

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ И УКРЕПЛЕНИЕ ИНТЕГРАЦИОННЫХ ПРОЦЕССОВ

Международная конференция
(18-19 октября 2018 года, г. Минск)

СБОРНИК МАТЕРИАЛОВ



МИНСК
ИЗДАТЕЛЬСТВО «ЧЕТЫРЕ ЧЕТВЕРТИ»
2019

УДК 341(1-67)(082)
ББК 67.412я43
М43

М43 **Международное** правосудие и укрепление интеграционных процессов : Междунар. конф. (18–19 окт. 2018 г., г. Минск) : сб. материалов / отв. ред. А. С. Бугаева, К. В. Энтин. — Минск : Четыре четверти, 2019. — 382 с.

ISBN 978-985-581-320-1.

Издание представляет собой сборник статей и выступлений на конференции, проведенной Судом Евразийского экономического союза, посвященной роли международных судебных органов в развитии интеграции, а также основным тенденциям развития права ЕАЭС.

Адресовано юристам, ученым и практикам, государственным служащим, преподавателям, студентам и аспирантам юридических вузов, а также всем тем, кто интересуется вопросами правового регулирования интеграционных процессов.

УДК 341(1-67)(082)
ББК 67.412я43

ISBN 978-985-581-320-1

© Суд ЕАЭС, 2019
© Оформление. ОДО «Издательство
“Четыре четверти”», 2019

В. Ю. СЛЕПАК,
*заместитель заведующего кафедрой
Интеграционного и европейского права
Московского государственного юридического университета
имени О. Е. Кутафина (МГЮА),
канд. юрид. наук*

ОГОВОРКА О НАЦИОНАЛЬНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ В ПРАВЕ И ПРАКТИКЕ ЕС И ЕАЭС¹

Оговорка о национальной безопасности как основание для изъятия ряда правоотношений из сферы действия правовых актов международных организаций региональной экономической интеграции является достаточно распространенным явлением и истоки ее находятся на универсальном уровне, в праве Всемирной торговой организации (ВТО).

Возможность отступать от установленных в ВТО правил торговли по соображениям национальной безопасности содержится в ст. XXI ГАТТ, ст. XIV. bis ГАТС и ст. 73 ТРИПС с одинаковым названием «Исключения, относящиеся к безопасности».

Перечень исключений, позволяющих государствам-участникам отступать от установленных ГАТТ, ГАТС и ТРИПС обязательств, одинаков для всех трех документов и сводятся к тому, что их положения нельзя толковать как:

1. возлагающее на Договаривающуюся Сторону обязанность предоставлять сведения, разглашение которых, по ее мнению, противоречило бы существенным интересам ее безопасности;

2. или препятствующее Договаривающейся Стороне принимать любые меры, которые она считает необходимыми для защиты существенных интересов своей безопасности:

а. относящихся к расщепляющимся материалам или к материалам, которые служат для их изготовления;

б. относящихся к торговле оружием, боеприпасами и военными материалами, предназначенными прямо или косвенно для обеспечения снабжения вооруженных сил;

с. применяемых в военное время или в случае серьезной международной напряженности;

3. или препятствующее Договаривающейся Стороне принимать меры во исполнение своих обязательств на основании Устава Организации Объединенных Наций для поддержания международного мира и международной безопасности².

¹При поддержке Программы Европейского Союза Эразмус + Модуль Жана Монне 587634-EPP-1-2017-1-RU EPPJMO-MODULE.

²Цитата по: ст. XXI ГАТТ.

Как справедливо отмечает А. О. Четвериков³, основаниями (мотивом) применения таких исключений могут выступать:

- 1) защита государственной, в том числе военной, тайны;
- 2) поддержание обороноспособности, в том числе военной промышленности государств;
- 3) предотвращение угрозы миру, нарушений мира и актов агрессии в порядке самообороны или во исполнение решений Совета Безопасности ООН (применение данных оснований осуществляется в контексте положений гл. VII Устава ООН «Действия в отношении угрозы миру, нарушений мира и актов агрессии»).

Основным недостатком данных положений об исключениях по соображениям безопасности является то, что они фактически изъяты из-под контроля органов ВТО и применяются государствами преимущественно самостоятельно. При этом каких-либо критериев, по которым ту или иную ситуацию можно расценивать как подпадающую под сферу действия ст. XXI ГАТТ, XIV.bis ГАТС или ст. 73 ТРИПС также в праве ВТО нет.

