

234. ДЕЛО ДЖАДХАВА (ИНДИЯ ПРОТИВ ПАКИСТАНА)

Резюме решения от 17 июля 2019 года

19 июля 2019 года Международный Суд вынес решение по делу *Джадхава (Индия против Пакистана)*.

Суд заседал в следующем составе: Председатель Юсуф; Вице-Председатель Сюэ; судьи Томка, Абраам, Беннуна, Кансаду Триндади, Донохью, Гая, Себутинде, Бхандари, Робинсон, Кроуфорд, Геворгян, Салам, Ивасава; судья *ad hoc* Джиллани; заместитель Секретаря Фомете.

* * *

Справочная информация процедурного характера (пункты 1–19)

Суд напоминает, что 8 мая 2017 года правительство Республики Индия (далее — «Индия») подало заявление о возбуждении дела против Исламской Республики Пакистан (далее — «Пакистан»), утверждая о нарушениях Венской конвенции о консульских сношениях от 24 апреля 1963 года (далее — «Венская конвенция») «в деле о задержании и судебном разбирательстве в отношении гражданина Индии г-на Кулбхушана Судхира Джадхава», приговоренного военным судом Пакистана к смертной казни в апреле 2017 года. В тот же день Индия подала просьбу об указании временных мер.

Постановлением от 18 мая 2017 года Суд указал следующие временные меры:

«Пакистан должен принять все возможные меры с целью обеспечить, чтобы г-н Джадхав не был казнен до вынесения окончательного решения по итогам настоящего разбирательства, и информировать Суд обо всех мерах, принятых во исполнение настоящего постановления».

Он далее постановил, что, «пока Суд не вынесет окончательного решения, он будет продолжать рассматривать вопросы, которые составляют предмет данного постановления».

I. Обстоятельства дела (пункты 20–32)

Суд начинает с изложения обстоятельств дела. Он напоминает, что с 3 марта 2016 года лицо по имени Кулбхушан Судхир Джадхав (далее — «г-н Джадхав») находится под стражей у пакистанских властей. Обстоятельства его задержания остаются спорными между Сторонами. По данным Индии, г-н Джадхав был похищен из Ирана, а затем переправлен в Пакистан и задержан для допроса. Пакистан утверждает, что г-н Джадхав, которого он обвиняет в совершении актов шпионажа и терроризма по поручению Индии, был арестован в Белуджистане недалеко от границы с Ираном после незаконного въезда на пакистанскую территорию. Пакистан объясняет, что в момент ареста у г-на Джадхава был индийский паспорт на имя «Хуссейн Мубарак Патель». Индия отрицает эти обвинения.

Суд отмечает, что 25 марта 2016 года Пакистан поднял этот вопрос с Высоким комиссаром Индии в Исламабаде и опубликовал видеозапись, на которой появляется г-н Джадхав, признаваясь в своей причастности к совершению актов шпионажа и терроризма в Пакистане по приказу индийской службы внешней разведки «Отдел исследований и анализа» (также известный по аббревиатуре «ОИА»). Обстоятельства, при которых была сделана видеозапись, Суду неизвестны. В тот же день Пакистан уведомил постоянных членов Совета Безопасности Организации Объединенных Наций об этом вопросе.

Кроме того, в тот же день посредством вербальной ноты, направленной Представительством Высокого Комиссара Индии в Исламабаде в Министерство иностранных дел Пакистана, Индия обозначила «предполагаемый арест индийца» и запросила консульский доступ «в кратчайшие возможные сроки» к «указанному лицу». Впоследствии, по крайней мере до 9 октября 2017 года, Индия направила более десяти вербальных нот, в которых она идентифицировала г-на Джадхава как своего гражданина и просила предоставить консульский доступ к нему.

Судебный процесс над г-ном Джадхавом начался 21 сентября 2016 года и, по данным Пакистана, проходил в Полевом общем военном суде. Различные подробности судебного разбирательства были обнародованы в пресс-релизе и заявлении от 10 и 14 апреля 2017 года, соответственно. Согласно этой информации (из единственного источника, предоставленного в распоряжение суда), как представляется, г-н Джадхав предстал перед судом в соответствии со статьей 59 Закона о пакистанской армии 1952 года и статьей 3 Закона о государственной тайне 1923 года. По словам Пакистана, после начала судебного разбирательства ему был предоставлен дополнительный трехнедельный срок для подготовки своей защиты, для чего ему специально был назначен «полевой офицер, имеющий юридическую квалификацию».

23 января 2017 года Министерство иностранных дел Пакистана направило «Письмо о содействии в проведении уголовного расследования в отношении индийского гражданина Кулбхушана Судхаира Джадхева» в Представительство Высокого Комиссара Индии в Исламабаде с просьбой, в частности, оказать поддержку в «получении доказательств, материалов и записей для уголовного расследования» деятельности г-на Джадхава.

21 марта 2017 года Министерство иностранных дел Пакистана направило Представительству Высокого Комиссара Индии в Исламабаде вербальную ноту, в которой говорилось, что просьба Индии о предоставлении консульского доступа будет рассмотрена «в свете ответа индийской стороны на просьбу Пакистана об оказании помощи в проведении расследования и скорейшем отправлении правосудия». 31 марта 2017 года Индия ответила, что «консульский доступ к г-ну Джадхаву будет существенным предварительным условием для проверки фактов и понимания обстоятельств его присутствия в Пакистане». Стороны привели аналогичные аргументы в ходе последующей дипломатической переписки.

10 апреля 2017 года Пакистан объявил о том, что г-н Джадхав был приговорен к смертной казни.

26 апреля 2017 года Представительство Высокого Комиссара Индии в Исламабаде препроводило Пакистану от имени матери г-на Джадхава «жалобу» в соответствии со статьей 133 В) и петицию в адрес федерального правительства Пакистана в соответствии со статьей 131 Закона о пакистанской армии. 22 июня 2017 года Межведомственная служба по связям с общественностью Пакистана выпустила пресс-релиз, в котором объявила, что г-н Джадхав подал прошение о

помиловании на имя начальника штаба армии после отклонения его апелляции Военным апелляционным судом. Индия утверждает, что она не получила четкой информации ни об обстоятельствах этой апелляции, ни о статусе какой-либо апелляции или ходатайства, касающихся приговора г-ну Джадхаву.

II. Юрисдикция (пункты 33–38)

В первую очередь, Суд отмечает, что Индия и Пакистан являются участниками Венской конвенции с 28 декабря 1977 года и 14 мая 1969 года соответственно и на момент подачи заявления являлись участниками Факультативного протокола об обязательном разрешении споров к Венской конвенции о консульских сношениях (далее — «Факультативный протокол») без каких-либо оговорок или заявлений. Индия стремится обосновать юрисдикцию Суда пунктом 1 статьи 36 Конвенции и статьей I Факультативного протокола, которая гласит следующее:

«Споры по толкованию или применению Конвенции подлежат обязательной юрисдикции Международного Суда и соответственно могут передаваться в этот Суд по заявлению любой стороны в споре, являющейся участником настоящего Протокола».

По мнению Суда, спор между Сторонами касается вопроса о консульской помощи в связи с арестом и задержанием г-на Джадхава, судебным разбирательством в отношении его и вынесением ему приговора. Суд отмечает, что Пакистан не оспаривал, что спор касается толкования и применения Венской конвенции.

Что касается представлений Индии с просьбой к Суду заявить, что Пакистан нарушил «элементарные права человека» г-на Джадхава, «которые должны быть обеспечены также в соответствии со статьей 14 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 года», то Суд отмечает, что его юрисдикция в настоящем деле вытекает из статьи I Факультативного протокола и, следовательно, не распространяется на установление нарушений международно-правовых обязательств, за исключением обязательств по Венской конвенции.

Этот вывод не препятствует Суду принимать во внимание другие обязательства по международному праву в той мере, в какой они имеют отношение к толкованию Венской конвенции.

В свете вышеизложенного Суд приходит к выводу о том, что в соответствии со статьей I Факультативного протокола он обладает юрисдикцией по рассмотрению претензий Индии на основании предполагаемых нарушений Венской конвенции.

III. Приемлемость (пункты 39–66)

Пакистан выдвинул три возражения против приемлемости заявления Индии. Эти возражения основаны на утверждениях о злоупотреблениях Индии процессуальными нормами, злоупотреблении Индии правами и ее противоправном поведении. Суд рассматривает каждый из этих доводов поочередно.

А. Первое возражение: злоупотребление процессуальными нормами (пункты 40–50)

В своем первом возражении относительно приемлемости заявления Индии Пакистан просит Суд постановить, что Индия злоупотребила процессуальными нормами Суда. Пакистан выдвигает два основных аргумента в этой связи. Во-первых, он утверждает, что, направив 8 мая 2017 года просьбу об указании временных мер, Индия не обратила внимания Суда на существование конституционного права на подачу прошения о помиловании. Во-вторых, Пакистан утверждает, что до возбуждения дела 8 мая 2017 года Индия не рассматривала другие механизмы урегулирования споров, предусмотренные в статьях II и III Факультативного протокола.

