

КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ

№ 1(3) ЯНВАРЬ – ИЮНЬ 2020

No. 1(3) JANUARY – JUNE 2020

COMMERCIAL ARBITRATION

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

А.А. Костин (председатель)
 А.В. Асосков
 К.П. Бергер
 В.В. Видер
 Н.Г. Вилкова
 Н.И. Гайдаенко Шер
 Д.Б. Дякин
 И.С. Зыкин
 О.М. Козырь
 А.С. Комаров
 А.Л. Маковский
 Д. Пелью
 Д.Н. Подшибякин
 М.Ю. Савранский
 Н.Г. Семилютина
 Р.М. Ходыкин
 В.В. Чубаров

EDITORIAL COUNCIL

Aleksey A. Kostin (Chairman)
 Anton V. Asoskov
 Klaus Peter Berger
 Van Vechten Veeder
 Nina G. Vilkova
 Natalia I. Gaidaenko Schaer
 Dmitry B. Dyakin
 Ivan S. Zykin
 Oksana M. Kozyr
 Aleksander S. Komarov
 Aleksander L. Makovsky
 Dominic Pellew
 Dmitry N. Podshibyakin
 Mikhail Yu. Savransky
 Natalia G. Semilutina
 Roman M. Khodykin
 Vadim V. Chubarov

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

А.Н. Жильцов

EDITOR-IN-CHIEF

Aleksey N. Zhiltsov

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

Д.Е. Баранов
 Д.Л. Давыденко
 М.М. Деменкова
 Д.И. Зенькович
 Р.И. Каримуллин
 Н.Л. Кузнецова
 А.А. Лобызов
 (ответственный секретарь)
 М.Н. Любимова
 Д.В. Маренков
 Е.С. Перепелинская
 М.В. Радецкая
 П.Дж. Салас
 Д.А. Хоцанов
 А.В. Шагалов

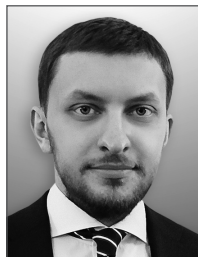
EDITORIAL BOARD

Dmitry Ye. Baranov
 Dmitry L. Davydenko
 Maria M. Demenkova
 Dmitry I. Zenkovich
 Rustem I. Karimullin
 Natalia L. Kuznetsova
 Aleksey A. Lobyzov
 (Executive Secretary)
 Maria N. Lubimova
 Dmitry V. Marenkov
 Olena S. Perepelynska
 Maria V. Radetskaya
 Peter J. Sahlas
 Dmitry A. Khotsanov
 Anton V. Shagalov

УЧРЕДИТЕЛЬ И ИЗДАТЕЛЬ:
 Торгово-промышленная палата
 Российской Федерации

ESTABLISHED AND PUBLISHED BY
 The Chamber of Commerce and Industry
 of the Russian Federation

ОБЗОР ЛИТЕРАТУРЫ



А.В. Гребельский,

канд. юрид. наук,
старший преподаватель кафедры международного частного
и гражданского права им. С.Н. Лебедева МГИМО МИД России,
управляющий партнер адвокатского бюро «Гребельский и Партнеры»

Орудие в руках профессионала: рецензия на книгу Романа Ходыкина и Кэрол Мулкахи «Комментарий к Правилам Международной ассоциации юристов о получении доказательств в международном арбитраже»¹

В октябре 2019 г. в Издательстве Оксфордского университета вышла книга «Комментарий к Правилам Международной ассоциации юристов о получении доказательств в международном арбитраже», одним из соавторов которой стал известный специалист в области международного арбитража Роман Ходыкин. Правила Международной ассоциации юристов о получении доказательств в международном арбитраже являются на сегодняшний день наиболее популярным источником «мягкого права» в третейском разбирательстве и посвящены механизмам представления документов, свидетельских показаний и заключений экспертов, проведению осмотра места, а также слушаниям для исследования доказательств. По мнению рецензента, новое издание, в силу глубокого уровня проработки отдельных вопросов и подлинно международного подхода, не замыкающегося на одной правовой системе, станет ведущим доктринальным источником по проблеме доказывания в международном арбитраже.

1. Введение

Книги отечественных авторов пока нечасто публикуются престижными зарубежными издательствами. А книги российских авторов на иностранных языках по вопро-

сам, не касающимся российского права, и вовсе невозможно найти. К сожалению, это справедливо и для областей, в которых в силу их международного характера национальность автора не играет принципиальной роли и для которых важнее соответствие самого текста высоким критериям, предъявляемым издательскими домами.

