

Торгово-промислова палата України

МІЖНАРОДНИЙ  
КОМЕРЦІЙНИЙ  
АРБІТРАЖНИЙ СУД



МОРСЬКА  
АРБІТРАЖНА  
КОМІСІЯ



# МІЖНАРОДНИЙ КОМЕРЦІЙНИЙ АРБІТРАЖ В УКРАЇНІ



ТЕОРІЯ  
ТА ЗАКОНОДАВСТВО

Під загальною редакцією Голови МКАС та МАК при ТПП України,  
Заслуженого діяча науки і техніки України,  
академіка Академії правових наук України,  
професора, доктора юридичних наук  
*I. Г. Побірченка*

Видавничий дім  
**ПП «ІМЕДЖ»**  
Київ 2007

# Зміст

---

<b>ПЕРЕДМОВА</b> .....	3
<b>ЧАСТИНА I</b>	
<b>ТЕОРЕТИЧНІ ОСНОВИ МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ</b>	
<b>Винокурова Л. Ф.</b>	
Зовнішньоекономічні контракти: укладення, виконання та арбітраж. Актуальні питання визначення застосованого права .....	14
<b>Захарченко Т. Г.</b>	
Арбітражна угода як правова основа передачі спору на розгляд у міжнародний комерційний арбітраж .....	30
<b>Сліпачук Т. В.</b>	
Докази та доказування в міжнародному арбітражі .....	46
<b>Крупчан О. Д.</b>	
Оспорювання рішень міжнародного комерційного арбітражу .....	56
<b>Захарченко Т. Г.</b>	
Визнання та приведення до виконання рішень міжнародних комерційних арбітражів .....	64
<b>ЧАСТИНА II</b>	
<b>ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ МІЖНАРОДНОГО КОМЕРЦІЙНОГО АРБІТРАЖУ В УКРАЇНІ</b>	
<b>РОЗДІЛ 1</b>	
<b>Засади діяльності та розгляду спорів у міжнародному комерційному арбітражі</b>	
Конституція України <i>(Виміг)</i> .....	94
Конвенція про визнання та виконання арбітражних іноземних рішень <i>(Виміг)</i> .....	94
Рекомендація відносно тлумачення пункту 2 статті II і пункту 1 ст. VII Нью-Йоркської конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних	

рішень, здійсненої у Нью-Йорку 10 червня 1958 року, прийнята Комісією Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі		
7 липня 2006 року на її тридцять дев'ятій сесії .....	95	
<b>Європейська Конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж</b>		
Женева, 21 квітня 1961 р. ....	97	
<b>Статус Європейської Конвенції</b>		
про зовнішньоторговельний арбітраж .....	106	
Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності		
від 20 березня 1992 р., м. Київ .....	107	
<b>Статус Угоди про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності</b> .....		112
<b>Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж</b> .....	113	
<b>Статус Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговельний арбітраж, 1985 р.</b> .....		126
Переглянуті статті Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговельний арбітраж .....	127	
<b>Арбітражний регламент ЮНСІТРАЛ,</b>		
прийнятий 28 квітня 1976 р. ....	133	
<b>Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж»</b>		
від 24 лютого 1994 р. № 4002-XII .....	148	
<b>Закон України «Про торгово-промислові палати в Україні»</b>		
від 2 грудня 1997 р. № 671/97-ВР <i>(Виміг)</i> .....	162	
<b>Закон України «Про третейські суди»</b>		
від 11 травня 2004 р. № 1701-IV <i>(Виміг)</i> .....	163	
<b>Закон України «Про міжнародне приватне право»</b>		
від 23 червня 2005 р. № 2709-IV <i>(Виміг)</i> .....	163	
<b>Цивільний процесуальний кодекс України</b>		
<i>(Виміг)</i> .....	166	
<b>Господарський процесуальний кодекс України</b>		
<i>(Виміг)</i> .....	168	
<b>Кодекс торговельного мореплавства України</b>		
<i>(Виміг)</i> .....	170	

## Докази та доказування в міжнародному арбітражі

**Сліпачук Т. В.,**  
провідний науковий співробітник  
Науково-дослідного інституту  
приватного права та підприємництва,  
кандидат юридичних наук

