

ОГЛАВЛЕНИЕ

<i>Решетникова И.В.</i> Вступительное слово	11
ВВЕДЕНИЕ	13
ГЛАВА 1. ИНФОРМАЦИОННАЯ ПРОБЛЕМА И СПОСОБЫ ЕЕ РЕШЕНИЯ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ ОБЗОР	
§ 1. Способ решения информационной проблемы в странах общего права.....	21
§ 2. Способы решения информационной проблемы в странах гражданского права	29
ГЛАВА 2. ИНСТИТУТ ИСТРЕБОВАНИЯ ПРЕДМЕТНЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В РОССИЙСКОМ ГРАЖДАНСКОМ И АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССЕ.....	77
§ 1. Практика применения норм Устава гражданского судопроизводства об истребовании предметных доказательств...79	
§ 2. Истребование доказательств у стороны спора в советском гражданском процессе.....	83
§ 3. Проблемы применения норм об истребовании доказательств у оппонента в современный период развития цивилистического процесса.....	86
ГЛАВА 3. ОТДЕЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РАЗВИТИЯ ИНСТИТУТА ИСТРЕБОВАНИЯ ПРЕДМЕТНЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ	
§ 1. Соотношение принципа состязательности и идеи <i>nemo tenetur edere contra se</i>	96
§ 2. Право не свидетельствовать против себя и удержание доказательств в гражданском и арбитражном процессе: сходства и различия	106
§ 3. Удержание доказательств в гражданском процессе: существование в качестве оправданной привилегии	113
§ 4. Применение санкций за неисполнение обязанности по представлению предметного доказательства.....	131
§ 5. Условия реализации права на истребование предметных доказательств	143
§ 6. Расходы сторон, связанные с представлением предметных доказательств на основании определения суда.....	152
§ 7. Истребование предметных доказательств у стороны спора: вопросы обжалования.....	156
ЗАКЛЮЧЕНИЕ.....	164
БИБЛИОГРАФИЯ	167

TABLE OF CONTENTS

<i>Reshetnikova I.V.</i> Foreword	11
INTRODUCTION	13
CHAPTER 1. INFORMATION PROBLEM AND WAYS OF ITS SOLUTION: COMPARATIVE LEGAL REVIEW	
§ 1. Ways of solving the information problem in common law countries	21
§ 2. Ways of solving the information problem in civil law countries.....	29
CHAPTER 2. THE INSTITUTE OF CLAIMING OBJECT EVIDENCE IN RUSSIAN CIVIL PROCEDURE	
§ 1. Practice of application of the rules of the Civil Procedure Charter on reclamation of evidence from a party to a dispute.....	7
§ 2. Claiming evidence from a party to a dispute in Soviet civil proceedings	83
§ 3. Problems of application of norms on reclamation of evidence from the opponent in the modern period of development of civil procedure	86
CHAPTER 3. SEPARATE PROBLEMS OF DEVELOPMENT OF THE INSTITUTE OF CLAIMING OBJECT EVIDENCE	
§ 1. Relationship between the principle of adversarial proceedings and the idea of <i>nemo tenetur edere contra se</i>	96
§ 2. The right not to testify against oneself and retention of evidence in civil and arbitration proceedings: similarities and differences.....	106
§ 3. Withholding of evidence in civil proceedings: existence as a justifiable privilege	113
§ 4. Application of sanctions for failure to fulfil the obligation to provide object evidence	131
§ 5. Conditions for realisation of the right to demand object evidence	143
§ 6. Expenses of the parties related to the production of object evidence on the basis of a court order	152
§ 7. Requesting object evidence from a party to a dispute: issues of appeal.....	156
CONCLUSION	164
BIBLIOGRAPHY	167



По имеющимся данным, человек за всю жизнь не может прочитать больше двух процентов книжных произведений, созданных в этом мире. Каждому из нас рано или поздно приходит мысль, какими должны быть произведения, на которые мы тратим личное время и жизненную энергию, отдаем им часть себя. Общение с книгой должно приносить и удовольствие, и пользу, а в идеале — еще и полноценный диалог с автором.

