

**Володимир Іванович НАГНИБІДА,**

кандидат юридичних наук, доцент,
старший науковий співробітник лабораторії адаптації
законодавства України до права Європейського Союзу
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України (м. Хмельницький),
v.nagnybida@gmail.com

УДК 341.63

**ВИЗНАЧЕННЯ ЗДАТНОСТІ УЧАСНИКІВ
МІЖНАРОДНИХ КОМЕРЦІЙНИХ ВІДНОСИН
ДО УКЛАДЕННЯ АРБІТРАЖНОЇ УГОДИ**

Досліджено здатність особи до укладення арбітражної угоди (capacity to arbitrate). Проаналізовано чинні норми міжнародних актів, якими врегульовується порядок визначення права, застосовуваного до встановлення здатності особи до укладення арбітражної угоди, а також положення українського законодавства, зокрема, ст.ст. II, V(1)(a) Нью-Йоркської конвенції 1958 р., Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р. (ст. IX (1) (a)), Типовий закон ЮНСІ-ТРАЛ 1985 р. (ст. 34 (2) (a) (i) і ст. 36 (1) (a) (i)) та Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» (абз. 1 п. 1 ч. 2 ст. 34 та абз. 1 п. 1 ч. 1 ст. 36). Зроблено висновок, що термін «incapacity», який використовується у вищезазначених актах, слід тлумачити як такий, що позначає фактичну та юридичну неспроможність особи від свого імені вступати у правові відносини та своїми діями створювати юридичні наслідки й у встановлених законом (договором) випадках нести тягар відповідальності. На основі законодавства та доктрини встановлено, що відзначена здатність походить від загальної цивільної правочиноздатності особи. За загальним правилом, особа, здатна до вчинення



цивільно-правових правочинів, здатна й до укладення арбітражних угод.

Також доведено, що здатність особи до укладення арбітражної угоди (*capacity to arbitrate*) охоплює можливість укладення будь-яких видів таких угод, як у формі арбітражного застереження (*arbitration clause*), окремої арбітражної угоди (*submission agreement*), так і арбітражної угоди, застосовуваної на підставі відсилочних положень контракту (*arbitration agreement, incorporated by reference*). Наголошено, що сторонами арбітражних угод можуть бути як фізичні, так і юридичні особи, а також публічні утворення (держави і їх органи, інші територіальні утворення з правом вчинення правочинів від власного імені). Встановлено, що здатність особи до укладення арбітражної угоди визначається на основі права, застосовуваного до сторін (*under the law applicable to them*). Таким правом зазвичай є право, за яким визначається правоздатність та дієздатність таких учасників арбітражної угоди, яке, як відомо, визначається відповідно до колізійних норм відповідної країни, резидентом якої вважається сторона, щодо якої оцінюється її здатність бути учасником арбітражної угоди. На основі аналізу правозастосовної практики встановлено, що на сьогодні встановлення права, яке застосовується до здатності сторони бути стороною контракту, в тому числі арбітражної угоди, і вважається пов'язаною її положеннями, може визначатися двома способами: 1) на основі прямого методу шляхом застосування колізійних норм права, застосовуваного до сторони (*capacity method*); 2) на основі непрямого методу шляхом встановлення наміру такої сторони угоди вважати себе зобов'язаною в контексті застосування права, обраного сторонами (або визначеного судом чи складом арбітражу) як право, застосовуване до контракту (*validity method*).

Ключові слова: арбітраж, здатність до укладення арбітражної угоди, правоздатність, дієздатність, правочиноздатність, правозастосування, застосовуване право, колізійна норма.

