К. М. ПІЛЬКОВ

ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА ДОКАЗУВАННЯ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ



К. М. ПІЛЬКОВ

ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА ДОКАЗУВАННЯ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ



Київ
Освіта України
2016

УДК 341.63: 341.983 (075.8)
ББК 67.93я73
П 324

Рекомендовано до друку Вченою радою Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України (Протокол № 7 від 22 червня 2016 року)

Рецензенти:

Притика Юрій Дмитрович, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

Венедіктова Ірина Валентинівна, доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна

П 324 Пільков К. М.
Теорія і практика доказування у міжнародному комерційному арбітражі : Монографія. — К. : Освіта України, 2016. — 240 с.

ISBN 978-617-7241-80-4

Монографію присвячено теоретичним та практичним проблемам доказування у міжнародному комерційному арбітражі. Розглянуто принципове значення мети доказування в арбітражі та пов'язану з нею категорію стандарту доказування. Визначено право, яким регулюється доказування в міжнародному арбітражі, а також розглянуто процеси уніфікації правового регулювання та практики доказування. Особлива увага зосереджена на питаннях предмету та тягаря доказування, ролі арбітражного суду у діяльності з доказуванння. Окреслено коло обставин, які не потребують доказування, а також визначено специфіку застосування презумпцій та фікцій, прецедентів та усталеної арбітражної практики.

Досліджено властивості та критерії оцінки доказів в арбітражі, специфіку використання окремих видів доказів, а також процедурні аспекти одержання доказів.

Для дослідників та практиків міжнародного комерційного арбітражу, студентів, аспірантів, викладачів юридичних вузів.

© Пільков К. М., 2016
© Освіта України, 2016

ЗМІСТ

Передмова 5
Глава 1. ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ДОКАЗУВАННЯ 11
1.1. Зміст доказування та його мета у міжнародному комерційному арбітражі 12
1.2. Стандарт доказування 20
1.3. Право, яким регулюється доказування 29
1.4. Напрямки та рівні уніфікації правового регулювання та практики доказування 44
1.5. Підсумки до глави 1 60
Глава 2. ПРЕДМЕТ ДОКАЗУВАННЯ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ 62
2.1. Поняття та обсяг предмету доказування в арбітражних процесах 63
2.2. Обставини, які не потребують доказування у міжнародному комерційному арбітражі 78
2.3. Значення прецеденту у доказуванні матеріального права та формуванні усталеної практики вирішення процесуальних питань доказування 90
2.4. Підсумки до глави 2 95
Глава 3. ТЯГАР ДОКАЗУВАННЯ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ 97
3.1. Поняття тягаря доказування та його складові 98
3.2. Застосування презумпцій та фікцій 114
3.3. Роль арбітра у доказуванні 119
3.4. Підсумки до глави 3 126
Глава 4. ДОКАЗИ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ 128
4.1. Поняття та властивості доказів 129
4.2. Критерії оцінювання доказів 153
4.3. Види доказів 167
4.4. Процедурні питання одержання доказів 186
4.5. Підсумки до глави 4 207
Післямова 210
Бібліографія 218
Предметний покажчик 234
Покажчик арбітражної практики 236

УМОВНІ СКОРОЧЕННЯ

AAA —	Американська арбітражна асоціація
CIETAC —	Китайська міжнародна економічна і торговельна арбітражна комісія
FOSFA —	Федерація асоціацій з торгівлі оліями, насінням та жирами
ICC —	Міжнародна торгова палата
ICDR —	Міжнародний центр розв'язання спорів Американської арбітражної асоціації
LCIA —	Лондонський міжнародний арбітражний суд
NAI —	Арбітражний інститут Нідерландів
SCC —	Арбітражний інститут Торгової палати Стокгольма
VIAC —	Міжнародний арбітражний суд Федеральної економічної палати Австрії
МКАС при ТПП РФ —	Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті Російської Федерації
МКАС при ТПП України —	Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України
Нью-Йоркська конвенція —	Конвенція ООН про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень (Нью-Йорк, 1958 р.)
Правила IBA —	Правила Міжнародної асоціації юристів з отримання доказів у міжнародному арбітражі (редакція 2010 р.)
Типовий закон ЮНСІТРАЛ —	Типовий закон про міжнародний торговельний арбітраж Комісії Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі 1985 р.
УНІДРУА —	Міжнародний інститут з уніфікації приватного права
ЮНСІТРАЛ —	Комісія Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі

ПЕРЕДМОВА

Арбітраж в Україні та світі набирає все більшого поширення як спосіб вирішення спорів у міжнародній комерції. Як свідчать результати опитування користувачів послуг арбітражу, яке вже вкотре проводить Школа міжнародного арбітражу (Лондон), своєю популярністю арбітраж завдячує, серед іншого, гнучкості процедур та усуненню зайвого формалізму, притаманного національним судовим процесам[1]. Водночас, правила арбітражного розгляду та практика в усіх без винятку арбітражних системах сформувались і продовжують знаходитись під впливом різних правових традицій, завдяки чому арбітраж не те що не відкинув властиві цим правовим системам парадигми, а й навпаки — збагатився, запозичуючи від них найбільш прогресивні інструменти і підходи до організації розгляду спорів. Перш за все це стосується підходів до діяльності з доказування. За підкреслюваною практиками простотою та гнучкістю процедур доказування в арбітражі, за основним і очевидним принципом, в силу якого кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається, відкривається низка правових проблем. Ці проблеми потребують наукового осмислення.

Остаточність арбітражних рішень і їх здатність бути примусово виконаними є ще більш важливим фактором популярності арбітражу як механізму вирішення спорів і необхідною умовою для того, щоб цей механізм задовольняв потребу учасників відносин міжнародної торгівлі у швидкому та економічно виправданому способі вирішення суперечок за зрозумілими для представників різних правових культур правилами. Остаточність арбітражного рішення в законодавстві України та багатьох країн забезпечується, серед іншого, позбавленням національних судів повноваження оцінювати висновки арбітражного суду щодо суті спору та скасовувати арбітражні рішення через неправильне, на думку суду, застосування норм матеріального права, неправильне оцінювання доказів або недоведеність обставин справи. Таким чином, правильність оцінювання доказів арбітражем виведена поза межі контролю національних судів, що змен-

[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. — p. 2. — Режим доступу : http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf

шує вплив судової практики у цих питаннях на практику арбітражну, хоча не означає, що із судової практики не запозичуються окремі техніки та підходи до доказування.

Також слід відзначити, що процесуальні аспекти доказування в міжнародному комерційному арбітражі детально не врегульовані. В цілому це позитивно оцінюється практиками, оскільки дозволяє арбітражу зберігати гнучкість. Національне законодавство та арбітражні регламенти закладають лише загальні засади доказування, залишаючи встановлення детальних правил на розсуд сторін та арбітрів. Однак вирішення питань про належність, допустимість, істотність та вагу доказів, а також процедурних питань доказування та оцінювання доказів у міжнародному арбітражі тісно пов'язане з чинністю арбітражного рішення та можливістю його виконання. Обмеження у доказуванні, встановлені арбітрами щодо однієї сторони, або переваги у доказуванні, безпідставно надані іншій стороні, можуть потягнути за собою скасування арбітражного рішення в країні місця арбітражу або відмову у визнанні та виконанні цього арбітражного рішення у країні виконання. Як бачимо, про актуальність проблем доказування у міжнародному комерційному арбітражі свідчить той вплив, який вони мають на стабільність арбітражних рішень та можливість їх примусового виконання.

Для української правничої науки комплексне дослідження різноманітних концепцій доказування в арбітражі має особливе значення, оскільки вони досі залишаються маловідомими, а без їх опрацювання вітчизняна наука розглядає юридичні феномени, пов'язані з арбітражем, переважно з позицій, притаманних національним процесуальним галузям права. Необхідним видається закладення наукового підґрунтя для впровадження у практику розгляду спорів у міжнародній торгівлі з участю українських суб'єктів, а також в практику арбітражних установ, що діють в Україні, визнаних в інших арбітражних системах підходів до організації процесу доказування та ухвалення рішень на підставі доказів.

Така оцінка стану наукового опрацювання проблем доказування у міжнародному комерційному арбітражі жодним чином не применшує здобутків вітчизняної теорії доказування та результатів наукових досліджень проблем міжнародного комерційного арбітражу у вітчизняній та світовій науці. Теоретичним і практичним проблемам міжнародного комерційного арбітражу, теорії доказування в цілому та питанням доказування в арбітражних процесах присвячені численні

праці відомих українських та іноземних учених. Загальнотеоретичні проблеми доказування в українській правовій науці досліджені в працях Д. О. Бочарова, С. Я. Фурси, Т. В. Цюри, детально опрацьовані ці проблеми також російськими дослідниками А. А. Власовим, І. В. Решетніковою, М. К. Треушніковим та іншими. Теоретичні підходи до визначення обставин, які не потребують доказування, розроблені В. В. Масюком, Р. В. Тертишніковим, А. Г. Коваленко та іншими. Проблем, пов'язаних з визнанням преюдиціального значення арбітражного рішення, у своїх працях торкаються С. Н. Лебедєв та В. В. Ярков. Детальні теоретичні дослідження проблем доказування у системі загального права здійснені Т. В. Рудою. Процесуальні питання, пов'язані з поданням доказів до арбітражного суду, досліджували Л. Ф. Винокурова, Г. К. Дмитрієва, В. В. Комаров, О. Д. Крупчан, Н. С. Кузнєцова, В. Є. Мармазов, І. Г. Побірченко, Ю. Д. Притика, П. В. Пушкар, М. Ф. Селівон, Т. В. Сліпачук, Г. А. Цірат. Наукові дослідження окремих правових проблем доказування в арбітражі здійснені іноземними науковцями: проблеми визначення предмету доказування досліджені Е. Гайяром, Б. Гольдманом, Г. Кауфман-Колер, Ф. Ландольтом, Дж. Саважем, М. Шнайдером та іншими; теоретичні дослідження проблем, пов'язаних з природою тягаря доказування та значенням презумпцій у доказуванні, здійснені іноземними науковцями Г. Н. Херлітцом, Дж. Барсело, концепцію тягаря доказування в арбітражі досліджували Ф. Берч, В. Ван Хутте, А. Л. Лінне, Дж. Пфітцер, А. Редферн, М. Хантер, А. В. Шлепфер та інші; питання звільнення від доказування опрацьовані К. М. Бленклі, Р. Тернером та іншими. Процесуальним аспектам одержання доказів присвячені праці В. Камерер, Г. Решке-Кеслера, В. В. Хвалея та інших.

Разом з тим, у вітчизняній юридичній науці відсутні спеціальні комплексні наукові дослідження питань доказів та доказування у міжнародному комерційному арбітражі. Спроби здійснити таке дослідження вилилися у цю монографію. Головна мета цього дослідження полягала у виявленні та вирішенні комплексу теоретичних і практичних проблем, пов'язаних із визначенням особливостей та закономірностей діяльності з доказування у міжнародному комерційному арбітражі. Практична мета полягала в обґрунтуванні рекомендацій для удосконалення арбітражної практики. Крім того, за результатами дослідження впливу окремих аспектів діяльності з доказування в міжнародному комерційному арбітражі на чинність арбітражного

рішення, його здатність бути визнаним та допущеним до виконання видалось необхідним сформулювати рекомендації для судової практики стосовно врахування цих аспектів під час розгляду клопотань про скасування арбітражних рішень або вирішення питань про їх визнання та надання дозволу на примусове виконання в Україні.

Для досягнення згаданих вище цілей вже з перших кроків дослідження потрібно було подолати певні методологічні труднощі. Одна з них полягала у тому, що хоча питання доказування традиційно розглядаються як комплекс суто процесуальних питань арбітражного розгляду, відносини з доказування регулюються не тільки процесуальним правом арбітражу. Окремі питання, зокрема презумпції та фікції у доказуванні, можуть міститись у матеріальному праві, яке підлягає застосуванню до вирішення спору, а деякі аспекти використання доказів, наприклад привілейований характер спілкування адвоката з клієнтом, що виключає використання певної інформації як доказу, можуть підпадати під вплив права, яке має з такою інформацією найбільш тісний зв'язок.

Дослідження також виходить з постулату про те, що процесуальне право суду (*lex fori*) за місцем арбітражного розгляду, як правило, не є частиною процесуального права арбітражу. Альтернативний підхід, відповідно до якого цивільне процесуальне законодавство країни місця арбітражу може застосовуватися тією мірою, якою воно є сумісним з характером та правовою природою арбітражного провадження, було складно прийняти. Арбітражний суд і сторони повинні зберігати автономію у встановленні процесуальних правил. Юридикалізація, в тому числі шляхом поширення в арбітражі як обов'язкових процедур, застосовуваних у державних судах, видається шкідливою для гнучкості та ефективності арбітражу, а також протидіє процесам уніфікації арбітражних процедур у світі та ускладнює ведення арбітражних процесів арбітрами, які не практикують у відповідній юрисдикції. Крім того, оскільки скасування арбітражного рішення можливе переважно з підстав недотримання процедури, обов'язковість для арбітражного суду процесуального права, яким керуються державні суди, що мають власну практику у питаннях про істотність порушення цього процесуального права, створює додатковий ризик розширеного тлумачення підстав для скасування арбітражного рішення.

Аналіз різноманітних концепцій доказування у цій монографії подано максимально нейтрально, без висловлення симпатій чи крити-

ки, яка могла б видатися необґрунтованою. Особливу увагу приділено процесам уніфікації, внаслідок яких ці концепції проникають з однієї арбітражної системи в іншу. Було виявлено рівні уніфікації правового регулювання та практики доказування у міжнародному комерційному арбітражі, а також характерні для цих рівнів напрями уніфікації: на рівні міжнародних договорів — закладення принципів доказування; на рівні національного законодавства — визнання широких повноважень арбітражного суду у питаннях доказування; на рівні арбітражних регламентів — деталізація повноважень арбітрів та закріплення основних засад покладення тягаря доказування; на рівні спеціальних рекомендацій та настанов провідних арбітражних центрів — зближення властивих різним правовим системам процедурних підходів до одержання доказів.

Окрім засадничих питань доказування, якими є питання визначення предмету доказування та покладення і виконання тягаря доказування, у монографії істотна увага приділена власне діяльності з одержання доказів та їх оцінювання арбітражним судом, а також поняттю доказу, його властивостям та особливостям використання різних видів доказів. При написанні монографії довелось свідомо відмовитись від детального розмежування понять «доказ» і «засіб доказування», аби не братись за розв'язання досі не вирішеного у науках процесуального права спору про їх співвідношення. Доказ у цій монографії розглядається як поєднання змісту (інформації, яка має значення для справи) та форми (засобу доказування). Це полегшило аналіз арбітражних регламентів та настанов з доказування, які так само не розмежовують згадані поняття. Водночас це створило певні термінологічні ускладнення, з якими, однак, зможе впоратись підготовлений читач, який зрозуміє, в яких випадках у монографії йдеться про доказ як про дані, що мають доказове значення, а в яких — про засіб доказування.

Монографія не має на меті приділити достатньо уваги процесуальним питанням взаємодії арбітражу та національних судів під час одержання, збереження та забезпечення доказів. Це важливий аспект, дослідження якого дозволило б зробити роботу більш повною та завершеною. Водночас, таке дослідження потребувало б перенесення фокусу з діяльності арбітражів на діяльність національних судів і вимагало б провести ґрунтовний аналіз процесуальних галузей національного законодавства та судової практики. Це ж стосується і

розкриття практики розгляду судами питань про скасування, а також про відмову у визнанні та примусовому виконанні арбітражного рішення, ухваленого з порушеннями у процесі доказування в арбітражі, зокрема на підставі підробленого доказу. Дослідження цього питання потребує детального заглиблення у судову практику багатьох країн.

Монографія може бути використана при підготовці навчально-методичної літератури, а також у науково-дослідній роботі. Деякі положення і висновки, сформульовані в монографії, мають методологічний характер, і можуть бути використані не тільки в контексті теорії міжнародного комерційного арбітражу, а й перенесені в теорію доказування в цілому. Окремі концепції, зокрема концепція стандарту доказування, властивості та критерії оцінювання доказів, є цінними для теорії доказування і такими, що можуть бути враховані у наукових розробках з проблем доказування у процесуальних галузях права. Автор не стверджує, що цим дослідженням введено в українську правову науку поняття стандарту доказування. Це поняття вже активно використовується, проте часто зі значенням моделі (еталону) процесуального доказування, у якій реалізуються мета, задачі судочинства, принципи судового процесу, права й обов'язки його учасників. Удосконалення підходу до стандарту доказування полягає у поверненні йому, принаймні для доказування в арбітражі, значення, з яким цей термін вийшов із системи загального права, тобто розуміння його як рівня ймовірності, до якого певна обставина, яка має значення для вирішення справи, повинна бути доведеною.

У монографії сформульовано низку конкретних пропозицій з удосконалення арбітражної практики, а також запропоновано зміни до вітчизняної судової практики у справах про скасування арбітражних рішень та про визнання та надання дозволу на примусове виконання арбітражних рішень. Прикладний характер дослідження дає змогу використовувати його результати в практичній діяльності учасниками арбітражних процесів.

В цілому монографія орієнтована на широке коло читачів. Доречно висловити сподівання, що вона може бути цікава практикам арбітражу, дослідникам правових аспектів доказування та проблем арбітражу, викладачам і студентам, які вивчають курс міжнародного комерційного арбітражу.

Глава 1

ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ДОКАЗУВАННЯ

1.1. Зміст доказування та його мета у міжнародному комерційному арбітражі

1.2. Стандарт доказування

1.3. Право, яким регулюється доказування

1.4. Напрямки та рівні уніфікації правового регулювання та практики доказування

1.5. Підсумки до глави 1

1.1. Зміст доказування та його мета у міжнародному комерційному арбітражі

Термін «доказування» не використовується у національному законодавстві про арбітраж. Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж», а так само і Типовий закон ЮНСІТРАЛ, за зразком якого було розроблене українське законодавство, оперують поняттям «доказ» та регулюють у загальних рисах діяльність, пов'язану із поданням та отриманням доказів, визначенням їх допустимості, належності, істотності та значущості; обґрунтуванням доказами арбітражного рішення. При цьому поняття «доказування» вживається в арбітражній практиці як таке, що охоплює цю діяльність[2]. Законодавство про міжнародний комерційний арбітраж багатьох країн та регламенти відомих арбітражних установ також не оперують цим поняттям окремо від категорій тягаря доказування та процедурних правил одержання доказів.

У теоретичних дослідженнях поняття «доказування» в контексті міжнародного комерційного арбітражу не є опрацьованим. У зв'язку з цим для закладення певної системи координат подальшого дослідження цінним видається врахування висновків загальнотеоретичних правових досліджень та напрацювань щодо цього поняття, зроблених у науці цивільного процесуального права. Це також виправдано з огляду на те, що поняття «судове доказування» у цивільному та господарському процесуальному праві є найбільш близьким за змістом до доказування у міжнародному комерційному арбітражі через властивий обом системам принцип змагальності, який є основоположним для міжнародного комерційного арбітражу та більшості національних судових процесів. Окрім того, арбітраж

[2] Хоча трапляються перекручування цього терміну. Наприклад, Зовнішньоторговельний арбітражний суд при Торговій палаті Сербії звів зміст цього поняття до зачитування доказів, вказавши у рішенні 2009 року, що «арбітражний суд провів процедуру доказування під час усних слухань шляхом читання всіх наданих доказів» (див. Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce Award of 19 October 2009 (Mineral water case). — Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091019sb.html).

функціонує власне як альтернатива національному цивільному та господарському процесам.

Разом з тим, як виявляється, звернення до теорії права та наук процесуального права не вирішує проблему з'ясування змісту поняття доказування, оскільки стосовно нього у науці процесуального права також досі немає єдності серед дослідників.

Процесуальне або судове доказування у найбільш загальних рисах часто розуміють як врегульований нормами процесуального права шлях (перехід) від імовірних суджень до істинного знання, який забезпечує ухвалення обґрунтованих та законних судових рішень. На думку Д. О. Бочарова, доказування становить нормативно регламентовану інтелектуально-практичну діяльність з демонстративного відтворення значущих у контексті правової позиції обставин як фактів за їх можливими слідами (фактичними даними) шляхом означування останніх. В операціональному розумінні доказування полягає в одержанні (формуванні), дослідженні й оцінці та використанні доказів. Зазначеним операціям передує свідоме чи напівсвідоме визначення предмета доказування, а завершують їх мотивування й обґрунтування обраної правової позиції[3].

Західна правова думка не фокусується на теоретичному обґрунтуванні обсягу поняття «доказування». У найбільш загальних рисах цей термін у західній правовій традиції визначається як досягнення визначеності або встановлення правдивості факту або гіпотези за допомогою відповідних доказів[4]. Використання цього визначення відкриває шлях для розуміння доказування у широкому значенні як діяльності з висловлення та оцінювання аргументів, внаслідок якої може бути встановлено певний факт. У такій діяльності ролі суду (арбітражу) та сторін розмежовані: сторони надають аргументи для переконання суду у своїй позиції, суд (арбітраж) — оцінює ці аргументи та приходить до певного рішення. Власне потреба в арбітрі (судді) виникає саме через те, що сторони самостійно, без участі третьої особи, виявились нездатні досягти цієї визначеності.

---

[3] *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.

[4] 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.

Якщо вдатися до більшої конкретизації визначення з урахуванням специфіки доказування в суді або арбітражі, яка полягає у включенні у процес спору між сторонами третього суб'єкта, уповноваженого прийняти рішення, то ми зіштовхуємося з необхідністю визначення ролей сторін та суду (арбітражу) у доказуванні. При цьому в юридичній літературі чітко виділені дві точки зору на проблему окреслення кола учасників доказування. За однією з них доказування є процесуальною діяльністю тільки сторін, тому у поняття доказування не слід включати дослідження, перевірку та оцінювання доказів судом. За іншою при розкритті суті доказування слід виходити з активної ролі суду у досягненні істини, в процесі збирання та дослідження доказів, з права суду ставити на обговорення факти, на які сторони не посилаються, якщо при цьому суд не виходить за межі підстав позову та заперечень на нього, і, нарешті, з того, що обов'язком суду є вжиття всіх передбачених законом заходів для всебічного, повного та об'єктивного з'ясування дійсних обставин справи[5]. На думку А. А. Власова та інших дослідників, те, що у змагальному процесі акценти у збиранні доказів зсунуті з активності суду у бік обов'язку сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, не означає, що суд перестає бути суб'єктом доказування, оскільки саме суд визначає предмет доказування[6].

Якщо розглядати поняття «доказування» у ширшому значенні, тобто у такому, яке поєднує логічний компонент (дослідження та оцінювання доказів) та процесуальний компонент (подання та одержання доказів), тоді суд (арбітри) цілком обґрунтовано набувають ролі учасників цієї діяльності.

У теоретичних дослідженнях останніх років переважає саме такий зважений підхід, заснований на визнанні принципу змагальності та збереженні активної ролі суду (арбітражу) у доказуванні. Так, М. К. Треушніков, використовуючи поняття «судове доказування», визначає його як логіко-правову діяльність осіб, які беруть участь у справі, а також у певній мірі суду, яка спрямована на досягнення правильного знання про фактичні обставини виникнення, зміни та

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

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

припинення правовідносин і яка здійснюється в процесуальній формі шляхом тверджень осіб, які беруть участь у справі, про факти, посилання на докази, подання їх суду, надання судом допомоги у збиранні доказів, дослідження, оцінювання[7]. На думку В. Д. Андрійцьо, дослідження та оцінювання доказів слід розмежовувати. При цьому, етап дослідження доказів у процесі доказування направлений на безпосереднє вилучення доказової інформації із джерел доказування суб'єктами доказування[8].

Для цілей цього дослідження визначення обсягу поняття «доказування» є важливим лише в тій мірі, в якій це дозволяє перейти до вивчення проблемних питань, які мають практичне значення в міжнародному комерційному арбітражі. У рамках цього дослідження ми не намагатимемося обґрунтовано вирішити теоретичне питання про те, чи слід діяльність з доказування обмежити лише діяльністю сторін з надання доказів та обґрунтування ними своїх тверджень та заперечень, або ж до неї слід віднести також діяльність арбітражного суду, пов'язану з одержанням доказів, їх дослідженням та оцінюванням.

На нашу думку, є всі підстави погодитись з Д. О. Бочаровим стосовно того, що у правовій науці існує два підходи до визначення змісту діяльності з доказування: у вузькому розумінні доказуванням вважається лише діяльність з одержання (збирання, формування) та дослідження (перевірки) юридичних доказів; за широкого підходу наведений перелік доповнюється операціями оцінювання й використання доказів[9].

Ця теоретична суперечка щодо змісту поняття «доказування», яку досі не вирішено у науках процесуального права та на загальнотеоретичному рівні, не є предметом нашого дослідження. Ми маємо лише взяти один з підходів для забезпечення термінологічної чіткості.

---

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

[8] *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.

[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. 9.

За умови дотримання принципу однакового ставлення до сторін арбітри можуть брати активну участь у доказуванні в межах встановленої процедури, оскільки, як правило, вони наділені відповідними повноваженнями. Виходячи з існування цих повноважень, а не з того, як у кожному окремому процесі вони реалізовані арбітрами, обґрунтовано можна визнати, що арбітри беруть участь у доказуванні у тому значенні цього поняття, яке охоплює діяльність з виявлення фактів, а не в тому, яке ототожнюється з доведенням (активним переконуванням) обґрунтованості тієї чи іншої позиції.

Дійсно, як зазначає У. Парк, безсторонній арбітр повинен встановлювати факти та з'ясовувати зміст права шляхом визначення ваги доказів та заслуховування аргументів[10]. Активна роль у процесі доказування повинна належати саме сторонам. Принцип змагальності процесу, застосування якого у міжнародному комерційному арбітражі не ставиться під сумнів у жодній з відомих арбітражних систем, буквально означає, що кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу для своїх вимог або заперечень. Однак застосування принципу змагальності у міжнародному комерційному арбітражі не передбачає обов'язок арбітрів бути пасивними спостерігачами або реципієнтами інформації, яку надають сторони. Навіть в умовах мінімальної активності арбітрів у питанні одержання доказів, така активність є реалізацією повноважень арбітрів у процесі доказування. Тому далі у цьому дослідженні ми виходимо з найбільш широкого розуміння поняття «доказування», яке охоплює *діяльність всіх учасників арбітражного розгляду з встановлення обставин, які мають значення для вирішення спору*.

У доказуванні як процесуальній діяльності можна виділити певні стадії. Розмежування стадій є досить умовним, оскільки в дійсності вони переплітаються, багатократно повторюються. Стадії доказування також не збігаються зі стадіями арбітражного розгляду.

Доказування бере початок у *стверджуванні стороною про існування обставин*, на яких ґрунтуються її вимоги або заперечення.

Далі настає стадія *відповіді іншої сторони на стверджувані обставини*, яка може полягати у запереченні або визнанні їх існуван-

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

ня. У юридичній літературі з доказування цю стадію часто оминають, вважаючи, очевидно, що обов'язок надати відповідь виникає у сторони лише тоді, коли сторона, яка несе тягар доказування, не лише ствердила про існування певної обставини, а й надала *prima facie* докази її існування або принаймні вказала на такі докази. У практиці такий підхід знаходить своє відображення в тому, що деякі арбітражні регламенти зобов'язують позивача одразу у першому документі, поданням якого ініціюється арбітражний розгляд, вказати на докази, які підтверджують позов[11]. Все ж є підстави виокремлювати відповідь сторони на твердження про існування обставин як окрему стадію. Надання такої відповіді дозволяє визначити подальшу необхідність доказування стверджуваних обставин, адже якщо сторона у своїй відповіді визнає їх існування, обставини слід вважати такими, що не потребують доказування. Саме така можливість закладена у багатьох відомих арбітражних регламентах, які передбачають на етапі ініціювання арбітражного розгляду подання позивачем заяви (прохання) про арбітраж, в якій лише стверджуються певні обставини без обов'язкового зазначення доказів. На таку заяву (прохання) про арбітраж відповідач може надати відповідь з визнанням чи запереченням стверджуваних обставин[12]. Внаслідок обміну сторонами твердженнями про обставини також попередньо окреслюється предмет доказування.

Третьою є стадія *вказування на докази стверджуваних обставин*. Цю стадію можна вважати початковою для доказування у вузькому розумінні, оскільки тільки з неї сторони починають оперувати доказами, а точніше, визначають, які докази є належними. Сторони зазначають, які докази можуть бути одержані на підтвердження обставин, які мають значення для вирішення спору.

Четверта стадія — *одержання доказів* — є процедурно найбільш складною і поєднує такі складові: *подання сторонами доказів*, якими обґрунтовуються їх позиції; *надання сторонами доказів за запитом* одна одній та на вимогу арбітражного суду, що також може

[11] Стаття 18(1) Регламенту МКАС при ТПП України (зі змінами 2014 р.), § 9(1)(д) Регламенту МКАС при ТПП РФ (2013).

[12] Статті 1.1(iii), 2.1(ii), (iii) Регламенту LCIA (2014), статті 4(3)(c) та 5(1)(c) Регламенту ICC (2012).

вилитися у *розкриття* доказів, якщо у відповідному арбітражному розгляді вирішено застосовувати цю процедуру; а також *самостійне одержання арбітражним судом доказів*. На цій стадії вирішуються питання про істотність та допустимість доказів. Арбітражний суд приймає чи відмовляє у прийнятті тих чи інших матеріалів, задовольняє або відмовляє у задоволенні клопотань про одержання доказів у сторін, надає сприяння в одержанні доказів, а також самостійно одержує докази, якщо це не порушує принципи однакового ставлення до сторін та надання їм можливості висловити свої аргументи.

Стадії *дослідження* та *оцінювання* доказів розглядають часто як окремі, а в багатьох випадках — як єдину стадію. Дослідження доказів передбачає активну участь сторін, в той час як оцінювання доказів вважається прерогативою арбітражного суду. Цей поділ доволі умовний, адже можна погодитись з тим, що арбітри також беруть активну участь у дослідженні доказів, в результаті якого у них формується певне уявлення про їх достовірність та доказову вагу, що в принципі означає оцінювання доказів. Окремо про дослідження доказів доцільно говорити, якщо чітко розмежовувати докази і засоби доказування. Тоді *дослідження полягає в отриманні доказової інформації із засобів доказування, а оцінювання — в побудові умовиводів за допомогою отриманої доказової інформації*.

Доказування в міжнародному комерційному арбітражі має специфічну мету у порівнянні з доказуванням у національних судових процесах. Ця мета визначає особливості діяльності з доказування і є безпосередньо пов'язаною з метою всього арбітражного розгляду. Саме вирішення спору, існування якого є необхідною умовою звернення до арбітражу[13], є метою розгляду справи в міжнародному комерційному арбітражі. Хоча деякі науковці називають арбітраж нарівні із судом юрисдикційною формою захисту цивільних прав[14], з таким підходом складно погодитись, адже арбітражний суд не захищає права однієї сторони від порушень іншої. Як відзначає Ю. Д. Притика, між-

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

[14] *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.

народний комерційний арбітраж є способом розгляду спорів з договірних та інших цивільно-правових відносин[15]. З урахуванням цього, метою міжнародного комерційного арбітражу є власне вирішення спору, такою метою не є притаманний судовому розгляду захист прав сторін та інших осіб та будь-що інше. Мета доказування, на нашу думку, не виходить за межі загальної мети арбітражного розгляду. З цього випливає важливий для всього подальшого дослідження висновок про те, що *доказування у міжнародному комерційному арбітражі не має на меті пошук істини*, який науковці часто означають як мету судового доказування[16], хоча слід визнати, що деякі фахівці дотримуються іншої точки зору[17]. Принаймні, це не пошук істини як категорії абсолютної і навіть не з'ясування обставин справи у мірі, достатній для того, аби були відсутні будь-які сумніви у їх правдивості (критерій об'єктивної істини у деяких національних судових процесах).

У своєму формулюванні мети доказування у міжнародному комерційному арбітражі ми можемо врахувати також деякі підходи до визначення мети судового доказування у науці цивільного процесуального права. Так, на думку А. А. Власова метою судового доказування є діяльність суду та інших осіб, які беруть участь у справі, для встановлення істинності фактів, від яких може залежати вирішення суті спору[18]. О. В. Баулін вважає, що метою доказування є встановлення обставин, які належать до предмету доказування, передбаченими законом способами[19].

Доказуванням у міжнародному комерційному арбітражі є діяльність сторін та арбітражного суду з встановлення обставин, необхідних для вирішення спору.

---

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

[16] *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.

[17] *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.

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

[19] *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.

При цьому необхідно відзначити, що вживання понять «обставина» та «факт» у контексті доказування не є однозначним. Деякі дослідники вважають, що факт слід визначати як знання, достовірність якого доведена[20]. Тобто факт — це встановлена обставина. Натомість, у західній літературі такий акцент на доведеності часто не робиться. Факт прийнято розглядати як обставину, чітко відмежовуючи його від правових наслідків або значення (інтерпретації цього факту)[21]. Більш важливим у цьому контексті видається розмежування питань факту та питань права.

Як буде детально викладено у підрозділі, присвяченому предмету доказування, категорія обставин, встановлення яких є необхідним для вирішення спору, є досить широкою і охоплює не лише так звані фактичні обставини або питання факту, а й питання права.

1.2. Стандарт доказування

На арбітраж не покладається обов'язок всебічного та повного з'ясування дійсних обставин справи. Обмеження арбітрами своєї участі у доказуванні тільки сприйняттям та оцінюванням наданих сторонами доказів може відобразитися на повноті з'ясування обставин, однак не робить ухвалене на основі такого з'ясування обставин арбітражне рішення нечинним чи таким, що не може бути виконане. Практичним підтвердженням цієї думки є те, що національне законодавство про міжнародний комерційний арбітраж, як правило, не передбачає можливості скасування арбітражного рішення через неповне або неправильне з'ясування обставин справи. Не є це також підставою для відмови у визнанні та виконанні арбітражних рішень за Нью-Йоркською конвенцією.

---

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

[21] 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.

Натомість, поодинокі випадки скасування арбітражних рішень або відмови у їх визнанні та наданні дозволу на примусове виконання з підстав, пов'язаних із фактичними помилками, у більшості правових систем з розвиненою практикою міжнародного комерційного арбітражу мають місце лише тоді, коли такі помилки очевидно виникли внаслідок порушення фундаментальних засад організації арбітражного розгляду. Наприклад, Верховний Суд Республіки Польщі у рішенні від 15 березня 2012 року дійшов висновку, що до порушень принципів організації процедури арбітражного розгляду, які включають також обґрунтування арбітражного рішення встановленими у процесі доказування фактами, слід віднести також випадки, коли процес доказування було проведено з очевидними недоліками, що полягали у порушенні правил логічного обґрунтування та побудови фактів у причинно-наслідкових зв'язках, вибіркове допущення доказів[22]. В більшості ж випадків компетентні суди, що розглядають питання про скасування арбітражних рішень, уникають будь-яких оцінок їх обґрунтованості.

Сприйняти думку про те, що доказування у міжнародному комерційному арбітражі не має на меті пошук об'єктивної істини, допомагає поняття «стандарт доказування» (*standard of proof*), вживане у доктрині правових систем загального права, звідки воно було перенесено у теорію доказування у міжнародному комерційному арбітражі. Власне, виконання стандарту доказування свідчить про досягнення мети доказування у конкретній справі.

Стандарт доказування часто визначають як рівень ймовірності, до якого обставини повинні бути підтверджені доказами, щоб вони могли вважатися дійсними, правдивими[23]. Як зазначають Д. Шварц та К. Сімен, стандарт доказування слугує декільком важливим цілям. По-перше, він визначає, яким чином розподіляється ризик помилки між сторонами спору, оскільки завжди залишається ризик помилко-

[22] *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. — Volume III. — p. 231.

[23] *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.

вого рішення. По-друге, стандарт доказування визначає важливість питання, поставленого на розгляд та вирішення[24].

У правових системах континентального права аналогом стандарту доказування іноді називають принцип оцінювання доказів за внутрішнім переконанням (*intime conviction*).

Д. Саідов зазначає, що МКАС при ТПП РФ також чітко не визначає у своїх рішеннях застосований стандарт доказування, посилаючись натомість на встановлену в арбітражному регламенті норму про оцінювання доказів за внутрішнім переконанням і розглядаючи таким чином це питання як процесуальне[25].

Однак поняття стандарту доказування та оцінювання доказів за внутрішнім переконанням не є відповідниками. Принцип оцінювання доказів за внутрішнім переконанням, який прямо або опосередковано закріплений у процесуальному законодавстві багатьох європейських країн, дає відповідь на питання про те, за якої умови суд може вважати обставину доведеною — за умови формування у нього під впливом доказів відповідного внутрішнього переконання. Варто погодитись тут із загальнотеоретичним висновком Д. О. Бочарова про те, що *внутрішнє переконання правозастосувача виступає специфічною інтелектуально-психологічною реакцією на сформовану в справі конкретну сукупність доказів, яка за своєю кількісною та якісною визначеністю цілісна й завершена*[26]. На відміну від нього, *стандарт доказування є відповідним рівнем імовірності, який визнається достатнім, аби вважати обставину доведеною*.

У вітчизняній правовій науці поняття «стандарт доказування» широкого поширення ще не набуло. В окремих дослідженнях були спроби впровадити цей термін із дещо іншим змістовим навантаженням. Так, Л. М. Ніколенко визначила «стандарт доказування» для господарського процесуального права як модель процесуального доказування, у якій

---

[24] *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. — Volume 26, Number 2. — p. 435.

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

[26] *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.

мета, задачі судочинства, принципи господарського процесу, права й обов'язки його учасників у процесі доказування розглядаються як взаємозалежні елементи, що визначають сутність і зміст інституту процесуального доказування[27]. Ми не можемо прийняти таке визначення, оскільки виходимо з історичного закладеного у це поняття змісту і, відповідно, з того, що стандарт доказування не є еталоном чи моделлю доказування, а тільки застосовуваним судом (арбітражем) рівнем ймовірності.

Можна виділити принаймні чотири стандарти доказування, які застосовуються в юрисдикційній практиці.

Стандарт мінімальних доказів (*scintilla of evidence*) вважається досягнутим, якщо надано хоча б найменший обсяг доказів, які стосуються справи. У практиці доказування він майже не застосовується[28].

Стандарт переваги більш вагомих доказів (*preponderance of evidence)* вважається виконаним, якщо докази на підтвердження певних обставин переважать докази на підтвердження протилежного. Цей стандарт називають також балансом ймовірностей та розкривають за допомогою конструкції «скоріше так, ніж інакше». Його не слід розглядати як такий, що стосується оцінювання того, чия версія, позивача або відповідача, є більш вірогідною. Він скоріше стосується того, чи є версія сторони, яка несе тягар доказування, більш вірогідною з урахуванням всіх наданих доказів, ніж протилежна їй. Так, відповідно до статті 25 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» якщо відповідач не подає своїх заперечень щодо позову, арбітраж не може розцінювати таке неподання само по собі як визнання тверджень позивача, якщо сторони не домовились про інше[29]. Якщо відповідач не скористався своїм правом надати заперечення та докази на їх підтвердження, це не повинно розглядатися як гарантія ухвалення рішення на користь позивача. Типовий закон ЮНСІТРАЛ вказує на те, що така відсутність заперечень може лише слугувати

---

[27] *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.

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

[29] Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 25. — Ст. 198.

підставою для розгляду справи за наданими доказами. Навіть Закон Нідерландів про арбітраж (стаття 1040), який містить положення про те, що у випадку ненадання відповідачем обґрунтованих заперечень арбітражний суд повинен ухвалити рішення на користь позивача, містить застереження про те, що такий обов'язок існує, якщо тільки арбітражний суд не вирішить, що позов незаконний або необґрунтований. При цьому арбітражний суд може вимагати від позивача надання доказів для підтвердження окремих його тверджень[30]. Принципи транснаціональних цивільних процесів, розроблені УНІДРУА спільно з Американським інститутом права і рекомендовані їх авторами для застосування також у міжнародних арбітражних процесах, передбачають, що суд (арбітражний суд) може ухвалити рішення проти відповідача, який не скористався своїм правом опонувати заявленим позовним вимогам, якщо дійде висновку, що позов обґрунтовано та підтверджено доказами. Для ухвалення такого рішення необхідним є критичний аналіз доказів, наданих для підтвердження позову[31].

Стандарт чітких та переконливих доказів (*clear and convincing evidence*) відповідає переконанню в тому, що обставину доведено з високим рівнем ймовірності та її доведеність випливає з розумною очевидністю.

Найвищим стандартом доказування вважається стандарт «поза всяким розумним сумнівом» (*beyond reasonable doubt*), прикладом застосування якого є доказування вини у кримінальному судочинстві.

Д. А. Шемелін вважає окремим стандартом доказування, який може бути застосований у міжнародному комерційному арбітражі, стандарт *prima facie*, який він вважає нижчим за баланс ймовірностей та розкриває як такий, у якому твердження є доказаним, якщо воно правдоподібне у світлі наявних доказів за умови припущення, що у майбутньому вони не будуть спростовані[32]. На нашу думку, з таким

[30] Arbitration Act of Netherlands of 1 December 1986, Code of Civil Procedure — Book Four: Arbitration. — Режим доступу : http://www.jus.uio.no/lm/netherlands.arbitration.act.1986/

[31] 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.

[32] *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.

підходом складно погодитись, оскільки виконання стандарту доказування визначається за результатами оцінювання доказів певної обставини у їх сукупності, тому застереження про те, що стандарт виконаний, якщо в майбутньому докази не будуть спростовані, не може бути застосоване до стандарту доказування, оскільки після того, як остаточно прийнято рішення про виконання чи невиконання стандарту доказування (доведеність чи недоведеність обставини) інші докази закономірно прийматись не повинні.

Prima facie, дійсно, розглядається науковцями як стандарт, проте це стандарт надання доказів, а не доказування в цілому, який до того ж не має усталеного визначення. У загальному вигляді в практиці міжнародних трибуналів його розуміють як такий, що передбачає надання доказу, який є достатнім для підтвердження стверджуваної обставини, якщо проти нього не висунуто обґрунтованих заперечень. Латинський термін «*prima facie*» («на перший погляд») означає, що доказ є достатнім для розумного висновку на користь твердження, на підтвердження якого його надано[33].

На відміну від Д. А. Шемеліна З. Мароссі, з яким можна погодитись, вважає, що рівень *prima facie* сам також залежить від стандарту доказування, і якщо до доказування застосовано вищий стандарт, показник, який свідчить про виконання тягаря *prima facie*, буде також вищим[34].

Можна дійти, таким чином, висновку, що стандарт *prima facie* не є менш суворим у порівнянні із стандартом балансу ймовірностей. Вони взагалі є різнопорядковими категоріями. Стандарт *prima facie* застосовується для оцінювання того, чи сторона в достатній мірі виконала свій обов'язок з надання доказів, аби можна було звернутися до іншої сторони по відповідь на надані твердження та відповідні їм докази. Натомість, стандарт балансу ймовірностей або інший стандарт доказування застосовується за результатами розгляду всієї справи або, якщо точніше, за результатами остаточного оцінювання доказів певної обставини.

---

[33] *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.

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

На думку науковців та практиків арбітражу у доказуванні у міжнародному комерційному арбітражі найчастіше застосовується саме стандарт переваги більш вагомих доказів (*preponderance of evidence*), хоча практики з країн континентальної системи тяжіють до більш високого стандарту доказування. Водночас ця відмінність у підходах видається не критичною. Рівень доведеності, вироблений у міжнародному комерційному арбітражі, у будь-якому випадку тяжіє до формули балансу ймовірностей «скоріше так, ніж ні», ніж до «поза всяким сумнівом»[35]. Хоча у випадках, коли сторона стверджує про шахрайство у контрактних відносинах, арбітражний суд, на думку Г. Конде е Сільва, повинен застосовувати більш високий, ніж звичайно, стандарт доказування[36].

На переважне застосування стандарту переваги більш вагомих доказів вказує також арбітражна практика. Так, рішенням арбітражу за регламентом Федерації асоціацій з торгівлі оліями, насінням та жирами (FOSFA) від 07.09.2011 року № 4219 компанію-покупця було зобов'язано сплатити компанії-продавцю заборгованість за договором купівлі-продажу. При цьому, з тексту арбітражного рішення видно, що арбітражний суд не мав можливості одержати документи, які б підтверджували одержання покупцем товару (коносаментів), проте визнав достатнім доказом акт звіряння розрахунків, в якому, окрім підтвердження боргу покупця перед продавцем, вказано, що цей борг виник у зв'язку з дещо іншим контрактом, укладеним між сторонами. Арбітражний суд врахував те, що у наступному документі, поданому як доказ, а саме в листі покупця, чітко вказано, що визнаний ним борг виник стосовно товару, поставленого за контрактом, що є предметом цього розгляду. На думку арбітражного суду, лист покупця був переконливим доказом на підтвердження доводів продавця, який покупець не зміг відповідним чином пояснити або спростувати[37]. Як видно, арбітражний суд не мав доказів, які б чітко і переконливо

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

[36] *Conde e Silva, Gui 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.

[37] Ухвала апеляційного суду Одеської області від 05 червня 2013 року у справі № 22-ц/785/4523/13. — Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31772849.

вказували на існування певних обставин, а виходив з того, що з урахуванням наданих доказів більш переконливими є твердження однієї сторони про існування обставин, ніж протилежне.

Іноді з'ясувати, який стандарт був застосований арбітражним судом, можна тільки з аналізу всього арбітражного рішення, оскільки окремі словесні формули не дають уявлення про прийнятий рівень ймовірності. В арбітражній практиці трапляються випадки, коли деякі твердження сторін приймаються арбітрами «поза всякого сумніву»[38], однак використання таких словесних формул не свідчить про застосування стандарту «поза всякого розумного сумніву» .

Як зазначають Ф. Ландольт та Б. Рівз Ніл, надзвичайно рідкісними є випадки, коли арбітри відкрито посилаються на певний стандарт доказування, який ними застосовано. Для цього є низка причин. По-перше, на відміну від тягаря доказування, стандарт доказування може бути більш обґрунтовано охарактеризований як процесуальне питання. Арбітри схильні залишати «в тіні» окремі процесуальні моменти. По-друге, на відміну від національних судів, арбітраж користується більшою свободою у питанні ухвалення арбітражного рішення. Відносини між арбітром та сторонами є більш неформальними, ніж між сторонами та суддею у національному суді. По-третє, на відміну від заяв сторін щодо тягаря доказування, які є частими в міжнародному комерційному арбітражі, заяви щодо стандарту доказування є доволі рідкісними. По-четверте, міжнародний, а скоріше міжкультуральний, характер міжнародного комерційного арбітражу сприяє відходу від формального застосування процедурних норм, властивих одній правовій системі, на користь «змішаного» у культурному плані підходу, який поєднує засади та багато в чому є компромісним між правовими системами. По-п'яте, оскільки міжнародний комерційний арбітраж обслуговує комерційний обіг, це диктує певну поступливість суворого юридичного аналізу на користь здорового глузду[39].

---

[38] Див. Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce, Award of 21 February 2005 (Young chickens case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/050221sb.html

[39] *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. — Volume 1. — Edited by Gordon Blanke and Phillip Landolt. — Kluwer Law International BV, The Netherlands. — 2011. — pp. 159–160.

Ми цілком можемо погодитись із твердженням про нечасті випадки визначення стандарту доказування в арбітражних рішеннях та з викладеним обґрунтуванням. Водночас це не свідчить, що стандарт доказування є суто теоретичним конструктом. В арбітражній практиці все ж мають місце випадки, коли арбітри чітко вказують застосований ними стандарт. Так, у справі 2007 року, яку розглянув арбітражний суд за регламентом SCC, одноособовий арбітр вказав на застосований ним стандарт балансу ймовірностей[40]. На «достатню ймовірність» як основу висновку про існування певного факту вказав також арбітражний суд NAI у рішенні 2002 року[41]. Вжита арбітражним судом, який розглянув справу за регламентом SCC, у рішенні 2007 року формула «скоріше так, ніж інакше» також вказує на застосування стандарту балансу ймовірностей[42].

Трапляється також встановлення стандарту в процесуальних нормах. Одним з небагатьох випадків закріплення в арбітражному регламенті стандарту доказування є Процесуальний кодекс Національного арбітражного форуму, однієї з провідних установ США, за регламентом якої розглядають комерційні та доменні спори, в тому числі міжнародні. Цей арбітражний регламент у статті 37 (I) встановлює необхідність застосування стандарту балансу ймовірностей, якщо тільки сторони не домовились про інше або інше не встановлене правом, що підлягає застосуванню[43].

Стандарт доказування може бути встановлений у праві, яким керується арбітражний суд в процесі доказування, у праві, що підлягає застосуванню, а також в угоді сторін.

Застосування у переважній більшості випадків стандарту балансу ймовірностей видається обґрунтованим, зважаючи на принципи змагальності та однакового ставлення до сторін, які значною мірою стримують власні ініціативи арбітрів у з'ясуванні обставин

[40] Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Award of 5 April 2007 (Pressure sensors case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070405s5.html

[41] Netherlands Arbitration Institute Award of 15 October 2002, Case No. 2319 (Condensate crude oil mix case). — Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021015n1.html

[42] Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Award of 5 April 2007 (Pressure sensors case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070405s5.html

[43] National Arbitration Forum Code of Procedure, effective August 1, 2008. — Режим доступу : http://www.adrforum.com/users/naf/resources/CodeofProcedure2008-print2.pdf

справи та ставлять їх в умови, коли вони покладаються на аргументи сторін.

Звичайно, зважаючи на те, що в арбітражній практиці, як правило, застосований арбітрами стандарт доказування ними чітко не визначається, ми розуміємо, що дискусія про стандарт доказування може вважатися такою, що має переважно теоретичну цінність. Водночас усвідомлення арбітрами того, що принцип змагальності вимагає від них застосування стандарту доказування, який не передбачає встановлення обставин з невиправдано високою ймовірністю, повинно допомогти уникнути ситуації безпідставного покладення на сторону надмірного тягаря доказування, а отже і порушення згаданого принципу змагальності.

1.3. Право, яким регулюється доказування

У вітчизняній та російській правовій науці доказування прийнято розглядати як інститут, який складає упорядковану систему норм, що регулюють діяльність з встановлення обставин, які мають юридичне значення[44]. Деякі дослідники акцентують увагу на елементному складі інституту та визначають доказування як правовий інститут цивільного процесу, що є сукупністю норм цивільного процесуального права, які регулюють мету, предмет, процес і засоби доказування в судочинстві[45]. Д. О. Бочаров, натомість, вказує на неоднорідність юридичного змісту доказового права, яка виявляється в тому, що його утворюють як процесуально-правові, так і матеріально-правові елементи[46].

У західній правовій традиції вживаним є поняття «доказове право» (*evidence law*), яке у теорії також розглядають у вузькому та

---

[44] *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.

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

[46] *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.

широкому значеннях. У вузькому значенні доказове право розуміють як таке, що регулює діяльність з виявлення фактів. При цьому інші питання, пов'язані з цією діяльністю, розглядаються як дотичні або навіть як такі, що повинні бути винесені за межі доказового права. Наприклад, такими є питання доказових привілеїв, які за своєю суттю протистоять виявленню фактів і тяжіють до комплексу правових норм, які забезпечують захист інформації, а не до доказового права[47]. У широкому значенні доказове право може розглядатися як комплексний правовий інститут, який об'єднує норми щодо доказів та доказування з процесуальних галузей. Таке об'єднання іноді має результатом кодифікований акт (наприклад, Федеральні правила про докази США[48], Кодекс доказування Нової Зеландії[49]).

Для виокремлення доказового права в міжнародному комерційному арбітражі як комплексного правового інституту, на нашу думку, немає достатніх підстав через належність правових норм, які регулюють діяльність з доказування, до різних правових систем. Якщо загальні засади доказування можуть бути визначені у законодавстві про міжнародний комерційний арбітраж країни місця арбітражу, то спеціальні норми можуть бути вміщені в актах матеріального права, яке підлягає застосуванню до суті спору і яке належить до іншої правової системи. Таким чином, норми, якими врегульовано доказування у міжнародному комерційному арбітражі, у ще меншій мірі відповідають визначеним у правовій теорії ознакам правового інституту, зокрема, законодавчій відособленості.

Однак, те, що регулювання доказів і доказування у міжнародному комерційному арбітражі здійснюється нормами, які належать до різних правових систем, не створює протиріч у розумінні цього явища. Навіть в аспекті національних судових процесів, на думку науковців, зокрема, І. В. Решетнікової, сукупність норм, якими врегульовані докази, взагалі не можна вважати правовим інститутом, а можна лише говорити про існування такої комплексності, під якою

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

[48] Federal Rules of Evidence (Enacted by Public Law No. 93-595, January 2, 1975; with amendments as of December 1, 2013). — Режим доступу : http://www.law.cornell.edu/rules/fre

[49] Evidence. Report 55 — Volume 2. Evidence Code and Commentary. — August 1999, Wellington, New Zealand. — 291 pages.

слід розуміти неможливість вирішення справи без реалізації в процесі доказування загальних (тих, що містяться у загальній частині процесуального права) та спеціальних (вміщених у спеціальній частині процесуального права та у матеріальному праві) норм у сукупності[50].

Ведучи мову про процесуальне право в міжнародному комерційному арбітражі *(lex arbitri)* як про систему норм, яка справляє найбільший вплив на діяльність з доказування, ми повинні чітко відмежовувати його від права, яким керуються суди у національних судових процесах. У науково-практичній літературі переважає підхід, відповідно до якого процесуальне законодавство країни місця арбітражу, тобто закон, яким керуються національні суди при розгляді аналогічної категорії справ (*lex fori*), не підлягає застосуванню у міжнародному комерційному арбітражі[51]. Водночас, як зазначає С. І. Стронг, серед помилок, які роблять практики-початківці у міжнародному комерційному арбітражі, першість посідають ті, які пов'язані із посиланнями у питаннях доказування в арбітражі на підходи та норми, якими керуються суди у національних процесах[52]. На думку деяких дослідників, процесуальне законодавство місця арбітражного розгляду все ж відіграє важливу роль у регулюванні доказування в арбітражному процесі. Так, І. Нікіфоров зазначає, що окремі його норми застосовуються до процесу безпосередньо, інші — за аналогією[53].

Дійсно, трапляються випадки застосування *lex fori* в арбітражі. Так, арбітражні суди, які розглядали справи за регламентом СІЕТАС,

---

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

[51] *Landolt P.* Arbitrators' Initiatives to Obtain Factual and Legal Evidence / Phillip Landolt // Arbitration International. — 2012. — Volume 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.

[52] *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.

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

іноді застосовували положення постанови Верховного Народного Суду КНР, яка стосувалась практики доказування, як джерело процесуального права при вирішення справи[54]. Зовнішньоторговельний арбітражний суд Торгової палати Сербії у справі 2005 року також визнав за можливе застосувати сербський цивільний процесуальний закон як вторинне джерело процесуального права у питаннях доказів[55]. Арбітражний суд Торгово-промислової палати Будапешту, обґрунтовуючи свої процесуальні дії з одержання доказів, відзначив, що вони відповідають нормам процесуального закону країн позивача та відповідача, вказавши конкретні норми цих законів[56]. Водночас така практика не свідчить про існування альтернативного підходу, який би підтримував застосування національного процесуального права в міжнародному комерційному арбітражі. Опосередкованим підтвердженням цього є те, що вона не поширена у найбільш авторитетних міжнародних арбітражних системах (ICC, LCIA, AAA тощо), а арбітраж CIETAC, який хоча й належить до «першого ешелону» світових арбітражних центрів, до останнього часу був доволі консервативний і орієнтований на обслуговування потреб міжнародної торгівлі Китаю, що призвело до більшого впливу на цю систему китайської державної системи правосуддя, ніж міжнародної арбітражної практики.

Обґрунтованою видається думка, що процесуальне право, яким керуються національні суди, не регулює діяльність з доказування в арбітражі, якщо тільки сторони не домовились про його застосування або законодавством спеціально не передбачено його обов'язковість. В останньому випадку мова йде скоріше про винятки, які однак трапляються. Так, процесуальне законодавство Нової Зеландії виключає з поля свого регулювання відносини з розгляду справи в арбітражі, однак встановлює спеціальне правило про те, що свідки в

---

[54] CIETAC Arbitration proceeding, Award of 23 March 2007 (Offset printing machines case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070323c1.html; CIETAC Arbitration proceeding, Award of 24 July 2007 (Flexo label printing machine case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070724c1.html

[55] Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce, Award of 21 February 2005 (Young chickens case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/050221sb.html

[56] Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of Budapest 5 December 1995 Budapest Arbitration proceeding Vb 94131 (Waste container case). — Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951205h1.html

арбітражі користуються тими ж привілеями та імунітетом, які надані їм у національних судових процесах[57].

Сторони можуть домовитись про застосування окремих положень *lex fori* або визнати його застосування необхідним в цілому настільки, наскільки це можливо, враховуючи різницю між міжнародним комерційним арбітражем та національним судочинством. Арбітри також можуть у тій чи іншій мірі покладатися на окремі норми національного процесуального законодавства. Однак таке використання цих процесуальних приписів слід розглядати в одному випадку як складову частину угоди сторін (арбітражної угоди), а в іншому — як реалізацію арбітрами своїх повноважень щодо визначення порядку арбітражного розгляду. В інших випадках норми національного процесуального законодавства не застосовуються як частина *lex arbitri*.