В настоящее время господствует подход, согласно которому ничто не может толковаться как препятствующее любой из договаривающихся сторон предпринимать меры, которые они сами сочтут необходимыми для защиты существенных интересов безопасности⁴. Эти меры «могут применяться в отношении расщепляемых материалов или материалов, из которых они производятся, торговли оружием, боеприпасами и военными материалами, а также в военное время или в других чрезвычайных обстоятельствах в международных отношениях. Последняя категория предлагает широкие возможности для установления привязки и интерпретации»⁵ и, к сожалению, «открывает возможности для злоупотреблений»⁶. Примерами такого широкого и, полагаем, не всегда добросовестного толкования могут служить: торговое эмбарго США против Кубы, введенное в 1962 году и действующее по сей день, санкции ЕС против Югославии в 1990-е годы. При этом члены ВТО преимущественно опираются на подход, согласно которому положения вышеуказанных статей «оставляют за каждой из договаривающихся сторон

³Четвериков, А. О. Национальная безопасность Российской Федерации и право Всемирной торговой организации / А. О. Четвериков // *Законы России: опыт, анализ, практика.* — 2013. — № 8. — С. 75–82.

⁴Panel Report, China — Raw Materials, para. 7.276.

⁵Giardina. The Economic Sanctions of the United States Against Iran and Libya and the GATT Security Exception, FS Seidl-Hohenveldern, 1998, 219ff; Hahn. Vital Interests and the Law of GATT, Michigan J Int'l L 12 (1991) 558ff; ders. Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie, 1996, 285ff; Kuilwijk. Castro's Cuba and the US Helms-Burton Act, JWT 31 (1997) N 3.

⁶Витцтум, В. Г. Международное право / В. Г. Витцтум. — М.-Берлин : Инфотропик-Медиа, 2011. — С. 684.

право самостоятельно решать, какие она считает необходимыми для защиты своих существенных интересов безопасности»⁷.

Положения, сходные по своим формулировкам с вышеприведенными нормами ВТО, содержатся и в праве Европейского Союза. Возможность исключения из сферы действия договоров по мотивам общественной безопасности предусмотрена в ст. 36, 45, 52 и 65 Договора о функционировании Европейского Союза (ДФЕС). Эти нормы касаются лишь исключений из свобод передвижения в рамках права внутреннего рынка. Как разъясняет судебная практика, меры, предпринимаемые государствами-членами на основании данных статей, должны иметь неэкономическую природу (что соответствует и подходу ВТО), цели их введения должны быть законными и пропорциональными, т.е. минимально необходимыми для достижения заявленной государством цели⁸.

«Вторую линию обороны» обеспечивают стст. 346–347 ДФЕС⁹, защищающие интересы государств-членов ЕС в сфере безопасности и обороны уже без привязки к отдельным исключениям из правил, определяющих функционирование свобод внутреннего рынка¹⁰.

Статья 346 ДФЕС предусматривает, что:

а) ни одно из государств-членов не обязано предоставлять сведения, приглашение которых, по его мнению, противоречило бы существенным интересам его безопасности;

б) каждое государство-член может принимать меры, признанные им необходимыми для защиты существенных интересов своей безопасности, которые связаны с производством оружия, боеприпасов и военных материалов или с торговлей ими; эти меры не должны искажать условия конкуренции на внутреннем рынке в отношении продукции, не предназначенной для специфически военных целей.

Данная статья в момент ее появления в учредительном договоре (исначально в Договоре, учреждающем Европейское Сообщество) исключила вопросы вооружений из сферы регулирования формировавшегося общего рынка, тем самым «закрыв» собственные военные производства государств-членов от иностранной конкуренции. Положения рассматриваемой статьи

⁷ См.: Panel Report on United States — Trade Measures affecting Nicaragua, para 1.2.

⁸ См.: Case C-398/98 Commission of the European Communities v Hellenic Republic, para 30–32, Case C-174/04 Commission of the European Communities v Italian Republic, para 40.

⁹ Ранее — ст. 296–297 Договора, учреждающего Европейское Сообщество.

