الأمم المتحدة

CCPR/C/116/D/2229/2012

العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية

Distr.: General
17 November 2016
Arabic
Original: English

اللجنة المعنية بحقوق الإنسان

آراء اعتمدتها اللجنة بموجب الفقرة ٤ من المادة ٥ من البروتوكول الاختياري، بشأن البلاغ رقم ٢٠١٢/٢٢٢٩* ** ***

المقدم من:	نصير (الذي يمثله مكتب حقوق الإنسان بمركز كينغزفورد القانوني، في جامعة نيو ساوث ويلز)
الشخص المدعى أنه ضحية:	صاحب البلاغ
الدولة الطرف:	أستراليا
تاريخ تقديم البلاغ:	٢٤ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٢ (تاريخ الرسالة الأولى)
الوثائق المرجعية:	القرار المتخذ بموجب المادة ٩٧ من نظام اللجنة الداخلي، الذي أحيل إلى الدولة الطرف في ١١ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٢ (لم يصدر في شكل وثيقة)
تاريخ اعتماد الآراء:	٢٩ آذار/مارس ٢٠١٦
الموضوع:	الاحتجاز والإدانة بتهمة تهريب الأشخاص
المسائل الإجرائية:	عدم استنفاد سبل الانتصاف المحلية، وعدم دعم الادعاءات بالأدلة الكافية، وصِفة الضحية

* اعتمدتها اللجنة في دورتها ١١٦ (٧-٣١ آذار/مارس ٢٠١٦).

** شارك في دراسة هذا البلاغ أعضاء اللجنة التالية أسماؤهم: السيد عياض بن عاشور، والسيد لزهاري بوزيد، والسيدة سارة كليفلاند، والسيد أحمد أمين فتح الله، والسيد أوليفييه دو فروفيل، والسيد يوجي إواساوا، والسيدة إيفانا يليتش، والسيدة فوتيني بازارتزيس، والسيد ماورو بوليتي، والسير نايجل رودلي، والسيد فيكتور مانويل رودريغيس - ريسيا، والسيد فابيان عمر سالفيولي، والسيد دهيروجلال سيتولسينغ، والسيدة آنيا زايبرت - فوهر، والسيد يوفال شاني، والسيد كونستانتين فاردزيلاشفيلي، والسيدة مارغو واترفال. وترد في تذييل هذه الآراء ثلاثة اجتهادات وقعها خمسة من أعضاء اللجنة.

*** تعمَّم مرفقات هذه الوثيقة كما وردت وباللغة التي قُدمت بها فقط.

GE.16-20273(A)

1620273

الرجاء إعادة الاستعمال

المسائل الموضوعية:	الاحتجاز التعسفي، والمحاكمة العادلة، والتدخل التعسفي أو غير القانوني في الشؤون الأسرية، وحماية الأسرة
مواد العهد:	٩(١) و(٣) و(٤)، و١٠(١)، و١٤(١) و(٣)(ج) و(٥)، و١٧(١)، و٢٣(١)
مواد البروتوكول الاختياري:	١ و٢ و٥(٢)(ب)

١- صاحب البلاغ مواطن إندونيسي يدعى نصير. وهو يدعي أنه ضحية انتهاك أستراليا حقوقه بموجب المواد ٩(١) و(٣) و(٤)، و١٠(١)، و١٤(١) و(٣)(ج) و(٥)، و١٧(١)، و٢٣(١) من العهد. ولصاحب البلاغ ممثل قانوني. وقد دخل البروتوكول الاختياري حيز النفاذ بالنسبة إلى الدولة الطرف في ٢٥ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩١.

الوقائع كما عرضها صاحب البلاغ

٢-١ وُلد صاحب البلاغ في عام ١٩٧٠ في محافظة رياو بسومطرة في إندونيسيا، وتلقى تعليماً ابتدائياً. وعمل صياد سمك في إندونيسيا حيث كان يكسب أقل من دولارين أمريكيين في اليوم لإعالة زوجته وابنتيه. ولم يكن دخله ذاك يسد رمق أسرته أحياناً. وفي بداية عام ٢٠١٠، عرض عليه عابر سبيل مبلغاً يعادل ٧٣١ دولاراً لقاء العمل طباخاً في مركب، فقبل العرض. وفي ٢٨ شباط/فبراير ٢٠١٠، غادر صاحب البلاغ إندونيسيا على ظهر مركب يقل ٤٩ شخصاً، منهم ٤٦ أفغانياً من ملتمسي اللجوء وثلاثة إندونيسيين كانوا يشكلون طاقم المركب. وكانت وظيفته الطهي، كما أنه قاد المركب ليلاً مرة واحدة.

٢-٢ وفي ١٠ آذار/مارس ٢٠١٠، رصدت السلطات الأسترالية المركب في المياه الأسترالية واقتادت صاحب البلاغ إلى مركز الهجرة ومعالجة الحالات في جزيرة كريسماس، حيث احتُجز أسبوعاً نُقل بعده إلى المركز الشمالي لاحتجاز المهاجرين في داروين، بالإقليم الشمالي.

٢-٣ وفي ٦ أيار/مايو ٢٠١٠، أصدر النائب العام في حق صاحب البلاغ "شهادة إبقاء على ذمة العدالة الجنائية"[(١)]. ولا يوجد أجل زمني أقصى للاحتفاظ بالأفراد في أستراليا بموجب شهادة الإبقاء - واحتجازهم في مرافق احتجاز المهاجرين - لأغراض التحقيق معهم ومقاضاتهم بسبب جرائم جنائية. ولا توجد محكمة أو هيئة إدارية مختصة في مراجعة العملية أو إعادة النظر في مبررات الاحتجاز بموجب شهادة الإبقاء، ولا يبدو أن هذه الشهادات تخضع لأي عملية مراجعة إدارية داخلية منهجية[(٢)].

(١) تنص المادة ١٤٧ من قانون الهجرة الأسترالي لعام ١٩٥٨ على التالي: "إذا تقرر إبعاد أجنبي في وضع غير قانوني (...) أو ترحيله واعتبر النائب العام أنه ينبغي أن يظل في أستراليا بصفة مؤقتة لأغراض (...) إتمام الإجراءات الجنائية فيما يتصل بجريمة خرق قانون الكومنولث (...)، يمكن للنائب العام إصدار شهادة تفيد بأن وقف الإبعاد أو الترحيل ضروري لأغراض العدالة الجنائية".

(٢) انظر المادة ٢٥٠ من قانون الهجرة.

٢-٤ واحتُجز صاحب البلاغ ١٤٦ يوماً في المجموع دون أن توجه إليه تهمة. ولم يُخطر في أثناء ذلك بأسباب احتجازه أو مدته وبإمكانية الاتصال بالقنصلية الإندونيسية. وكان اتصاله الهاتفي بزوجته محدوداً جداً بسبب ارتفاع تكلفة الاتصالات الهاتفية. وتلقى المساعدة القانونية أول مرة من خدمات المساعدة القانونية بكوينزلاند في ٢٩ حزيران/يونيه ٢٠١٠، بعد أن ظل محتجزاً مائة يوم وعشرة. ويجوز، طبقاً لقانون الهجرة الأسترالي لعام ١٩٥٨ (الكومنولث)، احتجاز غير المواطنين إلى أجل غير مسمى في مراكز احتجاز المهاجرين دون توجيه تهمة إليهم، وذلك لأغراض التحقيق معهم ومقاضاتهم بسبب جرائم جنائية، ولا يمكن أن يكون ذلك الاحتجاز موضوع مراجعة قضائية أو رقابة إدارية[٣].

٢-٥ وفي ٣ آب/أغسطس ٢٠١٠، اتُّهم صاحب البلاغ بجريمة تهريب الأشخاص المقترنة بظروف مشدِّدة طبقا للمادة ٢٣٢-ألف من قانون الهجرة[٤]، ونُقل في اليوم التالي إلى مرفق إصلاحي. وفي ٥ آب/أغسطس ٢٠١٠، مثل أمام محكمة صلح بريزبن المختصة في التوقيف وأعيد إلى الحبس. وفي ٢ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١١، أدانت المحكمة العليا بكوينزلاند صاحب البلاغ وحكمت عليه بالسجن لمدة إلزامية أدناها خمس سنوات دون إمكانية الإفراج المشروط طيلة ثلاث سنوات، طبقا للمادة ٢٣٣-جيم من قانون الهجرة[٥]، وطعن في إدانته أمام محكمة الاستئناف بكوينزلاند، التي رفضت منحه إذناً بالطعن في ١٣ أيلول/سبتمبر ٢٠١٢.

٢-٦ ويدفع صاحب البلاغ بأنه استنفد جميع سبل الانتصاف الفعالة المتاحة له. ولا يُسمح في حالته بتقديم طعن مباشر، إذ لا يجوز لأي محكمة، بعد إدانة شخص بموجب قانون الهجرة، أن تقلص مدة العقوبة دون الحد الأدنى الإلزامي. كما أن من المرجح إلى حد كبير ألا يجدي نفعاً الطعنُ الدستوري في أحكام العقوبات الإلزامية، ذلك أن المحكمة العليا الأسترالية قد أيدت بالفعل اختصاص المشرّع في إقرار عقوبات إلزامية. ففي قضية بالينغ ضد كورفيلد، قضت المحكمة بأن فرض عقوبة إلزامية في إطار جريمة مشمولة بقانون الكومنولث أمر لا يتعارض

(٣) تقتضي المادة ١٨٩ من قانون الهجرة الأسترالي احتجاز كل من يُشتبه في دخوله أستراليا بصورة غير شرعية وتجيز المادة ٢٥٠ بقاء الشخص قيد الاحتجاز إلى حين منحه تأشيرة أو ترحيله عن أستراليا.

(٤) في ذلك الوقت، كانت المادة ٢٣٢-ألف من القانون تنص على أن "يدان بارتكاب جريمة يعاقَب عليها بالسجن ٢٠ سنة أو بغرامة قدرها ٠٠٠ ٢ وحدة أو بكليهما كل من ينظم أو يسهل جلب أو قدوم مجموعة من خمسة أشخاص أو أكثر إلى أستراليا أو دخولهم إليها أو اقتراح دخولهم إليها ... مغفِلاً ما إذا كان للأشخاص حق مشروع في القدوم إلى أستراليا ...".