Міжнародний арбітраж стає все більш популярним способом вирішення спорів, які виникають у сфері міжнародних приватних відносин. Простота процедур, як здається, і глобальна уніфікація міжнародного арбітражу досить часто породжують небезпечне і в корені оманливе відчуття, що ведення справи у міжнародному арбітражі є також простим. Проте часто процес у міжнародному арбітражі нагадує складну шахову партію, в якій і сторони, і арбітри не просто стоять по його різні боки, але й належать до різних правових систем, не просто відповідають різним правовим традиціям. Внаслідок цього кожна справа стає неповною та унікальною щодо практичного досвіду її учасників.

Як і в будь-якому іншому процесі, побудованому за принципом змагальності сторін, у міжнародному арбітражі важливим є забезпечення кожній з них доказової сили своєї позиції, правильного і своєчасного представлення доказів, включаючи показання свідків і висновки експертів. Але при цьому та практика, за якою адвокат звик слідувати в державному суді своєї юрисдикції, може не тільки не привести до бажаного результату, але і мати зовсім протилежний ефект.

Адвокати та представники сторін справді схильні застосовувати до міжнародного арбітражу знайомі їм принципи судочинства в державних судах. Але відмінність міжнародного арбітражу полягає саме в тому, що в будь-якій юрисдикції він у жодному разі не дублює національне судочинство і навіть не відсилає до його принципів, оскільки має свої певні засади, засновані, як правило, на міжнародно-правових документах та окремих законодавчих актах.

Національний суд будь-якої країни завжди має суверено регламентовані положення про порядок подання доказів, в яких є максимальне сприяння захисту порушених прав та інтересів, основою яких є погодження певного порядку подання доказів, на якому відповідає певній порядок подання доказів, при цьому сторони, які відповідають певним положенням, мають значно більшу свободу в виборі засобів доказування тих чи інших обставин. Безумовно, в практиці міжнародного арбітражу склалися певні традиції і тенденції визначення арбітрами ходу арбітражного процесу і доказування, які розрізняються, і деколи суттєво, залежно від вживаних правил арбітражного розгляду і країни, в якій воно відбувається, а також від доказів арбітров, що розглядають спір. Приймаючи усі докази, що надаються

сторонами, склад арбітров визначає належність і доказову силу кожного з представлених доказів. Напевно, це стало однією з причин того, що одним із яскравих проявів професіоналізму адвоката в міжнародному арбітражі вважається розробка стратегії подачі доказів з тим, щоб вони мали належну «переконливу» дію на арбітров, які також є, як правило, представниками різних правових систем і культур.

З практичної точки зору досить часто в міжнародному арбітражі виникає необхідність балансувати між величезною кількістю суб'ективних і об'ективних чинників, що впливають на хід арбітражного розгляду. При цьому не можна не враховувати і ту обставину, що більшість національних законів про міжнародний арбітраж, так само як і регламентів арбітражних інститутів, що постійно діють, не містять чітких вказівок або правил подання доказів, надаючи перевагу встановленню «розсуду» арбітров як в частині ведення дослідження доказів, так і в оцінці їх належності, допустимості та істотності [1].

Не зайдим буде зазначити, що в межах оцінки доказів в міжнародному арбітражі, за всієї його уніфікованості, як і раніше, залишається актуальною відмінність, яка закладена в правових системах загального та континентального права, незважаючи на їх значний взаємний вплив. Так, адвокати їх арбітри загального і континентального права по-різному ставляться до письмових доказів та показань свідків у міжнародному арбітражі.

### Загальні принципи і правила подання доказів

Більшість регламентів арбітражних інститутів містять лише загальні положення про порядок подання доказів сторонами та їх оцінки арбітрами. Відповідно до цих загальних правил за відсутності спеціальної угоди сторін про інше арбітри мають значний розсуд в частині визначення процедури подання письмових доказів, починаючи від технічних (суто формальних) питань (кількості копій, нумерації, вказівки на доказ у письмових поясненнях сторін і т. п.) до процесуальних правил, включаючи строки подання доказів, наслідки їх прострочення тощо.

