

Notyfikacja konsularna w traktatach dwustronnych a artykuł 36 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych w świetle wyroku Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Jadhav*

Paweł Czubik

prof. dr hab. Paweł Czubik – kierownik Katedry Prawa Międzynarodowego Publicznego i Europejskiego w Instytucie Prawa Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie
ORCID: 0000-0003-0268-8665, czubikp@uek.krakow.pl

1. Wprowadzenie

Rozstrzygnięcia odnoszące do tzw. prawa dostępu do konsula osoby pozbawionej wolności, uregulowanego w art. 36 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych z 24 kwietnia 1963 r.¹ (dalej: Konwencja wiedeńska), zdążyły się wpisać w ciągu dwóch dekad ich rozstrzygania w koloryt aktywności orzeczniczej Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości. W przedmiocie tym zainicjowano pięć spraw², z których cztery zakończyły się merytorycznymi orzeczeniami. Warto zauważyć jednak, że mimo iż każdorazowym przedmiotem skargi była ta sama norma prawa konsularnego, wpisująca się istotnie w kanony procesu karnego

¹ Dz.U. z 1982 r. Nr 13, poz. 98, załącznik.

² *Breard*, *Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations* (Paraguay v. United States of America), Order of Provisional Measures, 9 April 1998 (następnie pozew wycofany); *LaGrand Case* (Germany v. USA) – Judgment, 27 June 2001, General List No. 104; *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals* (Mexico v. USA) – Judgment, 31 March 2004, General List No. 128, *Ahmadou Sadio Diallo* (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Judgement of 30 November 2010, General List No. 103; *Jadhav Case* (India v. Pakistan), Judgement, 17 July 2019, General List No. 168.

w państwach-stronach Konwencji, to zarówno waga spraw, jak i zakres problemów prawnych poruszanych w tych sprawach istotnie się różniły.

Z perspektywy czysto doktrynalnej prawa międzynarodowego najbardziej oryginalne były sprawy ostatnie – sprawa *Diallo* i *Jadhav*. W odróżnieniu od trzech pierwszych spraw – wszystkich przeciwko Stanom Zjednoczonym – w których *clou* problemu stanowiła implementacja prawa międzynarodowego na poziomie wewnętrznym (choć oczywiście nie była to jedyna kwestia orzecznicza) i występowała pewna powtarzalność analizowanych zagadnień, dwie ostatnie sprawy z tej materii, które toczyły się przeciwko innym państwom, charakteryzowała pewna odmienność kwestii problemowych. Czyni je to szczególnie ciekawymi do badań naukowych. Na odmiennych kwestiach w przypadku tych spraw koncentrowała się też uwaga opinii publicznej, niewątpliwe bowiem sprawy przeciwko Stanom Zjednoczonym były powszechnie postrzegane przez pryzmat kary śmierci w USA³, a fakt niedokonanej notyfikacji konsularnej próbowano wykorzystywać w praktyce celem wznowienia postępowania, licząc na niezasądzenie w ponownym procesie tejże kary (na marginesie z mizernym zresztą skutkiem). Co prawda w sprawie *Jadhav* również pojawia się kwestia kary śmierci⁴, wydaje się ona jednak mocno zmarginalizowana⁵ – charakter jej zasądzenia był bowiem dość specyficzny – skazany nie jest przestępcą pospolitym. Celem niniejszego tekstu będzie analiza jednego z oryginalnych wątków normatywnych zawartych w sprawie *Jadhav*. W odróżnieniu od pozostałych wskazanych wyżej postępowań przed MTS⁶,

³ Zresztą niesłusznie, bo zakres normatywny przepisów, których naruszenie skarżono, odnosił się w analogicznym zakresie do każdej formy pozbawienia wolności cudzoziemca (w związku z podejrzeniem popełnienia drobnych przestępstw, naruszenia praw migracyjnych), a bynajmniej nie pozbawienia wolności jedynie w procesie, który wiedzie do zasądzenia kary śmierci – a taki pogląd można było mylnie sobie wyrobić, śledząc bardzo liczne doniesienia i poważne analizy w prasie naukowej w przedmiocie spraw *Breard*, *La Grand* czy *Avena*.

⁴ Natomiast kwestia ta nie zdeterminowała orzeczenia w sprawie *Diallo*, w przypadku której czyny karalne leżące u źródeł zaniechanej notyfikacji konsularnej miały zasadniczo charakter polityczno-gospodarczy, zaś sama sprawa wobec jej wielowątkowości rzadko kojarzona jest w opinii publicznej z problemem zastosowania notyfikacji konsularnej.

⁵ Istotnie „nadrabia” tę marginalizację obszerna (dziewięćdziesięcioczworostronicowa) opinia odrębna sędziogo Cançado Trindade, sporządzona jako swoisty manifest (ze sporą dawką postmodernistycznej maniery i znikomą wartością naukową w zakresie wiedzy innej niż ta, która kreuje podstawy sprzeciwu wobec kary śmierci) z okazji 20-lecia Opinii Doradczej Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka z 1999 r. (zob. Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion OC-16/99 of October 1, 1999 Requested by the United Mexican States: The Right to *Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, <http://corteidh-oea.nu.or.cr>).

⁶ Zob. P. Czubik, *Prawo dostępu do konsula*, Kraków 2011, *passim* i odniesienia tamże do konstrukcji normatywnej notyfikacji konsularnej i szczegółowych wniosków wylaniających się na kanwie spraw *Bread*, *La Grand*, *Avena* i *Diallo*.

sprawa *Jadhav* nie była przedmiotem szerszej analizy w krajowych opracowaniach naukowych.

2. Krótki zarys faktyczny sprawy

Kulbhushan Sudhir Jadhav (*alias* Hussain Mubarak Patel), obywatel indyjski, znalazł się w dniu 3 marca 2016 r. w rękach służb pakistańskich pod zarzutem szpiegostwa na rzecz Indii i w efekcie procesu został skazany przez sąd wojskowy na karę śmierci⁷ (Pakistan ogłosił tę informację w dniu 10 kwietnia 2017 r.). W dniu 8 maja 2017 r. Indie wszczęły przeciwko Pakistanowi proces przed MTS⁸. Jurysdykcja, podobnie jak w pozostałych sprawach dotyczących notyfikacji konsularnej z art. 36 Konwencji wiedeńskiej, oparta została na Protokole Fakultatywnym do Konwencji dotyczącym obowiązkowego rozwiązywania sporów, jako że zarówno Indie, jak i Pakistan w chwili wszczęcia postępowania były stronami tegoż Protokołu. Dnia 18 maja 2017 r. MTS, na wniosek Indii z dnia 8 maja 2017 r., zastosował zabezpieczenie – środek tymczasowy w postaci zobowiązania Pakistanu do podjęcia środków prawnych uniemożliwiających wykonanie wyroku śmierci wobec oskarżonego K.S. Jadhava do czasu wydania finalnego wyroku⁹.

W sprawie pod względem stanu faktycznego istniało szereg niejasności¹⁰, których w toku postępowania ostatecznie nie wyjaśnił MTS (były one bez większego znaczenia z punktu widzenia zakresu skargi, aczkolwiek wydaje się, że przynajmniej niektóre rzutować powinny na rozstrzygnięcie – zob. dalej). Pokrótce przedstawiając w nieco uproszczony sposób stan faktyczny i prawny sprawy, należy podkreślić, że w dniu 25 marca 2016 r. doszło do dokonania notyfikacji konsularnej (informacja w tym zakresie, wraz z zarzutami dotyczącymi działań szpiegowskich oraz taśmą wideo z nagraniem przyznaniem się zatrzymanego do winy, została przedłożona wykonującemu funkcje konsularne Wysokiemu Komisarzowi Indii w Islamabadzie).

⁷ Abstrahuję w tym miejscu od przyjętej formuły procesowej wykorzystania środków odwoławczych i nadzwyczajnych. Z uwagi na charakter procesu dostęp do wszelkich informacji był nie tylko dla władz Indii, lecz także dla rodziny oskarżonego bardzo ograniczony.

⁸ *Jadhav Case (India v. Pakistan) – Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court on 8 May 2017.*

⁹ *Jadhav Case (India v. Pakistan) Request for the Indication of Provisional Measures – Order of 18 May 2017 r.*

¹⁰ Indie podnosiły, że zatrzymany został porwany i wywieziony przez służby pakistańskie z Iranu, gdzie prowadził działalność biznesową po zwolnieniu z marynarki wojennej Indii, według Pakistanu przekroczył on sam nielegalnie granicę pakistańsko-irańską (przy sobie miał paszport indyjski, który był dokumentem autentycznym, lecz wydany został na fałszywe dane osobowe, przy okazji sugerujące mahometańskie wyznanie posiadacza, co nie było zgodne z rzeczywistością).

Jeszcze tego samego dnia Indie zażądały dopuszczenia konsula do pozbawionego wolności, żądania te od tej daty do 9 października 2017 r. były podnoszone co najmniej dziesięciokrotnie. Pakistan kilkakrotnie uzależniał umożliwienie kontaktu konsula z obywatelem od spełnienia innych warunków procesowych, które Indie odrzucały, uznając za priorytetowy i wstępny wymóg dalszej współpracy zagwarantowanie prawa dostępu do konsula. W dniach 10–13 listopada 2017 r. Pakistan ze względów humanitarnych zgodził się na wizytę w więzieniu żony i matki skazanego, przy udziale także przedstawiciela dyplomatycznego Indii. Wizyta ta odbyła się 25 grudnia 2017 r.¹¹

Generalnie kwestia naruszenia prawa do notyfikacji konsularnej ujętego w art. 36 Konwencji wiedeńskiej była w pozwie Indii postawiona w sposób klasyczny¹² – wskazano, iż Pakistan naruszył zarówno uprawnienie Indii do kontaktu konsula z obywatelem, jak i niedokonanie notyfikacji konsularnej konsulowi Indii w przedmiocie pozbawienia wolności obywatela tego państwa oraz niedokonanie notyfikacji pozbawionemu wolności cudzoziemcowi w przedmiocie możliwości dokonania notyfikacji konsularnej.