Як відомо, основною передумовою розгляду і вирішення спору в порядку міжнародного комерційного арбітражу є наявність дійсної, чинної та виконуваної арбітражної угоди. Відповідно до ст. II Нью-Йоркської конвенції 1958 р. [1] держави-учасниці цієї конвенції визнають письмові угоди, укладені як у формі арбітражного застереження в договорі, так і у формі арбітражної угоди окремо від основного договору чи шляхом обміну листами щодо передачі спорів, які вже виникли між ними, чи майбутніх спорів у зв'язку з договірними чи іншими відносинами. Наявність арбітражної угоди є підставою для передачі спору на вирішення арбітражу, щодо якого сторони домовились у



такій угоді. Суд держави-учасниці конвенції в разі, коли до нього надходить позов у спорі, щодо якого сторони уклали арбітражне застереження, повинен на прохання однієї зі сторін направити сторони в арбітраж, якщо не встановить, що таке арбітражне застереження є недійсне, втратило чинність чи не може бути виконане (ст. II (3) Конвенції). Таким чином, від дійсності, чинності та виконаності арбітражного застереження залежить можливість реалізації його положень, формування компетенції міжнародного комерційного арбітражу щодо вирішення спору та, зрештою, виконання прийнятого рішення.

Метою статті є встановлення сутності здатності учасників міжнародних комерційних відносин до укладення арбітражних угод та правил визначення права, застосовуваного до правової оцінки такої здатності.

Пункт «а» ч. 1 ст. V Нью-Йоркської конвенції 1958 р. передбачає як одну з підстав для відмови у визнанні та виконанні іноземного арбітражного рішення наявність **дефекту правоздатності сторін арбітражної угоди відповідно до застосовуваного до них права** або недійсність угоди згідно з правом, якому сторони таку угоду підпорядкували (у разі відсутності такого — за правом країни, місця постановлення арбітражного рішення). У випадку встановлення вказаних обставин у визнанні та виконанні арбітражного рішення може бути відмовлено на прохання сторони, проти якої таке рішення постановлене.

Розглядаючи **дефект правоздатності** сторін арбітражної угоди відповідно до застосовуваного до них права як підставу для відмови у визнанні та виконанні іноземного арбітражного рішення, слід відзначити, що здатність сторін до укладення арбітражних угод (*capacity to arbitrate*) є важливою умовою дійсності арбітражних угод. Відзначена дійсність арбітражної угоди, у свою чергу, є однією з умов дійсності арбітражного рішення, постановленого на основі такої угоди та можливості приведення його в подальшому до виконання. Тому встановлення сутності дефекту правоздатності та механізму визначення права, на підставі якого встановлюється або визначається згаданий дефект, є важливою передумовою правозастосування.

Термін «дефект правоздатності» (англ. — «*incapacity*») вперше з'явився в арбітражному праві в Женевській конвенції про виконання іноземних арбітражних рішень 1927 р. [2]. Так, ст. 2 (1) (b) передбачала, що у визнанні та виконанні арбітражного рішення повинно бути відмовлено, якщо суд встановить, що сторона (проти якої спрямоване рішення, — *B. H.*), будучи неправоздатною (*being under legal incapacity*), не була належним чином представлена. Вказане положення, як правильно зазначає Г. Борн, було спрямоване на обмеження неналежного представника в арбітражному процесі [3, с. 231]. Разом з тим майже в незмінній редакції це формулювання було відображено в усіх проектах Нью-Йоркської конвенції 1958 р. і лише під час останнього обговорення було вирішено розширити зміст цього положення. Таке рішення було ініційоване норвезьким делегатом, який відзначив, що вказана редакція Женевської конвенції 1927 р. розрахована на ви-



падки, які на практиці дуже рідко трапляються [4, с. 3; 5, с. 9], а тому їй недоречно залишати в такому вигляді. За пропозицією представника з Данії було запропоновано розширити захист, заснований на неправоздатності сторони (*party incapacity*) [5]. Таким чином, положення Нью-Йоркської конвенції 1958 р., а саме ст. V (1) (a) було доповнено положеннями, які на сьогодні складають правову основу захисту сторони, проти якої спрямоване рішення. Відповідно до вказаної норми «у визнанні та виконанні арбітражного рішення може бути відмовлено на прохання сторони, проти якої воно спрямоване, тільки якщо така сторона надасть компетентному органу в місці, де запитується визнання і приведення до виконання, докази того, що: (a) сторони угоди, вказаної у статті II, **були відповідно до застосовуваного до них права тією чи іншою мірою неправоздатні**¹ або ця угода недійсна відповідно до права, якому сторони цю угоду підпорядкували, а за відсутності такої вказівки відповідно до права країни, де рішення було винесене ...» (переклад мій, — В. Н.).

