

Экономические санкции и их оспаривание в ВТО в контексте исключений по соображениям национальной безопасности (статья XXI:(b)(iii) ГАТТ)*

Алексей Петренко **

Статья посвящена изучению того, как международное экономическое право переплетено с суверенитетом государств и их правом на регулирование. Для раскрытия этого сложного взаимоотношения автор рассматривает особый случай: обжалование экономических санкций в ВТО. Успех такого обжалования зависит от того, может ли государство обойти исключения по соображениям национальной безопасности, указанные в статье XXI:(b)(iii) ГАТТ. Эти правила-изъятия часто рассматриваются как камень преткновения на пути к плодотворному разрешению подробных споров в ВТО, поскольку они наделяют государства практически неограниченной свободой усмотрения. Определение пределов этой свободы усмотрения и является целью представленного исследования, в ходе которого автор пришёл к двум основным выводам. Несмотря на «себеподсудный» характер этого положения, недобросовестные меры, принимаемые государством, не будут пользоваться защитой статьи XXI:(b)(iii) ГАТТ. Кроме того, недавние дела в Органе ВТО по разрешению споров с участием Китая подают тревожный сигнал о том, что рассматриваемые исключения по соображениям безопасности, судя по всему, не распространяются автоматически на уступки государств – членов ВТО, заключённые в протоколах об их присоединении к организации и имеющие отношение к торговле товарами.

→ ВТО, санкции, исключения по вопросам национальной безопасности, статья XXI ГАТТ, протоколы о вступлении в ВТО, право единоличного усмотрения государств, добросовестность

DOI: 10.21128/2226-2059-2016-2-69-86

1. Введение

Не так давно, 21 декабря 2015 года, Европейский Союз принял очередное решение о продлении санкций в отношении России¹. В свою очередь, министр экономического развития

России А. В. Улюкаев ещё в июне 2015 года категорично отметил, что Россия не собирается снимать продовольственные «антисанкции» до тех пор, пока ограничительные меры Европейского Союза будут продолжать действовать против России². Хотя эта игра в пинг-понг и оживила дискуссии о санкциях в целом и против России конкретно³, подобное

* Статья представляет собой конкурсную работу, удостоенную в 2016 году Премии «Международное право в XXI веке» за лучшую научную работу по международному публичному праву. Публикуется с незначительными изменениями и дополнениями. Конкурсная работа в свою очередь была основана на работе, представленной в 2015 году на конкурс научных работ по международному экономическому праву, проводимый Обществом международного экономического права (Society of International Economic Law). По итогам этого конкурса работа была особо отмечена жюри («Highly Commended») и опубликована на сайте Общества (<http://www.sielnet.org/essayprize>).

** Петренко Алексей Владимирович – магистр права (LL.M.) (Georg-August-Universität Göttingen), докторант Гёттингенского университета (e-mail: alex.petrenko39@gmail.com).

¹ См.: Russia: EU extends economic sanctions by six months. URL: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/12/21-russia-sanctions/> (дата обращения: 26.05.2016).

² См.: Улюкаев: РФ сохранит продовольственное эмбарго в случае продления санкций ЕС // РИА Новости. 2015. 18 июня. URL: <http://ria.ru/economy/20150618/1075959221.html> (дата обращения: 26.05.2016).

³ На тему санкций против России подробнее см.: Рачков И. В. Экономические санкции с точки зрения права ГАТТ/ВТО // Международное правосудие. 2014. № 3(11). С. 93–113; Гудков И. В., Мизулин Н. М. «Санкционная война» ЕС и России в свете права ВТО // Право ВТО. 2014. № 2. С. 46–52.

применение санкций не является исключением. Напротив, санкции являются излюбленным элементом государственной политики. При этом речь идёт об односторонних «мерах, применяемых страной для принуждения к исполнению международного соглашения или норм поведения обычно в форме ограничений в торговле...» вне рамок особых правовых режимов, каким, к примеру, является Всемирная торговая организация (*далее* — ВТО)⁴. Тщательное изучение мировой практики санкций в международных отношениях показывает, что как страны, так и международные организации налагают их не так редко, как кажется на первый взгляд⁵. В отношении распространённости данного инструмента международной политики очень показательным является пример Соединённых Штатов Америки: на 2006 год более чем 90 государств были затронуты санкциями со стороны США. При этом речь идёт о санкциях не только в отношении таких стран, которые регулярно подвергаются критике из Вашингтона, — это Северная Корея, Куба, Китай и Россия, но и тех, которых принято считать *партнёрами* США, таких как Канада, Мексика и Кипр⁶.

Трудно представить, что все введённые санкции соответствуют международному праву. В поисках способа проверки этого тезиса именно международные институты, судебные и квазисудебные органы представляются наиболее подходящими форумами для разрешения споров о легитимности санкций. В этом плане автор статьи ставит перед собой вопрос, является ли ВТО, на которую многие возлагают надежды в разрешении споров о санкциях⁷, действительно таким подходящим форумом для определения правомерности экономических санкций. Для целей данной статьи и с учётом важности определения по-

следствий для торговли товарами поставленный вопрос будет освещён преимущественно в отношении Генерального соглашения по тарифам и торговле (*далее* — ГАТТ).

Для ответа вначале будет дано пояснение, может ли Орган ВТО по разрешению споров (*далее* — ОРС) рассматривать дела, в которых предметом спора являются экономические санкции. На следующем этапе фокус статьи переместится в плоскость анализа главного препятствия, существующего в ВТО на пути разрешения споров в пользу государств, затронутых санкциями, а именно будут проанализированы отдельные исключения по соображениям национальной безопасности (ст. XXI:(b)(iii) ГАТТ). Такого рода исключения позволяют государствам в одностороннем порядке принимать меры для защиты своих интересов в этой сфере и поэтому представляют собой наиболее подходящие основания для оправдания возможных нарушений права ВТО. В ходе детального анализа будет сделано два ключевых вывода данного исследования. Для начала автор попытается сформулировать правовой тест, с помощью которого третейские группы и Апелляционный орган могут проверять меры государств, даже когда они потенциально подпадают в ВТО под исключения по соображениям безопасности. Затем, несмотря на «непробиваемость» данных исключений, автор предпримет попытку доказать, что есть случаи, в которых они не могут быть применены.

2. Разрешение споров в ВТО и односторонние экономические санкции

Введённые в одностороннем порядке экономические санкции часто ограничивают не только импорт в страну, находящуюся под ними, но и экспорт из неё, а также блокируют финансовую поддержку — займы, свободное передвижение капитала или вводят иные сравнимые ограничения⁸. Помимо этой фактической стороны вопроса, государства зача-

⁴ Sanction // Oxford Dictionaries. URL: <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/sanction> (дата обращения: 26.05.2016).

⁵ См.: McGee R. W. Economic Sanctions and International Law. URL: <http://ssrn.com/abstract=955972> (дата обращения: 26.05.2016). P.2.

⁶ См.: Ibid. P.2.

⁷ См., например: Базанова Е., Лютова М. ВЭБ хочет, чтобы Россия оспорила санкции. Госкорпорация хочет помочь подготовиться к процессу // Ведомости. 2015. 22 июля. URL: <http://www.vedomosti.ru/politics/articles/2015/07/22/601615-veb-hochet-chtobi-rossiya-osporila-sanktsii> (дата обращения: 26.05.2016); Чижов В. А. Россия может оспорить санкции ЕС через ВТО // Коммерсант.ру. 2014. 1 августа. URL: <http://www.kommersant.ru/doc/2537981> (дата обращения: 26.05.2016).

⁸ См.: Bossuyt M. The Adverse Consequences of Economic Sanctions on the Enjoyment of Human Rights. Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights. Commission on Human Rights. Economic and Social Council: Working Paper No. E/CN.4/Sub.2/2000/33. June 2000. URL: <https://www.globalpolicy.org/global-taxes/42501-the-adverse-consequences-of-economic-sanctions.html> (дата обращения: 26.05.2016). § 11–13.

стю нарушают свои обязательства по праву ВТО. Этим такие меры отличаются, в частности, от тех санкций, которые применяются в соответствии с Договорённостью о разрешении споров в ВТО (*далее* – ДРС) и не являются предметом рассмотрения данного исследования⁹.

Что касается нарушений, то вызванная санкциями дискриминация в обращении с товарами не будет соответствовать принципу наибольшего благоприятствования, заложенного в статье I:1 ГАТТ, который требует, чтобы к товарам из всех других стран-участниц отношение было бы одинаковое¹⁰. Кроме того, экономические санкции могут нарушать целый ряд дополнительных обязательств по ГАТТ, таких как тарифные уступки на ввоз товаров, предоставление национального режима, они также могут устанавливать запрещённый нетарифный барьер в торговле¹¹. Из-за широкой палитры возможных нарушений во многих случаях не представляется особенно сложным доказать их несоответствие праву ВТО. С учётом этого данная работа не рассматривает детально вопрос нарушения соответствующих положений права ВТО. Более интересным является поиск ответа на вопрос, можно ли оправдать санкции в ВТО, если они не соответствуют обязательствам по праву ВТО.

Для целей оправдания нарушений ГАТТ предлагает несколько возможностей через предоставление государствам права ссылаться как на общие исключения, так и на те, что имеются в сфере безопасности¹². Последние являются *lex specialis* по отношению к общим исключениям из статьи XX ГАТТ, как это

следует из толкования на основе сравнения заголовков статей (общие – безопасность)¹³. Исключения по вопросам безопасности как правила-изъятия более уместны в случае применения санкций¹⁴, поэтому данная статья концентрируется преимущественно на них.

Исключения по вопросам безопасности ГАТТ содержит в статье XXI:(b)(iii). Релевантная часть этой статьи определяет эти исключения следующим образом: «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 других чрезвычайных обстоятельствах в международных отношениях...»¹⁵

Хотя данная статья ГАТТ и не раскрывает, на первый взгляд, всего содержания, она явилась важной предпосылкой для того, чтобы многие государства присоединились к ГАТТ-1947¹⁶. В результате принятия этого положения государства приобрели эффективный рычаг для воздействия на другие государства с целью защиты национальных интересов. Наряду с этим прописанное в статье полномочие может привести к злоупотреблению правом, что и вызвало многие опасения в отношении применения этой статьи¹⁷.

Эти опасения преимущественно заключаются в восприятии статьи XXI:(b)(iii) ГАТТ как положения, которое предоставляет госу-

⁹ WTO, Understanding of Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, The Legal Texts: the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations 354 (1999), 1869 U.N.T.S. 401, 33 I.L.M. 1226 (1994), Art. 22.