Kaskada wskazanych przez Indie naruszeń ze strony Pakistanu odzwierciedlała konstrukcję art. 36 ust. 1 pkt b i c Konwencji wiedeńskiej. Stanowi on swoista kaskadę powiązanych uprawnień państwa wysyłającego i pozbawionego wolności obywatela oraz obowiązków państwa przyjmującego. Prawidłowa jej wstępna realizacja powinna oznaczać niezwłoczne powiadomienie przez władze państwa przyjmującego osobę pozbawioną wolności będącą cudzoziemcem (posiadającym obywatelstwo państwa wysyłającego) o możliwości, na jej wniosek, niezwłocznego przekazania informacji o fakcie pozbawienia jej wolności konsulowi państwa wysyłającego (wraz z ewentualnymi wiadomościami od tejże osoby). Taka notyfikacja na wniosek osoby pozbawionej wolności otworzy możliwości dla państwa wysyłającego co do podejmowania określonych w tymże przepisie działań pomocowych i opiekuńczych (odwiedzania obywatela, jeśli temu się nie sprzeciwia, zapewnienia zastępstwa prawnego). Ewentualnego podjęcia się tych działań przez konsula państwa wysyłającego państwo przyjmujące nie powinno utrudniać.

Klarowność i jednoznaczny odbiór sprawy były mocno zaburzone w zasadniczym zakresie stanowiącym podstawę skarżonych naruszeń, a wiążącym się z obywatelstwem osoby pozbawionej wolności. Dowód w przedmiocie obywatelstwa

¹¹ Mimo że nie odnotowano jakichkolwiek trudności w przedmiocie rzeczonoego kontaktu wówczas, to trudno uznać wizytę tę za prawidłową i terminową realizację kontaktu konsula z pozbawionym wolności. Po wydaniu wyroku przez MTS, we wrześniu 2019 r. Pakistan zapewnił jednorazowy kontakt pozbawionego wolności z konsulem Indii. Zob. informacje prasowe: www.dawn.com/news/1502960.

¹² Zob. *Jadhav Case...*, Judgment, 17 July 2019, par. 17 i 18.

właściwie w postępowaniu przed MTS i data jego ustalenia nie zostały jednoznacznie przytoczone przez żadną ze stron – MTS wskazał jednak, że jest to kwestia irrelewantna, Indie bowiem nie zakwestionowały faktu posiadania przez pozbawionego wolności obywatelstwa indyjskiego. Wydaje się jednak, że kwestia braku pewności co do posiadanego obywatelstwa mogła uzasadniać opóźnienie w przedmiocie notyfikacji konsularnej¹³. Pakistan, wobec legitymowania się przez pozbawionego wolności paszportem wystawionym przez władze indyjskie na niewątpliwie fałszywe dane (Hussain Mubarak Patel), mógł powątpiewać (zakładając także dobrą wiarę co do intencji i praktyki sąsiedniego państwa) w jego rzeczywiste obywatelstwo i obciążać Indie odpowiedzialnością za zaopatrzenie obywatela w fałszywy paszport. Kwestia ta została podniesiona przez Pakistan (*nota bene* bezskutecznie¹⁴) jako dowód na naruszenie m.in. zasady czystych rąk¹⁵ ze strony Indii. Wydaje się, że w świetle zaistniałego stanu faktycznego, tj. posługiwania się przez pozbawionego wolności dokumentami wystawionymi na sfałszowane dane, mogły pojawiać się wątpliwości co do rzeczywistego obywatelstwa i tym samym kierunku ewentualnej notyfikacji konsularnej. Sąd nie odniósł się do tej kwestii w taki sposób, jaki oczekiwano strona pakistańska¹⁶.

Pakistan oparł swoją obronę m.in. na zanegowaniu zastosowania notyfikacji konsularnej w sprawie. Po pierwsze, uczynił tak, podnosząc, iż art. 36 Konwencji wiedeńskiej nie odnosi się w swoim zakresie do spraw związanych ze szpiegostwem. Miałyby one zdaniem Pakistanu konstituować szczególny wyjątek¹⁷ od notyfikacji konsularnej. Po drugie, wskazał, że niezależnie od zanegowania zakresu jego zastosowania do sprawy *Jadhav* z uwagi na przestępstwo szpiegostwa, w sprawie ma miejsce wyłączenie zastosowania art. 36 z uwagi na obowiązywanie odrębnego porozumienia dwustronnego pomiędzy stronami (odnoszącego się wprost do procedur stosowanych w razie pozbawienia wolności w przypadku podejrzenia popełnienia przestępstw politycznych). O ile argument pierwszy *ab initio* nie wydawał się zasadny (tak rozumiany wyjątek z litery Konwencji po prostu nie wynika¹⁸) i został przez

¹³ Por. *Declaration of Judge Sebutinde*, par. 6.

¹⁴ Zob. *Jadhav Case...*, Judgement, 17 July 2019, par 51–61.

¹⁵ Por. J. Sandorski, *Opieka dyplomatyczna a międzynarodowa ochrona praw człowieka*, Poznań 2006, s. 187.

¹⁶ Por. *Declaration of Judge Iwasawa*, par. 3.

¹⁷ *Jadhav Case...*, Judgement, 17 July 2019, par. 69.

¹⁸ A nadto żadne ze środków interpretacji tego traktatu nie wskazują na istnienie takiego wyjątku. MTS odniósł się także *pro forma* do pomocniczych środków interpretacji. *Nota bene* ani Indie, ani Pakistan nie są stronami Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów (Dz.U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439), Indie nie podpisały ani nie ratyfikowały traktatu, Pakistan go nie ratyfikował. MTS zauważył ten fakt i odniósł się do rozwiązań Konwencji wiedeńskiej jako stanowiących w tym przedmiocie odzwierciedlenie prawa zwyczajowego. Zob. *Jadhav*

MTS dość jednoznacznie obalony¹⁹, to argument drugi wydaje się o wiele bardziej rzeczowy. Poniższe rozważania poświęcone będą problematyce relacji Konwencji wiedeńskiej i porozumień dwustronnych, które stanowiły przedmiot analizy MTS w tej sprawie. Wydaje się, że orzeczenie MTS w tym zakresie, nie zarzucając mu całkowitej błędności, nie przedstawiło tej kwestii w sposób niebudzący wątpliwości co do jego trafności.

Case..., par. 71. Zasadniczo wobec braku wątpliwości w tym zakresie, nie widząc dwuznaczności ani niejasności interpretacyjnych, MTS nie dostrzegając co prawda potrzeby korzystania z pomocniczych środków interpretacyjnych (w szczególności łatwo dostępnych *travaux préparatoires* do Konwencji) – uczynił to jednakże ze względów można rzec poznawczych – „dla potwierdzenia jego interpretacji art. 36” (*ibidem*, par. 76). Zarówno z zasadniczych, jak i pomocniczych środków interpretacji w żaden sposób nie wynikały wnioski, które potwierdzałyby stanowisko Pakistanu (jednakże należy zauważyć, że wcale nie znaczy to, że Pakistan przeprowadził dowód w tym zakresie w sposób wyczerpujący).

- ¹⁹ Aczkolwiek należy też przyznać, że uzasadnienie tego stanowiska przez MTS jest słabe. Co ciekawe, nie wzięto pod uwagę niezmiernie ważnego i mocno przemawiającego za taką postawą MTS stanowiska w tym zakresie wyrażanego przez USA w toku postępowania (nie rozstrzygniętego merytorycznie) w sprawie personelu lotniczego USA na Węgrzech. Zob. *Treatment in Hungary of Aircraft and Crew of United States of America* (United States v. Hungary, United States v. USSR), Order of 12th July 1954 – Removal from the list, ICJ 1954. USA w sprawie tej podnosiły, iż władze sowieckie powinny zapewnić dostęp personelu lotniczego do konsula (co ciekawe, wówczas USA postulowały fakultatywność dostępu do konsula na wniosek pozbawionych wolności, oskarżanych o szpiegostwo). Nie wzięto pod uwagę także analizy praktyki przedkonwencyjnej państw – także tej wspierającej formułowaną tezę, jak i tej skrajnie odmiennej – zob. np. sprawa studenta USA w Słubicach z 1964 r. w porównaniu do sprawy *Wynne* z 1962 r. (obie sprawy opisane [w:] L.T. Lee, *Vienna Convention on Consular Relation*, Leyden 1966, s. 108–109). Niewątpliwie w sprawie *Jadhav* kwestia szpiegostwa wymagała większego pochylenia się MTS nad tą problematyką, immanentnie bowiem związana jest ona z problemem ustalania obywatelstwa, maskowania tożsamości, fałszywych dokumentów (co choćby widać było w analizowanej sprawie) – w praktyce realizacja praw dostępu do konsula może w przypadku takich osób być mocno utrudniona. Zob. M. Richtsteig, *Handbuch zum Wiener Übereinkommen von 24 April 1963 über konsularische Beziehungen, Entstehungsgeschichte, Kommentierung, Praxis (Auswärtiges Amt – Referat 502–507.03)*, Bonn 1993, s. 85 i poruszona tam kwestia odrębnego traktowania spraw szpiegowskich w toku gwarantowania dostępu do konsula. Niewątpliwie jednak kwestia kontaktów konsularnych a problematyka szpiegostwa nie jest tak jednoznaczna jak wynikałoby to z orzeczenia. Uznanie jednak tych przestępstw za wyjątki od zastosowania notyfikacji konsularnej rodziłoby zasadniczy problem z dokonaniem kwalifikacji ich charakteru i tworzyłoby ryzyko poważnego ograniczenia zastosowania prawa dostępu do konsula – tym samym należy pozytywnie ocenić rozstrzygnięcie MTS w analizowanym zakresie. Zob. *Dissenting Opinion of Judge ad hoc Jiliani*, par. 30.

3. Relacje Konwencji wiedeńskiej i konsularnych traktatów dwustronnych

Notyfikacja konsularna przewidywana w traktatach dwustronnych – i to niezależnie od daty ich przyjęcia – co do zasady²⁰ różni się od mechanizmu przewidzianego w Konwencji wiedeńskiej. O ile mechanizm wynikający z art. 36 Konwencji wiedeńskiej jest warunkowy (fakultatywny) – tzn. fakt notyfikacji konsulowi zależy od wniosku (zgody) obywatela pozbawionego wolności, o tyle mechanizmy przewidziane przez konwencje dwustronne nie uzależniają aktywności notyfikacyjnej między państwami od woli pozbawionego wolności. Prawo jednostki w tym zakresie ustępuje czysto technicznym wręcz rozwiązaniom przewidującym obowiązkową notyfikację dokonywaną zazwyczaj w precyzyjnie określonych w umowie dwustronnej granicach czasowych. Na marginesie warto zauważyć, że notyfikacja obligatoryjna to – wydaje się – utrwalony historycznie standard prawnozwyczajowy, zaś wprowadzona w Konwencji wiedeńskiej notyfikacja fakultatywna i wiążące się z nią uprawnienie jednostki to nowoczesna modyfikacja (wprowadzona w zasadzie dopiero²¹ w Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych), mająca w swoim zamierzeniu stanowić praktyczne usprawnienie procesu zapewniania pomocy konsularnej (i niegenerowanie jej podstaw w sytuacji, gdy skazana jest ona na zupełną nieproduktywność, ponieważ jednostka ewidentnie nie życzy sobie współpracy z konsulem).