На практиці ж, як зазначають Ф. Ландольт та Б. Рівз Ніл, арбітри опираються будь-яким спробам зробити *lex fori* обов'язковим для застосування при вирішенні ними справ, навіть якщо в арбітражному застереженні або іншій домовленості сторін мова йде про інкорпорування процесуального права місця арбітражу або будь-якої іншої юрисдикції. У тих випадках, коли вирішенню справи передує складання акту про повноваження, арбітри використовують його для того, аби нівелювати зроблений сторонами в арбітражному застереженні вибір процесуального права[58].

Перебуваючи поза впливом *lex fori*, діяльність з доказування у міжнародному комерційному арбітражі підпадає під регулювання різноманітних норм і навіть знаходиться під впливом різних правових систем. В цьому контексті ми цілком можемо погодитись з Б. Макалістером та А. Блум, на думку яких, теза про те, що в арбітражі відсутні правила доказування, є не тільки неправильною, але й внутрішньо суперечливою[59].

---

[57] Evidence. Report 55 — Volume 2. Evidence Code and Commentary. — August 1999, Wellington, New Zealand. — p. 19.

[58] *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. — Volume 1. — Edited by Gordon Blanke and Phillip Landolt. — Kluwer Law International BV, The Netherlands. — 2011. — p. 158.

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

Право, що регулює арбітраж (*lex arbitri*), деякі науковці умовно поділяють на внутрішнє (*internal lex arbitri*), тобто таке, що регулює відносини сторін та арбітражного суду, власне процесуальне право, та зовнішнє (*external lex arbitri*) — те, що стосується визнання арбітражу державою, встановлює межі зовнішнього втручання та допомоги судів. При цьому, враховуючи зростаюче визнання автономії сторін у визначенні правил арбітражу та необов'язковості зв'язку цих правил з правом певної країни, особливо у випадку наступного добровільного виконання арбітражного рішення, *external lex arbitri* не завжди є правом певної країни, з яким арбітраж має територіальний зв'язок (*lex loci arbitri*[60]), як вважають деякі дослідники[61]. Мова йде про так звану делокалізацію міжнародного комерційного арбітражу. Однак, навіть з урахуванням поширення тенденції до делокалізації, яка визнана багатьма науковцями і практиками[62], ми не можемо залишити поза увагою те, що найбільша система визнання та виконання арбітражних рішень, сформована в рамках Нью-Йоркської конвенції, істотним чином пов'язує можливість визнання та виконання рішення з його відповідністю праву країни, у якій мав місце арбітраж (стаття V(d)) або у якій було ухвалено арбітражне рішення (стаття V(a) та (e))[63], тобто підтримує саме концепцію територіального зв'язку, який, разом з тим, є юридичною фікцією.

---

[60] Під *lex loci arbitri* тут і далі розуміється частина права, яким керується арбітраж (частина *lex arbitri*), а не матеріальне право країни місця арбітражу, яке арбітражний суд застосовує для вирішення спору, використовуючи колізійну прив'язку *lex loci arbitri*. З використовуваним тут значенням *lex loci arbitri* — це право країни місця арбітражу, яким часто визначається повноваження арбітражного суду з отримання доказів, повноваження суду вводити забезпечувальні заходи, арбітрабільність спору, дійсність арбітражного рішення та інше (див. наприклад: *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).

[61] *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.

[62] *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.

[63] 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.

Таким чином, обґрунтованою залишається думка про те, що загальні засади правового регулювання доказування визначає законодавство про арбітраж країни місця арбітражу (*lex loci arbitri*)[64]. В Україні цей правовий масив втілений, перш за все, у Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж»[65]. У цьому законі норми, які стосуються доказів і доказування, можна умовно розподілити на дві групи:

– першу групу складають правила, якими врегульовані процедурні аспекти одержання доказів (стаття 18, частина 1 статті 19, частина 2 статті 22, статті 23–27);
– другу групу складають норми щодо визначення допустимості, належності, істотності та значущості доказів (частина 2 статті 19).

Для обох груп норм характерне закріплення широкої автономії сторін та арбітражного суду. Право інших країн, які імплементували Типовий закон ЮНСІТРАЛ, а також тих, у яких традиція арбітражу має власне коріння, також виходить із цих засад. Так, законодавство ФРН про арбітраж закріплює широкі повноваження арбітрів з вирішення процесуальних питань, до яких також відносить право вирішувати щодо допустимості, належності та важливості кожного поданого доказу (§ 1042 Німецького цивільного процесуального кодексу[66]). Англійське право містить схоже правило. Стаття 34(2)(f) Англійського закону про арбітраж 1996 року визначає, що з урахуванням права сторін досягти згоди щодо будь-якого питання процедури або доказування арбітри мають повноваження вирішувати про застосування формальних правил доказування (або будь-яких інших правил) щодо допустимості, належності або ваги будь-якого матеріалу (усного, письмового або іншого), який має бути оцінений щодо будь-якого факту або твердження, а також щодо часу, способу та форми, у яких такий ма-

[64] *Moss, Giuditta Cordero.* International Arbitration and the Quest for the Applicable Law. — Global Jurist. — 2008. — Volume 8, Issue 3. — Article 2. — p. 8.

[65] Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 25. — Ст. 198.

[66] 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 доступу : http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html

теріал підлягає обміну між сторонами та поданню до арбітражу[67]. Бельгійське законодавство про арбітраж також наділяє арбітрів широкими повноваженнями у вирішенні процедурних питань доказування та передбачає, що арбітри на власний розсуд вирішують питання щодо допустимості та доказової сили будь-якого доказу (стаття 1700(3) Бельгійського судового кодексу[68]). В цілому ж можна говорити про загальне визнання практики закріплення у національному законодавстві найширших прав арбітражного суду у вирішенні питань одержання та оцінювання доказів.

Водночас законодавство про арбітраж не містить детальних норм про процедуру доказування та залишає на розсуд сторін встановлення цих процесуальних правил, а у випадку відсутності згоди сторін — на розсуд арбітражного суду, оскільки ці «внутрішні» процесуальні правила, на відміну від «зовнішніх», як правило, не зачіпають інтересів інших суб'єктів, крім тих, що беруть участь у розгляді.

Наголошуючи на важливості врегулювання саме «зовнішнього» процедурного компоненту, дослідники вказують, що *lex loci arbitri* справляє найбільш відчутний вплив на автономність регулювання процесу одержання доказів у трьох важливих напрямах:

1) визначає повноваження арбітра щодо витребування доказів;
2) встановлює доступність допомоги місцевого суду у забезпеченні примусового виконання наказів арбітражного суду;
3) передбачає можливість поза арбітражним розглядом звернутися до суду для витребування доказів[69].

Водночас автономія сторін та арбітражного суду у питаннях встановлення процесуальних правил доказування, а також у вирішенні питань про визначення допустимості, належності, істотності доказів, а також їх оцінювання, закріплена у законодавстві про арбітраж без спеціальних обмежень.

---

[67] Arbitration Act 1996. — Режим доступу: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf

[68] Belgian Judicial Code. In force as from September 1, 2013. Chapter 6: Arbitration. — Режим доступу : http://www.cepani.be/en/arbitration/belgian-judicial-code-provisions

[69] *Perloff, Saul.* 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.

Повноваження арбітражного суду з вирішення питань доказування деталізовані в арбітражних регламентах, в яких вони, як правило, також не знаходять обмежень. Разом з тим їх реалізація завжди здійснюється з урахуванням засадничих принципів міжнародного арбітражу, якими є однакове ставлення до сторін, надання сторонам можливості викласти свої аргументи («право бути почутими») і здійснення арбітражного розгляду в межах угоди сторін. Ці принципи є обов'язковими для арбітражного суду не тільки в силу того, що вони, як правило, закріплені в *lex arbitri*, а й тому, що набули значення складової транснаціонального публічного порядку, категорії, вплив якої на регулювання діяльності з доказування в міжнародному комерційному арбітражі складно переоцінити.

Транснаціональний публічний порядок[70], як його визначають науковці та практики міжнародного комерційного арбітражу, на відміну від публічного порядку окремої держави (який є відображенням фундаментальних засад певного суспільства у моральному, релігійному, економічному, політичному та правовому середовищі[71]), та міжнародного публічного порядку (фундаментальні концепції правового порядку у певній країні[72]), є значно більш вузькою категорією, що об'єднує загальновизнані принципи, прийняті в усьому світі[73].

---

[70] У країнах континентальної правової системи для позначення поняття «публічний порядок» використовується термін «*ordre public*», а в країнах загального права — «*public policy*». У літературі зазначається, що *ordre public* є більш широким за змістом поняттям, що охоплює також всі елементи належного процессу (див. Притика Ю. Д. Проблеми захисту цивільних прав та інтересів у третейському суді : Монографія / Ю. Д. Притика. — К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2006. — С. 561).

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

[72] 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. — Режим доступу : http://www.ila-hq.org/en/publications/order-reports.cfm; *Hunter M.* Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitration / Martin Hunter and Gui Conde e Silva // The Journal of World Investment. — 2003. — Vol. 4. — No. 3. — p. 367.

[73] *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 доступу: http://www.law.unimelb.edu.au/files/dmfile/downloadebcc1.pdf; *Curtin K.-M.* Redefining Public Policy in International Arbitration of Mandatory National Laws / Kenneth-Michael Curtin // Defense Counsel Journal. — 1997. — April. — p. 283.

Г. Конде е Сільва відносить до переліку фундаментальних засад, які формують транснаціональний публічний порядок, такі принципи у сфері доказування у міжнародному арбітражі:

– однакове ставлення до сторін;
– надання стороні можливості викласти свої аргументи;
– надання можливості викласти коментарі щодо аргументів опонента;
– відсутність будь-яких *ex parte* процедур, у яких беруть участь арбітри і які стосуються спору;
– неприпустимість подання сторонами підроблених доказів[74].

Два з означених вище принципів, а саме — надання можливості викласти коментарі щодо аргументів опонента та відсутність процедур *ex parte*, у яких беруть участь арбітри і які стосуються спору, охоплюються принципом надання сторонам можливості викласти свої аргументи. Принцип, відповідно до якого сторони арбітражного розгляду мають право бути почутими, є визнаною складовою транснаціонального публічного порядку. Арбітражний суд повинен принаймні бути відкритим до сприйняття аргументів сторони. При цьому такий обов'язок арбітражного суду полягає у наданні сторонам розумної можливості викласти свої аргументи на всіх стадіях арбітражного розгляду і вважається виконаним також у тих випадках, коли сторона вирішить не брати участь у розгляді[75].

Таким чином принаймні три вимоги, які є засадничими для діяльності з доказування в міжнародному комерційному арбітражі, є складовою транснаціонального публічного порядку:

1) однакове ставлення до сторін;
2) надання стороні можливості викласти аргументи;
3) неприпустимість прийняття рішення на підставі підроблених доказів.

При цьому неприпустимість прийняття рішення на підставі підробленого доказу можна розцінювати як окремий випадок принципу надання стороні можливості викласти аргументи.

---

[74] *Conde e Silva, Gui 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.

[75] Там само. — p. 187.

Деякі питання доказування можна вважати такими, що закріплені на рівні загальних принципів права, які виходять за рамки транснаціонального публічного порядку і сприйняття яких вже відбувається під впливом різних правових систем. Наприклад, В. Камерер вважає, що загальними принципами права в арбітражі захищені привілеї, такі як таємниця спілкування з юристом, лікарем та журналістом, зміст переговорів про врегулювання спору, зміст документів, які стосуються національних інтересів, а також комерційні та ділові секрети. Обов'язок сторони діяти добросовісно також може розглядатися як загальний принцип права, який підлягає застосуванню при вирішенні питання про захист привілею[76].

Таким чином, вибудовується певна ієрархія правового регулювання діяльності з доказування у міжнародному комерційному арбітражі, вершину якої складають принципи транснаціонального публічного порядку, а фундаментальні принципи права, які, до того ж, можуть бути складовою міжнародного публічного порядку у певній країні, посідають наступний щабель. Далі в цій ієрархії є місце для автономії сторін у визначенні правил доказування. Однак, хоча Типовий закон ЮНСІТРАЛ та законодавство про міжнародний комерційний арбітраж багатьох країн зобов'язує арбітрів дотримуватись угоди сторін, проте в арбітражній практиці і в законодавстві окремих країн цей обов'язок розглядається як такий, що не повинен суперечити нормам, які підлягають обов'язковому застосуванню, а також його виконання повинне бути можливим. Наприклад, стаття 21 Шведського закону про арбітраж прямо встановлює обов'язок арбітрів керуватися угодою сторін в тій мірі, в якій цьому немає перешкод[77]. Дотримання обов'язкових норм (*mandatory rules*), які підлягають застосуванню незалежно від зробленого сторонами вибору права, розглядається як питання публічного порядку[78]. Перешкодою

---

[76] *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.

[77] Swedish Arbitration Act (SFS 1999:116). — Режим доступу : http://www.sccinstitute.com/?id=23746

[78] *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.

для виконання угоди сторін, таким чином, може бути те, що її виконання призведе до ухвалення арбітражного рішення з порушенням публічного порядку.

Цими чотирма джерелами — принципами транснаціонального публічного порядку, визнаними принципами права, угодою сторін та *lex arbitri* — не вичерпується система правил, якими підпорядковується доказування в міжнародному комерційному арбітражі. У регулюванні кола питань, які виникають при розгляді конкретної справи, а саме, визначення предмету доказування, розподілу тягаря доказування, а також при вирішенні питань допустимості, належності, істотності, достатності доказів та їх оцінювання, складається більш складна ситуація.

Обставини, які входять до предмету доказування, в кінцевому результаті визначаються нормою матеріального права, яка підлягає застосуванню. Цей підхід може розглядатися як визнаний у національних судових процесах[79]. Він же з певними особливостями, про які мова йде у присвяченій предмету доказування главі, обґрунтовано застосовується і в міжнародному комерційному арбітражі. Крім того, норми матеріального права можуть містити презумпції, фікції, а також встановлювати обмеження, які визначатимуть допустимість доказів.

Також, як зазначає Л. Ф. Вісс, матеріальне право, що підлягає застосуванню, може встановлювати інший, ніж той, що зазвичай використовується в міжнародному комерційному арбітражі, стандарт доказування[80].

Термін «матеріальне право» вжито тут досить умовно, зважаючи лише на те, що відповідні норми, які стосуються доказів і доказування, включені до актів, які розглядаються як матеріально-правові. Це, однак, не повинно бути причиною віднесення таких норм до норм матеріального права. Такої думки дотримується також О. В. Баулін, який стверджує, що такі норми мають характер процесуальних, а в матеріальних відносинах не застосовуються[81]. Л. Містеліс взагалі вва-

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

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

[81] *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.

жає за можливе виділити із всього правового масиву, який застосовується у міжнародному комерційному арбітражі, матеріальне право, яке визначає права та обов'язки сторін у їх відносинах, що стали предметом спору (*lex causae*), а все інше, що стосується арбітражу, віднести до процесуального права (*lex arbitri*), яке, на його думку, може стосуватись як процесуальних, так і матеріально-правових аспектів[82]. Таким чином, всі норми, які не стосуються регулювання матеріально-правових (договірних) відносин сторін, які стали предметом розгляду в арбітражі, незалежно від того, до яких актів (матеріального чи процесуального права) і правових систем вони належать, зокрема, всі норми щодо доказів та доказування, об'єднуються ним у *lex arbitri*.

Водночас, на нашу думку, правила, які стосуються доказів і доказування, і які включені до актів матеріального права, що підлягає застосуванню, слід відокремлювати від *lex arbitri*. Норми *lex arbitri* є нормами, знання та виконання або дотримання яких арбітражним судом презюмується[83] та іноді може забезпечуватись під загрозою скасування арбітражного рішення. Натомість, норми матеріального права при розгляді справи підлягають застосуванню, а встановлення змісту цих норм і з'ясування їх впливу на докази та доказування здійснюється сторонами та арбітражним судом. При цьому, як правило, саме на сторони покладено обов'язок із встановлення змісту матеріального права та з'ясування його впливу на окремі докази та процес доказування, а неправильне застосування норм матеріального права за загальним правилом не створює підстав для скасування арбітражного рішення.

Варто звернути увагу також на те, що обрані сторонами або визначені арбітражним судом норми матеріального права, яким підпорядковані відносини сторін, що стали предметом розгляду в арбітражі (*lex causae*), не охоплюють собою всієї повноти норм права, про які йшлося вище і які можуть мати вплив на доказування. Наприклад, норми, за якими визначатиметься допустимість певного доказу, мо-

[82] *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.

[83] *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.

жуть міститися в особистому законі сторони арбітражного розгляду. Ним також можуть визначатись окремі презумпції, наприклад, щодо повноважень осіб, які діяли від імені юридичної особи.

Арбітраж, керуючись у питанні привілеїв правом, яке має найтісніший зв'язок із відповідним доказом, може вважати таким право країни сторони, яка одержує доказ, або право країни, у якій доказ було одержано[84], а якщо ставиться питання про захист привілеєм даних спілкування клієнта з адвокатом, то, на думку деяких дослідників, також і право країни, в якій адвокат допущений до практики, або в якій мало місце спілкування [85]. Таким чином, окрім *lex arbitri* та *lex causae* на доказування в міжнародному комерційному арбітражі може справляти вплив право, яке буде застосовано як таке, що має найтісніший зв'язок з доказом. Цим, однак, вплив різноманітних правових систем на доказування також не вичерпується.

Спірним залишається питання про включення до *lex arbitri* права країни виконання арбітражного рішення, або навіть врахування його при вирішенні питань доказування. А. Кубас та інші дослідники вважають, що арбітражний суд не повинен ігнорувати норми, які складають частину публічного порядку країни, у якій передбачається визнання або примусове виконання арбітражного рішення. При цьому він виходить із суто прагматичного підходу — арбітражний суд повинен враховувати бажання сторін одержати рішення, яке може бути примусово виконане[86]. Е. Бараклу також підходить до вирішення цього питання з прагматичних засад і вважає, що арбітри можуть враховувати обов'язкові норми країни виконання, якщо їм відомо про місце майбутнього примусового виконання[87]. Схожої по-

---

[84] *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.

[85] *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). — p. 831.

[86] *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. — Volume III. — p. 21.

[87] *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 доступу: http://www.law.unimelb.edu.au/files/dmfile/downloadebcc1.pdf

зиції дотримується В. Камерер, яка вважає, що незалежно від того, які процесуальні норми застосовуються до арбітражного розгляду, арбітражний суд не може ігнорувати обов'язкові правові приписи юрисдикцій, у яких може вирішуватися питання про надання дозволу на примусове виконання. Такі обов'язкові приписи відображають публічний порядок відповідної юрисдикції і включають, як правило, положення про дотримання арбітражної процедури, право сторін на справедливий розгляд та однакове ставлення[88].

Деякі арбітражні регламенти, зокрема регламент ICC (стаття 41), навіть містять положення, яке зобов'язує арбітрів докласти всіх зусиль для того, аби рішення могло бути звернене до виконання[89]. Ці положення іноді трактуються дослідниками як такі, що зобов'язують арбітражний суд володіти не тільки знанням про право місця арбітражу, але також і про обов'язкові норми права країни примусового виконання[90].

На нашу думку, покладення на арбітражний суд обов'язку знати та враховувати, в тому числі в процесі доказування, обов'язкові норми права країн можливого виконання позбавлене підстав навіть у таких арбітражних системах, як ICC, і, крім того, є неможливим як загальне правило, оскільки країни примусового виконання можуть бути наперед не відомі. Можна погодитись з виваженою позицією В. Камерер та А. Кубаса, звернувши при цьому увагу на використання ними обережної конструкції «арбітри не повинні ігнорувати», яка, на нашу думку, не покладає на арбітражний суд обов'язок грати активну роль у встановленні норм права таких країн можливого примусового виконання. Обов'язок арбітражного суду прийняти арбітражне рішення, яке може бути звернене до примусового виконання, є виконаним в тій мірі, в якій було дотримано принципи транснаціонального

---

[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. — p. 42.

[89] International Chamber of Commerce Arbitration Rules, in force as from January 1, 2012. — Режим доступу : http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/

[90] *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.

публічного порядку. У випадку ж, якщо сторони звертають увагу арбітражного суду на обов'язкові норми країни можливого виконання, дійсно, арбітражний суд не повинен це ігнорувати. Як справедливо зазначають експерти ЮНКТАД, зваженим можна вважати підхід арбітра, який враховує можливу невідповідність арбітражного рішення міжнародному публічному порядку, коли вирішує, чи слід застосовувати певні обов'язкові норми[91].

Таким чином, арбітражний суд повинен *ex officio* дотримуватись принципів, які складають транснаціональний публічний порядок у міжнародному комерційному арбітражі, і не може безпідставно не враховувати публічний порядок та обов'язкові норми країн можливого виконання рішення, якщо про зміст таких норм стало відомо, що, однак, не створює обов'язку арбітражного суду самостійно встановлювати зміст таких норм.

1.4. Напрямки та рівні уніфікації правового регулювання та практики доказування

Зростання популярності міжнародного комерційного арбітражу як альтернативного національним судовим процесам інструменту вирішення спорів, що виникають у міжнародній економічній діяльності, безпосередньо пов'язане з уніфікацією арбітражних процедур. Провідні арбітражні установи світу запозичують одне в одного найбільш прогресивні підходи до організації арбітражу. Таке запозичення відбувається навіть між правовими культурами, яким властивий діаметрально протилежний підхід до вирішення окремих питань в арбітражі. Це призводить до поступового зближення різних моделей міжнародного комерційного арбітражу і, як наслідок, до його більшої передбачуваності та зручності для учасників міжнародних економічних процесів.

[91] *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.

Питання доказування в арбітражі є такими, у вирішенні яких протилежності в підходах різних правових систем виявляються чи не найбільшою мірою. Водночас процеси зближення у цій сфері також простежуються досить чітко.

В уніфікації регулювання доказування у міжнародному комерційному арбітражі можна умовно виділити рівні, а також характерні для таких рівнів напрямки (тенденції).

Перші помітні кроки в уніфікації процесуальних аспектів доказування в міжнародному комерційному арбітражі мали місце на рівні міжнародних договорів, які закладали основу для забезпечення визнання та виконання іноземних арбітражних рішень. На цьому рівні регулювання питанням доказування увага приділялась спершу лише в тій мірі, в якій була необхідність забезпечити, аби арбітражне рішення, яке ухвалене в одній країні і підлягає виконанню в іншій, базувалось на доказах і не суперечило засадам правової системи цієї другої країни. Одним з перших таких актів був Договір про союз південноамериканських держав стосовно процесуального права, підписаний у Монтевідео 11 січня 1889 року. Цей договір, окрім іншого, встановлював засадничі правила щодо доказів, які підлягали застосуванню як у національних судових процесах з іноземним елементом, так і в міжнародному комерційному арбітражі. Стаття 2 Договору визначала, що докази допускаються та оцінюються відповідно до закону, який застосовується до юридичного акту, що є предметом розгляду. Було також встановлено, що виключаються докази, які за своїм характером є недопустимими відповідно до закону того місця, де відбувається процес[92]. У Договорі, таким чином, головний акцент було зроблено не на питаннях подання доказів, а на їх допустимості та оцінці. При цьому вирішення питання про допустимість поставлено в залежність від права, яке регулювало відносини, що стали предметом розгляду, тобто від матеріального права (*lex causae*), з одночасним підпорядкуванням питань допустимості можливим додатковим обмеженням права місця розгляду (*lex loci arbitri* та *lex fori*). У 1940 році

[92] 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.

в Монтевідео було підписано Договір про міжнародне процесуальне право, який містив оновлений та доопрацьований виклад положень більш раннього договору[93].

У XX столітті процес вийшов на глобальний рівень: в рамках Ліги Націй були прийняті Женевський протокол про арбітражні застереження 1923 року[94] та Женевська конвенція про виконання іноземних арбітражних рішень 1927 року[95]. Вони закладали основу системи визнання державами міжнародного комерційного арбітражу.

Женевський протокол 1923 року у дослідженні історичного процесу уніфікації регулювання доказування у міжнародному комерційному арбітражі цінний тим, що він закріпив правило про підпорядкування арбітражної процедури закону держави місця арбітражу (стаття 2). Прийняття Женевського протоколу не слугувало меті наблизити окремі процесуальні аспекти арбітражу (власне на той час для уніфікації ще не було накопичено достатньої практики діяльності арбітражу, адже перші міжнародні арбітражні центри у сучасному розумінні були створені тільки на початку століття), а покладало на країни-учасниці обов'язок врегулювати ці питання у внутрішньому законодавстві. Крім того, за Женевським протоколом держави-учасниці взяли на себе зобов'язання зі сприяння у здійсненні необхідних процесуальних дій на своїй території, що можна розцінювати також як перші кроки у напрямі встановлення механізму сприяння арбітражу в одержанні доказів.

Женевська конвенція 1927 року передбачала, серед іншого, негативні наслідки для здатності арбітражного рішення бути допущеним до примусового виконання при порушенні в арбітражі таких важливих засад, як публічний порядок, право кожної сторони викласти свої аргументи, відповідність арбітражної процедури домовленості

---

[93] 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, Volume I. — p. 18.

[94] 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.

[95] 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.

сторін та ухвалення рішення в межах мандату, наданого сторонами арбітрам. В подальшому ці засади знайшли своє закріплення у більш досконалій формі у Нью-Йоркській конвенції 1958 року.

Ключовим на цьому рівні регулювання було прийняття Конвенції ООН про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень (Нью-Йорк, 10 червня 1958 року, набула чинності для України 10 січня 1961 року), яка замінила Женевський протокол 1923 року та Женевську конвенцію 1927 року і є чинною досі[96]. Питання організації арбітражних процедур не є предметом регулювання цього акту. Водночас Конвенція заклала принципи, які складають орієнтир для арбітражних процесів загалом і доказування зокрема. Їх дотримання забезпечується під загрозою відмови у визнанні та виконанні арбітражного рішення. Такими принципами, виведеними з положень Конвенції, є:

– однакове ставлення до сторін;
– надання сторонам можливості подати свої аргументи та докази;
– здійснення розгляду в межах, визначених угодою сторін. Цей принцип передбачає можливість досягнення сторонами обов'язкової для арбітражного суду угоди щодо всіх аспектів доказування;
– дотримання публічного порядку. Вплив цього принципу особливо відчутний у питаннях допустимості доказів.

Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж (Женева, 21 квітня 1961 року), яка набула чинності для України 7 січня 1964 року, зосереджує свою увагу на питаннях визнання арбітражної угоди, деяких процесуальних аспектах арбітражу, а також на підставах для скасування арбітражного рішення. Стаття VIII Конвенції встановлює, що за загальним правилом арбітражне рішення повинне бути мотивоване[97]. Однак вмотивованість рішення не слід ототожнювати з його заснованістю на доказах. Арбітри на виконання вимоги про вмотивованість повинні викласти у рішенні послідовність умовиводів, які дозволили їм прийти до необхідності ухвалити

[96] 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.

[97] 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.

арбітражне рішення. Важливим для формування у практиці міжнародного комерційного арбітражу підходів до доказів та доказування було повторне після Нью-Йоркської конвенції закріплення однієї із засадничих для доказування норм про обов'язковість надання стороні можливості викласти свої аргументи (*present the case*), та визнання ненадання такої можливості як однієї з підстав для скасування арбітражного рішення і неможливості його визнання та примусового виконання.

Таким чином, на описаному рівні врегулювання відбулось у напрямі встановлення меж, в яких здійснюються повноваження арбітражного суду з визначення процедури доказування. Міжнародно-правове регулювання арбітражу спрямоване, перш за все, на забезпечення визнання цього механізму вирішення комерційних спорів державами, тому міжнародні акти закладали лише підвалини цього інституту. Через їх специфіку у різних правових системах детально процедурні аспекти не могли бути врегульовані, в тому числі шляхом розробки і прийняття всеосяжного міжнародного договору з питань арбітражу. Тим не менш, були здійснені декілька спроб вивести уніфікацію на рівень загальної конвенції, яка б містила детальні правила щодо важливих аспектів міжнародного комерційного арбітражу. Серед таких спроб варто відзначити проект Конвенції про міжнародний торговельний арбітраж, підготовлений Міжамериканським юридичним комітетом у 1967 році[98], який однак не був прийнятий. Така ситуація зберігається і тепер, хоча про необхідність всеосяжного акту мова ведеться вже протягом тривалого часу. Однак через суттєві відмінності у підходах правових систем спроби більш детального врегулювання процедурних аспектів арбітражу виявились вдалими тільки на регіональному рівні (прикладом є згадана Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 року), а також на рівні створення модельних та типових законів.

Оскільки попри міжнародний характер діяльності будь-яка система міжнародного комерційного арбітражу залишалась національним третейським судом, детальне регулювання здійснювалось

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

на рівні національного законодавства, яке природно містило значні відмінності. У 1950-х роках були зроблені перші ґрунтовні спроби подолати ці відмінності та впровадити уніфікований закон про арбітраж як орієнтир для розробки або вдосконалення національного законодавства. Такі спроби були зроблені як на регіональному, так і на міжнародному рівнях. У 1956 році Міжамериканським юридичним комітетом у Мехіко був затверджений проект уніфікованого закону про міжамериканський торговельний арбітраж. У 1957 році Міжнародний інститут уніфікації приватного права (УНІДРУА) підготував свій проект уніфікованого закону про арбітраж у плані міжнародних аспектів приватного права.

Перші спроби уніфікації національного законодавства, які дійшли до стадії прийняття міжнародного правового акту, були зроблені державами-членами Європейської ради і вилилися у підписання Європейської конвенції про уніфікований закон про арбітраж 1966 року[99], яка однак чинності не набула. Викладений у конвенції уніфікований закон не містив детальних норм щодо доказування, однак передбачав можливість визначення як додаткових підстав для скасування арбітражного рішення те, що арбітражне рішення ґрунтується на доказах, оголошених неправдивими у судовому рішенні, яке набуло сили *res judicata*, а також якщо після ухвалення арбітражного рішення виявлено документи або інші докази, які вирішальним чином вплинули б на рішення, або які були приховані в результаті дій іншої сторони. Таким чином, уніфікований закон передбачав можливість встановлення механізму скасування арбітражного рішення за нововиявленими обставинами та допускав розширення меж втручання державного суду в арбітраж, що не сприяло утвердженню стабільності та остаточності арбітражного рішення.

У 1985 році було прийнято Типовий закон ЮНСІТРАЛ, який справив найбільш значний вплив на процес уніфікації національного законодавства про міжнародний комерційний арбітраж, адже на його основі було прийнято закони про міжнародний комерційний

[99] 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.

арбітраж у близько 60 країнах. Це були переважно країни, в яких традиція третейського судочинства була в різні часи перервана. Іншу групу складають країни, в яких арбітраж історично розвинувся із внутрішнього третейського судочинства, тому окреме законодавство про міжнародний комерційний арбітраж було відсутнє, а третейське законодавство застосовується як до внутрішніх процесів, так і до міжнародного комерційного арбітражу. У цих країнах арбітражне законодавство має специфічну структуру та особливості, які суттєво відрізняють його від тих зразків, які засновані на Типовому законі ЮНСІТРАЛ, хоча деякі з них у подальшому зазнали змін та запозичили деякі підходи. Такими, наприклад, є Федеральний закон про арбітраж США від 12 лютого 1925 року[100], Англійський закон про арбітраж 1996 року та інші.

На цьому рівні уніфікація відбувається в напрямку встановлення широких повноважень арбітражного суду у вирішенні питань про належність, допустимість, достатність доказів, у їх оцінці, а також у вирішенні процедурних питань доказування.

Таким чином, уніфікація досягла певного ступеня, який був, очевидно, максимально можливий без штучного втручання у традиційні для окремих правових систем підходи.

Подальше зближення підходів до доказування у міжнародному комерційному арбітражі видалося можливим у площині арбітражних регламентів, а також на рівні узагальнення арбітражної практики та напрацювання рекомендацій та настанов з питань доказів та доказування.

На рівні арбітражних регламентів зближення підходів до вирішення питань доказування, властивих різним арбітражним системам, простежується дуже чітко, а протягом останнього десятиліття набуло характеру стрімких змін: більшість відомих арбітражних установ оновило свої арбітражні регламенти та додатково впровадило спрощені правила арбітражу. Арбітражні установи при розробці власних регламентів з міжнародного комерційного арбітражу враховують напрацювання інших арбітражних центрів. Зараз у питаннях доказування більшість відомих арбітражних регламентів дотримуються схожих підходів і закріплюють найширші повноваження арбітражного суду, а

[100] Federal Arbitration Act (Pub.L. 68–401, 43 Stat. 883, enacted February 12, 1925, codified at 9 U.S.C. § 1 et seq.). — Режим доступу : http://www.law.cornell.edu/uscode/text/9/9

також встановлюють загальні засади покладення тягаря доказування. Цим широким повноваженням, однак, щоразу протистоять вже згадані нами базові принципи арбітражу, тому реалізація повноважень у спосіб, який би забезпечив ефективний розгляд і ухвалення чинного арбітражного рішення, завжди пов'язана з необхідністю збереження рівноваги між ними.

Арбітражні регламенти значною мірою опираються на національне законодавство про міжнародний комерційний арбітраж, тому навіть ті з них, які були розроблені інституціями, що претендували на регіональний або міжнародний статус (наприклад, Міжамериканська комісія з торгового арбітражу, ICC), історично були орієнтовані на підходи, властиві національному судочинству. Таким чином, перші регламенти арбітражних установ мали значні відмінності, у них чітко простежувався вплив відповідних правових систем. Наприклад, Правила примирення та арбітражу Міжнародної торгової палати у редакції 1955 року у питаннях доказування утверджували інквізиційний підхід та наділяли арбітрів дуже широкими повноваженнями[101]. Так, у специфічному для арбітражу ICC документі про повноваження арбітра (заява, а пізніше — акт про повноваження), який арбітр повинен був скласти перш ніж перейти до слухання справи, Правилами 1955 року було передбачено викладення суті справи та визначення спірних пунктів, які підлягали вирішенню (пункт 1 (d) статті 19 Правил). Фактично було закріплено обов'язок арбітра самостійно визначити предмет доказування. При цьому сторони брали участь у підписанні цього документу, однак відмова однієї зі сторін від підписання не мала наслідком неможливість розгляду справи та ухвалення арбітражного рішення. Правилами також було передбачено повноваження арбітра на заслуховування свідків, призначення одного або декількох експертів для надання ними своїх висновків з технічних та правових питань. Статтею 20 Правил на арбітра було також покладено обов'язок у найкоротший строк встановити факти, які стосуються справи, що також вказує на віддаленість цієї процедури від підходів рафінованої змагальності.

[101] 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.

Арбітражні регламенти, сформовані під впливом системи загального права, значно більше уваги приділяли питанням доказування та доказів, а також наділяли сторони головною роллю у доказуванні. Так, у статті 29 «Докази» Правил процедури Міжамериканської комісії з торгового арбітражу 1969 року було визначено, що сторони надають будь-які докази за своїм бажанням, а також надають такі додаткові докази, які арбітр вважатиме необхідними для розгляду та вирішення спору. Якщо арбітр має за законом право викликати свідків або вимагати надання документів, він може робити це за власною ініціативою або на вимогу будь-якої зі сторін[102]. Правила приділяли особливу увагу утвердженню підходу, відповідно до якого будь-які дії та рішення арбітрів щодо доказів (одержання, запит доказів, огляд на місці) здійснюються арбітрами після консультацій зі сторонами. Крім того, Правила процедури закріпили почерговий порядок надання сторонами доказів, а також визначили, що такий порядок може бути змінений арбітром за умови надання сторонами повної та однакової можливості для подання матеріалів або належних до справи доказів.

Вдалою спробою уніфікувати процесуальні аспекти діяльності міжнародного комерційного арбітражу, в тому числі, більш детально врегулювати питання доказів та доказування, була розробка та прийняття у 1976 році Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ. Цьому кроку також передували менш вдалі спроби, наприклад, розробка у 1950 році Асоціацією міжнародного права Правил міжнародного комерційного арбітражу (так звані Копенгагенські правила), які однак не знайшли широкого поширення.

Видана у 1976 році, перша редакція Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ була розроблена для застосування в арбітражі *ad hoc*, однак набула широкого поширення та в подальшому була використана при розробці багатьох регламентів інституційного арбітражу, зокрема, Регламенту міжнародного арбітражу ICDR, Швейцарського регламенту міжнародного арбітражу, Арбітражних регламентів Каїрського арбітражного центру та центу у Куала-Лумпур. Зважаючи на те, що

[102] 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.

Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ та Типовий закон були розроблені на спільних засадах, важливим нюансом у поширенні Арбітражного регламенту як зразка для розробки регламентів інституційного арбітражу було те, що цей регламент був взятий за зразок також у країнах, які не приводили своє законодавство про арбітраж у повну відповідність до Типового закону ЮНСІТРАЛ, наприклад США.

Вже згаданий тісний зв'язок між Типовим законом та Арбітражним регламентом ЮНСІТРАЛ не передбачав дублювання положень регламенту у Типовому законі. Особливо у питаннях доказів важливі і принципові положення Арбітражного регламенту свідомо не були перенесені до Типового закону ЮНСІТРАЛ. Так, правило частини 5 статті 25 Арбітражного регламенту, яке встановлює, що сторони можуть подавати свідчення свідків у формі письмових заяв, не було включене до Типового закону, оскільки було вирішено залишити це питання на розсуд сторін або арбітрів. Цей приклад ілюструє намір розробників Типового закону зробити його системою, яка б містила визнані засадничі норми, а не актом, який би врегулював процес у всіх деталях. Іншим прикладом, який добре ілюструє намагання уникнути ситуації конфлікту з правовими нормами у національному законодавстві, можна вважати те, що у Типовому закону ЮНСІТРАЛ не знайшов відображення принцип покладення на кожну зі сторін тягаря доказування обставин, на які вона посилається як на підставу для своїх вимог або заперечень (частина 1 статті 24 Арбітражного регламенту). Закріплення цього визнаного принципу, на думку розробників, також могло входити у протиріччя зі свободою ведення арбітражного процесу, закріпленою у статті 19 Типового закону ЮНСІТРАЛ[103].

Пошук шляхів збереження рівноваги між автономією арбітражного суду та сторін у визначенні правил доказування та засадничими принципами міжнародного комерційного арбітражу виявився можливим на рівні практики, а знайдені шляхи були викладені у рекомендаціях та настановах окремих арбітражних установ та професійних спільнот, які об'єднують юристів-практиків арбітражу. Одним з

[103] 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. — Режим доступу : http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N85/325/11/ PDF/N8532511.pdf?OpenElement

перших визнаних в арбітражній практиці документів такого значення були Додаткові правила для подання та дослідження доказів у міжнародному комерційному арбітражі, розроблені Міжнародною асоціацією юристів (IBA) у 1983 році. У подальшому цей документ був доопрацьований та виданий у 1999 та 2010 роках як Правила IBA з одержання доказів у міжнародному арбітражі[104]. В редакції 2010 року вже містилося положення про електронні документи, а з назви було видалено слово «комерційний», аби усунути сумнів у можливості застосування цього важливого документа також в інвестиційному арбітражі. Правила IBA містять настанови щодо подання документів, свідчень свідків, висновків експертів і є прийнятними для застосування в арбітражі, який здійснюється під впливом різних правових культур, тобто є результатом уніфікації практики на досить високому рівні деталізації.

Як обґрунтовано зазначають Р. Тріттман та Б. Касоловскі, Правила IBA, на які у питаннях доказування спираються практично у кожному арбітражному процесі, бути створені з метою поєднати у загальних, принципових рисах найбільшу кількість підходів, властивих різним правовим системам. Правила, таким чином, пропонують різноманітні процесуальні підходи, однак не втілюють якийсь один стандартний підхід[105].

Правила IBA застосовуються арбітрами та сторонами як орієнтир[106]. Не є поширеною практика затвердження Правил IBA як складової процесуальних правил, якими керується арбітраж у конкретній справі, адже такі дії мають наслідком звуження можливостей арбітрів у процесуальному маневруванні. Також це може призводити до суперечок між сторонами щодо тлумачення положень Правил. Хоча в арбітражній практиці трапляються випадки закріплення Правил IBA як частини процесуальних правил арбітражного розгляду саме за пропозицією арбітрів. Так, у справі 2007 року, яка розглядалась за рег-

[104] IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. Adopted by a resolution of 29 May 2010. — Режим доступу : http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#takingevidence

[105] *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. — Volume 31(1). — p. 333.

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

ламентом SCC, арбітр намагався переконати сторони у застосуванні Правил IBA в той час, як одна із сторін вважала за необхідне застосовувати процедури розкриття доказів («діскавері»), що прийняті у США, а інша наполягала на тому, аби кожна із сторін покладалась на доступні їй докази[107].

Слід відзначити, що Правила IBA не були єдиною спробою наблизити різні підходи до доказування в арбітражі. Арбітражний інститут Середземномор'я та Близького Сходу, заснований у 1987 році з метою просування міжнародного комерційного арбітражу, розробив Стандартний регламент дослідження доказів, який був виданий як альтернатива першій редакції Правил IBA і в якому переважав підхід до одержання доказів, властивий романо-германській правовій системі[108].

ICDR також розробив Настанови арбітрам з обміну інформацією, які підлягають застосуванню в усіх арбітражних процесах, що здійснюються за регламентом ICDR і розпочаті після 31 травня 2008 року[109]. Настанови, на відміну від Правил IBA, не містять детальних правил одержання доказів. Натомість вони спрямовані на те, аби підкреслити право арбітрів контролювати процес обміну доказовою інформацією, зробити цей процес передбачуваним, а обмін доказами — завчасним. Це було досить важливо для наближення до європейських підходів цієї арбітражної системи, яка була сформована під впливом правової традиції США з властивою їй активною роллю сторін у доказуванні на фоні мінімальної активності арбітрів. Настанови є своєрідним доповненням до регламенту з міжнародного арбітражу ICDR і, на відміну від Правил IBA, не мають характеру документу, що може бути застосований у будь-якій арбітражній системі. Хоча вони утверджують ті ж принципи, інтернаціоналізують американську модель арбітражу, звертаючи увагу на неприпустимість в арбітражі інструментів і технік, властивих судовим процесам у США. Окрім Настанов, виданих AAA, інша американська установа з надання послуг

[107] Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Award of 5 April 2007 (Pressure sensors case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070405s5.html

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

[109] ICDR Guidelines for Arbitrators Concerning Exchanges of Information, effective May 31, 2008. — Режим доступу : https://www.icdr.org/icdr/ShowPDF?doc=ADRSTG_002579

арбітражу — Міжнародний інститут із запобігання та розв'язання конфліктів (CPR) — також видала у 2009 році свої рекомендації з організації деяких процедур доказування у міжнародному комерційному арбітражі — Протокол з розкриття документів та надання свідками свідчень у комерційному арбітражі[110].

Королівський інститут арбітрів у Великій Британії, установа, яка адмініструє арбітражні процеси, також розробив ряд настанов для арбітрів у сфері доказування: Протокол з використання експертів, призначених сторонами, 2007 року[111], Протокол з розкриття електронних документів 2008 року[112], Настанови з арбітражу за документами для міжнародного арбітражу[113], а також спеціально для арбітражу за Типовим законом ЮНСІТРАЛ 2011 року[114], Настанови з використання призначених арбітражним судом експертів, юридичних консультантів та асесорів 2011 року[115].

Покликаними зорієнтувати у деяких проблемних процедурних аспектах арбітражу за Регламентом ЮНСІТРАЛ були видані цим органом у 1996 році Коментарі з організації арбітражного розгляду, у яких особлива увага була приділена різноманітним способам організації одержання доказів[116]. У зв'язку з тим, що підходи, закріплені в Арбітражному регламенті ЮНСІТРАЛ, були використані багатьма арбітражними установами при розробці власних регламентів, видані ЮНСІТРАЛ Коментарі також справили значний вплив на вирішення процедурних питань доказування у цих інституціях та на практику міжнародного комерційного арбітражу в цілому.

---

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

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

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

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

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

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

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

У 2004 році Американським інститутом права та УНІДРУА були затверджені розроблені спільно Принципи транснаціональних цивільних процесів, які були спрямовані на гармонізацію основ судового розгляду цивільних та комерційних справ і передбачали можливість їх застосування також для організації арбітражних процедур[117]. Принципи містять прийнятні для різних правових систем підходи до доказування і водночас не обмежуються тільки ними. Наприклад, певна увага приділена питанню ухвалення рішення в умовах, коли відповідач не бере участі у розгляді.

Віхою у виробленні уніфікованих підходів до встановлення (доказування) змісту права, що підлягає застосуванню при вирішенні спорів, стали Рекомендації Асоціації міжнародного права щодо встановлення змісту права, що підлягає застосуванню у міжнародному комерційному арбітражі, ухвалені на 73-й конференції Асоціації у 2008 році[118]. Цей документ широко використовується арбітрами при визначенні своєї ролі у встановленні змісту права.

Загалом на жодному з описаних вище рівнів регулювання міжнародного комерційного арбітражу процес уніфікації не слід вважати завершеним. Триває розробка міжнародних актів, які б врегулювали процесуальні аспекти діяльності арбітражу, в тому числі доказування. Уніфікація національного законодавства, взагалі, є постійним процесом. Країни створюють законодавство про арбітраж або змінюють його, в тому числі, з урахуванням Типового закону ЮНСІТРАЛ, який також зазнав змін у 2006 році. На рівні арбітражних регламентів і спеціальних настанов з доказування процес уніфікації знаходиться в надзвичайно активному стані. Протягом 2008–2015 років провідні арбітражні установи переглянули свої регламенти (нова редакція регламенту ICDR набула чинності 1 червня 2014 року, CIArb переглянув свій регламент у 2015 році), а Правила IBA були затверджені у новій редакції.

---

[117] 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.

[118] 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 доступу: http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/7FC8F94B-BE34-4634-AA5DE5128B097B4A

Арбітражні інституції та установи, які адмініструють міжнародний комерційний арбітраж, видали настанови та інші акти рекомендаційного характеру, спрямовані на уніфікацію практики вирішення окремих питань доказування. Особлива активність у цьому напрямку спостерігається в арбітражних системах загального права і багато в чому зумовлена двома чинниками: необхідністю обмежити проникнення властивих національним судовим процесам цих країн підходів, які є явно обтяжливими для сучасного міжнародного комерційного арбітражу, а також необхідністю визначитися з новими викликами, які постали в арбітражній практиці, зокрема, тими, що пов'язані з використанням електронних доказів.

Питання доказування у міжнародному комерційному арбітражі, в тому числі правила визначення предмету доказування, кола фактів, які не підлягають доказуванню, вимоги належності, допустимості доказів, порядок збирання, дослідження та оцінювання доказів тощо, регулюються національними законами про арбітраж, а також регламентами арбітражних установ. Однак, як відзначає С. В. Ніколюкін, питання доказування та доказів формулюються досить фрагментарно. Він вважає їх прогалинами нормативного регулювання доказування в арбітражному розгляді, які заповнюються у міжнародних документах рекомендаційного характеру, зокрема, у Коментарях ЮНСІТРАЛ з організації арбітражного розгляду[119]. На думку практиків міжнародного арбітражу, існує нагальна потреба не тільки в рекомендаціях, якими є Правила IBA та інші настанови, а в обов'язкових для застосування правилах та нормах при збереженні гнучкості процедури[120].

Питання щодо того, чи можна вважати прогалинами у нормативному регулюванні те, що більшість аспектів доказування у міжнародному комерційному арбітражі врегульовані на рівні загальних засад, є спірним. Значна частина науковців та практиків міжнародного комерційного арбітражу схильна вважати існуючий рівень нор-

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

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

мативної деталізації виправданим і навіть таким, що сприяє меншій формалізації арбітражу. Окремі дослідники взагалі розглядають встановлення детальних правил дослідження доказів та правил подання документів сторонами як прояв тенденції до юридикалізації, тобто посилення процедурного компоненту в арбітражі, що оцінюється ними як однозначно негативне явище[121]. Будь-яке введення додаткового регулювання, конкретизація, деталізація окремих питань, а іноді й надання рекомендацій може сприйматися неоднозначно і, навіть, як певне обмеження дискреції арбітрів та гнучкості арбітражних процедур. Так, як зазначає В. Камерер, після видання Коментарів з організації арбітражного розгляду ЮНСІТРАЛ, покликаних заповнити певні процедурні прогалини арбітражного регламенту, дослідники піддали їх суворій критиці за обмеження традиційної гнучкості арбітражного розгляду. Спроби ввести додаткове регулювання, конкретизацію до арбітражних регламентів можуть викликати ще більший спротив[122].

На нашу думку, надання рекомендацій не слід розглядати як спробу таких обмежень, оскільки сторони часто можуть встановити спеціальні правила, які матимуть вирішальне значення для організації процесу. Розроблені провідними арбітражними центрами настанови не мають характеру обов'язкових до застосування правил. Вони скоріше є результатами узагальнення практики вирішення арбітражем окремих питань доказування і спрямовані не на звуження повноважень арбітрів чи автономії сторін, а на пропонування їм дієвих альтернатив у вирішенні складних процесуальних проблем. З огляду на складність питань доказування у міжнародному комерційному арбітражі певна уніфікація у цій сфері необхідна, оскільки поряд з широкими повноваженнями арбітрів у питаннях доказів та доказування, існує потреба у передбачуваності цієї діяльності. Ч. Брауер у зв'язку з цим висловив сподівання, що, подібно до того, як був розроблений масив *lex mercatoria*, покликаний бути орієнтиром у визнаних засадах міжнародної комерції, так само поступово буде сформоване *lex*

---

[121] *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.

[122] *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.

evidentia як зведення визнаних принципів подання доказів сторонами та їх оцінювання міжнародними трибуналами[123].

1.5. Підсумки до глави 1

Доказування в міжнародному комерційному арбітражі включає у себе діяльність всіх учасників арбітражного розгляду з встановлення обставин, які мають значення для вирішення спору. При цьому метою доказування у міжнародному комерційному арбітражі є лише встановлення обставин, необхідних для вирішення спору, що не тотожне повному та всебічному з'ясуванню об'єктивних обставин справи.

Про досягнення мети доказування у конкретній справі свідчить виконання стандарту доказування, який є рівнем ймовірності, до якого обставини повинні бути підтверджені доказами, щоб вони могли вважатися дійсними. Стандарт доказування може бути встановлений у праві, яким керується арбітражний суд в процесі доказування, у праві, що підлягає застосуванню, а також в угоді сторін. Найбільш широко застосовуваним у міжнародному комерційному арбітражі стандартом доказування є стандарт балансу ймовірностей, який вважається виконаним, якщо з урахуванням наданих доказів більш ймовірним видається існування певної обставини, ніж протилежне. Застосування у переважній більшості випадків стандарту балансу ймовірностей видається обґрунтованим, зважаючи на принципи змагальності та однакового ставлення до сторін, які значною мірою стримують власні ініціативи арбітрів у з'ясуванні обставин справи та ставлять їх в умови, коли вони покладаються на аргументи сторін.

Правовий масив, яким регулюється доказування в міжнародному комерційному арбітражі, складають норми процесуального права арбітражу, а також окремі норми права, що підлягає застосуванню до суті спору, та норми права, що має найтісніший зв'язок з доказами. Правила доказування застосовуються з урахуванням угоди сторін, окрім випадків, коли виконання угоди призведе до порушення

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

публічного порядку. Процесуальне право, яким керуються національні суди, не регулює діяльність з доказування в арбітражі, окрім випадків, коли арбітражний суд вирішив керуватися його нормами, сторони домовились про його застосування або правом передбачено його обов'язковість. Арбітражний суд повинен *ex officio* дотримуватись принципів, які складають транснаціональний публічний порядок у міжнародному комерційному арбітражі, і не може безпідставно не враховувати обов'язкові норми країн можливого виконання рішення, якщо про їх зміст йому відомо, що, однак, не створює обов'язку арбітражного суду самостійно встановлювати зміст таких норм.

У правовому регулюванні та практиці доказування у міжнародному комерційному арбітражі відбуваються процеси уніфікації, які простежуються на чотирьох більш-менш чітко окреслених рівнях і у відповідних цим рівням напрямах:

- на рівні міжнародних договорів відбулось закладення принципів, які визначають діяльність з доказування і дотримання яких є вирішальним для чинності арбітражного рішення, можливості його визнання та виконання;
- на рівні національного законодавства відбувається врегулювання діяльності арбітражу на основі або з урахуванням Типового закону ЮНСІТРАЛ, а також внесення до законодавства, яке було розроблене без врахування Типового закону, змін, які наближають регулювання до визнаних стандартів. На цьому рівні відбувається зближення підходів до вирішення найбільш загальних процедурних питань, зокрема визнання широких повноважень арбітрів у вирішенні питань доказування та встановлення механізмів сприяння арбітражу в одержання доказів з боку держави;
- на рівні арбітражних регламентів спостерігається деталізація утвердженого у національному законодавстві підходу до наділення арбітрів найширшими повноваженнями у вирішенні всіх питань доказування, а також закріплення основних засад покладення тягаря доказування;
- на рівні спеціальних рекомендацій відбувається уніфікація практики доказування, напрацьованої під впливом різних правових систем.

Глава 2

ПРЕДМЕТ ДОКАЗУВАННЯ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ

2.1. Поняття та обсяг предмету доказування в арбітражних процесах

2.2. Обставини, які не потребують доказування у міжнародному комерційному арбітражі

2.3. Значення прецеденту у доказуванні матеріального права та формуванні усталеної практики вирішення процесуальних питань доказування

2.4. Підсумки до глави 2

2.1. Поняття та обсяг предмету доказування в арбітражних процесах

Міжнародні правові акти та національне законодавство про міжнародний комерційний арбітраж, а також регламенти провідних арбітражних установ світу, як правило, не містять спеціальних правил визначення предмету доказування. Винятком є Арбітражний регламент Міжнародної торгової палати, стаття 23 якого передбачає викладення в акті про повноваження складу арбітражного суду кола питань, які підлягають встановленню в ході розгляду справи[124]. Відповідь на питання про те, що саме підлягає доказуванню в процесі арбітражного розгляду, щоразу різна, і відмінності ці часто є принциповими, а не лише пов'язані з деталями конкретної справи.

Термін «предмет доказування» (*thema probandum*) використовується переважно у доктрині процесуального права та судовій практиці країн романо-германської правової системи. Це поняття досить ґрунтовно опрацьоване в контексті судового доказування у вітчизняній правовій науці, а також у працях російських вчених.

С. Я. Фурса та Т. В. Цюра розуміють предмет доказування досить широко, вказуючи, що він будується на обставинах, які підлягають встановленню[125]. А. А. Власов вважає, що предмет доказування в контексті цивільного процесу являє собою сукупність юридичних фактів (матеріально-правового та процесуального характеру), які підлягають встановленню суб'єктами доказування в інтересах правильного вирішення справ[126]. На думку М. К. Треушнікова, традиційною є точка зору, за якою предметом доказування є

---

[124] International Chamber of Commerce Arbitration Rules, in force as from January 1, 2012. — Режим доступу : http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/

[125] *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.

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

тільки юридичні факти підстав позову і заперечень проти нього, на які вказує норма матеріального права, що підлягає застосуванню[127]. Він виділяє два джерела формування предмету доказування в контексті цивільної справи позовного провадження: підстава позову та заперечення проти позову; гіпотеза та диспозиція норми або низки норм матеріального права, які підлягають застосуванню. При цьому він вважає, що до предмету доказування належать всі факти, які мають юридичне значення, навіть якщо позивач та відповідач на них не посилаються. Тому, на думку М. К. Треушнікова, виваженою є точка зору, що предмет доказування визначається судом на основі норми матеріального права, яка підлягає застосуванню. При цьому дослідник звертає увагу на те, що на початкових етапах доказування норма або норми матеріального права визначаються на підставі тверджень сторін. В результаті тверджень сторін визначається обсяг фактичного матеріалу, який підлягає встановленню судом. В кінцевому підсумку юридична кваліфікація відносин сторін складає обов'язок суду[128]. Ще більш широку доктринальну позицію відстоює Т. В. Цюра, яка зазначає, що, незважаючи на обов'язок сторін довести ті обставини, на які вони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень, суд має визначати предмет доказування у конкретній справі з урахуванням не тільки її матеріальних, а й процесуальних аспектів[129].

Попри відмінності у формулюваннях поняття предмету доказування дослідники переважно сходяться на думці, що предмет доказування в кінцевому випадку об'єднує юридичні факти і визначається нормою матеріального права, яка підлягає застосуванню. Такий підхід, однак, не може бути механічно перенесений у теорію доказування у міжнародному комерційному арбітражі. Поряд з тим, що належність юридичних фактів матеріально-правового та процесуального характеру (фактичних обставин справи або питань факту) до пред-

---

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

[128] Там само. — С. 12–13.

[129] *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.

мету доказування в арбітражі визнана науковцями[130] і не викликає дискусій, стверджувати, що предмет доказування обмежується тільки цими питаннями, навряд чи можна.

Серед дослідників та практиків міжнародного комерційного арбітражу відсутня згода щодо того, чи належить власне норма матеріального права, яка підлягає застосуванню, до предмету доказування і чи розглядається матеріальне право у міжнародному комерційному арбітражі як питання права чи питання факту. При цьому досить часто пошук відповіді на це запитання розцінюється дослідниками як безперспективний з огляду на відмінності, які закладені в концептуальних підходах до доказування у різних правових системах і не можуть бути вирішені на науковому рівні.

У правозастосовчій практиці прийнято виділяти два підходи до встановлення судом змісту іноземного права. В одних країнах (більшість країн континентальної Європи та Південної Америки) іноземне право розглядають саме як правову категорію, в той час як в інших країнах (США та країни загального права) вважають, що іноземне право є питанням факту[131]. Дослідники сходяться у думці, що Україна доктринально і практично належить до першої групи країн[132].

