ОПАСНАЯ ПРАКТИКА ВТО: ТОЛКОВАНИЕ ИСКЛЮЧЕНИЯ ПО СООБРАЖЕНИЯМ БЕЗОПАСНОСТИ В СПОРЕ *США — ТРЕБОВАНИЯ К МАРКИРОВКЕ*

БОКЛАН Д. С., МУРАШКО Е. А.

Боклан Дарья Сергеевна — доктор юридических наук, профессор Департамента международного права, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Москва, Россия (boklan5@yandex.ru). ORCID: 0000-0003-1218-7485.

Мурашко Елена Андреевна — магистр права, аспирант Аспирантской школы по праву факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», младший юрист адвокатского бюро «Рыбалкин, Горцунян, Дякин и Партнеры», Москва, Россия (elena.murashko@gmail.com). ORCID: 0000-0001-8817-7860.

Исследование осуществлено в рамках проекта «Новые подходы к регулированию международных экономических отношений в целях противодействия санкциям: опыт российско-китайских отношений на глобальном и региональном уровнях» НУЛ исследований защиты государственных интересов в условиях экономических санкций. Мнения, высказанные в статье, являются личными мнениями авторов и могут не совпадать с позицией организаций, в которых они работают.

Аннотация

Впервые с момента создания Всемирной торговой организации (далее — ВТО) в практике Органа по разрешению споров (далее — ОРС) ВТО толкование исключения по соображениям безопасности было дано третейской группой в споре *Российская Федерация — Меры, ограничивающие транзит*. Этот доклад третейской группы был утвержден ОРС ВТО. В данном споре третейская группа использовала комбинированный подход для толкования исключения по соображениям национальной безопасности: для части исключения использовался субъективный подход, а для другой части — объективный. При этом третейская группа применила узкий подход к толкованию термина «чрезвычайная ситуация в международных отношениях», ограничив его рядом объективных критериев, которым должна соответствовать чрезвычайная ситуация, и рассмотрев в качестве международных отношений двусторонние отношения спорящих членов ВТО военного характера или связанные с обеспечением публичного порядка. В дальнейшем в споре *Саудовская Аравия — Меры, касающиеся защиты прав на интеллектуальную собственность* и спорах *США — Некоторые меры в отношении товаров из стали и алюминия* в целом был сохранен комбинированный подход третейской группы, использованный в споре *Российская Федерация — Меры, ограничивающие транзит.* При этом в споре *Саудовская Аравия — Меры, касающиеся защиты прав на интеллектуальную собственность* было дано толкование аналогичного положения, предусмотренного статьей 73(b)(iii) Соглашения о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности. В данном споре третейская группа дополнила толкование рядом объективных критериев, основанных на обстоятельствах данного спора. Однако в докладе третейской группы по спору *США — Требования к маркировке* сбалансированная и логичная позиция группы, сформулированная в споре *Российская Федерация — Меры, ограничивающие транзит,* существенно изменилась, поскольку в первом деле третейская группа дала широкое толкование термина «чрезвычайная ситуация в международных отношениях», включив в него такие виды международных отношений как экономические, социальные, политические и культурные, не ограничивая их только двусторонними отношениями между спорящими членами ВТО. Авторы настоящей статьи полагают, что использование широкого подхода может усугубить текущий кризис системы разрешения споров ВТО и способствовать злоупотреблениям со стороны ответчиков при использовании исключения по соображениям безопасности для оправдания мер, нарушающих обязательства, предусмотренные соглашениями ВТО. В результате применения такого широкого толкования возникнет ситуация, при которой право ВТО соблюдается по желанию, поскольку члены ВТО смогут использовать в качестве оправдания протекционистских мер, ограничивающих торговлю, любую ситуацию, связанную с напряжением в любых международных отношениях.

Ключевые слова

исключение по соображениям безопасности, Всемирная торговая организация (ВТО), чрезвычайная ситуация в международных отношениях, существенные интересы безопасности, толкование

Для цитирования: Боклан Д. С., Мурашко Е. А. Опасная практика ВТО: толкование исключения по соображениям безопасности в споре *США — Требования к маркировке* // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2023. Т. 1. № 2. С. 111–121.

https://doi.org/10.17323/jil.2023.18199

Введение

Положение, предусматривающее исключение по соображениям безопасности, применение которого возможно во время войны или в иной чрезвычайной ситуации в международных отношениях, содержится в статье XXI(b)(iii) Генерального соглашения по тарифам и торговле (далее — ГАТТ),

статье XIV bis Генерального соглашения по торговле услугами (далее — ГАТС) и статье 73 Соглашения о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (далее — ТРИПС).

В соответствии с указанными статьями ГАТТ, ГАТС и ТРИПС — в которых редакции текста исключения по соображениям безопасности практически идентичны друг другу — член ВТО вправе применять меры, «которые *он считает необходимыми* для защиты его *существенных интересов безопасности* во время войны или иной *чрезвычайной ситуации* в международных отношениях» (курсив наш. — *Д. Б, Е. М.*)[1].