(٥) صرحت القاضية لدى النطق بالحكم بأنه "لولا اشتراط العقوبة الدنيا الإلزامية، لكانت العقوبة التي يجب علي إنزالها بك ستكون مخالفة لمقتضيات المادة ١٦-ألف من القانون الجنائي، التي تحدد الظروف المخفِّفة التي يتعين على المحكمة مراعاتها عند فرض العقوبة لضمان أن تكون شدَّتها متناسبة مع خطورة الجرم". وعلقت القاضية بالقول إن ظروف التخفيف التي كانت ستراعيها في قضية صاحب البلاغ كانت ستشمل فقره المدقع في إندونيسيا، وكونه لم يسبق له ارتكاب أي جريمة قط، وتعبيرُه عن ندمه على ما فعل، وفرص إعادة تأهيله الجيدة، وتأثير العقوبة الذي قد يكون رهيباً في أسرته، وحصول الأثر الردعي بالفعل بقضائه ٦٣٢ يوما في الحبس، وتعاونه في الإجراءات السابقة للمحاكمة.

مع سلطة القضاء ولا مع الفصل بين السلطات[٦]. وعلاوة على ذلك، لا توجد سبل فعالة للطعن في شرعية الاحتجاز دون تهمة بموجب قانون الهجرة، إذ قضت المحكمة العليا الأسترالية بعدم اختصاص المحاكم في مراجعة أو إبطال قرار حكومي بموجب قانون الهجرة باحتجاز شخص في مركز لاحتجاز المهاجرين. وقد فشلت الطعون المقدمة عدة مرات إلى المحكمة العليا بشأن النظام التشريعي للاحتجاز الإلزامي بموجب قانون الهجرة. وإضافة إلى ذلك تنص المادة ٤٧٤ من قانون الهجرة على أن القرارات الإدارية الصادرة بموجب هذا القانون نهائية لا تقبل الطعن. وقد قضت المحكمة العليا بأن المادة ٤٧٤ لا تنطبق حيثما اعترى القرار "خطأ اختصاص"، لكن هذا الحكم لا ينطبق على هذه القضية.

٢-٧ وقد عانى صاحب البلاغ طيلة احتجازه ضيقاً شديداً سببُه القلق على أسرته في إندونيسيا، وقد وصف له الطبيب في هذا الخصوص حبوباً منومة، لكنه لم يتلق خدمات المشورة النفسية. وقد أدى احتجازه المطول إلى زواج زوجته بشخص آخر لما بات غير قادر على إعالتها وانتقلت ابنتاه للعيش مع جدتهما في بيت بلا هاتف، بحيث تعذر عليه الاتصال بهما مباشرة. ولم يكن المبلغ الزهيد الذي كان يرسله إليهما مما كان يكسبه في السجن كافياً لتغطية نفقاتهن المعيشية الأساسية.

الشكوى

٣-١ يدفع صاحب البلاغ بأن احتجازه ١٤٦ يوماً من دون تهمة في إطار نظام تشريعي يجيز الاحتجاز إلى أجل غير مسمى يشكل انتهاكاً للمادة ٩(١) من العهد، لما كانت مدة الاحتجاز الطويلة غير لازمة للتحقيق في الجريمة المرتكبة والمقاضاة عليها وكان أثر ذلك عليه وعلى أسرته غير معقول. وقد كان احتجازه تعسفياً أيضاً بالنظر إلى عدم توافر ضمانات لعرضه على القضاء بسرعة، ولتزويده بالمساعدة القانونية، ولمحاكمته بلا تأخير، ولتمكينه من فرصة الطعن في احتجازه. ويشير إلى أن اللجنة سبق أن اعتبرت أن احتجاز ملتمسي اللجوء الإلزاميَّ بموجب قانون الهجرة الأسترالي يثير مسائل في إطار المادة ٩[٧].

٣-٢ ويدّعي صاحب البلاغ أن احتجازه ١٤٦ يوماً من دون تهمة ومن دون إمكانية المراجعة القضائية يشكل أيضاً انتهاكاً للمادة ٩(٣) و(٤) من العهد. كذلك يشكل حرمانه من إمكانية التمثيل القانوني على مدى الأشهر الثلاثة والنصف الأولى من احتجازه انتهاكاً للمادة ٩(٤). فقبل اتهامه في ٣ آب/أغسطس ٢٠١٠ بارتكاب جريمة، لم يُخطَر صاحب البلاغ بأسباب احتجازه ولا بمدته ولم تتح له فرصة الاتصال بالقنصلية الإندونيسية.

(٦) انظر *بالينغ ضد كورفيلد*، المحكمة العليا الأسترالية، (1970) 123 CLR 52.

(٧) انظر الوثيقة CCPR/C/AUS/CO/5، الفقرة ٢٣.

٣-٣ وقد انتُهك أيضاً حقه في أن يحاكَم في غضون فترة معقولة، بموجب المادتين ٩(٣) و١٤(٣) من العهد، لأنه احتُجز ٢١ شهراً قبل أن يدان، رغم أن وقائع قضيته كانت بسيطة نسبياً ونموذجية. لذا، كان هذا التأخير بلا مبرر.

٣-٤ وقد انتُهكت أيضاً حقوقه بموجب المادة ٩(١) نتيجة فرض عقوبة دنيا إلزامية عليه، وهي عقوبة مجحفة وغير سليمة ولا تتناسب مع خطورة الجرم بالنظر إلى ظروفه الشخصية. فسياسة العقوبة الدنيا الإلزامية بموجب قانون الهجرة تعاقب أفراد طاقم المركب جميعاً على قدم المساواة بصرف النظر عما اقترفوه من ذنب. فلم يكن صاحب البلاغ سوى مساعداً في طاقم المركب (كطباخ). ولم يكن يدري الكثير عن تلك المجازفة ولم تكن له يد في تنظيم الرحلة أو في حمل آخرين على المشاركة فيها. ولا يفرق قانون الهجرة الأسترالي بين منظمي الرحلة والطاقم ولا يجيز الأخذ بأي ظروف تخفيف أو باعتبارات التناسب عند إصدار الأحكام.

٣-٥ ويدّعي صاحب البلاغ أن حقه في محاكمة عادلة بموجب المادة ١٤(١) من العهد قد انتُهك لأن القاضي الذي حكم بالعقوبة لم يستطع إصدار حكم مستقل في تحديد عقوبته، حيث كانت العقوبة المفروضة عقوبة مفرطة. وتتعارض العقوبة الإلزامية المفروضة تعارضاً جوهرياً مع الحق في محاكمة عادلة أمام محكمة محايدة ومستقلة، لأن المشرع هو من قرر العقوبة، فسُحبت بذلك من القاضي الناطق بالعقوبة السلطةُ التقديرية المخولة له كاملةً. ولم تؤخذ أي ظروف تخفيف بعين الاعتبار، وما كانت عقوبة السجن المجحفة والمفرطة لتُفرض لولا المتطلبات القانونية.

٣-٦ وتنزع العقوبة الإلزامية سلطة تقرير العقوبة وتحُول دون تغييرها من قِبل محكمة استئناف إذا كانت العقوبة الإلزامية الدنيا قد فُرضت، بحيث تغدو أي مراجعة قضائية بلا جدوى، ممّا يشكل انتهاكاً للمادة ١٤(٥) من العهد.

٣-٧ ويدّعي صاحب البلاغ أن اتصاله المحدود جداً بأسرته، نتيجة لاحتجازه وعجزه عن دفع تكلفة المكالمات الباهظة، إلى جانب حرمانه من توفير دخل وسند عاطفي لأسرته، أمران يشكلان انتهاكاً لحقه في معاملة إنسانية وفي احترام كرامته البشرية بموجب المادة ١٠(١) من العهد.

٣-٨ وأخيراً، يدّعي صاحب البلاغ حدوث انتهاك للمادتين ١٧(١) و٢٣(١) من العهد لأن أسرته حُرمت طيلة فترة احتجازه من الحصول على سند مالي وعاطفي. فقد تزوجت زوجته بآخر وبات اتصاله محدوداً جداً ببنتيه اللتين غدتا بلا معيل. ورغم أن صاحب البلاغ كان معيل أسرته الوحيد، لم يتسنّ له، طيلة فترة السنتين ونصف السنة التي قضاها محتجَزاً إلى حين تقديم هذا البلاغ، أن يرسل إليهما سوى مبلغ يناهز مجموعُه ١٥٠ دولاراً أسترالياً.

٣-٩ ويلتمس صاحب البلاغ من اللجنة أن تطلب إلى الدولة الطرف: (أ) أن تفرج عنه وتعيده إلى إندونيسيا؛ (ب) أن تقدم إليه تعويضاً عما لحقه من ضرر نتيجة لانتهاك حقوقه بموجب العهد، ومن ضمنه فقدانُه حريَّتَه، ومعاناته النفسية أثناء احتجازه المطول والتعسفي، وانفراط عقد زواجه، والضرر الذي لحق بمعاليه، وما خسره من دخل؛ (ج) أن تتخذ تدابير

لتيسير تعافيه الجسدي والنفسي وإعادة تأهيله وإعادة إدماجه؛ (د) أن تقدم إليه اعتذاراً علنياً. وينبغي أيضاً أن يُطلب إلى الدولة الطرف أن تعدل قوانينها المتعلقة بالهجرة، لا سيما بإلغاء أحكام العقوبة الدنيا الواردة في قانون الهجرة وتعديل ما يتصل بها من أحكام هذا القانون لتضمينه حداً زمنياً لاحتجاز غير المواطنين المشتبه في ضلوعهم في جرائم جنائية من دون توجيه تهم إليهم، وأن تضع آليات مناسبة لمراجعة الاحتجاز، واللجوء إلى المحاكم بغرض الطعن في قانونية الاحتجاز، والحصول على المساعدة القانونية في جميع مراحله. وينبغي لها أيضاً تنفيذ سياسات تكفل عدم حدوث انتهاكات مشابهة في المستقبل، وذلك بسبل منها ضمان توفير الترجمة الشفوية والتمثيل القانوني على الفور لغير المواطنين المحتجزين في إطار جرائم تهريب الأشخاص ومساعدتهم في الاتصال بقنصلياتهم وأُسرهم.

ملاحظات الدولة الطرف على مقبولية البلاغ وأسسه الموضوعية

٤-١ في ٢٨ كانون الثاني/يناير ٢٠١٤، قدمت الدولة الطرف ملاحظاتها بشأن مقبولية البلاغ وأسسه الموضوعية. كما أعلمت الدولة الطرف اللجنة بأن صاحب البلاغ أفرج عنه في ٨ آذار/مارس ٢٠١٣ بعد انتهاء فترة السنوات الثلاث التي لا يجوز فيها الإفراج بكفالة، وقد تولت إدارة الهجرة وحماية الحدود ترحيله عن أستراليا وإعادته إلى إندونيسيا.

