

Тонких П.С.¹

Исключения по соображениям национальной безопасности в контексте реформы ВТО²

Рассмотрены вопросы о перспективах развития положений об исключениях по соображениям национальной безопасности в праве ВТО в условиях текущей ее реформы. Представлена комплексная оценка перспектив развития указанных положений в праве ВТО, а также конкретные предложения об их уточнении.

Ключевые слова: ВТО, национальная безопасность, «самоподсудность» в регулировании вопросов национальной безопасности, существенные интересы безопасности, чрезвычайные обстоятельства, транспарентность, принцип добросовестности.

JEL: F13

doi:10.17323/2499-9415-2019-3-19-7-24

Нынешний кризис в международных торговых отношениях — наиболее серьезный с момента возникновения ГАТТ в 1947 г. Организация оказалась в критическом положении вследствие связи с существенных разногласий относительно действующих правил и их интерпретации, растущего числа односторонних торговых мер, блокирования назначения новых членов Апелляционного органа ВТО, сложности принятия решений консенсусом, а также неготовностью развитых стран предоставлять равнозначные преференции столь разнообразной группе развивающихся стран-членов.

Вместе с тем альтернативы существующей системе на сегодняшний день не существует. Действующие правила международной торговли доказали свою эффективность, а механизм разрешения споров в ВТО часто служил примером саморегулируемой системы, в рамках которой, несмотря на от-

1 Тонких Полина Сергеевна — генеральный директор Центра экспертизы по вопросам ВТО. E-mail: <tonkikh.polina@gmail.com>.

2 Настоящая статья отражает личные взгляды автора, которые не следует ассоциировать с организациями, с которыми автор может быть связан.

существование в чистом виде механизма принуждения, стороны исполняли рекомендации третейских групп или Апелляционного органа [1; 2].

Предпосылки и условия реформы ВТО

Для определения причин и вероятных исходов сложившегося кризиса следует обратиться к истории возникновения и жизни действующих правил. Основные правила международной торговли были сформированы по итогам Уругвайского раунда переговоров и до создания ВТО, т.е. более 20 лет назад. С тех пор ситуация в мировой экономике значительно изменилась. Заметными игроками в международной торговле стали Китай, Индия, Бразилия и другие страны, стремительный экономический рост которых не был очевиден на момент создания ВТО. Однако сегодня мировая экономика уже не растет прежними темпами. В этих условиях члены ВТО столкнулись с неспособностью в полной мере выполнять свои обязательства по международным торговым соглашениям организации, чем вызвали дисбаланс прав и обязательств ее членов. Это привело к усилению противостояния между США и Китаем, ЕС и США, а также к торговле на условиях, противоречащих не только духу, но подчас и букве соглашений ВТО. На практике это вынудило многих участников международной торговли изыскивать возможности обхода базовых правил, в том числе прибегать к исключениям из общих правил международной торговли в попытке найти *trade policy flexibility* (гибкость в торговой политике) для защиты или продвижения своих экономических интересов. В связи с этим идет полемика о необходимости реформы ВТО.

Активное обсуждение реформы организации началось в 2015 г. Тогда основными причинами кризиса называли нежизнеспособность переговорной повестки, недостатки в работе регулярных органов, а также отсутствие правил в отдельных динамично развивающихся сферах международной торговли. В 2018 г. на фоне усилившегося торгового противостояния между США и Китаем по широкому кругу вопросов стало очевидным, что без решения вопроса о реформе организации и восстановления баланса между набором прав и обязательств ее членов будущее многосторонней торговой системы находится под угрозой.

Кроме того, возврат к непредсказуемым торговым отношениям, не подчиняющимся четко прописанным и понятным для всех участников правилам, может быть особенно ресурсоемким в условиях, когда взаимосвязанность и взаимозависимость экономик достаточно велики, а глобальные цепочки добавленной стоимости (*global value chains*) становятся все более значимыми. Условием отсутствия возврата к непредсказуемости в торговых отношениях является готовность членов ВТО к проведению соответствующих реформ для адаптации организации к текущим реалиям.

Недавние инициативы и предложения членов ВТО (в том числе предложения ЕС, трехсторонние инициативы США, Японии и ЕС, работа «Канадской

группы» [3–6]), а также заявления Российской Федерации и других членов БРИКС на площадке G20 и на встрече министров стран — ключевых членов ВТО в Давосе [7; 8] о создании рабочей группы по реформе ВТО демонстрируют, что активные участники международной торговли понимают необходимость предстоящих реформ, а также актуальных проблем в организации.

Для сохранения авторитетной роли ВТО как универсальной и эффективной площадки для поддержания действующих и выработки новых правил мировой торговли, а также гарантии соблюдения членами многосторонней торговой системы своих обязательств в рамках организации, важно повысить эффективность реализации ею своих ключевых функций [9]. Этому, в свою очередь, будет способствовать устранение недостатков (нехватки) правового регулирования (*regulatory deficiency*) в тех сферах, которые уже охвачены соглашениями ВТО, включая также и вопросы исключений из общих правил.