¹⁰ Ст. 36 ДФЕС позволяет государствам-членам отступать только от правил ЕС, устанавливающих запрет количественных ограничений на экспорт или импорт товаров, в то время как ст. 346 позволяет отступать и иных правил, установленных в праве ЕС (См.: Case C-284/05 Commission v. Finland).

полностью исключили применение «общеевропейских» правил к «производству или торговле оружием, боеприпасами и военной техникой». Спустя год был утвержден перечень продукции, подпадающей под эту статью, так называемый Общий военный список.

Однако на современном этапе Европейский Союз хотя и воспроизводит в своем учредительном договоре формулировки права ВТО, не следует примеру этой организации и сформировавшиеся на уровне вторичного и прецедентного права подходы демонстрируют весьма осторожное отношение организации к данной норме и всяческое стремление институтов ЕС ограничить сферу ее применения.

Само содержание рассматриваемой нормы с 1957 года остается неизменным. Однако вначале практика, а затем и вторичное право пошли по пути ограничения сферы ее применения.

Правоприменители в ЕС, в первую очередь Суд, основываясь на принципе равенства (ст. 4 ДЕС), принимая во внимание тот факт, что субъективное право пользоваться оговоркой о национальной безопасности гарантируется всем государствам-членам ЕС, с конца 1980-х годов ставят практическую реализацию возможности применения оговорки в зависимость от наличия уважительных причин: «потребностей и интересов государства, обеспечение которых признается более важным делом, чем потребности развития их взаимной интеграции»¹¹.

Необходимо отметить, что подходы, сформулированные Судом ЕС к применению ст. 36, 45, 52 и 65 ДФЕС и ст. 346 ДФЕС совпадают. Более того, Суд ЕС при оценке правомерности действий государств-членов по применению изъятий из права ЕС применяет как практику по ст. 36, 45, 52 и 65 ДФЕС, так и практику по ст. 346 ДФЕС, используя единые подходы и правовые тесты, в первую очередь исходя из необходимости ограничительного толкования любых изъятий при строгом соблюдении принципа пропорциональности¹².

Суд ЕС сформировал весьма жесткую и четкую позицию, согласно которой изъятия, предоставляемые учредительными договорами, могут быть связаны с исключительными и строго определенными случаями и не предоставляют автоматически общее исключение¹³ из режима внутреннего рынка

¹¹ Четвериков, А. О. Оговорки о национальной безопасности в праве Европейского Союза / А. О. Четвериков // Российское право в Интернете. — 2013. — № 7.

¹² Case C273/97 Sirdar [1999] ECR I7403, para 15, Case C285/98 Kreil [2000] ECR I69, para 15, Case C503/03 Commission v Spain [2006] ECR I1097, para 45; Case C490/04 Commission v Germany [2007] ECR I6095, para 86, Case C141/07 Commission v Germany [2008] ECR I6935, para 50.

¹³ Case C-222/84 Johnston [1986] ECR 1651, para 26; Case C-414/97 Commission v. Spain [1999] ECR I-5585, para 21; Case C-273/97 Sirdar [1999] ECR I-7403, para 16; C-186/01 Dory [2003] ECR I-2479, para 31; Case C-285/98 Kreil [2000] ECR I-69, para 16; Case C-337/05 Commission v. Italy [2008] ECR I-2173, para 43.

и иных отраслей права ЕС, а как любые иные исключения из основных свобод должны толковаться ограничительно¹⁴. Обратный подход привел бы к нарушению правил об обязательной природе права ЕС и его единообразного применения¹⁵.

Как следует из формулировки ст. 346 ДФЕС, для ее применения должны не просто затрагиваться интересы безопасности, но и эти интересы должны быть существенными. Понятие существенности в договорах не раскрывается. Суд ЕС также не дает единого определения, возлагая обязанность доказать критерий существенности на государство-член, заявляющее о применении таких изъятий¹⁶.

Положения ст. 346(1)(a) ДФЕС о сведениях, разглашение которых, по мнению государства-члена, противоречило бы существенным интересам его безопасности, не связаны непосредственно с вооружениями и военной техникой и направлены в целом на защиту информации, раскрытие которой невозможно для государств-членов без подрыва их существенных интересов безопасности¹⁷.