Фактично вказане положення в частині «дефекту правоздатності» доповнює та розширює зміст принципів дійсності, чинності та виконаності арбітражної угоди, передбачених ст. II Нью-Йоркської конвенції 1958 р. Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р. (ст. IX (1) (a)) [6] та Типовий закон ЮНСІТРАЛ 1985 р. (ст. 34 (2) (a) (i) і ст. 36 (1) (a) (i)) [7], який покладено в основу національного арбітражного законодавства у більш, ніж 50 країнах, також сприйняли вказані положення як підставу для скасування арбітражних рішень та/або відмови у їх визнанні та приведенні до виконання. Не винятком у цьому аспекті є Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж», зокрема абз. 1 п. 1 ч. 2 ст. 34 та абз. 1 п. 1 ч. 1 ст. 36 [8], які містять положення, аналогічні тим, що передбачені відповідними статтями Типового закону ЮНСІТРАЛ 1985 р.

Знаходимо концепцію «*incapacity*» сторони арбітражної угоди також і в законодавстві країн, арбітражне право яких не засновується на Типовому законі ЮНСІТРАЛ 1985 р.: Арбітражному акті Англії та Уельсу (ст. 103 (2)(a) [9], Цивільному процесуальному кодексі Італії (ст.ст. 809, 840) [10], Арбітражному акті Швеції (ст. 54 (1)) [11] тощо.

Термін «*incapacity*» або «*lack of capacity*» в теорії права розуміється як «нестача фізичних (*physical capabilities*) чи розумових (*mental capabilities*) здібностей, а також брак здатності створювати певні правові наслідки за результатами дій або просто як неспроможність особи (*disability*)» [12, с. 828]. Сама Нью-Йоркська конвенція 1958 р. та підготовчі матеріали, на жаль, не містять визначення цього терміна. У спеціалізованих працях з арбітражу «*incapacity*» визначається як термін з протилежним змістом до терміна «*capacity*» (англ. — можливість, здатність, правоздатність). Автори однієї з найбільш відомих та фундаментальних праць з міжнародного комерційного арбітражу визначають «*capacity*» як юридичну здатність особи діяти і вступати у пра-

¹ Anzorena S. I. The Incapacity Defence under the New York Convention (цит. за [14, р. 615, 621]).



вочини від власного імені та у своїх інтересах [13, с. 242]. Відповідно «*incapacity*» означає неспроможність особи вступати у правовідносини та створювати юридично значимі наслідки, в тому числі бути стороною арбітражної угоди і виступати від власного імені та у своїх інтересах².

Переклад терміна «*incapacity*» в офіційному тексті Нью-Йоркської конвенції 1958 р. російською мовою здійснено як «мера недееспособности» [15]. Неодноразово відзначалось, що такий переклад є не зовсім точним, оскільки дещо обмежено відтворює значення англійського «*incapacity*», особливо коли йдеться про юридичних осіб, стосовно яких у західній юридичній літературі зазвичай використовується термін «правоздатність» [16, с. 231]. Беручи до уваги, що «*incapacity*» охоплює як фізичну та/або ментальну (розумову) неспроможність особи, так і юридичну неспроможність, вбачається, що така критика не позбавлена сенсу. Слід відмітити, що російський переклад Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р., буквально дослівно відтворюючи у ст. IX (1) (a) зміст ст. V (1) (a) Нью-Йоркської конвенції 1958 р., а також російський переклад Типового закону ЮНСІТРАЛ 1985 р., також оперують терміном «недіездатність». Разом з тим ст. VI (2) Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 р. в англійському тексті оперує терміном «*capacity of the parties*», який у російськомовному тексті переведено як «правоздатність», що, на наш погляд, є більш точним та відповідає природі відносин, учасниками яких можуть бути як фізичні, так і юридичні особи, в т. ч. держава та інші утворення, які можуть самостійно набувати прав та обов'язків, здійснювати і виконувати їх від свого імені та нести відповідальність та порушення.

Таким чином, для потреб правозастосування, термін «*incapacity*», що використовується у вищеназваних актах, слід тлумачити як такий, що позначає **фактичну та юридичну неспроможність особи від свого імені вступати у правові відносини та своїми діями створювати юридичні наслідки й у встановлених законом (договором) випадках нести тягар відповідальності**.