¹⁰ См.: *Stoll P.-T.* Internationaler Warenverkehr // Besonderes Wirtschaftsrecht / D. Ehlers, M. Fehling, H. Pünder (Hrsg.). 3. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 2012. Bd. I. S. 116–146, 121, Rn. 10.

¹¹ См.: WTO, General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, The Legal Texts: the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations 17 (1999), 1867 U.N.T.S. 187, 33 I.L.M. 1153 (1994), Articles II:1(a); III, XI (*далее* – ГАТТ). См. также: *Malloy M. P.* Où est votre chapeau? Economic Sanctions and Trade Regulation // Chicago Journal of International Law. Vol. 4. 2003. No. 2. P. 371–384, 379.

¹² См.: ГАТТ. Ст. XX, XXI.

¹³ Апелляционный орган ОПС ВТО определил, что специальными являются исключения по соображениям безопасности наряду с теми, что связаны с созданием таможенных союзов и зон свободной торговли (см.: Appellate Body Report, *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, adopted 18 June 2014. Fn. 1067). О проблематике *lex specialis* как метода толкования см.: Report of the Study Group of the ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, finalized by Martti Koskenniemi. 13 April 2006, A/CN.4/L.682. § 56–57; *Vranes E.* *Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior* – Zur Rechtsnatur der “Konfliktlösungsregeln” // Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV). 2005. Bd. 65. S. 391–405, 393.

¹⁴ См.: *Guan W.* How General Should the GATT General Exceptions be?: A Critique of the “Common Intention” Approach of Treaty Interpretation // Journal of World Trade. Vol. 48. 2014. No. 2. P. 219–258, 229–230.

¹⁵ ГАТТ. Ст. XXI:(b)(iii).

¹⁶ См.: *Mavroidis P. C.* Trade in Goods, the GATT and the Other WTO Agreements Regulating Trade in Goods. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. P. 368.

¹⁷ См.: *Alford R. P.* The Self-Judging WTO Security Exception // Utah Law Review. 2011. No. 3. P. 697–760, 698–699.

дарствам неограниченную свободу в принятии мер для достижения указанных в статье целей (англ.: *self-judging clause*). Даже при признании отсутствия такого свойства у подпункта «iii» этого правила-изъятия — к чему склоняется большинство авторов¹⁸ — данный подход в итоге может привести к полному изъятию из юрисдикции третейских групп и Апелляционного органа споров со ссылкой на статью XXI:(b)(iii) ГАТТ. Кроме того, «себепоподсудность» исключений по соображениям национальной безопасности может означать неопределённость в отношении пределов рассмотрения подобных споров в данном органе. Проверка обоих тезисов является главным предметом анализа данной статьи.

3. Право единоличного усмотрения государства в контексте статьи XXI:(b)(iii) ГАТТ

Как уже говорилось выше, статья XXI:(b)(iii) ГАТТ часто рассматривается как положение, предоставляющее государствам право единоличного усмотрения. Этот вывод также подтверждается дословным толкованием по статье 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года¹⁹. И всё же при отсутствии дел как в ГАТТ-1947, так и в ВТО, при рассмотрении которых данная статья была бы тщательно проанализирована и применена, недостаточно ясно, как рассматриваемая статья функционирует на практике. Для закрытия данного пробела будет отдельно проанализирован термин «себепоподсудное положение» (*self-judging clause*) для раз-

яснения того, как статья XXI:(b)(iii) ГАТТ соотносится с юрисдикцией третейских групп и Апелляционного органа.

Хотя уже *travaux préparatoires* к ГАТТ свидетельствуют о большой сложности и шепетильности вопросов, связанных с применением статьи XXI этого соглашения, уже при его принятии было признано, что исключения по вопросам безопасности представляют собой «на самом деле вопрос баланса»²⁰. В деле *China — Raw Materials*, которое может быть релевантно в качестве общего примера, третейская группа разбиралась со сходным вопросом в отношении толкования статьи XX(g) ГАТТ. Эта статья перечисляет легитимные цели (общие исключения), для достижения которых государства имеют право принимать меры, которые негативно влияют на международную торговлю²¹. Среди прочего, такие меры могут преследовать цель, «имеющ[ую] отношение к сохранению исчерпаемых природных ресурсов»²². В то время как государства в действительности могут осуществлять свои суверенные права на такие ресурсы путём их добычи, произвольная разработка может подрывать устойчивое экономическое развитие²³. Принимая это во внимание, третейская группа столкнулась со сложной проблемой: «как такой баланс может и должен быть достигнут»²⁴, что и предопределило необходимость детального толкования.

Таким же образом, как и в случае с этим положением, применение статьи XXI ГАТТ требует соблюдения баланса между свободой торговли по ГАТТ и суверенными интересами по достижению легитимных целей²⁵. Одно радикальное мнение выражается в том, что государство ничем не связано в определении,

¹⁸ См., например: *Buchmüller Ch.* Strom aus erneuerbaren Energien im WTO-Recht, zur Vereinbarkeit von Einspeisevergütungssystemen und Quotenmodellen mit Zertifikatehandel mit dem WTO-Recht. Baden-Baden : Nomos, 2013. S. 330. Примеры возможных ситуаций «чрезвычайных обстоятельств... в международных отношениях» см.: *Newirth R.J., Svetlicinii A.* The Economic Sanctions over the Ukraine Conflict and the WTO: “Catch-XXI” and the Revival of the Debate on Security Sanctions // *Journal of World Trade*. Vol. 49. 2015. No. 5. P. 891–914, 907.

¹⁹ United Nations, Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 1155 U.N.T.S. 331 (1969). Art. 31 (*далее* — Венская конвенция о праве международных договоров). Для подробного анализа статьи XXI:(b)(iii) ГАТТ в свете статей 31–32 указанной конвенции см.: *Peng S.* Cybersecurity Threats and the WTO National Security Exception // *Journal of International Economic Law*. Vol. 18. 2015. No. 2. P. 449–478, 462–466. С. Пенг показывает на указанных страницах, что содержащее рассматриваемые исключения положение ГАТТ «себепоподсудно», но, судя по всему, всё-таки не в полной мере, что также является главной мыслью данной работы.

²⁰ Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Geneva, Commission A, verbatim reports. April-October 1947. UN Doc. EPCT/A/PV/33. P. 20–21, Corr. 3.

²¹ См.: *Vranes E.* Trade and Environment: Fundamental Issues in International Law, WTO Law, and Legal Theory. Oxford ; New York : Oxford University Press, 2009. P. 256.

²² ГАТТ. Ст. XX(g).

²³ См.: *Beyerlin U.* Sustainable Development // *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* / ed. by R. Wolfrum. § 20. URL: <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL> (дата обращения: 26.05.2016).

²⁴ Panel Report, *China — Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum*, WT/DS431/R, WT/DS431/R/Add.1, WT/DS432/R, WT/DS432/R/Add.1, WT/DS433/R, WT/DS433/R/Add.1, adopted 2 September 2014. § 7.276.

²⁵ См.: *Ibid.* § 7.137.

где находится этот баланс: «...в конечном итоге, несмотря на большое количество кризисов, затрагивающих безопасность, которые оказывались перед взором ГАТТ/ВТО — план Маршалла, фолклендская война, доктрина Рейгана, война в Югославии, вторичный бойкот Кубы, бойкот Лиги арабских государств в отношении Израиля, не было ни одного случая, когда исключение по соображениям национальной безопасности было предметом судебного рассмотрения. Причиной тому является признание государствами-участниками вопросов национальной безопасности как сферы единоличного усмотрения»²⁶.

Такой подход подразумевает, что статья XXI:(b)(iii) ГАТТ является нормой, наделяющей государство правом единоличного усмотрения, то есть нормой, которая «предоставляет... свободу действий для уклонения от исполнения международных обязательств»²⁷. Действительно ли статья XXI:(b)(iii) ГАТТ включает в себя такую возможность, является предметом больших споров, которые ведутся с 1947 года. На практике результат анализа приводимых аргументов может быть заключён в ответе на два важных вопроса: распространяют ли третейские группы и Апелляционный орган свою юрисдикцию на дела, связанные с применением исключений по соображениям безопасности, и если да, то какой тест применяется для проверки соответствия принятых государством мер при отсылке к статье XXI:(b)(iii) ГАТТ.

3.1. Статья XXI:(b)(iii) ГАТТ как «себеподсудное положение»

При отсутствии формулировок, которые могли бы явно указать на иное, дословное толкование фразы «[государство] считает» говорит лишь об одном. Только государство может решать, позволяет ли ситуация правомерно применить статью XXI:(b)(iii) ГАТТ²⁸. Такое расширительное толкование могло бы привести к полному изъятию данной статьи из

юрисдикции третейских групп и Апелляционного органа. Ведь её применение, по мнению США, означало бы проверку внешней политики страны и её отношения к национальной безопасности, то есть преимущественно политических вопросов²⁹. Следствием признания такого подхода могло бы стать отсутствие у третейской группы «приемлемых для суда стандартов» рассмотрения³⁰. Судья Херш Лаутерпахт указал на это в своём отдельном мнении по делу *Norwegian Loans*. По его мнению, себеподсудные элементы в декларациях о признании государствами обязательной юрисдикции Международного Суда ООН «не являются юридически действительным и исполнимым правовым инструментом, который суд права мог бы принять во внимание»³¹. Ведь эти части документов являются, скорее, «декларацией о политическом принципе и цели», поскольку они оставляют за государством право в одностороннем порядке определять наличие обязательства и его пределы³².

Данная позиция представляет собой классический довод сторон. Несмотря на это, при наличии правового спора международные суды стараются закрывать глаза на политические разногласия и рассматривают аргументы, основанные на праве³³. То же самое верно и в рамках торгового права, как это следует из первого случая отсылки к статье XXI ГАТТ, хотя и без подробного толкования и применения отдельных положений этой статьи.

Эта первая попытка рассмотреть исключения по соображениям безопасности произошла спустя короткое время после заключения в 1947 году ГАТТ, предшественника ВТО³⁴, правовое наследие которого является

²⁶ Alford R. Cybersecurity at the WTO // *Opinio Juris*. 2013. 27 March. URL: <http://opiniojuris.org/2013/03/27/cybersecurity-at-the-wto/> (дата обращения: 26.05.2016).

²⁷ Schill S., Briese R. "If the State Considers": Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement // *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Vol. 13. 2009. P.61–140, 67.

²⁸ См.: Briese R., Schill S. *Djibouti v. France: Self-Judging Clauses before the International Court of Justice* // *Melbourne Journal of International Law*. Vol. 10. 2009. No. 1. P.308–328, 308.

²⁹ См.: Piczak T. C. The Helms-Burton Act: U.S. Foreign Policy toward Cuba, the National Security Exception to the GATT and the Political Question Doctrine // *University of Pittsburgh Law Review*. Vol. 61. 1999. No. 1. P.287–328, 318.