المقبولية

٤-٢ ادّعت الدولة الطرف وجود سبيل انتصاف محلي بخصوص ادعاءات صاحب البلاغ بموجب المادتين ٩(١) و١٤(١) و(٥) من العهد فيما يتصل باحتجازه وبالعقوبة الدنيا الإلزامية المفروضة عليه، لما كان باستطاعة صاحب البلاغ أن يطعن في دستورية الأحكام التشريعية ذات الصلة. وقد أثبتت قضية عرضت مؤخراً على المحكمة العليا *(ماغامينغ ضد الملكة)*[٨] أن هذا الخيار كان متاحاً لصاحب البلاغ. وكانت القضية تتعلق بشخص أدين بتهمة تنظيم أو تيسير جلب مجموعة من غير المواطنين بصورة غير شرعية، وقد فرضت عليه العقوبة الدنيا الإلزامية. وادعى ذلك الشخص أن عقوبته الدنيا الإلزامية مخالفة للدستور لأنها خولت الجهاز التنفيذي ممارسة سلطة قضائية بلا وجه حق إذ انتزعت من القضاء جزءاً من وظيفته العقابية؛ زد على ذلك أن الفصل الدستوري بين السلطات يوفر ضمان حريةٍ يخل به عجزُ المحاكم عن تجنب عقوبات تعسفية ومتقلبة. وتتطابق هذه المزاعم إلى حد كبير مع ادعاءات صاحب البلاغ فيما يتصل بانتهاكات أحكام العهد المذكورة أعلاه. ورغم فشل الطعن الدستوري في قضية ماغامينغ، فإن منح المحكمة العليا إذناً خاصاً بالنظر في القضية أثبت وجود مسألة يتعين الفصل فيها كما أثبت وجود سبيل انتصاف متاح.

(٨) القضية S114/2013.

٤-٣ وبخصوص ادعاء صاحب البلاغ بموجب المادة ٩(٤)، تقول الدولة الطرف إنه كان باستطاعته أن يطلب المثول أمام المحكمة الاتحادية الأسترالية أو المحكمة العليا كي تبتا في قانونية احتجازه قبل توجيه التهم إليه وكان بإمكان هاتين المحكمتين أن تفرجا عنه إذا خلصتا إلى أن احتجازه لم يكن قانونياً. وترُد الدولة الطرف ادعاءَ صاحب البلاغ أنه لا يحق للمحاكم أن تأمر بالإفراج عن الأشخاص المحتجزين بموجب شهادات إبقاء على ذمة العدالة الجنائية إذا طلب هؤلاء السماح لهم بالمثول أمام القضاء. وتتمسك الدولة الطرف بأنه يجوز للمحكمة أن تأمر بالإفراج عن شخص محتجز بموجب شهادة إبقاءٍ حيثما كان الاحتجاز غير قانوني. أما بخصوص ادعاء صاحب البلاغ أن المراجعة القضائية لشهادة الإبقاء الصادرة في حقه ما كانت تستحق العناء، إذ تنحصر إمكانية اضطلاع المحاكم بالمراجعات في حالات خطأ الاختصاص، تفيد الدولة الطرف بأن حجة خطأ الاختصاص شائعة الاستخدام وكثيراً ما أثبتت فعاليتها في تعليل المراجعة. وقد كان على صاحب البلاغ أن يستوفي شرط استنفاد سبل الانتصاف بطلب مراجعة قضائية بصرف النظر عن الشكوك التي أوردها في تعليقاته.

٤-٤ وبخصوص الادعاءات التي قدمها صاحب البلاغ نيابةً عن أسرته بموجب المواد ١٠ و١٧(١) و٢٣ من العهد، فيما يتصل بالضرر الذي لحق أسرته في إندونيسيا من جراء احتجازه، تؤكد الدولة الطرف أن هذه الادعاءات غير مقبولة لانعدام الاختصاص المكاني بموجب المادة ١ من البروتوكول الاختياري، لأن أسرته ليست خاضعة ولم تكن خاضعة قط لسلطة أستراليا. وعليه، فإن المسألة تتجاوز نطاق التزامات الدولة الطرف بموجب العهد. وعلاوة على ذلك، لا يوجد تفويض من زوجة صاحب البلاغ أو ابنتيه لتقديم البلاغ نيابة عنهن، كما أن صاحب البلاغ لم يشرح الأسباب التي قد تمنعهن من منحه هذا التفويض.

٤-٥ وبخصوص الادعاءات المقدمة بموجب المادة ١٠(١) من العهد فيما يتعلق بصاحب البلاغ، تقول الدولة إن هذه الادعاءات غير مقبولة لانعدام الأدلة الداعمة. فلم يقدم صاحب البلاغ أي دليل على أن معاملته في الحبس بلغت درجة من الإهانة أو التحقير تتجاوز الاحتجاز نفسه في الظروف الخاصة به.

الأسس الموضوعية

٤-٦ لقد كان احتجاز صاحب البلاغ رهن المحاكمة ضرورياً في البداية وفقاً لقانون الهجرة ثم لأغراض العدالة الجنائية. فمنذ وصوله إلى جزيرة كريسمس في ١٣ آذار/مارس ٢٠١٠ وإلى حين ترحيله عن أستراليا في ٨ آذار/مارس ٢٠١٣، ظل صاحب البلاغ محتجزاً لأغراض الهجرة بموجب قانون الهجرة. ومنذ تاريخ اتهامه بارتكاب جريمة جنائية وإعادته إلى الحبس الاحتياطي إلى حين مغادرته البلد، كان في الآن ذاته قيد الاحتجاز الجنائي ومودعاً في مرفق إصلاحي جنائي.

٤-٧ ولكي تستنتج اللجنة حدوث انتهاك للمادة ٩(١) من العهد، يجب على صاحب البلاغ أن يثبت أن سلب حريته كان غير قانوني، أي مخالفاً للقوانين المحلية، أو كان تعسفياً، أي قائماً على ظروف احتجاز غير معقولة وغير لازمة أو غير متناسبة مع الغاية المنشودة.

٤-٨ وبخصوص ادعاءات صاحب البلاغ بموجب المادة ٩(١) فيما يتصل باحتجازه لأغراض الهجرة على مدى الفترة من ١٣ آذار/مارس إلى ٤ آب/أغسطس ٢٠١٠، تدفع الدولة الطرف بأن الاحتجاز كان قانونياً إذ استوفى متطلبات قانون الهجرة. أما بخصوص الطابع التعسفي، فقد أكدت اللجنة أن الاحتجاز الإلزامي للمهاجرين الوافدين بلا تصاريح ليس تعسفياً في حد ذاته. وإضافة إلى ذلك، ليس في اجتهادات اللجنة ما يفيد بأن الاحتجاز لفترة زمنية معينة يمكن أن يُعتبر تعسفياً في حد ذاته. فالعامل الحاسم ليس طول مدة الاحتجاز بل وجاهة أسبابه. ولقد كان احتجاز صاحب البلاغ لأغراض الهجرة ضرورياً طيلة تلك الفترة لأنه كان يفتقر إلى تأشيرة صالحة لدخول أستراليا أو المكوث فيها. وبعد صدور شهادة الإبقاء على ذمة العدالة الجنائية في ٦ أيار/مايو ٢٠١٠، كان استمرار احتجاز صاحب البلاغ لأغراض الهجرة ضرورياً بموجب قانون الهجرة لأنه كان أجنبياً في وضع غير قانوني، وما كان يمكن ترحيله عن أستراليا مادامت شهادة الإبقاء سارية في حقه، إذ كان يتعين عليه أن يظل في البلد على ذمة العدالة الجنائية. وكما سبقت الإشارة، كانت آليات المراجعة متاحة فيما يتصل باحتجاز صاحب البلاغ لأغراض الهجرة.

٤-٩ وبالمثل، كان احتجاز صاحب البلاغ في نظام العدالة الجنائية في الفترة من ٤ آب/أغسطس ٢٠١٠ إلى حين بدء محاكمته في ٢١ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠١١ احتجازاً قانونياً وغير تعسفي. فقد حكمت المحكمة بإعادته إلى الحبس الاحتياطي في ٥ آب/أغسطس ٢٠١٠، أي بعد مرور يومين على اتهامه بجريمة جنائية. وقد كان الاحتجاز ضرورياً لتمكين العدالة الجنائية من توجيه التهم وكان خاضعاً لرقابة المحكمة ومراجعتها في أي وقت.

٤-١٠ وبخصوص احتجاز صاحب البلاغ بعد الحكم في قضيته، تدفع الدولة الطرف بأن العقوبات الإلزامية الدنيا على جريمة تنظيم أو تيسير جلب أكثر من خمسة أفراد من غير المواطنين إلى أستراليا مبررة بموجب المادة ٩(١) وأن احتجاز صاحب البلاغ طيلة الفترة الدنيا الإلزامية مبرر وتقتضيه الحال، تحقيقاً للأهداف المشروعة المتمثلة في معاقبة صاحب البلاغ والردع عن ارتكاب تلك الجرائم مستقبلاً، وهي جرائم تقترن بمخاطر شديدة على حياة ملتمسي اللجوء، وحرصاً على تطبيق المحاكم على نحو متسق عقوبات تتناسب مع خطورة الجرم. وقد كانت إدانة صاحب البلاغ نتاج إجراء قانوني سليم استفاد فيه من تمثيل قانوني وروعيت فيه ظروفه الخاصة. وأُخذت فترة احتجازه رهن المحاكمة في الحسبان عند الحكم عليه، ما يثبت مراعاة ظروفه الخاصة.

٤-١١ وبخصوص ادّعاء صاحب البلاغ بموجب المادة ٩(٣) من العهد، فيما يتصل بحقه في المثول بسرعة أمام القاضي، لا تعتبر الدولة الظروف أن صاحب البلاغ قد أُوقف أو احتُجز بتهمة جنائية وإنما لأغراض الهجرة. ولم تشكل شهادة الإبقاء على ذمة العدالة الجنائية أساس هذا الاحتجاز

ولم يفض استجوابه لدى الشرطة الاتحادية الأسترالية في ٢٩ حزيران/يونيه ٢٠١٠ إلى تغيير طبيعة احتجازه. فقد استمر احتجازه لأنه لم يكن يحمل تأشيرة صالحة. وإذ يُرَد احتجاز صاحب البلاغ المطول لأغراض الهجرة إلى ضرورة إجراء تحقيق جنائي، فقد كان الوقت الذي استغرقته تحقيقات الشرطة معقولاً. ولو كان موجوداً في أستراليا بصفة شرعية، لما احتُجز إبان التحقيق.

٤-١٢ وفي ٤ آب/أغسطس ٢٠١٠، نُقل صاحب البلاغ إلى مركز الحراسة في بريزبن ووُجّهت إليه التهم قبل أن يمثُل في اليوم التالي أمام قاضي الصلح ويُعاد إلى الحبس الاحتياطي. وعليه، فقد مثُل صاحب البلاغ بسرعة أمام القاضي بعد اتهامه بجريمة جنائية.