Исключения по соображениям национальной безопасности

Право членов ВТО на использование исключений по соображениям национальной безопасности закреплено в ст. XXI Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ), ст. XIVbis Генерального соглашения по торговле услугами (ГАТС) и ст. 73 Соглашения ВТО по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС). В частности, ст. XXI ГАТТ, XIVbis ГАТС и 73 ТРИПС позволяют члену ВТО «предпринимать такие действия, которые [оно] считает необходимыми для защиты существенных интересов своей безопасности, [...] если они принимаются в военное время или в других чрезвычайных обстоятельствах в международной торговле» (подп. (b) (iii) соответствующих статей названных соглашений). Подпункт (c) упомянутых статей, в свою очередь, допускает введение торговых ограничений «в соответствии с обязательствами [члена ВТО] по Уставу Организации Объединенных Наций для сохранения международного мира и безопасности».

Применение ст. XXI ГАТТ было предметом рассмотрения в нескольких торговых спорах в ВТО, однако доклад Третьей группы не принимался ни по одному из них до утверждения доклада Третьей группы в споре «*Российская Федерация — меры в отношении транзита товаров*» (DS512) 26 апреля 2019 г. Таким образом, положения об исключениях по соображениям безопасности во многом остаются не истолкованными в праве ВТО.

В то же время растет число торговых мер, принимаемых членами ВТО со ссылкой на национальную безопасность. Так, 1 марта 2018 г. США при введении пошлин на сталь и алюминий (в нарушение своих обязательств в рамках ВТО, а именно I:1 и II:1(a) и (b) ГАТТ, и положений Соглашения ВТО о специальных защитных мерах) сослались на соображения национальной безопасности, т.е. на ст. XXI ГАТТ. При этом связь введенных мер

и национальной безопасности была не очевидной для большинства членов ВТО, в результате чего жалобы на действия США в Орган по разрешению споров (ОРС) ВТО были поданы ЕС, Россией, Китаем, Норвегией, Канадой, Мексикой, Индией, Турцией и Швейцарией [10]. Очевидно, что меры, применяемые по соображениям национальной безопасности, членами организации трактуются совершенно по-разному. Это указывает на то, что существуют определенные правовые пробелы в действующих правилах, которые могут быть восполнены в ходе реформы ВТО.

Краткий обзор решения по спору «Россия — меры в отношении транзита товаров»

В рамках упомянутого выше спора DS512 рассматривались меры Российской Федерации по ограничению транзитных перевозок из Украины через территорию России автомобильным и железнодорожным транспортом в отношении товаров, предназначенных для Республики Казахстан и Киргизской Республики, а также предполагаемого фактического применения этих ограничений на украинские перевозки в Монголию, Таджикистан, Туркменистан и Узбекистан [11, para. 7.1].

Украина утверждала, что указанные ограничительные меры не соответствуют обязательствам России по ст. V ГАТТ («Свобода транзита»), ст. X ГАТТ («Публикация и применение торговых правил») и обязательствам, содержащимся в Протоколе о присоединении Российской Федерации к ВТО. Россия же утверждала, что применяемые ограничительные меры обоснованы необходимостью защиты существенных интересов безопасности страны в связи с чрезвычайными обстоятельствами в международных отношениях (*emergency in international relations*), представляющими угрозу существенным интересам безопасности России. В связи с этим Россия ссылалась на исключения по соображениям безопасности в соответствии с подп. (iii) п. (b) ст. XXI ГАТТ [Ibid., para. 7.2–7.4], т.е. с положениями, позволяющими предпринимать такие меры, которые государство считает необходимыми для защиты существенных интересов своей безопасности, если такие меры принимаются в военное время или в других чрезвычайных обстоятельствах в международных отношениях. В качестве третьих сторон к спору присоединились: Австралия, Бразилия, ЕС, Индия, Канада, Корея, Молдова, Норвегия, Парагвай, Саудовская Аравия, Сингапур, США, Турция, Чили, Япония [11, para. 1.6].

Торговый спор DS512 позволил прояснить отдельные аспекты, связанные с положениями об исключениях по соображениям национальной безопасности, в том числе уточнить понятие «чрезвычайные обстоятельства в международных отношениях», некоторые критерии отнесения вопросов к существенным интересам национальной безопасности, а также определить наличие юрисдикции у Третьей группы на рассмотрение такого рода споров и т.д.

В отношении наличия у нее юрисдикции Третьей группа, со ссылкой в том числе на принцип *compétence de la compétence* (фр.)¹, заключает, что «[...] она имеет юрисдикцию определять, выполнены ли требования ст. XXI(b)(iii) ГАТТ-94» [11, para. 7.104].

При рассмотрении вопроса о так называемой «самоподсудности» ст. XXI ГАТТ (*self-judging clause*) [13, p. 23–26], которую связывают с текстом общей части п. (b): «которые она [договаривающаяся сторона] считает необходимыми» (*which it considers necessary*) для защиты существенных интересов своей безопасности, Третьей группа устанавливает следующее: «Из толкования Третьей группой ст. XXI(b) следует [...], что ст. XXI(b)(iii) ГАТТ 1994 г. не является полностью «самоподсудной» [11, para. 7.102].

Подробно рассмотрев понятие «чрезвычайные обстоятельства в международных отношениях», Третьей группа приходит к выводу, что это положение в тексте ст. XXI(b)(iii) ГАТТ подразумевает ситуацию вооруженного конфликта, скрытого вооруженного конфликта, повышенной напряженности или кризиса либо общей нестабильности, охватившей или окружающей государство [11, para. 7.111]. Третьей группа установила, что в 2014 г. в отношениях между Россией и Украиной существовала ситуация, которая представляет собой «чрезвычайные обстоятельства в международных отношениях» по смыслу подп. (iii) ст. XXI(b) ГАТТ, а каждая из рассматриваемых торговых мер России была принята *во время* этой чрезвычайной ситуации в международных отношениях [para. 7.76–7.77, 7.111, 7.126].

