказаться «заблаговременно» представленный ответчиком документ о нерабочих днях, в которые банковские операции не осуществляются.

Даже с учетом того, что этические нормы в арбитраже требуют от сторон представления всех имеющихся в их распоряжении доказательств на наиболее ранней стадии ар-

[459] В Швейцарии такой подход рассматривается не как рекомендуемый, а скорее как обязательный для арбитров. Арбитры должны сообщать сторонам о своем намерении исключить какой-либо из фактов, если считают его не относящимся к делу. При этом стороны, возражающие против такого исключения, должны об этом заявить (см. *Scherer M.* Circumstantial Evidence in Corruption Cases before International Arbitral Tribunals / Matthias Scherer // International Arbitration Law Review. — 2002. — Vol. 5. — Issue 2. — p. 31).

битражного рассмотрения, так называемые «упреждающие возражения» (*anticipatory rebuttal*), то есть возражения и доказательства против предполагаемых, но еще не заявленных оппонентом аргументов, воспринимаются арбитрами как излишние.

10.3.6. Ссылка на подобные обстоятельства

В международном коммерческом арбитраже формально не закреплено правило об ограничении или исключении доказательного значения обстоятельств, подобных рассматриваемым (*similar facts evidence*). Это правило, применяемое в некоторых национальных процессах в странах общего права, ограничивает возможность использования в качестве доказательства, например, действия стороны в аналогичной или подобной ситуации. Хотя в национальных судебных процессах оно применяется именно как правило, ограничивающее допустимость, по своей сути оно касается вопросов относимости. Правило нацелено на недопущение логической ошибки — безосновательного вывода в отношении одного явления на основании данных о другом.

Однако здесь стоит различать выводы о склонности и выводы о цепи событий. Если покупатель, принимая товар у себя на складе, обнаружил, что товар в первом автомобиле испорчен по причине несоблюдения температурного режима из-за транспортировки в не предназначенных для такого товара контейнерах, то его отказ принимать остальные контейнеры без проверки состояния содержимого с большим основанием можно признать оправданным. Иначе дело может обстоять с заявлениями стороны о склонности контрагента к нарушению, например, если в обоснование прекращения отгрузок товара сторона заявит, что из полученных ею данных о контрагенте стало известно, что ранее контрагент нарушал свои обязательства по оплате другим поставщикам.

§ 10.4. Существенность

Если свойство относимости указывает на существование связи доказательства с предметом доказывания, то существенность (*materiality*) характеризует значение для разрешения дела в том смысле, что *существенное доказательство делает вывод о существовании определенного обстоятельства более вероятным*.

По мнению А. Редферна и М. Хантера, для большинства практиков арбитража привычной является необходимость обосновать относимость документов или иной информации, запрашиваемой у другой стороны. Необходимость обосновать существенность доказательства для разрешения дела составляет значительно большую проблему. Это позволяет арбитрам отказать в запросе в случаях, когда запрашиваемые документы относятся к делу, однако их предоставление существенно не повлияет на его решение[460].

Относимость является свойством, определяющимся в большей или меньшей степени отдельно по каждому доказательства. Существенность доказательства в большей степени зависит от того, какие доказательства уже предоставлены. *Представление доказательства, подтверждающего обстоятельство, которое уже было установлено с помощью другого доказательства, не лишает это более позднее доказательство относимости, однако делает его несущественным*.

Для обозначения материалов и показаний, которые доказывают обстоятельство, в подтверждение которого уже получено достаточно доказательств, иногда используются термины «кумулятивное доказательство» (*cumulative evidence*), если такое доказательство хоть сколько-нибудь повышает вероятность обстоятельства, и «дублирующее доказательство» (*duplicative evidence*), если при наличии уже имеющихся доказательств оно совершенно не существенно[461]. Иногда

[460] *Redfern & Hunter* on International Arbitration — Fifth Edition Edited by Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. — Oxford University Press, 2009. — p. 394.

[461] Так, Правила IBA (статья 8.2) предлагают арбитражному суду снимать дублирующие вопросы и ответы свидетелей.

употребление этих понятий ограничивают случаями, касающимися однотипных доказательств одного и того же обстоятельства, то есть кумулятивным доказательством является, например, показание еще одного свидетеля одних и тех же обстоятельств, который, как предполагается, даст сходные с уже имеющимися показания.

Имея полномочия решать о существенности доказательства, так же, как и в случае с относимостью, арбитражный суд остается в ситуации риска для действительности арбитражного решения и его способности быть допущенным к исполнению, если отказывает в принятии или исключает доказательство по основаниям несущественности. Поэтому в практике случаи отказа в принятии доказательства или исключения уже принятого доказательства по причинам его несущественности весьма редкие. Тем не менее, для обоснования запроса стороной доказательства у другой стороны подтверждение существенности запрашиваемого доказательства остается ключевым, на что указывают также Правила IBA, которые возлагают бремя доказывания существенности на сторону, которая обращается с запросом[462].

Исследователи в целом сходятся во мнении о том, что, решая вопрос об относимости и существенности доказательства для решения дела, арбитражный суд ни в коем случае не высказывает пристрастного суждения, которое могло бы стать поводом для отмены арбитражного решения[463]. Однако, на практике, как уже отмечалось, арбитры, как правило, воздерживаются от отказа принять доказательство по основаниям безотносимости или несущественности, но принимают решение о наличии или отсутствии этих свойств преимущественно в тех случаях, когда речь идет о запросе стороной доказательств у другой стороны.

---

[462] Статья 3.3(b) Правил IBA.

[463] *Raeschke-Kessler H.* Discovery in International Commercial Arbitration? / Hilmar Raeschke-Kessler // K.-H. Böckstiegel, K.-P. Berger, J. Bredow, eds., The Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, German Institution of Arbitration (DIS) Series, Carl Heymanns Verlag, 2010. — Vol. 26. — p. 54.

§ 10.5. Допустимость *sensu stricto*

10.5.1. Понятие допустимости

Решение вопроса об относимости, существенности, достаточности доказательств и их весе подчиняется законам логики и не урегулировано правовыми нормами, поскольку эти вопросы касаются содержания доказательств, фактических данных[464]. Допустимость же касается процессуальной формы доказательств, то есть средств доказывания[465].

Подход к решению вопроса о допустимости доказательства в международном коммерческом арбитраже существенно отличается от подхода, свойственного национальным судебным процессам. Так, в теории доказывания в хозяйственном процессе допустимость доказательств — это определенное специальными правилами требование устанавливать обстоятельства дела определенными средствами доказывания, без обязательного использования которых в процессе невозможно в полной мере доказать обстоятельства дела, на которые ссылается участник процесса[466]. То есть, речь идет о допустимости как положительном ограничении, когда допустимо то, что предусмотрено законом.

В противоположность этому *в международном коммерческом арбитраже допустимость доказательства презюмируется. Допустимым является любое относимое доказательство, если только стороны соглашением не исключат какое-либо доказательство или арбитражный суд не посчитает применимым какое-либо правило, исключающее определенное доказательство как недопустимое.*

По мнению Т. В. Рудой, можно говорить о принципе гипотетической допустимости относимых доказательств. То есть

---

[464] См. *Redfern & Hunter* on International Arbitration — Fifth Edition Edited by Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. — Oxford University Press, 2009. — p. 394.

[465] *Треушников М. К.* Судебные доказательства : Монография / М. К. Треушников. — М. : Юридическое бюро «ГОРОДЕЦ», 1997. — С. 78.

[466] *Степанова Т.* Доказування та докази в господарському процесі України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / Т. В. Степанова ; НАН України. Ін-т екон.-прав. дослідж. — Донецьк, 2002. — С. 3.

при отсутствии конкретного основания для исключения относимых доказательств, все относимые доказательства должны быть допущены[467].

Более правильным было бы назвать это презумпцией допустимости относимых доказательств. Эта презумпция в международном коммерческом арбитраже имеет процессуальный характер, а потому не требует доказывания. Ее применение в арбитраже как признанной можно вывести из обобщенной практики, воплощенной в Правилах IBA, которые предусматривают, что сторона, которая представляет или запрашивает доказательство, не обязана доказывать его допустимость. Напротив, сторона, которая возражает против запроса доказательства по основаниям недопустимости, должна изложить эти основания[468].

10.5.2. Право, определяющее допустимость

Вопрос о допустимости доказательств часто рассматривается как сугубо процессуальный и подлежащий решению в соответствии с процессуальным правом арбитража[469]. С этим можно согласиться лишь в части процессуального характера вопроса о допустимости, ведь процессуальное право арбитража устанавливает, как правило, только право арбитражного суда решать о допустимости доказательств, а иногда также презумпцию допустимости относимых доказательств. Однако процессуальное право арбитража не охватывает всей совокупности правил о допустимости, применяемых в арбитраже.

Специальные правила о допустимости доказательств (а точнее, об их недопустимости), хоть и имеют процессуальную природу, часто содержатся в актах материального права, подлежащего применению, а также в праве, которое имеет

---

[467] *Руда Т. В.* Належність і допустимість доказів у цивільному процесі США та України: порівняльно-правовий аналіз / Т. В. Руда // Вісник Верховного Суду України. — 2009. — № 12. — С. 42.

[468] Статьи 3.5 и 4.10 Правил IBA.

[469] *Комаров В. В.* Международный коммерческий арбитраж : науч. изд. / В. В. Комаров, В. Н. Погорецкий. — Х. : Право, 2009. — С. 100.

наиболее тесную связь с соответствующим доказательством. Действительно, в актах материального права довольно часто встречаются нормы, запрещающие использование некоторых средств доказывания для установления определенных обстоятельств[470]. Такие специальные правила, касающиеся допустимости, могут быть признаны арбитражным судом обязательными к применению. Принятие во внимание специальных правил о допустимости доказательств, установленных в актах материального права, подтверждается также арбитражной практикой[471].

Однако следует учесть, что применение значительной части из специальных правил остается на усмотрение сторон и арбитражного суда до тех пор, пока речь не идет о недопустимости доказательства, принятие которого нарушало бы публичный порядок (если, например, доказательство получено преступным путем). Дело в том, что, например, установленное в праве ограничение использовать показания свидетеля для подтверждения факта заключения сделки по своей сути является признанным на уровне закона отношением к показаниям как к недостоверному источнику информации о заключении сделки на определенных условиях. Аналогичный подход будет к установленному в некоторых процессуальных законах правилу о непосредственности восприятия свидетелем информации, которая является предметом показания, то есть недопустимости принятия показаний с чужих слов — они расцениваются заранее как недостоверные.

Однако в международном коммерческом арбитраже достоверность целесообразно рассматривать как один из критериев оценки доказательства, вследствие чего арбитражный суд мо-

[470] Так, согласно части 1 статьи 218 Гражданского кодекса Украины в случае несоблюдения письменной формы сделки, установленной законом, не допускаются в качестве доказательства факта заключения сделки показания свидетеля.

[471] Так, принимая решение от 30 сентября 2003 года, МКАС при ТПП Украины исходил из того, что в соответствии со статьей 204 Кодекса торгового мореплавания Украины наличие и содержание договора фрахтования судна на определенное время могут быть доказаны исключительно письменными доказательствами (см. решение МКАС при ТПП Украины от 30 сентября 2003 года [*О соблюдении условий договора бербоут-чартера*].

жет не считать себя обязанным сразу отвергать показания в этом случае как заведомо недостоверные.

Итак, допустимость доказательства может определяться процессуальным правом, которым руководствуется арбитражный суд, с применением норм, которые содержатся в актах применимого материального права, другого права, имеющего тесную связь с доказательством, и учетом публичного порядка. Как можно было убедиться из приведенных выше примеров, за отдельными правилами о недопустимости тех или иных доказательств иногда кроются закрепленные на уровне правовых норм неоспоримые презумпции недостоверности таких доказательств. В других же случаях нормы о недопустимости направлены на защиту отношений, имеющих высокую социальную ценность. В связи с этим для правильного применения правил о допустимости доказательств в арбитраже и для понимания того, какие доказательства действительно недопустимы, важно разграничивать основания для признания доказательств недопустимыми в праве.

10.5.3. Основания для признания доказательства недопустимым

Многообразие оснований, по которым то или иное доказательство признается недопустимым в разных правовых системах, принято объединять в такие две группы:

(1) Внутренние основания (*intrinsic exclusionary rules*) исключают относимую к делу информацию, поскольку ее непринятие поспособствует поиску лучших способов установления какого-либо обстоятельства. Предполагается, что существует внутренняя причина недопустимости, внутренний дефект доказательства. Примеры составляют случаи, когда вес доказательства уступает в весе рискам, связанным с возможной ошибкой. Среди таких примеров наиболее многочисленную группу составляют случаи, когда материальным правом устанавливается ограничение на доказывание некоторых обстоятельств сугубо определенными видами доказательств

(*exclusive mode of proof*). Так, в некоторых странах не допускаются свидетельские показания в качестве доказательства заключения договора, для которого законом установлена обязательная письменная форма;

(2) Внешние основания (*extrinsic exclusionary rules*) исключают относимое доказательство в целях защиты других, более важных и внешних по отношению к доказательной ценности, отношений. Информация ценна и внутреннего дефекта не имеет, но ее использование и часто даже раскрытие недопустимо. Среди случаев, относящихся к этой группе оснований, стоит упомянуть недопустимость раскрытия информации привилегированного характера и недопустимость использования в качестве доказательств материалов и показаний, полученных путем применения насилия. Может показаться, что последний случай следовало бы отнести к группе внутренних оснований, поскольку полученные в результате применения насилия доказательства предположительно недостоверны (лицо могло оговорить себя и других). Однако здесь большее значение имеет признанная в праве ценность человеческой жизни, здоровья, чести и достоинства, а следовательно, недопустимость причинения вреда этим ценностям с целью склонить лицо к определенным действиям, в том числе к предоставлению доказательств.

Поскольку в международном коммерческом арбитраже арбитр рассматривается как лицо, не нуждающееся в том, чтобы его ограждали от какой-либо информации во избежание ошибок, связанных с неправильной оценкой доказательств, по-настоящему недопустимыми считаются только «внешне» недопустимые доказательства. Однако и в их отношении стороны могут прийти к соглашению о допустимости, если это не нарушает публичный порядок.

Для более-менее четкого разграничения недопустимости от других оснований для отказа в принятии доказательства, необходимо всмотреться в суть этого основания: если речь идет о необходимости защиты каких-либо отношений, ценность которых ставится выше доказательной ценности определенного материала, тогда речь действительно идет о вопросе допустимости.

10.5.4. Решение арбитражным судом вопроса о допустимости доказательств

Как и в отношении двух ранее рассмотренных свойств, относимости и существенности, в большинстве известных арбитражных систем арбитражный суд наделен широкими полномочиями решать о допустимости доказательств. Однако такая дискреция на практике сталкивается с ограничениями даже в тех случаях, когда процессуальные правила арбитража специально предусматривают, что доказательство, чтобы быть принятым арбитражным судом, не должно быть непременно допустимым в силу юридических предписаний[472].

Решение вопроса о допустимости доказательства производит, очевидно, наиболее ощутимое влияние на действительность арбитражного решения и его исполнимость. Если безосновательный отказ приобщить к делу относимое, допустимое, существенное доказательство создает риск отмены или отказа в признании и исполнении арбитражного решения, то ошибочное принятие безотносимого или несущественного материала или показания чревато только снижением процессуальной эффективности. Однако принятие и учет при вынесении решения доказательства, которое не должно было быть принято ввиду «внешней» недопустимости[473], может повлечь риск отмены или отказа в признании и исполнении решения.

Арбитражные суды лишь иногда принимают отдельные промежуточные решения о недопустимости доказательств, хотя требования сторон об исключении доказательств в связи с их недопустимостью — не редкость, о чем свидетельствует арбитражная практика[474]. По мнению А. В. Шлепфер и Ф. Берча, исключение тех или иных доказательств по основаниям недопустимости в арбитраже происходит не часто. Например, за-

[472] Как это, например, предусмотрено в статье 16.2 Регламента Сингапурского центра международного арбитража (см. Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre, SIAC Rules (5th edition, 1 April 2013)).

[473] Детальнее о разграничении «внешней» и «внетренней» допустимости в § 10.5 (пункт 10.5.3).

[474] См. например SCC Arbitration Award of 5 April 2007 (*Pressure sensors case*).

прет наводящих вопросов свидетелям в международном коммерческом арбитраже не практикуется (т. е. в приобщении к материалам дела показаний, полученных в ответ на наводящие вопросы, арбитры не отказывают по основаниям недопустимости), если только стороны сами не установили специальные правила на этот счет. То же касается, по мнению исследователей, и показаний с чужих слов — они не исключаются как недопустимые. Это, однако, компенсируется тем, что допустимость доказательства не гарантирует ему доказательной силы[475].

Такая ситуация обусловлена тем, что отказ в принятии доказательства в связи с его недопустимостью создает риски для действительности арбитражного решения или его признания и исполнения из-за возможного нарушения права стороны на представление аргументов. Вместе с тем, принятие доказательства не лишает арбитров возможности учесть при их оценке его дефекты. Такой подход оправдан в отношении доказательств, в отношении которых в праве установлены внутренние основания недопустимости (*intrinsic exclusionary rules*), но не может быть принят, если эти основания внешние. В последнем случае, как уже было сказано, принятие недопустимого доказательства угрожает действительности арбитражного решения и его исполнимости. При наличии внешних оснований вопрос о допустимости должен быть рассмотрен арбитрами отдельно, возможно с применением инструментов, позволяющих оградить себя от ознакомления с потенциально недопустимыми материалами[476]. Это имеет не только процессуальное значение как фактор, обеспечивающий формальную сторону справедливого разбирательства, но также важно с точки зрения психологии принятия решений, поскольку ознакомление с недопустимым доказательством может существенно повлиять на будущее решение, даже если доказательство будет исключено[477].

---

[475] *Schlaepfer A. V.* Few Reflections on the Assessment of Evidence by International Arbitrators / A. V. Schlaepfer, P. A. Bärtsch // International Business Law Journal / Revue de Droit des Affaires Internationales. — 2010. — Issue 3. — p. 214.

[476] Некоторые из таких инструментов описаны в пункте 10.5.7.

[477] Детально об этом в § 18.3 (пункт 18.3.2).

10.5.5. Соглашение сторон о допустимости доказательств

Так же, как и по многим другим вопросам доказывания, в отношении допустимости или недопустимости доказательств возможно достижение соглашения сторон. Это вполне укладывается в признанную в международном коммерческом арбитраже концепцию автономии сторон в решении вопросов доказывания и подтверждается арбитражной практикой[478].

Некоторые исследователи, тем не менее, ставят под сомнение право сторон достичь соглашения относительно допустимости доказательств. Так, И. Никифоров пришел к выводу, что в арбитражном процессе решения относительно процесса доказывания, видов доказательств, обязанности доказывания должны быть приняты сторонами, а в случае недостижения ими явно выраженного согласия — арбитрами. А решения о допустимости, относимости, существенности и значимости любых доказательств компетентно принимает третейский суд[479].

Такое разграничение является спорным. Вывод И. Никифорова, вероятно, сделан на том основании, что законодательство об арбитраже многих стран, а также Типовой закон ЮНСИТРАЛ возлагают решение вопросов относимости и допустимости доказательств на арбитров, а стороны в соответствующих нормах не упоминаются. В то же время стороны также могут достичь соглашения по вопросам допустимости, относимости и веса доказательств, как и любых других вопросов доказывания. Конечно, реализация сторонами этого права происходит с соблюдени-

[478] Как видно из решения МКАС при ТПП Украины от 23 июля 2003 года, ответчик возражал против принятия в качестве доказательства акта фактического состояния поставленного ответчиком оборудования, поскольку такой акт не был предусмотрен контрактом, который требовал составления исключительно акта приемки оборудования. Истец же указывал на допустимость акта фактического состояния оборудования в качестве доказательства (см. решение МКАС при ТПП Украины от 23 июля 2003 года [О взыскании неоплаченной стоимости поставленного оборудования]. В этом случае, действительно, речь шла о допустимости доказательства, поскольку ответчик утверждал, что контрактом установлен единый документ, который может служить подтверждением состояния оборудования, в связи с чем любые другие доказательства не являются допустимыми.

[479] *Никифоров И.* Доказательства в международном коммерческом арбитраже / И. Никифоров // Хозяйство и право. — 2001. — № 10. — С. 122.

ем публичного порядка и может подпадать под ограничения со стороны обязательных норм права, которыми могут быть урегулированы отдельные аспекты доказывания. Достижение сторонами соглашения в определенных вопросах доказывания с нарушением публичного порядка может создавать препятствие для действительности соглашения, арбитражного решения, а также возможности принудительного исполнения решения.

Автономия сторон и широкие полномочия арбитров в решении вопросов допустимости доказательств, действительно, имеют определенные ограничения. Так, если доказательство получено способом, который противоречит публичному порядку (например, показания получены с применением насилия), такое доказательство не может быть принято как допустимое. Стороны не могут достигнуть обязательного для арбитражного суда соглашения о допустимости такого доказательства.

Кроме того, некоторые доказательства могут находиться под защитой привилегий или защищенных правом тайн (адвокатская или иная профессиональная тайна и т. п.)[480]. Некоторые из этих тайн могут быть раскрыты без нарушения публичного порядка. Поэтому в отношении допустимости некоторых из защищенных привилегиями доказательств может быть достигнуто соглашение.

Соответственно, наличие внешних оснований для вывода о недопустимости[481] еще не означает, что стороны не могут достигнуть обязательного для арбитражного суда соглашения о допустимости доказательства.

Так же обстоит дело и с соглашениями сторон, по которым определенные доказательства признаются недопустимыми, например соглашение о недопустимости использования в арбитраже направленных сторонами друг другу предложений об урегулировании спора. До тех пор, пока такое соглашение не противоречит публичному порядку, оно обязательно для арбитражного суда.

---

[480] *Pilkov K.* Evidence in International Arbitration: Criteria for Admission and Evaluation / Konstantin Pilkov // The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management. — 2014. — Vol. 80. — No. 2. — p. 150.

[481] О различии внешних и внутренних оснований см. пункт 10.5.3 выше.

10.5.6. Проблемные случаи, связанные с допустимостью доказательств

i. Незаконно полученные доказательства

По общему правилу, в соответствии с принципом справедливости арбитражного разбирательства (статья 9.2(g) Правил IBA), доказательство, полученное стороной незаконным способом, подлежит исключению из арбитражного разбирательства. Тем не менее, применение этого правила всегда зависит от арбитражного суда, который определяет, насколько нарушение закона при получении доказательства делает его недопустимым.

Важным также является то, что именно на сторону, которая утверждает о незаконности получения доказательства, возлагается бремя доказывания этого обстоятельства[482]. В целом, это согласуется с общей презумпцией допустимости доказательств.

ii. Привилегии

a. Понятие привилегии. Особым видом оснований для ограничения допустимости доказательства можно считать доказательственные привилегии, которые, как признано исследователями, безусловно влияют именно на допустимость доказательств[483].

Концепция доказательственных привилегий по своей сути противостоит цели доказывания. Привилегии не способствуют установлению обстоятельств, они существуют для защиты определенных интересов или отношений и, таким образом, направлены на достижение социальных или общественных целей.

Правила о привилегиях позволяют стороне или лицу, не являющемуся стороной, отказаться от дачи показаний или возражать против раскрытия определенной информации, даже если

---

[482] *O'Malley N. D.* Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide / Nathan D. O'Malley. — Informa, 2012. — p. 322.

[483] *Sindler M.* Privilege Across Borders in Arbitration: multijurisdictional nightmare or a storm in a teacup / Michelle Sindler and Tina Wustermann // ASA Bulletin. — 2005. — 23(4). — p. 3.

такая информация имеет значение для дела. Правила о привилегиях базируются на концепции о том, что защита определенных интересов, конфиденциальности или нераскрытие информации расценивается как нечто более важное, чем вес доказательства[484].

b. Неопределенность случаев, содержания и оснований защиты привилегией. Большинство известных арбитражных регламентов уполномочивает арбитражные суды решать вопросы доказывания, однако не предлагает решения такого неоднозначного вопроса, как привилегии:

– Типовой закон ЮНСИТРАЛ и Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ только упоминают о праве арбитражного суда исключить доказательство;
– Регламент международного арбитража ICDR определяет, что «суд должен принимать во внимание применимые правила о правовых привилегиях, в частности касающихся конфиденциальности общения между юристом и клиентом» (статья 22). В то же время регламент не дает ответа на вопрос о том, какие еще привилегии должны быть приняты во внимание;
– Арбитражный регламент ICC 2012 года (статья 22(3)) предусматривает, что арбитражный суд «может принимать меры для защиты коммерческой тайны и конфиденциальной информации», но не определяет того, что должно считаться конфиденциальной информацией, и того, какие правила о привилегиях трибунал должен применять;
– Регламент по международному арбитражу Торговой палаты Цюриха (статья 38) также до 2004 года предусматривал возможность учета защиты привилегиями некоторых показаний, однако был заменен Швейцарским арбитражным регламентом, который уже не содержит специальных положений, а только лишь устанавливает обязанность сторон, арбитров, административного персонала арбитража и назначенных арбитражным судом

[484] *Mosk R.* Evidentiary Privileges in International Arbitration / Richard M. Mosk and Tom Ginsburg // The International and Comparative Law Quarterly. — Cambridge University Press. — 2001. — Vol. 50, No. 2. — p. 345.

экспертов обеспечить конфиденциальность всех решений арбитража и представленных материалов, кроме тех, которые уже находятся в свободном доступе (статья 44(1) регламента).

Правила IBA предусматривают, что арбитражный суд может отказать в удовлетворении запроса стороны на предоставление доказательств, составляющих «юридический запрет или привилегию в соответствии с правовыми или этическими правилами, которые арбитражный суд признает подлежащими применению», без объяснения, на каком основании о привилегии может быть заявлено[485].

Тем не менее, именно Правила IBA открывают возможность определить, какие аспекты привилегий требуют внимания в арбитраже. Так, статья 9.3 Правил предлагает арбитражному суду, насколько это допускается обязательными правовыми и этическими нормами, учитывать следующее:

1) необходимость охраны конфиденциальности документа, заявления или устного сообщения, соответственно составленного или сделанного с целью и в связи с предоставлением или получением юридической помощи или с целью и в связи с переговорами о мирном урегулировании спора;

2) ожидания сторон и их консультантов на момент возникновения юридического запрета или привилегии;

3) возможный отказ от правового запрета или привилегии посредством согласия, раскрытия в прошлом, сознательного использования документа, заявления, устного сообщения или содержащейся в них рекомендации или иным образом;

4) необходимость обеспечить справедливость и равенство сторон, особенно если они являются субъектами различных юридических или этических норм.

с. Право, которым регулируются привилегии. Сложность вопроса о привилегиях заключается в том, что стороны заявля-

[485] *Camerer V.* Glamis Gold, Ltd. v. United States of America: A Case Study On Document Production And Privilege In International Arbitration / Véronique Camerer, Christina G. Hioureas // World Arbitration & Mediation Review (WAMR). — 2008. — Vol. 2. — No 3. — pp. 40–41.

ют о привилегиях со ссылкой на нормы различных правовых систем, часто отличных от той, которая избрана сторонами для регулирования их договорных отношений.

По мнению В. Камерер, арбитры сталкиваются со значительными трудностями, когда сторона заявляет о привилегии. Арбитражные суды часто принимают во внимание интересы различных юрисдикций при решении вопроса о том, какая из них имеет наибольшую связь с привилегией. Суд может принять во внимание право места, где состоялось общение (если, например, заявлено о привилегии в отношении информации, полученной в результате общения клиента с адвокатом) или где возник спор, или где хранятся определенные документы. Суд может принять во внимание нормы права страны стороны, которая заявляет о существовании привилегии, или, опять же, обратиться к праву страны места арбитража[486]. По нашему мнению, приведенные В. Камерер «варианты» указывают не на возможность выбора и широкие дискреционные полномочия в применении процессуальных норм, а на существование ситуации неопределенности в наиболее общих вопросах применения надлежащих норм. К этому перечню потенциально применимых правопорядков можно добавить еще несколько. Альтернативу, по мнению Г. Кауфман-Колер и Ф. Берча, составляют процессуальное право арбитража, право, которому подчинено арбитражное соглашение, право страны места исполнения приказа арбитражного суда о предоставлении документов, а также право, которое имеет наиболее тесную связь с отношениями, по которым заявлено защиту привилегией. Перед тем, как осуществить попытку выбрать среди этих альтернатив, следует учесть, что некоторые привилегии, например защита общения клиента и адвоката, настолько широко признаны в различных правовых системах, что в арбитраже они часто рассматриваются как защищенные в силу действия общих принципов без отсылки к какому-либо национальному праву[487].

---

[486] *Там же.* — p. 39.

[487] *Kaufmann-Kohler G.* Discovery in international arbitration: How much is too much? / Gabrielle Kaufmann-Kohler, Philippe Bärtsch // Zeitschrift für Schiedsverfahren. — 2004. — Heft 1. — p. 19.

d. Единый режим защиты. По мнению Г. Кауфман-Колер и Ф. Берча, несмотря на то, что правовые системы поддерживают различные подходы к правовым привилегиям как к вопросам материального или процессуального права, они не укладываются полностью ни в один из этих подходов и сочетают в себе признаки обоих. Процессуальный элемент объединяет вопросы привилегий с правом, которое регулирует арбитражное разбирательство (но не с процессуальным правом, применяемым государственным судом), а материальный элемент объединяет его с правом, которое имеет наиболее тесную связь с защищенными привилегией отношениями или информацией.

По мнению исследователей, несмотря на такую двойную правовую природу, целесообразным может показаться обосновывать привилегию одновременно в процессуальном и в материальном контексте, поскольку в случае противоречия с одним из элементов будет возможность защититься с помощью другого. Такое кумулятивное обоснования может иметь место до тех пор, пока не возникает вопрос о равном отношении к сторонам, если одинаковая по правовой природе информация оказывается защищенной правом для одной из сторон и вне такой защиты для другой. В таком случае противоречие может быть решено путем применения права арбитража, которое сохраняет за арбитражным судом широкие полномочия, что позволит учесть необходимость защиты привилегированной информации и сохранить равное отношение к сторонам[488].

На практике разница между подходом к этому вопросу как к вопросу материального или процессуального права зачастую является неясной, поскольку правила о привилегиях обычно не рассматриваются как часть применимого материального права. Более того, стороны также не ожидают, что совершенный ими выбор материального права касается вопросов привилегий, если соответствующее доказательство имеет более тесную связь с другим правом. Это, по мнению В. Камерер, делает простым поиск общих подходов к установлению гармонизиро-

[488] *Kaufmann-Kohler G.* Discovery in international arbitration: How much is too much? / Gabrielle Kaufmann-Kohler, Philippe Bärtsch // Zeitschrift für Schiedsverfahren. — 2004. — Heft 1. — pp. 19, 20.

ванных процедур раскрытия доказательств в тех случаях, когда не затрагиваются публичные интересы[489].

Выходом из ситуации, когда для одной стороны информация оказывается защищенной в силу примененных арбитражным судом правовых норм, а для другой стороны право не предоставляет защиту такой же информации, во многих случаях может быть установление арбитражным судом на основании своего процессуального права для этой второй стороны такого же режима защиты, как и для первой.

Обеспечение равного отношения к сторонам при рассмотрении вопросов о привилегиях требует также статья 9.3(e) Правил IBA. Это открывает возможности для того, чтобы одинаковая по значению информация была расценена арбитражным судом как защищенная, если одна из сторон обоснованно ссылается на защищенность такой информации в своем случае, а другая сторона такой защитой не пользуется в силу только формального применения соответствующих норм. Руководящие принципы ICDR по обмену информацией предлагают похожее решение этой проблемы: если на стороны, их советников или документы будут распространяться разные правила, арбитражный суд должен применять к обеим сторонам одинаковые правила, отдавая предпочтение тем, которые устанавливают более высокий уровень защиты (статья 7 Руководящих принципов)[490].

е. Неоднозначность вопроса о защите коммуникации с адвокатом. Тайна общения клиента с адвокатом признается наиболее очевидным примером защиты привилегированной информации. Требовать от стороны или ее действующего или ранее действовавшего представителя или консультанта по вопросам,

---

[489] *Camerer V.* Glamis Gold, Ltd. v. United States of America: A Case Study On Document Production And Privilege In International Arbitration / Véronique Camerer, Christina G. Hioureas // World Arbitration & Mediation Review (WAMR). — 2008. — Vol. 2. — No. 3. — pp. 39–40.

[490] См. также статью 22 Регламента международного арбитража ICDR (2014). Похожий подход принят также в отношении информации, полученной в процессе общения между клиентом и адвокатом, в раскрытии доказательств по правилам Протокола CPR раскрытия документов и представления свидетелей в коммерческом арбитраже (CPR Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration) (см. п. 1(b) Протокола).

связанным с позицией в арбитраже, раскрытия информации, переданной или полученной ими друг у друга, как правило, недопустимо. Вопрос о раскрытии такой информации не ставится в арбитраже.

Однако предметом запроса иногда может становиться информация, касающаяся коммуникации стороны с адвокатом по поводу отношений, которые предшествовали спору, а также коммуникаций свидетеля со своим адвокатом, общение должностных лиц с адвокатами и другими консультантами не в связи с позицией в арбитраже, а по поводу отношений, которые впоследствии стали предметом разбирательства. Есть также масса других примеров.

Во многих правовых системах привилегированный характер коммуникации клиента с адвокатом считается защищающим интересы клиента. Поэтому клиент вправе отказаться от защиты[491]. В некоторых юрисдикциях адвокатская тайна не подлежит раскрытию адвокатом, даже если клиент санкционировал это. Должен ли арбитражный суд считать необоснованным отказ стороны представить определенные доказательства со ссылкой на привилегированный характер коммуникаций со своим адвокатом? Ответ на этот вопрос также может быть дан на основе анализа норм, устанавливающих защиту, но в любом случае с установлением для информации от обеих сторон наивысшей степени защиты из тех, которые каждая из сторон может обоснованно требовать для себя.

iii. Документы эксперта

Проекты экспертных отчетов, рабочие записи и прочие документы, созданные экспертом в процессе и для целей подготовки экспертного заключения во многих арбитражных системах признаются защищенными от затребования в качестве доказательства[492].

---

[491] Так обстоит дело в Украине, России, Беларуси. Например, согласно статье 6(3) Кодекса профессиональной этики адвоката РФ адвокат не может быть освобожден от обязанности хранить профессиональную тайну никем, кроме доверителя.

[492] См. например статью 5(2) Протокола CIArb об использовании назначенных сторонами экспертов в международном арбитраже.

Здесь стоит отметить, что хоть такая защита и рассматривается как одна из привилегий, то есть должна бы считаться частным случаем ограничения допустимости, она таковым не является. В этом случае защитой пользуется скорее не эксперт, у которого может и не быть необходимости держать в тайне связанные с процессом экспертизы детали, а арбитражный суд, который не должен разбираться еще и в том, чему верить, отчету или рабочим данным. Эксперт может в процессе подготовки заключения испытывать различные гипотезы, менять свое мнение под влиянием полученных результатов. В связи с этим стоит понимать, что привилегия, применение которой может признаваться в отношении рабочих материалов эксперта, не равноценна привилегии адвокатской переписки с клиентом. Рабочие записи эксперта, например, могут быть приняты в качестве доказательства необъективности заключения, если они помогут установить, что отчет составлен с извращением данных исследования.

В тех же случаях, когда в рабочих записях содержатся «ноу-хау» эксперта в виде уникальных методов исследования, то они подлежат защите привилегией другого рода. Кроме того, хотя отдельным элементам экспертизы может быть обеспечена защита от раскрытия, все равно методы и инструменты исследования должны быть раскрыты арбитражному суду и сторонам настолько, насколько это должно позволить судить об обоснованности сделанных экспертом выводов. В конечном итоге эксперт не должен оставлять стороны и арбитражный суд в неведении относительно того, на чем основывается его заключение.

Документы, в которых содержатся условия оплаты услуг эксперта, а также другие условия, на которых эксперт был привлечен стороной, не должны быть защищены привилегией, однако и не запрашиваются сторонами или арбитражным судом без веских оснований.

iv. Предложения об урегулировании спора

а. Значение и виды предложений об урегулировании, основания для их исключения из доказательств. В процессе рассмотрения спора в арбитраже стороны могут делать друг другу

предложения по урегулированию. Важность обеспечить сторонам возможность выходить с такими предложениями состоит в том, что так можно достичь разрешения спора, которое удовлетворит обе стороны и сэкономит время и средства, которые были бы затрачены, если бы рассмотрение продолжалось.

Направленность современного арбитража на поиск экономных и быстрых способов решения спора проявляется также в разнообразии подходов к тому, как распределять арбитражные расходы между сторонами. Считающиеся традиционными во многих национальных судебных процессах возложение на каждую из сторон понесенных ею расходов либо же применение принципа распределения расходов пропорционально полученному удовлетворению уже далеко не единственные, применяемые в арбитраже. Стремясь обеспечить эффективное и скорое рассмотрение, арбитры в пределах своих полномочий обращаются также к арбитражным расходам как к стимулу.

В соответствии с одним из распространенных подходов, если в течение арбитражного рассмотрения ответчик обратился к истцу с предложением урегулировать спор выплатой истцу части заявленных в иске сумм, на что истец ответил отказом, а в результате арбитражный суд обязал ответчика уплатить даже меньше, чем тот предлагал, то арбитражный суд, распределяя расходы, может исходить из того, что все расходы, связанные с рассмотрением дела после даты предложения ответчика, должен понести истец, поскольку все рассмотрение с этой даты не было направлено на более эффективное разрешение спора, чем то, которое имело бы место, прими он предложение. В то же время вполне ожидаемо, что сторона, которая выступает с подобным предложением, окажется в невыгодном положении, если оппонент вместо того, чтобы принять его или отказаться от принятия, сообщит о нем арбитражному суду и представит предложение как косвенное доказательство против позиции предлагающего.

Арбитражная практика в странах общего права выработала подходы к решению этой проблемы, которые в настоящее время находят применение во многих арбитражных системах. Если урегулирование спора сторонами признается лучшей альтернативой разрешению этого же спора третьим лицом (ар-

битром или судьей), то не должна сторона, которая ищет пути урегулирования, быть наказана или оказаться в невыгодном положении из-за тех уступок, которые она готова сделать, чтобы достигнуть урегулирования. Предложения об урегулировании и переговоры на этом основании также могут представлять информацию, защищенную привилегией. В арбитражной практике даже сложился особый формат предоставления такого предложения — опечатанное предложение (*sealed offer*) — содержание которого, как правило, не принимается во внимание арбитрами в качестве доказательства, даже если оно была раскрыто арбитражному суду стороной, которая его получила. Условия такого предложения, однако, могут быть учтены при распределении арбитражных расходов, если адресат предложения получит по арбитражному решению меньше, чем ему было предложено. В связи с этим получила распространение формула допустимости таких предложений в качестве доказательств — *without prejudice save as to costs* (англ. «без ущерба [для решения по сути], однако подлежит учету в вопросе о расходах»), то есть смысл предложения не должен повлиять на решение дела по существу, но может быть принят во внимание при распределении арбитражных расходов.

В международном арбитраже принято выделять несколько видов предложений об урегулировании:

– предложение, которое не может быть представлено арбитражному суду («*without prejudice*»),
– предложение, которое не может быть представлено арбитражному суду кроме как для целей распределения арбитражных расходов («*without prejudice save as to costs*») и
– открытые предложения («*open offers*»)[493].

Открытые предложения не накладывают на стороны никаких ограничений, они могут быть приняты либо отвергнуты, а их содержание может быть использовано в арбитражном рассмотрении. Два других вида предложений об урегулировании

[493] См. п. 4.8 Практического руководства Королевского института арбитров «Руководство для арбитров о принятии решений в отношении арбитражных расходов» (CIArb Practice Guideline 9: Guideline for Arbitrators on Making Orders Relating to the Costs of the Arbitration).

такие ограничения накладывают, а их содержание воспринимается как защищенное привилегией. Даже если они будут представлены стороной арбитражному суду, они не должны быть приняты им в качестве доказательств.

Особый интерес вызывают предложения *without prejudice save as to costs*, которые еще называют опечатанными предложениями («*sealed offer*»[494]), поскольку они иногда представляются арбитражному суду в запечатанном конверте. Суть такого предложения состоит в том, что предлагающая сторона направляет оппоненту предложение урегулирования на определенных условиях и часто устанавливает срок для принятия такого предложения. Если оппонент его примет, его условия приобретают для сторон характер обязательства, а в необходимых случаях могут быть оформлены в виде мирового соглашения либо же арбитражный суд может принять решение на согласованных сторонами условиях, если стороны по тем или иным причинам все же нуждаются в арбитражном решении. Если же предложение не принято, сторона, которая с ним выступила, сохраняет право представить его арбитражному суду, чтобы оно было учтено при распределении арбитражных расходов. Арбитражный суд не открывает его до тех пор, пока не примет решение по существу спора. Содержание предложения может быть использовано только при распределении арбитражных расходов. Именно по той причине, что арбитражный суд часто принимает решение о распределении арбитражных расходов сразу после решения по сути спора, возникла необходимость на наиболее ранних стадиях уведомить арбитражный суд о наличии такого предложения, чтобы арбитры могли принять его во внимание при распределении расходов. В тех случаях, когда имела место бифуркация, арбитражный суд может ознакомиться с содержанием сделанных предложений сразу на стадии решения вопроса о размере взыскиваемых сумм[495].

[494] Их также иногда называют «*Calderbank letter*» по названию судебного дела *Calderbank v. Calderbank* 1975 года, которое оказало влияние на формирование практики применения таких предложений в английских судах, откуда было заимствовано в арбитраж.

[495] См. *Schlaepfer A. V.* Offers in International Arbitrations and their Impact on the Allocation of Costs: A Focus on Sealed and Final Offers / Anne Veronique Schlaepfer Arbitration. — 2014. — Vol. 80, Issue 4. — pp. 405–412.

b. Sealed offer в общем праве. В арбитраже, действующем под влиянием английской правовой системы, предложения с пометкой «*without prejudice*», как правило, не принимаются в качестве доказательства без каких-либо дополнительных условий, если они составляли действительное предложение об урегулировании спора.

Американская правовая традиция выработала более сложный подход для того, чтобы определить, должен ли арбитражный суд учитывать такие предложения как доказательства против стороны, сделавшей их, а именно, как признание части исковых требований. Здесь принято учитывать, среди прочего, такие факторы:

– когда и при каких обстоятельствах сделано заявление (возможно, оно было сделано еще до возникновения спора, например, непосредственно после совершенного стороной нарушения обязательств. Тогда такое заявление может расцениваться как признание (*admission*));
– кому было сделано заявление: лицу, уполномоченному его рассмотреть, или, по крайней мере, передать принимающему решение либо же оно было сделано третьему лицу. В последнем случае также возможно, что заявление не будет рассматриваться как предложение *without prejudice*, а будет принято как внесудебное и внеарбитражное признание определенных обстоятельств;
– было ли заявление сделано именно в форме предложения, направленного на поиск компромисса *bona fide*. Если за заявлениями об урегулировании стояло намерение уклониться от принятия на себя обязательств, затягивание урегулирования, то оно может быть принято как доказательство;
– наконец, содержалось ли в заявлении собственно предложение по урегулированию. Предложение должно предполагать возможность его акцептовать, оно должно содержать обоюдные условия. Если стороной сделано заявление о том, что она имеет возможность выплатить, например, 70 % исковых требований, это не предложение об урегулировании, а оценка собственных финансовых возможностей.

c. Предложения об урегулировании спора в континентальных системах. Для арбитражных систем, находящихся под влиянием континентальной правовой традиции, особый статус предложений об урегулировании спора является все еще новым явлением. Юристы из континентальных систем с большим трудом могут отказать себе в принятии таких предложений в качестве доказательств. Однако подходы общего права постепенно входят в эту практику.

Тем не менее, для континентальных систем особое значение для того, чтобы определить, защищена ли привилегией информация, содержащаяся в предложении об урегулировании, имеет наличие или отсутствие соответствующей договоренности сторон. Если сторона, которой было адресовано предложение, приняла на себя обязательство рассмотреть предложение *without prejudice*, такое же отношение к этой информации должны обеспечить и арбитры. Часто сама лишь маркировка письма с предложением формулой «*without prejudice*» или другой сопоставимой по значению фразой не считается обязывающей адресата сохранить конфиденциальность в противовес английской традиции, где этого вполне достаточно[496].

d. Компромиссный подход. С учетом взаимного проникновения подходов, свойственных разным правовым системам, наиболее безопасный способ сделать предложение об урегулировании спора и при этом обеспечить его привилегией — это заключение соглашения о проведении переговоров по урегулированию спора с определением статуса полученной на переговорах информации и сделанных предложений.

e. Дополнительные механизмы стимулирования урегулирования спора и значение полученной в процессе урегулирования информации. В 2015 году ICDR начал применять разработанные Центром совместно с AAA Дополнительные правила ар-

[496] См. например Правило 36 английских Гражданский процессуальных правил (см. Civil Procedure Rules 1998 (SI 1998/3132) made on 10 December 1998, came into force on 26 April 1999).

битража окончательных предложений[497]. Эти правила предложены как дополнительные к арбитражному регламенту, чтобы стимулировать урегулирование споров на ранних стадиях разбирательства (до проведения слушаний), а также, чтобы побудить стороны к трезвой оценке своих позиций и возможному их сближению. Если стороны внесли в свое арбитражное соглашение дополнительную оговорку о применении этих правил, арбитражный суд может (однако не обязан) провести такие довольно простые, но эффективные процедуры:

– *обмен предложениями об урегулировании (exchange of settlement offers)*. Стороны должны обменяться не менее чем двумя предложениями об урегулировании спора. Для обеспечения одновременного представления предложений, они направляются сторонами арбитражному суду, который собирает их, не распечатывая и не ознакамливаясь с их содержанием, а лишь отсылает их сторонам одновременно, когда все предложения получены. Первым предложением стороны должны обменяться не позднее, чем через 45 дней после начала разбирательства, вторым — не позднее, чем за 45 дней до начала слушаний. Эти предложения не раскрываются арбитражному суду;
– *обмен окончательными предложениями (exchange of final offers)*. Не менее чем за две недели до начала слушаний, каждая из сторон должна представить другой стороне и арбитражному суду свое окончательное предложение об урегулировании. Обмен производится таким же образом (через арбитражный суд), как и обмен предложениями об урегулировании. Предложения могут быть изменены или дополнены после их направления арбитражному суду лишь в исключительных случаях с разрешения арбитражного суда и по той же процедуре, что и направление окончательных предложений. Предложение должно содержать указание денежной суммы, которая бы покрывала все исковые требования и урегулировала бы спор

[497] Также именуемые Дополнительными правилами бейсбольного арбитража и Дополнительными правилами о последнем лучшем предложении (см. ICDR Final Offer Arbitration Supplementary Rules, Effective January 1, 2015).

полностью[498]. Арбитражный суд может по своему усмотрению распорядиться о более раннем или более позднем обмене окончательными предложениями, но в любом случае не позднее начала слушаний. Арбитражный суд ознакамливается с окончательными предложениями сторон только после окончания слушаний и, если спор не был сторонами урегулирован до вынесения решения, учитывает эти предложения при принятии решения.

Следует отметить, что если какая-либо из сторон не представила свое предложение об урегулировании или окончательное предложение, арбитражный суд возвращается к разбирательству. Представляется возможным полагать, что поведение стороны, которая не была склонна к добросовестному выполнению процедуры, может быть принято во внимание при распределении арбитражных расходов.

Если обмен предложениями состоялся, но не привел к урегулированию спора, арбитражный суд может продолжить разбирательство, по итогам которого принять решение путем выбора условий одного из окончательных предложений, поданных сторонами. Арбитражное решение, таким образом, будет включать в себя сумму такого предложения, а также возможные проценты, расходы, гонорары, которые арбитражный суд может присудить в соответствии с регламентом, применимым правом или соглашением сторон. При этом арбитражное решение все равно должно быть мотивировано и содержать обоснование выбора окончательного предложения стороны.

Дополнительные правила ICDR предусматривают возможность внесения изменений соглашением сторон. Они могут рассматриваться как удобный инструмент, содержащий мягкие правила, применение которых в разных вариациях позволяет использовать разные техники урегулирования спора:

– *without prejudice* — при полном исключении раскрытия предложений арбитражному суду как в случае с предложениями об урегулировании;

[498] Кроме арбитражных расходов, которые подлежат распределению в соответствии с арбитражным регламентом по решению арбитражного суда.

– *without prejudice save as to costs* — для раскрытия только при распределении арбитражных расходов;
– полноценный обмен окончательными предложениями — для сближения позиций сторон, с которыми арбитражный суд заблаговременно ознакамливается и учитывает их таким образом, что принимает свое решение по сути спора в диапазоне сделанных сторонами окончательных предложений.

v. Parol Evidence

В некоторых национальных судебных процессах недопустимым считается принятие в качестве доказательств при рассмотрении спора между сторонами письменной сделки свидетельских показаний, которые фактически изменяют, отменяют или иным образом противоречат условиям документа, в котором закреплены условия этой сделки. В такой формуле находит свое выражение общее правило о недопустимости некоторых устных доказательств (*parol evidence rule*) в общем праве. Это правило происходит из теории воплощения окончательных результатов переговоров об условиях сделки в итоговом письменном документе, договоре. Поскольку даже в общем праве из этого правила есть ряд исключений, а его природа остается до сих пор неясной — относится ли оно к процессуальным правилам о доказательствах или является частью применимого материального права — в юридическую технику составления договоров прочно вошла традиция включать в договор условие о поглощении всех договоренностей и переговоров по сделке условиями, изложенными в тексте договора. Делается это с целью исключить доказательное значение информации о договоренностях, достигнутых в процессе переговоров о сделке, но не включенных в текст договора.

М. Шерер отмечает, что в отличие от англо-американской традиции, в большинстве правовых систем гражданского права признано, что условия контракта являются лишь отправной точкой, а не итогом выяснения содержания договоренности между сторонами. Наоборот, условия контракта должны быть исследованы в свете действительных намерений сторон, которые для юриста, воспитанного в континентальной правовой традиции, не всегда сводятся к тому, что закреплено в контрак-

те[499]. *Parol evidence* или то, что соответствует этой концепции в континентальных правовых системах, принимаются в этих правовых системах[500]. В арбитраже *parol evidence* допускаются для объяснения условий сделки[501].

Условия контракта могли быть определены таким образом, что они не соответствуют действительным намерениям сторон. При этом, такая ситуация может возникнуть как по согласию обеих сторон (когда в контракте написали одно, а в действительности договорились об ином), либо же когда автор текста сформулировал положение таким образом, что в него может быть вложен иной смысл, нежели тот, который изначально намерены были вложить стороны. Когда имеет место последняя из упомянутых ситуаций, часто говорят о необходимости применения принципа толкования спорного положения договора не в пользу автора текста (принцип «*contra proferentem*»)[502]. Применение этого принципа в арбитраже общепризнано[503]. Его, однако, стоит отличать от использования *parol evidence*:

---

499 *Scherer M.* Circumstantial Evidence in Corruption Cases before International Arbitral Tribunals / Matthias Scherer // International Arbitration Law Review. — 2002. — Vol. 5. — Issue 2. — p. 31.

500 В некоторых случаях специальные положения на этот счет даже закреплены в законодательстве. Так, Швейцарский федеральный кодекс об обязательствах требует, чтобы условия контракта и действительные намерения сторон устанавливались без искусственного ограничения исследованием только неточных выражений и понятий, которые стороны могли использовать по ошибке либо с целью скрыть действительную природу договора (Art. 18 of the Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code (Part Five: The Code of Obligations) of 30 March 1911 (Status as of 1 July 2014)).

501 Так, арбитражный суд, рассматривавший дело по регламенту SCC, посчитал необходимым принять во внимание такие доказательства, проясняющие действительные намерения сторон, со ссылкой на статью 8(3) Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года, которая предусматривает, что при определении намерения стороны или понимания, которое имело бы разумное лицо, необходимо учитывать все соответствующие обстоятельства, включая переговоры, любую практику, которую стороны установили в своих взаимных отношениях, обычаи и любое последующее поведение сторон (SCC Arbitration case No. 010/2006, award of 11.06.2007 (*Techsnabexport JSC v. Palmco Corporation*).

502 В Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 года он закреплен в статье 4.6 как правило «*contra proferentem*», гласящее: «Если условия договора, выдвинутые одной стороной, являются не ясными, то предпочтение отдается толкованию, которое противоположно интересам этой стороны».

503 См. *Fouchard, Gaillard, Goldman* on International Commercial Arbitration. Edited by Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, John Savage. — Arbitration, Kluwer Law International, 1999. — p. 259.

если толкование договора *contra proferentem* является презумпцией и используется для определения стороны, в чью пользу будут истолкованы неоднозначные положения договора, то использование *parol evidence* позволяет устанавливать само содержание действительных намерений сторон.

10.5.7. Способы определения недопустимых доказательств и защиты привилегированной информации

Часто проблема заключается не столько в установлении права, подлежащего применению для определения допустимости доказательства, сколько в том, чтобы определить, действительно ли документ, иной материал или показание содержит информацию, представление которой недопустимо.

i. Рассмотрение вопроса о допустимости до ознакомления с доказательством

Конечно, наиболее желательным с точки зрения соблюдения основ справедливого арбитражного рассмотрения является решение вопроса о допустимости того или иного материала отдельно от ознакомления с его содержанием. Это особенно важно в случае, когда возражения против принятия или получения доказательства основываются на том, что раскрытие доказательства или принятие на его основании арбитражного решения приведет к нарушению публичного порядка.

Однако даже в тех случаях, когда нет угрозы нарушения публичного порядка, арбитрам с чисто психологической точки зрения желательно воздержаться от ознакомления с потенциально недопустимым материалом[504].

ii. Конфиденциальное ознакомление. Извлечение недопустимых материалов

Не всегда принятие решения о допустимости или недопустимости возможно на основании оценки внешних по отноше-

[504] Об этом детально в § 18.3 (пункт 18.3.2).

нию к содержанию спорного материала обстоятельств, например обстоятельств составления документа или дачи показаний, как в случае с решением о недопустимости доказательств, полученных в результате насилия.

В отдельных случаях стороны могут договориться о конфиденциальности ознакомления со спорным документом. Иногда также возможно предоставление отредактированного документа, из которого удалена защищенная информация[505].

iii. Ознакомление арбитражного суда с доказательством без участия стороны (in-camera review)

Все же остаются случаи, когда нужно ознакомиться с документом полностью, чтобы определить, действительно ли, и если да, то в какой степени, информация нуждается в защите. Арбитражный суд в таком случае может по согласию сторон самостоятельно рассмотреть документ без допуска к ознакомлению стороны, которая требовала предоставления документа (*in-camera review* в общем праве[506]). На основании такого рассмотрения арбитражный суд дальше определит, необходимо ли приобщать к делу и оценивать как доказательство этот документ полностью или какую-то его часть. То же касается и других материалов и свидетельских показаний.

Такое рассмотрение не порождает угрозы для действительности и исполнимости арбитражного решения только в случае согласия сторон на это. При отсутствии согласия сторон считается, что арбитражный суд не учитывает требований о надлежащем разбирательстве и не обеспечивает право стороны на изложение своих комментариев по поводу доказательства, поскольку лишает сторону возможности участвовать в исследовании доказательства.

---

[505] Так, по делу 2007 года, рассмотренному по регламенту SCC, арбитражный суд разрешил редактирование документов стороной, заявившей о наличии в них конфиденциальной информации о контрагентах (см. SCC Arbitration Award of 5 April 2007 (*Pressure sensors case*)).

[506] Термин отличный от «*in camera*», означающего в арбитраже непубличность, конфиденциальность разбирательства (см. например статью 28(3) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, статью 25(6) Швейцарского регламента международного арбитража (2012)).

iv. Привлечение эксперта и других лиц

Вполне ожидаемо, что запрашивающая сторона редко соглашается с тем, чтобы не быть допущенной к ознакомлению со спорным материалом. В таких случаях целесообразным может оказаться назначение арбитражным судом эксперта, который сможет ознакомиться со спорным документом и предоставит заключение относительно необходимого объема защиты. Кроме того, он может предоставить данные о содержании документа таким образом, чтобы были сохранены защищенные привилегией интересы.

Статья 3.8 Правил IBA позволяет арбитражному суду назначать эксперта для помощи в решении вопроса о возражениях на основании привилегии. Арбитражные регламенты этот вопрос, как правило, оставляют вне регулирования. Среди исключений — Арбитражный регламент Всемирной организации интеллектуальной собственности, статья 52 которого закрепляет детальный механизм решения этого вопроса, на который часто обращают внимание арбитры даже в спорах, которые не касаются интеллектуальной собственности[507]. Положения других арбитражных регламентов позволяют заключить о возможности привлечения экспертов для решения вопроса о допустимости доказательств. Так, статья 27(2) Швейцарского регламента международного арбитража (2012) обязывает стороны предоставить эксперту любую относимую информацию, а также представить ему для осмотра любые *относимые* документы или товары[508]. О том, что предоставляемые эксперту материалы должны быть допустимы как доказательства, речь не идет. Это вполне согласовывается с основами назначения экспертизы в арбитраже и открывает возможности для решения арбитражным судом сложного вопроса о распространении защиты привилегией того или иного материала, как и в целом допустимости доказательств, с помощью эксперта. В этом случае важно, чтобы арбитражный

[507] *Kaufmann-Kohler G.* Discovery in international arbitration: How much is too much? / Gabrielle Kaufmann-Kohler, Philippe Bärtsch // Zeitschrift für Schiedsverfahren. — 2004. — Heft 1. — p. 20.

[508] Похожая норма содержится также в статье 29(3) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (2010), статье 21.3 Арбитражного регламента LCIA (2014), статье 29(3) Арбитражного регламента CIArb (2015), статье 25(2) Регламента международного арбитража ICDR (2014).

суд по согласию сторон сделал исключение из общего правила, согласно которому все материалы, предоставленные эксперту, должны быть доступны также сторонам[509].

Н. Омали считает, что арбитражный суд может также поручить выяснения вопроса защиты информации режимом конфиденциальности или привилегией секретарю арбитража[510]. Представляется важным отметить, что такое выяснение не должно переходить в делегирование секретарю права решать вопрос о признании информации защищенной. Отдельные арбитражные центры в своих рекомендациях по организации арбитражных процедур специально обращают внимание арбитров на то, что они не должны делегировать принятие решений секретарям, административному персоналу или каким-либо другим лицам, которые не входят в состав арбитражного суда[511]. Авторы Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства также отмечают, что «важно обеспечить, чтобы секретарь не выполнял каких-либо функций третейского суда по принятию решений»[512].

---

[509] Это правило является проявлением принципа предоставления стороне разумной возможности представить свою позицию. Оно также бывает закреплено в виде отдельной нормы (см. например статью 27(3) Швейцарского регламента международного арбитража (2012)).

[510] *O'Malley N.* Discovery in International Commercial Arbitration — A Practical Overview / Nathan D. O'Malley // California International Law Journal. — 2007. — Vol. 15, No. 1. — p. 11.

[511] См. статью 4 Рекомендаций CPR арбитрам, ведущим сложные арбитражные процессы (CPR Guidelines for Arbitrators Conducting Complex Arbitrations).

[512] См. п. 27 Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства (1996 год) / Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, 1996 год, том XXVII. — С. 327.

ЧАСТЬ III

ОТДЕЛЬНЫЕ ВИДЫ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

Глава 11.
Письменные доказательства

§ 11.1. Письменное доказательство и документ: соотношение понятий

Если отечественная правовая наука как в контексте доказывания в национальных процессах, так и в международном коммерческом арбитраже часто использует термин «письменное доказательство»[513], то западная литература, как правило, обращается к понятию «документ» (документальное доказательство) в достаточно широком смысле, который охватывает как бумажные документы, так и электронные файлы. С таким значением это понятие используется также в Правилах IBA и других авторитетных рекомендациях[514].

В современном арбитраже письменной считается любая информация, созданная, пересланная или хранимая с помо-

---

[513] Под письменными доказательствами часто понимаются материальные объекты, которые происходят от юридических или физических лиц, в которых они в виде письменного текста, звукозаписи, изображения или другого технического средства свидетельствуют или пересказывают обстоятельства (факты), имеющие значение для правильного разрешения дела, при наличии у суда возможности проверить достоверность сведений, зафиксированных на материальных носителях (см. *Бабенко В.* Доказування в господарському процесі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / В. В. Бабенко ; Акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва. — К., 2007. — С. 13). Материальность объектов здесь следует понимать в широком смысле, охватывающем также электронную форму.

[514] В Протоколе CPR раскрытия документов и представления свидетелей в коммерческом арбитраже (CPR Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration) даже специально определено, что под документом следует понимать все виды сохраненной или регистрируемой информации, как в форме физического (материального) документа, так и в любой другой форме, в том числе информация на электронных носителях.

щью электронных, цифровых, магнитных, оптических, электромагнитных, биометрических средств и фотосредств.

Следует учитывать, что документы могут быть как письменными, так и вещественными доказательствами. Если сведения об обстоятельствах, имеющих значение для дела, получены из содержания документа, документ является письменным доказательством. Сведения, полученные из свойств материала документа, указывают на то, что документ используется как вещественное доказательство.

При этом изложенные в письменном виде показания свидетелей, заключения экспертов относятся не к письменным, а к личным доказательствам, соответственно к показаниям свидетелей и заключениям экспертов[515]. Если точнее, то они не являются первичными письменными доказательствами. Они имеют письменную форму, однако являются производными от свидетельских показаний и экспертных доказательств, которые все же рассматриваются как отдельные виды доказательств.

§ 11.2. Аудио- и видеозапись как письменное доказательство

Аудио- и видеозапись часто рассматриваются как подвиды письменных доказательств. Они могут быть первичным доказательством (*primary evidence*), например когда на записи зафиксировано событие, послужившее причиной спора. Запись может также быть производным доказательством (*secondary evidence*), например, если на ней запечатлены показания свидетеля, которые тот дал представителю стороны. От того, является запись первичным или производным доказательством, может зависеть ее оценка, а иногда и условия ее принятия в качестве доказательства арбитражным судом[516].

[515] См. Справочник по доказыванию в гражданском судопроизводстве / [Дегтярев С. Л. и др.] ; под ред. И. В. Решетниковой. — 2-е изд., перераб. — М. : Норма, 2005. — С. 49.
[516] См. § 9.2 (пункт 9.2.5).

При принятии записи в качестве доказательства, а также в процессе ее исследования и оценки могут возникать множество вопросов фактического, правового и технического характера, которые здесь не рассматриваются. Среди таких вопросов наиболее распространенными являются условия создания записи, возможное редактирование и другое вмешательство, нарушающее аутентичность; происхождение и содержание комментариев лиц, присутствующих на записи и прочие. В целом же вопросы о подлинности (аутентичности) аудио- и видеозаписей рассматриваются с тех же позиций, что и других документов, а поскольку в современных условиях записи создаются и хранятся преимущественно в электронной форме, то к ним также применимы особенности электронных доказательств.

§ 11.3. Электронные доказательства

11.3.1. Сложная природа электронного доказательства

98% деловых записей в настоящее время осуществляется в электронной форме, а 80% из них никогда не бывают переведены в бумажную или другую материальную форму, что указывает на самостоятельную роль информации в электронном виде в качестве доказательств[517].

По этой причине в качестве особого подвида письменных доказательств выделяют электронные доказательства. Это выделение весьма условно и сделано не с целью обосновать какие-либо особые, характерные только для этой категории доказательств, правила получения и представления доказательств. В практике арбитража укрепилась позиция, что разбирательство не должно усложняться какими-либо специальными правилами в отношении электронных доказательств, поскольку правила, связанные с получением и представлением документаль-

[517] *Cher S. D.* Electronic Discovery/Disclosure: From Litigation to International Commercial Arbitration / Cher Seat Devey // Arbitration. — 2008. — Vol. 74, No. 4, November. — p. 374.

ных доказательств, в полной мере применимы и к электронным доказательствам[518]. Так, изданная в 2010 году новая редакция Правил IBA упоминает информацию в электронном виде, не устанавливая для нее специальных правил, ведь еще в предыдущую редакцию Правил 1999 года было заложено широкое определение понятия «документ», которое включало также любую информацию в электронной форме. Электронное доказательство понимается как синоним электронного документа, а электронный документ — как разновидность документа. То есть, в юридической литературе по международному коммерческому арбитражу в контексте деятельности по доказыванию часто имеет место вложение широкого содержания в понятие «электронный документ» и употребление в качестве синонимов этого понятия также понятий «электронное доказательство», «информация, которая хранится в электронном виде» («*electronically stored information (ESI)*»)[519].

Осознание практиками арбитража и учеными того, что удельный вес информации в электронном виде среди доказательств растет[520], имело следствием разработку и принятие ведущими арбитражными институтами специальных рекомендаций и правил в этой сфере. В частности, в 2008 году были одобрены Руководящие принципы обмена информацией в международном арбитраже ICDR. В том же году Королевским институтом арбитража был утвержден Протокол раскрытия документов в электронной форме в арбитраже, а в декабре 2009 года Международным институтом предотвращения и разре-

[518] «Нет и не должно быть в принципе никакой разницы между предоставлением бумажных документов и предоставлением электронных документов в арбитраже» (Techniques for Managing Electronic Document Production When it is Permitted or Required in International Arbitration. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on the Production of Electronic Documents in International Arbitration. — Paris, ICC, 2012. — p. 5). Тем не менее, определенная специфика существует. Достаточно внимания ей уделено также в документе, на который здесь была дана ссылка.

[519] См. The Sedona Principles (Second Edition) Addressing Electronic Document Production. — The Sedona Conference, 2007. — 90 pages.

[520] Авторы Отчета ICC о техниках контроля времени и расходов в арбитраже (п. 55) рекомендуют сводить к минимуму обмен бумажными документами для снижения расходов разбирательства и повышения эффективности арбитража (ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, Second edition (2014); publication date : 01.11.2014, Document No. : 861-1 ENG).

шения конфликтов издан Протокол раскрытия документов и представления свидетелей в коммерческом арбитраже[521]. Упомянутые документы содержат преимущественно общие установки и ориентируют на то, чтобы информация в электронной форме была воспринята как доказательство, но не раскрывают специфику поиска таких доказательств, их идентификации, сбора, представления и оценки. Это тоже имело важное значение, ведь тенденция к распространению на информацию в электронной форме режима, подобного тому, который применяется к бумажным документам, привела, например, к закреплению в арбитраже презумпции подлинности электронного документа[522].

Правда, некоторые исследователи все же отделяют электронные средства доказывания от письменных и других доказательств на основе особого источника (носителя) доказательственной информации[523].

В любом случае, не стоит сводить информацию, которая хранится в электронном виде и для целей доказывания в международном коммерческом арбитраже может рассматриваться как содержащаяся в электронных средствах доказывания, только к электронным документам в том смысле, в котором документ как письменное доказательство еще до недавнего времени понимали в отечественной правовой науке, то есть как к материальному носителю информации, нанесенной в виде знаков, пригодных для прочтения человеком. Это тем более оправдано, если учесть, что часто запрашиваемая информация предостав-

[521] *Howell D.* Developments in Electronic Disclosure in International Arbitration / D. Howell // Dispute Resolution International. — 2009. — Vol. 3, No. 2, October. — pp. 152–154.

[522] *Newman Z. G.* The Reliability, Admissibility, and Power of Electronic Evidence / Newman Z. G., Ellis A. // Proof. — 2010. — Vol. 18, No. 4. — p. 10.

[523] В зависимости от того, какие данные, хранимые в электронной форме, имеют доказательственное значение, будет происходить отнесение их к письменным, вещественным доказательствам, аудио- и видеозаписи. Электронный документ, таким образом, является письменным средством доказывания в той мере, что и бумажный, если доказательственное значение имеют мнения, которые хранятся в нем и которые могут быть восприняты путем прочтения письменных знаков (см. *Ворожбит С. П.* Электронные средства доказывания в гражданском и арбитражном процессе : автореф. дисс. на соискание ученой степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.15 «Гражданский процесс; арбитражный процесс» / С. П. Ворожбит. — Санкт-Петербург, 2011. — С. 7–8).

ляется в другом формате, чем тот, в котором она хранится, а объем данных может быть сужен с помощью определенных поисковых критериев. Итак, есть основания рассматривать электронные доказательства как особый вид доказательств, наиболее родственный письменным.

В изданном в 2011 году Отчете рабочей группы по предоставлению электронных документов в международном арбитраже комиссии Международной торговой палаты, группа сосредоточила внимание, среди прочего, на свойствах электронного документа. Среди них были названы такие:

– значительный объем материалов как следствие электронного хранения данных;
– упрощенное распространение электронных документов по сравнению с бумажными;
– одновременное сочетание в электронном документе большей устойчивости и уязвимости (данные могут быть в некоторых случаях успешно восстановлены, однако возможен риск случайного уничтожения документа без вмешательства человека);
– для восприятия человеком обычно требуется применение компьютерной техники и программного обеспечения;
– наличие метаданных, которые дают возможность получить дополнительную информацию в отношении самого электронного документа;
– возможность облегчить поиск необходимых данных с помощью компьютерных технологий[524].

Таким образом, электронное доказательство в международном коммерческом арбитраже можно рассматривать как отдельный вид доказательств. Его составляет *информация, которая касается предмета доказывания и хранится, обрабатывается и может быть представлена для восприятия человеком с помощью компьютерной техники.*

[524] *Bedard J.* Electronic Discovery in International Arbitration (Revisited) / Bedard J., Frank J. L. — Part 1. — Chapter 2. — ICDR Awards and Commentaries. — 2012. — p. 46.

11.3.2. Метаданные

В качестве особого свойства электронных документов часто выделяют наличие метаданных, хотя метаданные, на самом деле, имеются и в отношении документа на бумажном носителе[525]. Авторы Отчета ICC о техниках управления предоставлением электронных документов в арбитраже приводят простое определение понятия: «метаданные — это данные о данных».

В Отчете метаданные разделены на три группы:

– *содержательные* метаданные (метаданные приложений) — это данные, созданные программным обеспечением, использованным для создания документа. Это данные, среди прочего, о редактировании, внесенных комментариях. Они встроены в документ и, можно даже сказать, являются его частью, оставаясь с ним при копировании, перенесении или воспроизведении. Они могут быть ценны для выявления происхождения документа и прослеживания истории предложенных и внесенных изменений;
– *системные* метаданные — это автоматически сгенерированная информация о создании или редактировании документа, такая как авторство, дата и время создания, редактирования, доставки. Системные метаданные не обязательно встроены в документ, но могут быть получены из компьютера или другого устройства, на котором документ был создан, подвергся редактированию. Эти данные могут иметь ценность для установления аутентичности документа и выяснения того, кем был получен документ (включая так называемое скрытое копирование, при котором данные о скрытом адресате не видны из самого документа), а также когда документ был получен;
– *встроенные* метаданные вводятся в документ его создателем или пользователем, но не выводятся для читателя

[525] В стандарте ISO 15489-1:2001 «Информация и документация. Управление записями» метаданные (*metadata*) определены как данные, описывающие контекст, содержание, структуру документов и управление документами в течение времени.

документа и часто включают формулы, использованные для создания таблиц, скрытые столбцы, ссылки, поля или связанные файлы. Встроенные метаданные могут иметь решающее значение для понимания сложных таблиц расчетов[526].

Метаданные могут быть как *видимыми* (в случае с электронным письмом это данные об отправителе, адресате, получателях копий, дате, теме письма), так и *скрытыми* (для электронного письма это путь передачи, IP-адрес, с которого была совершена пересылка, и прочие)[527].

Относительно значения метаданных в арбитраже авторы Отчета обращают внимание на следующие важные аспекты:

– видимые метаданные и встроенные метаданные часто бывают необходимыми для понимания данных электронного документа;
– в тех случаях, когда есть подозрения в мошенничестве, подделке или другого рода намеренной фальсификации доказательства, скрытые метаданные могут быть ценным доказательством. В большинстве же споров метаданные не являются относимыми или существенными для разрешения спора;
– метаданные подвержены непреднамеренным изменениям. Они могут быть утеряны, если электронный документ конвертируется из одного формата в другой. Сохранение метаданных возможно экспертным путем, однако это влечет дополнительные расходы;
– если электронный документ был представлен в оригинальном формате (то есть в том формате, в котором он был изначально создан) или в родственном ему формате, содержательные и встроенные метаданные, как правило, будут сохранены. Обыкновенно, документ, представленный в таком формате, будет поддаваться поисковым

[526] Techniques for Managing Electronic Document Production When it is Permitted or Required in International Arbitration. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on the Production of Electronic Documents in International Arbitration. — Paris, ICC, 2012. — p. 7.

[527] *Там же.* — p. 7.

запросам у получателя в той же мере, что и у представившей его стороны (при условии, что получатель располагает необходимым программным обеспечением). Содержательные и встроенные метаданные могут быть удалены из электронного документа с помощью специального программного обеспечения или путем перевода документа в другой формат[528].

[528] Techniques for Managing Electronic Document Production When it is Permitted or Required in International Arbitration. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on the Production of Electronic Documents in International Arbitration. – Paris, ICC, 2012. – pp. 7–8.

Глава 12.
Свидетельские показания

§ 12.1. Общие вопросы

Свидетельские показания для доказывания в международном коммерческом арбитраже играют очень важную роль, хотя арбитражным процессам, особенно тем, которые проводятся под влиянием континентальной правовой традиции, свойственно наиболее благосклонное отношение к письменным доказательствам[529]. Практики арбитража объясняют это обременительностью организации допроса и низким уровнем доверия к показаниям. Последнее подкрепляется также влиянием подхода, принятого в национальном хозяйственном процессе, в котором показания свидетелей не считаются допустимым доказательством. Важно также, что лжесвидетельство в арбитраже не является уголовно наказуемым деянием, и часто вообще не влечет никакой ответственности для лица, давшего ложные показания в арбитраже.

В то же время процедуры в большинстве современных арбитражных систем построены таким образом, чтобы свести к минимуму формальные препятствия для получения арбитражным судом и признания допустимой любой потенциально ценной доказательственной информации, в том числе свидетельских показаний. Это восполняется тем, что такая информация подвергается достаточно строгому тесту на достоверность в процессе перекрестного допроса и оценивания показаний арбитражным судом.

---

[529] Так, например, в практике МКАС при ТПП Украины (проанализировано около 30 опубликованных арбитражных решений) показания свидетелей не имеют широкого применения в качестве доказательства.

В целом же документы как доказательства считаются не только качественнее, но и процессуально экономнее свидетельских показаний. Поэтому общепринятой считается практика, при которой прежде чем будут допрошены свидетели, должны быть собраны и представлены все письменные доказательства, насколько это возможно[530].

§ 12.2. Требования к свидетельским показаниям

Показания свидетеля кроме общих требований, предъявляемых к доказательствам, должны отвечать таким требованиям:

– указывать на *факт* в узком смысле этого слова, указывать на факт, относящийся к делу и требующий доказывания. Свидетель не дает показаний в отношении вопросов мнения и права. Факты, о которых дает показания свидетель, должны составлять предмет его личного знания (с учетом особенностей принятия показаний с чужих слов (*hearsay*), о которых подробно сказано далее в этой главе) и должны быть восприняты одним или несколькими из сенсорных органов. Поэтому не имеют доказательного значения заявления свидетеля о том, что ему якобы известно, что знал или думал другой человек, равно как и ничем более не подкрепленные заявления о том, что другой свидетель говорит правду или неправду. Это требование по своей сути является требованием о *компетентности* свидетеля;
– показания должны быть даны *добровольно*. Это требование, как можно заметить, направлено на обеспечение *достоверности* показаний, а также на недопущение нарушения фундаментальных прав человека. Добровольность здесь относится, скорее, к содержанию показаний, а не в

[530] См. п. 61 Отчета ICC о техниках контроля времени и расходов в арбитраже (ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, Second edition (2014); publication date : 01.11.2014, Document No. : 861-1 ENG).

целом к мотивам, по которым свидетель дает их в арбитраже. Свидетель далеко не всегда с искренним энтузиазмом порывается давать показания. Он даже может в некоторых случаях ощущать себя принужденным к участию в процессе. Например, если арбитраж обязал сторону обеспечить участие своего бухгалтера в качестве свидетеля, сторона вынуждена будет употребить свою власть как работодателя, чтобы сделать возможной явку свидетеля[531]. В то же время то, *что* будет говорить свидетель, должно исходить от него добровольно и вне всякого постороннего влияния;

– показания должны быть *определенными*, то есть позволять однозначно установить смысл сказанного. Определенность относится к содержанию сказанного свидетелем также в том смысле, что сказанное должно соответствовать тому, что свидетель намеревался сказать. Показания не должны допускать возможности их двоякого толкования, они в принципе не должны нуждаться в толковании. В то же время определенность не означает, что свидетель должен «гарантировать» точное соответствие заявленного им действительности. Свидетель может «полагать», «считать», то есть иметь разумную долю сомнений в правильности своего восприятия и памяти. Однако его показания не должны базироваться на догадках, если такие догадки выходят за пределы компетентного суждения свидетеля. При этом стоит учесть, что ценность показаний свидетеля факта состоит в том, что из них можно получить информацию о событиях прошлого, которые известны свидетелю. Стороны и арбитраж, как правило, не интересует мнение свидетеля факта по вопросам, требующим специальных знаний, которыми свидетель не обладает;
– показания должны быть *полными*, то есть свидетель не должен утаивать отдельные известные ему обстоятельства, относящиеся к делу.