Впервые в практике ОРС ВТО[2] толкование исключения по соображениям безопасности было дано в споре *Российская Федерация — Меры, ограничивающие транзит* (далее — *Россия — Транзит*)[3]. Впоследствии в споре *Саудовская Аравия — Меры, касающиеся защиты прав на интеллектуальную собственность* (*далее — Саудовская Аравия — Права интеллектуальной собственности*)[4] и спорах *США — Некоторые меры в отношении товаров из стали и алюминия*[5] в целом был сохранен подход третейской группы, использованный в споре *Россия — Транзит.* При этом в споре *Саудовская Аравия — Права интеллектуальной собственности* было дано толкование аналогичного положения, предусмотренного статьей 73(b)(iii) ТРИПС. Кроме того, третейская группа дополнила толкование рядом объективных критериев, основанных на обстоятельствах данного спора. Один из важнейших вопросов, который третейским группам предстояло решить в указанных спорах, касался определения подхода к толкованию исключения по соображениям безопасности. Для толкования данного исключения возможно применение двух различных подходов: субъективного и объективного. При субъективном подходе норма не подлежит толкованию и применению третейской группой и является «самоподсудной» (англ.: *self-judging*)[6], то есть правом на толкование такой нормы обладает только член ВТО, но не третейская группа. При объективном подходе третейская группа должна обладать юрисдикцией на ее толкование и применение.

В международно-правовой доктрине текст исключения по соображениям национальной безопасности, содержащий фразу «которые он считает необходимыми», рассматривается как указание на «самоподсудный» характер данной нормы и на наличие у члена ВТО права на ее толкование[7]. Одним из основных сторонников субъективного подхода выступают США. В частности,

---

1 Приводим текст рассматриваемых статей на английском языке:
Ст. 73 ТРИПС: «Nothing in this Agreement shall be construed… (b) to prevent a Member from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests… (iii) taken in time of war or other emergency in international relations…».
Ст. XIV bis ГАТС: «Nothing in this Agreement shall be construed… (b) to prevent any Member from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests… (iii) taken in time of war or other emergency in international relations…».
Ст. XXI ГАТТ: «Nothing in this Agreement shall be construed… (b) to prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests… (iii) taken in time of war or other emergency in international relations…»

2 Необходимо отметить, что государства ранее предпринимали попытки оправдать меры, ограничивающие торговлю, исключением по соображениям безопасности. Так, еще в 1949 году, вскоре после того, как переговоры по согласованию текста ГАТТ завершились, США приняли меру, ограничивающую торговлю. Эта мера представляла собой экспортный лицензионный контроль и затрагивала интересы Чехословакии. США оправдывали данную меру тем, что товары, которые по своей природе могут использоваться в целях развития военного потенциала, подпадают под исключение ст. XXI ГАТТ (см. Summary Record of the Twentieth Meeting, 14 June 1949, GATT/CP.3/SR20, Contracting Parties: Third Session, 2 June 1949. P. 3–4). Позже в 1975 году Швеция использовала статью XXI ГАТТ для оправдания введения глобальной импортной квоты на обувь соображениями безопасности (*Sweden – Import Restrictions on Certain Footwear*, 17 November 1975, L/4250. P. 3). Уже после создания ВТО в 2014 году Египет, ссылаясь на соображения безопасности, запретил импорт двухколесных и трехколесных мотоциклов, обосновывая запрет тем, что их малый размер способствует совершению преступлений (Egypt imposes one-year imports ban on motorcycles, tuk-tuks' // Ahram Online. 12 February 2014. URL: http://english.ahram.org.eg/NewsContent/3/12/94095/Business/Economy/Egypt-imposes-oneyear-imports-ban-on-motorcycles,-.aspx (дата обращения: 10.09.2023). О более ранних попытках применить исключение по соображениям безопасности в период ГАТТ и до образования ВТО более подробно см. Петренко А. В. *Использование исключений по соображениям национальной безопасности как аргумента в торговых спорах в ГАТТ и ВТО* // Торговая политика. 2019. №2/18. С. 9–24; Boklan D., Bahri A. *The First WTO's Ruling on National Security Exception: Balancing Interests or Opening Pandora's Box?* // World Trade Review. Vol. 19. 2020. No. 1. P. 123–136.

3 Panel Report, *Russian Federation — Measures Concerning Traffic in Transit*. WT/DS512/R. Adopted on 26 April 2019.

4 Panel Report, *Saudi Arabia — Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights*. WT/DS567/R. Circulated 16 June 2020.

5 Panel Report, *United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products* (China). WT/DS544/R. Circulated 9 December 2022. §7.104–7.128; Panel Report, *United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products* (Norway). WT/DS552/R. Circulated 9 December 2022 §7.92–7.116; Panel Report, *United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products* (Switzerland). WT/DS556/R. Circulated 9 December 2022. §7.122–7.146; Panel Report, *United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products* (Turkey). WT/DS564/R. Circulated 9 December 2022 §7.119–7.143.

6 В отечественной литературе также встречается термин «себеподсудный». См: Петренко А.В. *Указ. соч*.

7 Lindsay P. *The Ambiguity of GATT Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure?* // Duke Law Journal. Vol. 52. 2003. P. 1282. Mitchell A. *Sanctions and the World Trade Organization* // *Research Handbook on UN Sanctions and International Law* / L. van den Herik (ed). Edward Elgar, 2017. P. 293; Bhala R. *National Security and International Trade Law: What the GATT Says, and What*

США поясняют, что спор, в котором ответчик ссылается на исключение по соображениям безопасности, является самоподсудным, «поскольку отсутствуют правовые критерии, на основании которых можно определить существенные интересы безопасности члена [ВТО]». Такой подход основан на толковании фразы «которые он считает необходимыми для защиты своих интересов безопасности». По мнению США, эти слова указывают на субъективный характер толкуемого положения. Позиция США заключается в том, что только член ВТО праве определить «свои существенные интересы национальной безопасности»[8].

Вместе с тем, как справедливо указывают П. ван ден Бош и С. Акпофуре, такое право не должно приводить к нарушению прав других членов ВТО и служить инструментом злоупотребления собственными правами[9]. Так, в соответствии со статьей 3.10 Договоренности о разрешении споров ВТО

> процедура разрешения споров не должна быть направлена или рассматриваться как конфронтационные действия, и в случае возникновения спора, все члены ВТО должны *добросовестно* принимать участие в такой процедуре с целью разрешения спора[10].