При цьому такі обставини, як відповідність копій, що подаються, оригіналу документа, належне джерело і спосіб отримання стороною документа передбачаються як такі. Арбітри також визначають порядок розгляду прохань сторони про надання або розкриття інформації іншою стороною, організацію дослідження речових доказів, а також про призначення технічних або інших експертів. Ці питання вирішуються арбітрами у рамках визначення ними порядку проведення слухань свідків і подання сторонами правових аргументів. В арбітражі *ad hoc* сторони досить часто беруть участь у погодженні термінів, порядку подання доказів та допиту свідків.

### Подання доказів стороною

Адвокат сторони, приймаючи рішення про подання доказів, на наш погляд, повинен дотримуватися двох основних критеріїв: 1) що зробить позицію клієнта вигіднішою та більш обґрунтованою, а значить, що принесе найбільшу «шкоду» позиції опонента; 2) що з цього буде сприйнято складом арбітров у конкретній справі.

Призначення доказів у тому, щоб допомогти складу арбітрів вирішити спірні питання як факту, так і оціночного висновку (як правило, це стосується експертів). У деяких юрисдикціях (країни системи загального права) спір щодо іноземного права може вважатися спором щодо факту, а тому зміст іноземного права потребує в цих країнах доказування шляхом залучення експерта з цього права. В більшості країн континентального права іноземне право тлумачиться як право, і тому суддя чи арбітр вважається таким, що знає його.

На практиці, з урахуванням правил розгляду спору, що діють у кожному конкретному випадку відповідно до погодженого сторонами регламенту арбітражного суду чи процедури *ad hoc*, процес подання доказів в міжнародному арбітражному розгляді можна поділити на такі етапи: 1) подання документальних доказів з позовом та відзивом на позов; так само, як і з подальшими письмовими поясненнями сторін, якщо обмін ними визначений угодою сторін, рішенням арбітрів або регламентом; 2) письмові пояснення свідків; 3) усні свідчення представників і свідків сторін. Крім того, в міжнародному арбітражі досить часто беруть участь і експерти. Останніх, як правило, запрошують з питань, які потребують спеціальних знань та навичок. Найчастіше участь експерта має місце у будівельних спорах, а також пов'язаних із об'єктами інтелектуальної власності тощо.

### **Документарні докази**

Однаково прийняті переважною більшістю правових систем, національних законів про міжнародний арбітраж і регламентів правило подачі позову (та відзиву) з додаванням до нього основних документарних доказів на підтвердження заявлених вимог (або заперечень). Іноді розгляд спору між сторонами ґрунтуються виключно на оцінці таких письмових пояснень і доданих до них доказів. Багато регламентів містять норми, що прямо встановлюють таку можливість [2].

При цьому, проте, будь-яка зі сторін може вимагати проведення усного слухання, так само як і арбітри на власний розсуд мають право прийняти рішення про необхідність проведення такого усного слухання.

Примітно, що міжнародний арбітраж (за рідкісним винятком) не вимагає подання особливим чином завірених (нотаріально або легалізованих) копій документів. Відповідно вважається, що подані копії є аутентичними копіями дійсних документів і якщо будь-який із таких неоригінальних примірників стає предметом спору, то арбітражний суд вимагатиме, як мінімум, подання оригіналу, а іноді навіть може за власною ініціативою чи на прохання сторони провести експертне дослідження документа.

Стандартів у поданні документарних доказів немає, а тому, якщо відсутні безпосередні вказівки арбітрів відносно їх подання, адвокат сторони має право подавати такі докази у тому порядку, який він вважає найбільш ефективним з позиції захисту інтересів клієнта. Не слід, однак, забувати, що міжнародний арбітраж не сприймає несподіванки як перевагу у веденні справи. Виходячи із принципу надання кожній зі сторін рівних можливостей у процесі, докази, пред'явлені як «сюрприз», можуть не тільки затягти та удорожчити процес,

але й бути відхилені як такі. Щодо форми доказів, то сьогодні у спорах, пов'язаних із необхідністю оцінки значного документообігу, стала абсолютно прийнятою практика подання документів на CD-ROM або інших засобах електронного (цифрового) запису. Дуже важливим з практичної точки зору є початкове розуміння адвокатом сторони, який саме процес подання доказів установлений в конкретному арбітражному розгляді. Наприклад, як застереження в цьому сенсі прозвучить практична порада адвокатам, що прагнуть приходити невигідний для їх клієнта документ. Таким адвокатам варто пам'ятати, що останнім часом (як вплив системи загального права) стала поширеною практика витребування однією стороною арбітражного розгляду розкриття інформації і подання документів іншою стороною.