٤-١٣ وقد مر ١٥ شهراً و١٩ يوماً بين تاريخ اتهام صاحب البلاغ وتاريخ محاكمته في ٢٣ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠١١، وهي فترة تمت فيها إدارة القضية بهمّة وهي مبررة بالنظر إلى ظروف القضية[٩]. وعليه فإن ادعاءات صاحب البلاغ بخصوص طول مدة احتجازه رهن المحاكمة ادعاءات لا أساس لها من الصحة.

٤-١٤ وبخصوص ادعاءات صاحب البلاغ بموجب المادة ٩(٤) فيما يتعلق بانتهاك حقه في الطعن في قانونية احتجازه في أثناء احتجازه لأغراض الهجرة، تؤكد الدولة الطرف أن هذا الادعاء لا أساس له من الصحة. وتفسر الدولة الطرف مصطلح "القانونية" الوارد في المادة ٩(٤) بأنه يعني عدم مخالفة القانون المحلي، وتدعي أنه ليس في العهد إشارة واضحة إلى أن المقصود بمصطلح "قانوني" هو "غير مخالف للقانون الدولي" أو "غير تعسفي". وعلاوة على ذلك، وعلى النحو المعروض في ملاحظات الدولة الطرف بشأن استنفاد سبل الانتصاف المحلية، كان باستطاعة صاحب البلاغ طلب مراجعة قضائية لقانونية احتجازه وكان بالإمكان أن تأمر محكمةٌ بالإفراج عنه إذا كان الاحتجاز مخالفاً للقانون.

٤-١٥ وخلافاً لما ادّعاه صاحب البلاغ من أنه حُرم من التمثيل القانوني إلى غاية ٢٩ حزيران/يونيه ٢٠١٠، أُعلم صاحب البلاغ بإمكانية الاتصال بممثلين قانونيين في مرحلة مبكرة من احتجازه ووقّع إخطاراً بلغته تضمّن تلك المعلومة.

٤-١٦ وبخصوص ادعاءات صاحب البلاغ بموجب المادة ١٠(١)، ترى الدولة الطرف أنها غير مقبولة، وإن لم تكن كذلك، فهي بلا أساس. فقد كان باستطاعة صاحب البلاغ، في أثناء وجوده في مرفقٍ لاحتجاز المهاجرين، أن يتصل بأسرته أو بالقنصلية الإندونيسية في أي وقت، وقد أُعلم

(٩) تبين الدولة الطرف أن القضية أدرجت، في ٣ أيلول/سبتمبر ٢٠١٠، في قائمة المراجعات القضائية المقرر إجراؤها في ٢٢ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١٠. وأفاد الممثلون القانونيون لصاحب البلاغ بأن المواجهة ستقتضي استدعاء شهود وقدروا الوقت اللازم بثلاثة أيام. ووافق أول موعد ممكن على مدى ثلاثة أيام متعاقبة يوم ١١ نيسان/أبريل ٢٠١١. وتقررت محاكمة صاحب البلاغ في نيسان/أبريل وعُرضت لائحة الاتهام على المحكمة العليا لكوينزلاند في ٩ أيار/مايو ٢٠١١. واقتُرح إجراء المحاكمة في أيلول/سبتمبر ٢٠١١ لكن ممثلي صاحب البلاغ لم يكونوا متفرغين. وبدأت المحاكمة في ٢١ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠١١، وهو أول تاريخ تسنى فيه حضور ممثليه، وصدر حكم في ٢ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١١.

بذلك. وقد تلقى مساعدة على الاتصال بأسرته لدى وصوله إلى جزيرة كريسمس. وكان باستطاعته شراء بطاقات هاتفية، لا سيما بالمشاركة في البرامج والأنشطة المتاحة داخل المرفق. وكان باستطاعته استعمال خدمات الهاتف والبريد كأي سجين آخر في مرفق كوينزلاند الإصلاحي.

٤-١٧ وكان باستطاعته دفعُ تكلفة الاتصالات الهاتفية بإندونيسيا من الإيرادات والبدلات التي كان يتلقاها في السجن. وتُظهِر سجلات مرفق كوينزلاند الإصلاحي أن صاحب البلاغ أجرى ما مجموعه ١٣٥ اتصالاً هاتفياً بإندونيسيا[١٠]. ويبدو أن صعوبة اتصاله ببنتيه لا تُعزى إلى الظروف السائدة في أستراليا وإنما إلى كونه لم يكن يمكنه الاتصال بهما إلا بمهاتفة شخص يعيش في بلدة تبعد عنهما بمسافة ثلاث ساعات. وتوجد في المرفق آليات تظلم، لكنه لم يلجأ إليها بخصوص قدرته على الاتصال بأسرته أو بممثلين قانونيين أو بأشخاص آخرين من اختياره، أو على تلقي الزيارات.

٤-١٨ وقد أُعلم صاحب البلاغ بإمكانية الاتصال بالقنصلية الإندونيسية عند احتجازه لأغراض الهجرة ثم عند استجوابه لدى الشرطة الاتحادية الأسترالية في ٢٩ حزيران/يونيه ٢٠١٠. فأخبر الشرطة بأنه لا يرغب في الاتصال بالقنصلية وأنه تحدث بالفعل إلى ممثل قانوني[١١].

٤-١٩ وبخصوص ادعاء صاحب البلاغ أن العقوبة الدنيا الإلزامية المفروضة عليه تشكل انتهاكاً المادة ١٤(١) من العهد، تنفي الدولة الطرف حدوث أي تدخل في استقلال القضاء أو حياده فيما يتصل بصاحب البلاغ وتؤكد أن ادعاءاته لا أساس لها من الصحة. وتحتفظ المحكمة بسلطتها في أن تفرض على المدانين جزاءات تتراوح بين العقوبة الدنيا الإلزامية بالسجن خمس سنوات (ثلاث منها بلا إمكانية السراح المشروط) والعقوبة القصوى القانونية بالسجن ٢٠ سنة. وعلاوة على ذلك، يتعين على المحكمة، وهي تمارس هذه السلطة، أن تراعي ظروف الأفراد في ضوء العوامل المعروضة في المادة ١٦-ألف(١) و(٢) من القانون الجنائي لعام ١٩١٤. ويضطلع المشرع بدوره المشروع إذ يعتمد قوانين تنشئ الجرائم الجنائية، بما فيها طائفة العقوبات التي يمكن تطبيقها وإقرار متطلبات الإثبات الدنيا، كالقرائن الحتمية. وما دام القيد التشريعي المفروض على سلطة القضاء التقديرية لا يحول دون عنصر الاستقلال الجوهري، أي أن القضاة يحتفظون بحريتهم في تكوين آرائهم بشأن الوقائع والقانون دون تأثير أو ضغط سياسي خارجي، تعتبر الدولة الطرف أن ذلك التشريع لا ينتهك حق المثول أمام محكمة أو هيئة قضائية مستقلة.

٤-٢٠ وبخصوص الادعاءات المقدمة بموجب المادة ١٤(٣)(ج) فيما يتصل بحق صاحب البلاغ في أن يحاكَم بلا تأخير، تؤكد الدولة الطرف أن هذه الادعاءات لا أساس لها من الصحة للأسباب المعروضة في ملاحظاتها بشأن المادة ٩(٣). وتضيف الدولة الطرف أن الفترة الفاصلة بين قرار

(١٠) تقدم الدولة الطرف تفاصيل بشأن إيرادات صاحب البلاغ وبدلاته في السجن.

(١١) يرد المزيد من التفاصيل في إفادة الدولة الطرف.

المحاكمة الصادر في ٢ كانون الأول/ديسمبر ٢٠١١ وقرار رفض الطعن المقدم (١٣ أيلول/سبتمبر ٢٠١٢) تعادل ٩ أشهر و١١ يوماً، وهي فترة لا يمكن اعتبارها غير معقولة. وعلاوة على ذلك، تؤكد مراجعةٌ لإجراءات المحكمة عدم حدوث تأخير لا موجب له في القضية[١٢].

٤-٢١ وبخصوص ادعاءات صاحب البلاغ بموجب المادة ١٤(٥)، تدفع الدولة الطرف بأنها بلا أساس. فقد نظرت محكمة الاستئناف بكوينزلاند فيما إذا كانت هناك أدلة كافية لإثبات أحد عناصر الجريمة بما لا يدع مجالاً لأي شك معقول، وهو ما إذا كان صاحب البلاغ يجهل إن كان للمسافرين حق مشروع في القدوم إلى أستراليا. وراجعت المحكمة سجل المحاكمة وحددت ما إذا كان متروكاً لهيئة المحلفين، في ضوء كل الأدلة المعروضة، أن تقتنع، بما لا يدع مجالاً لأي شك معقول، بأن صاحب البلاغ كان مذنباً. وبذلك يكون قد أعيد النظر في البعدين الوقائعي والقانوني للقضية، وفقاً لمتطلبات المادة ١٤(٥). وقد اختار صاحب البلاغ ألا يسلك سبيل الانتصاف الإضافي المتاح باستئناف القرار أمام المحكمة العليا.

٤-٢٢ وبخصوص ادعاءات صاحب البلاغ بموجب المادتين ١٧(١) و٢٣، تؤكد الدولة الطرف أنها بلا أساس. فمن البديهي أن يُفصل السجناء عن أسرهم بسبب سجنهم. ولما كان هذا الفصل عنصرا عادياً وضرورياً من عناصر العقاب على ارتكاب جريمة جنائية، فهو لا يشكل تدخلاً تعسفياً في شؤون الأسرة. وأي معاناة قد تنجم عن وجود أسرة الشخص المعني في بلد آخر أمر يخرج عن سلطة حكومة أستراليا وسيطرتها. وبالمثل، فإن ادعاء صاحب البلاغ أنه تأذى من زواج زوجته بآخر يثير مسألة شخصية لا علاقة لها بالقضية قيد النظر.

٤-٢٣ ولا تقتضي المادة ٢٣(١) أن تعفي أستراليا المجرمين المدانين من قضاء عقوبات فُرضت عليهم قانوناً، مثل السجن، بحجة أن ذلك قد يؤثر في علاقاتهم الأسرية في بلد أجنبي. فهذه أمور شخصية تتجاوز التزامات أستراليا وصلاحياتها.

تعليقات صاحب البلاغ على ملاحظات الدولة الطرف

٥-١ قدم صاحب البلاغ في ٢٤ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠١٤ تعليقاته على ملاحظات الدولة الطرف بشأن المقبولية والأسس الموضوعية.