³⁰ Burke-White W. W., von Staden A. Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties // *Virginia Journal of International Law*. Vol. 48. 2008. No. 2. P.307–410, 376.

³¹ International Court of Justice (далее — ICJ). *Case of Certain Norwegian Loans (France v. Norway)*. Judgment of 6 July 1957. P.48 (Separate opinion of Judge Lauterpacht).

³² Ibid.

³³ См.: ICJ. *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*. Advisory Opinion of 22 July 2010. § 27.

³⁴ См.: Смитан А. С. Международные торговые споры в ГАТТ/ВТО: избранные решения (1952–2005 гг.). М.: Волтерс Клувер, 2006. С.3–8.

по-прежнему важным для этой организации³⁵. В то время как Чехословакия была убеждена в том, что государство самостоятельно определяет, соответствуют ли принятые меры статье XXI ГАТТ, она направила жалобу, рассмотрение которой требовало разбора данного положения Советом ГАТТ-1947³⁶. Договаривающиеся стороны отклонили жалобу Чехословакии 8 июня 1949 года, проголосовав за позицию США, ответчика в этом деле³⁷. Несмотря на негативный результат, этот пример показывает, насколько деликатно государства обращаются с исключениями по соображениям безопасности. С одной стороны, они склоняются к тому, что вопросы безопасности должны быть максимально закрыты от внешней проверки. С другой стороны, пример Чехословакии иллюстрирует молчаливое согласие о том, что данные вопросы всё равно можно рассмотреть сначала в ГАТТ-1947, а затем и в ОРС ВТО.

И всё же национальная безопасность по-прежнему остаётся слишком чувствительной сферой, чтобы связанные с ней жалобы направлять в тот или иной международный судебный орган³⁸. К примеру, за почти полувековую историю существования ГАТТ-1947 только в одном случае рассмотрение спора с применением статьи XXI ГАТТ дошло до разбирательства в третейской группе. С учётом особенности принятия решений в данной организации³⁹, позже изменённой в ВТО⁴⁰, третейская группа не была уполномочена в соответствии со своим мандатом на подробное

рассмотрение статьи XXI:(b)(iii) ГАТТ. К тому же составленный третейской группой доклад в конечном итоге принят не был (*US – Nicaraguan Trade*)⁴¹. В свою очередь практика ВТО не принесла ничего нового в данном отношении: по данным официального сайта, лишь в одном деле была предпринята попытка вынести на обсуждение статью XXI ГАТТ (дело *India – Import Restrictions*)⁴². Кроме того, доктрина знает и иные примеры (дело *US – The Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act*, в котором Европейский Союз обжаловал американское эмбарго в отношении Кубы и иные запреты, косвенно связанные с ним)⁴³. Однако ни в одном из этих примеров дело не закончилось разбирательством в третейской группе с изданием доклада по соответствующему спору.

Системное толкование данной статьи – метод толкования, играющий особую роль в ВТО с учётом принципа единого принятия на себя обязательств (*single undertaking*)⁴⁴ – также приводит к пониманию того, что позиция государств, основанная на исключениях по соображениям безопасности, не приводит к победе в споре во всех случаях. Так, статья XXI ГАТТ требует толкования с учётом правил, определяющих систему разрешения споров ВТО. Эти правила, содержащиеся как в ДРС ВТО, так и в статьях XXII и XXIII ГАТТ об основах подачи жалоб и консультаций, не ограничивают юрисдикцию третейских групп и Апелляционного органа по рассмотрению

³⁵ См.: Appellate Body Report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, DSR 1996:1, 97. § 30; *Кадышева О. В.* К вопросу о прецедентном характере решений Органа по разрешению споров во Всемирной торговой организации // Евразийский юридический журнал. 2014. № 6(73). С. 97–101, 99–100.

³⁶ См.: WTO Secretariat, *Analytical Index of the GATT: Guide to GATT Law and Practice*. URL: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/gatt_ai_e.htm (дата обращения: 26.05.2016). P.60.

³⁷ Contracting Parties: Summary Record of the Twenty-Second Meeting, 8 June 1949, CP.3/SR22 – II/28, P.5.

³⁸ См.: *Singh S.* WTO Compatibility of United States' Secondary Sanctions Relating to Petroleum Transactions with Iran: Working Paper of the Centre for WTO Studies CWS/WP/200/1. P. 10.

³⁹ См.: *Исполинов А. С.* Санкции в ВТО: специфика и практика применения // Законодательство. 2014. № 10. С. 66–77, 66; *Oesch M.* Standards of Review in WTO Dispute Resolution. Oxford ; New York : Oxford University Press, 2003. P.4–5.

⁴⁰ См.: *Смбатян А. С.* Процедура разрешения споров Всемирной торговой организации // Право ВТО. 2014. № 2. С. 23–45, 25–26.

⁴¹ GATT-1947. Panel Report, *United States – Trade Measures Affecting Nicaragua*, L/6053, unadopted, 13 October 1986.

⁴² См.: Disputes by agreement. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm?id=A9 (дата обращения: 26.05.2016); Request for Consultations by the European Communities, *India – Import Restrictions*, WT/DS149/1, G/L/265, G/AG/GEN/29, G/LIC/D/25, 12 November 1998. P.1.

⁴³ См.: *Mavroidis P.C.* The General Agreement on Tariffs and Trade: A Commentary. Oxford : Oxford University Press, 2005. P.223–225; *Clark H.L., Wang L.W.* Foreign Sanctions Countermeasures and Other Responses to U.S. Extraterritorial Sanctions: Dewey Ballantine LLP Working Paper (August 2007). P.16–19.

⁴⁴ См.: Panel Report, *Turkey – Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, WT/DS34/R, adopted 19 November 1999, DSR 1999:VI, 2363. § 9.187; *Rolland S.E.* Redesigning the Negotiation Process at the WTO // Journal of International Economic Law. Vol. 13. 2010. No. 1. P.65–110, 65. По истории развития принципа единого принятия на себя обязательств в ВТО и до него см.: *Wolfe R.* The WTO Single Undertaking as Negotiating Technique and Constitutive Metaphor // Journal of International Economic Law. 2009. Vol. 12. No. 4. P.835–858, 838–841.

споров об исключениях по соображениям безопасности. К схожему выводу пришёл в *obiter dictum*⁴⁵ и Арбитражный трибунал Международного центра по урегулированию инвестиционных споров в деле *Sempra v. Argentina*. Предмет спора касался вопроса, является ли статья XI Двустороннего инвестиционного договора между США и Аргентиной положением, предусматривающим «полное» единоличное право усмотрения для государства. В данном вопросе трибунал также проанализировал статью XXI ГАТТ⁴⁶. По его мнению, меры по защите национальной безопасности были бы исключены из юрисдикции трибунала, если бы со стороны составителей текста было однозначное намерение наделить данное положение подобным характером⁴⁷. Этот подход — отражение ряда дел, которые касались того же правового вопроса: какие правовые последствия несёт в себе применение статьи XI этого соглашения. Как это следует либо непосредственно из выводов инвестиционного трибунала (*LG&E v. Argentina*)⁴⁸, либо позиции государства-ответчика (*El Paso v. Argentina*)⁴⁹, либо косвенно из текста решения (*CMS v. Argentina*)⁵⁰, меры, принятые во исполнение себеподсудного положения, могут быть предметом судебной проверки.

⁴⁵ *Obiter dictum* (попутно сказанное — лат.) — высказанное судом мнение, которое не имеет прямого отношения «к существу рассматриваемого спора или основывается на гипотетических фактах» и поэтому не имеющее обязательной силы для последующих споров. См.: Appellate Court of Illinois. *Irl R. Larson v. Selma A. Johnson and Oscar H. Johnson*, Opinion, 15 December 1953. URL: http://www.legale.com/decision/1953371111App2d36_131/LARSON%20v.%20JOHNSON# (дата обращения: 26.05.2016).

⁴⁶ См.: International Centre for Settlement of Investment Disputes (далее — ICSID). *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award, 29 June 2010, ICSID Case No. ARB/02/16. § 183, 384.

⁴⁷ См.: Ibid. § 384.

⁴⁸ ICSID. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, Decision on Liability of 3 October 2006, ICSID Case No. ARB/02/1. § 214.

⁴⁹ ICSID. *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, Award, 27 October 2011, ICSID Case No. ARB/03/15. § 563, 587.

⁵⁰ ICSID. *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, Award, 12 May 2005, ICSID Case No. ARB/01/08. § 353–378. В этом деле трибунал не объяснил чётко, к чему может привести признание положения себеподсудным. Однако он также не указал и на отсутствие юрисдикции при таком сценарии. Вместо этого текст решения проводит разграничительную линию между стандартом проверки лишь на основе принципа добросовестности и проверки по существу. См.: Ibid. § 374.

В итоге, хотя статья XXI:(b)(iii) ГАТТ и является положением, предоставляющим государствам единоличное право усмотрения, заключённое в ней право всё же ограничено. Будь такой подход неверен, третейские группы и Апелляционный орган не обладали бы юрисдикцией в отношении споров, связанных с применением исключений по соображениям безопасности. Однако проанализированные источники из ГАТТ-1947 и ВТО не позволяют выйти за пределы данного вывода и определить, как далеко распространяется единоличное право усмотрения государств по статье XXI:(b)(iii) ГАТТ.

3.2. Практика Международного Суда ООН: ключ к разрешению проблемы?

В отсутствие решений третейских групп и Апелляционного органа с детальным анализом статьи XXI:(b)(iii) ГАТТ⁵¹, отсылка к практике иных международных органов может прояснить, как работают подобного рода *себеподсудные* положения (*self-judging clauses*). Разрешивший в 2008 году дело *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* Международный Суд ООН стал первым органом международной юстиции, который детально проанализировал положение, предоставляющее государствам единоличное право усмотрения⁵². Дело касалось определения, выполнила ли Франция свои обязательства по Соглашению о взаимной правовой помощи по уголовным делам между Джибути и Францией⁵³. Для разрешения этого спора Международный Суд ООН должен был истолковать статью 2(c) Соглашения, которая в целом сходна с текстом статьи

⁵¹ См.: *Lobsinger E.J. Diminishing Borders in Trade and Terrorism: an Examination of Regional Applicability of GATT Article XXI National Security Trade Sanctions // ILSA Journal of International & Comparative Law. Vol. 13. 2006. No. 1. P.99–138, 106–107.*

⁵² См.: *Briese R., Schill S. Djibouti v. France: Self-Judging Clauses before the International Court of Justice. P.321.* Стоит также отметить, что Международный Суд ООН ещё до этого решения уже делал отсылку к статье XXI ГАТТ, косвенно указав на «себеподсудный» характер этого положения, см.: ICJ. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Judgment of 27 June 1986. § 222 (Merits).