В связи с первым аргументом Пакистана Суд отмечает, что в своем Постановлении об указании временных мер он принял во внимание возможные последствия для ситуации г-на Джадхава наличия в пакистанском законодательстве тех или иных процедур обжалования или подачи ходатайства, включая прошение о помиловании, на которое Пакистан ссылается в обоснование своего утверждения. В этой связи он, в частности, пришел к выводу о том, что «здесь [имелась] значительная неопределенность в отношении того, когда может быть вынесено решение по той или иной апелляции или ходатайству, и, если приговор будет оставлен в силе, в отношении того, когда г-н Джадхав может быть казнен». Поэтому нет оснований делать вывод о том, что Индия злоупотребила своими процессуальными правами, обращаясь к Суду с просьбой указать временные меры в данном деле.

В отношении второго аргумента Суд отмечает, что ни одно из положений Факультативного протокола, на которые ссылается Пакистан, не содержит предварительных условий для осуществления Судом своей юрисдикции. Из этого следует, что Индия не была обязана в настоящем деле рассматривать другие механизмы урегулирования споров до возбуждения дела в Суде 8 мая 2017 года. Таким образом, возражение Пакистана, основанное на предполагаемом несоблюдении Индией статей II и III Факультативного протокола, не может быть удовлетворено.

Соответственно, Суд считает, что первое возражение Пакистана против приемлемости заявления Индии должно быть отклонено.

В. Второе возражение: злоупотребление правами (пункты 51–58)

В своем втором возражении относительно приемлемости заявления Индии Пакистан просит Суд постановить, что Индия злоупотребила различными правами, которыми она обладает по международному праву. В своих представлениях Пакистан основывает это возражение на трех основных аргументах. Во-первых, он ссылается на отказ Индии «предоставить доказательства» индийского гражданства г-на Джадхава посредством его «действительного паспорта на его настоящее имя», несмотря на ее обязанность это сделать. Во-вторых, Пакистан упоминает о том, что Индия не отреагировала на его просьбу об оказании помощи в связи с уголовным расследованием деятельности г-на Джадхава. В-третьих, Пакистан утверждает, что Индия разрешила г-ну Джадхаву пересечь индийскую границу, предъявившему «действительный паспорт, выданный на вымышленное имя», в целях осуществления шпионажа и террористической деятельности. В связи с этими аргументами Пакистан ссылается на различные обязательства по борьбе с терроризмом, изложенные в резолюции [1373 \(2001\)](#) Совета Безопасности.

Суд напоминает, что в своем решении по предварительным возражениям по делу *Иммунитеты и уголовно-процессуальные действия (Экваториальная Гвинея против Франции)* Суд постановил, что на злоупотребление правами нельзя ссылаться в качестве основания для неприемлемости в случаях, когда вопрос об установлении соответствующего права надлежащим образом относится к существу дела. Суд отмечает, однако, что, выдвигая аргумент о том, что Индия не предоставила Суду его действующий паспорт на его настоящее имя, Пакистан, вероятно, предполагает, что Индия не смогла доказать гражданство г-на Джадхава.

В этой связи Суд отмечает, что представленные ему доказательства свидетельствуют о том, что обе стороны считали г-на Джадхава гражданином Индии. Следовательно, Суд удовлетворен тем, что представленные ему доказательства не оставляют никаких сомнений в том, что г-н Джадхав имеет индийское гражданство.

Пакистан далее ссылается на различные предполагаемые нарушения Индией обязательств по резолюции 1373 (2001) Совета Безопасности, утверждая, в частности, что Индия не ответила на просьбу Пакистана об оказании взаимной правовой помощи в ходе проведения им уголовного расследования шпионажа и террористической деятельности г-на Джадхава. Суд отмечает, что, по сути, Пакистан, как представляется, утверждает, что Индия не может запрашивать консульскую помощь в отношении г-на Джадхава, в то время как она нарушила другие обязательства по международному праву в результате вышеуказанных действий. Хотя Пакистан не дал четкого объяснения связи между этими утверждениями и правами, на которые ссылается Индия по существу, по мнению Суда, такие утверждения должным образом относятся к вопросам существа и поэтому на них нельзя ссылаться в качестве основания для их неприемлемости.

По вышеуказанным причинам Суд считает, что второе возражение Пакистана против приемлемости заявления Индии должно быть отклонено. Второй и третий аргументы, выдвинутые Пакистаном, учитываются при рассмотрении существа дела.

С. Третье возражение: предполагаемое незаконное поведение Индии (пункты 59–65)

В своем третьем возражении против приемлемости заявления Индии Пакистан просит Суд отклонить заявление на основании предполагаемого противоправного поведения Индии, опираясь на доктрину «чистых рук» и принципы *ex turpi causa non oritur actio* и *ex injuria jus non oritur*. В частности, Пакистан утверждает, что Индия не ответила на его просьбу об оказании помощи в расследовании деятельности г-на Джадхава, что она предоставила ему «действительный паспорт на вымышленное имя» и что в целом она несет ответственность за шпионаж и террористическую деятельность г-на Джадхава в Пакистане.

Суд не считает, что возражение, основанное на доктрине «чистых рук», само по себе может сделать неприемлемым заявление, базирующееся на действительном праве на юрисдикцию. Поэтому Суд приходит к выводу о том, что возражение Пакистана, основанное на указанной доктрине, должно быть отклонено.

Что касается аргумента, основанного на принципе *ex turpi causa [non oritur actio]*, на который он ссылается, то Суд считает, что Пакистан не объяснил, каким образом какое-либо из противоправных деяний, предположительно

совершенных Индией, могло помешать Пакистану выполнить свое обязательство в отношении предоставления консульской помощи г-ну Джадхава. В связи с этим Суд считает, что возражение Пакистана, основанное на принципе *ex tunc causa non oritur actio*, не может быть удовлетворено.

Этот вывод подводит Суд к аналогичному выводу в отношении принципа *ex injuria jus non oritur*, который подтверждает предположение о том, что незаконное поведение не может изменить право, применимое в отношениях между Сторонами. По мнению Суда, этот принцип неприменим к обстоятельствам настоящего дела.

Соответственно, Суд считает, что третье возражение Пакистана против приемлемости заявления Индии должно быть отклонено.

В свете вышеизложенного Суд приходит к выводу о том, что все три возражения против приемлемости заявления, выдвинутые Пакистаном, должны быть отклонены и что заявление Индии является приемлемым.

IV. Предполагаемые нарушения Венской конвенции о консульских сношениях (пункты 67–124)

Суд отмечает, что Пакистан выдвигает несколько доводов относительно применимости некоторых положений Венской конвенции к делу г-на Джадхава.

A. Применимость статьи 36 Венской конвенции о консульских сношениях (пункты 68–98)

Суд отмечает, что доводы Пакистана относительно применимости Венской конвенции касаются трех аспектов. Во-первых, Пакистан утверждает, что статья 36 Венской конвенции не применяется в делах *prima facie* о шпионаже. Во-вторых, он утверждает, что международное обычное право охватывает дела о шпионаже в консульских сношениях и позволяет государствам делать исключения из положений о консульском доступе, содержащихся в статье 36 Венской конвенции. В-третьих, Пакистан утверждает, что в данном деле именно Соглашение о консульском доступе между Индией и Пакистаном 2008 года (далее — «Соглашение 2008 года»), а не статья 36 Венской конвенции, регулирует консульский доступ. Суд рассматривает каждый из этих доводов поочередно.

a) Предполагаемое исключение из статьи 36 Венской конвенции на основании обвинений в шпионаже (пункты 69–86)

i) Толкование статьи 36 Венской конвенции в соответствии с обычным значением ее положений (пункты 72–75)

В отношении первого довода Пакистана Суд отмечает, что ни статья 36, ни какое-либо другое положение Венской конвенции не содержат упоминания о делах о шпионаже. Статья 36, если ее рассматривать в ее контексте и в свете предмета и цели Конвенции, также не исключает из своей сферы применения определенные категории лиц, такие как лица, подозреваемые в шпионаже.

Предмет и цели Венской конвенции, изложенные в ее преамбуле, заключаются в том, чтобы «способствовать развитию дружественных отношений между государствами». Цель пункта 1 статьи 36 Конвенции, как указано во вступительном предложении, состоит в облегчении «выполнения консульских функций в отношении граждан представляемого государства». Следовательно, консульские должностные лица могут во всех случаях осуществлять права, касающиеся

консульского доступа, изложенные в этом положении, в отношении граждан представляемого государства. Если бы предусмотренные в этом положении права могли игнорироваться в случаях, когда государство пребывания утверждает, что находящийся у него под стражей иностранный гражданин причастен к актам шпионажа, то это противоречило бы цели данного положения.

Таким образом, Суд приходит к выводу, что при толковании в соответствии с обычным значением, которое следует придавать положениям Венской конвенции в их контексте и в свете ее объекта и цели, статья 36 Конвенции не исключает из сферы ее применения определенные категории лиц, такие как лица, подозреваемые в шпионаже.

ii) Подготовительные материалы по статье 36 (пункты 76–86)

По мнению Суда, подготовительные материалы (в частности, обсуждения в 1960 году в Комиссии международного права по теме «консульские сношения и иммунитеты» и обсуждения на Конференции Организации Объединенных Наций по консульским сношениям, состоявшейся в Вене 4 марта — 22 апреля 1963 года) служат подтверждением толкования, согласно которому статья 36 не исключает из ее сферы применения определенные категории лиц, такие как лица, подозреваемые в шпионаже.

b) Предполагаемое исключение в связи со шпионажем в соответствии с международным обычным правом (пункты 87–90)

Переходя ко второму аргументу Пакистана, Суд отмечает, что в преамбуле Венской конвенции говорится, что «нормы международного обычного права продолжают регулировать вопросы, прямо не предусмотренные положениями настоящей Конвенции». Статья 36 Конвенции прямо регулирует вопрос консульского доступа к гражданам представляемого государства и сношения с ними и не делает никаких исключений в отношении дел о шпионаже. Поэтому Суд считает, что данный вопрос в отношениях между Сторонами регулирует статья 36 Конвенции, а не международное обычное право.