При анализе общей части ст. XXI ГАТТ, позволяющей членам ВТО «предпринимать такие действия, которые она [сторона] посчитает необходимыми для защиты существенных интересов своей безопасности», Третьей группа определила, что «существенные интересы безопасности» представляют собой такие интересы государства, которые связаны с осуществлением его основных функций, а именно: с защитой территории и населения от внешних угроз и поддержанием правового и общественного порядка внутри страны. При этом, по мнению арбитров, это не означает безграничной свободы государства в реализации его права по определению существенных интересов безопасности. Напротив, такое право ограничено его обязательством добросовестно (*in good faith*) толковать и применять ст. XXI(b)(iii) ГАТТ. Принцип *добросовестности*² в данном контексте обязывает чле-

1 В международном арбитраже такой принцип определяется как полномочия международного арбитража рассматривать и разрешать вопросы относительно своей юрисдикции. См.: [12, p. 853].

2 Принцип добросовестности является общим принципом права и принципом общего международного права, лежащим в основе всех международных догово-

нов ВТО не использовать исключения по ст. XXI ГАТТ в обход их обязательств по ГАТТ [11, para. 7.130–7.132].

Таким образом, общим выводом по данному спору может быть следующее: в то время как положение ст. XXI(b) (и по аналогии ст. XIVbis:1(b) ГАТС и 73(b) ТРИПС) предусматривают *объективный анализ* (т.е. могут быть подвергнуты тщательному изучению и рассмотрению в ходе разбирательства), *общая часть (chapeau)* ст. XXI(b) применяется с опорой на *принцип добросовестности (good faith)* и, следовательно, предполагает менее тщательную проверку в ходе разрешения спора.

Недостаточность правового регулирования

Результаты спора «Россия — меры в отношении транзита товаров» (DS512) продемонстрировали, среди прочего, что положения ст. XXI ГАТТ нечетко очерчивают границы применения исключений по соображениям национальной безопасности. В ходе указанного разбирательства удалось прояснить некоторые моменты, такие как наличие юрисдикции у третейской группы, неполная «самоподсудность» положений ст. XXI ГАТТ, критерии соответствия положениям общей части (*chapeau*) ст. XXI(b) ГАТТ, значения терминов и выражений «чрезвычайные обстоятельства в международных отношениях», «существенные интересы безопасности», «действия, которые она [сторона] посчитает необходимыми» и т.д.

Вместе с тем продолжает существовать неопределенность относительно границ при применении исключений по соображениям безопасности. Во-первых, остаются открытыми вопросы относительно толкования других видов ситуаций (не только во время войны или иных чрезвычайных обстоятельств в международных отношениях по ст. XXI(b)(iii) ГАТТ), при которых возможно применение исключений по соображениям безопасности. Во-вторых, решение Третейской группы формально относится только к *предмету спора* и не создает, строго говоря, никаких правовых последствий для применения ст. XXI ГАТТ в *иных ситуациях*. Кроме того, в решении не содержится важных с точки зрения практического применения мер по соображениям безопасности таких условий или параметров, регламентирующих их применение, как временный характер, транспарентность, компенсации и др. В-третьих, применение исключений по соображениям безопасности в контексте ГАТС или ТРИПС также может отличаться. Статья XIVbis ГАТС особенно имеет свои текстуальные отличия, а также дополнительное обязательство по транспарент-

ров, что закреплено в ст. 31.1 («Договор должен толковаться добросовестно...») и ст. 26 («[...] договор [...] должен ими [участниками] добросовестно выполнять») Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.

ности (ст. XIVbis:2 ГАТС), т.е. об уведомлении Секретариата ВТО и членов организации о мерах, вводимых и применяемых по соображениям безопасности. В-четвертых, многие региональные торговые соглашения (РТС) содержат исключения по соображениям безопасности, схожие с предусмотренными в праве ВТО. При этом в РТС, как правило, существуют оговорки о том, что ничто не ущемляет прав и обязательств участников РТС по соглашениям ВТО. Например, положения об исключениях по национальной безопасности содержатся в Соглашении о всеобъемлющем и прогрессивном Транстихоокеанском партнерстве [14, ст. 29.2], новом Соглашении между США, Мексикой и Канадой [15; ст. 32.2], а также в Договоре о ЕАЭС [6, ст. 29]¹.

Таким образом, одной из задач, без решения которой не может быть проведена эффективная реформа ВТО, является *определение «границ» использования мер, принимаемых по соображениям безопасности*. Для бесперебойной работы организации имеющиеся пробелы в праве ВТО в части положений о национальной безопасности должны быть сужены. При этом не должен быть нанесен ущерб суверенным правам государств на обеспечение национальной безопасности.

Перспективы развития положений об исключениях в праве ВТО

С учетом изложенного, а также предпосылок и условий реформы ВТО, целесообразно подготовить предложения об уточнении ст. XXI ГАТТ, XIVbis ГАТС и 73 ТРИПС для того, чтобы по возможности уменьшить имеющиеся пробелы в праве ВТО в части положений о национальной безопасности.

Основными элементами возможных будущих договоренностей между членами ВТО, которые способствовали бы устранению правового вакуума в толковании ст. XXI ГАТТ, XIVbis ГАТС и 73 ТРИПС, могут быть следующие.

