

Петренко А.В.<sup>1</sup>

## Использование исключений по соображениям национальной безопасности как аргумента в торговых спорах в ГАТТ-47 и ВТО

Представлен обзор разных подходов к толкованию наиболее часто применяемого положения соглашений ВТО, содержащего исключения по соображениям национальной безопасности, а именно ст. XXI(b)(iii) ГАТТ. Отдельное внимание уделено предшественникам ВТО для объяснения более широкого контекста правовых вопросов, вызываемых включением ст. XXI в ГАТТ-94. Приведена аргументация и тактика членов ГАТТ-47 и ВТО в отдельных случаях, когда они ссылались на исключения по соображениям национальной безопасности. На основе обобщения этой практики дано объяснение, можно ли говорить об эволюции отношения государств к такого рода аргументам, и если да, то в какой мере, а также почему это отношение изменилось.

**Ключевые слова:** ВТО, ГАТТ, статья XXI, исключения, национальная безопасность, себеподсудное положение.

JEL: F13

DOI:10.17323/2499-9415-2019-2-18-9-24

Исключения по соображениям национальной безопасности практически не использовались при ведении споров сначала в ГАТТ-47, а затем в ВТО, т.е. на протяжении более чем 70 лет<sup>2</sup>. Страны следовали негласному правилу, согласно которому, какой бы ни была ситуация, они не должны делать отсылки

---

1 Петренко Алексей Владимирович — ведущий эксперт Центра экспертизы по вопросам ВТО, докторант Гёттингенского университета. E-mail: <alex.petrenko39@gmail.com>.

2 Одна из причин такого поведения — лежащая в основе соответствующих споров политическая чувствительность проблем, которые нельзя разрешить исключительно инструментами торговой политики. Ведение споров для целей этой статьи означает разрешение противоречий между странами через формальную процедуру, предусмотренную внутри ГАТТ-47 или ВТО.

к содержащей эти исключения ст. XXI ГАТТ, чтобы не открыть «ящик Пандоры» и тем самым не поставить под угрозу существование организации.

Этот статус-кво изменился с недавней чередой споров, в которых члены ВТО начали оправдывать свои меры через обращение к данному положению.

Одним из них стал спор об ограничении транзита товаров, следующих с территории Украины через территорию Российской Федерации (*Russia — Measures Concerning Traffic in Transit*, DS512) [1]. Вышедшее 5 апреля 2019 г. решение Третейской группы по этому спору — первое в системе по разрешению споров ВТО, в котором были истолкованы и применены исключения по соображениям национальной безопасности. В фокусе данного спора стали аргументы России на основе ст. XXI(b)(iii) ГАТТ-94: обжалуемые меры не противоречат ее обязательствам в ВТО, поскольку они были «необходимыми для защиты существенных интересов [ее] безопасности» [Ibid].

Принятие решения по названному спору и ожидаемое разрешение других споров с заявлениями сторон на основе ст. XXI ГАТТ дает уникальный материал для анализа поведения государств в ходе таких споров, а также для оценки возрастающего практического значения ст. XXI ГАТТ и ее влияния на мировую торговлю. Не менее важным элементом для разбора предстает и история более ранних обращений стран к исключениям по соображениям национальной безопасности. Исторический подход в анализе ст. XXI ГАТТ важен для понимания, в насколько чувствительную и опасную зону сейчас заходят те государства, которые полагаются на рассматриваемые исключения в системе разрешения споров ВТО.

## **За кем последнее слово: толкование ст. XXI(b)(iii) ГАТТ-94**

Члены ВТО обязуются следовать правилам торговли, установленным ее соглашениями. Эффективность этих правил обосновывается тем, что они должны применяться в одинаковой мере ко всем странам — участницам ВТО.

Следующий из этого понимания принцип недискриминации проявляется в обязательстве по предоставлению товарам из других государств — членов ВТО как режима наиболее благоприятствуемой нации (ст. I:1 ГАТТ-94), так и национального режима (ст. III:4 ГАТТ-94)<sup>1</sup>. Согласно первому любое преимущество, предоставляемое импортируемому товару, должно применяться

---

<sup>1</sup> Соглашения ВТО устанавливают правила и в отношении торговли услуг и торговых аспектов прав интеллектуальной собственности. Соответствующие соглашения содержат исключения по соображениям национальной безопасности, но в данной статье речь идет преимущественно о торговле товарами.

и к аналогичному товару другого государства — члена ВТО. Национальный режим означает, что правила, действующие для иностранных товаров, не должны отличаться от тех, которые применяются к отечественным товарам.