Придя к такому выводу, Суд не считает необходимым определять, существовала ли на момент принятия Венской конвенции в 1963 году норма международного обычного права, на которой настаивает Пакистан.

c) Относимость Соглашения 2008 года о консульском доступе между Индией и Пакистаном (пункты 91–97)

Далее Суд переходит к третьему доводу Пакистана о том, что вопрос о консульском доступе в данном деле регулирует Соглашение 2008 года.

Суд напоминает, что пункт vi) Соглашения 2008 года предусматривает, что «в случае ареста, задержания или приговора, вынесенного по политическим мотивам или соображениям безопасности, каждая сторона может рассматривать дело по существу». Он также напоминает, что в преамбуле Соглашения стороны заявили, что они «желают содействовать достижению цели гуманного обращения с гражданами обеих стран, арестованными, задержанными или заключенными в тюрьму в другой стране». Суд считает, что пункт vi) Соглашения не может быть истолкован как отказ в консульском доступе в случае ареста, задержания или приговора, вынесенного по политическим мотивам или соображениям безопасности. Учитывая важность соответствующих прав в обеспечении гуманного обращения с гражданами обеих стран, арестованными, задержанными или заключенными в тюрьму в другой стране, если бы стороны намеревались каким-либо образом ограничить права, гарантируемые статьей 36, можно было бы

ожидать, что такое намерение будет недвусмысленно отражено в положениях Соглашения. Суд счел, что в данном случае это не так.

Кроме того, любое отступление от статьи 36 Венской конвенции по политическим соображениям или соображениям безопасности может лишить право, связанное с консульским доступом, смысла, поскольку это дало бы государству пребывания возможность отказать в таком доступе.

При толковании Соглашения 2008 года следует также учитывать пункт 2 статьи 73 Венской конвенции. В этом пункте предусмотрено, что «ни одно из положений настоящей Конвенции не препятствует государствам заключать международные соглашения, подтверждающие, дополняющие, распространяющие или расширяющие ее положения». Формулировка этого пункта указывает на то, что в нем говорится о последующих соглашениях, которые будут заключаться сторонами Венской конвенции. Суд отмечает, что Венская конвенция была разработана с целью установления, насколько это возможно, единообразных стандартов консульских сношений. Обычное значение пункта 2 статьи 73 предполагает, что Венской конвенции не противоречит заключение только последующих соглашений, которые подтверждают, дополняют, распространяют или расширяют положения этого документа, например соглашений, которые регулируют вопросы, не охватываемые Конвенцией.

Суд отмечает, что стороны вели переговоры по Соглашению 2008 года, полностью осознавая пункт 2 статьи 73 Венской конвенции. Изучив это Соглашение и в свете условий, изложенных в пункте 2 статьи 73, Суд считает, что Соглашение 2008 года является последующим соглашением, призванным «подтвердить, дополнить, распространить и расширить» Венскую конвенцию. Следовательно, Суд считает, что подпункт vi) этого Соглашения не заменяет, как утверждает Пакистан, обязательств по статье 36 Венской конвенции.

* * *

По этим причинам Суд считает, что ни один из аргументов, выдвинутых Пакистаном относительно применимости статьи 36 Венской конвенции к делу г-на Джадхава, не может быть поддержан. Таким образом, Суд приходит к выводу о том, что, независимо от утверждений о том, что г-н Джадхав занимался шпионской деятельностью, в данном деле применима Венская конвенция.

В. Предполагаемые нарушения статьи 36 Венской конвенции о консульских сношениях (пункты 99–120)

В своих заключительных представлениях Индия утверждает, что Пакистан действовал в нарушение своих обязательств по статье 36 Венской конвенции, поскольку он: i) не информировал Индию безотлагательно о задержании г-на Джадхава; ii) не проинформировал г-на Джадхава о его правах в соответствии со статьей 36; и iii) отказал консульским должностным лицам Индии в доступе к г-ну Джадхаву.

а) Предполагаемый отказ информировать г-на Джадхава о его правах в соответствии с пунктом 1 b) статьи 36 (пункты 100–102)

В отношении первого представления Индии Суд напоминает, что пункт 1 b) статьи 36 Венской конвенции предусматривает, что компетентные органы государства пребывания должны безотлагательно сообщать иностранному гражданину, находящемуся под стражей, о его правах согласно этому

положению. Поэтому Суду необходимо определить, информировали ли компетентные пакистанские органы г-на Джадхава о его правах в соответствии с этим положением. В этой связи Суд отмечает, что Пакистан не оспаривал утверждение Индии о том, что г-н Джадхав не был проинформирован о своих правах в соответствии с пунктом 1 b) статьи 36 Конвенции. Напротив, в ходе письменного и устного производства Пакистан последовательно утверждал, что Конвенция не применяется к лицу, подозреваемому в шпионаже. Исходя из этой позиции Пакистана, Суд делает вывод о том, что он не информировал г-на Джадхава о его правах согласно пункту 1 b) статьи 36 Венской конвенции, и, таким образом, приходит к заключению, что Пакистан нарушил свое обязательство информировать г-на Джадхава о его правах согласно этому положению.

b) Предполагаемый отказ безотлагательно информировать Индию об аресте и задержании г-на Джадхава (пункты 103–113)

Переходя ко второму представлению Индии, Суд напоминает, что пункт 1 b) статьи 36 Венской конвенции предусматривает, что если какой-либо гражданин представляемого государства арестован или задержан и «если этот гражданин этого потребует», то компетентные органы государства пребывания должны «безотлагательно» уведомить об этом консульское учреждение представляемого государства. Анализируя утверждение Индии о том, что Пакистан нарушил свое обязательство по этому положению, Суд рассматривает, во-первых, выдвигал ли г-н Джадхав такое требование, и, во-вторых, информировал ли Пакистан консульское учреждение Индии об аресте и задержании г-на Джадхава. Наконец, если Суд установит, что Пакистан делал такое уведомление, он изучит, было ли оно сделано «безотлагательно».

Толкуя пункт 1 b) статьи 36 в соответствии с обычным значением используемых формулировок, Суд отмечает, что существует неразрывная связь между обязательством государства пребывания информировать задержанное лицо о его правах согласно пункту 1 b) статьи 36 и его способностью потребовать уведомить консульское учреждение представляемого государства о его задержании. Если государство пребывания не выполнило своего обязательства по сообщению задержанному лицу о его правах в соответствии с пунктом 1 b) статьи 36, он может быть не осведомлен о его правах и, следовательно, не в состоянии обратиться с требованием, чтобы компетентные органы государства пребывания информировали консульское учреждение представляемого государства о его аресте.

Суд отмечает, что пункт 1 b) статьи 36 Конвенции предусматривает, что, если задержанное лицо «этого потребует», компетентные органы государства пребывания должны уведомить консульское учреждение представляемого государства. Фразу «если этот гражданин того потребует» следует читать в совокупности с обязательством государства пребывания сообщать задержанному лицу о его правах согласно пункту 1 b) статьи 36. Суд уже установил, что Пакистан не информировал г-на Джадхава о его правах. Следовательно, Суд считает, что Пакистан был обязан уведомить консульское учреждение Индии об аресте и задержании г-на Джадхава в соответствии с пунктом 1 b) статьи 36 Конвенции.

Кроме того, Суд отмечает, что, когда гражданин представляемого государства находится в тюрьме, под стражей или в заключении, обязательство властей государства пребывания информировать консульское учреждение представляемого государства вытекает из прав консульских должностных лиц, предусмотренных в пункте 1 c) статьи 36, посещать гражданина, беседовать с ним и переписываться с ним, а также обеспечивать ему юридическое представительство.

Затем Суд переходит ко второму вопросу, а именно к вопросу о том, уведомил ли Пакистан Индию об аресте и задержании г-на Джадхава. Суд отмечает, что в пункте 1 b) статьи 36 не указано, каким образом государство пребывания должно уведомить консульское учреждение представляемого государства о задержании одного из его граждан. Важно, чтобы информация, содержащаяся в уведомлении, была достаточной для того, чтобы облегчить осуществление предоставляемым государством консульских прав, предусмотренных пунктом 1 статьи 36 Венской конвенции. Действия Пакистана, предпринятые 25 марта 2016 года, позволили Индии в тот же день обратиться с просьбой о предоставлении консульского доступа. При данных обстоятельствах Суд считает, что 25 марта 2016 года Пакистан уведомил Индию об аресте и задержании г-на Джадхава, как того требует пункт 1 b) статьи 36 Венской конвенции.

Суд переходит к последнему вопросу, а именно к вопросу о том, было ли уведомление сделано «безотлагательно». Пакистан утверждает, что в момент ареста у г-на Джадхава был индийский паспорт на имя «Хуссейн Мубарак Пател». С учетом обстоятельств настоящего дела Суд считает, что в момент ареста 3 марта 2016 года или вскоре после него у Пакистана имелись достаточные основания для того, чтобы сделать вывод о том, что это лицо являлось или могло являться гражданином Индии, а это привело к осуществлению им обязательства уведомить Индию о его аресте в соответствии с пунктом 1 b) статьи 36 Венской конвенции.