1. *Юрисдикция*. Долгое время положения ст. XXI ГАТТ не толковались третейскими группами в рамках ВТО. До спора между Россией и Украиной (DS512) положения указанной статьи ни разу не были рассмотрены по существу. Это же касается и аналогичных положений в ГАТС и ТРИПС, только в данном случае соответствующие статьи даже не становились предметом спора. В связи с этим оставался открытым вопрос относительно наличия у Третейской группы юрисдикции на рассмотрение исключений по соображениям безопасности.

¹ Следует отметить, что существуют определенные особенности, характерные для оспаривания в ОРС ВТО мер, принятых в рамках ЕАЭС. Подробнее об основных особенностях см. [17, с. 14–27].

В названном споре о транзите товаров Третьей группой впервые определено, что «[...] она имеет юрисдикцию определять, выполнены ли требования ст. XXI(b)(iii) ГАТТ-1994» [11, para. 7.104]. Иными словами, тот факт, что определение существенных интересов своей безопасности — неотъемлемое право членов ВТО, как и тех мер, которые они считают необходимыми для их защиты, не препятствует третьей группе проверять действия членов ВТО на предмет соответствия требованиям конкретных положений об исключениях по соображениям безопасности в соответствии со ст. XXI ГАТТ-94, XIVbis ГАТС или 73 ТРИПС. В противном случае действия США в отношении стали и алюминия были бы обоснованными по определению лишь в силу того факта, что США заявили о наличии угрозы существенным интересам своей безопасности. Следовательно, выработанный Третьей группой подход в рамках спора DS512 может быть закреплен в проекте предложений России об интерпретации положений об исключениях по соображениям безопасности.

2. *Транспарентность*. Не менее важным аспектом при уточнении положений об исключениях по соображениям безопасности является вопрос транспарентности в применении торговых мер со ссылкой на ст. XXI ГАТТ-94, XIVbis ГАТС или 73 ТРИПС.

В ходе переговоров по разработке ст. XXI ГАТТ-47 стороны сомневались относительно необходимости нотификации (уведомления) договаривающихся сторон о мерах, вводимых по соображениям безопасности. Однако после кризиса с Фолклендскими островами (в результате событий, связанных с вооруженным конфликтом между Великобританией и Аргентиной, когда Европейские сообщества ввели ограничительные меры против Аргентины со ссылкой на ст. XXI), сторонами ГАТТ-47 было принято «Решение в отношении ст. XXI Генерального соглашения [по тарифам и торговле]» 30 ноября 1982 г. [18]. Этим решением было предусмотрено уведомление договаривающихся сторон ГАТТ о мерах, принимаемых в соответствии со ст. XXI ГАТТ, за исключением случаев, предусмотренных п. (а) данной статьи, т.е. о возможности не предоставлять информацию, раскрытие которой противоречит существенным интересам безопасности [19, para. 1].

Кроме того, параграф 2 ст. XIVbis ГАТС предусматривает необходимость уведомления членами ВТО о принятии торговых мер в соответствии с положениями данной статьи в Совет ВТО по торговле услугами, а также об отмене таких мер. В качестве подтверждения намерения членов ВТО нотифицировать меры, принимаемые по ст. XIVbis:2 ГАТС, можно привести документ «Руководящие принципы в отношении уведомлений в соответствии с Генеральным соглашением по торговле услугами», утвержденный решением Совета ВТО по торговле услугами 1 марта 1995 г. [20, р. 2.4]. Руководящие принципы устанавливают формат уведомлений, направляемых членами ВТО в Совет по торговле услугами. С правовой точки зрения этот документ, конечно, является элементом «мягкого» права (*soft law*). Тем не менее в нем достаточно четко обозначено

намерение членом организации нотифицировать в том числе и меры, принимаемые по соображениям безопасности. Однако обязательства по предоставлению уведомлений на практике не соблюдаются. В 2018 г. ни Австралия при введении ограничений в отношении китайского 5G-оборудования и его обслуживания, ни США при введении тарифов на сталь и алюминий со ссылкой на исключения по соображениям национальной безопасности не предоставляли соответствующие нотификации в Секретариат ВТО.

В будущие договоренности по уточнению положений ст. XXI ГАТТ-94, XIVbis ГАТС или 73 ТРИПС целесообразно включить положения о транспарентности, которые бы предусматривали как представление нотификаций в Секретариат ВТО, так и уведомление пострадавших от введения ограничительных мер членом организации.

3. *Квалификация ограничений и принцип добросовестности.* Общий вывод в отношении положений ст. XXI(b) ГАТТ (и по аналогии ст. XIVbis:1(b) ГАТС и 73(b) ТРИПС) следующий: в то время как *подп. ст. XXI(b) ГАТТ* предусматривают *объективный анализ* (т.е. могут быть подвергнуты тщательному изучению и рассмотрению в процессе разбирательства), *общая часть (chapeau)* ст. XXI(b) применяется с опорой на *принцип добросовестности (good faith)* и, следовательно, предполагает чуть менее тщательную проверку в ходе разрешения спора.

В связи с этим в предложения о толковании исключений по соображениям безопасности целесообразно включить положения, связанные:

- с уточнением понятий ограничений, перечисленных в рамках п. (b) соответствующих ст. ГАТТ, ГАТС и ТРИПС (расщепляемые материалы, снабжение вооруженных сил, чрезвычайные обстоятельства в международных отношениях);
- разъяснением значения добросовестного толкования при отсылке к исключениям по соображениям безопасности.