Арбітражна практика в країнах англо-американської правової системи також тяжіє до того, аби розглядати встановлення змісту матеріального права як питання факту, а для романо-германської системи властивий підхід до цього питання як до питання права, що в окремих країнах проявляється навіть у визнанні обов'язку арбітражного суду встановлювати зміст матеріального права *ex officio*. В останньому випадку мова йде про поширення на арбітражну практику принципу «*iura novit curia*» («суд знає право»), який, за висловом К. Хобера, невідомий англо-американській правовій системі і у загальних рисах зводиться до того, що сторонам немає потреби вести спір стосовно закону, оскільки суддя у будь-якому випадку є вищим

---

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

[131] Канашевский *В. А.* Международное частное право : Учебник / Канашевский В. А. — 2-е изд., доп. — М. : Междунар. отношения, 2009. — С. 127.

[132] Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар Закону / За ред. д.ю.н., проф. А. Довгерта. — Х. : ТОВ «Одісей», 2008. — С. 77

служителем закону. Іншими словами, контроль сторін за веденням процесу не поширюється на закон, який підлягає застосуванню[133].

Принцип «*iura novit curia*» застосовується у діяльності національних судів переважно у країнах романо-германської правової системи. Найбільш кристалізований вияв, на думку Ф. Ландольта, він має у праві Німеччини, Цивільний процесуальний кодекс якої вимагає розглядати також іноземне право як право, а не факт[134]. У праві України цей принцип знаходить свій вияв у закріпленому у статті 214 Цивільного процесуального кодексу України обов'язку суду самостійно вирішувати питання застосування норми права[135], у відсутності обов'язку сторони обґрунтовувати свої вимоги або заперечення посиланням на норми права, а також в тому, що відповідно до статті 8 Закону України «Про міжнародне приватне право» обов'язок встановлення змісту норм права іноземної держави при необхідності його застосування покладено на суд[136].

Проте для поширення цього принципу на міжнародний комерційний арбітраж немає підстав, адже процесуальне право, яким керуються національні суди, не є обов'язковим для арбітражного суду, оскільки не складає частину права, яким керується арбітражний суд (*lex arbitri*). В самому ж *lex arbitri* зазначений принцип майже ніколи не знаходить відображення, окрім нечисленних винятків. Одним з таких є швейцарське законодавство про міжнародний арбітраж, яке покладає обов'язок встановлення змісту права на арбітрів. Якщо точніше, то такий підхід був також закріплений у судовій практиці — у 2001 році Федеральний суд Швейцарії ухвалив рішення, в якому визнав, що на арбітрів поширюється обов'язок застосовувати право *ex officio*[137].

---

[133] *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.

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

[135] Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. // Офіційний вісник України. — 2004. — № 16 (07.05.2004). — Ст. 1088.

[136] Про міжнародне приватне право: Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 32. — Ст. 422.

[137] 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 доступу: http://www.bger.ch/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm

В українській судовій практиці також мали місце випадки, коли суд фактично визнавав обов'язок арбітрів застосовувати матеріальне право *ex officio*. У 2012 році Шевченківський районний суд м. Києва, скасовуючи рішення МКАС при ТПП України від 04 червня 2007 року, ухвалене у справі АС № 80у/2007, вказав у своєму рішенні, що «арбітром не була досліджена правомірність укладення мирової угоди, сама процедура укладання мирової угоди, її наслідки та способи реалізації за чинним законодавством Швейцарії» і в цілому, що «[…] при постановленні рішення від 04 червня 2007 року МКАС при ТПП України […] не встановив право, яким регулюються вказані правовідносини […]»[138]. Такі судові рішення, однак, не призвели до формування усталеної судової практики, тому не розцінюються як свідчення укоріненя в Україні певного підходу. Крім того, з цього питання є й цілком обґрунтовані рішення. Наприклад, Апеляційний суд м. Києва в ухвалі від 27 червня 2013 року у справі № 22-ц/796/8659/2013 вказав на те, що «якщо сторона, що виступає проти постановленого арбітражного рішення, вважає, що арбітри припустилися помилки у застосуванні закону, застосували неправильний закон чи неправильно оцінили фактичні обставини справи, то суд, що розглядає клопотання, не вправі вивчати такі доводи, тому що це буде спробою перегляду арбітражного рішення по суті, що не допускається Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та Нью-Йоркською Конвенцією 1958 року «Про визнання і приведення до виконання іноземних арбітражних рішень»[139].

В цілому ж, за деякими винятками, серед яких право Німеччини та Італії (а також у гібридній формі — Швейцарії), принцип «*iura novit curia*» застосовується для покладення на суддів обов'язку знати та застосовувати право тільки власної юрисдикції, власного форуму[140]. Арбітри у міжнародному комерційному арбітражі, натомість,

---

[138] Ухвала Шевченківського районного суду м. Києва від 06 вересня 2012 року у справі № 2610/12586/2012. — Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/26292639.

[139] Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 27 червня 2013 року у справі № 22-ц/796/8659/2013. — Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32144843.

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

не мають форуму[141], вони покликані застосовувати норми права різних правових систем.

На думку Е. Гайяра, Б. Гольдмана та Дж. Саважа, оскільки арбітражний суд не має форуму як такого, він повинен розглядати будь-яке право як іноземне право, зміст якого повинен бути встановлений аналогічно тому, як встановлюють факт. Дослідники переконані, що концепція іноземного права як факту сприйнята у значній мірі як в англо-американських, так і в романо-германських правових системах, і її слід застосовувати у міжнародній арбітражній практиці[142].

Дещо іншу точку зору має Ф. Ландольт, який визнає, що в теорії та практиці доказування у міжнародному комерційному арбітражі застосовується поділ доказів на докази фактів (*evidence of the facts*) та докази права (*evidence of the law*), однак зауважує, що використання поняття «доказ права» не передбачає, що арбітри у питанні встановлення змісту права повинні використовувати ті ж методи, які застосовуються до встановлення фактів[143].

На думку Г. Кауфман-Колер, підхід до права як до факту у чистому вигляді не може бути застосований в арбітражі. Для обґрунтування цієї точки зору вона вважає за доцільне відштовхуватися від персони арбітра і наводить при цьому приклад: навряд чи швейцарський арбітр, який є професором у галузі договірного права, повинен прийняти як авторитетний доказ юридичний висновок свого колеги, в якому той вказує, яким чином повинен бути розтлумачений договір. Водночас Г. Кауфман-Колер вважає, що у класичному розумінні принцип «*iura novit curia*» також не може бути застосований у міжнародному арбітражі. При цьому вона виходить не з суто юридичних підстав, а з властивостей транснаціонального правового середовища, до якого залучені учасники з різних правових культур. Також важливою підставою для неприйняття цього принципу в арбітражі, на її думку, є

---

[141] *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.

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

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

потенційна складність в одержанні доступу до права, що підлягає застосуванню (через мовні бар'єри, недоступність джерел та проблеми з встановленням їх достовірності). Разом з тим Г. Кауфман-Колер у підсумку стверджує, що у певному обмеженому вигляді, але все ж у міжнародному комерційному арбітражі знаходить застосування принцип, який вона називає «*iura novit arbiter*» і який передбачає право, проте не обов'язок арбітражного суду здійснювати власні дослідження з метою встановлення змісту норми права, що підлягає застосуванню[144].

Можна погодитись з позицією Г. Кауфман-Колер стосовно того, що принцип «*iura novit curia*» не повинен застосовуватись у міжнародному комерційному арбітражі, а також що підхід до матеріального права як до факту також не цілком виправданий. Водночас те, що матеріальне право не слід розглядати як факт у класичному розумінні, не означає, що норма матеріального права в міжнародному арбітражі не є елементом предмету доказування. При цьому, для обґрунтування статусу норми права вважаємо за необхідне звернутися, перш за все, до правових аргументів. Суто практичні фактори, на які посилається Г. Кауфман-Колер (мовні бар'єри, недоступність джерел та інші), звичайно, важливі, однак навряд чи можуть бути визнані підставою для наукових висновків про статус норми матеріального права в міжнародному комерційному арбітражі.

Звичайно, не може бути прийнята як достатнє підтвердження тези про те, що питання права і питання факту не тотожні у доказуванні, лише та обставина, що законодавство про арбітраж у досліджених правових системах не містить норм, які б зобов'язували розглядати матеріальне право як факт, що підлягає доказуванню сторонами. Хоча Англійський закон про арбітраж 1996 року (стаття 34(2)(g)) об'єднує в рамках одного типу повноважень арбітражного суду встановлення факту і права[145], тим самим до певної міри визнаючи схожість статусу питань права і питань факту в арбітражі, це не дає підстав говорити про тотожність цих питань.

В правових системах цивільного та загального права майже відсутні спори щодо того, чи є необхідним доказування існування

---

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

[145] Arbitration Act 1996.

та застосування звичаю, який є питанням права. Підтверджується це також арбітражною практикою. Так, у справі 2007 року арбітражний суд, який розглянув справу за регламентом ICDR, поклав тягар доказування існування торгового звичаю на сторону, яка посилалась на такий звичай[146]. Такий підхід є визнаним не тільки в арбітражних системах, які тяжіють до правової традиції загального права. Так, у питанні застосування торгових звичаїв, які є питанням права, а не факту, як зазначає Д. Саідов, МКАС при ТПП РФ має усталену практику у справах з договорів купівлі-продажу за Конвенцією ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів. Відповідно до цієї практики існування та можливість застосування звичаю повинна бути доведена стороною, яка на нього посилається[147]. При цьому ми звичайно ж погоджуємося з тим, що звичай не є правом у вузькому розумінні[148].

Варто також визнати, що властивості доказів факту цілком можуть бути застосовані до доказів права, як і критерії оцінювання. Методологічні підходи у доказуванні питань права та факту також схожі (за винятком того, що у встановленні змісту права арбітр, як визнано практиками, може брати більш активну самостійну участь без шкоди для безсторонності процесу[149]). Суто мовна відмінність, яка полягає у тому, що у вітчизняній та іноземній правовій науці замість терміну «доказування права» (*proving the law*) частіше вживається термін «встановлення права» (*ascertaining the law*), не змінює змісту діяльності учасників процесу доказування. Істотна відмінність у доказуванні (встановленні) факту та права полягає, на нашу думку, у наслідках такого доказування. У випадку неодержання достатніх доказів факту арбітражний суд в кінцевому випадку може визнати обставину недоведеною. Якщо ж арбітражний суд не одержав доказів права, застосування таких наслідків не видається мож-

---

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

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

[148] *Goode R.* The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration / Roy Goode // Arbitration International. — 2001. — Vol. 17. — No 1. — p. 29.

[149] *Moss, Giuditta Cordero.* International Arbitration and the Quest for the Applicable Law. — Global Jurist. — 2008. — Volume 8, Issue 3. — Article 2. — p. 23.

ливим. Типовий закон ЮНСІТРАЛ[150], національне законодавство України та країн, які взяли за основу Типовий закон ЮНСІТРАЛ, встановлюють вимогу, аби спір було вирішено арбітражним судом згідно з такими нормами права, які сторони обрали як такі, що застосовуються до суті спору (частина 1 статті 28 Типового закону ЮНСІТРАЛ, частина 1 статті 28 Закону «Про міжнародний комерційний арбітраж»[151], стаття 1511 Книги IV Цивільного процесуального кодексу Франції[152] та інші). Проте, у середовищі науковців і практиків арбітражу вже протягом тривалого часу досягнуто майже одностайної думки, що поняття «норми права» (*rules of law*) у зазначеному вище контексті є ширшим, ніж поняття «право» (*the law*), і його слід тлумачити як таке, що включає не тільки норми системи права певної держави, а й торгові звичаї, правила ділових асоціацій, кодекси поведінки, загальні принципи права, *lex mercatoria* і, за твердженням окремих дослідників, навіть визнану практику міжнародних арбітражів[153]. Поряд з вимогою вирішити спір на основі обраної норми Типовий закон ЮНСІТРАЛ та створене на його засадах національне законодавство містять більш сувору вимогу, аби арбітражне рішення було ухвалене у будь-якому випадку згідно з умовами угоди та з урахуванням торгових звичаїв, що стосуються такої угоди (частина 4 статті 28 Типового закону ЮНСІТРАЛ). Таким чином, на арбітрів все ж покладається обов'язок із застосування певного нормативного масиву. Водночас такий обов'язок не рівноцінний застосуванню принципу «*iura novit curia*». Достатньо обґрунтованою в науці є позиція, що базові принципи договірного права (принципи обов'язковості виконання договору, добросовісності тощо) є

---

[150] Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, 1985 год, с изменениями, принятыми в 2006 году. — Режим доступу : http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf

[151] Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 25. — Ст. 198.

[152] Code of Civil Procedure of France, Book IV (redrafted by Decree No. 2011-48 of 13 January 2011, reforming the law governing arbitration. — Режим доступу : http://www.parisarbitration.com/French-Law-on-Arbitration.pdf

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

складовою торгових звичаїв і є засадничими також для арбітражу[154]. Тому, якщо сторони не встановили зміст норм, які підлягають застосуванню, обов'язок арбітражного суду враховувати торгові звичаї і тим самим застосовувати норму, на підставі якої може бути вирішено спір, є виконаним, якщо арбітражний суд керується згаданими вище принципами. При цьому ухвалене у такий спосіб арбітражне рішення не слід розцінювати як результат вирішення арбітражним судом справи *ex aequo et bono*, або як «дружній посередник», адже в останньому випадку має місце вирішення справи на загальних засадах справедливості, як її розуміють арбітри. Таким чином, ситуація, у якій сторони не вказують на національне право та не надають доказів, які дозволяють встановити зміст норми права, не створює для арбітражного суду обов'язку самостійно звернутися до певної національної правової системи. У випадку ж якщо сторони домовились про застосування певного права, однак арбітражний суд не одержав доказів, які дозволяють встановити зміст норм, що підлягають застосуванню, виправдано в арбітражній практиці виходити з презумпції того, що зазначене національне право визнає торгові звичаї, які має намір застосувати арбітражний суд. Вирішення справи у такий спосіб направлене на зменшення ризику скасування арбітражного рішення або відмови у його визнанні та виконанні з підстав порушення арбітражним судом процедури, встановленої угодою сторін. Висновок арбітражного суду про можливість застосування цих звичаїв або інших норм, а також у необхідних випадках презумпція визнання цих звичаїв у національному праві, є свого роду доказом права *prima facie*, який має у своєму розпорядженні арбітражний суд. Фактичне покладення на нього обов'язку використати цей доказ не означає, що право таким чином вилучається з предмету доказування. Навпаки, це скоріше уподібнює доказування права доказуванню факту, адже такий доказ *prima facie* може бути спростований стороною, яка надасть інші докази права. Якби норма до предмету доказування не належала, будь-яка нова інформація про те, які норми слід застосувати та як їх слід тлумачити, не впливала б на висновки арбітражного суду у питаннях права.

[154] *Güçer, Sülün.* Lex Mercatoria in International Arbitration // Ankarabarreview. — 2009/1. — pp. 35–36.

Такі висновки повною мірою узгоджуються з позицією науковців та практиків міжнародного комерційного арбітражу, які були викладені у затверджених у 2008 році Асоціацією міжнародного права Рекомендаціях з встановлення змісту права, що підлягає застосуванню у міжнародному комерційному арбітражі. Рекомендації містять положення про те, що за загальним правилом, інформацію про зміст права, яке підлягає застосуванню, арбітри повинні одержувати від сторін[155].

Крім того, такий підхід підтверджується також практикою арбітражних установ, у яких переважає вплив континентальної правової традиції. Так, МКАС при ТПП РФ у рішенні від 12 листопада 2003 року у справі № 226/2001 вказав на те, що він керувався положенням контракту про заборону передання прав та обов'язків третім особам, а позивач не довів правомірність цесії в силу яких-небудь імперативних норм права, яке підлягало застосуванню до цих правовідносин[156].

Деякі дослідники навіть вказують на те, що звичайною у міжнародному комерційному арбітражі є практика, коли арбітри намагаються вирішити спір на підставі положень контракту. Якщо положення контракту є достатніми для розгляду справи і вони не суперечать приписам відповідних імперативних норм, арбітри зазвичай не звертаються до національного матеріального права. Такий висновок, зокрема, робить В. А. Канашевський на основі прикладу із практики арбітражу ICC: у рішенні 1977 року у справі № 1990 арбітри відзначили: «До тих пір, поки спірні питання регулюються сторонами в контракті і це контрактне регулювання не суперечить імперативним нормам національного права сторін контракту, допустимим є розгляд цих спірних питань на основі контракту […] без попереднього вирішення питання про право, що підлягає застосуванню»[157].

---

[155] 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 доступу : http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/7FC8F94B-BE34-4634-AA5DE5128B097B4A

[156] *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.

[157] *Канашевский В. А.* Методы установления применимого права в практике международного коммерческого арбитража / В. А. Канашевский // Журнал российского права. — 2007. — № 5. — С. 114.

Опосередкованим підтвердженням існування підстав для висновку про відсутність у арбітражного суду обов'язку самостійно встановлювати зміст права, а отже про належність питання права до предмету доказування, можна вважати також наслідки, настання яких можливе у випадку незастосування або неправильного застосування права. Загальновизнаним є підхід, відповідно до якого підставою для скасування арбітражного рішення чи відмови у його визнанні та виконанні не може бути неправильне, на думку компетентного суду, застосування арбітражним судом матеріального права. Прикладом такого підходу є висновок, який зробив у своєму рішенні від 13 листопада 1998 року Верховний Суд Швейцарії, зазначивши, що «[…] очевидна помилкова інтерпретація фактів, оцінювання доказів або навіть застосування права не є достатніми самі по собі підставами для скасування арбітражного рішення»[158], що свідчить про те, що навіть у країні, яку науковці розглядають як приклад правової системи, в якій *iura novit curia* поширене на міжнародний комерційний арбітраж, цей принцип не застосовується у його класичному розумінні, яке передбачає необхідність саме правильного застосування права юрисдикційним органом.

З цього підходу у світовій практиці склалися лише рідкісні винятки. Яскравим прикладом такого винятку є сформована у США доктрина очевидної зневаги до права («*manifest disregard of the law doctrine*»). Закріплена у судових рішеннях, а не у федеральному законодавстві про арбітраж, ця доктрина розглядається юристами як додаткова підстава для скасування або відмови у примусовому виконанні рішень, ухвалених арбітражними судами з місцем у США, в тому числі у міжнародному арбітражі. У 1953 році Верховний Суд США у своєму рішенні вказав на те, що «тлумачення закону арбітрами не є предметом перегляду федеральними судами з підстав помилок при такому тлумаченні на противагу явної зневаги закону»[159]. Дослідники, спираючись на практику застосування цієї доктрини,

[158] *Conde e Silva, Gui 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.

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

дійшли висновку, що вона стосується тих випадків, коли має місце більше ніж помилка або неправильне розуміння права[160]. Більш конкретне визначення суті доктрини зводиться до того, що у випадку явної зневаги до права арбітр знає право, проте навмисне ігнорує його (відмовляється застосовувати)[161]. Ця доктрина є окремим випадком підтвердження існування презумпції незнання арбітром права, яке підлягає застосуванню, адже доктрина вимагає довести, що арбітру був відомий зміст норми, тобто вказує на неможливість застосування в арбітражі принципу «*iura novit curia*», який передбачає презумпцію знання права.

Таким чином, у міжнародному комерційному арбітражі норма матеріального права, що підлягає застосуванню, може розглядатися як така, знання і обов'язок застосування якої арбітражним судом не презюмується, тобто є складовою предмету доказування. Якщо арбітражний розгляд здійснюється під впливом правової традиції загального права, такий підхід взагалі не викликає сумнівів. Все більшою мірою простежується тенденція до прийняття такого підходу і в арбітражних системах континентальної правової традиції. Підтвердження того, що *iura novit curia* не застосовується в міжнародному комерційному арбітражі, знаходимо також в арбітражній практиці. Так, МКАС при ТПП РФ у своєму рішенні від 28 жовтня 2003 року у справі № 47/2003, вказав на те, що оскільки позивач не довів набрання чинності для України міжнародного договору, на який він посилається, положення цього договору не були застосовані арбітражним судом[162]. Таким чином, як видно, арбітражний суд поклав на сторону обов'язок з доказування питання права. В іншій справі у рішенні від 13 травня 2004 року у справі № 16/2003 арбітражний суд МКАС при ТПП РФ вказав на те, що відповідач не надав докази того, що гарантійний строк щодо певного об'єкта встановлено законом[163].

---

[160] *Gronlund, Ann 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. — Iowa Law Review. — Vol. 96, 2011. — p. 1359.

[161] *LeRoy, Michael H.* Are Arbitrators Above The Law? The «Manifest Disregard Of The Law» Standard. — Boston College Law Review. — 2011. — Vol. 52. — p. 138.

[162] *Розенберг М.* Обзор практики разрешения споров в Международном коммерческом арбитражном суде при ТПП РФ / М. Розенберг // Хозяйство и право. — 2004. — № 8. — С. 95.

[163] Там само. — С. 99.

Не створює протиріччя з викладеною тезою про належність норми права до предмету доказування також та обставина, що національне законодавство про арбітраж багатьох країн, а також значна кількість відомих арбітражних регламентів не вимагають від позивача вказувати у заяві про арбітраж або позовній заяві конкретні норми права для обґрунтування позову. На нашу думку, тут відсутня аналогія з вимогами до позовної заяви у національних судових процесах. В українському цивільному процесуальному законодавстві відсутність вимоги вказувати у позовній заяві норми, які підлягають застосуванню, та встановлювати їх зміст є проявом дії принципу «*iura novit curia*». Натомість в міжнародному комерційному арбітражі така вимога про нормативне обґрунтування є зайвою, оскільки сторони можуть домовитись про вирішення арбітражним судом справи *ex aequo et bono*, або як «дружній посередник», тобто без необхідності встановлення змісту норм права. І навпаки, те, що у деяких арбітражних системах, зокрема і тих, які засновані на цивільно-правовій традиції, регламенти вимагають обґрунтування позову нормами права (наприклад, цього вимагає регламент МКАС при ТПП України), лише підтверджує, що для застосування *iura novit curia* недостатньо підстав навіть у міжнародному комерційному арбітражі у правових системах цивільного права.

Таким чином, у зв'язку з тим, що в міжнародному комерційному арбітражі матеріальне право також підлягає доказуванню, процес визначення предмету доказування має відмінності. Якщо у цивільному процесі країн континентальної системи права схематично цей процес поділяється на три стадії (надання сторонами своїх заяв та заперечень, з яких суд може зробити первинний висновок про характер відносин; обрання судом права, яке підлягає застосуванню до цих відносин; визначення кола обставин, з'ясування яких вимагають обрані судом норми права), у міжнародному комерційному арбітражі за відсутності у арбітражного суду обов'язку самостійно встановити зміст права, така стадійність чітко не простежується, оскільки стадії з'ясування фактів та встановлення права можуть багатократно повторюватись.

Бажаною видається ситуація, у якій сторони досягають згоди щодо предмету доказування, однак такої, що не встановлює суворі рамки для арбітражного суду. Прикладом оформлення такої згоди у

міжнародному комерційному арбітражі є акт про повноваження арбітра, складення якого передбачене в Арбітражному регламенті ICC і який, серед іншого, може містити перелік питань, які підлягають з'ясуванню для вирішення спору. Це також є ілюстрацією тези про те, що предмет доказування у міжнародному комерційному арбітражі визначають саме сторони і лише у випадку відсутності згоди між ними — арбітражний суд. Деякі установи, що адмініструють міжнародний комерційний арбітраж, навіть операціоналізували окреслення предмету доказування. Настанови з арбітражу за документами для міжнародного арбітражу[164], а також спеціально для арбітражу за Типовим законом ЮНСІТРАЛ 2011 року[165], розроблені Королівським інститутом арбітрів (CIArb), рекомендують арбітрам перед винесенням рішення переконатися, що вони розглянули всі питання, поставлені сторонами, а в складних справах — перевірити спільно зі сторонами, чи правильно визначені спірні питання та факти, які не оспорюються. При цьому, як йдеться у Настановах, арбітр не повинен давати можливості ставити під сумнів його висновки щодо спірних фактів.

На практиці ж, як відзначають дослідники, визначення переліку питань для з'ясування в акті про повноваження або іншим чином до початку розгляду суті справи завжди проблематичне, оскільки на момент підготовки акту ці питання не можуть бути визначені чітко. З іншого боку, у практиці міжнародного комерційного арбітражу поширеними є випадки, коли в процесі розгляду справи виникає потреба у з'ясуванні нових питань. Якщо перелік питань для з'ясування визначений на ранній стадії арбітражного розгляду у деталях, це може обмежити арбітражний суд у можливості з'ясування важливих обставин або навіть спрямувати його у напрямку, який призведе до помилкового рішення. Натомість, залишення поза з'ясуванням окремих питань, визначених в акті про повноваження, на думку М. Шнайдера, може стати підставою для скасування арбітражного рішення[166].

---

[164] CIArb Guidelines for Arbitrators regarding Documents-Only Arbitrations,Practice Guideline 5, 06 December 2011. — Режим доступу : http://www.ciarb.org/information-and-resources/Practice%20Guideline%205% 20international.pdf

[165] CIArb Guideline 5 to the UNCITRAL Model Law and Rules: Guideline for Arbitrators regarding Documents-Only Arbitration, 06 December 2011. — Режим доступу : http://www.ciarb.org/information-and-resources/Practice%20guideline%205%20uncitral.pdf

[166] *Schneider, Michael E.* The Terms of Reference // ICC Bulletin. — 1997. — November. — p. 28.

Таким чином, зважаючи на те, що окреслений на початковій стадії арбітражного розгляду предмет доказування в міжнародному комерційному арбітражі, навіть якщо він визначений за згодою сторін, доволі часто потребує змін протягом майже всього розгляду, згода сторін має позитивний вплив на правильне вирішення справи, якщо вона супроводжує весь арбітражний розгляд. Оскільки ж це скоріше теоретична можливість, у практичній діяльності арбітражних судів бажаною є ситуація, коли арбітражний суд зберігає певну свободу у визначенні предмету доказування.

М. Шнайдер, визнаючи користь для арбітражного суду у тому, що сторони можуть на початковій стадії арбітражного процесу надати перелік питань, які, на їх думку, підлягають встановленню (доказуванню), пропонує вносити до акту положення, відповідно до якого арбітри матимуть право доповнювати перелік питань, а також не зобов'язані розглянути та вирішити всі питання переліку, якщо на думку арбітражного суду, для ухвалення рішення у справі у цьому немає потреби[167].

Таким чином, предмет доказування в міжнародному комерційному арбітражі складають питання факту та питання права, встановлення яких за угодою сторін або за рішенням арбітражного суду є необхідним для вирішення спору.

2.2. Обставини, які не потребують доказування у міжнародному комерційному арбітражі

Не буде перебільшенням твердження, що практично всі сучасні системи міжнародного комерційного арбітражу мають однією зі своїх засад принцип змагальності. Відповідно, правило про те, що кожна сторона зобов'язана довести ті обставини, на які вона покладається як на підставу для своїх вимог або заперечень, є визнаним в арбітражі. Цей же принцип закріплений у національному процесуальному законодавстві, яке застосовується державними судами при розгляді цивільних та

[167] *Schneider, Michael E.* The Terms of Reference // ICC Bulletin. — 1997. — November. — p. 29.

комерційних справ, у багатьох правових системах світу. При цьому національне процесуальне законодавство встановлює певні групи обставин, які не підлягають або не потребують доказування. Натомість, відомі арбітражні регламенти, а так само національне законодавство про міжнародний комерційний арбітраж та чинні міжнародні договори у цій сфері таких чітких положень не містять. Розроблені авторитетними арбітражними установами та міжнародними юридичними спільнотами документи, які широко застосовуються в арбітражі як орієнтири для вирішення складних питань доказування, зокрема Правила ІВА, також не приділяють увагу цим питанням. Водночас очевидно, що арбітражний суд, реалізуючи свої повноваження у питаннях доказування, не може довільно покладати на сторону або знімати з неї тягар доказування певних обставин без шкоди для дотримання принципів справедливого розгляду.

В межах цього дослідження ми не здійснюємо аналіз відмінностей між поняттями «підстави звільнення від доказування», «обставини, які не підлягають доказуванню» та «обставини, які не потребують доказування». Ці поняття вживаються у правовій науці та закріплені у різних процесуальних галузях права і значною мірою стосуються одного правового явища. Відмінності між ними часто простежуються у більшій чи меншій обов'язковості для юрисдикційного органу та для сторін, можливості чи неможливості спростування обставин. Ми у цьому дослідженні використовуватимемо ці терміни як синоніми. При цьому, хоча термін «обставини» у юридичній науці розуміють як такий, що стосується питання факту, у міжнародному комерційному арбітражі підходи до звільнення від доказування або відсутності необхідності доказування стосуються також питань права, оскільки вони також належать до предмету доказування, як про це йшлося раніше.

Положення про те, що кожна сторона зобов'язана довести ті обставини, на які вона покладається як на підставу для своїх вимог або заперечень, є таким, що застосовується практично в усіх арбітражних системах, а єдиним винятком з нього, на думку А. Редферна та М. Хантера, є випадки, коли мова йде про відсутність потреби доводити очевидні або загальновідомі факти[168].

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

Водночас у вітчизняних та іноземних дослідженнях з теорії доказування серед обставин, які не підлягають або не потребують доказування, виділяють не тільки загальновідомі факти. Так, Р. В. Тертишніков вважає за можливе виділити факти, які є підставами звільнення від доказування, а значить, на його думку, підлягають виключенню їх судом із складу об'єкта доказування, під яким він розуміє власне предмет доказування. До таких фактів він відносить, перш за все, визнані факти, тобто такі факти, наявність яких зазначається одним з суб'єктів доказової діяльності та визнається іншими. Не потребують доказування, на його думку, також загальновідомі, преюдиціальні та презюмовані факти[169]. З таким твердженням важко погодитись. На нашу думку, слід виділяти певну групу фактів, які не потребують доказування. Однак, ці факти не підлягають виключенню з предмету доказування, оскільки предмет доказування складають всі обставини, з'ясування яких необхідно для вирішення справи. Предмет доказування, на нашу думку, залежить від змісту відносин, з яких виник спір, а не від властивостей окремих фактів. Більш виваженим видається підхід І. В. Решетнікової, яка відносить до фактів, які не підлягають доказуванню, загальновідомі, преюдиціальні та ті, що були визнані стороною[170]. При цьому на відміну від загальновідомих та преюдиціальних фактів, визнання факту розглядається нею як окремий випадок звільнення від доказування, оскільки суд на власний розсуд може і не прийняти визнання факту (наприклад, якщо є сумніви у тому, чи не було визнання зроблене з метою приховати дійсні обставини)[171].

Для міжнародного комерційного арбітражу характерними є особливості визнання певних обставин такими, що не потребують доказування. Перш за все такі особливості виявляються у значенні визнаних сторонами обставин, або відповідно до вживаної в арбітражній практиці термінології, «фактів, щодо яких відсутній спір»[172]. У

---

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

[170] 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.

[171] Там само. — С. 22.

[172] Див. Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Award of 5 June 1998 (Beijing Light Automobile Co. v. Connell). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/980605s5.html

цю категорію обставин, які не підлягають доказуванню, слід віднести також погоджені сторонами факти та факти, які сторона не заперечує. Хоча навіть в американських арбітражних системах запити про визнання (*requests for admissions*) — техніка, яка дозволяє стороні направити опоненту перелік тверджень щодо суті спору, з якими адресат може погодитись або ні, тим самим звузивши діапазон спірних обставин — не застосовується (навіть у міжнародному комерційному арбітражі у США, на що вказує стаття 6(b) Настанов ICDR арбітрам з обміну інформацією[173]), це не перешкоджає сторонам домовлятись про певні факти або визнавати їх.

Як зазначає Р. Тернер, арбітр не повинен запитувати у сторін докази або очікувати, що такі будуть надані, щодо фактів, існування яких сторони визнали або про існування яких домовились. Те ж стосується обставин, про існування яких одна сторона стверджує, а інша не заперечує. Водночас у такому випадку про відсутність спору, а отже, про відсутність потреби у доказуванні таких обставин, арбітр може зробити висновок за умови чіткого повідомлення стороні про стверджувану обставину та про тлумачення її мовчання як такого, що вказує на відсутність заперечень[174]. Ми лише додамо, що сторона має тим чи іншим чином погодитись на таке тлумачення. Це цілком відповідає меті доказування в міжнародному комерційному арбітражі, якою є вирішення спору, а не встановлення об'єктивної істини. З цих міркувань арбітражний суд повинен заохочувати досягнення угоди між сторонами. Така угода може стосуватися не тільки власне позовних вимог, а й будь-яких окремих спірних питань, які розглядаються в арбітражі. Окремі арбітражні регламенти навіть містять спеціальні положення з цього приводу. Наприклад, Арбітражний регламент Німецького інституту арбітражу (стаття 32.1) зобов'язує арбітрів заохочувати досягнення сторонами дружнього врегулювання спору або згоди щодо окремих спірних питань[175].

---

[173] ICDR Guidelines for Arbitrators Concerning Exchanges of Information, effective May 31, 2008. — Режим доступу : https://www.icdr.org/icdr/ShowPDF?doc=ADRSTG_002579

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

[175] German Institution of Arbitration Arbitration Rules,in force as of July 1, 1998. — Режим доступу : http://www.dis-arb.de/en/16/rules/dis-arbitration-rules-98-id10

Такий підхід може викликати критику, адже сторони можуть домовитись про існування обставини, якої не існує, і, якщо це відомо арбітру, він опиняється перед необхідністю виходити при вирішенні справи з суджень, які вважатиме хибними. Тут відсутнє протиріччя, натомість виявляється специфіка доказування у міжнародному комерційному арбітражі. Оскільки арбітражний розгляд не має на меті встановлення істини (тим паче проти волі всіх сторін), а лише вирішення спору на основі тих даних, які надані сторонами, арбітр повинен виходити з домовленості сторін, навіть якщо результатом такої домовленості є визнання сторонами обставин, які не відповідають уявленням арбітра. Таким чином, зважаючи на договірну природу повноважень арбітражного суду, в міжнародному комерційному арбітражі, на нашу думку, є неможливим таке неприйняття арбітражним судом визнання стороною певної обставини, яке, як зазначає І. В. Решетнікова, можливе у національному суді. Винятком може бути ситуація, коли прийняття арбітражним судом визнання сторонами певної обставини матиме наслідком порушення публічного порядку при ухваленні арбітражного рішення. Однак у такому випадку закономірним правовим виходом є складення арбітражним судом повноважень з розгляду спору, а не вирішення спору всупереч угоди сторін про визнання певних обставин, крім випадків, коли *lex arbitri* дозволяє арбітражному суду відійти від угоди сторін. Якщо ж прийняття арбітражним судом визнаних сторонами обставин не призводить до порушення публічного порядку, арбітражний суд повинен виходити з них, навіть якщо це суперечить уявленню арбітрів про дійсні обставини, яке при цьому не варто ототожнювати із загальною відомістю цих обставин.

Загальновідомі факти також не потребують доказування в міжнародному комерційному арбітражі. Це має місце, як справедливо зазначає А. Л. Лінне, в силу дії принципу «*lex non requirit verificari quod apparet curiae*» («не потребує доказування очевидне для суду»)[176]. Проте очевидністю для арбітражного суду певної обставини не вичерпуються критерії для визнання обставини загальновідомою.

На думку Р. В. Тертишнікова, загальновідомі факти не потребують доказування тому, що їх наявність очевидна і їх спростуван-

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

ня суперечить здоровому глузду. Але оскільки об'єктивних критеріїв загальної відомості встановити не можна, то такі факти загальновідомими визнаються судом[177]. Дещо відмінного підходу дотримується В. В. Нізовцев, який вважає, що загальновідомим факт може бути визнано лише у випадку виконання двох умов: об'єктивної — факт відомий широкому колу осіб; суб'єктивної — факт відомий суду[178]. Підтримуючи теоретичний підхід В. В. Нізовцева в цілому, вважаємо за необхідне вдатися до виділення істотної особливості визнання факту загальновідомим в арбітражі: одна із сторін повинна заявити про такий факт або погодитись з думкою арбітражного суду про загальну відомість.

На відміну від українського цивільного та господарського процесуального законодавства, яке надає суду повноваження самостійно визнавати окремі обставини загальновідомими без формальної необхідності заслуховувати думку сторін з цього приводу, у міжнародному комерційному арбітражі праву сторін викласти свої аргументи кореспондує обов'язок арбітражного суду одержати від сторін коментарі щодо наміру арбітражного суду розглядати певну обставину як загальновідому. В цьому сенсі арбітражний розгляд тяжіє до правової традиції країн загального права. Так, відповідно до Правила 201 Федеральних правил про докази США суд може за власною ініціативою або за заявою сторони визнати обставину загальновідомою. Проте така дія пов'язана з необхідністю надати сторонам можливість висловити коментарі з цього приводу[179].

Н. Омалі стверджує, що арбітражні трибунали історично застосовували два фундаментальні принципи у визначенні того, які факти можуть бути визнані такими, що не потребують доказування: факт повинен бути відомий сторонам у зв'язку із своєю загальновідомістю, а трибунал повинен мати змогу без труднощів ідентифікувати джерело інформації про такий факт; факт не повинен бути

---

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

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

[179] Federal Rules of Evidence (Enacted by Public Law No. 93-595, January 2, 1975; with amendments as of December 1, 2013). — Режим доступу : http://www.law.cornell.edu/rules/fre

суперечливим або неоднозначним у своєму змісті та повинен бути в достатній мірі зрозумілий[180]. На нашу думку, запропоновані Н. Омалі критерії є дещо складними у практичному застосуванні: арбітражному суду складно буде встановити відомість факту всім сторонам, оскільки одна із сторін це заперечуватиме (інакше факт набуде значення безспірного і потреби у визнанні його загальновідомим не буде); критерії ідентифікації джерела та однозначності змісту також викликають сумніви у практичному застосуванні. У зв'язку з цим вважаємо за необхідне виділити такі критерії:

– арбітражний суд повинен бути обізнаний щодо певного факту та повинен бути переконаний у його відомості широкому колу осіб;
– одна із сторін повинна заявити про такий факт або погодитись з думкою арбітражного суду про загальну відомість.

Отже, загальновідомість факту усуває потребу у його доказуванні у тому випадку, якщо одна зі сторін заперечує його існування. Якщо ж обидві сторони домовились про протилежне загальновідомому для цілей вирішення спору, то така домовленість, як було зазначено вище, є обов'язковою для арбітражного суду, якщо тільки це не суперечить публічному порядку. Це також узгоджується з тим, що, як буде детально викладено далі, рішення у міжнародному комерційному арбітражі не мають преюдиціального значення, тому встановлені обставини не впливають на інші відносини, окрім тих, які є предметом розгляду арбітражу у конкретній справі.

Дослідники, які тією чи іншою мірою торкались проблем преюдиції у міжнародному комерційному арбітражі, фокусувались переважно на тому, чи мають преюдиціальне значення для державного суду обставини, встановлені в арбітражному рішенні, і навпаки, чи є висновки державного суду обов'язковими для арбітражного суду. Водночас проблема преюдиціального значення висновків арбітражного суду в одній справі для вирішення іншої арбітражної справи також є актуальною на практиці. Так, МКАС при ТПП РФ у рішенні від 8 квітня 2005 року у справі № 113/2004 констатував, що фактичні обставини відносин сторін за договором позики були

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

досліджені МКАС під час розгляду справи № 13/2004 та визнані встановленими у рішенні від 30 липня 2004 року. Таким чином, арбітражний суд визнав преюдиціальне значення рішення арбітражу в іншій справі. Водночас, вказавши на це, арбітражний суд зазначив, що обидві сторони під час розгляду справи також виходили з цих же обставин[181]. Тобто, у цьому рішенні арбітражний суд врахував також визнання певних обставин сторонами, що, на жаль, позбавляє можливості оцінити самостійне значення арбітражного рішення в ухваленні наступного рішення.

На думку С. Н. Лебедєва, загальним є правило, відповідно до якого висновки про факти, які містяться в арбітражному рішенні, визнаються обов'язковими для сторін, однак арбітражне рішення, поки воно не екзекватуроване, розглядається як приватний акт, положення якого приймаються як істинні, поки не доведене інше, тобто арбітражне рішення має значення не безспірного доказу, а тільки оспорюваної презумпції[182].

З таким висновком складно погодитись, адже процедура визнання та надання дозволу на примусове виконання арбітражного рішення, як правило, не передбачає дослідження обставин, встановлених в арбітражному рішенні. Тобто виконання цієї процедури не впливає на підтвердження встановлених обставин, і зводиться до визнання та надання дозволу на виконання рішення, а не визнання обставин, якими рішення обґрунтовано. Разом з тим, законодавство окремих країн передбачає можливість надання преюдиціального значення арбітражним рішенням за допомогою процедур їх підтвердження. Так, § 9 Федерального арбітражного акту США встановлює процедуру підтвердження судом арбітражного рішення[183]. К. Бленклі зазначає, що таке підтвердження має наслідком внесення тексту арбітражного рішення до реєстрів з публічним доступом та надає об-

---

[181] Практика международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2005 г. / Составитель М. Г. Розенберг. — М. : «Статут», 2006. — С. 162.

[182] *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.

[183] Federal Arbitration Act (Pub.L. 68–401, 43 Stat. 883, enacted February 12, 1925, codified at 9 U.S.C. § 1 et seq.). — Режим доступу : http://www.law.cornell.edu/uscode/text/9/9

ставинам, встановленим у ньому, преюдиціального значення[184]. Викладене підштовхує до висновку про те, що за відсутності спеціальної норми в законодавстві арбітражне рішення не має преюдиціального характеру. Такий висновок вже має певне теоретичне підґрунтя. Як зазначає О. В. Зіменко, дія преюдиції може бути викликана не тільки попереднім рішенням (вироком) суду, але й, у визначених законом випадках, рішенням третейського суду[185]. У зв'язку з цим видається важливим погодитись із загальнотеоретичним визначенням преюдиції, яке дав В. В. Масюк, відповідно до якого вона являє собою встановлене процесуальним законом правило звільнення від доказування обставин, встановлених рішенням суду при розгляді інших справ, у яких беруть участь ті самі особи або особа, щодо якої встановлено ці обставини[186]. Тобто, для дії преюдиції, необхідне її закріплення у праві, як це зроблено у процесуальних кодексах.

Важливим для розуміння значення судових та арбітражних рішень в процесі доказування в арбітражі є також аналіз того, яке значення арбітражне рішення може мати при встановленні обставин у цивільному судочинстві, оскільки ці значення в істотній мірі пов'язані. В. В. Масюк вважає, що в цивільному судочинстві рішення міжнародного комерційного арбітражного суду не мають преюдиціального значення. При цьому він виходить суто із положень Цивільного процесуального кодексу України, який не передбачає такої можливості. Однією з причин цього, на його думку, є те, що третейський суд не здійснює правосуддя, оскільки не входить в судову систему[187]. Не ставлячи під сумнів обґрунтованість цього окремого висновку, заснованого на аналізі норм українського законодавства, вважа-

---

[184] *Blankley, Kristen M.* Res Judicata and Class Action Arbitration Awards by Kristen M. Blankley // The Mayhew-Hite Report on Dispute Resolution and the Courts. — Volume 4. — Issue 1. — Режим доступу : http://moritzlaw.osu.edu/epub/mayhew-hite/vol4iss1/lead.html

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

[186] *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.

[187] *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.

ємо, що теоретичні висновки ми можемо робити лише з урахуванням природи арбітражного рішення. Перш за все слід взяти до уваги вже розглянуту можливість впливу сторін на процес встановлення арбітражним судом обставин шляхом досягнення згоди та визнання обставин, навіть якщо таке визнання спрямоване на приховання дійсних обставин. Доказування в арбітражі має своєю єдиною метою вирішення конкретного спору, а не з'ясування істини чи, іншими словами, встановлення дійсних обставин справи. Тому встановлені в ході розгляду справи обставини є встановленими з такою єдиною метою і не можуть мати для інших арбітражних чи судових процесів обов'язкового преюдиціального значення. Водночас це не позбавляє арбітражне рішення значення доказу. Тому помилковими, на нашу думку, є висновки судів, які трапляються в окремих справах, про те, що якщо арбітражне рішення не має преюдиціального значення, воно не є належним доказом взагалі. Так, господарський суд міста Києва у рішенні від 6 лютого 2013 року у справі № 5011-66/18877-2012 дійшов висновку, що «рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України від 01.03.2012 р. не є належним доказом, оскільки, в силу ч. 2 ст. 35 Господарського процесуального кодексу України, не має преюдиціального значення»[188]. У цій же справі Вищий господарський суд України підтвердив правильність згаданого судового рішення та додатково визнав, що арбітражне рішення не має преюдиціального значення, оскільки у встановленому законодавством процесуальному порядку його не визнано в Україні[189]. Таким чином, вважаючи обґрунтованим висновок про те, що арбітражне рішення за відсутності спеціального правила не має преюдиціального значення, вважаємо за необхідне підкреслити безпідставність ототожнення преюдиціального та доказового значення такого рішення, а також пов'язування обох значень з виконанням процедури визнання арбітражного рішення в країні виконання. Судова практика має приклади позитивного ставлення до стверджуваного нами підходу. Так, з постанови Київського апеляційного господарського суду від

[188] Рішення господарського суду міста Києва від 6 лютого 2013 року у справі № 5011-66/18877-2012. — Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29315182

[189] Постанова Вищого господарського суду України від 22 липня 2013 року у справі № 5011-66/18877-2012. — Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32729949

23 січня 2013 року у справі № 5011-52/10832-2012 видно, що обставини, встановлені в арбітражному рішенні МКАС при ТПП України від 10 грудня 2012 року у справі АС №134г/2012, були з посиланням на це рішення як доказ визнані встановленими також в суді України у справі між позивачем в арбітражній справі та третьою особою[190].

Схожа ситуація має місце також у питанні визнання преюдиціального значення судового рішення в міжнародному комерційному арбітражі.

Арбітражний суд не може довільно визнавати преюдиціальне значення судових рішень, якщо воно стосується важливих для арбітражу обставин і водночас не було ухвалене у спорі за участю сторін арбітражного розгляду, оскільки це може призвести до порушення принципу однакового ставлення до сторін. Так, у справі «Теленор проти Сторм» арбітражний трибунал *ad hoc*, що розглядав справу з регламентом ЮНСІТРАЛ, відмовився прийняти до уваги як обов'язкові для себе висновки українського господарського суду про недійсність договору між сторонами арбітражного розгляду на тій підставі, що позивача не було залучено українським судом до участі у справі. Арбітражний суд зазначив, що судові рішення українського суду не мають преюдиціального значення, оскільки надання їм обов'язкового значення призвело б до порушення фундаментальних принципів належного процесу як за федеральним правом, так і за правом Нью-Йорку[191].

Відповідаючи на запитання про те, чи мають преюдиціальну силу рішення державних судів для процесу у міжнародному комерційному арбітражі, В. В. Ярков вважає, що преюдиціальне значення можуть мати тільки ті обставини, які були встановлені судовим актом, який має юридичну силу на території відповідної держави[192]. В. В. Масюк вважає, що третейське рішення, в тому числі ухвалене у міжнародному комерційному арбітражі, преюдиціального значення

---

[190] Постанова Київського апеляційного господарського суду від 23 січня 2013 року у справі № 5011-52/10832-2012. — Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/28826300

[191] 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.

[192] *Ярков В. В.* Арбитражный суд и международный коммерческий арбитраж: некоторые направления взаимодействия // Університетські наукові записки. — 2007. — № 2 (22). — С. 199.

в цивільному судочинстві не має, однак рішення, ухвалене в порядку цивільного судочинства, повинно мати преюдиціальний характер під час розгляду справ третейським судом. Це, на його думку, обумовлюється тим, що третейський розгляд не повинен мати переваг під час встановлення обставин справи перед судом, який є органом державної влади та здійснює правосуддя, адже обов'язок третейського суду, як недержавного незалежного органу, згідно із Законом України «Про судоустрій» виконувати рішення суду[193]. Варто відзначити, що В. В. Масюк тут робить висновок про бажаність надання судовим рішенням преюдиціального значення, однак не констатує існування такої ситуації в умовах чинного законодавства. Ми схильні вважати, що якщо у законодавстві, яке є обов'язковим для застосування арбітражним судом, не встановлено спеціальне правило про преюдиціальне значення судового рішення, таке значення у судових рішень в арбітражі відсутнє. Воно не повинне виводитись із конституційного принципу обов'язковості судових рішень, оскільки цей принцип стосується виконання судових рішень, про що у випадку преюдиції не йдеться.

Крім того, варто погодитись з О. В. Зіменком у тому, що правила про преюдиціальне значення встановлюються з метою забезпечення принципу процесуальної економії, запобігання винесенню протилежних за змістом судових рішень[194]. Оскільки арбітражний суд не зобов'язаний дотримуватись тих же підходів у доказуванні, зокрема може застосовувати інший, ніж суд, стандарт доказування, процесуальна економія шляхом визнання в міжнародному арбітражі встановлених у державному суді обставин може бути невиправданою, а якщо сторони домовились про визнання обставин іншим чином, ніж це встановлено у судовому рішенні, то визнання арбітражним судом преюдиціального значення судового рішення суперечитиме угоді сторін, від якої арбітражний суд може відступити тільки на виконання обов'язкових приписів права. У зв'язку з цим в кінцевому результаті значення має те, чи встановлює право, яким керується арбітражний

[193] *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.

[194] *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.

суд (*lex arbitri*) норму про преюдиціальне значення судових рішень. Чинне українське законодавство про арбітраж такої норми не містить.

Таким чином, за загальним правилом, не потребують доказування в міжнародному комерційному арбітражі обставини, щодо яких між сторонами відсутній спір, а також загальновідомі обставини.

2.3. Значення прецеденту у доказуванні матеріального права та формуванні усталеної практики вирішення процесуальних питань доказування

Вплив концепцій доказування, які походять із систем загального права, зумовив поширення практики покладення на сторони тягаря доказування не тільки фактичних обставин справи, а й права, тобто надання засобів встановлення змісту норм, які підлягають застосуванню для вирішення справи. Склався також поділ доказів права на дві умовні групи: першу групу складають документи, в яких викладено власне джерела права (наприклад, нормативні акти), а другу — документи, за допомогою яких можна встановити зміст права, однак які не є джерелом права (наприклад, висновки експертів з правових питань). У зв'язку з цим у практиці постали певні проблеми із визначенням місця та значення окремих доказів права, зокрема, щодо прецедентного значення судових та арбітражних рішень.

Доктринально питання про те, яке значення у міжнародному комерційному арбітражі мають судові та арбітражні рішення, далеке від вирішення. Дослідники часто обмежуються констатацією того, що у міжнародному комерційному арбітражі відсутні формальні правила про прецедент. Навіть якщо арбітражний суд наділений повноваженнями дослідити відповідні прецеденти, він не є юридично зв'язаний такими прецедентами. Це, однак, не означає, що на практиці арбітражні суди повністю залишають поза увагою висновки, зроблені іншими трибуналами або юрисдикційними органами[195].

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

На нашу думку, такий узагальнений підхід не є виправданим, оскільки проблема прецеденту у міжнародному комерційному арбітражі має принаймні два важливі аспекти:

– значення в арбітражному розгляді рішень національних судів країни, матеріальне право якої застосовується арбітражним судом при вирішенні справи;
– значення арбітражних рішень, які були ухвалені в інших справах.

Вирішення питання про значення рішень національних судів при розгляді справ в арбітражі залежить, на нашу думку, від того, чи мають такі рішення вагу прецеденту у відповідній правовій системі. У тих випадках, коли застосуванню підлягає право країни, правова система якої визнає доктрину *stare decisis* (доктрина передбачає, що висновки у вперше розглянутій справі створюють нові норми права), тобто прецедент є джерелом права, то такий прецедент, який є частиною матеріального права, підлягає застосуванню також у міжнародному арбітражі. Так, у справі «Теленор проти Сторм» арбітражний трибунал *ad hoc*, що розглядав справу за регламентом ЮНСІТРАЛ, спирався на визнані прецеденти як джерело права штату Нью-Йорк без будь-якого додаткового обґрунтування такого свого підходу[196].

Якщо ж відповідне судове рішення не має прецедентної ваги у власній правовій системі, не є джерелом матеріального права, що підлягає застосуванню, воно не має для арбітражного суду обов'язкового значення. Водночас таке судове рішення може розглядатися арбітражним судом як інший доказ права, який дозволяє встановити зміст матеріального права, поряд з висновками експертів з правових питань та доктринальними джерелами.

Що ж до значення арбітражних рішень (в інституційному арбітражі або *ad hoc*), дослідники переважно сходяться у думці, що такі рішення у міжнародному комерційному арбітражі не мають прецедентної ваги. Ф. Ландольт, обґрунтовуючи цей підхід, виходить з того, що судді національних судів є свого роду агентами держав, чиє право вони застосовують, тому на них може поширюватись обов'язок з підтримання цілісності права та усталеної практики. Арбітри ж не

[196] 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.

мають обов'язку стосовно підтримання певних стандартів у застосуванні права щодо жодної держави. Арбітри не проголошують свої рішення від імені держави, а тільки в межах повноважень, наданих їм сторонами[197].

Крім того, конфіденційність змісту більшості арбітражних рішень і, як результат, відсутність широкого доступу до їх текстів позбавляє арбітражні рішення навіть теоретичної можливості бути визнаними як зобов'язуючі прецеденти або мати значення усталеної практики (*jurisprudence constante*), якщо мова йде про найближчий відповідник прецеденту у континентальних правових системах.

Очевидно, що найближчим часом такий підхід у міжнародному комерційному арбітражі не зазнає змін, оскільки арбітражні рішення, як правило, залишаються неопублікованими. Навіть в тих арбітражних системах, у яких регламентами передбачена можливість оприлюднення текстів рішень або витягів з них без даних сторін, сторони зберігають право заперечити проти такого оприлюднення (як це встановлено, наприклад, у статті 41 Арбітражного регламенту Міжнародного арбітражного суду Федеральної економічної палати Австрії (VIAC)[198]). На противагу цьому арбітражні рішення, ухвалені в інвестиційному арбітражі, спортивному арбітражі та, з недавніх пір, у доменному арбітражі під егідою корпорації «ICANN», регулярно оприлюднюються, а частка рішень, ухвалених з посиланням на попередні арбітражні рішення, стрімко зросла (майже кожне рішення, ухвалене останнім часом Спортивним арбітражним судом (CAS), містить посилання на рішення арбітрів у раніше розглянутих справах)[199].

Оцінюючи значення для арбітражної практики вирішення цього питання, варто відзначити, що, насправді, арбітражні суди доволі нечасто покладаються у висновках щодо матеріального права на арбітражні рішення, які були ухвалені раніше у схожих справах.

---

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

[198] 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 доступу : http://www.viac.eu/en/arbitration/arbitration-rules-vienna/93-schiedsverfahren/wiener-regeln/144-new-vienna-rules-2013

[199] *Guillaume Gilbert.*The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators. Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2, No. 1 (2011). — p. 16.

Здійснені дослідження вказують на те, що арбітри у міжнародних комерційних спорах звертаються до ухвалених раніше арбітражних рішень переважно для вирішення процедурних та юрисдикційних питань[200]. З такою точкою зору, очевидно, погоджується також І. Нікіфоров, на думку якого, у вирішенні питань щодо процесу та способів доказування значну роль відіграють звичаї, які склалися у практиці арбітражних інституцій, та прецеденти[201]. Дійсно, у багатьох випадках посилання на практику в арбітражі в межах однієї арбітражної установи стосується переважно вирішення процесуальних питань.

Водночас варто відзначити, що окремими арбітражними установами свого часу були заохочені спроби розвивати арбітражну практику у напрямку формування усталених підходів до вирішення окремих правових питань. У відомій справі «Доу Кемікал Франс» 1982 року арбітражний суд, розглядаючи справу за регламентом ICC, при вирішенні одного з питань виходив з того, що «арбітражними трибуналами ICC сформовані прецеденти, які мають бути взяті до уваги…»[202]. Мають місце також спроби арбітражних установ та професійних асоціацій заохотити формування єдиної практики застосування в судах та арбітражі окремих міжнародних актів, зокрема Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів. Так, у зв'язку з утворенням відкритої систематизованої бази судових та арбітражних рішень із питань застосування конвенції, останнім часом окреслилась тенденція з формування усталеної міжнародної практики застосування цього інструменту. У деяких досліджених арбітражних справах арбітражні суди навіть посилаються на практику національних судів країн цивільного права[203], іноді навіть тоді, коли жодна із сторін не є резидентом цих країн, а матеріальне право цих

---

[200] *Weidemaier, W. Mark C.* Toward A Theory Of Precedent In Arbitration. — William And Mary Law Review. — 2010. — Vol. 51. — p. 1931.

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

[202] ICC Partial Award 4131, 23 September 1982. — Режим доступу: http://translex.uni-koeln.de/touch/document.php?docid=204131

[203] International Centre for Dispute Resolution of the American Arbitration Association, Interim Award of 23 October 2007 (Macromex Srl. v. Globex International Inc.). — Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071023a5.html

країн також не застосовується[204]. Посилання на судові рішення у таких випадках слід розглядати як посилання на докази права, для використання яких, на нашу думку, немає перешкод.

Це, однак, не призвело до набуття арбітражними рішеннями значення прецеденту навіть в межах практики застосування одного міжнародного договору. Як зазначає Г. Кауфман-Колер, з 500 справ за Віденською конвенцією тільки у близько 100 випадках були доступні тексти арбітражних рішень, із них тільки у шести рішеннях містилися посилання на ухвалені раніше арбітражні рішення. Серед досліджених 190 рішень арбітражу ICC близько 15 відсотків містили цитати з інших арбітражних рішень, які, до того ж, стосувалися переважно питань юрисдикції та процедури[205].