Мы стоим перед выбором: что читать. Так, создается личная библиотека. На первых порах она складывается стихийно: человек учится чтению, привыкает к книге, а действующие образовательные программы, начиная с дошкольных учреждений и заканчивая высшими учебными заведениями, предлагают базовый набор произведений, с которыми следует познакомиться, осмыслить и понять. При вхождении в самостоятельную взрослую жизнь мы имеем уже багаж прочитанного — у нас есть начальная библиотека, но вряд ли кто-то этим объемом и ограничивается. Порой мы решаем задачу — стоит ли очередное произведение и его автор нашего внимания. Чем больше вариантов, тем сложнее выбор. Чем мы старше — тем жестче критерии отбора. И каждому последующему поколению приходится труднее предыдущего. Но никто еще не отказался от ее решения и может предложить на обсуждение свое как единственно верное.

Библиотека, созданная человеком, — уникальна, как уникален индивид и каждое произведение, ее составляющее. Вряд ли в мире найдутся две одинаковые библиотеки. Стремления, тревоги человека тот час же отражаются на выборе книг, которые требуются для чтения. Произведение литературы — это не только выражение психики его автора, но и выражение психики тех, кому оно нравится. Эта давняя мысль Эмиля Геннекена, подхваченная

и развитая Николаем Рубакиным и его последователями¹, кажется, годится не только для художественных произведений, но, вообще, для всех, включая научные труды (несмотря на их особенный язык и среду возникновения). Таким образом, собираемые и читаемые произведения становятся не только источником, но и отражением мировоззрения создателя коллекции, они способны показать неповторимость его опыта, знаний, ценностей. Собрание книг приобретает частичку личности, которая при определенных условиях способна пережить создателя.

Наверно не ошибемся, если сочтем, что срок жизни личной библиотеки равен в целом сроку жизни ее создателя. Период активного чтения у человека длится 50–60 лет, а в последние годы жизни он устает и практически не находит сил на чтение имеющихся книг, не говоря уже о поиске новых. В связи с этим обычно библиотека жива, пока жив ее владелец, в отличие от авторских произведений и научных открытий, способных пережить создателей на десятки и сотни лет.

Каждой личности хотелось бы передать «интеллектуальный тип», образ мира, читательскую среду последователям моложе и сильнее, чтобы продолжить начатое дело освоения и постижения этого мира. Автор продолжает жить в произведениях, ученый — в открытиях, а читатель — в своих книгах.

Миру Михаила Константиновича Треушникова были знакомы все три ипостаси, ему посчастливилось выступить в роли автора, ученого и читателя.

Михаил Константинович передал часть домашней научной библиотеки кафедре гражданского процесса МГУ имени М.В. Ломоносова. Но это ее статическая часть, собранная им лично.

¹ См.: *Геннекен Э.* Опыт построения научной критики: эстопсихология / Пер. Д. Струнина. 2-е изд. М., 2011. С. 5; *Рубакин Н.А.* Этюды о русской читающей публике. Факты, цифры, наблюдения. СПб., 1895. С. 3–4; *Белянин В.П.* Психологическое литературоведение. Текст как отражение внутренних миров автора и читателя. М., 2006. С. 4–5; *Он же.* Психоллингвистика. 4-е изд. М., 2016. С. 175.

Открываемая книжная серия «Библиотека М.К. Треушникова» — попытка издателя, родных, учеников, коллег и друзей Михаила Константиновича сберечь и посылно продолжить создание личной библиотеки, вселить в нее жизнь, продолжить то мировосприятие, которое было присуще Михаилу Константиновичу как человеку своей эпохи.

Антон Михайлович Треушников
Издательский Дом «Городец»
Кафедра гражданского процесса Юридического факультета
МГУ имени М.В. Ломоносова

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО

Предложенная вниманию читателя монография посвящена процедуре доказывания, основам доказательственного права различных стран с позиции существования недостаточности представляемых доказательств одной из сторон при рассмотрении гражданских дел в судах. Очень радует отход авторов работы от хрестоматийного изложения материала по доказыванию в гражданском процессе. В книге разработан крайне важный аспект в доказывании, а именно проблемы доказательственной деятельности в условиях информационной асимметрии. На основе широкого сравнительно-правового исследования с привлечением правовых источников, научных концепций, судебной практики авторы анализируют подходы к решению данной проблемы как в странах системы общего права (США и Англия), так и континентальной системы (Германия, Франция, Австрия, Италия, Португалия, Швейцария и др.). Привлечена также практика Чили и Бразилии, на судопроизводство которых нечасто ссылаются российские ученые.