Отдельным элементом данного раздела будущих договоренностей должно быть уточнение значения обязательств членом ВТО по Уставу ООН.

Термины, предусмотренные *подп. (iii) ст. XXI(b) ГАТТ, XIVbis:1(b) ГАТС и 73(b) ТРИПС*, уже были истолкованы Третьей группой в споре DS512. Так, «*чрезвычайные обстоятельства в международных отношениях*» в тексте ст. XXI(b) (iii) ГАТТ подразумевают ситуацию вооруженного конфликта, скрытого вооруженного конфликта, повышенной напряженности или кризиса или общей нестабильности, охватившей или окружающей государство [11, para. 111].

Третья группа заключает, что, поскольку фраза «принимаются во время» — это объективный факт, а «чрезвычайные обстоятельства в международных отношениях» — объективное положение дел в международных отношениях, то можно объективно определить, что меры «принимаются во

время» «чрезвычайных обстоятельств в международных отношениях» [11, para. 7.70].

В отношении двух других подпунктов ст. XXI(b) ГАТТ (расщепляемые материалы и снабжение вооруженных сил) Третьейская группа в споре DS512 обратила внимание на фразу «[меры] относящиеся к» (*relating to*) и указала на то, что такая фраза, скорее всего, должна читаться в том же смысле, что и аналогичная фраза в рамках ст. XX ГАТТ («Общие исключения»), где Апелляционным органом было установлено, что *relating to* означает «близкую и истинную связь цели и средств» между мерой и целью члена ВТО, принимающего такую меру [21]. Следовательно, в то время как подп. (iii) ст. XXI(b) ГАТТ (чрезвычайные обстоятельства в международных отношениях) требует, чтобы мера была принята «во время» таких обстоятельств, меры, принятые в соответствии с подп. (i) и (ii), должны будут иметь «близкую и истинную связь между целью и средствами» ее достижения. Весьма вероятно, что при использовании положений об исключениях по соображениям безопасности по сравнению с положениями об общих исключениях будет сложнее установить связь между мерами и «существенными интересами безопасности» или (по крайней мере), это потребует дополнительного частичного раскрытия информации о таких интересах.

Положения ст. XXI(b)(i) ГАТТ, XIVbis:1(b)(ii) ГАТС и 73(b)(i) ТРИПС (меры «в отношении расщепляемых материалов или материалов, из которых они производятся») при возникновении спора, вероятно, потребуют толкования термина «*расщепляемые материалы*». В связи с этим, следуя правилам толкования терминов в соответствии со ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. (в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора), целесообразно обратиться к определению термина «расщепляемые материалы» в словаре Международного агентства по атомной энергии (МАГАТЭ) *International Atomic Energy Agency*, IAEA): «расщепляемый (материал), — т.е. способный подвергаться расщеплению», где «расщепление — это деление тяжелого ядра (*nucleus*) на две части, сопровождающееся выделением относительно большого количества энергии и, как правило, одного или нескольких нейтронов» [23]. Таким образом, «расщепляемые материалы» относятся к материалам, используемым в ядерной/атомной (*nuclear*) энергетике. Аналогичный подход к данному определению содержится в Руководстве в области атомной энергетики 2011 г.¹

1 «Два элемента, плутоний и уран, имеют вариации (изотопы), которые при попадании в дополнительный нейтрон, движущийся медленно, будут расщепляться — посылая свои нейтроны врезаться в другие атомы, вызывая их расщепление. Все это действие, называемое расщеплением, генерирует энергию. Поскольку расщепление происходит в ядре, энергия называется ядерной (атомной) энергией» [23].

Кроме того, в истории переговоров по разработке ст. XXI ГАТТ содержится свидетельство о том, что глава делегации Австралии, д-р Кумбс, в ходе обсуждения пп. (i) указал на вероятную необходимость отделения торговых аспектов от аспектов, связанных с безопасностью, при обсуждении вопроса о расщепляемых материалах, поскольку атомная энергия в скором времени может стать важным источником промышленной энергии [24, p. 16].

Принимая во внимание упомянутое выше толкование термина «расщепляемые материалы», а также тот факт, что атомная энергия действительно может использоваться в промышленных целях на атомных электростанциях, целесообразно инкорпорировать эти уточнения в проект возможных договоренностей членов ВТО относительно ст. XXI(b)(i) ГАТТ, XIVbis:1(b)(ii) ГАТС и 73(b)(i) ТРИПС.

Положения ст. XXI(b)(ii) ГАТТ, XIVbis:1(b)(i) ГАТС и 73(b)(ii) ТРИПС (меры «в отношении торговли оружием [...] которая осуществляется, прямо или косвенно, для целей снабжения вооруженных сил») в первую очередь требуют толкования термина «вооруженные силы» (*a military establishment*), поскольку снабжение вооруженных сил является целью принимаемых ограничительных торговых мер. Кроме того, именно это «назначение» оспаривалось в первом споре со ссылкой на XXI ГАТТ-47 — *US — Export Restrictions (Czechoslovakia)* (1949) [25], когда США в соответствии с Планом Маршалла применяли экспортные ограничения в отношении продукции военного назначения для стран Восточной Европы, поскольку не хотели усиливать военный потенциал (*military potential*) Восточной Европы. Чехословакия же в ответ возражала, что «военный потенциал» и ст. XXI(b)(ii) ГАТТ (торговля оружием... «для целей снабжения военных сил»), на которые ссылались США, не имеют ничего общего [26, p. 3–4]¹. В июне 1949 г. Чехословакия запросила Генеральный совет ГАТТ вынести решение относительно того, соответствовали ли действия США их обязательствам по ГАТТ, однако в процессе голосования жалоба Чехословакии была отклонена: 17 против 1 (3 делегации воздержались) [26, p. 4].