Сьогодні все частіше як доказ з'являються й електронні документи. Використання таких документів пов'язано з цілою низкою питань. Перш за все, це розвинутість матеріально-технічної бази та відповідного законодавства, яке б захищало персоніфікацію документа та електронно-цифрового підпису.

Досить умовно документарні докази можна поділити на три категорії: вигідні для сторони докази, невигідні та нейтральні.

Беручи до уваги вплив та певну правову інтервенцію з боку країн загального права, неможливо не зупинитися на питаннях «розкриття» (disclosure) всієї інформації та документів у справі однією зі сторін. У рамках такої процедури, що притаманна перш за все судовому провадженню, сторона розкриває всі документи, які певною мірою стосуються спору. Для міжнародного арбітражу така процедура ще незвична, але її вплив уже відзначається в тих провадженнях, в яких беруть участь адвокати чи арбітри з країн загального права.

Слід зазначити, що найкращим доказом вважаються документи, які стосуються питання і відповідають йому за роком. Правило «найкращого доказу» перш за все стосується значення доказу, а не його допустимості, і з цього приходу відповідні факту за роком документи вважатимуться більш вагомими.

Проблеми виникають, коли необхідні документи знаходяться у третіх осіб, оскільки арбітри не мають повноважень щодо їх витребування. Однак у деяких країнах така третя сторона може бути викликана повісткою на слухання, і державний суд має сприяти її появлі. Так, в Англії сторона має можливість звернутися до суду із проханням змусити такого свідка прийти на засідання арбітражу та надати документи (див. Закон Великої Британії про арбітраж 1996 р., параграф 43). Схожа норма міститься й у Федеральному Законі США про арбітраж 1925 р., параграф 7.

### **Показання свідків**

Міжнародний арбітраж оперує двома видами показань свідків — письмовими поясненнями та усними показаннями свідків.

Як правило, письмові показання не тільки передують усному опитуванню свідків, але часто цим участь свідків і обмежується. З одного боку, такий підхід суттєво економить час і витрати на арбітраж, але з іншого — він позбавляє арбітrów можливості судити про правдивість і неупередженість свідків.

Не секрет, що письмові показання свідків є результатом двох можливих способів їх підготовки, вибраних адвокатом відповідно до обраної ним такти-

ки, або встановлених арбітрами. Перший спосіб є коротким викладом фактичних обставин без їх уточнення в розвитку. Другий — полягає в підготовці детального викладу показань свідків, що дозволяє у разі проведення слухання перейти до перехресного допиту свідка після формального підтвердження останнім викладеного в письмовому поясненні. У першому випадку подача ширшого за предметом викладення пояснення може дозволити адвокатові піднести певні «сюрпризи» іншій стороні шляхом послідовного допиту свідка з питань, що цікавлять. Крім того, при цьому знижується можливість адекватного перехресного допиту свідка адвокатом протилежної сторони, оскільки останній не може повною мірою відповісти фактажу. Проте практика міжнародного арбітражу така, що арбітри будуть налаштовані більш негативно до такого роду сюрпризів і не дозволять їх використовувати у полеміці.

На сьогодні основним керівництвом з підготовки пояснень свідків справедливо вважаються Правила Міжнародної асоціації адвокатів з дослідження доказів в міжнародному арбітражі (International Bar Association Rules on Taking of Evidence in International Commercial Arbitration 1999, далі — IBA Rules). Так, ст. 4 IBA Rules містить основні положення в частині визначення інформації, яка має бути в поясненнях свідків, а саме:

- повне ім'я та адреса свідка, його (її) відносини на даний момент і в минулому (якщо такі були) з будь-якою зі сторін; опис його (її) освіти, кваліфікації, навичок і досвіду, якщо такий опис може мати відношення і бути істотним щодо спору або змісту заяви;
- повний і докладний опис фактів і джерела інформації свідка про ці факти, тобто суть показань свідка відносно суті спору;
- підтвердження правдивості заяви;
- підпис свідка із зазначенням дати і місця складання заяви.