W chwili gdy przyjmowano Konwencję wiedeńską jako traktat odnoszący się jedynie do części instytucjonalnej (a zasadniczo niefunkcjonalnej) prawa konsularnego, było oczywiste, że mające daleką tradycję odnośnie do ich zawierania w relacjach międzypaństwowych traktaty dwustronne nie tracą swojego znaczenia. Było raczej przesądzone, że cała gama relacji międzypaństwowych odnoszących się do funkcji konsularnych wymagać będzie uregulowania w odrębnych traktatach (w tym

²⁰ Sporadycznie spotykane są jedynie rozwiązania umów dwustronnych przewidujących fakultatywną, a nie obligatoryjną notyfikację konsularną. Przykładowo Polska podpisała taką umowę jedynie z Australią (zob. Układ o stosunkach konsularnych między RP a Australią z 7 maja 1991 r. – tekst dostępny w internetowej bazie traktatowej MSZ) – nie weszła ona w życie.

²¹ Następco zaczęły do tego rozwiązania nawiązywać inne traktaty międzynarodowe (takie, w których materia konsularna konstituowała pewną oboczność regulacji), natomiast w umowach *stricte* konsularnych normą, także po wejściu w życie Konwencji wiedeńskiej, była notyfikacja obligatoryjna (czego najlepszym przykładem jest Europejska Konwencja o funkcjach konsularnych z 1967 r., weszła w życie 9 czerwca 2011 r. – nie wiąże RP, w art. 6 przewiduje notyfikację obligatoryjną). W absolutnie wyjątkowych przypadkach regulacja fakultatywna pojawiała się w traktatach dwustronnych przed przyjęciem Konwencji wiedeńskiej. Zob. L.T. Lee, J. Quigley, *Consular Law and Practice*, wyd. III, Oxford 2008, s. 143, przyp. 24. Por. C.A. Whomersley, *The United Kingdom-China Consular Agreement*, *International and Comparative Law Quarterly* 1985, vol. 34, s. 265.

głównie tradycyjnie zawieranych dwustronnych konwencji konsularnych) – Konwencja bowiem zasadniczo *gras* zagadnień obrotu konsularnego pomijała pełnym milczeniem. Obowiązywanie pełnego zestawu zawartych przed przystąpieniem do Konwencji wiedeńskiej umów dwustronnych w relacjach praktycznie każdego państwa-strony stanowiło sytuację naturalną. Szereg państw nadto nie zaprzestało zawierania konwencji dwustronnych po przystąpieniu do Konwencji wiedeńskiej, co było w pełni zrozumiałe, biorąc pod uwagę jej zakres zastosowania.

Sama konwencja odniosła się wprost w art. 73 do innych traktatów regulujących materię prawa konsularnego. Odniosła się zarówno do tych umów wiążących państwa-strony jeszcze przed przyjęciem Konwencji (w tym przypadku przewidywała pełną trwałość rozwiązań zastanych), jak i do tych umów, które państwa-strony zdecydują się zawrzeć w relacjach dwustronnych lub wielostronnych w przyszłości (po związaniu się postanowieniami Konwencji wiedeńskiej). Ten drugi przypadek jest istotny z perspektywy relacji indyjsko-pakistańskich. Umowa dwustronna pomiędzy tymi państwami została bowiem zawarta w 2008 r.²², podczas gdy Indie od 1977 r., zaś Pakistan – od 1969 roku są stronami Konwencji wiedeńskiej (i jednocześnie Protokołu Fakultatywnego dotyczącego obowiązkowego rozwiązywania sporów – gwarantującego jurysdykcję MTS). Konwencja stanowi, iż „żadne z [jej] postanowień [...] nie stanowi przeszkody do zawierania przez państwa umów międzynarodowych bądź potwierdzających, uzupełniających lub rozwijających jej postanowienia, bądź rozszerzających zasięg ich stosowania”. Tym samym umowę dwustronną mającą charakter *legis specialis* w stosunku do postanowień Konwencji wiedeńskiej (w tym w przedmiocie prawa dostępu konsula do osoby pozbawionej wolności – jak w analizowanym przypadku) należy postrzegać jako dopuszczalną w praktyce traktatowej, o ile postanowienia te potwierdzają, uzupełniają czy zwiększają zakres zastosowania postanowień Konwencji²³.

Należy przy tym zauważyć regulacje Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów odnoszące się do porozumień, które modyfikują umowy wielostronne jedynie między niektórymi ze stron (art. 41), i zastanowić się, czy nie są one w sprzeczności z przyjętym rozwiązaniem art. 73 Konwencji wiedeńskiej. Przepis art. 73 wskazuje

²² Zob. *Agreement on consular access between the Government of the Islamic Republic of Pakistan and the Government of the Republic of India, Islamabad, 21 May 2008* (UNTS No. 54471, rejestracja umowy w Sekretariacie ONZ dokonana przez Pakistan 17 maja 2017 r., umowa weszła w życie z chwilą podpisania, język autentyczny umowy: angielski), tekst umowy w wersji elektronicznej dostępny pod adresem: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/No%20Volume/54471/Part/I-54471-08000002804b7dde.pdf>

²³ Zob. *Declaration of Judge Iwasawa*, par. 13. Sędzia wskazał, że nawet jeśli umowa dwustronna z 2008 r. ograniczała dostęp do konsula osób podejrzanych o szpiegostwo, to i tak jej zastosowanie zostało wyłączone przez art. 36 Konwencji wiedeńskiej z uwagi na treść art. 73 tejże Konwencji.

bowiem, patrząc przez pryzmat art. 41 Konwencji o prawie traktatów, na krąg modyfikacji dozwolonych lub co najmniej niezakazanych przez traktat wielostronny (a takie są porozumienia potwierdzające, uzupełniające czy rozwijające literę Konwencji), niewpływających na korzystanie przez pozostałe strony z ich praw wynikających z traktatu ani na wypełnianie ich obowiązków. Zasadniczo w praktyce traktatowej zmiana mająca „potwierdzający, uzupełniający lub rozwijający” charakter nie może w istocie rzeczy dotyczyć postanowienia, którego uchylene jest nie do pogodzenia z efektywną realizacją przedmiotu i celu traktatu jako całości. Stąd też przez pryzmat teleologicznej warstwy art. 73 jego treść i treść art. 41 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów mogą być zasadniczo postrzegane jako kompatybilne.

Otwarta jest jednak kwestia, czy art. 41 nie daje stronom uprawnionym do działań traktatotwórczych szerszych możliwości²⁴ niż te wynikające z art. 73. Jest to o tyle istotne, że w przepisie tym brak podkreślenia pełnej dyspozytywności przewidzianej w jego treści normy (odzwierciedlonej zazwyczaj w stwierdzeniu „o ile traktat nie postanawia inaczej”²⁵). Wydaje się jednak, że art. 41, przewidując możliwość modyfikacji przez traktaty dwustronne lub zakaz takiej możliwości przewidziany przez traktat, „między wierszami” zakładać musi, iż traktat może również przewidzieć możliwość modyfikacji z zachowaniem pewnych warunków. Wydaje się to oczywiste – kreowanie w traktacie multilateralnym prawa stron do modyfikacji (w relacjach bilateralnych lub plurilateralnych) oznacza możliwość także narzucenia w tym traktacie warunków takiej modyfikacji. Jest to stwierdzenie zasadne tylko

²⁴ Zob. S. Sawicki, *Prawo konsularne – studium prawnomiędzynarodowe*, Warszawa 1998, s. 39.

²⁵ Takie stwierdzenie w przypadku traktatów wskazujących możliwość modyfikacji pojawia się natomiast w art. 41 ust. 2 w przedmiocie notyfikacji (dokonywanej przez strony zawierające traktat modyfikujący) pozostałym stronom swój zamiar zawarcia porozumienia i modyfikację w traktacie, jaką porozumienie to przewiduje. W kontekście tego przepisu wątpliwe jest, czy rozwiązanie art. 73 należy postrzegać jako rozwiązanie przewidujące możliwość modyfikacji traktatu i jednocześnie zawierające rozwiązanie szczególne – niewskazujące na konieczność notyfikacji tego faktu pozostałym państwom stronom (tym bardziej że art. 41 wskazuje na taki obowiązek, jeżeli traktat nie stanowi inaczej, a w art. 73 trudno przy tym uznać milczenie za „stanowienie inaczej”). Państwa jednak zdecydowanie w swojej praktyce nie notyfikują stronom Konwencji wiedeńskiej swoich dwustronnych umów konsularnych. Wydaje się zresztą, że normę wyłaniającą się z przepisu art. 41 ust. 2 w zw. z ust. 1 pkt a należy interpretować jako znajdującą zastosowanie jedynie do konkretnych modyfikacji wprost przewidzianych w traktacie, w efekcie których warstwa normatywna podlega konkretnemu ustaleniu, o wyraźnie odmiennych skutkach od efektów wynikających z warstwy normatywnej traktatu podstawowego, a nie jedynie modyfikacji ogólnikowych w zakresie traktatu podstawowego, pozostających bez wpływu na efektywność stosowania jego norm. Należy bowiem zauważyć, że dwustronne konwencje konsularne przede wszystkim przyjmowane są dla regulacji najczęściej kwestii w zasadzie w ogóle niedotkniętych przez Konwencję wiedeńską (klasyczne funkcje konsularne), a ich ewentualne pola styczności z Konwencją wiedeńską zazwyczaj są zbieżne z jej regulacjami i celami.

o tyle, o ile założy się, że treść art. 73 nie powinna być postrzegana rygorystycznie jako zakaz modyfikacji.