[531] Этот пример ни в коем случае не стоит расценивать как обоснование какого-либо влияния стороны на свидетеля. Работник стороны, будучи привлечен для дачи показаний в арбитраже, уже не находится в положении наемного работника, обязанного выполнять распоряжения работодателя.

§ 12.3. Вопросы допустимости некоторых показаний

В международном коммерческом арбитраже использование свидетельских показаний имеет особенности по сравнению с национальными судебными процессами. Минимум препятствий для допустимости показаний — одна из наиболее явных особенностей.

Если в отечественной теории доказывания в судебных процессах свидетель должен быть лицом, юридически незаинтересованным в результатах разрешения дела и вызванным в суд для дачи показаний о непосредственно воспринятых им (сообщенных ему) фактах, имеющих значение для дела[532], то в международном коммерческом арбитраже требование об отсутствии интереса может не ставиться.

На этом основании, как представляется, в арбитраже не выделяются в качестве отдельного источника доказательственной информации пояснения сторон. Те из них, которые являются заявлениями о спорных обстоятельствах, могут быть критически оценены арбитражным судом, как и свидетельские показания, а те, которые касаются признания обстоятельств, утверждаемых другой стороной, должны приниматься как обязательные. Пояснения, в которых стороны дают свои интерпретации фактов и оценки их значения для решения спора, стоят отдельно от упомянутых выше утверждений об обстоятельствах и признаний обстоятельств. Стороны вольны в своих интерпретациях, чего нельзя сказать об утверждениях о фактах. В этой последней сфере этические нормы представительства в арбитраже предписывают воздерживаться от неправдивых утверждений о фактах.

Непосредственность восприятия информации свидетелем также не является обязательным условием, поэтому показания с чужих слов могут быть приняты арбитражным судом[533].

---

[532] *Треушников М. К.* Судебные доказательства : Монография / М. К. Треушников. — М. : Юридическое бюро «ГОРОДЕЦ», 1997. — С. 197.

[533] См. *Сліпачук Т.* Практичні аспекти процесу доказування у міжнародному комерційному арбітражі / Т. В. Сліпачук // Право України. — 2011. — № 1. — С. 125.

Ранее, в § 10.5 (пункт 10.5.3), уже были раскрыты так называемые внутренние и внешние основания для исключения доказательства как недопустимого в праве. Здесь мы находим подтверждение этой логике, поскольку видим, что в арбитраже, как правило, снимаются внутренние ограничения допустимости свидетельских показаний.

12.3.1. Допустимость показаний лиц с потенциальным конфликтом интересов

Признанной в арбитраже практикой является получение показаний любого лица, в том числе представителей сторон и их работников[534]. Такая гибкость позволяет получить любые показания, которые представляются относящимися к делу, и при этом не решать формальный вопрос о допустимости[535].

Многие арбитражные регламенты даже содержат специальные положения о том, что показания могут быть получены у любого лица[536]. Возможность получения показаний у сторон, их должностных лиц и представителей предусмотрена также Правилами IBA (статья 4.2), что свидетельствует о приобретении этим подходом значения признанного и широко применяемого.

---

[534] Например, по делу «Теленор против Сторм» арбитражный суд *ad hoc*, который рассматривал спор по регламенту ЮНСИТРАЛ, принял во внимание показания финансового директора, юриста и других работников истца (см. Final Award in the Matter of an Arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules between: Telenor Mobile Communications AS and Storm LLC dated 2 July 2007, New York. — p. 33). Рассматривая спор между Italia Ukraina Gas S.p.a. и НАК «Нафтогаз Украины» по регламенту SCC, арбитражный суд допросил в качестве свидетеля директора одного из департаментов ответчика (см. SCC Arbitration proceedings No. V 007/2008, Separate Award rendered on 19 October 2010 (*Italia Ukraina Gas S.p.a. v. National Joint-Stock Company «Naftogaz of Ukraine»*). В другом случае, рассматривая дело по регламенту ICC, арбитражный суд заслушал в качестве свидетеля должностное лицо (президента) ответчика (см. ICC Arbitration Case No. 8547 of 1999).

[535] *Schlaepfer A. V.* Few Reflections on the Assessment of Evidence by International Arbitrators / A. V. Schlaepfer, P. A. Bärtsch // International Business Law Journal / Revue de Droit des Affaires Internationales. — 2010. — Issue 3. — p. 215.

[536] См. статью 27(2) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (2010), статью 20.6 Арбитражного регламента LCIA (2014), статью 25(2) Швейцарского регламента международного арбитража (2012), статью 27(2) Арбитражного регламента CIArb (2015).

12.3.2. Разграничение показаний и заявлений о позиции по делу

Необходимо разграничивать показания и заявления. Дать показания об известных фактах может любое лицо, даже заинтересованное в исходе дела.

Если же такое заинтересованное лицо, не являющееся стороной, делает заявление в поддержку той или иной позиции, оно приобретает статус третьего лица с собственным интересом в споре либо без такого интереса, однако поддерживающего какую-либо из сторон (*amicus curiae*).

Практика принятия заявлений от *amicus curiae* распространена в инвестиционном арбитраже и в процедурах разрешения споров в рамках ВТО, а в международном коммерческом арбитраже такие случаи крайне редки, однако возможны, если при этом соблюдаются условия конфиденциальности и другие условия привлечения третьих лиц в процесс, а заявления этих лиц могут помочь разрешить спор[537].

12.3.4. Показания с чужих слов (*hearsay*)

i. Понятие, содержание и формы hearsay

Показания с чужих слов (hearsay[538]) — это заявление лица о содержании утверждений другого лица в отношении определенных обстоятельств, имеющих значение для решения спора.

Можно выделить такие характеристики *hearsay* в узком смысле:

---

[537] См. Swiss Rules of International Arbitration — Second Edition / Tobias Zuberbühler, Christoph Müller, Philipp Habegger. — Juris Publishing, Inc., 2013 — p. 253. Также см. *Kyriaki N.* Confidentiality in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis of the Position under English, US, German and French Law / Noussia Kyriaki. — Springer Science & Business Media, 2010. — p. 152.

[538] Слово «*hearsay*» иногда в юридической литературе переводят как «слухи». С таким значением это слово употребляется в разных сферах. Однако в доказательственном праве использование такого термина как соответствия «*hearsay*» представляется сбивающим с толку. Слухи — это неподтвержденная информация, которая распространяется без ссылки на источник. Показания с чужих слов, как их понимают в доказательственном праве, может иметь и чаще всего имеет ссылку на источник, который, однако, не представлен для исследования.

– это показание, направленное на подтверждение имеющего значение обстоятельства, на которое ссылается сторона;
– это показание о заявлении (утверждении), сделанном конкретным лицом или приписываемом такому лицу;
– сделавшее заявление лицо не участвует в рассмотрении и по этой причине не может быть допрошено касательно заявления[539].

В последней из перечисленных выше характеристик кроется основание для того, что во многих юрисдикциях такие показания отвергаются судами как недопустимые: невозможность допросить лицо, сделавшее заявление (совершившее невербальный акт, расцененный как определенное заявление) лишает возможности удостовериться в значении и правдивости заявления, которые ему приписывает свидетель вербального или невербального акта.

В международном коммерческом арбитраже не применяются правила о недопустимости показаний с чужих слов. Показания свидетеля, воспринявшего заявление третьего лица, могут быть приняты. Часто они рассматриваются не как доказательство правдивости такого заявления, а лишь как доказательство факта его высказывания как совершенного акта.

Такие показания в одних случаях рассматриваются как производное доказательство (*secondary evidence*), когда с их помощью устанавливают правдивость заявленного третьим лицом, либо как первичное доказательство (*primary evidence*), если доказывание ограничивается тем, чтобы установить сам факт сообщения третьим лицом определенной информации, правдивость которой не устанавливается. В последнем случае не вполне обоснованно говорить о показаниях с чужих слов. И все же, принимая во внимание то, что острые вопросы, связанные с использованием показаний с чужих слов, вплоть до требований признать их недопустимыми, часто поднимаются в арбитраже всякий раз, когда речь заходит о чем-либо услышанном свидетелем от третьего лица, полезно сделать это разграничение и изложить некоторые особенности использования таких показаний.

[539] *Walton D.* Legal Argumentation and Evidence / Douglas Walton. — University Park, PA: Pennsylvania State University Press, 2002. — p. 24.

Показания с чужих слов касаются не только услышанного от третьего лица, хотя из названия термина можно сделать другой вывод. Лицо может стать свидетелем как вербального, так и невербального акта третьего лица (например, кивок в ответ на вопрос или утверждение). В наиболее буквальном значении, *о hearsay можно говорить, когда свидетель вербального или невербального поведенческого акта дает о нем показания как о содержательном высказывании третьего лица, и на основании этих показаний делается вывод о значении и достоверности такого высказывания*.

В общем праве принято понимать *hearsay* довольно широко и не сводить это содержание сугубо к услышанному лицом от непосредственного свидетеля определенного факта. Принято выделять такие формы:

– *коллективная*, в рамках которой информация распространена среди неопределенного количества людей, каждый из которых вряд ли может сослаться на первичный источник (репутация, слухи, традиция);
– *индивидуальная*, в рамках которой можно выделить *hearsay* в узком смысле этого слова, как некоторые данные, полученные от свидетеля факта.

Необходимо отметить, что коллективная форма *hearsay* признается далеко не всеми практиками арбитража как разновидность показаний с чужих слов. В теории доказывания также предпочтение отдается такой интерпретации понятия «*hearsay*», которое подразумевает, что на источник информации все же будет дана ссылка.

ii. Ссылки на сообщения в СМИ

В качестве *hearsay* иногда рассматривают также ссылки на статьи в СМИ[540], содержащие информацию о фактах *res gestae*[541], поскольку часто не представляется возможным допросить автора и убедиться в правдивости и точности написанного.

[540] Лишь по признаку формы такая статья в СМИ может рассматриваться как письменное доказательство.

[541] Естественно, когда сообщение в СМИ содержит информацию, не относящуюся к фактам *res gestae*, но имеющую значение для дела, ее доказательное значение будет

Распространение на сообщения в СМИ режима *hearsay* оправдано еще и тем, что подобно показаниям с чужих слов, в статьях иногда содержатся ссылки на заявление третьих лиц, а когда таких ссылок нет и источник информации не указан, то приведенные сведения сродни слухам. Если сообщения касаются некоторого лица, то масштаб таких сообщений, количество и качество независимых друг от друга сообщений (статей разных авторов и сообщений из разных источников, утверждающих одно и то же), могут указывать на сложившуюся репутацию, которая также принимается во внимание как разновидность *hearsay*.

iii. Репутация

Когда заходит речь о репутации, слухах и традиции как о подвидах коллективной формы *hearsay*, мы говорим об использовании их в качестве доказательства факта, внешнего по отношению к их содержанию. То есть, значение имеет, как правило, не сам факт наличия у лица определенной репутации, а то, что эта репутация свидетельствует о поведении в исследуемом случае. Например, если у ответчика сложилась определенная репутация, то принимая это в качестве доказательства, арбитры делают вывод о том, что и в исследуемом случае ответчик действовал в соответствии со своей репутацией. Репутация здесь рассматривается как доказательство обычного поведения, а не как некая ценность. Когда же наличие репутации доказывается с целью обоснования размера причиненного ей ущерба, это не имеет ничего общего с описанным выше случаем, ведь репутация уже не служит доказательством.

Кроме того, важно разграничить показания о репутации от собственных оценок свидетелем действий, поведения, способа ведения бизнеса стороной. Если свидетель дает собственные оценки, это уже не показания об известной ему репутации, а суждения о вопросах мнения.

другим. Статья может быть источником доказательств по вопросу права, если в ней, например, содержится правовой комментарий специалиста по тем же вопросам, что и возникшие в связи с рассмотрением дела. Статья в СМИ может быть также одним из источников информации об общеизвестном факте, который также в данном случае не должен относиться к *res geastae* (см. § 6.3 (пункт 6.3.2)).

iv. Решение вопроса о принятии показаний с чужих слов

Рассматривая вопрос о принятии показаний с чужих слов, сторонам и арбитражному суду среди прочих, полезно выяснить такие вопросы:

– возможно ли установить первичный источник информации;
– возможно ли получить информацию из первичного источника, насколько это оправдано и необходимо, принимая во внимание существенность информации с одной стороны и связанные с ее получением расходы — с другой;
– каков путь передачи и через скольких посредников прошла информация;
– насколько передача могла повлиять на сохранение точности, объективности информации;
– есть ли основания для дискредитации свидетеля (источника), заявление или сообщение которого представлено в арбитраж[542].

§ 12.4. Этика контактов со свидетелем

Практики арбитража не питают надежд полностью оградить свидетеля от влияния сторон, в особенности стороны, которая этого свидетеля привлекает. Не имея в своем распоряжении способов гарантировать правдивость показаний свидетеля, арбитры полагаются на тщательность исследования показаний.

В арбитраже допустимы контакты представителей сторон со свидетелями и даже участие этих представителей в процессе подготовки письменных заявлений и выяснении содержания возможных устных показаний. Некоторые арбитражные регламенты содержат специальные нормы по этому поводу. В частности статья 20.5 регламента LCIA (2014) устанавливает, что

[542] О дискредитации свидетеля см. § 12.8.

при условии соблюдения всех законов, которые подлежат применению, любая из сторон или ее официальные представители вправе общаться с любым свидетелем или потенциальным свидетелем с целью представления его показаний в письменном виде или привлечения его для дачи устных показаний.

Регламенты арбитражных учреждений континентальной Европы, в частности Арбитражные регламенты ICC (2012) и SCC (2010), как правило, не содержат специальных положений по этому поводу, поскольку континентальная правовая традиция в течение длительного времени ограничивала общение сторон со свидетелями. Например, в национальных судебных процессах в Бельгии, Франции, Италии и Швейцарии контакты сторон и их представителей со свидетелями запрещены. В то же время, как отмечают Я. Мередит и Х. Хан, в таких странах введены специальные нормы, касающиеся международных арбитражных процессов. Например, во Франции действует запрет адвокату обсуждать дело со свидетелем до слушания. Однако Совет адвокатов Парижа в 2008 году принял резолюцию, которая позволяет членам адвокатуры готовить свидетелей в международном арбитраже. Аналогично, в статье 7 Деонтологического кодекса Швейцарии разрешен контакт со свидетелями в этих случаях[543]. Правила адвокатской этики в Украине и Беларуси не устанавливают формальных запретов относительно контактов адвоката со свидетелем, однако запрещают любое воздействие или давление на свидетеля с целью побудить к даче ложных показаний[544]. Конечно, такие действия выходят за пределы допустимых контактов со свидетелем и приготовления такого свидетеля к даче показаний.

Обновленные редакции арбитражных регламентов, в том числе в арбитражных системах, находящихся под влиянием

---

[543] *Meredith I.* Witness Preparation in International Arbitration — A Cross Cultural Minefield / Meredith, Ian and Khan, Hussain // MEALEY'S International Arbitration Report. — 2011. — Vol. 26, No. 9. — p. 3.

[544] См. Правила адвокатської етики, затверджені Установчим З'їздом адвокатів України 17.11.2012 року, п. 49 Правил профессиональной этики адвоката, утвержденные постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь от 06.02.2012 г. № 39. В Российской Федерации Кодекс профессиональной этики адвоката не содержит предписаний на этот счет.

континентальной правовой традиции, уже содержат положения о допустимости общения стороны со свидетелями или потенциальными свидетелями (допускают интервьюирование вне арбитражного разбирательства)[545]. То, что контакт стороны или ее представителя со свидетелем или потенциальным свидетелем и обсуждение с таким свидетелем возможного показания не следует рассматривать как ненадлежащее само по себе, было закреплено также в Правилах IBA (статья 4.3).

Признанный в среде практиков документ рекомендационного характера об этике осуществления представительства в арбитраже — Руководящие принципы Международной ассоциации юристов относительно представительства сторон в международном арбитраже 2013 года[546] — довольно детально описывает действия, которые считаются необходимыми или допустимыми при контакте со свидетелем. Согласно этому документу представитель стороны должен стремиться к тому, чтобы свидетельские показания отражали собственное понимание свидетелем фактов, событий и обстоятельств, и не должен предлагать или подталкивать свидетеля к даче ложных показаний.

Согласно Руководящим принципам обязательные действия представителя стороны при контактах со свидетелем включают:

– идентификацию представителем себя и стороны, которую он представляет, а также причины, по которой запрашивается информация;
– доведение до сведения потенциального свидетеля, что он имеет право проинформировать о контакте своего адвоката (представителя) или привлечь его, а также свободен прекратить общение с представителем стороны.

Перечисленные выше действия должны быть совершены прежде любой попытки получить информацию от потенциального свидетеля.

---

[545] См. статью 25(2) Швейцарского регламента международного арбитража (2012).

[546] Руководящие принципы Международной ассоциации юристов относительно представительства сторон в международном арбитраже, одобренные решением Совета Международной ассоциации юристов 25 мая 2013 года.

К перечню допустимых действий при контакте представителя стороны со свидетелем относятся:

– помощь свидетелю в подготовке показаний;
– обсуждение предстоящих показаний;
– предложение оплаты, достижение соглашения об оплате, оплата расходов, разумно понесенных свидетелем при подготовке к даче показаний и для дачи показаний в слушаниях, а также разумной компенсации за связанную с этим потерю времени.

§ 12.5. Письменные показания

12.5.1. Допустимость письменных показаний

Утверждение в арбитраже практики принятия письменных показаний направлено на упрощение процедурных аспектов получения доказательственной информации от свидетелей. Этот подход поддержан также многими учеными и практиками арбитража. Так, Т. В. Слипачук указывает, что «в международном арбитраже предусмотрено два вида свидетельских показаний: письменные пояснения и устный опрос»[547]. А. Больтхаузен и П. Акер также отмечают, что современные тенденции в арбитраже указывают на возможность применения двух способов дачи свидетельских показаний: письменное заявление (*direct written testimony*), текст которого часто составлен стороной или ее адвокатами, и устное показание перед арбитражным судом (*confrontation testimony*)[548]. В первом случае происходит дача показаний адвокату или другому представителю стороны, после чего они могут быть представлены в арбитраже.

Важно отметить, что возможность применения в арбитражном процессе письменных показаний свидетеля пред-

[547] *Слипачук Т.* Свидетель в международном арбитраже. Как выиграть процесс даже при отсутствии письменных доказательств / Татьяна Слипачук // Юрист компании. — 2010. — №4. — С. 55.

[548] *Bolthausen O.* Obtaining Discovery in International Arbitral Proceedings: The European v American Mentality by R. A. Oliver Bolthausen and Peter H. Acker // Arbitration. — 2008. — Vol. 74. — No 3. — p. 235.

усмотрена также арбитражными регламентами. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (статья 27(2)) устанавливает, что заявления свидетелей могут быть представлены в письменном виде с их подписями, если только арбитражный суд не примет иного решения. Арбитражный регламент LCIA 2014 года (статья 20.2) также предусматривает возможность предоставления письменных показаний в виде подписанного заявления либо иного подобного документа[549].

12.5.2. Письменные заявления о предмете свидетельских показаний

От письменных показаний следует отличать заявление (извещение) стороны с изложением данных, идентифицирующих свидетеля и описывающих предмет его показаний и их значение для разрешения спора. Эти заявления не имеют доказательного значения, а предназначены только для решения вопроса о необходимости получения показаний у свидетеля и организации процесса.

Некоторые арбитражные регламенты предусматривают обязанность сторон подать такие заявления[550] либо право арбитражного суда обязать стороны подать их заблаговременно перед слушаниями, в которых предполагается допросить свидетелей[551].

12.5.3. Доказательное значение письменных показаний

i. Значение показаний до слушаний

Как сообщает Дж. Роули, в большинстве международных арбитражных процессов, таких, в которых Правила IBA используются в качестве ориентира, допрос свидетелей заменя-

[549] Похожее положение содержит также Арбитражный регламент SCC 2010 года (статья 28(2)), CPR (статья 12.2), Швейцарский регламент международного арбитража (статья 25(3)) и другие регламенты.

[550] См. статью 23(2) Регламента международного арбитража ICDR (2014)

[551] См. например статью 20.1 Арбитражного регламента LCIA (2014).

ется представлением письменных свидетельских показаний[552]. Об утверждении этой практики в международном коммерческом арбитраже свидетельствует также то, что в Правилах IBA уделено особое внимание структуре письменных показаний и порядку их представления.

В то же время о полной замене допроса представлением письменных показаний говорить вряд ли уместно. Это связано с определенными процессуальными особенностями использования письменных показаний, о которых подробно сказано в § 15.5. Все в большей степени письменные показания воспринимаются как подготовительный этап перед устным допросом свидетеля, который позволяет арбитрам определиться с тем, являются ли показания относимыми и существенными.

Получение письменных показаний позволяет сторонам и арбитражному суду тщательнее подготовиться к допросу, сузить предмет своих вопросов свидетелю. Иногда получение письменных показаний оппонентом способствует более трезвой оценке им своей позиции и, тем самым, помогает достичь урегулирования спора.

В случаях, когда устный допрос все же проводится, а рассмотрение дела требует проведения нескольких слушаний, именно письменные показания помогают организовать слушания таким образом, чтобы допрос свидетелей по одним и тем же или тесно связанным обстоятельствам проходил без значительного временного разрыва, а возможно и в одном слушании. Часто это позволяет «по свежим следам» установить причину противоречий в показаниях свидетелей, а в случае необходимости — провести дополнительные допросы без тех сложностей, которые возникают при вызове свидетелей в новое слушание.

На рост популярности письменных показаний как этапа подготовки к допросу свидетелей в устном слушании указывает также арбитражная практика[553]. Отдельные арбитраж-

[552] *Rowley J. W.* Confrontation — Techniques For Impeachment / J. William Rowley, Markus Koehnen and Robert Wisner // Take the Witness: Cross Examination In International Arbitration / Edited by Lawrence W. Newman, Ben H. Sheppard, Jr. — Huntington, NY: JurisNet, 2010. — p. 32.

[553] Так, арбитражный суд, который рассмотрел дело по регламенту SCC, перед проведением доказательственных слушаний получил письменные показания

ные регламенты уже содержат специальные нормы о том, что письменные заявления свидетелей могут быть представлены до проведения слушания или в течение установленного арбитражным судом срока[554].

ii. Доказательное значение письменных показаний после устного допроса

После допроса свидетелей, у которых ранее были получены письменные показания, соответствие таких письменных показаний устным не должно рассматриваться само по себе как доказательство их достоверности. В правовых системах общего права, в частности в английском праве, есть правило об исключении как доказательств ранее сделанных заявлений, согласующихся с более поздними (*prior consistent statement*). Оно предписывает не рассматривать в качестве доказательства достоверности (правдивости) показания или сделанного заявления один лишь тот факт, что ранее сделанное заявление или данное показание согласуется с последующими. В то же время оно не требует, чтобы из дела были изъяты либо не принимались к рассмотрению любые ранние заявления.

Распространенная практика принятия арбитрами письменных показаний, афидавитов и заявлений от свидетелей направлена на повышение эффективности арбитражного рассмотрения и заблаговременное выяснение относимости и существенности показаний, прежде чем будет принято решение о необходимости проведения слушаний для допроса свидетелей. В дальнейшем, после того как свидетель допрошен, сами по себе такие письменные показания не должны оцениваться, да собственно и не оцениваются как доказательство правдивости сказанного свидетелем.

Напротив, если письменные и устные показания противоречат друг другу, такое противоречие вполне обоснованно может быть использовано для дискредитации свидетеля.

свидетелей (см. SCC Arbitration Award of 5 April 2007 (*Pressure sensors case*)).

[554] См. например статью 25(3) Швейцарского регламента международного арбитража (2012).

iii. Значение показаний в случаях, когда устный допрос не проводится

В отдельных случаях, когда, например, стороны совместно допросили свидетеля вне слушаний или письменные показания не вызывают споров и принимаются сторонами, их использование позволяет избежать устной стадии. Письменные показания могут быть приняты и использованы без проведения слушаний и по некоторым другим причинам, хотя такие случаи крайне редки, поскольку арбитражному суду почти всегда сложно, не нарушая принципов справедливого процесса, отказать стороне в возможности допросить свидетеля, которого допросила другая сторона для составления письменных показаний. Таким образом, наиболее оправданным основанием для использования письменных свидетельских показаний без проведения устного допроса является согласие сторон.

Признанным в арбитраже является правило, что соглашение сторон о том, чтобы не проводить устный допрос свидетеля, не должно восприниматься как свидетельствующее о признании сторонами правдивости заявленного свидетелем. Не является таким признанием и отсутствие требования вызвать свидетеля, а также отказ стороны проводить перекрестный допрос[555]. Тем не менее, иногда представители сторон делают специальную оговорку в отношении значения достигнутого ими соглашения или сделанного заявления, чтобы их процессуальное поведение не было истолковано против них.

Если допрос свидетеля невозможен в связи с неявкой свидетеля, или по другим причинам сторона не может реализовать свое право на перекрестный допрос свидетеля (например, если свидетель безосновательно отказывается отвечать на вопросы стороны, которые признаны арбитражным судом существенными), письменные показания такого свидетеля могут быть

[555] По этому поводу Правила IBA (статья 4.8) говорят: «*Если явка свидетеля не была затребована в соответствии со Статьей 8.1, ни одна из Сторон не считается признавшей правильность содержания Письменных свидетельских показаний*». Такое же правило действует и в отношении экспертов.

исключены из доказательств[556]. В некоторых арбитражных регламентах предусмотрено, что это может отразиться на оценке таких показаний[557], то есть исключение письменных показаний является не единственной возможной реакцией на признанную арбитражным судом безосновательной неявку свидетеля или его нежелание дать показания.

В некоторых случаях письменные показания свидетеля, полученные и представленные одной стороной, могут избежать исключения даже в отсутствие соглашения сторон о принятии таких показаний. Так, например, представленные одной стороной письменные показания свидетеля могут быть приняты и оценены без ущерба для соблюдения принципа справедливого разбирательства, если другая сторона положительно ссылается на такие показания в обоснование своих утверждений, то есть утверждаемое свидетелем подтверждается стороной.

12.5.4. Получение письменных показаний

i. Правила IBA

Правила IBA содержат наиболее общие правила получения письменных показаний свидетелей. Они предусматривают право арбитражного суда обязать каждую из сторон в пределах определенного срока представить ему и другим сторонам письменные показания каждого свидетеля, на которые сторона намерена ссылаться (статья 4.4 Правил).

Письменные свидетельские показания должны содержать (статья 4.5 Правил):

– полное имя и адрес свидетеля, сведения о нынешних или прошлых отношениях свидетеля (если имеют / имели место) с любой из сторон, а также описание его биографии, квалификации, подготовки и опыта постольку, по-

[556] См. например статью 23(4) Регламента международного арбитража ICDR (2014). Вопросу о том, почему письменные показания, полученные у свидетеля одной стороной, подлежат исключению в случае, если другая сторона не имеет возможности допросить свидетеля, посвящен также § 15.5 этой книги.

[557] См. например статью 20.4 Арбитражного регламента LCIA (2014).

скольку это описание может иметь отношение к спору или содержанию показаний;
– полное и подробное описание фактов, а также источника информированности свидетеля об этих фактах, достаточное для того, чтобы служить доказательством в отношении предмета спора. Если документы, на которые ссылается свидетель, еще не были представлены, они должны быть предоставлены;
– сведения о том, на каком языке был подготовлен оригинал письменных показаний, а также на каком языке свидетель предполагает давать показания в ходе слушаний по доказательствам;
– декларация достоверности свидетельских показаний;
– подпись свидетеля, дату и место подписания.

ii. Американская модель получения письменных показаний

Протокол раскрытия документов и представления свидетелей в коммерческом арбитраже, разработанный Международным институтом по предупреждению и разрешению конфликтов (CPR)[558], который устанавливает основные ориентиры в процедурах получения доказательств со свойственным американской арбитражной традиции подходом, предъявляет такие требования к процессу получения письменных показаний (в формате заявлений):

1. Заявление свидетеля должно быть подписано свидетелем, содержать утверждение о том, что изложенные в нем показания являются правдивыми, и быть в достаточной мере детальным, чтобы данные показания были полными и охватывали все известные свидетелю обстоятельства, относящиеся к делу.

2. Арбитражный суд вполне может допустить принятие заявления свидетеля, составленного не в виде единого текста с описанием известных свидетелю обстоятельств, а в формате вопросов и ответов. Протокол CPR даже отдает предпочтение

[558] Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration of the International Institute for Conflict Prevention and Resolution.

такому формату, так как он позволяет получить ответы, в большей мере подобные тем, которые были бы получены при устном допросе.

3. Арбитражному суду также следует определить со сторонами, каким образом письменные показания будут представлены, одновременно или последовательно, а также есть ли необходимость в том, чтобы свидетели по результатам представления заявлений давали возражения на показания других свидетелей, реплики, дополнительные показания.

4. Свидетель, который дал письменные показания, должен явиться в слушания по доказательствам, чтобы другие стороны и арбитражный суд могли допросить его, если только стороны или арбитражный суд не решат иначе. Арбитражный суд может не принять во внимание письменные показания любого свидетеля, не явившегося в слушание.

5. Стороны могут договориться или арбитражный суд может решить, что письменные показания должны рассматриваться в качестве показаний, данных свидетелем в прямом допросе[559]. Это позволяет сэкономить время и избежать повторных ответов свидетеля на вопросы стороны, которая представила письменные показания и таким образом имела возможность задать все необходимые вопросы. В таком случае Протокол CPR предписывает во время слушаний привести свидетеля к присяге или получить у него заверение говорить правду (декларацию достоверности показаний). После этого свидетель должен подтвердить свои письменные показания, при этом свидетелю должна быть дана возможность сделать необходимые исправления в данных им ранее письменных показаниях. Далее свидетель должен быть подвергнут перекрестному допросу. Такой сценарий интересен еще и тем, что сторона, которая представила письменные показания свидетеля, не производит во время слушаний повторное «настраивание»

[559] Такой подход признан не только в американском арбитраже. Авторы Отчета ICC о техниках контроля времени и расходов в арбитраже также рекомендуют его применение (см. п. 78 Отчета) (Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration. Second Edition/ 2012 Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Reducing Time and Costs in Arbitration. — Paris, ICC, 2013. — p. 14).

свидетеля с помощью своих вопросов в прямом допросе. Арбитражный суд получает возможность услышать показания свидетеля в его собственных выражениях.

6. Сторона может отказаться от своего права провести перекрестный допрос, о чем следует заявить заблаговременно до слушаний. В таком случае арбитражный суд может рассмотреть вопрос о необходимости допроса такого свидетеля арбитражным судом.

iii. Допрос свидетеля вне слушаний. Depositions

Несколько отличной от практики получения письменных показаний по Правилам IBA является допрос свидетеля сторонами вне слушаний.

Процессуальный инструмент внеарбитражного получения показаний (*deposition*) заимствован из американской судебной практики. Его применение состоит в допросе свидетеля, который проводит, как правило, юрист стороны. Если в национальных судебных процессах протокол такого допроса часто ведет судебный клерк, то в арбитражных процессах допускается самостоятельное ведение протокола допрашивающим лицом.

Часто получение показаний в рамках этой процедуры фиксируется на видео, к которому уже впоследствии готовится стенограмма.

Критики применения этой процедуры в арбитраже обоснованно отмечают, что ее применение может приводить к удорожанию арбитражного разбирательства. Дело в том, что если всем сторонам не предоставлена возможность равного участия в процедуре, то она не заменяет устный допрос свидетеля в слушаниях, поскольку не позволяет оппоненту и арбитражному суду задать свои вопросы. Кроме того, изучению протоколов внеарбитражного допроса свидетелей арбитры предпочитают лаконичные письменные заявления свидетелей (которые, конечно, тоже могут быть составлены в формате вопросов и ответов).

Следует отметить, что Правила IBA не упоминают об этом инструменте получения показаний, а некоторые регламенты международного арбитража даже специально исключают его из применимых в международном арбитраже, как бы подчер-

кивая отказ от привнесения в арбитраж свойственной американским судебным процессам специфики[560].

Тем не менее, иногда *depositions* все же применяется в арбитраже, особенно в тех случаях, когда стороны хотят провести допрос свидетеля, а его участие в слушаниях представляет сложность.

Арбитражный суд может установить правила проведения такого допроса. Это может оказаться важным для того, чтобы у сторон не складывалось впечатление, что процедуру необходимо проводить в соответствии с правилами, применяемыми в США, как юрисдикции, из которой заимствована эта техника[561].

Главная особенность получения показаний в рамках описанной процедуры состоит в том, что арбитражный суд не участвует в процессе (кроме как на стадии определения правил и исследования результатов) и не может решать возникающие вопросы, как, например, снимать дублирующие вопросы, требовать ответа. В такой ситуации сторона, имеющая влияние на свидетеля, может недобросовестно препятствовать другой стороне в реализации ее права допросить свидетеля. Поэтому *depositions* является техникой, очень чувствительной к любым проявлениям процессуальной недобросовестности сторон. При возникновении любых препятствий для допроса свидетеля это может обернуться либо в отказ арбитражного суда принять показания как полученные с нарушением принципов справедливого разбирательства, либо в прерывание процедуры до рассмотрения арбитражным судом возникшего между сторонами в ходе допроса разногласия. Последнее — прямой путь к затягиванию и удорожанию процесса.

Проведенный представителями обеих сторон допрос свидетеля вне слушаний, тем не менее, является возможной и применяемой в арбитраже техникой получения показаний. Если

[560] См. статью 21(10) Регламента международного арбитража ICDR (2014), статья 6(b) Руководящих принципов ICDR для арбитров по обмену информацией.

[561] Кроме случаев обращения к компетентному государственному суду за содействием в получении доказательств, когда государственный суд проводит допрос свидетеля или распоряжается о проведении такого допроса представителями сторон с соблюдением правил национального судопроизводства.

арбитражный суд оказывается удовлетворенным представленными сторонами показаниями либо стороны своим соглашением ограничили арбитражный суд в праве провести допрос свидетеля в слушании, получение сторонами показаний вне слушаний может заменить допрос в слушаниях.

§ 12.6. Допрос свидетеля

12.6.1. Понятие допроса

Допрос свидетеля (*questioning* или *examination*) — это способ получения арбитражным судом показаний свидетеля во время слушаний, в том числе с применением средств связи[562].

Иногда для обозначения способа получения устных показаний в арбитраже используют термин «опрос» вместо «допрос», в том числе чтобы подчеркнуть отсутствие принуждения и добровольный характер дачи показаний. С этой же целью, а также чтобы указать на возможность получить показания в виде последовательного изложения свидетелем известных ему фактов, а не в формате «вопрос-ответ», используется также термин «заслушивание свидетеля»[563].

В этой книге используется преимущественно термин «допрос» и делается это с пониманием различий, которые имеет допрос в арбитраже и допрос в национальных судебных процессах. Термин «опрос» (*interview*) используется для обозначения способа получения показаний вне слушаний[564]. Предпочтение термину «допрос» отдано также по той причине, что он позволяет ввести понятия прямого и перекрестного допроса.

---

[562] Возможность применения таких средств признана в современном арбитраже и даже закрепляется в арбитражных регламентах (см. например статью 25(4) Швейцарского регламента международного арбитража (2012), статью 23(5) Регламента международного арбитража ICDR (2014)).

[563] См. например п. 63 Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства (1996 год) / Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, 1996 год, том XXVII. — С. 335.

[564] Как это предусмотрено, например, в статье 4.3 Правил IBA.

12.6.2. Прямой допрос

Прямой допрос (*direct examination*) предполагает получение во время слушаний показаний в ответ на вопросы стороны, которая представила свидетеля, а также в ответ на вопросы арбитражного суда.

Проведение прямого допроса подразумевает наличие по крайней мере таких этапов:

(1) идентификация свидетеля;

(2) получение от свидетеля заверения говорить правду, если нет применимых запретов получения такого заверения;

(3) собственно дача показаний.

В тех случаях, когда допросу свидетеля в слушании предшествовало представление арбитражному суду письменных показаний, стороны могут договориться или арбитражный суд может решить, что такие письменные показания рассматриваются как показания, полученные при прямом допросе[565]. В этом случае от свидетеля требуют заявить о правдивости данных им письменных показаний. Такой подход позволяет сэкономить время и перейти к получению ответов на вопросы арбитражного суда и к перекрестному допросу.

12.6.3. Перекрестный допрос

Предоставление оппоненту стороны, которая привлекла свидетеля, права допросить этого свидетеля в арбитраже следует из основополагающих принципов равенства сторон и права каждой стороны представить свою позицию.

Право допросить свидетеля оппонента в арбитраже не родственно доктрине конфронтации (*confrontation*) в национальных судебных процессах, которая предполагает право каждого, против кого даны показания свидетеля, иметь возможность лицезреть дающего такие показания в суде и допросить его. Право перекрестного допроса (*cross-examination*) свидетеля рассма-

[565] См. статью 8.4 Правил IBA.

тривается скорее как частное проявление права представить свое дело. Поэтому, если свидетель был допрошен стороной, его вызвавшей, оппонирующей стороне непременно должна быть предоставлена возможность для перекрестного допроса в очном слушании либо, если физическое присутствие свидетеля признано необязательным, посредством видеоконференции или других средств. С практической точки зрения это можно организовать, если во время слушания, в которое явился свидетель, арбитражный суд сразу отведет время обеим сторонам для прямого и перекрестного допроса.

Рискованным и, вероятно, вредным для эффективной организации слушаний может оказаться решение арбитров делать перерывы и переносить слушания таким образом, что после прямого допроса нет возможности провести перекрестный. Если в дальнейшем проведение перекрестного допроса станет невозможным, то показания, полученные во время прямого допроса, могут оказаться под угрозой исключения. Это, конечно, не касается тех случаев, когда сторона не воспользовалась своим правом провести перекрестный допрос.

Здесь не приводится описание тактик перекрестного допроса. Они в большей степени являются предметом литературы по адвокатскому мастерству и процессуальным тактикам, а не права, коему в основном посвящена эта книга[566].

12.6.4. Дополнительные прямой и перекрестный допросы

После того, как завершен перекрестный допрос, допустимо проведение дополнительного прямого допроса (*redirect examination*). Его проведение не предполагает вопросы свидетелю в отношении совершенно новых фактов, относящихся к существу спора.

[566] Применительно к международному арбитражу такие техники описаны в *Rowley J. W.* Confrontation — Techniques For Impeachment / J. William Rowley, Markus Koehnen and Robert Wisner // Take the Witness: Cross Examination In International Arbitration / Edited by Lawrence W. Newman, Ben H. Sheppard, Jr. — Huntington, NY: JurisNet, 2010. — p. 31–53. См. также *Hobér K.* Cross examination in international arbitration / Kaj Hobér, Howard S. Sussman. — Oxford : Oxford Univ. Press, 2014. — 192 pages.

Целью этого допроса является получение пояснений возможных противоречий, которые могли быть выявлены в ходе перекрестного допроса. Прояснение сделанных свидетелем ошибок, раскрытие мотивов, по которым были даны те или иные ответы, получение уточнений и пояснений, направленных на восстановление доверия к показаниям свидетеля — это основные задачи такого допроса.

По той причине, что свидетель в таком допросе часто дает объяснение выявленным противоречиям и несогласованностям в своих показаниях, а привлекшая его сторона может недобросовестно содействовать в обосновании таких противоречий, наводящие вопросы здесь пресекаются.

В случае проведения дополнительного прямого допроса необходимым может быть проведение дополнительного перекрестного допроса (*recross-examination*).

12.6.5. Конференция свидетелей

Конференция свидетелей (*witness conferencing*) или очная ставка — это техника одновременного допроса свидетелей, применяемая для допроса как свидетелей факта, так и экспертов[567]. Поскольку эта техника наиболее разработана в арбитраже именно для целей допроса экспертов, ее детальное описание представлено в § 13.8.

§ 12.7. Процедурные аспекты допроса

12.7.1. Право арбитражного суда определить порядок допроса и степень своего участия

Арбитражный суд, как правило, свободен в определении способа проведения допроса свидетелей и своей степени участия в нем. В арбитражной практике одинаковое распростра-

[567] См. п. 79 Отчета ICC о техниках контроля времени и расходов в арбитраже (Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration. Second Edition / 2012 Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Reducing Time and Costs in Arbitration. — Paris, ICC, 2013. — p. 14).

нение получили следующие альтернативные подходы к организации допроса:

(1) первоначально свидетеля допрашивает арбитражный суд, после чего свои вопросы задают стороны, причем первой получает слово сторона, пригласившая свидетеля;

(2) свидетеля допрашивает сторона, представившая его, а затем другая сторона или стороны, в то время как арбитражный суд задает вопросы в ходе допроса сторонами или после сторон по тем аспектам, которые, по мнению арбитров, не удалось надлежащим образом прояснить[568].

Кроме очередности, арбитражный суд также определяет степень своего участия, которая может варьироваться от минимальной инициативы и наделения сторон правом задавать вопросы практически без ограничений (арбитражным судом по требованию другой стороны отклоняются только явно не относящиеся к делу или повторяющиеся вопросы), до осуществления полного контроля над допросом, отклонением вопросов по собственной инициативе и даже выдвижения требования, чтобы стороны задавали свои вопросы через арбитражный суд[569].

Отсутствие многих свойственных национальным судебным процессам ограничений допустимости некоторых видов показаний компенсируется в арбитражной практике применением различных техник установления достоверности этих показаний. Так, для систем общего права характерно применение перекрестного допроса, в котором вопросы свидетелю могут задавать представители оппонента стороны, которая привлекла свидетеля. Во многих странах континентальной правовой

---

[568] См. п. 63 Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства (1996 год) / Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, 1996 год, том XXVII. — С. 335. Право арбитражного суда в любой момент допроса сторонами свидетеля задавать собственные вопросы признается практически во всех арбитражных системах (см. например статью 20.8 Арбитражного регламента LCIA (2014)).

[569] См. п. 63 Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства (1996 год) / Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, 1996 год, том XXVII. — С. 335.

традиции перекрестный допрос не применяется. Однако, по мнению В. Лоэшли, в современных арбитражных процессах наметилась тенденция распространения техники перекрестного допроса в случае, если в арбитражном разбирательстве участвуют представители правовых систем общего права и континентальных правовых систем[570]. Сейчас эта тенденция распространилась и на арбитражные системы, сформировавшиеся под преобладающим влиянием континентальных систем права. Так, в арбитражном процессе 2007 года по регламенту CIETAC сторонам была предоставлена возможность провести перекрестный допрос свидетелей[571]. Арбитражный суд, который в 2007 году рассмотрел дело по регламенту SCC, также допустил перекрестный допрос свидетелей[572]. Это, однако, не свидетельствует о тенденции к устранению арбитражного суда от определения процедурных правил доказывания, в том числе порядка допроса свидетелей, и не лишает его права самостоятельно допрашивать свидетеля.

Большинство регламентов институционального арбитража признают за арбитражным судом полный контроль над процессом допроса свидетелей. Правила IBA (статья 8) конкретизируют эти полномочия, указывая, что арбитражный суд может ограничивать или снимать любой вопрос, ответ или явку свидетеля, если сочтет его (ее) не относящимся к делу, несущественным, обременительным, дублирующим или недопустимым. В то же время, как видно из содержания статьи 8.2 Правил IBA, наводящие вопросы (в которых заложены подсказки ожидаемых ответов) являются допустимыми в перекрестном допросе и недопустимыми (могут быть сняты) в прямом допросе. Таким образом, даже несмотря на то, что арбитражный суд вправе снять вопрос, до тех пор пока ответ на него является относимым, существенным и не нарушает признанные привилегии, такой вопрос, как правило,

[570] *Laeuchli U. M.* Civil and Common Law: Contrast and Synthesis in International Arbitration — Chapter 5 / Urs Martin Laeuchli // AAA/ICDR Handbook on International Arbitration Practice. — AAA/ICDR, 2010. — p. 42.

[571] CIETAC Arbitration proceeding, Award of 23 March 2007 (*Offset printing machines case*).

[572] SCC Arbitration Award of 5 April 2007 (*Pressure sensors case*).

будет разрешен. Конечно, это не означает, что в дальнейшем арбитражный суд не может присвоить ответу на такой вопрос низкий доказательный вес.

12.7.2. Сепарация свидетелей

В международном коммерческом арбитраже не применяются строгие правила, требующие удаления свидетелей, которые еще не были допрошены, из помещения, в котором происходит слушание, либо иные правила, ограничивающие общение свидетелей (*separation of witnesses*). Подходы к решению вопросов о том, следует ли удалять свидетелей из зала до того, как они были допрошены, и могут (должны ли) они оставаться в зале после допроса, разнообразны. Во многом применение того или иного подхода зависит от значимости одного из приведенных ниже факторов. Конечно, нельзя не учитывать и такие обстоятельства, как вместимость помещения и даже возможность у свидетеля присутствовать в слушаниях до и / или после того, как его допросили. В таблице ниже в столбцах представлены наиболее важные задачи, которые могут достигаться с помощью того или иного подхода к участию свидетелей в слушаниях (подходы представлены в строках).

Наибольшими преимуществами обладает вариант, при котором свидетели приглашаются в зал слушаний для дачи показаний, после чего остаются в зале. Это позволяет исключить общение допрошенных и не допрошенных свидетелей, а также делает возможным задавать вопросы уже допрошенным свидетелям в связи с полученной от других свидетелей информацией. Такой подход также может оказаться наиболее удобным для перехода после поочередного допроса каждого свидетеля в отдельности к конференции свидетелей. В то же время такой подход может оказаться затратным для сторон, особенно если слушания длительные, а количество свидетелей значительное. Применение этого подхода в таких условиях требует составления графика слушаний, который предусматривал бы группирование свидетелей, показания которых касаются определенных обстоятельств.

Задачи / Подходы	Исключить общение уже допрошенных свидетелей с теми, которых еще не допросили	Обеспечить возможность уточнить противоречивые показания уже допрошенного свидетеля, когда противоречия выявлены в процессе допроса другого свидетеля	Исключить влияние присутствия одного свидетеля на показания другого
Присутствие свидетеля в зале только во время его допроса	✗	✗	✓[573]
Удаление из зала не допрошенных свидетелей. Допрошенные свидетели остаются в зале	✓	✓	✓/✗
Нахождение свидетеля в зале на протяжении слушания, в том числе и при оглашении представителями сторон своих заявлений	✓[574]	✓	✓

[573] Это, на самом деле, маловероятно, поскольку свидетель может оказать влияние на другого свидетеля и вне зала, в котором проводятся слушания. Специфика привлечения свидетелей в арбитраже состоит в заблаговременном уведомлении сторон о привлеченных свидетелях и предмете их показаний. Поэтому само по себе присутствие в зале одного свидетеля во время допроса другого не оказывает на этого другого самостоятельного воздействия.

[574] Если приняты меры, исключающие общение свидетелей в зале.

В то же время традиционным считается приглашение свидетелей в слушание только на время дачи показаний[575]. Такой подход обладает тем преимуществом, что в большей степени обеспечивает конфиденциальность разбирательства (свидетели не ознакамливаются с сутью спора в большей степени, нежели это требуется для дачи ими показаний). Именно такой подход закреплен в статье 28(3) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ: «Слушания проходят при закрытых дверях, если стороны не договорились об ином. На время дачи показаний любым свидетелем или свидетелями, в том числе свидетелями-экспертами, арбитражный суд может потребовать удаления других свидетелей, в том числе свидетелей-экспертов, за исключением случаев, когда свидетелем, в том числе свидетелем-экспертом, является одна из сторон арбитражного разбирательства, которой, как правило, не предлагают удалиться со слушаний». Вместе с тем, если свойства помещения, в котором проводятся слушания, или примененные средства связи позволяют исключить присутствие свидетелей, которые еще не были допрошены, при допросе других свидетелей, это может быть вполне оправдано.

Свидетель, нарушивший установленный арбитражным судом порядок допроса, не может быть подвергнут каким-либо санкциям. Также весьма маловероятно, чтобы на этом основании арбитражный суд отказался принять показания такого свидетеля. В то же время, нарушение, которое, по мнению арбитров, могло повлечь ущерб достоверности показаний, может быть принято во внимание при оценке показаний свидетеля.

12.7.3. Приведение свидетеля к присяге

Приведение свидетелей к присяге (*swearing of witnesses*) широко не практикуется в арбитраже[576]. Уже в изданных в

[575] См. статью 25(6) Швейцарского регламента международного арбитража.

[576] В Арбитражном регламенте LCIA (2014) речь идет о том, что арбитражный суд может, но не должен, приводить к присяге свидетеля (статья 20.7). При этом возможность приведения к присяге ставится в зависимость от соблюдения обязательных норм, которые могут запрещать это. Кроме того, в отличие от предшествовавшего ему регламента 1998 года, правило Арбитражного регламента LCIA (2014) о возможном

1996 году Комментариях ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства его авторы исходили из того, что практика и законы в разных странах могут отличаться в вопросе о том, должны ли устные показания даваться под присягой или после торжественного заявления: в одних правовых системах арбитры имеют право требовать приведения свидетеля к присяге, а в других такая практика либо неизвестна, либо считается неприемлемой (п. 64 Комментариев). Например, Шведский закон об арбитраже (статья 25(3)) прямо запрещает приведение свидетеля к присяге в арбитраже, а также допрос свидетеля с возложением на него обязательства говорить правду[577]. Также в соответствии со статьей 27(2) Финского закона об арбитраже арбитражный суд не имеет права приводить к присяге либо осуществлять иные подобные процедуры подтверждения правдивости[578]. Исключение составляют законы о международном коммерческом арбитраже в некоторых странах общего права, в частности Английский закон об арбитраже (статья 34(2)(d)) и Закон Сингапура об арбитраже, статья 12(2) которого предусматривает право арбитражного суда получить показания под присягой[579]. Даже в случае принятия письменных показаний, если заверенное письменное заявление свидетеля должно даваться под присягой (например, афидавит в английском процессе) или с аналогичным подтверждением правдивости, то, возможно, как считают авторы Комментариев, необходимо пояснить, кто должен приводить к присяге или обеспечивать подтверждение и будет ли арбитражный суд требовать какого-либо формального удостоверения достоверности (п. 62 Комментариев).

Клятва (*oath*) сама по себе не является залогом достоверности показаний. В мультикультуральной среде, с которой

представлении письменных показаний уже не упоминает о том, что они могут быть сделаны в форме афидавита, данного под присягой. Речь теперь идет только о подписанном свидетелем заявлении или подобном документе.

577 Swedish Arbitration Act (SFS 1999:116).

578 Arbitration Act of Finland, in force since 1 December 1992 (967/1992; amendments up to 460/1999 included).

579 Singapore International Arbitration Act (Chapter 143a) (Original Enactment: Act 23 Of 1994) Revised Edition 2002 (31st December 2002).

связан международный коммерческий арбитраж, клятва вообще может рассматриваться как некий атавизм, который могут позволить себе национальные судебные процессы. Кроме того, арбитраж лишен каких-либо рычагов юридического воздействия на свидетеля, что делает обязанность свидетеля говорить правду в арбитраже совершенно не подкрепленной санкцией.

Действительно, свидетели в международном коммерческом арбитраже, как правило, не могут быть приведены к присяге, чтобы нарушение такой присяги имело следствием привлечение свидетеля к юридической ответственности. Национальное законодательство, как правило, не распространяет ответственность, которую свидетель несет в судебных процессах, на свидетеля в международном арбитраже.

Арбитражные регламенты также не дают оснований считать возможным привлечение свидетеля к ответственности. Одним из немногих исключений была Швейцария. Регламент международного коммерческого арбитражного суда Торговой палаты Цюриха от 1 января 1989 года (статья 39) предусматривал обязанность свидетеля говорить правду. Регламент также требовал проинформировать свидетеля о возможности уголовного преследования за дачу заведомо ложных показаний по Швейцарскому федеральному уголовному кодексу, который предусматривал санкции вплоть до лишения свободы сроком до пяти лет[580]. Сейчас эта норма в новом Швейцарском регламенте международного арбитража отсутствует.

12.7.4. Использование свидетелем записей

Обыкновенной практикой в арбитраже является использование свидетелями записей, расчетов, меморандумов и других средств, которые облегчат свидетелю дачу показаний, повышают их точность и делают более последовательными. Если эти средства являются результатом деятельности самого свидетеля, они часто не имеют самостоятельного доказательного значения и не приобщаются к делу, поскольку считаются про-

[580] International Arbitration Rules of Zurich Chamber of Commerce (1989).

изводными от показаний свидетеля[581] и имеющими ценность только для самого свидетеля в контексте дачи показаний.

12.7.5. Снятие вопросов

Арбитражные регламенты оставляют за арбитрами полный контроль над тем, как проводится допрос свидетелей, что включает также полномочия снимать вопросы и полученные ответы. Правила IBA (статья 8.2) предусматривают право арбитражного суда ограничивать или исключать любой вопрос, заданный свидетелю, а также ответ свидетеля, если арбитражный суд посчитает такие вопрос или ответ не относящимися к делу, несущественными или необоснованно обременительными, дублирующими или подпадающими под иные основания для возражений против принятия доказательств, в том числе по мотивам недопустимости, а также необоснованно наводящие вопросы, которые в ходе прямого и повторного или дополнительного прямого допросов не приветствуются.

Наиболее часто вопрос стороны может быть снят в связи с тем, что сторона задает явно не относящиеся к делу или повторяющиеся вопросы, что делает допрос обременительным.

i. Снятие вопросов, нацеленных на получение новых доказательств

Правила IBA отдельно не упоминают о возможности снятия вопросов, направленных на получение новых доказательств, а также ответов, которые содержат такие новые доказательства. Новыми доказательствами могут в данном случае считаться сведения, полученные или запрошенные в вопросе, вне рамок тех обстоятельств, для подтверждения которых допрашивается свидетель. Иными словами, если свидетеля вызвали на допрос касательно одних обстоятельств, а в процессе

[581] Их составление, естественно, предшествует даче показаний. Однако источником информации содержащейся в них, является память свидетеля, к которой обращаются во время допроса.

допроса начинают выяснять другие, вопросы и ответы могут быть сняты. Это касается, прежде всего, прямого допроса в ситуации, когда допрашивающая сторона не ссылалась на обстоятельства, доказательства которых теперь пытается получить у свидетеля. Основания для снятия таких вопросов или полученных ответов те же, что основания для отказа принять доказательства, представленные с нарушением установленной процедуры.

Поскольку тактика неожиданных вопросов нацелена на ограничение возможностей другой стороны подготовиться к допросу и представить свои доказательства и комментарии по ответам на такие вопросы, она считается нарушающей принцип добросовестности и поэтому пресекается. Если же она не пресечена, а новые доказательства приняты, это может быть расценено уже как нарушение арбитражным судом принципа справедливого разбирательства. Поэтому в тех случаях, когда новые доказательства все же принимаются, другой стороне должна быть также обеспечена возможность представить доказательства по тем же вопросам.

Арбитры же вообще должны воздерживаться от того, чтобы задавать вопросы, направленные на получение новых доказательств, поскольку это может нарушить принцип справедливого процесса.

ii. Наводящие вопросы

Наводящим можно признать любой вопрос, который в самом себе содержит подсказку желаемого ответа, вкладывает свидетелю в уста ожидаемый ответ либо инструктирует свидетеля в отношении того, как ему следует давать ответ. Закрытый вопрос, то есть тот, на который можно ответить «да» или «нет», не считается непременно наводящим, равно как и его различные вариации («Правда ли, что...?»). Чтобы быть наводящим, вопрос должен сообщать свидетелю об ожидаемом от него утверждении об обстоятельстве, которое к тому же может еще не быть установленным, либо о котором, предположительно, не известно свидетелю. Такой вопрос может быть открытым по своей форме, однако наводя-

щим по сути. Спрашивая у свидетеля, почему он совершил те или иные действия, до того, как был получен ответ на вопрос о том, совершал ли он эти действия, является наводящим, поскольку вкладывает в ответ свидетеля признание совершения этих действий.

Наводящие вопросы в прямом допросе нежелательны, однако строго не запрещены. Правила IBA (статья 8.2) говорят о том, что в прямом и повторном прямом допросе вопросы не должны быть *необоснованно наводящими*. Речь здесь не идет о недопустимости в узком смысле. Кроме того, Правила допускают возможность, когда такие наводящие вопросы задаются обоснованно. Соответственно, как считают практики арбитража, полученные в ответ на наводящие вопросы сведения не считаются недопустимыми[582]. Такой подход продиктован практическими соображениями: в разбирательстве ценна любая информация, имеющая отношение к делу и существенная для его разрешения, а арбитражный суд в состоянии определить доказательное значение даже той информации, которая дана в ответ на наводящий вопрос; во-вторых, прямой допрос вполне мог бы быть заменен письменными показаниями, на составление которых и на качество вопросов в которых арбитры и другая сторона влияния не имели бы; в-третьих, у арбитражного суда и другой стороны есть право задать собственные вопросы.

В перекрестном допросе отсутствует запрет и даже критичное отношение к наводящим вопросам, поскольку предполагается, что свидетель, привлеченный другой стороной, не будет входить в неподобающую кооперацию с оппонентом этой стороны. Тем не менее, в процессуальных правилах допроса в странах общего права встречается запрет на наводящие вопросы в перекрестном допросе, если свидетель явно дружественно настроен к допрашивающей стороне и ее представителю. В международном арбитраже такие ограничения не встречаются, поэтому правило о недопустимости (нежелательности) наво-

[582] *Schlaepfer A. V.* Few Reflections on the Assessment of Evidence by International Arbitrators / A. V. Schlaepfer, P. A. Bärtsch // International Business Law Journal / Revue de Droit des Affaires Internationales. — 2010. — Issue 3. — p. 214.

дящих вопросов при прямом допросе и их допустимости в перекрестном можно считать признанным.

Арбитры могут задавать свидетелям любые, в том числе наводящие вопросы. Условия, которые при этом должны быть непременно соблюдены, таковы: вопросы должны быть направлены на получение относимых к делу сведений; задавая вопросы, арбитр не должен принимать на себя роль представителя стороны, а тем более вести допрос предвзято.

iii. Защита привилегированной информации

Практика снятия арбитражным судом по собственной инициативе вопросов по мотивам их недопустимости не распространена в арбитраже. Свидетель и стороны сами должны заявлять о каком-либо основании для отказа дать показания по тому или иному вопросу.

Законодательство об арбитраже и арбитражные регламенты не уделяют внимание защите свидетеля, а конституционное право человека не давать показания в отношении самого себя часто рассматривается в контексте уголовного права и не учитывается арбитраже как в механизме рассмотрения частноправовых споров. Несмотря на это, свидетели и в арбитраже защищены от необходимости давать в отношении себя изобличающие показания (*privilege as to self-incrimination*).

Конечно, можно сказать, что дача показаний в арбитраже является добровольным актом в целом. У арбитражного суда, как правило, нет инструментов, с помощью которых возможно обязать свидетеля дать показания. Однако, поскольку обязанность обеспечить явку и дачу показаний свидетелями возлагается на стороны, упомянутая выше привилегия делает возможным снятие со стороны какой-либо ответственности за отказ свидетеля давать показания, если они изобличают его самого.

§ 12.8. Понятие, виды и способы дискредитации свидетельских показаний

12.8.1. Концепция дискредитации

В теории доказывания показания свидетеля рассматриваются как достоверные, если выполняются четыре условия:

(1) свидетель точно воспринял событие с помощью одного или нескольких из своих органов чувств;

(2) давая показания, свидетель точно воспроизводит событие из памяти;

(3) слова свидетеля описывают воспоминания о событии без искажения;

(4) свидетель искренен в описании воспоминаний и не утаивает какой-либо их части[583].

Обосновать несоответствие показаний свидетеля одному или нескольким из приведенных выше условий значит дать основания сомневаться в достоверности показаний, то есть дискредитировать показателя или вообще свидетеля. Тактические приемы дискредитации свидетеля (*impeachment*) используются в арбитражных процессах с целью, не требующей детального объяснения.

Хотя во всех случаях дискредитация касается показаний свидетеля, в теории доказывания закрепилось разделение на дискредитацию показаний (*substantive impeachment*) и дискредитацию свидетеля (*impeachment of witness*). *Дискредитация показаний охватывает случаи, когда под сомнение ставится содержание данных свидетелем показаний ввиду их внутренней противоречивости или противоречия с другими доказательствами. Дискредитация свидетеля — это обоснование низкой вероятности того, что свидетель в известных обстоятельствах способен дать достоверные показания.*

В доктрине эти два вида дискредитации часто не разграничивают, фокусируя внимание на способах дискредитации и объединяя их в пять групп:

[583] *Blinka D.* Why Modern Evidence Law Lacks Credibility / Daniel D. Blinka // Buffalo Law Review. — 2010. — Vol. 58. — p. 360.

1) дефекты способности свидетеля давать показания;

2) наличие у свидетеля пристрастности или конфликта интересов;

3) бросающие тень на правдивость показаний личные черты и особенности характера свидетеля, а также другие подобные обстоятельства, например наличие у него истории привлечения к уголовной ответственности;

4) несогласованность сделанных ранее заявлений с показаниями, а также внутренняя противоречивость показаний;

5) противоречие показаний с показаниями других свидетелей и другими доказательствами по существенным фактическим вопросам[584].

12.8.2. Дискредитация по содержанию показаний

Можно выделить такие основания для дискредитации показаний (*substantive impeachment*):

(1) наличие противоречий с другими доказательствами;

(2) неправдоподобность;

(3) несогласованность.

i. Противоречивость

Оспаривание показаний в связи с наличием противоречий (*contradictions*) требует представления других доказательств, подтверждающих существенные отличия в исследуемых обстоятельствах по сравнению с тем, как их представляет свидетель.

Поскольку доказательства, с помощью которых оспариваются показания свидетеля, сами по себе являются существенными, так как представляют альтернативную версию нуждающихся в установлении обстоятельств, то придерживание таких доказательств до допроса свидетеля или даже до более позднего момента составляет в арбитражной практике проблему. В принципе, наиболее оправданным представляется подход, согласно которому такие доказательства могут быть придержаны стороной до того момента, когда представится возможность

[584] *Там же.* — pp. 365, 383.

с их помощью оспорить показания свидетеля (как правило, в перекрестном допросе), а арбитражный суд может принять такие доказательства, даже если для этого потребуется сделать исключение из установленных процессуальных ограничений, например, если истек срок на представление письменных доказательств. Но такие доказательства не могут быть придержаны, если они были запрошены для предоставления, на том лишь основании, что в будущем сторона, придерживающая их, намеревается их использовать для дискредитации показаний свидетеля[585].

ii. Неправдоподобность

Неправдоподобность (*implausibility* или иногда *incoherence*) — это несоответствие сообщенного свидетелем общим представлениям о порядке вещей, здравому смыслу, опыту, накопленному арбитрами. В отличие от предыдущего основания, чтобы усомниться в показаниях свидетеля в связи с их неправдоподобностью, редко требуется привлечение доказательств в узком смысле этого слова, поскольку показания противоречат не совокупности обстоятельств дела, а очевидным и общеизвестным фактам.

iii. Несогласованность

Оспаривание в связи с несогласованностью (*inconsistency*) происходит путем выявления несоответствий, существенных расхождений непосредственно в том, что сообщает свидетель.

Можно выделить два вида таких расхождений:

(1) Несогласованность показаний, данных свидетелем в связи с арбитражным разбирательством, то есть, когда сказанное свидетелем во время допроса или поданное в виде письменных показаний противоречит сказанному им же в допросе позже.

(2) Несогласованность показаний, данных во время допроса или поданных в виде письменных показаний, другим заявлениям или высказываниям свидетеля вне арбитражного разбирательства (*prior statements*). Несогласованность такого

[585] О принципах, лежащих в основе этого подхода, более детально сказано в § 2.4.

рода может подтверждаться показаниями свидетелей, которым известно, что свидетель говорил что-либо явно противоречащее его же показаниям. Принятие таких свидетельских показаний для целей оспаривания показаний другого свидетеля может наталкиваться на возражения в связи с якобы недопустимостью принятия показаний с чужих слов как доказательств (*hearsay rule*). Однако правило о недопустимости показаний с чужих слов в международном коммерческом арбитраже не применяется[586]. Но что более важно, показания свидетелей, указывающие на несогласованность показаний другого свидетеля, не являются показаниями с чужих слов, поскольку доказательное значение в них имеет не то, насколько это ранее сказанное непоследовательным свидетелем правда, а только лишь то, что высказывание имело место, то есть значение имеет вербальный акт. На основании таких показаний арбитражный суд не делает каких-либо выводов в пользу иной, высказанной вне арбитражного разбирательства, версии, а лишь о том, что оспоренные показания могут быть недостоверны.

Несмотря на то, что несогласованность в этом случае устанавливается с помощью «внешнего» доказательства, например показаний другого свидетеля, такая дискредитация не отнесена к описанной выше дискредитации в связи с наличием противоречий (*contradictions*). Причина все та же — «внешнее» доказательство само по себе не подтверждает альтернативную версию. Оно лишь позволяет установить несогласованность в самих показаниях.

iv. Ложные показания и добросовестное заблуждение

Важно отметить, что в арбитражном разбирательстве нет места для морализаторства — арбитры не должны принимать на себя роль судьи в вопросах морали и порицать свидетеля, давшего ложные показания. Как уже было сказано ранее, не обладают арбитры и правом привлекать такого свидетеля к юридической ответственности.

---

[586] См. § 12.3 (пункт 12.3.4).

Кроме того, необходимо различать свидетеля, дающего ложные показания, и свидетеля, добросовестно заблуждающегося. Это важно потому, что добросовестно заблуждающийся свидетель при выявлении противоречий в его показаниях может быть способен установить причину таких противоречий и дать информацию, которая все же будет ценной. В связи с этим, признанным в арбитраже считается подход, согласно которому свидетелю может быть предоставлена возможность дать пояснения, в связи с выявленными в его показаниях противоречиями, несогласованностью. Эта возможность не является каким-либо специфическим правом, реализуемым свидетелем в арбитражном разбирательстве, а только лишь элементом техники получения показаний, применяемой по усмотрению арбитражного суда и по соглашению сторон.

Не лишним будет заметить, что техники и отдельные правила получения свидетельских показаний, укоренившиеся в арбитражной практике, действуют таким образом, чтобы поводов добросовестно заблуждаться было как можно меньше:

i. чтобы свидетель не был подвержен влиянию показаний других свидетелей и не имел повода объяснить несогласованность в своих показаниях тем, что он дал их под влиянием услышанного от других свидетелей, первоначально свидетели допрашиваются отдельно, а часто в условиях, не допускающих присутствие не допрошенного свидетеля на допросе других свидетелей;
ii. чтобы не было повода ссылаться на эмоциональное волнение или давление со стороны сторон во время допроса, допросы проводятся в размеренном темпе, а наводящие вопросы во время прямого допроса могут быть сняты;
iii. чтобы минимизировать неточности, допущенные в связи с плохой памятью на детали, в арбитраже допускается использование свидетелем записей, документов.

12.8.3. Дискредитация свидетеля

i. Дискредитация как обоснованное сомнение в надежности свидетеля

Если применительно к показанию можно говорить о достоверности, то применительно к свидетелю вообще допустимо говорить о доверии к его словам в целом, о его надежности (*credibility*).

Надежность свидетеля зависит от желания свидетеля сказать правду и от его способности это сделать. В свою очередь, способность сообщить правду относительно события, по поводу которого он обладает личным знанием (*personal knowledge*), является продуктом его физических и душевных качеств, фактического использования способности воспринять, сохранить, воспроизвести и описать обстоятельство.

Дискредитация свидетеля может быть обращена против одного или более из составляющих частей надежности свидетеля. Преследуемая цель в таких случаях будет состоять в том, чтобы поставить под сомнение правильность восприятия, запечатлевания, воспоминания, описания либо искренность свидетеля[587]. В тех случаях, когда под сомнение ставится способность свидетеля составлять суждения об обстоятельствах, о которых он свидетельствует, принято говорить об оспаривании компетентности свидетеля (*competence*).

Дискредитация свидетеля (*impeachment of witness*) или оспаривание показаний в связи с наличием у свидетеля особых мотивов или особых характеристик осуществляется по одному из таких оснований, если будет доказано, что их влияние делает показания недостоверными:

(1) пристрастность;

(2) характеристики личности;

(3) дискредитирующие акты поведения

(4) недостаточная информированность свидетеля.

---

[587] *Blinka D.* Why Modern Evidence Law Lacks Credibility / Daniel D. Blinka // Buffalo Law Review. — 2010. — Vol. 58. — p. 376.

ii. Пристрастность

Пристрастность или личная заинтересованность в исходе дела может стать основанием для дискредитации показаний свидетеля. Пристрастность (*bias*) — наличие у свидетеля собственного интереса в исходе дела либо в том, чтобы дать определенные показания.

В национальных судебных процессах пристрастность рассматривается как одно из оснований для того, чтобы признать показания свидетеля недопустимыми. Если быть точным в формулировках, то речь в таких случаях идет об установленных пристрастности или конфликте интересов (*bias* или *interest*), когда свидетель, имеющий заинтересованность в исходе дела, не может быть допрошен как свидетель. То есть, действует неопровержимая презумпция недостоверности показаний заинтересованного свидетеля. Спецификой арбитража является то, что эта презумпция здесь не действует, а потому в качестве свидетелей могут быть допрошены также и заинтересованные лица. Пристрастность, таким образом, выступает скорее не как самостоятельное основание для дискредитации свидетеля, а как возможное объяснение мотивов, по которым было дано недостоверное показание, недостоверность которого устанавливается по другим основаниям, а не презюмируется в связи с заинтересованностью свидетеля.

iii. Состояния и особые характеристики личности

В эту категорию относятся все те состояния (в частности, состояния, в которых свидетель пребывал на момент описываемых им событий), свойства и другие характеристики личности, которые могут препятствовать ему в восприятии событий, адекватном их запечатлении в памяти, а также в воспроизведении. Категория объединяет различные феномены: от физических особенностей (дефекты зрения, слуха и прочее) (*defective testimonial capacity*) до того, что в теории доказательств в общем праве принято называть доказательствами характера (*evidence of character*) — доказательства того, что лицо могло совершить определенное деяние на том основании, что это отвечает его склонностям или соответствует характеру. Последнее, как пра-

вило, не применяется в арбитраже, хотя нет и строгих запретов наподобие тех, которые существуют в отношении применения доказательств характера обвиняемого в уголовном производстве. Арбитражный суд может учитывать репутацию свидетеля как оценку характера свидетеля его окружением, которая считается более-менее объективной. В какой-то мере репутация как доказательство перекликается со следующей категорией оснований для дискредитации

iv. Дискредитирующие акты поведения. Falsus in uno, falsus in omnibus

В отличие от характеристик личности, которые рассматриваются как что-то более-менее устойчивое, в этом случае значение придается единичному акту поведения или нескольким актам.

Примером служит попытка поставить под сомнение достоверность всех показаний свидетеля, которого уличили во лжи в чем-то одном. В терминах логики это основание является аргументом *ad hominem*. Латинская максима «*falsus in uno, falsus in omnibus*» («ложное в одном, ложное во всем») разрослась в некоторых национальных судебных процессах до уровня доктрины, позволяющей или даже предписывающей отвергать показания свидетеля, уличенного в отдельных неправдивых показаниях. В аспекте логики эта доктрина основывается на логической ошибке, ведь сам по себе факт неправдивости в отношении одной или нескольких деталей не влечет за собой с необходимостью вывод о том, что и остальные показания также неправдивы. Однако в процессах, в которых свидетелей перед дачей показаний приводят к присяге, логические основы отходят на второй план, а на первый выступает факт нарушения присяги. Показания нарушившего присягу свидетеля не принимаются. В международном коммерческом арбитраже приведение к присяге, как правило, не практикуется. Это позволяет освободить процесс принятия и оценки показаний от примесей моральных оценок и воздержаться от принятия их в качестве ориентира для суждений в отношении достоверности показаний.

v. Дискредитация в связи с недостаточной информированностью свидетеля

Это основание несколько отличается от ранее рассмотренного *falsus in uno, falsus in omnibus* отсутствием морального наслоения. Свидетеля не уличают во лжи или противоречивости утверждаемого им, а подводят к тому, что у него недостаточно данных, чтобы с уверенностью говорить об определенных обстоятельствах.

Близко к этому основанию стоят возражения против высказывания свидетелями факта оценок, мнений и предположений (*opinion evidence*). В этом случае свидетелю указывают уже не на то, что его суждения об обстоятельствах неправдивы, а на то, что они носят характер мнения, высказать которое свидетель некомпетентен[588].

12.8.4. Процессуальные аспекты дискредитации свидетеля и показаний

Хотя арбитражная практика допускает применение различных тактик дискредитации свидетеля и показаний, их использование не является настолько свободным, как в некоторых национальных судебных процессах. В арбитраже давно наметилась тенденция к тому, чтобы исключать любые неожиданности и всячески поддерживать предсказуемость процесса. Это выражается также в том, что многие подходы, свойственные национальным процессам и допускающие «экспромты», отвергаются в арбитраже, в то время как другие, направленные на предсказуемость процесса, активно заимствуются.

Среди таких ориентированных на предсказуемость процесса подходов стоит отметить заимствованное из общего права ограничение попыток дискредитации показаний свидетеля после завершения слушаний, в которых свидетель был допрошен. В арбитраже также могут устанавливаться ограничения на принятие документальных доказательств после завершения установленного для подачи срока. Часто такой предельный

[588] О концепции компетентного свидетеля см. § 6.2 (пункт 6.2.4).

срок устанавливается заблаговременно перед слушаниями, чтобы арбитры имели возможность исследовать документы и подготовиться к допросу свидетелей, которые могут дать показания в отношении этих документов. Это ограничение допускает исключение: документы, с помощью которых сторона дискредитирует показания свидетеля, могут быть поданы после истечения такого предельного срока[589].

В то же время принцип дискредитации свидетеля только во время слушаний (во время допроса) требует, чтобы эти документы были представлены непосредственно в слушании. Если свидетель был допрошен, слушания завершены, и лишь потом, в своих последующих заявлениях сторона пытается дискредитировать свидетеля с помощью имеющихся у нее документов, принятие таких документов может оказаться под угрозой отказа[590]. За этим стоит не процессуальная ригидность или склонность к формализму отдельных арбитров, а весьма практический подход. Дело в том, что свидетель не имеет возможности дать пояснения в ответ на попытки стороны дискредитировать его показания. Лишь в исключительных случаях обход этой практики оправдывает себя, но и тогда полноценное исследование документов, противоречащих показаниям, требует проведения дополнительного допроса свидетеля.

Кстати, это одна из причин роста популярности письменных показаний и отказа от проведения допроса в слушаниях, особенно в тех случаях, когда к предполагаемым слушаниям у стороны, которая может провести перекрестный допрос, нет

[589] Как это допускает, например, п. 1(e)(3) Протокола CPR раскрытия документов и представления свидетелей в коммерческом арбитраже (CPR Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration).

[590] Некоторые юристы отказывают этому принципу в праве на применение в арбитраже на том основании, что «в международном арбитраже документы являются самостоятельным доказательствами и не требуют для своего приобщения к делу показаний со стороны свидетеля. Поэтому, возможной остается атака на достоверность показаний свидетеля с помощью противоречащих им документов в завершающих прениях или письменных заявлениях по завершении слушаний, даже если свидетель не был допрошен в связи с этими документами и никакой другой свидетель не дал показания в отношении их правдивости» (см. *Rowley J. W.* Confrontation — Techniques For Impeachment / J. William Rowley, Markus Koehnen and Robert Wisner // Take the Witness: Cross Examination In International Arbitration / Edited by Lawrence W. Newman, Ben H. Sheppard, Jr. — Huntington, NY: JurisNet, 2010. — p. 36).

доказательств, способных дискредитировать свидетеля. Статья 4.8 Правил IBA предусматривает, что если явка свидетеля не была затребована, ни одна из сторон не считается признавшей правильность содержания письменных свидетельских показаний.

Тем не менее, в тех случаях, когда сторона располагает доказательствами для дискредитации свидетеля, устный допрос желателен. Даже принимая во внимание то, что в международном арбитраже отсутствует формальное правило о том, что не оспоренные в перекрестном допросе показания свидетеля следует считать правдой, именно к такому выводу о правдивости неоспоренных показаний арбитры часто приходят на практике[591].

Лишним может показаться упоминание того, что дискредитации подвергаются, как правило, показания свидетеля, привлеченного оппонентом. Тем не менее, это не означает, что сторона, которая представила свидетеля, не может опровергать показания, которые даны свидетелем, например, в ходе перекрестного допроса. Принятое в некоторых национальных процессах правило о том, что сторона не может дискредитировать своего же свидетеля, в арбитраже также строго не применяется, хотя, конечно, такие попытки дискредитации выглядят весьма странно.

Дискредитация показаний осуществляется путем выявления противоречий в показаниях (как правило, в перекрестном допросе, однако иногда и по результатам анализа оппонирующей стороной данных свидетелем показаний в прямом допросе, также иногда — по результатам анализа письменных показаний) либо противоречий между показаниями свидетеля и других свидетелей или же с другими доказательствами. Дискредитация путем выявления противоречия по результатам прямого допроса часто применяется в тех случаях, когда дискредитирующая сторона хочет избежать того, чтобы свидетель

[591] *Rowley J. W.* Confrontation — Techniques For Impeachment / J. William Rowley, Markus Koehnen and Robert Wisner // Take the Witness: Cross Examination In International Arbitration / Edited by Lawrence W. Newman, Ben H. Sheppard, Jr. — Huntington, NY: JurisNet, 2010. — p. 33.