Апелляционный орган ВТО специально указал на то, что принцип добросовестности является общим принципом права и общим принципом международного права, контролирующим реализацию государствами своих прав. Данный принцип запрещает злоупотребление правами государства. Подобное злоупотребление само по себе является правонарушением[11]. Таким образом, требование о добросовестности в определенной степени объективно и открывает возможность третейской группе использовать объективный подход для толкования исключения по соображениям национальной безопасности[12].

В целях поиска баланса для толкования исключения по соображениям национальной безопасности третейская группа в споре *Россия — Транзит* использовала комбинированный подход.

Сначала третейская группа определила наличие у нее юрисдикции на рассмотрение спора, в котором ответчик оправдывал применение меры исключением по соображениям национальной безопасности. Далее она определила, соблюдены ли ответчиком требования вводной части статьи XXI(b) ГАТТ, предусматривающей исключение по соображениям национальной безопасности[13]. Для определения наличия юрисдикции третейская группа изучила, является ли исключение по соображениям национальной безопасности самоподсудным и, как следствие, обладает ли она юрисдикцией *ratione materiae* для разрешения спора[14]. Отвечая на данный вопрос, третейская группа в споре *Россия — Транзит* пришла к выводу, что обычное значение статьи XXI(b)(iii) в ее контексте и в свете объекта и цели ГАТТ 1994 и Соглашения ВТО в целом указывает на то, что придаточное предложение «которые он считает» вводной части статьи XXI(b) не определяет обстоятельства, названные в параграфе (iii). Далее третейская группа указала на объективный характер таких обстоятельств. По мнению третейской группы, для того чтобы деяние подпадало под действие исключения по соображениям национальной безопасности, оно должно объективно соответствовать критериям параграфов, включая параграф (b)(iii) статьи XXI ГАТТ[15].

Третейская группа в споре *Россия — Транзит* выделила два основных критерия для данного параграфа. Первым стал хронологический критерий. Третейская группа указала на то, что

---

the United States Does // University of Pennsylvania Journal of International Economic Law. Vol. 19. 1998. No. 2. P. 268; Schill S., Briese R. "*If the State Consider": Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement.* 13 Max Planck Yearbook of United Nations Law. 2009. P. 110; Петренко А. В. *Экономические санкции и их оспаривание в ВТО в контексте исключений по соображениям национальной безопасности (ст. XXI: (b)(iii) ГАТТ)* // Международное правосудие. 2016. №2 (18). С. 69–86; Петренко А.В. *Использование исключений по соображениям национальной безопасности как аргумента в торговых спорах в ГАТТ и ВТО* // Торговая политика. 2019. №2/18. С. 9–24. См. также: Panel Report, *Russian Federation —Traffic in Transit*. *Op. cit.* §7.102–7.104.

8 См. более подробно: Panel Report, *Russian Federation —Traffic in Transit. Op. cit*. §7.52.

9 См. более подробно: van den Bossche P., Akpofure S. *The Use and Abuse of the National Security Exception under Article XXI(b)(iii) of the GATT 1994*. WTI Working Paper No. 03/2020.

10 Договоренность о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров. Приложение 2 к Марракешскому соглашению о создании Всемирной торговой организации от 15 апреля 1994 года.

11 Appellate Body Report, *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (Recourse to Article 21.5 of the DSU)*. WT/DS58/AB/RW. Adopted on 21 November 2001. §158.

12 Боклан Д., Мурашко Е. *Санкции в отношении услуг и национальная безопасность: оправдание или злоупотребление?* // Международное правосудие. 2022. № 3 (43). С. 12.

13 Подробнее об этом: Boklan D., Bahri A. *Op.cit*.

14 Panel Report, *Russian Federation — Traffic in Transit*. *Op. cit*. §7.57, 7.58, 7.66.

15 *Ibid*. §7.82.

оспариваемая мера должна быть принята «во время (англ.: *during*) войны или иной чрезвычайной ситуации в международных отношениях», иными словами, должна присутствовать хронологическая связь между мерой и событием войны или иной чрезвычайной ситуацией в международных отношениях[16]. При этом установление факта наличия хронологической связи, по мнению третейской группы, носит объективный характер[17].

Вторым критерием, выделенным третейской группой, стал характер «чрезвычайной ситуации в международных отношениях», о котором речь пойдет далее.

Кроме того, третейская группа указала, что предоставление члену ВТО единоличного права толкования исключения по соображениям национальной безопасности серьезно подорвет надежность и предсказуемость многосторонней торговой системы[18]. Основываясь на указанных выводах, третейская группа установила свою юрисдикцию в отношении применения исключения по соображениям безопасности, задействовав объективный подход к толкованию понятия «чрезвычайная ситуация в международных отношениях»[19].

Следующим вопросом для третейской группы стал вопрос о выборе подхода к толкованию вводной части пункта (b) статьи XXI ГАТТ. В этом случае третейская группа использовала субъективный подход и решила, что фразы «которые он считает необходимыми» и «существенные интересы безопасности государства» связаны друг с другом[20]. Это означает, что член ВТО обладает правом на определение того, что входит в понятие его «существенных интересов национальной безопасности»[21]. Однако третейская группа указала, что к таким интересам относится выполнение «наиболее существенных государственных функций, в частности защита территории и населения государства от внешних угроз и обеспечение законности и публичного порядка» во внутренних делах, и член ВТО обязан добросовестно определить такие интересы[22].