I tu dojść można do najbardziej radykalnego (aczkolwiek także najbardziej odpowiadającego chyba duchowi rozstrzygnięcia w sprawie *Jadhav* – niezależnie od krytyki niektórych poglądów MTS na tę sprawę – o czym dalej) wskazania, że przepisy art. 73 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych i art. 41 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów mają zasadniczo rozbieżne zakresy swojego zastosowania – odnoszą się do innych sytuacji faktycznych. Artykuł 73 generalnie nie zezwala na modyfikację Konwencji wiedeńskiej poprzez porozumienia dwustronne, jeśli modyfikacja rozumiana jest jako zmiana zasadniczej istoty praw i obowiązków państw-stron kreowanych w traktacie, a wydaje się, że takie rozumienie modyfikacji wynika z art. 41. Tym samym art. 41 nie znajduje zastosowania do reżimu Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych, odnosi się bowiem do traktatów, które przewidują możliwość modyfikacji lub nie zakazują takiej modyfikacji²⁶. Konwencja wiedeńska w art. 73 zezwala w zasadzie tylko na zawieranie traktatów niemodyfikujących, a jedynie potwierdzających, uzupełniających lub rozwijających (gdzie uzupełnienie, rozwinięcie czy rozszerzenie oznacza wprowadzenie rozwiązania dodatkowego bez zmiany rozwiązania pierwotnego, obowiązującego w sposób niezaburzony przez zmianę – jeżeli chodzi o cel osiągniany przez to rozwiązanie), *ergo* zakazuje modyfikacji, która godziłaby w istotę rozwiązania modyfikowanego.

Przyjęciu jednoznacznej i klarownej interpretacji wskazanej wyżej nie sprzyja jednak zupełnie praktyka państw, generalnie postrzegająca za dopuszczalną modyfikację dość istotnie odchodzącą od jedynie potwierdzenia, uzupełnienia czy rozwinięcia treści Konwencji wiedeńskiej w przedmiocie notyfikacji konsularnej. Należy bowiem zauważyć, że prawo konsularnej pełne jest przypadków tego typu modyfikacji traktatowych odnoszących się do art. 36, zaś nauka prawa dysponuje możliwościami oceny gigantycznej wprost praktyki państw²⁷, odzwierciedlonej także w rozwiązaniach prawa krajowego wskazującego na obowiązki konkretnych

²⁶ Por. *Declaration of Judge Iwasawa*, par. 12.

²⁷ Przedstawiciele doktryny zajmujący się tą problematyką zasadniczo zgodnie przychylają się ku koncepcji wykonywania w sytuacjach kolizji norm unormowań konwencji dwustronnej kosztem eliminacji uprawnienia jednostki. Zob. W.J. Aceves, *The Vienna Convention on Consular Relations: A Study of Rights, Wrongs and Remedies*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, March 1998, vol. 31, s. 266. Por. także L.J. Springrose, *Strangers in a Strange Land: The Rights of Non-Citizens Under Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations*, Georgetown Immigration Law Journal 1999, vol. 14, s. 186 i 189. Zob. L.G. Marcantonatos, *Les relations consulaires aux termes de la Convention de Vienne du 24 Avril 1963*, Thessalonique 1974, s. 170. Ten ostatni Autor wprost wskazuje pełną zgodność z art. 73 ust. 2 Konwencji wiedeńskiej co do zastąpienia trybu fakultatywnego trybem obligatoryjnym, zdecydowanie bowiem tak wygląda powszechna praktyka państw zawierających umowy dwustronne.

zachowań władz państw przyjmujących. Generalnie państwa patrzą na przepis art. 73 dość liberalnie, wskazując na dopuszczalne wszelkie zmiany mające charakter *legis specialis* wynikające z traktatów dwustronnych, niekiedy – wydaje się – dalece wychodzących poza jedynie potwierdzenie czy uzupełnienie bądź rozszerzenie litery art. 36 Konwencji wiedeńskiej²⁸. Skala tych traktatów dwustronnych jest tak duża z perspektywy państw świata²⁹, że rozważać można, czy art. 73 Konwencji wiedeńskiej nie został *de facto* dotknięty swoistym *desuetudo* (wręcz od początku swojego funkcjonowania) wskutek powszechnej akceptacji normy prawnozwyczajowej pozwalającej zawieranie umów dwustronnych dalece ingerujących w materię zawartą w Konwencji wiedeńskiej. Postanowienia wynikające z porozumienia Indie – Pakistan z 2008 r., oznaczające zmianę art. 36 Konwencji, nie są tym samym niczym zaskakującym na tle innych zbliżonych rozwiązań traktatowych.

W umowach dwustronnych państwa powszechnie przyjmują obligatoryjny tryb notyfikacji – i tym samym z perspektywy art. 73 dochodzi do eliminacji uprawnienia jednostki co do inicjowania notyfikacji konsularnej przewidzianego w art. 36 ust. 1 lit. b Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych. Jest to działanie powszechne – wprowadzenie obowiązku notyfikacji konsularnej odbiera sens utrzymywania prawa jednostki³⁰ do decydowania co do inicjowania notyfikacji konsularnej, byłoby ono bowiem mocno iluzoryczne. Choć na tym tle można wyobrazić sobie problemy etyczne natury także prawnocłowieczej³¹, to z punktu widzenia

²⁸ Por. S. Kho, *Article 73 of the Vienna Convention on Consular Relations: The Relationship between the Vienna Consular Convention and the Other International Consular Agreements*, Chinese Yearbook of International Law and Affairs 1994–1995, vol. 13, s. 275–276.

²⁹ Przykładowo Polska ma czterdzieści dwustronnych konwencji konsularnych (w sporej części zawartych po wejściu w życie względem Polski Konwencji wiedeńskiej), przy czym sporo mniejsze od Polski Czechy mają takich umów podobną liczbę (zob. J. Fenyk, R. Ondruš, *Právní styk s cizinou v trestním a netrestním řízení a před orgány veřejné správy*, Praha 1997, s. 146–147), zaś Rosja ma aż ok. osiedziesiąt tego typu konwencji (O.B. Плотникова, *Консульские отношения и консульское право*, Москва 1999, s. 25). Właściwie każde państwo świata ma co najmniej kilka takich porozumień, nawet te, które nie zawierają ich od czasu akcesji do Konwencji wiedeńskiej (jak np. Niemcy), utrzymują i efektywnie stosują traktaty dwustronne zawarte wcześniej.

³⁰ W konwencjach dwustronnych (w tym niektórych zawartych przez Polskę) wprowadza się niekiedy obowiązek informowania jednostki o dokonanej notyfikacji (*ergo* prawo jednostki do uzyskania o tym fakcie informacji), bez oczywiście wprowadzenia jakiegokolwiek prawa do inicjowania przez jednostkę stosownych działań państwa przyjmującego. Jest to rozwiązanie w zasadzie normatywnie puste (właściwie nic z niego z punktu widzenia procesowego nie wynika), aczkolwiek nierzadkie. Por. art. 31 ust. 2 Konwencji konsularnej polsko-irackiej (Dz.U. z 1982 r. Nr 27, poz. 194).

³¹ Oczywiście mogą istnieć osoby pozbawione wolności, które notyfikacji tej ewidentnie sobie nie życzą, uchodźcy itp. Niekiedy godzi ona w ich poczucie bezpieczeństwa, zagraża również ich rodzinie pozostalej w państwie obywatelstwa.

gwarancji procesowych związanych z możliwością udziału konsula w procesie karnym i podjęcia przez nich działań pomocowych czy opiekuńczych przewidzianych przez prawo krajowe i międzynarodowe takie rozwiązanie nie jest wadliwe.

Kolejnym rozwiązaniem powszechnie stosowanym na poziomie umów dwustronnych jest doprecyzowanie terminu notyfikacji konsulowi państwa obywatelstwa i to rozwiązanie stosowane jest w każdą stronę – zarówno taką, która może być utożsamiana z natychmiastowością działań notyfikacyjnych, jak i taką, która wykacza poza prosty schemat³². Spotykane są bowiem zarówno rozwiązania drastycznie skracające ten termin (np. 24 lub 48 godzin od zatrzymania) lub też istotnie go wydłużające (co generalnie może odpowiadać, a w każdym razie mogło odpowiadać w chwili zawierania traktatów specyfice i rozwojowi technologicznemu państw-stron³³). Istotne jest, aby dokonanie takiej czynności nie przeczyło istocie notyfikacji. W tym kontekście nie bez znaczenia jest trafna ocena w orzecznictwie MTS, iż notyfikacja tego typu powinna być zasadniczo dokonana zanim osoba zatrzymana zostanie zmuszona do podjęcia decyzji procesowych, które zaważą na jej statusie i zostaną jej postawione zarzuty procesowe, wobec których podejmie odpowiednie klaryfikujące jej pozycję procesową reakcje³⁴.

³² Zob. S. Sawicki, *op. cit.*, s. 132. Zob. także: M. Płachta, *Przekazywanie skazanych pomiędzy państwami*, Kraków 2003, s. 106 i n.; D.W. Williams, *Consular Access to Detained Persons*, *International and Comparative Law Quarterly* 1980, vol. 29, s. 240–241. Najczęściej stosowany w praktyce państw jest termin 3-dniowy na dokonanie notyfikacji.

³³ Stąd nie dziwi przykładowo zawarcie terminów 3-tygodniowych notyfikacji w umowach z państwami rozwijającymi się, które w latach 60., 70. XX wieku (gdy umowy te były zawierane) często nie dysponowały środkami technicznymi na dokonanie notyfikacji w krótszym terminie. Por. np. termin 7-dniowy w cytowanej wcześniej w przypisie 29 konwencji polsko-irackiej. Zresztą nawet dziś formuły przekazywania pism urzędowych w państwach rozległych terytorialnie (jak np. Brazylia) wiodą w prostej linii do uchybień terminom (co wyraźnie widoczne było w przypadku głosowania pocztowego za granicą w wyborach prezydenckich 2020 r. – zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 27 lipca 2020 r., I NSW 93/20, w sprawie z protestu wyborczego Z.J.J. przeciwko wyborowi Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej).

³⁴ Co nie oznacza jednakże natychmiastowości i konieczności dokonywania notyfikacji przed jakimkolwiek przesłuchaniem. Zob. *Avena Judgement*, par. 85. Jak słusznie zauważył MTS w sprawie *Jadhav (Jadhav Case...)*, *Judgement*, 17 July 2019, par. 113), ocena ta dokonywana być powinna *ad casum*, biorąc pod uwagę odmienne sytuacje różnych cudzoziemców pozbawionych wolności. W sprawie tej uznał jednak, że zwłoka taka miała miejsce.