Возможность применения ст. 346(1)(b) ДФЕС поставлена под условие обеспечения надлежащего функционирования внутреннего рынка и сохранения конкуренции, что следует из формулировки статьи: каждое государство-член может принимать меры, признанные им необходимыми для защиты существенных интересов своей безопасности, которые связаны с производством оружия, боеприпасов и военных материалов или с торговлей ими; эти меры не должны исказить условия конкуренции на внутреннем рынке в отношении продукции, не предназначенной для специфических военных целей. Кроме того, само изъятие в отношении торговли товарами возможно распространить только на продукцию, закрепленную в Общем военном списке, к которому отсылает ст. 346(2). Совет, постановляя единогласно по предложению Комиссии, может вносить изменения в установленный им

¹⁴Case C-414/97 *Commission v. Spain* [1999] ECR I-5585, para 22; Case C503/03 *Commission v. Spain* [2006] ECR I1097, para 45; Case C490/04 *Commission v. Germany* [2007] ECR I6095, para 86; Case C141/07 *Commission v. Germany* [2008] ECR I6935, para 50; Case C-239/06 *Commission v. Italy* [2009] ECR I-11913, para 47; Case C-284/05 *Commission v. Finland* [2009] ECR I-11705, para 46; Case C-461/05 *Commission v. Denmark* [2009] ECR I-11887, para 52; Case C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* [2012] ECLI:EU:C:2012:324, para 35.

¹⁵Case C-222/84 *Johnston* [1986] ECR 1651, para 26; Case C-273/97 *Sirdar* [1999] ECR I-7403, para 16; Case C-285/98 *Kreil* [2000] ECR I-69, para 16; C-186/01 *Dory* [2003] ECR I-2479, para 31.

¹⁶Case C-414/97 *Commission v. Spain* [1999] ECR I-5585, para 22.

¹⁷См.: European Commission “Interpretative communication on the application of the article 296 in the field of defence procurement” Brussels, 7.12.2006, COM (2006) 779 final, note 59, p. 4.

15 апреля 1958 года список продукции, на которую распространяют действие положения пункта «b» параграфа 1¹⁸.

Еще одна группа исключений из общего режима в праве ЕС закреплена в ст. 347 ДФЕС, согласно которой государства-члены консультируются друг с другом для совместного принятия необходимых положений, с целью избежать негативного воздействия на функционирование внутреннего рынка со стороны мер, к которым может быть вынуждено прибегнуть отдельное государство-член в случае серьезных внутренних беспорядков, затрагивающих общественный порядок, в случае войны или серьезной международной напряженности, представляющей угрозу войны, или для исполнения взятых на себя обязательств по поддержанию мира и международной безопасности.

Однако сфера применения этой статьи еще более узкая: ее нельзя применить до момента фактического возникновения обстоятельств, перечисленных в рассматриваемой норме¹⁹, и простая ссылка на требования обеспечить безопасность национальной территории не может рассматриваться как достаточное обоснование для применения дискриминационных мер по признаку гражданства²⁰.

Таким образом, общий подход сводится к тому, что хотя государства-члены ЕС и уполномочены предпринимать необходимые меры для обеспечения безопасности, это не ведет к тому, что такие меры полностью находятся за пределами права ЕС²¹, и в любом случае, такие меры должны соответствовать общим принципам права ЕС, в том числе принципу пропорциональности, в соответствии с которым исключения из применения права ЕС должны оставаться в рамках строго необходимого и надлежащего для достижения заявленных целей, и обеспечивать максимально широкое применение принципа равного обращения наряду с требованиями об общественной безопасности, определяющими основания осуществления соответствующей деятельности государств-членов²². Обязанность доказывания соблюдения данных принципов возлагается на государство-член, обвиняемое в таком нарушении²³. В науке высказывались сомнения относительно законности та-

¹⁸ В связи с этой оговоркой делается вывод о том, что к операциям, связанным с продукцией двойного назначения, чей режим урегулирован Регламентом Совета ЕС 428/2009 от 05.05.2009, оговорка по ст. 346 уже не применима.

¹⁹ Case C-222/84 Johnston [1986] ECR 1651, para 60.

²⁰ Case C-423/98 Albore [2000] ECR I-05965, para 21–23.

²¹ Case C-273/97 Sirdar [1999] ECR I-7403, para 15; Case C-285/98 Kreil [2000] ECR I-69, para 15; Case C-372/05 Commission v. Germany [2009] ECR I-11801, para 68.