прояснил выявленное противоречие. В перекрестном допросе у свидетеля почти всегда есть возможность сразу пояснить, почему им были даны противоречивые показания и есть ли противоречие на самом деле.

Хорошей практикой считается предоставление возможности дополнительно допросить свидетеля в случае выявления противоречий в показаниях. Однако часто это усложняет процесс, особенно если заявление о наличии противоречий было сделано стороной после завершения слушания, в котором проводился допрос. Не всегда такое «запоздалое» заявление делается из соображений процессуальной диверсии. Иногда, действительно, для выявления противоречий стороне требуется определенное время, поэтому она не имеет возможности заявить о них сразу после окончания допроса. Тем не менее, дополнительный допрос или получение у свидетеля дополнительных пояснений с назначением новых устных слушаний практикуется не часто и лишь в тех случаях, когда показания имеют ключевое значение.

Глава 13.
Экспертные доказательства

§ 13.1. Терминология

Используемое в этой главе понятие «экспертное доказательство» (*expert evidence*) не часто можно встретить в отечественной научной юридической литературе, которая отдает предпочтение терминам «экспертное заключение» и «отчет эксперта»[592]. Термин «экспертное доказательство» употребляется в документах арбитражных центров и разработках ученых, посвященных вопросам доказывания в арбитраже и особенностям экспертизы в арбитражных разбирательствах[593]. Он используется со значением «доказательства относительно какого-либо научного, технического, профессионального или другого специализированного явления, данного лицом, которое обладает необходимой квалификацией ввиду осведомленности о предмете либо прохождения специальной подготовки в определенной отрасли»[594].

Преимущественное использование этого понятия здесь связано с тем, что термин «отчет эксперта» касается скорее формы, в которую эксперт облекает результаты своего иссле-

---

[592] Об экспертных доказательствах, тем не менее, говорится в текстах международных документов, подготовленных с учетом признанной практики разрешения споров (см. например, Ежегодник Комиссии ООН по праву международной торговли. Том X: 1979 год. — ООН, Нью-Йорк, 1982 г. — С. 171).

[593] См. например *Белоглавек А. И.* Эксперты в международных условиях (в гражданских и уголовных судебных процессах, арбитражных и инвестиционных разбирательствах) / Александр И. Белоглавек, Рената Хотова. — К. : Таксон, 2011. — С. 149, 176.

[594] *Black's Law Dictionary:* Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern, by Henry Campbell Black, M.A. // St. Paul, Minnesota: West Group, 2004. — Eight Edition. — p. 597.

дования для представления в арбитраж. Он вполне оправданно ассоциируется с письменным документом. Понятие «заключение эксперта» ближе к содержанию и охватывает совокупность сделанных экспертом выводов по поставленным перед ним вопросам. Однако сложно распространить это понятие, например, на демонстрационные образцы, ответы эксперта во время допроса в слушании или на его комментарии в отношении заключений других экспертов. Принятое в отечественной юридической науке понятие «экспертиза» традиционно соотносилось с процедурным аспектом или, в наиболее широком понимании, охватывало деятельность эксперта. В современных условиях слово «экспертиза» также обозначает собственно специальные знания и навыки, а также профессиональный опыт, которыми обладает эксперт. В то же время вся информация, обладающая свойствами доказательств, данная экспертом в пределах его квалификации и поставленных перед ним задач, может быть охвачена понятием «экспертные доказательства».

§ 13.2. Логические основания экспертного доказательства

Аргументация с помощью заключения эксперта (ссылка на экспертное мнение) как вид аргумента долгое время рассматривалась в логике как логическая ошибка (*fallacy*). Действительно, если суждение о факте основывается на авторитете лица, утверждающего о нем, это приводит к ошибке, известной в логике как обращение к авторитету (лат. *argumentum ad verecundiam* — «аргумент к скромности»). Однако в последнее время уже среди логиков признанным стал тот факт, что такая аргументация в юридическом доказывании разумна, необходима и, при соблюдении правил использования, не несет в себе приписываемой ей ранее логической ошибки[595].

[595] *Godden D.* Argument from expert opinion as legal evidence: Critical questions and admissibility criteria of expert testimony in the American legal system / David M. Godden and Douglas Walton // Ratio Juris. — 2006. — Vol. 19(3). — pp. 262.

Схема этого аргумента такова:

Большая посылка: Источник E является в экспертом в области S, охватывающей утверждение A.

Меньшая посылка: E заявляет, что утверждение *A* — правда (ложь).

Вывод: A — правда (ложь).

Снизить риск логической ошибки при принятии заключения эксперта, по мнению профессора Дагласа Уолтона, специалиста в области логики, можно, ответив на такие шесть вопросов:

(1) Вопрос об экспертизе: Насколько E заслуживает доверия как эксперт?

(2) Вопрос об области: Является ли E экспертом в области F, которая содержит в себе A?

(3) Вопрос о мнении: Что такого E утверждает, что подразумевает A?

(4) Вопрос надежности: Является ли E личностью, заслуживающей доверия?

(5) Вопрос о согласованности: Согласуется ли A с тем, что утверждают другие эксперты?

(6) Вопрос о подкреплении доказательствами: Основываются ли утверждения E на доказательствах?[596]

Неадекватный, как его называет Д. Уолтон, ответ хотя бы на один из шести вопросов позволяет отбросить экспертное заключение. Несложно заметить, что многие требования, которые современная арбитражная практика предъявляет к экспертам и их заключениям (например, обязательное указание использованных методик, исследованных доказательств, а также раскрытие экспертом информации о своей квалификации) созвучны с этими вопросами. Таким образом, применяемый в арбитраже порядок получения экспертных доказательств нацелен, среди прочего, на то, чтобы избежать ситуации безоговорочного доверия эксперту, которая чревата известной логической ошибкой.

[596] *Walton D. N.* Argumentation and Theory of Evidence / D. N. Walton // Proceedings of the First World Conference on New Trends in Criminal Investigation and Evidence. I. F. Nijboer & I. M. Reijntjes(eds.) (Vol. I). — Antwerpen — Groningen — Oxford: INTERSENTIA, 2000. — pp. 711–732.

§ 13.3. Вопросы, требующие экспертизы

13.3.1. Процессуальная экономия

Характерные для доказывания в международном коммерческом арбитраже особенности проявляются также вопросах, связанных с привлечением экспертов. Так, арбитражу присущ значительно более свободный подход к выяснению вопросов, требующих иных, нежели юридические, знаний, по сравнению с национальными судебными процессами. Там, где национальные суды часто прибегают к экспертному способу установления фактов и назначают экспертизу для выяснения фактов, которые могут быть установлены другими средствами доказывания, международный арбитраж ищет более простые пути. А. Редферн и М. Хантер приводят яркий пример: если погодные условия в определенном аэропорту в определенный день являются важным обстоятельством, достаточным может оказаться предоставление экземпляра метеорологических данных из уважаемой газеты, чем привлечение эксперта-метеоролога для получения заключения[597].

Процессуальная экономия достаточно отчетливо прослеживается в практике. Так, рассматривая дело по регламенту ICC, арбитражный суд самостоятельно, без привлечения эксперта, провел исследование оттисков печати ответчика на копиях документов, подлинность которых была поставлена ответчиком под сомнение, и пришел к выводу об их подлинности[598].

В среде ученых и практиков международного коммерческого арбитража все большее распространение получает подход, в соответствии с которым *арбитры должны принимать на себя исследование фактических обстоятельств в той же степени, в которой они исследуют сугубо правовые аргументы*. М. Шнайдер считает, что состязательный процесс в арбитра-

[597] *Redfern & Hunter* on International Arbitration — Fifth Edition Edited by Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. — Oxford University Press, 2009. — p. 388.

[598] ICC Arbitration Case No. 10274 of 1999 (*Poultry feed case*).

же призван обеспечить возможность сторон изложить разные взгляды на вопросы факта и права и их относимость к спору. С этих позиций сложно, по его мнению, понять, почему знания в сферах, отличных от права, должны быть исключены из этого процесса. Кроме того, такая «нейтрализация», то есть удаление из фокуса арбитров специальных знаний, нивелирует одну из наиболее существенных особенностей арбитража: в отличие от судей, которые имеют дело с любыми спорами, поступающих на их рассмотрение, арбитры избираются для рассмотрения специфического спора. Это не означает, что они должны обладать всеми специальными знаниями, которые могут понадобиться для решения спора. В то же время от них справедливо ожидают способности интегрировать эти сферы так же, как они должны быть способными исследовать доказательства и прийти к выводу по результатам оценки фактов, имеющих значение для дела[599].

Исследователи международного коммерческого арбитража также отмечают, что и в тех случаях, когда экспертиза назначена, арбитражный суд не должен слепо полагаться на заключение эксперта. Вместо этого желательным является предоставление арбитражному суду для исследования всех документов, на которых основывалось заключение эксперта, что позволит арбитражному суду оценить само заключение[600].

Изложенное выше отношение ученых к вопросу привлечения экспертов свидетельствует о тенденции, характерной для современного международного коммерческого арбитража: выход арбитров за пределы формального правоприменения. Подтверждена она также практикой. Комиссия по арбитражу и альтернативным методам разрешения споров ICC в своем отчете в 2012 году рекомендовала при организации арбитражного разбирательства исходить из презумпции, что для решения

[599] *Schneider M. E.* The role of experts in the adversarial process and the arbitrator's capacity to absorb specialised knowledge / Michael E. Schneider // ASA Bulletin. — 2013. — No. 1(31). — p. 2.

[600] *Friedland P.* Discoverability of Communications between Counsel and Party-Appointed Experts in International Arbitration / Paul Friedland & Kate Brown de Vejar // Arbitration International. — 2012. — Vol. 28. — Issue 1. — pp. 7–8.

спора экспертиза не нужна[601]. CPR также рекомендует даже в сложных разбирательствах тщательно подходить к вопросу о том, необходимо ли привлечение эксперта или же арбитры и стороны могут самостоятельно исследовать отдельные обстоятельства, то есть обладают необходимыми специальными знаниями[602]. При этом, наличие у арбитров специальных знаний не влечет исключение каких-либо обстоятельств из предмета доказывания. И, конечно же, арбитры ни в коем случае не должны привлекать имеющиеся у них знания для самостоятельного построения аргументов в пользу какой-либо из сторон, если такие аргументы не были представлены стороной.

Обычно считается, что арбитражный суд обладает специальными знаниями, если хотя бы один из арбитров ими обладает[603]. То, что наличие знаний лишь у одного арбитра считается достаточным, не означает, что он фактически единолично решает спор или, по крайней мере, принимает решение о тех обстоятельствах, для оценки которых потребовались специальные знания, а другие арбитры устраняются из этого процесса. Напротив, обладая специальными знаниями, арбитр выступает в роли консультанта для остальных членов арбитражного суда, снабжая их информацией настолько, насколько это необходимо для достижения ими способности принять решение. Негативной оценки заслуживает практика, когда арбитры самоустраняются из процесса принятия решения по вопросу существа спора, требующему специальных знаний, перекладывая принятие решение по этому вопросу на своего коллегу, который обладает этими знаниями.

---

[601] См. п. 61 Отчета ICC о техниках контроля времени и расходов в арбитраже (Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration. Second Edition / 2012 Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Reducing Time and Costs in Arbitration. — Paris, ICC, 2013. — p. 13).

[602] См. статью 3 Рекомендаций CPR арбитрам, ведущим сложные арбитражные процессы (CPR Guidelines for Arbitrators Conducting Complex Arbitrations).

[603] *Белоглавек А. И.* Эксперты в международных условиях (в гражданских и уголовных судебных процессах, арбитражных и инвестиционных разбирательствах) / Александр И. Белоглавек, Рената Хотова. — К. : Таксон, 2011. — С. 170.

13.3.2. Альтернативный подход: расширение сферы применения экспертизы

Среди исследователей международного коммерческого арбитража также популярен тезис о необходимости расширения сферы применения экспертизы в арбитраже. По мнению отдельных ученых, на рассмотрение экспертов могут быть представлены те же вопросы, которые ставят перед собой арбитры и ответы на которые содержатся в резолютивной части арбитражного решения[604]. С таким утверждением трудно согласиться. В научных исследованиях и арбитражной практике более признанным остается подход, согласно которому привлечение эксперта должно происходить только для выяснения вопроса, требующего специальных знаний, которыми в достаточной мере не обладают арбитры. При этом эксперт не подменяет арбитров[605].

В тех же случаях, когда эксперт фактически наделяется полномочиями решить спор или предоставить сторонам выводы относительно их позиций, речь идет уже не об арбитраже, а о других альтернативных способах разрешения споров, например, об институте независимых экспертов (*neutral evaluation*).

Арбитражный суд, нуждаясь в мнении эксперта по вопросу, требующему специального знания, остается все же судьей в этом вопросе. В тех частых случаях, когда назначенные сторонами эксперты дают противоположные заключения по одному и тому же вопросу, арбитры не обязаны назначить третьего эксперта или обеспечить достижение согласия между экспертами для получения единого мнения, если полученной от экспертов информации достаточно для

---

[604] *Белоглавек А. И.* Эксперты в международных условиях (в гражданских и уголовных судебных процессах, арбитражных и инвестиционных разбирательствах) / Александр И. Белоглавек, Рената Хотова. — К. : Таксон, 2011. — С. 150.

[605] Например, в статье 3 Рекомендаций CPR арбитрам, ведущим сложные арбитражные процессы (CPR Guidelines for Arbitrators Conducting Complex Arbitrations), делается ударение на то, что эксперт, назначенный арбитражным судом, не должен вовлекаться в процесс принятия решения, равно как и подготовки текста решения.

того, чтобы арбитры могли составить собственное мнение о вопросе[606].

13.3.3. Последствия отказа назначить экспертизу

Необоснованный отказ арбитражного суда назначить экспертизу может быть расценен компетентным судом как основание для отмены арбитражного решения или отказа в его признании или допуске к принудительному исполнению в связи с нарушением права стороны на справедливый процесс. В то же время, общепризнанным можно считать мнение, что отказ в проведении экспертизы или назначении эксперта сам по себе не представляет нарушение публичного порядка, даже в контексте национальных правовых норм[607]. Значение имеет то, приводит ли такой отказ к нарушению права на справедливый процесс для стороны.

На практике для оценки того, было ли соблюдено право стороны на справедливый процесс в случае отказа арбитражного суда назначить экспертизу, часто используются следующие ориентиры:

– сторона доказала, что она требовала назначения экспертизы;
– требование о проведении экспертизы было внесено своевременно и соответствовало процессуальным правилам, подлежащим применению в данном арбитражном процессе;
– сторона выразила готовность оплатить расходы по экспертизе;

---

[606] Так, арбитражный суд, рассматривая дело по регламенту SCC в 2007 году и заслушав назначенных сторонами экспертов по правым вопросам, в своем частичном арбитражном решении указал, что хоть ответы на вопросы, предоставленные экспертами сторон, были «в конечном итоге различными, эти ответы составляют предмет усмотрения арбитражного суда» (SCC Arbitration proceeding, first partial award of 22.06.2007 (*Techsnabexport JSC v. Palmco Corporation*).

[607] *Белоглавек А. И.* Эксперты в международных условиях (в гражданских и уголовных судебных процессах, арбитражных и инвестиционных разбирательствах) / Александр И. Белоглавек, Рената Хотова. — К. : Таксон, 2011. — С. 201.

– вопросы, в отношении которых сторона требовала провести экспертизу, были существенными для решения спора;
– арбитры не обладали необходимыми специальными знаниями[608].

13.3.4. Экспертиза по вопросам права

В международном коммерческом арбитраже в круг вопросов, которые могут потребовать специальных знаний, включаются не только вопросы факта, но и вопросы права. Так, Р. Фентон отмечает, что эксперты могут быть привлечены сторонами или арбитражным судом также для выяснения сложных правовых вопросов[609]. Такой подход согласуется с изложенным ранее тезисом о включении в предмет доказывания вопросов о содержании и применении материального права[610]. Это, опять же, не должно иметь следствием фактическое возложение на экспертов функции по разрешению спора.

§ 13.4. Требования, предъявляемые к эксперту

Использование экспертных доказательств в арбитраже не сковано строгими формальными требованиями, предъявляемыми к эксперту, какие имеются в национальных судебных процессах. Тем не менее, практика выдвигает некоторые условия, выполнение которых обеспечивает высказывание экспертом квалифицированного и беспристрастного мнения. То, что такие требования могут быть предъявлены к эксперту, назначаемому арбитражным судом, не вызывает сомнений. В то

[608] *Там же.* — С. 184.
[609] *Fenton R.* A Civil Matter for a Common Expert: How Should Parties and Tribunals Use Experts in International Commercial Arbitration? / Ruth Fenton // Pepperdine Dispute Resolution Law Journal. — 2006. — Vol. 6, Issue 2, Article 4. — p. 279.
[610] См. § 6.2 (пункт 6.2.5).

же время, установление каких-либо ограничений в отношении того, кого стороны могут привлечь в качестве эксперта, остается спорным вопросом[611].

13.4.1. Квалификация эксперта

В известных автору арбитражных системах, как правило, не ставятся жесткие требования к квалификации эксперта или обязательные критерии, которым должен соответствовать эксперт. Тем более не применяются в арбитраже законодательные требования, которые могут существовать в национальных судебных процессах в отношении судебных экспертиз.

Необходимым, тем не менее, является демонстрация экспертом признаков квалификации, которые позволят арбитрам презюмировать наличие квалификации. Такими внешними признаками часто являются: образование, полученное в области знаний, которые требуется применить; дополнительные тренинги по повышению квалификации; научные звания и ученые степени в определенной сфере науки; опыт работы в отрасли, в которой необходимо применение специальных знаний; опубликованные труды в определенной сфере. Откровенно внешними и символическими, однако часто принимаемыми во внимание, признаками, является членство в профессиональных сообществах, занятие должностей. При этом ни один из перечисленных признаков не является решающим или обязательным. Даже для того, чтобы давать заключение в качестве эксперта по правовым вопросам, наличие юридического образования не является обязательным условием[612].

---

[611] Например, в статье 27(2) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (2010) сказано, что любое лицо может выступать экспертом, назначенным стороной (*expert witness*). Это правило перенесено во многие другие регламенты (см. например статью 25(2) Швейцарского регламента международного арбитража (2012), статью 27(2) Арбитражного регламента CIArb (2015)).

[612] Так, в известном автору случае в качестве эксперта, который дал заключение о правовом регулировании валютных расчетов, выступал сотрудник банка с экономическим образованием и большим опытом работы в банковском деле, в том числе в государственном органе регулирования банковской сферы.

13.4.2. Независимость эксперта. Конфликт интересов

i. Содержание требования о независимости и беспристрастности

К эксперту в арбитраже обыкновенно предъявляется требование быть беспристрастным, объективным, непредвзятым и не подверженным давлению со стороны сторон и процесса разрешения спора[613]. Последнее требование весьма ценно, поскольку далеко не часто внимание экспертов бывает обращено на то, что они не должны заботиться об урегулировании спора и давать такое заключение, которое способствовало бы урегулированию. Их дело состоит в том, чтобы дать объективное заключение безотносительно к тому, послужит ли оно урегулированию либо разрешению спора или нет. Выполнение этого требования особенно сложно в тех случаях, когда экспертам с разных сторон предписано провести совместные консультации для достижения единого мнения по как можно большему перечню спорных вопросов. Даже в стремлении достигнуть этого единого мнения эксперты не должны отступать от объективного подхода. Эксперты могут искать пути поиска компромисса между собой, чтобы дать единое мнение, однако они не должны искать компромиссные пути урегулирования спора между сторонами в ущерб объективности своего заключения.

Требование о независимости эксперта бесспорно принимается в сообществе юристов арбитражной практики, когда речь идет об экспертах, назначенных арбитражным судом. *Под независимостью такого эксперта обычно понимают отсутствие таких отношений между экспертом и стороной, ее представителями, консультантами, свидетелями, назначенными ею экспертами, которые способны повлиять на его заключение*. Во многих арбитражных системах к экспертам, назначенным арбитражным судом, предъявляются требования о беспристраст-

[613] См. например статью 4(1) Протокола CIArb об использовании назначенных сторонами экспертов в международном арбитраже.

ности и независимости от сторон, аналогичные тем, которые предъявляются к арбитрам[614].

В отношении назначенных сторонами экспертов мнения расходятся. Прагматично настроенные авторы считают, что обеспечить независимость таких экспертов невозможно[615]. Действительно, между стороной и назначенным ею экспертом существуют отношения, которые предполагают получение вознаграждения. Тем не менее, все более отчетливо проявляется тенденция закреплять требование о независимости назначенных сторонами экспертов в правилах и рекомендациях, касающихся получения экспертных доказательств. Так, в Правилах IBA в редакции 2010 года уже содержится требование включать в заключение эксперта, назначенного стороной, заявление о независимости эксперта от стороны, ее юридических консультантов и арбитражного суда[616]. В редакции 1999 года такое требование предъявлялось только к заключениям экспертов, назначенных арбитражным судом.

При этом само по себе то обстоятельство, что работу эксперта оплачивает сторона, его нанявшая, не должно бросать тень на независимость заключения. Особенные условия оплаты, конечно, могут быть поводом для сомнений, поэтому договорные отношения между экспертом и стороной могут подлежать раскрытию по требованию другой стороны или арбитражного суда[617].

---

[614] См. например статью 27(5) Швейцарского регламента международного арбитража (2012), статью 23 Венского арбитражного регламента (2013).

[615] С принципами некоторых арбитражных систем это требование иногда даже входит в конфликт. Так, например, статья 28(3) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ указывает на возможность того, что экспертом может быть даже сторона или представитель стороны.

[616] Статья 5.2(c) Правил IBA.

[617] Королевский институт арбитров указывает на отсутствие защиты привилегией у документов и информации об условиях назначения эксперта и полученных им от назначившей стороны инструкциях, однако рекомендует не требовать их раскрытия без веских оснований (см. статью 5(1) Протокола CIArb об использовании назначенных сторонами экспертов в международном арбитраже).

ii. Раскрытие потенциального конфликта интересов. Декларация эксперта

Перед назначением в качестве эксперта кандидат может быть обязан арбитражным судом подать заявление (декларацию) о своей независимости от сторон и беспристрастности[618] либо раскрыть обстоятельства, которые могут быть расценены как бросающие тень сомнения на его независимость и беспристрастность.

Для определения того, о каких обстоятельствах эксперту следует сообщить, могут использоваться *mutatis mutandis* Руководящие принципы Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже[619]. Для применения к экспертам, по крайней мере, назначаемым арбитражным судом, тех же критериев определения конфликта интересов, есть даже нормативные основания — некоторые акты законодательства о международном коммерческом арбитраже и арбитражные регламенты прямо указывают на одинаковый подход[620].

В дальнейшем заявление, часто в форме декларации эксперта, повторяется в подготовленном отчете. Этим эксперт заявляет, что и при подготовке отчета он сохранил независимость и беспристрастность.

Получение заявления от эксперта и раскрытие им конфликта интересов на стадии назначения применяется при назначении эксперта арбитражным судом. Это не свидетельствует о повышенном риске пристрастности таких экспертов, а только о стремлении снять возможные основания для оспаривания будущего заключения по мотивам пристрастности.

Напротив, при назначении экспертов сторонами обеспечить независимость намного сложнее. Дело в том, что отбор и назначение таких экспертов производится стороной, как правило, без участия оппонента и арбитражного суда (стороны и

---

618 См. например статью 21.2 Арбитражного регламента LCIA (2014).

619 IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2014 adopted by resolution of the IBA Council on 23 October 2014.

620 См. например § 1049(3) Немецкого гражданского процессуального кодекса, статью 27(5) Швейцарского регламента международного арбитража (2012).

арбитражный суд могут определить некоторые критерии, на которые следует ориентироваться при выборе экспертов). Заключения назначенных сторонами экспертов, как правило, содержат заявления о независимости и беспристрастности. Это, однако, не ограждает их от возможной дискредитации[621].

iii. Требования, предъявляемые к назначенному стороной эксперту

Исторически законодательство о международном коммерческом арбитраже во многих странах и значительная часть арбитражных регламентов международных арбитражных учреждений сформировались под влиянием континентальной правовой традиции. Закономерным последствием стало то, что большинство современных арбитражных регламентов устанавливают жесткие требования к привлеченным арбитражным судом экспертам, в том числе в отношении их независимости и беспристрастности[622]. Процесс приближения требований к назначаемым сторонами экспертам к аналогичному уровню начался относительно недавно.

Утверждение принципа состязательности способствовало распространению практики принятия арбитражными судами заключений экспертов, назначенных сторонами. В связи с этим возникла необходимость в определении общих принципов деятельности экспертов, привлеченных сторонами арбитражного разбирательства, и в унификации требований, предъявляемых к заключениям таких экспертов. Для удовлетворения этой потребности ведущие арбитражные учреждения разработали документы рекомендательного характера, которые служат ориентиром для арбитров, экспертов и сторон арбитражного разбирательства. Среди таких документов стоит отметить утвержденный в 2007 году Королевским институтом арбитров Протокол использования в международном арбитраже экспер-

---

[621] Способы дискредитации показаний свидетеля, приведенные в § 12.8, применяются также к экспертным доказательствам с учетом их специфики.

[622] *De Berti G.* Experts and Expert Witnesses in International Arbitration: Adviser, Advocate or Adjudicator? / Giovanni De Berti // Austrian Yearbook on International Arbitration. — 2011. — p. 56.

тов, назначенных сторонами[623]. Правила экспертизы ICC[624] и Правила IBA также уделяют особое внимание проблемам назначения сторонами экспертов и предоставления ими заключений и показаний по поставленным перед ними вопросам.

В случае назначения экспертов сторонами арбитражные суды очевидно имеют меньше возможностей обеспечить независимость экспертов от сторон, которые их назначили[625]. Это иногда влияет на оценку арбитрами заключений таких экспертов. Так, арбитражный суд, рассмотрев спор по регламенту NAI, в своем решении 2002 года прямо указал на то, что придает больший вес заключению, предоставленному компанией, которая является нейтральной по отношению к спору, чем противоречивым отчетам экспертов, привлеченных сторонами[626].

Вместе с тем, для обеспечения беспристрастности экспертов существуют доступные арбитражному суду средства, такие как проведение встречи экспертов сторон, подготовка общего отчета или, по крайней мере, подготовка протокола собрания экспертов. Правила IBA вполне позволяют арбитражному суду потребовать от экспертов, назначенных сторонами, проведения собрания и представления отчета о вопросах, по которым эксперты имеют общее мнение, а также определения ими в своих отдельных отчетах тех вопросов, по которым мнения расходятся[627]. Правила IBA (статья 8.3) также предусматривают возможность проведения конференции экспертов, назначенных сторонами. Этот способ получения экспертных доказательств заключается в одновременном допросе экспертов по одному

---

[623] CIArb Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration, Chartered Institute of Arbitrators, September 2007.

[624] ICC Rules for Expertise, in force as from 1 January 2003.

[625] *Trittmann R.* Taking Evidence in Arbitration Proceedings between Common Law and Civil Law Traditions — The Development of a European Hybrid Standard for Arbitration Proceedings / Rolf Trittmann, Boris Kasolowsky // UNSW Law Journal. — 2008. — Vol. 31(1). — p. 339.

[626] Netherlands Arbitration Institute Award of 15 October 2002, Case No. 2319 (*Condensate crude oil mix case*).

[627] *Trittmann R.* Taking Evidence in Arbitration Proceedings between Common Law and Civil Law Traditions — The Development of a European Hybrid Standard for Arbitration Proceedings / Rolf Trittmann, Boris Kasolowsky // UNSW Law Journal. — 2008. — Vol. 31(1). — p. 339.

вопросу каждый раз в присутствии всех экспертов, вместо последовательного допроса по всем вопросам каждого эксперта отдельно. В арбитражных системах общего права наиболее распространенным вариантом организации конференции экспертов считается получение у каждого эксперта отдельно письменного или устного заключения и следующего за этим совместного допроса экспертов арбитражным судом и представителями сторон[628]. Конечно, стадии получения заключений и собственно конференции могут быть разнесены во времени с тем, чтобы стороны изучили заключения и подготовились к конференции. Более детально техники получения экспертных доказательств описаны в § 13.8.

iv. Допустимое взаимодействие эксперта и стороны

Контакты сторон с экспертом, в общем, не считаются предосудительными, если только не применяются особые правила. Общение стороны с назначенным ею экспертом вообще представляется очевидным явлением практически во всех арбитражных системах[629]. Контакты сторон с назначенным арбитражным судом экспертом также могут быть необходимыми, если арбитражным регламентом или установленными арбитражным судом правилами предусмотрен обмен доказательственной информацией с минимальным вовлечением арбитражного суда[630].

Как к ориентиру для определения того, что допустимо в отношениях стороны и эксперта, можно обратиться к Руководящим принципам Международной ассоциации юристов относительно представительства сторон в международном арбитраже 2013 года. Этот документ среди прочих рекомендаций этического характера содержит также рекомендации, относящиеся к контактам представителя стороны и эксперта.

---

[628] Именно такой вариант Протокол CPR (статья 2(f)(2)) называет типичным.

[629] См. статью 25(2) Швейцарского регламента международного арбитража (2012).

[630] Например, статьей 27(2) Швейцарского регламента международного арбитража (2012) предусмотрена обязанность сторон самостоятельно снабдить назначенного арбитражным судом эксперта всей относимой информацией.

Так, допустимым считается помощь стороны в подготовке экспертом заключения, обсуждение, проведение встреч с экспертом для подготовки заключения. При этом, как ожидается, представитель стороны должен стремиться к тому, чтобы заключение эксперта отражало собственный анализ и мнение эксперта. Допустимым со стороны представителя считаются предложение оплатить, достижение соглашения об оплате, а также собственно оплата:

– расходов, разумно понесенных экспертом при подготовке к даче показаний и для дачи показаний в слушании;
– разумного вознаграждения за профессиональные услуги эксперта.

§ 13.5. Назначение эксперта и проведение экспертизы

13.5.1. Преобладающая практика

Особенности привлечения экспертов в международном коммерческом арбитраже проявляются не только в определении вопросов, для выяснения которых нужна экспертиза, но и в том, какой путь получения экспертных доказательств избирается: назначение экспертов сторонами (*expert witnesses* или *party-appointed experts*) или назначение экспертов арбитражным судом (*tribunal-appointed experts*). В подходах к решению этого вопроса очень заметно характерное для арбитража влияние различных правовых систем. Так, традиционным для арбитражных систем общего права является предоставление возможности сторонам самостоятельно привлекать экспертов и представлять на рассмотрение арбитражного суда их отчеты и заключения с последующим допросом этих экспертов в ходе арбитражного разбирательства[631]. Для континентальных

[631] Протокол CPR (статья 2(e)) даже называет практику назначения экспертов арбитражным судом редкой.

систем еще до недавнего времени преобладающим было назначение экспертов арбитражным судом.

В последнее время практика сигнализирует о распространении варианта возложения на стороны обязанности по привлечению экспертов, а назначение экспертов арбитражным судом становится скорее исключением[632]. Р. Триттман и Б. Касоловски также считают, что в современном арбитраже значение признанного стандарта приобретает назначения сторонами собственных экспертов, а использование арбитражным судом своего права назначить эксперта осуществляется в исключительных случаях[633].

В то же время национальное законодательство об арбитраже и регламенты институционального арбитража как в странах континентальной, так и общей системы права содержат положения об экспертизе, назначенной арбитражным судом, а о привлечении экспертов сторонами часто не упоминают. Тем не менее, отсутствие специального правила об экспертах, привлеченных сторонами[634], не говорит об отсутствии у сторон права назначить экспертов и представить их заключения. Оно органично вытекает из основополагающего права сторон представлять доказательства. В некоторых странах континентальной традиции в последнее время наметилась тенденция вносить в законодательство об арбитраже нормы о назначении экспертов сторонами, что, как представляется, должно служить лучшему принятию этой практики[635].

---

632 *Ehle B.* Practical aspects of using expert evidence in international arbitration / Bernd Ehle // Yearbook on International Arbitration. — 2012. — Vol. II. — p. 76.

633 *Trittmann R.* Taking Evidence in Arbitration Proceedings between Common Law and Civil Law Traditions — The Development of a European Hybrid Standard for Arbitration Proceedings / Rolf Trittmann, Boris Kasolowsky // UNSW Law Journal. — 2008. — Vol. 31(1). — p. 340.

634 Типовой закон ЮНСИТРАЛ (статья 26(2)) лишь предусматривает право сторон представить в слушании своих экспертов по вопросам, по которым назначенный арбитражным судом эксперт дал заключение.

635 См. например, статью 601(4) Австрийского Гражданского процессуального кодекса (*Zivilprozessordnung*).

13.5.2. Преимущества и недостатки подходов к назначению экспертов

Вопреки тому, что как назначенные арбитражным судом эксперты, так и эксперты сторон должны считать своей задачей помощь арбитражному суду, и ни один из способов получения экспертных доказательств не должен причинять ущерб справедливости и эффективности разбирательства, все же каждый из двух подходов имеет свои сильные и слабые стороны, отражающиеся именно на эффективности процесса и его восприятии сторонами как справедливого и подконтрольного им.

i. Практика назначения экспертов сторонами

Недостатки, которые чаще других связываются с практикой назначения экспертов сторонами, следующие[636]:

(1) *невозможность обеспечить полную независимость от назначающей стороны, а также существенный риск пристрастности.* Заключения назначенных сторонами экспертов часто являются формой утверждения аргументов сторон. Диаметральная противоположность выводов экспертов сторон, особенно по вопросам денежной оценки, на практике показывает реальность высказанных опасений;

(2) *отсутствие четкости в ответах и сделанных выводах.* Стоит отметить, что этот недостаток может быть присущ в равной степени заключениям экспертов, назначенных арбитражным судом. Устраняется же он, как правило, уточняющими вопросами либо уже в устном слушании. В большей степени этот недостаток представляется существенным в аспекте возможного манипулирования назначившей стороной формулировками своих инструкций и задаваемых эксперту вопросов. В отличие от описанного ранее недостатка, связанного с сомнениями в независимости и беспристрастности,

[636] Детальнее см. *Sachs K.* Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence / Klaus Sachs and N. Schmidt-Ahrendts // Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series. — Kluwer, 2011. — No. 15. — p. 135.

приведенный здесь недостаток проявляется не в извращении экспертом заключения, а в том, что эксперт может идти на поводу у назначившей его стороны, которая будет таким образом формулировать свои вопросы и инструкции, чтобы эксперт дал наиболее выгодное стороне заключение;

(3) *отсутствие координации между экспертами* сторон в определении круга исследуемых фактов, применяемых методов и нуждающихся в ответах вопросов. Этот недостаток особенно четко проступает, когда отчеты подаются одновременно. Нередко арбитражный суд оказывается в положении, когда он даже не может самостоятельно сопоставить два отчета, настолько они отличаются по исследованным вопросам, научным подходам и положенным в их основу фактам и предположениям;

(4) *прямой и перекрестный допросы экспертов в слушании часто не оправдывают возлагаемых ожиданий.* Без квалифицированного повторного или дополнительного исследования многие вопросы арбитражного суда остаются без ответа, а ответы на вопросы сторон часто лишь уводят в сторону от выяснения нуждавшихся в экспертизе обстоятельств.

Преимущества, которые дает назначение экспертов сторонами, состоят в обеспечении большей состязательности процесса доказывания, а также в отсутствии тех недостатков, которые присущи практике назначения экспертов арбитражным судом, если допустимо считать отсутствие недостатка преимуществом.

ii. Практика назначения эксперта арбитражным судом

В отличие от назначенных сторонами экспертов, эксперт, назначенный арбитражным судом, справедливо считается в большей степени независимым от влияния сторон, особенно если вопросы оплаты его услуг и получения им материалов для исследования решаются через арбитражный суд.

Тем не менее, такая модель получения экспертных заключений имеет свои недостатки:

(1) эксперт, назначенный арбитражным судом, нередко рассматривается сторонами как лицо, которому арбитражный суд делегировал свою функцию решить спор, что недопустимо[637];

(2) в случае, если коммуникация эксперта и арбитражного суда недостаточна, что случается довольно часто, эксперт часто оказывается вынужденным давать заключение в условиях дефицита фактических данных. Эксперты, назначенные сторонами, на практике более свободно обращаются за дополнительной информацией и пояснениями, в то время как эксперт, назначенный арбитражным судом, обращается к арбитражному суду за такой дополнительной информацией с ходатайствами и часто ограничивает себя в возможности запросить новые данные[638]. В то же время нельзя сказать, что этот недостаток однозначно проявляется во всех случаях. Иногда, наоборот, формальный характер обращений эксперта способствует лучшему понимаю сделанных им в итоге выводов: если эксперт, назначенный арбитражным судом, запросил материалы и не получил не-

[637] Авторитетный практик арбитража доктор Клаус Закс в качестве иллюстрации этого явления приводит случаи, когда арбитражные суды поручали экспертам «установить обстоятельства дела посредством исследования представленных доказательств и оценки их доказательного веса» либо дать «заключение в отношении иска» без идентификации конкретных вопросов, требующих рассмотрений (см. *Sachs K.* Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence / Klaus Sachs and N. Schmidt-Ahrendts // Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series. — Kluwer, 2011. — No. 15. — p. 135).

[638] Сейчас происходит постепенный отход от практики ограничения коммуникаций между назначенным арбитражным судом экспертом и сторонами, арбитражные суды для упрощения рассмотрения дела и более эффективного обмена информацией часто допускают прямое общение со сторонами. Если до 2004 года регламент международного арбитража Торговой палаты Цюриха 1989 года (статья 41) запрещал прямое общение между сторонами и назначенным или предложенным к назначению арбитражным судом экспертом (см. International Arbitration Rules of Zurich Chamber of Commerce (1989)), то новый Швейцарский регламент международного арбитража (статья 27) таких ограничений не содержит. Практика в других арбитражных центрах континентальной правовой традиции также не поддерживает такой запрет как строгое правило.

которые из них, это подвигнет его к тому, чтобы изложить в отчете, что именно он не смог установить из-за непредоставления ему запрошенных материалов либо каким иным образом этот дефицит информации отразился на его выводах. В противоположность этому, полуофициальное общение эксперта и назначившей его стороны часто не оставляет «следов». Кроме того, для удовлетворения запроса эксперта арбитражный суд может потребовать представить необходимые эксперту материалы от обеих сторон. При проведении экспертизы назначенным стороной экспертом эта сторона волей-неволей пытается ограничить объем исследования и тем самым ограничить эксперта теми материалами, которые имеются в ее распоряжении;

(3) экспертному заключению присуща неясность, а различие терминологии, используемой экспертами и юристами, может приводить к ошибкам в интерпретации заключений.

13.5.3. Эксперты, назначенные сторонами

i. Принципы и лучшая практика

Практика назначения экспертов сторонами получает все более широкое распространение по сравнению с теми случаями, когда эксперта назначает арбитражный суд. Кроме прочих, в укреплении этой тенденции важным фактором является финансовый: для назначения арбитражным судом эксперта по собственной инициативе, ему нужно согласовать со сторонами вопрос оплаты экспертизы[639].

[639] Английский закон об арбитраже 1996 года — один из немногих, устраняющий определенный риск для арбитров. В отличие от большинства положений, касающихся процедурных вопросов, по которым стороны могут достигнуть обязательной для арбитражного суда договоренности, вопрос о расходах на экспертов, юридических консультантов и оценщиков, назначенных арбитражным судом, решен в этом законе с помощью установления обязательной нормы. Статья 37(2), определяющая, что такие расходы являются расходами арбитража и подлежат оплате сторонами, не допускает отступления от этого правила по соглашению сторон.

Королевский институт арбитров называет такие принципы использования заключений, полученных от назначенных сторонами экспертов:

– каждая из сторон должна быть заблаговременно перед любым слушанием по доказательствам уведомлена о любом экспертном доказательстве, на которое полагается другая сторона;
– эксперт должен помогать арбитражному суду, а не быть защитником позиции стороны, назначившей его;
– перед проведением слушаний должен быть достигнут наивысший из возможных уровень согласия между экспертами[640].

Элементом лучшей практики назначения сторонами экспертов является их назначение после консультации по этому поводу между арбитражным судом и сторонами. Перед тем, как сторонам будет позволено назначить экспертов, Королевский институт арбитров предлагает арбитражному суду по согласованию со сторонами решить, какие доказательства подлежат представлению в арбитраж, и после этого определить:

– количество экспертов по каждому требующему установления вопросу, которые будут допущены к представлению своих заключений;
– исследования и анализы, которые требуется провести.

Приведенные выше подходы и арбитражная практика свидетельствуют, что к экспертным доказательствам в арбитраже имеется особое отношение. В отличие от некоторых национальных судебных процессов, в которых допустимым считается проявление самостоятельности сторон в снабжении суда различного рода заключениями экспертов и специалистов, в арбитраже преобладает иной взгляд на такую «помощь». Если сторона будет без согласования с другой стороной и с арбитражным судом «забрасывать» арбитров экспертными заключениям, это может иметь для нее по крайней мере такие последствия:

[640] См. статью 2 Протокола CIArb об использовании назначенных сторонами экспертов в международном арбитраже.

– если другая сторона проявит такое же рвение, она также представит заключения своих экспертов. В лучшем случае, эти заключения будут даны в отношении тех же вопросов, а в худшем — это будут ответы на другие вопросы, но данные таким образом, что выводы заключения в целом будут противоречить заключению экспертов первой стороны;
– выводам, содержащимся в заключении, может быть в целом присвоена низкая доказательная ценность, поскольку экспертиза проведена без согласования с другой стороной и арбитражным судом перечня вопросов и требований к заключению.

Намного более соответствующим лучшей практике использования экспертных доказательств в арбитраже является выяснение арбитражным судом со сторонами вопросов, по которым необходима экспертиза[641], и предоставление сторонам равных возможностей в получении экспертных заключений.

В зависимости от того, какая из задач при получении экспертных доказательств — получение независимых мнений или получение единого согласованного мнения — считается приоритетной, среди лучших практик экспертизы в арбитраже можно выделить две модели. Они условно названы американской и английской в связи с тем, что наиболее детально описаны в документах американского Международного института по предупреждению и разрешению конфликтов (CPR) и Королевского института арбитров (CIArb) соответственно.

ii. Американская модель

В Протоколе CPR раскрытия документов и представления свидетелей в коммерческом арбитраже дан практически универсальный алгоритм получения заключений экспертов, назначенных сторонами:

[641] Некоторые учреждения, администрирующие арбитраж, даже предъявляют требование, чтобы в своем отчете эксперт не выходил за пределы тех вопросов, которые арбитражный суд разрешил задать (см. например статью 4(4)(d) Протокола CIArb об использовании назначенных сторонами экспертов в международном арбитраже).

1. На наиболее ранних стадиях рассмотрения (на первой процедурной встрече, если таковая проводится, либо во время согласования процедуры представления доказательств в переписке участников разбирательства) арбитражному суду следует установить, намерены ли стороны представить заключения[642] экспертов по каким-либо вопросам и, если да, то определить график подачи письменных отчетов.
2. Каждый из назначенных сторонами экспертов должен представить подписанный отчет, в котором должны быть изложены исследованные экспертом обстоятельства и сделанные им выводы. Отчет должен быть в достаточной мере детальным, чтобы содержать полную доказательственную информацию, полученную экспертом. Отчет должен содержать или подаваться вместе с биографическими данными эксперта, позволяющими судить о его квалификации и опыте.
3. Арбитражный суд должен поставить на обсуждение сторон и решить вопрос о том, каким образом отчеты экспертов должны быть представлены, одновременно или последовательно. Отчеты по одинаковым вопросам или в отношении одного и того же предмета представляются, как правило, одновременно. Арбитражный суд должен также определиться с тем, необходимо ли получить у экспертов отзывы на заключения друг друга и ответы на дополнительные вопросы, если таковые возникнут по представлению сторонами отчетов своих экспертов. Поскольку предугадать, насколько противоречивыми окажутся отчеты экспертов, вряд ли возможно, решение вопроса о необходимости отзывов, ответов и дополнительной экспертизы практически всегда происходит после изучения сторонами отчетов экспертов, привлеченных оппонентами.

[642] Под заключением эксперта здесь и в общем в этой главе понимается не только письменный отчет, который эксперт может подготовить для подачи арбитражному суду, а в целом мнение эксперта, имеющее значение для решения дела и высказанное им будь-то в форме письменного отчета или устно во время допроса.

4. Как и свидетели факта, давшие письменные показания, эксперты также должны явиться в слушание, если стороны об этом договорились или арбитражный суд посчитал это необходимым. Арбитражный суд может не принять во внимание отчет эксперта, который не явился в слушание.
5. Протокол CPR предусматривает право арбитражного суда назначить в течение определенного времени после обмена отчетами экспертов встречу экспертов для обсуждения ими вопросов, по которым они пришли к противоречащим друг другу выводам. Такие встречи по решению арбитражного суда могут быть проведены без участия сторон и их представителей. Это обсуждение имеет целью сократить перечень спорных вопросов. Применение такой процедуры не нарушает права стороны представить свои комментарии в отношении доказательств и может применяться практически в любой арбитражной системе, если сам арбитражный суд не участвует в таком обсуждении экспертов. Результат обсуждения может быть представлен в виде протокола встречи или совместного заключения, в которых непременно должны быть указаны вопросы, по которым было достигнуто единое мнение, и вопросы, которые остались спорными.
6. Как и в случае со свидетелями, дающими показания в отношении одних и тех же обстоятельств или тесно связанных обстоятельств, эксперты, дающие заключение по одним и тем же или связанным вопросам, должны быть допрошены таким образом, чтобы не допускать значительного перерыва между их допросами.

iii. Английская модель

Королевский институт арбитров в качестве базовой предлагает модель, которая предусматривает обмен информацией между экспертами сторон уже на ранних этапах подготовки заключения. Если американская модель нацелена на то, чтобы сначала получить результаты исследований, проведенных

параллельно и независимо, то английская во главу угла ставит снятие спорных вопросов и достижение единого мнения экспертов с тем, чтобы арбитражному суду не приходилось выступать судьей еще и в вопросах о том, кому из экспертов верить и в какой степени.

Последовательность действий в модели Королевского института арбитров такова[643]:

1. Эксперты, назначенные сторонами, проводят совещание для достижения таких целей:
   i. выявление вопросов, по которым они должны дать заключение, и составление их перечня;
   ii. выявление и составление перечня исследований, которые должны быть проведены;
   iii. достижение, насколько это возможно, соглашения по поводу перечня вопросов для исследования, а также по поводу исследований, которые необходимо провести, а также в отношении способа проведения исследований;
   iv. подготовка и обмен экспертами между собой проектами отчетов или основных выводов, если о проведении такого обмена распорядился арбитражный суд[644].
2. По результатам совещаний эксперты должны подготовить и направить сторонам и арбитражному суду совместное заявление[645], содержащее такие положения:
   i. вопросы, по которым было достигнуто согласие, и собственно само согласованное мнение по этим вопросам;

[643] См. Протокол CIArb об использовании назначенных сторонами экспертов в международном арбитраже (CIArb Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration, Chartered Institute of Arbitrators, September 2007).

[644] При этом такие проекты рассматриваются как рабочие и не должны приниматься во внимание как доказательства. Королевский институт арбитров даже предписывает распространять на них привилегированный статус и исключить возможность их запроса в арбитражный суд.

[645] В остальном содержание совещаний между экспертами считается защищенным привилегией и не подлежит раскрытию перед арбитражным судом (статья 6(2) Протокола CIArb об использовании назначенных сторонами экспертов в международном арбитраже).

ii. исследования, о проведении которых эксперты пришли к согласию, а также согласованный способ их проведения;
iii. вопросы, по которым согласие не было достигнуто, с кратким изложением причин несогласия;
iv. исследования, о проведении которых и / или о способе проведения которых согласие не было достигнуто с кратким изложением причин несогласия.

3. После направления заявления:
   i. согласованные исследования должны быть проведены согласованным способом;
   ii. согласованные исследования, по которым не было достигнуто соглашение о способе проведения, должны быть проведены каждым экспертом способом, который каждый из них сочтет надлежащим, в присутствии других экспертов;
   iii. исследования, по которым не было достигнуто соглашение об их проведении, должны быть проведены каждым экспертом, который требовал их проведения, способом, который он сочтет надлежащим, в присутствии других экспертов.
4. После направления заявления и проведения исследований, каждый эксперт должен подготовить письменное заключение в отношении тех вопросов, по которым существовали разногласия между экспертами.
5. Письменные заключения подлежат одновременному обмену между экспертами.
6. После обмена заключениями, каждый эксперт, если посчитает это необходимым, может подготовить дополнительное письменное заключение в отношении отдельных аспектов в письменных заключениях других экспертов.
7. Эти дополнительные заключения также подлежат одновременному обмену между экспертами.
8. Далее каждый эксперт, который представил письменное заключение, дает устные показания в слушаниях по доказательствам, если только стороны не примут иного решения, которое арбитражный суд утвердит.

Если эксперт, давший письменное заключение, не явится для допроса в слушание без уважительных причин, кроме как если стороны договорились об ином, а арбитражный суд принял такую договоренность, арбитражный суд должен отклонить такое заключение, если только не решит поступить иначе ввиду исключительных обстоятельств.

13.5.4. Эксперты и специалисты, назначенные арбитражным судом

i. Право назначить эксперта

Общепризнано, что арбитражный суд имеет право назначать экспертов. Законодательство о международном коммерческом арбитраже в странах континентальной правовой традиции прямо предусматривает право арбитражного суда назначить эксперта[646]. Это право закреплено также в законодательстве стран общего права[647]. Типовой закон ЮНСИТРАЛ (статья 26) содержит специальные положения именно в отношении экспертов, назначенных арбитражным судом. Из Типового закона эта норма была заимствована законодательством многих стран.

Арбитражная практика свидетельствует, что назначение арбитражным судом экспертов остается распространенным способом получения экспертных доказательств. Назначению, как правило, предшествуют консультации со сторонами[648], как это было сделано, например, арбитражным судом, который рассмотрел дело по регламенту SCC[649]. При этом, как утверждают

---

[646] См. например § 1049 книги 10 Гражданского процессуального кодекса ФРГ (Code of Civil Procedure as promulgated on 5 December 2005 (Bundesgesetzblatt (BGBl., Federal Law Gazette) I p. 3202; 2006 I p. 431; 2007 I p. 1781), last amended by Article 1 of the Act dated 31 August 2013 (Federal Law Gazette I p. 3533)). См. также статью 26 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» (Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 25. — Ст. 198).

[647] См. например статью 37 Английского закона об арбитраже.

[648] См. статью 25(4) Арбитражного регламента ICC (2012), статью 27(1) Швейцарского регламента международного арбитража (2012), статью 21.1 Арбитражного регламента LCIA (2014).

[649] SCC Arbitration Award of 5 April 2007 (*Pressure sensors case*).

А. Больтхаузен и П. Акер, назначенный арбитражным судом эксперт, как правило, не подлежит перекрестному допросу, а его заключение не оспаривается с помощью заключения назначенного стороной эксперта[650]. В связи с этим необходимо уточнить, что это не свидетельствует о каком-то особом иммунитете назначенных арбитражным судом экспертов. Напротив, такой назначенный судом эксперт может быть допрошен сторонами[651]. Правила IBA (статья 6.6) содержат положение, которое позволяет сторонам представить на заключение такого эксперта комментарии или заключение собственного эксперта, то есть фактически оспаривать выводы назначенного арбитражным судом эксперта. Другое дело, что на практике такие попытки нечасты и лишь изредка успешны.

Определенная категория привлекаемых арбитражным судом лиц иногда рассматривается отдельно от экспертов, поскольку нормы арбитражных регламентов об экспертах, назначаемых арбитражным судом, предусматривают подготовку экспертами письменных отчетов[652], а перечисленные ниже лица отчетов, как правило, не готовят.

Далее будут рассмотрены функции этих лиц. При этом требования, которым должны удовлетворять специалисты (квалификация, независимость и прочие) будут опущены, поскольку они являются общими для всех экспертов и специалистов, привлекаемых арбитражным судом.

ii. Асессор

Асессоров[653] в качестве участников арбитражного разбирательства, несколько отличных от экспертов, принято выделять лишь в немногих арбитражных системах. Отдельно они упо-

[650] *Bolthausen O.* Obtaining Discovery in International Arbitral Proceedings: The European v American Mentality by R. A. Oliver Bolthausen and Peter H. Acker // Arbitration. — 2008. — Vol. 74. — No. 3. — p. 226.

[651] См. статью 25(4) Арбитражного регламента ICC (2012), статью 21.4 Арбитражного регламента LCIA (2014).

[652] См. например статью 25(1) Регламента международного арбитража ICDR (2014), статью 21.1 Арбитражного регламента LCIA (2014).

[653] В российской правовой науке принято переводить на английский язык термины «заседатель» и «арбитражный заседатель» как «*assessor*». В международной арбитражной практике в термин «асессор» вкладывается другое значение.

минаются в Английском законе об арбитраже 1996 года, поэтому практику их привлечения рассматривают как характерную для английского арбитража. Королевский институт арбитров в своих рекомендациях поясняет разницу между экспертом и асессором. Хоть функции асессора во многом схожи с функциями эксперта и сводятся к «предоставлению беспристрастной информации или консультации арбитражному суду по техническим вопросам, находящимся в сфере его специальных знаний»[654], есть некоторые различия. Основное состоит в том, что асессор, как правило, участвует в слушании или в тех его частях, которые касаются исследования требующих его профессиональной помощи вопросов. Асессор, как правило, не готовит отчет и, таким образом, не предоставляет доказательств, а дает пояснения и консультации арбитражному суду по мере возникновения технических вопросов[655]. По этой причине асессор не подлежит допросу сторонами. Последнее является скорее не правилом, а закономерностью, поскольку если мы говорим об асессорах как об экспертах, то как и эксперты, они, в принципе, могут быть допрошены в слушаниях[656].

В то же время асессор не входит в состав арбитражного суда, поэтому на него ни в коей мере не возлагается функция решить спор. Королевский институт арбитров рекомендует привлекать асессоров лишь в действительно сложных процессах, дабы избежать, с одной стороны, лишних расходов, а с другой стороны, возможного влияния на принятие арбитром

[654] П. 5.1. Рекомендаций CIArb по использованию экспертов, назначенных арбитражным судом, юридических советников и асессоров, 2011 г. (CIArb Practice Guideline 10: Guidelines on the use of Tribunal-Appointed Experts, Legal Advisers and Assessors).

[655] Это разграничение хорошо представлено в Английском законе об арбитраже 1996 года. Так, в статье 37(1)(a)(i)) закона указано, что эксперты и юридические консультанты арбитражного суда дают отчет арбитражному суду и сторонам, в то время как функция асессоров согласно статье 37(1)(a)(ii)) состоит в том, чтобы «помогать арбитражному суду в технических вопросах».

[656] Это замечание касается тех арбитражных систем, в процессуальных правилах которых речь идет только об экспертах (см. например статью 29 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, статью 25(4) Арбитражного регламента ICC (2012), которые предусматривают, что стороны могут задавать вопросы любому назначенному арбитражным судом эксперту). Такое же обобщение допущено и в Арбитражном регламенте LCIA, который, как можно было ожидать, учитывает положения Английского закона об арбитраже.

решения в результате неформального общения асессора с арбитром. Такое общение, как и любые советы, которые асессор дает арбитражному суду в частном порядке рассматриваются как негативное явление, поскольку лишают стороны возможности дать свои комментарии. Эти предостережения представляются не лишенными здравого смысла. В то же время арбитры на практике не ограничены в возможности проконсультироваться со специалистами по техническим вопросам вне процессуальных рамок слушания без раскрытия этим специалистам конфиденциальной информации, относящейся к делу. Такое обращение к специалисту, конечно же, будет преследовать цель получить информацию, помогающую решить спор, то есть с необходимостью будет влиять на решение арбитра. Другое дело, что арбитр должен уметь выделить «профессиональное влияние» асессора или консультанта, предел которому лежит в вопросах специального знания, но не возлагать на него обязанности дать рекомендации или указания по поводу решения спора в целом. Тем не менее, поскольку общение асессора с арбитрами носит более тесный характер, чем контакты с экспертом, который представляет отчет и может быть допрошен в слушаниях, оно должно быть открыто для сторон с возможностью дать комментарии.

Ранее было отмечено, что асессоры, как правило, не представляют письменных отчетов. Это, однако, не исключает письменной коммуникации в целом. В тех случаях, когда асессор дает арбитражному суду консультацию вне слушаний, особенно после слушаний, такая консультация должна быть представлена в письменном виде и также направлена сторонам. Это же относится и к проекту арбитражного решения в части установленных с помощью асессора фактов технического характера[657].

[657] Королевский институт арбитров считает допустимым подготовку этой части проекта решения асессором (см. п. 5.4. Рекомендаций CIArb по использованию экспертов, назначенных арбитражным судом, юридических советников и асессоров, 2011 г. (CIArb Practice Guideline 10: Guidelines on the use of Tribunal-Appointed Experts, Legal Advisers and Assessors)). С этим можно согласиться настолько, насколько такое участие в подготовке решения не подменяет собой функции арбитра, а ограничивается техническими вопросами и позволяет сторонам дать комментарии в отношении подготовленного асессором проекта.

Таким образом, в отличие от эксперта, который, как принято считать, сам предоставляет производное доказательство, асессор помогает в исследовании доказательств. Закономерно было бы рассмотреть особенности привлечения асессора совместно с другими вопросами исследования доказательств. Однако важно также показать, что категория асессоров охватывается категорией экспертов в широком значении, а потому в тех случаях, когда процесс допускает привлечение арбитражным судом экспертов, эта возможность распространяется и на асессоров. Из этого выводится процессуальное основание для привлечения асессоров, без чего исследование доказательств с помощью асессора не было бы возможным, поэтому мы говорим об асессорах в этой главе.

iii. Юридический консультант

Привлечение юридического консультанта может быть необходимым в тех случаях, когда арбитражному суду требуются пояснения в вопросах процессуального и материального права, как правило, в ходе рассмотрения дела. В тех случаях, когда сложными оказываются правовые вопросы, лежащие в основе требований и возражений сторон, как правило, речь идет о привлечении сторонами экспертов.

Королевский институт арбитров в своих рекомендациях указывает на то, что арбитры, которые не являются юристами, могут назначить юридического консультанта или консультантов для подготовки отчета для сторон и арбитражного суда. В современных условиях арбитры, рассматривающие споры в международном коммерческом арбитраже, часто являются юристами, прошедшими специальную подготовку либо имеющими значительный опыт в этой сфере. Поэтому привлечение специалиста по вопросам права все чаще происходит именно для получения отчета по сложным вопросам применимого материального права либо процессуального права других юрисдикций, чем те, в которых арбитры имеют опыт.

Стоит также разграничивать помощь привлекаемого юридического консультанта и участие специалистов по процессуальным вопросам, в том числе юристов, в ведении процесса и

подготовке арбитражного решения. Такое участие может выражаться, например, в форме обязательной проверки проекта арбитражного решения, принятого по регламенту ICC, прежде чем оно будет оглашено или выдано сторонам. К случаям процессуального содействия также относится участие юристов торговых ассоциаций в арбитражных процессах, когда юрист готовит процессуальные приказы, или когда арбитры поручают юристу юридически корректно оформить арбитражное решение[658]. Иногда выполнение таких функций поручается секретарю или докладчику из персонала учреждения, администрирующего арбитраж.

13.5.5. Содействие в назначении экспертов

Если сложности, связанные с привлечением экспертов сторонами, стороны решают, как правило, самостоятельно, то арбитражный суд может нуждаться в содействии в подборе эксперта, определении требований к нему и условий его работы.

Такое содействие часто оказывают учреждения, администрирующие арбитраж и оказывающие услуги по подбору экспертов (ICC[659], Королевский институт арбитров и прочие). ICC оказывает услуги по внесению предложений о кандидатурах экспертов, назначению экспертов и администрированию экспертизы[660]. Ценность такого рода услуг состоит в том, что стороны устраняются из отдельных этапов отбора эксперта или даже ограничиваются в некоторых коммуникациях с экспертом. Эти функции принимает на себя авторитетное учреждение, что вселяет большее доверие в то, что предложенные или

[658] См. п. 4.1 Рекомендаций CIArb по использованию экспертов, назначаемых арбитражным судом, юридических советников и асессоров, 2011 г. (CIArb Practice Guideline 10: Guidelines on the use of Tribunal-Appointed Experts, Legal Advisers and Assessors).

[659] ICC International Centre for Expertise

[660] См. Правила предложения экспертов и посредников ICC (ICC Rules for the Proposal of Experts and Neutrals), Правила назначения экспертов и посредников ICC (ICC Rules for the Appointment of Experts and Neutrals), Правила администрирования экспертизы ICC (ICC Rules for the Administration of Expert Proceedings). Все три документа действуют с 1 февраля 2015 года.

назначенные эксперты обладают необходимой квалификацией и способны дать беспристрастное заключение.

13.5.6. Совместное назначение эксперта сторонами

Кроме возможности сторон назначить своих экспертов и назначения эксперта арбитражным судом, существует также вариант совместного назначения сторонами эксперта. Этот способ получения экспертных доказательств признается в арбитражной практике весьма эффективным[661], однако в действительности он применяется редко. Если назначение единоличного арбитра достигается с помощью арбитражных регламентов, не допускающих «патовой» ситуации, то отсутствие согласия между сторонами в вопросе назначения эксперта часто делает совместное назначение невозможным.

§ 13.6. Отчет эксперта

Арбитражные регламенты не устанавливают специальных требований к форме и содержанию отчета эксперта, а ограничиваются, как правило, требованием, чтобы таковой был предоставлен в письменной форме за подписью эксперта до слушания или в течение срока, установленного арбитражным судом[662].

На основании различных требований, предъявляемых к экспертным заключениям и отчетам профильными организациями и центрами, администрирующими экспертизу, А. Белоглавек и Р. Хотова сформулировали такие общие принципы, которым должен соответствовать акт экспертизы (отчет эксперта):

---

[661] См. п. 68 Отчета ICC о техниках контроля времени и расходов в арбитраже (ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, Second edition (2014); publication date : 01.11.2014, Document No. : 861-1 ENG).

[662] См. например статью 25(3) Швейцарского регламента международного арбитража (2012).

– комплексность;
– полнота;
– внутренняя состоятельность (непротиворечивость);
– независимость и беспристрастность;
– воспроизводимость;
– обоснованность выбора примененных методов;
– соответствие требованиям взаимоконтроля (применение нескольких методов, контрольных исследований);
– достоверность данных, использованных экспертом, и прозрачность их использования[663].

Обобщенно структуру отчета можно представить следующим образом[664]:

1) полное имя и контактные данные эксперта;
2) информация о квалификации и опыте;
3) информацию об отношениях эксперта с каждой из сторон, арбитрами, представителями сторон, свидетелями, другими экспертами и другими участниками процесса. Эта информация должна быть представлена настолько детально, насколько это позволит судить о способности эксперта дать независимое и беспристрастное заключение. Заключение также может содержать собственно заявление (декларацию) эксперта о его независимости от сторон и беспристрастности при проведении исследования и подготовке заключения, а также о достоверности изложенных в отчете данных об исследовании, полученных данных, их интерпретации и сделанных выводов;
4) инструкции, которые эксперт получил от назначившей его стороны или арбитражного суда;
5) условия о расчетах с экспертом;
6) изложение обстоятельств и доказательств, исследованных экспертом;

---

[663] *Белоглавек А. И.* Эксперты в международных условиях (в гражданских и уголовных судебных процессах, арбитражных и инвестиционных разбирательствах) / Александр И. Белоглавек, Рената Хотова. — К. : Таксон, 2011. — С. 284.

[664] Перечни требований к отчету представлены в различных правилах и рекомендациях. См. например статью 4(4) Протокола CIArb об использовании назначенных сторонами экспертов в международном арбитраже.

7) изложение обстоятельств и доказательств, на которых основывается заключение;
8) четкое указание на предположения, которые делает эксперт, чтобы дать заключение;
9) собственно заключение с описанием методов и методик, примененных в исследовании, а также путь умозаключений эксперта, насколько он может быть изложен понятным для неподготовленного читателя языком[665];
10) оговорки, которым подвержены сделанные экспертом выводы;
11) вопросы, по которым эксперт не смог дать заключение, с указанием отдельно тех, которые выходят за пределы квалификации эксперта;
12) подпись эксперта, дату и место составления отчета.

Декларация эксперта, в которой эксперт утверждает об объективности и беспристрастности своего заключения, а также о выполнении всех тех требований, которые ставятся перед экспертом при проведении исследования и подготовке отчета, может также содержаться в заключительной части отчета. Некоторые арбитражные центры предписывают использовать свои образцы таких деклараций[666]. Несоответствие сделанной экспертом декларации установленной форме, а также несоответствие отчета сделанной декларации может рассматриваться как основание для отклонения отчета арбитражным судом.

Стороны обязаны содействовать эксперту в подготовке отчета. С учетом принципа добросовестности стороны должны предоставить эксперту все доказательства, которые, по их мнению, являются существенными для экспертизы[667]. Соблюдение принципа добросовестности в этом случае может обе-

[665] Требование о доступности языка изложения в отчете, отсутствии неоднозначных формулировок и оставленных без объяснения специальных терминов, раскрытие данных, на которых основываются расчеты, особенно когда это касается размеров понесенных убытков и тому подобного, должны давать возможность арбитрам и сторонам в дальнейшем самостоятельно подкорректировать расчеты, если исходные посылки изменятся.

[666] См. например форму декларации в ст. 8 Протокола CIArb об использовании назначенных сторонами экспертов в международном арбитраже.

[667] Швейцарский регламент международного арбитража (статья 27(2)), Арбитражный регламент LCIA (статья 21.3) требуют предоставления любой *относимой* информации.

спечиваться тем, что арбитражный суд в последующем может отказать в принятии от стороны новых доказательств, которыми она обосновывает критику заключения эксперта, особенно если критика касается неполноты отчета[668].

В случае предоставления сторонами в арбитражный суд отчетов назначенных ими экспертов для принятия арбитражным судом таких отчетов не обязательно, хотя крайне желательно, чтобы они содержали ответы на одинаковые вопросы. Стороны тяготеют к тому, чтобы не оставить без внимания эксперта вопрос, на который может дать ответ эксперт, назначенный оппонентом. Так, по делу 1996 года арбитражный суд, который рассматривал дело по арбитражному регламенту Торговой палаты Цюриха, принял во внимание отчеты назначенных сторонами экспертов и отверг возражения одной стороны о принятии отчета оппонента, который в отличие от его отчета содержал также определенные расчеты. Арбитражный суд исходил из того, что он может положиться на выводы назначенного стороной эксперта, если их содержание не было обоснованно подвергнуто сомнению и он считает изложенную информацию достоверной, и в этом случае у него отсутствует потребность в самостоятельном назначении эксперта[669]. Таким образом, арбитражный суд пользуется значительной свободой в вопросах принятия во внимание заключений экспертов, как назначенных им, так и привлеченных сторонами.

По общему правилу любые материалы, которые были предоставлены эксперту для подготовки заключения, должны быть сделаны доступными сторонам[670]. Очевидным, хоть и не закрепленным в арбитражных регламентах, исключением из этого правила является случай, когда эксперт привлекается для дачи заключения о защищенности той или иной информации привилегией или выявления иных причин, по которым какой-либо материал не может быть принят в качестве доказательства в арбитраже[671].

---

[668] См. SCC Arbitration Award of 5 April 2007 (*Pressure sensors case*).

[669] Zürich Chamber of Commerce, Switzerland, Award of 31 May 1996, Arbitration proceeding (*Soinco v. NKAP*).

[670] См. статью 25(3) Регламента международного арбитража ICDR (2014), статью 27(3) Швейцарского регламента международного арбитража (2012).

[671] Об этом случае детальнее сказано в § 10.5. (пункт 10.5.7 (iv)).

§ 13.7. Допрос эксперта

Заключение эксперта, представленное арбитражному суду, может сопровождаться допросом эксперта во время устных слушаний. Это довольно распространенная практика, особенно, когда эксперту поставлен значительный объем вопросов или одна из сторон оспаривает заключение[672].

Допрос эксперта, назначенного арбитражным судом, может не проводиться и довольно часто не проводится, если какая-либо из сторон не требует его проведения, как это принято во многих арбитражных системах[673]. Решение не допрашивать эксперта или экспертов не лишает стороны права оспаривать сделанные экспертами выводы. Также и соглашение сторон о том, что эксперты не будут давать показания в устных слушаниях по доказательствам, не является соглашением сторон о признании или признанием стороной правдивости содержания письменного заключения (отчета) эксперта[674].

Допрос эксперта может проводиться как в условиях его физического присутствия в слушании, так и без такового, например в режиме видеоконференции[675].

Прямой и перекрестный допрос эксперта, назначенного стороной, имеет в целом ту же специфику, что и допрос свидетеля факта, с той разницей, что от эксперта ожидаются не достоверные и полные показания об известных ему фактах, а компетентное мнение, высказанное с искренней убежденностью (*genuine belief*) в его правильности[676].

В тех случаях, когда исследование было проведено и отчет был подготовлен группой экспертов, обычной практикой считается привлекать к участию в слушании руководителя этой

---

[672] Как это имело место в споре 2002 года, рассмотренном арбитражным судом по регламенту ICC (ICC Arbitration Case No. 10377 of 2002 (*Textile product machines case*)).

[673] См. например статью 27(4) Швейцарского регламента международного арбитража (2012), статью 25(4) Регламента международного арбитража ICDR (2014).

[674] См. например статью 6(3) Протокола CIArb об использовании назначенных сторонами экспертов в международном арбитраже.

[675] См. например статью 23(5) Регламента международного арбитража ICDR (2014), статью 25(4) Швейцарского регламента международного арбитража (2012).

[676] См. статью 8.4 Правил IBA.

группы или ведущего эксперта, который играл наиболее значимую роль в подготовке отчета и осведомлен обо всем процессе исследования и полученных результатах[677].

По итогам слушаний, в которых были допрошены эксперты, арбитражный суд может запросить у экспертов дополнительные заключения, которые они дадут совместно или каждый в отдельности[678].

§ 13.8. Техники оптимизации получения экспертных доказательств

Стремясь устранить приведенные выше и многие другие недостатки каждого из способов получения экспертных доказательств (от назначенных сторонами или назначенных арбитражным судом экспертов), арбитры внедряют разнообразные процедурные техники. Некоторые из этих техник получили признание и распространение во многих арбитражных системах. К сожалению, ни одна из них не оказалась способной устранить все недостатки. Далее приведен краткий обзор наиболее распространенных техник, в действительности же их намного больше, поскольку комбинации различных приемов позволяли создавать наиболее подходящий для каждого отдельного арбитража вариант той или иной техники.

13.8.1. Встреча экспертов перед слушанием

Эта техника применяется в случаях, когда назначенные сторонами эксперты уже подали свои письменные заключения, и в этих заключениях содержатся существенные разногласия. Техника направлена на то, чтобы избежать сложных дебатов экспертов в слушаниях и необходимости проводить дополни-

[677] См. например статью 3 Рекомендаций CPR арбитрам, ведущим сложные арбитражные процессы (CPR Guidelines for Arbitrators Conducting Complex Arbitrations).

[678] См. например статью 7(2) Протокола CIArb об использовании назначенных сторонами экспертов в международном арбитраже.

тельные исследования, а соответственно, и новые слушания, если по результатам первых слушаний разногласия не могут быть сняты.

В общих чертах содержание процедуры изложено в статье 5.4 Правил IBA: «Арбитражный суд может по своему усмотрению распорядиться, чтобы Эксперты, назначенные стороной, которые будут представлять или представили Экспертные отчеты по одному и тому же или связанным вопросам, встретились и обсудили эти вопросы. На этой встрече Эксперты, назначенные стороной, должны попытаться достичь согласия по вопросам, включенным в их Экспертные отчеты, и зафиксировать в письменной форме все позиции, по которым они пришли к соглашению, а также оставшиеся сферы разногласий и причины таковых».

Техника укоренилась в арбитражной практике[679] и широко применяется в разных модификациях. В связи с ее применением важно отметить, что эксперты должны отдавать себе отчет в том, что целью их встречи является обсуждение спорных вопросов и достижение по ним согласия между самими экспертами, а не переговоры об урегулировании спора между сторонами. Эксперты не должны делать уступок, руководствуясь желанием урегулировать спор между сторонами[680].

13.8.2. Встреча экспертов перед проведением исследования

Цель этой техники, в отличие от предыдущей, состоит в том, чтобы устранить уже сами основания для возможных расхождений во мнениях экспертов по поставленным перед ними вопросам. Техника предусматривает проведение встречи экспертов для определения точного круга вопросов для исследова-

[679] Как эффективный инструмент она приведена также в Отчете ICC о техниках контроля времени и расходов в арбитраже (п. 67) (ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, Second edition (2014); publication date : 01.11.2014, Document No. : 861-1 ENG)

[680] См. *Galloway P. D.* Using Experts Effectively and Efficiently in Arbitration / Patricia D. Galloway // Dispute Resolution Journal. — 2012. — Vol. 67, No. 3. — p. 16.

ния, необходимых методов и способов проведения исследования. Один из вариантов ее исполнения приведен в Протоколе CIArb по использованию экспертов, назначенных сторонами, 2007 года[681]. Хотя в предисловии к протоколу указано, что он созвучен с теми частями Правил IBA, которые касаются привлечения сторонами экспертов, там же признано, что в вопросе проведения встречи экспертов подходы протокола и Правил IBA различны. По этой же причине здесь они рассматриваются отдельно[682].

Применение этой техники позволяет уже на ранних этапах работы экспертов достичь их согласия по максимальному числу вопросов. После проведения встречи и согласования параметров исследования, эксперты проводят согласованные исследования. А те исследования, проведение или формат которых они не смогли согласовать, они проводят каждый самостоятельно, но в присутствии или при участии экспертов, не согласившихся с необходимостью проведения или форматом проведения исследования.

Эта техника не позволяет сократить процесс исследования и обсуждения экспертами спорных вопросов. Существенным недостатком, который она кроет в себе, является риск утраты одними экспертами самостоятельности в своих исследовательских подходах и суждениях. Процедура, предусмотренная в Правилах IBA, предполагает проведение экспертами полностью самостоятельных исследований. Далее компетентному эксперту будет проще отстоять в случае несогласия с ним другого эксперта свои выводы, а также правильность проведения исследования в целом. Если же, например, эксперт оказался некомпетентным, то это также может быть выявлено. В то же время, некомпетентный или просто несклонный отстаивать свою точку зрения эксперт может в процедуре, описанной в протоколе CIArb, принять подходы и выводы своего коллеги. В этом случае арбитраж может получить внешне бесспорный

[681] CIArb Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration, Chartered Institute of Arbitrators, September 2007.

[682] В структурированном виде последовательность действий по получению экспертных доказательств по протоколу CIArb представлена в § 13.5 (пункт 13.5.3 (iii)).

и согласованный отчет группы экспертов, который на самом деле не будет основываться на компетентных и независимых мнениях экспертов, в правильности которых каждый из них искренне уверен.

13.8.3. Конференция экспертов

Возможность применения этой техники предусмотрена в Правилах IBA (статья 8.3(f)) в отношении свидетелей, к которым Правила IBA относят и экспертов, назначенных сторонами. Смысл конференции (*witness conference)* заключается в одновременном допросе (очной ставке). Применительно к экспертам это означает одновременный допрос по одним и тем же вопросам, по которым эксперты дали заключения. Эта техника не предполагает удаление еще не допрошенных или уже допрошенных экспертов из помещения, в котором проводится допрос. Здесь попросту нет «ранее допрошенных» и «еще не допрошенных» экспертов, все эксперты участвуют в процедуре до ее окончания[683].

Эксперты поочередно отвечают на вопросы арбитражного суда и представителей сторон в отношении каждого вопроса, ранее поставленного перед ними для исследования. Они могут обмениваться комментариями по поводу ответов других экспертов. Принципиальным отличием от описанных выше техник является непосредственное участие сторон и арбитражного суда.

По сравнению с последовательными прямым и перекрестным допросами каждого эксперта в отдельности конференция экспертов имеет значительное преимущество. Прямой допрос часто становится повторением выгодных назначившей стороне выводов эксперта, а перекрестный сводится к попыткам дискредитировать заключение или лишить эксперта доверия в целом. После серии прямых и перекрестных допросов возникает необходимость получить от ранее допрошенных экспертов по-

[683] По этой причине в юридическом сленге техника получила название «*hot-tubbing*» (принятие джакузи, от англ. «*hot tub*» — ванная или небольшой бассейн с горячей водой, джакузи).

яснения, из чего слушания могут перейти в фазу дополнительного допроса. Конференция часто устраняет эти сложности, делая возможным сразу получить пояснения по туманным или противоречивым ответам, а присутствие на допросе эксперта коллег с соответствующей квалификацией способствует большей объективности в суждениях эксперта.