4. Wnioski MTS na kanwie sprawy *Jadhav* w przedmiocie relacji międzytraktatowych

Zawarta w dniu 21 maja 2008 r. w Islamabadzie pomiędzy Indiami a Pakistanem dwustronna umowa o dostępie do konsula (mająca w swoim zamierzeniu, zgodnie z preambułą, doprowadzić w duchu humanitarnego traktowania osób pozbawionych wolności do wzajemnych ułatwień w realizacji dostępu do konsula), tak jak w zasadzie każda klasyczna konsularna umowa dwustronna, nie utrzymała prawa jednostki do otrzymania informacji o możliwości decydowania o dokonaniu notyfikacji konsularnej. Wprowadziła natomiast w pkt II wymóg dokonania stosownej notyfikacji konsulowi (Wysokiemu Komisarzowi) „natychmiast” po pozbawieniu wolności oraz, w pkt IV, obowiązek zapewnienia dostępu konsula do osoby pozbawionej wolności najpóźniej w ciągu trzech miesięcy od pozbawienia wolności. Szczególnie istotne w kontekście analizowanej sprawy było odniesienie pkt VI³⁵. Zgodnie z tym przepisem zatrzymanie, areszt czy postępowanie przeprowadzone z uwagi na zdarzenia o charakterze politycznym lub bezpieczeństwa każda ze stron prowadzi według własnych zasad. Pakistan wywodził z tego przepisu prawo do swobodnego określenia zakresu realizacji prawa dostępu do konsula w przedmiotowej sprawie³⁶, zakwalifikowanej jako polityczna i istotna z uwagi na względy bezpieczeństwa³⁷. Pogląd Pakistanu, iż tego typu kwalifikacja pozwala na niedokonanie notyfikacji konsularnej w każdym jej zakresie przewidzianym w art. 36, stanowił kolejną nieudolną normatywnie próbę uzasadnienia naruszenia prawa konsularnego (z pewnością w postaci wielomiesięcznego uniemożliwienia kontaktu konsula z obywatelem)³⁸.

Indie podnosiły, iż tego typu interpretacja pkt VI umowy z 2008 r. jako wyłączającego zastosowanie notyfikacji konsularnej, jest sprzeczna z istotą art. 73 Konwencji wiedeńskiej³⁹. Zdaniem Indii przepis pkt VI umowy należy interpretować

³⁵ Nadto istotnym elementem były zobowiązania wzajemne dotyczące przekazywania co pół roku aktualnych list obywateli pozbawionych wolności (pkt I).

³⁶ Zob. V. Kattan, *Jadhav Case (India v. Pakistan)*, *American Journal of International Law* 2020, Volume 114 Issue 2.

³⁷ Zob. *Jadhav Case...*, *Judgement*, 17 July 2019, par. 92.

³⁸ Jak wspomniano, Pakistan podnosił także, iż m.in. z prac przygotowawczych do Konwencji wiedeńskiej wynika wyjątek dotyczący kwalifikacji szpiegostwa jako nieobjętego zakresem art. 36 Konwencji wiedeńskiej.

³⁹ Jak słusznie zauważył w swojej dołączonej do wyroku deklaracji sędzia Sebutinde, pomiędzy wiodącymi spór państwami istniała różnica interpretacji przepisów umowy z 2008 r., którą niewątpliwie zawarły z powołaniem się na modyfikacyjną możliwość wynikającą z art. 73 Konwencji wiedeńskiej. Rozbieżności dotyczyły możliwości osiągnięcia konkretnego zakresu modyfikacji. Zob. *Declaration of Judge Sebutinde*, par. 14. Por. także: *Declaration of Judge Robinson*, par. 3–11.

łącznie z pkt V, który stanowi, iż „oba rządy zgadzają się zwolnić i dokonać repatriacji osób w ciągu miesiąca od potwierdzenia ich statusu państwowego i wykonania wyroków”⁴⁰.

Niewątpliwie litera tego porozumienia dwustronnego była nie do końca czytelna. MTS przyjął – wydaje się – trafną interpretację odnoszącą się do braku zastosowania w ogóle notyfikacji konsularnej w razie rozpatrywania sprawy o wydzwieku politycznym lub oddziałującej na bezpieczeństwo państwa⁴¹. Możliwość kreowania na podstawie umowy z 2008 r. normy szczególnej odnoszącej się do przestępstwa szpiegostwa została przez MTS jednoznacznie wykluczona. Niewątpliwie bowiem, co zauważono w orzeczeniu⁴², argumentacja podnoszona przez Pakistan stała w jawnej sprzeczności z treścią choćby prohumanitarnej preambuły umowy dwustronnej z 2008 r. Pakistan nielogicznie, zdaniem MTS, założył tym samym wyłączenie uprawnień konsularnych wobec konkretnych osób na podstawie umowy, której zadaniem było uprawnienia te wzmocnić⁴³.

Natomiast poza odniesieniem w powyższym zakresie MTS nie odniósł się do pozostałych przepisów umowy dwustronnej, które wprost dotyczyły kwestii notyfikacyjnych. Należy mieć wątpliwości, czy wobec powyższego dokonał poprawnej subsumcji stanu faktycznego, biorąc pod uwagę normy prawne mające do niego zastosowanie.

⁴⁰ *Jadhav Case...*, Judgement, 17 July 2019, par. 93.

⁴¹ Z drugiej strony doktryna niekiedy wskazuje wyjątki w zakresie notyfikacji odnoszące się właśnie do szpiegów, zaś kwestię tę uważa za nieuregulowaną w Konwencji wiedeńskiej – pozostawioną regułom zwyczajowym, do ewentualnego uregulowania w umowach dwustronnych. Pytanie, czy za taką regulującą umowę dwustronną uznać można było właśnie porozumienie Indie – Pakistan. Zob. *Dissenting Opinion of Judge ad hoc Jilani*, par. 30, tam też powołanie na poglądy L.T. Lee (*Consular Law and Practice*, 1961) oraz B. Sena (*A Diplomat's Handbook to International Law and Practice*, 1965).

⁴² *Jadhav Case...*, Judgement, 17 July 2019, par. 94.

⁴³ Sędzia Sebutinde zauważył w swojej opinii odrębnej, iż w świetle dwustronnej umowy pakietańsko-indyjskiej o dostępie do konsula z 1982 r. (poprzedzającej umowę z 2008 r.) oraz prac przygotowawczych do umowy zawartej w 2008 r. (zmian projektu umowy wynegocjowanych w 2005 r.) istotą umowy z 2008 było wprowadzenie dostępu do konsula gwarantowanego wszystkim obywatelom pozbawionym wolności w obrocie wzajemnym. Umowa z 1982 r. w § III pozostawiała sprawę szpiegostwa poza automatycznym zakresem jej zastosowania, jednoznacznie przewidując, iż w sytuacji wystąpienia takich spraw o ich kwalifikacji jako szpiegowskich lub nieszpiegowskich zdecyduje państwo dokonujące pozbawienia wolności. Umowa z 2008 r. zmieniła początkowo identycznie projektowany przepis na taki, który zapewniał dostęp do konsula obywatelom, bez wyodrębniania kategorii przestępstw wykluczających zastosowanie mechanizmów umownych. Stąd ewidentnie celem umowy z 2008 r. było objęcie jej zakresem wszystkich obywateli w obrocie wzajemnym. Zob. *Declaration of Judge Sebutinde*, par. 20–30.

Szczególnie w przedmiocie terminów notyfikacyjnych wydaje się, że MTS powinien przyjąć właściwość umowy dwustronnej, a nie Konwencji wiedeńskiej. Do dokonania notyfikacji konsulowi doszło w sprawie *Jadhav* w terminie c.a. 3 tygodni od zatrzymania osoby pozbawionej wolności. Trudno ustalić, czy oznaczało to naruszenie litery umowy dwustronnej – nie wiadomo bowiem, kiedy Pakistan powziął wiarygodną informację o obywatelstwie zatrzymanego. Niewątpliwie fakt posługiwania się przez niego paszportem indyjskim, na pewno wystawionym na fałszywe dane – a więc obarczonym fałszerstwem, trudno było uznać za wiarygodny dowód obywatelstwa. MTS przyjął natomiast (nie dysponując danymi faktycznymi i mając świadomość niekwestionowanego przez strony sporu fałszerstwa danych w paszporcie), iż doszło do naruszenia terminu prawa do notyfikacji – nawet w zakresie terminu określonego klauzulą generalną Konwencji wiedeńskiej (notyfikacja niezwłoczna po wyrażeniu na nią zgody przez obywatela). Porozumienie dwustronne Pakistan – Indie zastępowało w tym zakresie klauzulę generalną Konwencji wiedeńskiej własną klauzulą generalną. Klauzula z umowy dwustronnej była ostrzejsza w swojej literze – zakładała bowiem natychmiastowość notyfikacji. Wydaje się, że natychmiastowy termin notyfikacji porozumienia oznaczał w rozumieniu art. 73 Konwencji wiedeńskiej modyfikację o charakterze doprecyzowania – co prawda pojęcie nieostre zastąpiło w tym przypadku pojęcie nieostre z Konwencji wiedeńskiej, natomiast ujęcie porozumienia *de facto* jest bardziej precyzyjne. Natychmiastowość zdarzenia jest bez wątpienia łatwiejsza do oceny niż niezwłoczność. Natomiast zarówno w przypadku jednego, jak i drugiego ujęcia obowiązek notyfikacyjny powstawał z chwilą zdarzenia rozpoczynającego bieg „terminu” (odpowiednio – natychmiastowości lub niezwłoczności notyfikacji). Bez wątpienia jest to powzięcie informacji o rzeczywistym obywatelstwie obcym osoby pozbawionej wolności. W analizowanej sprawie *Jadhav* kwestia ta była mocno niepewna – *de facto* nie ustalono, kiedy informacja o obywatelstwie indyjskim zatrzymanego została potwierdzona, stąd stwierdzenie MTS wydaje się w tym zakresie nie tylko wydane na niewłaściwej podstawie normatywnej, ale też bez podstaw faktycznych⁴⁴.