При этом в одной из предыдущих черновых версий статьи об исключениях по соображениям безопасности (ст. 99 Гаванской хартии о создании Международной торговой организации) подп. (b)(ii) дополнительно включал следующую фразу: «[для целей снабжения...] военных сил любой другой страны» (*military establishment of any other country*)². Иными словами, можно

1 «The Representative of Czechoslovakia had sought to draw a distinction between, on the one hand, traffic “directly or indirectly for the purpose of supplying the military establishment” and, on the other hand, “war potential”» [26, p. 3–4].

2 *Havana Reports*, p. 118, para. 32 and p. 145–147.

предположить, что стороны ГАТТ при разработке текста исключений имели в виду более широкое понимание понятия *military establishment*.

Несмотря на то, что в споре *US — Export Restrictions (Czechoslovakia)* (1949) вопрос о соблюдении требований ст. XXI(b)(ii) ГАТТ не был рассмотрен по существу Генеральным советом, в протоколе заседания содержится указание на возможную интерпретацию понятия «товары для снабжения вооруженных сил»: «товары такой природы, которая могла бы способствовать наращиванию военного потенциала» [26, р. 4].

Black's Law Dictionary, к определениям которого прибегает также и Третейская группа в споре против России по мерам в отношении транзита товаров, определяет термин «вооруженные силы» как *of or relating to the armed forces* [27].

Большое значение в интерпретации ст. XXI(b)(ii) ГАТТ, XIVbis:1(b)(i) ГАТС и 73(b)(ii) ТРИПС играет фраза «для целей [снабжения вооруженных сил]». Очевидно, что достаточно большое количество товаров имеют не только военное, но и гражданское назначение. Такая логика подтверждается работой Женевской сессии Подготовительного комитета в связи с разработкой ст. 37(g), впоследствии ставшей ст. XX(g), а уже затем — частью ст. XXI ГАТТ) [28, р. 19].

Несмотря на то что на сегодняшний день США не уточнили, в соответствии с каким конкретно положением ст. XXI ГАТТ были введены тарифы на сталь и алюминий, гипотетически можно предположить, что подп. (ii) (снабжение вооруженных сил) и (iii) (чрезвычайные обстоятельства) могут быть наиболее вероятным выбором причины введения тарифов (методом исключения, поскольку меры США явно не относятся к расщепляемым материалам, как и к обязательствам страны по Уставу ООН). При этом с учетом решения по спору между Россией и Украиной (DS512), где установлен достаточно высокий «стандарт» соответствия критериям ст. XXI(b)(iii) ГАТТ (чрезвычайные обстоятельства в международных отношениях подразумевают войну или вооруженный конфликт), становится очевидно, что США не смогут доказать наличие таких чрезвычайных обстоятельств в отношениях с Китаем, ЕС, Канадой, Мексикой и многими другими членами ВТО, которых затронули их меры.

Таким образом, теоретически США могут задействовать ст. XXI(b)(ii) ГАТТ, ссылаясь на то, что товары из стали и алюминия используются «для целей снабжения вооруженных сил». Третейская группа в споре DS512 уже указала на то, что в этом случае необходимо будет доказать *close and genuine relationship between ends and means* [21, para. 36; 5.90], т.е. тесную связь между существенными интересами безопасности (в определении которых у США есть свобода действий) и средствами, выбранными для их достижения, т.е. принимаемыми торговыми мерами. Но не менее важно и непосредственное

назначение товаров, в производстве которых используются сталь и алюминий и которые стали предметом повышенных пошлин. Соответственно, в рамках интерпретации положений об исключениях по соображениям безопасности следует сделать акцент на том, чтобы такие товары (или услуги) предназначались исключительно (или же в первую очередь) для снабжения вооруженных сил. Эти положения помогли бы избежать попыток уклонения от своих обязательств членов ВТО и предотвратить принятие ими протекционистских мер.

Кроме того, в будущих договоренностях между членами ВТО по толкованию положений об исключениях по соображениям безопасности следует закрепить и *принцип добросовестности*, в том числе применительно к определению существенных интересов своей безопасности членами ВТО. Как было определено Третьей группой в споре DS512, «*существенные интересы безопасности*» представляют собой такие интересы государства, которые связаны с осуществлением его основных функций, а именно — с защитой территории и населения от внешних угроз и поддержанием правового и общественного порядка внутри страны. Однако, по мнению членов Третьей группы, это не означает безграничной свободы государства в реализации его права по определению существенных интересов безопасности, напротив, данное право ограничено обязательством государства добросовестно (*in good faith*) толковать и применять ст. XXI(b)(iii) ГАТТ. Принцип *добросовестности* в данном контексте обязывает членов ВТО не использовать исключения по ст. XXI ГАТТ в обход их обязательств по ГАТТ [11, para. 7.130–7.132].