В качестве часто называемых практиками недостатков конференции экспертов, которые, по нашему мнению, являются только кажущимися, нужно упомянуть риск лишения стороны возможности представить свою позицию и потеря контроля сторон над процессом в конференции. Первый «недостаток» связывают с тем, что в отличие от прямого и перекрестного допросов эксперта, где для каждой стороны могут быть созданы равные условия участия, в конференции инициативу могут перенять эксперты одной стороны, а другую сторону и ее экспертов оппоненты будут постоянно прерывать или препятствовать иным способом. Такое развитие ситуации лишь с невероятной долей условности можно посчитать указывающим на недостаток самой процедуры. Скорее она будет признаком процессуальной пассивности арбитра, который допустил диспропорцию в возможностях сторон и их экспертов участвовать в конференции. Тем не менее, в сложных разбирательствах, дабы избежать самой возможности возникновения такой ситуации, иногда прибегают к тому, что конференции предшествует проведение прямого и перекрестного допроса каждого эксперта и определение регламента конференции.

Утрата контроля сторон над конференцией также не является недостатком техники в чистом виде, поскольку под утратой контроля представители сторон часто понимают в этом случае утрату контроля над своим экспертом и тем, что он говорит.

13.8.4. Протокол Скляра

Еще до распространения в арбитражной практике «изощренных» вариантов совещаний экспертов и их одновременного допроса в формате конференции, специалисты предлагали

техники устранения противоречий в заключениях экспертов, назначенных сторонами.

Арбитры в своей практике часто применяли собственные «рецепты», процедуры, целью которых было сопоставить противоречащие друг другу заключения экспертов сторон так, чтобы не приходилось в итоге назначать собственного эксперта. Одним из таких весьма удачных «рецептов» был предложенный в середине 90-х годов американским юристом Стэнли Скляром протокол одновременного допроса экспертов или тандемная экспертиза (*tandem experts*). Протокол Скляра предусматривает такие стадии[684]:

1. Стороны представляют письменные отчеты и профессиональные резюме своих экспертов оппонентам и арбитражному суду перед слушаниями;
2. Если из письменных отчетов следует, что заключения экспертов существенным образом противоречат друг другу, арбитражный суд может распорядиться, чтобы эксперты приняли участие в слушаниях одновременно, При этом, насколько это возможно, им обеспечивается возможность участвовать в слушаниях таким образом, чтобы они могли задавать вопросы друг другу;
3. Если только арбитражный суд не решит иначе, представители истца первыми задают вопросы, ответы на которые надлежит давать эксперту истца и эксперту ответчика. Эксперты, таким образом, дают ответы на вопросы представителя, слушают ответы друг друга и комментируют их. В качестве альтернативы, которую арбитражный суд может посчитать более уместной, чтобы не допускать наделения одной из сторон неоправданными преимуществами при допросе, каждой из сторон может

[684] Это адаптированная версия протокола. В первоначально предложенной автором версии (см. *Sklar S. P.* Innovations in Arbitration: Using the Tandem Witness Examination When Experts Collide / Stanley P. Sklar // ADR Currents. — Winter 1996–1997. — No. 2(1). — p.14) присутствовали такие элементы, как приведение эксперта к присяге, возможность обмена сторонами профессиональными резюме экспертов непосредственно перед слушаниями и обжалование статуса эксперта в слушании, чего в современном арбитраже пытаются избежать, изначально согласовывая кандидатуры экспертов еще до того, как они представят свои заключения.

быть предоставлена возможность задавать вопросы по очереди по пять штук. Возможным недостатком этой альтернативы ее автору виделось то, что прерывается последовательность вопросов, а показания становятся «разорванными».

4. После допроса истцом, ответчик по аналогичной процедуре задает свои вопросы, но только те, которые не были заданы;
5. После завершения сессии вопросов оглашается перерыв, в течение которого представители сторон имеют возможность проконсультироваться со своими экспертами. После перерыва проводится дополнительный раунд по описанной выше процедуре. В качестве альтернативы этот дополнительный раунд может быть проведен с предоставлением уже только экспертам права задавать вопросы и комментировать ответы своих коллег.

Арбитражный суд может задавать вопросы экспертам в любое время. Однако основной акцент арбитражный суд делает, как правило, на том, чтобы побудить экспертов к постановке вопросов друг другу, поскольку именно такие вопросы являются более компетентными и позволяющими выявить причину противоречий в мнениях экспертов. Комментарии экспертов по поводу ответов коллег также приветствуются. Протокол Скляра также предусматривает, что стороны могут оспорить статус эксперта по разным основаниям (квалификация, независимость и прочее);

13.8.5. Подготовка коллективного заключения. Протокол Закса

Достойной отдельного рассмотрения среди основных техник оптимизации получения экспертных доказательств можно считать технику, предложенную известным немецким практиком арбитража Клаусом Заксом. Это способ составления группы экспертов (*expert teaming*) для подготовки коллегиального заключения по процедуре, протокол которой получил назва-

ние по имени своего автора — «*Sachs Protocol*»[685]. Техника была разработана с амбициозной целью объединить в одно целое преимущества практик назначения экспертов сторонами и арбитражным судом.

Вместо того, чтобы полагаться на назначенных сторонами экспертов или назначать экспертов самостоятельно, арбитражный суд может на ранних стадиях рассмотрения проконсультироваться со сторонами и предложить им подать арбитражному суду и друг другу краткий список кандидатов для назначения эксперта по вопросу, требующему специального знания. Далее арбитражному суду следует дать возможность сторонам кратко прокомментировать предложенный оппонентом список, в частности, относительно возможного конфликта интересов у предложенных кандидатур. После этого арбитражный суд выбирает по одному кандидату из каждого списка и назначает их, формируя таким образом команду экспертов (*expert team*). После назначения арбитражный суд проводит встречу с экспертами и сторонами для утверждения протокола работы команды.

Эксперты готовят совместный предварительный отчет, с которым ознакамливаются и в отношении которого дают свои комментарии стороны и арбитражный суд. Эти комментарии подлежат рассмотрению экспертами при подготовке финального отчета, который направляется сторонам и арбитражному суду. Техника также предполагает, что по требованию стороны или арбитражного суда члены команды экспертов участвуют в слушаниях по доказательствам и могут быть допрошены арбитражным судом, сторонами или экспертами, назначенными сторонами, по вопросам, изложенным в их отчете.

Предложенный К. Заксом протокол исследования основывается на следующих принципиальных предпосылках:

1) оба назначенных эксперта должны быть беспристрастными и независимыми;
2) задача команды экспертов состоит в помощи арбитражному суду в решении вопросов, для которых требуется получение экспертных доказательств;

[685] Концепция протокола была представлена К. Заксом на Конгрессе Международного совета по коммерческому арбитражу в Рио-де-Жанейро в 2010 году.

3) команда экспертов должна рассматривать только те вопросы, которые были определены в ее задании;
4) от команды экспертов ожидают подачи совместного отчета, в котором будут отражены только согласованные выводы;
5) команда экспертов должна готовить отчет самостоятельно от начала до конца, полагаясь при этом только на свои собственные специальные знания;
6) команда экспертов может обращаться за помощью и содействием к сторонам;
7) каждый член команды экспертов должен воздерживаться от отдельного общения со сторонами, арбитражным судом по любым вопросам, а также любым третьим лицом — по вопросам экспертизы;
8) при подготовке отчета команда экспертов должна тщательно изучить все поданные сторонами заявления и документы и рассмотреть заявленные сторонами позиции;
9) команда экспертов должна быть готова к тому, чтобы дать показания во время слушаний и ответить на вопросы арбитражного суда и сторон, их представителей и консультантов.

Протокол предусматривает, что вопросы, по которым эксперты не смогли достичь единого мнения, должны быть идентифицированы, а сторонам, если это требуется, должна быть предоставлена возможность дать свои комментарии или представить дополнительные, в том числе экспертные, доказательства.

К. Закс называет такие преимущества своей системы:

1. по сравнению с назначением эксперта арбитражным судом:
   i. устраняется обеспокоенность сторон по поводу того, что арбитражный суд назначит эксперта по своему усмотрению без учета мнения сторон, которые лучше осведомлены в фактических и технических деталях дела, а потому могли бы сделать лучший выбор;
   ii. устраняется обеспокоенность сторон по поводу того, что арбитражный суд выберет лицо, личные качества

и экспертиза которого не были тщательно изучены и проверены сторонами перед назначением;

iii. устраняет риск того, что отчет будет подготовлен одним лицом, которое может оказаться под влиянием оппонента;

iv. если говорить об опасениях, что назначение арбитражным судом эксперта ведет к тому, что спор фактически решает уже не арбитражный суд, а эксперт, то это скорее является проблемой правильной подготовки задания эксперту;

2. по сравнению с назначением эксперта сторонами:

i. хотя кандидатуры экспертов предлагаются сторонами, эксперты назначаются арбитражным судом, поэтому на них распространяются требования о независимости и беспристрастности. Гонорар эксперту платит не сторона, предложившая его, а стороны совместно. По итогам разбирательства арбитражный суд определяет, на кого должны быть окончательно возложены расходы;

ii. стороны будут заинтересованы в том, чтобы обеспечить отсутствие каких-либо сомнений в компетентности, независимости и беспристрастности предложенных ими кандидатов, поскольку иначе эти лица вряд ли будут назначены арбитражным судом;

iii. то, что стороны и арбитражный суд встречаются с экспертами и дают им согласованное задание, устраняет характерный для заключений назначенных сторонами экспертов риск того, что какой-либо относимый и существенный вопрос останется вне поля внимания эксперта;

iv. техника также устраняет риски, характерные для практики подачи экспертами отдельных отчетов, которые содержат противоречивые результаты и несопоставимы друг с другом;

v. за сторонами сохраняется возможность дать комментарии в отношении отчета команды экспертов в письменном виде и задать вопросы экспертам в уст-

ных слушаниях. В связи с этим стороны также вольны прибегнуть к помощи одного или нескольких экспертов по своему выбору, которые будут иметь статус экспертов-консультантов сторон, процессуальное положение которых подобно положению представителей сторон. Эксперты-консультанты могут участвовать в слушаниях и участвовать в допросе команды экспертов. Они могут представлять свои аргументы арбитражному суду, однако не дают показаний, а их письменные заявления рассматриваются как высказывание позиции стороны, а не как экспертные доказательства[686].

Протокол Закса, действительно, можно считать техникой, комбинирующей техники назначения экспертов арбитражным судом и сторонами. Протокол, вероятно, позволяет улучшить коммуникацию между экспертами и арбитражным судом (чего в случае с назначением сторонами экспертов часто не наблюдается вплоть до слушаний, когда эксперты уже подготовили свои отчеты).

В то же время, техника Закса в том виде, в котором она была описана в 2010 году, не лишена недостатков. Каждая сторона вынуждена подыскивать несколько более-менее сопоставимых по квалификации кандидатов в эксперты, из которых арбитражный суд в итоге выберет одного из списка каждой стороны. Вероятности существования договоренности между стороной и экспертом из ее списка такая процедура никоим образом не снижает, а вот сложности в поиске кандидатур прибавляются. Оппоненту процедура также приносит сложности, поскольку ему необходимо провести поиск обстоятельств, свидетельствующих о возможном конфликте интересов, а также проверить, насколько это возможно, квалификацию нескольких кандидатов вместо одного.

Вторым серьезным недостатком является то, что ни команда экспертов, ни каждый эксперт в отдельности не дают

[686] *Sachs K.* Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence / Klaus Sachs and N. Schmidt-Ahrendts // Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series. — Kluwer, 2011. — No. 15. — p. 135.

заключений по вопросам, по которым они не пришли к согласию. Этот недостаток имеет два важных аспекта. Во-первых, получается, что в отношении определенных вопросов эксперты провели исследование, пришли к противоречащим друг другу результатам, которые они, однако, не сообщат сторонам и арбитражному суду. Это равносильно отказу выслушать мнения двух компетентных специалистов, поскольку они противоречат друг другу. Вместо этого, протокол предлагает сторонам подавать другие, в том числе экспертные, доказательства по этим вопросам. Однако, если арбитры и стороны изначально следовали наиболее экономному пути в доказывании, то к необходимости обратиться за помощью к экспертам они пришли именно потому, что другие доказательства не позволяли решить поставленные в итоге перед командой экспертов вопросы. Следовательно, высока вероятность, что для выяснения оставшихся неразрешенными после работы команды экспертов вопросов опять необходимо обращение к экспертам, уже другим вероятно. Выводы экспертов-консультантов, о которых упоминает протокол, снять противоречие не позволяют, поскольку не являются экспертными доказательствами, и к тому же, консультанты будут высказываться только в отношении данных командой экспертов заключений. Таким образом, противоречащие друг другу выводы экспертов, назначенных с помощью весьма сложной процедуры, арбитражный суд отказывается рассмотреть, а сторонам в итоге может понадобиться обращаться к новым экспертам. Нет оснований полагать, что качество и согласованность заключений этих вторых экспертов будет хоть сколько-нибудь выше, чем те, которые арбитражный суд отказался рассмотреть, следуя протоколу Закса[687].

13.8.6. Критика и синтез техник

Техники, предусматривающие возможность получения единого отчета, который стороны могут прокомментировать

[687] В отношении этих вторых экспертов уже не применяются настолько строгие требования о независимости и беспристрастности.

и на который они могут подать заключения своих экспертов, содержат глубокий изъян в своей основе. Они предполагают *движение от согласия к разногласию*. При этом разногласие это уже основано на специальном знании. Далее, следуя в этом направлении, арбитражный суд вынужденно оказывается в ситуации, когда заключение эксперта, назначенного им для помощи в решении сложного вопроса, оспорен другими экспертами, которые также не приходят к согласию между собой. Так проблема возвращается обратно арбитражному суду, который должен принять решение по вопросу, который не смогли помочь однозначно решить два эшелона экспертов.

Напротив, техники, которые предусматривают получение заключений от экспертов сторон, дальнейшее снятие разногласий путем различных техник (обсуждения перед слушанием, конференции экспертов и прочие), дают возможность двигаться *от разногласия к согласию*.

Конечно, в каждом случае, когда возникает необходимость привлечь экспертов, вопрос о технике получения экспертных доказательств будет требовать индивидуального подхода в решении. Однако в общем наиболее оправданным подходом для процессов, отягощенных требующими специального знания вопросами, может быть последовательное прохождение таких этапов:

1) *Назначение сторонами экспертов* и проведение ими независимых исследований по вопросам, определенным арбитражным судом по согласованию со сторонами.
2) Допрос экспертов в слушании. При этом, вполне ожидаемо, что вся ценность прямого допроса будет состоять в устном пояснении экспертом своих выводов арбитражному суду, а перекрестный допрос ценен будет лишь проверкой формальной стороны экспертного заключения (квалификации эксперта, конфликта интересов), поскольку для содержательных возражений оппоненту также потребуются экспертные доказательства.
3) *Конференция экспертов*, цель которой будет состоять в устранении разногласий под пристальным присмотром арбитражного суда, задачей которого будет не допустить, чтобы разногласия между экспертами устранялись пу-

тем давления или какими-либо иными методами, кроме как с помощью профессиональных знаний.

4) *Назначение арбитражным судом эксперта* в тех исключительных случаях, когда прохождение описанных выше этапов оставило после себя нерешенными требующие специального знания вопросы.

§ 13.9. Несогласие арбитражного суда с мнением эксперта

Отказ арбитра, как и судьи в национальном суде, от того, чтобы положить в основу своего решения заключение эксперта, почти всегда проблематичен. Ведь если арбитражный суд принял решение о необходимости проведения экспертизы (особенно если арбитражный суд сам назначил эксперта), тем самым он признал, что его знаний недостаточно для того, чтобы составить компетентное суждение об определенном вопросе. Отказываясь учесть выводы эксперта, он отбрасывает эту необходимость в постороннем компетентном мнении, а значит, принимает решение заведомо некомпетентное. К такому опасному выводу можно прийти, если не учитывать, что даже рассмотрение экспертного доказательства в качестве особого вида доказательства требует признать, что часто оно является производным доказательством. Если же учитывать производный характер экспертного доказательства или вообще исходить из концепции экспертизы как способа исследования доказательств, то такая проблема не возникает.

Во многих национальных судебных процессах существует правило о том, что судья, отказываясь принять заключение эксперта, должен изложить мотивы. В международном арбитраже такого строгого правила нет, хотя хорошей практикой считается приведение арбитражным судом в своем решении мотивов отказа учесть выводы эксперта.

Выводы, сделанные экспертами, могут подвергаться критике. Мишенями для такой критики, как правило, могут быть

независимость и беспристрастность эксперта; квалификация эксперта и правильность применения им экспертных методик; достоверность исследованных экспертом фактов[688].

То, что стороны и арбитражный суд могут поставить под сомнение заключение эксперта и, отвергнув такое заключение, прийти к самостоятельным выводам по вопросам, которые были поставлены эксперту, свидетельствует в пользу концепции экспертизы как способа исследования доказательств, а не способа получения особого вида экспертных доказательств. Эта первая концепция допускает приобретение специальных знаний участниками процесса.

Действительно, если считать доказательством факта то, в чем запечатлены факты дела, то заключение, отчет или показания эксперта таковыми не являются. Эксперт применяет свои специальные знания, которые тоже доказательством не являются, для формирования компетентного мнения по результатам анализа доказательств, которые были ему представлены и о которых стороны и арбитражный суд ввиду отсутствия этих специальных знаний самостоятельно такого компетентного мнения составить не могут.

Если следовать этому подходу, то арбитражный суд после изучения заключения эксперта, которое он впоследствии отбросил ввиду, например, доказанной пристрастности эксперта, может в некоторых случаях считать себя достаточно осведомленным в вопросе, который изучал пристрастный эксперт. Такое оправдание могут найти те случаи, когда арбитражный суд признает необходимость проведения экспертизы, а впоследствии не принимает ее результаты. Непринятие результатов здесь подразумевает скорее не отказ от приобщения заключения эксперта к делу, а отказ следовать этому заключению при принятии решения.

Принять концепцию получения арбитрами специальных знаний помогает случай, когда в арбитраже возникает необходимость в специальных знаниях в области права, подлежащего применению. Стороны или арбитражный суд, как известно,

[688] К эксперту применяются также *mutatis mutandis* способы дискредитации показаний свидетеля, изложенные в § 12.8.

могут обратиться для получения заключений о содержании и применении норм права, которые должны быть применены при разрешении спора. В результате арбитражный суд получает порцию специальных знаний, которой далее вполне самостоятельно пользуется при решении спора. Эксперт в области права применяет свои специальные знания для исследования доказательств права (например, текстов законов). Получив вместе с заключением эксперта эти доказательства[689], арбитражный суд может самостоятельно исследовать их и прийти к собственным выводам, отличным от предложенных экспертом.

[689] Представление экспертом текстов или выдержек из текстов правовых актов и прочих доказательств права (книги авторитетных юристов, в которых изложены признанные доктринальные положения) является в арбитраже распространенной практикой.

Глава 14.
Вещественные доказательства

§ 14.1. Вещественные и демонстрационные доказательства. Осмотр, инспектирование

Кроме уже названных видов доказательств, важное значение в международном коммерческом арбитраже имеют также вещественные доказательства (*real evidence* или реже *physical evidence*). В иностранной юридической литературе часто речь идет не о вещественных доказательствах как таковых, а об инспектировании (осмотре), которое ставится в ряд с другими доказательствами[690]. Иногда также употребляется термин «демонстрационное доказательство» (*demonstrative evidence*), когда нужно сказать о доказательстве, требующем наглядного представления арбитражному суду. Такое разнообразие терминологии вносит неясность.

Действительно, вещественные доказательства могут быть осмотрены непосредственно в месте проведения арбитража или по месту их нахождения, а с целью исследования вещественных доказательств допускается предоставление фотографий, видеозаписей, чертежей и тому подобного[691]. Однако такие

---

[690] Тем не менее, термин «вещественные доказательства» (*physical evidence*) все же употребляется в специальной англоязычной литературе, посвященной арбитражу. См. например п. 55, 56 Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства (1996 год), в которых к иным, нежели документы, вещественным доказательствам отнесены образцы товаров, видеозаписи и наблюдение за функционированием оборудования (UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, United Nations. — New York, 2012. — pp. 20–21).

[691] *Притика Ю. Д.* Міжнародний комерційний арбітраж: Питання теорії і практики : Монографія / Ю. Д. Притика. — К. : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. — С. 383.

действия следует рассматривать как способы получения доказательственной информации, а не в качестве доказательств.

Вместе с тем, инспектирование (осмотр) может касаться объекта, который не укладывается в понятие вещественных доказательств в узком смысле как сугубо материального предмета. Инспектирование довольно часто используется в международном арбитраже и может включать осмотр работ, сооружений, участков и оборудования, а также документации, процессов, образцов и тому прочего. Целью инспектирования может быть установление состояния работ или объекта[692].

Таким образом, инспектирование может касаться процессов и быть своего рода демонстрацией или экспериментом, или осуществляться по документам и в этом случае тоже не касаться вещественных доказательств в узком смысле[693]. Инспектирование можно также рассматривать как исследование доказательств, результаты которого могут быть изложены в протоколах и оценены вместе с другими доказательствами.

Так называемые демонстрационные доказательства, к которым относятся видеозаписи процессов и явлений, компьютерная программа, симулирующая определенный процесс, наглядная карта и прочее, являются способом представления информации. Некоторые из них могут даже не считаться доказательством в узком смысле этого слова. Например, составленная для арбитражного разбирательства карта, на которой нанесен маршрут следования транспорта, является скорее удобной формой представления имеющей значение информации. Сама же эта информация взята из других источников (например, из показаний водителя о том, по какому маршруту он двигался). Если бы такая карта была, например, выдана водителю для осуществления спорной поставки и использована им для следования по маршруту, она бы рассматривалась как письменное доказательство. Образец поврежденного при транспортировке товара является

[692] *Schlaepfer A. V.* Few Reflections on the Assessment of Evidence by International Arbitrators / A. V. Schlaepfer, P. A. Bärtsch // International Business Law Journal / Revue de Droit des Affaires Internationales. — 2010. — Issue 3. — p. 215.

[693] Об употреблении термина «вещественное доказательство» в широком смысле, охватывающем также письменное доказательство, речь идет в § 9.2 (пункт 9.2.2) этой книги.

вещественным доказательством. В то же время, если с помощью образца в эксперименте демонстрируется, например, невозможность получения тех повреждений, которые получил товар, доказательство можно считать демонстрационным.

В связи с тем, что понятия вещественных и демонстрационных доказательств пересекаются и тем самым создают неудобства, можно считать оправданным, что в арбитражной практике в один ряд с документами, свидетельскими показаниями и экспертными доказательствами поставлено инспектирование (осмотр). Это сделано из соображений удобства, поскольку при внимательном рассмотрении *инспектирование (осмотр) является способом получения доказательственной информации путем непосредственного восприятия процессов и явлений, состояний и свойств объектов*.

§ 14.2. Проведение осмотра, демонстрации

Правила IBA уделяют внимание инспектированию, устанавливая, что оно может быть осуществлено как арбитражным судом, так и экспертом (назначенным стороной или арбитражным судом). При этом к инспектированию применяются общие ограничения получения доказательств, по которым в его проведении может быть отказано, либо результаты инспектирования не приняты в качестве доказательства или исключены из состава доказательств.

Как правило, стороны присутствуют во время осмотра (инспектирования) или демонстрации. В любом случае, им должна быть предоставлена возможность присутствовать. Исключение могут составить случаи, предусмотренные соглашением сторон или применяемыми арбитражным судом правилами о допустимости доказательств. Сделанные заявления, данные пояснения, а также сделанные во время инспектирования снимки, как правило, приобщаются к делу[694].

[694] *Schlaepfer A. V.* Few Reflections on the Assessment of Evidence by International Arbitrators / A. V. Schlaepfer, P. A. Bärtsch // International Business Law Journal / Revue de Droit des Affaires Internationales. — 2010. — Issue 3. — p. 215.

§ 14.3. Значение заявлений, сделанных во время осмотра

В Комментариях ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства применительно к осмотру (инспектированию) содержится ценное практическое замечание. Объект, подлежащий осмотру, зачастую находится под контролем одной из сторон, а это обычно означает, что присутствующие служащие или представители этой стороны могут оказать соответствующую помощь и дать разъяснения. По мнению авторов Комментариев, необходимо учитывать, что заявления таких представителей или служащих, сделанные в ходе осмотра на месте, в отличие от заявлений, которые такие лица могут сделать как свидетели в слушании, не должны рассматриваться в качестве доказательств в ходе разбирательства[695]. С категоричностью такого предупреждения сложно согласиться. В условиях, когда стороны и арбитры стремятся сделать арбитражное рассмотрение более эффективным и менее затратным, формальное разграничение слушаний и инспектирования не является обязательным. До тех пор, пока заслушивание любого лица делает возможным равноправное участие каждой из сторон в допросе этого лица, сведения, полученные таким образом, могут быть приняты как доказательство. Другое дело, что сторона может возразить против такого незапланированного допроса и потребовать представить свидетеля в отдельном слушании с заблаговременным уведомлением[696]. Однако это скорее вопрос организации процесса, не влияющий прин-

[695] См. п. 58 Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства (1996 год) / Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, 1996 год, том XXVII. — С. 334.

[696] Так, Регламент международного арбитража ICDR 2014 года (статья 23(2)) предусматривает заблаговременное уведомление о слушании и представление не позднее, чем за 15 дней до слушания, каждой из сторон, которые намерены представить в слушании свидетеля, информацию о свидетеле (имя и адрес), предмете его показаний и языках, на которых он будет их давать. Обязательность таких заблаговременных уведомлений, правда уже без четко определенного срока, признана также в Комментариях ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства 1996 года (п. 60) и во многих арбитражных регламентах (см. например статью 25(1) Швейцарского регламента международного арбитража (2012)).

ципиально на допустимость полученных данных как доказательства. Конечно, если арбитражный суд принял решение о проведении осмотра и заблаговременно пригласил стороны к участию в нем без указания о проведении допроса (получении пояснений), а одна из сторон не приняла участие в осмотре, то получение при таком осмотре показаний от участвующих в нем лиц можно рассматривать как совершенное без учета права стороны представить свои доказательств и участвовать в исследовании доказательств. Такие показания могут быть приняты, только если другой стороне будет предоставлена равная возможность допросить свидетеля.

Таким образом, в международном коммерческом арбитраже четко прослеживается подход, согласно которому любое показание или материал в широком смысле могут быть приняты в качестве доказательства без ограничения отдельными видами. На усмотрение сторон и арбитражного суда также относятся вопросы о применении способов и процедур получения этих доказательств и их исследования при условии соблюдения принципа равного отношения к сторонам и предоставлении сторонам возможности участия в исследовании доказательств и изложения своих комментариев по ним.

ЧАСТЬ IV

ПОЛУЧЕНИЕ И ОЦЕНКА ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

Глава 15. Представление, предоставление и получение доказательств

§ 15.1. Основные положения

15.1.1. Разграничение понятий

Эта глава посвящена механике доказывания, которую составляют процедуры подачи стороной арбитражному суду доказательств, подтверждающих сделанные стороной заявления (*представление* доказательств), и процедуры получения у стороны доказательств по запросу другой стороны или по требованию арбитражного суда. Поскольку во втором случае речь идет, как правило, о доказательствах, невыгодных для позиции стороны, у которой их запрашивают и получают, то удобнее говорить, что эти доказательства сторона не представляет, а *предоставляет*.

Важно отметить, что сделанное здесь разграничение является лишь лингвистическим удобством. Тем не менее, в Правилах IBA также прослеживается разграничение: сторона должна *представить* (*submit* или *present*) арбитражному суду и другим сторонам документы, на которые она ссылается, но сторона должна *предоставить* (*produce*) запрошенные у нее документы (статья 3.1 Правил IBA). *Получение* (*taking*) доказательств — наиболее общая категория в Правилах IBA, объединяющая как собственно получение доказательств, так и принятие их арбитражным судом для оценки.

Наибольший интерес вызывают именно вопросы, связанные с тем, как сторона может *представить* доказательства в

поддержку своей позиции и как сторона может *получить* доказательства от оппонента или третьих лиц. В такой последовательности эти вопросы будут рассмотрены далее.

15.1.2. Право представить доказательства, обязанность предоставить доказательства

Как отмечают члены рабочей группы по разработке Правил IBA, известные арбитражные институциональные и *ad hoc* регламенты намеренно оставляют вне рамок регулирования вопрос о том, как следует получать и представлять в арбитражный суд доказательства[697]. Г. Решке-Кеслер, один из авторов Правил IBA, считает, что Правила IBA исходят из принципа, что каждая сторона должна полагаться на собственные документы в обоснование иска или возражения на иск[698]. Вместе с тем, как справедливо утверждает У. Хортон, «пока еще ни один стоящий доверия исследователь международного коммерческого арбитража не заявил, что арбитраж должен осуществляться исключительно на основании информации, которую каждая из сторон может представить без сотрудничества с другой стороной»[699].

Процедурные вопросы получения и представления доказательств в международном коммерческом арбитраже находятся на линии соприкосновения основных принципов доказывания:

– с одной стороны концепция бремени доказывания требует, чтобы каждая сторона полагалась на имеющиеся у нее доказательства, а с другой стороны принцип обязательности для сторон и арбитражного суда соглашения сторон, которым через отсылку к арбитражному регла-

[697] Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration / 1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee.

[698] *Raeschke-Kessler H.* Discovery in International Commercial Arbitration? / Hilmar Raeschke-Kessler // K.-H. Böckstiegel, K.-P. Berger, J. Bredow, eds., The Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, German Institution of Arbitration (DIS) Series, Carl Heymanns Verlag, 2010. — Vol. 26. — p. 53.

[699] *Horton W. G.* “Discovery” in International Arbitration / William G. Horton // Canadian Arbitration and Mediation Journal. — 2011. — Vol. 20. — No. 1. — p. 27.

менту арбитрам предоставлены полномочия принимать все меры для разрешения спора, в том числе меры по получению доказательств, делает возможным получение у стороны доказательств;

– с одной стороны право стороны представить свои аргументы и доказательства делает возможным справедливый процесс доказывания, с другой стороны автономия арбитров, в частности в определении процессуальных рамок для получения и представления доказательств, позволяет сделать процесс доказывания эффективным и необременительным.

В зависимости от того, в какой комбинации указанные выше принципы проявились в разбирательстве, можно выделить четыре основных подхода, которые применяются в арбитражных процессах:

(1) каждая сторона полагается на имеющиеся у нее доказательства в обоснование своих заявлений;

(2) стороны полагаются на имеющиеся у них доказательства, однако могут требовать предоставления другой стороной доказательств, которые имеются в ее владении или под ее контролем и которые являются существенными для доказывания сделанных первой стороной заявлений;

(3) стороны полагаются на имеющиеся у них доказательства, однако могут требовать предоставления другой стороной *и привлеченными ею свидетелями* доказательств, которые имеются в их владении или под их контролем и которые являются существенными для доказывания сделанных первой стороной заявлений;

(4) стороны осуществляют полное раскрытие имеющей отношение к делу информации, которая не защищена привилегиями и может быть получена без возложения на другую сторону чрезмерного бремени[700].

[700] Подобные модели перечислены в Протоколе CPR раскрытия документов и представления свидетелей в коммерческом арбитраже (CPR Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration) с тем, чтобы стороны выбрали одну из них.

Второй из перечисленных подходов наиболее близок духу Правил IBA. Именно он находится в фокусе этой главы, хотя некоторые вопросы получения доказательств от третьих лиц (третий подход) и возможность применения в арбитраже полного раскрытия (четвертый подход) также не обойдены вниманием.

§ 15.2. Представление доказательств

Поскольку всякое доказательство должно обладать свойствами относимости и существенности, чтобы быть принятым, то и представлять доказательства следует тогда, когда их отношение к спору и существенность для его разрешения может быть показана. Кроме того, доказательства стороной должны представляться тогда, когда на ней лежит соответствующее бремя. Представлять доказательства «с опережением», предугадывая позицию оппонента, часто лишено смысла, поскольку спор в отношении некоторых обстоятельств может отсутствовать. Таким образом, *чтобы быть представленным, доказательство должно быть относимым и существенным для доказывания обстоятельств стороной, которая несет бремя доказывания таких обстоятельств. Обоснование такой относимости и существенности составляет обязанность представляющей доказательство стороны.*

В то же время, иногда на первый план в вопросе о том, как сторонам представлять доказательства, выходит стремление обеспечить их достоверность. Тогда доказательства принимаются одновременно (без изначального анализа того, несет ли на момент представления доказательств сторона соответствующее бремя), чтобы избежать «корректировки» стороной последующих доказательств с учетом доказательств, ранее представленных другой стороной.

Так, в зависимости от различных факторов, а также уровня кооперации сторон в арбитраже применяется последовательное, одновременное и совместное представление доказательств.

15.2.1. Последовательное и одновременное представление доказательств

Последовательное и одновременное представление доказательств имеют ряд преимуществ и недостатков, а потому ряд показаний к применению. Вовсе не обязательно, чтобы в отношении всех доказательств и на всех стадиях рассмотрения дела предпочтение раз и навсегда было отдано одному способу.

Последовательное представление предполагает, что после получения стороной и арбитражным судом заявлений и доказательств от одной стороны другой стороне дается определенный срок для подачи собственных заявлений и доказательств.

Одновременное представление заявлений и доказательств, как правило, предполагает привлечение арбитражного суда или учреждения, выполняющего административные функции, для обеспечения приема таких заявлений и доказательств от сторон в пределах определенного срока и одновременную пересылку оппонентам.

Как отмечают авторы Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства, для получения представления о позиции сторон по какому-либо конкретному вопросу на основе последовательно представленной информации может потребоваться больше времени, чем при одновременном представлении. Тем не менее, последовательное представление позволяет отвечающей стороне высказать свои замечания по всем вопросам, поднятым другой стороной, что невозможно при одновременном представлении. Таким образом, при одновременном представлении может возникнуть потребность в представлении дополнительной информации[701].

Как правило, на начальных стадиях процесса применяется последовательное представление, поскольку истец закономерно первым подает доказательства, которыми обосновывает иск *prima facie*. Многие арбитражные регламенты предусматрива-

[701] См. п. 41 Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства (1996 год) / Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, 1996 год, том XXVII. — С. 332.

ют, что истец уже с исковым заявлением подает, насколько это возможно, доказательства, которыми оно обосновывается[702].

В сложных разбирательствах модель последовательного представления доказательств может предполагать обмен сторонами своими первыми заявлениями. После этого стороны обмениваются ответными заявлениями (*rebuttals*) в отношении сделанных ранее заявлений оппонентов. По результатам такого обмена также могут проводиться слушания. Стороны часто следуют этой модели на протяжении всего разбирательства, последовательно обмениваясь заявлениями и возражениями, подкрепленными соответствующими доказательствами.

Напротив, к одновременному обмену доказательственной информацией стороны и арбитражный суд прибегают в тех случаях, когда важно обеспечить получение от стороны доказательств таким образом, чтобы исключить влияние доказательств другой стороны. Примером может служить одновременный обмен экспертами заключениями, подготовленными назначенными сторонами экспертами.

15.2.2. Совместное представление доказательств

Совместное представление доказательств применяется, как правило, в отношении документов. Возможно также совместное назначение сторонами эксперта, хотя это и не часто имеет место на практике ввиду сложностей с достижением согласия сторон[703].

К этому способу обращаются в тех случаях, когда стороны склонны к сотрудничеству в арбитражном рассмотрении, а их требования и возражения основываются на одних и тех же фактах, которые, тем не менее, по-разному интерпретируются сторонами.

---

[702] См. например статью 20(4) Арбитражного регламента CIArb (2015).

[703] См. п. 68 Отчета ICC о техниках контроля времени и расходов в арбитраже (ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, Second edition (2014); publication date : 01.11.2014, Document No. : 861-1 ENG).

Совместное представление применяется для целей облегчения арбитражному суду работы с документами. Особенно полезным может оказаться применение этого способа в тех случаях, когда объем документов значителен, а позиции сторон требуют для своего обоснования детального анализа этих документов. Как рекомендуют авторы Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства, стороны могут рассмотреть возможность совместного представления единого комплекта документальных доказательств, подлинность которых не подлежит сомнению. Позднее в этот комплект сторонами могут быть внесены дополнительные документы[704].

В тех случаях, когда значительный объем совместного комплекта документов усложняет работу с ним, удобным может оказаться выделение из него наиболее часто используемых или наиболее существенных «рабочих» документов[705].

§ 15.3. Роль арбитражного суда в представлении и получении доказательств

Право сторон достигнуть соглашения по вопросам процедуры и доказывания распространяется также на определение того, на какие доказательства могут рассчитывать стороны и какое содействие они обязуются оказывать друг другу в получении доказательств. Однако в вопросах определения процедуры арбитражного разбирательства в целом и в процедурных вопросах доказывания в частности стороны, как правило, полагаются на арбитражный суд. Арбитры же практически во всех арбитражных системах считают эти вопросы предметом своего усмотрения.

Для практика из континентальной правовой системы вопрос о роли арбитражного суда в получении доказательств может показаться лишенным смысла или, по крайней мере, странным. Арбитры в вопросах получения доказательств вос-

[704] См. п. 53 Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства (1996 год) / Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, 1996 год, том XXVII. — С. 334.

[705] Детальнее об этом в § 17.2.

принимаются в качестве главных участников процесса в том смысле, что весь процесс строится вокруг их участия: арбитры получают все заявления стороны и все представляемые ею доказательства, исследуют их и обращаются к другой стороне за комментариями, возражениями и ответными доказательствами. Напротив, для арбитража, проводимого под влиянием традиций общего права характерно, чтобы стороны осуществляли обмен доказательственной информацией между собой, а арбитражный суд проявлял ограниченную инициативу в вопросах получения доказательств. По многим причинам, среди которых увеличение объема исследуемых в арбитраже документов, а также усиление состязательного компонента, именно последний подход все больше преобладает в современной арбитражной практике.

В то же время необходимость обеспечить эффективность арбитражного разбирательства в координатах времени и средств требует от арбитражного суда проявления активности в доказывании. Проявить такую активность с полным соблюдением принципов равного отношения к сторонам и предоставления каждой стороне возможности представить свою позицию становится для арбитражного суда наиболее возможным через: установление процедуры представления доказательств; проявление собственной инициативы в вопросах получения доказательств и побуждение сторон к обмену доказательствами прежде всего между собой.

15.3.1. Право арбитражного суда устанавливать процедурные ограничения

Стороне, отстаивающей свою позицию в арбитражном разбирательстве, присуще естественное стремление максимально реализовать право «быть услышанным». Когда же это стремление выходит за рамки разумного, оно угрожает сделать процесс доказывания либо неэффективным, либо несправедливым по отношению к другой стороне. Неэффективным его делает затягивание изложения собственных аргументов, доказательств, излишние и обременительные запросы к другой стороне и прочие

попытки злоупотребить правом представить свою позицию. Несправедливым процесс делают действия стороны, направленные на ограничение права другой стороны представить свою позицию, например вследствие представления новых доказательств таким образом, что другая сторона лишена или ограничена в возможности прокомментировать их или представить доказательства в ответ. С этими двумя категориями проблем арбитражный суд, как правило, уполномочен справляться путем установления процедурных (процессуальных) ограничений[706].

i. Меры, направленные на эффективное доказывание

Категория эффективности арбитражного разбирательства тесно связана с категориями относимости и существенности доказательств. Представляя в арбитраж или пытаясь получить несущественные или вообще не относящиеся к делу сведения, стороны снижают эффективность разбирательства, не прибавляя ничего или практически ничего к обоснованию своей позиции. Именно ввиду последнего арбитражный суд может без ущерба для соблюдения принципа предоставления стороне права «быть услышанной» применять меры ограничительного или стимулирующего характера.

В международном коммерческом арбитраже сторонам должна быть предоставлена возможность изложить свои аргументы и представить доказательства. В то же время для реализации такой возможности могут быть установлены процессуальные рамки, в том числе временные[707], при условии равного отношения к сторонам[708].

[706] Реагировать на недобросовестные действия стороны арбитражный суд может и иным образом, в частности учитывать такое поведение при распределении арбитражных расходов (см. § 16.5). Однако такая реакция, как правило, будет реакцией *post factum*. Предупредить же злоупотребления наиболее эффективно можно с помощью процедурных ограничений.

[707] Вплоть до использования шахматных часов в слушаниях для обеспечения равного распределения времени между сторонами, как это рекомендуется, например, в п. 75 Отчета ICC о техниках контроля времени и расходов в арбитраже (Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration. Second Edition / 2012 Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Reducing Time and Costs in Arbitration. — Paris, ICC, 2013. — p. 14).

[708] Наличие у арбитров такого права признано в практике. Авторы Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства считают возможным

Так, арбитражным судом могут быть приняты такие меры для ускорения арбитражного процесса и повышения его эффективности:

– ограничение объема заявлений сторон, в которых стороны излагают свои аргументы;
– ограничение принятия кумулятивных доказательств[709];
– ограничения количества и объема запросов на доказательства сторон друг к другу;
– ограничение повторяющихся вопросов свидетелям;
– ограничение количества свидетелей;
– ограничение времени выступления сторон в слушании и допроса ими свидетелей;
– ограничение объема письменных заявлений после слушаний (*post-hearing briefs*) и других итоговых заявлений, а также количества раундов обмена такими заявлениями;
– другие ограничения при условии соблюдения равного отношения к сторонам.

Кроме собственно ограничений арбитражный суд может применять и другие меры, направленные на стимулирование конструктивного отношения сторон к процессу получения доказательств. Одной из таких мер может быть определение порядка покрытия расходов, связанных с получением доказательств, до того, как стороны такие расходы понесут, а не в составе арбитражных расходов по итогам рассмотрения дела[710].

Большинство приведенных выше мер направлены на предупреждение злоупотребления стороной правом представлять свою позицию. В то же время, арбитражный суд может оказаться перегруженным доказательствами сомнительной существенности и при вполне добросовестном отношении сторон к ведению своего дела. В этих случаях, когда стороны содействуют арбитражному суду в наиболее эффективном разреше-

---

для арбитражного суда разъяснить сторонам, что «доказательство, представленное с опозданием, как правило, не будет приниматься во внимание» (см. п. 49 Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства (1996 год) / Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, 1996 год, том XXVII. — С. 333).

[709] См. например статью 20(3) Регламента международного арбитража ICDR (2014).

[710] См. § 15.7.

нии спора, могут применяться техники сужения объема подлежащих исследованию и оценке доказательств[711].

ii. Ограничения представления новых доказательств

Если рассмотренные выше меры направлены на повышение эффективности доказывания, то меры ограничительного характера, которые описаны ниже, имеют целью, прежде всего, обеспечение справедливости разбирательства[712].

Правила IBA утверждают подход, согласно которому любые доказательства, на которые намерена ссылаться сторона (в том числе официальные (публичные) документы и документы, которые есть в открытом доступе), кроме тех, которые уже предоставлены другой стороной, должны быть представлены арбитражному суду и другой стороне в течение срока, согласованного сторонами или установленного арбитражным судом. Важным процедурным принципом, который касается представления доказательств и который также положен в основу Правил IBA, является принцип уведомления сторон заранее в разумный срок о любых доказательственных слушаниях или о принятии решения в отношении любого факта или существа дела, а также о фактах и доказательствах, на которые ссылается другая сторона. Принципы ICDR (статья 2) также утверждают подход, согласно которому стороны должны обмениваться доказательственной информацией заранее[713].

Важным для понимания процессуальных основ представления доказательств является то, что в арбитражном разбирательстве не должно быть никаких сюрпризов в смысле заранее припасенных и оставленных до удобного момента аргументов и доказательств. Это обусловлено, прежде всего, тем, что если сторона поставлена перед новыми доказательствами или аргу-

---

[711] См. § 17.2.

[712] Вопрос эффективности здесь также присутствует, однако он будет производным, ведь в случае принятия нового доказательства арбитражный суд должен для обеспечения справедливости дать другой стороне равную возможность представить доказательства, возражения, комментарии в ответ. Именно возврат в этот процесс обмена аргументами и доказательствами снижает эффективность.

[713] ICDR Guidelines for Arbitrators Concerning Exchanges of Information, effective May 31, 2008.

ментами и не имеет достаточно времени, чтобы отреагировать на них, она, по сути, лишена процессуальной возможности должным образом представить свою позицию. По этим причинам регламенты многих арбитражных учреждений содержат правило о том, что после определенного этапа арбитражного разбирательства новые доказательства сторон не должны приниматься[714], а также положения о праве арбитражного суда устанавливать сроки и способ обмена доказательственной информацией между сторонами и представления ее арбитражному суду[715]. Часто предельный срок или дата устанавливаются в процессуальном приказе арбитров[716].

Предельный срок представления доказательств может устанавливаться не только на завершающей стадии арбитражного рассмотрения. Допустимым и эффективным способом обеспечить своевременность подачи документальных доказательств считается установление предельного срока для подачи таких доказательств, имеющихся в распоряжении сторон, заблаговременно перед слушаниями по доказательствам. Дальнейшее принятие арбитражным судом таких доказательств от сторон осуществляется только, если на то есть веские основания[717].

---

[714] См. например, статью 27 Арбитражного регламента ICC (2012), статью 15.7 Арбитражного регламента LCIA (2014).

[715] См. например, статью 22.1(vi) Арбитражного регламента LCIA (2014), статью 28(2) Венского арбитражного регламента (2013).

[716] *Хвалей В. В.* Процедура разбирательства в международном арбитраже / В. В. Хвалей // Хрестоматия альтернативного разрешения споров : Учебно-методические материалы и практические рекомендации / Сост. Г. В. Севастьянов. — СПб. : АНО «Редакция журнала «Третейский суд», 2009. — С. 301, 302.

[717] См. п. 73 Отчета ICC о техниках контроля времени и расходов в арбитраже (ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, Second edition (2014); publication date : 01.11.2014, Document No. : 861-1 ENG). Также в окончательном арбитражном решении 1991 года по регламенту ICC по делу № 6573 арбитражный суд указал на то, что им было отказано в принятии доказательств, представленных в течение слушания в связи с тем, что еще за семь месяцев до того он прекратил процедуры получения доказательств и при этом прямо заявил о дальнейшем неприятии любых последующих документов. Кроме того, при подаче документов не было предоставлено никаких объяснений того, почему эти документы не могли быть представлены ранее. В результате арбитражный суд пришел к выводу, что такое представление с опозданием лишает ответчика возможности проверить доказательства и, если есть основания, возражать относительно содержания утверждений оппонента (приведено по *Conde e Silva G.J.* Transnational Public Policy In International

Наиболее распространенным в арбитражной практике случаем установления ограничений на представление доказательств является уведомление сторон арбитражным судом о прекращении принятия доказательств[718]. В том случае, когда проводятся слушания по доказательствам, *решение о прекращении принятия документальных доказательств может приниматься до начала слушаний с тем, чтобы стороны и арбитры имели возможность изучить до слушаний все письменные доказательства, а решение о прекращении принятия всех доказательств принимается на завершающей стадии слушаний, о чем арбитражный суд объявляет сторонам.* В арбитраже по регламенту SCC арбитражный суд даже обязан сделать такое объявление[719]. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (статья 30(1)) предусматривает, что арбитражный суд может поставить перед сторонами вопрос о том, имеются ли у них еще какие-либо доказательства или заявления или свидетели для заслушивания, и при отсутствии таковых он может объявить об окончании слушания дела[720].

Поскольку прекращение принятия доказательств является одним из важных рубежей разбирательства, арбитрам рекомендуется объявлять о завершении стадии принятия доказательств (устно в слушании либо письменно, если слушания не проводятся, либо если после слушаний последовали дополнительные стадии получения и представления доказательств или обмена письменными заявлениями). Это уместно даже в тех случаях, когда арбитражный суд прекращает принимать доказательства в силу предписаний регламента или других

Arbitration : PhD in Law Thesis / Gui J. Conde e Silva. — London : Queen Mary College, University of London, 2007. — p. 192.)

[718] В упомянутом деле «Теленор против Сторм» арбитражный суд после получения от сторон доказательств и предоставления им права представить свои аргументы также принял решение о прекращении слушаний, в котором указал, что «при отсутствии специального разрешения Трибунала любые последующие представления в Трибунал не допускаются» (см. Final Award in the Matter of an Arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules between: Telenor Mobile Communications AS and Storm LLC dated 2 July 2007, New York. — p. 33).

[719] См. статью 34 Регламента SCC (2010).

[720] Аналогичное положение в статье 27(1) Регламента международного арбитража ICDR (2014).

процессуальных правил, в том числе установленных самим арбитражным судом в начале разбирательства. Такие правила могут быть установлены, например, во время консультаций по организации разбирательства или на подготовительных слушаниях. Рекомендуется также получать от сторон согласие на прекращение принятия доказательств либо заявления о том, что они представили все имеющие значение для дела доказательства, о чем отдельно упомянуть в арбитражном решении[721].

Ранее, в главе, посвященной принципам доказывания в арбитраже, были упомянуты возможные исключения, то есть ситуации, в которых представление новых доказательств возможно. Нелишним будет напомнить, что одна из таких ситуаций имеет место, когда сторона использует не представленные ранее в деле письменные или другие доказательства для того, чтобы поставить под сомнение достоверность показаний свидетеля в перекрестном допросе. Использование таких доказательств в этом случае может быть допущено[722]. В любом случае, если арбитражный суд в исключительном случае принимает представленные с опозданием доказательства, другой стороне должна быть предоставлена возможность их исследовать, прокомментировать и представить ответные доказательства. О важности предоставления возможности стороне отреагировать на представленные другой стороной доказательства свидетельствует также судебная практика[723].

---

[721] Так, по делу «Теленор против Сторм» арбитражный суд *ad hoc*, который рассматривал дело по регламенту ЮНСИТРАЛ, в решении от 2 июля 2007 года отдельно отметил, что «[...] и Истцу, и Ответчику была предоставлена полная возможность представить свои доказательства и аргументы по этим вопросам. Более того, Истец и Ответчик четко заявили, что отсутствуют какие-либо другие доказательства или правовые аргументы, которые они хотели бы предоставить. [...] Стороны также представили объемные изложения своих позиций, обзоры, письма и представления правовых аргументов, в которых они анализировали факты, дискутировали относительно соответствующего права и спорили относительно своих позиций без какого-либо вмешательства или ограничения» (Final Award in the Matter of an Arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules between: Telenor Mobile Communications AS and Storm LLC dated 2 July 2007, New York. — pp. 25, 32).

[722] См. например, как это предусмотрено в п. 1(e)(3) Протокола CPR раскрытия документов и представления свидетелей в коммерческом арбитраже (CPR Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration).

[723] Так, по делу № 22-ц / 2690/11007 /12 как на основание для обращения в суд с ходатайством об отмене решения МКАС при ТПП Украины заявитель указал на то,

По причине того, что за принятием нового доказательства арбитражным судом должно следовать предоставление равных возможностей в доказывании другой стороне, отказ в принятии доказательств по процедурным соображениям не делает такие доказательства недопустимыми. Действительно, в практике международных коммерческих арбитражных судов распространены случаи, когда сторона, которой не были предоставлены копии поданных другой стороной доказательств или возможность ознакомиться с ними, обращалась в арбитражный суд с ходатайством именно об изъятии этих доказательств как недопустимых. В то же время до тех пор, пока в ходе арбитражного разбирательства возможно реализовать право стороны ознакомиться с доказательствами и предоставить комментарии по ним, такое изъятие доказательств не практикуется.

Таким образом, арбитражный суд, как правило, наделен правом устанавливать порядок представления доказательств, что также предусматривает определение временных и организационных рамок. Сохранение этого права за арбитрами важно

что он как ответчик был лишен возможности представить свои объяснения по поводу дополнительных документов, представленных истцом в ходе арбитражного разбирательства. Однако суд первой инстанции установил, а Апелляционный суд города Киева его в этом выводе поддержал, что ответчику было своевременно сообщено об арбитражном разбирательстве, он представил свои возражения на исковое заявление, а представитель ответчика давал объяснения в ходе арбитражного разбирательства. При этом суд обратил внимание на то, что из материалов арбитражного дела было видно, что после представления истцом дополнительных доказательств и объяснений, представителем ответчика было заявлено ходатайство о предоставлении времени для подготовки дополнительных объяснений по поводу представленных доказательств и документов (ухвала Апеляційного суду м. Києва від 4 жовтня 2012 року у справі № 22-ц/2690/11007/12). Похожая позиция была высказана Апелляционным судом Донецкой области в 2013 году по другому делу уже относительно оснований для отказа в предоставлении согласия на принудительное исполнение решения МКАС при ТПП РФ (ухвала Апеляційного суду Донецької області від 26 лютого 2013 року). Вместе с тем указанные решения не отражают какой-либо устоявшейся в Украине практики. Об этом свидетельствует то, что упомянутое выше определение Апелляционного суда города Киева было отменено судом кассационной инстанции, который вернул дело на новое рассмотрение в апелляционный суд, указав в качестве недостатка то, что апелляционный суд «не выяснил, мог ли представитель ответчика предоставить свои объяснения относительно этих доказательств в судебном заседании Международного коммерческого арбитражного суда 24 ноября 2011 года и по каким причинам таковые не предоставил» (ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 травня 2013 року у справі № 22-ц/2690/11007/12).

потому, что процедуры доказывания должны осуществляться организованно и с разумной экономией, как того ожидают от арбитража пользователи его услуг. Вместе с тем, получение арбитражным судом некоторых доказательств предусматривает организацию достаточно сложных процедур, которыми являются, например, слушания, поэтому добросовестная кооперация сторон по обмену доказательственной информации вместе с руководящей ролью арбитров в организации процесса призваны сделать эти процедуры эффективными.

15.3.2. Участие арбитражного суда в процессе обмена доказательствами

Иногда стороны возлагают слишком большие надежды на арбитражный суд как организатора разбирательства. Это выражается в том, что весь процесс обмена доказательствами и даже общения между собой они предпочитают осуществлять через состав арбитражного суда либо учреждение, администрирующее арбитраж. Тогда арбитражный суд оказывается загруженным множеством писем, электронных сообщений, в которых содержатся с трудом поддающиеся систематизации заявления, возражения, комментарии и ходатайства. Если для арбитров из континентальных систем более-менее привычно выступать в роли коллектора всей информации, связанной с рассмотрением дела, то для практиков из систем общего права такой подход покажется неэффективным.

Итак, для арбитражных систем, развившихся под влиянием континентальной правовой традиции, характерным является полное вовлечение арбитражного суда в процесс обмена доказательствами[724]. Напротив, для арбитражных систем общего права более привычным является участие в таком обмене сторон, а арбитражного суда — лишь при необходимости. Правила IBA допускают применение обоих подходов:

[724] Например, Арбитражный регламент МКАС при ТПП РФ (§ 15) предусматривает обмен всеми документами, касающимися начала и осуществления арбитражного разбирательства, через МКАС, если им не определено иначе.

– документы, на которые сторона ссылается в обоснование своих требований или возражений и которые находятся в ее распоряжении, эта сторона представляет арбитражному суду и другой стороне (статья 3.1 Правил);
– документы, запрошенные у стороны другой стороной, представляются запросившей стороне, а арбитражному суду лишь в случае, когда он об этом распорядился (статья 3.4 Правил).

Наличие альтернативы позволяет как полностью исключить арбитражный суд из процесса «просеивания» запрошенных документов на предмет их относимости и существенности для разрешения дела, так и сделать его получателем всей потенциально ценной доказательственной информации. В то же время заложенная в Правилах IBA модель в том виде, в котором она работает по умолчанию, предполагает получение арбитражным судом только тех документов, которыми сторона обосновывает свои заявления. Из процесса исследования запрошенных у другой стороны документов арбитражный суд может быть исключен, а если они окажутся относимыми и существенными, то они будут представлены в дело запросившей их стороной[725].

В современном арбитраже все большее распространение получает практика ограничения арбитражным судом своего участия в коммуникациях по поводу обмена доказательственной информацией[726]. Стороны самостоятельно обмениваются этой информацией, сужают таким образом круг вопросов, действительно требующих для своего решения участия арбитров. Некоторые арбитражные регламенты даже содержат правила об обмене доказательствами, сформулированные таким обра-

[725] См. *Tercier P.* Document Production in Arbitration: A Civil Law Viewpoint / Pierre Tercier, Tetiana Bersheda / The Search for “Truth” in Arbitration // ASA Special Series. — 2011. — No. 35. — p. 94.

[726] В Отчете ICC о техниках контроля времени и расходов в арбитраже (п. 54) отмечается: «Обычно неприемлемым считается направлять в арбитражный суд все документы, представленные по запросу на представление документов. Это создает ненужные расходы, но еще и усложняет для арбитражного суда эффективную подготовку» (ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, Second edition (2014); publication date : 01.11.2014, Document No. : 861-1 ENG).

зом, что это предполагает направление доказательств арбитражному суду только по его желанию или в том случае, если какой-либо вопрос остался не решенным.

15.3.3. Инициатива арбитражного суда в получении доказательств

Арбитражный суд может потребовать у стороны представить доказательства не только по запросу другой стороны, но и по своей инициативе. В связи с этим закономерно возникает вопрос о том, каким образом соотносится право арбитражного суда требовать предоставления определенных доказательств с принципами равного отношения к сторонам и предоставления сторонам возможности изложить свои аргументы. Это право происходит из реализации сторонами своей автономии по определению правил процедуры. Поскольку стороны путем заключения арбитражного соглашения соглашаются с обязательностью для себя определенного арбитражного регламента и его положений о полномочиях арбитражного суда, тем самым они возлагают на себя обязательство сотрудничать по вопросам обмена доказательственной информацией, а арбитражному суду предоставляют полномочия склонять их к такому сотрудничеству, в том числе путем истребования доказательств.

Национальное законодательство об арбитраже страны места арбитража закладывает почву для реализации арбитражными судами своих полномочий по получению доказательств. Так, Английский закон об арбитраже в статье 34(2)(d) устанавливает право арбитражного суда обязать стороны раскрыть друг другу и предоставить арбитражному суду документы, а также уполномочивает арбитров требовать от стороны дачи показаний под присягой и допустить для осмотра, фотографирования, передачи на хранение, опечатывания любого имущества, которое касается арбитража (статьи 38(4)(a) и 38(5)). Похожее положение содержит также Федеральный закон об арбитраже США, статья 7 которого уполномочивает арбитров

издавать обязательные к исполнению требования об участии в слушаниях в качестве свидетеля и о предоставлении других доказательств. Законодательство, основанное на Типовом законе ЮНСИТРАЛ, ограничивается общей нормой о праве арбитражного суда устанавливать правила процедуры и оставляет детальное регулирование этого вопроса соглашению сторон и арбитражным регламентам[727].

Большинство известных арбитражных регламентов содержат положения о полномочиях арбитражного суда запрашивать у сторон доказательства: статья 27(3) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (2010), статья 20(4) Регламента международного арбитража ICDR (2014) и статья 25(5) Арбитражного регламента ICC (2012) предусматривают, что на любой стадии арбитражного разбирательства состав арбитражного суда может запросить у сторон дополнительные доказательства[728]. Похожие положения содержатся в статье 28(1) Арбитражного регламента NAI[729], статье 27 Арбитражного регламента Дубайского международного арбитражного центра (DIAC) [730] и многих других. Арбитражный регламент LCIA (2014) предоставляет арбитражному суду право требовать от стороны раскрыть любую информацию, сделать доступными для осмотра арбитражным судом, сторонами, назначенными ими экспертами любое имущество, участки или вещи, которые находятся под ее контролем, а также обязать предоставить любые относящиеся к делу документы или категории документов, которые находятся в ее владении, на хранении или под контролем (статья 22.1(iv) Регламента). Регламенты других арбитражных центров также предусматривают широкие полномочия арбитров по получению доказательств[731].

Значительная часть арбитражных регламентов, которые не содержат специальных положений по этому вопросу, пре-

[727] См. ч. 2 ст. 19 Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже», ч. 2 ст. 19 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже».

[728] International Chamber of Commerce Arbitration Rules, in force as from January 1, 2012.

[729] Arbitration Rules of the Netherlands Arbitration Institute, Effective 2010.

[730] Dubai International Arbitration Centre (DIAC) Arbitration Rules 2007.

[731] См. статью 21 Регламента международного арбитража ICDR, статью 24(h) Регламента Сингапурского международного арбитражного центра.

доставляют арбитражному суду право устанавливать факты «всеми надлежащими средствами», что, несомненно, включает в себя также полномочия арбитражного суда требовать от сторон предоставление доказательств[732].

Конечно, в каждом отдельном случае проявление арбитрами инициативы должно сопоставляться с принципом равного отношения к сторонам. Запрашивая доказательства или указывая стороне на необходимость предоставить доказательства, арбитражный суд не должен тем самым оказывать помощь в выстраивании позиции этой стороны или ее оппонента. Например, в случае, когда сторона представила образцы документов за определенный период и с помощью этих образцов обосновывает позицию, как если бы были представлены все документы периода, арбитражный суд без особого риска нарушить упомянутый выше принцип равного отношения к сторонам, может запросить остальные документы[733]. В связи с этим стоит отметить, что, несомненно, состязательный подход в арбитраже требовал бы, чтобы другая сторона запросила эти документы, а до тех пор, пока этого не произошло, арбитражный суд мог бы довольствоваться представленными образцами, постольку поскольку оппонент не возражает против такого выборочного представления документов[734].

---

[732] *Kaufmann-Kohler G.* Discovery in international arbitration: How much is too much? / Gabrielle Kaufmann-Kohler, Philippe Bärtsch // Zeitschrift für Schiedsverfahren. — 2004. — Heft 1. — p. 15.

[733] Так, например, поступил арбитражный суд, рассмотревший спор по регламенту ICC, который указал в своем решении: «Несмотря на то, что арбитражный суд отчетливо попросил истца представить доказательства сделанных заявлений, истец подал только «пять образцов» счетов, накладных и банковских выписок о состоянии счета... Арбитражный суд, таким образом, принимает «пять образцов» к рассмотрению как доказательства и должен не принять во внимание остальные предъявленные счета, поскольку не были поданы никакие доказательства в подтверждение того, что они оплачены с задержкой, тем более что ответчик отрицает оплату с задержкой» (ICC Court of Arbitration — Zurich, Case No. 9448 Arbitral Award of 07.1999).

[734] Для более полного понимания того, в каких пределах арбитражный суд может проявить инициативу в получении доказательств, рекомендуется прочитать также § 7.8, в котором инициативы арбитров рассматриваются с позиции выполнения бремени доказывания.

§ 15.4. Консультации. Совещания. Слушания

Слушания не являются единственным способом коммуникации арбитражного суда со сторонами, каким часто бывает заседание суда в национальных процессах. Кроме того, не всякое устное общение сторон с арбитражным судом является слушанием. Проведение арбитражным судом встреч со сторонами не равнозначно проведению слушаний и также не указывает на то, что арбитражным судом принято решение о проведении слушаний или сторонами достигнуто соглашение о необходимости слушаний. Последнее замечание очень важно для понимания особенностей арбитража по документам[735].

Собственно, слушания все чаще организовываются вовсе не для заслушивания сторон, а для получения и исследования доказательств, которые вне слушаний получить и исследовать представляется неудобным (в основном, для допроса свидетелей и экспертов)[736]. Позиции сторон в арбитраже все более привычно видеть в виде письменных заявлений[737]. Устное общение сторон с арбитражным судом часто требуется не для представления позиции по делу, а для решения разнообразных процедурных вопросов и вопросов, связанных с получением и исследованием доказательств. Эти вопросы выясняются во время консультаций.

Как отмечают авторы Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства, консультации, будь то только с участием арбитров или также с участием сторон, могут быть организованы в форме одного или нескольких со-

---

[735] Некоторым из этих особенностей посвящен § 15.5.

[736] Например, Швейцарский регламент международного арбитража (2012) предусматривает возможность проведения слушаний для представления показаний свидетелей, в том числе экспертов, и слушаний для устного представления сторонами своих аргументов (статья 15(2) Регламента).

[737] Тем не менее, в арбитраже в некоторых странах, например в Швеции, отказ в предоставлении сторонам права устно изложить свои позиции может быть расценен как нарушение процедуры арбитражного разбирательства, влекущее отмену арбитражного решения (см. *Андерссон Ф.* Арбитраж в Швеции / Андерссон Ф., Исакссон Т., Юханссон М., Нильссон У. / Под ред. Дж. Херре. — М. : Статут, 2014. — С. 137).

вещаний или же могут проводиться на основе переписки или с использованием средств связи либо иных электронных средств. Совещания могут проводиться в месте арбитражного разбирательства или в каком-либо другом соответствующем месте.

Для обозначения специальных совещаний арбитров и сторон по процедурным вопросам, проводимых отдельно от слушаний, в практике используются такие термины, как «предварительная встреча» (*preliminary meeting*), «совещание, предшествующее слушаниям» (*pre-hearing conference*), «подготовительное совещание» (*preparatory conference*), «предшествующее слушаниям обзорное заседание» (*pre-hearing review*) или термины с аналогичным значением. Выбор термина частично зависит от того, на каком этапе разбирательства проводится совещание[738].

15.4.1. Процессуальные совещания

При всем разнообразии терминологии для обозначения процессуальных совещаний (консультаций) все же важно различать консультации арбитров без участия сторон и консультации со сторонами, среди которых нужно разграничить консультации (совещания) по организации разбирательства (*case management conference*) и консультации по организации слушаний (подготовительные слушания). Организация совещаний арбитров, в которых стороны не принимают участия, является всецело прерогативой арбитражного суда.

Отдельную категорию совещаний составляют административные совещания (*administrative conferences*), проведение которых практикуется в немногих арбитражных центрах[739]. Такие совещания со сторонами проводят представители административного персонала арбитражного учреждения. Они предназначены для решения вопросов о назначении арбитров,

[738] См. п.п. 8, 9 Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства (1996 год) / Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, 1996 год, том XXVII. — С. 332.

[739] См. статью 4 Регламента международного арбитража ICDR (2014).

о наиболее эффективной процедуре и прочих административных вопросов.

i. Совещания по организации разбирательства

Совещания (консультации) по организации разбирательства проводятся на наиболее ранней стадии, после формирования состава арбитражного суда[740] и подачи первых детальных заявлений или после составления акта о полномочиях арбитров, если таковой составляется[741]. Такие совещания предшествуют утверждению графика рассмотрения дела, если в нем есть необходимость[742]. В некоторых арбитражных системах утверждение, по крайней мере, ориентировочного графика разбирательства по результатам совещания арбитражного суда со сторонами считается необходимым по умолчанию[743].

CIArb рекомендует выносить на рассмотрение на совещании по организации разбирательства целый ряд вопросов организационного и правового характера[744]. Среди них к вопросам доказывания относятся следующие:

(1) о применении правил, руководств и протоколов получения доказательств в международном арбитраже;
(2) о возможности бифуркации;
(3) о параметрах письменных заявлений сторон (ограничение объема заявлений, необходимость подачи детальных заявлений, организация электронных баз приложений, совместных приложений);
(4) дальнейшие процессуальные совещания (необходимость проведения и даты, в том числе совещания по организации слушаний);
(5) получение доказательств:

---

740 См. статью 20(2) Регламента международного арбитража ICDR (2014).

741 См. статью 24(1) Арбитражного регламента ICC (2012).

742 См. соответствующую рекомендацию в Отчете ICC о техниках контроля времени и расходов в арбитраже (п.п. 25, 26) (ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, Second edition (2014); publication date : 01.11.2014, Document No. : 861-1 ENG).

743 См. статью 15(3) Швейцарского регламента международного арбитража (2012), статью 17 2) Арбитражного регламента CIArb (2015).

744 См. Приложение II к Арбитражному регламенту CIArb (2015).

i. вопрос о необходимости обмена запросами на доказательства, а также об объеме таких запросов, предельных сроках представления возражений на запросы, возражений в отношении полноты предоставленных доказательств;
ii. вопрос о применяемом стандарте раскрытия доказательств, в отсутствие договоренности о котором следует принять стандарт существенности для разрешения спора;
iii. специфические вопросы раскрытия электронных доказательств, в том числе расходы, связанные с поиском;

(6) проведение осмотров на месте (необходимость, время и процедура осмотра доказательств на месте арбитражным судом или назначенным им экспертом);

(7) свидетели и назначенные сторонами эксперты:
i. коммуникация представителей сторон со свидетелями в связи с дачей ими показаний;
ii. возможность решения отдельных вопросов с помощью привлеченных сторонами экспертов;
iii. необходимость представления в арбитраже экспертных показаний, график обмена отчетами экспертов;
iv. возможность подготовки совместного отчета экспертами сторон, в котором эксперты изложат вопросы, по которым достигнуто согласие или существует разногласие;

(8) возможность формирования группы свидетелей или экспертов, которые будут давать показания по одному или смежным вопросам;

(9) необходимость или желательность назначения арбитражным судом одного или нескольких экспертов;

(10) представление доказательств:
i. очередность и порядок представления доказательств, в том числе возможность получения показаний посредством видеоконференции или других средств;
ii. предельные сроки для заявления свидетелей с указанием предмета их предполагаемых показаний, обмена

письменными заявлениями с показаниями свидетелей, обмена перед слушаниями письменными заявлениями сторон с документальными доказательствами;

(11) слушания:

i. дата, время и место слушаний, а также другие организационные вопросы;

ii. ограничения времени представления сторонами аргументов и допроса свидетелей;

iii. сепарация свидетелей в слушании;

iv. способ дачи показаний: с физическим присутствием в слушании, письменно, в режиме видеоконференции, посредством Интернет, по телефону или другим способом;

v. способ фиксации показаний (стенографирование, запись прочее);

(12) обмен заявлениями после слушаний (необходимость обмена заявлениями и параметры таких заявлений, в том числе ограничение объема);

(13) арбитражное решение (необходимый уровень детализации обстоятельств, которыми будет обосновано решение).

По результатам совещания арбитражному суду следует издать письменный процессуальный приказ, содержащий принятые на совещании решения и достигнутые соглашения. CIArb рекомендует, чтобы такой приказ содержал, в частности, график разбирательства с соответствующими сроками, датами процессуальных действий. В дальнейшем такой график может поддаваться коррекции после консультаций со сторонами.

ii. Совещания по организации слушаний

Совещания (консультации) со сторонами по организации слушаний (*pre-hearing conference*[745] или реже *status conference*[746]) целесообразно проводить после того, как получен

[745] Наиболее часто употребляемый термин, который также используется в Отчете ICC о техниках контроля времени и расходов в арбитраже.

[746] Термин, употребляемый в статье 2 Рекомендаций CPR арбитрам, ведущим сложные арбитражные процессы (CPR Guidelines for Arbitrators Conducting Complex

отзыв ответчика на иск (*statement of defense*). Во время таких консультаций сторонам и арбитражному суду рекомендуется обсудить, по крайней мере, такие важные вопросы, как время и место слушаний, распределение времени для каждой стадии слушаний, будут ли заслушаны вступительные и заключительные заявления сторон, подлежат ли вступительные заявления рассылке перед слушаниями, а итоговые — после слушаний, в какие сроки и в каком объеме; использование средств фиксации (аудио-, видеозапись, ведение протокола) и перевода; очередность и порядок допроса свидетелей и экспертов. Такое совещание также может быть использовано для того, чтобы арбитражный суд обратил внимание сторон на вопросы, касающиеся сути спора, которые требуют уточнения к слушаниям.

Процедурные вопросы, которые необходимо решить во время совещаний по организации слушаний, следующие:

1) необходимо ли в начале слушаний сторонам выступать с вступительными заявлениями или изложением своих позиций;
2) какие технические средства, в том числе аудиовизуальные, будут применяться в слушаниях;
3) какие свидетели и эксперты должны быть допрошены в слушаниях;
4) порядок допроса и очередность допроса;
5) время, необходимое для прямого и перекрестного допроса;
6) могут ли быть приняты письменные показания в качестве ответов при прямом допросе;
7) есть ли необходимость в проведении конференции свидетелей или экспертов;
8) будут ли стороны делать устные заявления с оценками полученных в слушании доказательств, выступать в прениях или же стороны представят письменные заявления (брифы) через определенное время после завершения слушаний.

Arbitrations). Чаще этот термин употребляется для обозначения совещаний о статусе дела, а не сугубо для подготовки слушаний.

15.4.2. Слушания и совещания по существу спора

i. Слушания по существу спора

Термин «слушание» в арбитражной практике имеет несколько значений. Одно из них подразумевает встречу сторон и состава арбитражного суда, на которой стороны могут содержательно представить свои позиции, подкрепленные доказательствами, а арбитражный суд — выяснить интересующие его вопросы, касающиеся сути спора. Это слушания по существу спора в широком смысле (*merits hearings*)[747].

Здесь важно отметить, что многие принятые в национальных судебных процессах процессуальные тактики и способы усиления воздействия с помощью устной речи считаются в арбитраже лишними и даже неприемлемыми. Кроме того, заявления и меморандумы, которые стороны направляют друг другу и арбитражному суду в электронном виде и в которых они излагают свои аргументы, являются намного более удобным и менее затратным средством донесения позиции, чем организация слушания[748]. В основном из-за этих двух описанных выше причин устные слушания в их классическом понимании, охватывающем полноценные выступления сторон и прения, все меньше применяются в международном коммерческом арбитраже[749]. Исключения составляют сложные процессы, в которых обмен письменными документами не позволит достичь понимания системы аргументов сторон. Среди исключений также можно отметить арбитражные процессы, проводимые

[747] Термин используется, например, в статье 2 Рекомендаций CPR арбитрам, ведущим сложные арбитражные процессы (CPR Guidelines for Arbitrators Conducting Complex Arbitrations).

[748] *Kaplan N.* If It Ain't Broke, Don't Change It / Neil Kaplan // Arbitration. — 2014. — Vol. 80, Issue 2. — p. 173.

[749] Практики арбитража, тем не менее, считают, что часто полноценные слушания с изложением сторонами своих аргументов оказываются полезными и оправдывают возможные расходы на их проведение. Они позволяют сразу выслушать ключевые аргументы, уточнить неясные моменты в аргументации и даже снизить напряжение между сторонами, которое часто поддерживается агрессивными построениями в письменных обращениях, которыми обмениваются стороны и которые они представляют арбитражному суду (см. *Kaplan N.* If It Ain't Broke, Don't Change It / Neil Kaplan // Arbitration. — 2014. — Vol. 80, Issue 2. — p. 174). Как показано в § 18.3 (пункт 18.3.3) слушания, действительно, имеют важное психологическое значение.

под сильным влиянием национальных судебных систем, когда в арбитраж механически переносится традиция обязательного проведения слушаний.

ii. Подготовительные слушания

В тех случаях, когда возникает необходимость выяснить некоторые вопросы по существу спора (обстоятельства, которые стороны не оспаривают, вопросы, по которым существует разногласие, применение специальных правил возложения бремени доказывания в отношении отдельных обстоятельств), речь идет уже скорее не о консультациях, а о проведении подготовительных слушаний[750].

iii. Слушания по доказательствам

В современных арбитражных процессах слушания все больше сводятся к слушаниям по доказательствам (*evidentiary hearings*), поскольку именно для получения и исследования некоторых доказательств есть необходимость проводить устное слушание. Прежде всего это касается допроса свидетелей и, в меньшей степени, экспертов, когда для формирования убеждения арбитра ценным является не только содержание показаний свидетеля, но и его реакции на вопросы и в целом поведение в ситуации допроса. Возможность получить уточнения показаний также составляет ценность слушаний. Напротив, поведение представителя стороны не рассматривается как имеющее сопоставимое с поведением свидетеля доказательственное значение, а любые уточнения его позиции делаются им по собственному усмотрению и могут быть выражены письменно.

Если слушания проводятся, арбитражный суд имеет широкие полномочия по определению порядка их проведения. Регламенты ведущих арбитражных учреждений не устанавливают

[750] Стоит отметить, что в практике отсутствует ограничение употребления понятия «слушания» только случаями, когда стороны представляют свои позиции или доказательства (слушания по доказательствам). Бывают и процессуальные слушания (*procedural hearings*), термин вполне используемый в арбитраже, хотя и более близкий по значению к совещанию по организации разбирательства, чем к полноценным слушаниям (см., например, п. 71 Отчета ICC о техниках контроля времени и расходов в арбитраже).

каких-либо дополнительных требований, кроме направленности на достижение высокой эффективности процесса и заблаговременного уведомления сторон о слушаниях[751]. Однако несмотря на все разнообразие способов проведения слушаний, которые предлагают Правила IBA и другие рекомендательные акты, неизменными являются два ключевых аспекта: контроль арбитражного суда над слушанием (обычно на основе соглашения сторон) и предоставление сторонам возможности участвовать в допросе свидетелей и экспертов, назначенных сторонами (путем прямого и перекрестного допроса), а также задавать вопросы эксперту, назначенному арбитражным судом. Контроль арбитражного суда предусматривает также право ограничивать и исключать любой вопрос, заданный свидетелю или эксперту, ответ или явку, если арбитражный суд придет к выводу об их безотносимости, несущественности или необоснованной обременительности, дублировании или ввиду необходимости применить другие ограничения, в частности о допустимости. Наводящие вопросы во время прямого допроса также не допускаются, хотя могут быть применены во время перекрестного допроса.

Если учреждение, администрирующее арбитраж, не обеспечивает процесс техническими средствами и услугами записи и расшифровки (транскрипции) слушаний, арбитражный суд может возложить на стороны обязанность осуществлять такую фиксацию и представить электронную версию расшифровки слушаний, позволяющую производить поиск информации по содержанию. Обязательное ведение протокола слушания единоличным арбитром, председателем арбитражного суда или административным персоналом уже редко встречается[752].

Также по итогам слушаний стороны могут подать, а арбитражный суд может предложить сторонам или даже обязать их подать заявления (*post-hearing briefs*) с анализом полученных и исследованных во время слушания доказательств.