MTS przyjął także, że w sprawie *Jadhav* doszło do naruszenia prawa jednostki do bycia poinformowanym o przysługującym jej uprawnieniu do zainicjowania notyfikacji o fackie pozbawienia jej wolności konsulowi jej obywatelstwa. Z perspektywy umowy dwustronnej takiego obowiązku nie było, a jak wskazano wcześniej, zastosowanie trybu obligatoryjnego notyfikacji w miejsce trybu fakultatywnego jest powszechnie przyjętym w praktyce państw mechanizmem modyfikacji w umowie

⁴⁴ A nadto niewątpliwie doszło też do naruszenia zasady *in dubio pro reo*. Żadne fakty nie potwierdzały daty otwarcia terminu, stąd przypisanie winy Pakistanowi w tym zakresie odbyło się na wyrost.

dwustronnej (a także często w prawie wewnętrznym) konstrukcji prawa dostępu do konsula. Tym samym tego uprawnienia, wobec zawarcia umowy dwustronnej Pakistan – Indie, nie było, nie mogło więc też istnieć jego naruszenie. Nawet jeżeli przyjąć, że takowe uprawnienie jednostki – pomimo notyfikacji obligatoryjnej (a więc puste pod względem logicznym) – jednak *solum per se* istnieje, to wydaje się również, że sąd nie dysponował żadnymi wiarygodnymi dokumentami pozwalającymi przyjąć, że *Jadhav* nie został o nim poinformowany. Rozstrzygnięcie MTS w przedmiocie rzekomego naruszenia tego prawa jest mylne i wydane bez podstaw normatywnych (a być może także dowodowych).

Odrębną kwestią jest termin dopuszczenia do kontaktu konsula z obywatelem. Umowa dwustronna przewidziała termin 3-miesięczny na notyfikację. Artykuł 36 ust. 1 pkt c Konwencji wiedeńskiej nie posługuje się w tym zakresie terminem (nawet niedookreślonym). Termin sztywno określony w umowie dwustronnej wydaje się zdecydowanie poprawnym pod względem technicznym rozwiązaniem. Ocena naruszenia staje się prosta. Jednak warunkiem jest, aby nie przeczył on celom notyfikacji konsularnej. W przeciwnym bowiem razie ocena dopuszczalności takiej modyfikacji w świetle art. 73 Konwencji wiedeńskiej będzie negatywna. W przypadku terminu tak wydłużonego jak w dwustronnej umowie konsularnej Indie – Pakistan z 2008 r. z pewnością mamy do czynienia z taką sytuacją. MTS nie odniósł się do tej kwestii, natomiast jako podstawę oceny naruszenia przyjął m.in. art. 36 ust. 1 pkt c Konwencji wiedeńskiej. Było to rozstrzygnięcie co do oceny naruszenia trafne. Niewątpliwie doszło do naruszenia w tym przypadku prawa do kontaktu konsula z obywatelem – nie tylko nie zagwarantowano go w terminie rozsądnym (choć art. 36 ust. 1 pkt c nie przewiduje takiego określenia, to jest ono zasadniczym wzorcem reakcji państw w obrocie dyplomatycznym i konsularnym, jeżeli postanowienia odrębne nie stanowią inaczej), lecz nawet nie zagwarantowano go w 3-miesięcznym terminie wynikającym z pakistańsko-indyjskiej konsularnej umowy dwustronnej⁴⁵.

Generalnie zauważyć należy, że stanowisko MTS w sprawie *Jadhav* odnoszące się do zastosowania umowy dwustronnej napotkało na trafną krytykę przynajmniej w części opinii i deklaracji sędziów złożonych do wyroku. Najmocniejszą ocenę podniósł sędzia *ad hoc* Jillani (*nota bene* głosujący przeciwko wyrokowi)⁴⁶, wskazując, iż mylna interpretacja związków Konwencji wiedeńskiej i umów dwustronnych

⁴⁵ Oczywiście, jak wspomniano, Pakistan uważał, że nie ma ani ona, ani Konwencja wiedeńska zastosowania do osób podejrzewanych o popełnienie przestępstwa szpiegostwa.

⁴⁶ Zob. *Dissenting Opinion of Judge ad hoc Jillani*. Opinia ta w przedmiocie relacji źródeł prawa konsularnego zawiera argumenty logiczne, podparte konkretnymi przykładami, których niestety brak natomiast w orzeczeniu MTS.

w zasadzie pozbawia efektu prawnego konwencje bilateralne zawarte po wejściu w życie Konwencji wiedeńskiej⁴⁷.

5. Sprawa *Jadhav* – ślepa uliczka orzecznictwa MTS czy zmiana postrzegania traktatów dwustronnych?

Pomimo wypowiedzenia w dniu 7 marca 2005 r. przez USA Protokołu Opcyjnego do Konwencji⁴⁸, co *de facto* wykluczyło potencjalnie dalsze skargi przeciwko USA kierowane z tytułu naruszenia art. 36 Konwencji wiedeńskiej, problematyka ta jest ciągle mocno aktualna w stosunkach międzynarodowych. Wydaje się jednak, że nowsze orzecznictwo MTS w tego typu sprawach zaczyna przyjmować, jeżeli chodzi o interpretację samej konstrukcji „prawa dostępu do konsula”, nieco dziwaczną formułę, odzierającą konstrukt ten z podstawowego waloru praktycznego, przypisanego mu na przestrzeni dziejów. Stworzenie prawa indywidualnego miało tworzyć wyjątek chroniący jednostkę w sytuacjach szczególnych, gdy nie życzy sobie z jakichś względów notyfikacji konsularnej i kontaktów z konsulem państwa obywatelstwa⁴⁹, nie miało na celu stworzenie nowego rodzaju fundamentalnego uprawnienia procesowego czy nowego typu prawa człowieka. Konstrukcja ta nie żyje własnym życiem w oderwaniu od uprawnienia konsula do otrzymania notyfikacji ani też od uprawnień konsula dotyczących kontaktu z pozbawionym wolności. Jest to złożona, kaskadowa konstrukcja normatywna, której celem jest zapewnienie możliwości dokonywania przez służbę konsularną czynności pomocowych lub opiekuńczych

⁴⁷ *Ibidem*, par. 31. Sędzia Jilani wskazał wyraźnie, iż błędy interpretacyjne popełnione w sprawie *Jadhav* przez MTS wynikają z odwzorowania ze spraw przeciwko USA. USA z państwami skarżącymi nie miało umowy dwustronnej dotyczącej dostępu do konsula, w odróżnieniu od relacji Pakistanu i Indii. *Ibidem*, s. 41–42. Tym samym wcześniejsze trafne wnioski dotyczące zastosowania Konwencji wiedeńskiej niestety nietrafnie zastosowano do zagadnień niepodlegających w sprawie *Jadhav* regułom tej Konwencji.

⁴⁸ Zob. K. Oellers-Frahm, *Der Rücktritt der USA vom Fakultativprotokoll der Konsularrechtskonvention* [w:] P.-M. Dupuy, B. Fassendender, M.N. Shaw, K.-P. Sommermann (red.), *Festschrift für Christian Tomuschat*, Kehl 2006, s. 563–582.

⁴⁹ Podczas prac nad Konwencją przewidywano ujęcie tego prawa w formule obligatoryjnej i projekt przedstawiony na konferencji państw zawierał taką właśnie formułę prawa dostępu do konsula. Zob. Yearbook of International Law Commission 1960 i 1961, vol. 12 i 13 (A/CN.4/SER.A/1960 i 1961). Pojawiały się jedynie pojedyncze głosy sugerujące zmianę spojrzenia – zob. J. Žourek, *Some Theoretical Problems of Consular Law*, Journal du droit international 1963, nr 1 (90e Année), s. 54–55. Natomiast podczas Konferencji kodyfikacyjnej zdecydowano się na ujęcie tego prawa w formule fakultatywnej, niemalą rolę w tym zakresie odegrała praktyka państw związana z postawą uchodźców z państw komunistycznych (w tym PRL), którzy za wszelką cenę chcieli uniemożliwić dokonanie notyfikacji konsularnej konsulom państw ich obywatelstwa.

na rzecz obywatela pozbawionego wolności. Z orzeczeń MTS wyłania się tendencja do rozpatrywania każdego z fragmentów normatywnych opisywanej konstrukcji rozłącznie, co wiedzie do sztucznych rozstrzygnięć właściwie niczemu z punktu widzenia praktyki niesłużących. Z oczywistych względów wydaje się logiczne, że jeżeli może być zapewniana *ab initio* pomoc konsularna, a informacja o zatrzymaniu cudzoziemca jest powszechnie znana, to wykonywanie czynności formalnych polegających na notyfikacji wydaje się zbyteczne i jest wręcz sztucznym zabiegiem⁵⁰. Analogicznie, jeżeli dochodzi do notyfikacji konsularnej, niewątpliwie zgodnej z oczekiwaniami pozbawionego wolności, zbyteczne powinno być badanie wykonania obowiązku związanego z indywidualnym uprawnieniem jednostki w przedmiocie powzięcia informacji o możliwości inicjowania teje notyfikacji.

Tendencja do orzeczniczej indywidualizacji prawa dostępu do konsula niestety przyczynia się do nadawania temu konstruktowi całkowicie nienaturalnego, a wręcz odrealnionego charakteru, sprzecznego z jego celem i historycznie, ewolucyjnie rozwijanym kształtem⁵¹. MTS postrzega konstrukcję z art. 36 jako trzy odrębne obowiązki państwa (co zresztą wynika po części także z zakresu składanego pozwu),

⁵⁰ Odmienne jednak orzekł MTS w sprawie *Diallo* (zob. *Diallo Judgment*, par. 95), wskazując naruszenie Konwencji poprzez niedokonanie notyfikacji konsularnej – pomimo powszechności informacji dotyczącej pozbawienia wolności pana Diallo (telewizje w całej Afryce Środkowej informowały o tym fakcie kilka godzin od zatrzymania, był on osobą publicznie znaną) – stanowiło to przedmiot udanej krytyki w opinii sędziego Mampuyi (zob. *Opinion individuelle de M. le juge ad hoc Mampuya*, par. 24). Ówczesna linia orzecznicza (której naturalną kontynuacją jest sprawa *Jadhav*) przypisywać zaczęła notyfikacji konsularnej jakiegoś znaczenie formalne wykraczające poza jej cel. Wydaje się to co najmniej śmieszne – przepis ten nie ma „magicznego” znaczenia, za którym stoi ważność jakiejś czynności i niesanowność jej w żaden sposób, jest czysto technicznym rozwiązaniem, którego sensowność musi być oceniana w wymiarze praktycznym. W prawie międzynarodowym (początkowo zwyczajowym, potem umownym) pojawił się nie *per se* (jak mylnie przyjmuje MTS), lecz dla umożliwienia kontaktu konsula z obywatelem (początkowo dla sprawowania jurysdykcji konsularnej, następnie dla dokonywania czynności pomocowych). Wydaje się, że MTS w ostatnich sprawach dotyczących art. 36 Konwencji wiedeńskiej dalece oderwał się od rzeczywistości i praktyki państw, chcąc wejść w rolę sądu praw człowieka przy użyciu bardzo wątpliwego instrumentu, jakim jest notyfikacja konsularna.