²² Case C-222/84 Johnston [1986] ECR 1651, para 38; Case C-273/97 Sirdar [1999] ECR I-7403, para 26.

²³ Case C-414/97 Commission v. Spain, para 42.

кого установления²⁴, однако как норма прецедентного права оно обладает юридической силой и до сих пор не отменено последующим решением Суда.

Европейская комиссия также стремится внести свой вклад в развитие правоприменения ст. 346 ДФЕС.

Одной из первых осторожных попыток дать свое толкование оговорки о национальной безопасности стала Зеленая книга об оборонных поставках²⁵, в которой были отмечены основные трудности на пути создания рынка вооружений, в частности, различия в национальных правовых системах относительно поставок вооружений (п. 3.2 раздела I документа), что закрывает соответствующие рынки для иностранных участников хозяйственной деятельности, исключая возможность конкуренции между производителями из разных стран, отсутствие должной правовой базы, как на уровне Союза, так и на международно-правовом уровне. Фактически была сделана заявка о необходимости применения к создаваемому европейскому рынку вооружений правил, действующих в отношении внутреннего рынка ЕС.

Ключевым документом в этой сфере является Интерпретационное сообщение Комиссии о применении ст. 296 Договора²⁶ в сфере оборонных закупок²⁷. Комиссия подчеркивает, что ей не ставилась задача изменить существующие правовые нормы, а лишь прояснить порядок их применения во избежание различий в толковании. В этом сообщении Комиссия обобщает выводы, содержащиеся в решениях Суда и подчеркивает, что сами исключения могут распространяться только на продукцию, разработанную и произведенную исключительно для военных целей и содержащуюся в перечне продукции, подпадающей под действие ст. 296²⁸. Тем не менее Комиссия не дает ответа на вопрос, возможно ли применение ограничений к продукции, представляющей исключительное значение для безопасности государства-члена, но не предназначенной исключительно для военных целей²⁹. Из анализа выводов Комиссии по вопросу применения ст. 346(1) ДФЕС можно сделать вывод, что для применения данных положений поставлено

²⁴Trybus, M. On the application of the E.C. Treaty to armaments // *European Law Review*, vol. 25, № 6, December 2000. P. 158; Bratanova, E. Legal Limits of the National Defence Privilege in European Union // *Bonn International Centre for Conversation (BICC), Paper 342004*. P. 19; Eikenberg, K. Article 296 (ex 223) E.C. and External Trade in Strategic Goods // *European Law Review*, № 25, 2000. P. 138.

²⁵Green Paper on defence procurement COM/2004/0608 final.

²⁶В настоящее время ст. 346 ДФЕС.

²⁷European Commission “Interpretative communication on the application of the article 296 in the field of defence procurement” Brussels, 7.12.2006, COM (2006) 779 final.

²⁸Пп. 4 и 5 Сообщения.

²⁹Подробнее см.: Georgopoulos, A. The Commission’s Interpretative communication on the application of the article 296 in the field of defence procurement // *Public Procurement Law Review*, № 3, 2007.

в зависимость от закупки вооружений и техники, предусмотренной Общим военным списком, установленным ст. 346(2)(b) ДФЕС, однако данный вывод делался Комиссией прямо лишь в отношении по раскрытию информации согласно ст. 346(1) ДФЕС³⁰.

Также интерес представляет положение, в соответствии с которым Комиссия заявляет о своем праве запрашивать у государств-членов информацию, необходимую для обоснования законности применения исключений по ст. 346 и о корреспондирующей обязанности государств предоставить такую информацию. В качестве правовой основы называется ст. 10 Договора, учреждающего Европейское Сообщество (ныне — ст. 4 Договора о Европейском Союзе)³¹. Однако, на наш взгляд, остается неясным, обязаны ли государства-члены извещать Комиссию о применении исключений ст. 346 без ее запроса.

В дальнейшем подход к необходимости предельно ограничительного толкования оговорки о национальной безопасности был подтвержден Комиссией в сообщении от 5 декабря 2007 года «Стратегия создания более сильной и конкурентоспособной европейской оборонной промышленности»³², в п. 2.2 вновь констатируется сохраняющаяся до сих пор фрагментация рынка вооружений (одной из причин которой называют сохранение положений ст. 346 Римского договора, а п. 3.1.2 содержит прямой призыв сузить сферу применения данной статьи договора в целях развития рынка вооружений).