---

[751] См. статью 25(1) Швейцарского регламента международного арбитража (2012), статью 19.2 Арбитражного регламента LCIA (2014), статью 23(1) Регламента международного арбитража ICDR (2014).

[752] См. например, как ведение такого протокола предусмотрено в статье 30(1) Венского арбитражного регламента (2013).

iv. Совещания о статусе дела

В качестве отдельного вида консультаций либо для характеристики группы вопросов, которые могут подниматься на общих консультациях арбитражного суда и сторон можно назвать совещания (консультации) о статусе дела (*status review consultations*)[753]. Во время таких консультаций арбитражный суд может указывать сторонам на изменения, произошедшие во мнении арбитражного суда по поводу доказанности тех или иных обстоятельств. По сути это техника, с помощью которой арбитражный суд поддерживает информированность сторон о том, какие доказательства и в отношении каких фактов он считает достаточными. Ее применение осуществляется на усмотрение арбитражного суда, однако в тех случаях, когда арбитражный суд ранее сообщал сторонам о достаточности определенных доказательств, а в процессе рассмотрения произошли изменения, обращение к такого рода консультациям может стать необходимостью.

Проведение таких консультаций связано со значительной долей риска нарушить принципы справедливого разбирательства, поэтому практика их проведения не является распространенной, особенно в арбитражных системах, сформировавшихся под влиянием континентальной правовой традиции, в которых приемлемым считается, чтобы арбитражный суд не делился результатами своей оценки доказательств вплоть до вынесения арбитражного решения[754].

15.4.3. Слушания и совещания посредством видеоконференции и других средств связи

Отсутствие излишней формализации процедур всегда рассматривалось как одна из положительных черт международного коммерческого арбитража по сравнению с национальными судебными процессами. Особенно явно эта черта прослежива-

[753] Иногда их также называют слушаниями о статусе дела (*status review hearings*) (см. *Kurkela M.* Due Process in International Commercial Arbitration / Matti Kurkela, Santtu Turunen. — Oxford; New York, N.Y. : Oxford University Press, 2010. — p. 143).

[754] Некоторые основания для таких опасений рассмотрены в § 17.4 (пункт 17.4.4(ii)).

ется в том, что арбитражная практика восприняла и активно применяет техники дистанционного рассмотрения, видеоконференции со сторонами, свидетелями и экспертами, процедуры рассмотрения дел по документам без устных слушаний. Применение этих техник осуществляется при условии соблюдения одного из основных принципов арбитража — предоставления сторонам права изложить свои аргументы.

Еще сравнительно недавно среди исследователей и практиков арбитража пользовалось поддержкой мнение, что лишь в исключительных случаях можно обойтись без очных слушаний по доказательствам или других слушаний, а коммуникацию сторон и арбитражного суда и представление позиций можно организовывать путем общения по телефону или в режиме видеоконференции[755]. Обновленные регламенты многих арбитражных центров уже содержат положения о том, что свидетели и эксперты могут быть допрошены с применением средств, которые не предполагают их физического присутствия в слушаниях, в том числе в режиме видеоконференции[756], что также касается и проведения слушаний в целом[757]. Проведение процедурных совещаний с помощью средств связи, в том числе по телефону и посредством видеоконференции, стало обыкновенной практикой[758].

Видеоконференция имеет при проведении слушаний по доказательствам то преимущество перед телефонной связью без визуального контакта, что, во-первых, визуальная идентификация свидетеля дает большую уверенность в личности допрашиваемого, а во-вторых, снижает риск незаметных подсказок и другого влияния третьих лиц на свидетеля в процессе допроса, а также позволяет арбитрам и сторонам отмечать невербальные акты допрашиваемого.

---

[755] *Kurkela M.* Due Process in International Commercial Arbitration / Matti Kurkela, Santtu Turunen. — Oxford ; New York, N.Y. : Oxford University Press, 2010 — p. 157.

[756] См. например статью 25(4) Швейцарского регламента международного арбитража (2012), статью 23(5) Регламента международного арбитража ICDR (2014).

[757] См. например статью 19.2 Арбитражного регламента LCIA (2014).

[758] См. статью 24(4) Арбитражного регламента ICC (2012).

В современных условиях видеоконференция перестала быть чем-то технически сложным, поэтому при прочих равных ей отдается предпочтение. Дополнительные меры, которые стоит предпринимать при организации видеоконференции со свидетелем, состоят в обеспечении возможности быстрой пересылки копий документов электронными средствами связи, для тех случаев, когда возникает необходимость получить комментарии относительно документов, которые не были направлены заранее.

15.4.4. Итоговые резюме, заявления после слушаний

В течение непродолжительного времени после завершения слушаний стороны могут подать итоговые резюме (*briefs*), в которых изложить свои оценки заслушанных аргументов и полученных во время слушаний доказательств. Некоторые арбитражные регламенты даже предусматривают право арбитражного суда потребовать у сторон представления таких заявлений и резюме[759], хотя и без таких специальных правил это право следует из принципа автономии арбитров.

Для обеспечения равных возможностей сторон в представлении итоговых заявлений, арбитражный суд может распорядиться о том, в течение какого срока стороны могут их подать, а также каков допустимый объем заявлений. В некоторых случаях, когда это касается излагаемых стороной в слушаниях аргументов, такие заявления могут быть разосланы до начала слушаний. Итоговые заявления являются документами, в которых стороны подчеркивают изложенные в слушаниях наиболее существенные для решения дела аргументы и оценивают представленные в слушаниях доказательства, однако не представляют новые доказательства, на что арбитражный суд может иногда отдельно обратить внимание сторон[760].

[759] См. например статью 22 Швейцарского регламента международного арбитража (2012).

[760] См. п.п. 84, 85 Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства (1996 год) / Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, 1996 год, том XXVII. — С. 338.

§ 15.5. Рассмотрение по документам

Проведение полноценных очных слушаний в современном арбитраже рассматривается как весьма громоздкая и затратная процедура, применение которой сложно оправдать, если она сводится лишь к заслушиванию позиций сторон, прениям и изучению доказательств, которые арбитражный суд и стороны могли бы исследовать без слушаний. Разбирательство по документам, наоборот, считается применимым по умолчанию, если только в проведении слушаний не возникнет действительной необходимости[761].

Общепризнано, что принцип предоставления сторонам возможности изложить свои аргументы не утверждает обязательность устных слушаний. Такой подход подтверждается также арбитражной практикой, в частности опубликованным и часто цитируемым арбитражным решением 1988 года по регламенту ICC по делу № 4975, в котором арбитражный суд пришел к выводу, что стороны вполне могут реализовать возможность изложить свои аргументы другими средствами. По крайней мере, это относится к арбитражному разбирательству по документам[762].

Действительно, известные арбитражные регламенты допускают осуществление арбитражного разбирательства без устных слушаний, а только на основании документов[763]. Некото-

---

[761] Так, в авторитетном в арбитражной практике Отчете ICC о техниках контроля времени и расходов в арбитраже (п. 35) содержится рекомендация сторонам и арбитрам: «Следует рассмотреть, является ли необходимым для решения дела арбитражным судом проведение слушаний. Если возможно, чтобы арбитражный суд рассмотрел дело только на основании документов, это существенно сократит расходы и время рассмотрения» (см. ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, Second edition (2014); publication date : 01.11.2014, Document No. : 861-1 ENG).

[762] *Conde e Silva G.J.* Transnational Public Policy In International Arbitration : PhD in Law Thesis / Gui J. Conde e Silva. — London : Queen Mary College, University of London, 2007. — p. 188.

[763] См. статью 15(2) Швейцарского регламента международного арбитража (2012), которая предусматривает принятие решения о проведении такого разбирательства после консультаций со сторонами, а также статью 17(3) Арбитражного регламента CIArb (2015), согласно которой слушания проводятся по требованию стороны либо по инициативе арбитражного суда.

рые учреждения, администрирующие арбитраж, даже внедрили специальные регламенты по ускоренному арбитражу (SCC, AAA, ВОИС и другие), разработаны также наставления по ускоренному арбитражному разбирательству без проведения устных слушаний (например, в 2011 году изданы наставления Королевского института арбитров по арбитражу по документам[764] и для арбитража по Типовому закону ЮНСИТРАЛ[765]). Правила ускоренного разбирательства, содержащиеся в статье 42 Швейцарского арбитражного регламента (2012), предусматривают проведение единственных слушаний для получения показаний свидетелей и экспертов, а также заслушивания устных аргументов сторон, если только стороны не договорились о рассмотрении спора исключительно на основании документов.

Существование таких процедур свидетельствует, очевидно, о принятии процедур рассмотрения без слушаний по доказательствам как позволяющих сторонам представить свои аргументы. В то же время это не означает, что арбитражный суд во всех случаях может по своему усмотрению ограничиться рассмотрением по документам. Лишь немногие законы о международном коммерческом арбитраже создают такую возможность для арбитражного суда (например, статья 34(2)(h) Английского закона об арбитраже). Напротив, Типовой закон ЮНСИТРАЛ (статья 24(1)) и законодательство в странах, которые его имплементировали, в том числе в Украине, а также Немецкий гражданский процессуальный кодекс (§ 1047 (1)), Бельгийский судебный кодекс (статья 1705) и другие предусматривают обязанность арбитражного суда провести слушание по требованию стороны, если только стороны не договорились об ином. Такой же подход закреплен во многих арбитражных регламентах[766]. Правила IBA требуют явки в устное слушание свидетелей и экспертов, если об этом заявила любая из сто-

[764] CIArb Guidelines for Arbitrators regarding Documents-Only Arbitrations, Practice Guideline 5, 06 December 2011.

[765] CIArb Guideline 5 to the UNCITRAL Model Law and Rules: Guideline for Arbitrators regarding Documents-Only Arbitration, 06 December 2011.

[766] В частности, в статье 35(3) Регламента МКАС при ТПП Украины, статье 25(6) Арбитражного регламента ICC (2012), статье 19.1 Арбитражного регламента LCIA (2014) и статье 17(3) Регламента ЮНСИТРАЛ (2010).

рон или арбитражный суд. При этом обязательным является персональная явка, если только арбитражный суд не допустил проведения видеоконференции или использования иной технологии связи.

Несмотря на то, что законодательство об арбитраже и регламенты известных арбитражных учреждений наделяют арбитражные суды широкими полномочиями в определении правил процедуры и доказывания, упомянутые выше нормы законодательства об обязанности арбитражного суда провести слушание по требованию стороны, если только стороны не договорились об ином, стоит рассматривать как такие, которые не допускают отклонения по решению арбитражного суда. В то же время, договариваясь о применении арбитражных регламентов, предусматривающих решение вопроса о целесообразности проведения слушаний арбитрами (например, правила по ускоренному арбитражному разбирательству), стороны как раз достигают договоренности, которая позволяет арбитражному суду самостоятельно решать вопрос о необходимости проведения слушаний. Такой вывод подтверждается также арбитражной и судебной практикой. Так, арбитражный суд, который рассмотрел дело по Регламенту ускоренной арбитражной процедуры SCC, отказал в удовлетворении ходатайства стороны о проведении слушания и исключил из доказательств письменные показания свидетелей, поскольку они не были допрошены из-за отсутствия слушаний. Компетентный суд Швеции, рассматривая заявление об отмене этого арбитражного решения, пришел к выводу об отсутствии оснований для отмены[767].

Итак, разбирательство по документам, без слушаний даже вопреки требованию одной из сторон, возможно в том случае, если *lex arbitri* предусматривает право арбитражного суда самостоятельно решить вопрос о необходимости слушаний либо если стороны уполномочили арбитражный суд на это.

В случае проведения рассмотрения по документам арбитражный суд, как правило, не принимает письменные показа-

[767] *Marild E.* Oral Presentation of Evidence and the Application of the Parol Evidence Rule in International Arbitration / Erik Marild // The American Review of International Arbitration. — 2013. — Vol. 24. — No. 2. — pp. 327.

ния свидетелей и заключения экспертов, назначенных сторонами. Дело в том, что такие показания и заключения хотя и имеют письменную форму, должны рассматриваться скорее не как документ — письменное доказательство, а как ответы на вопросы стороны, которая их представила. Принципы равного отношения к сторонам и предоставления им возможности изложить свои аргументы требуют, чтобы и другая сторона имела возможность задать свои вопросы. Видимо, именно по этим причинам в Правилах IBA закреплены положения о том, что письменные показания свидетелей и заключения экспертов, назначенных стороной, не учитываются в качестве доказательств, если такие свидетели и эксперты не явились без уважительных причин на слушание несмотря на требование стороны об их участии (статьи 4.7 и 5.5 Правил IBA в отношении свидетелей и экспертов соответственно). Правила IBA предусматривают возможность принятия таких письменных показаний и заключений без участия в слушаниях лиц, которые их предоставили, но только в исключительных случаях. Конечно, арбитражный суд может исключить явку любого свидетеля или эксперта, если придет к выводу об их безотносимости к делу, несущественности или необоснованной обременительности, дублировании или необходимости применить другие ограничения, в частности допустимости, как это предусмотрено статьей 8.2 Правил IBA, однако тогда во всех случаях, кроме как если речь идет о необоснованной обременительности, такое решение должно также касаться и самого письменного показания или заключения.

Такой подход в высокой степени согласуется с принципами справедливого разбирательства, и все же он не универсален в том смысле, что устоявшаяся арбитражная практика в некоторых странах, например в Швеции, в таких случаях допускает принятие письменных показаний без перекрестного допроса. Однако считается, что арбитры не должны придавать таким показаниям большое доказательное значение[768].

[768] *Андерссон Ф.* Арбитраж в Швеции / Андерссон Ф., Исакссон Т., Юханссон М., Нильссон У. ; под ред. Дж. Херре. — М. : Статут, 2014. — С. 133.

Таким образом, арбитражный суд может без создания дополнительного риска отмены арбитражного решения ограничиться рассмотрением по документам, несмотря на требование одной из сторон о проведении слушаний, если такое право предусмотрено *lex arbitri* или соглашением сторон, в том числе путем ссылки на регламент, который предусматривает право арбитражного суда отказать в проведении слушаний, и при этом к делу от другой стороны не приобщены письменные свидетельские показания или заключение эксперта, назначенного стороной.

§ 15.6. Получение доказательств

Хотя истребование доказательств у стороны рассматривается как потенциально угрожающее равенству сторон, как отмечают Г. Кауфман-Колер и Ф. Берч, исследованная литература не идентифицирует ни одного дела, в котором арбитражное решение было отменено или в его принудительном исполнении было отказано из-за истребования арбитражным судом документов. В то же время, если стороны договорились о процедуре раскрытия доказательств, отказ арбитражного суда в запросе документов может стать основанием для отмены арбитражного решения или отказа в его принудительном исполнении, ведь в таком случае арбитражное решение может рассматриваться как принятое с нарушением установленной сторонами процедуры[769].

Несмотря на различия в правовых культурах, общепризнанной в международном арбитраже практикой является право сторон обратиться в арбитражный суд с просьбой о получении относящихся к делу документов, которые находятся во владении или под контролем другой стороны[770]. В зависимости

[769] *Kaufmann-Kohler G.* Discovery in international arbitration: How much is too much? / Gabrielle Kaufmann-Kohler, Philippe Bärtsch // Zeitschrift für Schiedsverfahren. — 2004. — Heft 1. — p. 17.

[770] *Trittmann R.* Taking Evidence in Arbitration Proceedings between Common Law and Civil Law Traditions — The Development of a European Hybrid Standard for Arbitration

от правовой традиции, которая имеет наибольшее влияние на практику соответствующего арбитражного центра или состава арбитража, объем требования, с которым может столкнуться сторона, у которой запрашивают доказательства, различен.

15.6.1. Получение доказательств, раскрытие доказательств, *discovery*

В литературе, посвященной международному арбитражу, часто говорится, что современные подходы к доказыванию в арбитраже формируются как бы на стыке подходов, свойственных двум крупнейшим правовым традициям — системам общего права и континентальным системам. При этом первой группе приписывают тягу к возложению на стороны обязанности раскрыть все доказательства, даже те, которые способны повредить их позициям.

Континентальным системам приписывают приверженность концепции, в соответствии с которой каждая сторона полагается на имеющиеся в ее распоряжении доказательства в обоснование своей позиции. В строгом виде такая концепция ни в одной правовой системе континентальной семьи не применяется. Если бы концепция действовала в строгом виде, реакция стороны на доказательства оппонента могла бы выражаться только в представлении собственных доказательств. Однако это не так, ведь в континентальных системах сторона, к примеру, имеет право задавать вопросы свидетелям другой стороны, а это выходит за рамки исследования доказательств и является способом получить новые доказательства у оппонента.

В практике арбитражных центров сформировалось стойкое убеждение в праве арбитров требовать от сторон предоставления доказательств. В то же время в отличие от других систем, для правовой системы США характерно такое особенное явление как «раскрытие доказательств» (*discovery*). Практики,

Proceedings / Rolf Trittmann, Boris Kasolowsky // UNSW Law Journal. — 2008. — Vol. 31(1). — p. 337.

воспитанные в этой правовой традиции, часто переносят его из национальных судебных процессов в международный коммерческий арбитраж.

Термин «раскрытие» (*discovery*) употребляется в юридической терминологии США и некоторых других странах общей системы права (кроме Англии, где этот термин был изъят из процессуального законодательства в 1996 году и заменен другим «раскрытием» (*disclosure*)) для обозначения процесса, в котором стороны и их представители обязаны предоставить документы, которые касаются дела, даже если предоставление таких документов вредит позиции этой стороны.

В отечественной правовой науке термин «раскрытие доказательств» введен Л. Н. Николенко со значением обязательства каждого лица, участвующего в деле, раскрыть доказательства, на которые оно ссылается как на основание своих требований до начала судебного разбирательства[771]. В таком смысле это понятие существенно отличается от *discovery* американского образца, предполагающего раскрытие всех доказательств, которые могут касаться дела, а не только тех, на которые сторона ссылается, поэтому далее мы будем принимать это понятие именно в таком широком значении, которое ему присуще исторически.

По мнению А. Редферна и М. Хантера, если обязательные нормы процессуального права (*lex arbitri*) или соглашение сторон не устанавливают иного, раскрытию нет места в международном арбитраже[772]. Другие исследователи вообще считают, что в большинстве арбитражей раскрытие доказательств сводится к обмену между сторонами информацией, на которую они намерены полагаться[773]. Г. Решке-Кеслер считает, что, в

---

[771] *Ніколенко Л. М.* Доказування в господарському судочинстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / Л. М. Ніколенко ; НАН України. Ін-т екон.-правов. дослідж. — Донецьк, 2004. — С. 13.

[772] *Redfern & Hunter* on International Arbitration — Fifth Edition Edited by Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. — Oxford University Press, 2009. — p. 393.

[773] *Arrowood C.* Discovery in International Arbitration: The Murky Waters of 28 U.S.C. §1782 / Catharine B. Arrowood and Kathryn S. Lehman // Privacy & Data Security Law Journal. — 2009. — September Issue. — p. 724.

принципе, арбитражные регламенты и законодательство об арбитраже даже в странах гражданского права, в том числе в тех, которые имплементировали Типовой закон ЮНСИТРАЛ, делают возможным применение *discovery*. Оно, однако, противоречит цели международного коммерческого арбитража как инструмента быстрого и эффективного разрешения споров[774]. По этой причине даже в американских арбитражных системах, естественно тяготеющих к полному раскрытию сторонами доказательств, такие инструменты раскрытия доказательств, как предварительный обмен вопросами, на которые следует отвечать под присягой либо иным способом, принимая на себя обязательство давать правдивые ответы (*interrogatories*), и сбор специально назначенными для опроса лицами, в том числе представителями сторон, письменных показаний потенциальных свидетелей (*depositions*), не применяются[775]. Американские практики арбитража также соглашаются, что даже в американских системах международного коммерческого арбитража эти техники получения доказательств или не применяются вовсе, или очень редки[776]. В то же время практика других, нежели ICDR, учреждений, которые администрируют международный коммерческий арбитраж в США, исходит из того, что применение *depositions* возможно[777]. В любом случае, в арбитраже эти процедуры не характеризуются такой обременительностью для стороны и такой расфокусированностью по предмету, как те, которые присущи национальным судебным процедурам в США.

---

[774] *Raeschke-Kessler H.* Discovery in International Commercial Arbitration? / Hilmar Raeschke-Kessler // K.-H. Böckstiegel, K.-P. Berger, J. Bredow, eds., The Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, German Institution of Arbitration (DIS) Series, Carl Heymanns Verlag, 2010. — Vol. 26. — pp. 49, 54.

[775] О чем прямо указано в Руководящих принципах ICDR для арбитров в отношении обмена информацией (статья 6(b)) и Регламенте по международному арбитражу ICDR.

[776] *Von Mehren G.* Is International Arbitration Becoming Too American? / George M. Von Mehren and Alana C. Jochum // The Global Business Law Review. — 2011. — Vol. 2. — p. 54.

[777] См. статью 2(c) Протокола CPR раскрытия документов на предоставление свидетелями показаний в коммерческом арбитраже (Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration of the International Institute for Conflict Prevention and Resolution).

Правила IBA не допускают *discovery*, о чем однозначно утверждает один из авторов этого документа Г. Решке-Кеслер[778]. Действительно, как и в предыдущей, в действующей редакции Правил IBA предусмотрена возможность обращения стороны в арбитражный суд с запросом на предоставление только конкретных доказательств или их узкой категории, который может быть удовлетворен арбитражным судом или нет. Хотя по мнению других исследователей, именно положения статьи 3.8 Правил IBA свидетельствует о возможности применения раскрытия, и даже по отношению к третьим лицам[779], можно согласиться, что это будет значительным отступлением от общего подхода, заложенного в Правила.

По мнению З. Маросси, арбитражное соглашение может быть структурировано таким образом, чтобы содержать положение о *discovery*. Если договор предусматривает, что стороны обязаны осуществлять обмен специфической информацией в случае спора, это, по мнению З. Маросси, уполномочивает стороны и арбитражный суд на проведение *discovery*, без необходимости входить в ненужную дискуссию о существовании обязанности раскрывать доказательства[780].

Арбитражная практика в поисках компромисса между подходами, свойственными системе общего права и допускающими раскрытие (*disclosure*) или полное раскрытие (*discovery*) доказательств, и традицией континентальных систем, предписывающей каждой стороне полагаться на свои доказательства, обратилась к концепции получения доказательств (*production of evidence*). Очень ясно различие между этими понятиями применительно к арбитражу LCIA было описано в известном решении английского суда по делу BNP Paribas и Deloitte Tou-

[778] *Raeschke-Kessler H.* Discovery in International Commercial Arbitration? / Hilmar Raeschke-Kessler // K.-H. Böckstiegel, K.-P. Berger, J. Bredow, eds., The Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, German Institution of Arbitration (DIS) Series, Carl Heymanns Verlag, 2010. — Vol. 26. — pp. 49, 54.

[779] *Bolthausen O.* Obtaining Discovery in International Arbitral Proceedings: The European v American Mentality by R. A. Oliver Bolthausen and Peter H. Acker // Arbitration. — 2008. — Vol. 74. — No. 3. — p. 236.

[780] *Marossi Z.* Evidentiary Obligations in Contemporary International Litigation : PhD in Law Thesis / Zeinalabedin Marossi. — University of Amsterdam, 2008. — p. 180.

che LLP: «*существует важное различие между требованием получить документ как доказательство определенного факта... и требованием о раскрытии, позволяющем забросить невод в документы, чтобы посмотреть, подтверждают ли они позицию заявителя*»[781].

Арбитражная практика МКАС при ТПП Украины указывает на применение смягченной формы раскрытия — нередки случаи, когда арбитражные суды предлагают стороне предоставить документы, относящиеся к делу, однако на которые не ссылается сторона, у которой эти документы испрашивают. Так, из решения МКАС при ТПП Украины от 28 сентября 2001 года видно, что арбитражный суд предложил ответчику вместе с отзывом на исковое заявление предоставить документы, о существовании которых утверждал истец[782].

Мнение о нежелательности распространения практики *discovery* в арбитраже, таким образом, находит поддержку как в чисто юридическом аспекте — *discovery* конфликтует с представлением о состязательности, так и с экономической точки зрения — *discovery*, как правило, является дорогой и обременительной процедурой. В психологическом плане *discovery* также имеет больше недостатков, чем преимуществ, о чем детально сказано в главе, посвященной психологическим аспектам доказывания.

15.6.2. Запрос на предоставление доказательств

В целом для современного арбитража характерно ограничение практики запросов сторонами доказательств у оппонентов. Оправданным признается введение различного рода процессуальных ограничений в отношении запросов, в частности таких:

– ограничение количества запросов, стадий процесса, на которых они могут быть поданы, объема запрашиваемой информации;

[781] *O'Malley N. D.* Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide / Nathan D. O'Malley. — Informa, 2012. — p. 38.

[782] Решение МКАС при ТПП Украины от 28 сентября 2001 года [*О взыскании убытков*].

– строгое тестирование запросов на соответствие критериям относимости и существенности запрашиваемых материалов[783].

Условия, при которых запрос документов является допустимым, как правило, не установлены ни в национальном арбитражном законодательстве, ни в институциональных арбитражных регламентах. Они выкристаллизовались из практики и воплотились в Правилах IBA[784].

Правила IBA предусматривают возможность подачи стороной ходатайства (запроса) о предоставлении документов другой стороной. Такое ходатайство в соответствии с Правилами IBA (статья 3.3) должно содержать:

1) описание каждого запрашиваемого документа, достаточное для его идентификации или, если речь идет о запросе узкой категории документов, достаточно конкретизированное описание такой категории, которое также должно включать предмет, которого касаются запрашиваемые документы. Если документы хранятся в электронной форме, сторона должна сама или по требованию арбитражного суда идентифицировать конкретные файлы, критерии поиска, конкретных лиц или другие способы поиска таких документов эффективным и экономичным способом;
2) объяснение того, каким образом запрашиваемые документы относимы к делу и являются существенными для его разрешения[785];

---

[783] См. п.п. 50, 52 Отчета ICC о техниках контроля времени и расходов в арбитраже (ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, Second edition (2014); publication date : 01.11.2014, Document No. : 861-1 ENG). Стандарт существенности запрашиваемых документов признан также в некоторых регламентах (см. например статью 21(4) Регламента международного арбитража ICDR (2014)).

[784] *Kaufmann-Kohler G.* Discovery in international arbitration: How much is too much? / Gabrielle Kaufmann-Kohler, Philippe Bärtsch // Zeitschrift für Schiedsverfahren. — 2004. — Heft 1. — p. 18.

[785] Один из наиболее авторитетных юристов арбитражной практики И. Дерен высказал мнение, что получение документов должно служить не просто представлению в арбитраж любого относимого и существенного для решения дела документа, а документального доказательства, без которого сторона не может выполнить своего бремени доказывания (*burden of proof*). Когда запрос на получение документов

3) заявление о том, что запрашиваемые документы не находятся в распоряжении, владении или под контролем запрашивающей стороны, или объяснение причин, по которым предоставление этих документов было бы для нее необоснованно обременительным. Также должно быть дано объяснение причин, по которым запрашивающая сторона считает, что запрашиваемые документы находятся в распоряжении, владении или под контролем другой стороны.

Сторона, у которой запрошены доказательства, не обязана ожидать решения арбитражного суда по запросу и предоставлять их только, если арбитражный суд поддержит этот запрос. Из этого исходят также Правила IBA, которые предусматривают, что *сторона, к которой обращен запрос на предоставление доказательств, может предоставить их запрашивающей стороне и, если так решит арбитражный суд, также арбитражному суду, или предоставить арбитражному суду свои возражения*. Только в последнем случае арбитражный суд будет решать вопрос об обоснованности запроса и возражений и, как результат, об обязании стороны предоставить доказательства. Такому решению может предшествовать предложение арбитражного суда сторонам провести консультации для обсуждения возражений.

Таким образом, Правила IBA предусматривают, что сторона, от которой запрошены документы, может в течение установленного арбитражным судом срока заявить возражение против ходатайства, указав на определенный дефект самого ходатайства (отсутствие в нем очерченного выше необходимого обоснования или ложность предоставленных данных), или же указав на основания, по которым документы не могут быть предоставлены. Перечень таких оснований приведен в статье 9.2 Правил IBA. Он объединяет возражения по основаниям

оспаривается, арбитры ответственны за то, чтобы определить, действительно ли запрашивающая сторона нуждается в документах, чтобы выполнить бремя доказывания. Если нет, в удовлетворении запроса следует отказать (приведено по *Tercier P.* Document Production in Arbitration: A Civil Law Viewpoint / Pierre Tercier, Tetiana Bersheda / The Search for “Truth” in Arbitration // ASA Special Series. — 2011. — No. 35. — p. 95–96).

несоответствия запрашиваемых доказательств критериям относимости, существенности и допустимости, а также несоответствия запроса принципу равенства сторон и пропорциональности.

Если бремя, которое возлагается на сторону в связи с необходимостью предоставить определенные доказательства, несоразмерно с существенностью этих доказательств, арбитражный суд может отказать в обязании стороны предоставить их или возложить на сторону, которая обратилась с запросом, расходы, связанные с получением доказательств[786].

Сопротивление стороны, которой адресован запрос на доказательства, является распространенным явлением, закономерной реакцией. Сторона часто возражает против придания арбитражным судом запросу обязывающей силы, ссылаясь, например, на то, что запрос является «чрезмерным и неоправданно обременительным, расплывчатым и неоднозначным» в отношении запрашиваемых документов, как это сделала сторона в одном арбитражном деле, рассмотренном по регламенту SCC[787].

Объясняя смысл требований, предъявляемых к запросу, Г. Решке-Кеслер считает, что сторона может запросить у других сторон документы (в том числе электронные), если такие документы являются относимыми и существенными для разрешения спора. Арбитражный суд может удовлетворить запрос, только если решит, по крайней мере предварительно, что запрошенные документы *являются* относимыми и существенными для разрешения дела. Особый акцент здесь делается на слове «являются», поскольку если документы только «могут быть» относимыми и существенными для решения дела, этого, по мнению Г. Решке-Кеслера, недостаточно для того, чтобы арбитражный суд обязал сторону предоставить запрашиваемые документы, на что указывает сама словесная конструкция статей 3 и 9.2 Правил IBA[788]. Наличествующая, а не потенциальная относи-

[786] Такое правило закреплено, например, в статье 21 Регламента международного арбитража ICDR.

[787] SCC Arbitration Award of 5 April 2007 (*Pressure sensors case*).

[788] *Raeschke-Kessler H.* Discovery in International Commercial Arbitration? / Hilmar Raeschke-Kessler // K.-H. Böckstiegel, K.-P. Berger, J. Bredow, eds., The Taking of

мость возведены в некоторых арбитражных системах в ранг принципов раскрытия доказательств. Так, в Протоколе раскрытия документов и представления свидетелей в коммерческом арбитраже CPR необходимость обосновать относимость представлена как подход, не позволяющий превратить арбитраж в место, в котором представители сторон могут «не оставить камня на камне», то есть профильтровать друг у друга любую информацию в поисках возможных доказательств. Это так называемая практика «ловли доказательств» (*fishing expeditions*).

Запрос на предоставление документа должен идентифицировать запрашиваемый документ в достаточной мере. Описание должно содержать, как минимум, следующие элементы: автор и / или адресат документа; дата или примерный период создания документа и приблизительное содержание. Правила IBA также допускают запросы на предоставление «узкой и конкретной категории документов», которые ожидаемо существуют. На практике арбитры, действительно, удовлетворяют запросы на истребование категорий документов, если они являются относимыми[789].

Кроме того, документы должны находиться во владении или быть под контролем стороны, у которой их запрашивают. Запрашивающая сторона, таким образом, должна сообщить об обстоятельствах, которые позволяют ей утверждать, что документы находятся у оппонента или подконтрольны ему.

Г. Кауфман-Колер и Ф. Берч обобщают условия для удовлетворения запроса и дают такой их перечень: идентификация документов с разумной конкретностью; относимость к делу; подтверждение нахождения документов во владении или под контролем стороны; отсутствие привилегий, которые бы защищали такое доказательство от раскрытия. Дополнительными условиями, которые арбитражный суд должен учитывать, по мнению ученых, являются ожидания сторон, пропорциональ-

Evidence in International Commercial Arbitration, German Institution of Arbitration (DIS) Series, Carl Heymanns Verlag, 2010. — Vol. 26. — p. 53.

[789] *Kaufmann-Kohler G.* Discovery in international arbitration: How much is too much? / Gabrielle Kaufmann-Kohler, Philippe Bärtsch // Zeitschrift für Schiedsverfahren. — 2004. — Heft 1. — p. 18.

ность запроса на предоставление документов и эффективность организации арбитражного разбирательства[790].

Дж. Франк и Дж. Бернар выводят на основе обобщенных условий для запроса документов такие принципы запроса доказательств:

1) конкретность запрашиваемых документов или узкой категории документов;
2) существенность для разрешения дела;
3) недоступность документов для запрашивающей стороны;
4) наличие оснований для вывода о нахождении документов во владении или под контролем другой стороны;
5) справедливое распределение связанных с получением документов расходов;
6) отсутствие чрезмерного бремени для стороны[791].

Приведенный выше перечень нуждается в дополнении. Одной из обязательных предпосылок удовлетворения ходатайства стороны о получении доказательств (наряду с подтверждением относимости таких доказательств и обоснования их наличия у другой стороны) является также представление стороной, обращающейся с запросом, доказательств *prima facie*[792].

Г. Решке-Кеслер также считает, что арбитражный суд должен рассматривать запросы о предоставлении документов после обмена сторонами исковым заявлением и отзывом на иск и после того, как сторона, обращающаяся с запросом, представит все документальные доказательства, которые находятся у нее. Только после такого обмена заявлениями по существу спора и имеющимися у сторон документами, арбитражный суд может принять наиболее взвешенное и все же предварительное решение о том, являются ли запрашиваемые документы относимыми к делу и существенными для его разрешения. Соответственно, отрицательной считается практика, при которой

[790] *Там же.* — p. 18.

[791] *Frank J. L.* Electronic Discovery in International Arbitration: Where Neither the IBA Rules Nor U. S. Litigation Principles Are Enough / Jonathan L. Frank and Julie Bedard // International Dispute Resolution Journal. — November 2007 / January 2008. — pp. 70–71.

[792] *Marossi Z.* Evidentiary Obligations in Contemporary International Litigation : PhD in Law Thesis / Zeinalabedin Marossi. — University of Amsterdam, 2008. — p. 257.

арбитражный суд удовлетворяет запрос только на основании первых заявлений без всякого знания правовых и фактических аспектов дела и без исследования доказательств, к которым запрашивающая сторона имеет свободный и неограниченный доступ[793]. В арбитражной практике такой подход находит поддержку[794].

Еще одним очень важным моментом при рассмотрении запросов является то, что *доказательства должны запрашиваться для подтверждения обстоятельств, на которые сторона указала в обоснование своих требований или возражений*. Целью получения доказательств у другой стороны является предоставление стороне возможности доказать свою позицию, а не выстроить ее[795].

Таким образом, в наиболее общем виде условия, при которых запрос стороны о предоставлении другой стороной доказательств может быть удовлетворен, таковы:

1) запрашиваемые доказательства должны быть относимыми, существенными и допустимыми;
2) сторона, обращающаяся с запросом, должна представить *prima facie* доказательства тех обстоятельств, которыми обосновываются ее требования или возражения, то есть ее позиция в споре в целом;
3) арбитражный суд должен быть убежден в том, что такие доказательства находятся во владении или под контролем стороны, у которой их запрашивают.

В отношении получения свидетельских показаний Правила IBA устанавливают требования, подобные тем, которые

---

[793] *Raeschke-Kessler H.* Discovery in International Commercial Arbitration? / Hilmar Raeschke-Kessler // K.-H. Böckstiegel, K.-P. Berger, J. Bredow, eds., The Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, German Institution of Arbitration (DIS) Series, Carl Heymanns Verlag, 2010. — Vol. 26. — pp. 53, 54.

[794] В Отчете ICC о техниках контроля времени и расходов в арбитраже (п. 51) содержится рекомендация рассматривать запросы документов после того, как стороны изложили имеющиеся у них аргументы и доказательства (ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, Second edition (2014); publication date : 01.11.2014, Document No. : 861-1 ENG).

[795] *Tercier P.* Document Production in Arbitration: A Civil Law Viewpoint / Pierre Tercier, Tetiana Bersheda / The Search for “Truth” in Arbitration // ASA Special Series. — 2011. — No. 35. — p. 80.

действуют для документов. Сторона может обратиться в арбитражный суд с ходатайством о принятии мер для получения свидетельских показаний или о поручении стороне принять такие меры. Ключевым требованием для удовлетворения ходатайства является обоснование относимости и существенности показаний.

15.6.3. Таблица Редферна

Если стороны и арбитражный суд в организации процесса получения доказательств ориентируются на Правила IBA, то часто этот процесс выстраивается в последовательность таких действий:

(1) Направление сторонами запросов на предоставление доказательств;

(2) Полное или частичное удовлетворение оппонирующими сторонами запросов и предоставление запрошенных доказательств либо направление обоснованных возражений;

(3) Представление запрашивающими сторонами отзывов на возражения;

(4) Представление сторонами арбитражному суду совместных либо отдельных заявлений, в которых стороны в удобной форме подают информацию о том, какие доказательства были запрошены и получены, в предоставлении каких было отказано, насколько обоснован с их точки зрения отказ.

Прохождение процесса через эти стадии, как оказалось, удобно может быть представлено в виде единой таблицы, а не отдельных заявлений. Таблица Редферна (*Redfern Schedule*) — это хорошо зарекомендовавший себя в арбитражной практике инструмент, позволяющий в удобной форме вести учет запросов документов[796]. Ниже представлен вариант, в котором

[796] Таблица названа по имени Алана Редферна, известного практика международного арбитража и автора многочисленных публикаций, многие из которых признаны классическими пособиями по арбитражу.

учитываются запросы от обеих сторон. В некоторых вариациях таблицы, которые предполагают ее составление каждой из сторон отдельно, первая колонка может отсутствовать. Иногда используется упрощенный вариант с четырьмя колонками для описания документов, обоснования относимости, возражения оппонента и решения арбитражного суда.

1	2	3	4		5	6	7
Запрашивающая сторона	№	Запрашиваемые документы или категории документов	Обоснование запрашивающей стороной относимости и существенности		Ответ / возражение на запрос	Ответ на возражение	Решение арбитражного суда
			Ссылка на заявление стороны	Комментарий			

Таблица Редферна удобна не только своей простотой и логикой построения. Она хороша еще и тем, что табличная форма позволяет избежать ситуации, когда судьба отдельных запросов остается нерешенной. В таблице такие затерявшиеся запросы проще отыскиваются. Важной деталью разработки А. Редферна стоит признать особую структуру колонки, в которой приводится обоснование относимости и существенности. Как несложно заметить, ее правильное заполнение требует дать ссылку на сделанное стороной заявление. Имеется в виду, что запрашивающая сторона должна здесь сослаться на сделанные ею ранее заявления (утверждения), в обоснование которых она теперь запрашивает доказательства. Это очень важная деталь, позволяющая избежать «ловли доказательств» (*fishing expeditions*), когда сторона заявляет о необходимости получить у другой стороны различные документы без того, чтобы показать связь между запрошенными документами и сделанными

ею утверждениями, для доказывания которых эти документы могли бы потребоваться.

Использование таблицы Редферна согласуется с Правилами IBA: заполнением колонки о запросе конкретных документов должно выполняться положение статьи 3.3(a)(i) Правил; если речь идет об узкой категории документов, то это соответствует статье 3.3(a)(ii); приведение обоснования относимости и существенности согласуется с требованиями статьи 3.3(b) Правил.

Обмен информацией в электронной форме, применяемый в арбитраже в подавляющем большинстве случаев, сделал наиболее распространенным использование электронной формы таблицы Редферна, в которой обрабатываются запросы всех сторон. Запрашивающая сторона вносит в таблицу перечень запрашиваемых ею документов с обоснованием их относимости и существенности, после чего таблица направляется оппоненту либо же сразу размещается на доступном сторонам и арбитражному суду ресурсе, что позволяет одновременно работать с документами дела. Оппонент вносит свои возражения либо пометки об удовлетворении запросов. Оставшиеся спорными вопросы решает арбитражный суд. Все это происходит в формате, не требующем обмена отдельными заявлениями и возражениями по каждому запросу и уж тем более без необходимости проведения консультаций для разбора каждого запроса. Хотя в сложных процессах, в которых объем аргументации сторон в отношении необходимости получить отдельные документы требует особого внимания, очные консультации все же могут быть проведены.

15.6.4. Получение электронных доказательств

i. Специфические вопросы, связанные с получением электронных доказательств

Получение электронных доказательств (*e-production* или в общеправовой традиции *e-disclosure*) предполагает, как правило, обработку массивных объемов данных, нахождение и систематизацию их по определенным параметрам (периодам

времени, ключевым словам, авторам, хранителям и местам хранения, типам файлов и прочее). Однако, как было рассмотрено в § 11.3, наряду с особыми свойствами, делающими поиск необходимой информации более простой, чем в случае с бумажными документами, другие свойства электронных доказательств, в частности их подверженность уничтожению или изменению в процессе обычной деятельности, подталкивают к тому, чтобы без промедления решать вопросы, связанные с возможным получением этих доказательств.

Учреждения, администрирующие арбитраж, рекомендуют решать вопросы, связанные с возможным получением электронных доказательств, на наиболее ранних стадиях процесса[797]. Так, CIArb рекомендует как можно скорее дать ответы на такие вопросы:

(1) Предполагается ли, что документы в электронной форме могут быть предметом запроса в процессе арбитражного рассмотрения?

(2) Если ответ на предыдущий вопрос утвердительный, то какие типы электронных документов находятся во владении или под контролем каждой из сторон, а также какие компьютерные системы, электронные средства, системы хранения и прочие средства, на которых они содержатся?

(3) Какие шаги следует предпринять для сохранения электронных документов, учитывая имеющиеся у стороны системы управления электронными документами, правила и практику обработки данных, а также принимая во внимание то, что неразумно ожидать от стороны принятия всех возможных мер для сохранения любых потенциально относимых к делу электронных документов?

[797] CIArb в своем Протоколе раскрытия электронных документов в арбитраже (CIArb Protocol for E-Disclosure in Arbitration (2008 год)) рекомендует делать это в любом случае не позднее первых совещаний по организации рассмотрения. Похожий подход поддерживают и авторы Отчета ICC о техниках управления предоставлением электронных документов (см. Techniques for Managing Electronic Document Production When it is Permitted or Required in International Arbitration. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on the Production of Electronic Documents in International Arbitration. — Paris, ICC, 2012. — p. 9).

(4) Какие правила и практика применяются для определения объема раскрытия электронных документов в арбитраже[798]?
(5) Имеется ли между сторонами договоренность либо же хотят ли стороны достигнуть договоренности об ограничении объема раскрытия электронных документов?
(6) Какие инструменты и техники могут быть применены для того, чтобы сделать процесс раскрытия менее обременительным, а также менее затратным? Необходимо обратить внимание, в частности, на такие возможности:
   i. ограничение раскрытия документов или категории документов определенной датой, периодом во времени или документами, находящимися в определенных хранилищах;
   ii. использование согласованных поисковых параметров;
   iii. использование согласованных программных средств;
   iv. использование методов получения образцов данных;
   v. формат и методы электронного раскрытия.
(7) Могут ли быть достигнуты договоренности о сохранении определенных данных в тайне, привилегированном характере информации, отказе от привилегий в отношении раскрываемых электронных документов?
(8) Нуждается ли какая-либо из сторон или арбитражный суд в профессиональной помощи по вопросам информационных технологий в процессе раскрытия?

ii. Режимы раскрытия электронных доказательств

Как и в случае с документами и другими доказательствами, режим раскрытия (от использования только имеющихся у стороны доказательств до полного раскрытия всех доказательств сторонами) касается и электронных доказательств. Он во многом продиктован правовой традицией, под влиянием которой

[798] Такие правила могут содержаться в применяемом арбитражном регламенте, законодательстве об арбитраже, а также в дополнительных правилах о доказательствах, например Правилах IBA, других правилах и протоколах об обмене доказательственной информацией.

проводится арбитраж, может определяться и соглашением сторон. CPR в своем Протоколе раскрытия документов и представления свидетелей в коммерческом арбитраже сделал попытку облегчить сторонам, а вместе с ними и арбитрам, решение вопроса об объеме раскрытия электронных доказательств и предлагает сторонам выбрать один из четырех режимов раскрытия:

Режим A. Раскрытие каждой стороной ограничивается предоставлением в распечатках или другом удобном формате той информации, которую сторона посчитала нужной представить в поддержку своей позиции.

Режим B. Раскрытие осуществляется с установлением определенных ограничений:

(1) каждой стороной осуществляется раскрытие в достаточно удобной форме информации, находящейся у ограниченного числа хранителей;

(2) предоставляется информация, созданная в период между датой подписания соглашения, из которого или в связи с которым возник спор, и датой подачи иска или запроса об арбитраже;

(3) раскрытию подлежит информация только из первичных хранилищ без предоставления информации с серверов резервного копирования или резервных записей, без раскрытия информации с мобильных телефонов, голосовой почты и т. д.

(4) не производится раскрытие другой информации, чем разумно доступные используемые данные.

Режим C. То же, что и режим B, но охватывающий большее число хранителей и более широкий период времени (который требует указания). Стороны могут также договориться, что в случае обоснования необходимости искомой информации возможно раскрытие удаленной, фрагментированной или другой информации, которую трудно получить иначе как с применением средств экспертизы.

Режим D. Раскрытие всей непривилегированной информации в электронном виде, которая имеет отношение к утверждениям или возражениям любой из сторон, с учетом огра-

ничений, налагаемых разумностью, необходимостью избегать ненужных повторений и возложения неоправданного бремени, связанного с получением информации.

iii. Требования к запросу электронных доказательств

В целом к запросу электронных доказательств предъявляются те же требования, что и к запросу документов. Запрос должен содержать:

– описание доказательств либо узкой и конкретной категории доказательств;
– обоснование того, каким образом доказательства являются относимыми к спору и существенными для его решения. Здесь важно отметить, что в отношении электронных доказательств действует презумпция несущественности скрытых метаданных, поэтому без отдельного обоснования необходимости их получения, они не рассматриваются как автоматически затребованные[799];
– заявление о том, что доказательства не находятся во владении или под контролем запрашивающей стороны;
– обоснование того, что доказательства находятся во владении или под контролем у другой стороны.

iv. Формат предоставления электронных доказательств

Электронные документы должны быть по возможности предоставлены в оригинальном или наиболее удобном для исследования формате. При отсутствии соглашения сторон в отношении формата предоставления электронных доказательств, арбитражный суд определяет приемлемый формат. Часто по умолчанию предпочтение отдается оригинальному формату, в котором электронные документы хранятся, или близкому к

[799] См. п. 5.11 Отчета ICC о техниках управления предоставлением электронных документов (Techniques for Managing Electronic Document Production When it is Permitted or Required in International Arbitration. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on the Production of Electronic Documents in International Arbitration. — Paris, ICC, 2012. — p. 11).

нему, если только их использование не лишает возможности другую сторону и арбитражный суд исследовать существенные данные. В таком подходе, как видно, приоритетным считается сохранение целостности данных.

Однако Правила IBA исходят из того, что минимальная обременительность самого предоставления и удобство исследования важнее. Статья 3.12(b) Правил IBA предусматривает, что документы, которые сторона хранит в электронной форме, должны быть предоставлены в форме, наиболее для нее удобной или экономичной, которая может быть в разумной мере пригодна для использования получателями, если стороны не договорились об ином, а в отсутствие такого соглашения — если арбитражный суд не примет иное решение[800].

Формат также выбирается таким образом, чтобы исключить повторную конвертацию[801]. Отсечение содержащихся в электронном документе данных должно сводиться к минимуму при конвертации, если только речь не идет о скрытых метаданных, существенность которых отдельно не была обозначена.

Как и в случае с другими видами доказательств, именно на запрашивающую сторону возлагается бремя доказывания того, что существенность доказательств перевешивает связанные с их получением в определенном формате расходы и другие возможные последствия для другой стороны. Это же касается и тех случаев, когда требуется получить метаданные, связанные с электронными документами.

v. Инструменты поиска и предоставления доказательств

Признанным в практике считается подход, в соответствии с которым сторона, у которой запросили электронные доку-

[800] Аналогичный поход закреплен в некоторых обновленных версиях арбитражных регламентов (см. например статью 21(6) Регламента международного арбитража ICDR (2014))

[801] Распространенным примером практики, которой следует избегать, является распечатывание и предоставление в бумажных документах запрашивающей стороне документов, изначально хранившихся в электронном виде, с тем, чтобы в дальнейшем запрашивающая сторона сканировала и переводила их в доступный поисковым запросам формат, удобный для арбитражного суда.

менты, должна по решению арбитражного суда заранее сообщить о тех инструментах и методах, которые она намерена применить для получения и предоставления доказательств[802]. Такой подход нацелен на то, чтобы избежать добросовестной или недобросовестной утраты доказательств либо же применения неэффективных инструментов и методов, которые не позволят извлечь необходимые доказательства.

vi. Получение фрагментов и копий

Запросы на получение фрагментов файлов, резервных копий, носителей, с которых данные были удалены, подлежат удовлетворению, как правило, только в тех случаях, когда запрашивающая сторона обоснованно указывает на разумную вероятность того, что оппонент намеренно уничтожил или же изменил файлы в преддверии арбитража с недобросовестным отступлением от принятой такой стороной обычной практики хранения документов[803].

Аналогично и практика получения копий одного и того же электронного документа из разных источников должна быть сведена к минимуму и применяться лишь в тех случаях, когда значение имеет сам факт нахождения этих документов в разных местах, доступ к ним у определенных лиц[804] или различие в метаданных документов, демонстрирующее, например, редактирование таких документов.

---

[802] См. например п. 12 Протокола CIArb о раскрытии электронных документов в арбитраже. Аналогичный взгляд содержится и в п. 5.8(c) Отчета ICC о техниках управления предоставлением электронных документов (Techniques for Managing Electronic Document Production When it is Permitted or Required in International Arbitration. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on the Production of Electronic Documents in International Arbitration. — Paris, ICC, 2012. — p. 10).

[803] Такой подход заложен, например, в п. 1(c)(1) Протокола CPR раскрытия документов и представления свидетелей в коммерческом арбитраже (CPR Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration).

[804] См п. 5.10(c) Отчета ICC о техниках управления предоставлением электронных документов (Techniques for Managing Electronic Document Production When it is Permitted or Required in International Arbitration. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on the Production of Electronic Documents in International Arbitration. — Paris, ICC, 2012. — p. 11).

15.6.5. Обеспечение защиты привилегированной информации

Лишение информации, защищенной привилегией, этой защиты, как проблема доказывания приобретает особую остроту именно в контексте предоставления информации по запросу.

Конечно, в тех случаях, когда арбитражный суд считает применимыми определенные нормы, защищающие информацию от раскрытия, запрос на предоставление такой информации может быть обоснованно отклонен[805]. Однако главная проблема часто состоит не в определении применимых норм о привилегии, а в том, чтобы выяснить, содержит ли некоторый материал привилегированную информацию. Ознакомление с такой информацией с целью выяснения этого вопроса проблему не решает. В некоторых юрисдикциях ознакомление третьего лица с защищенной от раскрытия информацией считается непреднамеренным отказом от защиты (*inadvertent waiver of privilege*).

В арбитражной практике выработаны несколько техник поиска доказательственной информации, снижающих риск раскрытия привилегированной информации[806]:

– *применение поисковых запросов, исключающих привилегированную информацию* (*privilege search term*). Техника предполагает, например, исключение из числа подлежащих раскрытию документов тех, которые содержат имена адвокатов или их электронные адреса, что указывает на защищенный адвокатской тайной характер переписки; исключение документов, содержащих пометки «привилегированная информация» или «конфиденци-

[805] См. статьи 3.5, 9.2 Правил IBA.

[806] Приведенные ниже техники описаны применительно к раскрытию электронных доказательств в п. 5.28 Отчета ICC о техниках управления предоставлением электронных документов (Techniques for Managing Electronic Document Production When it is Permitted or Required in International Arbitration. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on the Production of Electronic Documents in International Arbitration. — Paris, ICC, 2012. — p. 13). Представляется возможным применять их и в отношении других доказательств. При этом важно отметить тезис авторов отчета о том, что возможностью применения этих техник не должно обосновываться расширение объема запрашиваемых документов.

ально» или оговорки о конфиденциальности. Стоит отметить, что ввиду распространения практики включения таких пометок и оговорок во многие, даже не содержащие защищенной информации документы (электронные письма, в частности), эффективность применения этой техники существенно снизилась. Тем не менее, такие документы могут быть отсортированы для дальнейшей проверки наличия защищенной информации с помощью других техник;

– *заключение договоров о конфиденциальности и сохранении привилегии («claw-back» agreements*). Заключение таких договоров со стороной, которая допускается к ознакомлению с потенциально защищенной привилегией информацией, позволяет раскрывающей стороне избежать риска отказа от защиты и извлечь из всей раскрытой и подлежащей предоставлению в качестве доказательств ту информацию, которая оказалась подлежащей защите. Недостатками применения этой техники является возможная недобросовестность раскрывающей стороны, которая может предъявлять запрашивающей стороне огромные объемы не имеющей отношения к делу информации, среди которой запрашивающая сторона будет вынуждена выискивать относимое и существенное, после чего согласовывать с раскрывающей стороной возможность представления найденного в качестве доказательства в арбитраже. В то же время заключение таких договоров обеспечивает лишь формальную защиту от использования, например, документов, содержащих защищенную информацию. Сторона-адресат запроса может столкнуться с негативными последствиями уже самого факта ознакомления другой стороны с этой информацией и возможного использования выгод от знания этой информации. Кроме того, наличие таких договоров не ограждает от риска признания раскрытия третьим лицам информации в качестве отказа от защиты в некоторых юрисдикциях.

Кроме описанных выше инструментов, допустимым также считается привлечение для определения статуса информации

третьего лица (эксперта). Об этой технике, а также о том, почему арбитражный суд сам по общему правилу не может выступить в качестве такого третьего лица, было подробно сказано в § 10.5 (п. 10.5.7). Кроме серьезных рисков для действительности и исполнимости арбитражного решения, ознакомление арбитров с защищенными материалами и другими недопустимыми доказательствами влечет существенную угрозу для содержания самого решения, но уже ввиду действия психологических механизмов[807].

15.6.6. Получение доказательств от третьих лиц

Получение свидетельских показаний, как правило, связано с обращением к лицам, не имеющим юридической обязанности участвовать в рассмотрении, что затрудняет получение показаний. Часто, но далеко не всегда, потенциальные свидетели являются связанными со стороной лицами, а потому считается, что сторона имеет контроль над доказательством и может обеспечить дачу показаний и явку свидетеля в слушание. Во многих случаях свидетель полностью независим от стороны, что может повысить доверие к его показаниям, однако усложняет само их получение.

Эта же проблема возникает в случае необходимости получить другие доказательства от третьих лиц[808]. Арбитражный суд, как правило, не имеет правовых средств для того, чтобы

[807] См. § 18.3 (пункт 18.3.2).

[808] По поводу возможности получения доказательств у третьих лиц у многих практиков арбитража возникают обоснованные сомнения. Составители Отчета ICC о техниках управления предоставлением электронных документов в арбитраже отмечают: «Документальное доказательство может быть внесено в процесс разрешения спора в широком смысле двумя путями. Во-первых, сторона может обыкновенно подать документальное доказательство в подтверждение своей позиции. Во-вторых, в зависимости от процессуальной среды, в которой подлежит решению спор, сторона может также иметь возможность требовать предоставления доказательств, находящихся во владении у ее оппонента». О возможности получения доказательств от третьих лиц речь не идет (см. Techniques for Managing Electronic Document Production When it is Permitted or Required in International Arbitration. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on the Production of Electronic Documents in International Arbitration. — Paris, ICC, 2012. — p. 2).

обязать третье лицо предоставить документы, которые находятся в его распоряжении, даже если такие документы имеют решающее значение для дела. Лишь в некоторых странах третье лицо может быть обязано с помощью специального запроса (*subpoena*) явиться в слушание и дать показания, а национальный суд может оказать помощь арбитражу в обеспечении присутствия такого свидетеля[809].

При отсутствии специальных норм в национальном законодательстве страны места арбитража, арбитражный суд не имеет полномочий издавать какие-либо приказы по отношению к третьим лицам в этой юрисдикции. А в тех случаях, когда такое право предусмотрено, на практике оно малоэффективно. Кроме того, третьи лица часто могут быть вне юрисдикции по месту арбитража, поскольку это место часто является избранным именно благодаря своей нейтральности и отсутствию связей с правоотношениями, в связи с которыми возник спор.

§ 15.7. Расходы, связанные с представлением и получением доказательств

Расходы, связанные с представлением сторонами доказательств, на которых основываются их требования или возражения и которые находятся под их контролем, как правило, несут сами стороны. В дальнейшем они могут быть распределены при вынесении арбитражного решения с учетом действий каждой стороны в процессе доказывания, если какие-либо специальные правила по этому поводу не установлены в процессуальном праве либо в соглашении сторон.

В тех случаях, когда арбитражный суд назначает эксперта, связанные с этим расходы, как правило, относятся к расходам на арбитраж и покрываются внесенным сторонами авансом.

[809] Детальнее о содействии национального суда арбитражу в получении доказательств сказано в § 15.8.

Такие расходы также могут быть перераспределены по итогам разбирательства.

Что же касается расходов на получение доказательств по запросам сторон, то ранее уже было многократно отмечено, что практика получения доказательств у одной стороны по запросу другой рассматривается в арбитраже как связанная с дополнительными расходами и возможным затягиванием рассмотрения. В связи с этим были выработаны различные подходы, направленные на то, чтобы стимулировать обоснованность таких запросов и устранить злоупотребления при получении доказательств. Среди них отдельную группу составляют подходы к покрытию расходов на получение доказательств, в частности такие:

(1) непосредственное покрытие запрашивающей стороной связанных с удовлетворением запроса расходов стороны, у которой затребованы доказательства, без последующего перераспределения. Этот подход применяется, как правило, в тех случаях, когда запрос представляется чрезмерным по своему объему и сомнительным по существенности запрашиваемых доказательств, однако адресат запроса не высказывает против его удовлетворения других возражений, нежели связанных с расходами;

(2) покрытие расходов адресата запроса с последующим перераспределением расходов по результатам оценки существенности полученных доказательств или по итогам решения сути спора;

(3) покрытие каждой стороной своих расходов, связанных с предоставлением доказательств, с последующим распределением расходов в окончательном решении по сути спора.

Принимая тот или иной подход к покрытию расходов, сторонам и арбитражному суду стоит учесть, по крайней мере, следующие факторы[810]:

[810] Применительно к издержкам, связанным с получением электронных доказательств, эти факторы описаны в п.п. 5.21, 5.23 Отчета ICC о техниках управления предоставлением электронных документов (Techniques for Managing Electronic Document Production When it is Permitted or Required in International Arbitration. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on the Production of Electronic Documents in International Arbitration. — Paris, ICC, 2012. — p. 12).

– способ распределения расходов на предоставление доказательств может быть наиболее обоснованно определен после сопоставления таких важных параметров, как объем и доступность доказательств, соотношение финансовых возможностей сторон, цены спора;
– распределение и последующее возможное перераспределение расходов не снижает их совокупного размера, то есть стоимости всего процесса, хотя избранный подход может стимулировать запрашивающую сторону ограничивать запросы;
– стимулирование с помощью механизма распределения расходов является более мягким заменителем практики непосредственного ограничения запросов, которая, тем не менее, допустима в арбитраже;
– применение некоторых подходов в ситуации, когда финансовые возможности сторон существенно различны, может открывать возможности для злоупотреблений.

Перечисленные выше факторы важны, когда получение доказательств производится с существенными ограничениями, как, например, это определено в Правилах IBA.

В тех редких случаях, когда по тем или иных причинам сторона добилась полного раскрытия (*discovery*) в арбитраже, подходы к распределению связанных с раскрытием доказательств расходов могут существенно измениться. Обременительность *discovery* для стороны, у которой требуют полного раскрытия, радикализировала мнения о том, кто должен нести расходы, связанные с таким раскрытием. Многие практики считают, что независимо от исхода дела каждая сторона должна самостоятельно нести расходы на предоставление подтверждающих ее позицию документов. То же относится и к расходам на подготовку запросов на раскрытие. Также независимо от исхода дела каждая запрашивающая раскрытие документов сторона должна покрывать расходы другой стороны, связанные с поиском и раскрытием документов. При этом расходы на *discovery* должны быть оценены арбитражным судом и оплачены сторонами на этапе рассмотрения запросов на раскрытие, а не в конце

арбитражного разбирательства[811]. В целом реализация такого подхода вполне возможна на практике. Некоторые арбитражные регламенты содержат специальные правила, позволяющие принять решение в отношении расходов на получение доказательств на стадии рассмотрения запросов[812].

§ 15.8. Получение доказательств в силу нормы права или положений контракта

Ограничения, установленные процессуальными правилами для получения одной стороной документов у другой стороны, не должны применяться в тех случаях, когда право стороны получить эти документы или доступ к ним основывается на положениях контракта или следует из норм применимого права как право стороны контракта[813]. В этих случаях вопрос о получении у стороны таких доказательств, как правило, рассматривается как вопрос существа спора, а не процессуальный.

Материально-правовой характер требований предоставить доказательства в этом случае часто выражается в том, что такие требования являются частью исковых требований и излагаются собственно в иске или первых заявлениях истца по сути спора. Арбитражный суд к таким требованиям также должен подходить как к материально-правовым, а потому результат их рассмотрения может быть представлен в виде частичного арбитражного решения, а не процессуального приказа[814].

---

[811] См. *Rees P.* We Can Have It All: Some Thoughts on the Future of Document Disclosure / P. Rees // Arbitration. — 2015. — Vol. 81, No. 2. — p. 191.

[812] См. например статью 21(8) Регламента международного арбитража ICDR (2014).

[813] Например, если спор возник из договора франчайзинга, а применимым правом предусмотрено право франчайзера на доступ к финансовым документам франчайзи.

[814] На это в своем частичном арбитражном решении 2009 года обратил внимание арбитражный суд, который рассматривал спор по Швейцарскому регламенту международного арбитража: «Решение арбитражного суда должно быть в форме арбитражного решения, поскольку это вопрос существа спора. Следует отметить, однако, что даже если запрос на получение документов имел бы процессуальный характер, Арбитражный суд мог бы принять арбитражное решение (статья 26(2) Швейцарского

Важно отметить, что наличие у стороны права получить документы в силу положений права или договора и даже заявление требования предоставить такие документы в составе исковых требований не означает, что документы могут быть получены только в результате удовлетворения исковых требований. Арбитражный суд может удовлетворить запрос на получение документов и в качестве процессуального шага, направленного на получение доказательств. Такая практика не вызывает возражений, когда исковые требования не ограничиваются получением документов[815], например, когда истец является участником совместной деятельности, имеющим право на часть прибыли, которую распределяет другой участник, ведущий учет деятельности и располагающий всеми документами, которые позволяют рассчитать подлежащую распределению прибыль. Если истец требует выплатить ему часть прибыли, размер которой он лишь предполагает, он может требовать также предоставить ему документы учета, если это предусмотрено регулирующим их отношения правом или договором. В связи с арбитражным разбирательством такие документы могут быть получены ист-

регламента международного арбитража)». Форма решения (процессуальный приказ или отдельное (промежуточное) арбитражное решение) для арбитров часто является вопросом не принципиальным, особенно, если запрашивающая сторона не просит о принятии частичного арбитражного решения, а запрос на документы хоть и был обоснован такой стороной ссылками на материальное право или положения контракта, но не составляет части исковых требований. Так, арбитражный суд, рассматривавший спор по Арбитражному регламенту ICC, принял процессуальный приказ по тем же основаниям: «Правила IBA не ограничивают и не должны быть использованы для того, чтобы ограничить получение документов, на которое сторона, требующая получение, уполномочена в силу предписаний права и / или контракта» (цитаты по *Scherer M.* The Limits of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Document Production Based on Contractual or Statutory Rights / Matthias Scherer // International Arbitration Law Review. — 2010. — Vol. 13, No. 5. — p. 198).

[815] Проблемным может быть получение документов по процессуальному приказу, если получение таких документов составляет все исковые требования или независимую группу требований. Выполнение такого приказа привело бы к фактическому удовлетворению иска до его рассмотрения по сути, что недопустимо. Кроме того, как правило, информация, содержащаяся в таких документах, является коммерческой тайной или защищена в силу действия привилегий, то есть потенциально защищена от истребования по процессуальному приказу. Поэтому, если арбитражный суд для рассмотрения спора нуждается в такой информации, ее объем должен быть ограничен лишь обоснованно необходимой, а ознакомление с ней и выделение необходимой для рассмотрения спора должно осуществляться с применением мер обеспечения защиты привилегированной информации (см. § 10.5 (пункт 10.5.7) и § 15.6 (пункт15.6.5)).

цом либо как часть удовлетворения исковых требований (как правило, путем принятия отдельного (промежуточного) арбитражного решения до рассмотрения вопроса о размере подлежащей распределению прибыли), либо в ответ на удовлетворенный процессуальный запрос на документы (с соответствующим применением Правил IBA либо иных ограничений, связанных с необходимостью обосновать относимость, существенность запрашиваемых документов и прочее).

§ 15.9. Содействие национальных судов в получении доказательств

Возможность заручиться поддержкой национального суда для получения сторонами и / или арбитражным судом доказательств — это комплекс вопросов, в большей степени связанный с особенностями национальной судебной практики, чем с практикой арбитражной. В отдельных странах только арбитражные суды могут обращаться для получения содействия, в то время как в других это право дается сторонам, но только если арбитражный суд допустил такое обращение. Законодательство некоторых стран допускает возможность сторон самостоятельно и без соответствующего решения арбитражного суда обратиться в национальный суд за содействием в получении доказательств. Однако даже в последнем случае практическая возможность и результативность такого обращения связана с особенностями национальной судебной практики[816]. Типовой закон ЮНСИТРАЛ (статья 27) предусматривает право арбитражного суда или стороны с согласия арбитражного суда обратиться к компетентному суду государства с просьбой о содействии в получении доказательств. Суд может выполнить

[816] Так, например, статья 7 Федерального закона об арбитраже США предусматривает право сторон арбитражного разбирательства обратиться за судебным содействием без предварительного согласия или иного вовлечения арбитражного суда. В то же время практика судов свидетельствует о распространении концепции «исключительных оснований» для такого обращения (см. *Salomon C. T.* Obtaining and Submitting Evidence in International Arbitration in the United States / Claudia T. Salomon, Sandra Friedrich // The American Review of International Arbitration. — 2013. — Vol. 24, No. 4. — p. 589).

эту просьбу в пределах своей компетенции и в соответствии со своими правилами получения доказательств.

15.9.1. Практика содействия в получении доказательств факта в дружественных арбитражу юрисдикциях

В Англии и некоторых других странах возможна помощь национального суда арбитражному разбирательству по обеспечению участия свидетеля в слушании и предоставлению документов лицами, подъюрисдикционными такому суду (статья 43 Английского закона об арбитраже, статья 184(2) Швейцарского закона о международном частном праве, § 1050 Гражданского процессуального кодекса ФРГ). В США Федеральный закон об арбитраже (статья 7) предоставляет арбитрам право обратиться для привода любого лица, а не только стороны, и принудительного предоставления ею важных документов. Несмотря на противоречивую практику по этому вопросу в США, арбитражи, которые осуществляют деятельность по Федеральному закону об арбитраже, могут принимать решения об обязании третьих лиц раскрыть доказательства[817]. Спорным в правоприменительной практике США остается вопрос о том, могут ли к таким средствам прибегать иностранные арбитражи[818].

Гаагская конвенция о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам 1970 года не подлежит в этом случае применению, поскольку обращение к механизмам этой конвенции для целей арбитража не допускается. Поэтому за исключением стран, в которых суды уполномочены содействовать зарубежным арбитражным процессам, принудительное получение доказательств от сторон и третьих лиц в юрис-

[817] *Bolthausen O.* Obtaining Discovery in International Arbitral Proceedings: The European v American Mentality by R. A. Oliver Bolthausen and Peter H. Acker // Arbitration. — 2008. — Vol. 74. — No. 3. — p. 235.

[818] *Redfern & Hunter* on International Arbitration — Fifth Edition Edited by Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. — Oxford University Press, 2009. — p. 399.

дикции иной, нежели место арбитража, является сложным, если вообще возможным[819].

Двухсторонние договоры между государствами о правовой помощи, а также многосторонние инструменты, служащие подобным целям также не предполагают использования механизмов правовой помощи в процессе получения доказательств для целей арбитражных разбирательств. Также и Регламент ЕС №1206/2009 о сотрудничестве судов государств-членов ЕС в области получения доказательств по гражданским и торговым делам не открывает такой возможности. По этой причине содействие национального суда в получении доказательств если и возможно, то часто только в пределах, установленных соответствующим национальным процессуальным законодательством и только в отношении доказательств, находящихся на территории, на которую распространяется юрисдикция суда.

В этой книге не рассматриваются процессуальные аспекты помощи национальных судов в получении доказательств для арбитражных процессов, поскольку это требует анализа процессуального законодательства и практики его применения во многих юрисдикциях, и такое исследование в большей степени касалось бы национальных судебных систем, чем международного коммерческого арбитража. Кроме того, как свидетельствует арбитражная практика и подтверждается результатами исследователей, вероятность предоставления такой помощи остается низкой даже в самых дружественных арбитражу юрисдикциях, не говоря уже о странах, в которых практика содействия арбитражу только формируется. В Украине за период с 2011 по 2013 годы суды также не принимали решений об обеспечении доказательств в поддержку арбитражных процессов[820].

---

[819] *Kaufmann-Kohler G.* Discovery in international arbitration: How much is too much? / Gabrielle Kaufmann-Kohler, Philippe Bärtsch // Zeitschrift für Schiedsverfahren. — 2004. — Heft 1. — p. 19.

[820] С целью выявления хоть сколько-нибудь значимой практики содействия национальных судов в получении доказательств было проверено более 1500 судебных решений, в той или иной степени касающихся арбитража.

15.9.2. Содействие в получении доказательств права

Если в вопросе получения доказательств фактов в практике поддерживается слабая надежда на содействие национальных судов (при том, что эта надежда в каждой стране основывается на имеющихся в национальном законодательстве об арбитраже нормах, предписывающих судам оказывать содействие), то ожидать содействия в вопросах получения доказательств права арбитражным судам вообще не приходится. Возможно, единственный закон об арбитраже, который создает реальные основания для обращения за содействием в такого рода вопросах, является Закон Нидерландов об арбитраже, содержащийся в Гражданском процессуальном кодексе Нидерландов. Статья 1044 кодекса предусматривает право арбитражного суда обратиться к специальному судье по обеспечительным мерам Окружного суда Гааги с запросом на информацию в порядке, предусмотренном для судов статьей 3 Европейской конвенции об информации относительно иностранного законодательства (Лондон, 7 июня 1968 года). Обращение за такой мерой содействия возможно в случае, когда арбитраж осуществляется в Нидерландах. Арбитражный суд в этом случае может получить информацию о праве, которое в суде Нидерландов считается иностранным. В то же время, в исследованной арбитражной практике и литературе об арбитраже в Нидерландах отсутствуют упоминания о применении этой нормы.

В вопросах права, таким образом, арбитражные суды могут полагаться на стороны, привлекаемых экспертов, а также на свои собственные инициативы в установлении содержания права.

Глава 16.
Недобросовестность в доказывании

§ 16.1. Недобросовестные действия и общие последствия недобросовестности

16.1.1. Сложности определения понятий

Довольно сложно дать такое определение понятия «добросовестность в доказывании», которое могло бы быть принято и одинаково понято в разных арбитражных системах. Если определять его как соответствие действий этическим нормам, то такое определение малополезно, поскольку нуждается в немедленном анализе этих этических норм. Если же определение будет детальным, то непременно возникнет вопрос о границе добросовестного и недобросовестного поведения в доказывании, необходимой степени открытости каждой из сторон и содействия друг другу в обеспечении доказательств своих позиций.

Арбитражная практика хоть и выработала более-менее общие этические стандарты, однако все еще далека от унификации в вопросах этики. То, что может казаться допустимой адвокатской тактикой в одной правовой системе, расценивается как процессуальная недобросовестность в другой. По этой причине термины «добросовестность» и «недобросовестность» будут использованы далее в этой главе, однако к анализу последствий каждого вида недобросовестного действия мы подойдем более с позиций значения для доказывания, а не с этических позиций. Этический аспект будет рассмотрен здесь лишь как дополнительный. Это тем более оправдано, если принять во внимание, что этика в вопросах доказывания в арбитраже имеет прочную

логическую, финансовую и правовую основы. Как будет показано далее, последствия некоторых недобросовестных действий могут обоснованно наступить только тогда, когда это логически следует из значения действия либо действие имеет ощутимый негативный финансовый эффект. И, конечно же, во всех случаях право арбитражного суда применить последствия недобросовестности должно вытекать из установленной процедуры.

16.1.2. Виды недобросовестных действий

Действия[821], которые характеризуются как недобросовестные в доказывании, могут быть разделены на три группы:

1) Активные действия, направленные на введение арбитражного суда в заблуждение в отношении обстоятельств дела (предоставление поддельных доказательств, заведомо ложные заявления о фактах);
2) Утаивание, сокрытие или другое ограничение доступа к доказательствам (отказ предоставить доказательства или заявление об отсутствии запрашиваемых доказательств, уничтожение доказательств, отказ допустить сторону к осмотру доказательств и т. п.);
3) Злоупотребление процессуальными правами в доказывании.

К последней группе можно отнести:

– чрезмерные запросы на предоставление документов;
– чрезмерное обременение арбитражного суда юридическими аргументами;
– переход разумных рамок длительности в перекрестном допросе;
– применение тактик затягивания процесса;
– нарушение процессуальных приказов арбитражного суда;
– нарушение графика разбирательства[822].

[821] Правильнее говорить о деяниях, как о более широкой категории, объединяющей не только действия, но и бездействие.

[822] См. п. 82 Отчета ICC о техниках контроля времени и расходов в арбитраже (Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration. Second Edition / 2012 Report of

16.1.3. Реакция арбитражного суда

Недобросовестность приписывается стороне, однако проявляется в поведении представителя стороны в арбитражном разбирательстве, которое в таком случае считается ненадлежащим.

Признанные в арбитраже этические нормы — Руководящие принципы Международной ассоциации юристов относительно представительства сторон в международном арбитраже 2013 года — допускают такие формы реакции арбитражного суда на ненадлежащее поведение представителя стороны (п. 26 Руководящих принципов):

– предупреждение представителя стороны о ненадлежащем характере его поведения, а также о возможных последствиях его действий;
– составление соответствующих выводов при оценке доказательств, на которые ссылается представитель, или при оценке его юридических доводов;
– принятие во внимание ненадлежащего поведения при распределении арбитражных расходов, с указанием, в случае необходимости, как и в какой мере ненадлежащее поведение представителя стороны привело арбитражный суд к изменению подхода в части расходов;
– другие уместные меры для достижения справедливости и объективности разбирательства.

Перечисленные здесь, а также другие применяемые в арбитраже меры имеют разный результат своего применения. Одни непосредственно влияют на выполнение бремени доказывания стороной или ее оппонентом, другие компенсируют последствия недобросовестности финансово; третьи (предупреждение) имеют скорее репутационный или воспитательный эффект для самого представителя. Поскольку влияние на сторону арбитражного разбирательства имеют первая и вторая категория мер, именно они будут детально проанализированы далее.

---

the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Reducing Time and Costs in Arbitration. — Paris, ICC, 2013. — p. 15).

Необходимо сразу отметить, что *возможность применения арбитражным судом тех или иных мер в ответ на недобросовестность в доказывании довольно строго выводится из логических оснований доказывания и процессуальных правил*, как это будет видно далее. *Арбитражный суд не может из одних лишь соображений наказания за недобросовестность применить какую-либо из мер, затрагивающих выполнение бремени доказывания*. Это считается недопустимым даже с позиций этических норм, которые требуют, чтобы любые меры в ответ на ненадлежащее поведение в арбитраже применялись с учетом таких факторов:

– задачи обеспечения объективности и справедливости арбитражного разбирательства и исполнимости арбитражного решения;
– потенциальный эффект решения о ненадлежащем поведении на права сторон;
– характер и степень тяжести ненадлежащего поведения, в том числе степень влияния ненадлежащего поведения на ход разбирательства;
– добросовестность представителя стороны;
– соответствующие соображения касательно профессиональной привилегии и конфиденциальности;
– степень, в которой сторона, представленная представителем стороны, руководила им сама, знала или соучаствовала в ненадлежащем поведении[823].

§ 16.2. Искажение фактов и фальсификация доказательств: разграничение подходов

В литературе иногда высказывается мнение, что в вопросах факта стороны должны воздерживаться от искажения или сокрытия обстоятельств дела. При этом граница между

[823] См. п. 27 Руководящих принципов Международной ассоциации юристов относительно представительства сторон в международном арбитраже, одобренных решением Совета Международной ассоциации юристов 25 мая 2013 года.

ошибочным субъективным мнением и искажением фактов не ясна.