В издании также представлено сравнительно-правовое исследование с Уставом гражданского судопроизводства 1864 г., рассмотрено советское и современное регулирование института истребования предметных доказательств.

Из частных вопросов, затронутых в монографии, следует обратить внимание на следующее. Очень аргументированно высказана авторская позиция применительно к так называемому переходу бремени доказывания. Это понятие активно используется в практике Верховного Суда РФ. Вместе с тем в действительности является бременем опровержения. Интерес вызывает и анализ возможности применения в российском гражданском процессе астрента в случае непредставления доказательств, а также выбора между применением штрафных санкций или наступлением негативных последствий в судебной практике России.

В исследовании продемонстрировано знание российской судебной практики, научной доктрины, проблем, которые неизбежно

возникают ввиду информационной асимметрии в доказывании при рассмотрении дела в судах.

Книга отличается актуальностью, глубиной анализа существующих проблем в доказывании в российском и зарубежном гражданском и арбитражном процессах. Собран крайне интересный материал сравнительно-правового характера, а также актуальный и дискуссионный судебной практики России, предложено авторское мнение, которое полезно для правоприменителей и ученых.

Надеемся, настоящая монография принесет значимую пользу развитию российской теории доказывания, а также совершенствованию процессуального законодательства и судебной практики.

26 января 2025 года

И.В. Решетникова

ВВЕДЕНИЕ

В ряде случаев сторона процесса не обладает достаточной информацией для судебной защиты своих прав. В частности, например, истец может вовсе не знать, кто конкретно является нарушителем его права. Он может также не обладать сведениями об отдельных фактах, из которых он мог бы вывести свое требование. В такой ситуации ему приходится ограничиться простыми предположениями. В большей степени, конечно, это касается доказательств тех фактов, о которых стороны спора знают и ссылаются на них в обоснование своего иска или возражений на иск. Например, истец несет бремя доказывания определенного факта, а доказательства этого факта находятся во владении ответчика. Если ответчик не предоставит их, истец не сможет выполнить свое бремя доказывания и проиграет. Такие случаи возникают в основном из-за специфики материально-правового отношения, в котором имеется асимметрия в доступе к информации. С точки зрения процессуальной речи может идти о фактах, находившихся в зоне восприятия оппонента в споре или в сфере ее контроля (это касается корпоративных документов, расчетов, отношений с третьими лицами и т.д.), или о фактах внутренних — например, знания чего-либо. Такие факты можно определить, как *facta aliena* — факты чужие для лица, делающего о них утверждение.

Как бы то ни было, в цивилистическом процессе зачастую возникают ситуации, когда у одной стороны имеется важная для позиции другой стороны информация. Эти случаи можно условно разделить на те, в которых у лица отсутствует информация о фактах, входящих в предмет доказывания, бремя доказывания которых лежит на нем, и те, в которых лицо может сделать утверждения о фактах, но доказательства этих фактов находятся у оппонента (другой стороны спора). При таком положении дел можно вести речь о наличии информационной асимметрии в доказывании по гражданским делам.

Проблему в доступе стороны процесса к информации о фактах дела и доказательствах, находящихся у другой стороны, можно назвать информационной проблемой цивилистического процесса, а лицо, имеющее такую проблему, можно именовать лицом, несущим информационный риск¹.

Первый вопрос, который можно задать, — зачем вообще решать эту проблему? Если в материально-правовом отношении сложилось такое положение дел, при котором одна сторона находится в более выгодном с точки зрения обладания информацией положении, чем другая, то, возможно, не дело процессуального права изменять это *status quo*. На этот вопрос можно ответить, приведя несколько аргументов. Первый — если с точки зрения материального права сторона спора должна получить защиту, значит, и судебный процесс должен быть построен таким образом, чтобы ее обеспечить. Информационная асимметрия не должна влиять на возможности стороны защитить свое право в суде. Вероятно, правильнее решать проблему асимметрии на уровне материального права, а не процессуального. Но если там она не решена, то что же, оставлять право незащищенным? Второй — если эту проблему не решить на уровне процессуального права, то получится, что эффективность материально-правового регулирования будет поставлена под сомнение. Субъект, вступающий в материально-правовое отношение, вполне рационально будет основывать свое поведение не на нормах права, регулирующих его, а на вероятности доказывания фактов в судебном процессе. В таком случае сторона, несущая информационный риск, заведомо находится в слабой позиции, а сторона, обладающая информацией, — в сильной. Наличие такого дисбаланса создает стимулы для правонарушающего поведения стороны, находящейся в сильной позиции, ибо она может остаться безнаказанной. Предвидя всё это, слабая сторона

¹ Это название и терминологию мы заимствуем у немецкого процессуалиста Кристиана Гомилле. См. его книгу, посвященную этой проблеме: *Gomille C. Informationsproblem und Wahrheitspflicht. Ein Aufklärungsmodell für den Zivilprozess*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.