Между арестом г-на Джадхава 3 марта 2016 года и уведомлением, направленным Индии 25 марта 2016 года, произошла трехнедельная задержка. Суд напоминает, что ни положения Венской конвенции в ее обычном понимании, ни ее предмет и цель не предполагают, что «безотлагательно» следует понимать как «непосредственно после ареста и до допроса». Он также напоминает о том, что в материалах нет никаких предположений о том, что фраза «безотлагательно» может иметь разные значения в каждом из трех комплексов обстоятельств, при которых она используется в пункте 1 b) статьи 36. Принимая во внимание особые обстоятельства данного дела, Суд считает, что тот факт, что уведомление было сделано примерно через три недели после ареста, в данном случае представляет собой нарушение обязательства уведомить «безотлагательно», как того требует пункт 1 b) статьи 36 Венской конвенции.

c) Предполагаемое непредоставление консульского доступа (пункты 114–19)

Затем Суд рассматривает третье представление Индии, касающееся предполагаемого непредоставления Пакистаном консульского доступа г-ну Джадхаву. Суд напоминает, что пункт 1 статьи 36 порождает личные права, на которые в силу статьи I Факультативного протокола может ссылаться в настоящем Суде государство, гражданином которого является задержанное лицо.

В данном деле не оспаривается тот факт, что Пакистан не предоставил индийским консульским должностным лицам доступ к г-ну Джадхаву. В период с 25 марта 2016 года Индия подала несколько просьб о предоставлении консульского доступа. Пакистан впервые ответил на просьбу Индии о предоставлении консульского доступа в своей вербальной ноте от 21 марта 2017 года, в которой он заявил, что «дело о предоставлении консульского доступа гражданину Индии Кулбушану Джадхаву будет рассмотрено в свете ответа индийской стороны на просьбу Пакистана об оказании помощи в процессе расследования и скорейшем отправлении правосудия». Суд считает, что предполагаемое нежелание Индии сотрудничать в процессе расследования в Пакистане не освобождает Пакистан от его обязательства предоставлять консульский доступ в соответствии с

пунктом 1 статьи 36 Конвенции и не оправдывает отказ Пакистана предоставить консульским должностным лицам доступ к г-ну Джадхаву.

Пункт 1 с) статьи 36 предусматривает, что консульские должностные лица имеют право обеспечивать юридическое представительство задержанному гражданину представляемого государства. Это положение предполагает, что консульские должностные лица могут обеспечивать юридическое представительство на основе беседы и переписки с задержанным лицом. По мнению Суда, утверждение Пакистана о том, что г-ну Джадхаву была предоставлена возможность выбрать себе адвоката, но что он предпочел быть представленным защитником, имеющим право на юридическое представительство, даже если оно установлено, не умаляет права консульских должностных лиц обеспечивать задержанному свое юридическое представительство.

Поэтому Суд приходит к заключению, что Пакистан нарушил обязательства, возложенные на него пунктом 1 а) и с) статьи 36 Венской конвенции, отказав консульским должностным лицам Индии в доступе к г-ну Джадхаву, вопреки их праву посещать его, беседовать и переписываться с ним, а также обеспечивать ему юридическое представительство.

*

Сделав вывод о том, что Пакистан действовал в нарушение своих обязательств по пункту 1 а), b) и с) статьи 36 Венской конвенции, Суд переходит к рассмотрению утверждений Пакистана, основанных на злоупотреблении правами.

С. Злоупотребление правами (пункты 121–124)

В свете вышеизложенного Суд рассматривает вопрос о том, могут ли предполагаемые нарушения международного права со стороны Индии, на которые ссылается Пакистан в поддержку своих утверждений, касающихся злоупотребления правами, представлять собой защиту по существу. По сути Пакистан утверждает, что Индия не может просить о консульской помощи в отношении г-на Джадхава, когда в то же время она не выполняет другие обязательства по международному праву.

В этой связи Суд напоминает, что Венская конвенция «устанавливает определенные стандарты, которые должны соблюдаться всеми государствами-участниками в целях “беспрепятственного ведения консульских сношений”», и что статья 36 о консульской помощи гражданам, в отношении которых возбуждено уголовное дело, и о сношении с ними устанавливает права как для государства, так и для физического лица, которые являются взаимозависимыми. По мнению Суда, Венская конвенция не дает государству оснований ставить выполнение своих обязательств по статье 36 в зависимость от соблюдения другим государством других международно-правовых обязательств. В противном случае вся система консульской помощи была бы серьезно подорвана.

По этим причинам Суд приходит к выводу, что ни одно из утверждений Пакистана, касающихся злоупотребления правами со стороны Индии, не оправдывает нарушения Пакистаном своих обязательств по статье 36 Венской конвенции. Поэтому доводы Пакистана в этом отношении должны быть отклонены.

V. Средства правовой защиты (пункты 125–148)

Вкратце Индия просит настоящий Суд вынести решение и заявить, что Пакистан действовал в нарушение статьи 36 Венской конвенции о консульских сношениях. В соответствии с вышеизложенным Индия просит Суд объявить, что приговор военного суда Пакистана является нарушением международного права и положений Венской конвенции и что Индия имеет право на *restitutio in integrum*. Она также просит Суд отменить решение военного суда и ограничить полномочия Пакистана по исполнению приговора или осуждения, дать указание Пакистану освободить г-на Джадхава и содействовать его безопасному проезду в Индию. В качестве альтернативы и если Суд решит, что г-н Джадхав не должен быть освобожден, Индия просит Суд отменить решение военного суда и не дать Пакистану выполнить приговор, вынесенный этим судом. В качестве еще одной альтернативы Индия просит Суд предписать Пакистану принять меры к отмене решения военного суда. В любом случае она просит Суд провести в соответствии с общеправовыми нормами судебное разбирательство в гражданских судах после исключения признательных показаний г-на Джадхава и в строгом соответствии с положениями Международного пакта о гражданских и политических правах, с полным консульским доступом и с правом Индии организовать юридическое представительство г-на Джадхава.

Суд отмечает, что он уже установил, что Пакистан действовал в нарушение своих обязательств по статье 36 Венской конвенции: во-первых, не информировав г-на Джадхава о его правах по пункту 1 b) статьи 36; во-вторых, не проинформировав Индию безотлагательно об аресте и задержании г-на Джадхава; и, в-третьих, отказав в доступе к г-ну Джадхаву консульским должностным лицам Индии вопреки их праву, в частности, обеспечить ему юридическое представительство.

Суд считает, что первое и третье нарушения со стороны Пакистана, как было изложено выше, представляют собой международно-противоправные деяния продолжающегося характера. Соответственно, Суд считает, что Пакистан обязан прекратить эти акты и полностью выполнять свои обязательства по статье 36 Венской конвенции. Следовательно, Пакистан должен безотлагательно проинформировать г-на Джадхава о его правах, предусмотренных пунктом 1 b) статьи 36, и предоставить индийским консульским должностным лицам доступ к нему и возможность обеспечить ему юридическое представительство, как это предусмотрено подпунктами а) и с) пункта 1 статьи 36.

В отношении представления Индии с просьбой о том, чтобы Суд заявил, что приговор, вынесенный военным судом Пакистана, нарушает международное право и положения Венской конвенции, Суд напоминает, что его юрисдикция основана на статье I Факультативного протокола. Эта юрисдикция ограничивается толкованием или применением Венской конвенции и не распространяется на претензии Индии, основанные на любых других нормах международного права. Суд отмечает, однако, что средство правовой защиты, которое должно быть предписано в этом деле, имеет целью обеспечить возмещение только вреда, причиненного международно-противоправным деянием Пакистана, которое подпадает под юрисдикцию Суда, а именно нарушения им обязательств по статье 36 Венской конвенции о консульских сношениях, а не по Пакту.

Что касается утверждения Индии о том, что она имеет право на *restitutio in integrum*, и ее просьбы отменить решение военного суда и удержать Пакистан от исполнения приговора или осуждения, а также ее другой просьбы дать указание Пакистану принять меры для отмены решения военного суда, освобождения г-на Джадхава и содействия его безопасному проезду в Индию, то Суд вновь

заявляет, что осуждение и приговор г-на Джадхава не должны рассматриваться как нарушение статьи 36 Венской конвенции. Суд также напоминает, что не следует презюмировать, что частичная или полная отмена осуждения или приговора обеспечивает необходимое и единственное средство правовой защиты в делах о нарушении статьи 36 Венской конвенции. Таким образом, Суд считает, что эти представления Индии не могут быть поддержаны.

Суд считает, что надлежащим средством правовой защиты в данном деле является эффективный пересмотр и повторное рассмотрение осуждения и приговора г-на Джадхава. Как отмечает Суд, Пакистан признает, что это надлежащее средство правовой защиты в данном деле. Особый акцент должен быть сделан на необходимости эффективного пересмотра и повторного рассмотрения. Для обеспечения эффективности пересмотра и повторного рассмотрения осуждения и приговора г-на Джадхава в ходе них необходимо уделить всестороннее внимание последствиям нарушения прав, изложенных в пункте 1 статьи 36 Конвенции, и гарантировать, что нарушение и возможный ущерб, причиненный в результате нарушения, будут изучены досконально. Это предполагает наличие процедуры, соответствующей указанной цели. Суд полагает, что, как правило, задаче по пересмотру и повторному рассмотрению соответствует судебный процесс.