Крім того — і це має принципове значення — необхідним є не просто повний та детальний опис фактів, але й джерела інформованості свідка про ці фактичні обставини, що дають йому можливість виступити в цьому арбітражному розгляді свідком.

Не можна не зазначити, що, не дивлячись на всю привабливість пояснень свідків, багато практиків справедливо вважають їх «рупорами» адвокатів і не надають їм того вирішального значення, на яке так сподіваються адвокати.

Арбітрам відомо, що свідки пишуть свої пояснення не самостійно, тому лише перехресний допит здатний виявити реальну значимість таких свідчень.

Не дивно і те, що багато національних законів про міжнародний арбітраж сформульовано таким чином, що свідок перед усним допитом не тільки повинен підтвердити арбітрам свою готовність говорити правду, але і попереджається про відповідальність за дачу свідомо неправдивих свідчень.

Завдання адвоката, що запрошує свідка, полягає у забезпеченні йому максимального комфорту, зокрема мовного, юрисдикційного та іншого значення й місця його свідчень в мозаїці правової позиції у справі. Як практичну пораду не зайвим буде відзначити таку помилку, як викладення свідком показань словами юриста, з використанням термінології і понять, які від самого початку не можуть належати свідкові.

## Подання показань свідків

Іноді арбітри визначають, що письмові показання свідків повинні бути подані разом з поданням письмових пояснень сторін та документальних доказів. На думку деяких адвокатів, подання позивачем пояснень свідків у такому режимі надає невіправдану перевагу відповідачеві в пошуку належних свідків і підготовки ними пояснень в рамках контрагументів. Унаслідок цього і щоб уникнути звинувачень у порушенні принципу рівного відношення до сторін, найбільш поширеним правилом у міжнародному арбітражі стало одночасне подання сторонами (позивачем і відповідачем) письмових пояснень свідків у зазначений арбітрами термін.

Як було зазначено вище, за загальним правилом сторони погоджуються на подання письмових пояснень свідків за умови подальшого усного допиту свідка стороною, проти якої спрямовано таке показання свідка. Справді, погодити заздалегідь можливість допитати свідка у спірних та (або) істотних обставинах є важливим. Досить часто арбітри самі, встановлюючи правила подання письмових пояснень свідків, як умову їх подання стороною зазначають участь свідка в подальшому усному допиті, якщо такий буде призначений на прохання іншої сторони або за рішенням самих арбітrów. Якщо ж щодо письмового пояснення свідка не відбудеться усний допит, то доказова сила такого пояснення буде істотно обмежена.

Форма письмового пояснення свідка визначається або угодою сторін, або рішенням арбітrów. Для адвокатів загальної системи права прийнято оформляти такі пояснення у формі аффідавіта під присягою. Для адвокатів з країн континентальної системи права це не властиво.

До свідків не висуваються вимоги незалежності та неупередженості, але статус у відношенні до сторони свідка, його можлива зацікавленість у результаті справи враховується в оцінці доказів арбітрами. IBA Rules фактично допускають «попередню роботу» адвокатів зі своїми свідками, їх «тренування» або «натаскування» перед участю в самому розгляді. Така практика має широке розповсюдження під час підготовки свідків для надання свідчень у судових процесах у країнах загальної системи права. Через це IBA Rules встановлюють, що «дії сторони, її службовців, працівників, юрисконсультів або інших представників з попереднього допиту потенційних свідків цієї сторони не вважаються неналежними», тобто не можуть служити підставою для дискваліфікації свідка.

У статті 4 IBA Rules встановлена допустимість угоди сторін про просту письмову форму пояснень свідків із підписаною декларацією свідка про те, що його заяви є правдивими згідно з переконанням свідка і його інформованістю.

## Експерт

Останнім часом через складність технічних та інших неюридичних питань, які лежать в основі договірних відносин сторін, участь експертів у міжнародному арбітражі стала досить розповсюдженою. Питання, пов'язані зі стандартами, технічною документацією, об'єктами інтелектуальної власності, об'єктивно вимагають участі фахівця, якщо спір стосується якості або природи та-

ких об'єктів. Практика виробила певні правила участі експерта в арбітражному розгляді, які сьогодні знайшли відздеркалення в регламентах арбітражних інститутів і національних законах.