Истина и отношение сторон к ней могут быть проанализированы путем выделения в вопросе двух аспектов: (1) активной обязанности изложить или раскрыть «всю» правду; (2) пассивной обязанности обеспечить, чтобы все заявления, сделанные стороной, были правдивыми, но не обязательно раскрывали «всю» правду. Такой подход представляется его сторонникам аналогом договорных обязательств сторон в коммерческих сделках. Так, известные исследователи процессуальных аспектов арбитража М. Куркела и С. Турунен утверждают, что сторона вряд ли может рассматриваться как имеющая обязанность самостоятельно раскрывать доказательства и делать заявления, вредные для собственной позиции (по крайней мере, не по собственной инициативе), но она считается обязанной сделать это по запросу своего оппонента или по требованию арбитражного суда. Несоблюдение процессуального приказа арбитражного суда может иметь серьезные правовые последствия для позиции стороны[824]. С такой трактовкой обязанностей стороны в доказывании сложно согласиться, если смотреть на нее с позиций теории доказывания в состязательном процессе, хотя она почти безупречна с этической точки зрения. Авторитетный источник по вопросам этики — Руководящие принципы Международной ассоциации юристов относительно представительства сторон в международном арбитраже — также указывает, что представитель стороны не должен представлять арбитражному суду заведомо ложные заявления о фактах[825]. Если же представителю стороны станет известно, что сделанное ранее заявление о фактах является ложным, ему следует исправить такое заявление. При этом учитываются возможные препятствия для такого исправления, которыми могут быть конфиденциальность и профессиональные привилегии. В любом случае, считают М. Куркела и С. Турунен,

[824] *Kurkela M.* Due Process in International Commercial Arbitration / Matti Kurkela, Santtu Turunen. — Oxford ; New York, N.Y. : Oxford University Press, 2010. — p. 145.

[825] Отдельные арбитражные центры также закрепили это положение в своих этических правилах для представителей сторон (см. например § 3 Руководящих принципов для юридических представителей сторон, являющихся приложением к Арбитражному регламенту LCIA (2014)).

сторона должна считаться нарушившей свои процессуальные обязанности, если она совершила искажение фактов. Прямое и умышленное искажение или сокрытие фактов может быть квалифицировано как мошенничество, по их мнению. Если искажение квалифицируется как мошеннические действия, лжесвидетельство или подделка, это составляет нарушение международного принципа надлежащего процесса. В случае, если это обстоятельство выявлено после принятия арбитражного решения, оно может, среди прочего, стать основанием для отмены арбитражного решения или отказа в его исполнении. Если такое обстоятельство открылось во время разбирательства, оно может снизить доверие ко всем гипотезам стороны-нарушителя, возможно, даже к тем, которые основаны на правдивом изложении фактов. В любом случае, такие нарушения стороной своих обязанностей должны быть приняты во внимание при распределении арбитражных расходов[826].

Представляется необходимым высказать некоторые возражения по поводу изложенных выше тезисов об обязанности не допускать искажения или сокрытия фактов. Важно разграничивать заявления стороны о фактах и собственно доказательства. Именно такое разграничение позволяет понять, что недопустимой является фальсификация доказательств (подделка документов, лжесвидетельство). Такие действия в некоторых случаях, действительно, могут повлечь наступление юридической ответственности, а также стать основанием для отмены арбитражного решения или отказа в его признании и принудительном исполнении.

Этические нормы в международном арбитраже также вменяют представителю стороны в обязанность не представлять арбитражному суду показания свидетеля или эксперта, о которых представителю известно, что они ложные. Если же представителю становится известно, что свидетель или эксперт намерены представить или представили в арбитраж ложные показания (заключение), представитель должен уведомить сторону о необходимости исправить ситуацию и возможных

[826] *Kurkela M.* Due Process in International Commercial Arbitration / Matti Kurkela, Santtu Turunen. — Oxford ; New York, N.Y. : Oxford University Press, 2010. — p. 146.

последствиях, если ситуация не будет исправлена. Среди мер, которые, как ожидается, представитель стороны предпримет для исправления ситуации с ложными показаниями, оправданными считаются такие:

– проинформировать свидетеля или эксперта о необходимости дать правдивые показания;
– принять разумные меры для сдерживания свидетеля или эксперта от дачи ложных показаний;
– убедить свидетеля или эксперта исправить или отозвать ложные показания;
– исправить или отозвать ложные показания;
– отказаться представлять сторону, если этого требуют обстоятельства[827].

Применение этих мер осуществляется с учетом соображений конфиденциальности и профессиональных привилегий и вообще с учетом норм, которыми регулируется деятельность представителя (в частности, правил адвокатской этики).

Таким образом, и искажение фактов в заявлениях представителя стороны, и использование ложных доказательств — это крайне нежелательные явления с этической точки зрения. Однако то, что они рассматриваются как частные случаи ненадлежащего поведения, а меры реагирования на ненадлежащее поведение составляют целый перечень, не означает, что в ответ на каждый вид ненадлежащего поведения может быть применена любая мера из этого перечня.

Искажение фактов в заявлениях стороны не равнозначно фальсификации доказательств. В противном случае это полностью перечеркивало бы концепцию бремени доказывания и возлагало бы на сторону, которая бремени доказывания не несет, обязанность правдиво изложить факты и тем самым снять со стороны, на которой это бремя лежит, всякую обязанность подтверждать свои заявления доказательствами. Нельзя также приравнивать последствия искажения фактов для позиции стороны в арбитражном разбирательстве к последствиям

[827] См. п. 11 Руководящих принципов Международной ассоциации юристов относительно представительства сторон в международном арбитраже, одобренных решением Совета Международной ассоциации юристов 25 мая 2013 года.

фальсификации доказательства, как это считают возможным некоторые авторы. Утрате доверия к уличенному во лжи свидетелю (пример фальсификации доказательства) не соответствует утрата доверия к заявлениям стороны, которая совершила ложное заявление о факте (пример искажения фактов). В случае, когда во лжи был уличен свидетель, его показания действительно могут быть поставлены под сомнение в целом[828]. Но в случае со свидетелем считается, что у него нет оснований и мотивов[829] искажать факты, а потому если обнаруживается сознательное искажение какого-либо одного факта, это может бросить тень на достоверность показаний в целом. Когда же речь идет о заявлениях стороны о фактах, такая презумпция отсутствия мотивов не действует, поэтому нет оснований говорить, что сторона может утратить доверие к своим заявлениям. Не может она утратить такого доверия еще и потому, что такому доверию в доказывании нет места. Факты могут либо презюмироваться, либо не требовать доказывания по основаниям, не зависящим от того, доверяет арбитражный суд стороне или нет (они могут быть, например, общеизвестными, согласованными сторонами или не оспариваться), либо же должны быть установлены с помощью доказательств. Доверие к заявлениям стороны, принятие их на веру и без доказательств, недопустимо, равно как и снижение уровня этого самого доверия не может сказываться на оценке доказательств. Если же в качестве санкции за искажение фактов арбитражный суд отбросит другие факты, о которых сторона делала заявления и которые были подтверждены доказательствами, то это будет грубым нарушением права представить свое дело в арбитраже.

Хорошим примером, показывающим обоснованность высказанного здесь подхода, являются нормы Арбитражного регламента LCIA (2014), позволяющие арбитражному суду отреагировать на ненадлежащее поведение представителя стороны любой из нижеперечисленных санкций или всеми такими санк-

[828] См. § 12.8 (пункт 12.8.3(iv)).

[829] Даже в том случае, когда свидетелем является лицо с потенциальным конфликтом интересов, его показания могут быть приняты как правдивые, если считается, что у такого свидетеля нет мотивов лгать по определенному вопросу.

циями: (i) письменный выговор; (ii) письменное предупреждение о будущем поведении в ходе арбитражного разбирательства; и (iii) любая другая мера, необходимая для исполнения в ходе арбитражного разбирательства общих обязанностей арбитража, касающихся обеспечения справедливого и эффективного разбирательства (статья 18.6). Как видим, санкции никоим образом не задевают позиции стороны и ее фундаментальные права в разбирательстве.

В общем, представляется обоснованным, что единственным способом избежать негативного влияния заявлений сторон, содержащих искаженные факты, является правильное применение концепции бремени доказывания и тщательное исследование доказательств.

§ 16.3. Нарушение обязанности предоставить доказательства

16.3.1. Реальные и сомнительные меры в ответ на нарушения

Законодательство об арбитраже во многих странах, как в тех, которые имплементировали Типовой закон ЮНСИТРАЛ, так и в других, прямо не предусматривает каких-либо механизмов воздействия арбитражного суда на сторону, которая нарушает обязанность предоставить запрошенные у нее доказательства[830]. Если сторона не предоставляет доказательства, арбитражный суд может продолжить разбирательство и вынести решение на основе имеющихся у него доказательств[831]. Это же правило содержится и во многих арбитражных регламентах, в особенности в тех, которые созданы с заимствованием положений Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ[832]. Это,

[830] В некоторых законах, например в Английском законе об арбитраже 1996 года, они прямо предусмотрены.

[831] См. ст. 25(c) Типового закона ЮНСИТРАЛ.

[832] См. например статью 28(3) Швейцарского регламента международного арбитража (2012), статью 26(3) Регламента международного арбитража ICDR (2014).

однако, не означает, что арбитражный суд лишен иной возможности выйти из ситуации, когда необходимые доказательства ему не предоставлены, а также лишен рычагов влияния на сторону-нарушителя. Просто они выводятся не из конкретной нормы *lex arbitri*, а из права арбитражного суда устанавливать правила процедуры, оценивать доказательства и принимать решение об арбитражных расходах.

Среди применяемых в арбитраже последствий нарушения стороной обязанности предоставить доказательства, наиболее важными и имеющими практическое значение можно считать:

– неблагоприятные выводы (*adverse inference*);
– ограничения в принятии утаенных доказательств;
– учет ненадлежащего поведения при распределении арбитражных расходов и расходов, связанных с получением доказательств.

Последняя мера может быть последствием не только и не столько нарушения обязанности предоставить доказательства (например, в случае, когда доказательство все же было получено, но из другого источника и с существенными расходами), но также других недобросовестных действий в доказывании, в частности злоупотребления процессуальными правами, которое привело к дополнительным расходам.

Кроме действительно применяемых в арбитраже последствий исследователи отмечают также возможность применения иных. Теоретически, такими иными могут быть:

– обращение в компетентный суд за содействием в получении доказательств;
– применение к стороне-нарушителю денежных санкций (штрафов);
– освобождение от бремени доказывания стороны, которая добросовестно запросила у другой стороны необходимые доказательства и не получила их[833].

Сложность применения этих последних мер в арбитраже признана практиками, а во многих случаях применимость их

[833] *Tercier P.* Document Production in Arbitration: A Civil Law Viewpoint / Pierre Tercier, Tetiana Bersheda / The Search for “Truth” in Arbitration // ASA Special Series. — 2011. — No. 35. — pp. 100–101.

ставится под обоснованное сомнение. В особенности это касается права налагать штрафы на сторону-нарушителя. По этой причине здесь мы о них лишь упоминаем, как о возможных[834], однако не раскрываем условия их применения, поскольку они чересчур отягощены спецификой отдельного разбирательства, а также полномочиями, которыми наделяют арбитров стороны и *lex arbitri*[835].

16.3.2. Неблагоприятные выводы

i. Право арбитражного суда сделать неблагоприятные выводы

Одним из возможных последствий невыполнения обязанности по предоставлению доказательств может быть так называемый неблагоприятный вывод, возможность применения которого прямо предусмотрена статьями 9.5 и 9.6 Правил IBA[836],

[834] Даже это признание возможным делается с очень большой долей теоретического допущения. На практике сложно представить, что арбитры в международном коммерческом арбитраже наделяются полномочиями применять санкции штрафного характера или даже распределять арбитражные расходы, руководствуясь мотивом наказать сторону. Как отметил в своем арбитражном решении 2007 года авторитетный практик Нил Каплан: «Арбитражное решение в части, касающейся расходов, не должно быть использовано, чтобы наказать плательщика, но только чтобы осуществить разумное возмещение в пользу успешной стороны» (см. SCC Arbitration Award of 5 April 2007 (*Pressure sensors case*). Правила IBA (статья 9.7) также допускают лишь компенсационный характер санкций — арбитры могут возложить на недобросовестную сторону расходы, понесенные в связи с такой недобросовестностью. Чтобы вывести из Правил IBA возможность применения штрафных санкций, потребуется очень широкое их толкование.

[835] Так, например, в соответствии со статьей 1056 Гражданского процессуального кодекса Нидерландов, книга 4 которого составляет закон об арбитраже, арбитражный суд имеет право применять санкции в тех же случаях, в которых их может применять суд (Arbitration Act of Netherlands of 1 December 1986, Code of Civil Procedure — Book Four: Arbitration). Напротив, статья 27(2) Финского закона об арбитраже предусматривает, что арбитражный суд не имеет права налагать какие-либо санкции или применять какие-либо иные ограничительные меры (см. Arbitration Act of Finland, in force since 1 December 1992 (967/1992; amendments up to 460/1999 included).

[836] Кроме Правил IBA, возможность применения в арбитраже неблагоприятных выводов предусмотрена и в других авторитетных рекомендациях по организации процесса. Так, в п. 51 Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства 1996 года содержится рекомендация арбитрам напомнить сторонам о том, что если сторона, у которой были запрошены доказательства, не удовлетворит запрос в

а иногда закреплена в арбитражных регламентах[837] и, изредка, в законодательстве о международном коммерческом арбитраже (например, в Английском законе об арбитраже).

Содержание концепции неблагоприятного вывода (*adverse inference*) заключается в праве арбитражного суда в случае безосновательного непредоставления стороной доказательства прийти к выводу о том, что таким доказательством подтверждаются неблагоприятные для стороны обстоятельства. При этом важно отметить, что неблагоприятный вывод может быть применен как результат нарушения обязанности стороной, которая не несет бремени доказывания (точнее, бремени убеждения) обстоятельств, поскольку непредоставление доказательств обстоятельства стороной, на которую возложено бремя ее доказывания, само по себе влечет признание обстоятельства недоказанным.

Арбитражная практика подтверждает возможность применения неблагоприятных выводов. Так, по делу 1999 года, рассмотренному по Арбитражному регламенту ICC, невыполнение стороной требования арбитражного суда о привлечении свидетелей со ссылкой на оправдания, которые не были признаны арбитражным судом убедительными, стало основанием для неблагоприятных выводов о содержании договоренностей, достигнутых на встрече, свидетелей которой сторона не привлекла[838].

установленный срок, не указывая достаточных оснований для этого, арбитражный суд вправе сделать собственные заключения из такого непредставления.

[837] См. например статьи 20(7) и 21(9) Регламента международного арбитража ICDR (2014).

[838] См. ICC Arbitration Case No. 8547 of 1999. В споре 2005 года, рассмотренном по Швейцарскому регламенту международного арбитража (частичное арбитражное решение от 24 июня 2005 года, оставленное в силе решением Федерального Верховного суда Швейцарии 4 А 2/2007 от 28 марта 2007 года) арбитражный суд также счел возможным применить неблагоприятный вывод к ответчику в отношении объема продаж как реакцию на нарушение процессуального приказа предоставить документы и подтвердить предоставление доступа аудитору к соответствующим документам (см. *Scherer M.* The Limits of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Document Production Based on Contractual or Statutory Rights / Matthias Scherer // International Arbitration Law Review. — 2010. — Vol. 13, No. 5. — p. 197).

ii. Основания для неблагоприятных выводов

Для неблагоприятного вывода одного только факта невыполнения стороной приказа арбитражного суда о предоставлении запрошенных доказательств недостаточно. Необходимым условием является логическая связь, позволяющая прийти к такому выводу. Арбитражный суд не может просто взять на веру утверждение другой стороны, если непредоставление доказательств может указывать на множество вариантов определенного обстоятельства. Так, по делу 2007 года, рассмотренному по регламенту SCC, арбитражный суд не нашел возможным применить неблагоприятный вывод о размере убытков на том основании, что сторона неудовлетворительно осуществила раскрытие документов, которые могли бы помочь установить точную сумму, поскольку «наличия одних подозрений недостаточно»[839].

В § 1.5, посвященном логическим основаниям доказывания в арбитраже, было дано объяснение значения лучшей гипотезы в построении абдуктивного умозаключения. Практическая ценность этого объяснения хорошо проявляется при решении сложного вопроса о том, при каких условиях можно сделать неблагоприятный вывод. Итак, для неблагоприятного вывода, кроме сугубо процессуальных условий (непредоставление доказательства по решению арбитражного суда), есть еще и такие логические условия:

– гипотеза о том, что сторона не предоставила доказательство именно по причине неблагоприятного для ее позиции содержания, должна быть лучшей из имеющихся;
– гипотеза о том, какой вывод можно было сделать из непредоставленного доказательства, также должна быть лучшей из имеющихся.

Неблагоприятный вывод, по мнению Дж. Пинкстон, не может быть применен в случае непредоставления запрошенной в соответствии с Правилами IBA категории документов, поскольку для запроса категории документов необходимо лишь «обоснованно предполагать их существование», то есть отсут-

[839] SCC Arbitration Award of 5 April 2007 (*Pressure sensors case*).

ствуют доказательства существования этих документов[840]. С такой точкой зрения сложно согласиться. Более правильным представляется считать, что сторона, у которой запрошен отдельный документ, также может обоснованно ссылаться на его несуществование, а существование определенной категории документов может быть подтверждено с высокой вероятностью[841]. Таким образом, необходимыми условиями, при которых неблагоприятный вывод может быть сделан в отношении содержания запрашиваемого документа или категории документов, равно как и других доказательств, являются логическая обоснованность таких выводов (логический компонент) и решение об отсутствии уважительных причин для непредоставления документов (процессуальный компонент).

iii. Достаточность неблагоприятных выводов как замены доказательства

По мнению Г. Кауфман-Колер и Ф. Берча, неблагоприятный вывод в некоторых случаях не является достаточным средством, заменяющим отсутствующее доказательство. В тех случаях, когда сторона не может обосновать свой иск без документа, который, как утверждается, находится во владении другой стороны, сам только неблагоприятный вывод, сделанный в результате непредоставления этого документа, не может быть достаточным для обоснования иска или возражения, в отношении которых никакого иного доказательства не существует[842].

Такое предостережение, по нашему мнению, можно отбросить, если принимать во внимание описанное в § 15.6 условие для запроса доказательств, а именно то, что прежде чем обратиться с запросом на доказательства к оппоненту, сторона должна представить доказательства, подтвержда-

[840] *Pinkston J.* The Case for a Continental European Arbitral Institution to Limit Document Production / Jarred Pinkston // Austrian Yearbook on International Arbitration. — 2011. — p. 94.

[841] Примером такой категории документов могут служить банковские выписки.

[842] *Kaufmann-Kohler G.* Discovery in international arbitration: How much is too much? / Gabrielle Kaufmann-Kohler, Philippe Bärtsch // Zeitschrift für Schiedsverfahren. — 2004. — Heft 1. — p. 21.

ющие ее позицию *prima facie*. Поскольку неблагоприятные выводы являются следствием невыполнения обязанности по предоставлению доказательств, а такая обязанность, как уже ранее отмечалось, возникает у стороны *B* только после представления доказательств *prima facie* стороной *A*, несущей бремя убеждения и запрашивающей у стороны *B* доказательства, можно говорить, что представление стороной *A* доказательств *prima facie* является необходимым условием для таких выводов.

16.3.3. Недопустимость иного негативного влияния на оценку

Отдельно от неблагоприятных выводов некоторые ученые склонны выделять другие подобные реакции арбитражного суда на непредоставление доказательств. Г. Кауфман-Колер и Ф. Берч отмечают, что даже если неблагоприятный вывод не был сделан, поведение стороны, состоящее в непредоставлении доказательств, может на практике повлечь негативное влияние на оценку арбитражным судом позиции этой стороны. Даже учитывая то, что *негативная оценка* менее весома, чем неблагоприятный вывод, она также оказывает значительное влияние[843].

По нашему мнению, выделение каких-то отдельных негативных оценок не является оправданным. Более того, если такая негативная оценка является эмоциональной реакцией на поведение стороны, то от нее следует воздержаться как от проявления пристрастности.

16.3.4. Возложение бремени доказывания на нарушителя

Как отдельный вид реакции на непредоставление доказательств в литературе иногда рассматривают также возложение бремени доказывания на сторону, которая имеет доступ к доказа-

[843] *Там же.* — p. 21.

тельству, однако не предоставила его[844]. Это решение, по мнению исследователей арбитража, имеет такие же преимущества, как и неблагоприятный вывод. Оно, однако, не должно использоваться, когда сторона действительно не имела возможности предоставить доказательство, необходимое для выполнения бремени доказывания, например, если запрошенные документы были уничтожены[845].

С мнением о возможности возложения бремени доказывания (убеждения) на другую сторону в ответ на нарушение с ее стороны сложно согласиться, ведь если речь идет о бремени убеждения, то оно, как ранее было обосновано, остается неизменно на той стороне, которая несла его с самого начала[846]. Если же речь идет о бремени предоставления доказательств, то это бремя сторона как раз и не выполнила, в результате чего встал вопрос о реакции арбитражного суда.

Итак, за концепциями так называемого иного негативного влияния на оценку и перекладывания бремени доказывания стоят все те же неблагоприятные выводы как единственная логически обоснованная форма реакции на нарушение обязанности предоставить доказательства, имеющая последствия для бремени доказывания.

16.3.5. Отказ принять утаенные доказательства. Лишение права ссылаться на непредоставленные доказательства

Сокрытие (утаивание) запрошенных у стороны доказательств считается нарушением принципа добросовестности, а участие в этом представителя стороны — неэтичным[847].

---

[844] *Шемелин Д. А.* Изменение стандарта доказывания в международном коммерческом арбитраже // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 1 : сб. ст. / под ред. А. В. Асоскова, Н. Г. Вилковой, Р. М. Ходыкина. — М. : Инфотропик Медиа, 2013. — С. 195.

[845] *Kaufmann-Kohler G.* Discovery in international arbitration: How much is too much? / Gabrielle Kaufmann-Kohler, Philippe Bärtsch // Zeitschrift für Schiedsverfahren. — 2004. — Heft 1. — p. 21.

[846] См. § 7.4.

[847] См. например § 5 Руководящих принципов для юридических представителей сторон, являющихся приложением к Арбитражному регламенту LCIA (2014).

Отдельным случаем применения принципа справедливого разбирательства является отказ арбитражного суда принять доказательства, которые были утаены стороной. Если сторона в ответ на запрос предоставить доказательства заявила о том, что она ими не располагает или они не находятся под ее контролем, арбитражная практика признает возможным и часто обоснованным отказать в дальнейшем в принятии таких доказательств, если они будут позже представлены этой стороной в обоснование своей позиции[848].

Такое право арбитражного суда может быть закреплено в процессуальном праве. В редких случаях оно установлено в национальном законодательстве об арбитраже. Например, статья 41(7) Английского закона об арбитраже 1996 года предусматривает, что в случае нарушения стороной приказа арбитражного суда, он может среди прочих мер установить, что сторона-нарушитель не имеет права ссылаться на какое-либо заявление или материал, который был предметом приказа. Содержащаяся в Английском законе норма может рассматриваться как более широкое ограничение, распространяющееся не только на случаи, когда нарушитель пытается представить ранее утаенные доказательства, но и на случаи, когда такие доказательства были получены и представлены арбитражному суду из других источников, а нарушитель решил сослаться на них. В любом случае, запрет ссылаться на доказательства касается возможности обосновывать с их помощью свою позицию, но не комментариев о таких доказательствах в целом (в частности, в отношении их достоверности и доказательного веса для обоснования позиции оппонента).

---

[848] Такой подход был сформулирован, в частности, арбитражным судом по делу № 6827 в окончательном арбитражном решении 2008 года (п. 45 решения): «*Стороны не могут полагаться на документы, которые были обозначены ими ранее как несуществующие. Соответственно, документы, которые не были представлены сторонам до слушаний, не будут приняты в состав доказательств в слушании или на более поздней стадии арбитража без разрешения арбитражного суда*» (цит. по *O'Malley N. D.* Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide / Nathan D. O'Malley. — Informa, 2012. — p. 323).

16.3.6. Обращение к компетентному национальному суду

Поскольку арбитражный суд самостоятельно не может принять меры по принуждению и получить таким образом доказательства, которые сторона вопреки приказу арбитражного суда не предоставляет, он может обратиться в компетентный суд или предоставить стороне разрешение на обращение. В то же время, ввиду неурегулированности вопросов содействия арбитражным разбирательствам в национальном процессуальном законодательстве и отсутствия положительной практики по этим вопросам, к таким механизмам прибегают крайне редко даже в дружественных арбитражу юрисдикциях.

Более подробно вопросы, связанные с обращением сторон и арбитражного суда за содействием к компетентному национальному суду рассмотрены в § 15.9 в контексте получения доказательств.

§ 16.4. Последствия уничтожения или утраты доказательств

16.4.1. Обязанность обеспечить сохранность доказательств

Известные арбитражные регламенты и Правила IBA не содержат специальных норм, обязывающих стороны обеспечить сохранность доказательств.

С позиций этики арбитражного разбирательства такая сохранность должна быть обеспечена стороной, владеющей либо контролирующей относимые материалы. Руководящие принципы Международной ассоциации юристов относительно представительства сторон в международном арбитраже 2013 года (п. 12.) определяют, что если арбитражное разбирательство предполагает или, возможно, будет предполагать предоставление документов, представителю стороны следует

проинформировать клиента о необходимости сохранения, *насколько это реально возможно*, документов, включая электронные документы, которые в соответствии с политикой хранения документов или практикой обычной коммерческой деятельности могут быть уничтожены, и которые потенциально могут иметь отношение к арбитражу.

Подходу, продиктованному этикой, противостоит признанное в арбитражном сообществе значение экономического фактора, поэтому от добросовестной стороны не ожидают, что она изменит свои обычные хозяйственные процессы и любой ценой обеспечит сохранность всей потенциально относимой к делу информации.

Важно учитывать, что положения статьи 9.5 Правил IBA о неблагоприятных выводах (*adverse inference*) предусматривают в качестве условия их применения отсутствие уважительных причин для непредоставления доказательств в ответ на распоряжение арбитражного суда. Вместе с тем, статья 9.2(d) Правил в перечне причин обоснованного отказа называет случай, когда «представлена достаточная информация, чтобы с разумной долей вероятности предположить, что Документ утрачен или уничтожен». В этой связи право арбитражного суда каким-либо образом отреагировать на предполагаемую недобросовестность, связанную с утратой документа, может показаться спорным. Однако не стоит забывать, что Правила IBA не имеют строго обязательного характера, поэтому приведенная выше ситуация не является результатом правовой коллизии. Реагировать на недобросовестность, повлекшую утрату доказательств, арбитражный суд может. Более того, умышленное уничтожение документов признается основанием для применения неблагоприятных выводов[849].

[849] См. например, в отношении электронных документов п. 5.31 Отчета ICC о техниках управления предоставлением электронных документов (Techniques for Managing Electronic Document Production When it is Permitted or Required in International Arbitration. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on the Production of Electronic Documents in International Arbitration. — Paris, ICC, 2012. — p. 14).

16.4.2. Бремя доказывания недобросовестной утраты доказательства

В отсутствие приказа арбитражного суда о принятии сторонами мер по сохранению доказательств, недобросовестный характер действий или бездеятельности стороны будет обстоятельством, нуждающимся в доказывании стороной, которая утверждает о недобросовестности[850]. И, вероятно, для его установления может потребоваться более высокий стандарт доказывания, нежели обычно применяемый в арбитраже. Поэтому в качестве лучшей практики, направленной на предотвращение таких ситуаций, можно назвать принятие арбитражным судом решений (приказов) об обязании сторон принять необходимые меры по обеспечению сохранности доказательств[851]. То, насколько конкретно эти меры и доказательства, по отношению к которым они должны быть приняты, могут быть определены в

[850] В отношении электронных документов именно такой подход отмечен в п. 5.33 Отчета ICC о техниках управления предоставлением электронных документов: «Принимая во внимание хрупкость электронных документов, в случае спора по поводу их уничтожения или изменения, сторонам и арбитрам следует рассмотреть возложение на запрашивающую сторону бремени доказывания неправомерности действий стороны, у которой документы были запрошены, нежели возлагать на адресата запроса бремя доказывания того, что его действия или бездействие были разумны и добросовестны» (Techniques for Managing Electronic Document Production When it is Permitted or Required in International Arbitration. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on the Production of Electronic Documents in International Arbitration. — Paris, ICC, 2012. — p. 14).

[851] В связи с изменениями, внесенными в 2006 году в Типовой закон ЮНСИТРАЛ и конкретизировавшими перечень обеспечительных мер, практика издания таких приказов получила крепкий фундамент. Среди таких изменений было введение в статью 17 закона новых положений, которыми уточнен объем обеспечительных мер, в частности, включены в их перечень распоряжения арбитражного суда стороне сохранять доказательства, которые могут касаться дела и иметь существенное значение для разрешения спора. Такие меры, тем не менее, не должны применяться без разумных оснований считать, что существует риск уничтожения или фальсификации (см. п. 5.31 Отчета ICC о техниках управления предоставлением электронных документов (Techniques for Managing Electronic Document Production When it is Permitted or Required in International Arbitration. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on the Production of Electronic Documents in International Arbitration. — Paris, ICC, 2012. — p. 14). Современные арбитражные регламенты уже содержат специальные положения о праве арбитражного суда приказать стороне принять меры, направленные на сохранение доказательств (см. например, статью 25.1(ii) Арбитражного регламента LCIA (2014), статью 26(3)(d) Арбитражного регламента CIArb (2015)).

приказе арбитражного суда, тоже не является простым вопросом. В корне своем он касается объема возможного будущего раскрытия доказательств сторонами, который на начальных стадиях процесса определить непросто. Тем не менее, возложение на стороны обязанности принять меры по сохранению доказательств может быть полезным. В случае недобросовестной утраты или уничтожения доказательств это позволяет возложить на сторону, допустившую утрату, бремя доказывания того, что невыполнение приказа арбитражного суда не носило недобросовестный характер.

Если причины, по которым доказательства были утрачены, не удовлетворят арбитражный суд, для стороны-нарушителя это может повлечь применение неблагоприятных выводов о содержании утраченных документов. В этом случае применение неблагоприятных выводов будет основываться на опровержимой доказательственной презумпции «*omnia (praesumuntur) contra spoliatorem*» («все (презюмируется) против нарушителя»). Суть презумпции заключается в том, что если сторона уничтожила доказательство или иным способом сделала его недоступным суду, считается, что доказательство было не в ее пользу (*spoliation inference*).

Природа этой процессуальной презумпции позволяет считать, что именно на сторону, которая допустила утрату доказательства, возлагается бремя доказывания того, что утраченные доказательства не имели для нее неблагоприятного значения. Иногда в качестве обязательного условия применения презумпции указывают умысел стороны, уничтожившей или утратившее доказательство. Умысел этот, однако, презюмируется. Это важно, поскольку, во-первых, на другую сторону не должно быть возложено бремя доказывания этого умысла, а во-вторых, если сторона-«нарушитель» опровергнет эту презумпцию умысла, то вместе с ней будет опровергнута и презумпция неблагоприятности для нее уничтоженного доказательства.

16.4.3. Уничтожение доказательства экспертом

Особый сложный случай применения презумпции *omnia contra spoliatorem* имеет место при уничтожении, утрате или повреждении доказательства, переданного для исследования эксперту, назначенному стороной. Формально такой эксперт независим от стороны, хоть он и принял от нее назначение.

Однако же и полностью исключить возможность наступления для такой стороны каких-либо негативных последствий нельзя, особенно если будет установлена недобросовестность эксперта. Кто должен ее доказывать? Представляется возможным и в этом случае применять презумпцию против стороны, в интересах которой экспертом была допущена недобросовестность. В таком случае, поскольку эта презумпция опровержима, возникает вопрос о возможности ее опровержения с помощью экспертного заключения эксперта, который в процессе исследования утратил переданное ему доказательство. Видимо, ответ на этот вопрос будет отрицательным. Заключение эксперта, в отношении которого презюмируется недобросовестность, не может быть достаточным доказательством, опровергающим эту презумпцию. Кроме того, если взглянуть на вопрос с сугубо технической стороны, то признание за таким экспертным заключением доказательной силы снимает с эксперта всякую обязанность быть осторожным с исследуемым доказательством, а также лишает другую сторону возможности назначить собственного эксперта.

У стороны, которая должна понести последствия недобросовестности эксперта, таким образом, появляется выбор: опровергать презумпцию в отношении содержания уничтоженного доказательства либо в отношении недобросовестности эксперта. В первом случае сторона сосредоточится на представлении других доказательств того обстоятельства, которое могло быть доказано уничтоженным доказательством. Во втором случае должны быть представлены доказательства добросовестности эксперта, в результате чего его заключение может быть оценено как достоверное доказательство, имеющее определенный вес. Такими доказательствами добросовестности эксперта могут

быть его свидетельские показания об обстоятельствах утраты или уничтожения доказательства, заключения других экспертов[852], видеозапись исследования и прочее.

§ 16.5. Учет действий стороны при распределении арбитражных расходов

Общепризнано, что недобросовестность стороны или ненадлежащее поведение ее представителей в арбитражном разбирательстве может отразиться на распределении расходов на арбитраж, если стороны не договорились об ином либо процессуальным правом не установлено иное.

Принимая решение о возложении арбитражных расходов, арбитражный суд может учитывать поведение стороны как при распределении расходов в целом, так и отдельных расходов, связанных с получением и представлением доказательств. Это право арбитров прямо предусмотрено Правилами IBA (статья 9.7), а также в той или иной мере выводится из положений арбитражных регламентов[853].

Даже в арбитражных системах, традиционно следующих принципу «проигравший платит», открыты возможности для распределения арбитражных расходов с учетом процессуальной добросовестности сторон. Статья 35.1 действующего Арбитражного регламента DIS 1998 года предусматривает возможность распределить арбитражные расходы с учетом расходов, которые были понесены сторонами и были необходимы для *надлежащего* представления их требований и возражений. Такая формулировка правила позволяет не только отказывать в

[852] В этом случае такие заключения экспертов не являются повторной или дополнительной экспертизой того же предмета, что и в первом исследовании. Экспертам будут поставлены вопросы о том, мог ли эксперт-«нарушитель» предотвратить уничтожение или утрату материала, переданного ему для исследования, правильно ли он выбрал и применил методики исследования этого материала и прочие подобные вопросы.

[853] См. например статью 28.4 Арбитражного регламента LCIA (2014), статью 40(1) Швейцарского регламента международного арбитража (2012), статьи 20(7) и 21(9) Регламента международного арбитража ICDR (2014).

возмещении расходов, понесенных стороной в связи с предпринятым ею же затягиванием или другим злоупотреблением, но и возмещать другой стороне расходы, понесенные в связи с необходимостью решить вопросы, возникшие по причине недобросовестности другой стороны.

Возложение на сторону расходов, причиной которых были ее недобросовестные действия, носит компенсационный, а не штрафной характер. Эта мера может быть реакцией на любой вид нарушений в доказывании:

– в случае необоснованного непредоставления доказательства или ограничения доступа к нему на сторону могут быть возложены расходы, связанные с получением доказательства из других источников;
– в случае злоупотребления стороной процессуальными правами в доказывании сторона может понести расходы, которые возникли в связи с затягиванием процесса, получением доказательств по чрезмерным и обременительным запросам и т. п.

Возложение на сторону, которая, по мнению арбитражного суда, ненадлежащим образом выполняла свои обязанности по предоставлению доказательств или злоупотребляла своими правами в доказывании, расходов арбитражного разбирательства, вызванных таким ненадлежащим выполнением, также распространено в арбитражной практике[854].

Если распределение расходов является реакцией на непредоставление доказательств, оно само по себе не компенсирует это доказательство, а потому может быть использовано также в качестве дополнительной меры, то есть вместе с неблагоприятными выводами, поскольку они не являются конкурирующими мерами по результатам применения.

Хорошей практикой считается довести до сведения сторон во время консультаций по организации арбитражного разбирательства, что арбитражный суд будет учитывать их поведение при распределении арбитражных расходов. В отдельных случаях, когда получение некоторых доказательств обременитель-

[854] См. например SCC Arbitration Award of 5 April 2007 (*Pressure sensors case*).

но либо целесообразность их получения или совершения других действий является сомнительной, арбитражный суд сразу может по согласованию со сторонами решать вопрос о том, кто будет нести расходы, связанные с совершением требующихся действий.

Глава 17.
Исследование и оценка доказательств

§ 17.1. Условное разделение стадий

Стадия исследования доказательств лишь в теории может быть отделена от стадий их получения и последующей оценки. Именно по мнению теоретиков, исследование и оценку доказательств следует разграничивать. При этом стадия исследования доказательств в процессе доказывания видится им как направленная на непосредственное изъятие доказательственной информации из источников доказывания субъектами доказывания[855].

В то же время некоторые процедуры, например слушания по доказательствам, служат как получению доказательств, так и их исследованию сторонами и арбитражным судом, а также дают возможность провести предварительную оценку.

Стороны непосредственно участвуют в исследовании доказательств. Результаты этих исследований представляются сторонами друг другу и арбитражному суду часто в виде заявлений — брифов (*briefs*)[856], а также в устных слушаниях. Особенно распространена практика обмена брифами в слож-

---

[855] *Андрійцьо В.Д.* Дослідження доказів як етап процесу доказування в цивільному судочинстві / Василь Дмитрович Андрійцьо // Вісник Вищої ради юстиції. — 2013. — № 3 (15). — С. 8, 15.

[856] В арбитражной практике такие заявления могут иметь разные названия, зависящие от содержания, объема, стадии, на которой они поданы, процессуальной традиции, под влиянием которой проходит арбитраж: заявление (*statement*), меморандум (*memorial*), встречный меморандум (*counter-memorial*), записка, бриф (*brief*), встречный бриф (*counter-brief*), ответ (*reply*), встречные возражения (*réplique, duplique*), контрвозражения (*rebuttal*), вторичные возражения (*rejoinder*). См. UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, United Nations. — New York, 2012. — p. 15.

ных процессах, в которых получение доказательств проходит в несколько этапов. Полезно с практической точки зрения, когда брифы содержат цитаты исследованных и имеющих существенное значение материалов (документов с фактическими данными, юридических источников, отчетов экспертов, стенограмм допросов). В современных условиях удобным считается подача таких брифов в электронном виде с гиперссылками на материалы, правовые источники, отдельные места в расшифровках слушаний.

В то же время заявления сторон (*briefs* и *memorials*), которые содержат их итоговые оценки представленных доказательств и окончательную позицию по делу, должны быть составлены таким образом, чтобы это позволило арбитрам выделить ключевые доказательства, которыми позиции сторон обоснованы.

В тех случаях, когда исследование доказательств осложнено и требует специальных знаний, арбитражный суд может прибегать к помощи экспертов, консультантов и асессоров.

Когда стороны активно участвуют в процессе исследования доказательств, подают меморандумы со своими оценками, часто такое участие также может выливаться в объемные документы, в которых внимание арбитражного суда многократно обращается на одни и те же доказательства, многие правовые концепции расписываются с «азов». Если на начальных этапах рассмотрения ограничить такую практику довольно сложно без ущерба для права стороны представить свою позицию, то в конце рассмотрения, когда сторонам предоставляется возможность представить итоговое изложение своей позиции с оценкой представленных в деле доказательств, арбитражный суд вполне может ввести ограничения, вплоть до количества страниц итогового меморандума[857]. В разумных ограничениях часто нуждаются не только заявления сторон, содержащие результаты их исследования и оценки доказательств, но и сам объем доказательств, подлежащих исследованию арбитражным судом.

[857] *Kaplan N.* If It Ain't Broke, Don't Change It / Neil Kaplan // Arbitration. — 2014. — Vol. 80, Issue 2. — p. 175.

§ 17.2. Процессуальные механизмы сужения объема исследуемых доказательств

В сложных арбитражных процессах, а также в тех процессах, в которых арбитражный суд занял либеральную позицию в вопросе обоснования сторонами относимости и существенности представляемых ими доказательств, объем принятых материалов становится сопоставимым с размерами библиотеки. В то же время удельный вес ключевых доказательств, достаточных для обоснования позиции стороны, оказывается весьма незначительным.

Арбитражный суд может применить некоторые из способов сужения поля исследования представленных доказательств. Применение описанных в этом параграфе способов требует представления сторонами дополнительных заявлений со структурированной информацией, которая помогает сузить диапазон исследования. Если стороны стремятся ускорить рассмотрение и снизить связанные с ним расходы, применение таких способов часто осуществляется по инициативе самих сторон. Однако и в тех случаях, когда стороны не склонны к сотрудничеству в разбирательстве, арбитражный суд, выполняя свою обязанность обеспечить эффективный процесс, может обращаться к описанным ниже и другим инструментам. Такое право арбитражного суда следует из общего принципа автономии в определении правил разбирательства. В отдельных случаях арбитражные регламенты специально устанавливают право арбитражного суда потребовать у сторон представления дополнительных заявлений, которое распространяется также на требование представить итоговые заявления или обзоры ключевых доказательств[858].

[858] См. например статью 22 Швейцарского регламента международного арбитража (2012).

17.2.1. Определение ключевых доказательств

Так, в случае, если в деле представлено значительное количество материалов, на которые стороны не ссылаются[859] в своих последующих заявлениях, арбитражный суд может потребовать от сторон дать ссылку на те материалы, которые существенны для решения дела. Стороны должны понимать, что именно эти доказательства будут исследованы арбитражным судом[860]. Подобная этой, но несколько отличная техника состоит в том, что арбитражный суд может потребовать от сторон заблаговременно перед слушаниями определить ключевые документы, на которые стороны намерены ссылаться в слушаниях[861]. Отличие от первой техники состоит в цели, которой является подготовка к слушаниям, а не выделение ключевых доказательств, имеющих значение для решения всего дела.

17.2.2. Представление резюме, выдержек и образцов

Если ранее описанные техники ориентированы, прежде всего, на сужение фокуса исследования, то применение таких инструментов, как резюме, таблицы, диаграммы, выдержки и образцы, направлено на уменьшение объема изучаемых однотипных данных, а таблицы и диаграммы — еще и на облегчение восприятия сложной информации.

В арбитражной практике возможным считается предоставление резюме объемных и сложных доказательств. Иногда такое резюме в форме доклада представляется лицом, компетентным в соответствующей области (например, дипломированным

[859] Под ссылкой здесь понимается не просто упоминание или перечисление в связи со сделанным заявлением, а достаточно детальное пояснение того, какое значение имеет доказательство в обосновании этого заявления.

[860] См. статьи 3 и 4 Рекомендаций CPR арбитрам, ведущим сложные арбитражные процессы (CPR Guidelines for Arbitrators Conducting Complex Arbitrations)

[861] Техника описана в п. 74 Отчета ICC о техниках контроля времени и расходов в арбитраже (Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration. Second Edition / 2012 Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Reducing Time and Costs in Arbitration. — Paris, ICC, 2013. — p. 14.

бухгалтером или консультантом по инженерно-техническим вопросам). Информация в докладе также может быть изложена в форме таблиц, диаграмм, выдержек с приобщением образцов. При этом, если в докладе представляются новые доказательства, принятие отчета возможно только при предоставлении другой стороне возможности ознакомиться с использованными данными и методологией подготовки доклада[862]. Такие доклады обыкновенно не имеют статуса экспертных заключений, поскольку основная их цель состоит в удобном представлении обработанной объемной информации, которую арбитражный суд при необходимости может изучить самостоятельно.

Тексты нормативно-правовых актов и другие доказательства права, как правило, представляются в виде выдержек, содержащих только относящуюся к делу информацию. Критерий относимости, как видим, проявляется здесь весьма отчетливо.

17.2.3. Подготовка сторонами описания обстоятельств дела

В арбитражной практике допустимым считается предложение сторонам подать арбитражному суду свой проект тех частей арбитражного решения, которые касаются установления фактических обстоятельств (*finding of facts*) и расчетов присуждаемых сумм. CPR в своих Рекомендациях арбитрам в сложных арбитражных процессах считает допустимым получать обоснование не только в отношении фактических обстоятельств и расчетов, но и по вопросам права. Применение таких процессуальных техник, как правило, не наталкивается на сопротивление сторон. Стороны не считают, что, оказывая содействие арбитрам, они выполняют их работу. Наоборот, такой подход позволяет учесть пожелания сторон в отношении того, какое решение они хотят получить. Арбитры не перекладывают на стороны свою обязанность подготовить арбитраж-

[862] см. п. 54 Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства (1996 год) / Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, 1996 год, том XXVII. — С. 334.

ное решение, поскольку решение по существу спора остается за ними, а поданные проекты они могут использовать так, как посчитают правильным.

Примером кооперации сторон в вопросах доказывания является представление сторонами совместного заявления о фактах, которое арбитражный суд может положить в основу своего решения. Такое совместное заявление о фактах может иметь обязательное значение для арбитражного суда, если соглашением сторон или *lex arbitri* не предусмотрено иное[863].

§ 17.3. Значение оценки доказательств в арбитраже

Оценка доказательств осуществляется арбитрами по их внутреннему убеждению — закреплением этого правила, как правило, ограничивается регулирование процесса оценки доказательств в большинстве регламентов международного коммерческого арбитража. Часто это выливается в то, что арбитры не прибегают к изложению результатов оценки доказательств на предмет соответствия определенным критериям, ограничиваясь констатацией того, что доказательства являются убедительными[864].

Убеждение часто рассматривается как инструмент, с помощью которого осуществляется оценка доказательств. Это не оправдано с теоретической точки зрения, поскольку *внутреннее убеждение является состоянием, которого арбитр должен достичь в результате оценки доказательств по определенным критериям и соответствующее выполнению определенного стандарта доказывания*. Не внутреннее убеждение определяет силу доказательств, а доказательства влияют на убеждение суда. В процессе обоснования формируется внутреннее

[863] Детальнее о значении для арбитражного суда согласованных сторонами фактов см. § 6.3 (пункт 6.3.1(iv)).

[864] Как это сделал, например, МКАС при ТПП Украины в решении от 21 мая 2004 года (см. решение МКАС при ТПП Украины от 21 мая 2004 года [*О возврате имущества из незаконного владения*]).

убеждение как субъективное ощущение уверенности в доказанности или недоказанности факта. Именно это ощущение и составляет содержание внутреннего убеждения[865]. Внутреннее убеждение возникает у правоприменителя в результате оценки им доказательств[866].

Оценка доказательств, по мнению теоретиков доказывания, является неотъемлемым элементом деятельности по доказыванию и заключается в определении относимости, допустимости и достоверности доказательств, а сформированная в рамках правовой позиции система доказательств оценивается также по критерию их достаточности[867]. Сложно полностью согласиться с таким подходом к определению содержания оценки доказательств, поскольку относимость и допустимость, как было сказано в предыдущих главах, являются свойствами доказательств, без наличия которых определенный материал не должен быть оценен как доказательство, а критерием достоверности оценка доказательств не исчерпывается, поскольку необходимо также определение веса доказательства, то есть логической возможности с его помощью прийти к выводу об искомом обстоятельстве. Система же достоверных доказательств, действительно, подлежит оценке по критерию достаточности. Эти критерии необходимо рассмотреть детально.

§ 17.4. Критерии оценки

17.4.1. Теоретические разногласия

Если на практике от арбитров не требуется формального изложения результатов оценки с применением конкретных критериев (это даже вредило бы арбитражу из-за привнесения

[865] *Леонтьев С. А.* Процесс формирования внутреннего убеждения у судьи / С. А. Леонтьев // Адвокат. — 2010. — № 7. — С. 25.

[866] *Бочаров Д. О.* Доказування у правозастосовчій діяльності: загальнотеоретичні питання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Д. О. Бочаров ; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2007. — С. 9.

[867] *Там же.* — С. 9.

лишнего формализма), то учет практиками этих критериев в своей работе и их четкое разграничение важно.

В то же время, как отмечают А. Йосанд и В. Бонди, если критерии относимости доказательств являются более-менее четкими, то методы оценки веса доказательств и определения достаточного уровня доказательств являются субъективными и неконкретными[868].

Некоторые ученые все же выделяют определенные критерии, по которым доказательства могут быть оценены. Так, В. В. Бабенко выделяет два критерия: индивидуальный, то есть предусмотренный для каждого доказательства (относимость, допустимость, достоверность), и системный, который применяется для всей системы доказательств по делу — достаточность и взаимная связь. Что касается оценки доказательств с точки зрения их достаточности и взаимной связи, то она, по мнению исследователя, состоит в установлении противоречий между доказательствами, устранении сомнений в истинности вывода, который следует из всей совокупности доказательственной информации[869]. Выделение таких критериев является спорным. Относимость и допустимость, как отмечалось ранее, являются свойствами доказательств, наличие которых необходимо для их принятия в качестве доказательств. Достоверность можно рассматривать как критерий оценки доказательства, однако она не всегда определяется индивидуально (в смысле без связи с другими доказательствами), поскольку вывод о недостоверности доказательства может быть сделан в том числе из-за противоречия с другими доказательствами и известными обстоятельствами дела. Спорным также является выделение взаимной связи как составляющей критерия оценки.

Итак, учитывая, что доказательства должны оцениваться в их совокупности, возможным является выделение именно достоверности и веса как критериев оценки доказательства, а так-

---

[868] *Jøsang A.* Legal reasoning with subjective logic / Audun Jøsang, Viggo A. Bondi // Artificial Intelligence and Law. — 2000. — No. 8. — p. 290.

[869] *Бабенко В.* Доказування в господарському процесі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / В. В. Бабенко ; Акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва. — К., 2007. — С. 15.

же достаточности как критерия оценки системы доказательств, или в целом выполнения бремени доказывания, или, другими словами, критерием выполнения стандарта доказывания.

17.4.2. Достоверность доказательства

В специальной литературе, посвященной проблемам доказывания, достоверность доказательств иногда называют принципом доказывания[870] или одним из нормативных критериев внутреннего убеждения, которым судья руководствуется при оценке доказательств[871]. В практике также иногда имеет место приписывание достоверности значения принципа[872]. Все же достоверность принципом доказывания не является. То, что стороны обязаны представлять достоверные доказательства, является проявлением принципа добросовестности, а то, что арбитражный суд должен положить в основу своего решения достоверные доказательства — проявлением принципа справедливого разбирательства[873]. Достоверность — это один из критериев оценки доказательств.

Как справедливо отмечает Т. В. Рудая, основой оценки доказательств является установление их достоверности. В то же время, по ее мнению, с которым непросто согласиться, достоверность доказательства зависит от требований, установленных законом. Анализируя процессуальное законодательство, она выделяет критерии достоверности: достоверное доказательство должно быть получено из достоверного

---

[870] *Тюняева Н. Н.* Относимость доказательств в арбитражном процессе [Текст] : автореф. дис. канд. юрид. наук / Наталья Николаевна Тюняева ; СГАП. — Саратов, 2011. — С. 8.

[871] *Руда Т. В.* Поняття і зміст інституту доказування в цивільному процесуальному праві США та України: порівняльний аспект / Т. В. Руда // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія: Юридичні науки. — 2008. — Вип. 79. — С. 50.

[872] Так, например, когда в отношении арбитражного решения от 14 июня 2010 года, принятого по регламенту ICC, было подано заявление об отмене в Федеральный суд Швейцарии, оно было мотивировано «нарушением арбитражным судом принципа достоверности» (см. Рішення господарського суду Запорізької області від 22 березня 2013 року у справі № 908/348/13-г).

[873] См. §§ 2.2 и 2.4.

источника информации; сопоставление с другими доказательствами по делу[874].

В международном коммерческом арбитраже вряд ли можно говорить о зависимости достоверности от требований, установленных законом, как об этом говорит в контексте национальных судебных процессов Т. В. Рудая. Установление достоверности является вопросом логики (когда речь идет о выявлении противоречий), а в некоторых случаях оно также является техническим вопросом, а зависимость от требований закона почти не прослеживается.

Некоторые процедуры в арбитраже применяются сугубо для определения достоверности. Так, постепенно практика проведения слушаний с устным представлением позиций сторон сворачивается как затратная и обременительная, а слушания все чаще сводятся к слушаниям по доказательствам. Последние же проводятся в тех случаях, когда нужно допросить свидетелей. Во всех остальных случаях представление, исследование и оценка доказательств может быть организована другими, менее хлопотными способами. Устный допрос свидетеля нужен именно для установления достоверности показаний[875], поскольку их вес как категория логическая может быть установлен путем анализа их содержания, которое может быть представлено в письменном документе.

i. Внутренний и внешний аспекты достоверности

Что касается выделения условий признания доказательства достоверным, то для практики международного коммерческого арбитража целесообразнее говорить об отсутствии противоречий в самом явлении и противоречий с другими доказательствами, а также с другими обстоятельствами дела. Действительно, кроме сопоставления с другими доказательствами происходит также сопоставление с другими обстоятельствами, которые не

[874] *Руда Т. В.* Достовірність доказів у цивільному судочинстві США та України: порівняльно-правовий аспект / Т. В. Руда // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія: Юридичні науки. — 2011. — Вип. 87. — С. 73–74.

[875] Об условиях достоверности показаний свидетеля см. § 12.8.

обязательно подкреплены определенными доказательствами. Таковыми являются, например, общеизвестные факты.

Достоверность можно рассматривать в аспектах *внутренней* (отсутствие противоречий в самом доказательстве, например, противоречия в ответах свидетеля) и *внешней* (противоречие с другими доказательствами и установленными по делу обстоятельствами). Так, например, в решении МКАС при ТПП Украины от 12 июля 2001 года арбитражный суд не принял в качестве доказательства приложение к договору и акт сверки выполнения договора, которые, по мнению суда, не имеют доказательной силы, поскольку зафиксированные в них данные не соответствуют данным документов об отгрузке, которые, по оценке арбитражного суда, являются подлинными[876]. В то же время из решения МКАС при ТПП Украины от 22 декабря 2004 года видно, что арбитражный суд принял во внимание утверждение истца о поддельном характере письма, представленного ответчиком и, учитывая дефекты самого письма, признал его не имеющим доказательной силы[877]. Очевидно, что в первом случае достоверность была поставлена под сомнение из-за внешней противоречивости доказательства, а во втором — из-за внутренней.

Применительно к внутреннему и внешнему аспектам достоверности свидетельских показаний в практике доказывания даже была выработана специальная терминология[878].

ii. Подлинность (аутентичность)

Для обозначения достоверности документов в международном коммерческом арбитраже также применяют понятие подлинности как более подходящий синоним.

Иногда категорию подлинности используют в контексте соответствия копии документа оригиналу, а также когда речь идет о возможной подделке документа.

---

[876] Решение МКАС при ТПП Украины от 12 июля 2001 года [*О взыскании задолженности за товар*].

[877] Решение МКАС при ТПП Украины от 22 декабря 2004 года [*О взыскании штрафной неустойки за непоставленный товар и возмещении расходов по уплате арбитражного сбора*].

[878] См. § 12.8.

В отличие от многих национальных процессуальных систем, в которых установлена обязательность представления в суд оригиналов документов, по крайней мере, для сверки с копиями, которые остаются в деле, в международном коммерческом арбитраже действует процессуальная презумпция отсутствия спора о подлинности копии, то есть соответствия ее оригиналу. Часто, если речь идет о подлинности документа, то имеется в виду именно копия оригинального документа, подлинность которой не оспаривается. Пока между сторонами отсутствует спор (или даже существует договоренность) о подлинности копии, арбитражный суд вполне может довольствоваться копией. Регламенты отдельных арбитражных центров предусматривают «компромиссный вариант», который заключается в требовании, чтобы стороны сразу представляли, по крайней мере, заверенные копии документов[879]. В тех случаях, когда допускается заверение копии стороной или ее представителем, а не третьим незаинтересованным лицом (например, нотариусом), такое заверение существенно не подкрепляет уверенность в подлинности. Тем не менее, оно снимает вопрос о добросовестности или недобросовестности действий стороны, подавшей копию, которая не соответствует оригиналу, поскольку заверение требовало от стороны удостовериться в этом соответствии. Подлинность заверенной копии по-прежнему презюмируется.

Итак, в том или ином виде, в международном коммерческом арбитраже действует презумпция отсутствия спора в отношении подлинности копии. Это своего рода презюмируемая договоренность сторон, направленная на упрощение разбирательства. Как отмечают А. Редферн и М. Хантер, договоренность сторон о подлинности документов не касается содержания документов, их доказательного веса или допустимости. Она лишь указывает на то, что стороны согласились с тем, что копия соответствует оригиналу существующего документа. Если подлинность документа ставится под сомнение, арбитраж может признать необходимым предоставление оригинала

[879] Как это предусмотрено, например, в статье 42 Регламента МКАС при ТПП Украины.

или заверенной копии, если это допустимо. Если оригинал не предоставлен, суд может отвергнуть такой документ как недостоверный[880].

С. Габриэль утверждает, что предоставление оригинала документа является достаточным доказательством подлинности документа (соответствия копии оригиналу), а если другая сторона продолжает оспаривать подлинность, то она несет бремя доказывания подделки[881].

Такой подход подтверждается признанной практикой. Правила IBA (статья 3.12) предусматривают, что «копии документов должны соответствовать оригиналам, а по требованию арбитражного суда любой оригинал документа должен быть предоставлен для проверки». Как указано в Комментарии IBA к этому положению, «арбитражный суд может требовать предоставления оригинала документа в любое время. Таким образом, если сторона считает, что копия документа не в полной мере соответствует оригиналу, она может просить арбитражный суд требовать предоставления такого оригинала»[882]. Стоит отметить при этом, что по Правилам IBA арбитражный суд вправе, однако не обязан требовать предоставления оригинала документа для проверки, чем обеспечивается сохранение полноты контроля арбитражного суда над вопросами исследования и оценки доказательств. Такое применение презумпции подлинности копии еще более отчетливо прослеживается, если речь идет о публичных документах, оригиналы которых могут быть депонированы в соответствующих органах или учреждениях, у а широкой публики есть доступ исключительно к копиям.

---

[880] *Redfern & Hunter* on International Arbitration — Fifth Edition Edited by Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. — Oxford University Press, 2009. — p. 401.

[881] *Gabriel S.* Dealing With “Challenged Documents” / Simon Gabriel // ASA Bulletin. — 2011. — No. 4. — p. 828.

[882] Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration / 1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee.

iii. Аутентичность электронного документа

Категория подлинности (аутентичности) также употребляется по отношению к электронным документам.

Применительно к электронным документам подлинность в арбитражной практике можно рассматривать как совокупность трех характеристик. Электронный документ считается подлинным, если (i) автор / создатель, который фигурирует как таковой в контексте информации, отображенной в документе, или идентифицирован кем-либо как автор / создатель, действительно является или признан арбитражным судом действительным автором / создателем; (ii) этот автор / создатель действительно создал именно этот электронный документ в момент, указанный им или третьим лицом; (iii) электронный документ не подвергался последующим изменениям со стороны кого-либо[883].

iv. Подделка

Подделкой в арбитраже является не всякий документ или материал, который выдается за подлинный. Для того, чтобы иметь значение подделки, документ или материал должен использоваться в качестве доказательства, то есть со ссылкой на него как на подлинный сторона должна доказывать обстоятельства, которые другая сторона отрицает или не признает. Если же стороны согласились о наличии определенных обстоятельств, которые арбитру представляются не соответствующими действительности, то документ, в котором изложены эти обстоятельства, не считается подделкой[884]. То же касается и случаев, когда стороны пришли к соглашению о подлинности определенного документа. Это сродни установлению сторонами юридической фикции.

---

[883] См. Приложение II к Отчету ICC о техниках управления предоставлением электронных документов (Techniques for Managing Electronic Document Production When it is Permitted or Required in International Arbitration. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on the Production of Electronic Documents in International Arbitration. — Paris, ICC, 2012. — p. 19).

[884] О значении для арбитражного суда согласованных сторонами фактов см. § 6.3 (пункт 6.3.1(iv)).

Арбитражная практика свидетельствует, что бремя доказывания подделки доказательства возлагается на сторону, которая утверждает о подделке[885]. Бывают случаи, когда бремя доказывания подделки возлагается на сторону, утверждающую о подделке, даже когда арбитражному суду предоставлена только копия документа, о подделке которого идет речь. Так, по делу 2000 года арбитражный суд, который рассмотрел спор по регламенту ICC, признал свою компетенцию на основании копии договора, содержащего арбитражную оговорку, хотя другая сторона указывала на то, что копия не аутентична[886]. Очевидно, что такой подход был бы оправдан при решении вопроса о компетенции арбитражного суда, поскольку такое решение не приводит к решению по существу спора. В тех же случаях, когда под сомнение ставится подлинность копии документа, касающегося сути спора, применение такого подхода вряд ли допустимо. Так, по делу 1999 года, рассмотренному по регламенту ICC, арбитражный суд также возложил бремя доказывания подделки документа (контракта), копию которого предоставил истец, на ответчика, который утверждал о подделке. Однако в этом деле арбитражный суд принял во внимание как доказательство также последующие действия ответчика, свидетельствующие о намерении руководствоваться контрактом[887]. По общему же правилу, бремя доказывания подделки, действительно, несет сторона, утверждающая о подделке. Однако это неприменимо к ситуации, когда оспаривается соответствие заверенной стороной или простой копии документа оригиналу. В этом случае использование в арбитраже копии вместо оригинала основывалось на процессуальной презумпции отсутствия спора о подлинности копии. Как только возник спор, арбитражный суд может посчитать, что презумпция опровергнута, а у стороны, представившей и полагавшейся на копию, возникла обязанность представить оригинал. Когда же речь идет о подделке собственно оригинала документа, бремя

[885] См. например CIETAC Arbitration proceeding, Award of 4 November 2002 (*Beech log case*).

[886] ICC Arbitration Case No. 8790 of 2000 (*Processed food product case*).

[887] ICC Arbitration Case No. 10274 of 1999 (*Poultry feed case*).

доказывания подделки, как правило, возлагается на утверждающую о подделке сторону.

В случае, если сторона заявляет о подделке документа, в доказывании подделки следует, по мнению С. Габриэля, исходить из более высокого стандарта доказывания, чем тот, который обычно применяется[888]. Очевидно, имеется в виду, что при доказывании подделки применяется стандарт убедительных доказательств, вместо стандарта баланса вероятностей. Такого же мнения придерживается Г. Конде е Сильва, указывающий на необходимость применения стандарта «четких и убедительных доказательств»[889].

Если подлинность документа опровергнута, арбитражный суд не должен полагаться на него. Законодательство о международном коммерческом арбитраже целого ряда стран содержит специальные нормы о возможности отмены арбитражного решения, принятого на основании поддельных доказательств: § 10(a)(1) Федерального закона об арбитраже США[890], статья 68(2)(g) Английского закона об арбитраже, статья 24(a) Закона о международном арбитраже Сингапура[891], статья 34(3) Закона Новой Зеландии об арбитраже[892]. Индийский закон об арбитраже и примирительных процедурах 1996 года в статьях 34 и 48 квалифицирует принятие арбитражного решения на основании поддельных доказательств как нарушение публичного порядка и, следовательно, как основание для отмены арбитражного решения, а в случае обращения к исполнению — для отказа в предоставлении разрешения на принудительное исполнение[893]. Закон Нидерландов об арбитраже (статья 1068) называет принятие арбитражного решения на основании под-

[888] *Gabriel S.* Dealing With “Challenged Documents” / Simon Gabriel // ASA Bulletin. — 2011. — No. 4. — p. 828.

[889] *Conde e Silva G.J.* Transnational Public Policy In International Arbitration : PhD in Law Thesis / Gui J. Conde e Silva. — London : Queen Mary College, University of London, 2007. — p. 202.

[890] Federal Arbitration Act (Pub.L. 68–401, 43 Stat. 883, enacted February 12, 1925, codified at 9 U.S.C. § 1 et seq).

[891] Singapore International Arbitration Act (Chapter 143a) (Original Enactment: Act 23 Of 1994) Revised Edition 2002 (31st December 2002).

[892] Arbitration Act of New Zealand of 2 September, 1996, No. 99.

[893] Arbitration And Conciliation Act of India, 16th August, 1996, No. 26.

дельных доказательств одним из оснований для отзыва арбитражного решения государственным судом, что имеет последствия, аналогичные отмене[894].

В тех случаях, когда законодательство об арбитраже отдельно не упоминает о принятии арбитражного решения на основании поддельных доказательств как об основании для его отмены или отказа в признании и предоставлении разрешения на принудительное исполнение, оправдано считать, что принятие арбитражного решения на основании поддельных доказательств все же остается недопустимым[895]. Можно согласиться с мнением Г. Конде е Сильва о том, что принятие арбитражного решения на основании доказательств, которые были подделаны, приводит к нарушению транснационального публичного порядка[896]. На обоснованность такого утверждения указывает также то, что при подготовке Типового закона ЮНСИТРАЛ эксперты не внесли этот отдельный случай как основание для отмены решения, однако отметили, что *термин «публичный порядок», принятый в Нью-Йоркской конвенции, касается фундаментальных принципов права и справедливости в материальном и процедурном аспектах, поэтому случаи подделки также следует рассматривать как основание для отмены решения*. Словосочетание «арбитражное решение противоречит публичному порядку такой страны», употребленное в Типовом законе ЮНСИТРАЛ, не следует рассматривать как нечто, не касающееся обстоятельств, относящихся к процессу принятия решения[897].

---

[894] Arbitration Act of Netherlands of 1 December 1986, Code of Civil Procedure — Book Four: Arbitration.

[895] Г. К. Дмитриева и другие исследователи в связи с этим отмечают, что, например, в практике суда, которому подъюрисдикционен вопрос отмены решений арбитража, принятого по регламенту SCC, принятие арбитражного решения на основании поддельного доказательства рассматривается как основание для его отмены (см. Международное частное право : Учебник / Л. П. Ануфриева, К. А. Бекяшев, Г. К. Дмитриева и др.; отв. ред. Г. К. Дмитриева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. — С. 683).

[896] *Conde e Silva G. J.* Transnational Public Policy In International Arbitration : PhD in Law Thesis / Gui J. Conde e Silva. — London : Queen Mary College, University of London, 2007. — p. 192.

[897] Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session, 3–21 June 1985. Supplement No. 17 (A/40/17). — New York, UN,

В то же время, как обоснованно отмечает С. Габриэль, отзыв стороной документа, подлинность которого была поставлена под сомнение, или даже наличие доказательств подделки документа, не могут расцениваться как достаточное основание для вывода о несуществовании тех обстоятельств, в подтверждение которых такой документ был представлен[898]. Более того, недостоверное доказательство (в частности неаутентичный документ) не должно быть исключено из состава доказательств и не может быть по заявлению стороны отозвано, ведь оно остается доказательством правильности вывода арбитражного суда о его недостоверности. Доказательства, которые были созданы специально для целей представления в арбитражном разбирательстве (*self-serving evidence*) и при условии принятия их в качестве достоверных обладающие большой доказательной силой[899], непременно должны приобщаться к делу и оставаться в нем после решения арбитражного суда об их недостоверности с обязательным раскрытием причин для сомнений в их достоверности.

v. Принятие / исключение из доказательств недостоверного материала

Достоверность не является условием принятия доказательства по общему правилу, поскольку достоверность доказательства определяется в процессе оценки доказательств в их совокупности.

Вопрос о достоверности отдельных доказательств достаточно часто возникает в арбитражной практике и решается именно в совокупности с подтверждением достоверности других доказательств. Также по делу 134/2001 арбитражный суд МКАС при ТПП РФ в решении от 22 октября 2003 года обратил внимание на то, что документы, представленные истцом (продавцом) противоречивы, их данные не совпадают с

1985. — p. 58.

[898] *Gabriel S.* Dealing With “Challenged Documents” / Simon Gabriel // ASA Bulletin. — 2011. — No. 4. — pp. 834–335.

[899] То есть, они дали бы возможность сделать вывод о требующем доказывания факте с очень высокой вероятностью, будь они приняты как достоверные.

данными других предоставленных документов. В связи с тем, что ответчик (покупатель) представил документы, данные которых не содержали таких противоречий, именно они были приняты во внимание арбитражным судом[900]. Как видим, речь шла о принятых для оценки доказательствах, которые, однако, в процессе оценки были отвергнуты как недостоверные.

Арбитражный суд не обязан, а с практической точки зрения и не должен, решать отдельно вопрос об исключении из состава доказательств материала, в отношении которого одна из сторон заявляет о недостоверности. Если недостоверный материал будет исключен из дела, то это может лишить доказательств вывод о недостоверности. В этом смысле недостоверное доказательство является доказательством собственной недостоверности. Оно не должно исключаться из материалов дела. В то же время для обеспечения действительности и исполнимости арбитражного решения арбитры должны позаботиться о том, чтобы из решения следовало, что оно не основывается на доказательстве, недостоверность которого была установлена[901].

Вместе с тем такая осторожность отнюдь не должна восприниматься как сомнение в компетенции арбитражного суда решать вопрос о достоверности (подлинности). Как отмечает С. Габриэль со ссылкой на арбитражное решение по регламенту ICC от 9 октября 2008 года и другие источники, право арбитражного суда решать вопросы, касающиеся подлинности доказательств, признано ведущими исследователями и подтверждено арбитражной практикой. Эта компетенция распространяется также на те случаи, когда под сомнение поставлена подлинность документа, в котором изложено арбитражное со-

[900] *Розенберг М.* Из практики Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ за 2003 год / М. Розенберг // Хозяйство и право. — 2004. — Приложение № 2. — С. 51.

[901] Так по делу, которое рассматривалось по Арбитражному регламенту CIETAC, арбитражный суд в решении изложил утверждение стороны о недостоверности доказательства (видеозаписи), однако не привел каких-либо выводов по этому заявлению (см. CIETAC Arbitration proceeding, Award of 8 September 1997 (*BOPP film case*)). При этом, арбитражный суд не указал и на то, что его решение основывается на этом доказательстве, что в определенной степени защищает арбитражное решение от отмены и от риска отказа в признании и исполнении, если будет установлено, что доказательство действительно было недостоверным.

глашение. Иначе сторона, заинтересованная в создании препятствий арбитражному разбирательству, могла бы сразу ставить под сомнение подлинность арбитражного соглашения и требовать рассмотрения этого вопроса в суде[902].

vi. Рекомендации при рассмотрении вопроса о достоверности

Рассматривая вопрос о достоверности доказательства, сторонам и арбитражному суду часто следует уделить внимание таким вопросам:

– какие выводы можно было бы сделать в отношении требующих доказывания фактов, если бы доказательство было достоверным, и какой из сторон выгодны такие выводы (вопрос о содержании доказательства);
– цель, с которой доказательство было создано (применительно к письменным доказательствам этот вопрос направлен на установление того, было ли доказательство создано в пределах обычной деятельности либо же специально для арбитражного разбирательства);
– время создания доказательства и время его представления в качестве доказательства (вопрос о том, является ли доказательство современным подтверждаемому им факту, а также о том, было ли доказательство заявлено и / или представлено заранее либо же тогда, когда выяснилась необходимость подтвердить обстоятельство, к которому оно относится);
– связь автора (источника), если он известен или предполагается, со стороной, представившей доказательство, а также его возможная заинтересованность в исходе дела или другое пристрастное отношение;
– возможность проведения допроса автора;
– внутренняя согласованность и внешняя непротиворечивость доказательства;
– наличие других доказательств (*corroborative evidence*), поддерживающих возможные выводы из рассматрива-

[902] См. *Gabriel S.* Dealing With “Challenged Documents” / Simon Gabriel // ASA Bulletin. — 2011. — No. 4. — pp. 827, 836.

емого доказательства, и возможные сомнения в достоверности таких подтверждающих доказательств. Важно установить характер связи между этими доказательствами: являются ли они независимыми, ссылаются ли подтверждающие доказательства на рассматриваемое.

17.4.3. Вес доказательства

Следующим после достоверности критерием оценки доказательств является критерий веса, который нужно присвоить каждому доказательству.

Понятия веса доказательства (*weight*), доказательной силы (*probative force*) и доказательной ценности (*probative value*) часто в литературе по доказыванию рассматриваются в качестве синонимов. Иметь доказательную силу или ценность у Дугласа Волтона означает возможность быть использованным для увеличения или уменьшения вероятности существования какого-либо обстоятельства[903].

Выдающийся американский юрист и теоретик доказательственного права Дж. Г. Вигмор отождествлял вес и доказательную силу и понимал под ними способность суждения выступить в поддержку какого-либо заключения через механизм логического выведения (*inference*). Относимость он понимал как связь между доказательным фактом и фактом, подлежащим доказыванию (*factum probandum*). Доказательный факт является относимым, если он имеет доказательную силу, то есть если с его помощью можно подтвердить или опровергнуть *factum probandum*[904]. Действительно, относимость — это логическая связь, но эта связь носит общий характер в том смысле, что на момент решения вопроса о принятии доказательства нет необходимости и возможности окончательно выяснять, *каким образом и насколько* именно доказательный факт увеличивает или уменьшает вероят-

[903] *Walton D.* Legal Argumentation and Evidence / Douglas Walton. — University Park, PA: Pennsylvania State University Press, 2002. — p. 16.
[904] *Там же.* — p. 20.

ность существования *factum probandum*. Это позволит окончательно выяснить лишь определение веса (доказательной силы).

Вес доказательства указывает на то, какого рода умозаключение может быть сделано: дедуктивное, то есть с абсолютной определенностью; или индуктивное с достаточной вероятностью, а скорее всего абдуктивное о наиболее правдоподобной версии[905]. В случае же, если вывод может носить только вероятностный характер, вес доказательства определяет то, насколько доказательство повышает эту вероятность. Категория веса доказательства допускает, таким образом, градацию (в зависимости от того, логический вывод о какой вероятности существования факта может быть сделан), в то время как относимость подразумевает только наличие либо отсутствие связи.

Относимость и существенность — это скорее потенциал доказательства, в то время как вес — уже нечто определенное. В связи с этим можно отметить, что об относимости можно говорить как о потенциале уже даже на стадии получения доказательства. Например, известно выражение, что вопросы на допросе должны быть относимыми[906], что на самом деле подразумевает, что вопросы должны быть направлены на получение относимых доказательств. Относимость также должна быть обоснована на стадии представления доказательств, а также в случае обращения с запросом к стороне, чтобы та предоставила определенные материалы. Вес или доказательная сила таких доказательств, напротив, может быть определена только после того, как можно будет их исследовать и сделать вывод об их значении, либо в случаях, когда доказательства не предоставлены, но об их содержании можно также сделать обоснованный вывод. В последнем случае речь идет о неблагоприятных выводах (*adverse inference*)[907].

---

[905] Детальнее об абдуктивном умозаключении как логическом основании доказывания в арбитраже сказано в § 1.5.

[906] См. статью 8.2 Правил IBA, которая предусматривает право арбитражного суда снимать не относящиеся к делу (*irrelevant*) вопросы.

[907] См. §§ 16.3 и 16.4.

Термин «вес доказательства», как его понимают некоторые исследователи, используется для характеристики оценки доказательств и означает, что доказательство, представленные в ходе доказывания одной стороной в деле, является убедительнее доказательств, представленных другой стороной[908]. По нашему мнению, об убедительности доказательств стоит говорить не *в сравнении*, а *с учетом* доказательств оппонента. Это тем более верно, учитывая, что исследованная ранее категория стандарта доказывания касается вероятности существования обстоятельств, о которых утверждает сторона, по сравнению с противоположным, а не в сравнении с версией оппонента, которой к тому же может и не быть. Сравнивать будет не с чем, если оппонент не представит доказательств или вообще не примет участие в разбирательстве. Однако это не дает оснований арбитражному суду автоматически принять версию стороны, представившей доказательства, как доказанную. Более конкретным и применимым в международном коммерческом арбитраже представляется определение, согласно которому *вес доказательства — это критерий способности доказательства поддержать правильное по законам логики умозаключение о существовании определенного обстоятельства*.

Нелишним будет напомнить, что критерий веса применим как к доказательствам факта, так и права[909].

Принцип, согласно которому ни одно доказательство не имеет для арбитражного суда наперед определенного веса, закреплен в *lex arbitri*. Он означает, что право не должно вмешиваться в сферу, подчиненную законам логики. И все же определенное «неравенство» существует. Так, оценке экспертных

---

[908] *Руда Т. В.* Поняття і зміст інституту доказування в цивільному процесуальному праві США та України: порівняльний аспект / Т. В. Руда // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія: Юридичні науки. — 2008. — Вип. 79. — С. 49.

[909] Арбитр, рассматривавший дело по регламенту ICDR, принял решение в пользу одной из сторон, обосновав это тем, что такое решение «поддерживается более весомыми фактами и более убедительными прецедентами / научными комментариями» (ICDR AAA Case No. 50181T 0036406, Macromex Srl. v. Globex International Inc. Final Arbitral Award of 12.12.2007).

доказательств всегда уделяется особое внимание, а отклонение такого доказательства арбитражным судом, как правило, сопровождается детальным обоснованием[910].