Суд отмечает, что, по мнению Пакистана, Высокие суды Пакистана могут осуществлять юрисдикцию по пересмотру дел. Суд полагает, однако, что пункт 3 статьи 199 Конституции Пакистана был истолкован Верховным судом Пакистана как ограничивающий возможность такого пересмотра для лица, на которое распространяется действие любого закона, касающегося вооруженных сил Пакистана, включая Закон о пакистанской армии 1952 года. Верховный суд заявил, что Высокие суды и Верховный суд могут осуществлять судебный пересмотр решения Полевого общего военного суда на «основаниях *coram non iudice*, без юрисдикции или на основаниях, связанных с *mala fides*, в том числе только преступный умысел». Пункт 1 статьи 8 Конституции предусматривает, что любой закон, который не соответствует основным правам, гарантированным Конституцией, является недействительным, но это положение не применяется к Закону о пакистанской армии 1952 года в силу поправки к Конституции. Таким образом, неясно, имеется ли возможность судебного пересмотра решения военного суда на том основании, что имело место нарушение прав, закрепленных в пункте 1 статьи 36 Венской конвенции.

Суд считает, что сам по себе процесс помилования недостаточен для того, чтобы служить надлежащим средством пересмотра и повторного рассмотрения, но что соответствующие процедуры помилования могут дополнить судебный пересмотр и повторное рассмотрение, в частности в тех случаях, когда судебная система не учла должным образом нарушения прав, закрепленных в Венской конвенции.

Суд полностью принимает к сведению представления Пакистана. В ходе устного разбирательства представитель Пакистана заявил, что Конституция Пакистана гарантирует в качестве одного из основных прав право на справедливое судебное разбирательство; что право на справедливое судебное разбирательство является «абсолютным» и «неотъемлемым»; и что все судебные разбирательства проводятся надлежащим образом, в противном случае «всегда доступен процесс судебного пересмотра». Адвокат со стороны Пакистана заверил Суд в том, что Высокие суды Пакистана осуществляют эффективную юрисдикцию по пересмотру, приведя в качестве примера решение Высокого суда Пешавара в 2018 году. Суд отмечает, что соблюдение принципов справедливого судебного разбирательства имеет кардинальное значение при любом пересмотре и

повторном рассмотрении и что с учетом обстоятельств настоящего дела важно, чтобы пересмотр и повторное рассмотрение осуждения и приговора г-на Джадхава были эффективными. Суд считает, что нарушение прав, изложенных в пункте 1 статьи 36 Венской конвенции, а также последствия этого нарушения для принципов справедливого судебного разбирательства должны быть всесторонне изучены и должным образом учтены в процессе повторного рассмотрения и пересмотра. В частности, любое потенциальное ущемление прав и его последствия для доказательственной базы и права обвиняемого на защиту должны тщательно анализироваться в ходе повторного рассмотрения и пересмотра.

Суд отмечает, что обязательство обеспечивать эффективное повторное рассмотрение и пересмотр может осуществляться различными способами. Выбор средств остается за Пакистаном. Тем не менее свобода в выборе средств не является безоговорочной. Обязательство обеспечивать эффективное повторное рассмотрение и пересмотр является обязательством результата, которое должно быть выполнено безусловно. Соответственно, Пакистан должен принять все меры для обеспечения эффективного повторного рассмотрения и пересмотра, в том числе, при необходимости, путем принятия соответствующего законодательства.

В завершение Суд считает, что Пакистан обязан обеспечить по своему собственному выбору проведение повторного рассмотрения и пересмотра осуждения и приговора г-на Джадхава, чтобы в полной мере учесть последствия нарушения прав, изложенных в статье 36 Конвенции, принимая во внимание пункты 139, 145 и 146 решения Суда.

* * *

Наконец, Суд напоминает, что он указал временную меру, предписывающую Пакистану принять все имеющиеся в его распоряжении меры для обеспечения того, чтобы г-н Джадхав не был казнен до вынесения окончательного решения в рамках настоящего разбирательства. Суд считает, что дальнейшее приостановление исполнения смертного приговора является неперменным условием эффективного повторного рассмотрения и пересмотра осуждения и приговора г-на Джадхава.

ПОСТАНОВЛЯЮЩАЯ ЧАСТЬ (пункт 149)

СУД

1) единогласно

заключает, что на основании статьи I Факультативного протокола об обязательном разрешении споров к Венской конвенции о консульских сношениях от 24 апреля 1963 года он обладает юрисдикцией рассматривать заявление, поданное Республикой Индия 8 мая 2017 года;

2) пятнадцатью голосами против одного

отклоняет возражения Исламской Республики Пакистан в отношении приемлемости заявления Республики Индия и заключает, что заявление Республики Индия является приемлемым;

Голосовали за:

Председатель Юсуф; Вице-Председатель Сюэ; судьи Томка, Абраам, Беннуна, Кансаду Триндади, Донохью, Гая, Себутинде, Бхандари, Робинсон, Кроуфорд, Геворгян, Салам, Ивасава;

Голосовал против:

судья ad hoc Джиллани;

3) пятнадцатью голосами против одного

заключает, что, безотлагательно не проинформировав г-на Кулбхушана Судхира Джадхава о его правах согласно пункту 1 b) статьи 36 Венской конвенции о консульских сношениях, Исламская Республика Пакистан нарушила обязательства, лежащие на ней по этому положению;

Голосовали за:

Председатель Юсуф; Вице-Председатель Сюэ; судьи Томка, Абраам, Беннуна, Кансаду Триндади, Донохью, Гая, Себутинде, Бхандари, Робинсон, Кроуфорд, Геворгян, Салам, Ивасава;

Голосовал против:

судья ad hoc Джиллани;

4) пятнадцатью голосами против одного

закключает, что, безотлагательно не уведомив соответствующее консульство Республики Индия в Исламской Республике Пакистан о заключении под стражу г-на Кулбхушана Судхира Джадхава и лишив тем самым Республику Индия права на оказание предусмотренной Венской конвенцией помощи соответствующему лицу, Исламская Республика Пакистан нарушила обязательства, возложенные на нее по пункту 1 b) статьи 36 Венской конвенции о консульских сношениях;

Голосовали за:

Председатель Юсуф; Вице-Председатель Сюэ; судьи Томка, Абраам, Беннуна, Кансаду Триндади, Донохью, Гая, Себутинде, Бхандари, Робинсон, Кроуфорд, Геворгян, Салам, Ивасава;

Голосовал против:

судья ad hoc Джиллани;

5) пятнадцатью голосами против одного

закключает, что Исламская Республика Пакистан лишила Республику Индия права на сношение с г-ном Кулбхушаном Судхиром Джадхавом, доступ к нему, посещение его в заключении и организацию его юридического представительства, нарушив тем самым обязательства, налагаемые на нее по статье 36, пункты 1 а) и 1 с), Венской конвенции о консульских сношениях;

Голосовали за:

Председатель Юсуф; Вице-Председатель Сюэ; судьи Томка, Абраам, Беннуна, Кансаду Триндади, Донохью, Гая, Себутинде, Бхандари, Робинсон, Кроуфорд, Геворгян, Салам, Ивасава;

Голосовал против:

судья ad hoc Джиллани;

б) пятнадцатью голосами против одного

заключает, что Исламская Республика Пакистан обязана информировать г-на Кулбхушана Судхира Джадхава без каких-либо дальнейших задержек о его правах и предоставить индийским консульским работникам доступ к нему в соответствии со статьей 36 Венской конвенции о консульских сношениях;

Голосовали за:

Председатель Юсуф; Вице-Председатель Сюэ; судьи Томка, Абраам, Беннуна, Кансаду Триндади, Донохью, Гая, Себутинде, Бхандари, Робинсон, Кроуфорд, Геворгян, Салам, Ивасава;

Голосовал против:

судья ad hoc Джиллани;

7) пятнадцатью голосами против одного

заключает, что надлежащее возмещение в данном деле состоит в выполнении Исламской Республикой Пакистан обязательства обеспечить по своему собственному выбору проведение повторного рассмотрения и пересмотра осуждения и приговора г-на Кулбхушана Судхира Джадхава, с тем чтобы в полной мере учесть последствия нарушения прав, изложенных в статье 36 Конвенции, принимая во внимание пункты 139, 145 и 146 настоящего решения;

Голосовали за:

Председатель Юсуф; Вице-Председатель Сюэ; судьи Томка, Абраам, Беннуна, Кансаду Триндади, Донохью, Гая, Себутинде, Бхандари, Робинсон, Кроуфорд, Геворгян, Салам, Ивасава;

Голосовал против:

судья ad hoc Джиллани;

8) пятнадцатью голосами против одного

объявляет, что дальнейшее приостановление исполнения смертного приговора является неременным условием эффективного повторного рассмотрения и пересмотра осуждения и приговора г-на Кулбхушана Судхира Джадхава.

Голосовали за:

Председатель Юсуф; Вице-Председатель Сюэ; судьи Томка, Абраам, Беннуна, Кансаду Триндади, Донохью, Гая, Себутинде, Бхандари, Робинсон, Кроуфорд, Геворгян, Салам, Ивасава;

Голосовал против:

судья ad hoc Джиллани.