Такой подход Комиссии был поддержан и Судом, который уже в отношении актов вторичного права, принятых в целях сближения положений законодательства государств-членов, влияющих на создание или функционирование внутреннего рынка ЕС, подтвердил свои подходы к применению оговорки о национальной безопасности. Так, например, в отношении данной оговорки в Директиве 2014/24/EU о государственных закупках³³ Суд ЕС указал, что содержащиеся в ней положения об исключениях из общесоюзных правил закупок должны толковаться ограничительно³⁴, и уж тем более за-

³⁰European Commission “Interpretative communication on the application of the article 296 in the field of defence procurement” Brussels, 7.12.2006, COM (2006) 779 final, note 59, p. 4.

³¹П. 6 Сообщения.

³²Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A strategy for a stronger and more competitive european defence industry {SEC(2007) 1596} {SEC(2007) 1597}.

³³Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC (OJ L 94, 28.3.2014, p.65–242).

³⁴Case C-337/06 Bayerischer Rundfunk and Others [2007] ECR I-11173, para 64.

прещено использовать такие изъятия исключительно с целью оправдания ухода от прозрачной и конкурентной процедуры осуществления закупок³⁵.

В дальнейшем, когда уже Судом были сформулированы основные подходы к применению ст. 346 ДФЕС, сформирована позиция Комиссии ЕС, государства-члены выразили готовность к укреплению сотрудничества в сфере торговли вооружениями и в рамках оборонного заказа, что требовало либерализации режимов торговли в этих сферах, в том числе с учетом подхода к изъятиям, установленным ст. 346 ДФЕС, что позволяет открыть национальные рынки не только по вопросам, прямо не связанным с оборонными технологиями, но и ввести, хотя и с некоторыми оговорками, правила, характерные для внутреннего рынка ЕС, для собственно оборонной техники и военного заказа. Хотя государства-члены и стремятся сохранить определенную «промышленную самодостаточность» в сфере вооружений, сохранение такой самодостаточности приводит к невозможности разделить расходы со своими партнерами по экономической интеграции. В условиях уменьшающегося контроля за компаниями военно-промышленного комплекса, предпочитающими действовать на рынках сразу нескольких государств-членов ЕС, увеличивающейся конкуренции в сфере торговли вооружениями с США, государства-члены ЕС признали необходимость внедрения механизмов, характерных праву внутреннего рынка ЕС, в сферу торговли вооружениями и оборонного заказа.

В 2009 году были приняты такие значимые акты как Директива 2009/81/ЕС о координации процедур размещения контрактов на выполнение отдельных работ и оказание услуг, заключения договоров поставки органами власти или обществами, ответственными за размещение заказов в сфере безопасности и обороны³⁶, направленная на гармонизацию национального законодательства в этой сфере, и Директива 2009/43/ЕС об упрощении условий перемещения продукции, имеющей оборонное значение, по территории Сообщества³⁷, упрощающая режим перемещения товаров при сохранении административных барьеров. Примечательно, что в качестве уполномочивающей статьи была использована ст. 115 ДФЕС, т.е. статья, позволяющая Союзу принимать меры по сближению положений законодательства государств-членов, которые влияют на создание или функционирование внутреннего рынка. Таким

³⁵Case C-480/06 Commission v. Germany [2009] ECR I-4747, para 48.

³⁶Directive 2009/81/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on the coordination of procedures for the award of certain works contracts, supply contracts and service contracts by contracting authorities or entities in the fields of defence and security, and amending Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC (OJ L216 20.08.2009. P. 76).

³⁷Directive 2009/43/EC of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009 simplifying terms and conditions of transfers of defence-related products within the Community (OJ L146 10.06.2009. P. 1).

образом, было подтверждено, что даже к оборонному сектору применяются правовые механизмы внутреннего рынка ЕС, а изъятия из этих правил носят исключительный характер.

Оба акта содержат прямую отсылку к оговорке о национальной безопасности³⁸, однако, как показывает сам факт существования данных актов, направленных на обеспечение создания внутреннего рынка для вооружений и оборонной продукции, теперь правоотношения в сфере безопасности и обороны сами по себе не влияют на возможность применения оговорки о национальной безопасности. При этом сохранение ранее приведенных подходов к применению оговорки о национальной безопасности (в том числе исключительность и распределение бремени доказывания) к этим директивам было подтверждено Комиссией³⁹.