Тем отраднее, что в конце октября 2019 г. в Издательстве Оксфордского уни-

¹ *Khodykin R., Mulcahy C. A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration / N. Fletcher QC (consultant editor). Oxford University Press, 2019. 624 p.*

верситета вышла книга, одним из соавторов которой стал известный специалист в области международного арбитража Роман Ходыкин² — «Комментарий к Правилам Международной ассоциации юристов о получении доказательств в международном арбитраже» (далее — Комментарий к Правилам МАЮ о доказательствах, Комментарий). И уже вдвойне приятно, что указанное издание, вне всяких сомнений, станет ведущим доктринальным источником по проблеме доказывания в международном арбитраже для юристов из разных уголков мира. Следует сказать, что последняя редакция Правил Международной ассоциации юристов о получении доказательств (далее — Правила МАЮ, Правила)³ уже была предметом комментариев⁴. Однако работа Р. Ходыкина и К. Мулхаи выгодно отличается не только более глубоким уровнем проработки некоторых вопросов, но и подлинно международным подходом, не замыкающемся на одной правовой системе.

Как следует из названия, основное содержание книги составляет комментарий к Правилам МАЮ. Этот документ, выдержавший уже три редакции⁵, представляет собой, пожалуй, наиболее популярный источник «мягкого права» в современном третейском разбирательстве и посвящен ме-

ханизмам представления документов, свидетельских показаний и заключений экспертов, проведения осмотра места, а также слушаний для исследования доказательств.

Правила МАЮ разработаны для применения вместе с институциональными правилами, правилами *ad hoc* или другими правилами, регулирующими международный арбитраж. Стороны могут договориться о применении Правил МАЮ посредством ссылки на них в своем арбитражном соглашении, однако на практике стороны и состав третейского суда решают вопрос о применении Правил МАЮ в начале арбитражного разбирательства и при этом используют их не как обязательный документ, а скорее как некое руководство или ориентир. Правила могут быть модифицированы арбитрами в зависимости от нужд разбирательства, а также выступать образцом для выработки собственного порядка представления доказательств.

По нашему мнению, обращение к инструментам в области доказывания никогда не перестает быть актуальным, о чем свидетельствуют многочисленные проблемы, связанные с представлением, исследованием и оценкой доказательств, возникающие в практике как третейских, так и государственных судов⁶.

² Партнер лондонского офиса фирмы *Bryan Cave Leighton Paisner LLP*, канд. юрид. наук, приглашенный профессор Лондонского университета Королевы Марии, солиситор высших судов Англии и Уэльса, арбитр МКАС при ТПП РФ.

³ IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010) (https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx).

⁴ В частности, нам известны следующие издания: *Ashford P.* The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: A Guide. Cambridge University Press, 2013. 180 p.; *O'Malley N.* Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide. 2nd ed. Informa, 2019. 444 p.; *Zuberbühler T., Hofmann D., Oetiker C. and others.* IBA Rules of Evidence: Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. Sellier European Law Publishers, 2012. 332 p. Кроме того, отдельные положения Правил неоднократно комментировались в многочисленных научных статьях и монографиях.

⁵ Соответственно 1983, 1999 и 2010 гг.

⁶ См., например, Определение Арбитражного суда г. Москвы от 8 мая 2019 г. по делу № А40-84581/19-141-767 по заявлению НАК «Узбекистон хаво йуллари» (Республика Узбекистан) об отмене решения МКАС при ТПП РФ и недавнее Постановление АС Уральского округа от 19 ноября 2019 г. № Ф09-7299/19 по делу № А60-30184/2019 об отказе в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения МКАС при ТПП РФ. В первом случае Арбитражный суд г. Москвы отменил решение МКАС при ТПП РФ, указав, что состав третейского суда не привел мотивы, по которым он отверг выводы эксперта одной из сторон, одновременно посчитав обоснованным заключение эксперта другой стороны и таким образом выборочно оценил представленные доказательства. Во втором случае суд округа отменил определение суда первой инстанции и отказал в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, посчитав что последнее нарушает публичный порядок Российской Федерации, поскольку третейский суд не назначил проведение по делу экспертизы.

2. Структура работы

Вне всяких сомнений, Комментарий к Правилам МАЮ о доказательствах — интересное и полезное издание. Во введении его редактор⁷ выражает надежду, что книга будет интересна как опытным специалистам в области международного арбитража, так и начинающим его пользователям. Следует сказать, что авторы весьма преуспели в достижении этой задачи. Книга станет прекрасным источником знаний для практикующих юристов, причем как для корпоративных юристов, так и для внешних юридических консультантов, для арбитров, а также послужит подспорьем академическими работникам, преподавателям и студентам в освоении процедуры международного арбитража.