Водночас знову наголошуємо на тому, що не слід відкидати доказового значення висновків, які містяться в арбітражних рішеннях. Деякі науковці для позначення таких судових та арбітражних рішень, які не є зобов'язуючими прецедентами, однак підлягають оцінці поряд з іншими доказами, використовують поняття «переконливий прецедент»[206].

Якщо судові та арбітражні рішення, у частині, яка стосується матеріального права, можуть розглядатися як докази цього матеріального права, а судові рішення за певних умов — джерелом цього права, то висновки про процесуальні питання, які містяться в арбітражних рішеннях, часто мають кумулятивний ефект в міру того, як накопичується відповідна практика вирішення цих процесуальних питань, як правило, в межах однієї арбітражної установи. Така практика часто узагальнюється не шляхом формування корпусу прецедентів, а у вигляді настанов та рекомендацій, укладачами яких є установи, що адмініструють арбітражні процедури і мають можливість досліджувати арбітражні рішення. Такими узагальненнями є протоколи та настанови Королівського інституту арбітрів, Настанови ICDR, про які йшлося у підрозділі 1.4, та інші документи такого характеру.

---

[204] Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Award of 5 April 2007 (Pressure sensors case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070405s5.html

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

[206] Там само. — p. 358.

2.4. Підсумки до глави 2

Предмет доказування в міжнародному комерційному арбітражі складають питання факту та питання права, встановлення яких за угодою сторін або за рішенням арбітражного суду є необхідним для вирішення спору. Оскільки немає підстав вважати обізнаність арбітрів зі змістом норми, яка підлягає застосуванню, їх обов'язком, зміст цієї норми є елементом предмету доказування. При цьому не зовсім обґрунтованим видається поширювати на норму права режим факту в повному обсязі, оскільки так звані докази права мають суттєві відмінності від доказів факту у наслідках, з якими пов'язується неодержання арбітражним судом доказів права та доказів факту. У зв'язку з цим варто визнати, що якщо у питанні одержання доказів факту арбітражний суд може відмежуватися від будь-якої активної участі, то у випадку ненадання сторонами доказів права він має застосувати принаймні мінімальний обсяг нормативного матеріалу. Такий обов'язок арбітражного суду, однак, не є свідченням вилучення питань права з предмету доказування, адже подання сторонами доказів, які дозволять встановити зміст норм, що підлягають застосуванню, може мати наслідком спростування тих мінімальних доказів права, які були доступні арбітражному суду, і подальше застосування ним норм, зміст яких встановлено за допомогою поданих сторонами доказів. Сприйняття такого підходу в міжнародному комерційному арбітражі, зокрема, і в тих випадках, коли місцем арбітражу є Україна, сприятиме уніфікації арбітражної практики і зближенню підходів, властивих арбітражу у країнах романо-германської та англо-американської систем права.

Попри те, що національне законодавство про арбітраж та арбітражні регламенти, як правило, не встановлюють правила про обставини, які не потребують доказування, коло таких обставин закономірно може бути встановлене за допомогою визнаних у міжнародному арбітражі принципів, зокрема принципу здійснення арбітражного розгляду відповідно до угоди сторін та однакового ставлення до сторін. З договірної природи арбітражу випливає звільнення від доказування стороною обставини, стверджуваної однією стороною та не заперечуваної іншою, або обставин, про існування яких сторони досягли згоди. Якщо прийняття арбітражним судом такого ви-

знання обставин не має наслідком порушення публічного порядку при ухваленні арбітражного рішення, арбітражний суд, як правило, не може відмовити у прийнятті такого визнання та ухвалити арбітражне рішення всупереч угоді сторін, навіть якщо визнані обставини суперечать уявленню арбітражного суду про дійсні обставини справи. Загальновідомі обставини також не підлягають доказуванню в арбітражі. Для визнання обставини загальновідомою арбітражний суд повинен бути обізнаний про обставину, бути переконаним у тому, що обставина відома широкому колу осіб, а також заручитись визнанням обставини стороною. Якщо жодна із сторін не визнає таку обставину, арбітражний суд не може обґрунтовувати своє рішення такою обставиною як загальновідомою. Якщо обидві сторони визнають певну обставину, така обставина не підлягає доказуванню незалежно від того, чи вважає арбітражний суд її загальновідомою.

Обставини, встановлені в рішенні державного суду країни місця арбітражу або визнаного в такій країні іноземного судового рішення, а також в арбітражному рішенні, не мають преюдиціального значення під час розгляду іншої арбітражної справи за відсутності спеціальної норми в праві, яким керується арбітражний суд. Водночас відсутність преюдиціального значення арбітражного рішення не позбавляє його здатності бути доказом певних обставин, незалежно від того, чи було таке арбітражне рішення визнане та допущене до виконання.

Те, що певні обставини не потребують доказування, не виключає їх з предмету доказування, оскільки предмет доказування визначається змістом відносин, з яких виник спір, а не властивістю окремих обставин.

В міжнародному комерційному арбітражі судові та арбітражні рішення можуть мати істотне значення для встановлення змісту права, що підлягає застосуванню. Судові рішення, які мають вагу прецеденту, тобто є джерелом права у правовій системі країни, матеріальне право якої підлягає застосуванню, обґрунтовано слід розглядати як джерела права. Водночас судові рішення, які вказують на сформовану усталену практику, однак не є джерелами права, а так само арбітражні рішення в інших справах можуть бути взяті до уваги арбітражним судом у процесі встановлення змісту права, однак не є обов'язковими для врахування.

Глава 3

ТЯГАР ДОКАЗУВАННЯ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ

3.1. Поняття тягаря доказування та його складові

3.2. Застосування презумпцій та фікцій

3.3. Роль арбітра у доказуванні

3.4. Підсумки до глави 3

3.1. Поняття тягаря доказування та його складові

Сучасні системи міжнародного комерційного арбітражу мають серед своїх засадничих принципів змагальність та надання сторонам рівної можливості викласти свої аргументи та представити докази. З огляду на це надання доказів сприймається як право сторін. Водночас присутня у переважній більшості арбітражних регламентів формула про необхідність доведення кожною зі сторін обставин, якими вона обґрунтовує свої вимоги та заперечення, вказує на те, що на сторони покладається певний тягар доказування.

У традиційному значенні, на думку Т. В. Рудої, термін «тягар доказування» означає обов'язок сторони переконати суд у своїй правоті[207]. Таке спрощене визначення можна прийняти з деякими застереженнями. Обов'язку доказування не кореспондує відповідне право іншої особи[208]. Більше того, право доказування і обов'язок доказування пов'язані з однією особою. Як слушно зазначає Л. Ф. Винокурова, в арбітражі діє принцип диспозитивності, відповідно до якого участь сторін у розгляді справи і надання доказів на підтвердження відповідних обставин — це право самих сторін[209]. Водночас існування у сторін права на доказування не заперечує концепцію тягаря (обов'язку) доказування, оскільки, як зазначає М. К. Треушніков, сторона, що надає докази, реалізує своє право на доказування й одночасно виконує обов'язок з доказування, оскільки кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог та заперечень[210].

---

[207] *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.

[208] *Пільков К.* Предмет, стандарт та обов'язок: Особливості доказування у міжнародному комерційному арбітражі // Юридична газета. — 2013. — № 8–9. — С. 45.

[209] *Винокурова Л.* Порядок розгляду спорів у міжнародному комерційному арбітражі / Л. Ф. Винокурова // Право України. — 2011. — № 1. — С. 93.

[210] *Треушников М. К.* Судебные доказательства : Монография / М. К. Треушников. — М. : Юридическое бюро «ГОРОДЕЦ», 1997. — С. 50.

При цьому оскільки тягар (обов'язок) доказування принаймні в частині тягаря переконування не відповідає юридичним ознакам обов'язку (йому не кореспондує право іншої особи, а його невиконання може мати наслідком не застосування санкції, а ухвалення рішення не на користь такої особи, що санкцією аж ніяк не є), вживання терміну «тягар доказування» видається більш виправданим. Це також виправдано з огляду на широко вживаний в арбітражній практиці англійський відповідник «*burden of proof*» (тягар доказування).

Загальновизнаним у міжнародній арбітражній практиці є принцип «*actori incumbit probatio*», відповідно до якого кожна сторона зобов'язана довести ті обставини, на які вона покладається як на підставу для своїх вимог або заперечень. На застосування цього принципу в арбітражі вказують вітчизняні та іноземні науковці. Ю. Д. Притика зазначає, що це правило є загальним і було закріплено низкою арбітражних регламентів[211]. Дійсно, багато арбітражних регламентів утверджують цей принцип (зокрема, частина 1 статті 27 Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ[212], частина 1 статті 42 Регламенту МКАС при ТПП України, частина 1 статті 24 Швейцарського арбітражного регламенту міжнародного арбітражу[213]). Водночас у багатьох регламентах він відсутній, що іноді створює певні труднощі, хоча застосування цього принципу на перший погляд видається очевидним навіть попри те, що він, як правило, не закріплений у законодавстві про міжнародний комерційний арбітраж. Усунення цієї прогалини шляхом внесення змін до законодавства про міжнародний комерційний арбітраж навряд чи можливе. Так, під час обговорення проекту Типового закону ЮНСІТРАЛ було запропоновано доповнити його положенням про те, що кожна зі сторін несе тягар доказування фактичних обставин, якими вона обґрунтовує свою позицію. Ця пропозиція не була підтримана, однак не тому, що Комісія визнала її неправильною. Одним з аргументів проти

---

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

[212] UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010). — Режим доступу : http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf

[213] Swiss Rules of International Arbitration, 2012. — Режим доступу : https://www.swissarbitration.org/sa/download/SRIA_english_2012.pdf

внесення такого положення до фінального тексту Типового закону було те, що деякі питання розподілу тягаря доказування регулюються матеріальним правом. Як зазначає В. В. Хвалей, закріплення цього положення у Типовому законі ЮНСІТРАЛ могло б створити протиріччя з нормами матеріального права, які підлягають застосуванню[214].

Дійсно, як відзначають Ф. Ландольт та Б. Рівз Ніл, хоча арбітри схильні дотримуватись принципу «*actori incumbit probatio*», який передбачає покладення тягаря доказування на сторону, яка стверджує про певні обставини, він не є типовим для всіх правових систем. Винятком, наприклад, є правила доказування розміру заподіяних збитків у континентальних правових системах. Так, частина 2 статті 42 Швейцарського кодексу про зобов'язання передбачає обов'язок судді визначити розмір компенсації збитків за справедливістю згідно зі здоровим глуздом та з урахуванням поведінки відповідача, якщо розмір компенсації не може бути підданий точному розрахунку[215].

Арбітражні суди лише у виняткових випадках обґрунтовують застосування цього принципу. Так, у справі № 6653 1993 року арбітражний суд, який розглянув спір за Арбітражним регламентом ICC, дійшов висновку, що *actori incumbit probatio* підлягає застосуванню, оскільки він закріплений у матеріальному праві (стаття 1315 Французького цивільного кодексу), а окрім того є загальновизнаним принципом[216]. Очевидно, що таке обґрунтування знадобилось у зв'язку з тим, що чинний на час ухвалення рішення Арбітражний регламент ICC не встановлював цей принцип[217].

---

[214] *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.

[215] *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. — Volume 1. — Edited by Gordon Blanke and Phillip Landolt. — Kluwer Law International BV, The Netherlands. — 2011. — p. 59.

[216] ICC Arbitration Case No. 6653 of 26 March 1993 (Steel bars case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/936653i1.html

[217] International Chamber of Commerce Rules of Conciliation and Arbitration, in force as from January 1, 1988. — Режим доступу: http://www.jus.uio.no/lm/icc.conciliation.arbitration.rules.1988/landscape.pdf

В цілому ж визнання цього принципу в міжнародному комерційному арбітражі не означає його застосування у всіх випадках. Мова йде, скоріше, про те, що його застосування, як правило, не потребує окремого обґрунтування. Крім того, цей принцип не слід розглядати як такий, що покладає тягар доказування винятково на позивача, адже обов'язок доказування слід розглядати не відносно до всього позову в цілому, а щодо кожної окремої обставини, яка має значення для вирішення справи і яка стверджується стороною. При такому тлумаченні обов'язок доказування покладається також і на відповідача, який заперечує проти позову, стверджуючи про певні обставини. Наведене загальне правило у цьому випадку трансформується відповідно у принцип «*reus in exceptione fit actor*» («заперечуючи, відповідач прирівнюється до позивача»).

Зміст концепції тягаря доказування полягає у тому, щоб запобігти безпідставній зміні ситуації, яка існувала до звернення до юрисдикційного органу, зберегти *status quo*. Таким чином, якщо на сторону покладено тягар доказування, це вказує на те, що саме ця сторона намагається змінити *status quo*, і навпаки, — намагання змінити *status quo* покладає на сторону тягар доказування.

Важливість правильного вирішення питання про покладення тягаря доказування особливо виявляється у випадках, коли сторони надали докази однакової ваги. У таких випадках справа повинна бути вирішена не на користь сторони, яка несе тягар доказування. Іншими словами, як зазначає А. Цацос, тягар доказування слід розуміти як правило покладення ризику, оскільки сторона, яка повинна доказувати певний факт, несе ризик його не встановлення[218].

Неврегульованість цього питання на рівні актів національного законодавства про міжнародний комерційний арбітраж сприяє збереженню певної невизначеності щодо його правової природи. На думку А. В. Шлепфер та Ф. Берча досі спірним залишається питання про те, чи тягар доказування є питанням процесуального чи матеріального права[219].

---

[218] *Tsatsos A.* Burden of Proof in Investment Treaty Arbitration: Shifting? / Aristidis Tsatsos // Humboldt Forum Recht. — 2009. — p. 93.

[219] *Schlaepfer A. V., Bärtsch P.* A Few Reflections on the Assessment of Evidence by International Arbitrators // International Business Law Journal/Revue de Droit des Affaires Internationales. — 2010. — Issue 3. — p. 213.

В сучасній арбітражній практиці підходи до тягаря доказування також істотно відрізняються одне від одного. Як свідчать проаналізовані арбітражні рішення, арбітражні суди розглядають обов'язок кожної сторони довести свої вимоги або заперечення:

– як загальний принцип права[220];
– як питання матеріального права, а також принцип міжнародної торгівлі[221];
– суто як питання матеріального права[222];
– суто як процесуальне питання, яке вирішується відповідно до положень арбітражного регламенту (цей підхід властивий практиці МКАС при ТПП РФ[223]).

Такі відмінності у підходах продиктовані скоріше практичними причинами, ніж концептуальними розходженнями: у тих випадках, коли принцип закріплено в регламенті, на нього цілком обґрунтовано посилаються без необхідності виведення з матеріального права або окремого обґрунтування як визнаного принципу права; якщо принцип у процесуальних нормах не був закріплений (як це мало місце у регламенті ICC свого часу), виникала необхідність обґрунтувати його застосування посиланням на матеріальне право або окресленням його визнаності як принципу права.

На нашу думку, цей принцип є принципом процесуального права і об'єктивно не може належати до матеріального права, що під-

---

[220] ICC Arbitration Case No. 7645 of March 1995 (Crude metal case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/957645i1.html; CIETAC Arbitration proceeding, Award of 8 March 1996 CIETAC Arbitration proceeding (Old boxboard corrugated cartons case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960308c1.html

[221] ICC Arbitration Case No. 6653 of 26 March 1993 (Steel bars case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/936653i1.html

[222] Arbitration Chamber of Paris Case No. 9926 of 2007 / Yearbook Comm. Arb'n XXXIII, Albert Jan van den Berg, ed. (Kluwer 2008) 15–23. — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/079926f1.html

[223] Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award of 9 June 2004, Arbitration proceeding 125/2003. — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/040609r1.html; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award of 13 April 2006 Arbitration proceeding 105/2005. — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/060413r1.html; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award of 27 July 1999, Arbitration proceeding 302/1996. — Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990727r1.html

лягає застосуванню до вирішення спору, адже в останньому випадку він би також підлягав доказуванню. Бажаним є його закріплення у *lex arbitri*, а найбільш виправданим способом такого закріплення — внесення відповідної норми до арбітражного регламенту.

Отже, згаданий принцип «*actori incumbit probatio*» вводить в арбітражну практику концепцію тягаря (обов'язку) доказування, який, однак, не зводиться до цього принципу, як буде виявлено далі.

У правовій традиції загального права прийнято розглядати тягар доказування у двох значеннях. Перше значення стосується обов'язку переконати орган, що вирішує спір, у правдивості певної позиції за результатами розгляду всієї справи. Такий обов'язок називають «тягарем переконування» («*burden of persuasion*»), він полягає у наданні в разі сумніву переваги стороні, що захищається. Друге значення стосується обов'язку надання достатніх доказів для того, аби справа була передана на розгляд журі, а якщо журі відсутнє, — для того, аби справа могла бути розглянута далі. У цьому значенні тягар доказування вказує на обов'язок надати достатні докази, щоб переконати суд у тому, що є власне що розглядати, тобто надати докази *prima facie,* і в цьому значенні він є тягарем надання доказів (*burden of production*)[224].

Розмежуванню тягаря надання доказів та тягаря переконування певною мірою відповідає запропоноване у вітчизняній правовій науці розмежування доказування та доведення. С. Я. Фурса та Т. В. Цюра під доказуванням розуміють регламентовану процесуальну діяльність зі збирання, витребування і надання суду доказів суб'єктами, що за цивільним процесуальним законодавством вправі надавати докази в конкретній справі на різних стадіях її розгляду, в той час як доведення являє собою процес доказування та розумової і процесуальної діяльності, спрямованої на формування у судді переконання в достовірності юридичних обставин справи, і на цій підставі обґрунтованості вимог сторони[225]. На розмежування доведення і доказуван-

---

[224] *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.

[225] *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.

ня вказує також Т. М. Кучер. Доведення, на її думку, є обґрунтуванням за допомогою зібраних та поданих доказів своєї правової позиції[226].

Як зазначає Дж. Барсело, тягар надання доказів у системах загального права означає, що особа, на яку його покладено, повинна надати докази на підтримку її тверджень про обставини спору та всі питання права та факту. У цьому тягар надання доказів близький до застосування суду присяжних у цивільних справах. Професійний суддя не повинен передавати справу на розгляд присяжних, якщо позивачем не виконано обов'язку надання доказів. Тягар переконування, натомість, полягає у ризику для сторони, що після оцінювання всіх доказів та аргументів, поданих обома сторонами, особа, яка вирішує спір, вирішить його не на користь такої сторони[227].

У країнах континентальної системи права, на відміну від загального права, майже не практикується винятково послідовне подання доказів, сторони подають докази як послідовно, так і одночасно і, як правило, подають тільки ті докази, якими обґрунтовують свою позицію. Тому можна погодитись з думкою, що тягар доказування у зв'язку з цим не розділяється на дві складові частини як у загальному праві, а зводиться переважно до тягаря переконування.

А. Л. Лінне також вважає, що обсяг поняття «тягар доказування» у міжнародному комерційному арбітражі визначається залежно від того, до якої правової системи ми звертаємось. Якщо мова йде про змагальний процес, властивий американській правовій системі, тягар доказування поєднує тягар переконування та тягар надання доказів. В інквізиційних процесах, властивих правовим системам цивільного права, тягар доказування зводиться винятково до тягаря переконування[228]. Водночас для обох систем характерний концептуальний підхід, відповідно до якого тягар доказування (переконування) стосовно

---

[226] *Кучер Т. М.* Докази та доказування: співвідношення понять / Тетяна Миколаївна Кучер // Вісник Вищої ради юстиції. — 2011. — № 3 (7). — С. 91.

[227] *Barcelo, John J.* Burden of Proof, Prima Facie Case and Presumption in WTO Dispute Settlement // Cornell International Law Journal. — 2009. — Vol. 42. — p. 27.

[228] *Linne A. L.* Burden of Proof under Article 35 CISG // Pace International Law Review. — 2008. — Volume 20 — Issue 1. — p. 33.

однієї обставини несе тільки одна сторона і він не перекладається з однієї сторони на іншу і не розподіляється між ними. Нечітке розуміння цього іноді породжує плутанину. Так, наприклад, арбітражний суд, який розглянув справу за регламентом CIETAC, помилково розцінив відсутність кооперації сторін у з'ясуванні певного питання факту як невиконання обома сторонами свого тягаря доказування цього питання[229].

Погоджуючись з А. Л. Лінне в тому, що залежно від впливу тієї чи іншої правової системи на міжнародний комерційний арбітраж, поняття тягаря доказування може мати різне наповнення, ми однак виходимо з того, що сучасний етап розвитку міжнародного комерційного арбітражу свідчить про взаємне проникнення підходів різних правових систем у арбітражній практиці. З цієї причини у сучасному міжнародному комерційному арбітражі виділення у тягарі доказування тягаря переконування (доведення) та тягаря надання доказів видається можливим навіть у тих арбітражних системах, які сформовані під впливом романо-германської правової системи. В арбітражній практиці такий поділ рідко простежується у формулюваннях арбітражних рішень, хоча його вплив виявляється досить чітко. На ключову відмінність між цими поняттями вказує те, що єдиним, хоча й критичним, негативним наслідком невиконання стороною тягаря доведення є рішення про відсутність стверджуваних обставин, невиконання обов'язку з надання доказів може потягти за собою настання інших негативних наслідків. Проникнення практики застосування цих негативних наслідків із арбітражних систем, що історично знаходились під впливом правової традиції загального права, в арбітражні системи континентального права, свідчить про уніфікацію підходів до розуміння тягаря доказування в міжнародному комерційному арбітражі.

Попри те, що у багатьох арбітражних системах діє правило про те, що у випадку ненадання стороною доказів справа повинна бути вирішена за наявними доказами (стаття 30(3) Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ, стаття 42(6) Регламенту МКАС при ТПП України, § 31(5)

[229] CIETAC Arbitration proceeding, Award of 14 February 2007 (Bellows forming machine case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070214c1.html

Регламенту МКАС при ТПП РФ[230]), в арсеналі арбітражного суду є й інші, більш дієві засоби. Їх можна вивести із загальних засад автономії арбітрів у вирішенні процесуальних питань і питань доказування, а інколи вони закріплені в арбітражних регламентах, інших документах, що визначають повноваження арбітра (наприклад, в акті про повноваження, передбаченому статтею 23 Арбітражного регламенту ICC), а також безпосередньо у законодавстві з міжнародного комерційного арбітражу. Так, стаття 41(7) Англійського закону про арбітраж передбачає такі наслідки для сторони, яка не виконала обов'язок з надання доказів: (а) сторона-порушник може бути позбавлена права покладатися на будь-яке з тверджень або матеріал, які були предметом такої вимоги; (б) несприятливий висновок внаслідок такого ненадання; (в) ухвалення арбітражного рішення на основі матеріалів, які були належним чином надані; (г) розподіл арбітражних витрат таким чином, щоб це враховувало наслідки невиконання вимоги[231].

В арбітражі за Регламентом з міжнародного арбітражу ICDR також можливою реакцією на порушення стороною наказу арбітражного суду про надання доказів є несприятливий висновок та врахування такої поведінки під час розподілу арбітражних витрат (стаття 8(b) Настанов ICDR з обміну інформацією та стаття 21.9. Регламенту з міжнародного арбітражу ICDR).

Г. Кауфман-Колер та Ф. Берч вважають, що у випадку невиконання стороною наказу про надання доказів, арбітражний суд має принаймні три альтернативи: звернення до державного суду для примусового виконання наказу; несприятливий висновок; перекладення тягаря доказування на сторону-порушника[232]. Д. А. Шемелін вважає, що арбітражний суд може також застосувати менш суворий, ніж звичайний, стандарт доказування (стандарт *prima facie* замість стандарту балансу

---

[230] 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 доступу : http://www.tpprf-mkac.ru/ru/lregl/reglrus

[231] Arbitration Act 1996. — Режим доступу: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf

[232] *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.

ймовірностей) як реакцію на невиконання однією зі сторін обов'язку з надання доказів[233]. З таким твердженням складно погодитись, оскільки стандарт доказування навряд чи можна вважати таким, що може бути змінений у відповідь на дії сторони. Він залежить від обставин, які підлягають встановленню. Крім того, стандарт *prima facie* є стандартом виконання тягаря надання доказів, а не в цілому стандартом доказування.

Початковий тягар доказування покладається на позивача, який зобов'язаний надати докази *prima facie*, тобто достатні для того, аби ініціювати справу і звернутися до відповідача по заперечення. Варто відзначити те, що у правових системах термін «*prima facie*» не має однозначного тлумачення. В одному з найбільш вживаних значень, сторона (позивач) є такою, що надала докази *prima facie*, якщо таких доказів достатньо, аби справа була варта розгляду. У категоріях загального права це означає, що початковий тягар надання доказів позивачем виконаний і суд може перейти до оцінювання того, чи виконаний тягар переконування. У другому з найпоширеніших значень *prima facie* означає, що позивачем надано достатньо доказів для того, аби суд прийшов до висновку, на підтвердження якого надано докази, якщо тільки відповідач не надасть докази, які спростовують ці висновки. У цьому другому значенні, на думку науковців, може йти мова про момент перекладення тягаря доказування на іншу сторону[234]. А. Л. Лінне також вважає, що після того як сторона, на якій лежить обов'язок доказування, надала докази *prima facie*, тягар доказування переходить до іншої сторони[235]. Тягар доказування не перерозподіляється в повній мірі внаслідок надання доказів. З двох елементів тягаря доказування тягар доведення не є таким, що переноситься з однієї сторони на іншу. Оцінювання виконання тягаря переконування відбувається під час оцінювання арбітражним судом всіх доказів у справі та ухвалення рішення. Натомість тягар надання доказів перекладається на іншу сторону, якщо особа, на якій первинно був такий тягар,

---

[233] *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.

[234] *Herlitz, Georg Nils.* The Meaning of the Term «Prima Facie» // Louisiana Law Review. — 1994. — Volume 55, Number 2 — p. 397.

[235] *Linne A. L.* Burden of Proof under Article 35 CISG // Pace International Law Review. — 2008. — Volume 20. — Issue 1. — p. 44.

надала докази *prima facie*. Справедливість такого висновку підтверджується тим, що саме лише надання доказів *prima facie*, тобто обсягу доказів, необхідного для ініціювання справи, не гарантує ухвалення арбітражним судом рішення на користь позивача, якщо відповідач не надав жодних доказів. Арбітражні регламенти та законодавство про арбітраж, як вже було зазначено, іноді спеціально вказують на те, що наслідком такого неподання є розгляд справи за наданими доказами, а не автоматичне ухвалення рішення на користь позивача.

Як справедливо відзначає Дж. Пфітцер, у країнах загального права виконання стандарту *prima facie* не тягне за собою автоматично достатності доказів для того, аби спірна обставина була визнана, навіть якщо опонент вирішить не надавати відповіді. Він розглядає два рівні доказування: перший рівень — стандарт *prima facie,* виконання якого забезпечує розгляд справи по суті; другий — стандарт переконання у тому, що стверджуване є правдою. У правових системах загального права виконання стандарту *prima facie* свідчить про виконання обов'язку з надання доказів. Коли позивач надав докази *prima facie*, відповідач несе тягар подання доказів для заперечення і, таким чином, на думку Дж. Пфітцера, тягар подання доказів перекладається на відповідача. В кінцевому результаті тягар переконування виконується після того, як виконано тягар подання доказів, і залишається на тій стороні, яка спочатку несла тягар подання доказів. Таким чином, якщо тягар переконування незмінний і лежить на тій самій стороні, тягар подання доказів перекладається з однієї сторони на іншу. Традиційно стандарт *prima facie* слугує меті встановлення, коли справа може зрушити з фази, в якій позивач повинен надати органу, що вирішує спір, докази на підтвердження позову, і перейти у фазу, у якій відповідач повинен надати обґрунтоване заперечення. Застосування стандарту *prima facie* передбачає, що трибунал вирішує, чи надав позивач *prima facie* аргументи; якщо так, то відповідачу надається можливість заперечити проти тверджень позивача; якщо він нею скористався, йому надається можливість надати підтвердження своїм запереченням[236].

[236] *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.

У системах цивільного права тягар доказування має одне значення, яке полягає в обов'язку надати докази для обґрунтування своїх тверджень. Така інтерпретація більшою мірою відповідає тягарю переконування у загальному праві. Оскільки у системах цивільного права відсутня традиція виділення фази допуску справи до слухання журі, у традиційному для загального права значенні концепція справи *prima facie* (*prima facie case*) в системах цивільного права відсутня. Оскільки в системах цивільного права відсутні процесуальні засоби для перевірки того, чи були суду надані достатні докази для прийняття рішення, чітке виділення аналізу досягнення стандарту *prima facie* для цілей продовження розгляду справи не має там практичного значення[237].

Доцільно взагалі розглядати стандарти доказування на двох рівнях: стандарт *prima facie*, який визначає, коли слід вважати виконаним тягар надання доказів, та стандарт власне доведення (у міжнародному комерційному арбітражі, як правило, стандарт балансу ймовірностей), який визначає, чи виконала сторона свій тягар доведення, і виконання якого може бути визначене тільки за результатами розгляду всієї справи.

Таким чином, зниження стандарту доказування не може розглядатися як реакція арбітражного суду на невиконання стороною обов'язку з надання доказів. Натомість такою реакцією може бути витребовування доказів і звернення з цією метою по допомогу до компетентних органів держави.

Оскільки арбітражний суд самостійно не може вдатися до заходів з примусу, він може звернутися до компетентного суду або надати стороні дозвіл на звернення. Дійсно, у багатьох країнах суд за місцем арбітражу уповноважений сприяти арбітражному розгляду, в тому числі шляхом зобов'язання свідків з'явитися на слухання та надати документи (стаття 43 Англійського закону про арбітраж, стаття 184(2) Швейцарського закону про міжнародне приватне право[238], § 1050 Цивільного процесуального кодексу ФРН, стаття 27 Типового закону ЮНСІТРАЛ). Водночас, зважаючи на відсутність позитивної

[237] Там само. — pp. 9–10.

[238] Federal Statute on Private International Law of Switzerland. — Режим доступу : https://www.swissarbitration.org/sa/download/IPRG_english.pdf

практики із сприяння державних судів арбітражним розглядам у цих питаннях, до таких механізмів вдаються вкрай рідко.

Іншим наслідком невиконання обов'язку з надання доказів може бути так званий несприятливий висновок, можливість застосування якого прямо передбачена статтями 9.5 та 9.6 Правил ІВА, а іноді закріплена в арбітражних регламентах та, зрідка, у законодавстві з міжнародного комерційного арбітражу (наприклад, в Англійському законі про арбітраж). Зміст концепції несприятливого висновку (*adverse inference*) полягає у праві арбітражного суду дійти у випадку ненадання стороною доказу висновку на користь іншої сторони про те, що таким ненаданим доказом підтверджуються обставини, що суперечать інтересам сторони, яка не надала доказ. При цьому важливо відзначити, що несприятливий висновок може бути застосовано до сторони, яка не несе тягар доведення обставини, оскільки ненадання доказу обставини стороною, на яку покладено тягар її доведення, саме по собі має наслідком визнання обставини недоведеною.

Арбітражна практика підтверджує застосування несприятливих висновків. Так, у справі 1999 року, розглянутій за Арбітражним регламентом ІСС, невиконання стороною вимоги арбітражного суду про залучення свідків із наведенням виправдань, які не були визнані арбітражним судом переконливими, стало підставою для несприятливих висновків про зміст домовленостей, досягнутих на зустрічі, свідків якої сторона не залучила[239].

Для несприятливого висновку самого лише факту невиконання стороною рішення арбітражного суду про надання запитаних доказів недостатньо. Необхідною умовою є логічний зв'язок, який би дозволяв дійти такого висновку. Арбітражний суд не може просто взяти на віру твердження іншої сторони, якщо ненадання доказів може вказувати на множину варіантів певної обставини. Так, у справі 2007 року, розглянутій за регламентом SCC, арбітражний суд не знайшов за можливе застосувати несприятливий висновок про розмір збитків на тій підставі, що сторона незадовільно здійснила розкриття

[239] ICC Arbitration Case No. 8547 of 1999. — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/998547i1.html

документів, які могли б допомогти встановити точну суму, оскільки «існування самих лише підозр недостатньо»[240].

Несприятливий висновок, на думку Дж. Пінкстона, не може бути застосовано у випадку ненадання запитаної відповідно до Правил ІВА категорії документів, оскільки для запиту категорії документів необхідно лише «обґрунтовано припускати їх існування», тобто відсутні докази існування цих документів[241]. З такою точкою зору складно погодитись. На нашу думку, сторона, у якої запитано окремий документ, також може обґрунтовано посилатись на його неіснування, а існування певної категорії документів може бути підтверджене з високою ймовірністю (наприклад, якщо мова йде про банківські виписки). Умови, за яких несприятливий висновок може бути зроблено стосовно змісту запитаного документа або категорії документів, залежать лише від логічної підставності таких висновків (логічний компонент) та висновку про відсутність поважних причин для ненадання документів (процесуальний компонент).

На думку Г. Кауфман-Колер та Ф. Берча, несприятливий висновок у деяких випадках не є достатнім засобом. У тих випадках, коли сторона не може обґрунтувати свій позов без документа, який, як стверджується, знаходиться у володінні іншої сторони, самий лише несприятливий висновок, зроблений внаслідок ненадання цього документа, не може бути достатнім для обґрунтування позову або заперечення, щодо яких жодного іншого доказу не існує[242]. Таке застереження, на нашу думку, можна відкинути, якщо брати до уваги запропоновану нами умову для витребування доказів, а саме, надання доказів *prima facie* стороною, яка звертається із запитом. Якщо такі докази надано до запиту доказу, який у подальшому не було надано, несприятливий висновок від такого ненадання аж ніяк не може бути єдиним обґрунтуванням (доказом). Оскільки несприятливі висновки

---

[240] Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Award of 5 April 2007 (Pressure sensors case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070405s5.html

[241] *Pinkston J.* The Case for a Continental European Arbitral Institution to Limit Document Production / Jarred Pinkston // Austrian Yearbook on International Arbitration. — 2011. — p. 94.

[242] *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.

є наслідком невиконання обов'язку з надання доказів, а такий обов'язок, як ми вже раніше зазначали, виникає у сторони тільки після надання доказів *prima facie* стороною, що несе тягар переконування і запитує у іншої сторони докази, можна говорити, що це є також необхідною умовою для таких висновків.

Окремо від несприятливих висновків деякі науковці схильні розглядати також інші реакції арбітражного суду на ненадання доказів. Г. Кауфман-Колер та Ф. Берч зазначають, що навіть якщо несприятливий висновок не було зроблено, поведінка сторони, яка полягає у ненаданні доказів, може на практиці мати наслідком негативний вплив на оцінювання арбітражним судом позиції цієї сторони. Навіть враховуючи те, що негативна оцінка є менш вагомою, ніж несприятливий висновок, вона також справляє значний вплив[243]. На нашу думку, виділення якихось окремих негативних оцінок не є виправданим. Більше того, якщо така негативна оцінка є емоційною реакцією на поведінку сторони, то від неї слід утриматись як від прояву упередженості.

Як окремий підвид реакції на ненадання доказів іноді розглядають також перекладення тягаря доказування на сторону, яка має доступ до доказу, однак не надала його[244]. Це рішення, на думку Г. Кауфман-Колер та Ф. Берча, має такі ж переваги, як і несприятливий висновок. Воно, однак, не повинне використовуватись, коли сторона дійсно не мала можливості надати доказ, необхідний для виконання тягаря доказування, наприклад, якщо запитані документи були знищені[245]. З висновком про можливість перекладення тягаря доказування складно погодитись, адже якщо мова йде про тягар переконування, то він, як було вказано раніше, залишається незмінно на тій стороні, яка несла його від початку. Якщо ж мова йде про тягар надання доказів, то цей тягар сторона як раз і не виконала, внаслідок чого постало питання про реакцію арбітражного суду.

---

[243] *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.

[244] *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.

[245] *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.

Нарешті, останнім інструментом, який може бути використаний як реакція на ненадання доказів, однак який сам не компенсує цей доказ, є можливість врахування недобросовісної поведінки сторони при розподілі арбітражних витрат, в тому числі тих, які виникли при одержанні доказів або пов'язані з ними. Право арбітрів вдатися до таких дій прямо передбачене Правилами IBA (стаття 9.7). Цей засіб може бути використаний також як додатковий, тобто разом із несприятливими висновками, оскільки він не є конкуруючим за результатами застосування. Покладення на сторону, яка, на думку арбітражного суду, неналежним чином виконувала свої обов'язки з надання доказів або зловживала своїми правами у доказуванні, витрат арбітражного розгляду, спричинених таким неналежним виконанням, також поширене в арбітражній практиці, про що свідчить, наприклад, рішення 2007 року арбітражного суду, який розглянув справу за регламентом SCC[246].

Таким чином, *тягар доказування у міжнародному комерційному арбітражі може бути визначений як необхідність для кожної зі сторін довести свої твердження до тієї міри, яка б задовольняла арбітражний суд, або як це визначено правилами, які арбітражний суд визнав застосовними*. Це значення поняття тягаря доказування відповідає поняттю тягар переконування (доведення) у системах загального права та власне поняттю тягаря доказування у системах цивільного права. Тягар стосується кожної обставини окремо і операційно не тотожний виконанню встановленого у деяких арбітражних регламентах обов'язку подавати разом із позовною заявою докази, якими підтверджується позов.

Питання тягаря доказування у міжнародному комерційному арбітражі має процесуальну правову природу. Загальний принцип покладення тягаря доказування на сторону, яка стверджує про існування певних обставин, закріплений у нормах процесуального права (арбітражних регламентах і, зрідка, в законодавстві про арбітраж) або застосовується як загальновизнаний процесуальний принцип.

Повноваження арбітражного суду у питаннях доказування не передбачають права на власний розсуд вирішувати питання покла-

[246] Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Award of 5 April 2007 (Pressure sensors case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070405s5.html

дення тягаря доказування, хоча деякі арбітражні регламенти передбачають таку можливість (наприклад, стаття 27 Арбітражного регламенту NAI закріплює свободу арбітрів у покладенні тягаря з доказування, яка може бути обмежена тільки угодою сторін[247]). Водночас спеціальні правила про тягар доказування можуть випливати з процесуальних презумпцій, застосування яких можливе у міжнародному арбітражі.

3.2. Застосування презумпцій та фікцій

Практика вирішення спорів у міжнародному комерційному арбітражі свідчить про те, що визнаний принцип обов'язковості доведення кожною стороною обставин, на які вона посилається (*actori incumbit probatio*), не має суто механічного спрощеного застосування шляхом покладення на сторону в усіх випадках обов'язку доказувати стверджувані фактичні обставини. Натомість арбітражні суди визнають за можливе застосовувати також правові презумпції та фікції, як процесуальні, так і ті, що встановлені матеріальним правом. Наприклад МКАС при ТПП України у своєму рішенні від 23 вересня 2004 року вказав на те, що відповідач не надав доказів відсутності вини у несплаті заборгованості, хоча відсутність вини у порушенні зобов'язання відповідно до статті 209 Цивільного кодексу УРСР повинна доводити сторона, що його порушила[248]. Тобто, арбітражний суд застосував презумпцію, закріплену у матеріальному праві України. В практиці арбітражу також мають місце випадки застосування правових фікцій.

Як зазначає Дж. Пфітцер, презумпція, як її розуміють у теорії вирішення спорів міжнародними юрисдикційними органами, вимагає або дозволяє арбітру за умови доведення обставини X прийти до висновку, що Y є правдою. У тих випадках коли презумпція є неспро-

[247] Arbitration Rules of the Netherlands Arbitration Institute, Effective 2010. — Режим доступу : http://www.nai-nl.org/downloads/NAI%20Arbitration%20Rules%201%20January%202010.pdf

[248] Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате 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 доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2595.html

стовною, Y слідує в силу припису права і не може бути спростоване поданням додаткових доказів. І навпаки, якщо презумпція є спростовною, існування обставини Y може бути поставлене під сумнів, якщо подані докази для спростування твердження про її існування[249].

У правовій науці виділяють неспростовні (*conclusive*) та оспорювані (спростовні) (*rebutable*) презумпції. Оспорювана презумпція — *praesumptio iuris tantum* — є припущенням про існування певного факту, якщо тільки не буде доведено протилежне[250]. Варто відзначити, що іноді в арбітражній практиці презумпцію розуміють досить широко, а саме як результат виконання особою свого обов'язку з надання доказів, внаслідок якого цей обов'язок переходить до іншої сторони. Ми в цьому дослідженні використовуємо поняття «презумпції» у вузькому значенні, в якому його прийнято розуміти у вітчизняній правовій науці.

Застосування ж юридичних фікцій, як влучно зазначає О. Величко, веде до закріплення вимислу у праві. При цьому, важливою властивістю юридичних фікцій є їх неоспорюваність (неспростовність)[251]. Для цілей дослідження цих понять у арбітражі можемо погодитись із прийнятим в теорії права поглядом на визначення поняття «презумпція», згідно з яким презумпція є закріпленим в законі припущенням про наявність чи відсутність певних фактів, що мають юридичне значення[252], а також з доктринальним визначенням поняття «правова фікція», яке наводить О. Ул'яновська і згідно з яким правова фікція — це нормативно виражене положення, яке закріплює у правовій системі неіснуюче існуючим або існуюче неіснуючим, має загальнообов'язкове значення і викликає певні правові наслідки[253].

---

[249] *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.

[250] *Marossi Z.* Evidentiary Obligations in Contemporary International Litigation : PhD in Law Thesis / Zeinalabedin Marossi. — University of Amsterdam, 2008. — p. 104.

[251] *Величко О.* Юридичні фікції у цивільному праві / О. Величко // Наукові записки. — 2003. — Том 22. — Частина ІІ. — С. 221.

[252] *Зіменко О. В.* Теоретико-правовий аспект співвідношення преюдиції та презумпції у механізмі правового регулювання / О. В. Зіменко // Порівняльно-аналітичне право. — 2013. — № 3. — С. 22.

[253] *Ул'яновська О.* Сутність правової фікції / О. Ул'яновська // Право України. — 2011. — № 1. — С. 186.

Л. М. Ніколенко у контексті доказування у господарському процесі розглядає процесуальні та матеріально-правові презумпції як основи звільнення від доказування. При цьому мету процесуальної презумпції вона вбачає в тому, щоб виключити представлення учасниками судового процесу доказів, необхідних для винесення судового рішення, або визначити суб'єкта, на якого покладається тягар доказування і, таким чином, розподілити обов'язки сторін з доказування. Натомість матеріально-правова презумпція, на її думку, стосується існування (неіснування) визначеного юридичного факту при наявності інших фактів і може стосуватися невизначеного кола осіб чи інших суб'єктів цих правовідносин[254].

Як відзначає Дж. Барсело, за певних обставин суд у країнах загального права може допустити, аби застосування правової презумпції призвело до перекладення на іншу сторону навіть тягаря переконування, що призведе до перекладення всього тягаря доказування. У континентальних системах, наприклад у Німеччині, застосування презумпції також може призвести до перекладення тягаря доказування на іншу сторону[255]. Про те, що такий підхід є можливим на практиці, свідчить той факт, що свого часу він був закріплений у європейському праві. Стаття 14 Конвенції ЄЕС про право, що застосовується до договірних зобов'язань (м. Рим, 1980 р.), встановлює, що право, яке регулює договір, застосовується також у частині, що встановлює презумпції або визначає тягар доказування[256].

Таким чином, у контексті національного процесуального права презумпції розглядаються в усіх випадках як спеціальне правило з покладення тягаря доказування, а їх застосування є обов'язковим для суду в силу того, що знання і правильне застосування матеріального і процесуального права судом становить його обов'язок.

---

[254] *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.

[255] *Barcelo, John J.* Burden of Proof, Prima Facie Case and Presumption in WTO Dispute Settlement // Cornell International Law Journal. — 2009. — Vol. 42. — pp. 32, 34.

[256] Convention on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980. — Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41980A0934:EN:NOT

Водночас у науковій літературі відсутня єдність щодо того, яку природу мають презумпції та фікції в арбітражі і як вони співвідносяться із вже згаданим принципом «*actori incumbit probatio*». На нашу ж думку, в міжнародному комерційному арбітражі підхід до всіх презумпцій як до обов'язкових для арбітражного суду спеціальних правил покладення тягаря доказування не є виправданим.

На думку З. Мароссі, обов'язок з надання доказів (як складова тягаря доказування) може бути виконаний стороною без надання власне доказів, а, наприклад, за допомогою презумпції[257]. Тобто презумпція розглядається як засіб виконання обов'язку з надання доказів, і в цьому вона ближча до доказів, ніж до спеціальних правил покладення тягаря доказування. А. Г. Коваленко об'єднує в одну групу так званих сурогатних еквівалентів доказів презумпції і судові фікції, визнання (фактів), а також системи привілеїв (під ними вона розуміє звільнення від обов'язку давати свідчення свідків), вважаючи, що спільними для них є прагматичні цілі — необхідність подолати тривалі часові обмеження, негативні дії (бездіяльність) сторін, ситуацію невизначеності[258].

Дійсно, правові презумпції та фікції мають спільні риси, які дозволяють умовно віднести їх до так званих сурогатних еквівалентів доказів. Водночас складно погодитись з об'єднанням в цю ж категорію інших, настільки відмінних за правовою природою, понять. Наприклад, концепція доказових привілеїв за своєю суттю взагалі протистоїть меті доказування. Як обґрунтовано вважають Р. Моск та Т. Гінзбург, привілеї не сприяють встановленню дійсних обставин, вони існують для захисту певних інтересів або відносин і, таким чином, спрямовані на досягнення соціальних або публічних цілей. Правила про привілеї дозволяють особі відмовитись від надання свідчень або розкриття певної інформації, навіть якщо така інформація має значення для справи та є достовірною[259]. Таким чином, *привілеї слід*

---

[257] *Marossi Z.* Evidentiary Obligations in Contemporary International Litigation : PhD in Law Thesis / Zeinalabedin Marossi. — University of Amsterdam, 2008. — p. 80.

[258] *Коваленко А. Г.* Институт доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводстве / А. Г. Коваленко. — М. : Издательство НОРМА, 2002. — С. 53.

[259] *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.

розглядати як вид правил, які обмежують допустимість доказів. У цьому вони мають мало спільного з правовими презумпціями та фікціями. Визнання фактів також не може бути поставлене в один ряд з презумпціями та фікціями, оскільки на відміну від останніх, вони є підставою для звільнення від доказування, а не засобом виконання цього обов'язку, якими можна вважати презумпції та фікції як еквівалент доказів. На відміну від визнання факту, яке саме по собі не потребує доказування, презумпції та фікції, встановлені у матеріальному праві, можна вважати такими, що підлягають доказуванню в тій мірі, в якій в міжнародному комерційному арбітражі підлягає доказуванню (встановленню) зміст матеріального права[260]. Процесуальні презумпції та фікції також мають застосування в арбітражі, однак, по-перше, часто вони безпосередньо не стосуються доказування (як, наприклад, правова фікція місця арбітражу, територіальний характер арбітражного рішення, його зв'язок з правом країни місця арбітражу[261]), а по-друге, часто вони не закріплюються у конкретних нормах, а виводяться із загальних принципів права (як презумпція допустимості належних доказів).

Натомість матеріально-правові презумпції та фікції, як правило, закріплені у конкретних нормах (прикладами в українському цивільному законодавстві є ч. 3 ст. 277, ч. 2 ст. 614, ч. 2 ст. 679, ч. 2 ст. 1166, ч. 5 ст. 1187 Цивільного кодексу України[262], серед норм міжнародного права можна назвати ст. 79 Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року[263]), а їх застосування в арбітражі має певну специфіку. Ця специфіка простежується у тому, що загальнообов'язковість, на яку вказує О. Ульяновська, не виявляється як необхідна ознака правової презумпції, а так само і юридичної фікції, в міжнародному комерційному арбітражі. Причиною цьому є

[260] *Пильков К.* Международный коммерческий арбитраж: что нужно доказывать, кто должен доказывать? // Юрист & Закон, аналитическое издание. — 2014. — 27 февраля. — Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/EA006233.html

[261] *Комаров В. В.* Международный коммерческий арбітраж : науч. изд. / В. В. Комаров, В. Н. Погорецкий. — Х. : Право, 2009. — С. 107.

[262] Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України, 2003. — № 11 (28.03.2003). — Ст. 461.

[263] 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.

те, що норми, в яких закріплено презумпції або фікції, будучи частиною матеріального права, підлягають доказуванню стороною, яка посилається на необхідність застосування таких презумпції або фікції, оскільки в міжнародному комерційному арбітражі не діє принцип «*iura novit curia*», який вимагав би від арбітражного суду встановлювати зміст матеріального права *ex officio*. Фактично посилання сторони на необхідність застосування матеріально-правової презумпції або фікції потребує доказування цих презумпції або фікції, а доказування питання факту таким чином «замінюється» (виконується шляхом) доказуванням питання права. В цьому також виявляється «сурогатність» матеріально-правових презумпцій та фікцій як еквівалентів доказів. Вони не є доказами факту, бо не мають всіх ознак такого доказу (зокрема, не можуть бути визнані недопустимими), не оцінюються за всіма критеріями оцінювання доказів (а саме, за критерієм достовірності), про які йтиметься у присвяченому доказам розділі. Водночас вони не є і доказами права. Навпаки, вони самі потребують доказування свого змісту за допомогою доказів права, якими можуть бути, наприклад, документи з текстами правових актів, що закріплюють презумпції або фікції тощо. Процесуальні ж презумпції встановлюються у *lex arbitri*, їх доказування стороною не є необхідним, тому їх можна вважати спеціальними правилами покладення тягаря доказування.

3.3. Роль арбітра у доказуванні

Однією з базових властивостей міжнародного комерційного арбітражу як механізму вирішення спорів у міжнародній торгівлі є безсторонність та неупередженість арбітрів. Безсторонність забезпечується, окрім іншого, шляхом наділення сторін активною роллю в процесі доказування в переважній більшості арбітражів. Водночас рафінований змагальний підхід, за якого арбітру відведена роль слухача, позбавленого ініціативи у доказуванні, на думку дослідників, не проявляється у жодній з арбітражних систем[264]. Навіть Закон Англії

[264] *Moss, Giuditta Cordero*. International Arbitration and the Quest for the Applicable Law. — Global Jurist. — 2008. — Volume 8, Issue 3. — Article 2. — p. 15.

про арбітраж 1996 року, акт, створений у правовій системі загального права з властивим їй ухилом у змагальний процес, наділяє арбітражний трибунал правом виявляти ініціативу в процесі доказування (стаття 34).

Серед науковців та практиків арбітражу відсутня єдність стосовно того, яку роль повинен виконувати арбітражний суд в процесі доказування і чи є межі ініціатив арбітрів у встановленні питань факту та права. З. Мароссі вважає, що замість того, аби очікувати подання сторонами великого обсягу доказів, арбітражний суд повинен сам виявити ініціативу в організації розгляду справи шляхом визначення сторонам заздалегідь доказів, які арбітражний суд вважає необхідними для того, аби певні обставини справи були встановлені *prima facie*[265]. З таким категоричним підходом складно погодитись, оскільки його застосування як загального правила не може відбуватися без шкоди для принципу безсторонності. Арбітражний суд може вказати стороні на необхідність надання доказів. Однак арбітр не повинен при цьому виконувати роль її адвоката. Наприклад, з рішення МКАС при ТПП України від 28 вересня 2001 року видно, що арбітражний суд запропонував позивачу надати докази фактичної сплати орендарями орендної плати за користування приміщеннями попередньому власнику цієї будівлі. Водночас така пропозиція не може розцінюватись як «підказка» позивачу того, що він повинен доводити і за допомогою яких доказів, оскільки позивач сам стверджував, що після придбання ним у відповідача будівлі орендарі продовжували сплачувати орендну плату на рахунки відповідача або уповноважених ним осіб[266]. Таким чином, здійснена арбітражним судом конкретизація була рівноцінна пропозиції надати докази на підтвердження обставин, про які стверджує позивач, і не надавала будь-яких ідей для кращого обґрунтування позиції сторони.

Балансування можливостей арбітрів з виявлення власних ініціатив у процесі доказування між принципом однакового ставлення до сторін з одного боку, та необхідністю забезпечення швидкого та

[265] *Marossi Z.* Evidentiary Obligations in Contemporary International Litigation : PhD in Law Thesis / Zeinalabedin Marossi. — University of Amsterdam, 2008. — p. 63.

[266] Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины от 28 сентября 2001 года [О взыскании убытков]. — Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2642.html

ефективного вирішення спору — з іншого, яскраво проявляється також у процесі встановлення змісту права або, якщо використовувати термінологію систем загального права, у доказуванні права.

Визнаним у світовій арбітражній практиці є підхід до змісту права, що підлягає застосуванню для вирішення спору (матеріального права), як до питання, яке належить доказувати сторонам. У цьому питанні дослідники та практики міжнародного комерційного арбітражу дійшли певних компромісних для більшості правових систем висновків та узагальнень, які були втілені у Рекомендаціях Асоціації міжнародного права щодо встановлення змісту права, що підлягає застосуванню у міжнародному комерційному арбітражі, ухвалених на 73-й конференції Асоціації у 2008 році[267]. Рекомендації вказують, що *арбітри, як правило, не повинні самостійно залучати правові аргументи, які не були залучені сторонами і які впливають на результат вирішення справи, якщо тільки мова не йде про правові питання, які стосуються публічного порядку*. Водночас Рекомендації визначають, що арбітри не пов'язані тлумаченнями сторін щодо змісту права, яке підлягає застосуванню, а також можуть звертатися до інших джерел для дослідження тих правових аргументів, які були залучені сторонами.

На нашу думку, важливо розрізняти питання вибору права, який є прерогативою сторін, питання надання правових аргументів, які також передбачають ініціативність сторін, і питання встановлення змісту права і дослідження правових джерел в межах наданих сторонами правових аргументів. В останніх питаннях ініціатива арбітрів може більш повною мірою виявлятися без шкоди для забезпечення дотримання принципу рівності у ставленні до сторін.

Арбітражні регламенти МКАС при ТПП України (стаття 14), ЮНСІТРАЛ (стаття 35), ICC (стаття 21) та Регламент з міжнародного арбітражу ICDR (стаття 31)[268] вимагають, щоб арбітражний суд засто-

[267] 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 доступу : http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/7FC8F94B-BE34-4634-AA5DE5128B097B4A

[268] International Centre for Dispute Resolution International Arbitration Rules, Rules Amended and Effective June 1, 2014. — Режим доступу : http://images.go.adr.org/Web/AmericanArbitrationAssociation/%7B726dd34d-bcc5-4d64-9d1d-ccd7542e9910%7D_ICDR_Rules.pdf

совував право, яке вказали (узгодили) сторони. Тільки якщо сторони не вказали на таке право, арбітражний суд може застосовувати право та норми, які вважатиме належними. Таке визначення арбітражним судом права не еквівалентне самостійному встановленню змісту права. Так само, сторони, зробивши вибір права, не вважаються такими, що виконали свій обов'язок надати арбітражному суду докази, які дозволять встановити зміст норм, які підлягають застосуванню.

Якщо ж сторони надали арбітражному суду докази, які дозволяють встановити зміст права, арбітражний суд повинен утриматися від самостійних правових досліджень. На думку П. Беннета Марроу, якщо принаймні одна сторона надає юридичні обґрунтування, можна стверджувати, що арбітражний суд повинен утриматися від самостійних досліджень, якщо тільки інша сторона або обидві сторони не нададуть на це згоду. За таких обставин, найкращим вирішенням ситуації, як стверджує П. Беннет Марроу, буде виконання волі сторін арбітражним судом[269]. З таким висновком можна погодитися з певними застереженнями. Якщо однією зі сторін докази права надані, арбітражний суд може вдатися до самостійних правових досліджень та вносити на розгляд правові питання, які не були підняті сторонами, тільки за згодою всіх сторін, однак не однієї з них. Інакше арбітри можуть набути статусу опонента тієї сторони, яка надала правові аргументи. Іншим аспектом, який варто врахувати, є транснаціональний публічний порядок, який арбітри, очевидно, мають враховувати, навіть якщо сторони не посилались на нього.

Важливо відзначити, що у випадку застосування будь-якого з підходів, викладених вище, право сторін обмежити арбітражний суд у власних дослідженнях права зберігається. Навіть у ситуації, коли арбітр має власне розуміння того, які саме норми підлягають застосуванню та який їх зміст, проте сторони досягли згоди про те, що арбітражний суд повинен застосовувати тільки норми, на які послалися сторони, та/або з викладеного ними змісту цих норм, арбітражний суд повинен діяти в межах цієї домовленості. Може видатися, що такі дії суперечитимуть Рекомендаціям Асоціації міжнародного права, у яких вказано, що арбітри не є зв'язаними наданими сторонами аргумента-

[269] *Marrow*, Paul Bennett. Can an Arbitrator Conduct Independent Legal Research? If Not, Why Not? // NYSBA Journal, May 2013. — p. 29.