Вместе с тем допускается и отход от названных обязательств. Один из допустимых вариантов — принятие недискриминационных ограничений для достижения общественно важной цели, как это позволяет ст. XX ГАТТ-94. Эти общие исключения признают право членов ВТО принимать меры для защиты здоровья людей, публичной морали, охраны природы и выполнения других целей. Таким же исключением предстает и ст. XXI ГАТТ, в основе которой лежит общественно значимая цель по защите интересов национальной безопасности. В отличие от формулировки общих исключений в ГАТТ, ст. XXI не содержит похожего вступительного положения ни в целом, ни к одному из своих подпунктов, которое бы значительно ограничило право членов ВТО принимать соответствующие меры в обход своих обязательств по ГАТТ-94.

Наиболее спорным и при этом наиболее распространенным на практике является подпункт рассматриваемого положения про защиту национальной безопасности, который гласит следующее:

«Ничто в настоящем Соглашении не должно быть истолковано

...

(b) как препятствующее любой договаривающейся стороне предпринимать такие действия, которые она считает необходимыми для защиты существенных интересов своей безопасности:

...

(iii) если они принимаются в военное время или в других чрезвычайных обстоятельствах в международных отношениях...»

Ключевым в этом положении предстает то, что речь идет о действиях, которые член ВТО *считает* необходимыми для обозначенной цели. Буквальное толкование данного положения в соответствии с правилами Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. позволяет поэтому говорить о том, что порог выполнения условий названной статьи достаточно низок. Тем не менее четко определить этот порог не удастся ввиду формулировок, выбранных составителями данного положения. Можно выделить следующие основные вопросы, вытекающие из текстуального толкования рассматриваемой статьи и вследствие этого задаваемые на практике в случаях обращения государств к ст. XXI(b)(iii) ГАТТ-94:

- может ли член ВТО единолично решить, что требования данной статьи выполнены, т.е. является ли это положение *себеподсудным* (*self-judging clause*);
- уполномочен ли механизм разрешения споров ВТО определять правомерность меры по ст. XXI(b)(iii), т.е. подлежат ли такие меры внешней проверке (*non-justiciability*);

- если же да, то в какой степени эти меры подлежат проверке на соответствие критериям рассматриваемой статьи (*objective vs subjective criteria*)?<sup>1</sup>

Во всех обозначенных вопросах есть одна неясность: кто же решает, что обжалуемая мера не противоречит ГАТТ-94, поскольку выполняет положения рассматриваемой статьи? Иными словами, за кем последнее слово: за государством, принявшим эту меру, или за третьей группой и Апелляционным органом в случае спора в ВТО? Долгое время члены ГАТТ-47, а после и ВТО не хотели знать ответ на этот вопрос, поскольку в случае преобладания первой позиции весь смысл существования общих правил торговли, объективно толкуемых и применяемых, мог бы быть поставлен под сомнение. Ведь если государство само может определять правомерность собственных мер, тогда и следовать правилам больше не нужно.

Определенные ответы дала Третьей группе в упомянутом выше споре *Russia — Transit in Traffic*. Она посчитала, что, во-первых, может рассматривать спор по ст. XXI(b)(iii) ГАТТ-94. Во-вторых, по ее мнению, это положение не является себеподсудным. В-третьих, Третьей группой определена применимый тест для проверки правомерности мер [1, section 7.5.3]. Поскольку стороны не обжаловали доклад Третьей группы по данному спору, у Апелляционного органа не было возможности дать свое толкование рассматриваемого положения.

Доклад по этому спору был принят и стал обязательным для его сторон [2]. Однако нельзя быть полностью уверенным, что другие третейские группы обязательно последуют его примеру, да еще и в полной мере, особенно с учетом недавно вышедшего решения Третьей группы, в котором она впервые осмелилась пойти против устоявшейся практики Апелляционного органа [3, para 7.107]<sup>2</sup>.

Таким образом, финальная точка в толковании ст. XXI(b)(iii) ГАТТ пока не поставлена, а значит, озвученные выше вопросы продолжают оставаться актуальными, пусть и в несколько меньшей мере.

---

1 Более подробно о детальном толковании статьи XXI(b)(iii) ГАТТ-94 см.: [4]. Перечисленные в настоящей статье вопросы в одинаковой мере относятся и к ГАТТ-47.

2 На момент написания настоящей статьи доклад Третьей группы еще не был принят, так как спор перешел в стадию апелляции. Третьей группой разрешалась очередная спор о применении США методологии «обнуления» в антидемпинговых расследованиях. Против ожидания Третьей группой решено иначе, чем, как это неоднократно ранее делал Апелляционный орган ВТО, в многочисленных схожих делах.