⁵³ См.: ICJ. *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Application instituting proceedings of 4 January 2006. § 2. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/136/13104.pdf> (дата обращения: 26.05.2016).

XXI:(b)(iii) ГАТТ: «В оказании помощи может быть отказано: ... (с) если государство, в отношении которого сделан запрос, считает, что исполнение запроса, скорее всего, может оказать негативное влияние на его суверенитет, его безопасность, его публичный порядок или иные его существенные интересы»⁵⁴.

Как и статья XXI:(b)(iii) ГАТТ, данное положение содержит схожую формулировку «если... государство считает», которая показывает, что она предоставляет государству право единоличного усмотрения при применении данной статьи⁵⁵. Если бы тезис о том, что подобный характер статьи означает её полное исключение из юрисдикции, был бы верен, то Международный Суд ООН отказался бы рассматривать заявления Джибути. Этого не произошло.

Вместо этого, помимо признания значительных пределов усмотрения государства в этом вопросе, он отметил, что выполнение условий в статье не зависит полностью только от его мнения⁵⁶. К такому же выводу в отношении «себеподсудных положений» пришёл и инвестиционный трибунал в *LG&E v. Argentina*⁵⁷. Многие авторы делают схожие выводы в отношении статьи XXI:(b)(iii) ГАТТ⁵⁸. Несмотря на такое кажущееся единодушие, мнения отличаются в отношении того, каким должен быть тест для проверки таких норм. Это показало отдельное мнение судьи Кеннета Кита к рассматриваемому в Международном Суде ООН делу, в котором он не согласился с тестом, предложенным большин-

ством⁵⁹. И всё же можно выделить общее из первого судебного решения и научной литературы об исключениях по соображениям безопасности в ВТО.

В качестве исходного пункта для анализа действует фундаментальный для международного права принцип добросовестности⁶⁰, который в договорном праве прежде всего исходит из Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года⁶¹ и является применимым к обязательствам участников ВТО⁶². По мнению Международного Суда ООН, государство должно следовать этому принципу даже тогда, когда оно ссылается на положение, предоставляющее право единоличного усмотрения⁶³. Чтобы указание на подобную меру было правомерным, государство должно только назвать причины для такого решения. Причём они должны лишь совпадать с теми, которые указаны в норме, без дополнительного обоснования⁶⁴.

В действительности эти, скорее, небольшие требования приравниваются к признанию практически неограниченной свободы государственного усмотрения при принятии таких мер. Для того чтобы обойти подобного рода опасное понимание характера таких норм, судья Кит в своём отдельном мнении к решению Международного Суда ООН иначе истолковал статью 2(с) Соглашения между Джибути и Францией в двух аспектах. Во-первых, действуя в соответствии с принципом добросовестности, государства должны воздерживаться от злоупотребления своими суверенными правами⁶⁵. Во-вторых, при оценке мер необходимо принимать во внимание всё Соглашение, а именно его объект и цель для верного определения, зачем оно было заключено⁶⁶. Применение этого подхода к правово-

⁵⁴ ICJ. *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*. Judgment of 4 June 2008. § 3 (Declaration of Judge Keith).

⁵⁵ ICJ. *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*. § 135.

⁵⁶ См.: Ibid. § 145.

⁵⁷ ICSID. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic*. § 214.

⁵⁸ См.: *Schill S., Briese R.* "If the State Considers": Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement. P.106–107; *Reyes C.L.* International Governance of Domestic National Security Measures: the Forgotten Role of the World Trade Organization // *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*. Vol. 14. 2009. No. 2. P.531–566, 534, 566; *Rose-Ackerman S., Billa B.* Treaties and National Security // *NYU Journal of International Law and Politics*. Vol. 40. 2008. No. 2. P.437–496, 490; *Akande D., Williams S.* International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO? // *Virginia Journal of International Law*. Vol. 43. 2003. No. 2. P.365–404, 389; *Schloemann H.L., Ohlhoff S.* "Constitutionalization" and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence // *American Journal of International Law*. Vol. 93. 1999. No. 2. P.424–451, 441, 445–446.

⁵⁹ ICJ. *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*. P.278–283 (Declaration of Judge Keith).

⁶⁰ См.: *Oppenheim's International Law*. Vol. 1 / ed. by R. Jennings, A. Watt. 9th ed. Harlow : Longman. 1992. P.38.

⁶¹ Венская конвенция о праве международных договоров. Ст. 26.

⁶² См.: Panel Report, *United States – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute*, WT/DS320/R, adopted 14 November 2008, DSR 2008:XI, 3891-DSR 2008:XIII, 4913. § 7.357.

⁶³ См.: ICJ. *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*. § 145.

⁶⁴ См.: Ibid. § 148.

⁶⁵ См.: ICJ. *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*. § 5 (Declaration of Judge Keith).

⁶⁶ См.: Ibid. § 6.

му режиму ВТО приводит к важным последствиям.

Практика разрешения споров в ВТО отражает похожие мнения, высказанные в отношении понимания действия добросовестности как общего принципа права⁶⁷, так и в его более автономном восприятии внутри этой организации, выраженном в статье 3.10 ДРС⁶⁸. В контексте рассматриваемой темы из этого принципа следует, что международные суды и квазисудебные органы могут проверять, действительно ли государство верит, что принятые меры имеют *решающее* значение для его безопасности⁶⁹. На данный момент был лишь один явно сомнительный случай ссылки на статью XXI ГАТТ, в котором государство не предоставило убедительного обоснования своего решения⁷⁰. Швеция установила в 1975 году квоту на ввоз некоторых видов обуви из-за спада производства внутри страны⁷¹. По её мнению, этот спад «стал угрозой планированию экономической защиты страны в случае чрезвычайных обстоятельств, что является частью политики безопасности»⁷². В отличие от многих других случаев запретов по подобным основаниям, представители многих государств в этот раз поставили под сомнение, может ли Швеция в такой ситуации правомерно ссылаться на исключения по сообра-

жениям безопасности в ГАТТ⁷³. В конечном счёте, это всё означает запрет мер, которые, хотя и приняты во исполнение написанного в статье XXI:(b)(iii) ГАТТ, на самом деле направлены на продвижение очевидного протекционизма⁷⁴, недопущение чего и является ключевой задачей правового режима ВТО наряду с целью «повышени[я] благосостояния народов»⁷⁵.

Таким образом, результаты анализа статьи XXI:(b)(iii) ГАТТ как положения, предоставляющего государствам право единоличного усмотрения, несут в себе ответ на вопрос, насколько далеко третейские группы и Апелляционный орган могут пойти при проверке мер, которые были приняты с отсылкой к данной статье. В то время как на данный момент нет ни одного дела, в котором эта статья была бы детально проанализирована, существующая практика ГАТТ-1947, систематическое толкование права ВТО, а также практика Международного Суда ООН помогают её лучше понять. Из проанализированных источников следует, что статья XXI:(b)(iii) ГАТТ не исключена из юрисдикции третейских групп и Апелляционного органа. При этом их возможности сильно ограничены при проверке мер, принятых с отсылкой к исследуемой статье.

Выводы Международного Суда ООН в деле *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* могут послужить маяком для поиска пределов обжалования таких мер. Для определения, могут ли они применяться в рамках рассмотрения споров в ОРС ВТО, необходимо учитывать три фактора. Во-первых, данное решение может иметь правовое значение, только если внутри правового режима ВТО отсутствуют иные применимые источники, а также свидетельства об обратном. Во-вторых, необходимо учесть особенности каждого отдельного толкуемого договора (Соглашения о взаимной правовой помощи по уголовным делам и ГАТТ): объект и цель, контекст и дословное толкование и т. д.⁷⁶ В-третьих, таким же образом нужно обратить внимание на особенности форума, рассмат-

⁶⁷ См.: Appellate Body Report, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, adopted 17 December 2007, DSR 2007:IV, 1527, § 224; Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998, DSR 1998:VII, 2755, § 158.

⁶⁸ Данная статья закрепляет обязательство государств добросовестно участвовать в спорах внутри ВТО. См.: Panel Report, *Peru – Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products*, WT/DS457/R and Add.1, 27 November 2014, § 7.94–7.95; *Stoll P.-T.* Article 3 DSU // WTO – Institutions and Dispute Settlement / ed. by R. Wolfrum, P.-T. Stoll, K. Kaiser. Leiden ; Boston : Martinus Nijhoff, 2006. (Max Planck Commentaries on World Trade Law; 2). P.281–314, 294, 312.

⁶⁹ См.: *Akande D., Williams S.* Op. cit. P.396.

⁷⁰ См.: *Hestermeyer H.P.* Article XXI GATT // WTO – Trade in Goods / ed. by R. Wolfrum, P.-T. Stoll, H.P. Hestermeyer. Leiden ; Boston : Martinus Nijhoff, 2011. (Max Planck Commentaries on World Trade Law; 5). P.569–593, 574–575, § 5.

⁷¹ См.: WTO Secretariat, Analytical Index of the GATT: Guide to GATT Law and Practice. URL: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/gatt_ai_e.htm (дата обращения: 26.05.2016). P.603.

⁷² General Agreement on Tariffs and Trade, Minutes of Meeting – Held in the Palais des Nations, Geneva, on 31 October 1975. C/M/109. 10 November 1975. P.8. URL: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90430147.pdf (дата обращения: 26.05.2016).

⁷³ См.: Multilateral Trade Negotiations, The Uruguay Round, Negotiating Group on GATT Articles. 18 August 1987. MTN.GNG/NG7/W/16. P.7. Для примеров см.: Ibid. P.5–7.

⁷⁴ См.: *Schloemann H.L., Ohlhoff S.* Op. cit. P.444.

⁷⁵ *Зенкин И.В.* Право Всемирной торговой организации. М. : Международные отношения, 2014. С. 174.

⁷⁶ См.: Венская конвенция о праве международных договоров. Ст.31–32.

ривающего спор. В отдельных случаях эти особенности могут не допустить применимость тех выводов, которые могли бы противоречить внутренним правилам и функциям такого органа.

Несмотря на вышеуказанные ограничения, автор статьи всё же полагает, что так же, как и в деле *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters*, третейские группы и Апелляционный орган могут проверять соответствие мер государств статье XXI:(b)(iii) ГАТТ. Итог проверки, скорее всего, зависит только от того, приняло ли государство обжалуемые меры в соответствии с принципом добросовестности, при определении чего нужно учитывать также объект и цель ГАТТ. Более того, вывод о применении принципа добросовестности к исключениям по соображениям безопасности подтверждается основополагающей идеей, что данный принцип является фундаментом международного права, пронизывающим всю систему обязательств государств⁷⁷. Непринятый доклад в споре *US – Nicaraguan Trade* тоже поддерживает этот вывод, что основные принципы международного права применимы к толкованию статьи XXI:(b)(iii) ГАТТ⁷⁸. В конечном итоге детали подобной проверки мер туманны, но направленные на *явный* протекционизм санкции, вероятней всего, не смогут соответствовать предлагаемому тесту, как это было в случае со шведской квотой на ввоз обуви в 1975 году.