ми щодо змісту права (рекомендація 7). Однак варто звернути увагу на те, що у зазначеній рекомендації йдеться про аргументи сторін (кожної сторони окремо), а не про домовленість сторін. Угода сторін, в тому числі, щодо змісту права, яке підлягає застосуванню, є обов'язковою для арбітражного суду з урахуванням норм про публічний порядок. Результатом такої ситуації може бути ухвалення арбітражного рішення, яке може видатися помилковим в тому значенні, що спеціаліст, обізнаний у праві, що підлягало застосуванню, з великою імовірністю ухвалив би інше рішення, якби виходив з тих же фактичних обставин. Однак така ситуація не свідчить про неправильність рішення арбітражного суду і, тим більше, не повинна слугувати підставою для скасування арбітражного рішення або відмови у його примусовому виконанні. По-перше, розгляд справи у міжнародному комерційному арбітражі не має своєю метою встановлення об'єктивної істини, а тільки вирішення спору між сторонами. Оскільки між сторонами відсутній спір, а навіть досягнуто згоди щодо окремих питань, які підлягали доказуванню, вирішення таких питань арбітражним судом без врахування цієї домовленості виходило б за межі повноважень, наданих сторонами. По-друге, у випадку якщо сторона, проти якої ухвалено арбітражне рішення, звертається до компетентного суду з клопотанням про скасування арбітражного рішення або заперечує проти допущення його до примусового виконання з посиланням на неправильне застосування арбітражним судом права, обраного сторонами, таке скасування або відмова у наданні дозволу на примусове виконання з мотивів неправильного застосування права є проблематичним у більшості країн із сучасним законодавством про арбітраж.

Якщо домовленість сторін призводить до необхідності ухвалити арбітражне рішення, яке очевидно порушує публічний порядок країни місця арбітражу, то єдиним можливим правильним виходом із цієї ситуації є складання арбітрами повноважень з розгляду справи, окрім тих випадків, коли *lex arbitri* допускає відхід від дотримання угоди сторін (наприклад, законодавство Швеції). Якщо ж арбітражне рішення може, за твердженням сторони, суперечити публічному порядку країни виконання рішення, то варто враховувати, що арбітражний суд не має обов'язку встановлювати для ухвалення свого рішення зміст права кожної з країн, у якій може виникнути потреба

у виконанні цього рішення, навіть якщо мова йде про базові засади правопорядку такої країни. Врахуванню *ex officio* підлягає транснаціональний публічний порядок, принципи якого, скоріше за все, будуть спільними для правових систем як країни місця арбітражу, так і країни потенційного виконання арбітражного рішення.

У випадках, коли мова не йде про порушення транснаціонального публічного порядку, то інші специфічні підстави для скасування або відмови у виконанні арбітражних рішень, якщо такі підстави стосуються очевидного неправильного застосування права, наприклад доктрина очевидної зневаги до права (США), також не повинні були б застосовуватись. Доктрина явної зневаги до права передбачає свідомі дії арбітрів з ігнорування права, яке підлягало застосуванню з очевидністю. Якщо рішення засноване на домовленості сторін про зміст права, відсутній неправомірний компонент у діях арбітра. Крім того, у більшості випадків арбітражні регламенти та арбітражне законодавство країн (це важливо у випадках розгляду питання про скасування) позбавляють сторону права вимагати скасування арбітражного рішення з підстав порушень, про які сторона, очевидно, могла заявити в процесі арбітражного розгляду, однак не заявила. В описуваному ж випадку сторони спільно створили обставину, на яку далі одна зі сторін посилається як на порушення.

Інші ж підстави для скасування або відмови у визнанні та виконанні (принаймні ті, які викладені у Нью-Йоркській конвенції, арбітражному законодавстві країн, які взяли за зразок Типовий закон ЮНСІТРАЛ, та інші досліджені акти законодавства) не можуть бути застосовані, оскільки ґрунтуються на необхідності встановлення порушення рівності сторін або виходу арбітражним судом за межі наданих повноважень. Про жодне з цих порушень мова йти не може у випадку досягнення сторонами домовленості.

Таким чином, арбітражний суд може, однак не зобов'язаний виявляти ініціативу у доказуванні як питань факту, так і права. Активність арбітражного суду обмежена принципом однакового ставлення до сторін і не повинна переходити межі, за якими арбітри виконують слідчу роль.

Варто відзначити, що викладений вище підхід, який передбачає обмеження ініціативи арбітражного суду та здійснення ним са-

мостійних досліджень тільки за уповноваженням сторін, не є універсальним. Наприклад, Регламент міжнародного арбітражу приватного оператора послуг з арбітражу та медіації — корпорації JAMS — не тільки дозволяє арбітражному суду заповнити прогалини, створені сторонами, а й містить спеціальну норму (стаття 20.4), відповідно до якої арбітражний суд може за ініціативою сторони або за власною ініціативою визначати питання, які підлягають встановленню, а також встановлювати належні факти та право або норми, які підлягають застосуванню, або дослідити суть спору сторін[270]. Такі широкі повноваження арбітражного суду, звичайно, можуть бути обмежені домовленістю сторін. А до тих пір поки такої домовленості немає, арбітри можуть на підставі цієї норми здійснювати власний пошук та встановлення змісту норм, які підлягають застосуванню, а також необхідних для вирішення справи фактичних обставин. Водночас, навіть в умовах дії таких правил, арбітражний суд не може порушувати принцип однакового ставлення до сторін.

Таким чином, можна дійти висновку, що у міжнародному комерційному арбітражі визнаним є покладення на сторони обов'язку з надання арбітражному суду доказів фактичних обставин та доказів, які дозволяють встановити зміст норм права, які підлягають застосуванню для вирішення справи, так званих доказів права. Арбітражний суд, як правило, повинен утримуватися від самостійного пошуку доказів фактичних обставин та залучення доказів права, на які жодна із сторін не посилається. Водночас арбітражний суд в цілому має право здійснювати власні правові дослідження і не є обмежений оцінками та тлумаченнями сторін, якщо тільки сторони не досягли згоди з питань встановлення змісту права. Така згода сторін, як правило, є обов'язковою для арбітражного суду в усіх випадках, окрім тих, коли її виконання призведе до ухвалення арбітражного рішення з порушенням публічного порядку.

[270] JAMS International Arbitration Rules, effective August 1, 2011. — Режим доступу : http://www.jamsadr.com/international-arbitration-rules/#Conduct-of-the-Arbitration

3.4. Підсумки до глави 3

Концепція тягаря доказування у міжнародному комерційному арбітражі може бути визначена як така, що передбачає необхідність доведення кожною зі сторін своїх тверджень до тієї міри, яка б задовольняла арбітражний суд, або як це визначено правилами, які арбітражний суд визнав застосовними. Тягар доказування в теорії міжнародного арбітражу поділяють на дві складові: тягар надання доказів та тягар доведення або переконування. Тягар стосується кожної обставини окремо і може бути покладений як на позивача, так і на відповідача, залежно від того, яка сторона стверджує про існування обставини, що підлягає доказуванню.

Невиконання тягаря переконування щодо існування певної обставини має наслідком прийняття арбітражним судом рішення про відсутність цієї обставини, в той час як невиконання тягаря (обов'язку) з надання доказів може мати наслідком застосування несприятливих висновків про існування обставин, звернення арбітражного суду по сприяння в одержанні доказів до компетентних органів держави, врахування поведінки сторони при розподілі арбітражних витрат, а також інші наслідки, передбачені законодавством про міжнародний комерційний арбітраж, угодою сторін. При цьому невиконання обов'язку з надання доказів стороною, яка не несе тягар переконування щодо обставин, яких стосуються запитані докази, може потягнути перелічені вище наслідки тільки після надання доказів *prima facie* стороною, яка такий тягар переконування несе.

Питання тягаря доказування у міжнародному комерційному арбітражі має процесуальну правову природу. Загальний принцип покладення тягаря доказування на сторону, яка стверджує про існування певних обставин, закріплений у нормах процесуального права (арбітражних регламентах і, зрідка, в законодавстві про арбітраж) або застосовується як загальновизнаний процесуальний принцип. Бажаним є його закріплення у *lex arbitri*, а найбільш виправданим способом такого закріплення — внесення відповідної норми до арбітражного регламенту.

З урахуванням загального принципу покладення тягаря доказування на сторону, яка стверджує про існування певних обставин,

арбітражний суд не може довільно покладати цей тягар або вважати його виконаним. Водночас, спеціальні правила покладення тягаря доказування, а також засоби, з допомогою яких тягар доказування може бути виконаний без відповідних доказів, можуть міститися в правових презумпціях та фікціях. Презумпції та фікції, встановлені у матеріальному праві, що підлягає застосуванню, підлягають доказуванню і можуть розглядатися як сурогатні еквіваленти доказів. З їх допомогою сторона може виконати тягар доказування (у випадку спростовних презумпцій — тягар надання доказів, у випадку неспростовних презумпцій та правових фікцій — тягар доказування в цілому). При цьому тягар доказування змісту таких презумпцій та фікцій та необхідності їх застосування арбітражним судом покладається на сторону, яка стверджує про існування обставин, стосовно яких діє презумпція або фікція. Процесуальні презумпції є спеціальними правилами покладення тягаря доказування.

Арбітражний суд, як правило, має право, проте не зобов'язаний виявляти ініціативу у доказуванні фактичних обставин та здійснювати власні дослідження права. У встановленні змісту права така ініціатива у меншій мірі загрожує дотриманню принципу однакового ставлення до сторін, проте не повинна мати характер залучення правових аргументів, на які сторони не посилались.

Глава 4

ДОКАЗИ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ

4.1. Поняття та властивості доказів
4.2. Критерії оцінювання доказів
4.3. Види доказів
4.4. Процедурні питання одержання доказів
4.5. Підсумки до глави 4

4.1. Поняття та властивості доказів

Національне законодавство про міжнародний комерційний арбітраж та арбітражні регламенти, як правило, закріплюють широкі повноваження арбітражного суду у вирішенні питань доказування, до яких також відносять право арбітрів самостійно вирішувати питання допустимості, належності, істотності та доказової ваги доказів. Так, Англійський закон про арбітраж 1996 року (стаття 34(2)(f)) визначає, що з урахуванням права сторін досягти згоди щодо будь-якого питання процедури або доказування арбітри мають повноваження вирішувати про застосування формальних правил доказування (або будь-яких інших правил) щодо допустимості, належності або ваги будь-якого матеріалу (усного, письмового або іншого). Законодавство ФРН про арбітраж містить схоже правило (§ 1042(4) Цивільного процесуального кодексу ФРН). Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж», що відповідає Типовому закону ЮНСІТРАЛ, також не вводить будь-яких специфічних обмежень і передбачає, що повноваження арбітражу включають повноваження щодо визначення допустимості, належності, істотності та значущості будь-якого доказу (стаття 19 Закону).

Водночас зважаючи на те, що ні національне законодавство про арбітраж, ні відомі арбітражні регламенти, ні навіть Правила ІВА та інші досліджені настанови не визначають понять «належність», «істотність» і навіть «доказ», як справедливо зазначає П. Мартінес-Фрага, саме арбітражний суд залишається відповідальним за надання цим поняттям процесуальних рамок та вкладення у них певного змісту[271].

Визнаючи важливість для теорії доказів та доказування чіткого наукового визначення поняття доказу в аспекті єдності форми та змісту, далі ми однак не заглиблюватимемось у загальнотеоре-

[271] *Martinez-Fraga, Pedro 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. — Volume 1. — p. 2. — Режим доступу : http://www.nalsar.ac.in/pdf/Journals/NALSAR_ADR_Vol1.pdf

тичні концепції та наукові підходи до розкриття змісту та розмежування понять «доказ», «засіб доказування», «вид доказів», «джерело доказів». Це тим більше виправдано з огляду на те, що, як зазначає О. В. Бабарикіна, дискусії з приводу того, чи можна вважати ідентичними за змістом вирази «вид доказу» та «засіб доказування», в юридичній науці ведуться досить довго, а в процесуальній літературі відсутнє чітке розмежування цих понять[272]. Крім того, на думку окремих дослідників, є підстави стверджувати, що докази можна розуміти не тільки як фактичні дані, але і як засоби доказування (саме в такому значенні використовуються поняття «письмові докази» та «речові докази»)[273]. Д. О. Бочаров взагалі зазначає, що безпосередніми засобами доказування виступають докази[274]. Інші дослідники обґрунтовують необхідність відмовитись від подвійної дефініції доказів, з одного боку, як фактичних даних, з іншого — як засобів доказування, визначивши, що докази — це відомості про предмет доказування за допомогою визначених у законі засобів доказування, одержаних у передбаченому законом порядку[275].

Ми можемо погодитись з думкою науковців про те, що важливо розрізняти такі правові категорії, як докази та засоби доказування, оскільки доказом є інформація про певні обставини, а форма їх закріплення виступає засобом доказування[276]. Водночас законодавство про міжнародний комерційний арбітраж та арбітражні регламенти, як правило, не розмежовують ці поняття, а вживають термін «доказ» у значенні, яке поєднує як власне доказ, так і засіб доказування. Західна правова наука також часто не розмежовує докази та засоби доказування, визначаючи докази як факти, які дають

---

[272] *Бабарыкина О. В.* О структуре классификации доказательств в гражданском процессе / О. В. Бабарыкина // Российский судья. — 2009. — №12. — С. 29.

[273] *Гордейчик А. В.* Допустимость доказательств в гражданском и арбитражном процессах / Алексей Владимирович Гордейчик. — Хабаровск : Риотип, 2000. — С. 19.

[274] *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.

[275] *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.

[276] *Кучер Т. М.* Докази та доказування: співвідношення понять / Тетяна Миколаївна Кучер // Вісник Вищої ради юстиції. — 2011. — № 3 (7). — С. 92.

можливість зробити висновки про існування фактів, що підлягають встановленню, і разом з тим відносить до доказів свідчення, документи, матеріальні об'єкти[277], тобто ототожнює їх із засобами доказування. У зв'язку з цим можна погодитись з думкою Р. В. Тертишнікова про те, що доволі розповсюдженим у процесуальній літературі є погляд на єдність змісту цього явища — фактичних даних і їх форми — засобів доказування, а докази в такому разі являють собою єдність фактичних даних, які мають значення для правильного вирішення справи, та їх процесуальної форми[278]. Саме з таким змістовим наповненням, тобто як даних, які мають певну процесуальну форму і значення для вирішення справи, ми використовуємо термін «докази» у цьому дослідженні.

Приймаючи таке широке визначення поняття «докази», ми однак повинні зосередити увагу на тому, що це поняття має досить чіткі і специфічні для міжнародного комерційного арбітражу межі та атрибути, зрозуміти які дають змогу характеристики належності, істотності, допустимості, достовірності та доказової ваги, з якими поняття докази пов'язуються у переважній більшості відомих арбітражних регламентів та актів законодавства про міжнародний комерційний арбітраж, а також використовуються в арбітражній практиці.

Вирішення питання про належність, допустимість, істотність та вагу доказів має результатом настання певних наслідків, зокрема, прийняття матеріалів (документів, свідчень, висновків, речових доказів) до справи або відмову у прийнятті, надання або відмову у наданні згоди на одержання матеріалів і, врешті, ухвалення арбітражного рішення після оцінювання доказів. При цьому, як відзначає Ф. Ландольт, обмеження у доказуванні, встановлені арбітрами щодо однієї сторони, або переваги у доказуванні, безпідставно надані іншій стороні, можуть потягнути за собою скасування арбітражного рішення у країні місця арбітражу або відмову у визнанні та виконан-

---

[277] 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.

[278] *Тертишніков Р. В.* Доказування і докази в судочинстві України : наук.-практ. посібник / Р. В. Тертишніков. — Х. : ФІНН, 2009. — С. 56.

ні цього арбітражного рішення у країні місця виконання[279]. У практиці вирішення питань про надання дозволу на виконання арбітражних рішень у багатьох країнах світу, які прийняли зобов'язання за Нью-Йоркською конвенцією, поширеними є випадки відмови у наданні таких дозволів через порушення в процесі доказування принципів однакового ставлення до сторін, надання можливості кожній стороні подати свої аргументи, а також порушення процедури розгляду, про яку домовились сторони. Тому розуміння арбітрами та сторонами змісту цих категорій, пов'язаних з доказами, та правильне їх застосування може мати вирішальне значення для процесу розгляду спору та чинності ухваленого рішення.

Однак слід визнати, що в арбітражній практиці іноді мають місце проблеми не тільки з вирішенням питань щодо належності, допустимості та оцінювання доказів, а й з розумінням значення цих категорій. Так, у рішенні МКАС при ТПП України від 17 квітня 2002 року арбітражний суд дійшов висновку про те, що певні документи самі по собі не є достатніми доказами для задоволення позовних вимог і могли б розглядатися як належні докази лише в сукупності з іншими доказами. Далі в рішенні вказано, що надані позивачем докази арбітражний суд вважає недостатніми, неістотними та не значущими для задоволення позовних вимог[280]. Окрім категорії достатності, яку в обох випадках вжито доречно, інші характеристики доказів, на нашу думку, застосовано помилково, оскільки належність доказів не розглядається в сукупності, а якщо навіть докази визнано неналежними, то вже не може йтися про визначення їх істотності та подальшу оцінку їх ваги (значущості) та, відповідно, визначення достатності. Також в арбітражній практиці мають місце випадки, коли арбітри не вдаються до розмежування критеріїв прийняття та оцінювання доказів або замість поняття достатності доказів застосовують схожі за змістом. Так, арбітражні суди іноді вказують на «чіткі»

---

[279] *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. — Volume 1. — Edited by Gordon Blanke and Phillip Landolt. — Kluwer Law International BV, The Netherlands. — 2011. — p. 56.

[280] Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины от 17 апреля 2002 года [О взыскании задолженности по контракту купли-продажи]. — Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2599.html

докази[281], «необхідні» докази[282], «переконливі докази» (очевидно як критерій оцінювання доказів)[283].

Водночас, характеристики, за якими здійснюється прийняття та оцінювання доказів, є до певної міри загальноприйнятими, а їх перелік з деякими варіаціями наведено майже у кожному відомому арбітражному регламенті та більшості національних законів про міжнародний комерційний арбітраж.

Перш ніж вдатися до детального аналізу кожної з означених нами категорій, пов'язаних з доказами, доцільно в цілому визначитися з їх правовою природою. Д. О. Бочаров називає належність, допустимість і достовірність легальними характеристиками доказу[284]. В контексті національного процесуального права Т. В. Руда пропонує вважати належність, допустимість, достовірність нормативними критеріями внутрішнього переконання, якими суддя керується при оцінюванні доказів[285]. Н. М. Тюняєва вважає, що належність, допустимість, достовірність доказів є принципами доказування поряд із безпосередністю дослідження доказів, всесторонністю, об'єктивністю, повнотою дослідження доказів, вільним оцінюванням доказів та обов'язком доказування[286]. У практиці також іноді має місце приписування окремим характеристикам доказів значення принципів. Так, наприклад, стосовно рішення від 14 червня 2010 року, ухваленого арбітражем за регламентом ICC, була подана заява про скасування до Федерального

---

[281] CIETAC Arbitration proceeding, Award of 19 April 1991 (Metal silicon case). — Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/910419c1.html

[282] Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award of 30 May 2001 Arbitration proceeding 185/2000. — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/010530r2.html

[283] CIETAC Arbitration proceeding, Award of 11 February 2000 (Silicon metal case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000211c1.html; Stockholm Chamber of Commerce, Arbitration Award of 1998, Case No. 107/1997 (Steel bars case). — Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=435&step=FullText

[284] *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.

[285] *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.

[286] *Тюняева Н. Н.* Относимость доказательств в арбитражном процессе [Текст] : автореф. дис. … канд. юрид. наук / Наталья Николаевна Тюняева ; СГАП. — Саратов, 2011. — С. 8.

суду Швейцарії з мотивів «порушення арбітражним судом принципу достовірності»[287].

На думку О. В. Гордейчика, більш виправдано говорити про властивості доказів. Такий підхід призводить до універсалізації погляду на проблему належності та допустимості доказів, тобто до визнання наявності у доказів двох властивостей: об'єктивно притаманної їм належності та допустимості, якою їх наділяє законодавець. При цьому в рамках цієї системи для кожного конкретного доказу допустимість також буде носити об'єктивний характер, оскільки вирішення питання про допустимість залежить не від волі суб'єкта (судді), а від відповідності доказу визначеним у законі критеріям[288].

Т. В. Руда для більш системного розуміння суті цих категорій звертає увагу на стадійність їх застосування. На її думку, вирішуючи питання про прийняття доказу, суд перевіряє наявність у ньому інформації, яка має значення для справи, — належність доказу, і відповідність доказу закону — допустимість. А перш ніж ухвалити рішення, суд перевіряє, чи відповідає конкретний доказ дійсності — тобто впевнюється в тому, чи є доказ достовірним, чи можна з сукупності доказів зробити висновок про існування або відсутність певного юридичного факту, на підтвердження якого вони представлені — тобто чи є ці докази достатніми у своїй сукупності[289].

Дійсно, можна говорити про певне групування характеристик за ознаками їх належності до форми (допустимість) або змісту доказів (належність, істотність, достатність, вага), а також про умовну стадійність застосування цих категорій. При цьому стадійність іноді проглядається не тільки в теорії та правозастосовчій практиці, а й у конструкції окремих норм законодавства про міжнародний комерційний арбітраж. Так, наприклад, бельгійське законодавство про арбітраж передбачає, що арбітри на власний розсуд вирішують питання щодо допустимості та доказової сили будь-якого доказу (стат-

[287] Рішення господарського суду Запорізької області від 22 березня 2013 року у справі № 908/348/13-г. — Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/30350931

[288] *Гордейчик А. В.* Допустимость доказательств в гражданском и арбитражном процессах / Алексей Владимирович Гордейчик. — Хабаровск : Риотип, 2000. — С. 26.

[289] *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.

тя 1700(3) Бельгійського судового кодексу[290]). Це свідчить про те, що бельгійське законодавство виділяє дві важливі характеристики доказів (допустимість та вага). Видається, що законодавець виходив зі стадійності процесу доказування, а точніше з того, що арбітр повинен ухвалювати рішення щодо доказу двічі: спершу приймаючи його до справи (тобто про допустимість у широкому розумінні), а потім вирішуючи на підставі прийнятих доказів справу (тобто про вагу доказів). Таким чином, належність, істотність доказів та їх допустимість у вузькому значенні не залишені поза увагою, а охоплені поняттям «допустимість».

У теорії доказування така стадійність співвідноситься з розмежуванням питань, пов'язаних з прийняттям (одержанням) доказів, та питань, пов'язаних з їх оцінюванням. У зв'язку з цим виправдано говорити про належність, істотність та допустимість (у вузькому значенні) як про властивості доказів, а про достовірність та вагу — як про критерії їх оцінювання. Належність, істотність та допустимість є саме властивостями, а не принципами, оскільки вони притаманні кожному доказу окремо і без їх наявності відповідний матеріал не повинен бути прийнятий як доказ. При цьому саме належність та істотність для вирішення справи є ключовими змістовими властивостями доказів, на які вказують Правила IBA. Обґрунтування належності та істотності запитуваного у іншої сторони доказу також є необхідною умовою для того, аби запит про їх надання був підтриманий арбітражним судом відповідно до Настанов ICDR з обміну інформацією (стаття 2).

Разом з тим, у міжнародному комерційному арбітражі належний та істотний доказ не може бути прийнятий, якщо він є недопустимим. Однак, допустимість доказу не гарантує йому доказову силу[291]. Таким чином, кожна з властивостей є необхідною для того, аби певний матеріал був прийнятий (отриманий, запитаний) як доказ. Водночас жодна з них не підмінює собою критерії оцінювання,

---

[290] Belgian Judicial Code. In force as from September 1, 2013. Chapter 6: Arbitration. — Режим доступу : http://www.cepani.be/en/arbitration/belgian-judicial-code-provisions

[291] *Schlaepfer A. V., Bärtsch P.* A Few Reflections on the Assessment of Evidence by International Arbitrators // International Business Law Journal / Revue de Droit des Affaires Internationales. — 2010. — Issue 3. — p. 214.

якими є достовірність та вага. Достовірність віднесена до критеріїв оцінювання з тих підстав, що висновок про достовірність певного доказу може бути з впевненістю зроблений за результатами оцінювання всіх доказів у сукупності, хоча критичний читач може звернути увагу на те, що очевидно недостовірний матеріал не повинен бути прийнятий як доказ, а тому можна було б віднести характеристику достовірності до переліку властивостей. Однак такий висновок про очевидну недостовірність на стадії прийняття доказу є скоріше рідкісним випадком, який до того ж супроводжується необхідністю прийняти недостовірний матеріал, який власне і слугуватиме доказом власної недостовірності. Без прийняття такого доказу арбітражний суд не матиме підтвердження для власного висновку про недостовірність. Натомість для підтвердження висновку про неналежність, неістотність або недопустимість матеріалу як доказу прийняття його непотрібне і навіть неможливе, якщо мова йде про недопустимість.

Далі проаналізуємо окреслені вище властивості доказів детально.

У широкому значенні, яке використовується у практиці доказування, доказ є допустимим, якщо на його підставі можна робити певні висновки про факти, які можуть мати значення при вирішенні судом справи[292]. При цьому вираз «можна робити певні висновки» стосується як правової можливості (допустимість у вузькому значенні), так і можливості в аспекті логіки (належність). Разом з тим, уявлення про допустимість має певні відмінності у різних правових системах, вплив яких відчувається у міжнародному комерційному арбітражі (як буде видно далі, це поняття вживається переважно у вузькому значенні у відомих арбітражних регламентах, однак у Правилах IBA його значення дуже широке, притаманне американській процесуальній моделі).

В американському процесі допустимість доказів (*admissibility*) означає, що доказ може бути внесений на розгляд суду, лише якщо він має доказове значення для доведення певного факту під час судового процесу. Тобто в американському судочинстві доказ є допустимим,

[292] *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.

якщо його дослідження в судовому засіданні може бути корисним для вирішення справи. В українському цивільному процесі, натомість, допустимість розуміється як те, що суд може брати до уваги лише докази, одержані без порушень закону[293].

Найбільш широке застосування поняття «допустимість» зустрічаємо у Правилах ІВА. Стаття 9 Правил «Допустимість та оцінювання доказів» передбачає, що арбітражний суд за клопотанням сторони або за власною ініціативою може виключити з доказів або з таких, що підлягають наданню, будь-який документ, заяву, усні свідчення або протокол огляду за однією з таких підстав:

1) відсутність достатньої належності до справи або істотності для її вирішення;
2) правова заборона або привілей в силу правових чи етичних норм, які арбітражний суд вважатиме такими, що підлягають застосуванню;
3) надмірне обтяження, пов'язане з наданням запитаного доказу;
4) надання достатньої інформації, яка з розумною ймовірністю дозволяє припустити, що запитуваний документ втрачено чи знищено;
5) підстави комерційної або технічної конфіденційності, які арбітражний суд вважатиме такими, що превалюють;
6) фактори особливого політичного або інституційного значення (включно з доказами, які можуть бути класифіковані як державна таємниця або таємниця міжнародної організації), які арбітражний суд вважатиме такими, що превалюють;
7) міркування процесуальної економії, пропорційності, справедливості та рівності сторін, якими арбітражний суд вважатиме за необхідне керуватися[294].

Поданий вище перелік поєднує як власне властивості доказів (належності та істотності у пункті 1, допустимості у пунктах 2, 5 та 6),

---

[293] *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.

[294] IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. Adopted by a resolution of 29 May 2010. — Режим доступу: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#takingevidence

так і процесуальні аспекти забезпечення рівного ставлення до сторін та ефективності процесу (пункти 3 та 7), а також існування самого доказу (пункт 4). Цілком ймовірно, що автори Правил ІВА виходили з необхідності встановити найбільш загальні підстави, з яких можливе виключення окремих доказів або відмова у їх запиті від іншої сторони або прийнятті, якщо їх вже надано, а відсутність таких підстав є свідченням допустимості у найбільш загальному розумінні, яке застосовується в міжнародному комерційному арбітражі. Однак тільки ті з них, які згруповані як властивості доказів, можуть слугувати підставою для виключення або відмови у прийнятті наданого до арбітражного суду документу, свідчення або іншого матеріалу. Саме вони далі будуть розглянуті як властивості доказів.

Як у правових системах загального права, так і в континентально-правовій традиції належність не є питанням суто правовим, воно скоріше стосується загальних засад логічного обґрунтування. В юридичній літературі трапляється змішування цієї властивості з іншими, зокрема з істотністю доказу, а також із критерієм достовірності. Належність доказів (*relevance*), за визначенням деяких дослідників, є здатністю підвищити або, навпаки, зменшити ймовірність існування певного факту[295]. Такий зміст поняття належності близький до його значення у правових системах загального права, де цей термін визначають як здатність робити існування певної обставини більш можливим, і в такому вигляді об'єднують з поняттям істотності[296].

На думку Т. В. Рудої, належність втілює три окремі вимоги:

1) між доказом та фактичною обставиною, на яку він спрямований і що має значення для вирішення справи, повинен бути зв'язок. Тобто належність означає пов'язаність доказу із фактами, які входять до предмету доказування;

2) обставина, на доведення якої спрямовується доказ, повинна мати юридичні наслідки згідно з нормами матеріального права. Роль таких процесуальних механізмів полягає у звуженні обсягу фактів

[295] *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.

[296] *Pilkov K.* Evidence in International Arbitration: Criteria for Admission and Evaluation / Konstantin Pilkov // The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management. — 2014. — Volume 80. — Number 2. — p. 148.

та доказів, що є юридично значимими і які повинен розглянути суд. Отже, докази мають значення для справи, лише якщо вони пов'язані зі спірним фактичним елементом позову чи заперечення проти позову;

3) доказ має бути здатним довести або спростувати фактичну обставину. Цей аспект належності відображає мету процесу доказування — переконування суду або присяжних у правоті позиції тієї чи іншої сторони. При цьому йдеться не про переконливість доказу, а лише про те, що певна фактична обставина має бути більш ймовірною при існуванні доказу, ніж за його відсутності[297].

У міжнародному комерційному арбітражі остання з названих умова втілюється в істотності доказу, а тому є підстави для розмежування властивостей належності та істотності. Правила ІВА чітко виділяють дві найважливіші властивості (належність до справи та істотність для її вирішення), наявність яких необхідна для прийняття доказу або запитування його у сторони. Зважаючи на це, можна визначити *належність доказу в міжнародному комерційному арбітражі як логічний зв'язок з обставинами, які складають предмет доказування*. У правових системах як загального, так і цивільного права належність не є питанням суто юридичним, натомість стосується більшою мірою засад логічного мислення. Зв'язок з правом чіткіше проглядається у континентально-правовій традиції: норми матеріального права, які підлягають застосуванню, визначають взаємозв'язок між доказом та обставиною, яка має значення для вирішення справи.

Досліджуючи питання належності доказів у цивільному процесуальному праві, Т. В. Руда пов'язує питання належності та достовірності доказу, вказуючи, що належний доказ повинен відповідати певним традиційним уявленням про достовірність, тобто відповідати дійсності[298]. З цим складно погодитись, а тим більше перенести за аналогією в міжнародному комерційному арбітражі, оскільки питання про належність вирішується щодо окремого доказу на стадії його залучення до справи, або навіть ще при вирішенні питання про доцільність одержання, в той час як висновок про достовірність доказу

[297] *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.

[298] Там само. — С. 40.

може бути зроблено, по-перше, після його одержання судом, а по-друге, остаточно цей висновок робиться, як правило, щодо всіх доказів в процесі їх оцінювання.

Встановлення належності як необхідної властивості доказу має не лише теоретичне значення. Неналежність є достатньою підставою для відмови у прийнятті, запиті певного документа, матеріалу або свідчення. Звичайно, на практиці арбітражні суди нерідко утримуються від того, аби відмовляти у прийнятті доказів з підстав їх неналежності[299]. Це пояснюється тим, що така відмова часто створює ризик для чинності арбітражного рішення або його здатності бути допущеним до виконання через можливі заяви сторони про порушення її права викласти свої аргументи та докази. Міжнародні акти та національне законодавство у сфері міжнародного комерційного арбітражу не містять спеціальних норм, які б дозволяли арбітражним судам мінімізувати цей ризик (одним з винятків є Шведський закон про арбітраж, стаття 25 якого уповноважує арбітрів відмовити у прийнятті доказу, який є «очевидно неналежним»[300]). Поступаючись у питанні забезпечення процесуальної ефективності арбітражу через прийняття доказів із сумнівною належністю, арбітри часто опікуються чинністю рішення, при ухваленні якого за результатами оцінювання доказів неналежному матеріалу все одно не буде надано якої-небудь доказової ваги.

Якщо ознака належності вказує на існування зв'язку доказу з предметом доказування, то *істотність* (*materiality*) *характеризує значення для вирішення справи у тому розумінні, що істотний доказ робить висновок про існування певної обставини більш ймовірним*.

На думку А. Редферна та М. Хантера, для більшості практиків арбітражу звичною є необхідність обґрунтувати належність документів або іншої інформації, що запитується у іншої сторони. Необхідність обґрунтувати істотність доказу для вирішення справи складає значно більший тягар. Це дозволяє арбітрам відмовити у запиті у ви-

---

[299] *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). — p. 290.

[300] Swedish Arbitration Act (SFS 1999:116). — Режим доступу : http://www.sccinstitute.com/?id=23746

падках, коли запитувані документи стосуються справи, однак їх надання істотно не вплине на її вирішення[301].

Належність є ознакою, яка визначається більшою чи меншою мірою окремо щодо кожного доказу. Істотність доказу, натомість, більшою мірою залежить від того, які докази вже надані. Подання доказу, який підтверджує існування обставини, що вже була встановлена за допомогою іншого доказу, не позбавляє цей більш пізній доказ належності, однак робить його неістотним.

Маючи повноваження вирішувати щодо істотності доказу, так само як і у випадку з належністю, арбітражний суд залишається у ситуації ризику для чинності свого рішення та його здатності бути допущеним до виконання, якщо відмовляє у прийнятті або виключає доказ з цих підстав. Тому у практиці випадки відмови у прийнятті належного доказу або виключення вже прийнятого доказу з підстав його неістотності майже не трапляються. Натомість для обґрунтування запиту стороною доказу в іншої сторони підтвердження істотності запитуваного доказу залишається ключовим, на що вказують також Правила ІВА, які покладають тягар доказування істотності на сторону, яка звертається із запитом.

Дослідники в цілому погоджуються з думкою про те, що, вирішуючи питання про належність та істотність для вирішення справи доказу, арбітражний суд у жодному випадку не здійснює упередженого судження, яке б могло стати приводом для скасування арбітражного рішення[302]. Однак, на практиці арбітри нерідко утримуються від неприйняття доказів з підстав неналежності або неістотності, і вдаються до ухвалення рішення стосовно цих властивостей переважно у тих випадках, коли мова йде про запит стороною доказів у іншої сторони.

Вирішення питання про належність, істотність, достатність доказів та їх вагу підпорядковується законам логіки і не врегульова-

---

[301] *Redfern & Hunter* on International Arbitration — Fifth Edition Edited by Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. — Oxford University Press, 2009. — p. 394.

[302] *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.

не формальними правилами, оскільки ці питання стосуються змісту доказів, фактичних даних[303]. Допустимість, натомість, не пов'язується з фактичними даними, а стосується тільки процесуальної форми доказів, тобто засобів доказування[304].

Як і стосовно двох раніше розглянутих властивостей, у більшості відомих арбітражних систем арбітражний суд наділений широкими повноваженнями вирішувати щодо допустимості. Однак така дискреція на практиці зіштовхується з численними правовими обмеженнями навіть у тих випадках, коли процесуальні правила арбітражу спеціально передбачають, що доказ, щоб бути прийнятим арбітражним судом, не повинен бути неодмінно допустимий в силу юридичних приписів (як це, наприклад, передбачено у статті 16.2 Регламенту Сінгапурського центру міжнародного арбітражу[305]).

Вирішення питання про допустимість доказу справляє, очевидно, найбільш відчутний вплив на чинність арбітражного рішення та його виконання. Якщо безпідставна відмова залучити до справи належний, допустимий, істотний доказ створює ризик скасування або відмови у визнанні та виконанні арбітражного рішення, то помилкове залучення неналежного або неістотного доказу матиме наслідком тільки процесуальні втрати, перш за все, часу на дослідження такого доказу. Однак прийняття і врахування при ухваленні рішення доказу, який не повинен бути прийнятий як недопустимий, може також мати наслідком створення ризиків скасування або відмови у визнанні та виконанні рішення.

Арбітражні суди не часто ухвалюють окремі проміжні рішення щодо недопустимості окремих доказів, хоча вимоги сторін про виключення доказів з підстав їх недопустимості непоодинокі, про що свідчить арбітражна практика[306]. На думку А. В. Шлепфер та Ф. Берча,

---

[303] *Redfern & Hunter* on International Arbitration — Fifth Edition Edited by Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. — Oxford University Press, 2009. — p. 394.

[304] *Треушников М. К.* Судебные доказательства : Монография / М. К. Треушников. — М. : Юридическое бюро «ГОРОДЕЦ», 1997. — С. 78.

[305] Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre, SIAC Rules (5th edition, 1 April 2013). — Режим доступу: http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2013

[306] Див. Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Award of 5 April 2007 (Pressure sensors case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070405s5.html

в арбітражі не часто постає питання про допустимість тих чи інших доказів. Наприклад, заборона навідних запитань свідкам у міжнародному комерційному арбітражі не практикується (тобто у залученні до матеріалів справи свідчень, одержаних у відповідь на навідні запитання, арбітри не відмовляють з підстав недопустимості), якщо тільки сторони самі не встановили спеціальні правила щодо цього. Те ж стосується, на думку дослідників, і свідчень з чужих слів — вони не виключаються як недопустимі. Це однак компенсується тим, що допустимість доказу не гарантує йому доказової ваги[307].

Така ситуація обумовлена тим, що відмова у залученні доказу з підстав його недопустимості створює ризики для чинності арбітражного рішення або його визнання та виконання через можливе порушення права сторони на подання аргументів. Разом з тим, прийняття доказу не позбавляє арбітрів можливості врахувати під час їх оцінювання ті дефекти, які в національних судових процесах могли б бути підставою для визнання доказу недопустимим.

Підхід до вирішення питання про допустимість доказу у міжнародному комерційному арбітражі істотно відрізняється від підходу, властивого національним судовим процесам, зокрема в Україні. Так, у теорії доказування у господарському процесі Т. В. Степанова визначає зміст допустимості доказів як вимоги встановлення спеціальними правилами певних засобів доказування, без обов'язкового використання в процесі яких неможливо повною мірою довести обставини справи, на які посилається учасник процесу[308]. Тобто, мова йде про допустимість як позитивне обмеження, коли допустимим є те, що передбачене законом.

Натомість допустимість доказу в міжнародному комерційному арбітражі презюмується.

На думку Т. В. Рудої, можна говорити про принцип гіпотетичної допустимості належних доказів. Тобто у разі відсутності конкретної підстави для виключення належних доказів, усі належні докази

---

[307] *Schlaepfer A. V., Bärtsch P.* A Few Reflections on the Assessment of Evidence by International Arbitrators // International Business Law Journal/Revue de Droit des Affaires Internationales. — 2010. — Issue 3. — p. 214.

[308] *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.

мають бути допущені[309]. Більш правильним було б назвати це презумпцією допустимості належних доказів. Ця презумпція у міжнародному комерційному арбітражі має процесуальний характер. Її застосування в арбітражі як визнаної можна вивести з узагальненої практики, втіленої у Правилах ІВА, які передбачають, що сторона, яка надає або запитує доказ, не зобов'язана довести його допустимість. Натомість сторона, яка заперечує проти запиту доказу з підстав недопустимості, повинна навести ці підстави (статті 3.5 та 4.10 Правил ІВА).

Разом з тим, процесуальною презумпцією допустимості належних доказів у міжнародному комерційному арбітражі питання допустимості не вичерпується. В. В. Комаров та В. Н. Погорецький вважають, що питання допустимості доказів є процесуальним і може вирішуватись процесуальним правом арбітражу[310]. З таким твердження можна погодитись лише в частині процесуального характеру допустимості. Разом з тим, процесуальне право арбітражу встановлює, як правило, лише право арбітражного суду вирішувати про допустимість доказів, а іноді також презумпцію допустимості належних доказів. Натомість спеціальні правила щодо допустимості доказів, хоча й мають процесуальну природу, врегульовані, як правило, актами матеріального права, яке підлягає застосуванню, а також іншими нормами, які мають найбільш тісний зв'язок з відповідним доказом. Дійсно, в актах матеріального права досить часто зустрічаються норми, що забороняють використання певного засобу доказування для встановлення певних обставин. Так, відповідно до частини 1 статті 218 Цивільного кодексу України у разі недодержання письмової форми правочину, яка встановлена законом, не допускається як доказ свідчення свідка для доведення факту укладення правочину. Такі спеціальні правила, які стосуються допустимості, можуть бути визнані арбітражним судом обов'язковими для застосування. Врахування спеціальних правил щодо допустимості доказів, встановлених в актах матеріального права, підтверджується також арбітражною

[309] *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.

[310] *Комаров В. В.* Международный коммерческий арбитраж : науч. изд. / В. В. Комаров, В. Н. Погорецкий. — Х. : Право, 2009. — С. 100.

практикою. Так, ухвалюючи рішення від 30 вересня 2003 року, МКАС при ТПП України виходив з того, що відповідно до статті 204 Кодексу торговельного мореплавства України наявність і зміст договору фрахтування судна на певний час можуть бути доведені виключно письмовими доказами[311].

Проте слід врахувати, що застосування значної частини з таких спеціальних правил залишається на розсуд сторін і арбітражного суду до тих пір, поки мова не йде про недопустимість доказу під загрозою порушення публічного порядку (якщо, наприклад, доказ одержано злочинним шляхом). Наприклад, встановлені у праві України обмеження на використання свідчення свідків для підтвердження укладення правочину за своєю суттю є визнаним на рівні закону ставленням до свідчень як до недостовірного джерела інформації про укладення правочину на певних умовах. Аналогічний підхід до встановленого у деяких процесуальних законах правила про безпосередність сприйняття свідком інформації, яка стане предметом свідчення, тобто недопустимість прийняття свідчень з чужих слів — вони розцінюються наперед як недостовірні. Однак у міжнародному комерційному арбітражі достовірність доцільно розглядати як один з критеріїв оцінювання доказу, внаслідок чого арбітражний суд може не вважати себе зобов'язаним одразу відкидати свідчення у цьому випадку як наперед недостовірні.

Отже, як бачимо, допустимість доказу може визначатись процесуальним правом, яким керується арбітражний суд, із застосуванням норм, які містяться в іншому праві, та врахуванням публічного порядку.

Щодо допустимості або недопустимості доказів також можливе досягнення згоди сторонами. Це цілком вкладається у визнану в міжнародному комерційному арбітражі автономію сторін у вирішенні питань доказування та підтверджується арбітражною практикою. Як видно з рішення МКАС при ТПП України від 23 липня 2003 року, відповідач заперечував проти прийняття як доказу акту фактичного стану обладнання, яке було поставлене відповідачем, оскільки такий акт не передбачений контрактом, який вимагав складення винятково акту приймання обладнання. Натомість позивач вказував на допусти-

[311] Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины от 30 сентября 2003 года [О соблюдении условий договора бербоут-чартера]. — Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2657.html

мість акту фактичного стану обладнання як доказу[312]. У цьому випадку, дійсно, мова йшла про допустимість доказу, оскільки відповідач стверджував, що контрактом встановлено єдиний документ, яким мав бути підтверджений стан обладнання, у зв'язку з чим будь-які інші докази не є допустимими.

Деякі дослідники, однак, ставлять під сумнів право сторін досягнути згоди щодо допустимості доказів. Так, І. Нікіфоров дійшов висновку, що в арбітражному процесі рішення щодо процесу доказування, видів доказів, обов'язку доказування повинно бути прийняте сторонами, а у випадку недосягнення ними явно вираженої згоди — арбітрами. А от рішення про допустимість, належність, істотність і значимість будь-яких доказів компетентно ухвалює третейський суд[313]. Таке розмежування є спірним. Висновок І. Нікіфорова, ймовірно, зроблений на тій підставі, що законодавство про арбітраж багатьох країн, а також Типовий закон ЮНСІТРАЛ покладають вирішення питань належності та допустимості доказів на арбітрів, а про сторін у відповідних нормах не згадано. Водночас сторони також можуть досягти згоди з питань допустимості, належності та ваги доказів, як і будь-яких інших питань доказування. Звичайно реалізація сторонами цього права може знаходити обмеження з боку обов'язкових норм права, якими можуть бути врегульовані окремі аспекти доказування. Досягнення сторонами згоди у певних питаннях доказування всупереч таким обов'язковим нормам може створювати перешкоду для дійсності арбітражної угоди, арбітражного рішення, а також можливості примусового виконання рішення. Таке протиріччя є критичним, звичайно ж, не в усіх випадках, а тільки в тих, коли воно може бути розцінене компетентним судом як обставина, що робить можливою скасування арбітражного рішення, або може слугувати підставою для відмови у наданні дозволу на примусове виконання, зокрема через порушення публічного порядку.

Автономія сторін та широкі повноваження арбітрів у вирішенні питань допустимості доказів, дійсно, мають певні обмеження. Так,

---

[312] Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины от 23 июля 2003 года [О взыскании неоплаченной стоимости поставленного оборудования]. — Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2605.html

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

якщо доказ одержано у спосіб, який суперечить публічному порядку країни місця арбітражу (наприклад, свідчення одержані із застосуванням насилля), такий доказ не може бути прийнятий як допустимий. Крім того, деякі докази можуть знаходитись під захистом привілеїв або захищених правом таємниць (адвокатська або інша професійна таємниця тощо)[314]. Оскільки питання про допустимість доказу може вирішуватись при розгляді питання про необхідність одержати від сторони певні докази, саме з підстав застосування цих привілеїв або необхідності збереження охоронюваної законом таємниці, може бути відмовлено в одержанні доказу як недопустимого.

Особливим підвидом підстав обмеження допустимості доказу можна вважати доказові привілеї, які, як визнано дослідниками, безперечно впливають саме на допустимість доказів[315].

Концепція доказових привілеїв за своєю суттю протистоїть меті доказування. Привілеї не сприяють встановленню обставин, вони існують для захисту певних інтересів або відносин і, таким чином, спрямовані на досягнення соціальних або публічних цілей. *Правила про привілеї дозволяють особі або стороні відмовитись від надання свідчень або розкриття певної інформації, навіть якщо така інформація має значення для справи.* Правила про привілеї базуються на концепції про те, що захист певних інтересів, конфіденційності або нерозкриття інформації розцінюється як дещо більш важливе, ніж вага доказу[316].

Більшість відомих арбітражних регламентів уповноважує арбітражні суди вирішувати питання доказування, однак не пропонує вирішення такого неоднозначного питання, як привілеї:

– Типовий закон ЮНСІТРАЛ та Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ тільки згадують про право арбітражного суду виключити доказ;

---

[314] *Pilkov K.* Evidence in International Arbitration: Criteria for Admission and Evaluation / Konstantin Pilkov // The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management. — 2014. — Volume 80. — Number 2. — p. 150.

[315] *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.

[316] *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.

– Регламент з міжнародного арбітражу ICDR визначає, що «трибунал повинен брати до уваги застосовні правила про правові привілеї, зокрема такі, що стосуються конфіденційності спілкування між юристом та клієнтом» (стаття 22). Водночас регламент не дає відповіді на питання про те, які ще привілеї повинні бути взяті до уваги;
– Арбітражний регламент ICC (стаття 22(3)) передбачає, що арбітражний трибунал «може вживати заходів для захисту комерційної таємниці та конфіденційної інформації», але не регулює того, що повинне вважатись конфіденційною інформацією, та того, які правила про привілеї трибунал повинен застосовувати;
– Регламент з міжнародного арбітражу Торгової палати Цюриха (стаття 38) також до 2004 р. передбачав можливість врахування захисту привілеями деяких свідчень, однак був замінений Швейцарським арбітражним регламентом, який вже не містить таких спеціальних положень.

Правила IBA передбачають, що арбітражний трибунал може відмовити у задоволенні запиту сторони на надання доказів, які складають «юридичну заборону або привілей відповідно до правових або етичних правил, які арбітражний суд визнає такими, що підлягають застосуванню», без пояснення того, на якій підставі про привілей може бути заявлено[317].

Складність питання про привілеї полягає ще й в тому, що сторони заявляють про привілеї з посиланням на норми різних правових систем, часто інших, ніж тієї, яка обрана сторонами для регулювання їх договірних відносин. На думку В. Камерер, арбітри зіштовхуються зі значними труднощами, коли сторона заявляє про привілей. Арбітражні суди часто беруть до уваги інтереси різноманітних юрисдикцій при вирішенні питання про те, яка з них має найбільший інтерес (зв'язок) стосовно привілею. Суд може взяти до уваги те, де мало місце спілкування (якщо, наприклад, заявлено про привілей стосовно інформації, одержаної під час спілкування клієнта з адвокатом) або

[317] *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.

спір, або де зберігаються певні документи. Суд може взяти до уваги норми права країни сторони, яка заявляє про існування привілею, або, знову ж таки, звернутися до права країни місця арбітражу[318]. Наведені В. Камерер «варіанти» вказують не на можливість вибору та широкі дискреційні повноваження у застосуванні процесуальних норм, а на існування ситуації невизначеності у найбільш загальних питаннях застосування належних норм.

Закономірно постає питання про те, яке право слід застосовувати до відносин з приводу захисту певної інформації привілеєм. Альтернативу, на думку Г. Кауфман-Колер та Ф. Берча, становлять процесуальне право арбітражу, право, якому підпорядкована арбітражна угода, право країни місця виконання наказу арбітражного суду про надання документів, а також право, яке має найбільш тісний зв'язок з відносинами, щодо яких заявлено захист привілеєм. Перед тим, як здійснити спробу обрати серед цих альтернатив, слід врахувати, що деякі привілеї, наприклад захист комунікації між клієнтом та адвокатом, є настільки широко визнаними у різних правових системах, що в арбітражі вони часто розглядаються як захищені в силу дії загальних принципів без відсилання до будь-якого національного права[319].

На думку Г. Кауфман-Колер та Ф. Берча, незважаючи на те, що різні правові системи підтримують різні підходи до правових привілеїв як до питань матеріального або процесуального права, вони не вкладаються цілковито в жоден з цих підходів і поєднують у собі ознаки обох. Процесуальний елемент поєднує питання привілеїв з правом, яке регулює арбітражний розгляд (але не процесуальним правом, яке застосовує відповідний державний суд), а матеріальний елемент поєднує його з правом, яке має найбільш тісний зв'язок із захищеними привілеєм відносинами або інформацією. На думку дослідників, зважаючи на таку подвійну правову природу, доцільним може видатися обґрунтовувати привілей одночасно у процесуальному та у матеріальному контексті, оскільки у випадку протиріччя один з елементів матиме можливість бути застосованим. Таке кумулятивне

[318] Там само. — p. 39.

[319] *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.

обґрунтування може мати місце до тих пір, поки не постає питання про рівне ставлення до сторін, якщо однакова за правовою природою інформація виявляється захищеною правом для однієї зі сторін і поза таким захистом для іншої. У такому випадку протиріччя може бути вирішене шляхом застосування права арбітражу, яке зберігає за арбітражним судом широкі повноваження та дозволить врахувати необхідність захисту привілейованої інформації та збереження рівного ставлення до сторін[320].

На практиці відмінність між підходом до цього питання як до питання матеріального або процесуального права часто є розпливчастим, оскільки правила про привілеї зазвичай не розглядаються як частина застосовного матеріального права. Більше того, сторони також не очікують, що здійснений ними вибір матеріального права стосуватиметься питань привілеїв, якщо відповідний доказ має тісніший зв'язок з іншим правом. Це, на думку В. Камерер, робить простішим пошук спільних підходів до встановлення гармонізованих процедур розкриття доказів у тих випадках, коли не зачіпаються публічні інтереси[321].

Забезпечення рівного ставлення до сторін при розгляді питань про привілеї вимагає також стаття 9.3(e) Правил IBA. Це відкриває можливості для того, аби однакова за значенням інформація була розцінена арбітражним судом як захищена, якщо одна із сторін обґрунтовано посилається на захищеність такої інформації у своєму випадку, а інша сторона таким захистом не користується в силу лише формального застосування відповідних норм. Настанови ICDR з обміну інформацією пропонують схоже вирішення цієї проблеми: якщо на сторони, їх радників або документи поширюватимуться різні правила, арбітражний суд повинен застосовувати до обох сторін однакові правила, надаючи перевагу тим, які встановлюють найвищий рівень захисту (стаття 7 Настанов).

Правила IBA відкривають можливість визначити, які категорії привілеїв є визнаними в арбітражі. Так, стаття 9.3 Правил пропонує

---

[320] *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.

[321] *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.

арбітражному суду, наскільки це допускається імперативними правовими та етичними нормами, враховувати таке:

1) необхідність охорони конфіденційності документу, заяви або усного повідомлення, відповідно складеного або зробленого з метою і у зв'язку з наданням або одержанням юридичної допомоги або з метою і у зв'язку з переговорами про мирне врегулювання спору;
2) очікування сторін та їх консультантів на момент виникнення юридичної заборони або привілею;
3) можливу відмову від правової заборони або привілею шляхом згоди, розкриття у минулому, свідомого використання документу, заяви, усного повідомлення або рекомендації, що у них містилась, або іншим чином;
4) необхідність забезпечити справедливість та рівність щодо сторін, особливо якщо вони є суб'єктами різних юридичних або етичних норм.

Таким чином, як бачимо, таємниця спілкування клієнта з адвокатом визнається як така, що очевидно захищена привілеєм. Пропозиції мирного врегулювання та переговори з цього приводу також можуть становити інформацію, захищену привілеєм. В арбітражній практиці навіть склався особливий формат надання такої пропозиції — опечатана пропозиція (*sealed offer*) — зміст якої, як правило, не береться до уваги арбітрами як доказ, навіть якщо вона була розкрита арбітражному суду стороною, яка її одержала, проте може бути врахована під час розподілу арбітражних витрат, якщо адресат такої пропозиції одержить за арбітражним рішенням менше, ніж йому було запропоновано у пропозиції. У зв'язку з цим набула поширенням формула допустимості таких пропозицій як доказів — *without prejudice save as to costs*, тобто зміст пропозиції не повинен вплинути на вирішення справи по суті, однак може бути взятий до уваги при розподілі арбітражних витрат.

Часто проблема полягає не стільки у визначенні права, що підлягає застосуванню, як у тому, аби визначити, чи дійсно документ містить інформацію, яка захищена привілеєм. В окремих випадках сторони в цьому разі можуть домовитись про конфіденційність ознайомлення з таким документом. В інших можливим є надання відредагованого документа, з якого видалено захищену інформацію. Так,

у справі 2007 року за регламентом SCC арбітражний суд дозволив редагування документів стороною, яка заявляла про наявність у них конфіденційної інформації про сторонніх покупців[322].

Однак все ж залишаються випадки, коли потрібно ознайомитись з документом повністю, аби визначити, чи дійсно, і якщо так, то в якій мірі, інформація є такою, що потребує захисту. Арбітражний суд у такому випадку може за згодою сторін самостійно розглянути документи без допущення до ознайомлення сторони, яка вимагала надання документа. На підставі такого розгляду арбітражний суд далі визначить, чи є необхідним одержувати цей документ повністю, або у частині. Такий розгляд не породжує загрози для чинності та виконання арбітражного рішення тільки у випадку згоди сторін на його проведення. За відсутності згоди сторін він не враховує вимог про належний розгляд і право сторони на викладення своїх коментарів з приводу доказу, оскільки позбавляє сторону можливості брати участь у дослідженні доказу.

Доцільним може виявитися призначення арбітражним судом експерта, який ознайомиться зі спірним документом та надасть висновок щодо обсягу захисту. Крім того, він може надати дані про зміст документу таким чином, щоб були збережені захищені привілеєм інтереси. Стаття 3.8 Правил IBA дозволяє арбітражному суду призначати експерта для вирішення питання щодо заперечень на підставі привілею. Арбітражні регламенти це питання, як правило, залишають поза регулюванням. Серед винятків Арбітражний регламент Всесвітньої організації інтелектуальної власності, стаття 52 якого закріплює детальний механізм вирішення цього питання, на який часто зважають арбітри навіть у спорах, які не стосуються інтелектуальної власності[323]. Н. Омалі вважає, що арбітражний суд може також доручити з'ясування питання захисту інформації режимом конфіденційності чи привілеєм секретарю арбітражу[324].

---

[322] Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Award of 5 April 2007 (Pressure sensors case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070405s5.html

[323] *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.

[324] *O'Malley N.* Discovery in International Commercial Arbitration — A Practical Overview / Nathan D. O'Malley // California International Law Journal. — 2007. — Volume 15, No. 1. — p. 11.

Отже однакова за значенням інформація може бути розцінена арбітражним судом як захищена для обох сторін, якщо одна із сторін обґрунтовано посилається на захищеність такої інформації у своєму випадку, а інша сторона таким захистом не користується через відсутність відповідного положення у праві, яке визначає статус такої інформації. Для вирішення питання про те, чи поширюється на запитану інформацію привілей або інший захист, арбітражний суд може залучати експертів, або інших спеціалістів. Самостійно здійснити дослідження таких доказів без надання можливості іншій стороні ознайомитись з такими доказами, зазвичай, є неприпустимим, оскільки це порушує право сторони на надання своїх аргументів, однак можливе, якщо сторони про це домовляться.

4.2. Критерії оцінювання доказів

Оцінювання доказів здійснюється арбітрами за їх внутрішнім переконанням — закріпленням такого правила обмежується регулювання процесу оцінювання доказів у більшості регламентів з міжнародного комерційного арбітражу. Часто це виливається у те, що арбітри не вдаються до викладу результатів оцінювання доказів на предмет відповідності певним критеріям, обмежуючись констатацією того, що доказ є переконливим (як це зробив МКАС при ТПП України у рішенні від 21 травня 2004 року[325]).