## Предшественники ВТО и их влияние на условия обращения к ст. XXI(b)(iii) в ГАТТ-94

Исторически предшественником ГАТТ/ВТО можно назвать Международную торговую организацию (МТО), задуманную после окончания Второй мировой войны как важный элемент новой Бреттон-Вудской системы. Перед создателями этой организации была поставлена задача по гармонизации внутренней политики стран-участниц в отношении торговли и занятости населения. Несмотря на амбициозные планы, МТО не суждено было стать действующей площадкой для достижения указанных целей: Гаванский устав 1949 г., на основе которого эта организация должна была действовать, так и не вступил в силу.

Однако не сразу стало ясно, что МТО станет мертвым проектом. Параллельно вместе с ним было создано временное соглашение, задача которого — выполнение достигнутых договоренностей по снижению тарифов и установлению правил торговли товарами, пока не вступит в силу устав МТО, после чего планировалось инкорпорировать достигнутые результаты в новый правовой порядок. Этим временным соглашением стало ГАТТ, которое во многом состояло из положений главы устава МТО по торговой политике<sup>1</sup>.

Как и ныне действующий правовой режим ВТО, ГАТТ-47 также предоставляло своим членам возможность отходить от своих обязательств при выполнении определенных условий. С созданием ВТО формулировка этих условий в ст. XX и XXI не претерпела изменений.

Положения общих этих статей берут свое начало в уставе МТО. Интересно, что первые два проекта Гаванского устава содержали общие исключения и исключения по соображениям национальной безопасности в одной статье, не проводя между ними различия. Иными словами, вместо ныне существующих ст. XX и XXI ГАТТ предполагалось, что будет одна статья, в которой будут перечислены все необходимые исключения. Такой была, например, ст. 37 Лондонского проекта устава.

Как известно, впоследствии исключения развели между собой. Общие исключения оставили в главе по торговой политике, а исключения по соображениям национальной безопасности перенесли в общие положения в конце устава. Таким образом было достигнуто то, что первые применялись только в отношении главы, в которой они были размещены, тогда как вторые — ко всем вопросам применения устава [5, р. 742]. Следовательно,

---

<sup>1</sup> Временно действующая организация, в основе которой лежали договоренности ГАТТ, обозначается как ГАТТ-47 в отличие от ГАТТ-94 как одного из соглашений ВТО.

можно говорить о разной природе указанных исключений, признав при этом, что исключения по соображениям национальной безопасности имеют всепроникающий характер и позволяют государствам укрыться от действия обязательств более широкого характера.

Наряду с особой правовой природой ст. XXI ГАТТ понимание работы ранее действующего механизма по разрешению споров в ГАТТ-47 может прояснить переход от заметно робкого обращения с исключениями по соображениям национальной безопасности в ГАТТ-47, о котором пойдет речь далее, к более уверенному их использованию при ведении споров уже в ВТО. Эта система отличается от существующей в ВТО в трех важных аспектах.

Во-первых, ГАТТ-47 — это система, ориентированная на силу (*power-oriented system*), в то время как ВТО основывается на правилах (*rules-based system*). Разница между ними в том, что в ГАТТ-47 бал правила дипломаты и большинство вопросов решалось исключительно в ходе переговоров и того, о чем получится договориться. Для значительной части вопросов отсутствовали заранее принятые правила, а споры во многом решали представители государств, причем долгое время без поддержки юридического аппарата. Соглашения ВТО, напротив, содержат большой объем правил как по вопросам по существу, т.е. материального права, так и по вопросам, относящимся к процедуре принятия решений и рассмотрения споров. Следовательно, для разрешения солидной части вопросов уже есть конкретные правила, которым надо следовать, и поэтому дискреции в отношении того, как решать все возникающие вопросы, стало меньше [6, р. 4–5].

Во-вторых, решения по спорам в ГАТТ-47 принимались только консенсусом. Страна, против которой выносилось решение, могла отклонить доклад третейской группы. Как следствие, он не вступал в силу и не носил обязательного характера. В ВТО же в этих случаях действует правило негативного консенсуса, согласно которому доклад третейской группы или Апелляционного органа считается принятым, если все члены ВТО не выскажутся против его принятия, т.е. в том числе и та сторона спора, которая выиграла спор (принципы негативного консенсуса) [7, р. 64].

В-третьих, в ГАТТ-47 действовала только одна инстанция (третейская группа), а в ВТО возникла возможность обжаловать решение третейских групп, если они неверно приняты, по мнению одной из сторон. Создание второй инстанции (Апелляционного органа ВТО) положительно отразилось на эффективности разрешения торговых споров, а значит, и на мировой экономике в целом [8, с. 39].