В связи с вышеизложенным можно прийти к выводу о том, что применение оговорки о национальной безопасности, где бы она ни была закреплена — в нормах, регулирующих свободы передвижения, или в общих исключениях по мотивам общественной безопасности, может иметь место только в исключительных случаях, а акцент делается на необходимости применения механизмов внутреннего рынка ЕС и конкуренции даже к вопросам, непосредственно затрагивающим военно-техническое сотрудничество государств-членов при сохранении неизменных формулировок самой оговорки в учредительных договорах.

«Как таковой, мир ст. 346 является классическим примером ситуации, при которой правовые нормы остаются неизменными в течение долгого времени, а реальный мир развивается в другом направлении»⁴⁰, при этом ключевую роль сыграла именно правоприменительная практика, которая и создала предпосылки для дальнейшего открытия рынков оборонной продукции посредством принятия источников вторичного права.

Как и в случае с Европейскими Сообществами, в рамках которых и были сформированы вышеописанные подходы, в ЕАЭС правоотношения, возникающие в сфере обороны и безопасности, не регулируются учредительными договорами. Но вопрос заключается в пределах применения оговорки о национальной безопасности, особенно в таких секторах как государственные закупки и государственная помощь, которые урегулированы правом ЕАЭС.

³⁸П. 16 и п. 2 преамбулы каждой из директив соответственно указывают как на ограничения по ст. 36 и 45, так и по 346 ДФЕС.

³⁹См.: Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security. Guidance Note. Defence- and security-specific exclusions. Directorate General Internal Market and Services. Ref. Ares(2016)764884 – 12/02/2016, para 2. Available at: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/15408/attachments/1/translations/en/renditions/pdf>.

⁴⁰Chaillot Paper № 113. Towards a European Defence Market, November 2008. P. 26.

В отличие от права ЕС, где действует достаточно стройная система исключений: общие из права ЕС, предусмотренные стст. 346 и 347 ДФЕС, устанавливающих границы европейской интеграции в целом, и специальные исключения из отдельных свобод передвижения (ст. 36, 45, 52 и 65 ДФЕС), в Договоре о ЕАЭС не предусмотрели общей оговорки о национальной безопасности, сходной с положениями ст. 346 и/или 347 ДФЕС, а частные исключения из порядка функционирования отдельных положений создаваемого в ЕАЭС внутреннего рынка используют различные подходы.

Так ст. 29 Договора о ЕАЭС воспроизводит перечень общих исключений из права ВТО, закрепленных в ст. XX ГАТТ, дополняя их по образцу ЕС (в частности, ст. 36 ДФЕС⁴¹), таким основанием как «обеспечение обороны страны и безопасности государства-члена».

В то же время ч. 6 ст. 65 Договора о ЕАЭС, устанавливающая изъятия из торговли услугами, свободы учреждения и инвестиций, воспроизводит формулировки ВТО в части исключений по соображениям безопасности (и, соответственно, ст. 346 ДФЕС).

Ст. 74 Договора о ЕАЭС использует сходную с подходом ст. 29 Договора о ЕАЭС модель в отношении изъятий из регулирования конкуренции. Интересно отметить, что в ЕС вообще специальная норма в отношении конкуренции не предусмотрена; при необходимости можно воспользоваться общей оговоркой по стст. 346/347 ДФЕС, но они прямо предусматривают возможность ограничения конкуренции только в связи с оборотом продукции, непосредственно предназначенной для военных целей, в то время как в ЕАЭС допускается гораздо более широкое толкование путем отсылки к неконкретизированной в настоящее время категории «безопасность государства».

В настоящее время единая практика применения исключений из общего режима права ЕАЭС в данной организации не выработана. На данный момент можно лишь выделить Консультативное заключение Суда Евразийского экономического союза от 30.10.2017, в котором данные вопросы косвенно затрагивались⁴², но только применительно к свободе передвижения товаров и в отношении всех исключений в целом, а не только оговорки о национальной безопасности.

В целом подход Суда ЕАЭС к оговоркам, предусмотренным в п. 1 ст. 29 Договора о ЕАЭС, совпадает с позицией, занимаемой Судом ЕС касательно применения ст. 36 ДФЕС⁴³. Суд ЕАЭС подтвердил, что основания, преду-

⁴¹ Только в ЕАЭС действие ст. 29 распространяется на всю свободу передвижения товаров, а не ограничивается установлением исключений из положений о запрете таможенных пошлин на импорт и экспорт, как это предусмотрено ст. 36 ДФЕС.