Таким образом, третейская группа в споре *Россия — Транзит* использовала субъективный подход для толкования понятия «существенные интересы безопасности государства». Аналогичный подход был использован третейской группой и в споре *Саудовская Аравия — Права интеллектуальной собственности* и третейскими группами в спорах *США — Некоторые меры в отношении товаров из стали и алюминия*[23].

В результате третейские группы в данных спорах использовали комбинированный подход к толкованию исключения по соображениям национальной безопасности. Они применили субъективный подход к толкованию термина «существенные интересы национальной безопасности» и объективный подход к толкованию термина «чрезвычайная ситуация в международных отношениях». При этом третейская группа в споре *Россия — Транзит* применила узкий подход к толкованию термина «чрезвычайная ситуация в международных отношениях», обозначив конкретный перечень объективных критериев, которым должна соответствовать «чрезвычайная ситуация в международных отношениях». Как указывалось ранее, в данном споре третейская группа выделила два основных критерия определения «чрезвычайной ситуации в международных отношениях»: хронологический критерий и характер «чрезвычайной ситуации в международных отношениях». Третейская группа пришла к выводу о том, что чрезвычайная ситуация в международных отношениях включает все военные интересы и интересы, связанные с обороноспособностью, а также обеспечением публичного порядка[24]. При этом она исключила из сферы «чрезвычайной ситуации в международных отношениях» политические и экономические интересы[25]. Данный подход третейская группа

---

16 *Ibid*. §7.70.

17 *Ibid*. The phrase “taken in time of” in subparagraph (iii) describes the connection between the action and the events of war or other emergency in international relations in that subparagraph. The Panel understands this phrase to require that the action be taken ***during*** the war or other emergency in international relations. This **chronologica**l concurrence is also an objective fact, amenable to **objective** determination (выделено нами. — *Д. Б., Е. М.*).

18 *Ibid*. §7.79.

19 *Ibid*. §7.83.

20 *Ibid*. §7.128.

21 *Ibid*. §7.98.

22 *Ibid*. §7.130, §7.138.

23 *Saudi Arabia — Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights*. *Op. cit.* §7.241–7.255. Panel Report, *United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products* (China). WT/DS544/R. Circulated 9 December 2022 §7.104–7.128; Panel Report, *United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products* (Norway). WT/DS552/R. Circulated 9 December 2022 §7.92–7.116; Panel Report, *United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products* (Switzerland). WT/DS556/R. Circulated 9 December 2022. §7.122–7.146; Panel Report, *United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products* (Turkey). WT/DS564/R. Circulated 9 December 2022. §7.119–7.143.

24 *Ibid*. §7.74.

25 *Ibid*. §7.75.

обосновала *контекстом* исключения по соображениям безопасности, указав на то, что все вопросы, затронутые в параграфах статьи XXI(b), связаны с интересами обороны, военными интересами или интересами публичного порядка[26]. По мнению третейской группы, само содержание параграфов статьи XXI(b) и отсылка к войне непосредственно в параграфе (iii) представляют собой *контекст*, в котором необходимо толковать статью XXI(b)(iii), и этот *контекст* исключает из охвата данной статьи политические и экономические интересы членов ВТО[27].

При этом важно отметить, что третейская группа специально указала на то, что чрезвычайная ситуация в международных отношениях должна «затрагивать государство», которое ссылается на исключение по соображениям национальной безопасности[28]. Дабы определить, затрагивает ли чрезвычайная ситуация в международных отношениях конкретное государство, третейская группа опиралась на такие критерии, как участие государства в чрезвычайной ситуации и влияние ситуации на безопасность на границе между двумя государствами[29]. При этом третейская группа придала наибольшее значение тому факту, что стороны спора имеют общую границу[30], и подчеркнула, что чем дальше государство находится от ситуации вооруженного конфликта, тем менее очевидна необходимость в защите существенных интересов его национальной безопасности. В таком случае член ВТО должен специально обозначить свои существенные интересы национальной безопасности[31] и продемонстрировать связь меры, ограничивающей торговлю, с такими интересами. Наличие подобной связи, по мнению третейской группы, является минимальным критерием обязательства добросовестности члена ВТО, ссылающегося на исключение по соображениям национальной безопасности[32].

В споре *Саудовская Аравия — Права интеллектуальной собственности* в целом третейская группа использовала тот же подход к толкованию исключения по соображениям национальной безопасности, что и в споре *Россия — Транзит*[33]*.* При этом для установления наличия чрезвычайной ситуации в международных отношениях третейская группа приняла во внимания факты полного разрыва дипломатических и консульских отношений между Саудовской Аравией и Катаром[34], обвинения со стороны Саудовской Аравии в адрес Катара в поддержке терроризма и экстремизма и необходимость защитить территорию и население Саудовской Аравии от этих угроз, а также полный запрет со стороны Саудовской Аравии на въезд граждан Катара на территорию Саудовской Аравии как часть всеобъемлющей политики Саудовской Аравии в отношении Катара[35].

Таким образом, исходя из анализа толкования исключения по соображениям национальной безопасности, очевидно, что обе третейские группы применили узкое толкование для данной нормы права ВТО.

По мнению обеих третейских групп, для оправдания меры, ограничивающей торговлю исключением по соображениям национальной безопасности, ответчику необходимо объективно доказать наличие чрезвычайной ситуации в *двусторонних* отношениях с истцом. Для этого третейские группы принимали во внимание только *военные интересы* и интересы, связанные с обеспечением публичного порядка, и исключили из сферы чрезвычайной ситуации в международных отношениях политические и экономические интересы. Также указанием на чрезвычайную ситуацию в отношениях между истцом и ответчиком послужили факты наличия у них *общей границы*, *полного разрыва дипломатических отношений* и наличие *всеобъемлющей политики ответчика*, направленной на предотвращение таких серьезных угроз со стороны истца, как терроризм и экстремизм[36].