В целом переход от ГАТТ-47 к ВТО предстал качественным скачком развития общепринятых условий мировой торговли. Однако вместе с тем в ВТО и, в частности, в ГАТТ-94 перенесли и те отдельные элементы торгового режима, которые уже существовали у его предшественников.

## Отдельные случаи обращения к ст. XXI ГАТТ с момента создания ГАТТ-47

Из приведенных ниже данных видно, как часто члены ГАТТ-47 и ВТО обращались к ст. XXI ГАТТ в спорных ситуациях и с каким результатом<sup>1</sup>:

- общее число ситуаций с отсылками к ст. XXI ГАТТ — 18;
- третейская группа была создана и образована, но не рассмотрела спор по ст. XXI ГАТТ — 4;
- третейская группа рассмотрела аргументы по ст. XXI ГАТТ — 1.

Эти цифры были определены с помощью следующей методологии. Во-первых, для целей подборки не учитывались споры и ситуации, еще находящиеся в активной фазе на момент проведения данного исследования. В отсутствие доступа к полной аргументации сторон до выхода соответствующих решений нельзя точно заранее сказать, будут ли заявлены доводы на основе ст. XXI ГАТТ, но к такого рода спорам и ситуациям можно предварительно отнести, в частности, споры в отношении:

- мер Саудовской Аравии по защите прав интеллектуальной собственности (DS567);
- определенных мер Катара, касающихся товаров из Саудовской Аравии (DS576);
- определенных мер США, касающихся товаров из стали и алюминия (например, DS548 с участием Евросоюза);
- мер США, относящихся к торговле товарами и услугами (DS574) [9–12].

Во-вторых, основным источником рассматриваемой статистики является доклад Третейской группы в споре *Russia — Transit in Traffic*. Более конкретно к ее решению подходит Приложение, в котором Третейская группа осветила поведение членов ГАТТ-47 и ВТО в отношении ст. XXI ГАТТ-47, где она подробным и самым авторитетным на данный момент образом описала практику обращения к исключениям по соображениям национальной безопасности. Первоисточниками как для ее подборки, так и для настоящей статьи стали отдельные документы Секретариата ГАТТ-47 по обобщению практики решений по спорам ГАТТ-47 и ВТО, а также отдельные заявления, сделанные государствами в контексте описываемых ситуаций и споров<sup>2</sup>.

---

1 Точность представленных данных зависит от методов подсчета, а также от того, считать ли конкретную ситуацию в качестве действительно таковой, в которой страна обращалась к ст. XXI ГАТТ. Трудность точного подсчета вызывает еще и то, что не по всем ситуациям доступны источники, четко задокументировавшие поведение сторон.

2 См., например, [13].

Прежде всего проводится различие между спорами и ситуациями. В отличие от споров под ситуациями понимаются случаи обращения внимания одних стран на ограничительные меры других, в которых не дошло до использования формальных процедур по разрешению споров внутри ГАТТ-47 и ВТО. Однако, поскольку в последующем происходило их обсуждение, их также можно рассматривать как релевантную практику.

Не вдаваясь в подробности, про второй пункт статистики следует отметить, что было как минимум четыре случая, когда могло быть принято решение о применении ст. XXI ГАТТ Третьей группы. Однако этого не произошло по следующим причинам:

- одна из сторон не сослалась на ст. XXI ГАТТ, хотя ситуация того позволяла и даже требовала (США — Импорт сахара из Никарагуа, 1983 г.);
- из мандата Третьей группы намеренно исключили полномочия по анализу обжалуемой меры на предмет соответствия ст. XXI ГАТТ (США — Эмбарго в отношении Никарагуа, 1985 г.);
- одна из сторон спора прекратила свое существование как государство до рассмотрения спора Третьей группой (Европейские сообщества против Югославии, 1991 г.);
- заявитель решил отказаться от спора ввиду достигнутого соглашения с ответчиком (США — закон Хелмса — Бёртона, 1996 г.).

Очевидно, что представленная статистика и отдельные уже упомянутые примеры позволяют говорить о том, что есть достаточно материала для анализа отношения государств к соображениям по национальной безопасности как к основанию для оправдания нарушения их обязательств по ГАТТ. Однако с точки зрения именно юридического подхода к разбору этого материала следует отметить, что большинство примеров находятся вне механизма по разрешению споров. Следовательно, авторитетного толкования ст. XXI ГАТТ они не содержат. Тем не менее уже на основе этих данных можно сделать определенные выводы, а именно: в подавляющем большинстве случаев до рассмотрения спора дело не доходило.