Незалежно від стратегії подання доказів будь-якою стороною або вимог арбітражного регламенту, якщо будь-яка сторона має намір використовувати свідчення призначеного нею експерта, арбітри, як правило, зажадають від експерта завчасного подання письмового висновку. Такий висновок, як правило, повинен містити: 1) повне ім'я та адресу експерта, призначеного стороною, його теперішні або минулі стосунки (якщо такі мали місце) з якою-небудь зі сторін та опис освіти, кваліфікації, навичок і досвіду експерта; 2) заяву з викладом фактів, на яких експерт обґруntовує свої експертні висновки та твердження; 3) суть висновків, включаючи опис методу, об'єктів і інформації, що використовувалися для висновків; 4) підтвердження достовірності звіту експерта, його підпись, дату і місце підготовки висновку.

У практиці міжнародного арбітражу склалося також чітке розуміння відмінності статусів експертів, заявлених стороною і призначених складом суду. Так, IBA Rules ст. 5 регулюють порядок участі експертів, призначених сторонами, а ст. 6 – незалежних експертів, призначених арбітражним судом, Право останнього на подібне призначення сприйнято багатьма арбітражними інститутами [3]. Згідно з IBA Rules експерт повинен не тільки дати письмовий висновок, але й узяти участь у слуханнях, тобто представити і захиstitи свої висновки. Більше того, якщо призначений стороною експерт без поважних причин не бере участі у слуханні, його висновок виключається зі складу доказів і не враховується арбітрами (ст. 5 (6)). Призначення експерта складом Арбітражного суду певною мірою контролюється сторонами, починаючи від їх права висловитися відносно такого призначення, знати кваліфікацію експерта, заявляти йому відвід і до представлення експертові уточнень відносно предмета експертизи, надання документів, ознайомлення з документами, якими користується експерт, коментарями на висновок експерта і його усний допит. Досить часто на практиці призначається так звана «очна ставка», спільній допит експертів від сторін, що представили висновки з одного і того самого питання. Проводиться такий «допит» з найбільш актуальних і спірних питань після того, як експерти представляють свої висновки і дадуть відповіді на питання сторін. Метою такого допиту є максимальне прагнення привести експертів до спільногo висновку. У зв'язку з цим вважаємо за необхідне підкреслити корисність розділу 16 Коментарів ЮНСІТРАЛ з організації арбітражного розгляду, в якому виділені найбільш важливі питання, пов'язані із залученням до розгляду справи експерта, і надані практичні поради.

Останнім часом стало актуальним залучення експертів з права. Участь таких експертів та загальнозвінаний у міжнародному арбітражі принцип *jura novit curia*, створюють, на мій погляд, досить складну проблему. У міжнародному арбітражі застосовними можуть бути норми міжнародного публічного права, національного права і норми міжнародного наднаціонального права (відомі як *lex mercatoria*, *lex Petrolia*, торгові звичаї і т. п.). Більшість міжнародних арбітрів володіють достатніми теоретичними знаннями і практикою

застосування як норм міжнародного публічного права, так і норм міжнародного наднаціонального права, а тому через принцип *jura novit curia* участь правового експерта не стає актуальною. Виключенням, коли участь такого експерта дійсно може бути визнана доцільною, є застосування арбітрами конкретного національного права, особливо тих його норм, які досить істотно відрізняються в різних юрисдикціях (позовна давність, імпортно-експортне регулювання, будівельні дозволи, оборот національної валюти, річні відсотки і т. п.).

### *Усні слухання: свідки та експерти*

Правила і порядок проведення таких слухань багато в чому залежить від погляду арбітрів, причому правова культура арбітрів має істотний вплив.