Представляется, что структура книги выходит за пределы простого комментария. Она содержит ряд дополнительных разделов, которые помогут читателю лучше понять правовую природу и особенности применения Правил МАЮ. Издание содержит 12 глав и в целом следует структуре самих Правил. В начале работы приводится история создания и совершенствования Правил МАЮ, а также обзор отличительных особенностей каждой из редакций Правил.

Во второй главе авторы описывают правовую природу Правил и основные принципы, на которых они базируются. Здесь также раскрываются основания для применения Правил. В третьей главе работы приводятся определения основных категорий, которые используются в Правилах МАЮ.

Далее, исходя из обозначенного самими авторами в названии работы жанра, дается последовательный комментарий к девяти статьям Правил. Наконец, в завершении работы содержится ряд приложений, которые помогут читателям в практическом применении Правил МАЮ в ходе арби-

тражных разбирательств наряду с основным содержанием книги.

Необычайно детализированное наполнение, которое сразу же обнаружит любой читатель книги, несомненно, связано с тем интересом, который испытывают авторы издания к теме доказывания в частности и к состязательному процессу в целом.

В лучших традициях английской юридической литературы книга снабжена таким количеством ссылок, что у пытливого читателя практически не остается вопросов по ходу ознакомления с комментарием. Наличие огромного массива судебной и арбитражной практики, на которую активно ссылаются авторы, обусловлено характером издания: процедурные аспекты всегда осмысляются эмпирически, при разрешении той или иной сложной процессуальной ситуации.

3. Избранное содержание⁸

3.1. История создания Правил МАЮ

Отличительной особенностью рецензируемого Комментария является подробный экскурс в историю создания и изменения разных редакций Правил МАЮ. Как утверждают авторы, комитет Международной ассоциации юристов (далее — МАЮ), первоначально отвечавший за разработку Правил, состоял приблизительно из 380 юристов из разных стран⁹. Интересно, что свою работу комитет строил в том числе на основе материалов симпозиума, проведенного Королевским институтом арбитров¹⁰ (в то время именовавшимся просто Институтом арбитров). В феврале 1974 г.

⁸ В рамках настоящей рецензии автору хотелось бы остановиться лишь на кратком синопсисе издания и отразить его особенности, передав «крупными мазками» малую часть того правового анализа, который представили авторы на страницах издания, и не претендуя на подробный пересказ тех или иных разделов книги.

⁹ Para. 1.2, p. 1 (здесь и далее приводятся ссылки на параграфы и страницы комментируемого издания, если не указано иное).

¹⁰ Chartered Institute of Arbitrator (CIAr) (<https://www.ciarb.org>).

⁷ Редактором-консультантом издания выступил королевский адвокат Николас Флетчер.

в ходе этого симпозиума знаменитые юристы-практики (среди них авторы упоминают Ива Дерейна, Пьера Лалива, Аллана Редферна, Питера Сандерса и, конечно, Сергея Николаевича Лебедева) поделились сведениями о том, как, исходя из их опыта, происходит представление доказательств в международных коммерческих арбитражах в их национальных юрисдикциях¹¹.

В результате было выявлено, что в континентальной правовой системе в значительно большей степени доверяют письменным доказательствам, в то время как общее право тяготеет к свидетельским показаниям¹². Уже в 1983 г. в первой редакции Правил МАЮ была предпринята попытка привести к компромиссу правила о раскрытии письменных доказательств, принятые в странах общего права и в государствах континентальной правовой системы. Так, в соответствии со ст. 4 Правил в этой редакции от каждой стороны требовалось представить другой стороне список документов, на которые она хотела бы сослаться в ходе разбирательства. При этом сторона могла затребовать письменные доказательства, которые не были поименованы ее оппонентом в списке, но относились к спору. Однако истребуемый документ должен был исходить от стороны-оппонента в адрес третьего лица (или, наоборот, от третьего лица в адрес оппонента), его требовалось идентифицировать с достаточной тщательностью.

Своеобразным был и порядок представления свидетельских показаний. Эти показания в письменном виде первоначально должны были передаваться составу арбитража. Точно так же и при допросе свидетеля первый вопрос вправе были задать сами арбитры, и лишь потом прямой и перекрестный допросы проводились представителями сторон.

Редакция Правил МАЮ 1999 г. принесла ряд важных изменений. В соот-

ветствии с традицией стран общего права у сторон разбирательства появилась возможность затребовать не только те документы, которые исходили от процессуального противника или ему предназначались (например, переписку с третьим лицом), но и его внутренние документы. При этом стороне требовалось доказать относимость и существенность истребуемых доказательств для исхода дела¹³. Еще одним нововведением, воспринятым и в последней редакции, явились основания для отказа в истребовании доказательств по запросу одной из сторон¹⁴.