Если провести дальнейшую систематизацию практики, то можно разделить все споры и ситуации на две категории, которые без предварительного анализа ситуации

- выглядят обоснованными (Европейские сообщества против Аргентины, 1982 г.) или
- позволяют поставить вопрос о злоупотреблении правом, вытекающим из ст. XXI(b)(iii) ГАТТ (США — Импорт молочной продукции, 1951 г.; Швеция — Ограничения в отношении импорта отдельных видов обуви, 1975 г.).

Именно систематизация на основе этого критерия раскрывает обоснованность опасения о том, что отсылка к ст. XXI(b)(iii) ГАТТ-94 чревата злоупотреблениями: нередко были случаи, когда страна пыталась обозначить

меру как принятую по этой статье, но которая вызывала зачастую обоснованные сомнения в своей правомерности.

Одним из примеров этого может стать следующий случай. В 1951 г. США ввели контроль ввоза молочной продукции на свою территорию, следствием которого стало ограничение доступа на их рынок производителей соответствующей продукции (США — Импорт молочной продукции, 1951 г.). В отношении новой меры озвучили опасение Нидерланды и Дания. По мнению Дании, «очевидно, что оборонное производство и национальная безопасность, как представляется, мало связаны с импортным контролем в отношении сыра» [1, Appendix — Subsequent conduct concerning Article XXI of the GATT 1947, para 1.12]. Значительная часть участников ГАТТ-47 (Италия, Новая Зеландия, Норвегия, Австралия, Франция, Канада, Финляндия, Великобритания и Швеция) также высказалась против этой меры.

Удивительно, но США согласились, что в их действиях есть нарушение. При этом они признались, что поправки в законодательство были внесены в последнюю минуту комитетом, не знакомым с контекстом международной торговли. США пояснили, что это отдельный, несистемный случай, не показывающий изменение их торговой политики. Несмотря на это, они не отменили свою меру сразу, но были не против, если соразмерные уступки будут озвучены другими членами ГАТТ-47, чьи интересы были затронуты (например, Нидерланды этим воспользовались) [Ibid., paras 1.11–1.14].

Другим примером возможного злоупотребления своим правом по ст. XXI ГАТТ является введение Швецией мировой квоты на ввоз отдельных видов обуви в 1975 г. (Швеция — Ограничения в отношении импорта отдельных видов обуви и ботинки). Было заявлено, что цель этой меры — помощь в восстановлении соответствующей отрасли легкой промышленности Швеции, у которой были плохие показатели из-за спада производства, начавшегося в 1960-е годы и ускорившегося в 1970-е годы. Такое состояние этой отрасли стало критической угрозой экономических планов Швеции на случай чрезвычайных ситуаций как обязательного элемента обеспечения национальной безопасности. Мера была принята «в духе ст. XXI ГАТТ». Несмотря на это, данную меру раскритиковали и Швеция была вынуждена вскоре ее отменить [Ibid., paras 1.20–1.21].

Так или иначе страны обращались к ст. XXI ГАТТ и в обстоятельствах, не вызывавших сомнения, что их интересы национальной безопасности были затронуты. В частности, в результате обострения международной обстановки из-за спора о принадлежности Фолклендских островов Европейские сообщества, Канада и Австралия приостановили импорт продуктов из Аргентины (Европейские сообщества против Аргентины, 1982 г.). По мнению Аргентины, соответствующие меры были приняты по причинам «политического характера для оказания [на нее] политического давления» [Ibid., para 1.23]. В свою очередь, Канада отметила, что «ГАТТ не обладает ни ком-

петенцией, ни ответственностью по разрешению политического вопроса», приведшего к введению меры [Ibid., para 1.23]. Некоторые страны отметили свою обеспокоенность тем, что ситуация может стать опасным прецедентом для использования торговых мер для целей, не связанных с торговлей, а некоторые, — что к поднятому вопросу надо относиться с осторожностью [Ibid., paras 1.22–1.27]. Следует отметить, что все эти мнения удивительным образом не претерпевали изменений и аргументы повторялись по сей день, начиная с первых ситуаций.

Несколько иной предстает ситуация в отношении характера аргументации и поведения сторон на стадии рассмотрения спора третейской группой. Следующие три примера наглядным образом иллюстрируют возможные варианты поведения.