Представленный выше достаточно сбалансированный и логичный подход был существенно изменен в докладе третейской группы по спору *США — Требования к маркировке*[37]. В отличие от третейских групп в спорах *Россия — Транзит* и *Саудовская Аравия — Права интеллектуальной*

---

26 *Ibid*. §7.74
27 *Ibid*. §7.74, 7.75
28 *Ibid.* §7.76, 7.111
29 *Ibid.* §7.119
30 *Ibid*. §7.137.
31 *Ibid*. §7.135.
32 *Ibid*. §7.138.
33 Panel Report, *Saudi Arabia — Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights. Op. cit.* §7.242–7.255.
34 *Ibid*. §7.258–7.259, 7.266.
35 *Ibid*. §7.263, 7.284, 7.286.
36 Боклан Д., Мурашко Е. *Указ. соч.*
37 Panel Report, *United States — Origin Marking Requirement.* WT/DS597/R. Circulated on 21 December 2022.

собственности[38], третейская группа в споре *США — Требования к маркировке* применила широкий подход к толкованию исключения по соображениям безопасности.

2. Содержание спора *США — Требования к маркировке*

Спор был инициирован Гонконгом (Китай) в октябре 2020 года. Стоит отметить, что Гонконг обладает статусом отдельной таможенной территории, в силу которого он действует как самостоятельный и полноправный член ВТО.

В соответствии с Законом о политике в отношении Гонконга 1992 года Конгресс США предоставил Гонконгу отличный от Китая режим в некоторых областях (включая требования к маркировке происхождения товаров) при условии, что Гонконг останется достаточно автономным от Китая. В 2020 году Китай принял Закон о защите национальной безопасности Гонконга, согласно которому любая деятельность, направленная на поддержку суверенитета Гонконга, карается лишением свободы сроком от трех лет вплоть до пожизненного заключения[39]. После принятия Китаем данного Закона президент США издал указ № 13936, в котором определил, что Гонконг больше не является достаточно автономным, и приостановил действие дифференцированного режима. В соответствии с измененными требованиями законодательства США товары, произведенные в Гонконге, должны иметь маркировку, указывающую на их происхождение, — «Китай» («требование к маркировке происхождения»)[40]. В этой связи Гонконг инициировал спор в ОРС ВТО.

Гонконг заявил, что требование к маркировке происхождения, введенное США, не соответствует статье I:1 (Режим наиболее благоприятствуемой нации) и статье IX ГАТТ (Отметки о происхождении), поскольку оно приводит к тому, что товары, произведенные в Гонконге, должны маркироваться как произведенные в Китае (другом члене ВТО) и, таким образом, к этим товарам применяется менее благоприятный режим, чем к аналогичным товарам других стран. Кроме того, Гонконг выдвинул претензии о несоответствии меры США отдельным положениям Соглашения по правилам происхождения товаров и Соглашения по техническим барьерам в торговле.

В ответ на доводы Гонконга США сослались на исключение по соображениям национальной безопасности (статья XXI ГАТТ). По мнению США, исключение является «самоподсудным», в связи с чем третейская группа должна была прекратить рассмотрение спора и сообщить об этом Органу по разрешению споров ВТО[41]. С таким подходом не согласился Гонконг, который утверждал, что третейская группа должна придерживаться того же подхода к толкованию исключения по соображениям безопасности, который был применен в споре *Россия — Транзит*[42]. Аналогичную позицию заняли и третьи стороны: Бразилия, Канада, ЕС, Норвегия и Швейцария[43].

3. Выводы третейской группы в споре *США — Требования к маркировке*

Третейская группа решила начать анализ с исключения по соображениям безопасности, поскольку, по мнению США, у третейской группы отсутствует юрисдикция на рассмотрение спора, связанного с вопросами национальной безопасности. Третейская группа не согласилась с США и констатировала, что данное исключение не является «самоподсудным».

Рассмотрев заявления и законодательство США, а также заявления других членов ВТО и публикации в средствах массовой информации, третейская группа пришла к заключению: хотя события в Гонконге и вызывают озабоченность международного сообщества, они не достигают требуемого уровня для того, чтобы квалифицировать их как чрезвычайную ситуацию в международных отношениях в понимании статьи XXI ГАТТ. В этой связи третейская группа решила, что мера США не может быть оправдана исключением в соответствии со статьей XXI ГАТТ.

Третейская группа также пришла к выводу, что США предоставляют товарам, которые они идентифицируют как произведенные, изготовленные, выращенные или существенно преобразованные в Гонконге, режим, отличный от того, который они предоставляют товарам,

---

[38] В спорах *США — Некоторые меры в отношении товаров из стали и алюминия* третейские группы не осуществляли толкование термина «чрезвычайная ситуация в международных отношениях».

[39] The Law of the People's Republic of China on Safeguarding National Security in the Hong Kong Special Administrative Region (translated in English), https://www.elegislation.gov.hk/fwddoc/hk/a406/eng_translation_(a406)_en.pdf. (дата обращения: 10.09.2023).

[40] Panel Report, *United States — Origin Marking Requirement. Op. cit.* §2.1.

[41] *Ibid*. §3.2, 7.17.

[42] *Ibid*, §7.19.

[43] *Ibid*.

