

ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ БЮДЖЕТНОЕ
ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ
ВЫСШЕГО ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО ОБРАЗОВАНИЯ
«НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
ТОМСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ»

**ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ
УКРЕПЛЕНИЯ
РОССИЙСКОЙ
ГОСУДАРСТВЕННОСТИ**

Часть 56



Издательство Томского университета
2013

шении спора сталкивается с отсутствием взаимосвязи в нормах законов, регулирующих сходные общественные отношения. Из определения «естественная монополия»¹ следует, что не любой оператор связи, оказывающий услуги общедоступной электросвязи, автоматически становится субъектом естественной монополии, следовательно, не всегда его деятельность подпадает под действие Федерального закона «О защите конкуренции». Таким образом, факт наличия доминирующего положения на рынке услуг общедоступной электросвязи необходимо устанавливать в каждом конкретном случае.

ПУБЛИЧНЫЙ ПОРЯДОК КАК КАТЕГОРИЯ НАЦИОНАЛЬНОГО ГРАЖДАНСКОГО И МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Е.Н. Афанасьева

Понятие *ordre public* впервые было использовано в ст. 10 Декларации прав человека и гражданина 1789 г.: «Никто не должен быть притесняем за свои взгляды, даже религиозные, при условии, что их выражение не нарушает общественный порядок, установленный законом». Большой вклад в развитие этого института внес немецкий ученый Ф.К. Савиньи, издавший известный труд «Система»². По его мнению, все независимые государства образуют одно международное сообщество и вследствие этого обязаны допускать иностранные

тории Российской Федерации не менее чем двадцатью пятью процентами монтированной емкости либо имеет возможность осуществлять пропуск не менее чем двадцати пяти процентов трафика.

¹ В силу ст. 3 Закона «О естественных монополиях» под естественной монополией понимается такое состояние товарного рынка, при котором удовлетворение спроса на этом рынке эффективнее в отсутствие конкуренции в силу технологических особенностей производства (в связи с существенным понижением издержек производства на единицу товара по мере увеличения объема производства), а товары, производимые субъектами естественной монополии, не могут быть заменены в потреблении другими товарами, в связи с чем спрос на данном товарном рынке на товары, производимые субъектами естественных монополий, в меньшей степени зависит от изменения цены на этот товар, чем спрос на другие виды товаров. Субъектом естественной монополии может быть признан хозяйствующий субъект, занятый производством товаров в условиях естественной монополии.

² *Savigny F.C. System des heutigen romischen Rechts. 1849. VIII. S. 26, 27, 32–38* в изложении: *Juenger F. American and European Conflict Law // The American Journal of Comparative Law. 1982. Vol. 30.*

законы в число источников права. В то же время ряд местных законов имеют особую природу, поэтому подлежат применению, независимо от того, имеются ли основания для применения иностранного права – эти законы и стали называть законами публичного порядка. Рассуждая на заданную тему, необходимо сделать оговорку о том, что в юридической литературе часто категорию «публичный порядок» рассматривают в двух плоскостях: внутренний публичный порядок (национальный, свой в каждом государстве) и международный публичный порядок¹. Так, еще в XIX в. швейцарский исследователь Броше говорил о необходимости проведения различия между применением законов публичного порядка в гражданском праве и применением этих законов в отношениях, осложненных иностранным элементом. В соответствии с выдвинутой им теорией, *ordre public* подразделяется на два вида: *ordre public interne* и *ordre public international*².

Французские ученые Батифо и Лагар также разграничивают внутренний публичный порядок, «формируемый законом», от которого договаривающиеся стороны не могут отступать, и интернациональный публичный порядок, не допускающий применения во Франции законов, противных ее публичному порядку³. Луссо и Боре видят публичный порядок как механизм контроля за применением иностранного права⁴. Четко разграничиваются две представленные категории в ГК Квебека 1991 г. (ст. 3081, ст. 3155(5)), ГК штата Луизиана (ст. 7 27, ст. 3520, ст. 3538 и ст. 3540), в законе Великобритании «О выборе права» 1990 г.⁵ Разграничение между двумя обозначенными видами *ordre public* провел и русский цивилист М.И. Брун, который, анализируя положения ГК Франции, указывал: «...не следует (ст. 6) восполнять 3 статью (ФГК): те границы, которые закон ставит индивидуальной свободе, обязывая субъектов права подчиняться неоспоримой воле законодателя, не имеют ничего общего с теми грани-

¹ Об этом писали: *Вербар К.* Определение публичного порядка во внутреннем праве России через французское право // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2001. № 1. С. 268; *Тарасов И.* Основополагающие принципы российского права и публичный порядок: проблемы разграничения // Арбитражный и гражданский процесс. 2007. № 10., 11.

² *Brocher.* Cours de droit International prive. 1882. I. P. 23.

³ *Batiffol H., Lagarde P.* Traite de droit international prive. 8 ed. T. 1. Paris, 1993. Para. 363. P. 584–585.

⁴ *Loussouarn and Bourel.* 4 Ed., 1993. Para. 254. P. 275.

⁵ *Tetley W.* International Conflict of Law. London, 1994. P. 109.

цами, которые ст. 3 § 1 проводит между суверенитетами»¹. Обращаясь к современной судебной практике, можно прийти к выводу о том, что практическая значимость проведенного Броше деления заключается в более мягком, льготном режиме для правоотношений, применительно к которым действует второй вариант публичного порядка (*ordre public international*). Кассационный суд Парижа назвал результат действия данного принципа «смягченным эффектом» – *effet attenué*, применяя его при признании и исполнении иностранных судебных и арбитражных решений². В сущности, этот принцип был воспринят судебной практикой большинства европейских государств. Так, Апелляционный суд Венеции, рассматривая возможность признания на территории Италии решения международного коммерческого арбитража *ad hoc*, не принял довод стороны о нарушении этим решением публичного порядка Италии.

Должник (*S.a.S. Filmo*) ссылаясь на то, что дело в арбитраже рассматривалось одним арбитром, назначенным истцом, что не соответствует *ordre public* страны признания. Однако суд не нашел нарушения международного публичного порядка, так как противоречие решения внутреннему *ordre public* не может служить основанием для отказа в его исполнении³. В одном из решений *Bundesgerichtshof* подчеркнул, что для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения недостаточно противоречия иностранной арбитражной процедуры немецким обязательным нормам. Требуется установить нарушение германского международного публичного порядка (*ordre public international*)⁴. Как видим, рассматриваемая категория задает немало вопросов правоприменителям, находить ответы на которые часто приходится путем теоретических изысканий. Хотя само признание такой категории, как публичный порядок, внедрение ее в законодательство, присоединение к Нью-Йоркской конвенции уже есть серьезный шаг, достойный уважения и одобрения.

¹ Брун М.И. Введение в международное частное право. Пг., 1915. С. 18

² Комментарий к решению Кассационного суда Парижа от 07.01.1964 // *Journal d'arbitrage international* (Clunet). 1964. P. 412.

³ Решение Апелляционного суда Венеции от 21.05.1976; *Pando S.A. Compania Naviera*. S.a.S. Filmo // 3 Year book Commercial Arbitration. 1978. P. 277–278.

⁴ Данное решение см.: 17 Year book Commercial Arbitration. 1992. P. 503–509.