المقبولية

٥-٢ رداً على ملاحظات الدولة الطرف بخصوص ادعاءات صاحب البلاغ بموجب المادتين ٩(١) و١٤(١) و(٥) من العهد ووجود سبيل انتصاف محلي فيما يتصل باحتجازه وعقوبته الدنيا الإلزامية، يزعم صاحب البلاغ أن استئناف القرار أمام المحكمة العليا لم تكن له فرص نجاح معقولة. فعندما فشل طعن صاحب البلاغ أمام محكمة الطعون الجنائية في كوينزلاند، لم يكن الإذن الخاص قد مُنح في قضية ماغامينغ، بل كانت كل القرارات السابقة

(١٢) يرد المزيد من التفاصيل بشأن إجراءات المحاكمة في إفادة الدولة الطرف.

بشأن مسألة العقوبة الدنيا الإلزامية تشير إلى أن الطعن الدستوري ما كان ليجدي نفعاً. فقد أيّدت المحكمة العليا باستمرار صحة العقوبة الدنيا الإلزامية من منظور الدستور المحلي على مدى ٦٠ عاماً ورفضت منح الإذن الخاص بالطعن في القضايا المماثلة. ومهما يكن من أمر، فإن القرار الصادر في قضية ماغامينغ أكد، في ظل رفض الطعن الدستوري في قانون الهجرة، أن صاحب البلاغ لم تكن لديه فرص نجاح معقولة. ورُفض أيضاً طعن صاحب البلاغ أمام محكمة الاستئناف بكوينزلاند في ١٣ أيلول/سبتمبر ٢٠١٢ وكان من المقرر أن تنتهي فترة عدم السماح بالإفراج المشروط في ٨ آذار/مارس ٢٠١٣. وعليه، فإن أي قرار ممكن من المحكمة العليا كان سيصدر بعد قضاء عقوبته وما كان ليجدي نفعاً.

٥-٣ ودفعُ الدولة الطرف بأنه كان باستطاعة صاحب البلاغ أن يطلب المثول في إطار ادعاء بموجب المادة ٩(٤) فيما يتصل باحتجازه رهن المحاكمة كلام بلا أساس. إذ يعتمد سبيل الانتصاف هذا على استنتاج المحكمة أن احتجاز صاحب البلاغ لا يستند إلى أساس وأن الاحتجاز مخالف للقانون المحلي. بيد أن صاحب البلاغ لم يدّع أن احتجازه مخالف للقانون المحلي بل ادعى أنه تعسفي من منظور العهد. ولا يتيح القانون الأسترالي أي أساس دستوري أو أساس آخر للطعن في الاحتجاز من حيث طابعه التعسفي إذا كان ذلك الاحتجاز جائزاً في القانون المحلي. وما كان طلب المثول أمام المحكمة ليُفيده في شيء.

٥-٤ وفي المقابل، ادعى صاحب البلاغ أن أستراليا أثبتت عدم استعدادها لتصحيح تلك الانتهاكات، وهو ما يحول دون تطبيق قاعدة الاستنفاد.

٥-٥ ويشير صاحب البلاغ، بخصوص ادعاءاته بموجب المواد ١٠ و١٧ و٢٣ من العهد، إلى أنه لم يقدِّم تلك الادعاءات نيابة عن أسرته، بل ادّعى أن حقوقه بموجب هذه الأحكام قد انتُهكت. فوجود أسرته خارج إقليم أستراليا لا يلغي التزامات الدولة الطرف باحترام حقوقه بموجب المواد المذكورة، لما كان هو نفسه خاضعاً لسلطة الدولة الطرف. وعلاوة على ذلك، لم يزعم صاحب البلاغ قط أنه يشتكي نيابةً عن أسرته. وتتعلق ادعاءاته بانتهاك حقه هو في أن تكون له أسرة.

٥-٦ ودفع صاحب البلاغ بأن ادّعاءاته بموجب المادة ١٠(١) من العهد كانت مدعومة بما يكفي من الأدلة على انقطاع صلته بابنتيه طيلة فترة احتجازه في أستراليا. وعدد اتصالاته الهاتفية بإندونيسيا لا يثبت أن المكالمات نجحت أو أنها كانت كافية.

الأسس الموضوعية

٥-٧ يدفع صاحب البلاغ، بخصوص ادعاءاته بموجب المادة ٩(١)، بأن احتجازه الإلزامي لأغراض الهجرة، كان تعسفياً رغم قانونيته من منظور القانون المحلي، إذ لم يستوف معايير المقبولية والضرورة والتناسب. فقد احتُجز طبقاً "لقاعدة إلزامية تسري على فئة عامة" بدلاً من مراعاة ظروفه الشخصية، وهو ما يخالف اشتراطات اللجنة. ولا يمكن اعتبار شهادة الإبقاء على

ذمة العدالة الجنائية، التي صدرت بعد مضي قرابة شهرين على احتجازه الأول، ولا استجوابه من قبل الشرطة برهاناً على مراعاة ظروفه الشخصية. وإضافة إلى ذلك، لم تُبحث أي أساليب أقل عدوانية لبلوغ الغاية ذاتها، كإخضاعه للحضور الدوري الإلزامي، ولم يكن احتجازه موضوع مراجعة دورية.

٨-٥ وبخصوص العقوبة الدنيا الإلزامية، يشير صاحب البلاغ إلى أن الطابع التعسفي لعقوبةٍ ما يجب ألا يضاهى "بمخالفتها للقانون"، بل أن يفسَّر تفسيراً أوسع يشمل عنصري العدل وعدم الملاءمة. ولم تكن عقوبته معقولة ولا متناسبة إذا أُخذت بعين الاعتبار خصائصُه الفردية وخطورة الجرم والهدف من معاقبته وردعه. وتجرّم المادة ٢٣٢-ألف من قانون الهجرة طائفة واسعة من الأفعال والأشخاص، بمن فيهم منظمو عملية جلب غير المواطنين إلى أستراليا وكذلك الطباخون والعاملون على متن السفينة الذين ليست لهم يد في الفعل ذاته أو شاركوا فيه بقدر محدود جداً والذين يقبلون في أحيان كثيرة فرصة عمل عُرضت عليهم دون معرفة الغرض من الرحلة. وقد أفادت النيابة العامة في ردها المقدَّم في ٢٢ شباط/فبراير ٢٠١٢ على استفسار بشأن إلغاء الحدود الدنيا الإلزامية بأن خمسةً فقط من أصل ٢٢٨ مداناً بهذه الجريمة كانوا منظِّمين لعمليات تهريب. ويشير صاحب البلاغ إلى أن العقوبة المفروضة عليه كانت غير معقولة ومفرطة وجائرة بصورة واضحة في ظروف قضيته، إذ لم تلبّ أغراض العقاب وإعادة التأهيل والردع، كما أشار إليه القاضي الناطق بالحكم[١٣]. أما الردع العام فلا يدخل في الحسبان عند النظر في تناسُب عقوبة ما مع خطورة الجرم، وقد كان للحبس، في حالة صاحب البلاغ، أثر ردعي ضئيل، كما أشار إليه القاضي الناطق بالحكم[١٤].

٩-٥ ويتمسّك صاحب البلاغ، بخصوص ادعاءاته بموجب المادة ٩(٣)، بأن احتجازه في الفترة من ١٠ آذار/مارس ٢٠١٠ إلى حين مثوله أمام القاضي في ٥ آب/أغسطس ٢٠١٠ كان لأغراض إتمام الإجراءات الجنائية، وبذلك فإن التأخير المستمر على مدى ١٤٩ يوماً قد شكَّل انتهاكاً للمادة ٩(٣) من العهد. وتنص المادة ١٥٩-ألف من قانون الجزاءات والعقوبات لعام ١٩٩٢ على أنه لا يجوز اعتبار الاحتجاز رهن المحاكمة جزءاً من العقوبة النهائية إلا حيثما "كان الجاني محتجزاً في إطار الإجراءات المتعلقة بالجريمة وليس لسبب آخر" وعلاوة على ذلك، يُبين إصدار شهادة الإبقاء في ٦ أيار/مايو ٢٠١٠ أن الغاية الوحيدة من بقائه في أستراليا منذ ذلك التاريخ كانت إتمام الإجراءات الجنائية. لذا، حُق لصاحب البلاغ في ذلك الوقت أن يمثُل بسرعة أمام القاضي، وهو ما لم يحدث طيلة ٩٢ يوماً إضافياً. واحترام هذا الحق يكتسي أهمية

(١٣) صرحت القاضية الناطقة بالحكم بالتالي: "لقد حُبستَ بالفعل ٦٣٢ يوماً عانت خلالها أسرتك الإملاق. لذا، فإن عقوبة السجن ليست ضرورية لردعك أكثر مما رُدعت بالفعل. ... أنا أعتبر أنك لقيت العقاب المناسب. بيد أنني مجبرة على حبسك مدة أطول كي أكون قد وفيت بالتزامي بموجب القانون."

(١٤) صرحت القاضية الناطقة بالحكم أيضاً أن: "من الواضح أن من يستخدمون رجالاً مثلك سيكتفون بالرحيل إلى قرية أخرى، لأنهم يرون في أمثالك سلعة قابلة للاستهلاك، ومن غير المرجح أن يسمع سكان القرى الصغيرة التي لا توجد فيها صحف أو وسائل اتصال حديثة عن عقوبة فُرضت في محكمة أسترالية."

خاصة، بالنظر إلى أنه لم يكن باستطاعة صاحب البلاغ أن يطعن في شهادة الإبقاء لأنها تشكل "قراراً صدر بموجب بُند يَمنع الطعن فيه" بموجب المادة ٤٧٤ من قانون الهجرة ولا يمكن من ثم استئنافه أو إبطاله.

٥-١٠ وإضافة إلى ذلك، لا يمكن اعتبار الأشهر العشرين التي مرت من تاريخ احتجازه إلى تاريخ بدْء محاكمته في ٢٣ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠١١ فترة زمنية معقولة، حتى بحساب التأخيرات الصغيرة التي تسبب فيها ممثلوه. أما إذا اعتُبر أن احتجازه للأغراض الجنائية قد بدأ في ٦ أيار/مايو ٢٠١٠، فإن الأشهر الثمانية عشر التي سبقت بدأ المحاكمة فترة غير معقولة أيضاً. وإذا ما احتُجز شخص طيلة الفترة الفاصلة بين الاتهام والمحاكمة، فإن انتهاك المادة ١٤(٣)(ج) ينضاف إلى انتهاك المادة ٩(٣).

٥-١١ ويؤكد صاحب البلاغ مجدداً، بخصوص ادعاءاته بموجب المادة ٩(٤)، أن أي مراجعة قضائية كانت ستقتصر على مسألة قانونيةِ احتجازه التي لا تُشكل موضوع تنازع، وأنه لم يكن من الممكن إثارة مسألة الطابع التعسفي لهذا الاحتجاز.