17.4.4. Достаточность доказательств

i. Достаточность как критерий выполнения стандарта доказывания

Если критерий веса условно можно отнести к критериям оценки каждого отдельного доказательства, то критерий достаточности (*sufficiency*) применяется ко всей совокупности доказательств определенного обстоятельства. Именно его достижение является решающим для того, чтобы считать определенное обстоятельство доказанным, ведь можно говорить лишь о достаточности надлежащих, допустимых и достоверных доказательств. Очевидно, именно поэтому арбитры чаще указывают на необходимость предоставления достаточных доказательств или на непредоставление достаточных доказательств как на основание для вывода о недоказанности обстоятельств. Такой подход находит отражение в решениях, принимаемых в различных арбитражных системах: МКАС при ТПП РФ[911], SCC[912], Федеральной торговой палаты Австрии (VIAC)[913], NAI[914], CIETAC[915] и других. На непредоставление достаточ-

---

[910] А. Белоглавек и Р. Хотова даже считают, что «арбитраж должен всегда аргументировать, почему он решил отклониться от заключений экспертизы, независимо от способа их выражения — в виде письменно оформленного акта или допроса эксперта в ходе устного слушания» (см. *Белоглавек А. И.* Эксперты в международных условиях (в гражданских и уголовных судебных процессах, арбитражных и инвестиционных разбирательствах) / Александр И. Белоглавек, Рената Хотова. — К. : Таксон, 2011. — С. 177).

[911] Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award of of 7 June 1999, Arbitration proceeding No. 238/1998.

[912] SCC Arbitration Award of 5 June 1998 (*Beijing Light Automobile Co. v. Connell*).

[913] Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, Award of 15 June 1994, Vienna Arbitration proceeding SCH-4318 (*Rolled metal sheets case*).

[914] Netherlands Arbitration Institute Award of 15 October 2002, Case No. 2319 (*Condensate crude oil mix case*).

[915] CIETAC Arbitration proceeding, Award of 14 February 2007 (*Bellows forming machine case*).

ных доказательств как основание для вывода против стороны, на которую возложено бремя доказывания, указали арбитражные суды, которые рассматривали дела по регламентам ICC[916], CIETAC[917], МКАС при ТПП РФ[918] и другие.

Достаточность доказательств в процессуальной науке — это определенный юридический стандарт, используемый для решения вопроса, должно ли дело перейти на рассмотрение суда (присяжных), являются ли доказательства юридически достаточными для того, чтобы судья (или присяжные) приняли решение в пользу одной из сторон. Достаточными считаются доказательства, которые по своему характеру, весу, а также с юридической точки зрения, обосновывают установление определенного факта судом. В зависимости от обстоятельств, эти доказательства могут быть достаточными в силу того, что они являются такими на первый взгляд, или в силу полного удовлетворения ими судом. Удовлетворить суд может такое количество доказательств, объем которых при нормальных условиях в соответствии со стандартом доказывания убеждает беспристрастный ум. Итак, суд может удовлетвориться таким количеством доказательств, которое необходимо для получения преимущества стороной, на которой лежит бремя убеждения[919].

С. В. Васильев считает, что достаточность доказательств означает, что они позволяют сделать вывод о существовании факта, в подтверждение которого они были собраны[920]. По мнению Т. В. Рудой процесс установления достаточности до-

---

[916] ICC Arbitration Case of 20 December 1999 (*Copper cable case*); ICC Arbitration Case No. 8786 of January 1997 (*Clothing case*).

[917] CIETAC Arbitration proceeding, Award of 24 July 2007 (*Flexo label printing machine case*); CIETAC Arbitration proceeding, Award of December 2005 (*Heat transfer oil furnace case*).

[918] Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award of 9 June 2004, Arbitration proceeding 125/2003; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award of 14 February 2006, Arbitration proceeding 7/2005.

[919] *Руда Т. В.* Поняття і зміст інституту доказування в цивільному процесуальному праві США та України: порівняльний аспект / Т. В. Руда // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія: Юридичні науки. — 2008. — Вип. 79. — С. 49.

[920] *Васильєв С. В.* Цивільний процес : Навчальний посібник / С. В. Васильєв. — Х. : ТОВ «Одісей», 2008. — С. 150.

казательств означает проверку того, можно ли на основании совокупности представленных доказательств убедиться в существовании или отсутствии определенного факта, который относится к предмету доказывания и подлежит установлению судом. Соответственно в случае отсутствия достаточных доказательств для убеждения суда в существовании фактов, входящих в предмет доказывания, суд не может решить спор в пользу той стороны, на которой лежит бремя доказывания[921].

Критерий достаточности, таким образом, тесно переплетается с понятиями стандарта доказывания и бремени доказывания. Собственно *предоставление достаточных доказательств свидетельствует о выполнении бремени доказывания и достижении стандарта доказывания*.

С учетом того, что бремя доказывания рассматривается на двух уровнях — бремя убеждения и бремя предоставления доказательств — достаточность также рассматривают в двух плоскостях. Так, Т. В. Руда указывает, что в юридической литературе разграничивают два вида достаточности доказательств: очевидная достаточность (*prima facie*) и удовлетворительная достаточность. При этом она исходит из того, что очевидно достаточными являются доказательства, которые согласно нормам материального права, подлежащим применению, достаточны для установления определенного факта, пока наличие этого факта не будет опровергнуто с помощью других доказательств. То есть такие доказательства не являются бесспорными, но если противоположная сторона не предоставит доказательства для их опровержения, они достаточны для принятия решения в пользу лица, которое их подало. Указания на то, какие доказательства есть доказательствами *prima facie*, содержатся в нормах материального права. В отличие от очевидной достаточности, критерии удовлетворительной достаточности не установлены законом[922].

---

[921] *Руда Т. В.* Критерій достатності при оцінці доказів у цивільному судочинстві України і США: порівняльно-правовий аналіз / Т. В. Руда // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія: Юридичні науки. — 2011. — Вип. 88. — С. 107, 108.

[922] *Там же.* — С. 107.

В международном коммерческом арбитраже наблюдается похожая ситуация. Здесь также ответчик может указать на непредоставление истцом доказательств *prima facie* как на основание для отказа в иске без необходимости представления доказательств для подтверждения противоположной позиции, поскольку истцом не было предоставлено минимального объема доказательств. Более того, критерий достаточности *prima facie* может быть задействован арбитражным судом, даже до подачи сторонами доказательств, путем сообщения сторонам, какие доказательства могут быть приняты как достаточные для установления отдельных обстоятельств. На практике арбитражные суды прибегают к такому шагу, если речь идет об обстоятельствах более или менее нейтрального характера, как, например, установление резидентского статуса (национальности) сторон.

Таким образом, *достаточность доказательств является критерием оценки системы доказательств в подтверждение определенного обстоятельства, уровень которого устанавливается в зависимости от примененного арбитражным судом стандарта доказывания и который применяется в отношении относимых и допустимых доказательств, которые в процессе оценки признаны достоверными.*

ii. Рассмотрение вопроса о достаточности доказательств

Вопрос о достаточности доказательств окончательно решается при принятии арбитражного решения либо решений по итогам отдельных фаз разбирательства (что возможно, например, в случае бифуркации).

До принятия арбитражного решения вопрос о достаточности может быть решен в тех случаях, когда арбитражному суду очевидно, что уже предоставленные доказательства являются достаточными и в получении других доказательств в подтверждение того же обстоятельства необходимости нет. В то же время, арбитражный суд без ущерба для соблюдения принципов справедливого разбирательства почти никогда не может сообщить в ходе арбитражного рассмотрения о недо-

статочности доказательств для установления того или иного обстоятельства. Для решения дела доказательств достаточно всегда, а о достаточности доказательств для подтверждения определенного обстоятельства должна заботиться сторона, на которую возложено бремя доказывания этого обстоятельства. Этот подход четко прослеживается в решении арбитражного суда МКАС при ТПП Украины от 31 мая 2002 года. Как видно из решения, истец заявил ходатайство о назначении экспертизы с условием «если суду недостаточно оснований», чтобы считать определенные обстоятельства установленными[923]. Отказывая в удовлетворении ходатайства, поданного с таким условием, арбитражный суд фактически отказался осуществить оценку достаточности доказательств до принятия арбитражного решения.

По этой причине не распространена практика проведения консультаций или слушаний о статусе дела (*status review consultations, status review hearings*)[924], во время которых арбитражный суд может указывать сторонам на изменения, произошедшие в мнении арбитражного суда по поводу доказанности тех или иных обстоятельств. Поскольку проведение таких консультаций предполагает, что арбитражный суд будет указывать сторонам на недостаточность доказательств, от арбитров требуется особое внимание к тому, чтобы обеспечить равное отношение к сторонам и невмешательство в построение ими системы аргументов. В противном случае такие консультации могут превратиться в раздачу подсказок сторонам о том, как им обосновывать свои утверждения, что, конечно же, недопустимо.

---

[923] Отклоняя это ходатайство, арбитражный суд указал на то, что в деле достаточно доказательств для принятия решения, в то же время истец не заявляет конкретного ходатайства, оставляя этот вопрос на усмотрение суда, который не может назначить экспертизу по своему усмотрению, поскольку не вправе самостоятельно ставить вопрос о недействительности документов, предоставленных сторонами ввиду того, что оспаривание действительности документа — право и прерогатива стороны, от имени которой он подписан (см. решение МКАС при ТПП Украины от 31 мая 2002 года [*О взыскании стоимости поставленного товара*]).

[924] *Kurkela M.* Due Process in International Commercial Arbitration / Matti Kurkela, Santtu Turunen. — Oxford ; New York, N.Y. : Oxford University Press, 2010 — p. 143.

Заявления о достаточности доказательств также могут дать повод сторонам считать, что арбитры фактически приняли окончательное решение, а разбирательство продолжается лишь для соблюдения формальности. Это, конечно же, не касается тех случаев, когда арбитражный суд принимает решение в отношении части исковых требований (*partial award*) либо допускает бифуркацию (*bifurcation*).

iii. Соглашение сторон о достаточности доказательств

Хотя решение о достаточности доказательств находится в пределах полномочий арбитражного суда, стороны могут проявлять свою автономию также в этом вопросе. Если договоренности сторон о стандарте доказывания, который должен быть применен при решении спора между ними, являются редким явлением, то определение в договоре доказательств, которые следует признавать достаточными для подтверждения некоторых обстоятельств, — распространенная практика. Примерами служат договоренности о том, что сделанная покупателем оплата товара расценивается как достаточное доказательство принятия товара и отсутствия претензий к качеству, хотя без такой договоренности один только факт оплаты мог быть расценен как недостаточное доказательство. Арбитражная практика также свидетельствует о том, что стороны могут принимать решения об определении доказательств достаточными. В арбитражном деле № 273у / 2003 арбитражный суд МКАС при ТПП Украины исходил из того, что стороны в контракте договорились о составлении специального документа (сертификата) в качестве доказательства получения продукции[925]. Здесь речь идет именно о признании такого документа достаточным доказательством, однако не ставится вопрос о недопустимости других доказательств. То есть, получение продукции могло быть подтверждено и другими доказательствами, однако представление специаль-

[925] Решение МКАС при ТПП Украины от 28 ноября — 1 декабря 2003 года [*О взыскании стоимости поставленной, но не оплаченной продукции, пени за нарушение сроков оплаты и арбитражных расходов*].

но предусмотренного контрактом сертификата считалось бы достаточным и избавляло бы от необходимости подавать другие доказательства. Аналогично в решении от 31 августа 2004 года арбитражный суд МКАС обращает внимание на то, что стороны договорились о проверке поставляемой продукции независимой комиссией, акт которой расценивается арбитражным судом как достаточное доказательство некачественной продукции[926].

§ 17.5. Результаты оценки доказательств в арбитражном решении

Арбитражное решение принимается по результатам рассмотрения дела, исследования и оценки доказательств. Это, однако, не означает, что весь процесс исследования и результаты оценки каждого доказательства должны быть изложены в решении. Общепризнано, что сторонам должно быть предоставлено право изложить свои аргументы, но арбитры не обязаны приводить в своих решениях детальный анализ этих аргументов[927]. Так, в своем арбитражном решении, принятом в 2007 году по регламенту SCC, авторитетный практик арбитража Нил Каплан отметил: «Я не намереваюсь излагать все и каждый аргумент, поскольку я попытался подытожить их выше и рассмотрю наиболее существенные ниже»[928].

По общему правилу, закрепленному в том или ином виде во многих арбитражных регламентах, арбитражное решение должно быть мотивировано.

---

[926] Решение МКАС при ТПП Украины от 31 августа 2004 года [*О взыскании основного долга, пени за просрочку платежей и расходов по уплате арбитражного сбора*].

[927] См. *Fortier Y.* The Minimum Requirements of Due Process in Taking Measures Against Dilatory Tactics: Arbitral Discretion in International Commercial Arbitration — A Few Plain Rules and A Few Strong Instincts / Yves Fortier // Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention (A. J. van den Berg, ed.), ICCA Congress Series, No. 9. — Hague: Kluwer Law International, 1999 — p. 401.

[928] SCC Arbitration Award of 5 April 2007 (*Pressure sensors case*).

Арбитражный регламент, норма с требованием к содержанию арбитражного решения	***В арбитражном решении должны быть указаны:***
Арбитражный регламент CIArb (2015), статья 34(3)	мотивы, если только стороны не договорились об ином
Арбитражный регламент ICC (2012), статья 31(2)	мотивы, на которых основано решение
Арбитражный регламент LCIA (2014), статья 26.2	мотивы, если только стороны не договорились об ином
Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (2010), статья 34(3)	мотивы, если только стороны не договорились об ином
Венский регламент (Арбитражный регламент VIAC) (2013), статья 36(1)	мотивы, если только стороны не договорились об ином
Регламент международного арбитража ICDR (2014), статья 30 (1)	мотивы, если только стороны не договорились об ином
Регламент МКАС при БелТПП, статья 40(1)	позиции сторон (их требования и возражения с фактическим и правовым обоснованием); обоснование решения, если стороны не договорились об отказе от него
Регламент МКАС при ТПП РФ, статья 39(1)	предмет спора и краткое изложение обстоятельств дела; мотивы, на которых основано решение
Регламент МКАС при ТПП Украины, статья 49(4)	предмет спора и краткое изложение обстоятельств дела; мотивы, на которых основано решение
Швейцарский регламент международного арбитража (2012), статья 32(3)	мотивы, если только стороны не договорились об ином

Выполнение требования привести в решении мотивы его принятия не подразумевает изложение детального анализа каждого доказательства, указания на примененный стандарт доказывания и на выполнение сторонами своего бремени доказывания в отношении каждого имеющего значение обстоятельства. *Lex arbitri* этого, как правило, не требует, а арбитры часто воздерживаются от такого полного раскрытия, детализируя лишь наиболее весомые обстоятельства и подтверждающие их доказательства, которые позволили принять решение

по делу. Такая практика оправдана с точки зрения эффективности разбирательства. Вместе с тем, отсутствие необходимости раскрывать процесс оценки доказательств не означает, что арбитры не связаны в этой оценке какими-либо критериями. Представляется оправданным считать, что именно критерии достоверности, веса и, в целом, достаточности доказательств являются теми, которыми арбитрам следует руководствоваться, оценивая доказательства и принимая решение.

Глава 18.
Психологические аспекты доказывания в арбитраже

§ 18.1. Общие замечания

Лишь относительно недавно психологическая наука обратила серьезное внимание на особенности оценки доказательств и некоторые другие аспекты доказывания в арбитраже, а также на те факторы, которые влияют на процесс принятия решений арбитрами. До этого психологическая составляющая «учитывалась» в формате догадок и житейских представлений о тех или иных психологических явлениях и их возможных проявлениях в арбитраже.

Вполне ожидаемый интерес к изучению психологических аспектов деятельности по доказыванию проявили сами юристы, выступающие в качестве представителей сторон. Интерес этот состоял не столько в изучении всех явлений, связанных с доказыванием, и в минимизации влияния тех из них, которые создают препятствия наиболее полному установлению фактов и объективной оценке доказательств, сколько в том, чтобы обратить эти явления в свое преимущество в конкретном деле. Поэтому и результаты вылились не в научные теории, а в весьма конкретные советы, основанные, как правило, на личном опыте.

О каком-либо оформленном систематизированном научном знании в этой сфере пока еще рано говорить, равно как и о том, чтобы психологические подходы учитывались при формировании правил доказывания, получении, исследовании и оценке доказательств. Как отметил профессор Д. Блинка, «неясно, почему доказательственное право должно склониться к

тому или иному психологическому учению, особенно ввиду отсутствия доминирующей парадигмы... Современная психология разделена между соревнующимися подходами, которые сами еще должны доказать свою ценность»[929]. Ввиду многообразия подходов, объясняющих различные психологические феномены, нет необходимости излагать здесь их все детально. Исключение сделано лишь для когнитивной психологии, которая, как будет видно далее, выявила некоторые важные для процесса доказывания психологические явления. Именно на эти явления будет направлено внимание в дальнейшем. Предложенные же когнитивной психологией объяснения этих явлений имеют для целей книги второстепенное значение, которое, однако, тоже не обойдено стороной.

§ 18.2. Психологическое значение процедуры

18.2.1. Процедура как минимальная гарантия справедливости разбирательства

Психологическое значение соблюдения процедуры арбитражного разбирательства состоит в том, что уровень удовлетворенности стороны решением третьего лица, решающего спор, подвержен очень сильному влиянию такого фактора, как оценка справедливости процедуры, примененной этим третьим лицом для рассмотрения дела. Как показали многочисленные исследования психологов, проводимые с середины 1970-х годов, даже если результат рассмотрения спора для стороны был отрицательным и решение принято не в ее пользу, *справедливость процесса существенно влияет на уровень удовлетворенности решением и готовность принять и исполнить решение как законное и справедливое*[930].

---

[929] *Blinka D.* Why Modern Evidence Law Lacks Credibility / Daniel D. Blinka // Buffalo Law Review. — 2010. — Vol. 58. — p. 382.

[930] См. *Diamond S. S.* Psychological Aspects of Dispute Resolution: Issues for International Arbitration / Shari S. Diamond // International Commercial Arbitration: Important

Множество последующих исследований были посвящены проверке того, как индивиды оценивают разбирательство по критерию его справедливости. Стороны[931] применяют критерий справедливости для оценки как *результата* разбирательства, так и самого *процесса*, который привел к результату. При этом они оценивают эти два явления отдельно. Закономерно, что стороны, которые считают, что процесс был справедливым по отношению к ним, а результат — благоприятным, оценивают процесс и результат в целом очень высоко. Однако и те, кто получил неблагоприятный результат, выражают большее удовлетворение разбирательством в целом в тех случаях, когда процесс воспринимался ими как справедливый. Поскольку первые исследования восприятия справедливости были сосредоточены на справедливости результата (*distributive justice*) и на предположении, что результат является определяющим в оценке, открытие того, что процессуальная справедливость (*procedural justice*) вносит независимый и весьма существенный вклад в общую оценку, оказалось неожиданным и в высочайшей степени важным[932]. Дальнейшие исследования позволили установить, что спорящие стороны не только дают более высокую оценку разбирательству, процессуальный компонент которого они оценивают как справедливый, но и проявляют

Contemporary Questions / General Editor; A. J. van den Berg. — Hague, International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, 2003 — p. 329. См. также *Tyler T. R.* The Two Psychologies of Conflict Resolution: Differing Antecedents of Pre-Experience Choices and Post-Experience Evaluations / Tom R. Tyler, Yuen J.Huo, E. Allan Lind // Group Processes and Intergroup Relations. — 1999. — Vol. 2 (2). — p. 101.

[931] В этой главе под сторонами часто имеются в виду не собственно стороны арбитражного разбирательства — истец и ответчик, а непосредственные участники разбирательства, в частности юристы сторон.

[932] Психологические исследования последних лет также выявили особенность в оценках и предпочтениях спорящих сторон, что позволило сделать вывод о «двух психологиях», каждая из которых проявлялась в зависимости от того, когда замерялись предпочтения. В тех случаях, когда они замерялись до проведения разбирательства, среди предпочтений преобладали те, которые, как предполагалось, могли помочь стороне максимизировать достижение положительного результата по сути спора. Когда же замер проводился после получения опыта разбирательства, оценки сводились преимущественно к оценкам качества обращения арбитра к стороне (см. *Tyler T. R.* The Two Psychologies of Conflict Resolution: Differing Antecedents of Pre-Experience Choices and Post-Experience Evaluations / Tom R. Tyler, Yuen J.Huo, E. Allan Lind // Group Processes and Intergroup Relations. — 1999. — Vol. 2 (2). — p. 100).

большую готовность исполнить то, что было присуждено в результате более справедливого процесса[933].

Известный исследователь психологических аспектов принятия решений в арбитраже С. Даймонд, обобщая проведенные разными учеными исследования, выводит три компонента, наличие которых необходимо для того, чтобы разбирательство оценивалось стороной как справедливое:

(1) *Нейтральность* — обращение со спорящими сторонами без проявлений дискриминации;

(2) *Доверие* — искреннее учитывание принимающим решение лицом точек зрения и потребностей сторон;

(3) *Уважительное отношение* — проявление почтительности и уважения к сторонам и спору[934].

Как можно заметить, из трех перечисленных компонентов два — доверие и уважительное отношение — с сугубо юридической точки зрения не имеют значения для обеспечения справедливости. Тем не менее, они также являются важными показателями, которые принимаются сторонами, осознанно или нет, как составляющие справедливого процесса, который таким образом представляется минимальной гарантией того, что принимаемое арбитрами решение в целом справедливое.

Теория о том, что справедливость процесса воспринимается как залог справедливого решения, не единственное объяснение психологической ценности для сторон справедливого разбирательства. Некоторые психологи, изучавшие этот феномен, считали, что справедливым стороны видят процесс, над которым они имеют контроль, а ощущение контроля над процессом дает ощущение контролируемого результата. Другие исследователи пришли к выводу, что справедливый процесс позволяет сторонам изложить свои аргументы, «расска-

933 *Shestowsky D.* Dispute Resolution, Psychology Of / Donna Shestowsky / Encyclopedia of Law & Society: American and Global Perspectives / Editors: David S. Clark et al. — Thousand Oaks: Sage Publications, Inc., 2007. — p. 427.

934 *Diamond S. S.* Psychological Aspects of Dispute Resolution: Issues for International Arbitration / Shari S. Diamond // International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions / General Editor; A. J. van den Berg. — Hague, International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, 2003 — p. 330.

зать свою версию» спорной ситуации, что уже само по себе составляет ценность, разбирательства, независимую от полученного в результате решения арбитра[935]. Все три объяснения можно принять как дополняющие друг друга, а также признать важность соблюдения справедливой процедуры арбитражного разбирательства, которая должна обеспечивать сторонам необходимый контроль над разбирательством и возможность «быть услышанными».

18.2.2. Состязательный и инквизиционный процессы

Несмотря на то, что в современном арбитраже справедливое разбирательство может быть обеспечено как при активном участии арбитражного суда в процессе доказывания, так и в условиях полной состязательности, психологические различия состязательного и инквизиционного разбирательства весьма существенны.

Современные исследования психологических аспектов деятельности по разрешению споров основываются на классических исследованиях процессуальной справедливости психолога Джона Тибо и адвоката, профессора права Лоренса Уокера. В 1975 году они опубликовали результаты первых экспериментов, выявляющих предпочтительные типы разбирательств. Значительная часть их исследований была посвящена изучению того, как стороны оценивают две процессуальные модели, состязательную и инквизиционную. Дж. Тибо и Л. Уокер обнаружили явный перевес предпочтений в пользу состязательной модели, которую участники экспериментов воспринимали как более справедливую. Ученые последовательно подтвердили предпочтения состязательной модели также в странах, которым традиционно присуща инквизиционная модель разбирательств, в частности во Франции и ФРГ. Этим они опровергли утверждения о том, что в странах общего права предпочтение

[935] *Vidmar N.* The Origins and Consequences of Procedural Fairness / Neil Vidmar // Law and Social Inquiry. — 1990. — Vol. 15, Issue 4. — p. 883.

состязательной модели отдается лишь в силу укорененности этой модели в культуре[936].

Существует несколько теорий, объясняющих то, каким образом индивид определяет некоторую процедуру как справедливую. Одна из них предполагает, что справедливость оценивается, исходя из того, какой уровень контроля индивид сохраняет над выявлением и отбором информации, которая будет использована для разрешения спора. Эта теория известна под разными названиями, в частности, как теория процессуального контроля (*process control*) или теория голоса. Второе, инструментальное, объяснение этого феномена или объяснение с точки зрения социального обмена предполагает, что контроль над процессом является непрямым средством получения благоприятного результата. Более поздние работы психологов, однако, показали, что возможность высказаться и донести свою позицию повышали оценку спорящими сторонами справедливости отношения к ним, даже если они знали, что их высказывания не могут и не будут иметь влияния на результат. Таким образом, вместо того, чтобы воспринимать процесс сугубо в инструментальных координатах как средство получения благоприятного для себя результата, стороны часто определяют справедливый процесс в зависимости от того, насколько уважительно вовлеченное в решение спора третье лицо (арбитр) относилось к ним, поскольку такое отношение сигнализирует о статусе и принятии в группу. Это объяснение выступает в поддержку также другой теории, известной как модель групповых ценностей. Еще одна, более новая теория — теория эвристики справедливости — предполагает, что когда индивид лишен четких критериев для оценки справедливости результата разрешения спора, он использует оценку процесса разрешения как ментальный ярлык для оценки результата[937].

Очевидно, что с позиций любой из перечисленных выше теорий *состязательный подход имеет несомненные преимуще-*

---

[936] *Shestowsky D.* Dispute Resolution, Psychology Of / Donna Shestowsky / Encyclopedia of Law & Society: American and Global Perspectives / Editors: David S. Clark et al. — Thousand Oaks: Sage Publications, Inc., 2007. — p. 427.

[937] *Там же.* — p. 427.

ства: он предусматривает бо́льшую степень контроля сторон над разбирательством и обменом доказательственной информацией. Поэтому стимулирование арбитрами состязательности и ограничение собственных инициатив в получении доказательств может иметь следствием большую удовлетворенность сторон и принятие ими разбирательства как более справедливого. Правда, полное невмешательство арбитров в процесс изложения сторонами своих аргументов и доказательств может вылиться в снижение эффективности разбирательства, что повлечет неудовлетворенность сторон, но уже другого толка.

Уже в 1980-х годах исследования Блэра Х. Шепарда, направленные на проверку и развитие теорий Дж. Тибо и Л. Уокера, показали, что так называемая гибридная модель арбитража является оптимальной. Эта модель предполагает свободу спорящих сторон в представлении доказательств и аргументов, при этом она позволяет арбитру задавать вопросы и уточнять факты во время разбирательства. Эксперименты Б. Х. Шепарда показали, что хотя стороны между инквизиционным и состязательным процессами отдавали предпочтение состязательному, гибридный процесс они предпочитали обоим из этих двух видов. При этом гибридный процесс рассматривался сторонами как наиболее справедливый, поскольку третье лицо (арбитр), которому было позволено проявлять активность на стадии разбирательства, считалось способным быть более информированным и принимать рациональное решение[938].

Таким образом, в организации арбитражного разбирательства наилучшее решение состоит в сбалансированном состязательном подходе. Его эффективность должна обеспечиваться не самостоятельным выяснением арбитрами обстоятельств дела, а установлением эффективной процедуры, в том числе с необходимыми ограничениями. Последнее, как оказывается, дается арбитрам весьма непросто.

[938] *Vidmar N.* The Origins and Consequences of Procedural Fairness / Neil Vidmar // Law and Social Inquiry. — 1990. — Vol. 15, Issue 4. — p. 882.

18.2.3. Установление процессуальных ограничений

Эффективность арбитражного разбирательства в смысле связанных с ним временем и расходов может обеспечиваться арбитрами путем введения процессуальных ограничений, применение которых, как может показаться, ограничивает право стороны изложить свои аргументы и представить доказательства.

Арбитры часто решают не применять строгие ограничения в процессе доказывания и, как результат, удовлетворяют малообоснованные запросы сторон на предоставление доказательств, принимают материалы от сторон после прекращения обмена доказательствами, продлевают и назначают дополнительные слушания, а также допускают прочие «поблажки».

Психологи находят объяснение этим явлениям не столько в желании обеспечить сторонам справедливое разбирательство, сколько в действии *бессознательных искажений представлений* и включении так называемых *неэгоцентрических моделей поведения*. В определенном социальном контексте индивид принимает решения под влиянием своего представления о том, чего от него ожидают другие, в противовес эгоцентрическим мотивам. Тот факт, что арбитры назначаются сторонами или, по крайней мере, что стороны соглашаются с назначением, по мнению Дж. Рохас-Эльгуэта, может, например, искажать представление об относимости и существенности доказательств при рассмотрении запроса на их предоставление. Арбитры, бессознательно ощущая давление ожиданий запрашивающей стороны, а также исполняясь чувством благодарности за назначение, могут чувствовать себя обязанными удовлетворять запросы более, чем того следовало бы ожидать. Уникальный социальный контекст, окружающий арбитра, меняет его представление о действительной необходимости документов и переключает его модель поведения с той, которая направлена на ведение наиболее эффективного в плане времени и средств разбирательства, на ведение разбирательства, наиболее отвечающего представлениям сторон. В связи с этим *важно, чтобы арбитр понимал, что когда стороны заключали арбитражное соглашение, они исходили из того, что процесс*

должен быть эффективным и незатратным. Вопреки этому изначальному ожиданию, после возникновения спора каждая из сторон может пытаться отступить от взятого на себя ранее обязательства обеспечивать необременительность процесса, а вместо этого использовать всякую возможность, чтобы возобладать над оппонентом. Задачей арбитра является выполнение того первого ожидания, связанного с обеспечением эффективного разбирательства, а не ожиданий стороны, возникающих в процессе разбирательства[939].

Мнение о том, что назначаемые сторонами арбитры ощущают себя в значительной мере обязанными за назначение, составляет основу для целого движения критиков практики назначения арбитров сторонами, отдельные представители которого даже заявляют, что назначение делает арбитра агентом стороны. Не считаем возможным поддержать это движение, поскольку практика назначения арбитров сторонами общепринята, однако она не превратила международный коммерческий арбитраж в коррупционный институт. Описанное выше явление процессуального попустительства представляется именно как необходимая жертва со стороны арбитра, сделанная для снятия давления предполагаемого ожидания назначившей стороны. Имея представление об ожиданиях назначившей стороны (вплоть до ожидания более благосклонного отношения при оценке доказательств и принятии решения), добросовестный арбитр не может соответствовать таким ожиданиям и, чтобы снизить это давление, соглашается расширить процессуальные возможности стороны в доказывании. Возможности другой стороны при этом также не ограничиваются, благодаря чему арбитр сохраняет видимость равного отношения к сторонам, создавая и для оппонента аналогичные условия. И все же уступка была сделана именно назначившей стороне, поскольку это она просила о предоставлении таких возможностей, а другой стороне они достались уже, так сказать, для равновесия.

---

[939] *Rojas Elgueta G.* Understanding Discovery in International Commercial Arbitration Through Behavioral Law and Economics: A Journey Inside the Minds of Parties and Arbitrators / Giacomo Rojas Elgueta // Harvard Negotiation Law Review. — 2011. — Vol. 16. — p. 185.

§ 18.3. Отдельные аспекты доказывания: психологический взгляд

18.3.1. Психологические аспекты раскрытия доказательств

Вопреки сложившемуся среди юристов-практиков арбитража мнению о том, что раскрытие сторонам доказательств способствует более трезвой оценке сторонами своей позиции и позиции оппонента, эмпирические исследования психологов показывают, что обмен доказательственной информацией между спорящими сторонами способствует поляризации, расхождению ожиданий в намного большей степени, чем он ведет к сближению оценок позиций и способствует урегулированию спора.

В процессе обмена информацией стороны погружаются в поиски доказательств, подтверждающих собственную позицию, но при этом в значительной степени отбрасываются доказательства противоположного.

Стороны интерпретируют собранную информацию таким образом, чтобы это подтверждало их позицию. Речь здесь идет не только о том, что они представляют эту информацию в выгодном для себя свете в арбитраже. Они и в своих искренних представлениях об обоснованности собственных доводов доказательствами исходят из таких интерпретаций. При этом оппонент склонен интерпретировать эту же информацию в выгодном для него ключе. Эти результаты противоречат традиционным для арбитражной практики предположениям, что раскрытие сторонами доказательств друг другу помогает им оценить аргументы друг друга, выявить преобладающую позицию и, возможно, найти пути решения спора[940]. Вместе с тем это еще раз подтверждает, теперь уже с точки зрения психологической науки, что перенесение в арбитраж практики раскрытия доказательств (*discovery*) не способствует ни урегулированию спора, ни объективной оценке сторонами аргументов друг друга.

[940] *Там же.* — p. 179.

18.3.2. Разграничение процессов принятия и оценки доказательств

В арбитражной практике утвердился подход, согласно которому арбитражный суд не обязан защищать себя какими-либо барьерами от принятия к рассмотрению материалов сомнительной достоверности или даже некоторых недопустимых доказательств, ведь в любом случае на стадии оценки такие доказательства могут быть отброшены либо им может быть присвоен незначительный вес. Основанием для такого подхода служит распространенное самими же юристами мнение, что арбитр, являясь квалифицированным и опытным юристом или профессионалом в своей отрасли, не нуждается в том, чтобы его сознание было защищено строгими правилами о допустимости доказательств — он может критично оценить любое доказательство и даже исключить его мысленно из совокупности подлежащих оценке доказательств, если оно все же будет признано недопустимым. Отдельные исследования, в принципе, подтверждают распространенность такой практики даже по отношению к недопустимым доказательствам[941].

В то же время другие исследования показали возможные опасные последствия такой практики, а также то, что арбитры явно переоценивают свою способность исключить влияние на себя недопустимого доказательства, содержание которого уже стало им известно. Как отмечает один из авторов этих исследований Э. Суссман, «судьи и, вне всякого сомнения, арбитры, не

[941] Проведенный в 2012 году опрос арбитров, в котором приняли участие 401 респондент из США, других стран Северной Америки, Европы, Азии, Латинской Америки и Африки, дал интересные результаты. На вопрос «Исключаете ли Вы доказательство, которое считалось бы недопустимым по правилам доказывания, которые Вы бы посчитали надлежащими к применению вне арбитражного форума, или принимаете доказательство и придаете ему такой вес, который посчитаете надлежащим?» были получены такие ответы: «всегда исключаю (то есть в 100 % случаев исключаю недопустимое доказательство)» — 1 %, «обычно исключаю (т. е. около 75 % случаев)» — 5,1 %, «часто (т. е. около 50 % случаев)» — 4,8 %, «иногда (т. е. около 25 % случаев)» — 55,2 %, «никогда» — 33,9 % (см. *Sussman E.* Arbitrator Decision Making: Unconscious Psychological Influences and What you can do about them / Edna Sussman // The American Review of International Arbitration. — 2013. — Vol. 24. — p. 491).

способны «отзвонить обратно в колокол»[942]. Это мнение разделяют и другие исследователи[943]. Как оказалось, *даже арбитры из числа профессионально подготовленных юристов, исключив из доказательств недопустимый материал, содержание которого стало им известно, редко оказываются в состоянии исключить влияние такого материала на принятие решения*.

Если согласиться с данными о том, какое влияние сохраняет на арбитра исключенное им в связи с недопустимостью доказательство, с которым он, тем не менее, успел ознакомиться, а равно как и доказательство, которое могло быть исключено, но было принято арбитром с намерением дать ему надлежащую оценку, то вопрос о допустимости, традиционно рассматриваемый как сугубо формальный, приобретает большое значение. В свете этих данных представляется еще более убедительным изложенный в § 10.5 подход, согласно которому принятие недопустимых материалов в качестве доказательств может служить веским основанием для отмены арбитражного решения или отказа в его признании и исполнении. Важно также отметить, что в тех случаях, когда арбитры не исключают недопустимые материалы, косвенно «обещая» придать им низкую доказательную силу, они психологически не ограждают себя от того, чтобы придавать такому материалу хоть какой-нибудь вес, а в результате, как

[942] Проведенный в США эксперимент предполагал ознакомление одной группы судей с документом, защищенным привилегией общения адвоката и клиента (75 % судей этой группы далее исключили этот документ как недопустимый), в то время как вторая группа с документом не ознакамливалась. Документ был явно не в пользу истца. В результате 55 % судей, не видевших документ, приняли решение в пользу истца, в то время как среди ознакомившихся с документом судей в пользу истца решили 29 % (см. *Sussman E.* Arbitrator Decision Making: Unconscious Psychological Influences and What you can do about them / Edna Sussman // The American Review of International Arbitration. — 2013. — Vol. 24. — p. 492). В других экспериментах в рамках этого исследования, в которых доказательство признавалось недопустимым по другим основаниям, результаты доходили до 100 % решений неосведомленных о недопустимом доказательстве судей в пользу истца и 75 % — в пользу ответчика, если недопустимое и неблагоприятное для истца доказательство было представлено. Здесь эти результаты детально не описаны, поскольку в отличие от привилегии адвокатско-клиентской информации, которая признана в арбитражной практике, остальные использованные в исследовании доказательства могут не быть признанными недопустимыми в арбитраже.

[943] См. *Shoben E. W.* Evidentiary Wisdom and Blinders in Perspective: Thoughts on Misjudging / Elaine W. Shoben // Nevada Law Journal. –2007. — Vol. 7. — p. 506.

оказывается, осознанно или неосознанно придают ему решающий вес. В связи с этим представляется правильным, чтобы арбитры более ответственно подходили к решению вопроса о допустимости доказательства, в особенности в тех случаях, когда сторона, заявляющая о недопустимости, возражает против принятия спорного материала даже к рассмотрению и обосновывает это возражение подлежащими применению правилами о допустимости. Применение техник установления допустимости доказательства без ознакомления арбитражного суда со всем содержанием спорного материала приобретает в этой связи большое значение. Некоторые из этих техник описаны в § 10.5 (пункт 10.5.7).

Арбитры, принимая доказательства без установления формальных ограничений (кроме сугубо процедурных, как, например, предельный срок подачи доказательств, которые устанавливаются очень часто), могут вредить качеству своего решения.

Арбитры могут и должны для наилучшего обеспечения справедливости разбирательства ограждать себя от влияния на свою оценку недопустимых доказательств. В то же время для обеспечения восприятия сторонами разбирательства как справедливого арбитрам не следует ограждать себя от сторон в целом. Дело в том, что установление ограничений для возможности стороны представить свои аргументы и подать доказательства снижают уровень доверия к тому, что арбитры надлежащим образом подойдут к оценке доказательств и вообще внимательны к аргументам[944]. Конечно, речь не идет о том, чтобы процесс был полностью бесконтрольным и длился вечно или до тех пор, пока желание спорить у сторон не иссякнет. Однако представить сторонам достаточно возможностей для изложения своих доказательств критически важно, как оказывается, не только для соблюдения принципов арбитражного разбирательства. Особенно отчетливо это можно проследить на примере слушаний.

[944] См. § 18.2 (пункт 18.2.3).

18.3.3. Психологическое значение слушаний

Слушания по доказательствам[945] в арбитраже все чаще проводятся только тогда, когда есть необходимость допросить свидетелей. Необходимость эта продиктована тем, что определение достоверности показаний, правдивости слов свидетеля — очень сложный процесс, в котором интуитивные и логические компоненты оценки тесно переплетены. Вероятно, если бы не это обстоятельство, то от устных слушаний в арбитраже можно было бы отказаться вовсе из экономических соображений.

Напротив, с психологической точки зрения слушания как процедура арбитражного рассмотрения — одна из немногих, способных обеспечить наиболее полный контакт между представителями сторон и арбитрами. Она воспринимается как позволяющая участникам не просто представить доказательства и изложить аргументы, но еще и вступить в вербальные и невербальные взаимодействия, направленные на усиление своей позиции, донести «послания», чего нельзя сделать при обмене документами. «Для большинства людей, в том числе арбитров, такие послания в речи являются более мощными и сохраняющими свое воздействие сигналами, чем сама речь»[946].

Кроме того, что слушания являются уникальным средством получения информации арбитрами, они еще и имеют особенный эффект на стороны — являются для них одной из психологических гарантий справедливости разбирательства.

Исследования показывают, что участники разбирательства придают весомое значение возможности выступить устно в процессе рассмотрения спора даже в тех случаях, когда они понимают, что сказанное ими окажет незначительное влияние либо вообще не влияет на принятие решения[947].

---

[945] То есть те, в которых представлению сторонами своих позиций отводится минимальное время или не отводится время вообще, в отличие от полноценных слушаний по существу спора (*merits hearing*).

[946] См. *Waites R. C.* Psychological Dynamics in International Arbitration Advocacy/ Richard C. Waites and James E Lawrence / The Art of Advocacy in International Arbitration. Editors: R. Doak Bishop, Edward G. Kehoe. — Juris Publishing, Inc., 2010. — p. 101.

[947] В известных исследованиях в тех случаях, когда респонденты из числа представителей сторон в разбирательстве имели возможность выступить перед арбитрами до

Таким образом, слушания, от проведения которых в современном арбитраже все чаще отказываются в пользу арбитража по документам, являются важным инструментом психологической «легитимации» будущего арбитражного решения. Это, конечно, вовсе не означает, что с помощью слушаний следует «освящать» любое арбитражное разбирательство. Такая практика привела бы к тому, что во главу угла была бы поставлена необходимость обеспечить видимость обоснованности арбитражного решения, а не действительная обоснованность такового.

§ 18.4. Психологические факторы, влияющие на оценку доказательств и принятие решения

18.4.1. Рациональные и интуитивные факторы

В теории принятия юридически значимых решений взвешивание аргументов и доказательств должно предшествовать решению. Это означает, что процесс принятия решения считается направленным в одну сторону — от логических посылок к выводам. Однако в действительности, как заявляют исследователи этого процесса, принятие решения является результатом взаимодействия комплекса факторов, многие из которых даже не осознаются. Это «сплав» интуитивного и рационального, в котором лишь иногда можно обнаружить преобладающую составляющую.

Дихотомия интуитивного и рационального отражается в двух моделях принятия решения судьями и арбитрами: модель «формалиста», которая предполагает, что судьи применяют

принятия решения, их оценка справедливости решения была значительно выше, чем когда им такой возможности не предоставили (см. *Diamond S. S.* Psychological Aspects of Dispute Resolution: Issues for International Arbitration / Shari S. Diamond // International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions / General Editor; A. J. van den Berg. — Hague, International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, 2003. — p. 332).

право к фактами, следуя логике и тщательному обдумыванию, и модель «реалиста», которая допускает, что судьи следуют интуиции в принятии решения, которое далее рационализируется и снабжается обоснованием[948].

Даже в тех случаях, когда арбитр стремится оставаться в модели «формалиста», то есть полностью подчинить свои суждения законам логики, вначале у него формируется определенная склонность к одному из решений, а потом с ним сопоставляются имеющиеся обоснования. *Процесс принятия юридического решения начинается с совершения решающего морального выбора, основанного на представлении о справедливости. Как только моральный выбор сделан, различные юридические техники используются для обоснования желаемого результата*[949].

Таким образом, если юридические концепции бремени доказывания и стандарта доказывания дают формальное представление о том, что нужно сделать стороне, чтобы сформировать убеждение арбитра в своей правоте, то психология принятия решений открывает глаза на реальность: оказывается, доказательства нужны, чтобы поколебать уже сделанный арбитром моральный выбор и побудить его сделать новый или чтобы подкрепить этот сделанный выбор.

18.4.2. Когнитивный диссонанс как препятствие объективной оценке доказательств

То, что человек не склонен отказываться от своих убеждений, известно давно. Английский философ и государственный деятель Френсис Бэкон в трактате «Новый органон» так описывает это явление: «Разум человека все привлекает для под-

---

948 *Sussman E.* Arbitrator Decision Making: Unconscious Psychological Influences and What you can do about them / Edna Sussman // The American Review of International Arbitration. — 2013. — Vol. 24. — p. 489.

949 *Gräns M.* Some Aspects of Legal Decision Making in the Light of Cognitive Consistency Theories / Minna Gräns // Perspectives on Jurisprudence, Essays in Honor of Jes Bjarup. — Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2005. — pp. 100–101.

держки и согласия с тем, что он однажды принял,— потому ли, что это предмет общей веры, или потому, что это ему нравится. Каковы бы ни были сила и число фактов, свидетельствующих о противном, разум или не замечает их, или пренебрегает ими, или отводит и отвергает их посредством различений с большим и пагубным предубеждением, чтобы достоверность тех прежних заключений осталась ненарушенной».

Подводя итог вековой истории спекулятивных заявлений философов и почти сорока лет эмпирических исследований психологов профессоры Стэндфордского университета Ч. Лорд, Л. Росс и М. Леппер отметили, что людям свойственно оценивать любые последующие доказательства таким образом, чтобы это поддерживало их изначальное убеждение. Процессы предвзятой ассимиляции информации (*biased assimilation processes*), лежащие в основе этого явления, могут включать склонность запоминать сильные стороны подтверждающих доказательств и слабые стороны опровергающих доказательств, рассматривать подтверждающие доказательства как относимые и достоверные, в то время как опровергающим отказывать в признании относимости и достоверности, а также приписывать подтверждающим доказательствам определенный вес изначально, а к определению веса опровергающих доказательств относиться сверхкритично[950]. И хотя наиболее четко эти феномены проявляются в случаях со стойкими убеждениями по поводу сложных социальных вопросов, юридический спор также не избавлен от них[951].

В 1957 году известный социальный психолог Леон Фестингер разработал теорию когнитивного диссонанса, которая с тех пор стала краеугольным камнем в исследованиях, посвященных вопросам принятия решений. Он выделил две ситуации — диссонанс и конфликт, а также установил то, как

[950] *Lord C. G.* Biased Assimilation and Attitude Polarization: The Effects of Prior Theories on Subsequently Considered Evidence / Charles G. Lord, Lee Ross, and Mark R. Lepper // Journal of Personality and Social Psychology. — 1979. — Vol. 37, No. 11. — p. 2099.

[951] См. *Diamond S. S.* Psychological Aspects of Dispute Resolution: Issues for International Arbitration / Shari S. Diamond // International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions / General Editor; A. J. van den Berg. — Hague, International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, 2003. — pp. 337–338.

когнитивные элементы соотносятся друг с другом в этих ситуациях. Л. Фестингер объяснил эти явления с помощью четырех когнитивных кластеров, происходящих из двух альтернатив выбора *A* и *B*: положительные аспекты альтернативы *A*, отрицательные аспекты альтернативы *A*, положительные аспекты альтернативы *B*, отрицательные аспекты альтернативы *B*. Он определил конфликт как чувство, сопровождающее понуждение двигаться в двух противоположных направлениях (*A* и *B*). Применительно к доказыванию в арбитраже такими направлениями часто являются позиции (версии) сторон.

То, что арбитры находятся в состоянии конфликта, не сложно признать. Однако, как оказалось, этот конфликт в арбитраже решается не путем поиска оптимального для обеих сторон решения. Вопреки бытующему среди представителей арбитражной практики мнению о том, что арбитраж, как и другие альтернативные способы разрешения споров, нацелен на поиск справедливого и удовлетворяющего обе стороны решения, арбитры не склонны к попыткам удовлетворить обе стороны. Как показало проведенное в 2001 году исследование 4 479 решений, принятых в коммерческом арбитраже, в приблизительно 42 % дел истцы получали удовлетворение 0–20 % изначальных исковых требований, в то время как в 30 % случаев 81–100 % изначальных исковых требований[952]. То есть, в подавляющем большинстве случаев, истец получал либо все или почти все, либо ничего или почти ничего. Хоть арбитры могут всячески содействовать поиску компромисса между сторонами, сами они не берутся принимать «компромиссные» решения. А это может означать, что модель *урегулирования* спора уступает место модели *решения* спора, которое происходит путем выбора одной из версий — истца либо ответчика. Таким образом, арбитр находится в состоянии конфликта, требующего для своего разрешения выбора между позициями сторон.

---

[952] *Keer S.* Arbitrators Do Not “Split the Baby” — Empirical Evidence from International Business Arbitration / Stephanie E. Keer & Richard W. Naimark // Towards a Science of International Arbitration: Collected Empirical Research. Edited by: Christopher R. Drahozal, Richard W. Naimark. — Kluwer Law International, 2005. — pp. 311–315.

По Л. Фестигнеру *конфликт* существует до того, как выбор сделан, поскольку положительные аспекты *А* и отрицательные аспекты *В* вынуждают сделать выбор в пользу *А*, в то время как когнитивные элементы, представляющие положительные аспекты *В* и отрицательные аспекты *А*, вынуждают сделать выбор в пользу *В*. *Диссонанс* по Л. Фестингеру, является когнитивным состоянием, в котором индивид находится после того, как выбор сделан. При этом индивид движется в сторону сделанного выбора и пытается снизить когнитивный диссонанс с помощью таких средств: (1) устранение элементов, которые диссонируют, не согласовываются со сделанным выбором; (2) прибавление дополнительных согласующихся с выбором элементов; (3) снижение уровня значимости диссонирующих элементов[953]. Это, однако, не означает, что арбитры, судьи и вообще любой индивид, сталкивающийся с ежедневной необходимостью принимать решения, не способен его принять без существенного искажения весомости аргументов в пользу и против такого решения. До тех пор, пока решение арбитра не оформлено в юридическом смысле (оглашено либо представлено в виде согласованного арбитрами текста), арбитры могут возвращаться в состояние конфликта под давлением представленных им аргументов и доказательств. До тех пор, пока они сохраняют такую способность, арбитры открыты к восприятию доказательств.

В этой связи важно отметить сделанное в 1967 году американским психологом Г. Джерардом открытие, что в фазе, предшествующей принятию решения, индивид уделяет больше времени оценке альтернативы, которая отвергается, нежели той, которая в итоге принимается. Он объяснил это тем, что принимающее решение лицо вырабатывает «изначальную склонность» к наиболее приемлемой альтернативе, после чего фокусируется на нежелательной альтернативе, чтобы убедиться в том, что она отвергается обоснованно[954].

---

[953] *Gräns M.* Some Aspects of Legal Decision Making in the Light of Cognitive Consistency Theories / Minna Gräns // Perspectives on Jurisprudence, Essays in Honor of Jes Bjarup. — Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2005. — p. 106.

[954] *Там же.* — p. 106.

Таким образом, даже после формирования у арбитра изначальной склонности к определенной версии, сохраняются механизмы, позволяющие поколебать такое предварительное решение. Правда, механизмы устранения когнитивного диссонанса и другие явления, обозначаемые в юридической терминологии как пристрастность, способны сделать задачу возвращения арбитра в состояние восприимчивости к аргументам и доказательствам весьма сложной.

18.4.3. Когнитивные искажения в оценке доказательств и принятии решения

Предвзятость в широком смысле в контексте доказывания может быть определена как нечувствительность к доказательствам. В значительной мере эта нечувствительность связана с действием психологических механизмов, свойственных всем людям. Понимая это, психологи, исследующие вопросы доказывания и процессы принятия решений в арбитраже, настаивают на том, чтобы по отношению к таким общечеловеческим механизмам применялся термин «шоры» (*blinders*) вместо принятого в юриспруденции и имеющего явно негативную коннотацию понятия «предвзятость» (*bias*). Эти когнитивные шоры представляют собой «паттерны отклонения в суждениях, которые могут приводить к искажению восприятия, неправильным суждениям или противоречащей логике интерпретации»[955]. Мы называем их здесь *когнитивными искажениями*.

К числу основных таких искажений (шор), оказывающих наиболее существенное влияние на оценку доказательств и принятие решения арбитрами, относятся:

(1) Эффект переоценки предсказуемости последствий *post factum*. Ретроспективной оценке событий всегда свойственно более цельное понимание связей между событиями, чем это может быть при попытках спрогно-

[955] *Sussman E.* Arbitrator Decision Making: Unconscious Psychological Influences and What you can do about them / Edna Sussman // The American Review of International Arbitration. — 2013. — Vol. 24. — p. 488.

зировать события на будущее. Поэтому наступившие негативные последствия какого-либо нарушения представляются легко прогнозируемыми, а действия лица, допустившего наступление каких-либо негативных последствий, — с трудом заслуживающими оправдания;

(2) Эффект широких диапазонов или эффект якоря (*anchoring blinder*). В арбитраже почти всегда имеется простор для разногласий во мнениях по поводу определения того, какому расчету подлежащих взысканию сумм верить, какой эксперт заслуживает доверия и прочее. Большие и малые числа, суммы, даже те, которые заявлены в начале разбирательства и не подкреплены доказательствами, могут оказывать влияние на суждения арбитра, несмотря на последующий тщательный анализ расчетов, основанный на конкретных доказательствах. В то же время, в значительной степени уже сама по себе осведомленность об этом эффекте позволяет снизить его влияние. Представителям сторон также стоит учитывать, что эффект, полученный от использования таких приемов, может быть прямо противоположный — утрата всякого доверия к оценкам стороны, как только выясняется, что ее завышенные оценки ни на чем не основываются.

(3) Эффект обрамления (*framing blinder*). Называя его в числе когнитивных искажений, психологи, тем не менее, отдают себе отчет, что устранить его из арбитража невозможно. А если и можно, то вместе с юристами, ведь в его применении состоит часть адвокатского мастерства представителя стороны. Речь идет о том, что то «обрамление», в которое встраивает свои оценки аргументов и доказательств представитель стороны, естественным образом нацелено на усиление или ослабление влияния на решение арбитра какого-либо доказательства. Последовательность изложения аргументов, момент, выбранный для предъявления доказательства, и другие подобные факторы способны усиливать или ослаблять действие аргументов. В арбитражной практике вырабо-

таны и применяются механизмы, снижающие воздействие приемов адвокатского мастерства: вместо устных речей представителей сторон практически во всех системах предпочтение отдается письменным заявлениям, представление и использование незаявленных стороной вовремя доказательств исключается, прочее.

(4) Эффект стремления к определенности (*coherence blinder*). Стремление к определенности — это психологическая модель, которая показывает переход от конфликта к решению[956]. В процессе разрешения дела точка зрения арбитра перемещается в состояние слаженности, определенности, в котором подтверждающие определенное мнение доказательства принимаются, в то время как противоречащие ему доказательства отбрасываются, поскольку подталкивают к переходу в некомфортное состояние неопределенности, конфликта мнений.

(5) Эффект последовательности (*confirmation blinder*)[957]. Эти искажения считаются исследователями наиболее пагубными в арбитраже, поскольку в наибольшей мере препятствуют сохранению разума открытым к принятию новых доказательств. Искажение проявляется в том, что уже на раннем этапе рассмотрения арбитр формирует основную версию обстоятельств дела, а далее «фильтрует» ее сквозь доказательства, как бы тестируя свою уже готовую гипотезу. Как только первая гипотеза сформирована, она принимается и редко бывает изменена в фактическом составе, хотя юридическая квалификация может меняться. Проведенное в 2012 году среди арбитров исследование, которое было упомянуто

[956] Основания для этой группы когнитивных искажений, а также для упомянутого далее эффекта последовательности, уже были описаны выше в пункте 18.4.2. Здесь же они приведены в перечне когнитивных искажений для того, чтобы о них сложилось понимание, как об *одних из* механизмов, препятствующих объективной оценке доказательств и принятию обоснованного решения.

[957] В отличие от эффекта стремления к определенности, который проявляется в тенденции избегать некомфортной ситуации сомнения, конфликта мнений, и допускает возможность перейти к любой версии обстоятельств, лишь бы она была определенной, эффект последовательности усложняет новый переход, заставляя придерживаться уже принятой гипотезы. В целом, стоит признать, что эти явления родственные.

ранее, показало, что 60 % арбитров меняли свою предварительно сформированную версию в 30 % и менее случаях. Другие результаты также в целом давали основания полагать, что арбитры не замыкают себя окончательно в пределы ранних гипотез, а потому эти «шоры» могут не представлять наибольшей опасности, если арбитр осведомлен о механизме их действия и прилагает усилия для сохранения критичности мышления[958].

18.4.4. Кросс-культуральные различия

О кросс-культуральных различиях в этой книге было сказано уже достаточно много, преимущественно в аспекте различия подходов к доказыванию в двух крупнейших правовых традициях — системах общего права и континентальных правовых системах. Уже этого достаточно для того, чтобы тезис о кросс-культуральных различиях и их сильнейшем влиянии на практику доказывания воспринимался серьезно. Конечно, в психологическом аспекте кросс-культуральные различия имеют иное значение, а влияние этих различий на восприятие сторонами и арбитрами аргументов и доказательств еще более существенное. И, если авторы пособий по адвокатскому мастерству в арбитраже рекомендуют эти различия изучать и учитывать либо нивелировать путем обращения в аргументации к ценностям, которые являются общими для участвующих в разбирательстве представителей разных культур[959], то мы здесь ограничимся тем, что подчеркнем необходимость понимать эти различия и стараться уменьшать их влияние на оценку доказательств.

В качестве одной из наиболее доступных и оправданных мер, направленных на минимизацию действия искажений, обу-

---

958 *Sussman E.* Arbitrator Decision Making: Unconscious Psychological Influences and What you can do about them / Edna Sussman // The American Review of International Arbitration. — 2013. — Vol. 24. — pp. 495–503.

959 См. *Waites R. C.* Psychological Dynamics in International Arbitration Advocacy/ Richard C. Waites and James E Lawrence / The Art of Advocacy in International Arbitration. Editors: R. Doak Bishop, Edward G. Kehoe. — Juris Publishing, Inc., 2010. — p. 80.

словленных культурной общностью, в арбитраже предлагается избегать назначения в качестве председательствующих состава арбитража представителей стран, из которых происходят стороны[960]. Кстати, стороны часто наоборот стремятся обратить в свою пользу культурно обусловленную предвзятость, вводя в команду своих представителей юристов из тех юрисдикций, из которых происходят арбитры.

18.4.5. Способы ослабления влияния психологических искажений

Любые попытки арбитров оградить себя от влияния психологических механизмов, благодаря действию которых достигается убеждение в правдивости той или иной гипотезы об обстоятельствах дела, могут показаться сопротивлением тому, что должно произойти с необходимостью, — достижению состояния внутреннего убеждения. В главе 5, посвященной стандарту доказывания, это состояние было описано как необходимое для решения спора. Однако достижение этого состояния ценно в том случае, когда оно происходит под влиянием критической оценки доказательств с помощью инструментов логики, а не под влиянием неосознаваемых или почти не осознаваемых психологических механизмов. Поэтому в осознании и противлении этим механизмам нет ничего, что могло бы противоречить целям доказывания в арбитраже. Другое дело, что эмпирические исследования, проведенные авторитетными психологами, указывают на то, что даже опытные, хорошо подготовленные и мотивированные на объективное рассмотрение дела судьи подвержены когнитивным иллюзиям, искажениям, которые влияют на процесс принятия решения[961].

---

[960] *Diamond S. S.* Psychological Aspects of Dispute Resolution: Issues for International Arbitration / Shari S. Diamond // International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions / General Editor; A. J. van den Berg. — Hague, International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, 2003 — p. 339.

[961] См. *Guthrie C.* Inside the Judicial Mind / Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski, Andrew J. Wistrich // Cornell Law Review. — 2001. — Vol. 86. — Issue 4. — pp. 777–830. См. также *Elgueta G. R.* Understanding Discovery in International Commercial Arbitration Through

Снизить силу, с которой описанные в этой главе и другие когнитивные искажения влияют на оценки арбитра, как оказалось, далеко не всегда помогает коллективное принятие решений, например, арбитражным судом в составе трех арбитров. Малая группа, которой является состав арбитражного суда, оказывается неспособной выявить и нейтрализовать искажения. По крайней мере, исследователи признали, что поскольку эмпирические данные существенно различны всякий раз, когда совершается попытка определить направление воздействия группы на проявление когнитивных искажений, к каким-либо точным выводам прийти не удавалось[962].

Таким образом, выявление и преодоление психологических факторов, препятствующих объективной оценке доказательств и принятию обоснованного решения, является задачей каждого арбитра. Психолог Эдна Суссман обобщила большое количество техник устранения разного рода искажений в оценке аргументов, предвзятости в решениях. Она представила эти техники в виде такого перечня рекомендаций арбитрам[963]:

(1) При подготовке решения следует рассмотреть позицию каждой из сторон так, как если бы она была правильной;
(2) Арбитру следует определить, в чем он может ошибаться, какие доказательства указывают на правильность другого пути и почему арбитр на них не полагается;
(3) Необходимо провести консультации с другими арбитрами в составе арбитражного суда и обсудить с ними все вопросы факта и права, а также сделанные выводы;
(4) Необходимо убедиться в том, что высказанное каждым арбитром мнение является независимым мнением;
(5) Полезным может быть составление перечня аргументов со столбцами для аргументов в пользу каждой из сторон;

Behavioral Law and Economics: A Journey Inside the Minds of Parties and Arbitrators / Giacomo Rojas Elgueta // Harvard Negotiation Law Review. — 2011. — Vol. 16. — p. 184.

[962] *Drahozal C.* A Behavioral Analysis of Private Judging / Christopher R. Drahozal // Law and Contemporary Problems. — 2004. — Vol. 67. — p. 126.

[963] *Sussman E.* Arbitrator Decision Making: Unconscious Psychological Influences and What you can do about them / Edna Sussman // The American Review of International Arbitration. — 2013. — Vol. 24. — pp. 507–508.

(6) Полезным может быть составление перечня исковых требований и элементов обоснования каждого требования с тем, чтобы выяснить, были ли эти элементы установлены и каким образом;

(7) Необходимо снизить уровень доверия к собственной памяти, обращаться к записям и документам дела, в которых зафиксированы важные обстоятельства;

(8) Следует восстановить путь достижения определенных выводов и подумать о том, какие доказательства в процессе достижения этих выводов были отброшены и почему;

(9) В процессе подготовки решения следует изложить письменно обоснование решения даже в том случае, когда арбитражное решение по согласию сторон принимается без указания в нем обоснования;

(10) Следует оценить вероятность ошибки. Если оказывается, что она слишком высока, стоит переосмыслить дело до тех пор, пока не будет достигнута более высокая степень определенности в выводах[964];

(11) Необходимо установить, какие существенные доказательства, которые нужно рассматривать как недопустимые или недостоверные, могли повлиять на арбитра, и попытаться рассмотреть результат дела без этого доказательства;

(12) Следует сфокусироваться на когнитивных искажениях, сознательно и критично рассмотреть, какое влияние они могли оказать;

(13) Не стоит допускать перегрузки делами. Для осмысления всех аспектов одного дела, как фактических, так и правовых, должно быть достаточно времени;

(14) Необходимо «переспать» с готовящимся арбитражным решением с тем, чтобы была возможность пересмотреть его «свежим» взглядом;

(15) Необходимо рассмотреть, какое доказательство потребовалось бы, чтобы прийти к противоположному

[964] Эта рекомендация может выполняться с учетом применяемого стандарта доказывания (см. главу 5) и не должна приводить к его необоснованному повышению.

выводу, после чего проверить, не было ли такое доказательство представлено;

(16) Следует задать себе вопрос о том, что бы проигравшая сторона могла посчитать не принятым во внимание в анализе, проведенном арбитром;

(17) Стоит рассмотреть ситуацию, как если бы кто-то другой пришел к иным выводам — как он или она написал бы решение и в каких аспектах оно бы отличалось от принятого;

(18) Необходимо оставаться в курсе исследований процессов принятия решений арбитрами и развития психологии в целом, поскольку они могут способствовать улучшению арбитражной практики.

Примечательно, что приведенные выше рекомендации имеют нейтральный характер, их выполнение не создает преимуществ для какой-либо из сторон. Они лишь помогают арбитрам сохранять критичность мышления. Хорошо, если весь состав арбитража с помощью этих или других средств может трезво оценить свою способность принимать логически обоснованное решение. Однако положительный результат может быть достигнут уже в том случае, если, по крайней мере, один из арбитров отдает себе отчет о психологических факторах, влияющих на его собственную и его коллег способность оценивать доказательства. Такой арбитр, задающий себе и другим арбитрам из состава арбитража, рассматривающего дело, вопросы из приведенного выше перечня, вносит существенный вклад в принятие арбитражным судом решения, которое действительно основано на доказательствах.

Библиография

i. Законодательство, регламенты, правила, отчеты

1 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration. — School of International Arbitration, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary University of London, 2015. — 60 pages. — Режим доступа : http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/16476 1.pdf

2 ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure adopted by the American Law Institute (ALI) in May 2004 and by the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) in April 2004. // Unif. L. Rev. 2004. — No. 4 — pp. 758–808.

3 Arbitration Act 1996. — Режим доступа: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf

4 Arbitration Act of Finland, in force since 1 December 1992 (967/1992; amendments up to 460/1999 included). — Режим доступа : http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1992/en19920967.pdf

5 Arbitration Act of Netherlands of 1 December 1986, Code of Civil Procedure — Book Four: Arbitration. — Режим доступа : http://www.jus.uio.no/lm/netherlands.arbitration.act.1986/

6 Arbitration Act of New Zealand of 2 September 1996 No 99. — Режим доступа : http://www.legislation.govt.nz/act/public/1996/0099/latest/whole.html

7 Arbitration And Conciliation Act of India, 16th August, 1996, No. 26. — Режим доступа : http://keralamediation.gov.in/AC%20Act.pdf

8 Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Adopted by the Stockholm Chamber of Commerce and in force as of 1 January 2010. — Режим доступа : http://www.sccinstitute.com/filearchive/3/35894/K4_Skiljedomsregler%20eng%20ARB%20TRYCK_1_100927.pdf

9 Arbitration Rules of the Netherlands Arbitration Institute, Effective 2010. — Режим доступа : http://www.nai-nl.org/downloads/NAI%20Arbitration%20Rules%201%20January%202010.pdf

10 Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre, SIAC Rules (5th edition, 1 April 2013). — Режим доступа : http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2013

11 Belgian Judicial Code. In force as from September 1, 2013. Chapter 6: Arbitration. — Режим доступа : http://www.cepani.be/en/arbitration/belgian-judicial-code-provisions

12 Canada Evidence Act (R.S.C., 1985, c. C-5). Current to June 17, 2015. Last amended on March 9, 2015. — Режим доступа : http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-5/
13 CIArb Arbitration Rules, 1 December 2015. — London: Chartered Institute of Arbitrators, 2015. — Режим доступа : https://www.ciarb.org/docs/default-source/das/ciarb-arbitration-rules.pdf
14 CIArb Guideline 5 to the UNCITRAL Model Law and Rules: Guideline for Arbitrators regarding Documents-Only Arbitration, 06 December 2011. — Режим доступа : http://www.ciarb.org/information-and-resources/Practice%20guideline%205%20uncitral.pdf
15 CIArb Guidelines for Arbitrators regarding Documents-Only Arbitrations,Practice Guideline 5, 06 December 2011. — Режим доступа : http://www.ciarb.org/information-and-resources/Practice%20Guideline%205% 20international.pdf
16 CIArb Practice Guideline 10: Guidelines on the use of Tribunal-Appointed Experts, Legal Advisers and Assessors, Chartered Institute of Arbitrators, 20 June 2011. — Режим доступа : http://www.ciarb.org/information-and-resources/Practice%20Guideline%2010%20June2011.pdf
17 CIArb Protocol for E-Disclosure in Arbitration, Chartered Institute of Arbitrators, October 2008. — Режим доступа : http://www.ciarb.org/information-and-resources/E-Discolusure%20in%20Arbitration.pdf
18 CIArb Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration, Chartered Institute of Arbitrators, September 2007. — Режим доступа : http://www.ciarb.org/information-and-resources/The%20use%20of%20party-appointed%20experts.pdf
19 CIArb Rules of controlled-cost arbitration, 2014 edition. — London: Chartered Institute of Arbitrators, 2014. — Режим доступа : https://www.ciarb.org/docs/default-source/das/ciarb-rules-of-controlled-cost-arbitration-aug-2014.pdf
20 Code of Civil Procedure as promulgated on 5 December 2005 (Bundesgesetzblatt (BGBl., Federal Law Gazette) I page 3202; 2006 I page 431; 2007 I page 1781), last amended by Article 1 of the Act dated 31 August 2013 (Federal Law Gazette I page 3533). — Режим доступа : http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html
21 Code of Civil Procedure of France, Book IV (redrafted by Decree No. 2011-48 of 13 January 2011, reforming the law governing ar-

bitration. — Режим доступа: http://www.parisarbitration.com/French-Law-on-Arbitration.pdf
22 Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration /1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee. — Режим доступа : http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=DD240932-0E08-40D4-9866-309A635487C0
23 Convention On the Law Applicable to Contractual Obligations, opened for signature in Rome on 19 June 1980. — Режим доступа : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41980A0934:EN:NOT
24 Dubai International Arbitration Centre (DIAC) Arbitration Rules 2007. — Режим доступа : http://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/DIAC%202007%20Arbitration%20Rules.pdf
25 European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961 / United Nations, Treaty Series. — Vol. 484 (1963–1964), No. 7041 — p. 364.
26 Evidence. Report 55 — Vol. 2. Evidence Code and Commentary. — August 1999, Wellington, New Zealand. — 291 pages.
27 Federal Arbitration Act (Pub.L. 68–401, 43 Stat. 883, enacted February 12, 1925, codified at 9 U.S.C. § 1 et seq.). — Режим доступа : http://www.law.cornell.edu/uscode/text/9/9
28 Federal Rules of Civil Procedure (as amended on 29 Apr. 2015). — Режим доступа : https://www.law.cornell.edu/rules/frcp
29 Federal Rules of Evidence (Enacted by Public Law No. 93-595, January 2, 1975; with amendments as of December 1, 2013). — Режим доступа : http://www.law.cornell.edu/rules/fre
30 Federal Statute on Private International Law of Switzerland. — Режим доступа : https://www.swissarbitration.org/sa/download/IPRG_english.pdf
31 Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards / International Law Association New Delhi Conference (2002), Committee On International Commercial Arbitration. — 12 pages. — Режим доступа : http://www.ila-hq.org/en/publications/order-reports.cfm
32 German Institution of Arbitration Arbitration Rules, in force as of July 1, 1998. — Режим доступа : http://www.dis-arb.de/en/16/rules/dis-arbitration-rules-98-id10
33 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. Adopted by a resolution of 29 May 2010. — Режим доступа :

http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#takingevidence
34 ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, Second edition (2014); publication date : 01.11.2014, Document No. : 861-1 ENG, available at: http://www.iccwbo.org/Data/Policies/2012/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Techniques-for-Controlling-Time-and-Costs-in-Arbitration,-2012/
35 ICC Rules for Expertise, in force as from 1 January 2003. — Режим доступа : http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/expertise/icc-rules-for-expertise/
36 ICDR Final Offer Arbitration Supplementary Rules, Effective January 1, 2015. — Режим доступа : https://www.icdr.org/icdr/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTAGE2030257&revision=latestreleased
37 ICDR Guidelines for Arbitrators Concerning Exchanges of Information, effective May 31, 2008. — Режим доступа : https://www.icdr.org/icdr/ShowPDF?doc=ADRSTG_002579
38 International Arbitration Rules of Zurich Chamber of Commerce (1989). — Режим доступа : http://www.intracen.org/International-Arbitration-Rules-of-Zurich-Chamber-of-Commerce-1989/
39 International Centre for Dispute Resolution International Arbitration Rules, Rules Amended and Effective June 1, 2014. — Режим доступа : http://images.go.adr.org/Web/AmericanArbitrationAssociation/%7B726dd34d-bcc5-4d64-9d1d-ccd7542e9910%7D_ICDR_Rules.pdf
40 International Chamber of Commerce Arbitration Rules, in force as from January 1, 2012. — Режим доступа: http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/
41 International Chamber of Commerce Rules of Conciliation and Arbitration, in force as from January 1, 1988. — Режим доступа : http://www.jus.uio.no/lm/icc.conciliation.arbitration.rules.1988/landscape.pdf
42 International Law Association Recommendations on Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration. Resolution No. 6/2008 of the 73rd Conference of the International Law Association held in Rio de Janeiro, Brazil, 17–21August 2008. — Режим доступа : http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/7FC8F94B-BE34-4634-AA5DE5128B-097B4A

43 JAMS International Arbitration Rules, effective August 1, 2011. — Режим доступа : http://www.jamsadr.com/international-arbitration-rules/#Conduct-of-the-Arbitration
44 LCIA Arbitration Rules,effective 1 October 2014. — Режим доступа : http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx
45 National Arbitration Forum Code of Procedure, effective August 1, 2008. — Режим доступа : http://www.adrforum.com/users/naf/resources/CodeofProcedure2008-print2.pdf
46 Official Records of the General Assembly, Twentieth Session, Annexes, agenda item 92, document A/C.6/L.572.// Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1970, Vol. I. — pp. 13–17.
47 Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration of the International Institute for Conflict Prevention and Resolution. — Режим доступа : http://www.cpradr.org/Resources/ALLCPRArticles/tabid/265/ID/614/CPR-Protocol-on-Disclosure-of-Documents-and-Presentation-of-Witnesses-in-Commercial-Arbitration.aspx
48 Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session, 3–21 June 1985. Supplement No. 17 (A/40/17). — New York, UN, 1985. — 94 pages. — Режим доступа : http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N85/325/11/PDF/N8532511.pdf?OpenElement
49 Singapore International Arbitration Act (Chapter 143a) (Original Enactment: Act 23 Of 1994) Revised Edition 2002 (31st December 2002). — Режим доступа : http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p;page=0;query=DocId%3A"fdb4f13d-0fdb-4083-806a-0c16554efd0b"%20Status%3Ainforce%20Depth%3A0;rec=0;whole=yes
50 Swedish Arbitration Act (SFS 1999:116). — Режим доступа : http://www.sccinstitute.com/?id=23746
51 Swiss Rules of International Arbitration, 2012. — Режим доступа : https://www.swissarbitration.org/sa/download/SRIA_english_2012.pdf
52 Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration. Second Edition / 2012 Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Reducing Time and Costs in Arbitration. — Paris, ICC, 2013. — 16 pages.
53 Techniques for Managing Electronic Document Production When it is Permitted or Required in International Arbitration. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on the

Production of Electronic Documents in International Arbitration. — Paris, ICC, 2012. — 24 pages.
54 The Sedona Principles (Second Edition) Addressing Electronic Document Production. — The Sedona Conference, 2007. — 90 pages.
55 UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010). — Режим доступа : http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf
56 UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, United Nations. — New York, 2012 — 40 pages. — Режим доступа : http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-e.pdf
57 Vienna International Arbitral Centre Rules of Arbitration, Official English version adopted by the Extended Presiding Committee of the Austrian Federal Economic Chamber on 8 May 2013, with effect from 1 July 2013. — Режим доступа : http://www.viac.eu/en/arbitration/arbitration-rules-vienna/93-schiedsverfahren/wiener-regeln/144-new-vienna-rules-2013
58 Договор о союзе южноамериканских государств в отношении процессуального права (подписан в Монтевидео 11 января 1889 года) / Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. — Том 2. — Организация Объединенных Наций. — 1973. — 239 с.
59 Европейская конвенция о единообразном законе об арбитраже (подписана в Страсбурге 20 января 1966 года) / Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. — Том 2. — Организация Объединенных Наций. — 1973. — С. 78 — 93.
60 Кодекс профессиональной этики адвоката, принятый Первым Всероссийским съездом адвокатов 31.01.2003 г. — Режим доступа : http://www.fparf.ru/documents/normative_acts/1059/
61 Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (подписана в Нью-Йорке 10 июня 1958 года) / Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. — Том 2. — 1973. — С. 28–38.
62 Конвенция об исполнении иностранных арбитражных решений (подписана в Женеве 26 сентября 1927 года) / Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. — Том 2. — 1973. — С. 14–19.

63 Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року // Офіційний вісник України. — 2006. — № 15 (26.04.2006). — Ст. 1171.
64 Правила адвокатської етики, затверджені Установчим З'їздом адвокатів України 17.11.2012 року. — Режим доступа : http://vkdka.org/pravil-advokatskoji-etiki/
65 Правила примирения и арбитража — Международная торговая палата, 1955 г. / Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. — Том 2. — Организация Объединенных Наций. — 1973. — С. 95–105.
66 Правила профессиональной этики адвоката, утвержденные постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь от 06.02.2012 г. № 39 // Газета «Рэспубліка» от 05.04.2012 г., № 64.
67 Правила процедуры Межамериканской комиссии торгового арбитража (вступили в силу 1 апреля 1969 года) / Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. — Том 2. — Организация Объединенных Наций. — 1973. — С. 137–149.
68 Про міжнародне приватне право: Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 32. — Ст. 422.
69 Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 25. — Ст. 198.
70 Протокол об арбитражных оговорках (подписан в Женеве 24 сентября 1923 года) / Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. — Том 2. — 1973. — С. 9–13.
71 Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. — Том 2. — Организация Объединенных Наций. — 1973. — 239 с.
72 Регламент МЗеждународного арбитражного суда при БелТПП (утвержден постановлением Президиума Белорусской торгово-промышленной палаты от 17 марта 2011 года, вступил в силу с 5 апреля 2011 года). — Режим доступа : http://www.iac.by/index.php?id=36795&
73 Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Республики Молдова о процедуре международного коммерческого арбитража (утвержден решением Совета Торгово-промышленной палаты Республики Молдова от 19 декабря 2008 г. — Режим доступа : http://arbitraj.chamber.md/index.php?id=152

74 Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, утвержденый приказом ТПП РФ от 18 октября 2005 года № 76 с изменениями и дополнениями, внесенными приказом ТПП РФ от 23 июня 2010 года №28 и приказом ТПП РФ от 8 ноября 2013 года №78. — Режим доступа : http://www.tpprf-mkac.ru/ru/lregl/reglrus

75 Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины, утвержденый решением Президиума Торгово-промышленной палаты Украины № 18(1) от 17 апреля 2007 года с изменениями, внесенными решениями Президиума Торгово-промышленной палаты Украины № 24(6) от 25 октября 2012 года и № 38(1) от 24 апреля 2014 года. — Режим доступа : http://www.ucci.org.ua/arb/icac/ru/rules.html

76 Руководящие принципы Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже IBA (Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, adopted by resolution of the IBA Council on 23 October 2014). — Режим доступа : http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

77 Руководящие принципы Международной ассоциации юристов относительно представительства сторон в международном арбитраже, одобренные решением Совета Международной ассоциации юристов 25 мая 2013 года. — Режим доступа : http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

78 Сборник ЮНСИТРАЛ по прецедентному праву, касающемуся Конвенции Организации Объединенных Наций о международной купле-продаже товаров. — Издание ООН, Нью-Йорк, 2008. — № R.08.V.15. — 422 с.