У контексті арбітражного процесу така здатність означає можливість особи бути стороною арбітражної угоди, виконувати її та відповідати за наслідки укладеної угоди (*capacity to arbitrate*). Відзначена здатність походить від загальної цивільної правочиноздатності особи. За загальним правилом, особа, здатна до вчинення цивільно-правових правочинів, здатна й до укладення арбітражних угод. У низці законодавств таке положення закріплене в окремій нормі. Наприклад, ст. 1676 (2) Судового кодексу Бельгії [17], ст. 809 (3) ЦПК Італії [10] передбачають, що здатність бути стороною контракту включає здатність укласти арбітражну угоду.

² Генеральна Асамблея ООН у своїх резолюціях неодноразово пікреслювала значимість арбітражу як способу вирішення саме комерційних спорів. Зокрема, Генеральна Асамблея «визнає цінність арбітражу як методу врегулювання спорів, які виникають в контексті міжнародних **комерційних** відносин (курсив мій — В. Н.) ...» [7; 22; 23].



Арбітражна угода, будучи одним із видів правочинів, підпорядкована загальним умовам дійсності правочинів, а тому, як і при вчиненні будь-якого іншого правочину, дефект правочиноздатності особи загалом тягне за собою відповідні правові наслідки для вчинених такою особою правочинів — їх недійсність (*null and void*), що в контексті укладеної арбітражної угоди є підставою для її скасування та скасування арбітражного рішення, постановленого на її основі чи для відмови у визнанні та приведенні до виконання такого рішення. Вказані наслідки кореспондуються із положеннями ст. II (3) Нью-Йоркської конвенції 1958 р., а також ст. 8 (1) Типового закону ЮНСІТРАЛ.

Здатність особи до укладення арбітражної угоди (*capacity to arbitrate*) охоплює можливість укладення будь-яких видів таких угод, як у формі арбітражного застереження (*arbitration clause*), окремої арбітражної угоди (*submission agreement*), так і арбітражної угоди, застосовуваної на підставі відсилочних положень контракту (*arbitration agreement, incorporated by reference*). При цьому, така здатність може реалізовуватись стороною угоди самостійно або через належним чином уповноваженого представника. Як правильно відзначається здатність до укладення арбітражної угоди означає право сторони укласти арбітражну угоду або безпосередньо, або через посередництво третьої особи, незалежно від того, чи це фізична особа, чи юридична [18, с. 235]. В обох випадках як сама особа, так і представник повинні володіти здатністю до вчинення правочинів, у тому числі укладення арбітражних угод.

Чинні міжнародні акти загалом не обмежують склад учасників арбітражних угод. Аналіз положень Нью-Йоркської конвенції 1958 р., Європейської конвенції 1961 р., інших актів, а також спеціальних праць [19, с. 42; 20, с. 41–46; 21, с. 145], присвячених міжнародному комерційному арбітражу, дозволяють зробити висновок, що суб'єктний склад сторін арбітражної угоди не обмежується лише юридичними особами, а стороною арбітражної угоди можуть бути й фізичні особи (ст. 1 (1) Конвенції 1958 р., ст. 1 (1) (a) Європейської конвенції 1961 р.), а також публічні утворення (держави і їх органи, інші територіальні утворення з правом вчинення правочинів від власного імені).

В Україні, яка є учасником обох названих конвенцій, питання щодо участі фізичних осіб та держави як суб'єктів арбітражної угоди, вирішується на підставі абз. 2 ч. 1 ст. 1 Закону, де вказується, що до міжнародного комерційного арбітражу можуть передаватися не лише спори де стороною є «комерційні підприємства» (абз. 1 ч. 1 ст. 1 Закону) або «підприємства з іноземними інвестиціями», або «міжнародні об'єднання та організації» (абз. 2 ч. 1 ст. 1 Закону), але й спори названих суб'єктів «з іншими суб'єктами права України». Таким чином, Україна в цьому відношенні займає проарбітражну позицію, надаючи можливість різним учасникам цивільного обороту використовувати арбітраж як спосіб вирішення їх комерційних спорів. Єдине застереження в цьому питанні слід зробити щодо фізичних осіб. Спори, щодо вирішення яких укладена така угода, повинні мати комерційний ха-



рактер і відповідно витікати з комерційної діяльності такої фізичної особи. Тому, коли йдеться про фізичних осіб як учасників міжнародних комерційних відносин передусім і переважно йдеться про фізичних осіб, які провадять комерційну діяльність як підприємці (фізичні особи-підприємці).