идентифицируемым (на основе тех же правил происхождения) как произведенные, изготовленные, выращенные или существенно преобразованные в любой третьей стране или члене ВТО. Третейская группа также отметила, что требование маркировки происхождения изменяет условия конкуренции в ущерб товарам из Гонконга и пришла к выводу о том, что требование к маркировке происхождения предоставляет товарам из Гонконга менее благоприятный режим, чем тот, что предоставляется аналогичным товарам любой третьей страны. Следовательно, это требование не соответствует статье IX:1 ГАТТ. В целях процессуальной экономии (англ.: *judicial economy*) третейская группа решила не рассматривать остальные аргументы Гонконга.

Несмотря на то, что США проиграли данный спор как по существу заявленных Гонконгом требований, так и в части возможного оправдания оспариваемой меры исключением по соображениям безопасности, толкование, которое третейская группа использовала в отношении данного исключения, на наш взгляд, весьма спорно.

4. Толкование третейской группой в споре *США — Требования к маркировке* исключения по соображениям безопасности

В споре *США — Требования к маркировке* третейская группа начала толкование исключения по соображениям безопасности, предусмотренного статьей XXI(b)(iii) ГАТТ, с анализа грамматической структуры. Третейская группа отвечала на вопрос о том, относятся ли слова из вводной части параграфа (b) статьи XXI ГАТТ «которые он считает» с грамматической точки зрения не только к вводной части, но и к параграфу (iii), в котором «чрезвычайная ситуация» указана как обстоятельство, позволяющее применять меры, ограничивающие торговлю.

Третейская группа отметила, что определительное придаточное предложение «которые он считает» относится только к тем словам, которые содержатся во вводной части, и связано со словами «существенные интересы безопасности»[44]. С грамматической точки зрения, по мнению третейской группы, между вводной частью и параграфами имеется разрыв[45]. Далее третейская группа проанализировала и сопоставила аутентичные тексты рассматриваемого исключения по соображениям безопасности на английском, испанском и французском языках и пришла к выводу о том, что нет оснований для иного толкования текстов на испанском и французском языках, чем то, которое было дано в отношении текста на английском языке[46].

В результате третейская группа, так же как и в спорах, рассмотренных ранее, установила, что положение не является полностью самоподсудным (англ: *self-judging*) и подлежит толкованию и применению третейской группой[47].

Далее третейская группа перешла к анализу термина «чрезвычайная ситуация в международных отношениях», в результате которого были сделаны выводы, существенно отличающиеся от выводов третейских групп в спорах *Россия — Транзит* и *Саудовская Аравия — Права интеллектуальной собственности.*

Третейская группа, отойдя от сбалансированного подхода, примененного в двух указанных спорах, отметила, опираясь на Оксфордский словарь английского языка, что международные отношения охватывают различные сферы, в том числе *политические, экономические, социальные и культурные* обмены (курсив наш. *— Д. Б., Е. М.*)[48]. Такое толкование «международных отношений» является расширительным и противоречит подходам, использованным третейскими группами в спорах *Россия — Транзит* и *Саудовская Аравия — Права интеллектуальной собственности*, где был использован узкий подход, в соответствии с которым чрезвычайная ситуация в международных отношениях включает все военные интересы и интересы, связанные с обороноспособностью, а также с обеспечением публичного порядка[49].

Более того, в споре *США — Требования к маркировке* третейская группа пошла еще дальше и указала на то, что в толкуемом положении под «международными отношениями» понимаются не только двусторонние отношения между двумя спорящими государствами[50]. Такой подход также не

---

44 *Ibid*. §7.51.
45 *Ibid*. §7.53, 7.57.
46 *Ibid*. §7.87.
47 *Ibid*. §7.185.
48 *Ibid*. §7.280.
49 Panel Report, *Russian Federation — Traffic in Transit*. *Op. cit.* §7.74; Panel Report, *Saudi Arabia — Measures concerning the* P*rotection of Intellectual Property Rights*. *Op. cit*. §7.75.
50 Panel Report, *United States — Origin Marking Requirement*. *Op. cit.* §7.280.

соответствует подходам, использованным третейскими группами в предыдущих спорах. Он, на наш взгляд, не обоснован какими-либо фактами, существовавшими именно в деле *США — Требование к маркировке* (англ.: *case by case approach*). Более того, данный подход влечет серьезные риски злоупотребления исключением по соображениям безопасности, поскольку он позволяет государству, непосредственно не вовлеченному в «чрезвычайную ситуацию в международных отношениях», лишь указав на свою озабоченность, применить любые меры, противоречащие обязательствам такого государства по ГАТТ, ГАТС или ТРИПС.

Единственным «ограничением» толкования термина «чрезвычайная ситуация в международных отношениях», по мнению третейской группы, выступает непосредственная связь между чрезвычайной ситуацией и данными международными отношениями[51]. Критерии, которым должна соответствовать такая связь, третейская группа не определила.

Далее третейская группа указала на то, что под «чрезвычайной ситуацией» она понимает предельно серьезную ситуацию, то есть такое состояние отношений, которое представляет собой разрыв или близкое к разрыву состояние[52]. Третейская группа пояснила, что война может непосредственно влиять на отношения между спорящими сторонами, однако она может оказывать и более широкое влияние на международные отношения. Третейская группа подчеркнула, что чрезвычайная ситуация может возникнуть не на территории члена ВТО, который оправдывает нарушение обязательств исключением по соображениям безопасности, и не в рамках двусторонних отношений между спорящими сторонами. Война между двумя или более членами ВТО, по мнению третейской группы, может быть квалифицирована как «чрезвычайная ситуация в международных отношениях» и для других стран[53]. Показательно, что третейская группа для обоснования такого широкого толкования сослалась на позицию США, выраженную 24 июля 1947 года в ходе переговоров по обсуждению текста исключения по соображениям безопасности ГАТТ. Представитель США заявил тогда следующее:

> Под чрезвычайной ситуацией в международных отношениях мы имеем в виду ситуацию, которая существовала до конца 1941 года, то есть до нашего участия в войне. Война шла в Европе уже два года и по мере приближения времени нашего участия, нам необходимо было в целях собственной защиты предпринять меры, запрещенные Уставом. Наш экспорт и импорт были под жестким контролем в связи с тем, что шла война[54].