Наконец, уточнению также подлежит и п. (с) ст. XXI ГАТТ, XIVbis:1 ГАТС и 73 ТРИПС, позволяющий членам ВТО принимать меры во исполнение своих обязательств в соответствии с Уставом ООН.

Весь ход переговоров по ст. XXI(c) ГАТТ указывает на то, что договаривающиеся стороны стремились подчеркнуть первостепенную роль ООН в принятии решений, касающихся вопросов международного мира и безопасности, а также политических вопросов. Статья 86 Устава Международной торговой организации (МТО) содержала следующее пояснение (параграф 3): «Члены признают, что Организация [МТО] не должна стремиться предпринимать действия, которые каким-либо образом связаны с вынесением решений по существу политических вопросов. Соответственно, и во избежание конфликта ответственности между Организацией Объединенных Наций и Организацией [МТО] в отношении таких вопросов, любая мера, принимаемая членом непосредственно в связи с политическим вопросом и представленная в Организации Объединенных Наций в соответствии с положениями главы IV [Генеральная Ассамблея] или VI [Мирное разрешение споров] Устава Организации Объединенных Наций, *считается подпадающей под сферу действия Организации Объединенных Наций и не подпадающей под действие положений настоящего Устава*».

Кроме того, в контексте уточнения положений п. (с) следует обратить внимание на то, что в споре между Россией и Украиной Третья группа приняла во внимание тот факт, что наличие чрезвычайных обстоятельств в международных отношениях было подтверждено Генеральной ассамблеей ООН [11, para. 7.137], несмотря на отсутствие такого критерия для определения чрезвычайных обстоятельств в тексте п. (iii) ст. XXI(b) ГАТТ. Первостепенная роль ООН в принятии решений относительно международного мира и безопасности бесспорна. Это также означает, что при принятии торговых мер по политическим вопросам члены ВТО должны опираться на решения ООН в этом отношении и в особенности ее Совета Безопасности.

4. *Пропорциональное приостановление уступок.* Последним, но не менее важным элементом возможных договоренностей членов ВТО в отношении исключений по соображениям безопасности может стать закрепление права на пропорциональное приостановление уступок. Произвольное применение ограничительных торговых мер без наличия соответствующей санкции Совета Безопасности ООН широко распространено. Зачастую целью таких мер является ослабление внешнеэкономических позиций и безопасности государства, против которого они направлены. Очевидно, что в этих условиях «существенные интересы безопасности» пострадавшего государства включают необходимость защиты внешнеэкономической безопасности.

В связи с этим целесообразно закрепить возможность члена ВТО, в случае применения против него односторонних произвольных ограничительных мер (в нарушение норм ВТО), вводить встречные меры в силу ст. XXI ГАТТ-94, XIVbis ГАТС или 73 ТРИПС. При этом такие меры должны применяться автоматически и представлять собой пропорциональное приостановление уступок в отношении члена ВТО, применившего односторонние ограничительные меры.

Заключение

Рассмотренные условия и предпосылки реформы ВТО позволяют сделать вывод о том, что текущая ситуация в международных экономических отношениях, кризис в ВТО, а также недавние события, такие как введение США импортных пошлин на сталь и алюминий со ссылкой на национальную безопасность (ст. XXI ГАТТ), указывают на недостаточность правового регулирования в охваченных соглашениями ВТО сферах. Для бесперебойной работы организации имеющиеся пробелы в праве ВТО в части исключений по соображениям национальной безопасности в праве ВТО должны быть сокращены.

В контексте реформы ВТО требуют толкования и уточнения отдельные положения об исключениях по соображениям национальной безопасности.

Возможные будущие договоренности об интерпретации положений ст. XXI ГАТТ, XIVbis ГАТС и 73 ТРИПС могут включать следующие элементы:

- юрисдикция третейских групп (закрепление подходов, выработанных Третейской группой по спору «Россия — меры в отношении транзита товаров» (DS512));
- транспарентность (нотификация торговых мер, применяемых в соответствии с исключениями по соображениям безопасности);
- квалификация ограничений (условия применения членами ВТО торговых мер для защиты существенных интересов своей безопасности или во исполнение своих обязательств по Уставу ООН) и принцип добросовестности;
- пропорциональное приостановление уступок (право государств на защиту существенных интересов своей безопасности в ответ на принятые в отношении него другим членом ВТО односторонние меры).

Источники

- [1] *Marceau G.* General Presentation of the WTO Agreement, 2005. UN Legal Documents. URL: <<https://legal.un.org/avl/>> (UN Audiovisual Library of International Law).
- [2] *Joost H.B., Guzman A., Hillman R.W.* International Trade Law. 3rd ed. N.Y.: Wolters Kluwer, 2016.
- [3] Joint Communiqué of the Ottawa Ministerial on WTO Reform. European Commission (Trade). 2018. October. URL: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/october/tradoc_157466.pdf>.
- [4] Joint Statement on Trilateral Meeting of the Trade Ministers of the United States, Japan, and the European Union. European Commission (Trade). 2018. September. URL: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157412.pdf>.
- [5] Procedures to Enhance Transparency and Strengthen Notification Requirements under WTO Agreements. European Commission (Trade). 2019. January. URL: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/january/tradoc_157633.pdf>.
- [6] Proposals to Reform the WTO Appellate Body. European Commission (Trade). 2018. November. URL: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/november/tradoc_157514.pdf>.
- [7] Информационное агентство ТАСС: «Орешкин: реформу ВТО в Давосе без США обсудили более конструктивно, чем с ними». URL: <<https://tass.ru/ekonomika/6043099> (30 ноября 2018 г.)>.