⁴² Заключение посвящено разрешению вопросов о взаимосвязи между п. 1 и п. 3 ст. 29 Договора о ЕАЭС.

⁴³ П. 7 Заключения прямо указывает на то, что при рассмотрении запроса Суд ЕАЭС руководствовался опытом ЕС, в частности, ст. 36 ДФЕС.

смотренные п. 1 ст. 29 Договора о ЕАЭС являются исключительной мерой⁴⁴, которые могут вводиться каждым государством-членом ЕАЭС в отдельности⁴⁵ при условии, что такие меры не должны являться средством неоправданной дискриминации или средством ограничения торговли и такие ограничения необходимы для целей, указанных в абз. 1–6 п. 1 ст. 29 Договора⁴⁶. Кроме того, Большая коллегия Суда ЕАЭС обратила внимание на обязанность государств воздерживаться от мер, способных поставить под угрозу достижение целей Союза, максимально избегая введения односторонних ограничений во взаимной торговле, исходя из принципов транспарентности, адекватности, соразмерности и объективной обусловленности, вытекающих из содержания п. 2 ст. 3 Договора⁴⁷.

В резолютивной части Заключения сделан вывод о том, что дискреция государств-членов Союза по применению п. 1 ст. 29 Договора не безусловна, что предопределено ограничительным толкованием условий применения ограничений во взаимной торговле товарами.

Тем не менее Суд ЕАЭС в данном деле не воспользовался возможностью установить более строгие правовые тесты для определения законности применения оговорок по ст. 29, выходящие за пределы очевидно следующего из формулировок самой статьи (что может быть оправдано предметом запроса ЕЭК). Последняя из приведенных формулировок Суда ЕАЭС показывает, что такое возможно в будущем (как минимум в части необходимости ограничительного толкования оговорки и применения принципа пропорциональности или, пользуясь терминологией рассматриваемого Заключения, «соразмерности», Суд ЕАЭС показал приверженность практике Суда ЕС), уже в рамках разрешения споров непосредственно о законности применения оговорок.

К сожалению, по другим статьям Договора о ЕАЭС, содержащим оговорку о национальной безопасности, практика полностью отсутствует, что не позволяет установить, будет ли распространен сформулированный выше подход Суда ЕАЭС на них или же они будут толковаться более широко в пользу государства⁴⁸ с применением скорее не экономического, а политического подхода к проблеме, что в большей степени характерно праву ВТО.

⁴⁴П. 8 Заключения.

⁴⁵П. 5 Заключения.

⁴⁶П. 6 Заключения.

⁴⁷П. 9 Заключения.

⁴⁸Особенно принимая во внимание тот факт, что, например, п. 6 ст. 65 Договора о ЕАЭС воспроизводит формулировки ст. XIV.bis ГАТС и не содержит столь явно выраженных ограничений на применение данной нормы, как ст. 29 Договора о ЕАЭС, а п. 5 ст. 74 Договора о ЕАЭС вообще лишь отсылает к неопределенному понятию «важнейшие интересы обороны страны или безопасности государства» и только указание на то, что применение мер, ограничивающих торговлю на внутреннем рынке по общему правилу противоречит соблюдению принципов добросовестной конкуренции (п. 4 Заключения) дает надежду на то, что данная норма может быть истолкована в свете рассмотренного подхода к ст. 29 Договора о ЕАЭС.

В любом случае при достаточно общих формулировках самого Договора о ЕАЭС вопросы определения сферы применения оговорки о национальной безопасности должны быть решены в рамках правоприменения, как это в свое время произошло в ЕС. В соответствии со ст. 1 Приложения № 2 «Статут Суда Евразийского экономического союза» к Договору о ЕАЭС именно на Суд ЕАЭС возложена задача по обеспечению единообразного применения государствами-членами и органами Союза Договора, международных договоров в рамках Союза, международных договоров Союза с третьей стороной и решений органов Союза. Таким образом, именно Суд ЕАЭС является институтом, полномочным определять роль и место вопросов обороны и безопасности в праве ЕАЭС.