Внутрішнє переконання часто розглядається як інструмент, за допомогою якого здійснюється оцінювання доказів. Це не виправдано з теоретичної точки зору, оскільки внутрішнє переконання є станом, якого арбітри повинні досягнути внаслідок оцінювання доказів за певними критеріями і який відповідає виконанню певного стандарту доказування. Як справедливо зазначає С. А. Леонтьєв, не внутрішнє переконання визначає силу доказів, а докази впливають на переконання суду. В процесі обґрунтування формується внутрішнє переконання

[325] Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины от 21 мая 2004 года [О возврате имущества из незаконного владения]. — Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2641.html

як суб'єктивне відчуття впевненості у доведеності або недоведеності факту. Саме це відчуття і складає зміст внутрішнього переконання[326]. Д. О. Бочаров також вказує на те, що внутрішнє переконання виникає у правозастосувача внаслідок оцінювання ним доказів[327].

Оцінювання (оцінка) доказів, як зазначає Д. О. Бочаров, є невід'ємним елементом діяльності з доказування і полягає у визначенні їх належності, допустимості й достовірності, а сформована в рамках правової позиції система доказів оцінюється також за критерієм їх достатності[328]. Складно повністю погодитись з таким підходом до визначення змісту оцінювання доказів, оскільки належність та допустимість, як ми встановили, є властивостями доказів, без наявності яких певний матеріал не повинен бути оцінений як доказ, а критерієм достовірності оцінювання доказу не вичерпується, оскільки необхідним є також визначення ваги доказу, тобто логічної можливості з його допомогою прийти до висновку про певну обставину. Система ж достовірних доказів, дійсно, підлягає оцінці за критерієм достатності.

Якщо на практиці від арбітрів не вимагається формального викладення результатів оцінювання із застосуванням конкретних критеріїв (це навіть шкодило б арбітражу через внесення зайвого формалізму), то врахування у діяльності цих критеріїв і їх чітке розмежування є важливим.

Водночас, як зазначають А. Йосанд та В. Бонді, якщо критерії належності доказів є більш-менш чіткими, то методи оцінювання ваги доказів та визначення достатнього рівня доведення є суб'єктивними та неконкретними[329]. Деякі науковці все ж виділяють певні критерії, за якими докази можуть бути оцінені. Так, В. В. Бабенко виділяє два критерії — індивідуальний, тобто передбачений для кожного окремого доказу (належність, допустимість, достовірність), і системний, який застосовується для всієї системи доказів у справі — достатність і взаєм-

---

[326] *Леонтьев С. А.* Процесс формирования внутреннего убеждения у судьи / С. А. Леонтьев // Адвокат. — 2010. — № 7. — С. 25.

[327] *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.

[328] Там само. — С. 9.

[329] *Jøsang A.* Legal reasoning with subjective logic / Audun Jøsang, Viggo A. Bondi // Artificial Intelligence and Law. — 2000. — No. 8. — p. 290.

ний зв'язок. Що стосується оцінювання доказів з точки зору їх достатності та взаємного зв'язку, то вона, на думку дослідника, складається із встановлення протиріччя між доказами, усунення сумнівів в істинності висновку, який випливає із всієї сукупності доказової інформації, яка надходить[330]. Виділення таких критеріїв є спірним. Належність та допустимість, як ми зазначали раніше, є властивостями доказів, наявність яких є необхідною умовою для їх залучення в процесі доказування. Достовірність можна розглядати як критерій оцінювання доказу, однак вона не завжди визначається індивідуально (в значенні без зв'язку з іншими доказами), оскільки висновок про недостовірність доказу може бути зроблений в тому числі через його протиріччя з іншими доказами та відомими обставинами справи. Спірним також є виділення взаємного зв'язку як складової критерію оцінювання.

Зважаючи на те, що докази повинні оцінюватися у їх сукупності, ми вважаємо за можливе виділення саме достовірності та ваги як критеріїв оцінювання доказу, а також достатності як критерію оцінювання системи доказів, або в цілому виконання обов'язку з доказування, або, іншими словами, критерієм досягнення стандарту доказування.

Як справедливо зазначає Т. В. Руда, основою оцінювання доказів є встановлення їх достовірності. На її думку, достовірність доказу залежить від вимог, встановлених законом. Аналізуючи процесуальне законодавство, вона виділяє такі критерії достовірності: достовірний доказ має бути одержаний з достовірного джерела інформації; співставлення з іншими доказами у справі[331].

У міжнародному комерційному арбітражі навряд чи можна говорити про залежність достовірності від вимог, встановлених законом, як про це говорить в контексті національних судових процесів Т. В. Руда. Встановлення достовірності є питанням логіки (коли мова йде про виявлення протиріч), а в окремих випадках вона є технічним питанням, натомість залежність від правових норм майже не просте-

[330] *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.

[331] *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.

жується. Стосовно ж виділення умов визнання доказу достовірним, то для практики міжнародного комерційного арбітражу доцільніше вести мову про відсутність протиріч у самому доказі та протиріч з іншими доказами, а також з іншими обставинами справи, адже окрім співставлення з іншими доказами відбувається також співставлення з іншими обставинами, які не обов'язково підкріплені певними доказами, якими є, наприклад, загальновідомі обставини.

Таким чином, достовірність можна розглядати в аспектах внутрішньої (відсутність суперечностей в самому доказі, наприклад протиріччя у відповідях свідка) та зовнішньої (суперечності з іншими доказами та встановленими у справі обставинами). Так, наприклад, у рішенні МКАС при ТПП України від 12 липня 2001 року арбітражний суд не прийняв як докази додаток до договору та акт звіряння виконання договору, які, на думку суду, не мають доказової сили, оскільки зафіксовані в них дані не відповідають даним документів про відвантаження, які, за оцінкою арбітражного суду, є справжніми[332]. Натомість з рішення МКАС при ТПП України від 22 грудня 2004 року видно, що арбітражний суд взяв до уваги твердження позивача про підробний характер листа, наданого відповідачем, та, зважаючи на недоліки самого листа, визнав його таким, що не має доказової сили[333]. Очевидно, що у першому випадку достовірність була поставлена під сумнів через зовнішню суперечливість доказу, а у другому — через внутрішню.

Стосовно достовірності документів в міжнародному комерційному арбітражі також застосовують поняття автентичності як синонім. Проте найбільш часто категорію автентичності використовують у контексті відповідності копії документа оригіналу, а також коли мова йде про можливу підробку документа.

На відміну від багатьох національних процесуальних систем, у яких встановлено обов'язковість подання до суду оригіналів документів принаймні для звіряння з копіями, що залишаться у справі, в

[332] Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины от 12 июля 2001 года [О взыскании задолженности за товар]. — Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2619.html

[333] Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины от 22 декабря 2004 года [О взыскании штрафной неустойки за непоставленный товар и возмещении расходов по уплате арбитражного сбора]. — Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO1108.html

міжнародному комерційному арбітражі діє процесуальна презумпція відсутності спору щодо достовірності (автентичності) копії, тобто її відповідності оригіналу. Часто якщо мова йде про автентичний документ, то мається на увазі саме копія оригінального документу, достовірність якої не оспорюється. Ця процесуальна презумпція цілком може бути обґрунтована вже згаданим впливом домовленості сторін або відсутності спору щодо окремих обставин на визначення питань, які підлягають доказуванню. Доки між сторонами відсутній спір (або навіть існує домовленість) щодо автентичності копії, арбітражний суд цілком може задовольнятись копією (хоча арбітражні регламенти окремих арбітражних установ передбачають «компромісний варіант», який полягає у вимозі надавати одразу принаймні засвідчені копії, як це передбачено у статті 42 Регламенту МКАС при ТПП України).

Як відзначають А. Редферн та М. Хантер, домовленість сторін щодо автентичності документів не стосується змісту документів, їх доказової ваги або допустимості. Вона лише вказує на те, що сторони погодились з тим, що копія відповідає оригіналу існуючого документу. Якщо автентичність документу ставиться під сумнів, арбітраж може визнати за необхідне подання оригіналу, або засвідченої копії, якщо це допустимо. Якщо оригінал не надано, трибунал може відкинути такий документ як недостовірний[334].

Такий підхід підтверджується визнаною практикою. Правила IBA (стаття 3.12) передбачають, що «копії документів повинні відповідати оригіналам, а на вимогу арбітражного суду будь-який оригінал документа повинен бути наданий для перевірки». Як зазначено у коментарі IBA до цього положення, «арбітражний суд може вимагати надання оригіналу документу у будь-який час. Таким чином, якщо сторона вважає, що копія документу не в повній мірі відповідає оригіналу, вона може просити арбітражний суд вимагати надання такого оригіналу»[335]. Варто відзначити при цьому, що за Правилами IBA

[334] *Redfern & Hunter* on International Arbitration — Fifth Edition Edited by Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. — Oxford University Press, 2009. — p. 401.

[335] 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 доступу : http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=DD240932-0E08-40D4-9866-309A635487C0

арбітражний суд має право, однак не обов'язок вимагати надання оригіналу документа для перевірки, чим забезпечується збереження повноти контролю арбітражного суду над питаннями дослідження та оцінювання доказів.

С. Габріель стверджує, що надання оригіналу документу є достатнім доказом автентичності документу (точніше, копії оригіналу), а якщо інша сторона продовжує наполягати на запереченні автентичності, то вона несе тягар доказування підробки[336].

Арбітражна практика також свідчить, що тягар доказування підробки доказу покладається на сторону, яка стверджує про підробку[337]. Трапляються випадки, коли тягар доказування підробки покладається на особу, яка стверджує про підробку, навіть коли арбітражному суду надано лише копію документу, про підробку якого йдеться. Так, у справі 2000 року арбітражний суд, який розглянув справу за регламентом ICC, визнав свою компетенцію на основі копії договору, яка містила арбітражне застереження, хоча інша сторона вказувала на неавтентичність копії[338]. Очевидно, що такий підхід міг бути виправданий при вирішенні питання про компетенцію арбітражного суду, оскільки таке рішення не призводить до вирішення суті спору на користь сторони. У випадках, коли під сумнів ставиться автентичність копії документу, який стосується суті спору, застосування такого підходу навряд чи виправдане. Так, у справі 1999 року за регламентом ICC арбітражний суд також поклав тягар доказування підробки документа (контракту), копію якого надав позивач, на відповідача, який стверджував про підробку. Однак у цій справі арбітражний суд взяв до уваги також як доказ наступні дії відповідача, які свідчили про намір керуватися контрактом[339].

У випадку, якщо сторона заявляє про підробку документа, у доказуванні підробки слід, на думку С. Габріеля, виходити з більш висо-

---

[336] *Gabriel S.* Dealing With «Challenged Documents» / Simon Gabriel // ASA Bulletin — 2011. — No. 4. — p. 828.

[337] CIETAC Arbitration proceeding, Award of 4 November 2002 (Beech log case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/021104c1.html

[338] ICC Arbitration Case No. 8790 of 2000 (Processed food product case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/008790i1.html

[339] ICC Arbitration Case No. 10274 of 1999 (Poultry feed case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990274i1.html

кого стандарту доказування, ніж той, який звичайно застосовується[340]. Очевидно, мається на увазі, що у доказуванні підробки застосовується стандарт переконливих доказів, замість стандарту балансу ймовірностей. Такої ж думки дотримується Г. Конде е Сільва, який вказує на необхідність застосування стандарту «чітких та переконливих доказів» [341].

Якщо автентичність документа спростовано, арбітражний суд не повинен покладатися на нього.

Законодавство про міжнародний комерційний арбітраж окремих країн містить спеціальні норми про можливість скасування арбітражного рішення, ухваленого на основі підроблених доказів: § 10(a)(1) Федерального закону про арбітраж США[342], стаття 68(2)(g) Англійського закону про арбітраж[343], стаття 24(a) Закону про міжнародний арбітраж Сінгапуру[344], стаття 34(3) Закону Нової Зеландії про арбітраж[345]. Індійський закон про арбітраж та примирювальні процедури 1996 року у статтях 34 та 48 безпосередньо кваліфікує ухвалення арбітражного рішення на основі підроблених доказів як порушення публічного порядку, а отже як підставу для скасування арбітражного рішення, а у випадку звернення до виконання — відмови у наданні дозволу на примусове виконання[346]. Закон Нідерландів про арбітраж (стаття 1068) називає ухвалення арбітражного рішення на підставі підроблених доказів однією з підстав для відкликання арбітражного рішення держаним судом, що має наслідки, аналогічні скасуванню[347].

---

[340] *Gabriel S.* Dealing With «Challenged Documents» / Simon Gabriel // ASA Bulletin — 2011. — No. 4. — p. 828.

[341] *Conde e Silva*, Gui 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.

[342] Federal Arbitration Act (Pub.L. 68–401, 43 Stat. 883, enacted February 12, 1925, codified at 9 U.S.C. § 1 et seq.). — Режим доступу : http://www.law.cornell.edu/uscode/text/9/9

[343] Arbitration Act 1996. — Режим доступу: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf

[344] Singapore International Arbitration Act (Chapter 143a) (Original Enactment: Act 23 Of 1994) Revised Edition 2002 (31st December 2002). — Режим доступу : 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

[345] Arbitration Act of New Zealand of 2 September 1996, No. 99. — Режим доступу : http://www.legislation.govt.nz/act/public/1996/0099/latest/whole.html

[346] Arbitration And Conciliation Act of India , 16th August, 1996, No. 26. — Режим доступу : http://keralamediation.gov.in/AC%20Act.pdf

[347] Arbitration Act of Netherlands of 1 December 1986, Code of Civil Procedure — Book Four: Arbitration. — Режим доступу : http://www.jus.uio.no/lm/netherlands.arbitration.act.1986/

У тих випадках, коли законодавство про арбітраж окремо не згадує про ухвалення арбітражного рішення на основі підроблених доказів як про підставу для його скасування або відмови у визнанні та наданні дозволу на примусове виконання, виправдано вважати, що ухвалення арбітражного рішення на основі підроблених доказів все ж залишається неприпустимим. Г. К. Дмитрієва та інші дослідники у зв'язку з цим відзначають, що, наприклад, у практиці суду, якому під'юрисдикційні питання скасування рішень арбітражу, ухваленого за регламентом SCC, ухвалення арбітражного рішення на підставі підробленого доказу розглядається як окрема підстава для його скасування[348]. Є всі підстави погодитись із думкою Г. Конде е Сільва про те, що ухвалення арбітражного рішення на основі доказів, які були підроблені, призводить до порушення транснаціонального публічного порядку[349]. На обґрунтованість такого твердження вказує також те, що при підготовці Типового закону ЮНСІТРАЛ експерти не внесли цей окремий випадок як підставу для скасування рішення, однак відзначили, що термін «публічний порядок», вжитий у Нью-Йоркській конвенції, стосується фундаментальних принципів права та справедливості у матеріальному та процедурному аспектах, тому випадки підробки також слід розглядати як підставу для скасування рішення. Словосполучення «арбітражне рішення суперечить публічному порядку такої країни», вжите у Типовому законі ЮНСІТРАЛ, не слід розглядати як таке, що не зачіпає обставин, які стосуються процесу ухвалення рішення[350].

Водночас, як обґрунтовано зазначає С. Габріель, відкликання стороною документа, автентичність якого була поставлена під сумнів, або навіть доведення підробки документа, не може розцінюватися як достатня підстава для висновку про неіснування тих обставин,

---

[348] 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.

[349] *Conde e Silva, Gui 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.

[350] 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. 58. — Режим доступу : http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N85/325/11/PDF/N8532511.pdf?OpenElement

на підтвердження яких такий документ було надано[351]. Більше того, недостовірний доказ (неавтентичний документ) не повинен бути виключений зі складу доказів і не може бути за заявою сторони відкликаний, адже він залишається доказом висновку арбітражного суду про його недостовірність.

Відповідно, на наш погляд, достовірність не є умовою прийняття доказу за загальним правилом, оскільки достовірність доказу визначається в процесі оцінювання доказів у їх сукупності. Питання про достовірність доказів доволі часто постає в арбітражній практиці і, як вона свідчить, вирішується саме у сукупності з підтвердженням достовірності інших доказів. Так, у справі 134/2001 у рішенні від 22 жовтня 2003 року МКАС при ТПП РФ звернув увагу на те, що документи, надані позивачем (продавцем), суперечливі, їх дані не збігаються з даними інших наданих документів. У зв'язку з тим, що відповідач (покупець) надав документи, дані яких не містили таких протиріч, саме вони були взяті до уваги арбітражним судом[352]. Як видно, мова йшла про прийняті для оцінювання докази, які однак в процесі оцінювання були відкинуті як недостовірні.

Арбітражний суд не зобов'язаний, а з практичної точки зору і не повинен, вирішувати окремо питання про виключення зі складу доказів матеріалу, щодо якого одна зі сторін заявляє про недостовірність. Так, у справі, що розглядалась за арбітражним регламентом CIETAC, арбітражний суд у рішенні виклав твердження сторони про недостовірність доказу (відеозапису), однак не навів будь-яких висновків щодо цієї заяви[353]. При цьому, арбітражний суд не вказав і на те, що його рішення ґрунтується на цьому доказі, що певною мірою убезпечує арбітражне рішення від скасування та від ризику відмови у визнанні та виконанні, якщо буде встановлено, що доказ дійсно був недостовірний.

Разом з тим така обережність аж ніяк не повинна сприйматись як сумнів у компетенції арбітражного суду вирішувати питання до-

---

[351] *Gabriel S.* Dealing With «Challenged Documents» / Simon Gabriel // ASA Bulletin — 2011. — No. 4. — pp. 834–335.

[352] *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.

[353] CIETAC Arbitration proceeding, Award of 8 September 1997 (BOPP film case). — Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970908c1.html

стовірності (автентичності). Як зазначає С. Габріель з посиланням на арбітражне рішення за регламентом ICC від 9 жовтня 2008 року та інші джерела, право арбітражного суду вирішувати питання, які стосуються автентичності доказів, визнане провідними дослідниками та підтверджене арбітражною практикою[354]. Ця компетенція поширюється також на випадки, коли під сумнів поставлено автентичність документу, у якому викладено арбітражну угоду. Інакше, як справедливо зазначає С. Габріель, сторона, зацікавлена у створенні перешкод арбітражному розгляду, могла б одразу ставити під сумнів автентичність арбітражної угоди і вимагати розгляду цього питання у суді.

Наступним критерієм оцінювання доказів є критерій ваги, яку потрібно надати кожному доказу.

Термін вага доказів (*weight of evidence*), як його розуміють деякі дослідники, використовується для характеристики оцінювання доказів і означає, що докази, представлені в ході доказування однією стороною у справі, є переконливішими за докази, представлені іншою стороною[355]. На нашу думку, про переконливість доказів варто говорити безвідносно до доказів опонента. Це тим більше правильно з огляду на те, що й досліджена нами категорія стандарту доказування стосується ймовірності існування обставин, про які стверджує сторона, у порівнянні з протилежним, а не з версією опонента, якої до того ж може і не бути. Більш конкретним і таким, що може бути застосовано в міжнародному комерційному арбітражі, видається визначення, відповідно до якого вага доказу — це критерій здатності доказу підтримати правильний за законами логіки умовивід щодо існування певної обставини.

Якщо критерій ваги умовно можна віднести до критеріїв оцінювання кожного окремого доказу, то критерій достатності (*sufficiency*) застосовується до всієї сукупності доказів певної обставини. Саме його досягнення є вирішальним для того, аби вважати певну обставину доведеною, адже можна говорити лише про достатність

---

[354] *Gabriel S.* Dealing With «Challenged Documents» / Simon Gabriel // ASA Bulletin — 2011. — No. 4. — pp. 827, 836.

[355] *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.

належних, допустимих і достовірних доказів. Очевидно, саме тому, арбітри найчастіше вказують на необхідність надання достатніх доказів або на ненадання достатніх доказів як на підставу для висновку про недоведеність обставини. Такий підхід знаходить відображення у рішеннях, ухвалених у різних арбітражних системах: МКАС при ТПП РФ[356], SCC[357], Федеральної торгової палати Австрії (VIAC)[358], NAI[359], CIETAC[360]. На ненадання достатніх доказів як підставу для висновку проти сторони, на яку покладено тягар доказування, вказали арбітражні суди, які розглядали справи за регламентами ICC[361], CIETAC[362], МКАС при ТПП РФ[363].

Достатність доказів у процесуальній науці — це певний юридичний стандарт, який застосовується для вирішення питання, чи повинна справа перейти на розгляд суду (присяжних), чи є докази юридично достатніми для того, щоб суддя (чи присяжні) ухвалив рішення на користь однієї зі сторін. Достатніми вважаються докази, які за своїм характером, вагою чи кількістю, а також з юридичної точ-

---

[356] 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. — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990607r1.html

[357] Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Award of 5 June 1998 (Beijing Light Automobile Co. v. Connell). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/980605s5.html

[358] Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, Award of 15 June 1994, Vienna Arbitration proceeding SCH-4318 (Rolled metal sheets case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/940615a4.html

[359] Netherlands Arbitration Institute Award of 15 October 2002, Case No. 2319 (Condensate crude oil mix case). — Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021015n1.html

[360] CIETAC Arbitration proceeding, Award of 14 February 2007 (Bellows forming machine case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070214c1.html

[361] ICC Arbitration Case of 20 December 1999 (Copper cable case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/991220i1.html; ICC Arbitration Case No. 8786 of January 1997 (Clothing case). — Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978786i1.html

[362] CIETAC Arbitration proceeding, Award of 24 July 2007 (Flexo label printing machine case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070724c1.html; CIETAC Arbitration proceeding, Award of December 2005 (Heat transfer oil furnace case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/051200c1.html

[363] Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award of 9 June 2004, Arbitration proceeding 125/2003. — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/040609r1.html; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award of 14 February 2006, Arbitration proceeding 7/2005. — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/060214r1.html

ки зору, обґрунтовують встановлення певного факту судом. Залежно від обставин, ці докази можуть бути достатніми в силу того, що вони виглядають такими на перший погляд, або в силу повного задоволення ними судом. Задовольнити суд може така кількість доказів, обсяг яких за нормальних умов відповідно до стандарту доказування переконує неупереджений розум. Отже, суд може задовольнитися такою кількістю доказів, яка необхідна для отримання переваги стороною, на якій лежить тягар переконування[364].

С. В. Васильєв вважає, що достатність доказів означає, що вони дозволяють дійти висновку про існування факту, на підтвердження якого вони були зібрані[365]. На думку Т. В. Рудої, процес встановлення достатності доказів означає перевірку того, чи можна на підставі сукупності поданих доказів переконатися в існуванні або відсутності певного факту, який належить до предмету доказування і підлягає встановленню судом. Відповідно у разі відсутності достатніх доказів для переконання суду в існуванні фактів, які входять до предмету доказування, суд не може вирішити справу на користь тієї сторони, на якій лежить тягар доказування[366].

Критерій достатності, таким чином, тісно переплітається з поняттями стандарту доказування та тягаря доказування. Власне надання достатніх доказів свідчить про виконання тягаря доказування і досягнення стандарту доказування. Відповідно, з урахуванням того, що тягар доказування розглядається на двох рівнях — тягар доведення та тягар надання доказів — достатність також розглядають у цих двох площинах. Так, Т. В. Руда вказує, що у юридичній літературі розмежовують два види достатності доказів: очевидна достатність (*prima facie evidence*) та задовільна достатність (*satisfactory evidence*). При цьому вона виходить з того, що очевидно достатніми є докази, яких згідно із

---

[364] *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.

[365] *Васильєв С. В.* Цивільний процес : Навчальний посібник / С. В. Васильєв. — Х. : ТОВ «Одісей», 2008. — С. 150.

[366] *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.

матеріальним правом, що підлягає застосуванню, достатньо для встановлення певного факту, доки існування цього факту не буде заперечене іншими доказами. Тобто такі докази не є безспірними, але якщо протилежна сторона не надасть докази для їх спростування, вони є достатніми для ухвалення рішення на користь особи, яка їх подала. Вказівки на те, які докази є доказами *prima facie*, містяться у нормах матеріального права. На відміну від очевидної достатності, критерії задовільної достатності не встановлені законом[367].

В міжнародному комерційному арбітражі також на ненадання доказів *prima facie* позивачем може бути вказано іншою стороною як на підставу для відмови у позові без необхідності подання доказів для підтвердження протилежної позиції, адже позивачем не надано мінімального обсягу доказів. Більше того, критерій достатності *prima facie* може бути задіяний арбітражним судом навіть до подання сторонами доказів, шляхом повідомлення сторонам, які докази можуть бути прийняті як достатні для встановлення окремих обставин. У практиці арбітражного розгляду арбітражні суди вдаються до такого кроку, якщо мова йде про обставини більш-менш нейтрального характеру, як, наприклад, встановлення резидентського статусу (національності) сторін.

В цілому ж питання достатності доказів остаточно вирішується при ухваленні арбітражного рішення. А до ухвалення арбітражного рішення воно може бути вирішено у виняткових випадках, коли арбітражному суду очевидно, що вже надані докази є достатніми і в одержанні наступних доказів на підтвердження тієї ж обставини потреби немає.

Водночас арбітражний суд без шкоди для дотримання принципу безсторонності майже ніколи не може повідомити в ході арбітражного розгляду про недостатність доказів для встановлення тієї чи іншої спірної обставини. Для вирішення справи доказів достатньо завжди, натомість про достатність доказів для підтвердження певної обставини повинна піклуватись сторона, на яку покладено тягар доказування цієї обставини. Цей підхід чітко простежується у рішенні МКАС при ТПП України від 31 травня 2002 року. Як видно з рішення, позивач заявив клопотання про призначення експертизи з умо-

[367] Там само. — С. 107.

вою «якщо суду недостатньо підстав», аби вважати певні обставини встановленими. Відхиляючи це клопотання, арбітражний суд вказав на те, що у справі достатньо доказів для ухвалення рішення, водночас позивач не заявляє конкретного клопотання, залишаючи це питання на розсуд суду, який не може призначити експертизу на свій розсуд, оскільки не вправі самостійно ставити питання про недійсність документів, наданих сторонами, адже оспорювання дійсності документа — право і прерогатива сторони, від імені якої він підписаний[368]. Відмовляючи у задоволенні клопотання, поданого з такою умовою, арбітражний суд фактично відмовився здійснити оцінювання достатності доказів до ухвалення арбітражного рішення.

Хоча вирішення питання про достатність доказів знаходиться у межах повноважень арбітражного суду, сторони можуть виявляти свою автономію також у цьому питанні. Якщо домовленості сторін про певний стандарт доказування, який повинен бути застосований при вирішенні спору між ними, є рідкісним явищем, то визначення у договорі доказів, які слід визнавати достатніми для підтвердження певних обставин — поширена практика (прикладами слугують домовленості про те, що здійснена покупцем оплата товару розцінюється як достатній доказ прийняття товару і відсутності претензій до якості, хоча без такої домовленості сам лише факт оплати міг бути розцінений як недостатній доказ). Арбітражна практика також свідчить про те, що сторони можуть приймати рішення про визначення певних доказів достатніми. В арбітражній справі № 273у/2003 МКАС при ТПП України виходив з того, що сторони в контракті домовились про складання спеціального документу (сертифікату) як доказу одержання продукції[369]. Тут мова йде саме про визнання такого документу достатнім доказом, однак не ставиться питання про недопустимість інших доказів. Аналогічно у рішенні від 31 серпня 2004 року МКАС звертає увагу на те, що сторони домовились про перевірку продукції,

[368] Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины от 31 мая 2002 года [О взыскании стоимости поставленного товара]. — Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2624.html

[369] Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате 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 доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO1045.html

що поставляється, незалежною комісією, акт якої розцінюється арбітражним судом як достатній доказ неякісної продукції[370].

Таким чином, достатність доказів є критерієм оцінювання системи доказів на підтвердження певної обставини, рівень якого встановлюється в залежності від застосованого арбітражним судом стандарту доказування і який застосовується до належних та допустимих доказів, які в процесі оцінювання визнані достовірними. При цьому сторони можуть досягнути домовленості щодо визнання певних доказів достатніми.

4.3. Види доказів

Найбільш поширеною серед науковців та практиків міжнародного комерційного арбітражу класифікацією доказів є їх поділ на чотири види за способом представлення доказової інформації: письмові докази, свідчення свідків, свідчення експертів та інспектування (огляд)[371]. Останнє є скоріше способом одержання доказової інформації з речових доказів, тому, на нашу думку, більш виправданим є включення до цієї класифікації власне речових доказів.

У межах цього дослідження ми не можемо приділити достатньо уваги іншим теоретичним класифікаціям доказів, зокрема, поділу доказів на прямі та непрямі за характером зв'язку змісту доказу з фактом, що встановлюється; на особисті та речові за джерелом походження; на матеріальні, тобто такі докази, які стосуються безпосередньо суті спору, та процесуальні — докази, які стосуються підтвердження певних процесуальних дій, як ці класифікації визначає

---

[370] Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины от 31 августа 2004 года [О взыскании основного долга, пени за просрочку платежей и расходов по уплате арбитражного сбора]. — Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO1136.html

[371] Див. *Schlaepfer A. V., Bärtsch P. A* Few Reflections on the Assessment of Evidence by International Arbitrators // International Business Law Journal / Revue de Droit des Affaires Internationales. — 2010. — Issue 3. — p. 213; *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.

В. В. Бабенко[372]. Певною мірою ми звертаємо увагу на відмінність між первинними та похідними доказами у контексті допустимості свідчень з чужих слів у міжнародному комерційному арбітражі. В іншому ж, оскільки ці важливі теоретичні питання класифікаційного поділу не мають значної практичної ваги у міжнародному комерційному арбітражі, а поширені у вітчизняній та закордонній літературі класифікації часто відображають оригінальні авторські підходи, які важливі для розуміння інших пропонованих дослідниками ідей, ці питання будуть залишені поза рамками дослідження.

У міжнародному арбітражі діє так зване правило найкращого доказу (*best evidence rule*), яке стосується перш за все оцінювання доказів, а не їх допустимості, і відповідно до якого найкращим доказом є письмовий доказ, сучасний обставинам, які він засвідчує[373]. Таких підхід до документів підтверджує також Л. Ф. Вісс, який зазначає, що в арбітражі найвищий пріоритет надається документальним доказам. Це тим більше відповідає дійсності з огляду на те, що навіть призначені сторонами або судом експерти у значній мірі покладаються на документи[374].

Водночас підхід до документів як до «найкращих доказів» автоматично не вказує на самодостатність документів як доказів у міжнародному комерційному арбітражі, адже ставлення до них залежить від того, яка правова традиція має більший вплив на процес. З. Елсінг та Дж. Таунсенд зазначають, що для цивільно-правової традиції характерний підхід до документів як до самодостатнього доказу, що зазвичай не потребує підтвердження автентичності. Натомість, для арбітражного процесу під впливом загального права характерним є підкріплення документів свідченнями свідків, які підтверджують походження документа та пояснюють його зміст[375].

---

[372] *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.

[373] *Redfern & Hunter* on International Arbitration — Fifth Edition Edited by Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. — Oxford University Press, 2009. — p. 389.

[374] *Wyss, Lukas F.* Trends in documentary evidence and consequences for pre-arbitration document management // International Arbitration Law Review. — 2010. — Issue 3. — p. 121.

[375] *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.

Відповідно до визначення, яке дає В. В. Бабенко, *письмові докази — це матеріальні об'єкти, що походять від юридичних або фізичних осіб, в яких вони у вигляді письмового тексту, звукозапису, зображення або іншого технічного засобу засвідчують або переказують обставини (факти), що мають значення для правильного вирішення справи, за наявності у суду можливості перевірити достовірність відомостей, що зафіксовані на матеріальних носіях*[376]. Якщо вітчизняна та російська правова наука як в контексті доказування у національних процесах, так і в міжнародному комерційному арбітражі оперує поняттям «письмовий доказ», то західна література, як правило, використовує термін «документ» у досить широкому значенні, яке стосується як паперових документів, так і електронних файлів (з таким значення це поняття використовується також у Правилах ІВА). У цьому зв'язку для забезпечення термінологічної єдності варто враховувати, що документи можуть бути як письмовими, так і речовими доказами. Як справедливо відзначають І. В. Решетнікова та інші дослідники, якщо відомості про обставини, які мають значення для справи, отримані зі змісту документу, документ належить до письмових доказів. Відомості, одержані з властивостей матеріалу документу, свідчать про те, що мова йде про речовий доказ. Викладені в письмовому вигляді свідчення свідків, висновки експертів належать не до письмових, а до особистих доказів, відповідно до свідчень свідків та висновків експертів[377].

Як особливу категорію письмових доказів виділяють так звані електронні докази. Щоправда деякими дослідниками, зокрема російськими процесуалістами, прийнято виділяти як окремі від письмових та інших доказів електронні засоби доказування на основі особливого джерела (носія) доказової інформації. В залежності від того, які з даних, збережених в електронній формі, мають доказове значення, буде відбуватися віднесення їх до письмових, речових доказів, аудіо- або відеозапису. Електронний документ, таким чином, є письмовим засобом

---

[376] *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.

[377] 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.

доказування в тій мірі, що й паперовий, якщо доказове значення мають думки, які зберігаються у ньому і які можуть бути сприйняті шляхом прочитання письмових знаків[378]. Таким чином, обґрунтованою може видатися думка про те, що не варто зводити інформацію, яка зберігається в електронному вигляді, і для цілей доказування у міжнародному комерційному арбітражі може розглядатися як така, що міститься в електронних засобах доказування, лише до електронних документів в тому значенні, в якому документ як письмовий доказ ще до недавніх часів розуміли у вітчизняній правовій науці, тобто як до матеріального носія інформації, нанесеної у вигляді знаків, придатних для читання людиною. Це тим більше виправдано з огляду на те, що часто запитувана інформація надається у форматі іншому, ніж у форматі зберігання, а обсяг даних може бути звужений за допомогою певних пошукових критеріїв. Водночас у західній юридичній літературі з міжнародного комерційного арбітражу в контексті діяльності з доказування часто має місце вкладення ширшого змісту у поняття «електронний документ» і вживання як синонімів цього поняття також понять «електронний доказ», «інформація, яка зберігається в електронному вигляді» *(«electronically stored information (ESI)»)*[379]. Видана у 2010 році нова редакція Правил ІВА також приділяє окрему увагу інформації в електронному вигляді, хоча ще у попередній редакції Правил 1999 року було закладено широке визначення поняття «документ», яке включало також будь-яку інформацію в електронній формі.

Ми також схильні розглядати електронні докази як особливий підвид. Це тим більше виправдано з огляду на характерні для електронних доказів особливості. У виданому у 2011 році Звіті робочої групи з подання електронних документів у міжнародному арбітражі комісії Міжнародної торгової палати, група експертів зосередила увагу, серед іншого, на властивостях електронного документу. Серед них були названі такі:

– значний обсяг матеріалів як наслідок електронного зберігання даних;

---

[378] *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.

[379] The Sedona Principles (Second Edition) Addressing Electronic Document Production. — The Sedona Conference, 2007. — 90 pages.

– спрощене поширення електронних документів у порівнянні з паперовими;
– одночасне поєднання в електронному документі більшої витривалості та уразливості (дані можуть бути у деяких випадках успішно відновлені, однак можливий ризик випадкового знищення документа без втручання людини);
– для сприйняття людиною зазвичай потрібне застосування комп'ютерної техніки та програмного забезпечення;
– існування метаданих, які дають можливість одержати додаткову інформацію щодо самого електронного документа;
– можливість полегшити пошук необхідних даних за допомогою комп'ютерних технологій[380].

За оцінками дослідників міжнародного арбітражу, 98 % ділових записів у теперішній час здійснюється в електронній формі, а 80 % з них ніколи не бувають переведені у паперову або іншу матеріальну форму, що вказує на самостійну роль інформації в електронному вигляді як доказів[381].

Усвідомлення практиками арбітражу та науковцями того, що вага інформації в електронному вигляді серед доказів зростає, мало наслідком розробку та прийняття провідними арбітражними інституціями спеціальних настанов та правил у цій сфері. Зокрема у 2008 році були схвалені Настанови з обміну інформацією у міжнародному арбітражі ICDR. Того ж року Королівським інститутом арбітражу був затверджений Протокол розкриття документів в електронній формі в арбітражі, а у грудні 2009 року Міжнародним інститутом запобігання та розв'язання конфліктів виданий Протокол розкриття документів та представлення свідків у комерційному арбітражі[382]. Зазначені документи містять переважно загальні настанови та орієнтують на те, аби інформація в електронному вигляді була сприйнята як доказ, а не на специфіку пошуку таких доказів, їх ідентифікації, збирання, подання та оцінювання.

---

[380] *Bedard J., Frank J. L.* Electronic Discovery in International Arbitration (Revisited). — Part 1. — Chapter 2. — ICDR Awards and Commentaries. — 2012. — p. 46.

[381] *Cher Seat Devey*. Electronic Discovery / Disclosure: From Litigation to International Commercial Arbitration / Arbitration. — 2008. — Volume 74, No. 4, November. — p. 374.

[382] *Howell D.* Developments in Electronic Disclosure in International Arbitration / Dispute Resolution International. — 2009. — Vol. 3 No. 2, October. — pp. 152–154.

У цьому також є позитив, адже тенденція поширення на інформацію в електронному вигляді підходу, подібного до того, який застосовується до паперових документів, призвела, наприклад, до закріплення в арбітражі презумпції автентичності електронного документа[383].

Таким чином, *електронний доказ* в міжнародному комерційному арбітражі можна розглядати як окремий вид доказів. Його складає *інформація, яка стосується предмету доказування і зберігається, обробляється та може бути представлена для сприйняття людиною за допомогою комп'ютерної техніки*.

Свідчення свідків у процесі доказування у міжнародному комерційному арбітражі також відіграють дуже важливу роль, хоча для арбітражних процесів, які здійснюються під впливом континентальної правової традиції, властиве більш прихильне ставлення до письмових доказів. Так, наприклад, у практиці МКАС при ТПП України (проаналізовано близько 30 оприлюднених арбітражних рішень) свідчення свідків не мають широкого застосування як доказ. Цілком можливо, що така традиція вказує на низьку доказову силу свідчень, що може бути пояснено впливом підходу, прийнятого у національному господарському процесі, у якому свідчення свідків не визнаються як допустимий доказ, а також тим, що неправдиве свідчення в арбітражі не є кримінально караним діянням, та й часто взагалі не має наслідком будь-яку відповідальність особи, яка надала неправдиві свідчення.

Дійсно, свідки в міжнародному комерційному арбітражі, як правило, не можуть бути приведені до присяги, аби порушення такої присяги мало наслідком притягнення свідка до юридичної відповідальності. Наприклад, Шведський закон про арбітраж (стаття 25(3)) прямо забороняє приведення свідка до присяги в арбітражі, а також допит свідка із покладенням на нього зобов'язання говорити правду[384]. Винятками є закони про міжнародний комерційний арбітраж у деяких країнах загального права, зокрема Англійський закон про арбітраж (стаття 34(2)(d)) та Закон про арбітраж Сінгапуру, стаття 12(2) якого передбачає право арбітражного суду одержати свідчен-

[383] Див. *Newman Z.G., Ellis A.* The Reliability, Admissibility, and Power of Electronic Evidence / Proof, Volume 18, Number 4, Summer 2010. — p. 10.

[384] Swedish Arbitration Act (SFS 1999:116). — Режим доступу: http://www.sccinstitute.com/?id=23746

ня під присягою[385]). Національне законодавство в інших країнах не поширює відповідальність свідка, яку той несе у судових процесах, на свідка у міжнародному арбітражі. Одним з небагатьох винятків була Швейцарія. Регламент міжнародного комерційного арбітражного суду Торгової палати Цюриха від 1 січня 1989 року (стаття 39) передбачав зобов'язання свідка говорити правду та інформування його про можливість кримінального переслідування за надання завідомо неправдивих свідчень за Швейцарським федеральним кримінальним кодексом, який передбачав санкцію аж до позбавлення волі строком до п'яти років[386]. Зараз ця норма у новому Швейцарському регламенті міжнародного арбітражу відсутня.

Водночас те, що процедури у більшості сучасних арбітражних систем побудовані таким чином, аби звести до мінімуму формальні перешкоди в одержанні арбітражним судом та визнанні допустимою потенційно цінної доказової інформації, збалансовується тим, що така інформація піддається досить суворому тесту на достовірність у процесі оцінювання.

Так, у міжнародному комерційному арбітражі допустимим засобом доказування можуть бути свідчення особи, якій відомо про певну обставину з чужих слів. Такі свідчення можуть бути прийняті у виняткових випадках, як зазначає Т. В. Сліпачук[387]. Крім того, визнаною в арбітражі практикою, на думку багатьох дослідників, зокрема на думку А. Шлепфер та Ф. Берча, є одержання свідчень від будь-якої особи, включно з представниками сторін та їх працівниками. Ця гнучкість дозволяє одержати будь-які свідчення, які видаються належними до справи, і при цьому не вирішувати формальне питання про допустимість таких свідчень[388]. У справі «Теленор проти Сторм»

---

[385] Singapore International Arbitration Act (Chapter 143a) (Original Enactment: Act 23 Of 1994) Revised Edition 2002 (31st December 2002). — Режим доступу : 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

[386] International Arbitration Rules of Zurich Chamber of Commerce (1989). — Режим доступу : http://www.intracen.org/International-Arbitration-Rules-of-Zurich-Chamber-of-Commerce-1989/

[387] *Сліпачук Т.* Практичні аспекти процесу доказування у міжнародному комерційному арбітражі / Т. В. Сліпачук // Право України. — 2011. — № 1. — С. 125.

[388] *Schlaepfer A. V., Bärtsch P.* A Few Reflections on the Assessment of Evidence by International Arbitrators. //International Business Law Journal/Revue de Droit des Affaires Internationales. — 2010. — Issue 3. — p. 215.

арбітражний трибунал *ad hoc*, що розглядав справу за регламентом ЮНСІТРАЛ, прийняв до уваги свідчення фінансового директора, юриста та інших працівників позивача[389]. Розглядаючи справу за регламентом ІСС, арбітражний суд заслухав як свідка посадову особу (президента) відповідача[390]. Можливість прийняття свідчень від сторін, їх посадових осіб та представників передбачена також Правилами ІВА (стаття 4.2), що свідчить про набуття цим підходом значення визнаного та широко застосовуваного.

Таким чином, для використання свідчень свідків у міжнародному комерційному арбітражі характерні особливості у порівнянні з національними судовими процесами. Якщо у вітчизняній теорії доказування у судових процесах свідок є юридично незаінтересованою у результатах вирішення справи особою, яка викликана до суду для надання відомостей про безпосередньо сприйняті нею чи повідомлені їй факти, що мають значення для справи[391], то в міжнародному комерційному арбітражі вимога про відсутність інтересу може не ставитись. З цих підстав, як видається, в міжнародному комерційному арбітражі не виділяються як окреме джерело доказової інформації пояснення сторін. Деякі з тих заяв, які є заявами про спірні обставини, розглядаються як свідчення і можуть бути критично оцінені арбітражним судом, а ті, які стосуються визнання обставин, стверджуваних іншою стороною, повинні прийматись як обов'язкові. Безпосередність сприйняття інформації свідком також не є обов'язковою умовою, тому свідчення з чужих слів можуть бути прийняті арбітражним судом. Так само, не обов'язково ставиться вимога про виклик свідка для участі в арбітражному розгляді.

Утвердження в арбітражі практики прийняття письмових свідчень спрямоване на спрощення процедурних аспектів одержання доказової інформації від свідків. Цей підхід підтриманий також багатьма науковцями та практиками арбітражу. Так, Т. В. Сліпачук прямо

---

[389] 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. 31–32.

[390] ICC Arbitration Case No. 8547 of 1999. — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/998547i1.html

[391] *Треушников М. К.* Судебные доказательства : Монография / М. К. Треушников. — М. : Юридическое бюро «ГОРОДЕЦ», 1997. — С. 197.

вказує, що «в міжнародному арбітражі передбачено два види свідчень свідків: письмові пояснення та усне опитування»[392]. О. Больтхаузен та П. Акер також зазначають, що сучасні тенденції в арбітражі вказують на можливість застосування двох способів надання свідчень свідків: письмове свідчення (*direct written testimony*), текст якого часто складений стороною чи її адвокатами, та усне свідчення перед арбітражним судом (*confrontation testimony*)[393]. У першому випадку відбувається надання свідчень адвокату чи іншій особі, потім вони можуть бути представлені в арбітражі.

Важливо відзначити, що можливість застосування в арбітражному процесі письмового свідчення свідка передбачена також арбітражними регламентами. Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ (стаття 27(2)) встановлює, що заяви свідків можуть бути надані у письмовому вигляді з їх підписами, якщо тільки арбітражний суд не вирішить інакше. Арбітражний регламент LCIA (стаття 20.2) також передбачає можливість надання письмового свідчення у вигляді підписаної свідком заяви або подібного документу[394]. Схоже положення містить також Арбітражний регламент SCC 2010 року (стаття 28 (2))[395] та інші регламенти.

Як стверджує Дж. Роулі, у більшості міжнародних арбітражних процесів, таких, у яких Правила IBA використовуються як орієнтир, допит свідків замінюється поданням письмових свідчень свідків[396]. Дійсно, про утвердження цієї практики у міжнародному комерційно-

---

[392] *Слипачук Т.* Свидетель в международном арбитраже. Как выиграть процесс даже при отсутствии письменных доказательств / Татьяна Слипачук // Юрист компании. — 2010. — № 4. — С. 55.

[393] *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.

[394] LCIA Arbitration Rules,effective 1 January 1998. — Режим доступу: http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx

[395] 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 доступу : http://www.sccinstitute.com/filearchive/3/35894/K4_Skiljedomsregler%20eng%20ARB%20TRYCK_1_100927.pdf

[396] *Rowley J. W.* Confrontation — Techniques For Impeachment / by 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.

му арбітражі свідчить також те, що у Правилах IBA приділено окрему увагу структурі письмових свідчень та порядку їх подання. Водночас про повну заміну говорити навряд чи можна у зв'язку з певними процесуальними особливостями використання письмових свідчень, про які детально мова йде у підрозділі 4.4. Все більшою мірою письмові свідчення сприймаються як підготовчий етап перед усним допитом свідка, який дозволяє арбітрам визначитись із тим, чи є свідчення належними та істотними. На поширення практики застосування письмових свідчень як етапу підготовки до допиту свідків в усному слуханні вказує також арбітражна практика. Так, арбітражний суд, який розглянув справу за регламентом SCC, перед проведенням доказових слухань одержав письмові свідчення цих свідків[397].

Окресленій вище меті усунення формальних перешкод в одержанні доказів, а також забезпечення «якості» цих доказів (одержання чітких відповідей на запитання, які дійсно важливі для вирішення справи), слугує також інша особливість використання свідчень в арбітражних процесах — можливість участі представників сторін у підготовці свідка до усного свідчення, або у складанні письмового свідчення. Арбітражна практика все більшою мірою допускає контакти представників сторін зі свідками та навіть участь цих представників у процесі підготовки письмових свідчень та з'ясування можливих усних свідчень. Деякі арбітражні регламенти містять спеціальні норми з цього приводу. Зокрема стаття 20.5 Регламенту LCIA встановлює, що за умови дотримання всіх законів, які підлягають застосуванню, будь-яка із сторін або її офіційні представники мають право спілкуватись з будь-яким свідком або потенційним свідком з метою представлення його свідчень у письмовому вигляді або залучення його для усного свідчення. Регламенти арбітражних установ континентальної Європи, зокрема Арбітражні регламенти ICC та SCC, як правило, не містять спеціальних положень з цього приводу, оскільки континентальна правова традиція протягом тривалого часу обмежувала спілкування сторін зі свідками. Наприклад, у національних судових процесах у Бельгії, Франції, Італії та Швейцарії контакти сторін та їх представників зі свідками заборонені. Водночас, як зазначають Я. Мередіт та

[397] Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Award of 5 April 2007 (Pressure sensors case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070405s5.html

Х. Хан, у таких країнах введено спеціальні норми, які стосуються міжнародних арбітражних процесів. Наприклад, у Франції діє заборона адвокату обговорювати справу зі свідком до слухання, однак Рада адвокатів Парижу у 2008 році ухвалила резолюцію, яка дозволяє членам адвокатури готувати свідків у міжнародному арбітражі. Аналогічно, у статті 7 Деонтологічного кодексу Швейцарії дозволений контакт зі свідками у таких випадках[398].

Правила адвокатської етики в Україні не містять формальних заборон щодо контактів адвоката зі свідком, однак забороняють будь-який вплив чи тиск на свідка з метою спонукати до надання завідомо неправдивих показань[399]. Звичайно, такі дії виходять за межі допустимих контактів зі свідком та готування такого свідка до надання свідчень. З цього випливає, що національні правила адвокатської етики в Україні не перешкоджають застосуванню технік доказування за допомогою свідчень, які є прийнятними у різних правових системах, зокрема не забороняють готувати свідка до допиту та брати участь у підготовці письмового свідчення.

Те, що контакт сторони або її представника зі свідком або потенційним свідком та обговорення з таким свідком можливого свідчення не слід розглядати як неналежне саме по собі, було закріплено також у Правилах IBA (стаття 4.3).

Відсутність багатьох властивих національним судовим процесам обмежень щодо допустимості певних свідчень компенсується в арбітражній практиці застосуванням різноманітних технік встановлення достовірності цих свідчень. Так, для систем загального права характерним є застосування перехресного допиту свідків, за якого запитання свідку можуть ставити також представники опонента тієї сторони, яка залучила свідка. У багатьох країнах континентальної правової традиції перехресний допит не застосовується. Проте, на думку У. Лоешлі, у сучасних арбітражних процесах виявляється тренд, який вказує на поширення застосування перехресного допиту свідків

---

[398] *Meredith, Ian and Khan, Hussain.* Witness Preparation in International Arbitration — A Cross Cultural Minefield / MEALEY'S International Arbitration Report . — Vol. 26, No. 9. — September 2011. — p. 3.

[399] Правила адвокатської етики, затверджені Установчим З'їздом адвокатів України 17.11.2012 року. — Режим доступу : http://vkdka.org/pravil-advokatskoji-etiki/

у випадку, якщо в арбітражному розгляді беруть участь представники правових систем загального права та континентальних правових систем[400]. На нашу думку, цей тренд поширився також на арбітражні системи, сформовані під впливом континентальних систем права і набуває характеру загальновизнаного. Так, в арбітражному процесі 2007 року за регламентом CIETAC сторонам було надано можливість провести перехресний допит свідків[401]. Арбітражний суд, який у 2007 році розглянув справу за регламентом SCC, також допустив перехресний допит свідків[402]. Це, однак, не свідчить про тенденцію до усунення арбітражного суду від визначення процедурних правил доказування, в тому числі порядку допиту свідків, та не позбавляє його права самостійно допитувати свідка.

Більшість регламентів інституційного арбітражу надають арбітражним судам повний контроль за допитом свідків. Правила IBA (стаття 8) конкретизують ці повноваження, вказуючи, що арбітражний суд може обмежувати або знімати будь-яке запитання, відповідь або явку свідка, якщо визнає це неналежним, неістотним, обтяжливим, дублюючим, або недопустимим. Водночас, як видно зі змісту статті 8.2 Правил IBA, навідні запитання (тобто такі, у яких закладено підказку очікуваної відповіді) є допустимими у перехресному допиті і недопустимими у прямому допиті. Таким чином, навіть зважаючи на те, що арбітражний суд має право зняти запитання, до тих пір поки відповідь на нього є належною, істотною і не порушує визнані привілеї, воно, як правило, буде дозволене. Звичайно, це не означає, що в подальшому арбітражний суд не може надати відповіді на таке запитання низької доказової ваги.

Для доказування в міжнародному комерційному арбітражі характерні певні особливості також у залученні експертів. Так, арбітражу властивий значно більш ліберальний підхід до з'ясування питань, які потребують неправових знань, у порівнянні з національними су-

---

[400] *Laeuchli, Urs Martin.* Civil and Common Law: Contrast and Synthesis in International Arbitration — Chapter 5. — AAA/ICDR Handbook on International Arbitration Practice. — AAA/ICDR, 2010. — p. 42.

[401] CIETAC Arbitration proceeding, Award of 23 March 2007 (Offset printing machines case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070323c1.html

[402] Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Award of 5 April 2007 (Pressure sensors case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070405s5.html

довими процесами. Там, де національні суди часто вдаються до формалізованого способу встановлення фактів і призначають експертизу для з'ясування фактів, які можуть бути встановлені іншими засобами доказування, міжнародний арбітраж шукає більш простих шляхів. А. Редферн та М. Хантер наводять яскравий приклад: якщо погодні умови у певному аеропорті у певний день є важливою для з'ясування обставиною, достатнім може виявитись надання примірника метеорологічних даних з поважної газети, ніж залучення експерта-метеоролога для одержання висновку[403].

Процесуальна економія досить чітко простежується у практиці. Так, розглядаючи справу за регламентом ICC, арбітражний суд самостійно без залучення експерта здійснив дослідження відбитків печатки відповідача на копіях документів, автентичність яких була поставлена відповідачем під сумнів, та прийшов до висновку про їх справжність[404].

У середовищі науковців та практиків міжнародного комерційного арбітражу все більшого поширення набуває підхід, відповідно до якого арбітри повинні брати на себе дослідження фактичних обставин у тій же мірі, в якій вони досліджують суто правові аргументи. М. Шнайдер вважає, що змагальний процес в арбітражі покликаний забезпечити можливість сторін викласти різні погляди на питання факту та права та їх належність для вирішення спору. З цих позицій складно, на його думку, зрозуміти, чому знання у сферах, інших, ніж право, повинні бути виключені з цього процесу. Крім того, така «нейтралізація», тобто видалення з фокусу арбітрів спеціальних знань, нівелює одну з найбільш істотних особливостей арбітражу: на відміну від суддів, які мають справу з будь-якими спорами, що надходять на їх розгляд, арбітри обираються для розгляду специфічного спору. Це не означає, що вони повинні володіти всіма спеціальними знаннями, які можуть знадобитися для вирішення спору. Водночас від них справедливо очікують здатності інтегрувати ці сфери так само, як вони по-

[403] *Redfern & Hunter* on International Arbitration — Fifth Edition Edited by Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. — Oxford University Press, 2009. — p. 388.

[404] ICC Arbitration Case No. 10274 of 1999 (Poultry feed case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990274i1.html

винні бути здатними дослідити докази та дійти висновку з оцінювання фактів, які мають значення для справи[405]. Дослідники міжнародного комерційного арбітражу також відзначають, що і в тих випадках, коли експертизу призначено, арбітражний суд не повинен сліпо покладатися на висновок експерта, натомість бажаним є надання арбітражному суду для дослідження всіх документів, на яких ґрунтувався висновок експерта, що дозволить арбітражному суду оцінити сам висновок[406].

Викладене вище ставлення науковців до питання залучення експертів свідчить про чітку тенденцію, характерну для сучасного міжнародного комерційного арбітражу — вихід арбітрів за межі формального правозастосування. Підтверджена вона також практикою. Робоча група Комісії з арбітражу та альтернативних методів вирішення спорів ICC у своєму авторитетному звіті у 2012 році рекомендувала при організації арбітражного розгляду виходити з презумпції, що для вирішення спору експертиза не потрібна[407].

Разом з тим, серед дослідників міжнародного комерційного арбітражу також популярна теза про необхідність розширення сфери застосування експертизи в арбітражі. На думку окремих науковців, на розгляд експертів можуть бути винесені ті ж питання, які ставлять перед собою арбітри і відповіді на які міститимуться у резолютивній частині арбітражного рішення[408]. З таким твердженням важко погодитись. У наукових дослідженнях та арбітражній практиці більш визнаним є підхід, відповідно до якого залучення експерта повинне відбуватися лише для з'ясування питання, яке потребує спеціальних знань, якими в достатній мірі не володіють арбітри. При цьому експерт не підміняє арбітрів. У тих же випадках, коли експерт фактично наділяється повноваженнями вирішити спір або надати сторонам

---

[405] *Schneider, Michael E.* The role of experts in the adversarial process and the arbitrator's capacity to absorb specialised knowledge // ASA Bulletin. — 2013. — 1(31). — p. 2.

[406] *Friedland P.* Discoverability of Communications between Counsel and Party-Appointed Experts in International Arbitration / Paul Friedland & Kate Brown de Vejar // Arbitration International. — 2012. — Volume 28. — Issue 1. — pp. 7–8.

[407] 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.

[408] *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.

висновки стосовно їх позицій, мова йде вже не про арбітраж, а про інші альтернативні методи вирішення спорів, наприклад про інститут незалежних експертів (*neutral evaluation*).

У міжнародному комерційному арбітражі до кола питань, які можуть потребувати спеціальних знань, належать не тільки питання факту, але й питання права. Так, Р. Фентон зазначає, що експерти можуть бути залучені сторонам або арбітражним судом також для з'ясування складних правових питань[409]. Такий підхід цілком узгоджується з викладеною раніше тезою про належність до предмету доказування змісту матеріального права. Це, знову ж таки, не повинно мати наслідком фактичне покладення на експертів функції з вирішення спору.

Особливості залучення експертів у міжнародному комерційному арбітражі знаходять вияв не тільки у визначенні кола питань, для з'ясування яких можливе залучення експерта, а й у тому, яким чином таке залучення відбувається. Характерний для міжнародного арбітражу взаємний вплив різних правових систем яскраво виявляє себе також у питаннях призначення експертизи. Так, традиційним для арбітражних систем загального права є надання можливості сторонам самостійно залучати експертів та надавати на розгляд арбітражного суду їх звіти та висновки з подальшим допитом цих експертів в ході арбітражного розгляду. Для континентальних систем ще до недавнього часу властивим було призначення експертів арбітражним судом.

Останнім часом, на думку дослідників, практика вказує на поширення підходу з покладення на сторін обов'язку із залучення експертів, а призначення експертів арбітражним судом стає радше винятком[410]. Р. Тріттман та Б. Касоловскі також вважають, що у сучасному арбітражі значення визнаного стандарту набуває призначення сторонами власних експертів, а використання арбітражним судом свого права призначити експерта здійснюється у виняткових випадках[411].