будет склонна избегать вступать в такие материально-правовые отношения, что может иметь негативный экономический и социальный эффект.

Второй вопрос — каково наилучшее решение этой проблемы? Каковы критерии успешности процессуальной модели, в рамках которой она преодолевается? На эти вопросы ответить сложнее, чем на первый. Предварительно можно только отметить, что решение информационной проблемы должно учитывать необходимость защиты конфиденциальной информации и разного рода тайн, которые могут стать известными благодаря процессуальным средствам, а также не слишком отягощать разбирательство по делу с точки зрения расходов и временных затрат.

Практики, в первую очередь судьи и адвокаты, вправе упрекнуть отечественную науку гражданского процессуального права за то, что она не решает информационную проблему. Конечно, в судебной практике, прежде всего арбитражных судов, выработаны свои ответы, созданы определенные механизмы преодоления информационной асимметрии сторон спора. Но эти способы решения проблемы, в свою очередь, вызывают критику ученых-процессуалистов. Речь идет о таком способе, как перераспределение бремени доказывания. В общем, можно констатировать, что сегодня информационная проблема осознана как на уровне практики, так и доктрины, и, надеемся, рано или поздно удобоваримое ее решение будет найдено.

В предлагаемой монографии мы не претендуем на достижение такого результата. Хотелось бы сначала правильно сформулировать задачу для дальнейших исследований и привести описание зарубежного опыта, касающегося этого вопроса. Больше внимание в этой книге мы уделим институтам истребования письменных и вещественных доказательств в гражданском и арбитражном процессе, поэтому информационная проблема для нас, скорее, является тем контекстом, в котором они существуют сегодня. Именно эти институты мы считаем полезным совершенствовать в первую очередь с целью решения тех трудностей, которые порождает информационная проблема.

Во-первых, эти институты давно существуют в системе гражданского и арбитражного процессуального права, «обросли» судебной практикой и комментариями ученых, являлись предметом доктринальной разработки. Во-вторых, когда речь идет о сложных проблемах, начинать нужно с малого и двигаться не торопясь. В то же время совершенствование этих институтов тесным образом взаимосвязано со способами решения информационной проблемы в целом, поэтому рассмотрение их в таком контексте более, чем оправдано.

В чем же заключаются трудности, которые испытывают ученые-процессуалисты при решении информационной проблемы? Почему она является сложной для нашей доктрины? Ответ на этот вопрос заключается в следующем. Информационная проблема в условиях действующего процессуального законодательства практически неразрешима. Ее преодоление требует разработки нескольких других нерешенных на уровне теории проблем, а затем внесения довольно серьезных изменений в правовое регулирование. Каковы эти нерешенные наукой задачи будет ясно из дальнейшего изложения, но мы можем привести короткий их перечень в самом начале. Это проблема процессуальной добросовестности, которая включает в себя целый комплекс отдельных научных вопросов: от наличия такого принципа в гражданском и арбитражном процессе до конкретизации модели поведения нормального участника процесса в разных процессуальных ситуациях. Это также вечная проблема истины в судебном процессе. Это проблема состязательности, настолько абстрактной идеи, что ее понимание применительно к различным институтам процесса может быть диаметрально противоположным. Это также ряд проблем доказательственного права: должны ли стороны в судебном процессе говорить правду или можно лгать; есть ли у сторон обязанность раскрывать всю имеющуюся у них информацию о фактах и доказательствах, даже невыгодную для их позиции по делу; возможен ли переход бремени доказывания с одной стороны на другую в ходе процесса; какие имеются в современном процессе основания для существования

института преюдиции и может ли у преюдиции быть различный правовой режим в зависимости от различных ситуаций; что следует понимать под стандартом доказывания и может ли суд изменять его в зависимости от доступа стороны к доказательствам; может ли процессуальное поведение стороны быть доказательством по делу.