По итогам анализа видно, что в виде статьи XXI:(b)(iii) ГАТТ государства получили почти неограниченное право продвигать свои интересы в сфере национальной безопасности, даже если принятые меры в своём эффекте заходят дальше них. Иными словами, это положение в ГАТТ практически приравнивается к козырю в рукаве государств — членов ВТО. Однако они не всегда могут им пользоваться, о чём тревожно сигнализируют недавние решения третейских групп и Апелляционного органа в отношении обязательств Китая по протоколу о его вступлении в эту организацию, что является предметом анализа следующего раздела.

4. Всегда ли государства вправе ссылаться на статью XXI ГАТТ?

На первый взгляд, статья XXI ГАТТ достаточно прямолинейна. Действительно, такие её формулировки, как «ничто в настоящем Соглашении» и «как препятствующее любой договаривающейся стороне предпринимать такие действия, которые она считает необходимыми», подразумевают не что иное, как большую свободу усмотрения государств в урегулированных этой статьёй сферах. Главным ограничением права действовать по своему усмотрению — как следует из предыдущего раздела — является принцип добросовестности. Кроме него, государствам — членам ВТО необходимо быть осторожными при исполнении своих обязательств по протоколам о вступлении в эту организацию. Ведь применение к ним исключений по соображениям безопасности также может быть спорным, даже если они непосредственно связаны с торговлей товарами. Для разъяснения этого момента необходимо обратиться к недавней практике ОРС ВТО в отношении Китая и его Протокола о вступлении в ВТО.

Значение данной практики прежде всего основано на том, что определения третейских групп и Апелляционного органа по поводу взаимодействия Протокола о вступлении и остальных документов в рамках ВТО могут быть применимы к значительному числу участников этой организации. На данный момент более 30 государств — среди них и Россия — стали участниками ВТО через протокол о вступлении. Однако правовой статус этого документа в правовой системе ВТО ещё не до конца определён⁷⁹. Несмотря на это, всё же ясно, что многие протоколы о вступлении содержат «более строгие обязательства по сравнению с Соглашением ВТО»⁸⁰. Именно выполнение таких обязательств является предметом особого интереса других государств — членов ВТО.

Помимо общего потенциального интереса этих государств, есть интерес и практический.

⁷⁷ См.: *Peng S.* Op. cit. P. 466–468; *Titi A.* The Right to Regulate in International Investment Law. Baden-Baden : Nomos, 2014. P. 201.

⁷⁸ GATT-1947. Panel Report, *United States – Trade Measures Affecting Nicaragua*. § 5.2.

⁷⁹ См.: *Liu J.* Accession Protocols: Legal Status in the WTO Legal System // *Journal of World Trade*. Vol. 48. 2014. No. 4. P. 751–771, 752.

⁸⁰ *Yamaoka T.* Analysis of China's Accession Commitments in the WTO: New Taxonomy of More and Less Stringent Commitments, and the Struggle for Mitigation by China // *Journal of World Trade*. Vol. 47. 2013. No. 1. P. 105–157, 105.

Основанные на других договорах ВТО споры нередко включают в себя разногласия в отношении исполнения обязательств из протоколов о присоединении к этой организации⁸¹. Отсюда следует, что можно подразумевать связь между ГАТТ и отдельными положениями протоколов, которые регулируют вопросы, связанные с торговлей товарами⁸². Дела *China – Audiovisual*, *China – Raw Materials* и *China – Rare Earths* детально показывают, как соотносятся между собой протоколы и ГАТТ, причём третейские группы и Апелляционный орган сконцентрировались в своих решениях на применимости статьи XX ГАТТ (общие исключения) к конкретным обязательствам из китайского протокола о присоединении к ВТО. По мнению третейских групп и Апелляционного органа, государства не всегда вправе прикрываться общими исключениями при выполнении обязательств из протоколов о присоединении к ВТО.

Главная проблема заключается в прописанной в этой статье фразе «в настоящем Соглашении». Она может навести на мысль, что общие исключения нельзя автоматически применять к иным документам для оправдания их нарушения⁸³, за исключением такого случая, если есть возможность истолковать данное положение иначе. Третейские группы и Апелляционный орган занялись в указанных делах с участием Китая поиском ответа на вопрос, можно ли всё же применять общие исключения к обязательствам из протокола о присоединении Китая в ВТО и, если да, то на каких условиях. После краткого обзора этих решений в заключении будет изложено правовое обоснование, почему выводы третейских групп и Апелляционного органа в этих делах можно было бы распространить на статью XXI ГАТТ, на исключения по соображениям национальной безопасности.

4.1. Ограниченное право государства на регулирование в свете недавних споров

После того как третейская группа в споре *China – Audiovisual* впервые столкнулась с трудным вопросом определения применимости общих исключений, она не решилась на толкование Протокола о присоединении Китая к ВТО⁸⁴. Вместо этого третейская группа рассмотрела *arguendo* доводы сторон в отношении возможных оснований для оправдания нарушений в соответствии со статьёй XX ГАТТ. В итоге она отметила, что таких оснований нет. Этот результат сделал совершенно ненужным дальнейшее рассмотрение вопроса в отношении применимости общих исключений к протоколам о присоединении⁸⁵.

Однако ключевой вопрос применимости общих исключений был снова поднят в данном споре позже, когда дело попало в Апелляционный орган ОРС ВТО. В результате он подробно рассмотрел параграф 5.1 Протокола о вступлении Китая в ВТО, чтобы разъяснить обязательства Китая. Текст этого положения гласит: «Без ущерба праву Китая регулировать торговлю способом, соответствующим Соглашению ВТО, Китай должен прогрессивно сделать право на торговлю более доступным и расширить область его применения таким образом, что через три года после вступления все субъекты предпринимательской деятельности в Китае должны приобрести право на торговлю всеми товарами на таможенной территории Китая, за исключением товаров, перечисленных в Приложении 2А, к которым продолжают применяться положения о государственной торговле на основе этого Протокола. Такое право на торговлю является правом на ввоз и вывоз товаров»⁸⁶.

Хотя решение по-прежнему было не в пользу Китая по основному требованию заявителей, Апелляционный орган разъяснил применимость общих исключений к протоко-

⁸¹ Более 20 споров в ВТО касаются протоколов о присоединении к этой организации. Список таких споров см.: Disputes by agreement. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm?id=A30 (дата обращения: 26.05.2016).

⁸² См.: Kennedy M. The Integration of Accession Protocols into the WTO Agreement // Journal of World Trade. Vol. 47. 2013. No. 1. P. 45–75, 52.

⁸³ См.: Qin J. Y. Pushing the Limits of Global Governance: Trading Rights, Sensorship and WTO Jurisprudence – a Commentary on the China – Publications Case // Chinese Journal of International Law. Vol. 10. 2011. No. 2. P. 271–322, 294–295.

⁸⁴ См.: Panel Report, *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/R, adopted 19 January 2010, DSR 2010:II, 261. § 7.743, 7.745.

⁸⁵ См.: Ibid. § 7.915.

⁸⁶ Protocol on the Accession of the People's Republic of China to the WTO, WT/L/432, 23 November 2001. § 5.1 (перевод протокола здесь и далее взят из работы: Сибатян А. С., Тымма С. В. Редкоземельные металлы как повод задуматься о нормативной ценности правовых позиций Органа по разрешению споров ВТО // Международное правосудие. 2015. № 1 (13). С. 102–117).

лам о присоединении. Своим решением он не только признал применимость статьи XX ГАТТ к данному параграфу, но также дал пример того, когда государство может защищать таким образом свои интересы при исполнении протокола о присоединении⁸⁷. По его мнению, государство имеет право ссылаться на статью XX ГАТТ в тех случаях, когда положения рассматриваемого параграфа Протокола включают в себя «явно различимую объективную связь с... регулированием торговли»⁸⁸. Иными словами, нужна недвусмысленная отсылка к ГАТТ.

Далее важно определить, насколько высок порог доказывания для установления «различимой объективной связи». В практике ОРС ВТО есть лишь два примера для определения такой связи. В первом — упомянутый выше спор *China — Audiovisual* — было признано, что общие исключения по статье XX ГАТТ применимы к параграфу 5.1 Протокола о присоединении Китая к ВТО. Решающей на пути к этому выводу была отсылка к вступительной фразе: «Без ущерба праву Китая регулировать торговлю способом, соответствующим Соглашению ВТО»⁸⁹. В то время как этот вывод не является спорным для данного положения, анализ параграфа 11.3 в делах *China — Raw Materials* и *China — Rare Earths* заново подогрел дебаты в отношении этого вопроса: «Китай должен упразднить все налоги и сборы, применимые к экспорту, кроме специально указанных в Приложении 6 к настоящему Протоколу или применяемых в соответствии с положениями статьи VIII ГАТТ 1994»⁹⁰.

В отличие от предыдущего параграфа, это положение содержит отсылку только к отдельной статье ГАТТ. По мнению третьей группы в споре *China — Raw Materials*, данной фразы недостаточно для того, чтобы подтвердить внутреннюю связь между параграфом 11.3 и всем ГАТТ, в том числе и статьёй XX ГАТТ. Этот вывод основан на следующих предпосылках: в параграфе 11.3 нет ясной

отсылки ни к статье XX ГАТТ, ни к ГАТТ в целом. Данное положение также не содержит введения, которое могло бы быть аналогичным тому, что есть в параграфе 5.1. Кроме того, иной вывод не вытекает из отсылок к статье VIII ГАТТ и к приложению 6 протокола. Аналогичным образом контекст не позволяет прийти к иному результату⁹¹. Апелляционный орган подтвердил неприменимость общих исключений, закреплённых в статье XX ГАТТ, к обязательствам по рассматриваемому параграфу⁹².

Из этого решения следует, что, будучи суверенным государством, Китай был лишён своего *ключевого* права регулировать торговлю таким же образом, как это позволено делать другим членам ВТО⁹³. В то же самое время это решение дополнительно свидетельствует о том, что практика по вопросу применения общих исключений непоследовательна⁹⁴.