Как отмечают авторы, уже после подготовки последней редакции Правил, в июне 2015 г., Арбитражный комитет МАЮ провел всемирное исследование применения Правил МАЮ, получив свыше 800 ответов из более чем 55 стран. В результате было установлено, что Правила применяются в более чем 50% всех арбитражных разбирательств. В 20% случаев их применение носит обязательный характер, а в оставшихся 80% Правила применяются в качестве необязательного руководства. Однако и здесь в 93% случаев состав арбитражного суда следует букве Правил¹⁵.

3.2. Принципы, лежащие в основе Правил МАЮ

Комментируя преамбулу Правил, авторы обращают особое внимание на два общих принципа, лежащих в основе Правил МАЮ и способствующих их верному применению. Эти принципы были исполь-

¹³ Статья 9.2 Правил МАЮ о получении доказательств в международном арбитраже в редакции 1999 г.

¹⁴ К таким основаниям относятся наличие доказательственной привилегии; затруднительность представления доказательств; неразумные сложности, связанные с их представлением; потеря или уничтожение доказательств; коммерческая тайна или секрет производства и др.

¹⁵ Отчет Подкомитета по подготовке правил и руководств Арбитражного комитета МАЮ 2016 г. (The IBA Arbitration Guidelines and Rules Subcommittee. Report on the reception of the IBA arbitration soft law products. September 2016 (www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=105d29a3-6261-4437-84e2-1c8637844beb)).

¹¹ Para. 1.5, p. 2.

¹² Para. 1.6, p. 4.

зованы ими в дальнейшем для целей толкования Правил. Кроме того, принципы обосновывают тот подход, который следует применять арбитражным трибуналам, когда одновременно и Правила МАЮ, и подлежащий применению регламент не содержат регулирования того или иного аспекта доказательственной процедуры, а стороны не могут прийти к соглашению о том, как применительно к вопросу доказывания следует поступить в конкретном случае¹⁶.

Авторы также дают свой ответ на вопрос о том, как соотносятся между собой требование по обеспечению эффективной, экономичной и справедливой процедуры и представление доказательств¹⁷. По их мнению, в отсутствие специального соглашения сторон об ограничении стоимости арбитражного разбирательства в ситуации, когда определенные процедуры получения или представления доказательств являются затратными, но в то же время единственно возможными для достижения справедливого результата, требование справедливости должно обладать приоритетом¹⁸.

К основным принципам Правил МАЮ относится принцип добросовестности, а также принцип заблаговременного уведомления о наличии доказательства, когда каждая сторона вправе в разумный срок до проведения слушаний по доказательствам, а также до принятия решения по какому-либо вопросу факта или по существу спора ознакомиться с доказательством, на которое ссылается другая сторона. Интересно, что, по мнению комментаторов, принцип добросовестности должен распространяться не только на стороны разбирательства, но и на самих арбитров¹⁹.

Одновременно комментаторы указывают на возможные санкции за нарушение принципа добросовестности. В частности, арбитры могут принять во внимание поведение стороны при разрешении вопроса

о распределении расходов на арбитражное разбирательство, включая расходы, связанные с получением доказательств. Кроме того, здесь же анализируются возможность принятия трибуналом мер реагирования нематериального характера на недобросовестное поведение сторон, таких как пересмотр графика разбирательства, и принятие мер, направленных на минимизацию негативных последствий такого поведения стороны. Кроме того, арбитры могут прийти к так называемым неблагоприятным выводам по вопросам факта²⁰.

3.3. Условия применения Правил

В комментарии к ст. 1, которая посвящена сфере и условиям применения Правил, рассматривается ситуация, когда между Правилами МАЮ и любыми применимыми императивными нормами права, институциональными правилами или правилами арбитража *ad hoc* возникают противоречия²¹. Как отмечают авторы, в идеальном мире основные правила арбитража и Правила МАЮ всегда работали бы в гармонии, однако подобного рода конфликты могут возникать на практике²². В качестве иллюстрации авторы приводят потенциальный конфликт между Правилами Сингапурского международного арбитражного центра (ст. 25.4) и Правилами МАЮ (п. 7 ст. 4). Указанные положения по-разному регулируют последствия неявки свидетеле-

²⁰ Para. 2.97, p. 39. Более подробно см: *Ходыкин Р.М.* Неблагоприятные выводы суда / арбитражного трибунала о фактических обстоятельствах дела // Арбитраж и регулирование международного коммерческого оборота: российские, иностранные и трансграничные подходы: Liber Amicorum в честь 70-летия А.С. Комарова / Сост. и науч. ред.: Н.Г. Маркалова, А.И. Муранов. М.: Статут, 2019. С. 607–621.