Все вышеуказанные вопросы должны получить свои аргументированные ответы, если мы хотим разрешить задачу, поставленную информационной проблемой. Эти ответы пока не найдены, по крайней мере, на уровне общего мнения научного сообщества.

В дальнейшем изложении мы будем касаться всех этих вопросов, но не претендуем на то, что наши суждения по ним будут основаны на изучении всей возможной информации. Нет, каждая из этих проблем, конечно, заслуживает самостоятельного, полноценного исследования. Мы попытаемся только лишь показать с исторической и сравнительно-правовой точек зрения, как они влияют на информационную проблему в целом и на институты истребования доказательств гражданского и арбитражного процесса в частности.

ГЛАВА 1

ИНФОРМАЦИОННАЯ ПРОБЛЕМА И СПОСОБЫ ЕЕ РЕШЕНИЯ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ ОБЗОР

Информационная проблема существует не только в нашем гражданском и арбитражном процессе, но во многих странах. Решается она по-разному, в зависимости от модели гражданского процесса. В общих чертах, можно сказать, что в мире сложились два принципиально различных подхода к ее преодолению.

Первый (страны общего права) предполагает наличие обязательства сторон раскрыть все свои карты (предоставить информацию обо всех известных фактах и доказательствах, не важно, на ком лежит бремя доказывания) перед судебным заседанием. В этой системе каждая сторона должна представить все имеющиеся у нее доказательства, как в пользу своей позиции, так и в пользу соперника. Выполнение обязанности обеспечено сложными правилами раскрытия доказательств — *discovery* в США и *disclosure* в Англии. Самый широкий перечень возможностей у сторон в рамках раскрытия доказательств имеется в США. В сравнительно-правовой литературе считается, что именно благодаря тем возможностям, которые предоставляет сторонам правовое регулирование раскрытия доказательств в США, наблюдается феномен *vanishing trials* — исчезающе малого количества дел, доходящих до стадии судебного разбирательства. Стороны, получив исчерпывающую информацию о деле (как о фактах, так и о доказательствах), предсказывают результат и предпочитают не тратить на дальнейшее судебное разбирательство и оканчивать процесс на ранней стадии.

Второй подход сложился в странах гражданского права. Для этого подхода характерно: ограниченный перечень возможностей поиска информации о фактах, средствах доказывания, судебный

контроль за этим. Как правило, все сводится к институту истребования доказательств на основании ходатайства стороны спора и определения суда. При этом запрашивающая сторона обязана знать, какое конкретно доказательство она истребует. Истребование класса документов, обезличенного множества документов на определенную тему, попытки выяснить неизвестные стороне факты дела и т. д. весьма затруднительны или вовсе невозможны. Зачастую истребование доказательства у другой стороны спора (оппонента) зависит от ряда условий, связанных с наличием у требующего лица материального права на документ или вещь. Досудебные возможности сторон спора, как правило, весьма ограничены, и сводятся в основном к малоэффективным инструментам типа российского адвокатского запроса.

Обращение в суд предполагает, что истец знает, кто именно нарушил его права, какое именно право он защищает, на каком фактическом основании это право существует и в чем собственно заключается его нарушение или оспаривание. В отличие от американской системы *notice pleading*, в которой достаточно сделать весьма общие утверждения о фактах (уточнение происходит в рамках *discovery*), в странах гражданского права при подаче искового заявления от истца уже требуется выполнение бремени утверждения. Факты должны быть известны истцу, утверждения истца о фактах должны быть настолько полными, чтобы судья мог осуществить операцию субсумции, т. е. подвести факты, указанные истцом под какую-либо норму права. Если это сделать невозможно, исковое заявление не подлежит рассмотрению, поскольку дело не относится к компетенции суда (неправовой спор) или, если дело всё-таки принимается к рассмотрению, шансы истца на успех минимальны. Конечно, в ходе процесса возможны уточнения, дополнения и переквалификация фактов, но в любом случае процессуальные модели стран гражданского права исходят из начального предположения, что истец должен быть в достаточной мере осведомлен о защищаемом праве или законном интересе.