*

Судья КАНСАДУ ТРИНДАДИ приложил к решению Суда отдельное мнение; судьи СЕБУТИНДЕ, РОБИНСОН и ИВАСАВА приложили к решению Суда заявления; судья ad hoc ДЖИЛЛАНИ приложил к решению Суда особое мнение.

* * *

Отдельное мнение судьи Кансаду Триндади

1. В своем отдельном мнении, состоящем из 12 частей, судья Кансаду Триндади начинает с указания на то, что, хотя он поддерживает принятие настоящего решения (от 17 июля 2019 года) Международного Суда (МС) по делу Джадхава (Индия против Пакистана), он порой следует аргументации, существенно отличающейся от аргументации Суда. Он добавляет, что имеются некоторые аспекты, которые не были в достаточной степени рассмотрены Международным Судом или которые заслуживают большего внимания, и даже соответствующие аспекты, которые не были рассмотрены Судом. Таким образом, он опирается на них, развивает свою собственную аргументацию и представляет основы своей личной позиции по этому вопросу, базирующейся, прежде всего, на принципиальных аспектах, которым он придает большое значение, в поисках отправления правосудия.

2. Он начинает с обращения к вопросу, который был доведен до сведения Международного Суда спорящими сторонами в ходе настоящего разбирательства по делу Джадхава, а именно к правоведческой конструкции с учетом влияния на рассматриваемое дело первого консультативного заключения № 16 (1999 года) Межамериканского суда по правам человека (МАСПЧ), а также последовавшего за ним консультативного заключения № 18 (2003 года) МАСПЧ. В консультативном заключении № 16 (1999) МАСПЧ отстаивается право на информацию о консульской помощи (пункт 1 b) статьи 36 Венской конвенции о консульских сношениях как непосредственно относящееся к международному праву прав человека, и в частности к праву на жизнь и гарантиям соблюдения надлежащей правовой процедуры (Статьи 6 и 14 Пакта Организации Объединенных Наций о гражданских и политических правах).

3. Затем судья Кансаду Триндади размышляет о том, что таким образом МАСПЧ связал право на информацию о консульской помощи с меняющимися гарантиями надлежащей правовой процедуры, и добавляет, что

«несоблюдение этого права в случаях вынесения и приведения в исполнение смертных приговоров равносильно произвольному лишению самого права на жизнь (...) со всеми вытекающими из подобного нарушения правовыми последствиями, то есть последствиями, относящимися к международной ответственности государства и обязанности возмещения вреда (...). Это историческое консультативное заключение № 16 (1999) МАСПЧ, поистине новаторское, послужило вдохновением для формирующегося международного прецедентного права, *in statu nascendi*, по данному вопросу (...)» (пункт 9).

4. Последовавшее за ним консультативное заключение № 18 (2003) МАСПЧ базировалось на эволюционирующих концепциях *jus cogens* (охватывающих основополагающий принцип равенства и недискриминации) и обязательствах *erga omnes* по защите. Судья Кансаду Триндади добавляет, что МАСПЧ, начиная со своего ранее изданного исторического консультативного заключения № 16 (1999), стал первым международным трибуналом, «который предупредил, что несоблюдение статьи 36 1) b) Венской конвенции о консульских сношениях будет в ущерб не только государству-участнику, но и затронутым физическим лицам», а также «подтвердил существование индивидуального права на информацию о консульской помощи в рамках гарантий соблюдения надлежащей правовой процедуры» (пункт 15).

5. Переходя далее к прецедентному праву самого Международного суда (дела *ЛаГранд*, 2001 года; *Авены*, 2004 года; и *Джадхава*, 2019 года), развившемуся после принятия МАСПЧ консультативного заключения № 16 (1999), судья Кансаду Триндади подробно напоминает, что в ходе спорного производства по этим трем делам государства-заявители обратили внимание Международного Суда на историческую важность первого консультативного заключения № 16 (1999) МАСПЧ, что, однако, не было принято во внимание Международным Судом в его трех вышеупомянутых решениях.

6. В этих трех делах *ЛаГранд*, *Авены* и *Джадхава* (последнему посвящены пункты 24–26) судья Кансаду Триндади далее напоминает, что Международный Суд признал «индивидуальные права» в соответствии со статьей 36 Венской конвенции о консульских сношениях, но избегал рассматривать их в качестве прав человека, несмотря на тот факт, что индивидуальные права в соответствии со статьей 36 Конвенции напрямую связаны с правом на жизнь и с правами человека на надлежащую правовую процедуру и на справедливое судебное разбирательство (Пакт о гражданских и политических правах, статьи 6 и 14). После того, как Международный Суд принял решения по делам *ЛаГранд* (2001 год) и *Авены* (2004 год), его очевидно безразличное отношение к наследию новаторского вклада консультативного заключения МАСПЧ № 16 (1999 год), постоянно доводимого до сведения Суда спорящими сторонами, незамедлительно вызвало мощную критику, неоднократно высказавшуюся экспертами в письменной форме (пункты 19, 21 и 23).

7. Судья Кансаду Триндади далее отмечает, что с начала последнего десятилетия «постепенно формируется более широкое понимание того, что право на консульскую помощь, предоставляемое задержанному иностранному гражданину, является гарантией прав человека, при этом существует взаимосвязь между консульским правом и правами человека» (пункт 22). Обращая внимание на ограничения аргументации Международного суда по делам *ЛаГранд* (2001 год) и *Авены* (2004 год), судья Кансаду Триндади утверждает, что у Международного суда нет причин придерживаться своего неполноценного подхода к данному вопросу (также в настоящем деле *Джадхава*); помимо того, что утверждает Международный Суд, существует неразрывная взаимосвязь между правом на информацию о консульской помощи и правами человека на надлежащую правовую процедуру и на справедливое судебное разбирательство, причем речь идет о фундаментальном праве на жизнь (пункты 27–31).

8. В понимании судьи Кансаду Триндади необходимо продолжать эту конструктивную динамику, чтобы продолжать содействовать текущему историческому процессу гуманизации консульского права и, в конечном счете, самого международного права. В конце концов, речь идет «не только о Венской конвенции (статья 36), но и о правах человека в целом и международном обычном праве»; по его мнению, «право на информацию о консульской помощи в соответствии с Венской конвенцией о консульских сношениях (статья 36) является личным правом, несомненно, связанным с правами человека» (пункт 37). В данном деле *Джадхава* (2019 год) он добавляет, что Международному Суду следовало признать, что речь идет о «неразрывной взаимосвязи» между правом на информацию о консульской помощи и правами человека на надлежащую правовую процедуру и справедливое судебное разбирательство «со всеми вытекающими из этого правовыми последствиями» (пункт 42).

9. Затем судья Кансаду Триндади подробно рассматривает тенденцию к отмене смертной казни, как это видно сегодня на примере *corpus juris gentium* (международные договоры и документы, а также общее международное право) в контексте противоправности применения смертной казни с точки зрения

нарушения прав человека; в этом смысле существует также прецедентное право МАСПЧ (часть VII). В логической последовательности он подробно рассматривает (часть VIII) инициативы и усилия Организации Объединенных Наций по осуждению смертной казни на мировом уровне (например, деятельность Комитета по правам человека в соответствии с Пактом о гражданских и политических правах, бывшей Комиссии Организации Объединенных Наций по правам человека и Совета Организации Объединенных Наций по правам человека). Он добавляет следующее:

«Этот фактический контекст, по моему мнению, не может быть просто упущен из виду при рассмотрении Международным Судом настоящего дела *Джадхава*. Нарушение личного права человека в соответствии со статьей 36 1) b) Венской конвенции о консульских сношениях, обоснованное Международным Судом в настоящем Постановлении, никак нельзя отделить от его последствий для прав человека в соответствии со статьями 6 и 14 (право на жизнь и процедурные гарантии) Пакта о гражданских и политических правах. Я считаю своим долгом проанализировать эти последствия, с тем чтобы обеспечить возможность надлежащего и необходимого рассмотрения вопроса о возмещении ущерба» (пункт 66).

10. Следующие замечания судьи Кансаду Триндади касаются значительной степени ущерба, причиняемого смертной казнью правам человека; он указывает на то, что перед лицом этого Международный Суд (в рамках своей собственной юрисдикции) использовал весьма ограничительную аргументацию. Затем он предупреждает, что необходимо помнить о том, что закон и правосудие сливаются воедино, что крайне важно в тех случаях, когда затрагиваются права человека (часть IX). Далее он переходит к внимательному рассмотрению давно устоявшегося гуманистического мышления, осуждающего жестокость смертной казни как нарушение прав человека (часть X).

11. Судья Кансаду Триндади, подчеркивая вышеупомянутый *corpus juris gentium*, осуждающий противоправность смертной казни как нарушение прав человека, отмечает следующее:

«есть основы гуманистического мышления, которые, на мой взгляд, нельзя упускать из виду: долгое время такое драгоценное мышление предостерегало от жестокости смертной казни и призывало к ее отмене во всем мире. Ведь произвольное лишение жизни может произойти в результате «юридических» действий и бездействия органов государства на основании закона, который сам по себе является источником произвола» (пункт 71).

12. Он продолжает, что гуманистическое мышление, долгое время противостоявшее государственному произволу при исполнении смертных приговоров, в лице выдающихся правоведов, философов и писателей, осуждающих противоправность смертной казни, и сходящихся во мнении, что «закон и правосудие сливаются воедино, они не могут быть отделены друг от друга», и их взаимосвязь нерушима. Необходимо «всегда помнить об этом аспекте, в том числе и в нашем Всемирном Суде, коим является Международный Суд» (пункт 83).