²¹ Известно, что некоторые исследователи в России утверждают, что, к примеру, Правила МКАС при ТПП РФ несовместимы с Правилами МАЮ (см.: *Зименкова О.Н.* Доказательства в практике МКАС при ТПП РФ // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей к 80-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Под ред. А.А. Костина. М.: Статут, 2012. С. 128).

²² Para. 4.66, p. 66.

¹⁶ Para. 2.3, p. 11.

¹⁷ Это требование содержится в преамбуле Правил.

¹⁸ Para. 2.16, p. 15.

¹⁹ Para. 2.45, p. 23.

ля в устное слушание. Согласно Правилам МАЮ в таком случае состав третейского суда должен проигнорировать любые показания свидетеля, если только при наличии исключительных обстоятельств арбитражный трибунал не решит иначе, в то время как Правила Сингапурского международного арбитражного центра предписывают в такой ситуации предоставлять трибуналу дискрецию: он может дать оценку письменным показаниям свидетеля, проигнорировать или исключить их. Правила МАЮ определяют, что в подобных случаях арбитражный трибунал должен применять правило МАЮ о доказательствах, которое, по его мнению, будет оптимальным для достижения целей как основных правил, так и Правил МАЮ, за исключением случаев, когда стороны договариваются об ином.

3.4. Консультации по вопросам представления доказательств

В комментариях к ст. 2 Правил МАЮ авторы раскрывают ту функцию, которую трибунал призван выполнить, с тем чтобы удостовериться, что представление доказательств будет происходить в эффективной и экономичной манере с одновременным соблюдением требований о справедливости процедуры и равноправии сторон. Как отмечают комментаторы, указанное положение было введено в Правила в рамках работы над последней редакцией, что отражает все возрастающий объем и сложность арбитражных разбирательств, и в первую очередь тех аспектов процедуры, которые связаны с доказыванием.

В результате ст. 2 Правил предписывает обязательные консультации между составом арбитражного суда и сторонами на как можно более ранней стадии разбирательства²³. Подобные консультации, проводимые на ранней стадии, помогут избежать

множества проблем как в ходе арбитражного разбирательства, так и при признании и приведении в исполнение арбитражного решения.

Хотя ст. 2 Правил имеет наибольший потенциал для повышения эффективности разбирательства, на практике она применяется не так часто. Как объясняют авторы, арбитры опасаются, что активная позиция по вопросу относимости доказательств может привести к их отводу по тому мотиву, что они якобы «предрешили спор»²⁴. Поэтому ст. 2 и была названа «Забывтые мелодии» в более ранней публикации одного из соавторов²⁵.

3.5. Письменные доказательства

Основное место в работе занимают комментарии к статьям Правил МАЮ, посвященным отдельным средствам доказывания. Пожалуй, наиболее значима здесь ст. 3 Правил, которая регулирует представление письменных доказательств. Как указывают авторы, ст. 3 является наиболее цитируемым положением Правил МАЮ²⁶. Одновременно она представляет собой и наиболее детализированное их положение.

Как известно, письменные доказательства служат основным средством доказывания в арбитраже. Кроме того, составы третейского суда зачастую придают им наибольший доказательственный вес. Опять-таки традиции стран континентального и общего права очень различаются в части представления письменных доказательств. Юристы стран общего права полагают, что возможность получить доступ ко всем хоть сколько-нибудь относящимся к делу до-

²⁴ Paras. 5.10–5.11, p. 79–80.

²⁵ Ходыкин Р.М. К вопросу о применении Правил Международной ассоциации юристов о получении доказательств в международном арбитраже // В.А. Кабатов, С.Н. Лебедев: *In memoriam*. Сборник воспоминаний, статей, иных материалов / Науч. ред.: А.И. Муранов, О.Н. Зименкова, А.А. Костин. М.: Статут, 2017. С. 753.

²⁶ Примерно 21% всех ссылок на Правила относятся именно к ст. 3 (см.: Отчет Подкомитета по подготовке правил и руководств Арбитражного комитета МАЮ 2016 г.).

²³ Несмотря на то что подобное положение содержится в некоторых арбитражных регламентах, составы третейского суда, исходя из нашего опыта, даже в наиболее проарбитражных юрисдикциях зачастую игнорируют свою данную функцию.

кументам, находящимся в распоряжении оппонента, является основой для поиска и подготовки собственной доказательственной позиции по делу. Основным здесь является принцип, согласно которому все относящиеся к делу документы должны быть раскрыты перед другой стороной. Напротив, в странах континентальной правовой системы сторона, как правило, может запросить лишь документы, которые доказывают те обстоятельства, на которые она ссылается в ходе разбирательства. Кроме того, для запроса требуется максимально конкретизировать запрашиваемые документы. Комментаторы последовательно раскрывают тот компромисс между двумя подходами, который был достигнут в Правилах МАЮ.