- [8] Вести. Экономика (ВГТРК): «Минэкономразвития: Россия предлагает создать рабочую группу в рамках G20 для обсуждения реформ ВТО». URL: <<https://www.vestifinance.ru/articles/111088>> (25 января 2019 г.).
- [9] Марракешское соглашение о создании ВТО. 1994. URL: <<https://www.wto.org/>>.
- [10] Requests for the establishment of a panel. United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products. WT/DS544/8, WT/DS547/8, WT/DS548/14, WT/DS550/11, WT/DS551/11, WT/DS552/10, WT/DS554/17, WT/DS556/15, WT/DS564/15. URL: <<https://docs.wto.org/>> (WTO Documents Online).
- [11] Panel Report. Russia — Traffic in Transit (DS512). WT/DS512/R, 5 April 2019. URL: <<https://docs.wto.org/>> (WTO Documents Online).
- [12] *Born G.B.* International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2nd ed. Zuidpoolsingel (Netherlands), 2014.
- [13] *Boklan D., Absaliyev V., Kurnosov Yu.* Are Restrictive Measures and Counter-measures Justifiable by WTO Security Exceptions: objective or subjective approach? // *Moscow Journal of International Law*. 2018. No. 3. P. 23–26.
- [14] Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP), Auckland, 2016. Ch. 29 “Exceptions and General Provisions”. URL: <<https://www.mfat.govt.nz/>> (New Zealand Foreign Affairs and Trade).
- [15] Agreement between the United States, the Mexican States, and Canada (USMCA), Buenos-Aires, 2018. Ch. 32 “Exceptions and General Provisions”. URL: <<https://ustr.gov/trade-agreements/>> (Office of the United States Trade Representative — Free Trade Agreements).
- [16] Договор о Евразийском экономическом союзе (Астана, 2014 г. Разд. VI «Функционирование таможенного союза». URL: <http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_163855/> (Консультант Плюс).
- [17] *Боклан Д.С., Тонких П.С., Козлова М.Ю.* Спор «Россия — Железнодорожное оборудование» и другие споры об оспаривании мер Евразийского экономического союза в Органе по разрешению споров ВТО // *Международное правосудие*. 2018. № 3 (27). С. 14–27.
- [18] *Delimatsis P., Cottier Th.* Article XIV bis GATS: Security Exceptions. ResearchGate, October 2008. URL: <<https://www.researchgate.net/>>.
- [19] Decision Concerning Article XXI of the General Agreement of 30 November 1982: L/5426 of 2 December 1982 (GATT Secretariat). URL: <<https://docs.wto.org/>> (WTO Documents Online — GATT Documents).

- [20] Guidelines for Notifications under the General Agreement on Trade in Services, Decision of the Council for Trade in Services of 1 March 1995 (S/L/5 of 4 April 1995). URL: <<https://docs.wto.org/>> (WTO Documents Online).
- [21] Appellate Body Reports, US — Shrimp (DS58), China — Raw Materials (DS394, DS395, DS398), China — Rare Earths (DS431, DS432, DS433). URL: <<https://docs.wto.org/>> (WTO Documents Online).
- [22] International Atomic Energy Agency Safety Glossary: Terminology Used in Nuclear Safety and Radiation Protection. Vienna: IAEA, 2007.
- [23] *Tashbook L.* Nuclear Law Research Guide. GlobaLex (Hauser Global Law School Program). N.Y., 2011. October.
- [24] Commission A — Verbatim Report — Thirtieth Meeting of Commission A Held on Wednesday. 16 July 1947, at 2.30 p.m. in the Palais des Nations, Geneva, E/PC/T/A/PV/30, (16 July 1947), WTO archives.
- [25] GATT Documents. Panel Report, US — Export Restrictions (Czechoslovakia) (1949), GATT/CP.3/SR.22, Corr.1; GATT/CP.3/SR.20. URL: <https://docs.wto.org/> (WTO Documents Online).
- [26] GATT Documents. Panel Report, US — GATT / Export Restrictions (Czechoslovakia) (1949), GATT/CP.3/SR.20 (WTO Documents Online).
- [27] Black's Law Dictionary. 9th ed. / B.A. Garner (ed.). St. Paul, MN: West Group, 2009.
- [28] GATT Documents. UN Economic and Social Council — [Preparatory Committee of the UN Conference on Trade and Employment] — Second Session — [Commission A] — Verbatim Report EPCT/A/PV/36. URL: <<https://docs.wto.org/>> (WTO Documents Online).

Tonkikh P.¹

Security Exceptions in the Context of the WTO Reform²

The article is devoted to the prospects of reviewing security exception provisions under the law of the World Trade Organization (WTO) in the context of the ongoing WTO reform. The author provides a comprehensive assessment on the prospects of reviewing security exception provisions under the WTO law and puts forward specific proposals on further development of these provisions.

Keywords: *WTO, national security exception, self-judging clause, essential security interests, emergency in international relations, transparency, good faith.*

Статья поступила в редакцию 2 октября 2019 г.

1 Polina Tonkikh — Director-General of the Autonomous non-profit organization «Center for Expert Assessment of the Issues of the WTO». E-mail: <tonkikh.polina@gmail.com>.

2 The paper has been prepared strictly in the author's personal capacity. The views expressed therein should not be attributed to any organizations with which the author is affiliated.