13. Затем судья Кансаду Триндади говорит о важности возмещения ущерба (часть XI). Он начинает с предупреждения о том, что «для того чтобы закон и правосудие оставались взаимосвязанными, нельзя ограничиваться юридическим позитивизмом: нужно преодолеть его прискорбные ограничения» (пункт 85). Таким образом, даже когда смертная казнь приводится в исполнение в соответствии с позитивным законом, несмотря на его произвол, это ни в коей мере не оправдывает ее; ведь правовой позитивизм всегда был покорным слугой устоявшейся власти (независимо от ориентации последней), прокладывая

дорогу решениям, не реализующим правосудие. Он добавляет, что с такими исками мириться нельзя, поскольку позитивное право не может предвосхищать правосудие.

14. Соответственно, — продолжает он, — необходимо рассмотреть вопрос о возмещении ущерба за незаконное деяние, установленное Международным Судом в данном деле *Джадхава*, вытекающее из нарушения статьи 36 1) b) Венской конвенции о консульских сношениях. Необходимое возмещение ущерба предназначено для того, чтобы устранить все последствия противоправного деяния (осуждение военным судом г-на К.С. Джадхава с наказанием в виде смертной казни). Возмещение в *cas d'espère* выходит далеко за рамки простого «пересмотра и повторного рассмотрения», как это было предписано Международным Судом, смертного приговора военного суда в связи с нарушением консульского права (пункты 86–88).

15. По мнению судьи Кансаду Триндади, обязанность государства по возмещению ущерба равнозначна восстановлению ситуации, существовавшей до совершения противоправного деяния, включая его прекращение и предотвращение любых вытекающих из этого последствий. «Пересмотр и повторное рассмотрение», вновь указанные Международным Судом в данном деле *Джадхава* (как и ранее в делах *ЛаГранд* и *Авены*), явно недостаточны и неадекватны, поскольку все дело остается в руках государства-ответчика.

16. Судья Кансаду Триндади выражает озабоченность в связи с тем, что Международный Суд, несмотря на неопределенности, указывает на «средства правовой защиты», главным образом на уровне внутреннего права, ограничиваясь «пересмотром и повторным рассмотрением» смертной казни. По мнению судьи Кансаду Триндади,

«Ввиду недостатка доказательств, находящихся в распоряжении Суда, я нахожу его позицию по этому конкретному вопросу неудовлетворительной, если не неприемлемой. Моя собственная позиция заключается в том, что факты по данному делу *Джадхава* в том виде, в каком они были представлены суду, препятствуют приведению в исполнение смертного приговора в отношении г-на К.С. Джадхава и требуют возмещения ущерба за нарушение статьи 36 1) Венской конвенции о консульских сношениях» (пункт 93).

17. Таким образом, для него эффективный «пересмотр и повторное рассмотрение» смертного приговора в отношении г-на К.С. Джадхава со стороны государства-ответчика не может вновь привести к смертному приговору. По мнению судьи Кансаду Триндади, Международный Суд как главный судебный орган Организации Объединенных Наций призван обеспечить, чтобы отправленные правосудия соответствовало прогрессивному развитию международного права в области запрещения и отмены смертной казни. Наконец, в эпилоге (часть XII) он переходит к краткому изложению пунктов своей личной позиции, обозначенных в данном отдельном мнении.

18. При этом он подчеркивает, что таким образом он стремится дать понять, что его собственное понимание выходит за рамки рассуждений Международного Суда. Судья Кансаду Триндади добавляет, что в этом понимании (его собственном) он концентрирует внимание на необходимости выхода за границы сугубо межгосударственного мировоззрения и, более того, на праве на информацию о консульской помощи в рамках гарантий соблюдения надлежащей правовой процедуры, меняющем характер личного права как истинного права человека со всеми вытекающими из этого правовыми последствиями.

Заявление судьи Себутинде

Судья Себутинде проголосовала вместе с большинством в постановляющей части (*dispositif*) решения, однако она считает, что некоторые аспекты аргументации Суда заслуживают более глубоких разъяснений, что позволит читателю получить более полное представление о решении Суда. Первый аспект касается того, имеют ли два паспорта, которые, как утверждается, были обнаружены у г-на Джадхава при его аресте, какое-либо отношение к доказательству его гражданства для целей статьи 36 Венской конвенции о консульских сношениях 1963 года («Венская конвенция»). Судья Себутинде делает вывод о том, что вопрос о гражданстве г-на Джадхава для целей консульского доступа в соответствии со статьей 36 Венской конвенции не следует путать с вопросом о его личности.

Второй аспект касается применимости статьи 36 Венской конвенции к лицам, подозреваемым в шпионаже или терроризме, с учетом положений двустороннего Соглашения о консульском доступе, заключенного Индией и Пакистаном 21 мая 2008 года («Соглашение 2008 года»). Применяя нормы международного обычного права к толкованию договоров и анализируя контекст и подготовительные материалы Соглашения 2008 года, судья Себутинде приходит к выводу о том, что стороны не намеревались исключать лиц, обвиняемых в шпионаже или терроризме, из права на консульский доступ. Пункт *vi*) Соглашения 2008 года позволяет государству пребывания при определении вопроса об освобождении и репатриации лица, «арестованного, задержанного или осужденного по политическим мотивам или соображениям безопасности», рассматривать каждое дело по существу. Этот пункт не заменяет и не умаляет прав и привилегий, предусмотренных в статье 36 Венской конвенции.

Третий аспект связан с влиянием внутреннего законодательства на право консульского доступа в соответствии с Венской конвенцией. Соглашаясь с тем, что право на консульский доступ должно осуществляться в соответствии с внутренним законодательством государства пребывания, как это предусмотрено в статье 5 *i*) и *m*) и статье 36 *2*) Венской конвенции, судья Себутинде подчеркивает оговорку к статье 36 *2*), которая предписывает государству пребывания обеспечить, чтобы его внутренние законы и правила, в свою очередь, способствовали полному осуществлению целей, для которых предназначены права, предоставляемые в соответствии с указанной статьей.

Заявление судьи Робинсон

1. В своем заявлении судья Робинсон рассматривает два аспекта: во-первых, взаимосвязь между Венской конвенцией о консульских сношениях («Венская конвенция») и Международным пактом о гражданских и политических правах («Пакт») и, во-вторых, Соглашение о консульском доступе между Индией и Пакистаном 2008 года с учетом пункта 2 статьи 73 Венской конвенции.

2. В отношении первого аспекта он выдвигает несколько предложений, касающихся взаимосвязи между Венской конвенцией и Пактом, утверждая, что существует прочная и существенная правовая связь между статьей 36 Венской конвенции и статьей 14 Пакта. Эти варианты можно резюмировать следующим образом:

- 1) Между статьей 36 Венской конвенции и статьей 14 Пакта существует правовая связь, которая может влиять на вопрос о юрисдикции Суда.

- 2) Пакт, будучи договором в области прав человека, является одним из основных договорных документов по защите прав личности.
- 3) Права, изложенные в статье 14 Пакта, распространяются на «всех», включая лиц, находящихся в иностранном государстве, и применяются на основе полного равенства, чтобы гражданин иностранного государства имел право на такую же защиту благодаря правам, изложенным в статье 14, как гражданин его собственной страны или гражданин государства пребывания.
- 4) Комплекс прав, содержащийся в пункте 3 статьи 14 Пакта, включает в себя «минимальные гарантии» и не является исчерпывающим перечнем этих прав.
- 5) Право на справедливое судебное разбирательство, закрепленное в статье 14 Пакта, и понятие равенства перед законом означают, что лицам должен быть предоставлен равный доступ к Суду без какого бы то ни было различия, основанного на факторах, перечисленных в статье 2 1) Пакта, включая национальное или социальное происхождение.
- 6) Права на консульский доступ и защиту в соответствии со статьей 36 Венской конвенции являются таким же правом человека, как и любое из семи прав, закрепленных в пункте 3 статьи 14 Пакта.
- 7) В связи с этим статью 36 Венской конвенции следует рассматривать как обеспечивающую своего рода иностранный паритет с правами, которыми пользуется лицо, которому предъявлено уголовное обвинение в государстве пребывания.
- 8) Право на консульский доступ и соответствующее обязательство по его предоставлению, будь то в соответствии со статьей 36 Венской конвенции или в соответствии с любыми другими упомянутыми в ней договорами, перешло в международное обычное право.
- 9) Право консульского должностного лица в соответствии с пунктом 1 с) статьи 36 Венской конвенции посещать гражданина представляемого государства, находящегося в тюрьме, под стражей или задержанного, беседовать и переписываться с ним, а также организовывать ему юридическое представительство обеспечивается в интересах находящегося в тюрьме, под стражей или задержанного иностранного гражданина, который может нуждаться в юридическом представительстве в предстоящем судебном разбирательстве. Если консульское должностное лицо иностранного гражданина не сможет организовать свое юридическое представительство, весьма вероятно, что ни одно из семи прав, изложенных в статье 14 Пакта, не будет реализовано. В этом комплексе из всех прав лица, которому предъявлено уголовное обвинение в иностранном государстве, в наибольшей опасности находится право, предусмотренное статьей 14 3) b), «иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты и сноситься с выбранным им самим защитником»; кроме того, это право тесно связано с правом иностранного гражданина на то, чтобы консульское должностное лицо этого гражданина организовало его юридическое представительство.
- 10) Трудно согласиться с утверждением о том, что «в отличие от правовой помощи консульская помощь не рассматривается в качестве условия уголовного производства».