У практиці міжнародного арбітражу розрізняють слухання свідків (без надання правових аргументів) та слухання по суті спору (останні можуть мати змішаний характер, тобто включати в себе і слухання свідків також). Напевно, однією з основних відмінностей у веденні арбітражу арбітрами країн загальної і континентального права є використання або відмова від використання усних слухань свідків (*fact or expert testimony*). Це пов'язано з тим, що більшість правових систем країн континентальної системи права не надають великого значення показанням свідків як джерелу доказів. Аналогічна відмінність і в оцінці значимості усного допиту експерта сторони. Арбітри з країн континентальної системи права вбачають у такому експерті найнятого й оплачуваного стороною фахівця, через що не дуже схильні йому довіряти. На нашу думку, викладені обставини повинні братися до уваги адвокатами сторін у вирішенні питання про те, наскільки необхідно наполягати на усному заслуховуванні свідків і (або) експертів.

Зазвичай у разі організації усного слухання загальними є такі правила: певною мірою допускається перехресний допит свідків і експертів. Арбітри мають не тільки переважне право втручатися в хід такого допиту, але й істотно впливати на нього, обмежуючи або змінюючи ті або інші питання сторін.

У будь-якому випадку усні слухання за участь свідків і (або) експертів є найбільш обтяжливою частиною арбітражного розгляду як за часом, так і за витратами.

### *Оцінка доказів*

Як уже уже зазначалося вище, арбітри у міжнародному арбітражі володіють значними повноваженнями в оцінці допустимості, належності та істотності доказів.

IBA Rules конкретизують це положення, надаючи арбітрам право виключити на вимогу сторони або на свій розсуд будь-які докази або відмовити в запиті на їх надання з однієї з таких причин:

- недостатня належність та істотність;
- юридичні перепони або привілеї (професійна та інша таємниця, конфлікт інтересів), встановлені законом або правилами професійної етики, які арбітражний суд визнає застосовними в даному випадку;
- надмірна обтяжливість подання доказу;
- втрата або псування документа;

— інтерес у збереженні конфіденційними відомостей, що відносяться до ноу-хау, комерційної або державної таємниці, інші причини політичного або державного значення, які арбітражний суд визнає поважними;

— міркування справедливості і (або) рівності сторін, які арбітражний суд визнає поважними [4].

### **Допустимість, належність, істотність**

Абсолютна більшість регламентів арбітражних інститутів, що постійно діють, надають арбітрам достатньо широкі повноваження в оцінці допустимості доказів. Наприклад, правило 34 Міжнародного центру з вирішення інвестиційних спорів (ІКСІД) встановлює, що склад арбітrów приймає рішення про допустимість будь-якого доказу і його доказову силу. Стаття 20 (6) Арбітражного регламенту Американської арбітражної асоціації також наділяє склад арбітrów правом визначати допустимість, належність, істотність і силу поданих стороною доказів.

Чи можна визначити стандарти належності або допустимості доказів у міжнародному арбітражі? Напевно, і важко і не потрібно. Арбітри у вирішенні питань щодо оцінки процесу і способів доказування виходять з таких загальних принципів процесу, як рівність сторін, критерії розумності і справедливості, законодавства країни арбітражного розгляду. Значну роль відіграють звичаї та прецеденти, що склалися в практиці арбітражних інститутів. Досвідчені міжнародні арбітри, що розглядають спір, незалежно від іх належності до країн загальної чи континентальної систем права мають намір установити спірні факти між сторонами і не вважають себе жорстко обмеженими тими чи іншими правилами доказування, які б могли завадити їм у досягненні поставленої мети. Якщо склад арбітrów, які недостатньо обізнані у міжнародному арбітражі, сформовано лише представниками системи загального права, іноді віддалого ведення справи представником сторони континентального права буде залежати, щоб вирішення справи не було підпорядковано жорстким нормам цивільного процесу з питань належності доказів та технічним засобам їх фіксування, які відомі арбітрам.

Практика свідчить, що арбітри з великим небажанням обмежують сторони в наданні доказів і навіть навпаки, часто надихають їх на подання доказів у максимальному обсязі, включаючи і ті, належність яких є віддаленою. Можливо, в цьому має значення і норма Конвенції ООН про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень 1958 р., відповідно до якої національний суд має право відмовити у визнанні і приведенні у виконання арбітражного рішення, якщо сторона була яким-небудь чином позбавлена можливості представити свою позицію у справі.