79 Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, 1985 год, с изменениями, принятыми в 2006 году. — Режим доступа : http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf

80 Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України, 2003. — № 11 (28.03.2003). — Ст. 461.

81 Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. // Офіційний вісник України. — 2004. — № 16 (07.05.2004). — Ст. 1088.

ii. Арбитражные решения

82 American Arbitration Association, International Centre for Dispute Resolution, Interim Award of 23 October 2007 (Macromex Srl. v. Globex International Inc.). — Режим доступа : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071023a5.html

83 Arbitration Chamber of Paris Case No. 9926 of 2007 / Yearbook Comm. Arb'n XXXIII, Albert Jan van den Berg, ed. — Kluwer, 2008. — pp. 15–23. — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/079926f1.html

84 Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of Budapest 5 December 1995 Budapest Arbitration proceeding Vb 94131 (Waste container case). — Режим доступа : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951205h1.html

85 CIETAC Arbitration proceeding, Award of 11 February 2000 (Silicon metal case). — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000211c1.html

86 CIETAC Arbitration proceeding, Award of 14 February 2007 (Bellows forming machine case). — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070214c1.html

87 CIETAC Arbitration proceeding, Award of 19 April 1991 (Metal silicon case). — Режим доступа : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/910419c1.html

88 CIETAC Arbitration proceeding, Award of 23 March 2007 (Offset printing machines case). — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070323c1.html

89 CIETAC Arbitration proceeding, Award of 24 July 2007 (Flexo label printing machine case). — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070724c1.html

90 CIETAC Arbitration proceeding, Award of 4 November 2002 (Beech log case). — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/021104c1.html

91 CIETAC Arbitration proceeding, Award of 8 March 1996 CIETAC Arbitration proceeding (Old boxboard corrugated cartons case). — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960308c1.html

92 CIETAC Arbitration proceeding, Award of 8 September 1997 (BOPP film case). — Режим доступа : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970908c1.html

93 CIETAC Arbitration proceeding, Award of December 2005 (Heat transfer oil furnace case). — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/051200c1.html

94 Final Award in the Matter of an Arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules between: Telenor Mobile Communications AS and Storm LLC dated 2 July 2007, New York. — 68 pages.
95 Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce Award of 19 October 2009 (Mineral water case). — Режим доступа : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091019sb.html
96 Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce Award of 28 January 2009 (Medicaments case). — Режим доступа : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090128sb.html
97 Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce, Award of 21 February 2005 (Young chickens case). — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/050221sb.html
98 ICC Arbitration Case No. 10274 of 1999 (Poultry feed case). — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990274i1.html
99 ICC Arbitration Case No. 10377 of 2002 (Textile product machines case). — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/020377i1.html
100 ICC Arbitration Case No. 6653 of 26 March 1993 (Steel bars case). — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/936653i1.html
101 ICC Arbitration Case No. 7645 of March 1995 (Crude metal case). — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/957645i1.html
102 ICC Arbitration Case No. 8547 of 1999. — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/998547i1.html
103 ICC Arbitration Case No. 8786 of January 1997 (Clothing case). — Режим доступа : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978786i1.html
104 ICC Arbitration Case No. 8790 of 2000 (Processed food product case). — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/008790i1.html
105 ICC Arbitration Case of 20 December 1999 (Copper cable case). — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/991220i1.html
106 ICC Court of Arbitration - Paris Case No. 11333 Arbitral Award of 2002 , available at: http://www.unilex.info/case.cfm?id=1163
107 ICC Court of Arbitration — Zurich, Case No. 9448 Arbitral Award of 07.1999 , available at: http://www.unilex.info/case.cfm?id=467
108 ICC Partial Award 4131, 23 September 1982. — Режим доступа : http://translex.uni-koeln.de/touch/document.php?docid=204131

109 ICDR AAA Case No. 50181T 0036406, Macromex Srl. v. Globex International Inc. Final Arbitral Award of 12.12.2007, available at: http://www.unilex.info/case.cfm?id=1346
110 ICDR Case No. 50 494 T 0030909, Final award of 15.09.2011 (DigiTelCom, Ltd. v. Tele 2 Sverige AB)
111 International Centre for Dispute Resolution of the American Arbitration Association, Interim Award of 23 October 2007 (Macromex Srl. v. Globex International Inc.). — Режим доступа : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071023a5.html
112 Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, Award of 15 June 1994, Vienna Arbitration proceeding SCH-4318 (Rolled metal sheets case). — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/940615a4.html
113 Netherlands Arbitration Institute Award of 15 October 2002, Case No. 2319 (Condensate crude oil mix case). — Режим доступа : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021015n1.html
114 SCC Arbitration Award of 5 April 2007 (Pressure sensors case). — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070405s5.html
115 SCC Arbitration Award of 5 June 1998 (Beijing Light Automobile Co. v. Connell). — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/980605s5.html
116 SCC Arbitration case No. 010/2006, award of 11.06.2007 (Techsnabexport JSC v. Palmco Corporation)
117 SCC Arbitration case No. 156/2003, final award of 11.06.2007 (Globe Nuclear Services, Supply GNSS, Ltd. v. Techsnabexport)
118 SCC Arbitration proceeding, first partial award of 22.06.2007 (Techsnabexport JSC v. Palmco Corporation)
119 SCC Arbitration proceedings No. V 007/2008, Separate Award rendered on 19 October 2010 (Italia Ukraina Gas S.p.a. v. National Joint-Stock Company “Naftogaz of Ukraine”)
120 SCC, Arbitration Award of 1998, Case No. 107/1997 (Steel bars case). — Режим доступа : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=435&step=FullText
121 Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award of 9 June 2004, Arbitration proceeding 125/2003. — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/040609r1.html
122 Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award of 13 April

2006 Arbitration proceeding 105/2005. — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/060413r1.html
123 Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award of 27 July 1999, Arbitration proceeding 302/1996. — Режим доступа : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990727r1.html
124 Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award of 30 May 2001 Arbitration proceeding 185/2000. — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/010530r2.html
125 Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award of 7 June 1999, Arbitration proceeding No. 238/1998. — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990607r1.html
126 Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award of 14 February 2006, Arbitration proceeding 7/2005. — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/060214r1.html
127 Zürich Chamber of Commerce, Switzerland, Award of 31 May 1996, Arbitration proceeding (Soinco v. NKAP). — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960531s1.html
128 Решение МКАС при ТПП Украины от 12 июля 2001 года [О взыскании задолженности за товар]. — Режим доступа : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2619.html
129 Решение МКАС при ТПП Украины от 17 апреля 2002 года [О взыскании задолженности по контракту купли-продажи]. — Режим доступа : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2599.html
130 Решение МКАС при ТПП Украины от 21 мая 2004 года [О возврате имущества из незаконного владения]. — Режим доступа : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2641.html
131 Решение МКАС при ТПП Украины от 22 декабря 2004 года [О взыскании штрафной неустойки за непоставленный товар и возмещении расходов по уплате арбитражного сбора]. — Режим доступа : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO1108.html
132 Решение МКАС при ТПП Украины от 23 июля 2003 года [О взыскании неоплаченной стоимости поставленного оборудования]. — Режим доступа : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2605.html

133 Решение МКАС при ТПП Украины от 23 сентября 2004 года [О взыскании стоимости поставленного товара и возмещении убытков, вызванных уплатой в бюджет Украины пени за нарушение сроков поступления валютной выручки]. — Режим доступа : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2595.html
134 Решение МКАС при ТПП Украины от 28 ноября — 1 декабря 2003 года [О взыскании стоимости поставленной, но не оплаченной продукции, пени за нарушение сроков оплаты и арбитражных расходов]. — Режим доступа : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO1045.html
135 Решение МКАС при ТПП Украины от 28 сентября 2001 года [О взыскании убытков]. — Режим доступа : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2642.html
136 Решение МКАС при ТПП Украины от 30 сентября 2003 года [О соблюдении условий договора бербоут-чартера]. — Режим доступа : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2657.html
137 Решение МКАС при ТПП Украины от 31 августа 2004 года [О взыскании основного долга, пени за просрочку платежей и расходов по уплате арбитражного сбора]. — Режим доступа : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO1136.html
138 Решение МКАС при ТПП Украины от 31 мая 2002 года [О взыскании стоимости поставленного товара]. — Режим доступа : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2624.html

iii. Судебные решения

139 Rheinland Versicherung v. Atlarex and Allianz Subalpina, Tribunale de Vigevano, Italy, 12 July 2000, Cisg-online.ch no: 493.
140 Urteil von Bundesgericht No. 4P.260/2000/rnd von 2. März 2001 in Sachen Bank Saint Petersburg PLC v. ATA Insaat Sanayi ve Ticaret Ltd. — Режим доступа : http://www.bger.ch/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm
141 Постанова Вищого господарського суду України від 22 липня 2013 року у справі № 5011-66/18877-2012. — Режим доступа : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32729949
142 Постанова Київського апеляційного господарського суду від 23 січня 2013 року у справі № 5011-52/10832-2012. — Режим доступа : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/28826300
143 Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета, № 140, 30.06.2015.

144 Рішення господарського суду Запорізької області від 22 березня 2013 року у справі № 908/348/13-г. — Режим доступа : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/30350931
145 Рішення господарського суду міста Києва від 6 лютого 2013 року у справі № 5011-66/18877-2012. — Режим доступа : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29315182
146 Ухвала Апеляційного суду Донецької області від 26 лютого 2013 року. — Режим доступа : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/30872909
147 Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 27 червня 2013 року у справі № 22-ц/796/8659/2013. — Режим доступа : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32144843.
148 Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 4 жовтня 2012 року у справі № 22-ц/2690/11007/12. — Режим доступа : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/26524862.
149 Ухвала апеляційного суду Одеської області від 05 червня 2013 року у справі № 22-ц/785/4523/13. — Режим доступа : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31772849.
150 Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 травня 2013 року у справі № 22-ц/2690/11007/12. — Режим доступа : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31727129.
151 Ухвала Шевченківського районного суду м. Києва від 06 вересня 2012 року у справі № 2610/12586/2012. — Режим доступа : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/26292639.

iv. Монографии и статьи

152 Amaya A. The Tapestry of Reason: An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument / Amalia Amaya. — Bloomsbury Publishing, 2015. — 560 pp.
153 Arrowood C. Discovery in International Arbitration: The Murky Waters of 28 U.S.C. §1782 / Catharine B. Arrowood and Kathryn S. Lehman // Privacy & Data Security Law Journal. — 2009. — September Issue. — pp. 723–732.
154 Baniassadi M. R. Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration / Mohammad Reza Baniassadi // Berkeley Journal of International Law. — 1992. — Vol. 10, Issue. 1, Art. 2. — pp. 59–84.
155 Barcelo J. J. Burden of Proof, Prima Facie Case and Presumption in WTO Dispute Settlement / John J. Barcelo // Cornell International Law Journal. — 2009. — Vol. 42. — pp. 23–43.

156 *Barraclough A.* Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration / Andrew Barraclough and Jeff Waincymer // Melbourne Journal of International Law. — 2005. — Vol 6. — No. 2. — Режим доступа : http://www.law.unimelb.edu.au/files/dmfile/downloadebcc1.pdf
157 *Bedard J.* Electronic Discovery in International Arbitration (Revisited) / Bedard J., Frank J. L. — Part 1. — Chapter 2. — ICDR Awards and Commentaries. — 2012. — 578 pages.
158 *Black's Law Dictionary:* Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern, By Henry Campbell Black, M.A. // St. Paul, Minnesota: West Group, 2004. — Eight Edition. — 1808 pp.
159 *Blakemore A. W.* Handbook on the Law of Evidence. Edited by Arthur W.Blakemore and Dewitt C. More. — Albany, N.Y.: Matthew Bender & Company, 1919. — 1024 pp.
160 *Blanke G.* Whether Arbitrators Can be Called as Witnesses: the Position under English Law / Gordon Blanke //Arbitration the international journal of arbitration, mediation and dispute management. — 2008. — Vol. 74. — No. 2. — pp. 114–120.
161 *Blankley K. M.* Res Judicata and Class Action Arbitration Awards / Kristen M. Blankley // The Mayhew-Hite Report on Dispute Resolution and the Courts. — Vol. 4. — Issue 1. — Режим доступа : http://moritzlaw.osu.edu/epub/mayhew-hite/vol4iss1/lead.html
162 *Blinka D.* Why Modern Evidence Law Lacks Credibility / Daniel D. Blinka // Buffalo Law Review. — 2010. — Vol. 58. — pp. 357–417.
163 *Bolthausen O.* Obtaining Discovery in International Arbitral Proceedings: The European v American Mentality by R. A. Oliver Bolthausen and Peter H. Acker // Arbitration. — 2008. — Vol. 74. — No. 3. — pp. 225–236.
164 *Born G.* International Commercial Arbitration: Commentary and Materials. — Kluwer Law International, 2001. — 1149 p.
165 *Brower Charles N.* Evidence Before International Tribunals: The Need for Some Standard Rules / The International Lawyer. — Vol. 28, No. 1 (Spring 1994). — pp. 47–58.
166 *Camerer V.* Glamis Gold, Ltd. v. United States of America: A Case Study On Document Production And Privilege In International Arbitration / Véronique Camerer, Christina G. Hioureas // World Arbitration & Mediation Review (WAMR). — 2008. — Vol. 2. — No. 3. — pp. 33–57.
167 *Chao C.* Planning for Discovery in International Arbitration / Cedric Chao, Maria Chedid // Asian DR. — 2007. — pp. 114–116.

168 *Chen A.* The Doctrine of Manifest Disregard of the Law after Hall Street: Implications for Judicial Review of International Arbitrations in U. S. Courts / Annie Chen // Fordham International Law Journal. — Vol. 32, Issue 6, 2008, Article 3. — pp. 1872–1910.
169 *Cher S. D.* Electronic Discovery/Disclosure: From Litigation to International Commercial Arbitration / Cher Seat Devey // Arbitration. — 2008. — Vol. 74, No. 4, November. — pp. 369 — 384.
170 *Clermont, Kevin M.* Standards of proof revisited // Vermont law Review. — 2009. — Vol. 33. — p. 469–487.
171 *Conde e Silva G. J.* Transnational Public Policy In International Arbitration : PhD in Law Thesis / Gui J. Conde e Silva. — London : Queen Mary College, University of London, 2007. — 254 pages.
172 *Curtin K.-M.* Redefining Public Policy in International Arbitration of Mandatory National Laws / Kenneth-Michael Curtin // Defense Counsel Journal. — 1997. — April. — pp. 271–284.
173 *De Berti G.* Experts and Expert Witnesses in International Arbitration: Adviser, Advocate or Adjudicator? / Giovanni De Berti // Austrian Yearbook on InternationalArbitration. — 2011. — pp. 53-63.
174 *Diamond S. S.* Psychological Aspects of Dispute Resolution: Issues for International Arbitration / Shari S. Diamond // International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions / General Editor; A. J. van den Berg. — Hague, International Bureau of the Permanent Court of Arbitration, 2003. — pp. 327–342.
175 *Drahozal C.* A Behavioral Analysis of Private Judging / Christopher R. Drahozal // Law and Contemporary Problems. — 2004. — Vol. 67. — pp. 105–132.
176 *Ehle B.* Practical aspects of using expert evidence in international arbitration / Bernd Ehle // Yearbook on International Arbitration. — 2012. — Vol. II. — pp. 75–84.
177 *Elsing S. H.* Bridging the Common Law Civil Law Divide in Arbitration / Siegfried H. Elsing and John M. Townsend // Arbitration International. — 2002. — Vol. 18, No. 1. — pp. 59–65.
178 *Eng K.* Spoliation of Electronic Evidence / Kevin Eng // Boston University Journal of Science & Technology Law. — 1999. — Vol. 5, No. 13. : https://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/scitech/volume5/5bujstl13.pdf
179 *Fenton R.* A Civil Matter for a Common Expert: How Should Parties and Tribunals Use Experts in International Commercial Arbitration? / Ruth Fenton // Pepperdine Dispute Resolution Law Journal. — 2006. — Vol. 6, Issue 2, Article 4. — pp. 279–293.

180 *Fleming James Jr.* Sufficiency of the Evidence and Jury Control Devices Available Before Verdict / Fleming James Jr. // Virginia Law Review. — 1961. — Vol. 47. — pp. 218–248.
181 *Fortier Y.* The Minimum Requirements of Due Process in Taking Measures Against Dilatory Tactics: Arbitral Discretion in International Commercial Arbitration — A Few Plain Rules and A Few Strong Instincts / Yves Fortier // Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention (A. J. van den Berg, ed.), ICCA Congress Series, No. 9. — Hague: Kluwer Law International, 1999. — pp. 396–409.
182 *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration.* Edited by Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, John Savage. — Arbitration, Kluwer Law International, 1999. — 1320 pp.
183 *Frank J. L.* Electronic Discovery in International Arbitration: Where Neither the IBA Rules Nor U. S. Litigation Principles Are Enough / Jonathan L.Frank and Julie Bedard // International Dispute Resolution Journal. — November 2007 / January 2008. — pp. 62–74.
184 *Friedland P.* Discoverability of Communications between Counsel and Party-Appointed Experts in International Arbitration / Paul Friedland & Kate Brown de Vejar// Arbitration International. — 2012. — Vol. 28. — Issue 1. — pp. 1–18.
185 *Gabriel S.* Dealing With "Challenged Documents" / Simon Gabriel // ASA Bulletin. — 2011. — No. 4. — pp. 823–837.
186 *Galloway P. D.* Using Experts Effectively and Efficiently in Arbitration / Patricia D. Galloway // Dispute Resolution Journal. — 2012. — Vol. 67, No. 3. — pp. 11–21.
187 *Godden D.* Argument from expert opinion as legal evidence: Critical questions and admissibility criteria of expert testimony in the American legal system / David M. Godden and Douglas Walton // Ratio Juris. — 2006. — Vol. 19(3). — pp. 261–286.
188 *Goode R.* The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration / Roy Goode // Arbitration International. — 2001. — Vol. 17. — No. 1. — pp. 19–39.
189 *Gräns M.* Some Aspects of Legal Decision Making in the Light of Cognitive Consistency Theories / Minna Gräns // Perspectives on Jurisprudence, Essays in Honor of Jes Bjarup. — Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2005. — pp. 99–122.
190 *Gronlund A. C.* The Future of Manifest Disregard As a Valid Ground for Vacating Arbitration Awards in Light of the Supreme Court's Ruling in Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc. / Ann C. Gronlund // Iowa Law Review. — 2011. — Vol. 96. — pp. 1351–1376.

191 *Güçer S.* Lex Mercatoria in International Arbitration / Sülün Güçer // Ankarabarreview. — 2009. — No. 1. — pp. 30–39.
192 *Guillaume G.* The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators / Gilbert Guillaume // Journal of International Dispute Settlement. — 2011. — Vol. 2, No. 1. — pp. 5–23.
193 *Guthrie C.* Inside the Judicial Mind /Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski, Andrew J. Wistrich // Cornell Law Review. — 2001. — Vol. 86. — Issue 4. — pp. 777–830.
194 *Heller K.J.* The Cognitive Psychology of Circumstantial Evidence / Kevin Jon Heller // Michigan Law Review. — 2006. — Vol. 105. — pp. 241–305.
195 *Henderson A.* Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of Arbitration. Unraveling the Laws of the Arbitration Process / Alastair Henderson // Singapore Academy of Law Journal. — 2014. — No. 26. — pp. 886–910.
196 *Herlitz G.N.* The Meaning of the Term "Prima Facie" / Georg Nils Herlitz // Louisiana Law Review. — 1994. — Vol. 55, No. 2. — pp. 391–408.
197 *Horton W.G.* "Discovery" in International Arbitration / William G. Horton // Canadian Arbitration and Mediation Journal. — 2011. — Vol. 20. — No. 1. — pp. 26–29.
198 *Howell D.* Developments in Electronic Disclosure in International Arbitration / D. Howell // Dispute Resolution International. — 2009. — Vol. 3, No. 2, October. — pp. 151–168.
199 *Hunter M.* Transnatonal Public Policy and its Apprication in Investment Arbitration / Martin Hunter and Gui Conde e Silva // The Journal of World Investment. — 2003. — Vol. 4. — No. 3. — pp. 367–378.
200 *Jacquet J.-M.* Dispute Settlement International Commercial Arbitration: 5.5 Law Governing the Merits of the Dispute / Jean-Michel Jacquet // United Nations Conference on Trade and Development. — United Nations, New York and Geneva, 2005. — 36 pages.
201 *Jøsang A.* Legal reasoning with subjective logic / Audun Jøsang, Viggo A. Bondi // Artificial Intelligence and Law. — 2000. — No. 8. — pp. 289–315.
202 *Kaplan N.* If It Ain't Broke, Don't Change It / Neil Kaplan // Arbitration. — 2014. — Vol. 80, Issue 2. — pp. 173-175.
203 *Kaufmann-Kohler G.* "The governing law: fact or law?" — A transnational rule on establishing its contents / Gabrielle Kaufmann-Kohler // ASA Special Series. — No. 26. — July 2006. — pp. 1–7.

204 *Kaufmann-Kohler G.* Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? / Gabrielle Kaufmann-Kohler // Arbitration International. — 2007. — Vol. 23, No. 3. — pp. 357–378.
205 *Kaufmann-Kohler G.* Discovery in international arbitration: How much is too much? / Gabrielle Kaufmann-Kohler, Philippe Bärtsch // Zeitschrift für Schiedsverfahren. — 2004. — Heft 1. — pp. 13–21.
206 *Kaufmann-Kohler G.* Globalization of Arbitral Procedure / Gabrielle Kaufmann-Kohler // Vanderbilt Journal of Transnational Law. — 2003. — Vol. 36. — pp. 1313–1333.
207 *Keer S.* Arbitrators Do Not "Split the Baby" — Empirical Evidence from International Business Arbitration / Stephanie E. Keer & Richard W. Naimark // Towards a Science of International Arbitration: Collected Empirical Research. Edited by: Christopher R. Drahozal, Richard W. Naimark. — Kluwer Law International, 2005. — pp. 311–315.
208 *Kubalczyk A. M.* Evidentiary Rules in International Arbitration — A Comparative Analysis of Approaches and the Need for Regulation / Anna Magdalena Kubalczyk // Groningen Journal of International Law. — 2015. — Vol. 3(1): International Arbitration and Procedure. — pp. 85–109.
209 *Kubas A.* Supreme Court Civil Chamber Resolution, Case No. 1 CSK 286/11 of 15 March 2012 / Andrzej Kubas, Kamil Zawicki, Magdalena Selwa // Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration. — 2013. — Vol. III. — pp. 3–24.
210 *Kurkela M.* Due Process in International Commercial Arbitration / Matti Kurkela, Santtu Turunen. — Oxford ; New York, N.Y. : Oxford University Press, 2010. — 555 pages.
211 *Kyriaki N.* Confidentiality in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis of the Position under English, US, German and French Law / Noussia Kyriaki. — Springer Science & Business Media, 2010. — 200 pages.
212 *Laeuchli U. M.* Civil and Common Law: Contrast and Synthesis in International Arbitration — Chapter 5 / Urs Martin Laeuchli // AAA/ICDR Handbook on International Arbitration Practice. — AAA/ICDR, 2010. — pp. 39–49.
213 *Landolt P.* Arbitrators' Initiatives to Obtain Factual and Legal Evidence / Philip Landolt // Arbitration International. — 2012. — Vol. 28, Issue 2. — pp. 173 — 223.
214 *Landolt P.* Burden and Standard of Proof in Competition Law Matters Arising in International Arbitration by Phillip Landolt and Barbara Reeves Neal / EU and US Antitrust Arbitration. A Handbook

for Practitioners. — Vol. 1. — Edited by Gordon Blanke and Phillip Landolt. — Kluwer Law International BV, The Netherlands. — 2011. — 2464 pages.

215 *LeRoy M. H.* Are Arbitrators Above The Law? The "Manifest Disregard Of The Law" Standard / Michael H. LeRoy // Boston College Law Review. — 2011. — Vol. 52. — pp. 137–187.

216 *Linne A. L.* Burden of Proof under Article 35 CISG / A. L. Linne // Pace International Law Review. — 2008. — Vol. 20 — Issue 1. — pp. 31–44.

217 *Lord C. G.* Biased Assimilation and Attitude Polarization: The Effects of Prior Theories on Subsequently Considered Evidence / Charles G. Lord, Lee Ross, and Mark R. Lepper // Journal of Personality and Social Psychology. — 1979. — Vol. 37, No. 11. — pp. 2098–2109.

218 *Maniruzzaman A.F. M.* International Arbitration and Mandatory Public Rules in the Context of State Contracts: An Overview / A.F. M. Maniruzzaman // Journal of International Arbitration. — 1990. — Vol. 7. — No. 3. — pp. 53–64.

219 *Marild E.* Oral Presentation of Evidence and the Application of the Parol Evidence Rule in International Arbitration / Erik Marild // The American Review of International Arbitration. — 2013. — Vol. 24. — No. 2. — pp. 325–333.

220 *Marossi Z.* Evidentiary Obligations in Contemporary International Litigation : PhD in Law Thesis / Zeinalabedin Marossi. — University of Amsterdam, 2008. — 330 pages.

221 *Marrow P. B.* Can an Arbitrator Conduct Independent Legal Research? If Not, Why Not? / Paul Bennett Marrow // NYSBA Journal. — 2013. — May. — pp. 24–31.

222 *Martinez-Fraga P.J.* King Or Arbitrator: Exploring The Inherent Authority Of Arbitrators To Impose Sanction Within The Framework Of The 2010 IBA Rules On The Taking Of Evidence In International Arbitration / Pedro J. Martinez-Fraga // NALSAR ADR Review. — Vol. 1. — pp. 1–23. — Режим доступа : http://www.nalsar.ac.in/pdf/Journals/NALSAR_ADR_Vol1.pdf

223 *McAllister B.* Evidence in Arbitration / Bruce McAllister and Amy Bloom // Journal of Maritime Law & Commerce. — 2003. — Vol. 34. — No. 1. — pp. 35–53.

224 *Meredith I.* Witness Preparation in International Arbitration — A Cross Cultural Minefield / Meredith, Ian and Khan, Hussain // MEALEY'S International Arbitration Report. — 2011. — Vol. 26, No. 9. — pp. 1–5.

225 *Mistelis L.* Reality Test: Current State Of Affairs In Theory And Practice Relating To "Lex Arbitri" / Loukas Mistelis // The Amer-

ican Review Of International Arbitration. — 2006. — Vol. 17. — pp. 155–181.
226 *Mosk R.* Evidentiary Privileges in International Arbitration / Richard M. Mosk and Tom Ginsburg // The International and Comparative Law Quarterly. — Cambridge University Press. — 2001. — Vol. 50, No. 2. — pp. 345–385.
227 *Moss G. C.* International Arbitration and the Quest for the Applicable Law / Giuditta Cordero Moss // Global Jurist. — 2008. — Vol. 8, Issue 3. — Article 2. — Режим доступа : http://www.bepress.com/gj/vol8/iss3/art2
228 *Newman Z. G.* The Reliability, Admissibility, and Power of Electronic Evidence / Newman Z. G., Ellis A. // Proof. — 2010. — Vol. 18, No. 4. — pp. 1, 10–14.
229 *O'Malley N. D.* Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide / Nathan D. O'Malley. — Informa, 2012. — 424 pages.
230 *O'Malley* N. Discovery in International Commercial Arbitration — A Practical Overview / Nathan D. O'Malley // California International Law Journal. — 2007. — Vol. 15, No. 1. — pp. 9–14.
231 *Odgers S. J.* Res Gestae Regurgitated / Stephen J. Odgers // UNSW Law Journal. — 1989. — Vol. 12. — pp. 262–283.
232 *O'Reilly M.* Survival of the Fittest: The Smaller Commercial Dispute / Michael O'Reilly // Arbitration. — 2015. — Vol. 81, No. 2. — p. 194.
233 *Park W.* Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent / William W. Park // San Diego Law Review. — 2009. — Vol. 46. — pp. 629 –703.
234 *Perloff S.* The ties that bind: The limits of autonomy and uniformity in international commercial arbitration / Saul Perloff. — University of Pennsylvania Journal of International Business Law. — 1992. — Vol. 13:2. — pp. 345–346.
235 *Pfitzer J. H.* Burden of Proof in WTO Dispute Settlement: Contemplating Preponderance of the Evidence by James Headen Pfitzer and Sheila Sabune. — Geneva : International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2009. — 43 pages.
236 *Pilkov K.* Evidence in International Arbitration: Criteria for Admission and Evaluation / Konstantin Pilkov // The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management. — 2014. — Vol. 80. — No. 2. — pp. 147–155.
237 *Pinkston J.* The Case for a Continental European Arbitral Institution to Limit Document Production /Jarred Pinkston // Austrian Yearbook on International Arbitration. — 2011. — pp. 87–111.

238 *Raeschke-Kessler H.* Discovery in International Commercial Arbitration? / Hilmar Raeschke-Kessler // K.-H. Böckstiegel, K.-P. Berger, J. Bredow, eds., The Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, German Institution of Arbitration (DIS) Series, Carl Heymanns Verlag, 2010. — Vol. 26. — pp. 45–56.
239 *Redfern & Hunter on International Arbitration* — Fifth Edition Edited by Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. — Oxford University Press, 2009. — 904 pages.
240 *Rees P.* We Can Have It All: Some Thoughts on the Future of Document Disclosure / P. Rees // Arbitration. — 2015. — Vol. 81, No. 2. — p. 191.
241 *Roba R.M.* Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration / Roxana Maria Roba // Currentul Juridic. — 2011. — Vol. 14. — Issue 4. — pp. 223–228.
242 *Rojas Elgueta G.* Understanding Discovery in International Commercial Arbitration Through Behavioral Law and Economics: A Journey Inside the Minds of Parties and Arbitrators / Giacomo Rojas Elgueta // Harvard Negotiation Law Review. — 2011. — Vol. 16. — pp. 165–191.
243 *Rowley J.W.* Confrontation — Techniques For Impeachment / J. William Rowley, Markus Koehnen and Robert Wisner // Take the Witness: Cross Examination In International Arbitration / Edited by Lawrence W. Newman, Ben H. Sheppard, Jr. — Huntington, NY: JurisNet, 2010. — pp. 31–53.
244 *Sachs K.* Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence / Klaus Sachs and N. Schmidt-Ahrendts // Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series. — Kluwer, 2011. — No 15. — p. 135.
245 *Saidov D.* Cases on CISG Decided in the Russian Federation / Djakhongir Saidov // Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration. — 2003. — pp. 1–62. — Режим доступа : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov1.html
246 *Salomon C.T.* Obtaining and Submitting Evidence in International Arbitration in the United States / Claudia T. Salomon, Sandra Friedrich // The American Review of International Arbitration. — 2013. — Vol. 24, No. 4. — pp. 549–590.
247 *Sami ud-Din M.* International Commercial Arbitration: Developments in the Practice of Taking Evidence/ Mian Sami ud-Din // Arbitration. — 2013. — Vol. 79, Issue 1. — pp. 17–27.
248 *Scherer M.* Circumstantial Evidence in Corruption Cases before International Arbitral Tribunals / Matthias Scherer // International Arbitration Law Review. — 2002. — Vol. 5. — Issue 2. — pp. 29–40.

249 *Scherer M.* The Limits of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Document Production Based on Contractual or Statutory Rights / Matthias Scherer // International Arbitration Law Review. — 2010. — Vol. 13, No. 5. — pp. 195–200.
250 *Schlaepfer A. V.* Few Reflections on the Assessment of Evidence by International Arbitrators / A. V. Schlaepfer, P. A. Bärtsch // International Business Law Journal / Revue de Droit des Affaires Internationales. — 2010. — Issue 3. — pp. 211–223.
251 *Schlaepfer A. V.* Offers in International Arbitrations and their Impact on the Allocation of Costs: A Focus on Sealed and Final Offers / Anne Veronique Schlaepfer Arbitration. — 2014. — Vol. 80, Issue 4. — pp. 405–412.
252 *Schneider M. E.* The role of experts in the adversarial process and the arbitrator's capacity to absorb specialised knowledge / Michael E. Schneider // ASA Bulletin. — 2013. — No. 1(31). — pp. 1–3.
253 *Schneider M. E.* The Terms of Reference / Michael E. Schneider // ICC Bulletin. — 1997. — November. — pp. 26–37.
254 *Schwartz D.* A Foundation Theory of Evidence / David S. Schwartz // The Georgetown Law Journal. — 2011. — Vol. 100. — pp. 95–171.
255 *Schwartz D. L.* Standards Of Proof In Civil Litigation: An Experiment From Patent Law / David L. Schwartz and Christopher B. Seaman // Harvard Journal of Law & Technology. — 2013. — Vol. 26, No. 2. — pp. 429–480.
256 *Shackleton S. R.* The Applicable Law in International Arbitration Under the New English Arbitration Act 1996 / Stewart R. Shackleton // Arbitration International. — 1997. — Vol. 13, No. 4. — pp. 375–389.
257 *Shestowsky D.* Dispute Resolution, Psychology Of / Donna Shestowsky / Encyclopedia of Law & Society: American and Global Perspectives / Editors: David S. Clark et al. — Thousand Oaks: Sage Publications, Inc., 2007. — pp. 427–431.
258 *Shoben E. W.* Evidentiary Wisdom and Blinders in Perspective: Thoughts on Misjudging / Shoben, Elaine W. // Nevada Law Journal. –2007. — Vol. 7. — pp. 500–512.
259 *Sindler M.* Privilege Across Borders in Arbitration: multijurisdictional nightmare or a storm in a teacup / Michelle Sindler and Tina Wustermann // ASA Bulletin. — 2005. — 23(4) — pp. 1–24.
260 *Sklar S. P.* Innovations in Arbitration: Using the Tandem Witness Examination When Experts Collide / Stanley P. Sklar // ADR Currents. — Winter 1996–1997. — No. 2(1) — p.14.
261 *Spoorenberg F.* Conflicting Decisions in International Arbitration / Frank Spoorenberg, Jorge E.Vicuales // The Law and Practice of

International Courts and Tribunals. — 2009. — Vol. 8. — pp. 91–113.
262 *Stein A.* Foundations of evidence law / Alex Stein. — Oxford University Press, 2005. — 247 pages.
263 *Strong S. I.* Research in International Commercial Arbitration: Special Skills, Special Sources / S. I. Strong // The American Review of International Arbitration. — 2009. — Vol. 20. — No. 2. — pp. 119–158.
264 *Sussman E.* Arbitrator Decision Making: Unconscious Psychological Influences and What you can do about them / Edna Sussman // The American Review of International Arbitration. — 2013. — Vol. 24. — pp. 487–514.
265 *Swiss Rules of International Arbitration* — Second Edition / Tobias Zuberbühler, Christoph Müller, Philipp Habegger. — Juris Publishing, Inc., 2013 — 592 pages.
266 *Tercier P.* Document Production in Arbitration: A Civil Law Viewpoint / Pierre Tercier, Tetiana Bersheda / The Search for "Truth" in Arbitration // ASA Special Series. — 2011. — No. 35. — pp. 77–102.
267 *Tevendale C.* Privilege in International Arbitration: Is It Time to Recognize the Consensus? / Craig Tevendale and Ula Cartwright-Finch // Journal of International Arbitration. — 2009. — Vol. 26(6). — pp. 823–839.
268 *Trapl V.*Thinking Big — Bifurcation of Arbitration Proceedings — To Bifurcate or Not To Bifurcate / Vojt ch Trapl // Czech Yearbook of Public & Private International Law. — 2013. — Vol. 4. — pp. 267–277.
269 *Trittmann R.* Taking Evidence in Arbitration Proceedings between Common Law and Civil Law Traditions — The Development of a European Hybrid Standard for Arbitration Proceedings / Rolf Trittmann, Boris Kasolowsky // UNSW Law Journal. — 2008. — Vol. 31(1). — pp. 330–340.
270 *Tsatsos A.* Burden of Proof in Investment Treaty Arbitration: Shifting? / Aristidis Tsatsos // Humboldt Forum Recht. — 2009. — pp. 91–104.
271 *Turner R.* Arbitration awards: a practical approach / Ray Turner. — Blackwell Publishing Ltd, 2005. — 241 pages.
272 *Tuzet G.* Legal Abductions / Giovanni Tuzet // Legal Knowledge and Information Systems. Jurix 2003: The Sixteenth Annual Conference / D. Bourcier (ed.). — Amsterdam: IOS Press, 2003. — pp. 41–50.
273 *Tyler T. R.* The Two Psychologies of Conflict Resolution: Differing Antecedents of Pre-Experience Choices and Post-Experience Eval-

uations / Tom R. Tyler, Yuen J.Huo, E. Allan Lind // Group Processes and Intergroup Relations. — 1999. — Vol. 2(2). — pp. 99–118.
274 *Van Houtte V.* Adverse Inferences in International Arbitration. / Written Evidence and Discovery in International Arbitration. Edited by: Teresa Giovannini, Alexis Mourre. ICC Publication No. 698E, 2009. — pp. 195–217.
275 *Vidmar N.* The Origins and Consequences of Procedural Fairness / Neil Vidmar // Law and Social Inquiry. — 1990. — Vol. 15, Issue 4. — pp. 877–892.
276 *Von Mehren* G. Is International Arbitration Becoming Too American? / George M. Von Mehren and Alana C. Jochum // The Global Business Law Review. — 2011. — Vol. 2. — pp. 47–58.
277 *Von Mehren G.M.* Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common Lawyer's Guide / George M. Von Mehren and Claudia T. Salomon // Journal of International Arbitration. — 2003. — 20(3). — pp. 285–294.
278 *Waites R.C.* Psychological Dynamics in International Arbitration Advocacy / Richard C. Waites and James E Lawrence / The Art of Advocacy in International Arbitration. Editors: R. Doak Bishop, Edward G. Kehoe. — Juris Publishing, Inc., 2010. — pp. 69–79.
279 *Walton D.* Common Knowledge in Legal Reasoning about Evidence / Douglas Walton, Fabrizio Macagno // International Commentary on Evidence. — 2005. — Vol. 3, Issue 1. (http://dx.doi.org/10.2202/1554-4567.1035)
280 *Walton D.* Legal Argumentation and Evidence / Douglas Walton. — University Park, PA: Pennsylvania State University Press, 2002. — xvii + 374 pp.
281 *Walton D.N.* Abductive, presumptive and plausible arguments / Douglas N. Walton // Informal Logic. — 2001. — Vol. 21, No. 2. — pp. 141–169.
282 *Walton D.N.* Argumentation and Theory of Evidence / D.N. Walton // Proceedings of the First World Conference on New Trends in Criminal Investigation and Evidence. I.F. Nijboer & I.M. Reijntjes(eds.) (Vol. I). — Antwerpen — Groningen — Oxford: INTERSENTIA, 2000. — pp. 711–732.
283 *Weidemaier M.C.* Toward A Theory Of Precedent In Arbitration / Mark C. Weidemaier // William And Mary Law Review. — 2010. — Vol. 51. — pp. 1895–1958.
284 *Wright R.W.* Proving Facts: Belief versus Probability, 2009. Available at: http://scholarship.kentlaw.iit.edu/fac_schol/709

285 *Wyss L. F.* Trends in documentary evidence and consequences for pre-arbitration document management / Lukas F. Wyss // International Arbitration Law Review. — 2010. — Issue 3. — pp. 111–125.
286 *Zammit J. P.* Disclosure and Admission of Evidence in the International Arbitration of Intellectual Property Disputes / Joseph P. Zammit, Todd R. Hambidge and Jamie Hu // Arbitration of Intellectual Property Disputes, edited by Thomas D. Halket. — Huntington, NY: JurisNet, 2012 — 652 pages.
287 *Андрійцьо В. Д.* Дослідження доказів як етап процесу доказування в цивільному судочинстві / Василь Дмитрович Андрійцьо // Вісник Вищої ради юстиції. — 2013. — № 3 (15). — С. 7–17.
288 *Бабарыкина О. В.* О структуре классификации доказательств в гражданском процессе / О. В. Бабарыкина // Российский судья. — 2009. — №12. — С. 29–31.
289 *Бабарыкина О. В.* Факторы, влияющие на исследование и оценку доказательств в гражданском судопроизводстве. — М. : «Волтерс Клувер», 2010. — 85 с.
290 *Бабенко В.* Доказування в господарському процесі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / В. В. Бабенко ; Акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва. — К., 2007. — 19 с.
291 *Баулин О. В.* Доказательства и доказывание в гражданском судопроизводстве: учебное пособие / О. В. Баулин, Д. Г. Фильченко; под общ. ред. О. В. Баулина. — Воронеж : Издательство Воронежского государственного университета, 2006. — 264 с.
292 *Белоглавек А. И.* Эксперты в международных условиях (в гражданских и уголовных судебных процессах, арбитражных и инвестиционных разбирательствах) / Александр И. Белоглавек, Рената Хотова. — К. : Таксон, 2011. — 504 с.
293 *Бочаров Д. О.* Доказування у правозастосовчій діяльності: загальнотеоретичні питання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Д. О. Бочаров ; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2007. — 20 с.
294 *Васильєв С. В.* Цивільний процес : Навчальний посібник / С. В. Васильєв. — Х. : ТОВ «Одісей», 2008. — 480 с.
295 *Величко О.* Юридичні фікції у цивільному праві / О. Величко // Наукові записки. — 2003. — Том 22. — Частина II. — С. 221– 223.
296 *Винокурова Л.* Порядок розгляду спорів у міжнародному комерційному арбітражі / Л. Ф. Винокурова // Право України. — 2011. — № 1. — С. 79–96.
297 *Ворожбит С. П.* Электронные средства доказывания в гражданском и арбитражном процессе : автореф. дисс. на соискание ученой степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.15 «Гражданский

процесс; арбитражный процесс» / С. П. Ворожбит. — Санкт-Петербург, 2011. — 25 с.

298 *Гордейчик А. В.* Допустимость доказательств в гражданском и арбитражном процессах / Алексей Владимирович Гордейчик. — Хабаровск : Риотип, 2000. — 170 с.

299 *Гордєєв В. В.* Правова природа юридичного факту / В. В. Гордєєв // Держава і право. — 2011. — Вип. 51. — С. 732–737.

300 *Данилевич А. С.* Международный коммерческий арбитраж : курс лекций / В 2 ч. Ч 1. / А. С. Данилевич. — Мн. : Акад. Упр. При Президенте Респ. Беларусь, 2005. — 151 с.

301 *Зіменко О. В.* Підходи до розуміння преюдиції у цивільному процесуальному праві України: проблеми теорії та практика застосування / О. В. Зіменко // Порівняльно-аналітичне право. — 2013. — № 2. — С. 34–38.

302 *Зіменко О. В.* Теоретико-правовий аспект співвідношення преюдиції та презумпції у механізмі правового регулювання / О. В. Зіменко // Порівняльно-аналітичне право. — 2013. — № 3. — С. 19–23.

303 *Канашевский В. А.* Международное частное право : Учебник. — 2-е изд., доп./ Канашевский В. А. — М. : Междунар. отношения, 2009. — 752 с.

304 *Канашевский В. А.* Методы установления применимого права в практике международного коммерческого арбитража / В. А. Канашевский // Журнал российского права. — 2007. — № 5. — С. 114–122.

305 *Коваленко А. Г.* Институт доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводстве / А. Г. Коваленко. — М. : Издательство НОРМА, 2002. — 208с.

306 *Комаров В. В.* Международный коммерческий арбитраж: науч. изд. / В. В. Комаров, В. Н. Погорецкий. — Х. : Право, 2009. — 164 с. — рус.

307 *Кравцов С. О.* Міжнародний комерційний арбітраж та національні суди [Текст] : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Кравцов Сергій Олександрович ; Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». — Х., 2012. — 208 с.

308 *Кучер Т. М.* Докази та доказування: співвідношення понять / Тетяна Миколаївна Кучер // Вісник Вищої ради юстиції. — 2011. — № 3 (7). — С. 83–93.

309 *Лебедев С. Н.* Избранные труды по международному коммерческому арбитражу, праву международной торговли, международному частному праву, частному морскому праву / МГИМО (У)

МИД России. Кафедра междунар. частн. и гражд. права; Сост. А. И. Муранов. — М. : Статут, 2009. — 717 с.

310 *Леонтьев С. А.* Процесс формирования внутреннего убеждения у судьи / С. А. Леонтьев // Адвокат. — 2010. — № 7. — С. 21–26.

311 *Мальський М. М.* Арбітражна угода: теоретичні та практичні аспекти : Монографія / М. М. Мальский. — Львів : Літопис, 2013. — 374 с.

312 *Масюк В. В.* Презумпції і преюдиції в цивільному судочинстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / В. В. Масюк ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2010. — 20 с.

313 *Масюк В. В.* Преюдиціальний характер рішення третейського суду в цивільному судочинстві / В. В. Масюк // Проблеми цивільного права та процесу : матеріали наук.-практ. конф.: 23 трав. 2009 р. — Х. : Харк. нац. ун. внутр. справ, 2009. — С. 355–357.

314 *Международное частное право* : Учебник / Л. П. Ануфриева, К. А. Бекяшев, Г. К. Дмитриева и др.; отв. ред. Г. К. Дмитриева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004. — 688 с.

315 *Міжнародне приватне право.* Науково-практичний коментар Закону / За ред. д.ю.н., проф. А. Довгерта. — Х. : ТОВ «Одісей», 2008. — 352 с.

316 *Низовцев В. В.* Доказывание и доказательства в гражданском и арбитражном процессах / В. В. Низовцев, Н. М. Реброва. — Новочеркасск : ЮРГТУ(НПИ), 2009. — 88 с.

317 *Никифоров И.* Доказательства в международном коммерческом арбитраже / И. Никифоров // Хозяйство и право. — 2001. — № 10. — С. 121–127.

318 *Николюкин С. В.* Международный коммерческий арбитраж / С. В. Николюкин. — М. : Юстицинформ, 2009. – 216 с.

319 *Ніколенко Л. М.* Доказування в господарському судочинстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / Л. М. Ніколенко ; НАН України. Ін-т екон.-правов. дослідж. — Донецьк, 2004. — 17 с.

320 *Ожегов С. И.* Словарь руського языка: ок. 57000 слов / С. И. Ожегов; под ред. чл.-корр. АН СССР Н. Ю. Шведовой. — 20-е изд., стереотип. — М. : Рус. яз., 1989. — 750 с.

321 *Особенности доказывания в судопроизводстве* : Научно-практическое пособие / Под ред. д.ю.н., проф. А. А. Власова. — М. : Издательство «Экзамен», 2004. — 320 с.

322 *Пильков К.* Международный коммерческий арбитраж: что нужно доказывать, кто должен доказывать? // Юрист & Закон, ана-

литическое издание. — 2014. — 27 февраля. — Режим доступа : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/EA006233.html

323 *Пільков К. М.* Обставини, які не потребують доказування у міжнародному комерційному арбітражі // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки. 2014. — Випуск 1. — Том 3. — С. 245–251

324 *Пільков К. М.* Особливості предмету доказування у міжнародному комерційному арбітражі // Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право. — 2013. — № 4 (69) — С. 150–157.

325 *Пільков К. М.* Тягар доказування у міжнародному комерційному арбітражі // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки. 2013. — Випуск 3. — Том 2. — С. 189–192.

326 *Пільков К.* Предмет, стандарт та обов'язок: Особливості доказування у міжнародному комерційному арбітражі // Юридична газета. — 2013. — № 8–9. — С. 43–45.

327 *Практика международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2005 г.* / Составитель М. Г. Розенберг. — М. : «Статут», 2006. — 381 с.

328 *Притика Ю. Д.* Міжнародний комерційний арбітраж: Питання теорії і практики : Монографія / Ю. Д. Притика. — К. : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. — 516 с.

329 *Притика Ю. Д.* Проблеми захисту цивільних прав та інтересів у третейському суді: Монографія. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2006. — 636 с.

330 *Решетникова И. В.* Доказывание в гражданском процессе : учеб.-практ. пособие / И. В. Решетникова. — М. : Издательство Юрайт; ИД Юрайт, 2011. — С.17– 18.

331 *Розенберг М.* Из практики Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ за 2003 год / М. Розенберг // Хозяйство и право. — 2004. — Приложение № 2. — 65 с.

332 *Розенберг М.* Обзор практики разрешения споров в Международном коммерческом арбитражном суде при ТПП РФ / М. Розенберг // Хозяйство и право. — 2004. — № 8. — С. 95–105.

333 *Руда Т. В.* Достовірність доказів у цивільному судочинстві США та України: порівняльно-правовий аспект / Т. В. Руда // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія: Юридичні науки. — 2011. — Вип. 87. — С. 73–78.

334 *Руда Т. В.* Критерій достатності при оцінці доказів у цивільному судочинстві України і США: порівняльно-правовий аналіз / Т. В. Руда // Вісник Київського національного університету

імені Тараса Шевченка. Серія: Юридичні науки. — 2011. — Вип. 88. — С. 106–110.

335 *Руда Т. В.* Належність і допустимість доказів у цивільному процесі США та України: порівняльно-правовий аналіз / Т. В. Руда // Вісник Верховного Суду України. — 2009. — № 12. — С. 40–45.

336 *Руда Т. В.* Поняття і зміст інституту доказування в цивільному процесуальному праві США та України: порівняльний аспект / Т. В. Руда // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія: Юридичні науки. — 2008. — Вип. 79. — С. 47–50.

337 *Рузавин Г. И.* Абдукция как метод поиска и обоснования объяснительных гипотез / Г. И. Рузавин // Теория и практика аргументации. — М. : ИФ РАН, 2001. — С. 28-48.

338 *Слипачук Т.* Свидетель в международном арбитраже. Как выиграть процесс даже при отсутствии письменных доказательств / Татьяна Слипачук // Юрист компании. — 2010. — №4. — С. 54–57.

339 *Сліпачук Т.* Практичні аспекти процесу доказування у міжнародному комерційному арбітражі / Т. В. Сліпачук // Право України. — 2011. — № 1. — С. 122–129.

340 *Справочник по доказыванию в гражданском судопроизводстве* / [Дегтярев С. Л. и др.] ; под ред. И. В. Решетниковой. — 2-е изд., перераб. — М. : Норма, 2005. — 457 с.

341 *Степанова Т.* Доказування та докази в господарському процесі України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / Т. В. Степанова ; НАН України. Ін-т екон.-прав. дослідж. — Донецьк, 2002. — 18 с.

342 *Таранова Т.* Доказательственное право как элемент системы права / Т. С. Таранова // Університетські наукові записки. — 2007. — № 2 (22) . — С. 180.

343 *Тертишніков Р. В.* Доказування і докази в судочинстві України : наук.-практ. посібник / Р. В. Тертишніков. — Х. : ФІНН, 2009. — 88 с.

344 *Треушников М. К.* Судебные доказательства : Монография / М. К. Треушников. — М. : Юридическое бюро «ГОРОДЕЦ», 1997. — 320 с.

345 *Тюняева Н. Н.* Относимость доказательств *в* арбитражном процессе [Текст] : автореф. дис. канд. юрид. наук / Наталья Николаевна Тюняева ; СГАП. — Саратов, 2011. — 26 с.

346 *Ул'яновська О.* Сутність правової фікції / О. Ул'яновська // Право України. — 2011. — № 1. — С. 184–187.

347 *Философский энциклопедический словарь* / под ред. Л. Ф. Ильичева, П. Н. Федосеева. — М. : Советская энциклопедия,1983. — 836 с.

348 *Фурса С. Я.* Докази і доказування у цивільному процесі : наук.-практ. посіб. / С. Я. Фурса, Т. В. Цюра ; Центр прав. дослідж. Фурси. — К. : Фурса С. Я., КНТ, 2005. — 255 с.

349 *Хвалей В. В.* Процедура разбирательства в международном арбитраже / В. В. Хвалей // Хрестоматия альтернативного разрешения споров : Учебно-методические материалы и практические рекомендации / Сост. Г. В. Севастьянов. — СПб. : АНО «Редакция журнала «Третейский суд», 2009. — С. 284–346.

350 *Хобер К.* Место арбитража: Стокгольм: Некоторые процессуально-практические аспекты // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей к 75-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Под ред. А. С. Комарова; МКАС при ТПП РФ. — М. : Статут, 2007. — С. 493–517.

351 *Цюра Т. В.* Суб'єкти доказування та оцінки доказів у цивільному процесі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Т. В. Цюра ; НАН України, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. — К., 2005. — 17 с.

352 *Шемелин Д. А.* Изменение стандарта доказывания в международном коммерческом арбитраже // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 1 : сб. ст. / под ред. А. В. Асоскова, Н. Г. Вилковой, Р. М. Ходыкина. — М. : Инфотропик Медиа, 2013. — С. 190–209.

353 *Юридична енциклопедія* : в 6 томах / Ред. кол.: Ю. С. Шемшученко та ін. — Т. 2: Д–Й. — К. : «Укр. енцикл.», 1998. — 744 с.

354 *Ярков В. В.* Арбитражный суд и международный коммерческий арбитраж: некоторые направления взаимодействия / В. В. Ярков // Університетські наукові записки. — 2007. — № 2 (22). — С. 195–204.

Предметный указатель

A

Actor 176
Actori incumbit probatio 22, 172, 175, 202, 207, 214, 215, 223
Amicus curiae 308

C

Contra proferentem 288

E

Ex aequo et bono 126, 129, 168, 169
Ex parte 28, 50

F

Factum 109
factum probandum 18, 21, 110, 203, 229, 237, 528
factum probans.....18, 110, 203, 229
Falsus in uno, falsus in omnibus 347

I

In-camera review..... 290
Iura novit arbiter 122
Iura novit curia 118, 128, 131, 208
Iuris et de iure ..... См. Презумпция неопровержимая
Iuris tantum ..... См. Презумпция опровержимая

L

Lex arbitri 44, 52, 56, 57, 60, 119, 147, 160, 196, 211, 448, 452, 492, 513, 530, 538
Lex causae 58, 59, 65, 232
Lex evidentia 41, 90
Lex fori 54
Lex loci arbitri 45, 65
Lex mercatoria 90, 125

O

Omnia contra spoliatorem 218, 503, 504

R

Res gestae.....110, 236, 310
Res inter alios actae 238
Res ipsa loquitur.....203, 222, 224
Res iudicata 70, 154
Reus in exceptione fit actor..... 178

S

Stare decisis.....См. Прецедент обязывающий

T

Thema probandum .....См. Предмет доказывания
Travaux préparatoires..... 234

А

Акт о полномочиях.....57, 73, 81, 82, 105, 162, 164, 436
Арбитражный регламент
CIArb..... 28, 33, 74, 87, 89, 103, 119, 172, 291, 307, 361, 419, 436, 446, 502, 538
CPR..... 316
DIS 146, 505
ICC..... 14, 28, 33, 34, 38, 40, 61, 80, 81, 82, 87, 105, 125, 162, 173, 175, 187, 189, 190, 194, 197, 216, 273, 313, 380, 381, 382, 425, 432, 436, 444, 447, 538
ICDR ... 28, 33, 38, 74, 87, 134, 165, 188, 192, 194, 246, 273, 277, 291, 316, 320, 324, 325, 381, 389, 390, 410, 423, 426, 432, 435, 436, 442, 444, 453, 456, 458, 469, 477, 491,

494, 505, 538
JAMS 191, 198
LCIA 14, 25, 28, 33, 34, 61, 87, 129, 134, 161, 165, 189, 190, 191, 197, 291, 307, 312, 316, 320, 329, 333, 364, 380, 381, 382, 388, 425, 432, 442, 444, 447, 487, 490, 498, 502, 505, 538
NAI 177, 432
SCC 313, 316, 426
Арбитражный центр в Куала-Лумпур 74
Венский арбитражный регламент (VIAC)..... 40, 134, 165, 189, 190, 191, 216, 363, 425, 442, 538
Всемирная организация интеллектуальной собственности 291
Дубайский международный арбитражный центр (DIAC) 432
Каирский арбитражный центр 74
МКАС при БелТПП 538
МКАС при ТПП Республики Молдова 13
МКАС при ТПП РФ 13, 102, 119, 129, 187, 201, 429, 538
МКАС при ТПП Украины 13, 102, 119, 129, 172, 187, 194, 447, 519, 538
Национальный арбитражный форум (США).....99
Сингапурский международный арбитражный центр (SIAC) 268, 432
Швейцарский регламент международного арбитража.....28, 34, 37, 40, 74, 125, 134, 165, 172, 184, 190, 201, 246, 273, 290, 291, 292, 307, 314, 316, 318, 325, 333, 335, 361, 363, 364, 367, 372, 380, 386, 388, 389, 390, 411, 434, 436, 442, 444, 445, 446, 447, 491, 505, 510
ЮНСИТРАЛ..... 74, 75, 78, 103, 129, 172, 187, 190, 192, 194, 273, 290, 291, 307, 316, 333, 361, 363, 382, 426, 432, 447, 491, 538
Асессор..... 381
Аутентичность.....См. Подлинность документа

Б

Бифуркация 165, 167, 282, 436, 534
Бремя доказывания
бремя возражения..... 185
бремя предоставления доказательств 180
бремя убеждения..... 180
выполнение *prima facie* 101, 180, 183
общий принцип возложения....172
понятие 170, 184
последствия невыполнения.... 182, 186

В

Вес доказательства..... 528
Видеоконференция.....81, 327, 390, 437, 438, 443, 448
Внутреннее убеждение.....92, 513
Вопрос
мнения 107, 114
права 107
расчетов 108
факта 108, 114

Г

График разбирательства 81, 82, 436, 438, 484

Д

Декларация эксперта 364, 387, 388
Доказательная сила ..... См. Вес доказательства
Доказательная ценность ..... См. Вес

доказательства
Доказательственное право 42
Доказательство
prima facie 13, 102, 127, 180, 183, 204, 418, 460, 497, 533
виды
вещественное 229, 235, 237, 295, 407
письменное 235, 237, 244, 294, 303, 408, 527
показания свидетеля ..... См. Свидетельские показания
экспертное..... 352
электронное 296
демонстрационное 236, 407
доказательство права.....79, 232
дублирующее..... 261
косвенное 237
куммулятивное 261
личное 235
лучшее..... 243
материальное..... 242
негативное 242
первичное 239, 309
подтверждающее.....241, 527
позитивное 242
полученное незаконно..... 272
понятие 229
производное.....239, 309, 404
процессуальное..... 242
прямое..... 237
самостоятельное..... 241
требующее аутентификации 241
утаенное 499
Доказывание
понятие.....8, 181
стадии.....12
участники 9
цель 15
Документ..... 294
публичный..... 520
Дополнительные правила арбитража окончательных предложений ICDR 285
Допрос
вне слушаний 319, 323, 324
дополнительный.....317, 327, 336, 349, 351, 397
заинтересованного свидетеля..... 346
одновременный.....328, 366, 394, 396
организация и подготовка 304, 316, 317, 439
перекрестный 303, 319, 322, 323, 326, 329, 330, 338, 349, 350, 381, 427, 442, 449, 484
повторный 336, 338
полномочия арбитражного суда 73, 190, 324, 328, 336, 397
понятие 325
порядок проведения.... 31, 79, 329, 330, 331
право участвовать 29, 240, 319, 323, 324, 327, 442
прямой 82, 322, 323, 326, 327, 336, 339, 442
фиксация, протокол 239, 240, 323, 509
эксперта.....235, 366, 377, 390, 396, 401, 403
Допустимость доказательства
в узком смысле..... 263
в широком смысле 251
основания недопустимости 266
соглашение сторон о допустимости 270
устных доказательств сделки 287
Достаточность доказательств 531
Достоверность доказательства
критерии 517
понятие 516

З

Злоупотребление процессуальными правами в доказывании 484

И

Инспектирование (осмотр)
понятие.....237, 407, 409
порядок проведения..... 409
Искажение фактов..... 487
Итоговое резюме 445

К

Когнитивные искажения оценки доказательств 559, 563
Комментарии ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства..... 78, 79, 80, 81, 82, 88, 89, 105, 135, 201, 217, 292, 325, 329, 334, 407, 410, 418, 420, 423, 434, 435, 445, 493, 512
Конференция свидетелей..... 328, 331, 439
Конференция экспертов 366, 367, 394, 403, 439
Копенгагенские правила.....74
Культурно обусловленная предвзятость..... 563

Л

Ловля доказательств (*fishing expeditions*) 459, 463

М

Международная ассоциация юристов 32, 76
Метаданные..... 300
Моральный выбор в психологии принятия решения..... 555

Н

Наводящий вопрос
допустимость.....269, 328, 330, 336, 338, 339, 344, 442
понятие..... 337
Неблагоприятные выводы 220
Неблагоприятный вывод.....493, 529
Недобросовестные действия..... 484

О

Обстоятельство
не требующее доказывания 138
определение 107
Относимость доказательства 529
непосредственная 255
опосредованная 255
понятие..... 254
Отчет ICC о техниках контроля времени и расходов в арбитраже..... 80, 82, 146, 216, 436
Отчет ICC о техниках управления предоставлением электронных документов.....23, 34, 83, 215, 248, 250, 297, 300, 356, 465, 468, 470, 471, 473, 475, 501, 502, 521
Очная ставка
свидетелей..... 328
экспертов 394

П

Подделка 219, 521
Подлинность
документа 518
электронного документа..... 521
Позитивная защита 178
Показания с чужих слов (*hearsay*) 240
допустимость.....112, 265, 269, 306, 309, 312, 343
понятие..... 308
формы 310
Пояснения сторон..... 306
Правила IBA 33, 35, 37, 76, 77, 78, 80, 82, 83, 84, 87, 88, 138, 146, 161, 162, 165, 215, 219, 228, 241, 250, 252, 253, 257, 261, 262, 264, 272, 274, 277, 291, 294, 297, 307, 314, 316, 317, 319, 320, 323, 325, 326, 330, 336, 338, 350, 363, 366, 381, 390, 392, 393, 394, 409, 414,

415, 417, 424, 429, 430, 442, 447, 449, 454, 456, 457, 458, 459, 461, 462, 464, 466, 469, 471, 476, 478, 479, 493, 495, 500, 501, 505, 520, 529
Правила экспертизы ICC 366
Право быть услышанным 28, 40, 48, 421, 422, 544
Предвзятая ассимиляция информации 556
Предмет доказывания
определение 10, 14, 73, 79, 82, 140, 160, 163, 168, 357
понятие 106
состав 57, 106, 117, 123, 193
Предоставление доказательств .. 181
Презумпция 58
материальная 168, 202
авторства 223
наличия полномочий 60, 215, 223
понятие 206
правомерности владения ... 223
применение 208, 222
против нарушителя 224
связи деяния и ущерба ..... См. *Res ipsa loquitur*
неопровержимая 203, 205
опровержение 153, 217, 504, 522
опровержимая 203, 205, 210
понятие 203, 204
процессуальная 168, 177, 202
безотносимости и несущественности ... 212, 213
добросовестности 212
допустимости доказательства 212, 263, 264, 272
знания *lex arbitri* 59
знания судьей права 120, 132
несущественности метаданных 468
отсутствия возражений 144
отсутствия изменений 212
отсутствия необходимости в экспертизе 82, 356
отсутствия спора о подлинности 82, 216, 240, 519
отсутствия спора о процессуальных вопросах 211
отсутствия спора о юрисдикции 144
понятие 206
применение 210
против нарушителя ..... 503, См. также *Omnia contra spoliatorem*
фактическая 203
юридическая 204
Прецедент 132, 201, 233
обязывающий 133, 234
убедительный 137
Преюдициальное значение
арбитражного решения 156
судебного решения в арбитраже 158
Привилегия
документы эксперта 278, 378
единый режим защиты 276
общения с адвокатом 277
понятие 272
предложений об урегулировании спора ... 280
Придерживание доказательств 39, 341
Признание 142, 283, 306
Протокол Закса 397
Протокол Скляра 395
Процессуальная справедливость 541, 542, 543, 553
Психологическая теория когнитивного диссонанса 556
Психологическая теория процессуального контроля 545
Психологическая теория эвристики справедливости 545
Психологическое влияние недопустимого доказательства 550

Публичный порядок 52, 57, 66, 67, 147, 148, 153, 193, 195, 196, 199, 265, 266, 267, 271, 289, 359, 523
внутренний.....49, 52, 60, 61
международный.....49, 51, 53
процессуальный 26, 49
транснациональный.....48, 49, 51, 62, 195, 524

Р

Раскрытие доказательств 14, 77, 82, 416, 431, 450, 451, 452, 454, 455, 466, 467, 476, 480, 549
Рекомендации Ассоциации международного права по установлению содержания права 86, 127, 193, 195
Руководящие принципы ICDR по обмену информацией 84, 145, 188, 250, 277, 297, 324, 424, 453
Руководящие принципы относительно конфликта интересов 32, 364
Руководящие принципы относительно представительства 314, 367, 485, 487, 500

С

Свидетель
дискредитация 312, 340, 345
компетентный 116, 304, 345
надежность 345
приведение к присяге 322, 333, 347, 431, 453
сепарация..... 331
Свидетельские показания
декларация достоверности 322
дискредитация 39, 340, 341
достоверность..... 340
заявление о предмете показаний 316
ложные..... 343
неправдоподобность 342
несогласованность..... 342
письменные..... 75, 79, 315
противоречивость..... 341
Слушания.....82, 285, 286, 318, 323, 324, 325, 327, 331, 333, 349, 370, 371, 377, 382, 383, 390, 391, 396, 401, 403, 410, 423, 432, 434, 441, 445, 446, 449, 474
график проведения..... 331
о статусе дела.....443, 535
обязательность проведения.....28, 81, 319, 441, 444, 446, 447, 448, 450
организация 79, 161, 316, 317, 410, 436, 438, 439, 511
по доказательствам.....37, 321, 322, 374, 379, 390, 398, 424, 425, 426, 434, 441, 444, 447, 508, 517, 553
по существу спора.....440, 517, 553
подготовительные.....427, 435, 441
процессуальные..... 441
психологическое значение.....553, 554
уведомление о проведении.....30, 374, 410, 424, 442
фиксация, протокол 439, 442, 509
Совместное заявление о фактах.....142, 513
Средство доказывания 229
Стандарт доказывания
виды
prima facie.....100, 188
баланс вероятностей.....94, 96, 101, 103, 185, 188, 523
вне разумного сомнения 94, 95, 96
минимальных доказательств...94
разумная возможность 103
четких и убедительных доказательств..... 94, 95, 523
понятие.....91
Существенность доказательства 529
понятие..... 261

Т

Таблица Редферна 462
Техники контроля времени
и расходов в арбитраже.....
См. Отчет ICC о техниках
контроля времени и расходов
в арбитраже
Типовой закон ЮНСИТРАЛ..... 6,
29, 39, 40, 46, 52, 70, 71, 74, 75, 87,
95, 125, 143, 144, 160, 172, 173, 197,
228, 270, 273, 369, 380, 432, 447,
453, 479, 491, 502, 524
Трифуркация 166

У

Упреждающее возражение..... 260

Ф

Факт
искомый ....См. *Factum probandum*
негативный..... 114
неоспоренный стороной 143
общеизвестный 148
очевидный 154
позитивный..... 114
понятие..... 109
признанный стороной 142
простой 113
сложный 113
юридический 109
Фальсификация доказательств.. 487
Фикция 202, 206, 521

Э

Эксперт
встречи перед
исследованием 392
встречи перед слушанием 391
допрос 390
квалификация 361
назначение..... 368
независимостть и
беспристрастность..... 362
Экспертиза
коллегиальная..... 397
отчет..... 386
по правовым вопросам 129, 133,
233, 360, 361, 384
тандемная 396
Этические вопросы
контактов с экспертом..... 367
контактов со свидетелем 312

Ю

Юридический консультант
арбитражного суда..... 384

Указатель арбитражной практики

CIETAC, 55, 174, 177, 247, 330, 526, 531, 532

FOSFA, 97

ICC, 23, 96, 126, 136, 173, 174, 307, 355, 433, 446, 478, 494, 522, 526, 532

ICDR, 123, 137, 209, 233, 530

NAI, 99, 234, 366, 531

SCC, 62, 78, 98, 142, 166, 234, 247, 268, 288, 290, 307, 317, 330, 359, 380, 389, 390, 425, 448, 458, 493, 495, 506, 531, 537

VIAC, 531

Арбитражная палата Парижа, 174

Арбитражный регламент Торговой палаты Цюриха, 389

Арбитражный суд ТПП Будапешта, 55

Внешнеторговый арбитражный суд при Торговой палате Сербии, 6, 55

МКАС при ТПП РФ, 124, 128, 130, 154, 175, 247, 525, 531, 532

МКАС при ТПП Украины, 190, 202, 246, 265, 270, 455, 513, 518, 535, 536, 537

Швейцарский регламент международного арбитража, 477, 494

ЮНСИТРАЛ, 133, 158, 307, 427

Пильков К. Н. Доказательства и доказывание в международном коммерческом арбитраже : Научно-практическое пособие. — Киев : Освита Украины, 2016. — 20 + 610 с.

ISBN **978-617-7241-81-1**

В научно-практическом пособии «*Доказательства и доказывание в международном коммерческом арбитраже*», его автор Константин Пильков представляет последние достижения правового регулирования доказывания в арбитраже, а также передовую арбитражную практику. Автор дает свое представление о том, как достигается сочетание справедливости и эффективности в вопросах доказывания в рамках арбитражного разбирательства. Он выдвигает основные принципы, которыми определяется взвешенный подход к решению вопросов, связанных с использованием доказательств в арбитраже

Книга предлагает комплексный взгляд на доказательства в арбитраже, основанный на глубоком доктринальном анализе. Практические рекомендации, приведенные в этой книге, предназначены для облегчения ведения арбитражных разбирательств таким образом, чтобы они были справедливыми, тщательными и эффективными.

Информация в книге логически структурирована от изложения основных понятий правового регулирования доказывания к раскрытию полезных практических инструментов и техник, которые могут быть использованы при получении и представлении доказательств. Представленные в пособии концепции проиллюстрированы арбитражной практикой.

Материал в книге представлен в четырех частях:

I. Основные положения о доказывании.

II. Доказательства: свойства и классификация, правила определения относимости, допустимости и существенности доказательств.

III. Правила, касающиеся четырех основных видов средств доказывания: письменные доказательства (в том числе информации в электронном виде), показания свидетелей, экспертные и вещественные доказательства.

IV. Процессуальные аспекты получения и представления доказательств, а также юридические и психологические проблемы, связанные с оценкой доказательств.

Книга, основанная на разработках теории доказательств, детально рассматривает юридические аспекты доказывания и доказательств в арбитраже, а также обращает внимание читателя на психологические исследования явлений, которые сопровождают процессы принятия и оценки доказательств. Пособие обращается к когнитивной психологии, сосредоточив внимание на психологических феноменах, связанных со способностью понимать и оценивать доказательства. Предназначенное практикам арбитража, научно-практическое пособие «*Доказательства и доказывание в международном коммерческом арбитраже*» опирается на передовые психологические знания, назначение которых — предложить психологически обоснованные подходы и техники, способствующие достижению целей арбитража.

Написанное практиком арбитража, научно-практическое пособие «*Доказательства и доказывание в международном коммерческом арбитраже*»

является ценным ориентиром для специалистов юридических фирм, практикующих арбитраж, арбитров, юристов предприятий, занятых в трансграничных разбирательствах, ученых и всех, кому интересно развитие международного арбитража.

Pilkov, Konstantin N. Evidence and Proof in International Commercial Arbitration : Scientific and Practical Guide. — Kyiv : Osvita Ukrainy, 2016. — 20 + 610 pages.

ISBN **978-617-7241-81-1**

In *Evidence and Proof in International Commercial Arbitration*, Konstantin Pilkov presents the latest developments in the law of evidence in arbitration as well as best practices. The author gives his view of how a combination of fairness and efficiency is actually accomplished in arbitral proceedings. He identifies basic principles that offer a harmonized approach to evidentiary matters in arbitration

The book offers an integrated approach to evidence which includes comprehensive doctrinal analysis. Practical recommendation given in this book are meant to facilitate arbitration proceedings that are fair, accurate, and efficient.

The information is presented in a logical structure following on from the introduction of the basic concepts of the law of evidence through to the useful practical instruments and techniques which can be used while taking and presenting evidence. Arbitral cases are included to assist understanding of the ideas developed.

The book is divided into four grand divisions, viz.:

I Basic concepts of proof and evidence.

II Evidence: attributes and classification, rules determining the relevance, admissibility and materiality of evidence.

III Rules relating to four major types of means of evidence: documents (including electronically stored information), witness testimony, expert evidence and physical evidence.

IV Procedural aspects of the taking and presenting the evidence and legal and psychological issues related to determining the weight of evidence.

The book takes account of evidence theory and legal aspects of evidence and proof in arbitration, as well as psychological research of phenomena which accompany the processes of accepting and weighing evidence. This book presents a broad perspective on cognitive psychology by focusing on capacity to comprehend and evaluate evidence. Addressed to arbitration practitioners, *Evidence and Proof in International Commercial Arbitration* draws on the best current psychological research-based knowledge to suggest instruments and techniques that psychology reveals as better for accomplishing the goals of arbitration.

Written by an arbitration practitioner, *Evidence and Proof in International Commercial Arbitration* is a valuable reference for arbitration practitioners in law firms, arbitrators, in-house counsel involved in cross-border dispute resolution, scholars and others interested in development of international arbitration.

Пільков К. М. Докази і доказування в міжнародному комерційному арбитражі : Науково-практичний посібник. — Київ : Освіта України, 2016. — 20 + 610 с.

ISBN **978-617-7241-81-1**

У науково-практичному посібнику «*Докази і доказування в міжнародному комерційному арбітражі*», його автор Костянтин Пільков представляє останні досягнення правового регулювання доказування в арбітражі, а також передову арбітражну практику. Автор дає своє бачення того, як досягається поєднання справедливості та ефективності в питаннях доказування в рамках арбітражного розгляду. Він висуває основні принципи, якими визначається зважений підхід до вирішення питань, пов'язаних з використанням доказів в арбітражі.

Книга пропонує комплексний погляд на докази в арбітражі, заснований на глибокому доктринальному аналізі. Практичні рекомендації, наведені в цій книзі, призначені для полегшення ведення арбітражних розглядів таким чином, щоб вони були справедливими, ретельними та ефективними.

Інформація в посібнику логічно структурована від викладу основних понять правового регулювання доказування до розкриття корисних практичних інструментів і технік, які можуть бути використані при отриманні і представленні доказів. Представлені у посібнику концепції проілюстровані арбітражною практикою.

Матеріал у книзі представлений у чотирьох частинах:

I. Основні положення про доказування.

II. Докази: властивості і класифікації, правила визначення належності, допустимості та істотності доказів.

III. Правила, що стосуються чотирьох основних видів засобів доказування: письмові докази (в тому числі інформації в електронному вигляді), свідчення свідків, експертні та речові докази.

IV. Процесуальні аспекти отримання та подання доказів, а також юридичні та психологічні проблеми, пов'язані з оцінкою доказів.

Посібник, розроблений з урахуванням напрацювань теорії доказів, детально розглядає юридичні аспекти доказування та доказів в арбітражі, а також звертає увагу читача на психологічні дослідження явищ, які супроводжують процеси прийняття та оцінки доказів. Посібник звертається до когнітивної психології, зосереджуючи увагу на психологічних феноменах, пов'язаних зі здатністю розуміти і оцінювати докази. Призначений практикам арбітражу, науково-практичний посібник «*Докази і доказування в міжнародному комерційному арбітражі*» спирається на новітні психологічні знання, призначення яких — запропонувати психологічно обґрунтовані підходи та техніки, що сприяють досягненню цілей арбітражу.

Написаний практиком арбітражу, науково-практичний посібник «*Докази і доказування в міжнародному комерційному арбітражі*» є цінним орієнтиром для фахівців юридичних фірм, які практикують арбітраж, арбітрів, юристів підприємств, залучених до транскордонних процесів, вчених і всіх, кому цікавий розвиток міжнародного арбітражу.

Научное издание

К. Н. ПИЛЬКОВ

ДОКАЗАТЕЛЬСТВА И ДОКАЗЫВАНИЕ В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ

Подписано в печать 22.08.2016.
Формат 60x84/16. Бумага офсетная.
Усл. печ. л. 36,62.
Тираж 300 экз.

ИД «Освита Украины»
ФЛ-П Маслаков Руслан Алексеевич
Свидетельство о внесении субъекта издательского дела
в государственный реестр издателей, изготовителей
и распространителей издательской продукции
ДК №4726 от 29.05.2014 г.
Тел./факс (095) 699-25-20, (098) 366-48-27.
E-mail: osvita2005@mail.ru, www.rambook.ru

Издательский дом «Освита Украины»
приглашает авторов к сотрудничеству по выпуску изданий,
относящихся к вопросам управления, модернизации,
инновационных процессов, технологий,
методических и методологических аспектов
образования и учебного процесса
в высших учебных заведениях.
Предоставляем весь спектр издательских
и полиграфических услуг.