При рассмотрении дела в суде первой инстанции у стороны, несущей на себе риск информационной проблемы, как правило, имеется не так уж много возможностей. Во-первых, в его распоряжении будет институт истребования доказательств у оппонента. Первоначально он основывался на двух «китах» — римском иске о предъявлении (*actio ad exhibendum*) и принципе *nemo tenetur edere contra se* (никто не обязан доказывать против себя). С XIX в. от последнего постепенно отказываются ради поиска истины и реализации принципа равноправия сторон, в связи с появлением идеи социального процесса, но ситуация кардинально не меняется. Во-вторых, это возможность допросить оппонента, иногда даже под присягой. Отказ вызванной стороны отвечать или неявка может быть интерпретирована судом как признание утверждений о фактах, которые делает запрашивающая сторона. В-третьих, это попытки решить проблему путем перераспределения бремени доказывания или понижения стандарта доказывания для стороны, несущей информационный риск.

Все указанные нами процессуальные возможности сторон имеют свои недостатки и не очень эффективны при решении информационной проблемы.

Процессуалисты из стран гражданского права изучают опыт правового регулирования стран общего права и рассуждают о возможности имплементации американской или английской системы раскрытия доказательств в свой национальный процесс. Как правило, их выводы отрицательны — опыт стран общего права им кажется неуместным, слишком радикальным, трудно сочетаемым с национальным законодательством и догматикой. Но большинство сходятся на том, что такого же, как в США уровня преодоления информационной проблемы, добиться бы хотелось. Только другими средствами. Какими? В этом и заключается вся сложность.

§ 1. Способ решения информационной проблемы в странах общего права

Кратко охарактеризуем системы раскрытия доказательств стран общего права. Они хорошо известны процессуалистам, поэтому мы не будем описывать их подробно, остановимся только на ряде интересующих нас моментов¹.

Доступ сторон к информации, имеющей значение для дела, зависит не только от тех процессуальных средств, которые могут быть использованы ими в ходе процесса, но и от того, каким образом организован доступ к этой информации. Мы имеем в виду то, что уже на этапе возбуждения производства по делу некоторые исковые заявления могут быть «отбракованы» ввиду несоответствия их определенному стандарту изложения фактов, из которых выводится требование к ответчику. Можно называть это стандартом выполнения бремени утверждения о фактах или детализации основания иска. В США долгое время к исковым заявлениям не предъявлялось требований о детальном изложении фактов. Так, в искомом заявлении можно было указать на факты только в общих чертах (*notice pleading*), а затем уточнять основание иска при помощи поиска информации в рамках *discovery*. Именно этот подход, по мнению многих юристов, выгодно отличал право США от континентального права. Если к содержанию искового заявления предъявлять строгие требования в части детального указания на все факты, из которых выводится требование, то в ситуации информационной асимметрии доступ к дальнейшим процессуальным возможностям может быть закрыт с самого начала.

¹ О раскрытии доказательств в США и Англии см.: *Будылин С.Л.* Рентгеновский луч права. Раскрытие доказательств в России и за рубежом // Вестник ВАС РФ. 2014. № 7. С. 56–97; *Кудрявцева Е.В.* Раскрытие доказательств в российском и английском гражданском процессе // Вестник гражданского процесса. 2019. № 1. С. 287–304; *Лозовицкая А.Д.* Раскрытие доказательств в гражданском процессе Англии: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2021; *Решетникова И.В.* Доказательственное право Англии и США. Екатеринбург: УРГЮА, 1997.

В то же время стоит отметить, что со временем благодаря судебной практике ВС США, требования к исковому заявлению все более ужесточались¹. Это свидетельствует о том, что для повышения эффективности и борьбы со злоупотреблениями американские суды повысили стандарт выполнения бремени утверждения для допуска к тем возможностям, которые предоставляет система discovery.

Если же истец способен справиться с бременем утверждения, то на стадии подготовки дела к разбирательству (pretrial) у обеих сторон спора имеются широкие возможности по выяснению информации, имеющей отношение к делу. На первом этапе осуществляется так называемое первоначальное раскрытие доказательств (initial disclosure). На этом этапе стороны должны сообщить друг другу о всех доказательствах, на которые они собираются сослаться в поддержку своей позиции по делу (раскрывать доказательства в пользу позиции оппонента на обязательно).