---

[409] *Fenton, Ruth. A* Civil Matter for a Common Expert: How Should Parties and Tribunals Use Experts in International Commercial Arbitration? // Pepperdine Dispute Resolution Law Journal. — 2006. — Volume 6, Issue 2, Article 4. — p. 279.

[410] *Ehle, Bernd.* Practical aspects of using expert evidence in international arbitration // Yearbook on International Arbitration. — 2012. — Volume II. — p. 76.

[411] *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. — Volume 31(1). — p. 340.

Водночас національне законодавство про арбітраж та регламенти інституційного арбітражу як у країнах континентальної, так і загальної систем права містять положення про експертизу, призначену арбітражним судом, а про залучення експертів сторонами часто не згадують. Законодавство про міжнародний комерційний арбітраж у країнах цивільного права (наприклад § 1049 книги 10 Цивільного процесуального кодексу ФРН[412]) прямо передбачає право арбітражного суду призначити експерта. Так само це право знаходить закріплення і в законодавстві країн загального права (стаття 37 Англійського закону про арбітраж[413]). Типовий закон ЮНСІТРАЛ (стаття 26) містить спеціальні положення саме щодо експертів, призначених арбітражним судом. Це положення було перенесене до українського законодавства про арбітраж (стаття 26 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж») та до законодавства багатьох інших країн. Водночас відсутність згадки про експертів, залучених сторонами, не свідчить про відсутність у сторін права на їх залучення. Воно органічно витікає із засадничого права сторін подавати докази.

Арбітражна практика також свідчить, що призначення арбітражним судом експертів все ж залишається поширеним способом реалізації ним своїх повноважень. Цьому, як правило, передують консультації зі сторонами, як це було здійснено, наприклад, арбітражним судом, який розглянув справу за регламентом SCC[414]. При цьому, як стверджують О. Больтхаузен та П. Акер, призначений арбітражним судом експерт, як правило, не підлягає перехресному допиту, а його висновки не оспорюються з посиланням на висновки призначеного стороною експерта[415]. У зв'язку з цим необхідно уточнити, що це не свідчить про якийсь особливий імунітет призначених

[412] 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 доступу : http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html

[413] Arbitration Act 1996. — Режим доступу: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf

[414] Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Award of 5 April 2007 (Pressure sensors case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070405s5.html

[415] B*olthausen 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.

арбітражним судом експертів. Ті ж таки Правила IBA містять положення (стаття 6.6), яке дозволяє сторонам надати на висновок такого експерта коментар з висновком власного експерта, тобто фактично оспорювати висновки призначеного арбітражним судом експерта. Інша справа, що на практиці такі спроби є нечастими і лише зрідка успішними.

Історично законодавство про міжнародний комерційний арбітраж у багатьох країнах та значна частина арбітражних регламентів сформувались під впливом континентальної правової традиції. Закономірним у зв'язку з цим видається те, що, як зазначає Дж. Деберті, більшість сучасних арбітражних регламентів встановлюють жорсткі вимоги до залучених арбітражних судом експертів, зокрема щодо їх незалежності та неупередженості[416]. Водночас утвердження принципу змагальності сприяло поширенню практики залучення арбітражним судом висновків експертів, призначених сторонами. У зв'язку з цим постала потреба у формулюванні загальних принципів діяльності експертів, залучених сторонами арбітражного розгляду, та в уніфікації вимог, які ставляться до висновків таких експертів. Для задоволення цієї потреби провідні арбітражні установи розробили документи рекомендаційного характеру, які слугують орієнтиром для арбітрів, експертів та сторін арбітражного розгляду. Серед таких документів варто відзначити затверджений у 2007 році Королівським інститутом арбітрів Протокол використання у міжнародному арбітражі експертів, призначених сторонами[417]. Настанови з експертизи ICC[418] та Правила IBA також приділяють особливу увагу проблемам призначення сторонами експертів та надання ними висновків та свідчень з поставлених перед ними питань.

Водночас, як зазначають Р. Тріттман та Б. Касоловскі, у випадку призначення експертів сторонами арбітражні суди очевидно мають менше можливостей забезпечити незалежність експертів від сто-

---

[416] *De Berti, Giovanni*. Experts and Expert Witnesses in International Arbitration: Adviser, Advocate or Adjudicator? / Austrian Yearbook on InternationalArbitration. — 2011. — p. 56.

[417] CIArb Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration, Chartered Institute of Arbitrators, September 2007. — Режим доступу : http://www.ciarb.org/information-and-resources/The%20use%20of%20party-appointed%20experts.pdf

[418] ICC Rules for Expertise, in force as from 1 January 2003. — Режим доступу : http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/expertise/icc-rules-for-expertise/

рін, які їх призначили[419]. Це іноді впливає на оцінювання арбітрами висновків таких експертів. Так, арбітражний суд NAI у своєму рішенні 2002 року прямо вказав на те, що надає більшої ваги висновкам, наданим компанією, яка є нейтральною щодо спору, ніж суперечливим звітам експертів, залучених сторонами[420].

Разом з тим, для забезпечення безсторонності експертів існують доступні арбітражу засоби, такі як проведення зустрічі експертів сторін, підготовка спільного звіту або, принаймні, підготовка протоколу зібрання експертів. Правила IBA цілком дозволяють арбітражному суду наказати експертам, призначеним сторонам, провести зібрання та надати звіт про питання, у яких експерти мають спільну думку, та визначити у своїх окремих звітах ті, у яких вони розходяться[421]. Правила IBA (стаття 8.3) також передбачають можливість проведення конференції експертів, призначених сторонами, що полягає у їх одночасному допиті з одного питання щоразу і в присутності всіх експертів, замість послідовного допиту з усіх питань кожного експерта окремо.

Висновок експерта, наданий арбітражному суду, може супроводжуватися допитом експерта під час усних слухань. Це доволі поширена практика, особливо, коли експерту поставлено значний обсяг запитань, а наданий ним висновок одна зі сторін заперечує, як це мало місце у справі 2002 року, розглянутій арбітражним судом за регламентом ICC[422]. При цьому, у випадку надання сторонами до арбітражного суду висновків призначених ними експертів для прийняття арбітражним судом таких звітів не обов'язково, аби вони містили відповіді на однакові запитання, хоча часто сторони тяжіють до того, аби не залишити поза увагою експерта питання, на яке може дати відповідь експерт, призначений опонентом. Так, у справі 1996 року арбітражний суд, який розглядав справу за арбітражним регламентом Торгової палати Цюри-

[419] *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. — Volume 31(1). — p. 339.

[420] Netherlands Arbitration Institute Award of 15 October 2002, Case No. 2319 (Condensate crude oil mix case). — Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021015n1.html

[421] *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. — Volume 31(1). — p. 339.

[422] ICC Arbitration Case No. 10377 of 2002 (Textile product machines case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/020377i1.html

ха, взяв до уваги звіти призначених сторонами експертів та відкинув заперечення однієї сторони щодо прийняття звіту опонента, який на відміну від його звіту містив також певні розрахунки. Арбітражний суд виходив з того, що він може покластися на висновки призначеного стороною експерта, якщо їх зміст не був обґрунтовано підданий сумніву і він вважатиме викладену інформацію достовірною, і в цьому випадку у нього відсутня потреба у самостійному призначенні експерта[423].

Таким чином, арбітражний суд користується значною свободою у питаннях прийняття до уваги висновків експертів, як тих, що призначені ним, так і призначених сторонами.

Окрім вже названих видів доказів, важливе значення в міжнародному комерційному арбітражі мають також речові докази. В іноземній юридичній літературі часто мова йде не про речові докази як такі, а про інспектування (огляд), яке ставиться в ряд з іншими доказами.

Дійсно, речові докази можуть бути оглянуті безпосередньо у місці проведення арбітражу або за місцем їх знаходження, а з метою дослідження речових доказів допускається надання фотографій, відеозаписів, креслень тощо[424]. Проте такі дії слід розглядати як способи одержання доказової інформації, а не як докази. Разом з тим, інспектування (огляд) може стосуватися об'єкта, який не вкладається в поняття речових доказів у вузькому значенні як суто матеріального предмета.

Інспектування досить часто використовується в міжнародному арбітражі та може включати інспектування робіт, споруд, ділянок та устаткування, а також документації, процесів, зразків тощо. Метою інспектування може бути встановлення стану робіт або об'єкту. Як правило, сторони є присутніми під час інспектування, принаймні, як правило, їм повинна бути надана можливість бути присутніми. Зроблені заяви, надані пояснення, а також зроблені під час інспектування знімки, як правило, долучаються до справи[425].

---

[423] Zürich Chamber of Commerce, Switzerland, Award of 31 May 1996, Arbitration proceeding (Soinco v. NKAP). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960531s1.html

[424] *Притика Ю. Д.* Міжнародний комерційний арбітраж: Питання теорії і практики : Монографія / Ю. Д. Притика. — К. : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. — С. 383.

[425] *Schlaepfer A. V., Bärtsch P.* A Few Reflections on the Assessment of Evidence by International Arbitrators // International Business Law Journal/Revue de Droit des Affaires Internationales. — 2010. — Issue 3. — p. 215.

Таким чином, інспектування може стосуватися процесів і бути свого роду демонстрацією або експериментом, або здійснюватись щодо документів і в цьому випадку також не стосуватись речових доказів. Інспектування можна розглядати також як дослідження доказів, результати якого можуть бути викладені в протоколах та оцінені разом з іншими доказами.

Правила IBA також приділяють певну увагу інспектуванню, встановлюючи, що воно може бути здійснено як арбітражним судом, так і експертом (призначеним стороною або арбітражним судом). При цьому до інспектування застосовуються загальні для всіх доказів обмеження, за якими в здійсненні інспектування може бути відмовлено, або результати інспектування не прийняті як доказ або виключені зі складу доказів.

Отже, в міжнародному комерційному арбітражі чітко простежується підхід, відповідно до якого будь-яке свідчення або матеріал у найширшому значенні можуть бути прийняті як доказ без обмеження окремими видами. На розсуд сторін та арбітражного суду також залишаються питання про застосування способів та процедур одержання цих доказів та їх дослідження за умови дотримання принципу однакового ставлення до сторін та надання сторонам можливості участі у дослідженні доказів та висловлення своїх коментарів щодо них.

4.4. Процедурні питання одержання доказів

Як відзначають члени робочої групи з розробки Правил IBA, відомі арбітражні інституційні та *ad hoc* регламенти навмисне залишають поза регулюванням питання про те, як слід одержувати та надавати до арбітражного суду докази[426].

Процедурні питання одержання та надання доказів в міжнародному комерційному арбітражі вирішуються на перетині засадни-

[426] 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 доступу : http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=DD240932-0E08-40D4-9866-309A635487C0

чих принципів, розуміння яких дозволяє уникнути помилок у вирішенні означених питань:

– необхідності для кожної сторони довести обставини, на які вона посилається — з одного боку, та обов'язковості для сторін та арбітражного суду угоди сторін, якою арбітрам надано повноваження вживати всіх заходів для вирішення спору, в тому числі заходів з одержання доказів — з іншого боку;
– права сторін надати свої аргументи та докази — з одного боку, та процесуальної автономії арбітрів, зокрема у визначенні процесуальних рамок для надання доказів — з іншого.

Г. Решке-Кеслер як один з авторів Правил ІВА вважає, що Правила виходять із тих засад, що кожна сторона повинна покладатися на власні документи в обґрунтуванні позову або заперечення на позов[427]. Разом з тим, як зазначає В. Г. Хортон, «поки ще жоден вартий довіри дослідник міжнародного комерційного арбітражу не заявив, що арбітраж повинен здійснюватись винятково на підставі інформації, яку кожна із сторін може надати без співпраці з іншою стороною»[428].

У зв'язку з цим, на нашу думку, варто дослідити процедурні питання одержання доказів в контексті особливостей, які мають місце при поданні сторонами доказів, на які вони покладаються, та, окремо, у випадку звернення однієї сторони до іншої з вимогою про надання доказів.

В міжнародному комерційному арбітражі сторонам повинна бути надана можливість викласти свої аргументи та надати докази. Як зазначає Л. П. Ануфрієва, у Великій Британії вважається, що справа була розглянута арбітром неналежним чином, якщо рішення ухвалене до розгляду всіх доказів або до завершення надання стороною доказів, а також якщо здійснено заслуховування свідків за відсутності будь-кого із сторін або проведено огляд майна, щодо якого виник спір,

[427] *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.

[428] *Horton W. G.* «Discovery» in International Arbitration / William G. Horton // Canadian Arbitration and Mediation Journal — 2011. — Vol. 20. — No 1. — p. 27.

за відсутності сторони тощо[429]. Водночас для реалізації такої можливості можуть бути встановлені певні процесуальні рамки, в тому числі часові, за умови однакового ставлення до сторін.

Важливим для розуміння процесуальних засад надання доказів сторонами є те, що, як відзначає В. В. Хвалей, в процесі арбітражного розгляду не повинно бути жодних сюрпризів. Це обумовлено, перш за все, тим, що якщо сторона поставлена перед новими доказами або аргументами і не має достатньо часу, щоб відреагувати на них, вона, по суті, позбавлена процесуальної можливості належним чином представити свою позицію. З цих причин регламенти багатьох арбітражних установ містять правило про те, що після певного етапу арбітражного розгляду нові докази сторін не повинні прийматися. Часто така дата встановлюється також у процесуальному наказі арбітрів[430].

Важливість дотримання цієї засади арбітражного розгляду простежується в арбітражній практиці. Так, у справі «Теленор проти Сторм» арбітражний трибунал *ad hoc*, що розглянув справу за регламентом ЮНСІТРАЛ, у рішенні від 2 липня 2007 року окремо відзначив, що «[…] і Позивачу, і Відповідачу була надана повна і цілковита можливість подати їх докази та аргументи щодо цих питань. Більше того, Позивач та Відповідач чітко заявили, що відсутні будь-які інші докази або правові аргументи, які б вони хотіли надати. […] Сторони також представили об'ємні виклади своїх позицій, огляди, листи та подання правових аргументів, у яких вони аналізували факти, дискутували щодо відповідного права та сперечалися щодо своїх позицій без будь-якого втручання або обмеження»[431].

Про важливість надання можливості стороні відреагувати на подані іншою стороною докази свідчить також судова практика. Так, у справі № 22-ц/2690/11007/12 2012 року як на підставу для звернення до

---

[429] *Ануфриева Л. П.* Международное частное право : В 3-х т. Том 3. Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс : Учебник. — М. : Издательство БЕК, 2001. — С. 204.

[430] *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.

[431] 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.

суду із клопотанням про скасування рішення МКАС при ТПП України заявник вказав на те, що він, як відповідач, був позбавлений можливості подати свої пояснення з приводу додаткових документів, які були подані позивачем під час арбітражного розгляду. Однак, суд першої інстанції встановив, а Апеляційний суд міста Києва його у цьому висновку підтримав, що відповідачу було своєчасно повідомлено про арбітражний розгляд, він надав свої заперечення на позовну заяву, а представник відповідача надавав пояснення під час арбітражного розгляду. При цьому суд звернув увагу на те, що з матеріалів арбітражної справи було видно, що після надання позивачем додаткових доказів та пояснень, представником відповідача не було заявлено клопотання про надання часу для підготовки додаткових пояснень з приводу поданих доказів та документів[432]. Схожа позиція була висловлена Апеляційним судом Донецької області у 2013 році в іншій справі вже стосовно підстав для відмови у наданні згоди на примусове виконання рішення МКАС при ТПП РФ[433]. Водночас вказані справи не віддзеркалюють якоїсь усталеної практики. Про це свідчить те, що згадана вище ухвала Апеляційного суду міста Києва була скасована судом касаційної інстанції, який повернув справу на новий розгляд до апеляційного суду, вказавши як на недолік на те, що апеляційний суд «не з'ясував, чи міг представник відповідача надати свої пояснення щодо цих доказів у судовому засіданні Міжнародного комерційного арбітражного суду 24 листопада 2011 року і з яких причин такі не надав»[434].

Правила ІВА також утверджують підхід, відповідно до якого будь-які докази, на які має намір посилатися сторона (в тому числі офіційні (публічні) документи та документи, які є у відкритому доступі), окрім тих, що вже надані іншою стороною, повинні бути подані арбітражному суду та іншій стороні в межах строку, погодженого сторонами або встановленого арбітражним судом. Таким чином, важливим процедурним принципом, який стосується подання доказів і

---

[432] Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 4 жовтня 2012 року у справі № 22-ц/2690/11007/12. — Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/26524862.

[433] Ухвала Апеляційного суду Донецької області від 26 лютого 2013 року. — Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/30872909

[434] Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 травня 2013 року у справі № 22-ц/2690/11007/12. — Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31727129.

який також покладений в основу Правил IBA, є принцип повідомлення сторін наперед у розумний строк про будь-які доказові слухання або про ухвалення рішення щодо будь-якого факту або суті справи, а також про факти та докази, на які спирається інша сторона. Настанови ICDR з обміну інформацією (стаття 2) також утверджують принцип, відповідно до якого сторони повинні обмінюватись доказовою інформацією заздалегідь.

Для забезпечення принципу завчасного подання доказів арбітражні регламенти деяких арбітражних інституцій (наприклад, стаття 22 Арбітражного регламенту ICC) містять положення, що обмежують у часі можливість подання сторонами нових доказів. Такі обмеження іноді встановлюються також у процесуальних рішеннях арбітрів. Спрямовані такі заходи, перш за все, на те, аби уникнути ситуації, у якій одна із сторін, яка до певного моменту притримувала важливі докази, отримує перевагу, надаючи їх на завершальній стадії розгляду, а інша сторона об'єктивно обмежена у можливості висловити свої аргументи та коментарі у зв'язку з такими доказами, а так само надати докази на противагу. Так, в остаточному арбітражному рішенні 1991 року за регламентом ICC у справі № 6573 арбітражний суд вказав на те, що ним було відмовлено у прийнятті доказів, наданих протягом слухання, у зв'язку з тим, що ще за сім місяців до того він припинив процедури з одержання доказів і при цьому прямо заявив про подальше неприйняття будь-яких наступних документів. Крім того, при поданні документів не було надано жодних пояснень того, чому ці документи не могли бути подані раніше. У результаті арбітражний суд дійшов висновку, що таке подання із запізненням позбавляє відповідача можливості перевірити докази та, якщо є підстави, заперечувати щодо змісту тверджень опонента[435]. У вже згаданій справі «Теленор проти Сторм» арбітражний суд після одержання від сторін доказів та надання їм права представити свої аргументи також ухвалив рішення про припинення слухань, у якому вказав, що «за відсутності спеціального дозволу Трибуналу будь-які наступні подання до Трибуналу не допускаються»[436].

---

[435] *Conde e Silva, Gui 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.

[436] 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.

Отже відмова у прийнятті доказів можлива з процедурних міркувань, що не робить такі докази недопустимими, хоча в практиці міжнародних комерційних арбітражних судів поширені випадки, коли сторона, якій не було надано копії поданих іншою стороною доказів, зверталася до арбітражного суду з клопотанням саме про вилучення цих доказів як недопустимих. Водночас до тих пір, поки в ході арбітражного розгляду можливим є реалізація права сторони ознайомитися з доказами та надати коментарі щодо них, таке вилучення доказів не практикується.

Таким чином, арбітражний суд, як правило, наділений правом встановлювати порядок подання доказів, що також передбачає визначення певних часових та організаційних рамок. Збереження цього права за арбітрами важливе ще й тому, що процедури доказування мають здійснюватись організовано і з розумною економією, як того очікують від арбітражу користувачі його послуг. Водночас одержання арбітражним судом деяких доказів передбачає організацію досить складних процедур, якими є наприклад слухання, тому добросовісна кооперація сторін з обміну доказовою інформацією разом з керівною роллю арбітрів в організації процесу покликані зробити ці процедури ефективними.

Відсутність зайвої формалізації процедур завжди розцінювалась як одна з позитивних рис міжнародного комерційного арбітражу у порівнянні з національними судовими процесами. Особливо ця риса простежується у тому, що арбітражна практика сприйняла та активно застосовує техніки дистанційного розгляду, відеоконференції зі сторонами, свідками та експертами, процедури розгляду справ за документами без усних слухань. Застосування цих технік здійснюється за умови дотримання одного із засадничих принципів арбітражу — надання сторонам права викласти свої аргументи.

Слухання не є єдиним усним способом спілкування арбітражного суду зі сторонами, яким часто є засідання суду у національних процесах. Визнаним в арбітражній практиці підходом є розмежування процесуальних консультацій і слухань, які стосуються суті справи і часто зводяться до одержання та дослідження доказів, зокрема заслуховування свідків та експертів — слухання за доказами в термінології Правил ІВА. Консультації арбітрів між собою та зі сторона-

ми можуть здійснюватись у формі зустрічей або іншим чином. Розроблені ЮНСІТРАЛ Коментарі з організації арбітражного розгляду звертають увагу на те, що в арбітражній практиці, коли мова йде про спеціальні процедурні зустрічі, які слід відокремлювати від слухань, використовуються поняття «попередня зустріч», «конференція перед слуханнями», «підготовча конференція» та схожі поняття, які використовуються залежно від стадії процесу[437]. Таким чином, проведення арбітражним судом зустрічей зі сторонами не рівнозначне проведенню слухань і так само не вказує на те, що арбітражним судом прийнято рішення про проведення слухань або сторонами досягнуто згоди щодо слухань.

Принцип надання сторонам можливості викласти свої аргументи, як стверджує Г. Конде е Сільва, не поширюється на обов'язковість усних слухань. Такий підхід, на його думку, підтверджується також арбітражною практикою, зокрема опублікованим арбітражним рішенням 1988 року за регламентом ICC у справі № 4975, у якому арбітражний суд дійшов висновку, що сторони цілком можуть реалізувати можливість викласти свої аргументи іншими засобами. Принаймні таке правило застосовується в арбітражному розгляді за документами[438].

Дійсно, відомі арбітражні регламенти допускають здійснення арбітражного розгляду без усних слухань, а лише на підставі документів. Деякі установи, що адмініструють арбітраж, навіть впровадили спеціальні регламенти з прискореного арбітражу (SCC, AAA, BOIB та інші). Напрацьовані також настанови з прискореного арбітражного розгляду без проведення усних слухань (наприклад, у 2011 році видані Настанови Королівського інституту арбітрів з арбітражу за документами[439] та для арбітражу за Типовим законом ЮНСІТРАЛ[440]).

---

[437] UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, United Nations. — New York, 2012. — p. 2. — Режим доступу : http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-e.pdf

[438] *Conde e Silva, Gui 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.

[439] CIArb Guidelines for Arbitrators regarding Documents-Only Arbitrations,Practice Guideline 5, 06 December 2011. — Режим доступу : http://www.ciarb.org/information-and-resources/Practice%20Guideline%205% 20international.pdf

[440] CIArb Guideline 5 to the UNCITRAL Model Law and Rules: Guideline for Arbitrators regarding Documents-Only Arbitration, 06 December 2011. — Режим доступу : http://www.ciarb.org/information-and-resources/Practice%20guideline%205%20uncitral.pdf

Існування таких процедур свідчить, очевидно, про сприйняття процедур розгляду без слухань за доказами як таких, що дозволяють сторонами представити свої аргументи. Водночас це не означає, що арбітражний суд в усіх випадках може на власний розсуд обмежитись таким розглядом за документами. Лише деякі закони про міжнародний комерційний арбітраж створюють таку можливість для арбітражного суду (наприклад, стаття 34(2)(h) Англійського закону про арбітраж). Натомість, Типовий закон ЮНСІТРАЛ (стаття 24(1)) та законодавство у країнах, які його імплементували, в тому числі в Україні, а також Німецький цивільний процесуальний кодекс (§ 1047(1)), Бельгійський судовий кодекс (стаття 1705) та інші передбачають обов'язок арбітражного суду провести слухання на вимогу сторони, якщо тільки сторони не домовились про інше. Такий же підхід закріплено у багатьох арбітражних регламентах (зокрема у статті 35(3) Регламенту МКАС при ТПП України, статті 25(6) Арбітражного регламенту ICC, статті 19.1 Регламенту LCIA та статті 17(3) Регламенту ЮНСІТРАЛ). Правила IBA вимагають появи в усних слуханнях свідків та експертів, якщо про це заявила будь-яка із сторін або арбітражний суд. При цьому обов'язковою є персональна явка, якщо тільки арбітражний суд не допустив проведення відеоконференції або використання іншої технології зв'язку.

Попри те, що законодавство про арбітраж та регламенти відомих арбітражних установ наділяють арбітражні суди широкими повноваженнями у визначенні правил процедури та доказування, згадані вище норми законодавства про обов'язок арбітражного суду провести слухання на вимогу сторони, якщо тільки сторони не домовились про інше, можна розглядати як обов'язкові і такі, що не допускають відхилення за рішенням арбітражного суду. Водночас, домовляючись про застосування арбітражних регламентів, які передбачають вирішення питання про доцільність проведення слухань арбітрами (в тому числі правила з прискореного арбітражного розгляду), сторони як раз і досягають домовленості, яка дозволяє арбітражному суду самостійно вирішувати це питання. Такий висновок підтверджується також арбітражною та судовою практикою. Так, арбітражний суд, який розглянув справу за Регламентом прискореної арбітражної процедури SCC, відмовив у задоволенні клопотання сторони про проведення слухан-

ня та виключив з доказів письмові свідчення свідків, оскільки їх не було допитано через відсутність слухань. Компетентний суд Швеції, розглядаючи заяву про скасування цього арбітражного рішення, прийшов до висновку про відсутність підстав для скасування[441].

Таким чином, розгляд справи «за документами», без слухань, можливий в тому випадку, коли арбітражний суд не одержує письмові свідчення свідків та висновки експертів, призначених сторонами. Справа в тому, що такі свідчення та висновки хоча і мають письмову форму, однак можуть розглядатися скоріше не як документ-письмовий доказ, а як відповіді на запитання сторони, яка їх надала. Принципи однакового ставлення до сторін та надання їм можливості викласти свої аргументи вимагають, аби інша сторона також мала можливість поставити свої запитання. Саме з цих підстав, на нашу думку, у Правилах ІВА закріплені положення про те, що письмові свідчення свідків та висновки експертів, призначених стороною, не враховуються як докази, якщо такі свідки та експерти не з'явилися без поважних причин на слухання попри запит на їх участь від сторони (статті 4.7 та 5.5 Правил ІВА відповідно). Правила передбачають можливість прийняття таких письмових свідчень та висновків без участі осіб, що їх надали, в слуханнях, проте лише у виняткових випадках. Звичайно, арбітражний суд може виключити явку будь-якого свідка або експерта, якщо дійде висновку про їх неналежність, неістотність або необґрунтовану обтяжливість, дублювання або необхідність застосувати інші обмеження, зокрема, щодо допустимості, як це передбачено статтею 8.2 Правил ІВА, проте в такому разі в усіх випадках, крім якщо мова йде про необґрунтовану обтяжливість, таке рішення арбітражного суду мало б також стосуватися і самого письмового свідчення або висновку.

Таким чином, арбітражний суд може без створення додаткового ризику скасування арбітражного рішення обмежитись розглядом за документами попри вимогу однієї із сторін про проведення слухань, якщо таке право передбачено *lex arbitri* або угодою сторін, в тому числі шляхом посилання на регламент, який передбачає право арбітражного суду відмовити у проведенні слухань, і при цьому до

[441] *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.

справи від іншої сторони не залучено письмових свідчень свідків або висновків експерта, призначеного стороною.

Якщо ж слухання проводяться, арбітражний суд має широкі повноваження у визначенні порядку їх проведення. Регламенти провідних арбітражних установ не встановлюють будь-яких додаткових обмежень, окрім спрямування на досягнення високої ефективності процесу. Однак попри всю різноманітність способів проведення слухань, які пропонують Правила IBA та інші настанови, незмінними є два ключових аспекти: контроль арбітражного суду над слуханням (звичайно з урахуванням угоди сторін) та надання сторонам можливості брати участь у допиті свідків та експертів, призначених сторонами (шляхом прямого та перехресного допиту), а також ставити запитання експерту, призначеному арбітражним судом. Контроль арбітражного суду передбачає також право обмежувати та виключати будь-яке запитання, поставлене свідку або експерту, відповідь, або явку, якщо дійде висновку про їх неналежність, неістотність або необґрунтовану обтяжливість, дублювання або необхідність застосувати інші обмеження, зокрема, щодо допустимості. Навідні запитання під час прямого допиту також не допускаються, хоча можуть бути застосовані під час перехресного допиту.

Окрім теоретичних та практичних питань, пов'язаних із поданням доказів сторонами та їх дослідженням у міжнародному комерційному арбітражі, іншим важливим аспектом є одержання доказів від сторони на вимогу іншої сторони або арбітражного суду.

Національне законодавство про арбітраж країни місця арбітражу, як ми встановили раніше, закладає ґрунт для реалізації арбітражними судами своїх повноважень з одержання доказів. Так, Англійський закон про арбітраж у статті 34(2)(d) встановлює право арбітражного суду зобов'язати сторони розкрити одна одній та надати до арбітражного суду документи, а також уповноважує арбітрів вимагати від сторони надання свідчень під присягою та допустити для огляду, фотографування, передання на зберігання, опечатування будь-якого майна, яке стосується арбітражу (статті 38(4)(a) та 38(5)). Схоже положення містить також Федеральний закон про арбітраж США (стаття 7 уповноважує арбітрів видавати обов'язкові до виконання вимоги про участь у слуханнях як свідка та про надання інших доказів). Україн-

ське законодавство обмежується загальною нормою про право арбітражного суду встановлювати правила процедури та залишає детальне регулювання цього питання угоді сторін та арбітражним регламентам.

Більшість відомих арбітражних регламентів містять положення про повноваження арбітражного суду запитувати у сторін докази: стаття 27(3) Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ, стаття 25(5) Арбітражного регламенту ICC передбачають, що на будь-якій стадії арбітражного розгляду склад арбітражного суду може вимагати від будь-якої сторони надати додаткові докази[442]. Схожі положення містяться у статті 22.1(iv) Арбітражного регламенту LCIA, статті 28(1) Арбітражного регламенту NAI[443], статті 27 Арбітражного регламенту Дубайського міжнародного арбітражного центру (DIAC) [444] та багатьох інших. Арбітражний регламент LCIA надає арбітражному суду право вимагати від сторони розкрити будь-яку інформацію, зробити доступними для огляду арбітражним судом, сторонами, призначеними ними експертами будь-яке майно, ділянки або речі, які знаходяться під їх контролем, а також зобов'язати надати будь-які належні до справи документи або категорії документів, які знаходяться в її володінні, на зберіганні або під контролем (стаття 22.1 Регламенту). Регламенти інших арбітражних центрів (стаття 21 Регламенту з міжнародного арбітражу ICDR, стаття 24(h) Регламенту Сінгапурського міжнародного арбітражного центру) також передбачають широкі повноваження арбітрів з одержання доказів.

Значна частина інших арбітражних регламентів, які не містять спеціальних положень з цього питання, надають арбітражному суду право встановлювати факти «всіма належними засобами», що на думку Г. Кауфман-Колер та Ф. Берча, вміщує в собі також повноваження арбітражного суду вимагати від сторін надання доказів[445].

---

[442] International Chamber of Commerce Arbitration Rules, in force as from January 1, 2012. — Режим доступу : http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/

[443] Arbitration Rules of the Netherlands Arbitration Institute, Effective 2010. — Режим доступу : http://www.nai-nl.org/downloads/NAI%20Arbitration%20Rules%201%20January%202010.pdf

[444] Dubai International Arbitration Centre (DIAC) Arbitration Rules 2007. — Режим доступу : http://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/DIAC%202007%20Arbitration%20Rules.pdf

[445] *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.

В такому випадку закономірно виникає питання про те, яким чином співвідноситься право арбітражного суду вимагати надання певних доказів із принципами однакового ставлення до сторін та надання сторонам можливості викласти свої аргументи. Це право походить з реалізації сторонами своєї автономії з встановлення правил процедури. Оскільки сторони шляхом укладення арбітражної угоди погоджуються з обов'язковістю для себе певного арбітражного регламенту та його положень щодо повноважень арбітражного суду, цим самим вони покладають на себе зобов'язання співпрацювати у питаннях обміну доказовою інформацією, а арбітражному суду надають повноваження схиляти себе до такої співпраці, в тому числі шляхом витребування доказів.

Хоча витребування доказів розглядається як таке, що потенційно загрожує рівності сторін, як зазначають Г. Кауфман-Колер та Ф. Берч, досліджена література не ідентифікує жодної справи, у якій арбітражне рішення було скасоване або у його примусовому виконанні було відмовлено через витребування арбітражним судом документів, або навпаки через відмову у такому витребуванні. Водночас відмова у запиті документів може стати підставою для скасування або відмови у виконанні рішення, якщо сторони домовились про процедуру розкриття доказів — в такому випадку арбітражне рішення може розглядатися як таке, що ухвалене з порушенням встановленої сторонами процедури[446].

Отже, можна погодитись з думкою, що, незважаючи на відмінності у правових культурах, загальновизнаною у міжнародному арбітражі практикою є право сторін звернутися до арбітражного суду з проханням про витребування належних до справи документів, які знаходяться у володінні або під контролем у іншої сторони[447]. Залежно від правової традиції, яка має найбільший вплив на практику відповідного арбітражного центру, обсяг вимоги, з якою може зіштовхнутись сторона, у якої запитують докази, відрізняється.

В практиці арбітражних систем, які діють під впливом правової традиції як цивільного, так і загального права, сформувалося стій-

[446] Там само. — p. 17.

[447] *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. — Volume 31(1). — p. 337.

ке переконання у праві арбітрів вимагати від сторін надання доказів. Водночас на відміну від інших систем, для правової системи США характерне таке особливе явище як «розкриття доказів» (*discovery*), яке практики, вихована у цій правовій традиції, часто переносять з національних судових процесів у міжнародний комерційний арбітраж.

Термін «*discovery*» вживається в юридичній термінології США та деяких інших країн загальної системи права (окрім Англії, де цей термін було вилучено із процесуального законодавства у 1996 році) для позначення процесу, в якому сторони та їх представники зобов'язані надати документи, які стосуються справи, навіть якщо надання таких документів шкодить позиції цієї сторони.

У вітчизняній правовій науці поняття «розкриття доказів» введено Л. М. Ніколенко із значенням зобов'язання кожної особи, яка бере участь у справі, розкрити докази, на які вона посилається як на підставу своїх вимог до початку судового розгляду[448]. У такому значенні це поняття суттєво відрізняється від *discovery* американського зразка, яке передбачає розкриття всіх доказів, які можуть стосуватися справи, а не тільки тих, на які сторона посилається, тому далі ми вживатимемо це поняття саме у такому широкому значенні, яке йому історично притаманне.

На думку А. Редферна та М. Хантера, якщо обов'язкові норми процесуального права (*lex arbitri*) або угода сторін не встановлює іншого, розкриттю немає місця в міжнародному арбітражі[449]. Інші дослідники також поділяють думку, що у більшості арбітражів розкриття доказів зводиться до обміну між сторонами інформації, на яку вони мають намір покладатися[450]. Г. Решке-Кеслер натомість вважає, що в принципі арбітражні регламенти та законодавство про арбітраж навіть у країнах цивільного права, в тому числі тих, які імплементували Типовий закон ЮНСІТРАЛ, роблять можливим застосування

---

[448] *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.

[449] *Redfern & Hunter* on International Arbitration — Fifth Edition Edited by Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. — Oxford University Press, 2009. — p. 393.

[450] *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.

discovery. Воно однак суперечитиме в такому разі меті міжнародного комерційного арбітражу як інструменту зі швидкого та ефективного вирішення спорів[451].

З цієї причини навіть в американських арбітражних системах, які природно тяжіють до притаманного цій правовій традиції повного розкриття сторонами доказів, такі інструменти розкриття доказів, як попередній обмін сторонами запитаннями, на які слід відповідати під присягою (*interrogatories*), та збирання спеціально призначеними для опитування особами, в тому числі представниками сторін, письмових свідчень потенційних свідків (*depositions*), не застосовуються, про що прямо вказано у Настановах ICDR з обміну інформацією (стаття 6(b) Настанов) та Регламенті з міжнародного арбітражу ICDR. Американські практики арбітражу також погоджуються, що навіть в американських системах міжнародного комерційного арбітражу ці техніки одержання доказів або не застосовуються зовсім, або дуже рідко[452]. Хоча практика інших установ, що адмініструють міжнародний комерційний арбітраж у США, виходить з того, що *depositions* можливі (стаття 2(c) Протоколу з розкриття документів на надання свідками свідчень у комерційному арбітражі Міжнародного інституту із запобігання та вирішення конфліктів[453]). У будь-якому випадку, ці процедури не характеризуються такою обтяжливістю для сторони і такою розфокусованістю щодо предмету, як ті, що властиві національним судовим процесам у США.

Правила IBA не дозволяють *discovery*, про що однозначно стверджує один з авторів цього документу Г. Решке-Кеслер[454]. Дійсно,

---

[451] *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.

[452] *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.

[453] Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration of the International Institute for Conflict Prevention and Resolution. — Режим доступу: http://www.cpradr.org/Resources/ALLCPRArticles/tabid/265/ID/614/CPR-Protocol-on-Disclosure-of-Documents-and-Presentation-of-Witnesses-in-Commercial-Arbitration.aspx

[454] *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.

як і в попередній, у чинній редакції Правил ІВА передбачено можливість звернення сторони до арбітражного суду із запитом на надання лише конкретних доказів або їх вузької категорії, який може бути задоволений арбітражним судом або ні. Хоча на думку інших дослідників, саме положення статті 3.8 Правил ІВА свідчить про можливість застосування розкриття навіть стосовно третіх осіб[455].

На думку З. Мароссі, арбітражна угода може бути структурована таким чином, аби містити положення про *discovery*. Якщо договір передбачає, що сторони зобов'язані здійснювати обмін специфічною інформацією у випадку спору, це, на думку З. Мароссі, уповноважує сторони та арбітражний суд на здійснення *discovery*, без необхідності входити у непотрібну дискусію щодо існування такого обов'язку[456].

Арбітражна практика МКАС при ТПП України вказує на застосування пом'якшеної форми розкриття — частими є випадки витребування арбітражними судами документів, які стосуються справи, однак на які не спирається сторона, у якої їх витребовують. Так, з рішення МКАС при ТПП України від 28 вересня 2001 року видно, що арбітражний суд запропонував відповідачу разом з відзивом на позовну заяву надати документи, про існування яких стверджував позивач[457].

Як зазначають Г. Кауфман-Колер та Ф. Берч, умови, за яких витребування документів є допустимим, не встановлені ані в національному арбітражному законодавстві, ані в інституційних арбітражних регламентах. Водночас вони вироблені у практиці і втілились у Правилах ІВА[458].

Правила ІВА передбачають можливість подання стороною запиту (клопотання) про надання документів іншою стороною.

---

[455] *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.

[456] *Marossi Z.* Evidentiary Obligations in Contemporary International Litigation : PhD in Law Thesis / Zeinalabedin Marossi. — University of Amsterdam, 2008. — p. 180.

[457] Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины от 28 сентября 2001 года [О взыскании убытков]. — Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2642.html

[458] *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.

Таке клопотання відповідно до Правил ІВА (стаття 3.3) повинне містити:

1) опис кожного запитуваного документу, достатній для його ідентифікації або, якщо мова йде про запит вузької категорії документів, достатньо конкретизований опис такої категорії, який також повинен включати предмет, якого стосуються запитувані документи. Якщо документи зберігаються в електронній формі, сторона повинна сама або на вимогу арбітражного суду ідентифікувати конкретні файли, критерії пошуку, конкретних осіб або інші способи пошуку таких документів ефективним та економним способом;
2) пояснення того, яким чином запитувані документи належні до справи та істотні для її вирішення;
3) заяву про те, що запитувані документи не знаходяться у володінні, віданні або під контролем сторони, що запитує, або пояснення причин, з яких подання цих документів було б для неї необґрунтовано обтяжливим. Також повинно бути надане пояснення причин, з яких сторона, що запитує, вважає, що запитувані документи знаходяться в розпорядженні, віданні або під контролем іншої сторони.

Сторона, у якої іншою стороною запитано докази, не зобов'язана очікувати наказу арбітражного суду і надавати їх тільки, якщо арбітражний суд підтримає цей запит. З таких позицій виходять і Правила ІВА, які передбачають, що сторона, до якої іншою стороною звернено запит на надання доказів, може надати їх іншій стороні і, якщо так вирішить арбітражний суд, також арбітражному суду, або надати арбітражному суду свої заперечення. Тільки в останньому випадку арбітражний суд вирішуватиме питання про обґрунтованість запиту та заперечень і, як результат, зобов'язання сторони надати докази. Такому рішенню може передувати пропозиція арбітражного суду сторонам провести консультації для розгляду заперечень.

Таким чином, Правила ІВА передбачають, що сторона, від якої запитано документи, може протягом встановленого арбітражним судом строку заявити заперечення проти клопотання, вказавши на певний дефект самого клопотання (відсутність у ньому окресленого вище необхідного обґрунтування або неправдивість наданих даних),

або ж вказати на підстави, з яких документи не можуть бути надані. Перелік таких підстав наведено у статті 9.2 Правил IBA. Він об'єднує заперечення з підстав невідповідності запитуваних доказів критеріям належності, істотності та допустимості, а також невідповідності запиту принципу рівності сторін і уникнення невиправданої обтяжливості запиту.

Якщо тягар, який покладається на сторону у зв'язку з необхідністю надати певні докази, є неспівмірний з істотністю цих доказів, арбітражний суд може відмовити у зобов'язанні надати їх або покласти на сторону, яка звернулась із запитом, витрати, пов'язані з одержанням доказів (такі положення закріплені, наприклад, у статті 21 Регламенту з міжнародного арбітражу ICDR).

Опір сторони, якій адресовано запит на докази іншої сторони, є поширеним явищем, закономірною реакцією. Така сторона майже завжди опирається задоволенню арбітражним судом запиту, посилаючись, наприклад, на те, що запит є «надмірний та невиправдано обтяжливий, розпливчастий та неоднозначний» стосовно запитуваних документів, як це зробила сторона в арбітражній справі за регламентом SCC[459].

Пояснюючи зміст вимог, які ставляться до запиту, Г. Решке-Кеслер вважає, що сторона може запитати від інших сторін документи (в тому числі електронні), якщо такі документи є належними та істотними для вирішення справи. Арбітражний суд може задовольнити такий запит, тільки якщо вирішить, принаймні попередньо, що запитані документи є належними та істотними для вирішення справи. Особливий наголос тут слід вжити на слові «є», оскільки якщо документи тільки «можуть бути» належними та істотними для вирішення справи, цього, на думку Г. Решке-Кеслера, недостатньо для зобов'язання арбітражним судом сторони надати запитувані документи, на що вказує сама словесна конструкція статей 3 та 9.2 Правил IBA[460].

---

[459] Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Award of 5 April 2007 (Pressure sensors case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070405s5.html

[460] *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.

Запит на надання документа повинен ідентифікувати запитуваний документ у достатній мірі. Опис повинен містити принаймні такі елементи:

– автор та/або адресат документа;
– дата або приблизний період створення документа;
– орієнтовний зміст.

Правила IBA також дозволяють запит на надання «вузької та конкретної […] категорії документів», які очікувано існують. На практиці, як вважають Г. Кауфман-Колер та Ф. Берч, арбітри часто задовольняють запити на витребування категорій документів, якщо вони є належними[461]. Крім того, документи повинні знаходитись у володінні або бути під контролем у сторони, у якої їх запитують. Сторона, що запитує, таким чином, повинна повідомити про обставини, які дозволяють їй стверджувати про те, що документи знаходяться у опонента або підконтрольні йому.

Г. Кауфман-Колер та Ф. Берч узагальнюють умови для задоволення запиту і зводять їх до таких: ідентифікація документів з розумною конкретністю; належність до справи; підтвердження знаходження документів у володінні або під контролем сторони; відсутність привілеїв, які б захищали такий доказ від розкриття. Додатковими умовами, які арбітражний суд повинен враховувати, на думку науковців, є очікування сторін, пропорційність запиту на надання документів та ефективність організації арбітражного розгляду[462].

Дж. Франк та Дж. Бернар виводять на основі узагальнених умов для запиту документів такі принципи запиту доказів:

– конкретність запитуваних документів або вузької категорії документів;
– істотність для вирішення справи;
– недоступність документів для сторони, що запитує;
– наявність підстав для висновку про володіння стороною документів;

[461] *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.
[462] Там само.

– справедливий розподіл пов'язаних з одержанням документів витрат та недопущення надмірного тягаря для сторони[463].

Наведений вище перелік потребує доповнення. Однією з обов'язкових передумов задоволення клопотання сторони про надання доказів (поряд із підтвердженням належності таких доказів та обґрунтування їх наявності у іншої сторони) є, на думку З. Мароссі, надання доказів *prima facie* стороною, що звертається із запитом[464].

Г. Решке-Кеслер також вважає, що арбітражний суд повинен вирішувати питання щодо запиту про надання документів після обміну сторонами позовною заявою та відзивом на позов і після того, як сторона, що звертається із запитом, надасть всі документальні докази, які знаходяться у неї. Тільки після такого обміну сторонами заявами щодо суті спору та наявних у них документів, арбітражний суд може ухвалити найбільш зважене і все ж попереднє рішення про те, чи є запитувані документи належними до справи та істотними для її вирішення. Відповідно, негативною є практика, за якої арбітражний суд задовольняє запит лише на основі перших заяв щодо позову або заперечення на нього без будь-якого знання правових та фактичних аспектів справи та без дослідження доказів, до яких сторона, що звертається із запитом, має вільний та необмежений доступ[465].

Схожі із тими, що стосуються порядку запиту документів, положення містять Правила IBA також стосовно одержання свідчень свідків. Сторона може звернутися до арбітражного суду з клопотанням про вжиття заходів з одержання свідчень або про доручення цій стороні вжити таких заходів. Ключовою вимогою для задоволення клопотання є обґрунтування належності та істотності свідчень.

Водночас одержання свідчень, як правило, пов'язане зі зверненням до осіб, які не мають юридичного обов'язку брати участь у

---

[463] *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.

[464] *Marossi Z.* Evidentiary Obligations in Contemporary International Litigation : PhD in Law Thesis / Zeinalabedin Marossi. — University of Amsterdam, 2008. — p. 257.

[465] *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.

розгляді, що ускладнює одержання свідчень. Ця ж проблема виникає у випадку необхідності одержати інші докази від третіх осіб. Арбітражний суд, як правило, не має правових засобів для зобов'язання третьої особи надати документи, які знаходяться у неї, навіть якщо такі документи мають вирішальне значення для справи. Лише у деяких країнах третя особа може бути зобов'язана за допомогою спеціального запиту (*subpoena*) з'явитися у слухання та надати свідчення, а національний суд може надати допомогу арбітражу у забезпеченні присутності такого свідка. В Англії така допомога національного суду можлива стосовно забезпечення участі у засіданні та надання документів особами, під'юрисдикційними такому суду. У США Федеральний закон про арбітраж (стаття 7) надає арбітрам право звернутися для приводу будь-якої особи, а не лише сторони, та примусового надання нею важливих документів. О. Больтхаузен та П. Акер зазначають, що попри суперечливу практику з цього питання у США, арбітражі, які здійснюють діяльність за Федеральним законом про арбітраж, можуть ухвалювати рішення про розкриття третіми особами доказів[466]. Спірним у правозастосовній практиці США залишається питання про те, чи можуть до таких засобів вдаватися іноземні арбітражі[467].

Таким чином, за відсутності спеціальних норм у національному арбітражному законодавстві країни місця арбітражу, арбітражний суд не має повноважень щодо будь-яких наказів третім особам у цій юрисдикції.

Крім того, треті особи часто можуть бути поза юрисдикцією суду за місцем арбітражу, оскільки це місце часто є обраним саме завдяки своїй нейтральності та відсутності зв'язків з правовідносинами, щодо яких виник спір. Гаазька конвенція про отримання за кордоном доказів у цивільних або комерційних справах 1970 року не підлягає у цьому випадку застосуванню, оскільки арбітражні суди не уповноважені звертатися до механізмів цієї конвенції. Тому за винятком країн,

[466] *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.

[467] *Redfern & Hunter* on International Arbitration — Fifth Edition Edited by Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. — Oxford University Press, 2009. — p. 399.

у яких суди уповноважені сприяти закордонним арбітражним процесам, зобов'язання третіх осіб надати документи є, на думку Г. Кауфман-Колер та Ф. Берча, з якою ми погоджуємось, складним, якщо взагалі можливим[468].

У цьому дослідженні ми не розглядаємо процесуальні аспекти допомоги національних судів в одержанні доказів для арбітражних процесів, оскільки це потребує аналізу процесуального законодавства та практики його застосування у багатьох юрисдикціях, і таке дослідження більшою мірою стосувалося б національних судових систем, ніж міжнародного комерційного арбітражу. Крім того, як свідчить арбітражна практика та підтверджується оцінками інших дослідників, ймовірність надання такої допомоги низька навіть у найбільш дружніх арбітражу юрисдикціях. В Україні за період з 2011 по 2013 роки суди також не ухвалювали рішень про забезпечення доказів на підтримку арбітражних процесів (з метою виявлення таких у Єдиному державному реєстрі судових рішень перевірено понад 1500 судових рішень, тією чи іншою мірою дотичних до арбітражу). Позитивним змінам у цій практиці могло б сприяти удосконалення законодавства про міжнародний комерційний арбітраж, а саме внесення змін до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», для приведення його у відповідність з Типовим законом ЮНСІТРАЛ, до якого у 2006 році були внесені зміни. Серед таких змін було введення до статті 17 закону нових положень, якими уточнено обсяг забезпечувальних заходів, зокрема, включено до них розпорядження арбітражного суду стороні зберігати докази, які можуть стосуватися справи та мати істотне значення для вирішення спору.

Таким чином, видається обґрунтованим, що у найбільш загальному вигляді умови, за яких запит сторони про надання іншою стороною доказів може бути задоволений, є такими:

– запитувані докази повинні бути належними, істотними та допустимими (при цьому тягар доказування недопустимості запитаних доказів покладається на сторону, яка заперечує проти задоволення запиту);

[468] *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.

– сторона, що запитує, повинна надати *prima facie* докази тих обставин, якими обґрунтовуються її вимоги або заперечення;
– арбітражний суд повинен бути переконаний у тому, що такі докази знаходяться у володінні або під контролем сторони, у якої їх запитують.

4.5. Підсумки до глави 4

В міжнародному комерційному арбітражі, як правило, відсутні формальні правила про те, які докази можуть бути прийняті та оцінені в процесі вирішення спору. Доказами є дані, які мають певну процесуальну форму і значення для вирішення справи. Водночас докази повинні мати певні властивості, а саме: бути належними, істотними та допустимими. Належність доказу в міжнародному комерційному арбітражі слід розуміти як логічний зв'язок з обставинами, які складають предмет доказування. Істотність є властивістю доказу робити висновок про існування певної обставини більш вірогідним з урахуванням вже наданих доказів. Допустимість доказу в міжнародному комерційному арбітражі презюмується, а визнання недопустимим можливе у випадку, якщо прийняття доказу суперечило б угоді сторін, публічному порядку, обов'язковим нормам *lex arbitri* або за умови існування відповідної норми у матеріальному праві або праві, яке має найбільш тісний зв'язок з доказом і яку арбітражний суд визнав такою, що підлягає застосуванню, зокрема це стосується недопустимості доказів через захист певної інформації правовими привілеями. Застосовуючи правила про привілей, арбітражний суд може для дотримання принципу однакового ставлення до сторін визнавати однакову за природою інформацію захищеною в однаковій мірі, навіть якщо в силу правових приписів вона є захищеною тільки для однієї сторони. В інших випадках вирішення питання про допустимість доказів може бути предметом угоди сторін або рішення на розсуд арбітражного суду, навіть якщо право, яке підлягає застосуванню, встановлює певні обмеження (як

у випадку із встановленою цивільним законодавством недопустимістю свідчень свідків на підтвердження укладення правочину), або такі обмеження витікають з правових традицій (недопустимість прийняття свідчень з чужих слів як доказу або свідчень, одержаних у відповідь на навідні запитання).

У тих випадках, коли доказ одержано у спосіб, що порушує публічний порядок, арбітражний суд повинен вирішити питання про допустимість доказу та відмовити у його прийнятті.

Оскільки арбітри обмежені у власних ініціативах з пошуку права, яке підлягає застосуванню, саме на сторону, яка заявляє про недопустимість, покладається тягар доказування недопустимості.

Оцінювання доказів у міжнародному комерційному арбітражі здійснюється за критеріями достовірності та ваги, а всієї системи достовірних доказів певної обставини — за критерієм достатності. Умовами визнання доказу достовірним є відсутність протиріч в самому доказі та протиріч з іншими доказами, а також із встановленими обставинами справи. Водночас арбітражне рішення, ухвалене на підставі підробленого доказу, може бути скасоване, а у дозволі на його виконання може бути відмовлено з підстав порушення публічного порядку. Вага є критерієм здатності доказу підтримати правильний за законами логіки умовивід щодо існування певної обставини. Вага визначається щодо окремого доказу, натомість система доказів на підтвердження певної обставини оцінюється за критерієм достатності, виконання якого свідчить про виконання стороною свого тягаря доказування та досягнення стандарту доказування, застосованого арбітражним судом. Сторони мають право досягнути згоди стосовно всіх властивостей та критеріїв оцінювання доказів, якщо це не призводить до порушення публічного порядку.

Хоча законодавство про міжнародний комерційний арбітраж та відомі арбітражні регламенти не встановлюють переваг одних доказів над іншими, в арбітражній практиці склалося ставлення до письмового доказу (документу), сучасному досліджуваним обставинам, як до найкращого доказу. В межах категорії «документ», яке в арбітражній практиці є більш вживане, ніж письмовий доказ, є підстави розглядати особливий вид доказів — електронний доказ або інформація, що зберігається в електронному вигляді.

У питаннях використання свідчення свідків у міжнародному арбітражі відчувається тяжіння до правової традиції систем загального права, яка виявляється у широкому застосуванні письмових свідчень, які передують допиту свідка або й замінюють його. Можливість у міжнародному комерційному арбітражі підготовки свідка стороною, яка покладається на його свідчення, прийняття свідчень з чужих слів та широке розповсюдження застосування перехресного допиту свідків також свідчить про істотний влив загального права на практику доказування в міжнародному комерційному арбітражі, а також про те, що одержання будь-якої належної інформації розцінюється як завдання, несумісне з встановленням жорстких правил про допустимість доказів.

У вирішенні питань, пов'язаних із залученням експертів, у міжнародному комерційному арбітражі характерними є такі особливості:

(1) експертиза повинна призначатись арбітражним судом лише у вкрай необхідних випадках і для з'ясування вузьких конкретних питань факту і права, які не можна з'ясувати іншими, процесуально економнішими, засобами;

(2) призначати експертів можуть як сторони, так і арбітражний суд. При цьому перший підхід набуває більшого поширення.

Застосування в міжнародному комерційному арбітражі принципу змагальності вимагає, аби кожна зі сторін покладалася на власні докази у доказуванні обставин, якими вона обґрунтовує свої вимоги та заперечення. Водночас у міжнародному комерційному арбітражі визнається право сторін звернутися одна до одної для одержання доказів. У випадку заперечень сторони у наданні запитаних доказів арбітражний суд може зобов'язати сторону їх надати за умови, що запитувані докази є належними істотними та допустимими, а сторона, що запитує, надала *prima facie* докази тих обставин, якими обґрунтовуються її вимоги або заперечення. При цьому арбітражний суд повинен бути переконаний у тому, що такі докази знаходяться у володінні або під контролем сторони, у якої їх запитують. Для забезпечення збереження та надання доказів арбітражний суд може застосувати забезпечувальні заходи.

Післямова

Протягом останніх десятиліть спостерігається чітка тенденція до зростання ролі міжнародного комерційного арбітражу як механізму вирішення спорів у міжнародному комерційному обігу. Це дало поштовх уніфікації арбітражних процедур і підходів до розгляду справ, яка полягає у взаємному запозиченні концепцій, властивих арбітражу у країнах континентальної (романо-германської) правової традиції та правових системах загального права (англо-американських системах), та у виробленні на їх основі компромісних підходів, які можуть бути сприйняті представниками цих систем.

Зростання популярності арбітражу як інструменту вирішення спорів з участю українських суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та розширення діапазону арбітражних центрів, до послуг яких звертаються українські учасники зовнішньоторговельних відносин, з властивою арбітражу змагальністю потребують переорієнтації на інші, відмінні від прийнятих у національному судочинстві, засади, зокрема на активність сторін у процесі доказування, що зумовлює актуальність проблем доказування в міжнародному комерційному арбітражі.

Специфіку доказування в арбітражі у порівнянні з національними судовими процесами іноді непросто простежити. Відзначаючи, що мета доказування в арбітражі не виходить за межі мети всього арбітражного розгляду, якою є вирішення спору, а в жодному випадку не встановлення істини і навіть не повне та об'єктивне з'ясування обставин справи, як це має місце в національному цивільному та господарському судочинстві, ми намагались підкреслити цю відмінність. Змагальність притаманна як цивільному та господарському судочинству, так і арбітражу. Однак, зважаючи на договірну природу арбітражу, саме в ньому змагальність повинна проявлятися у найбільш рафінованому вигляді, який полягає у наданні сторонам можливості викладати свої аргументи та докази щодо тих обставин, стосовно яких існує спір. Арбітри не повинні з'ясовувати всі деталі відносин між сторонами спору, так би мовити для повноти картини, тобто для повного та

всебічного дослідження обставин, як про це часто читаємо в судових рішеннях. Відзначити це було дуже важливо з практичної точки зору, аби звернути увагу учасників арбітражних розглядів на небажаність перенесення в арбітраж таких підходів із судової практики.