Примечательно, что мнения членов третьей группы разделились в следующий раз, когда через два года после *China — Raw Materials* она столкнулась с необходимостью проанализировать тот же самый параграф 11.3 Протокола о присоединении Китая к ВТО. Один третейский судья в деле *China — Rare Earths* иначе истолковал основополагающую идею о том, что протоколы о вступлении в ВТО являются составной частью Соглашения ВТО⁹⁵. В отличие от большинства, он посчитал, что признание этих протоколов составной частью Соглашения ВТО уже является по своей сути подтверждением необходимой связи⁹⁶. Кроме того, если бы у Китая

⁹¹ См.: Panel Reports, *China — Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R and Corr.1, adopted 22 February 2012. § 7.124, 7.126, 7.148, 7.160.

⁹² См.: Appellate Body Reports, *China — Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, adopted 22 February 2012. § 307.

⁹³ См.: *Lim C.L., Senduk J.H.* The Wages of Belonging: Rare Earths from China, and the Return of GATT A-LA-Carte // *Global Trade and Customs Journal*. Vol. 9. 2014. No. 9. P.380–396, 382.

⁹⁴ См.: *Guan W.* Op. cit. P.221.

⁹⁵ См.: Panel Reports, *China — Measures Affecting Imports of Automobile Parts*, Reports of the Panel, WT/DS339/R, WT/DS340/R, WT/DS342/R and Add.1 and Add.2, adopted 12 January 2009, DSR 2009:I, 119 — DSR 2009:II, 625. § 7.740.

⁹⁶ См.: Panel Report, *China — Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum*, WT/DS431/R, WT/DS431/R/Add.1, WT/DS432/R, WT/DS432/R/Add.1, WT/DS433/R, WT/DS433/R/Add.1, adopted 2 September 2014. § 7.138.

⁸⁷ См.: Appellate Body Report, *China — Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R, adopted 19 January 2010, DSR 2010:I, 3. § 415.

⁸⁸ Ibid. § 233.

⁸⁹ Ibid. § 415; Protocol on the Accession of the People's Republic of China to the WTO, WT/L/432, 23 November 2001. § 5.1.

⁹⁰ Protocol on the Accession of the People's Republic of China to the WTO, WT/L/432, 23 November 2001. § 11.3.

было намерение исключить статью XX ГАТТ из области применения, он должен был бы недвусмысленно отказаться от своего права ссылаться на эту статью⁹⁷. До тех пор пока этого не произошло, Китай может применять общие исключения. Такие же мысли были выражены в заявлениях Аргентины, Бразилии и России как третьих стран в данном разбирательстве⁹⁸.

Как видно из практики, третейские группы и Апелляционный орган придерживались схожего подхода в ходе проверки применимости статьи XX ГАТТ к обязательствам, вытекающим из Протокола о вступлении Китая в ВТО. Однако всё-таки сложно назвать данное решение однозначно обоснованным⁹⁹. Среди возможных возражений высказывается упущение в толковании, которое основывается «только лишь на тексте и контексте положений», вместо того чтобы принять во внимание и объект, и цель данной статьи, а также и всего Соглашения ВТО¹⁰⁰. И всё же на данный момент практика придерживается следующего подхода в отношении определения, можно ли путём отсылки к статье XX ГАТТ оправдать нарушение обязательств, следующих из протоколов о присоединении к ВТО. До тех пор пока посредством целостного анализа положения, его контекста и природы обязательства не будет определена однозначная отсылка к ГАТТ, общие исключения не применяются.

4.2. Создали ли дела в ОРС ВТО с участием Китая опасный прецедент?

Затронув важный вопрос пределов регулирования, ни третейская группа, ни Апелляционный орган тем не менее не упомянули в своих решениях, имеет ли данный вывод последствия для применения иных исключений в ГАТТ. Ключевым для работы всей системы ВТО представляется определение того, является ли логика их решений значимой для установления применимости остальных исключений

в ГАТТ. В частности — что является предметом данного исследования — может ли в отсутствие «различимой объективной связи» с ГАТТ протокола о вступлении в ВТО государство ссылаться на исключения по соображениям безопасности (ст. XXI ГАТТ) для оправдания его нарушений?

К ответу на этот вопрос можно прийти путём применения аналогии, представляющей собой признанный как доктриной¹⁰¹, так и в судебной практике¹⁰² способ толкования международных обязательств при наличии особых условий¹⁰³. Аргументы на основе правовой аналогии также поднимались и в спорах в ВТО¹⁰⁴. Таким образом, поставленный тезис о применимости рассматриваемых выводов третейских групп и Апелляционного органа будет верен, если статья XXI ГАТТ существенно не отличается от статьи XX ГАТТ по тексту и по общим интересам, стоящим за этими положениями¹⁰⁵.

Обе статьи в основном похожи, поскольку их частично аналогичная *chapeau* предписывает, что «ничто в настоящем Соглашении не

¹⁰¹ См.: Bleckmann A. Zur Verbindlichkeit des allgemeinen Völkerrechts für internationale Organisationen // Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV). 1977. Bd. 37. S. 107–121, 113.

¹⁰² См.: ICJ. *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*. Judgment of 11 June 1998. § 30, 33 (Preliminary Objections); ICJ. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Judgment of 26 November 1984. § 63 (Jurisdiction and Admissibility).

¹⁰³ Помимо необходимости выявления схожих черт между урегулированной и неурегулированной ситуациями путём общего сравнения и анализа причин создания норм, такими условиями для правомерной аналогии являются: 1) отсутствие эксклюзивных норм, регулирующих ситуацию; 2) обязательное наличие принципа, что равное должно регулироваться одинаково; 3) отсутствие конкретной нормы права, регулирующей конкретный вопрос (см.: Vöneky S. Analogy in International Law // Max Planck Encyclopedia of Public International Law / ed. by R. Wolfrum. § 3–5. URL: <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL> (дата обращения: 26.05.2016)). Следует полагать, что эти условия выполнены в случае сравнения статей XX и XXI ГАТТ.

¹⁰⁴ См.: Panel Report, *United States – Measures Affecting the Cross Border Supply of Gambling and Betting Services – Recourse to Article 21.5 of the DSU by Antigua and Barbuda*, WT/DS285/RW, adopted 22 May 2007, DSR 2007:VIII, 3105. § 3.256; Panel Report, *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/R, WT/DS142/R, adopted 19 June 2000, DSR 2000:VII, 3043. § 6.149.

¹⁰⁵ См.: Panel Report, *United States – Measures Affecting the Cross Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/R, adopted 20 April 2005, DSR 2005:XII, 5797. § 6.448; Bleckmann A. Die Rechtsanalogie im Völkerrecht // Archiv des Völkerrechts (AVR). 1993. Bd. 31. H. 4. S. 353–366, 365–366.

⁹⁷ См.: Panel Report, *China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum*. § 7.138.

⁹⁸ См.: Ibid. § 7.137.

⁹⁹ См.: Сибатян А. С., Тымма С. В. Указ. соч. С. 117.

¹⁰⁰ См.: *Espa I*. The Appellate Body Approach to the Applicability of Article XX GATT In the Light of China – Raw Materials: A Missed Opportunity? // Journal of World Trade. Vol. 46. 2012. No. 6. P. 1399–1424, 1414; Сибатян А. С., Тымма С. В. Указ. соч. С. 114–115.

должно быть истолковано» как запрет членам ВТО принимать меры, направленные на достижение определённых целей¹⁰⁶. На данную правовую функцию этих статей указывала также третья группа в деле *ЕС – Tariff Preferences*¹⁰⁷. Лишь сам список допустимых целей отличается в тексте, а также наличие дополнительных ограничений во вступительном абзаце статьи XX ГАТТ. Это сравнение показывает, что не исключена возможность сделать вывод по аналогии, что решение третейских групп и Апелляционного органа в отношении статьи XX можно было бы экстраполировать на исключения по соображениям безопасности¹⁰⁸.

С другой стороны, противники такого мнения могут возражать, что, в то время как текст сравним в обоих случаях, природа данных статей значительно отличается. Действительно, исключения по соображениям безопасности в статье XXI ГАТТ означают основополагающее право государства как суверена защищать свою национальную безопасность. Это становится понятным, особенно если учесть характер этого далеко идущего положения, которое предоставляет государствам практически неограниченную свободу усмотрения. Что касается общих исключений, несмотря на их связь с общепризнанным присутствием государствам правом на регулирование¹⁰⁹, статью XX ГАТТ обычно не рассматривают как последний бастион государств при защите в ОРС ВТО при рассмотрении споров по торговле товарами.

Несмотря на это важное различие, Россия в своём заявлении как третье государство в деле *China – Rare Earths* выразила серьёзное опасение, что «выводы третейской группы могут быть также применимыми и к иным средствам правовой защиты, включая исключения по соображениям безопасности в

статье XXI ГАТТ 1994»¹¹⁰. Данное опасение не осталось незамеченным в рассмотрении данного спора. В своём комментарии Европейский Союз попытался деликатно указать на то, что каждый протокол о присоединении к ВТО должен толковаться отдельно¹¹¹. Несмотря на это, он всё же косвенно признал возможность того, что в ряде случаев страна путём заключения протокола с определённым содержанием может сознательно отказаться от права ссылаться на статью XXI ГАТТ¹¹².

Помимо этого, первый подготовленный США проект Устава Международной торговой организации, который стал одним из руководящих начал для ГАТТ/ВТО, содержал как общие исключения, так и по соображениям безопасности в одной статье, которая позже стала статьёй 37 лондонского и нью-йоркского проектов соглашения¹¹³. Исключения по соображениям безопасности были выделены в отдельное положение в результате решения, принятого в ходе работы над более поздним Женевским проектом Устава этой организации. По задумке авторов, эти правила-изъятия должны были применяться к обязательствам, вытекающим из всего документа. При этом общие исключения остались в главе, посвящённой торговой политике, с соответствующей ограниченной областью применения¹¹⁴. Поскольку вынесение отдельного положения за пределы главы аналогичным образом невозможно в ГАТТ, сам факт разделения статей не помогает ясно понять разницу между обоими типами исключений.

Идея совмещения рассматриваемых двух типов исключений в одной статье позже нашла своё отражение и в иных источниках, не связанных напрямую с ГАТТ-1947 и ВТО. К примеру, статья 10 типового двустороннего инвестиционного соглашения Канады от 2004 года, озаглавленная «Общие исключения», содержит в себе и общие исключения, и те,

¹⁰⁶ ГАТТ. Ст. XX, XXI.

¹⁰⁷ Panel Report, *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*, WT/DS246/R, adopted 20 April 2004, as modified by Appellate Body Report WT/DS/246/AB/R, DSR 2004:III, 1009, § 7.36.

¹⁰⁸ См.: *Kennedy M.* Op. cit. P. 70.

¹⁰⁹ См.: Panel Report, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Mexico, WT/DS381/RW, 14 April 2015. § 12, 14; Appellate Body Report, *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, adopted 18 June 2014, § 5.125.