Анализируя указанное заявление представителя США в качестве дополнительного средства толкования, предусмотренного ст. 32 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года[55], третейская группа установила, что шедшая в Европе война, в которой США на тот момент не принимали участие, представляет собой чрезвычайную ситуацию в международных отношениях для целей статьи XXI(b)(iii) ГАТТ[56]. При этом третейская группа фактически проигнорировала наличие в заявлении представителя США указания на то, что США планировали непосредственное участие в войне и что речь шла о мерах, необходимых для подготовки такого участия. Более того, третейская группа специально подчеркнула, что она «воздерживается от того, чтобы рассматривать чрезвычайную ситуацию в международных отношениях только как непосредственно затрагивающую военные и оборонные интересы», как это было заявлено третейской группой в споре *Россия — Транзит*[57], тем самым еще раз указав на расширительное толкование термина «чрезвычайная ситуация в международных отношениях».

Третейская группа использовала парадоксальную аналогию для обоснования такого расширительного толкования, сравнив чрезвычайную ситуацию в международных отношениях с «субъективными по существу человеческими ощущениями»[58]. В качестве примера таких «субъективных ощущений» третейская группа указала следующее: «так же как мы чувствуем тепло или холод, существуют параметры, указывающие на… разрыв отношений между государствами…

---

51 *Ibid*. §7.281.
52 *Ibid*. §7.290.
53 *Ibid*. §7.297.
54 Minutes of the 24 and 30 July 1947 Negotiation Meetings, (Exhibit USA-30), p. 20. Panel Report, *United States — Origin Marking Requirement*. WT/DS597/R. Circulated on 21 December 2022. Footnote 424.
55 Panel Report, *United States — Origin Marking Requirement*. *Op. cit.* §7.164–7.175
56 *Ibid*.
57 *Ibid*. §7.301.
58 *Ibid*. §7.310.

подобно тому, как термометр измеряет температуру»[59]. Используя данную аналогию, третейская группа допустила принципиальную ошибку, поскольку термометр не измеряет субъективные ощущения чувства холода или тепла. Напротив, термометр показывает объективную температуру в виде конкретного цифрового значения. Такое цифровое значение никак не влияет на «субъективные человеческие ощущения тепла или холода», поскольку разные люди ощущают тепло или холод по-разному. Если нам необходимы объективные данные о температуре, при которой замерзает вода, мы руководствуемся цифрой — ноль градусов Цельсия. Однако эта цифра не определяет «человеческие субъективные ощущения». Для одного человека температура ноль градусов Цельсия может быть вполне комфортной для прогулки, а по субъективному ощущению другого, напротив, будет восприниматься как слишком холодная. Данный вывод третейской группы указывает на логическую ошибку в анализе понятия «чрезвычайная ситуация в международных отношениях».

Заключение

Подход, использованный третейской группой в споре *США — Требование к маркировке*, выпадает из ранее выработанной практики толкования исключения по соображениям безопасности и может еще больше усугубить сегодняшний кризис системы разрешения споров ВТО, а также способствовать злоупотреблениям со стороны ответчиков при использовании исключения по соображениям безопасности для оправдания мер, нарушающих обязательства, предусмотренные соглашениями ВТО.

Этот вывод подтверждается тем фактом, что 26 января 2023 года США подали апелляцию на доклад третейской группы по спору *США — Требования к маркировке*[60] в фактически недействующий Апелляционный орган, то есть «в пустоту», а также негативной реакцией на такое поведение США и выводы третейской группы по обозначенному спору других членов ВТО. Так, Гонконг указал на то, что США, с одной стороны, несмотря на возражения подавляющего большинства членов ВТО, создали тупиковую ситуацию с выбором новых членов Апелляционного органа, а с другой стороны — используют эту ситуацию в целях уклонения от выполнения обязательств, вытекающих из соглашений ВТО[61]. Европейский союз полностью согласился с подходом к толкованию термина «чрезвычайная ситуация в международных отношениях», примененным третейской группой в споре *Россия — Транзит*[62]. Российская Федерация справедливо указала: поскольку США не указали конкретный параграф ст. XXI, на который они ссылаются, фактически анализ третейской группы представляет собой *obiter dicta.* Это означает, что третейская группа пустилась в теоретические рассуждения и предположения за рамками существа спора[63]. Китай указал на то, что США вмешиваются во внутренние дела других членов ВТО, используя кризис Апелляционного органа для уклонения от собственных обязательств[64].

Данные обстоятельства демонстрируют противоречивые позиции США и целого ряда других членов ВТО как в отношении необходимости восстановления работы Апелляционного органа, так и в отношении толкования исключения по соображениям безопасности. Подход США, выражающийся в субъективном толковании данного исключения и подаче апелляции в парализованный Апелляционный орган, представляет собой злоупотребление как правом применять исключение по соображениям безопасности, так и кризисом Апелляционного органа. Такое злоупотребление противоречит принципу добросовестности и влечет серьезный риск разрушения ВТО. Парадоксально, но несмотря на то, что США проиграли спор *США — Требования к маркировке*, фактически третейская группа в данном споре последовала логике США, применив широкое толкование к термину «чрезвычайная ситуация в международных отношениях». Третейская группа предложила субъективный подход к толкованию данного термина, сравнив его с субъективными человеческими ощущениями холода и тепла. Это противоречит не только выводам третейской группы в споре *Россия — Транзит,* но и изначальному выводу самой третейской группы в споре *США — Требования к маркировке* об объективном характере термина «чрезвычайная ситуация в международных отношениях».