٥-١٢ ويشير صاحب البلاغ، بخصوص ادعائه بموجب المادة ١٠(١) من العهد، إلى أن الدولة الطرف لم تراعي ظروفه الشخصية، بما فيها الصعوبات والتكاليف المقترنة بمكالماته الهاتفية إلى إندونيسيا، ضماناً لحقِّه في الاتصال بأسرته. ورغم أنه تلقى مساعدة في الاتصال هاتفياً بأسرته في ١٩ آذار/مارس ٢٠١٠ لدى وصوله إلى جزيرة كريسمس، فقد وجب عليه دفع تكلفة كل المكالمات اللاحقة، وقد كانت باهظة. وقد كان عليه التوفيق بين واجب توفير سند مالي لأسرته مما يجنيه من دخْل في السجن ومحاولة البقاء على اتصال بها. وقد كان ينبغي لأستراليا أن تتيح له استخدام الاتصالات بشروط مختلفة بغية تمكينه من الاتصال بأسرته بانتظام وبتكلفة مقبولة. وعلاوة على ذلك، كان صاحب البلاغ يجهل إمكانية استخدام آليات التظلم وهو في السجن. وينبغي تقييم قدرته على استخدام تلك الآليات في ضوء عجزه عن تكلّم الإنكليزية أو قراءتها.

٥-١٣ ويسلّم صاحب البلاغ، بخصوص ادعاءاته بموجب المادة ١٤(١)، بأن العقوبات الدنيا الإلزامية لا تُشكل بالضرورة انتهاكات للمادة ١٤(١). بيد أن العقوبات الدنيا الإلزامية المشار إليها في هذا البلاغ تشكل انتهاكاً لأنها مفرطة إلى حد تجريد المحكمة في بعض الحالات من سلطة فرض عقوبة متناسبة مع خطورة الجرم، وهو ما يتعارض مع وظائف قضاء مستقل ومحايد.

٥-١٤ ويتمسك صاحب البلاغ بادعائه بموجب المادة ١٤(٥). فلم يكن للطعن أن يفضي إلى تخفيف عقوبته دون الحد المفروض عليه بالفعل، رغم اعتراف القاضي الناطق بالحكم بأن العقوبة كانت مفرطة.

٥-١٥ كذلك، يتمسك صاحب البلاغ بادعاءاته بموجب المادتين ١٧ و٢٣ من العهد. إذ يجب تكييف ظروف الاحتجاز، بما فيها آليات تيسير الاتصال بأُسر السجناء، تكييفاً مناسباً لتمكين الرعايا الأجانب من الاحتفاظ بحقهم في الحياة الأسرية. فآليات المهاتفة

أو المراسلة العادية قد تكون مناسبة للسجناء المحليين لكنها لا تلائم الأجانب. ولا يجوز للدولة الطرف أن تتعلل بمصلحة مشروعة للدولة لتبرير انتهاكات المادتين ١٧ و٢٣. بل لا بد من إيلاء الاعتبار الواجب لآثار فصل فرد ما عن أسرته.

المسائل والإجراءات المعروضة على اللجنة

النظر في المقبولية

٦-١ قبل النظر في أي ادعاء يرد في بلاغ ما، يتعين على اللجنة، وفقاً للمادة ٩٣ من نظامها الداخلي، أن تحدد ما إذا كان البلاغ مقبولاً أم لا بموجب البروتوكول الاختياري.

٦-٢ وقد تحققت اللجنة، وفقاً لمتطلبات المادة ٥(٢)(أ) من البروتوكول الاختياري، من أن المسألة ذاتها ليست قيد النظر في إطار إجراء آخر من إجراءات التحقيق الدولي أو التسوية الدولية.

٦-٣ وتحيط اللجنة علماً باحتجاج الدولة الطرف بعدم استنفاد سبل الانتصاف المحلية فيما يتصل بادعاء صاحب البلاغ أن العقوبة الدنيا الإلزامية تشكل انتهاكاً للمادتين ٩(١) و١٤(١) و(٥) من العهد، لأنه كان بإمكان صاحب البلاغ الطعن في دستورية الأحكام التشريعية ذات الصلة. ويشير صاحب البلاغ في هذا الصدد إلى أنه لم تكن للطعن الدستوري في العقوبة الدنيا الإلزامية فرص نجاح معقولة عندما فشل طعن صاحب البلاغ أمام محكمة استئناف القرارات الجنائية في كوينزلاند، وذلك في ضوء القرارات القضائية السابقة التي دأبت المحكمة العليا على إصدارها منذ زمن طويل تأكيداً لسلامة العقوبات الدنيا الإلزامية. وعلاوة على ذلك، تأكدت تلك القرارات القضائية في قضية ماغامينغ. وفي ضوء تلك القرارات القضائية، تخلص اللجنة إلى أن الطعن أمام المحكمة العليا لم تكن له بالفعل فرص نجاح حقيقية وتعتبر أنه ليس ثمة ما يحول دون قبول البلاغ بموجب المادة ٥(٢)(ب) من البروتوكول الاختياري.

٦-٤ وتدّعي الدولة الطرف أيضاً عدم استنفاد سبل الانتصاف المحلية فيما يتصل بادعاء صاحب البلاغ أن احتجازه ١٤٦ يوماً قبل اتهامه دون إمكانية المراجعة القضائية يشكل انتهاكاً للمادة ٩(٤) من العهد، إذ كان باستطاعة صاحب البلاغ طلب المثول أمام المحكمة الاتحادية أو المحكمة العليا للطعن في شرعية هذا الاحتجاز. ويشير صاحب البلاغ في هذا الخصوص إلى أن إمكانية الانتصاف تعتمد على صدور قرار من المحكمة يؤكد عدم قانونية الاحتجاز بموجب القانون المحلي؛ وأن موضوع الطعن ليس قانونية الاحتجاز بموجب القانون المحلي وإنما تأكيد طابعه التعسفي من عدمه؛ وأنه لا وجود لأساس قانوني في أستراليا يسمح بالطعن في الطابع التعسفي لذلك الاحتجاز. وترى اللجنة أن الدولة الطرف لم تُثبت توافر سبيل انتصاف فعال إزاء ادعاء صاحب البلاغ بشأن الطابع التعسفي لاحتجازه. وعليه، ترى اللجنة أنه ليس هناك ما يمنعها بموجب المادة ٥(٢)(ب) من فحص البلاغ من حيث أسسه الموضوعية.

٦-٥ وبخصوص ادعاءات صاحب البلاغ أن ظروف الاحتجاز في أستراليا، ولا سيما صعوبة الاتصالات الهاتفية المنتظمة بأسرته في إندونيسيا، تشكل انتهاكاً لحقوقه بموجب المواد ١٠(١) و١٧(١) و٢٣(١) من العهد، تسلم اللجنة بأهمية أن يكون الأفراد المسلوبة حريتهم قادرين على الاتصال بأسرهم بانتظام، على نحو ما تقر به قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء. بيد أن اللجنة ترى أن عجز صاحب البلاغ عن البقاء على اتصال بأسرته يُعزى إلى حد كبير عن ظروف تخرج عن سيطرة الدولة الطرف، مثل إقامة بنتيه في قرية لا يصل سكانها إلى خدمات الهاتف إلا بقدر محدود جداً. كما يُعزى ذلك العجز في جزء منه إلى ظروف السجن الطبيعية. وعليه، ترى اللجنة أن هذه الادعاءات لم تُدعم بما يكفي من الأدلة لأغراض المقبولية وتعتبرها غير مقبولة بموجب المادة ٢ من البروتوكول الاختياري.

٦-٦ وبخصوص ادعاء صاحب البلاغ أن العقوبة الإلزامية تشكل انتهاكاً لحقوقه بموجب المادة ١٤(١) و(٥) لأن القضاة لم يتمكنوا من ممارسة سلطة الحكم المستقل في تحديد العقوبة، تشير اللجنة إلى إفادة الدولة الطرف بأن المشرِّع يمارس دوره المشروع إذ يسن قوانين تُنشئ الجرائم الجنائية، بما يشمل طائفة العقوبات التي يجوز تطبيقها، وأن القضاة يحتفظون بحريتهم في تكوين آرائهم بشأن الوقائع والقانون دون تأثير أو ضغط سياسي خارجي. وتذكِّر اللجنة بأن شرط استقلال القضاء يُراد به استقلال السلطة القضائية الفعلي عن التدخل السياسي للجهازين التنفيذي والتشريعي، وأن من اللازم حماية القضاة من تنازع المصالح والترهيب[١٥]. وتشير اللجنة إلى أن الطابع الملزم للقانون التشريعي لا يُشكل في حد ذاته انتهاكاً لاستقلال القضاء. كذلك، تشير اللجنة إلى أن صاحب البلاغ لا يدعي حدوث أي تدخل أو ضغط سياسي خارجي من جانب الجهازين التنفيذي أو التشريعي، كما لا يدعي أن القاضي الناطق بالحكم تعرض للترهيب عند الحكم عليه بالسجن مدة لا تقل عن خمس سنوات مع عدم إمكانية الإفراج المشروط عنه طيلة ثلاثة سنوات، وفقاً لمقتضيات المادة ٢٣٣(ج) من قانون الهجرة. وعليه، ترى اللجنة أن هذا الادعاء لم يُدعم ما يكفي من الأدلة لأغراض المقبولية وتعتبره غير مقبول بموجب المادة ٢ من البروتوكول الاختياري.

٦-٧ وفي ضوء ما تقدم، تعلن اللجنة مقبولية البلاغ فيما يتصل بالادعاءات بموجب المادتين ٩(١) و(٣) و(٤) و١٤(٣)(ج) من العهد.

النظر في الأسس الموضوعية

٧-١ نظرت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في هذا البلاغ في ضوء جميع المعلومات التي أتاحها لها الطرفان، وذلك وفقاً لما تقتضيه الفقرة ٥(١) من البروتوكول الاختياري.

(١٥) انظر تعليق اللجنة العام رقم ٣٢(٢٠٠٧) بشأن الحق في المساواة أمام المحاكم والهيئات القضائية وفي محاكمة عادلة، الفقرة ١٩.

الادعاءات المتعلقة باحتجاز صاحب البلاغ قبل الاتهام

٧-٢ تحيط اللجنة علماً بادعاء صاحب البلاغ أن احتجازه طيلة ١٤٦ يوماً دون تهمة ودون عرضه على القاضي ودون إمكانية التماس مراجعة قضائية لاحتجازه، وعدم حصوله على المساعدة القانونية طيلة ١١٠ أيام، يشكل انتهاكاً لحقوقه بموجب المادة ٩(١) و(٣) و(٤) من العهد. وتدّعي الدولة الطرف أن احتجاز صاحب البلاغ لأغراض الهجرة كان ضرورياً على مدى تلك الفترة لأنه لم يكن يحمل تأشيرة صالحة لدخول أستراليا أو البقاء فيها. كذلك، لم يكن من الممكن ترحيله عن أستراليا بعد صدور شهادة الإبقاء على ذمة العدالة الجنائية في ٦ أيار/مايو ٢٠١٠، إذ كان مطالباً بالبقاء في البلد لأغراض إتمام الإجراءات الجنائية.