- 11) Конвенция должна толковаться с учетом значимого развития международного права после Второй мировой войны, при котором основное внимание уделялось правам отдельных лиц в их отношениях с государствами. Поддержка такого толкования, в соответствии с которым Конвенция рассматривается через глобальную призму, исходит из того, что Маклахлан называет «общим принципом толкования договоров, а именно принципом системной интеграции в международную правовую систему», отраженным в пункте 3 с) статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров.
- 12) Из этого следует, что нарушение обязательств по пункту 1 статьи 36 Венской конвенции, в частности пункту 1 с) статьи 36, является нарушением одного из прав человека, тесно связанного с нарушением прав обвиняемого на справедливое судебное разбирательство, предусмотренных пунктом 3 статьи 14 Пакта, в частности с нарушением права, закрепленного в пункте 3 b) статьи 14.

3. В отношении второго аспекта судья Робинсон изучает Соглашение 2008 года и утверждает, что вопрос о том, согласуется ли Соглашение 2008 года со статьей 73 2) Венской конвенции, не решается путем презюмирования того, что стороны должны были предполагать, что Соглашение 2008 года согласуется с Конвенцией на том основании, что им были известны положения Соглашения 2008 года. В крайнем случае любая такая презумпция может быть опровергнута и опровергается пунктом vi) Соглашения.

Заявление судьи Ивасава

1. Хотя судья Ивасава согласен с выводами Суда, он хотел бы дать дополнительные разъяснения в поддержку этих выводов и изложить свое мнение по некоторым вопросам, которые не были рассмотрены Судом в этом решении.

2. С учетом обстоятельств данного дела судья Ивасава согласен с тем, что возражение Пакистана, основанное на доктрине «чистых рук», само по себе не делает заявление Индии неприемлемым. По его мнению, возражение, основанное на доктрине «чистых рук», может сделать заявление неприемлемым только в исключительных обстоятельствах.

3. Что касается права на консульский доступ, то судья Ивасава отмечает, что после заключения Венской конвенции о консульских сношениях 1963 года («Венская конвенция») государства заключили ряд конвенций по борьбе с терроризмом, в которые они включили право лица, подозреваемого в терроризме, на безотлагательный консульский доступ. По его мнению, хотя терроризм и шпионаж являются разными преступлениями, эти конвенции по борьбе с терроризмом служат дополнительным подспорьем при толковании вопроса о том, предусматривает ли статья 36 Конвенции безотлагательный консульский доступ в том числе для лиц, подозреваемых в шпионаже.

4. В отношении связи между Венской конвенцией и Соглашением 2008 года судья Ивасава напоминает, что цель Венской конвенции заключалась в том, чтобы установить, насколько это возможно, единообразные и минимальные стандарты консульских сношений. Он считает, что пункт 2 статьи 73 Венской конвенции не позволяет сторонам Конвенции заключать соглашения, которые отступали бы от обязательств по Конвенции. Если в последующем соглашении делается отступление от обязательств по Конвенции, то это соглашение неприменимо, и Конвенция применяется к отношениям между соответствующими сторонами. Соответственно, по его мнению, даже если бы Соглашение 2008 года

было направлено на ограничение консульского доступа в случае шпионажа, статья 36 Венской конвенции имела бы преимущественную силу по сравнению с Соглашением 2008 года и применялась бы в отношениях между Индией и Пакистаном.

Особое мнение судьи ad hoc Джиллани

Судья ad hoc Джиллани считает, что Суду следовало признать заявление Индии неприемлемым с учетом ее поведения в данном деле, которое равносильно злоупотреблению правами. По его мнению, опора Индии на Венскую конвенцию о консульских сношениях («Венская конвенция») в данном случае неуместна и подрывает сам объект и цель этого документа. Венская конвенция была заключена с целью содействия «развитию дружественных отношений между государствами», и вряд ли ее составители имели в виду, что предусмотренные в ней права и обязанности будут применяться в отношении шпионов и граждан представляемого государства (Индия), выполняющих секретные миссии, с тем чтобы угрожать и подрывать национальную безопасность государства пребывания (Пакистан). У г-на Джадхава был подлинный индийский паспорт на вымышленное мусульманское имя Хуссейна Мубарака Пателя. Даже три известных индийских журналиста, а именно г-н Каран Тапар, г-н Правин Свами и г-н Чандан Нанди, изобличили оборонительную позицию правительства по вопросу о выдаче паспорта. Г-н Джадхав сделал признание перед магистратом, в ходе которого сообщил, что по указанию Отдела исследований и анализа (ОИА) организовал и осуществил террористические акты, повлекшие за собой человеческие жертвы и материальный ущерб. Игнорируя этот аспект, Суд создает опасный прецедент в период, когда государства все чаще сталкиваются с транснациональной террористической деятельностью и возникающими угрозами национальной безопасности. Терроризм стал системным оружием войны, и государства, которые его игнорируют, делают это на свой страх и риск. Такие угрозы могут служить законным основанием для введения определенных ограничений в отношении сферы применения статьи 36 Венской конвенции в двусторонних отношениях между любыми двумя государствами в любой данный момент времени.

Несмотря на несколько просьб Пакистана, Индия не оказала содействия в расследовании этого дела, что является нарушением резолюции 1373 Совета Безопасности Организации Объединенных Наций, которая обязывает государства-члены оказывать помощь в связи с любым уголовным расследованием, касающимся финансирования или пресечения террористических актов.

По мнению судьи ad hoc Джиллани, Суд неправильно истолковал и лишил смысла пункт 2 статьи 73 Венской конвенции, который не препятствует государствам-участникам заключать последующие двусторонние соглашения. Несмотря на это, Суд проигнорировал правовые последствия Соглашения 2008 года и конкретно его пункт vi), который предусматривает, что «в случае ареста, задержания или приговора, вынесенного по политическим мотивам или соображениям безопасности, каждая сторона может рассматривать дело по существу». По его мнению, заключив Соглашение 2008 года, стороны стремились прояснить применение некоторых положений Венской конвенции в рамках их двусторонних отношений, а именно путем признания того, что каждое договаривающееся государство может рассмотреть по существу вопрос о том, разрешать ли доступ и консульскую помощь гражданам другого договаривающегося государства, арестованным или задержанным по «политическим мотивам или по соображениям безопасности». Это положение далее согласуется с международным обычным правом, которое предусматривает исключение из положения о

консульском доступе и помощи в отношении граждан представляемых государств, которые занимались шпионажем и террористической деятельностью в государстве пребывания.

Судья *ad hoc* Джиллани также сожалеет о том, что Суд не принял во внимание довольно напряженный исторический и политический контекст, который определял дипломатические отношения между указанными двумя странами и несмотря на который они выполнили Соглашение 2008 года. В своем меморандуме сама Индия сослалась на пресс-брифинг пакистанского пресс-секретаря о нарушениях прав человека в Кашмире. Основной причиной роста общественных беспорядков в Кашмире, которые также омрачили отношения между двумя соседними странами, является невыполнение резолюции 47 Совета Безопасности Организации Объединенных Наций 1948 года, в которой, в частности, содержится мандат на проведение плебисцита с целью принятия решения о будущем Кашмира. Ситуация еще больше осложнилась в результате террористических актов, совершенных негосударственными субъектами, и привела к взаимному обмену обвинениями во вмешательстве. Иногда граждане любой из стран пересекают границы непреднамеренно, а иногда их арестовывают в случаях, когда речь идет о «политических» мотивах или соображениях «безопасности». Такие инциденты необходимо расследовать, и каждое государство может чувствительно реагировать на вопросы предоставления немедленного консульского доступа или освобождения. Поскольку Венская конвенция конкретно не касается ареста и содержания под стражей по «политическим» мотивам или соображениям «безопасности» (пункт *vi*) Соглашения 2008 года), Индия и Пакистан провели переговоры и заключили соглашение по смыслу пункта 2 статьи 73 Венской конвенции с целью «дополнить» и «расширить» ее положения. Дело г-на Джадхава является классическим примером того, какого рода ситуации/случаи имели в виду обе страны при включении пункта *vi*) в Соглашение 2008 года.

Даже если Венская конвенция применима к делу г-на Джадхава, судья *ad hoc* Джиллани считает, что поведение Пакистана не является нарушением его обязательств по пункту 1 статьи 36. Принимая во внимание серьезность преступлений, совершенных г-ном Джадхавом, угрозу, которую они представляют для национальной безопасности Пакистана, и тот факт, что в отношении нескольких из его названных сообщников еще предстоит провести расследование, а также последовательное нежелание Индии сотрудничать в проведении расследования, судья *ad hoc* Джиллани считает, что поведение Пакистана не представляет собой нарушения пункта 1 статьи 36 Венской конвенции.

Наконец, судья *ad hoc* Джиллани считает, что существующие в Пакистане процедуры судебного пересмотра уже в значительной степени предусматривают средства судебной защиты, предписанные Судом. С его точки зрения, замечание о принятии Пакистаном, в случае необходимости, соответствующего законодательства для эффективного пересмотра и повторного рассмотрения, не является уместным, и аргументация Суда отклоняется от его существующей судебной практики. Это создает опасный прецедент, поскольку государствам диктуется, каким образом они должны выполнять свои обязательства.