Наибольшую сложность в применении представляют положения статьи, которые описывают порядок получения и раскрытия доказательств, а также представления доказательств по запросу стороны-оппонента, или противной стороны, либо по запросу состава арбитражного суда.

Большое внимание в комментарии уделяется тому, как именно сторона должна описать истребуемые документы в своем ходатайстве. Как известно, Правила МАЮ позволяют истребовать или отдельный документ (в этом случае ходатайство о представлении документов должно содержать описание каждого запрашиваемого документа, достаточное для его идентификации), или конкретную узкую категорию документов, существование которых можно обоснованно предполагать (в этом случае необходимо достаточно подробно описать данную категорию, включая предмет этих документов).

В качестве критерия толкования понятия «конкретная узкая категория документов» авторы предлагают использовать следующий подход: необходимо выяснить, позволяет ли описание группы документов, содержащееся в запросе, той стороне, которой он адресован, определить без дополнительных затруднений, относится ли

конкретный документ, находящийся в ее владении, к запрашиваемой категории документов или нет²⁷. Аналогично авторы определяют категорию «документы, существование которых можно обоснованно предполагать»²⁸.

В книге уделяется достаточное внимание важнейшему на современном этапе процессу раскрытия электронных документов (*e-discovery*), который может вызывать сложности у некоторых арбитров и юридических представителей сторон.

Авторы расшифровывают и иные узкие понятия ст. 3 Правил: «относимость» и «существенность доказательств», а также «нахождение в распоряжении, ведении или под контролем раскрывающей стороны» — с учетом того, что указанные концепты в различных юрисдикциях могут иметь разное наполнение.

Интерес авторов к исследуемой проблематике отчетливо проявляет себя почти на каждой странице, несмотря на сухой жанр юридического комментария. Например, на с. 163 авторы приводят любопытную историю появления широко известной Таблицы Редферна, которая упрощает принятие арбитрами решений по вопросу об истребовании доказательств. Или другой пример: с целью упрощения работы с возражениями против раскрытия доказательств, перечисленными в п. 2 ст. 9 Правил МАЮ, известный английский арбитр, королевский адвокат Джонни Видер разработал серию аббревиатур, которую называют «Код Видера». Полный набор этих аббревиатур также приводится в Приложении 6 к изданию.

Авторы не строят иллюзий по поводу того, что все положения Правил являются безусловно востребованными, и честно говорят, что им, к примеру, не удалось обнаружить примеры использования инструмента, описанного в п. 8 ст. 3 Правил, когда арбитры в ответ на потенциальный

²⁷ Para. 6.61, p. 125.

²⁸ Para. 6.65, p. 127.

запрос стороны о наличии в отношении документа той или иной доказательственной привилегии назначают независимого и беспристрастного эксперта, обязанного сохранять конфиденциальность, для изучения документа и представления заключения по выдвигаемому возражению²⁹.

3.6. Свидетельские показания

Комментируя ст. 4 Правил МАЮ «Свидетели факта» (в отечественной традиции — просто «Свидетели»), авторы справедливо разделяют подходы, которые присущи в отношении таковых странам общего права и континентальной правовой системы. В последней традиционно в процессе доказывания больший вес придается письменным доказательствам, в то время как разбирательства в судах общего права обычно включают устный допрос свидетелей с последующим обязательным перекрестным допросом, который проводит представитель противоположной стороны. Отмечается также, что юристы континентальных правопорядков предпочитают представлять письменные свидетельские показания вместе со своими первыми пояснениями по делу, в то время как их коллеги из стран общего права в начале представляют лишь собственные письменные пояснения, а уже затем письменные свидетельские показания (иногда в форме аффидевита, т.е. показаний, данных под присягой).

Отдельного внимания заслуживает комментарий к п. 2 ст. 4 Правил. С позиции Правил свидетелями могут быть любые лица, включая саму сторону, а также работников стороны, ее руководителей или иных представителей. Ссылаясь на правила германского гражданского процесса, а также на швейцарские кантональные правила гражданского процесса, авторы отмечают, что подобный подход диссонирует с принятым на континенте, поскольку здесь свидетелями могут быть лишь независимые

по отношению к сторонам разбирательства лица³⁰.

Авторы также указывают, что контакты со свидетелями при обсуждении их предстоящих показаний разрешаются Правилами в п. 4 ст. 4. Ссылаясь на многочисленные этические нормы и правила, а также на судебную практику разных юрисдикций, комментаторы пытаются провести тонкую линию между тем, что является допустимым в подобном рода контактах, и тем, что выходит за пределы нормальной практики³¹.