Враховуючи, що сторонами арбітражних угод можуть бути як фізичні, так і юридичні особи, а також публічні утворення (держави і їх органи, інші територіальні утворення з правом вчинення правочинів від власного імені) виникає питання щодо особливостей визначення здатності до укладення арбітражних угод різних за статусом учасників цивільного обороту. Як зазначалось вище, така здатність визначається на основі права, застосовуваного до сторін (*under the law applicable to them*) (ст. V (1) (a) Нью-Йоркської конвенції 1958 р., ст. IX (1) (a) Європейської конвенції 1961 р. та ст. 34 (2) (a) (i) і ст. 36 (1) (a) (i) Типового закону ЮНСІТРАЛ 1985 р. Залежно від того, чи йдеться про фізичну особу, чи про юридичну особу, або, особливо, державу, право відповідної країни, яке застосовується до таких учасників арбітражних угод, містить спеціальні правила, за якими визначається здатність таких суб'єктів до укладення арбітражних угод. Таким правом, зазвичай є право, за яким визначається правоздатність та дієздатність таких учасників арбітражної угоди, яке, як відомо, визначається відповідно до колізійних норм відповідної країни, резидентом якої вважається сторона, щодо якої оцінюється її здатність бути учасником арбітражної угоди.

Слід відмітити, що на визначення права, застосовуваного до сторін арбітражної угоди, не впливає вибір сторін права, застосовуваного до контракту. Навіть у випадку, якщо сторони прямо вказали, що до контракту буде застосоване право відповідної країни, здатність особи до укладення арбітражної угоди та контракту загалом, буде оцінюватись на основі колізійних норм такої сторони. До такого висновку прийшов також апеляційний суд округу СВЕА (*Svea Court of Appeal*) у справі *State of Ukraine v Norsk Hydro ASA* [24]. Зокрема шведський суд встановив, що, не дивлячись на те, що сторони обрали до контракту застосовуваним правом — право Швеції, це не перешкоджає суду здійснювати оцінку здатності сторін бути учасниками арбітражної угоди на основі права, яке застосовується до таких сторін, яким є відповідно право України та право Норвегії. На основі цього суд, застосовуючи положення українського права, оцінював здатність представників української сторони, які підписали контракт, у якому міститься арбітражна угода, до укладення дійсної арбітражної угоди та контракту загалом. Аналогічний висновок було зроблено Верховним судом Великобританії у справі *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co v Ministry of Religious Affairs* [25]. Щоправда, потрібно відмітити, що висновки британського суду засновуються на принципово іншій аргументації, ніж шведського апеляційного суду округу СВЕА.

Шведський апеляційний суд округу СВЕА, оцінюючи дійсність арбітражної угоди, виходив з того, чи мали право підписанти такої уго-



ди (два працівники Фонду державного майна України) власне підписувати цю угоду від імені української сторони. Враховуючи, що арбітражне рішення було постановлене на основі шведського процесуального права, який не містить правила про недійсність арбітражних угод, укладених з порушенням вимог щодо правоздатності її сторін, шведський суд виходив з того, що правову оцінку здатності української сторони до укладення арбітражної угоди та контракту загалом, слід здійснювати на основі українського права — права, що застосовується до сторони. Така позиція шведського суду заснована на тому, що правило про необхідність застосування в цій ситуації права, застосовуваного до сторони, міститься у Нью-Йоркській конвенції 1958 р. та Типовому законі ЮНСІТРАЛ 1985 р., а тому не надати оцінки здатності сторін до укладення арбітражної угоди саме з позиції права, застосовуваного до сторін, а не права, обраного сторонами до контракту, означало б поставити під сумнів можливість приведення до виконання постановленого рішення у країні місця виконання. Беручи до уваги, що приведення до виконання арбітражного рішення здійснюється на основі Нью-Йоркської конвенції 1958 р., яка ратифікована як Україною (країна відповідача), так і Норвегією (країна позивача), застосування ст. V (1) (a) цієї конвенції унеможливило б виконання постановленого рішення.