٧-٣ وتذكّر اللجنة بأن الاحتجاز في أثناء إجراءات مراقبة الهجرة ليس تعسفياً في حد ذاته، لكن يجب تبريره باعتباره معقولاً وضرورياً ومتناسباً في ضوء ظروف القضية وأن يُعاد تقييمه كلّما طال أمده[١٦]. وتذكّر اللجنة أيضاً بأن المادة ٩(٤) تنص على حق كل فرد تسلب حريته بالتوقيف أو الاحتجاز في اللجوء إلى المحكمة لكي تبت بلا تأخير في قانونية احتجازه، وبأنه ينبغيُ الفصل في القضية بأسرع ما يمكن[١٧].

٧-٤ وفي هذه القضية، تلاحظ اللجنة أن صاحب البلاغ ظل قيد الاحتجاز الإلزامي لأغراض الهجرة لفترة تقارب خمسة أشهر من ١٣ آذار/مارس إلى ٤ آب/أغسطس ٢٠١٠، دون أن توجه إليه تهم رسمية. ولم تشرح الدولة الطرف سبب مرور ما يقارب خمسة أشهر قبل توجيه تهم جنائية إلى صاحب البلاغ. كذلك تلاحظ اللجنة أن صاحب البلاغ كان، طيلة تلك الفترة، محروماً من الضمانات القانونية التي تتيح له الطعن في الطابع التعسفي لاحتجازه. وبخصوص ادعاء الدولة الطرف أن مصطلح "القانونية" الوارد في المادة ٩(٤) يجب أن يفسر بمعنى عدم مخالفة القانون المحلي، تشير اللجنة إلى قضائها المكرس منذ زمن طويل ومفاده أن الاستعراض القضائي لقانونية الاحتجاز بموجب المادة ٩(٤) لا يقتصر على مجرد امتثال الاحتجاز للقوانين المحلية بل يجب أن يشمل إمكانية الأمر بالإفراج عن المحتجز إذا كان الاحتجاز يتعارض مع متطلبات العهد، ولا سيما متطلبات المادة ٩(١)[١٨]. ولجميع هذه الأسباب وفي غياب شروح إضافية من الدولة الطرف، تخلُص اللجنة إلى أن احتجاز صاحب البلاغ طيلة هذه الفترة الزمنية لم يكن مبرراً وكان تعسفياً، ممّا شكل انتهاكاً للمادة ٩(١) من العهد، وما كان من الممكن الطعن فيه أمام المحاكم، ممّا يشكل انتهاكاً للمادة ٩(٤) من العهد.

(١٦) انظر تعليق اللجنة العام رقم ٣٥(٢٠١٤) بشأن حق الفرد في الحرية وفي الأمان على شخصه، الفقرة ١٨.

(١٧) المرجع السابق، الفقرة ٤٧. وانظر أيضاً البلاغ رقم ١٩٧٣/٢٠١٠، *غريفيثس ضد أستراليا*، الآراء المعتمدة في ٢١ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١٤، الفقرة ٧-٥.

(١٨) انظر البلاغ رقم ١٠٦٩/٢٠٠٢، *باختياري ضد أستراليا*، الآراء المعتمدة في ٢٩ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠٠٣، الفقرة ٩-٤، والبلاغات رقم ١٢٥٥/٢٠٠٤، ورقم ١٢٥٦/٢٠٠٤، ورقم ١٢٥٩/٢٠٠٤، ورقم ١٢٦٠/٢٠٠٤، ورقم ١٢٦٦/٢٠٠٤، ورقم ١٢٦٨/٢٠٠٤، ورقم ١٢٧٠/٢٠٠٤، ورقم ١٢٨٨/٢٠٠٤، *شمس وآخرون ضد أستراليا*، الآراء المعتمدة في ٢٠ تموز/يوليه ٢٠٠٧، الفقرة ٧-٣.

٧-٥ وبخصوص ادعاء صاحب البلاغ بموجب المادة ٩(٣) أنه لم يُعرض بسرعة على القاضي، تلاحظ اللجنة تأكيد الدولة الطرف أن صاحب البلاغ لم يُقبض عليه أو يُحتجز بتهمة جنائية عندما احتُجز لأغراض الهجرة؛ وأن شهادة الإبقاء على ذمة العدالة الجنائية لم تشكل أساس هذا الاحتجاز، وأن استجوابه لدى الشرطة في ٢٩ حزيران/يونيه ٢٠١٠ لم يغيّر طبيعة احتجازه، وأنه نظراً إلى أن احتجاز صاحب البلاغ المطول لأغراض الهجرة يُردّ إلى ضرورة إجراء تحقيق جنائي، فقد كان الوقت الذي استغرقته تحقيقات الشرطة معقولاً. بيد أن اللجنة تذكّر بأن اشتراط مثول جميع الأشخاص الذين يُعتقلون أو يُحتجزون بتهمة جنائية دون إبطاء أمام قاض أو أحد الموظفين الآخرين المخولين قانوناً ممارسة وظائف قضائية وفقاً للمادة ٩(٣) ينطبق حتى قبل تأكيد الاتهامات بشكل رسمي، ما دام الشخص معتقلاً أو محتجزاً للاشتباه في ارتكابه عملاً إجرامياً[١٩]. وتلاحظ اللجنة في هذا الخصوص أن المادة ١٤٧ من قانون الهجرة الأسترالي لعام ١٩٥٨ تنص على أنه يجوز للنائب العام أن يصدر شهادة إبقاء على ذمة العدالة الجنائية إذا رأى وجوباً لبقاء شخص أجنبي موجود بصورة غير شرعية في أستراليا بصفة مؤقتة لأغراض إتمام الإجراءات الجنائية المتصلة بجريمة. وفي ضوء ما تقدم، تستنتج اللجنة أن صاحب البلاغ ظل محتجزاً لأغراض الهجرة منذ تاريخ صدور شهادة الإبقاء في ٦ أيار/مايو ٢٠١٠ إلى حين إتمام الإجراءات الجنائية، دون أن يمثُل بسرعة أمام قاض أو أي موظف آخر مخول قانوناً ممارسة وظائف قضائية. ولهذه الأسباب، تخلص اللجنة إلى أن حقوق صاحب البلاغ بموجب المادة ٩(٣) قد انتُهكت.

الادعاءات المتصلة بمدة الإجراءات

٧-٦ تحيط اللجنة علماً بادعاء صاحب البلاغ أن حقه بموجب المادتين ٩(٣) و١٤(٣)(ج) من العهد في أن يُحاكم في غضون فترة زمنية معقولة ودون تأخير لا موجب له قد انتُهك لأن ظروف القضية لا تبرِّر فترة الـ ١٥ شهراً التي انقضت من تاريخ اتهامه - أو ٢١ شهراً من تاريخ احتجازه. وادّعت الدولة الطرف أن تلك الفترة معقولة وتبررها إتاحةُ ما يكفي من الوقت لإتمام التحقيقات الجنائية والإجراءات القضائية، وأن القضية كانت موضوع عمل دؤوب. وأشارت الدولة الطرف أيضاً إلى نقطة لم ينازِع فيها صاحب البلاغ، وهي أن تأخير الإجراءات القضائية سببه في بعض الحالات ممثلو صاحب البلاغ، الذين لم يكن باستطاعتهم حضور المحاكمة في التاريخ الذي عُرض عليهم في البداية وإلى غاية ٢١ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠١١، تاريخ بدء المحاكمة. وترى اللجنة أن المعلومات الواردة في الملف لا تسمح لها بأن تستنتج أن الفترة الزمنية التي انقضت قبل محاكمة صاحب البلاغ كانت غير معقولة في ظروف القضية أو أن الإجراءات القضائية تأخرت تأخيراً لا موجب له. وعليه تخلص اللجنة إلى أن الوقائع المعروضة عليها لا تكشف عن انتهاك للمادتين ٩(٣) و١٤(٣)(ج) من العهد فيما يتصل بهذا الجزء من البلاغ.

(١٩) انظر التعليق العام رقم ٣٥، الفقرة ٣٢، والبلاغين رقم ٢٠٠٢/١١٢٨، *ماركيس دي مورايس ضد أنغولا*، الآراء المعتمدة في ٢٩ آذار/مارس ٢٠٠٥، الفقرتان ٦-٣ و٦-٤، ورقم ٢٠٠٢/١٠٩٦، *كوربانوفا ضد طاجيكستان*، الآراء المعتمدة في ٦ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٣، الفقرة ٧-٢.

الادعاءات المتصلة بالعقوبة الدنيا الإلزامية

٧-٧ تشير اللجنة، بخصوص ادعاءات صاحب البلاغ فيما يتصل بالعقوبة الدنيا الإلزامية بموجب قانون الهجرة، إلى حجة الدولة الطرف ومفادها أن الحكم على صاحب البلاغ بالعقوبة الدنيا الإلزامية كان ضرورياً لتحقيق الأغراض المشروعة من عقابه وأن العقوبة الدنيا الإلزامية ضرورية باعتبارها رادعاً عاماً عن جريمة تهريب الأشخاص وضماناً لفرض المحاكم على نحو متسق جزاءات تتناسب مع خطورة الجرم. كذلك، تشير اللجنة إلى إفادة الدولة الطرف بأن جريمة تهريب الأشخاص المقترنة بظروف مشددة، التي أُدين بها صاحب البلاغ، تنطوي على مخاطر شديدة على حياة ملتمسي اللجوء وأن العقوبة الدنيا متناسبة مع خطورتها. وفي المقابل ادّعى صاحب البلاغ أن عقوبة السجن خمس سنوات التي فُرضت عليه دون إمكانية الإفراج المشروط لمدة ثلاث سنوات عقوبة غير معقولة ومفرطة وجائرة بصورة جلية في ضوء ظروف قضيته. وتذكّر اللجنة بأن المادة ٩ تقر صراحة بإمكانية احتجاز الأفراد بتهم جنائية، وبأن أحكام العهد متسقة مع مجموعة متنوعة من نظم العقاب الجنائي، وأنه يحق للسجناء المدانين قضاء مدة عقوبتهم وفقاً لأحكام القوانين المحلية[٢٠]. كذلك، تذكّر اللجنة بأن فرض عقوبة قاسية بسبب جرائم بسيطة دون تبرير مناسب وبلا ضمانات إجرائية مستقلة يشكل فعلاً تعسفياً[٢١]. وفي هذه القضية، تلاحظ اللجنة أن المحكمة العليا لكوينزلاند حاكمت صاحب البلاغ وأدانته بتهمة تهريب الأشخاص المقترنة بظروف مشددة. وقد أُدين بهذه الجريمة وعوقب عليها بالعقوبة الدنيا الإلزامية، وهي السجن خمس سنوات (مع عدم إمكانية الإفراج المشروط طيلة ثلاث سنوات). والعقوبة القصوى القانونية هي السجن ٢٠ سنة. وتحيط اللجنة علماً أيضاً بإفادة الدولة الطرف غير المنازَع فيها بأن احتجاز صاحب البلاغ قبل الإدانة أُخذ في الحسبان لدى الحكم عليه وأنه خرج من السجن في ٨ آذار/مارس ٢٠١٣ بعد انقضاء فترة السنوات الثلاث التي لا يجوز فيها الإفراج المشروط. وفي هذه الظروف وبالنظر إلى أن إدانة صاحب البلاغ كانت نتيجة عملية قانونية سليمة استفاد فيها من تمثيل قانوني، لا يسع اللجنة أن تستنتج أن الاحتجاز الجنائي المطول لصاحب البلاغ كان تعسفياً وتخلص من ثم إلى كونه لا يكشف عن انتهاك للمادة ٩(١) من العهد.