---

59 *Ibid*.
60 United States — Origin Marking Requirement (DS579), https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds597_e.htm (дата обращения: 10.09.2023).
61 Minutes of the DSB meeting WT/DSB/M/475, 13 March 2023. §7.10.
62 Panel Report, *United States — Origin Marking Requirement*. *Op. cit.* §7.13.
63 *Ibid*. §7.18
64 *Ibid*. §7.20.

В условиях отсутствия функционирующего Апелляционного органа, который бы мог изменить некорректные выводы третейской группы, и во избежание дальнейшего риска злоупотреблений исключением по соображениям безопасности при разрешении споров необходимо применение лишь узкого подхода к толкованию термина «чрезвычайная ситуация в международных отношениях», задействованного третейской труппой в споре *Россия — Транзит* в контексте нормы, предусматривающей исключение по соображениям безопасности. Иной подход приведет к ситуации, когда право ВТО соблюдается по желанию — иными словами, когда любую ситуацию, связанную с напряжением в любых международных отношениях, члены ВТО смогут использовать в качестве оправдания протекционистских мер, ограничивающих торговлю.

При этом также необходимо учесть, что решение третейской группы в споре *Россия — Транзит* является единственным решением, принятым (англ.: *adopted*) ОРС ВТО, в котором было истолковано исключение по соображениям безопасности. Это означает, что все члены ВТО согласились с тем, что рекомендации третейской группы в споре *Россия — Транзит*, основанные на толковании исключения по соображениям безопасности, подлежат выполнению на основании ст. 21.3 Договоренности о разрешении споров.

INTERPRETATION OF THE SECURITY EXCEPTIONS IN *UNITED STATES — ORIGIN MARKING REQUIREMENT*

BOKLAN D., MURASHKO E.

Daria Boklan — Doctor of Sciences in Law, Professor, School of International Law, Faculty of Law, HSE University, Moscow, Russia (boklan5@yandex.ru). ORCID: 0000-0003-1218-7485.

Elena Murashko — Doctoral Student, School of International Law, Faculty of Law, HSE University, Junior Associate at Rybalkin, Gortsunyan, Dyakin & Partners, Moscow, Russia (elena.murashko@gmail.com). ORCID: 0000-0001-8817-7860.

The research was carried out within the framework of the project "New Approaches to the Regulation of International Economic Relations to Counter Sanctions: the Experience of Russian-Chinese Relations at the Global and Regional Level" by the Laboratory for the Study of Public Interest Protection under Economic Sanctions. The opinions expressed in the article are the personal opinions of the authors and may not reflect the position of the organizations for which they work.

Abstract

For the first time in the history of the WTO, the security exception was interpreted in the dispute *Russia — Measures Concerning Traffic in Transit.* For the second time, a similar provision was interpreted in the dispute *Saudi Arabia — Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights* concerning the protection of intellectual property rights. The two panels in the two disputes followed a similar approach and used a combined approach to interpret the national security exceptions: a subjective approach for one part of the exception and an objective approach for the other part. In doing so, the panels took a narrow approach to interpreting the term "emergency in international relations". The described, rather balanced and logical approach was substantially changed in the recent dispute *US — Origin Marking Requirement*. Unlike the panels in the previous two disputes, the Panel in the *US — Origin Marking Requirement* undertook a broad approach to interpreting the term "emergency in international relations". The use of this approach may further exacerbate the current crisis in the WTO dispute settlement system and facilitate abuse by respondents in using the security exceptions in order to justify measures which are inconsistent with WTO agreements. Applying such a broad interpretation would result in a situation in which WTO law is complied with at will, as WTO Members would be able to rely on any situation involving tension in any international relations in order to justify trade-restrictive protectionists measures.

Key words

security exception, World Trade Organization (WTO), emergency in international relations, essential security interests, interpretation

Citation: Boklan D., Murashko E. Opasnaya praktika WTO: tolkovanie isklyucheniya po soobrazheniyam bezopasnosti v spore *SSHA — Trebovaniya k markirovke* [Interpretation of the Security Exceptions in *United States — Origin Marking Requirement*] // Zhurnal VSHÈ po mezhdunarodnomu pravy (HSE University Journal of International Law). 2023. Vol. 1. № 2. P. 111–121.

https://doi.org/10.17323/jil.2023.18199

References / Список источников

Boklan D., Bahri A. (2020) The First WTO's Ruling on National Security Exception: Balancing Interests or Opening Pandora's Box? World Trade Review, vol. 19, no. 1, pp. 123–136.

Boklan D., Murashko E. (2022) Sanktsii v otnoshenii uslug i natsional'naya bezopasnost': opravdanie ili zloupotreblenie? [Sanctions on trade in services and national security: justification or abuse?] Mezhdunarodnoe pravosudie, vol. 12, no. 3, pp. 139–156. (In Russian).

Bossche P., Akpofure S. The Use and Abuse of the National Security Exception under Article XXI(b)(iii) of the GATT 1994. WTI Working Paper No. 03/2020.

Bossche P., Zdouc W. The Law and Policy of the World Trade Organization. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Dispute Settlement Rules: Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes. Annex 2 to Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization of 15 April 1994.

Lindsay P. (2003) The Ambiguity of GATT Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure? // Duke Law Journal, vol. 52. no. 6, pp. 1277–1313.