Таким чином, шведський суд, засновуючись на класичних принципах міжнародного приватного права та положеннях Нью-Йоркської конвенції 1958 р. і надаючи оцінку здатності сторони пов'язувати себе та сторону, від імені якої вона діє арбітражною угодою, виходив з «права такої сторони». Який саме колізійний принцип «права сторони арбітражної угоди» повинен застосовуватись, слід встановлювати у кожному конкретному випадку на основі норм міжнародного приватного права відповідної країни. Як правильно відзначає Дж. Кордеро Мосс з цього приводу, не існує загальновизнаних норм [26, с. 630].

У випадку зі справою *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co v Ministry of Religious Affairs* [27] Верховний суд Великобританії так само, встановлюючи здатність сторони (уряду Пакистану) до укладення арбітражної угоди, засновувався на оцінці дійсності арбітражної угоди відповідно до права, яке застосовується до такої угоди. При цьому норми права Пакистану, які стосуються правоздатності, було взято до уваги як критерій, що дозволяє встановити намір сторони бути пов'язаною арбітражною угодою, що, у свою чергу, підтверджує дійсність арбітражної угоди відповідно до права, яке застосовується до такої угоди [26, с. 624–625, 629]. Фактично Верховний суд Великобританії відійшов від правил, встановлених у Нью-Йоркській конвенції 1958 р., і застосував принцип автономії сторін. Оскільки у цій справі сторони не здійснили явного вибору права, що застосовується до арбітражної угоди, а право, обране сторонами до контракту, не може братись судом до уваги для оцінки дійсності арбітражної угоди, суд на основі права контракту здійснив оцінку здатності сторін до укладення такого контракту та арбітражної угоди з точки зору наміру сторо-



ни вважати себе пов'язаною таким контрактом та створення правових наслідків, що є елементом механізму укладення контракту та свідчить про здійснення волевиявлення.

Таким чином, підхід продемонстрований Верховним судом Великобританії, замість прямого правозастосування колізійних норм, вимагає застосування низки кроків:

1) встановлення права, застосовуваного до арбітражної угоди (чи це право, обране сторонами, чи право місця арбітражу);

2) виявлення критерію, на основі якого це право визначає дійсність такої угоди (чи дозволяє право сторони встановити її намір вважати себе зобов'язаною);

3) встановлення впливу права сторони на тлумачення наміру сторони вважати себе зобов'язаною за угодою (при цьому імперативний характер норм (*у випадку, що аналізується, це положення Конституції Пакистану, — В. Н.*) не має визначального значення [26, с. 629].

При цьому суд посилався на аналогічні справи, у яких питання правоздатності сторін та встановлення їх наміру вважати себе пов'язаними арбітражною угодою вирішувалось на підставі права, застосовуваного до контракту [27; 28; 29].

З огляду на сказане, слід зробити висновок, що на сьогодні встановлення права, яке застосовується до здатності сторони бути стороною контракту, в тому числі арбітражної угоди, і вважатись пов'язаною її положеннями, може визначатись двома способами:

1) на основі **прямого методу** шляхом застосування колізійних норм права, застосовуваного до сторони (*capacity method*);

2) на основі **непрямого методу** шляхом встановлення наміру такої сторони угоди вважати себе зобов'язаною в контексті застосування права, обраного сторонами (або визначеного судом чи складом арбітражу), як право, застосовуване до контракту (*validity method*).

В останньому випадку право, застосовуване до сторони, є своєрідним тлом, оцінюючи яке, суд (склад арбітражу) встановлює намір сторони вважати себе пов'язаною арбітражною угодою. Однак положення цього права не мають визначального впливу, оскільки питання здатності сторони до укладення арбітражної угоди оцінюються судом чи складом арбітражу переважно через призму права, застосовуваного до контракту як питання одного з елементів контракту — волевиявлення, наявність чи відсутність якого лежить в основі дійсності контракту.