В 1983 г. США уменьшили долю квоты на ввоз сахара из Никарагуа (США — Импорт сахара из Никарагуа). Конечная цель ограничения, по признанию США, — уменьшить ресурсы Никарагуа, направляемые на усиление ее военного присутствия в регионе. Для рассмотрения спора была учреждена Третейская группа. США заявили, что «политическое решение могло бы разрешить торговый аспект этого спора, но Третейская группа ГАТТ-47 не может подобающим образом рассмотреть спор в целом или помочь в разрешении политических и связанных с безопасностью вопросов, которые лежат в его основе» [Ibid., para 1.30]. Третейская группа признала нарушение ст. II, XI и XIII ГАТТ-47. США намеренно не ссылались на исключения, предоставляемые ГАТТ-47, но при этом считали, что мера была оправдана тем контекстом, в котором была принята. Доклад по спору был принят. Этот спор примечателен тем, что ответчик в нем намеренно не обращался к ст. XXI и занимал выжидательную позицию в споре.

Через несколько лет США ввели полный запрет на импорт и экспорт из Никарагуа, объявив чрезвычайное положение в стране ввиду угрозы национальной безопасности со стороны Никарагуа (США — Эмбарго в отношении Никарагуа, 1985 г.). Третейская группа ГАТТ-47 была созвана с ограниченным мандатом. Она была не вправе проверить меру США на предмет ее соответствия требованиям ст. XXI(b)(iii) ГАТТ-47, на которую ссылались США. Следовательно, спор был заведомо проигрышным для Никарагуа. При любом раскладе у этой страны не было бы возможности принять ответные меры, потому что США запретили не только экспорт своих товаров в Никарагуа, но и импорт товаров из Никарагуа на свою территорию. Поэтому Никарагуа запросила необычную рекомендацию Третейской группы: принять общее отступление от правил по ст. I ГАТТ-47 со стороны всех договаривающихся сторон для компенсации ущерба от США, в чем было отказано.

Третейская группа осознавала важность своего решения, поскольку стала первой, которая решала спор с обращением к ст. XXI(b)(iii). По этой при-

чине ею был избран необычный тон для подобного рода решений: в конце Третьей группы озвучила вопросы о применении этой статьи, на которые она не смогла дать ответ. К таковым относятся следующие вопросы.

- В случае презумпции, что правомерно истолковать ст. XXI может только страна, на нее ссылающаяся, как остальные договаривающиеся стороны могли бы гарантировать, что применение этой статьи будет строго ограничено целями, указанными в ней?
- Ограничивает ли сужение мандата третьей группы право страны, подавшей жалобу, на ее рассмотрение?
- Достаточны ли полномочия договаривающихся сторон для того, чтобы в случаях полного эмбарго у стран, затронутых им, была бы возможность эффективно ответить на него? [14, para 5.17].

По итогам рассмотрения спора доклад Третьей группы не был принят по причине несогласия с решением Никарагуа. США доклад одобрили [Ibid., paras 1.37–1.60].

В отличие от предыдущего спора ответчик уже был готов выступить с аргументацией по ст. XXI ГАТТ-47, пусть и в усеченной форме через обозначение позиции, что он *ссылается* на эту статью. Он был согласен на запуск формальной процедуры по разрешению спора, но только если мандат Третьей группы не будет включать вопросы, связанные с применением этой статьи. В таком случае заявитель никак не мог прийти к желанному результату, поскольку Третья группа в конце своего решения не могла сделать вывод о том, есть ли нарушение правил ГАТТ, которое не оправдано. Все это вызвано особенностями разрешения споров в ГАТТ-47, где каждый его участник мог наложить вето на принятие решений.

С созданием ВТО ситуации, в которых могла бы быть применима ст. XXI ГАТТ-94, продолжили возникать. Однако в них по-прежнему не было заинтересованности запускать механизм по разрешению споров новой организации или дожидаться итогового решения, как было в следующих случаях:

- Никарагуа против Гондураса и Колумбии, 1999 г. (DS188);
- Индия против Пакистана, 2002 г.;
- США против Европейских сообществ, 1996 г. (закон Хелмса — Бёртона, DS38) [Ibid., paras. 1.67–1.73, 1.85–1.89]<sup>1</sup>.

Последняя из этих ситуаций, затрагивающих применение ст. XXI ГАТТ, зашла дальше других. По ее итогам мог бы появиться первый случай рассмотрения аргументов по ст. XXI ГАТТ-94 с вынесением доклада Третьей группы.

---

1 См. также: [15, 16].