Досягнення мети доказування в арбітражі відбувається шляхом встановлення обставин предмету доказування з певною ймовірністю, рівень якої відображає стандарт доказування. При цьому, за загальним правилом, у міжнародному комерційному арбітражі застосовується стандарт балансу ймовірностей як такий, що найбільшою мірою відповідає принципу змагальності.

Стандарт доказування не є відповідником внутрішньому переконанню. Стандарт доказування має більш об'єктивний характер, в той час як внутрішнє переконання — суб'єктивний. Саме спробою внести об'єктивність у процес оцінювання доказів виправдовується така увага у цій монографії до невластивої українській правовій традиції категорії стандарту доказування. Вона видається настільки корисною не тільки для арбітражної, а й для судової практики, що хочеться і надалі докласти зусиль для наукового обґрунтування закріплення цієї категорії у вітчизняній юридичній практиці. Адже звернення судді чи арбітра до категорії стандарту доказування, усвідомлення відмінності між балансом ймовірностей, чіткими й переконливим доказами і стандартом «поза всяким розумним сумнівом» дозволяє зробити сумніви і переконання більш об'єктивними, дозволяє арбітру чи судді замислитись: «Чи не дозволяю я своїм надмірним сумнівам покласти на сторону надмірний тягар? Чи не здається мені, що я вимагаю довести існування певної обставини поза всяким розумним сумнівом замість того, щоб врахувати, докази якої із сторін є більш переконливими?» Розуміння цього сторонами і арбітрами важливе для недопущення покладення на сторону додаткового тягаря доказування, як це часто має місце в національних судових процесах, у яких суди нерідко вимагають від сторони такого обсягу доказів, який би виключав будь-які розумні сумніви суду у стверджуваних обставинах, а іноді навіть вимагають доказів на підтвердження обставин, щодо яких відсутній спір. Міжнародний комерційний арбітраж з властивою йому змагальністю та договірною природою повноважень арбітрів не може і не повинен переймати таку практику. У зв'язку з

цим окрема увага у дослідженні приділена тому, як виконується тягар доказування і які наслідки його невиконання, а також тому, які обставини не потребують доказування в арбітражі.

Окрім відповіді на питання, пов'язані з тим, *до якої міри* слід доказувати в арбітражі (стандарт доказування), дослідження дозволило виявити і те, *що* слід доказувати (предмет доказування). Особливістю предмета доказування в міжнародному комерційному арбітражі у порівнянні з національними судовими процесами є те, що до нього окрім фактичних обставин (питань факту) належить також зміст норми матеріального права, яке підлягає застосуванню при вирішенні спору (питання права). Оскільки арбітри на відміну від суддів не мають свого власного форуму та зобов'язання правильно застосовувати право, зміст норми матеріального права і необхідність її застосування підлягають доказуванню стороною, тобто належать до предмету доказування. При цьому зміст права в міжнародному комерційному арбітражі не слід розглядати як питання факту з огляду на суттєві відмінності у встановленні питань права та питань факту: якщо у з'ясуванні фактичних обставин арбітражний суд може відмежуватися від будь-якої активної участі, то у випадку ненадання сторонами доказів права він має застосувати принаймні мінімальний обсяг нормативного матеріалу, яким є відомі йому звичаї ділового обороту. Арбітражний суд, як правило, має право, проте не зобов'язаний виявляти ініціативу в одержанні доказів фактичних обставин та здійснювати власні дослідження права, якщо це не порушує принцип рівного ставлення до сторін. Натомість сторони несуть тягар доказування відповідних фактичних обставин (питань факту) та змісту застосовного права (питань права).

Концепція тягаря доказування, яка у міжнародному комерційному арбітражі має процесуально-правову природу, може бути визначена як необхідність доведення кожною зі сторін своїх тверджень до тієї міри, яка була б достатньою, аби арбітражний суд міг прийти до висновку про існування стверджуваних обставин. Оптимальним є закріплення положення про тягар доказування в арбітражному регламенті. Дійсно, в деяких правових системах принцип про необхідність доведення кожною стороною обставин, якими вона обґрунтовує свої вимоги та заперечення, можна знайти в законо-

давстві про арбітраж і навіть в актах матеріального права, а в окремих випадках він обґрунтовується як загальновизнаний принцип права. Закріплення його в арбітражному регламенті переслідує суто практичну мету усунення суперечок про його природу та обов'язковість застосування. Адже в такому випадку він набуває значення узгодженого сторонами правила арбітражного розгляду. Якщо ж він закріплений у матеріальному праві, то це створює «замкнене коло», оскільки зміст норми, яка містить цей принцип, слід довести, а для встановлення того, хто має доводити, необхідне правило про покладення тягаря доказування. Виходом із цього кола є прийняття принципу як загальновизнаного, що з практичної точки зору пов'язане з більшими ускладненнями, ніж якби цей принцип був закріплений в арбітражному регламенті.

Тягар доказування стосується кожної обставини окремо і первинно лежить на стороні, яка стверджує про існування обставини, що підлягає доказуванню. Тягар доказування має дві складові: тягар надання доказів та тягар переконування. Невиконання тягаря переконування щодо існування певної обставини має наслідком прийняття арбітражним судом рішення про відсутність цієї обставини, в той час як невиконання тягаря з надання доказів може мати наслідком застосування несприятливих висновків про існування обставин, стосовно яких докази не були надані, звернення арбітражного суду по сприяння в одержанні доказів до компетентних органів держави, врахування поведінки сторони-порушника при розподілі арбітражних витрат, а також інші наслідки, передбачені законодавством про міжнародний комерційний арбітраж, угодою сторін. При цьому невиконання обов'язку з надання доказів стороною, яка не несе тягар переконання щодо обставин, яких стосуються запитані докази, може потягнути перелічені вище наслідки тільки після надання стороною, яка такий тягар переконування несе, доказів *prima facie*. З огляду на зазначене пропонується арбітрам задовольняти прохання сторін про витребування доказів від іншої сторони тільки після надання сторонами, які звертаються із такими проханнями, всіх доказів, які вони мають і які стосуються тих же обставин, що й запитані докази.

Арбітражний суд не може довільно покладати тягар доказування, окрім як під дією процесуальних презумпцій, або вважати

його виконаним без надання стороною доказів, окрім як внаслідок доказування стороною дії матеріально-правової презумпції або фікції.

Попри те, що національне законодавство про арбітраж та арбітражні регламенти, як правило, не встановлюють правила про обставини, які не потребують доказування, до кола таких обставин слід віднести: загальновідомі обставини; обставини, стверджувані однією стороною та не заперечувані іншою; обставини, про існування яких сторони досягли згоди. Якщо прийняття арбітражним судом визнання сторонами обставин не має наслідком порушення публічного порядку при ухваленні арбітражного рішення, арбітражний суд не може відмовити у прийнятті такого визнання та ухвалити арбітражне рішення всупереч угоді сторін, навіть якщо визнані обставини суперечать уявленню арбітражного суду про дійсні обставини справи. Для визнання обставини загальновідомою арбітражний суд повинен бути обізнаний про обставину, бути переконаним у тому, що обставина відома широкому колу осіб, а також заручитись визнанням обставини принаймні однією стороною. Якщо обидві сторони визнають певну обставину, така обставина не підлягає доказуванню незалежно від того, чи вважає арбітражний суд її загальновідомою. На відміну від багатьох національних судових процесів, у міжнародному комерційному арбітражі, за загальним правилом, до кола обставин, які не підлягають доказуванню, не належать обставини, встановлені в рішенні державного суду країни місця арбітражу або визнаного в такій країні іноземного судового рішення, а також в арбітражному рішенні.

В міжнародному комерційному арбітражі значення судових рішень для встановлення змісту права, що підлягає застосуванню, залежить від того, чи мають такі судові рішення вагу прецеденту, тобто чи є вони джерелом права у правовій системі країни, матеріальне право якої підлягає застосуванню. Якщо вони мають вагу зобов'язуючого прецеденту, в арбітражному розгляді їх також обґрунтовано слід розглядати як джерела права. Судові рішення, які вказують на усталену практику, однак не є джерелами права, а так само арбітражні рішення в інших справах можуть бути взяті до уваги арбітражним судом у процесі встановлення змісту права.

Окрім відповідей на запитання про те, *що*, *ким* і *до якого рівня* повинне бути доведене в арбітражі, комплексне дослідження вима-

гало приділити увагу також засобам, з допомогою яких здійснюється доказування, тобто власне доказам. Доказами в міжнародному комерційному арбітражі є дані, які мають певну процесуальну форму і значення для вирішення справи. Необхідними властивостями доказів у міжнародному комерційному арбітражі є належність, істотність та допустимість. При цьому допустимість належних та істотних доказів презюмується. Сторони можуть досягнути згоди щодо будь-якої з цих властивостей. Водночас у питанні визнання доказу допустимим така угода сторін обмежується необхідністю дотримання публічного порядку. Особливим видом правил про обмеження допустимості доказів є правові привілеї, у застосуванні яких арбітражний суд може виходити із необхідності поширити на інформацію, яка має однакову природу, найвищий рівень захисту, якщо такий захист передбачений правом тільки для однієї сторони.

Правило про те, що арбітражний суд вирішує питання належності, істотності, допустимості, ваги, достовірності та достатності доказів, міститься майже в кожному арбітражному регламенті, а перелічені вище категорії сприймаються практиками інтуїтивно, однак у науковій літературі трактуються суперечливо. Дослідження дозволило обґрунтовано відокремити категорії належності, істотності та допустимості як властивості доказів від ваги та достовірності як критеріїв їх оцінювання та достатності як критерію оцінювання всієї системи доказів. Дійсно, ці поняття вживаються в арбітражних регламентах, як правило, в один ряд в переліку того, стосовно чого арбітражний суд має повноваження вирішувати. Водночас, це ж таки створює плутанину. Розмежовуючи ці поняття, ми в значній мірі покладались на Правила Міжнародної асоціації юристів з одержання доказів та інші визнані настанови з одержання доказів, які передбачають необхідність обґрунтування належності та істотності як умов прийняття доказу і можливість висловлення заперечень стосовно допустимості також на стадії прийняття доказу. Тобто ці три категорії можна було б розглядати як властивості, необхідні для того, щоб певні дані вважались доказом, або як критерій прийняття доказу. Водночас, оскільки навіть вже прийнятий доказ може бути виключений через встановлену його неналежність, неістотність або недопустимість, то доцільним видалось не розглядати ці ж категорії також як критерії

для виключення, а вважати їх властивостями, які можуть бути втрачені, або встановлена їх відсутність, що тягне за собою виключення зі складу доказів.

Питання достовірності та ваги може вирішуватись винятково щодо прийнятих належних, істотних та допустимих доказів. Достатність же визначається щодо всієї логічно вибудуваної системи доказів певної обставини і є показником досягнення стандарту доказування, коли певних доказів достатньо для формування переконання у доведеності обставини до необхідного рівня ймовірності. Таким чином, достовірність та вагу доказів слід розглядати як критерії їх оцінювання, а достатність — як критерій оцінювання системи достовірних доказів на підтвердження певної обставини. Достатність встановлюється в залежності від застосованого арбітражним судом стандарту доказування. У монографії рекомендовано враховувати у практиці національних судів можливість скасування арбітражного рішення компетентним судом, а також відмови у визнанні та наданні дозволу на примусове виконання в Україні арбітражного рішення, ухваленого на підставі підробленого доказу, як такого, що порушує публічний порядок. Ця теза викликала критичні відгуки з боку арбітрів як така, що розширює межі втручання суду в арбітраж. Видається, що рекомендація все ж не призводить до розширення меж втручання компетентного державного суду в діяльність арбітражу. Ухвалення арбітражного рішення на підставі підробленого доказу порушує засади справедливого розгляду та може розцінюватись як порушення міжнародного публічного порядку. Ці порушення належать до переліку підстав для скасування арбітражного рішення та відмови у його визнанні та допущенні до примусового виконання.

У міжнародному комерційному арбітражі, як правило, не застосовуються будь-які формальні обмеження для прийняття тих чи інших видів доказів, хоча найкращим доказом у практиці визнається документ, сучасний обставинам, на підтвердження яких його надано. З розвитком інформаційного обміну в практиці арбітражу виділився як окремий вид доказів електронний доказ — інформація, що стосується предмету доказування і зберігається, обробляється та може бути представлена для сприйняття людиною за допомогою комп'ютерної техніки.

Арбітражний суд має повноваження вимагати від сторони надання доказів, а також встановлювати в межах процедури, про яку домовились сторони, правила подання та дослідження доказів, які можуть передбачати часові та інші процедурні обмеження, застосування яких можливе за умови однакового ставлення до сторін та надання кожній стороні можливості викласти свої аргументи, докази та коментарі з приводу аргументів та доказів, наданих іншою стороною. Арбітражний суд може без створення додаткового ризику скасування арбітражного рішення або відмови у його визнанні та наданні дозволу на примусове виконання обмежитись розглядом за документами, тобто без проведення слухань, попри вимогу однієї зі сторін про проведення таких слухань, якщо таке право передбачено *lex arbitri* або угодою сторін, в тому числі шляхом посилання на регламент, який передбачає право арбітражного суду відмовити у проведенні слухань, і при цьому до справи від іншої сторони не залучено письмових свідчень свідків або висновків експерта, призначеного стороною.

Бібліографія

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 доступу : http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.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. American Arbitration Association, International Centre for Dispute Resolution, Interim Award of 23 October 2007 (Macromex Srl. v. Globex International Inc.). — Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071023a5.html
4. Arbitration Act 1996. — Режим доступу: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf
5. Arbitration Act of Netherlands of 1 December 1986, Code of Civil Procedure - Book Four: Arbitration. — Режим доступу : http://www.jus.uio.no/lm/netherlands.arbitration.act.1986/
6. Arbitration Act of New Zealand of 2 September 1996 No 99. — Режим доступу : 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 доступу : http://keralamediation.gov.in/AC%20Act.pdf
8. Arbitration Chamber of Paris Case No. 9926 of 2007 / Yearbook Comm. Arb'n XXXIII, Albert Jan van den Berg, ed. (Kluwer 2008) 15–23. — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/079926f1.html
9. Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of Budapest 5 December 1995 Budapest Arbitration proceeding Vb 94131 (Waste container case). — Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951205h1.html
10. 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 доступу : http://www.sccinstitute.com/filearchive/3/35894/K4_Skiljedomsregler%20eng%20ARB%20TRYCK_1_100927.pdf
11. Arbitration Rules of the Netherlands Arbitration Institute, Effective 2010. — Режим доступу : http://www.nai-nl.org/downloads/NAI%20Arbitration%20Rules%201%20January%202010.pdf
12. Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre, SIAC Rules (5th edition, 1 April 2013). — Режим доступу: http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2013
13. 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.
14. 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.
15. Barcelo, John J. Burden of Proof, Prima Facie Case and Presumption in WTO Dispute Settlement // Cornell International Law Journal. — 2009. — Vol.42. — pp. 23-43.
16. 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 доступу : http://www.law.unimelb.edu.au/files/dmfile/downloadebcc1.pdf

17. Bedard J., Frank J. L. Electronic Discovery in International Arbitration (Revisited). — Part 1. — Chapter 2. — ICDR Awards and Commentaries. — 2012. — 578 pages.
18. Belgian Judicial Code. In force as from September 1, 2013. Chapter 6: Arbitration. — Режим доступу : http://www.cepani.be/en/arbitration/belgian-judicial-code-provisions
19. 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 pages.
20. 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 pages.
21. Blankley, Kristen M. Res Judicata and Class Action Arbitration Awards by Kristen M. Blankley // The Mayhew-Hite Report on Dispute Resolution and the Courts. — Volume 4. — Issue 1. — Режим доступу : http://moritzlaw.osu.edu/epub/mayhew-hite/vol4iss1/lead.html
22. 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.
23. Born, G. International Commercial Arbitration: Commentary and Materials. — Kluwer Law International, 2001. — 1149 p.
24. 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.
25. 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.
26. Chao C. Planning for Discovery in International Arbitration / Cedric Chao, Maria Chedid // Asian DR. — 2007. — pp. 114–116.
27. Chen, Annie. The Doctrine of Manifest Disregard of the Law after Hall Street: Implications for Judicial Review of International Arbitrations in U. S. Courts. — Fordham International Law Journal. — Volume 32, Issue 6, 2008, Article 3. — pp. 1872–1910.
28. Cher Seat Devey. Electronic Discovery / Disclosure: From Litigation to International Commercial Arbitration / Arbitration. — Volume 74, No. 4, November 2008. — pp. 369–384.
29. CIArb Guideline 5 to the UNCITRAL Model Law and Rules: Guideline for Arbitrators regarding Documents-Only Arbitration, 06 December 2011. — Режим доступу : http://www.ciarb.org/information-and-resources/Practice%20guideline%205%20uncitral.pdf
30. CIArb Guidelines for Arbitrators regarding Documents-Only Arbitrations,Practice Guideline 5, 06 December 2011. — Режим доступу : http://www.ciarb.org/information-and-resources/Practice%20Guideline%205%20international.pdf
31. CIArb Practice Guideline 10: Guidelines on the use of Tribunal-Appointed Experts, Legal Advisers and Assessors, Chartered Institute of Arbitrators, 20 June 2011. — Режим доступу : http://www.ciarb.org/information-and-resources/Practice%20Guideline%2010%20June2011.pdf
32. CIArb Protocol for E-Disclosure in Arbitration, Chartered Institute of Arbitrators, October 2008. — Режим доступу : http://www.ciarb.org/information-and-resources/E-Discolusure%20in%20Arbitration.pdf
33. CIArb Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration, Chartered Institute of Arbitrators, September 2007. — Режим доступу : http://www.ciarb.org/information-and-resources/The%20use%20of%20party-appointed%20experts.pdf
34. CIETAC Arbitration proceeding, Award of 11 February 2000 (Silicon metal case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000211c1.html

35. CIETAC Arbitration proceeding, Award of 14 February 2007 (Bellows forming machine case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070214c1.html
36. CIETAC Arbitration proceeding, Award of 19 April 1991 (Metal silicon case). — Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/910419c1.html
37. CIETAC Arbitration proceeding, Award of 23 March 2007 (Offset printing machines case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070323c1.html
38. CIETAC Arbitration proceeding, Award of 24 July 2007 (Flexo label printing machine case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070724c1.html
39. CIETAC Arbitration proceeding, Award of 4 November 2002 (Beech log case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/021104c1.html
40. CIETAC Arbitration proceeding, Award of 8 March 1996 CIETAC Arbitration proceeding (Old boxboard corrugated cartons case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960308c1.html
41. CIETAC Arbitration proceeding, Award of 8 September 1997 (BOPP film case). — Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970908c1.html
42. CIETAC Arbitration proceeding, Award of December 2005 (Heat transfer oil furnace case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/051200c1.html
43. 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 доступу : http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html
44. Code of Civil Procedure of France, Book IV (redrafted by Decree No. 2011-48 of 13 January 2011, reforming the law governing arbitration. — Режим доступу : http://www.parisarbitration.com/French-Law-on-Arbitration.pdf
45. 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 доступу : http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=DD240932-0E08-40D4-9866-309A635487C0
46. Conde e Silva, Gui 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.
47. Convention on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980. — Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41980A0934:EN:NOT
48. Curtin K.-M. Redefining Public Policy in International Arbitration of Mandatory National Laws / Kenneth-Michael Curtin // Defense Counsel Journal. — 1997. — April. — pp. 271–284.
49. De Berti, Giovanni. Experts and Expert Witnesses in International Arbitration: Adviser, Advocate or Adjudicator? — Austrian Yearbook on InternationalArbitration. — 2011. — pp. 53–63.
50. Dubai International Arbitration Centre (DIAC) Arbitration Rules 2007. — Режим доступу : http://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/DIAC%202007%20Arbitration%20Rules.pdf
51. Ehle, Bernd. Practical aspects of using expert evidence in international arbitration. // Yearbook on International Arbitration. — 2012. — Volume II. — pp. 75–84.
52. 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.
53. European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961 / United Nations, Treaty Series , vol. 484, p. 364, No. 7041 (1963–1964).
54. Evidence. Report 55 — Volume 2. Evidence Code and Commentary. — August 1999, Wellington, New Zealand. — 291 pages.

55. Federal Arbitration Act (Pub.L. 68–401, 43 Stat. 883, enacted February 12, 1925, codified at 9 U.S.C. § 1 et seq.). — Режим доступу : http://www.law.cornell.edu/uscode/text/9/9
56. Federal Rules of Evidence (Enacted by Public Law No. 93-595, January 2, 1975; with amendments as of December 1, 2013). — Режим доступу : http://www.law.cornell.edu/rules/fre
57. Federal Statute on Private International Law of Switzerland. — Режим доступу : https://www.swissarbitration.org/sa/download/IPRG_english.pdf
58. Fenton, Ruth. A Civil Matter for a Common Expert: How Should Parties and Tribunals Use Experts in International Commercial Arbitration? // Pepperdine Dispute Resolution Law Journal. — 2006. — Volume 6, Issue 2, Article 4. — pp. 279–293.
59. 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.
60. 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 доступу : http://www.ila-hq.org/en/publications/order-reports.cfm
61. 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.
62. Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce Award of 19 October 2009 (Mineral water case). — Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091019sb.html
63. Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce Award of 28 January 2009 (Medicaments case). — Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090128sb.html
64. Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce, Award of 21 February 2005 (Young chickens case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/050221sb.html
65. Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. Edited by Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, John Savage. — Arbitration, Kluwer Law International, 1999. — 1320 pp.
66. 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.
67. Friedland P. Discoverability of Communications between Counsel and Party-Appointed Experts in International Arbitration / Paul Friedland & Kate Brown de Vejar// Arbitration International. — 2012. — Volume 28. — Issue 1. — pp. 1–18.
68. Gabriel S. Dealing With «Challenged Documents» / Simon Gabriel // ASA Bulletin — 2011 — No. 4. — pp. 823–837.
69. German Institution of Arbitration Arbitration Rules, in force as of July 1, 1998. — Режим доступу : http://www.dis-arb.de/en/16/rules/dis-arbitration-rules-98-id10
70. 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.
71. Gronlund, Ann 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. — Iowa Law Review. — Vol. 96, 2011. — pp. 1351–1376.
72. Güçer, Sülün. Lex Mercatoria in International Arbitration // Ankarabarreview. — 2009/1. — pp. 30–39.
73. Guillaume Gilbert.The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators. Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2, No. 1 (2011). — pp. 5–23.

74. Herlitz, Georg Nils. The Meaning of the Term «Prima Facie» // Louisiana Law Review 1994. — Volume 55, Number 2 — pp. 391–408.
75. Horton W. G. «Discovery» in International Arbitration / William G. Horton // Canadian Arbitration and Mediation Journal — 2011. — Vol. 20. — No. 1. — pp. 26–29.
76. Howell D. Developments in Electronic Disclosure in International Arbitration / Dispute Resolution International. — Vol. 3. — No. 2. — October 2009. — pp. 151–168.
77. Hunter M. Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitration / Martin Hunter and Gui Conde e Silva // The Journal of World Investment. — 2003. — Vol. 4. — No. 3. — pp. 367–378.
78. IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. Adopted by a resolution of 29 May 2010. — Режим доступу : http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#takingevidence
79. ICC Arbitration Case No. 10274 of 1999 (Poultry feed case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990274i1.html
80. ICC Arbitration Case No. 10377 of 2002 (Textile product machines case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/020377i1.html
81. ICC Arbitration Case No. 6653 of 26 March 1993 (Steel bars case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/936653i1.html
82. ICC Arbitration Case No. 7645 of March 1995 (Crude metal case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/957645i1.html
83. ICC Arbitration Case No. 8547 of 1999. — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/998547i1.html
84. ICC Arbitration Case No. 8786 of January 1997 (Clothing case). — Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978786i1.html
85. ICC Arbitration Case No. 8790 of 2000 (Processed food product case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/008790i1.html
86. ICC Arbitration Case of 20 December 1999 (Copper cable case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/991220i1.html
87. ICC Partial Award 4131, 23 September 1982. — Режим доступу : http://translex.uni-koeln.de/touch/document.php?docid=204131
88. ICC Rules for Expertise, in force as from 1 January 2003. — Режим доступу : http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/expertise/icc-rules-for-expertise/
89. ICDR Guidelines for Arbitrators Concerning Exchanges of Information, effective May 31, 2008. — Режим доступу : https://www.icdr.org/icdr/ShowPDF?doc=ADRSTG_002579
90. International Arbitration Rules of Zurich Chamber of Commerce (1989). — Режим доступу : http://www.intracen.org/International-Arbitration-Rules-of-Zurich-Chamber-of-Commerce-1989/
91. International Centre for Dispute Resolution International Arbitration Rules, Rules Amended and Effective June 1, 2014. — Режим доступу : http://images.go.adr.org/Web/AmericanArbitrationAssociation/%7B726dd34d-bcc5-4d64-9d1d-ccd7542e9910%7D_ICDR_Rules.pdf
92. International Centre for Dispute Resolution of the American Arbitration Association, Interim Award of 23 October 2007 (Macromex Srl. v. Globex International Inc.). — Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071023a5.html
93. International Chamber of Commerce Arbitration Rules, in force as from January 1, 2012. — Режим доступу : http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/
94. International Chamber of Commerce Rules of Conciliation and Arbitration, in force as from January 1, 1988. — Режим доступу : http://www.jus.uio.no/lm/icc.conciliation.arbitration.rules.1988/landscape.pdf

95. 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 доступу : http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/7FC8F94B-BE34-4634-AA5DE5128B097B4A
96. Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, Award of 15 June 1994, Vienna Arbitration proceeding SCH-4318 (Rolled metal sheets case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/940615a4.html
97. 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.
98. JAMS International Arbitration Rules, effective August 1, 2011. — Режим доступу : http://www.jamsadr.com/international-arbitration-rules/#Conduct-of-the-Arbitration
99. Jøsang A. Legal reasoning with subjective logic / Audun Jøsang, Viggo A. Bondi // Artificial Intelligence and Law. — 2000. — No. 8. — pp. 289–315.
100. Kaufmann-Kohler G. Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? // Arbitration International, 2007. — Vol. 23, No. 3. — pp. 357–378.
101. 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.
102. Kaufmann-Kohler, Gabrielle. «The governing law: fact or law?» — A transnational rule on establishing its contents // ASA Special Series No. 26. — July 2006. — pp. 1–7.
103. 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. — Volume III. — pp. 229–237.
104. Laeuchli, Urs Martin. Civil and Common Law: Contrast and Synthesis in International Arbitration. — Chapter 5. — AAA/ICDR Handbook on International Arbitration Practice. — AAA/ICDR, 2010. — pp. 39 — 49.
105. 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. — Volume 1. — Edited by Gordon Blanke and Phillip Landolt. — Kluwer Law International BV, The Netherlands. — 2011. — 2464 pages.
106. Landolt P. Arbitrators' Initiatives to Obtain Factual and Legal Evidence / Phillip Landolt // Arbitration International. — 2012. — Volume 28, Issue 2. — pp. 173 — 223.
107. LCIA Arbitration Rules, effective 1 October 2014. — Режим доступу : http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx
108. LeRoy, Michael H. Are Arbitrators Above The Law? The «Manifest Disregard Of The Law» Standard. — Boston College Law Review. — Vol. 52:2011. — pp. 137–187.
109. Linne A. L. Burden of Proof under Article 35 CISG // Pace International Law Review. — 2008. — Volume 20. — Issue 1. — pp. 31–44.
110. 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.
111. 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.
112. Marossi Z. Evidentiary Obligations in Contemporary International Litigation : PhD in Law Thesis / Zeinalabedin Marossi. — University of Amsterdam, 2008. — 330 pages.

113. Marrow, Paul Bennett. Can an Arbitrator Conduct Independent Legal Research? If Not, Why Not? // NYSBA Journal, May 2013. — pp. 24–31.
114. Martinez-Fraga, Pedro 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. — Volume 1. — pp. 1–23. — Режим доступу : http://www.nalsar.ac.in/pdf/Journals/NALSAR_ADR_Vol1.pdf
115. McAllister B. Evidence in Arbitration / Bruce McAllister and Amy Bloom // Journal of Maritime Law & Commerce. — 2003. — Vol. 34. — No. 1. — pp. 35–53.
116. Meredith, Ian and Khan, Hussain. Witness Preparation in International Arbitration — A Cross Cultural Minefield / MEALEY'S International Arbitration Report . — Vol. 26, No. 9. — September 2011. — pp. 1–5.
117. 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. — pp. 155–181.
118. 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.
119. Moss, Giuditta Cordero. International Arbitration and the Quest for the Applicable Law. — Global Jurist. — 2008. — Volume 8, Issue 3. — Article 2. — p. 8.
120. National Arbitration Forum Code of Procedure, effective August 1, 2008. — Режим доступу : http://www.adrforum.com/users/naf/resources/CodeofProcedure2008-print2.pdf
121. Netherlands Arbitration Institute Award of 15 October 2002, Case No. 2319 (Condensate crude oil mix case). — Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021015n1.html
122. Newman Z.G., Ellis A. The Reliability, Admissibility, and Power of Electronic Evidence / Proof, Volume 18, Number 4, Summer 2010. — pp. 1, 10–14.
123. O'Malley N. Discovery in International Commercial Arbitration — A Practical Overview / Nathan D. O'Malley // California International Law Journal. — 2007. — Volume 15, No. 1. — pp. 9–14.
124. O'Malley, Nathan D. Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide / Nathan D O'Malley. — Informa, 2012. — 424 pages
125. 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, Volume I. — pp. 13–17.
126. Park W. Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent / William W. Park // San Diego Law Review. — 2009. — Vol. 46. — pp. 629–703.
127. Perloff, Saul. 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.
128. 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.
129. Pilkov K. Evidence in International Arbitration: Criteria for Admission and Evaluation / Konstantin Pilkov // The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management. — 2014. — Volume 80. — Number 2. — pp. 147–155.
130. 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.
131. Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration of the International Institute for Conflict Prevention and Resolution. — Режим доступу: http://www.cpradr.org/Resources/ALLCPRArticles/tabid/265/ID/614/CPR-

Protocol-on-Disclosure-of-Documents-and-Presentation-of-Witnesses-in-Commercial-Arbitration.aspx
132. 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.
133. Redfern & Hunter on International Arbitration — Fifth Edition Edited by Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter Oxford University Press, 2009. — 904 pages.
134. 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 доступу : http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N85/325/11/PDF/N8532511.pdf?OpenElement
135. Roba, Roxana Maria. Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration. — Currentul Juridic, 2011. — Vol. 14. — Issue 4. — pp. 223–228.
136. Rowley J. W. Confrontation — Techniques For Impeachment / by 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. — 312 pages (pp. 31–53).
137. 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 доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov1.html
138. 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.
139. Schlaepfer A. V., Bärtsch P. A Few Reflections on the Assessment of Evidence by International Arbitrators // International Business Law Journal / Revue de Droit des Affaires Internationales. — 2010. — Issue 3. — pp. 211–223.
140. Schneider, Michael E. The role of experts in the adversarial process and the arbitrator's capacity to absorb specialised knowledge // ASA Bulletin. — 2013. — 1(31) — pp. 1–3.
141. 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. — Volume 26, Number 2. — pp. 429–480.
142. Shackleton Stewart R. The Applicable Law in International Arbitration Under the New English Arbitration Act 1996 / Arbitration International, 1997. — Vol. 13. — No. 4. — pp. 375–389.
143. 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.
144. Singapore International Arbitration Act (Chapter 143a) (Original Enactment: Act 23 Of 1994) Revised Edition 2002 (31st December 2002). — Режим доступу : 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
145. Spoorenberg Frank, Vicuales Jorge E. Conflicting Decisions in International Arbitration // The Law and Practice of International Courts and Tribunals. — 2009. — Vol. 8. — pp. 91–113.
146. Stein, Alex. Foundations of evidence law / Alex Stein. — Oxford University Press, 2005. — 247 pages.
147. Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Award of 5 April 2007 (Pressure sensors case). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/070405s5.html

148. Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Award of 5 June 1998 (Beijing Light Automobile Co. v. Connell). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/980605s5.html
149. Stockholm Chamber of Commerce, Arbitration Award of 1998, Case No. 107/1997 (Steel bars case). — Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=435&step=FullText
150. 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.
151. Swedish Arbitration Act (SFS 1999:116). — Режим доступу : http://www.sccinstitute.com/?id=23746
152. Swiss Rules of International Arbitration, 2012. — Режим доступу : https://www.swissarbitration.org/sa/download/SRIA_english_2012.pdf
153. 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.
154. 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.
155. The Sedona Principles (Second Edition) Addressing Electronic Document Production. — The Sedona Conference, 2007. — 90 pages.
156. Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award of 9 June 2004, Arbitration proceeding 125/2003. — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/040609r1.html
157. Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award of 13 April 2006 Arbitration proceeding 105/2005. — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/060413r1.html
158. Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award of 27 July 1999, Arbitration proceeding 302/1996. — Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990727r1.html
159. Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award of 30 May 2001 Arbitration proceeding 185/2000. — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/010530r2.html
160. 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. — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990607r1.html
161. Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Award of 14 February 2006, Arbitration proceeding 7/2005. — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/060214r1.html
162. 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. — Volume 31(1). — pp. 330–340.
163. Tsatsos A. Burden of Proof in Investment Treaty Arbitration: Shifting? / Aristidis Tsatsos // Humboldt Forum Recht. — 2009. — pp. 91–104.
164. Turner, Ray. Arbitration awards: a practical approach / Ray Turner.— Blackwell Publishing Ltd, 2005. — 241 p.
165. UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010). — Режим доступу : http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf

166. UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, United Nations. — New York, 2012. — 40 pages. — Режим доступу : http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-e.pdf
167. 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 доступу : http://www.bger.ch/index/juridiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm
168. 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.
169. 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 доступу : http://www.viac.eu/en/arbitration/arbitration-rules-vienna/93-schiedsverfahren/wiener-regeln/144-new-vienna-rules-2013
170. 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.
171. 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.
172. Weidemaier, W. Mark C. Toward A Theory Of Precedent In Arbitration. — William And Mary Law Review. — 2010. — Vol. 51. — pp. 1895–1958.
173. Wyss, Lukas F. Trends in documentary evidence and consequences for pre-arbitration document management // International Arbitration Law Review. — 2010. — Issue 3. — pp. 111–125.
174. 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.
175. Zürich Chamber of Commerce, Switzerland, Award of 31 May 1996, Arbitration proceeding (Soinco v. NKAP). — Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960531s1.html
176. Андрійцьо В. Д. Дослідження доказів як етап процесу доказування в цивільному судочинстві / Василь Дмитрович Андрійцьо // Вісник Вищої ради юстиції. — 2013 № 3 (15).
177. Ануфриева Л. П. Международное частное право : В 3-х т. Том 3. Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс : Учебник. — М.: Издательство БЕК, 2001. — 768 с.
178. Бабарыкина О. В. О структуре классификации доказательств в гражданском процессе / О. В. Бабарыкина // Российский судья. — 2009. — №12. — С. 29–31.
179. 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.
180. 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.
181. Белоглавек, Александр И., Хотова, Рената. Эксперты в международных условиях (в гражданских и уголовных судебных процессах, арбитражных и инвестиционных разбирательствах) / Александр И. Белоглавек, Рената Хотова. — К. : Таксон, 2011. — 504 с.

182. 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.
183. Васильєв С. В. Цивільний процес : Навчальний посібник / С. В. Васильєв. — Х. : ТОВ «Одісей», 2008. — 480 с.
184. Величко О. Юридичні фікції у цивільному праві / О. Величко // Наукові записки. — 2003. — Том 22. — Частина ІІ. — С. 221– 223.
185. Винокурова Л. Порядок розгляду спорів у міжнародному комерційному арбітражі / Л. Ф. Винокурова // Право України. — 2011. — № 1. — С. 79–96.
186. Ворожбит С. П. Электронные средства доказывания в гражданском и арбитражном процессе : автореф. дисс. на соискание ученой степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.15 «Iражданский процесс; арбитражный процесс» / С. П. Ворожбит. — Санкт-Петербург, 2011. — 25 с.
187. Гордейчик А. В. Допустимость доказательств в гражданском и арбитражном процессах / Алексей Владимирович Гордейчик. — Хабаровск : Риотип, 2000. — 170 с.
188. Данилевич А. С. Международный коммерческий арбітраж : курс лекций / В 2 ч. Ч 1. / А. С. Данилевич. — Мн. : Акад. Упр. При Президенте Респ. Беларусь, 2005. — 151 с.
189. 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.
190. 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. — 239 с. (с. 78 — 93).
191. 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.
192. Канашевский В. А. Методы установления применимого права в практике международного коммерческого арбитража / В. А. Канашевский // Журнал российского права. — 2007. — № 5. — С. 114–122.
193. Коваленко А. Г. Институт доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводстве / А. Г. Коваленко. — М. : Издательство НОРМА, 2002. — 208 с.
194. Комаров В. В. Международный коммерческий арбітраж : науч. изд. / В. В. Комаров, В. Н. Погорецкий. — Х. : Право, 2009. — 164 с. — рус.
195. Канашевский В. А. Международное частное право : Учебник. — Изд. 2-е, доп. / Канашевский В. А. — М. : Междунар. отношения, 2009. — 752 с.
196. 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.
197. 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.
198. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року // Офіційний вісник України, 2006, N 15 (26.04.2006), ст. 1171.
199. 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.
200. Кучер Т. М. Докази та доказування: співвідношення понять / Тетяна Миколаївна Кучер // Вісник Вищої ради юстиції. — 2011. — № 3 (7). — С. 83–93.

201. 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.
202. Леонтьев С. А. Процесс формирования внутреннего убеждения у судьи / С. А. Леонтьев // Адвокат. — 2010. — № 7. — С. 21–26.
203. Мальський М. М. Арбітражна угода: теоретичні та практичні аспекти : Монографія / М. М. Мальский. — Львів : Літопис, 2013. — 374 с.
204. 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.
205. 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.
206. 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.
207. Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар Закону / За ред. д.ю.н., проф. А. Довгерта. — Х. : ТОВ «Одісей», 2008. — 352 с.
208. Низовцев В. В. Доказывание и доказательства в гражданском и арбитражном процессах / В. В. Низовцев, Н. М. Реброва. — Новочеркасск : ЮРГТУ(НПИ), 2009. — 88 с.
209. Никифоров И. Доказательства в международном коммерческом арбитраже / И. Никифоров // Хозяйство и право. — 2001. — № 10. — С. 121–127.
210. Николюкин С. В. Международный коммерческий арбітраж / С. В. Николюкин. — М. : Юстицинформ, 2009. – 216 с.
211. 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.
212. Особенности доказывания в судопроизводстве : Научно-практическое пособие / Под ред. д.ю.н., проф. А. А. Власова. — М. : Издательство «Экзамен», 2004. — 320 с.
213. Пильков К. Международный коммерческий арбитраж: что нужно доказывать, кто должен доказывать? // Юрист & Закон, аналитическое издание. — 2014. — 27 февраля. — Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/EA006233.html
214. 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.
215. Пільков К. М. Особливості предмету доказування у міжнародному комерційному арбітражі // Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право. — 2013. — № 4 (69). — С. 150–157.
216. 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.
217. Пільков К. Предмет, стандарт та обов'язок: Особливості доказування у міжнародному комерційному арбітражі // Юридична газета. — 2013. — № 8–9. — С. 43
218. Постанова Вищого господарського суду України від 22 липня 2013 року у справі № 5011-66/18877-2012. — Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32729949
219. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 23 січня 2013 року у справі № 5011-52/10832-2012. — Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/28826300

220. Правила адвокатської етики, затверджені Установчим З'їздом адвокатів України 17.11.2012 року. — Режим доступу : http://vkdka.org/pravil-advokatskoji-etiki/
221. 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. — 239 с. (С. 95–105).
222. 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. — 239 с. (С. 137–149).
223. Практика международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2005 г. / Составитель М. Г. Розенберг. — М. : «Статут», 2006. — 381 с.
224. Притика Ю. Д. Міжнародний комерційний арбітраж: Питання теорії і практики : Монографія / Ю. Д. Притика. — К. : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. — 516 с.
225. Притика Ю. Д. Проблеми захисту цивільних прав та інтересів у третейському суді : Монографія / Ю. Д. Притика. — К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2006. — 636 с.
226. Про міжнародне приватне право: Закон України // Відомості Верховної Ради України, 2005, № 32 (12.08.2005), ст. 422.
227. Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 25. — ст. 198.
228. 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.
229. Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. — Том 2. — Организация Объединенных Наций. — 1973. — 239 с.
230. 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 решением Президиума Торгово-промышленной палаты Украины № 24(6) от 25 октября 2012 года. — Режим доступу : http://www.ucci.org.ua/arb/icac/ru/rules.html
231. 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 доступу : http://www.tpprf-mkac.ru/ru/lregl/reglrus
232. Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате 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 доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2595.html
233. Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины от 28 сентября 2001 года [О взыскании убытков]. — Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2642.html
234. Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины от 17 апреля 2002 года [О взыскании задолженности по контракту купли-продажи]. — Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2599.html
235. Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины от 30 сентября 2003 года [О соблюдении условий дого-

вора бербоут-чартера]. — Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2657.html
236. Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины от 23 июля 2003 года [О взыскании неоплаченной стоимости поставленного оборудования]. — Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2605.html
237. Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины от 21 мая 2004 года [О возврате имущества из незаконного владения]. — Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2641.html
238. Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины от 22 декабря 2004 года [О взыскании штрафной неустойки за непоставленный товар и возмещении расходов по уплате арбитражного сбора]. — Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO1108.html
239. Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины от 12 июля 2001 года [О взыскании задолженности за товар]. — Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2619.html
240. Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины от 31 мая 2002 года [О взыскании стоимости поставленного товара]. — Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2624.html
241. Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате 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 доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO1045.html
242. Решение Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины от 31 августа 2004 года [О взыскании основного долга, пени за просрочку платежей и расходов по уплате арбитражного сбора]. — Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO1136.html
243. Решетникова И. В. Доказывание в гражданском процес се : учеб.-практ. пособие / И. В. Решетникова. — М. : Издательство Юрайт; ИД Юрайт, 2011. — С.17–18.
244. Рішення господарського суду Запорізької області від 22 березня 2013 року у справі № 908/348/13-г. — Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/30350931
245. Рішення господарського суду міста Києва від 6 лютого 2013 року у справі № 5011-66/18877-2012. — Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29315182
246. 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.
247. Розенберг М. Обзор практики разрешения споров в Международном коммерческом арбитражном суде при ТПП РФ / М. Розенберг // Хозяйство и право. — 2004. — № 8. — С. 95–105.
248. 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.
249. 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.
250. 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.

251. 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.
252. Слипачук Т. Свидетель в международном арбитраже. Как выиграть процесс даже при отсутствии письменных доказательств / Татьяна Слипачук // Юрист компании. — 2010. — № 4. — С. 54–57.
253. Сліпачук Т. Практичні аспекти процесу доказування у міжнародному комерційному арбітражі / Т. В. Сліпачук // Право України. — 2011. — № 1. — С. 122–129.
254. 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.
255. 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.
256. Таранова Т. Доказательственное право как элемент системы права / Т. С. Таранова // Університетські наукові записки. — 2007. — № 2 (22) . — С. 180.
257. Тертишніков Р. В. Доказування і докази в судочинстві України : наук.-практ. посібник / Р. В. Тертишніков. — Х. : ФІНН, 2009. — 88 с.
258. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, 1985 год, с изменениями, принятыми в 2006 году. — Режим доступу : http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf
259. Треушников М. К. Судебные доказательства : Монография / М. К. Треушников. — М. : Юридическое бюро «ГОРОДЕЦ», 1997. — 320 с.
260. Тюняева Н. Н. Относимость доказательств в арбитражном процессе [Текст] : автореф. дис. канд. юрид. наук / Н. Н. Тюняева ; СГАП. — Саратов, 2011. — 26 с.
261. Ул'яновська О. Сутність правової фікції / О. Ул'яновська // Право України. — 2011. — № 1. — С. 184–187.
262. Ухвала Апеляційного суду Донецької області від 26 лютого 2013 року. — Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/30872909
263. Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 27 червня 2013 року у справі № 22-ц/796/8659/2013. — Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32144843.
264. Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 4 жовтня 2012 року у справі № 22-ц/2690/11007/12. — Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/26524862.
265. Ухвала апеляційного суду Одеської області від 05 червня 2013 року у справі № 22-ц/785/4523/13. — Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31772849.
266. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 травня 2013 року у справі № 22-ц/2690/11007/12. — Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31727129.
267. Ухвала Шевченківського районного суду м. Києва від 06 вересня 2012 року у справі № 2610/12586/2012. — Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/26292639.
268. 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.
269. 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.
270. 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.

271. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України, 2003, № 11 (28.03.2003), ст. 461.
272. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. // Офіційний вісник України, 2004, № 16 (07.05.2004), ст. 1088.
273. 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.
274. 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.
275. Юридична енциклопедія : в 6 томах / Ред. кол.: Ю. С. Шемшученко та ін. — Т. 2: Д-Й. — К. : «Укр. енцикл.», 1998. — 744 с.
276. Ярков В. В. Арбитражный суд и международный коммерческий арбитраж: некоторые направления взаимодействия // Університетські наукові записки. — 2007. — № 2 (22). — С. 195–204.

ПРЕДМЕТНИЙ ПОКАЖЧИК

Ex aequo et bono **. 72, 76**
Ex parte **. 38**
Iura novit arbiter **. 69**
Iura novit curia **. 65, 67, 75**
Lex arbitri **. 31, 33, 34, 37, 40, 41, 42, 66, 90, 103, 119, 123, 126, 194, 198, 207, 217**
Lex causae **. 41, 42, 45**
Lex evidentia **. 60**
Lex fori **. 31, 33, 45**
Lex loci arbitri **. 34, 35, 36, 45**
Lex mercatoria **. 59, 71**
Автентичність доказу 156
Арбітражний регламент
ICC 17, 43, 77, 100, 102, 106, 121, 148, 176, 190, 193, 196
ICDR. 52, 55, 57, 106, 121, 148, 196, 199, 202
JAMS. 125
LCIA 17, 175, 176, 193, 196
SCC. 175, 176
Арбітражний центр Куала-Лумпур 52
Всесвітня організація інтелектуальної власності. . . 152
Дубайський міжнародний арбітражний центр (DIAC) 196
Каїрський арбітражний центр 52
Міжнародний арбітражний суд Федеральної економічної палати Австрії (VIAC) 92
МКАС при ТПП РФ. 17, 106
МКАС при ТПП України . . 17, 76, 99, 105, 121, 157, 193
Національний арбітражний форум 28
Сінгапурський міжнародний арбітражний центр (SIAC) 142, 196
Швейцарський регламент міжнародного арбітражу. . 52, 99, 148, 173
ЮНСІТРАЛ. . . 52, 53, 56, 99, 105, 121, 147, 175, 193, 196
Вага доказу. 162, 208
Визнання обставини. 82
Відеоконференція 191, 193
Внутрішнє переконання 22
Доведення 103
Доказ
prima facie 17, 107, 165
дослідження 18
електронний 169, 172, 208
надання 17
одержання. 17
оцінювання 18
письмовий 169
подання 17
поняття. 130, 207
права 68, 90
речовий 185
факту 68
Доказування 103
поняття. 16
стадії. 16
Доктрина очевидної зневаги до права 74, 124
Документ 169, 208
Допит
експерта 184
контроль арбітражного суду 178, 195
перехресний 177
Допустимість доказу 136, 143, 207
Достатність доказів 162, 208
Достовірність доказу. 208
Експертиза
з правових питань 181
призначення 181
Загальновідомий факт 82
Запит доказів 200

Інспектування (огляд) 185
Істотність доказу 140, 207
Коментарі ЮНСІТРАЛ з організації арбітражного розгляду 56, 58, 59, 192
Конференція експертів. 184
Конфіденційність ознайомлення з доказом. 151
Копенгагенські правила. 52
Міжнародна асоціація юристів . . . 54
Навідне запитання 143, 178, 195
Належність доказу. 138, 207
Настанови арбітрам з обміну інформацією ICDR. 55, 81, 94, 106, 135, 150, 171, 190, 199
Несприятливий висновок 110
Питання права 78
Питання факту. 78
Підробка доказу. 158
Правила IBA 54, 55, 57, 58, 79, 110, 111, 113, 129, 135, 136, 137, 138, 139, 141, 144, 148, 150, 152, 157, 169, 170, 174, 175, 176, 177, 178, 183, 184, 186, 187, 189, 190, 191, 193, 194, 195, 199, 200, 201, 202, 203, 204
Правило найкращого доказу. 168, 208
Право, яке має зв'язок з доказом. 42, 144, 149
Предмет доказування 63, 78
Презумпція
матеріально-правова. 118
неспростовна. 115, 127
поняття. 114
процесуальна 118, 119
спростовна. 115, 127
Прецедент 90
Преюдиція. 86
Привілей. 117, 147, 207
Процесуальна економія 179
Публічний порядок 37, 42, 121, 122, 124, 145, 159, 208
Рекомендації щодо встановлення змісту права 57, 73, 121, 122
Розкриття доказів 198
Свідок
допит. 176
контакти зі стороною 176
приведення до присяги 172
Свідчення. 172, 209
з чужих слів. 143, 145, 173, 208
письмові. 174
усні 175
Слухання 109, 176, 177, 184, 190, 191, 192, 193, 194, 205
доказові 190, 191, 193
обов'язок проведення. 193, 194
порядок проведення. 195
Стандарт доказування
prima facie . . 24, 25, 106, 107, 108, 109
виконання 153, 155, 164, 208, 216
застосування 27, 28, 29, 40, 60, 89, 106, 107, 108, 109, 159, 164, 166, 167, 211, 216
поняття. 21, 22, 60, 162, 211
стандарт балансу ймовірностей 23, 25, 26, 28, 60, 109
стандарт доведення. 109
стандарт мінімальних доказів . . . 23
стандарт надання доказів 109
стандарт переконливих доказів 24, 159
стандарт поза всяким розумним сумнівом. 24, 27
Типовий закон ЮНСІТРАЛ 12, 23, 35, 39, 49, 50, 53, 57, 61, 71, 99, 100, 109, 124, 129, 146, 147, 160, 182, 193, 198, 206
Тягар доказування. 164
наслідки невиконання. 105, 110
поняття. 113, 126
тягар надання доказів. 103, 126
тягар переконування 103, 126
Усталена практика. 92
Факт. 20
Юридична фікція. 115

Покажчик арбітражної практики

CIETAC 31, 102, 105, 133, 158, 161, 163, 178

FOSFA 26

ICC 70 73, 93, 100, 102, 110, 158, 162, 163, 174, 179, 184, 190, 192

ICDR 70

NAI 28, 163, 184

SCC 28, 55, 110, 113, 152, 163, 176, 178, 182, 193, 202

Арбітражний регламент Торгової палати Цюриха 185

Арбітражний суд Торгово-промислової палати Будапешту 32

Зовнішньоторговельний арбітражний суд Торгової палати Сербії 12, 32

МКАС при ТПП РФ. 73, 75, 84, 102, 161, 163

МКАС при ТПП України .114, 120, 132, 145, 153, 156, 165, 166, 200

Федеральна торгова палата Австрії (VIAC) 163

ЮНСІТРАЛ 88, 91, 174, 188

Пильков К. Н.

Теория и практика доказывания в международном коммерческом арбитраже. — К. : Освита Украины, 2016. — 240 с.

Монография К. Пилькова «*Теория и практика доказывания в международном коммерческом арбитраже*» является первым комплексным теоретическим и практически ориентированным научным исследованием проблем использования доказательств и бремени доказывания в международном арбитраже, опубликованным в Украине. Эта монография раскрывает ряд ключевых проблем правового регулирования доказывания.

Исследование состоит из четырех глав. Глава первая представляет предварительные вопросы, касающиеся теории доказывания в арбитраже, цели и стандарта доказывания, а также права, применимого к вопросам доказывания и процессов унификации права и практики доказывания в международном арбитраже. Глава вторая посвящена вопросам, которые подлежат доказыванию в арбитраже (предмет доказывания). В монографии уделено значительное внимание проблемам доказывания права в международном коммерческом арбитраже. Автор утверждает, что содержание применимого материального права должно быть определено на основании правовых аргументов, представленных сторонами. Таким образом, автор является противником применения принципа «*iura novit curia*» в международном арбитраже. Глава третья посвящена концепции бремени доказывания и бремени предоставления доказательств, а также содержанию бремени доказывания. За этими вопросами следует детальный анализ свойств и основных видов доказательств в арбитраже, а также процедурных аспектов принятия и представления доказательств. Исследуемые в четвертой главе вопросы также включают в себя критерии оценки доказательств.

В книге дается всесторонний анализ правового регулирования доказывания, при этом предмет исследования рассматривается с общетеоретических позиций. Исследование основано на документированной арбитражной и судебной практике.

Несмотря на то, что монография «*Теория и практика доказывания в международном коммерческом арбитраже*» предназначена в первую очередь для использования учеными, она представляет интерес для широкой аудитории, в том числе практиков арбитража, студентов, изучающих право, и других лиц, заинтересованных в развитии правового регулирования доказывания в международном арбитраже.

Пільков К. М.

Теорія і практика доказування у міжнародному комерційному арбітражі. — К. : Освіта України, 2016. — 240 с.

Монографія К. Пількова «*Теорія і практика доказування в міжнародному комерційному арбітражі*» є першим комплексним теоретичним і практично орієнтованим науковим дослідженням проблем використання доказів і тягаря доказування в міжнародному арбітражі, опублікованими в Україні. Ця монографія розкриває низку ключових проблем правового регулювання доказування.

Дослідження складається з чотирьох глав. Глава перша представляє ввідні питання, що стосуються теорії доказів в арбітражі, цілі та стандарту доказування, а також права, що застосовується до питань доказування і процесів уніфікації права і практики доказування в міжнародному арбітражі. Глава друга присвячена питанням, які підлягають доказуванню в арбітражі (предмет доказування). У монографії приділено значну увагу проблемам доказування права в міжнародному комерційному арбітражі. Автор стверджує, що зміст застосовного матеріального права підлягає встановленню на підставі правових аргументів, представлених сторонами. Таким чином, автор є опонентом застосування принципу «*iura novit curia*» в міжнародному арбітражі. Глава третя присвячена концепції тягаря доказування і тягаря надання доказів, а також змісту тягаря доказування. За розглядом цих питань іде детальний аналіз властивостей та основних видів доказів в арбітражі, а також процедурних аспектів прийняття та подання доказів. Досліджувані в четвертій главі питання також включають в себе критерії оцінювання доказів.

У книзі дається всебічний аналіз правового регулювання доказування, при цьому предмет дослідження розглядається із загальнотеоретичних позицій. Дослідження засноване на документованій арбітражній та судовій практиці.

Незважаючи на те, що монографія «*Теорія і практика доказування в міжнародному комерційному арбітражі*» призначена в першу чергу для використання вченими, вона становить інтерес для широкої аудиторії, в тому числі практиків арбітражу, студентів, які вивчають право, та інших осіб, зацікавлених у розвитку правового регулювання доказування в міжнародному арбітражі.

Pilkov, Konstantin M. Theory and Practice of Proof in International Commercial Arbitration. — Kyiv : Osvita Ukrainy, 2016. — 240 pages.

'*Theory and Practice of Proof in International Commercial Arbitration*' by Konstantin Pilkov is the first specialized and practically useful analysis of the evidence problems and the burden of proof in international arbitration published in Ukraine. This monograph poses a series of key problems of the law of evidence.

The study is divided into four chapters. Chapter One presents the preliminary issues concerning the concept of proof in arbitration, purpose and standard of proof as well as the law applicable to evidentiary matters and processes of unification of law and evidentiary practice in international arbitration. Chapter Two focuses on issues that need to be proved in arbitration (*thema probandum*). The book is concerned with the proof of law in international commercial arbitration. The author argues that the contents of the applicable substantive law need to be ascertained based on the legal arguments presented by the parties. Thus, the author is an opponent of application of *iura novit curia* principle in international arbitration. Chapter Three is dedicated to the concepts of the burden of proof and the burden of evidence, as well as the scope of the burden of proof. This is followed by closer examination of the attributes and major types of evidence in arbitration, as well as procedural aspects of taking and presenting the evidence. Subjects discussed in Chapter Four also include criteria of evaluation of evidence.

The book provides thorough analysis of the law of evidence, while placing the subject within its theoretical context. The study is based on documented cases of arbitral tribunals and courts.

Although written for scholars *Theory and Practice of Proof in International Commercial Arbitration* is of interest to a broad audience, including arbitration practitioners, students of law, and others interested in development of rules of evidence in international arbitration.

Наукове видання

К. М. ПІЛЬКОВ

ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА ДОКАЗУВАННЯ У МІЖНАРОДНОМУ КОМЕРЦІЙНОМУ АРБІТРАЖІ

Підписано до друку 05.08.2016 р.
Формат 60х84/16. Папір офсетний.
Ум. рук. арк. 13.95
Наклад 300 прим.

ВД «Освіта України»
ФО-П Маслаков Руслан Олексійович
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції
ДК №4726 від 29.05.2014 р.
Тел. (095) 699-25-20, (098) 366-48-27.
E-mail: osvita2005@mail.ru, www.rambook.ru

Видавничий дім «Освіта України» запрошує авторів до співпраці
з випуску видань, що стосуються питань управління,
модернізації, інноваційних процесів, технологій, методичних
і методологічних аспектів освіти та навчального процесу
у вищих навчальних закладах.
Надаємо всі види видавничих та поліграфічних послуг.