Обидва методи є досить поширеними на практиці й мають своїм наслідком один і той самий результат — скасування арбітражного рішення або відмову у визнанні та приведенні до виконання. Прямий метод характерний країнам цивільного права (Швеція, Швейцарія, Австрія, Німеччина, Італія, Україна тощо). Натомість непрямий використовується країнами загального права (Великобританія, США).

**Список використаних джерел**

1. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done in New York, 10 June 1958. *United Nations Commission on International Trade Law*. URL : <https://goo.gl/hLXoqg>.
2. Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards, done in Geneva, 26 September 1927. *United Nations Organisation*. URL : <https://goo.gl/9jRfYR>.
3. *Born G. International Commercial Arbitration: International and USA Spectscopy and Materials*. Kluwer Law International, 2001. 1149 p.
4. Text of the Convention as provisionally approved by the Drafting Committee on 6 June 1958, E/CONF.26/L.61. *United Nations Organisation. Travaux preparatoires*. URL : <https://goo.gl/gyecgb>.
5. Travaux preparatoires, United Nations Conference on International Commercial Arbitration, Summary Records of the Seventeenth Meeting, E/CONF.26/SR.17. *United Nations Organisation. Travaux preparatoires*. URL : <https://goo.gl/83SR53>.
6. European Convention on International Commercial Arbitration, done in Geneva, 21 April 1961. *United Nations Treaty Collection*. URL : <https://goo.gl/zJJHSC>.
7. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration as adopted on 21 June 1985 (amended 2006) *United Nations Commission on International Trade Law*. URL : <https://goo.gl/jxs6Nm>.
8. Про міжнародний комерційний арбітраж : Закон України від 24.02.1994 р. № 4002-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 25. Ст. 198.
9. Arbitration Act 1996. *Legislation.gov.uk*. URL : <https://goo.gl/nHze1w>.
10. Italian Code of Civil Procedure as of 28 October 1940. National and International Chamber of Arbitration of Milan. URL : <https://goo.gl/wGA6r8>.
11. The Swedish Arbitration Act as of 1st April 1999. *Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut*. URL : <https://goo.gl/wPEH4M>.
12. Black's Law Dictionary [9 edition (June 25, 2009)] West, 2009. 1920 p.
13. Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Gaillard E. / Savage J. (eds.). Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999. pp. xxxvii, 1280.
14. Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice Gaillard, Emmanuel, and Domenico Di Pietro. Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention 1958 in Practice. London : Cameron May, 2007. 988 p.
15. Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, Нью-Йорк, 1958 г. *Комиссия ООН по праву международной торговли*. URL : <https://goo.gl/D2PUxi>.
16. *Караськов Б. П.* Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. 3-е изд. М. : Статут, 2008. 606 с.
17. Belgian Judicial Code, in force as from September 1, 2013 (as amended on December 25, 2016). *CEPANI*. URL : <https://goo.gl/noHPu9>.
18. *Sanders P.* Arbitration in Settlement of International Commercial Disputes Involving the Far East and Arbitration in Combined Transportation, (Inte-