¹¹⁰ Panel Report, *China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum*. § 2.240.

¹¹¹ См.: The European Union's Responses to Questions from the Panel to the Parties in Connection with the First Substantive Meeting of the Panel, *China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum*, DS431. § 72. URL: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/august/tradoc_151682.pdf (дата обращения: 26.05.2016).

¹¹² См.: *Ibid.* § 73.

¹¹³ См.: *Guan W.* Op. cit. P. 230.

¹¹⁴ См.: *Jackson J.H.* World Trade and the Law of GATT (a Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade). Indianapolis, IN: Bobbs-Merrill, 1969. P. 742.

что существуют в сфере национальной безопасности¹¹⁵. Сходному принципу создания этих правил-изъятий следует и статья 29(1) Договора о Евразийском экономическом союзе¹¹⁶. Данные факты наводят на мысль, что государства не всегда проводят чёткое различие между этими двумя типами исключений. Более того, третейские группы и Апелляционный орган неоднократно ставили обе статьи в один ряд, указывая на их сходную правовую природу без проведения каких-либо отдельных различий¹¹⁷.

Как видно из анализа, есть как хорошие доводы в сторону признания сходства исключений, содержащихся в статьях XX и XXI ГАТТ, так и противоположные. В конечном счёте, если подобный спор дойдёт до разбирательства в ОРС ВТО, это будут третейская группа и, однозначно, Апелляционный орган, которые смогут поставить точку в данных размышлениях. Видимо, в попытке предвосхитить решение, которое вряд ли устроило бы все государства — члены ВТО, Россия уже в ноябре 2015 года предложила добавить на повестку дня в организации вопрос толкования исключений по соображениям национальной безопасности, заключённых в статье XXI ГАТТ¹¹⁸. В итоге министры государств — членов ВТО не включили это предложение в Декларацию, принятую в Найроби 19 декабря 2015 года¹¹⁹, тем самым отодвинув возможность получения ответов на поставленные в этой статье вопросы на неопределённый срок.

Тем не менее уже сейчас можно точно сказать, что дела *China — Audiovisual, Chi-*

na — Raw Materials и *China — Rare Earths* создали опасный прецедент, который может поставить под угрозу сложившуюся систему международной торговли в рамках ВТО. Ведь если описанная аналогия верна, государства лишаются своего наиболее суверенного права — защищать интересы национальной безопасности, что прописано в статье XXI ГАТТ. Они лишены такого права, если речь идёт об обязательствах по торговле товарами, вытекающих из протокола о присоединении государства в ВТО. Единственное исключение присутствует лишь тогда, когда рассматриваемые положения протокола внутренне связаны с положениями ГАТТ.

5. Заключение

Статья XXI:(b)(iii) ГАТТ представляет собой одно из последних убежищ в контексте правового режима ВТО для государств, которые применяют экономические санкции для целей защиты интересов национальной безопасности. Во многом такое понимание этой статьи исходит из её характера как положения, предоставляющего государствам право единоличного усмотрения при преследовании целей защиты национальной безопасности. Вопреки общепринятому мнению, свобода усмотрения стран-участниц в сфере применения данных исключений тоже имеет свои границы. Несмотря на это, маловероятно, что ВТО может стать удобным форумом для разрешения споров по экономическим санкциям ввиду широких возможностей государств для оправдания возможных нарушений права ВТО. Однако детали анализа раскрыли несколько интересных моментов, которые выходят за пределы самих споров по санкциям.

Являясь козырем в рукаве государств, статья XXI:(b)(iii) ГАТТ в отдельных случаях может не сработать. Это может произойти тогда, когда государства для защиты своих явно протекционистских интересов пытаются прикрываться вопросами национальной безопасности. К примеру, очень сомнительно, что защита своих производителей обуви может являться приоритетом для целей защиты безопасности своей страны. Верность такого подхода ярко показывает пример оценки представителями других стран намерения Швеции прикрыть квоту на ввоз обуви отсылкой к исключениям по статье XXI:(b)(iii)

¹¹⁵ См.: Canada 2004 Model BIT. URL: <http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf> (дата обращения: 26.05.2016).

¹¹⁶ Договор о Евразийском экономическом союзе (подписан в г. Астане 29 мая 2014 года). URL: https://docs.eaeunion.org/docs/ru-ru/0023611/itia_05062014_doc.pdf (дата обращения: 26.05.2016).

¹¹⁷ См.: Appellate Body Report, *European Communities — Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*, WT/DS246/AB/R, adopted 20 April 2004, DSR 2004:III, 925. § 81; Panel Report, *European Communities — Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*, WT/DS246/R, adopted 20 April 2004, DSR 2004:III, 1009. § 7.36–7.37.

¹¹⁸ См.: Ministerial Conference, 10th Session, Nairobi, 15–18 December 2015, Proposal on MC10 Ministerial Declaration — Part III, 13 November 2015. WT/MIN(15)/W/14. § 1.5.

¹¹⁹ Ministerial Conference, 10th Session, Nairobi, 15–18 December 2015, Nairobi Ministerial Declaration. Adopted on 19 December 2015. WT/MIN(15)/DEC. Part III.

ГАТТ. В таких случаях последним важным ограничением поведения государств может и должен стать принцип добросовестности, как это следует из решения Международного Суда ООН в деле *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters*. Вне зависимости от того, какие именно интересы государства затронуты, оно всегда должно следовать международному праву в методах и средствах их защиты, а также не должно злоупотреблять своими правами. Иначе и без того часто критикуемый фундамент международного права в виде согласия государств пошатнется, и будет трудно вернуть веру в него.

Кроме того, государства, ставшие членами ВТО посредством протоколов о присоединении, в числе которых находится и Россия, должны быть осторожными при выполнении прописанных в них обязательств. По аналогии с делами *China — Audiovisual, China — Raw Materials* и *China — Rare Earths* исключения по соображениям национальной безопасности, так же как и общие исключения, скорее всего, не могут применяться автоматически к таким обязательствам. Проведение различия между общими исключениями и исключениями по соображениям безопасности имеет фундаментальное значение для работы всей системы права ВТО. Эта организация изначально создавалась исключительно для урегулирования экономической деятельности, политика в ней всегда играла не такую важную роль, как в иных институтах международного права, к примеру ООН. С этой точки зрения, предложенное толкование правовых позиций по делам с участием Китая можно только поприветствовать, поскольку посредством признания неприменимости исключений оно расширяет сферу потенциальных экономических споров, которые можно в разумные сроки мирно разрешить с помощью международного права.

И всё же сомнительно, что государства будут рады такому ограничению суверенных прав. Не стоит забывать, что краеугольным камнем международного права является *согласие* государств следовать тем или иным нормам¹²⁰. Статью XXI:(b)(iii) ГАТТ можно тем самым рассматривать именно как некую

амбразуру в автономной крепости под названием ВТО¹²¹, вид из которой не позволяет забывать о важных основах отношений между государствами, построенных на уважении суверенитета и вопросов безопасности.

Библиографическое описание:

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.

Economic sanctions and challenge of these in the WTO in the context of the national security exceptions (GATT Article XXI:(b)(iii))

Aleksey Petrenko

Ph.D. student, University of Göttingen, LL.M. (Georg-August-Universität Göttingen) (e-mail: alex.petrenko39@gmail.com).

Abstract

The article is focused on interactive relationship between the international economic law and the sovereignty of States and their regulatory power. The author explores complex special cases of appealing economic sanctions and bringing them to dispute before the WTO. The success of the appeal depends on whether a government could bypass the national security exceptions set forth in Article XXI:(b)(iii) of the GATT. These exempting rules are often seen as a strong barrier on the way to a favourable resolution of such disputes in the WTO dispute settlement system, because they give the state practically unlimited discretion. Defining the limits of the discretion is the goal of present research, which the author concludes with two main deductions. Despite the "self-judging" nature of this provision, states' actions contrary to the good faith principle will not enjoy the protection of Article XXI:(b)(iii) of the GATT. Not only does this interpretation of the clause find support in the idea that the good faith principle permeates the whole system of obligations under international law, but also this approach is confirmed by international investment law jurisprudence and that of the ICJ. In addition, recent cases involving China brought before the WTO Dispute Settlement Body to be resolved give an alarm message showing that the exceptions concerned, apparently, do not apply automatically to WTO member states' commitments under their WTO accession protocols relating to trade in goods. Analogous to the general exceptions in the GATT, Article XXI of the GATT applies to obligations arising from WTO accession protocols, if there is a clearly discernible, objective link to regulation of trade.

Keywords

WTO; sanctions; national security exceptions; Article XXI of GATT; WTO accession protocols; self-judging clause; good faith.

¹²⁰ См.: *Тункин Г.И.* Теория международного права. М.: Зерцало, 2006. С. 181; *Лукашук И.И.* Международное право. Общая часть. 3-е изд. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 45.

¹²¹ Правовой режим ВТО часто называют автономным (*self-contained regime*), подразумевая особый вариант *lex specialis*, исключающий применение ряда норм вне системы. См.: *Кожеев Ю.С.* Международная ответственность за нарушение «право ВТО»: соотношение с общим международным правом // *Актуальные проблемы международного права*. 2013. № 10. С. 1334–1340, 1334.

Citation

Petrenko A. (2016) Ekonomicheskie sanktsii i ikh osparivanie v VTO v kontekste iskl'yucheniya po soobrazheniyam natsional'noy bezopasnosti (stat'ya XXI:(b)(iii) GATT) [Economic sanctions and challenge of these in the WTO in the context of the national security exceptions (GATT Article XXI:(b)(iii))]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no. 2, pp. 69–86. (In Russian).

References

Akande D., Williams S. (2003) International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO? *Virginia Journal of International Law*, vol. 43, no. 2, pp. 365–404.

Alford R. (2013) Cybersecurity at the WTO. *Opinio Juris*. Available at: <http://opiniojuris.org/2013/03/27/cybersecurity-at-the-wto/> (accessed 26.05.2016).

Bazanova E., Lutova M. (2015) VEB hochet, chtobi Rossiya osporila sanktsii. Goskorporatsiya hochet pomoch' podgotovit'sya k procesu [VEB wants Russia to challenge the sanctions. The government-owned corporation wants to facilitate the participation in proceedings]. *Vedomosti*, 22 July. Available at: <http://www.vedomosti.ru/politics/articles/2015/07/22/601615-veb-hochet-chtobi-rossiya-osporila-sanktsii> (accessed 26.05.2016). (In Russian).

Beyerlin U. Sustainable Development. In: Wolfrum R. (ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Available at: <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL> (accessed 26.05.2016).

Bleckmann A. (1993) Die Rechtsanalogie im Völkerrecht. *Archiv des Völkerrechts*, vol. 31, no. 4, pp. 353–366.