⁵¹ Notyfikacja konsularna ma rodowód prawnozwyczajowy notowany od czasów jurysdykcji kapitulacyjnej – umożliwiała wówczas wykonanie uprawnień sądowych konsula wobec poddanego. Z czasem wskutek eliminacji zakresu jurysdykcji konsularnej i rozwiązań kapitulacyjnych jej cel zastosowania ulegał zmianie, jednak bez większej zmiany jej istoty (technicznego jej sposobu wykonywania, odzwierciedlonego w powszechnym prawie zwyczajowym odnoszącym się do praktyki funkcji konsularnych i licznych konsularnych traktatach dwustronnych). Kreowanie obowiązków państw w formie odpowiadającej współczesnemu modelowi notyfikacji obligatoryjnej podnoszone było od lat 20. XX w., zaś konkretne odzwierciedlenia traktatowe pojawiają się od lat 40. i 50. XX w. Zob. P. Czubik, *op. cit.*, s. 71 i n. i liczne przykłady oraz literatura tam wskazana.

trudno jednak z punktu widzenia logiki uznać za poważne naruszenia te, które nie niosą ze sobą żadnej szkody, ani też nie przemawia za rozstrzygnięciem o ich naruszeniu jakakolwiek wartość merytoryczna, a taki charakter ma rzekome naruszenie prawa do uzyskania informacji o możliwości notyfikacji przez nieoponującą jednostkę przy jednoczesnym dokonaniu stosownej notyfikacji. Nie nadaje to orzeczeniom Trybunału wymaganej powagi. Trybunał wobec dokonania notyfikacji (niewątpliwie zgodnej z oczekiwaniami zarówno jednostki, jak i państwa obywatelstwa) powinien uznać w analizowanym stanie faktycznym wypełnienie celu związanego z art. 36, a przez to dopełnienie (nawet jeśli nie do końca poprawne – z uwagi na opóźnioną notyfikację) obowiązku notyfikacyjnego (co najwyżej z zastrzeżeniem naruszenia terminu).

Orzeczenie w tym duchu powinno również odnieść się do wpływu na notyfikację konsularną regulacji traktatu dwustronnego. Zdecydowanie wpływ tego traktatu na prawa jednostki do uzyskania informacji konsularnej jest nie do podważenia. MTS jednakże właściwie zignorował wpływ umowy dwustronnej na prawa i obowiązki państw wiodących spór w zakresie analizowanej materii – uczynił to zresztą przede wszystkim dla zachowania własnej jurysdykcji – ta nie przysługiwała mu bez zgody stron wyrażonej *ex post*, w sytuacji, w której realizacja traktatu dwustronnego stałaby się podstawą sporu. Przynajmniej tymczasem w kwestii terminu notyfikacji wydaje się, że umowa dwustronna Pakistan – Indie wpisuje się nawet w literę interpretacji art. 73 sprzyjającą prymatowi Konwencji wiedeńskiej⁵². Tym samym jurysdykcja MTS wydaje się w tym zakresie sporu mocno wątpliwa, a z pewnością nie powinna być przyjęta jako pełna w stosunku do całości spornego zakresu normatywnego.

Podobnie w inną stronę, jak się wydaje, powinna pójść interpretacja naruszenia rzekomego prawa jednostki do notyfikacji konsularnej. Prawo to ulega anihilacji wskutek przyjęcia traktatu dwustronnego gwarantującego to, co jest osiągnięte jedynie fakultatywnie za pośrednictwem modelu wiedeńskiego. Natomiast nie ma to wpływu na realizację praw konsularnych, u których źródeł leży notyfikacja (niezależnie od jej fakultatywnego czy obligatoryjnego charakteru). Podobnie, jak wspomniano, kwestie terminu notyfikacji podlegały raczej umowie dwustronnej, a nie regułom Konwencji wiedeńskiej.

⁵² Natychmiastowa notyfikacja jest bez wątpienia rozwinięciem postanowień Konwencji, wpisującym się w jej ducha. Inną sprawą jest, że do takiej „natychmiastowej notyfikacji” w sprawie nie doszło (Pakistan uznał bowiem, że zatrzymanie szpiega nie podlega notyfikacji konsularnej). MTS nie miał jednakże jurysdykcji co do oceny naruszeń notyfikacji w świetle umowy dwustronnej, stąd też swoje orzeczenia ukierunkowywał na postanowienia Konwencji wiedeńskiej, starając się uzasadnić ich obowiązywanie w sprawie.

Wydaje się, że uzasadnione odniesienia odnoszą się do rzekomej eliminacji mechanizmu prawa dostępu do konsula *en bloc* w przypadku przestępstwa szpiegostwa. W tym miejscu należy zgodzić się z MTS, iż nie udowodniono istnienia jakichkolwiek regulacji prawnozwyczajowych, które wyłączałyby przestępstwa szpiegostwa spod zastosowania reguł ogólnych dotyczących notyfikacji konsularnej. Taki wyjątek zdaniem MTS w prawie międzynarodowym nie istnieje. Postanowienia umowy dwustronnej także nie odnosiły do tej kwestii wprost.

Potraktowanie konwencji jako źródła o charakterze podstawowym (można rzec – kodeksowym w systemie prawa narodów, z którym zasadniczo inne źródła winny być niesprzeczne), co *de facto* uczynił MTS, nie jest uzasadnione. Sama konstrukcja prawa dostępu do konsula jest w Konwencji wiedeńskiej nieco przypadkowa, tak jak przypadkowe są pojedyncze odniesienia do funkcji konsularnych w tymże traktacie – nawet jeśli nie ma to wpływu na obowiązywanie przyjętej regulacji, to z pewnością ma wpływ na jej pozycję hierarchiczną. W zakresie funkcji konsularnych (a konstrukcja prawa dostępu do konsula jest formą umożliwienia wykonania funkcji konsularnych w przedmiocie pomocy konsularnej) pozycjonowanie źródeł prawa konsularnego w świetle treści art. 73 Konwencji wiedeńskiej powinno być inne niż w zakresie np. ogólnych reguł systemowych prawa konsularnego czy też ściśle pojętych przywilejów i immunitetów konsula⁵³. Konwencja bowiem nie odnosi się zasadniczo w swoim zakresie do funkcji konsula (jedynie je klasyfikuje w art. 5), takie odniesienia są w gruncie rzeczy przypadkowe (tak jak w art. 36 – wynikają z faktu kwalifikacji obowiązku państwa wysyłającego w zakresie notyfikacji jako uprawnienia konsularnego) – stąd też umowa dwustronna może dokonać zmian o charakterze precyzującym, dookreślającym te z funkcji, które dotknięto w postanowieniach Konwencji wiedeńskiej. Nawet jeśli dochodzi do modyfikacji litery Konwencji poprzez eliminację uprawnienia jednostki w przedmiocie wniosku notyfikacyjnego na rzecz notyfikacji obligatoryjnej, nie jest to modyfikacja godząca w istotę art. 36 Konwencji, którą jest poinformowanie konsula o pozbawieniu wolności obywatela oraz zapewnienie możliwości podjęcia działań z zakresu *iuris protectionis*. Tym samym modyfikacje takie nie przeczą istocie art. 73 Konwencji wiedeńskiej. W tym kontekście zignorowanie modyfikacyjnej treści porozumienia Pakistan – Indie i stwierdzenie przez MTS naruszenia Konwencji wiedeńskiej w przedmiocie naruszenia prawa jednostki do otrzymania informacji o możliwości zainicjowania notyfikacji konsularnej wydaje się rozstrzygnięciem całkowicie mylnym. Podobnie wydaje się nietrafione i zbyt pochopne określenie 3-tygodniowego

⁵³ Abstrahuję w tym miejscu od faktu, że art. 36 precyzujący prawa jednostki znalazł się w rozdziale Konwencji wiedeńskiej dotyczącym immunitetów i przywilejów urzędu i urzędników konsularnych, co zresztą permanentnie podnoszone było przez USA jako podstawa do negocjowania uprawnień indywidualnych cudzoziemca wyłaniających z treści tego przepisu.

terminu, jaki upłynął od zatrzymania do notyfikacji, jako sprzecznego z regułami Konwencji wiedeńskiej. Abstrahując od faktu, że Konwencja ta wydaje się nie mieć w tym zakresie do relacji Pakistan – Indie zastosowania (umowa dwustronna przewiduje bowiem własną regulację w przedmiocie tego terminu⁵⁴), to stan faktyczny (choćby niewątpliwy problem związany z ustaleniem obywatelstwa wynikający z faktu posługiwania się fałszywymi danymi) nie pozwala jednoznacznie przyjąć, że po bezsprzecznym otwarciu terminu (niewątpliwym ustaleniu obywatelstwa) do notyfikacji bezzwłocznie nie doszło. Oczywiście nie zmienia to oceny zasadniczego naruszenia normy podstawowej, której realizacji służą uprawnienia i obowiązki notyfikacyjne, tzn. prawa do kontaktu konsula z osobą pozbawioną wolności i realizacji w tym zakresie pomocowych i opiekuńczych czynności konsularnych. Niewątpliwie bowiem, nie dopuszczając po dokonanej notyfikacji do kontaktu konsula z pozbawionym wolności, Pakistan nie dopełnił swoich obowiązków w tym przedmiocie i to niezależnie od ich zakresu podlegającego ocenie w świetle Konwencji wiedeńskiej.