3.7. Заключение эксперта и осмотр места

В отношении экспертов Правила МАЮ восприняли традиции, существующие как в континентальном, так и в общем праве. Статья 5 Правил посвящена использованию экспертов, назначенных стороной (так называемых экспертов-свидетелей), в то время как ст. 6 регулирует назначение экспертов арбитражным трибуналом. По утверждению авторов, несмотря на то что Правила МАЮ не отдают предпочтение какому-либо средству доказывания из указанных двух способов, в современном арбитраже чаще используются эксперты-свидетели³². На практике, правда, возникают случаи, когда в ходе разбирательства одновременно используются заключения обоих экспертов: и назначенного составом арбитражного суда, и приглашенного сторонами. В отдельных ситуациях они могут давать свои заключения по разным вопросам, в некоторых случаях эксперты-свидетели могут представлять дополнительный комментарий на заключение эксперта, назначенного составом третейского суда³³.

Авторы приводят описания и иных способов получения экспертных заключений в арбитраже. В некоторых случаях с целью сокращения расходов трибунал

²⁹ Para. 6.280, p. 183.

³⁰ Para. 7.19, p. 220.

³¹ Para. 7.29 ff., p. 223.

³² Para. 8.11, p. 283.

³³ Para. 8.12, p. 283.

может предложить сторонам назначить единого совместного эксперта, либо используется Протокол Сакса, названный по имени немецкого арбитра д-ра Клауса Сакса. В его рамках арбитражный трибунал приглашает каждую сторону составить короткий список кандидатов, которые, по ее мнению, могли бы выступать в качестве эксперта. После получения комментариев от сторон, состав арбитражного суда выбирает двух экспертов из каждого списка и назначает их совместно для дачи заключения (формируя таким образом команду экспертов)³⁴.

Одной из новелл редакции Правил 2010 г., на которую обращают внимание комментаторы, является введение дополнительного требования о независимости эксперта-свидетеля³⁵. Другим нововведением, содержащимся в п. 4 ст. 5 Правил, стала возможность состава третейского суда по своему усмотрению распорядиться, чтобы назначенные сторонами эксперты, которые уже представили или которым только предстоит представить свои заключения по одному и тому же или связанным вопросам, встретились для обсуждения этих вопросов. На этой встрече эксперты, назначенные сторонами, должны попытаться достичь согласия по вопросам, включенным в их заключения, и зафиксировать в письменной форме все те позиции, по которым они пришли к соглашению, а также оставшиеся разногласия и причины таковых³⁶.

В связи с подчас возникающей необходимостью назначения эксперта составом арбитражного суда полезным может быть алгоритм его назначения, предложенный авторами на с. 340 (рис. 9.1)³⁷.

Авторы не обходят стороной и малоизвестное пока в России средство доказыва-

ния, коим является так называемый осмотр места (ст. 7 Правил). Согласно указанной норме состав третейского суда может по ходатайству стороны или по собственной инициативе провести осмотр любой площадки, имущества, оборудования или любых других товаров, образцов, систем, процессов или документов, который считает целесообразным, или распорядиться об их осмотре экспертом, назначенным либо арбитражным трибуналом, либо стороной. Чаще всего потребность в проведении такого осмотра возникает в строительном арбитраже.

Как справедливо отмечают авторы, такой осмотр может быть критически важным не только для самого состава арбитражного суда, но и, скажем, для экспертов-свидетелей, которые без распоряжения третейского суда зачастую не могут получить доступ к спорному объекту³⁸. В тех же случаях, когда эксперты не испытывают затруднений с доступом к исследуемому объекту, доказательственный вес полученного в результате осмотра заключения, проведенного по собственной инициативе, может быть снижен по сравнению с ситуацией, когда доступ к объекту предоставлен по распоряжению трибунала.

3.8. Слушание по доказательствам. Допустимость и оценка доказательств

Наконец, своего рода обобщающими являются комментарии к ст. 8 «Слушание по доказательствам» и ст. 9 «Допустимость и оценка доказательств» Правил.

В комментарии к ст. 8 читатели могут почерпнуть подробные сведения о критически важных для любой арбитражной процедуры аспектах, таких как последствия неявки стороны или свидетеля, порядок проведения допроса свидетеля (включая перекрестный допрос), порядок допроса экспертов в ходе устного слушания, а также найти ответы на ряд вопросов, не затронутых в тексте Правил. Это в первую

³⁴ Fn. 8.5, p. 281.

³⁵ Para. 8.16, p. 284; p. 301 ff.