Этот спор касался расширения действующего с 1962 г. эмбарго со стороны США в отношении Кубы. В 1996 г. был принят закон Хелмса — Бёртона с экстратерриториальным эффектом, т.е. те запреты, которые раньше касались кубинских фирм, теперь применялись и к их контрагентам. Европейские сообщества подали жалобу на действия США. По мнению США, Третейская группа не смогла бы разрешить спор, а обращение к ней чревато серьезными рисками для ВТО как для только что созданной организации. В отличие от предыдущего рассмотренного дела, Третейская группа была создана с обычным мандатом без изъятий. Через некоторое время после учреждения Третейской группы Европейские сообщества запросили приостановить ее работу, пока шли переговоры по достижению взаимно выгодного решения спора между его сторонами. На этом спор на площадке ВТО дальше не продвинулся.

Как отмечалось ранее, сейчас в системе по разрешению споров ВТО рассматривается несколько споров. 5 апреля 2019 г. вышел первый доклад Третейской группы, в котором были проанализированы аргументы по ст. XXI(b)(iii) ГАТТ-94. Факт доведения спора до конца можно рассматривать (с некоторым допущением) как вершину того пути, который проделали члены ГАТТ-47 и ВТО в своем отношении к ст. XXI(b)(iii) как к рабочему инструменту при ведении споров, ведь долгое время члены ГАТТ-47, а потом ВТО не стремились выносить свою позицию по ст. XXI(b)(iii) на обсуждение и оценку со стороны органов систем по разрешению споров. Если же спор доходил до стадии, когда уже требовались конкретные действия, страны обращались к различным вариантам действий по недопущению проверки их мер со стороны. Эти сценарии поведения включали:

- пассивную позицию в споре (хотя меры и приняты с учетом ст. XXI(b)(iii), аргументация в споре на этом не строилась);
- ограничение мандата третейской группы (на ст. XXI(b)(iii) ссылались, но Третейская группа не могла проверить меру на соответствие этому положению, а презюмировала верность такой отсылки);
- несменную позицию, что Третейская группа не может разрешить спор;
- попытки решить спор способами, иными от передачи его на рассмотрение Третейской группе, в том числе и путем заключения соглашения между сторонами спора.

## **Причины более активного с недавних пор использования исключений по ст. XXI(b)(iii) ГАТТ**

Сделать вывод, что с созданием ГАТТ-47 с большей частотой стали происходить события, при которых затрагиваются интересы национальной безопасности отдельных стран, не представляется возможным. И все же заметно, особенно в последние годы, что члены ВТО начали более активно обращаться к аргументации, основанной на ст. XXI ГАТТ-94, при ведении торговых споров. Возникает закономерный вопрос: почему так происходит?

На это может быть множество причин, не все из которых будут носить объективный характер ввиду чувствительности вопросов, касающихся национальной безопасности. На основе проведенного анализа и с учетом более широкой сферы функционирования ВТО можно предположить о действии как минимум нескольких причин.

Во-первых, нельзя не заметить, что ВТО выгодно отличается от ГАТТ-47 в отношении функционирования системы по разрешению споров. По этой причине торговые споры широкого спектра могут быть разрешены с большей вероятностью, чем ранее. Об эффективности механизма по разрешению споров ВТО говорят следующие моменты:

- решения во многих случаях принимаются негативным консенсусом, что лишает членов ВТО возможности единолично продвигать свои интересы, как это допускалось ранее;
- система по разрешению споров доказала свою эффективность — она является одним из наиболее хорошо действующих механизмов разрешения межгосударственных споров;
- появилась уверенность в том, что правила будут истолкованы верным образом, а значит, споры будут разрешены, что подтверждается большим числом дел, рассматриваемых системой по разрешению споров.

Во-вторых, несмотря на преимущества правового режима ВТО, есть основания и в мнении, что в каком-то смысле произошло исчерпание заложенных возможностей системы без очевидного движения вперед:

- прошло достаточно времени, чтобы страны поняли, как работает ВТО, в том числе через активное использование системы по разрешению споров;
- но есть некоторое разочарование из-за того, что Дохийский раунд переговоров не приносит ожидаемых заметных результатов для развития многосторонней системы торговли.

В-третьих, не следует списывать со счетов и такое простое понимание: если международное соглашение содержит правовую норму, то рано или поздно она будет применена. При этом первый случай обращения к статье может быть воспринят другими членами как знак того, что прежнее табу не действует. В таком случае участники первого спора могут получить уникальную возможность своими аргументами сформировать системное понимание национальной безопасности в соответствующем правовом режиме.

## **Заключение**

Описанные в статье примеры показывают, что государства стали смелее обращаться к ст. XXI(b)(iii) ГАТТ при ведении торговых споров. Если раньше они либо не приводили соответствующие аргументы вообще, либо давали согласие на участие в спорах на условии изъятия из мандата Третьей

группы чувствительных вопросов национальной безопасности, то теперь члены ВТО значительно чаще вступают в обсуждение данных вопросов. Юридически такое поведение объясняется тем, что с созданием ВТО действуют более строгие правила в отношении процедуры разрешения споров, в которой важные решения принимаются негативным консенсусом. В частности, применимые правила больше не позволяют с той же легкостью учредить Третейскую группу с ограниченным мандатом только по желанию одной из сторон спора.