Bleckmann A. (1977) Zur Verbindlichkeit des allgemeinen Völkerrechts für internationale Organisationen. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 37, pp. 107–121.

Bossuyt M. (2000) The Adverse Consequences of Economic Sanctions on the Enjoyment of Human Rights. Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights. Commission on Human Rights. Economic and Social Council. *Working Paper No. E/CN4/Sub.2/2000/33*. Available at: <https://www.globalpolicy.org/global-taxes/42501-the-adverse-consequences-of-economic-sanctions.html> (accessed 26.05.2016).

Briese R., Schill S. (2009) Djibouti v. France: Self-Judging Clauses before the International Court of Justice. *Melbourne Journal of International Law*, vol. 10, no. 1, pp. 308–328.

Buchmüller C. (2013) *Strom aus erneuerbaren Energien im WTO-Recht, zur Vereinbarkeit von Einspeisevergütungssystemen und Quotenmodellen mit Zertifikatehandel mit dem WTO-Recht*, Baden-Baden: Nomos.

Burke-White W.W., von Staden A. (2008) Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties. *Virginia Journal of International Law*, vol. 48, no. 2, pp. 307–410.

Chizhov V. A. (2016) Rossiya mozhet osporit' sanktsii ES cherez VTO [Russia may challenge the EU's sanctions in the WTO]. *Kommersant*, 26 May. Available at: <http://www.kommersant.ru/doc/2537981> (accessed 26.05.2016). (In Russian).

Clark H. L., Wang L. W. (2007) Foreign Sanctions Countermeasures and Other Responses to U.S. Extraterritorial Sanctions: *Dewey Ballantine LLP Working Paper*.

Espa I. (2012) The Appellate Body Approach to the Applicability of Article XX GATT In the Light of China – Raw Materials: A Missed Opportunity? *Journal of World Trade*, vol. 46, no. 6, pp. 1399–1424.

Guan W. (2014) How General Should the GATT General Exceptions be?: A Critique of the “Common Intention” Approach of Treaty Interpretation. *Journal of World Trade*, vol. 48, no. 2, pp. 219–258.

Gudkov I. V., Mizulin N. M. (2014) “Sanktsionnaya voyna” ES i Rossii v svete prava VTO [«Sanctions war» between the EU and Russia in the light of the WTO law]. *Pravo VTO*, no. 2, pp. 46–52. (In Russian).

Hestermeyer H. P. (2011) Article XXI GATT. In: Wolfrum R., Stoll P.-T., Hestermeyer H. P. (eds.) *WTO – Trade in Goods*, (Max Planck Commentaries on World Trade Law; 5), Leiden: Martinus Nijhoff, pp. 569–593.

Ispolnov A. S. (2014) Sanktsii v VTO: spetsifika i praktika primeneniya [Sanctions in the WTO: peculiarity and practice of application]. *Zakonodatel'stvo*, no. 10, pp. 66–77. (In Russian).

Jackson J. H. (1969) *World Trade and the Law of GATT (a Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade)*, Indianapolis, IN: Bobbs-Merrill.

Jennings R., Watt A. (eds.) (1992) *Oppenheim's International Law*, vol. 1, 9th ed., Harlow: Longman.

Kadysheva O. V. (2014) K voprosu o presedennom karaktere resheniya Organa po razresheniyu sporov vo Vsemirnoy torgovoy organizatsii [On a case-law character of Dispute Settlement Body's decisions in the World Trade Organization]. *Evrasiyskiy yuridicheskiy zhurnal*, no. 6, pp. 97–101. (In Russian).

Kennedy M. (2013) The Integration of Accession Protocols into the WTO Agreement. *Journal of World Trade*, vol. 47, no. 1, pp. 45–75.

Koskeniemi M. (2006) Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law: *Report of the Study Group of the ILC, A/CN.4/L.682*.

Kozheurov Ya. S. (2013) Mezhdunarodnaya otvetstvennost' za narushenie «pravo VTO»: sootnoshenie s obshchim mezhdunarodnim pravom [International responsibility for violation of «WTO law»: correlation with general international law]. *Aktual'nye problemy mezhdunarodnogo prava*, no. 10, pp. 1334–1340. (In Russian).

Lim C. L., Senduk J. H. (2014) The Wages of Belonging: Rare Earths from China, and the Return of GATT À-LA-Carte. *Global Trade and Customs Journal*, vol. 9, no. 9, pp. 380–396.

Liu J. (2014) Accession Protocols: Legal Status in the WTO Legal System. *Journal of World Trade*, vol. 48, no. 4, pp. 751–771.

Lobsinger E. J. (2006) Diminishing Borders in Trade and Terrorism: an Examination of Regional Applicability of GATT Article XXI National Security Trade Sanctions. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 13, no. 1, pp. 99–138.

Lukashuk I. I. (2005) *Mezhdunarodnoe pravo. Obshchaya chast'* [International law. General part], 3rd ed. Moscow: Wolters Kluwer. (In Russian).

Malloy M. P. (2003) Où est votre chapeau? Economic Sanctions and Trade Regulation. *Chicago Journal of International Law*, vol. 4, no. 2, pp. 371–384.

Mavroidis P. C. (2005) *The General Agreement on Tariffs and Trade: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press.

Mavroidis P. C. (2013) *Trade in Goods, The GATT and the Other WTO Agreements Regulating Trade in Goods*, Oxford: Oxford University Press.

McGee R. W. (2007) *Economic Sanctions and International Law*. Available at: <http://ssrn.com/abstract=955972> (accessed 26.05.2016).

Neuwirth R. J., Svetlicin A. (2015) The Economic Sanctions over the Ukraine Conflict and the WTO: “Catch-XXI” and the Revival of the Debate on Security Sanctions. *Journal of World Trade*, vol. 49, no. 5, pp. 891–914.

Oesch M. (2003) *Standards of Review in WTO Dispute Resolution*, Oxford: Oxford University Press.

Peng S. (2015) Cybersecurity Threats and the WTO National Security Exception. *Journal of International Economic Law*, vol. 18, no. 2, pp. 449–478.

- Piczak T. C. (1999) The Helms-Burton Act: U.S. Foreign Policy toward Cuba, the National Security Exception to the GATT and the Political Question Doctrine. *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 61, no. 1, pp. 287–328.
- Qin J. Y. (2011) Pushing the Limits of Global Governance: Trading Rights, Censorship and WTO Jurisprudence – a Commentary on the China – Publications Case. *Chinese Journal of International Law*, vol. 10, no. 2, pp. 271–322.
- Rachkov I. V. (2014) Ekonomicheskie sanktsii s tochki zreniya prava GATT/WTO [Economic sanctions in light of GATT/WTO law]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no. 3, pp. 93–113. (In Russian).
- Reyes C. L. (2009) International Governance of Domestic National Security Measures: the Forgotten Role of the World Trade Organization. *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*, vol. 14, no. 2, pp. 531–566.
- Rose-Ackerman S., Billa B. (2008) Treaties and National Security. *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 40, no. 2, pp. 437–496.
- Schill S., Briese R. (2009) “If the State Considers”: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement. *Max Planck United Nations Yearbook*, vol. 13, pp. 61–140.
- Schloemann H. L., Ohlhoff S. (1999) “Constitutionalization” and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence. *American Journal of International Law*, vol. 93, no. 2, pp. 424–451.
- Singh Sh. WTO Compatibility of United States’ Secondary Sanctions Relating to Petroleum Transactions with Iran: *Working Paper of the Centre for WTO Studies CWS/WP/200/1*.
- Smbatyan A. S. (2006) *Mezhdunarodnye torgovye spory v GATT/WTO: izbrannye resheniya (1952–2005 gg.)* [International trade disputes in the GATT/WTO: selected decisions (1952–2005)]. Moscow: Wolters Kluwer. (In Russian).
- Smbatyan A. S. (2014) Protседura razresheniya sporov Vsemirnoy torgovoy organizatsii [Procedure of dispute settlement of the WTO]. *Pravo VTO*, no. 2, pp. 23–45. (In Russian).
- Smbatyan A. S., Tymma S. V. (2015) Redkozemel'nye metally kak povod zadumat'sya o normativnoy tssenosti pravovih positsiy Organa po razresheniyu sporov VTO [Rare Earths as a pretext to reflect on a normative value of WTO Dispute Settlement Body's legal opinion]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no. 1, pp. 102–117. (In Russian).
- Stoll P.-T. (2006) Article 3 DSU. In: Wolfrum R., Stoll P.-T., Kaiser K. (eds.) *WTO – Institutions and Dispute Settlement*, (Max Planck Commentaries on World Trade Law; 2), Leiden: Martinus Nijhoff, pp. 281–314.
- Stoll P.-T. (2012) Internationaler Warenverkehr. In: Ehlers D., Fehling M., Pün-der H. (eds.) *Besonderes Wirtschaftsrecht*, 3rd ed., vol. I, Heidelberg: C. F. Müller, pp. 116–146.
- Titi A. (2014) *The Right to Regulate in International Investment Law*, Baden-Baden: Nomos.
- Tunkin G. I. (2006) *Teoriya mezhdunarodnogo prava* [Theory of international law]. Moscow: Zertsalo. (In Russian).
- Ulyukhaev A. V. (2015) RF sohranit produktovoe embargo v sluchae prodleniya sanktsii ES [The Russian Federation will not lift the product embargo in case the EU's sanctions would be prolonged]. *RIA Novosti*, 18 June. Available at: <http://ria.ru/economy/20150618/1075959221.html> (accessed 26.05.2016). (In Russian).
- Vöneky S. Analogy in International Law. In: Wolfrum R. (ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Available at: <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL> (accessed 26.05.2016).
- Vranes E. (2005) Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior – Zur Rechtsnatur der “Konfliktlösungsregeln”. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2005, vol. 65, pp. 391–405.
- Vranes E. (2009) *Trade and Environment: Fundamental Issues in International Law, WTO Law, and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- Wolfe R. (2009) The WTO Single Undertaking as Negotiating Technique and Constitutive Metaphor. *Journal of International Economic Law*, vol. 12, no. 4, pp. 835–858.
- WTO Secretariat (2012) *Analytical Index of the GATT: Guide to GATT Law and Practice*. Available at: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/gatt_ai_e.htm (accessed 26.05.2016).
- Yamaoka T. (2013) Analysis of China's Accession Commitments in the WTO: New Taxonomy of More and Less Stringent Commitments, and the Struggle for Mitigation by China. *Journal of World Trade*, vol. 47, no. 1, pp. 105–157.
- Zenkin I. V. (2014) *Pravo Vsemirnoy torgovoy organizatsii* [Law of the World Trade Organization], Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya. (In Russian).