### **Тягар доведення**

Більшість національних законів про міжнародний арбітраж і регламентів арбітражних інститутів торкаються цього питання лише побічно або в рамках загальних положень. Так, § 21 (1) Регламенту МКАС при ТПП Російської Федерації встановлює, що арбітражний розгляд здійснюється на основі змагальності і рівності сторін. Водночас, ст. 24 (1) Арбітражного Регламенту

ЮНСІТРАЛ прямо обумовлює, що кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається в обґрунтuvання своїх вимог або заперечень.

Абсолютна більшість арбітrów дотримується загального принципу, що сторони зобов'язані подати ті докази, які вони вважають необхідними та істотними для підтвердження свого позову.

Існують, між тим, і деякі особливості у сприйнятті тягара доведення арбітрами з країн загального або континентального права. Для перших тягар доведення полягає в балансі ймовірностей, тобто доказ повинен бути швидше належним, ніж неналежним. Для арбітrów континентальних правових систем важливо відчути внутрішнє переконання в належному та істотному доказі. На мій погляд, ці особливості повинні враховуватися адвокатами сторін у визначенні стратегії надання доказів, без збитку, однак, у дотриманні загальновідомого стандарту про перевагу неспростовних доказів.

Декілька слів варто додати щодо того, як іноді оцінюються вимоги про відшкодування збитків. У практиці багатьох арбітражних інститутів трапляються рішення, що яскраво свідчать про прагнення арбітrów до застосування в цьому випадку не стільки норм застосовного національного права, скільки принципів справедливого відшкодування аж до округлення або зменшення компенсації до «розумних меж» без якого-небудь особливого обґрунтuvання. У зв'язку з цим адвокатам сторон варто надавати арбітрам такі розрахунки й обґрунтuvання збитків, які якщо й не неспростовні, то, принаймні, примусять арбітrów шукати серйозну аргументацію рішення щодо їх зменшення або округлення.

### **Заключні ремарки**

Навіть виходячи із певної уніфікації процесу доказування, яка складається на підставі модельних міжнародно-правових інструментів, регламентів постійно діючих арбітражних інститутів, складно охопити всю різноманітність нормативного регулювання і практики подання та оцінки доказів у міжнародному арбітражі. Єдність різноманіття породжена самою специфікою міжнародного арбітражу, в якому немає єдиних рецептів і кожен процес по-своєму неповторний.

Відсутність яких-небудь загальних стандартів у регулюванні процесу доказування дає можливість сторонам і арбітрам пристосувати його до кожної конкретної справи з дотриманням, однак, загальних фундаментальних принципів міжнародного арбітражу: збереження ефективності арбітражного розгляду, забезпечення рівного ставлення до кожної зі сторін із наданням їй можливості повною мірою представити свою позицію у процесі та винесенні обґрутованого рішення. Останнє має принципове значення, оскільки переважною більшістю регламентів встановлено, що арбітражне рішення повинно містити мотиви, тобто бути обґрутованим, що, безумовно, передбачає всебічне дослідження доказів, наданих сторонами.

1. Стаття 25(6) Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ, ст. 42 Арбітражних Регламентів ВОІВ, ст. 26 Регламенту Арбітражного інституту Стокгольмської торгової

палати, § 16, § 17 Арбітражного регламенту Німецького арбітражного інституту та ін.

2. Стаття 47 Арбітражного Регламенту ВОІВ, ст. 25(1) Регламенту Арбітражного інституту Стокгольмської торгової палати, ст. 20 (2, 6) Арбітражного регламенту Міжнародного арбітражного суду МТП та ін.

3. Стаття 26 (1) (а) Типового закону про міжнародний комерційний арбітраж ЮНСІТРАЛ, ст. 20 (4) Арбітражного регламенту Міжнародного арбітражного суду МТП, ст. 22 (1) Арбітражного регламенту AAA, ст. 21 (1) Арбітражного регламенту Лондонського суду міжнародного арбітражу та ін.

4. Аналогічним чином сформульована і ст. 26 (2) Регламенту Арбітражного Інституту Стокгольмської торгової палати, яка говорить, що «склад арбітражу може відхилити запропоновані йому докази, якщо визнає, що ці докази не стосуються справи, неістотні або доведення може бути здійснене іншими, більш відповідними або економічними засобами».