Однако трудно сделать вывод, что по своей природе споры, касающиеся национальной безопасности, претерпели значительное изменение со времени создания ГАТТ-47. Как и прежде, такого рода ситуации возникают с определенной регулярностью и государства не стремятся к тому, чтобы их меры, принятые для защиты интересов национальной безопасности, подвергались внешней проверке. Несмотря на то что уже первое решение по рассматриваемому вопросу есть, еще только предстоит удостовериться, насколько новое, более смелое в каком-то смысле, но по-прежнему робкое поведение государств в соответствующих спорах можно будет чаще наблюдать в практике рассмотрения споров в ВТО.

## Источники

- [1] Panel Report, Russia — Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, adopted 26 April 2019.
- [2] Action by the Dispute Settlement Body, Russia — Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/7, circulated 29 April 2019.
- [3] Panel Report, United States — Anti-Dumping Measures Applying Differential Pricing Methodology to Softwood Lumber from Canada, WT/DS534/R, circulated 9 April 2019.
- [4] *Петренко А.* Экономические санкции и их оспаривание в ВТО в контексте исключений по соображениям национальной безопасности (статья XXI:(b)(iii) ГАТТ) // *Международное правосудие*. 2016. № 2 (18). С. 69–86.
- [5] *Jackson J.H.* *World Trade and the Law of GATT (a Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade)*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1969.
- [6] *Oesch M.* *Standards of Review in WTO Dispute Resolution*. Oxford University Press, 2003.
- [7] *Van den Bossche P.* *The making of the ‘World Trade Court’: The origins and development of the Appellate Body of the World Trade Organization: Key Is-*

sues in WTO Dispute Settlement, the first ten years / ed. R. Yerxa, B. Wilson. Cambridge University Press, 2005.

- [8] *Смбатян А.С.* Процедура разрешения споров Всемирной торговой организации // *Право ВТО*. 2014. № 2. С. 39.
- [9] Request for Consultations, Saudi Arabia — Measures Concerning The Protection Of Intellectual Property Rights, WT/DS567/1 IP/D/40, circulated 4 October 2018.
- [10] Request for Consultations, Qatar — Certain Measures Concerning Goods From The United Arab Emirates, WT/DS576/1 G/L/1291, circulated 31 January 2019.
- [11] Request for Consultations, United States — Certain Measures On Steel And Aluminium Products, WT/DS548/1 G/L/1243 G/SG/D54/1, circulated 6 June 2018.
- [12] Request for Consultations, United States — Measures Relating To Trade In Goods And Services, WT/DS574/1 G/L/1289 S/L/420, circulated 8 January 2019.
- [13] Article XXI, Note by the Secretariat, Negotiating Group on GATT Articles, MTN.GNG.NG7/W/16, 18 August 1987.
- [14] GATT-1947 Panel Report, United States — Trade Measures Affecting Nicaragua, L/6053, unadopted, 13 October 1986.
- [15] Request for Consultations, Nicaragua — Measures Affecting Imports From Honduras And Colombia, WT/DS188/1, circulated 20 January 2000.
- [16] Request for Consultations, United States — The Cuban Liberty And Democratic Solidarity Act, WT/DS38/1 G/L/71 S/L/21, circulated 13 May 1996.

Petrenko A.<sup>1</sup>

## *States' attitude towards national security exceptions as an argument while settling disputes in the WTO*

This article spells out various approaches to the interpretation of Art. XXI(b) (iii) of the GATT, which is a most frequently invoked provision in the WTO agreements embodying national security exceptions. Special attention is drawn to the predecessors of the WTO to explain a broader context of legal issues evoked by the inclusion of Article XXI to the GATT 1994. The present study gives examples of the argumentation and strategy employed by members of the GATT 1947 and the WTO when they invoked national security exceptions. As a result of the examination of this practice, the author concludes as to whether the attitude of states to such arguments has evolved over the years and, if yes, to what extent and why.

**Keywords:** *WTO, GATT, Article XXI, national security, exceptions, self-judging clause.*

Статья поступила в редакцию 19 июня 2019 г.

---

<sup>1</sup> Petrenko Aleksey — Lead Expert at the WTO Expertise Center (LL.M., Georg-August-Universität Göttingen), Ph.D. student at the University of Göttingen. E-mail: <alex.petrenko39@gmail.com>.