Согласно ст. 26 Федеральных правил гражданского процесса США (далее — ФПГП США) каждая сторона, не дожидаясь запроса от оппонента, должна раскрыть перед другой стороной:

1) имя и, если известно, адрес и номер телефона каждого лица, которое может располагать относимой к делу информацией, а также предмет этой информации, которую раскрывающая сторона может использовать для поддержки своих требований или защиты;

2) копию — или описание по категории и местоположению — всех документов, информации, хранящейся в электронном виде, и вещей, которые раскрывающая сторона имеет в своем распоряжении, хранении или под контролем и может использовать для поддержки своих требований или защиты;

¹ ВС США принял решения по некоторым категориям дел (по антимонопольным искам и др.), повысив стандарт бремени утверждения. Одновременно он дал толкование ст. 8 ФПГП США и ст. 12 ФПГП США, на которое в итоге ориентируются и при предъявлении исков по другим категориям дел. Речь идет о следующих делах: *Twombly/Iqbal*; *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*; *Ashcroft v. Iqbal*.

3) расчет убытков, которые планируется взыскать с обосновывающими документами;

4) любое страховое соглашение, в соответствии с которым страховая компания может быть обязана оплатить все или часть возможного судебного решения по иску или возместить платежи, произведенные для удовлетворения судебного решения;

5) личность любого свидетеля с приложением его письменных свидетельских показаний;

6) личность эксперта с приложением его письменного экспертного заключения.

После первоначального раскрытия начинается этап, который известен под названием *discovery*, т. е. собственно поиск информации о фактах, доказательствах.

На этом этапе, если иное не будет установлено постановлением суда, стороны вправе претендовать на раскрытие информации относительно любого вопроса, не защищенного от этого (привилегии, охраняемые законом тайны), который имеет отношение к иску или защите любой стороны и пропорционален потребностям дела, учитывая важность вопросов, поставленных в иске, сумму спора, доступ сторон к соответствующей информации, ресурсы сторон, важность раскрытия информации для разрешения проблем и то, перевешивают ли бремя или расходы на предлагаемое раскрытие ее вероятную выгоду.

Это означает, что сторона может потребовать от другой стороны представить доказательства в отношении конкретных фактов, даже те, которые могут быть использованы против ее позиции по делу.

При этом раскрываемая информация не обязательно должна быть допустимой в качестве доказательства, достаточно того, чтобы она могла быть полезной для обнаружения допустимого доказательства. Последнее означает, что ведется поиск не только относимых доказательств, но и такой информации, которая способна вывести на относимое к делу доказательство.

В рамках *discovery* можно получить устные показания как любой стороны процесса, так и свидетеля (*depositions*); потребовать

от стороны процесса пройти медицинское, в том числе психологическое освидетельствование; представить письменные ответы на вопросы¹, представить вещественные или письменные доказательства², потребовать подтвердить или опровергнуть существование факта или подлинность документа.

Все эти операции осуществляются самими сторонами, точнее их юристами, без участия суда. Для засвидетельствования письменных или устных показаний привлекается только лицо, имеющее соответствующие полномочия (в правилах оно называется officer). При отказе от добровольного раскрытия оно производится на основании ходатайства с санкции суда, который сначала заслушивает и разрешает любые возражения запрашиваемой стороны.

При этом, если суд не постановит иное, стороны могут оговорить, что: показания могут быть получены перед любым лицом, в любое время и в любом месте, по любому уведомлению и указанным способом; другие процедуры, регулирующие или ограничивающие раскрытие информации, могут быть изменены сторонами.

¹ Интересно правило 33, касающееся письменных опросников, на которые другая сторона обязана дать ответ. В п. d ч. 6 правила указано: если ответ на вопрос может быть определен путем изучения, аудита, компиляции, реферирования или обобщения деловых записей стороны (включая информацию, хранящуюся в электронном виде), и если бремя получения или подтверждения ответа будет по существу одинаковым для любой из сторон, отвечающая сторона может ответить следующим образом: (1) указание записей, которые должны быть просмотрены, достаточно подробно, чтобы запрашивающая сторона могла найти и идентифицировать их так же легко, как это могла бы сделать отвечающая сторона; и (2) предоставление запрашивающей стороне разумной возможности изучать и проверять записи, а также делать копии, компиляции, выписки или резюме.

² Правило 34, в том числе предусматривает не только обязанность представить вещи или письменные доказательства, но возможность дать разрешение запрашивающей стороне на вход на указанную территорию или другую собственность, находящуюся во владении или под контролем отвечающей стороны, с тем чтобы запрашивающая сторона могла осмотреть, измерить, обследовать, сфотографировать, испытать или взять образцы собственности или любого указанного объекта или совершить операции на нем.