³⁶ Пример таблицы, которая содержит результаты подобной встречи, приводится в § 8.140 на с. 316, а также в Приложении 10 к изданию.

³⁷ P. 340.

³⁸ Para. 10.3, p. 362.

очередь многочисленные организационные вопросы, возникающие в ходе разбирательства, например использование переводчика; распределение времени для прямого, перекрестного и повторных допросов; возможность использования стенограммы, электронных архивов; необходимость предоставления сторонам возможности для дачи заключительных пояснений, а также пояснения, подаваемые после проведения устного слушания (так называемые *Post-Hearing Briefs*).

Раздел книги, посвященный комментарию к ст. 9, дает ответы на наиболее сложные из возникающих в рамках процедуры исследования и оценки доказательств вопросов. В частности, речь в нем идет об исключении доказательств в силу несоответствия критерию допустимости (одним из важнейших и одновременно малоизвестных для российских юристов оснований для этого является наличие в отношении доказательств так называемых доказательственных привилегий).

Кроме того, большое внимание в книге уделяется неблагоприятным выводам состава третейского суда³⁹. Одной из санкций для стороны разбирательства за недобросовестное поведение в ходе представления и исследования доказательств, которые предусмотрены п. 7 ст. 9 Правил, является распределение арбитражных расходов между сторонами, в том числе затрат, возникших при получении доказательств или в связи с ними, с учетом такого недобросовестного поведения. В отдельном параграфе⁴⁰ авторы приводят практические примеры того, как такие санкции применяются на практике.

3.9. Практические инструменты

Нужно сказать, что книга снабжена большим числом весьма полезных приложений, которые могут быть использованы юридическими представителями сторон

и арбитрами в ходе арбитражных разбирательств. Так, одним из приложений является дорожная карта, при помощи которой арбитры и иные участники процесса могут понять, следует ли применять Правила в конкретном деле или нет⁴¹. Здесь также содержатся разработанные авторами чек-листы, которые могут служить простым практическим руководством для арбитров. Чек-лист № 1 (Приложение 6) отражает вопросы, которые следует рассмотреть на первом процессуальном слушании с участием сторон в отношении процедуры получения доказательств. Аналогичные чек-листы касаются представления письменных доказательств (Приложение 7); свидетельских показаний (Приложение 8); экспертов, назначенных стороной (Приложение 9); экспертов, назначенных составом арбитражного суда (Приложение 11), а также осмотра места (Приложение 12). Пожалуй, эти выжимки из Правил МАЮ, предложенные авторами, являются наиболее полезными инструментами во всей книге и могут помочь как начинающим, так и опытным арбитрам в проведении арбитражной процедуры в соответствии с современными стандартами и ожиданиями сторон.

Книгу завершает подробнейший алфавитно-предметный указатель, руководствуясь которым лица, вовлеченные в арбитражное разбирательство, могут с легкостью уточнить для себя содержание абсолютного большинства понятий, связанных с процедурой доказывания.

4. Заключение

Поскольку представление доказательств является центральной частью любой арбитражной процедуры, можно сказать, что рассматриваемое издание также служит подробнейшим пособием по проведению арбитражных разбирательств в широком смысле.

³⁹ Para. 12.357, p. 496.

⁴⁰ Para. 12.395, p. 507.

⁴¹ P. 533.

Авторы, помимо собственно Правил МАЮ, опираются и на иные источники «мягкого права» в сфере доказывания в арбитраже (в частности, на документы Королевского института арбитров, Международного института по предотвращению и разрешению конфликтов (International Institute for Conflict Prevention and Resolution (CPR)), Международной торговой палаты (International Chamber of Commerce (ICC) и иных учреждений), что не может не обогащать издание.

Комментарий к Правилам МАЮ о доказательствах позволят участникам арбитражных разбирательств лучше понять свои возможности и соотнести собственные ожидания в отношении арбитражной процедуры с реалиями международного коммерческого арбитража. Арбитры смогут более уверенно разрешать практические процессуальные коллизии. Значительный

объем вспомогательного материала и источников восполняет традиционный для этой сферы недостаток ориентиров, который ранее часто приводил к тому, что процедура арбитражного разбирательства не всегда удовлетворяла чаяниям сторон и принципам сбалансированного и эффективного процесса. В результате в руках профессионалов книга может стать весьма действенным орудием!

Секрет всех перечисленных преимуществ издания, на наш взгляд, очевиден: по аналогии с самими Правилами МАЮ над Комментарием работали юристы, которые превосходно разбираются в особенностях как англо-американского, так и континентального гражданского процесса. Таким образом была достигнута идеальная конвергенция авторов Комментария и комментируемых положений. И за все это, безусловно, стоит сказать авторам спасибо!