Wydaje się, że w MTS w analizowanej sprawie uprosił sobie orzekanie – wzorując się ewidentnie na rozstrzygnięciach w sprawach poprzedzających (głównie tych przeciwko USA), gdzie jednakże stany faktyczne były zupełnie odmienne, założył analogiczny zakres naruszenia normy art. 36 Konwencji. Tymczasem norma ta w relacjach pakistańsko-indyjskich obowiązywała w zakresie niewątpliwie zmodyfikowanym postanowieniami umowy dwustronnej, którą MTS badał w kontekście rzekomego wyłączenia przestępstwa szpiegostwa spod obowiązku notyfikacji konsularnej, nie odnosząc się jednakże do wpływu teje umowy w innych aspektach na normę ogólną art. 36 Konwencji wiedeńskiej. W analizowanej sprawie niewątpliwie niedopuszczenie do kontaktu konsula z obywatelem stanowiło rażące naruszenie prawa konsularnego, co poprawnie zostało rozstrzygnięte przez MTS⁵⁵. Samo to stwierdzenie mogło już stanowić podstawę do zasądzenia efektywnych środków w sprawie.

Przyjęcie jednakże przez Trybunał, że w sprawie tej, przy konkretnych wątpliwościach faktycznych i wobec obowiązywania umowy dwustronnej w tym zakresie, doszło (poprzez niepowiadomienie obywatela o jego uprawnieniu do wszczęcia

⁵⁴ Regulacja ta została być może naruszona przez władze Pakistanu (aczkolwiek stan faktyczny nie pozwala na wysnucie takich jednoznacznych wniosków – nie wiadomo kiedy bezspornie Pakistan powziął informację o prawdziwym obywatelstwie osoby zatrzymanej, co powinno skutkować natychmiastową notyfikacją zgodnie z umową z 2008 r.), kwestia ta pozostawała poza zakresem jurysdykcji MTS.

⁵⁵ Umowa z 2008 r. nie dodawała w tym zakresie niczego do litery Konwencji wiedeńskiej – Trybunał mógł więc oprzeć swoje rozstrzygnięcie na literze Konwencji jako podstawy zmienionej umowy.

notyfikacji i opóźnione jej dokonanie) do naruszenia prawa do notyfikacji konsularnej z art. 36 Konwencji wiedeńskiej, było nieuzasadnione. Orzeczenie to naruszyło tekstualne mechanizmy interpretacji prawa międzynarodowego, wpisało się w dziwną tendencję nadającą fundamentalny (wręcz prawnoczwówieczy⁵⁶ – *sic!*) charakter rozwiązaniu technicznemu o właściwie zerowej wartości autonomicznej, nadając wręcz „konstytucyjny” charakter regulacjom konwencji wielostronnej – mocno nieprecyzyjnej i w powszechnej praktyce państw (całkowicie *nota bene* zignorowanej przez orzeczenie) podlegającej licznym negocjacjom, uzupełnieniom i zmianom, *de facto* uderzając *ad iure tractatum* poszczególnych podmiotów państwowych. Tak duże nagromadzenie pomyłek⁵⁷ pozwala na kwestionowanie obiektywnej oceny sądu – trudno bowiem przyjąć, że wszystkie one stanowią efekt przypadkowych uproszczeń i ominięć warsztatowych. Niezależnie oczywiście od kwestii fundamentalnej związanej z karą śmierci (i to za przestępstwo niebędące brutalną zbrodnią pospolitą⁵⁸), analiza orzeczenia w sprawie *Jadhav* zdaje się wskazywać, że

⁵⁶ Choć orzecznictwo to od czasu orzeczenia Międzypaństwowego Trybunału Praw Człowieka ocenia prawo jednostki do bycia poinformowaną o możliwości inicjowania notyfikacji konsularnej jako prawo indywidualne i formalnie nie określa się go jako prawo człowieka, doktryna, wskutek także orzeczeń MTS, w sprawach związanych z zasądzeniem kary śmierci dokonała wręcz prawnoczwówieczej „sakralizacji” tej normy z art. 36 (często nie do końca badając i rozumiejąc tę konstrukcję). Co ciekawe, taki charakter tej normie przypisuje się przede wszystkim tam, gdzie zasądzona jest kara śmierci, w zasadzie nikogo nie interesuje ona przy krótkotrwałych zatrzymaniach w USA np. pospolitych drobnych złodziejasków posiadających obywatelstwo obce. Pomiędzy pozbawieniami wolności niezależnie od groźby kary i długotrwałości zatrzymania różnicy normatywnej nie ma przy tym żadnej.

⁵⁷ Zresztą niektóre z nich bardzo źle świadczą o wiedzy w przedmiocie prawa konsularnego osób piszących uzasadnienie werdyktu. W samych motywach streszczeniach (umieszczanych na wstępie wyroku) pojawia się informacja „consular access expressly regulated by Article 36, and not by customary international law”. Stwierdzenie to jest całkowitą nieprawdą, a notyfikacja ta wykonywana w historii była i powszechnie nadal jest w oparciu o reguły zwyczajowe w warunkach nieobowiązywania Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych (z uwagi na zawarcie traktatów dwustronnych – czy to przed, czy po wejściu w życie Konwencji wiedeńskiej, albo też z uwagi na nieobowiązywanie tej Konwencji w relacjach dwustronnych między państwami z uwagi na nieprzystąpienie jednego z nich do tego reżimu). Zapewne MTS-owi chodziło w tym miejscu o brak „consular access” jako wyjątek w przypadku szpiegostwa, jednakże brak precyzji w ujęciu jak wyżej wiedzy w prostej linii do swoistej konfuzji świadomego odbiorcy.

⁵⁸ Na marginesie ryzyko wykonania kary śmierci wobec szpiega będącego obywatelem państwa obcego jest minimalne w przypadku skazanego Jadhava, nawet po ponownym procesie wskutek kasacji *de facto* dokonanej orzeczeniem MTS i ponownym jej zasądzeniu. Z pewnością wymieniony zostanie za jakiegoś szpiega pakistańskiego ujętego w Indiach. Tego typu wymiany w relacjach międzynarodowych (w tym pomiędzy oboma wspomnianymi państwami) są na porządku dziennym. W gruncie rzeczy dziwi działanie Indii podjęte celem zainicjowania sporu w omawianej sprawie, w jego efekcie K.S. Jadhav nadal jest pozbawiony wolności

było ono niestety pisane pod z góry założoną tezę, ze zignorowaniem norm i argumentów dla tezy tej niewygodnej. Wydaje się, że stanowić będzie raczej przykład „ślepej uliczki” w orzecznictwie niż nowej, szerokiej drogi dla interpretacji norm międzynarodowego prawa konsularnego.

Streszczenie

Sprawa *Jadhav* jest piątym sporem w orzecznictwie MTS opartym na art. 36 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych z 1963 r. (po sprawach: *Bread, La Grand, Avena* i *Diallo*). Kulbhushan Sudhir Jadhav był indyjskim szpiegiem skazanym przez pakistański sąd wojskowy na karę śmierci. W 2017 roku Indie złożyły wniosek do MTS i wskazały, że Pakistan naruszył art. 36 Konwencji wiedeńskiej, nie wypełniając swojego zobowiązania wobec indyjskich urzędników konsularnych i zatrzymanego obywatela Indii, Jadhava. W sprawie tej pojawiła się jednak istotna kwestia dotycząca relacji między Konwencją wiedeńską a zasadami traktatów dwustronnych uregulowanymi w art. 73 Konwencji wiedeńskiej. Sytuacja prawna zatrzymanego i konstrukcja notyfikacji konsularnej w sprawie *Jadhav* była w tym przypadku odmienna od sytuacji w innych sprawach rozpatrywanych przez MTS dotyczących dostępu do konsula, w których nie było umów dwustronnych między państwami. Istnieje jednak taki traktat o dostępie do konsula podpisany w 2008 r. w Islamabadzie między Pakistanem a Indiami (UNTS nr 54471). W umowie tej strony przewidziały m.in. natychmiastowe zobowiązanie państwa przyjmującego do powiadomienia właściwego urzędu konsularnego o zatrzymaniu obywatela państwa wysyłającego. Prawo indywidualne w takim przypadku nie istnieje. Powstaje pytanie, czy MTS właściwie określił zasady prawa konsularnego, które powinny być zastosowane w sprawie *Jadhav*. Artykuł w sposób krytyczny analizuje ten problem. Autor w artykule wskazał na szereg błędów interpretacyjnych popełnionych przez MTS w wyroku z 17 lipca 2019 r.

Słowa kluczowe: notyfikacja konsularna, dostęp do konsula, dwustronna umowa konsularna, art. 36 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych

i czeka go kolejny proces. Gdyby inwencja Indii była ukierunkowana na przeprowadzenie skutecznej wymiany szpiegów, niewykluczone, że byłby już dawno na wolności. Stąd odnieść można wrażenie, że dla Indii celem procesu przed MTS było wyłącznie poniżenie Pakistanu (co w kulturze prawnej tego rejonu nie jest bez znaczenia i z pewnością nie doprowadzi do amelioracji relacji międzynarodowych na Półwyspie Indyjskim).

Consular Notification in Bilateral Treaties v. Article 36 of Vienna Convention on Consular Relations in the light of ICJ Judgement in the Case *Jadhav*

Abstract

Jadhav Case was the fifth dispute in the ICJ judicature based on Article 36 of Vienna Convention on Consular Relations 1963 (after cases: *Bread, La Grand, Avena* and *Diallo*). Kulbhushan Sudhir Jadhav was an Indian spy convicted by the Pakistani military court for death sentence. In 2017 India submitted an application to ICJ and indicated that Pakistan had breached Article 36 of Vienna Convention by failing to fulfil its obligation versus Indian consular officers and Indian detained citizen Jadhav. There was in this case however an important question concerning relation between Vienna Convention and bilateral treaties' rules as regulated in art. 73 of Vienna Convention. The legal situation of detainee and construction of consular notification in *Jadhav* was different in this case from the situations in *other ICJ cases concerning consular access*, where there were no bilateral agreements among states. There is however such a treaty on consular access signed in 2008 in Islamabad between Pakistan and India (UNTS No 54471). In this agreement parties provided i.a. an immediately obligation of receiving state to notify the appropriate consular post of detention of citizen of the sending state. The individual right in such case does not exist. There is a question wheatear ICJ properly identified rules of consular law, which should be applied in *Jadhav Case*. The paper analyses this problem in critical manner. Author in this paper pointed out several interpretative mistakes made by ICJ in Judgement from 17 July 2019.

Key words: consular notification, consular access, bilateral consular agreement, article 36 of Vienna Convention on Consular Relations