- rim Meeting — Tokyo, 1988). ICCA Congress Series. 1989. No. 4. Springer: Netherlands, 1989. 438 p.
19. *Захарченко Т. Г.* Арбітражна угода як правова основа передачі спору на розгляд у міжнародний комерційний арбітраж. *Міжнародний комерційний арбітраж в Україні. Теорія та законодавство* / за заг. ред. І. Г. Побірченка. К. : Ін Юре, 2007. С. 30–45.
 20. *Мальський М. М.* Арбітражна угода: теоретичні та практичні аспекти. Львів : Літопис, 2013. 374 с.
 21. *Redfern A., Hunter M.* Law and Practice of International Commercial Arbitration. 4-th ed. Sweet and Maxwell Limited, 2004. 659 p.
 22. Резолюція 40/72 Генеральної Ассамблеї ООН от 11.11.1985 г. *Организация Объединенных Наций*. URL : <https://goo.gl/BaviCm>.
 23. Резолюція 61/33 Генеральної Ассамблеї ООН от 04.12.2006 г. *Организация Объединенных Наций*. URL : <https://goo.gl/mf1P1G>.
 24. Judgement of the Svea Court of Appeal, dated 17 December 2007, Case No. T 3108-06 «State of Ukraine v Norsk Hydro ASA». *Svea Court of Appeal*. URL : <https://goo.gl/vw1UWB>.
 25. Judgement of the Supreme Court of the United Kingdom, dated 3 November 2010 in the case «Dallah Real Estate & Tourism Holding Co v Ministry of Religious Affairs». *Supreme Court of the United Kingdom*. URL : <https://goo.gl/dPJfMv>.
 26. *Cordero Moss G.* Legal capacity, Arbitration and Private International Law. *Convergence and Divergence in Private International Law* / ed. by K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides. Liber Amicorum Kurt Siehr. Utrecht: Eleven International Publishing, 2010. P. 619–635.
 27. Decision of the England and Wales Court of Appeal (Civil Division) case No. A3/2001/1029, dated 18 April, 2002. *ArbitrationLaw.com*. URL : <https://goo.gl/UPB6ho>.
 28. *Dardana Ltd v Yukos Oil Co* Opinion of the United States Court of Appeals, Second Circuit in the case No. 02-9383, dated 26 June, 2003 «Sarhank Group v Oracle Corp». *Thomson Reuters*. URL : <https://goo.gl/NvpedZ>.
 29. Opinion of the United States Court of Appeals, Third Circuit in the case No. 02-2897, 02-3542, dated 26 June, 2003 «China Minmetals Materials Import and Export Co., Ltd. v. Chi Mei Corporation». *Thomson Reuters*. URL : <https://goo.gl/gSyoAs>.

Надійшла до редакції 20.05.2018



Nahnybida, V. I. Establishment of a Capacity of the Subjects of International Commercial Relations to Enter into Arbitration Agreement

The ability of persons to conclude the arbitration agreement (capacity to arbitrate) is investigated. Current norms of international acts that regulate the procedure for determining the law applicable to the establishment of the ability of a person to the conclusion of the arbitration agreement, as well as provisions of Ukrainian legislation are analyzed. In particular, articles II, V(1)(a) of the New York Convention 1958, European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 (article IX (1) (a)), the UNCITRAL Model Law of 1985 (article 34 (2) (a) (i) and article 36 (1) (a) (i)) and the Law of Ukraine «On International Commercial Arbitration» (par. 1 clause of part 2 of article 34 and par. 1 clause 1 of part 1 of article 36). It is concluded that the term «incapacity» that is used in the above-mentioned acts should be interpreted as that defining the de facto and de jure failure of a person to enter into legal relations on his/her behalf and create legal consequences by their actions and in the cases established by law (contract) bear the burden of responsibility. On the basis of law and doctrine, it is established that the defined ability comes from the general civil capacity of the person. According to the general rule, the person is able to commit civil transactions, able to conclude arbitration agreements as well.

It is also proved that the capacity to conclude the arbitration agreement (capacity to arbitrate) covers the possibility of concluding any such agreements as a form of arbitration clause, a separate arbitration agreement (submission agreement) and the arbitration agreement applied on the basis of the reference provisions of the contract (arbitration agreement, incorporated by reference). It is accentuated that parties to arbitration agreements can be both physical and legal persons, public entities (states and their authorities and other territorial entities with the right to conduct transactions on their behalf). It is established that the capacity to conclude the arbitration agreement is determined on the basis of the law applicable to the parties (under the law applicable to them). Such right is usually the right which helps to determine the legal capacity or capability of such participants to the arbitration agreement, which is known to be determined in accordance with the conflict of laws rules of the respective country, the resident of which is considered the party whose ability to be a member of the arbitration agreement is assessed. Based on the analysis of law application practices it is established that at present, the establishment of law that applies to the ability of the party to be a contractual party, including the arbitration agreement and to be considered bound to its terms, may be determined by two ways: 1) based on the direct method by applying conflict of laws norms applicable to the parties (capacity method); 2) based on the indirect method establishing the intention of such parties of the agreement to be obliged in the context of the application of the law chosen by the parties (or as defined by the Court or the Arbitral Tribunal) as law, applicable to the contract (validity method).

Keywords: arbitration, ability to enter into arbitration agreement, legal capacity, application of law, applicable law, conflict rule.