٨- واللجنة إذ تتصرف وفقاً للمادة ٥(٤) من البروتوكول الاختياري، ترى أن الوقائع المعروضة عليها تكشف عن انتهاك الدولة الطرف للمادة ٩(١) و(٣) و(٤) من العهد.

٩- والدولة الطرف ملزمة، وفقاً للمادة ٢(٣)(أ) من العهد، بتوفير سبيل انتصاف فعّال لصاحب هذا البلاغ. ويقتضي منها ذلك أن تجبُر جبراً كاملاً الضرر الذي لحق بالأفراد الذين انتُهكت حقوقهم التي يكفلها العهد. وبناءً عليه، فإن الدولة الطرف ملزمة، في جملة أمور،

(٢٠) انظر التعليق العام رقم ٣٥، الفقرتان ١٤ و٢٠.

(٢١) المرجع السابق، الفقرة ١٤، والبلاغان رقم ١١٨٩/٢٠٠٣، *فرناندو ضد سري لانكا*، الآراء المعتمدة في ٣١ آذار/مارس ٢٠٠٥، الفقرة ٩-٢، ورقم ١٣٧٣/٢٠٠٥، *ديسانايكي ضد سري لانكا*، الآراء المعتمدة في ٢٢ تموز/يوليه ٢٠٠٨، الفقرة ٨-٣.

بتقديم تعويض كافٍ لصاحب البلاغ وسداد أي تكاليف تكبدها. والدولة الطرف ملزمة أيضاً باتخاذ خطوات لمنع حدوث انتهاكات مماثلة في المستقبل.

١٠- وإذ تضع اللجنة في اعتبارها أن الدولة الطرف قد اعترفت، عند انضمامها إلى البروتوكول الاختياري، باختصاص اللجنة في تحديد ما إذا كان قد حدث انتهاك للعهد أم لا، وأن الدولة الطرف قد تعهدت، عملاً بالمادة ٢ من العهد، بأن تكفل لجميع الأفراد الموجودين في أراضيها أو الخاضعين لولايتها الحقوقَ المعترف بها في العهد، وأن توفر لهم سبل انتصاف فعالة وقابلة للإنفاذ إذا ما ثبت حدوث انتهاك، تود أن تتلقى من الدولة الطرف، في غضون ١٨٠ يوماً، معلومات عن التدابير المتَّخذة لوضع آراء اللجنة موضع التنفيذ. ويُطلب إلى الدولة الطرف أيضاً نشر هذه الآراء وتعميمها على نطاق واسع باللغة الرسمية للدولة الطرف.

Annex I

Opinion jointe (partiellement dissidente) des membres du Comité Olivier de Frouville, Victor Rodriguez-Rescia et Fabian Omar Salvioli

1. Nous sommes en désaccord avec la conclusion à laquelle arrive le Comité quant à l'absence de violation, dans cette affaire, du paragraphe 1 de l'article 9, du fait de l'application à l'auteur de la peine minimale obligatoire prévue l'article 236B de la loi australienne sur l'immigration de 1958 (§ 7.7. des constatations). Cet article oblige les tribunaux à prononcer une peine d'au moins cinq ans d'emprisonnement, dont une période de trois ans sans possibilité de demander une libération conditionnelle, pour toute personne condamnée pour infraction aggravée de trafic de migrants, prévue par l'article 233B de la même loi, que cette personne ait « organisé » ou bien « facilité » l'entrée ou la venue en Australie d'un groupe de plus de cinq personnes[a]. Comme l'indique la note de bas de page n° 5 des présentes constatations, la juge qui a prononcé la peine minimale de cinq ans d'emprisonnement a clairement exprimé sa préoccupation au regard du fait que l'article 236B *l'obligeait* à ne pas tenir compte des circonstances atténuantes dont l'auteur aurait dû bénéficier. De même, la note n° 17 reprend les termes de la juge de première instance, qui souligne sans ambiguïté le caractère injuste, disproportionné et non nécessaire de la peine que la loi l'a contrainte à prononcer : « Vous avez déjà été emprisonné pendant six cent trente-deux jours, durant lesquels votre famille a été laissée dans la misère. La peine d'emprisonnement n'est donc pas nécessaire pour vous dissuader davantage que cela n'a déjà fait [*sic*]. (…) Je considère que vous avez déjà été puni de manière appropriée. Cela étant, je suis obligée de vous infliger une peine d'emprisonnement supplémentaire pour m'acquitter de l'obligation que m'impose la loi. »

2. Dans ses observations finales relatives aux troisième et quatrième rapports périodiques de l'Australie, le Comité s'était prononcé sur une législation à l'époque applicable en Australie occidentale et dans le Territoire du Nord et prévoyant le même type de peine minimale obligatoire. Il avait constaté que « dans des bien des cas », cette législation aboutissait « à imposer des peines sans rapport avec la gravité des infractions commises », paraissait « incompatible avec les mesures prises par l'Etat partie pour réduire le nombre disproportionné d'autochtones aux prises avec la justice » et posait « de graves questions au regard de divers articles du Pacte ». Il invitait par ailleurs instamment l'Etat partie à « reconsidérer la législation sur l'emprisonnement obligatoire afin de garantir que tous les droits énoncés dans le Pacte soient respectés. »[b]

3. La question de la compatibilité de la peine minimale obligatoire avec le Pacte a également été soulevée sur le plan national. Comme le rappelle l'auteur dans sa communication, le 8 février 2012, la sénateur Sarah Hanson-Young a présenté au parlement australien une proposition de loi visant à l'abolition des peines minimales obligatoires. Une enquête a été lancée par le parlement au sujet des amendements proposés[c] et de nombreuses organisations ou experts indépendants, en réponse, ont appuyé l'abolition des peines minimales obligatoires, citant bien souvent le Pacte à l'appui de leur argumentation, et

[a] V. notamment les notes nos 4 et 5 des présentes constatations.

[b] A/55/40 (vol. I), §§ 522-523.

[c] http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Legal_and_Constitutional_Affairs/Completed_inquiries/2010-13/migrationamendment2012/index.

notamment ses articles 9 et 14[d]. En août 2012, un panel d'experts nommé par le gouvernement a recommandé notamment de restituer aux tribunaux le droit de déterminer librement les peines pour les membres d'équipage des navires participant au trafic de migrants. Par la suite, toujours en 2012, le procureur général d'Australie (*Australian Attorney General*) a publié des directives à l'intention du directeur des poursuites (*Commonwealth Director of Public Prosecutions*) pour faire en sorte que les membres de l'équipage de navires participant au trafic de migrants, mais ne portant qu'une responsabilité mineure dans le trafic, soient poursuivis sur la base d'infractions différentes que celles étant de nature à emporter l'infliction d'une peine minimale obligatoire : seuls pouvaient désormais être accusés de l'infraction de « trafic aggravé de migrants » les récidivistes, les capitaines de bateaux ou les personnes ayant participé à des trafics ayant entraîné la mort de personnes. M. Nasir ayant été condamné avant la publication de la directive, il n'a pas pu en bénéficier.

4. Il est normal et même souhaitable que le législateur fixe le quantum des peines applicables en relation avec chaque infraction considérée, de manière à ne pas laisser celles-ci à la libre appréciation de juge, ce qui risquerait d'entraîner une violation du principe de légalité des peines et des discriminations entre les justiciables. Généralement, le législateur donnera un éventail de peine et/ou indiquera la peine maximale applicable pour telle infraction. Cependant, de telles prescriptions ne privent pas totalement le juge de sa liberté d'appréciation dans la détermination du montant de la peine, ceci notamment afin de prendre en compte un certain nombre de facteurs, notamment les circonstances personnelles à l'accusé, à savoir les circonstances atténuantes ou encore des garanties d'insertion ou de réinsertion. Ainsi, dans la loi australienne sur la migration de 1958, l'infraction de trafic de migrant (art. 233A) – contrairement à l'infraction de trafic *aggravé* pour laquelle l'auteur a été condamnée (art. 233C), est punissable de 10 années d'emprisonnement, ce qui s'entend d'une peine maximale mais laisse la possibilité au juge de prononcer une peine inférieure. Par la suite, la directive a été révoquée le 4 mars 2014 mais la législation n'a pas été modifiée.

5. Un certain nombre de pays ont toutefois choisi d'instituer des peines minimales obligatoires s'agissant de certaines infractions ou en cas de récidive de la commission d'une infraction donnée. Dans ce cas, le juge se voit prescrire non seulement une peine maximale, mais également une peine en dessous de laquelle il ne peut pas descendre. Une telle technique n'est pas en soi contraire à l'article 9 du Pacte, à condition toutefois qu'elle n'ait pas pour résultat d'obliger le juge à prononcer des peines *manifestement disproportionnées* au regard des faits qui sont reprochés à l'accusé. Cela peut être le cas lorsque la peine est automatiquement attribuée sur la base de la reconnaissance de culpabilité, quelle que soit par ailleurs le degré de responsabilité de l'auteur dans la commission ou la participation à la commission de l'infraction, et lorsque le juge ne peut faire jouer aucune exception lui permettant de prononcer une peine différente de la peine minimale prescrite. Comme l'indique les auteurs dans leurs communications, plusieurs cours suprêmes dans le monde[e] ont été conduites à sanctionner ce type de régime qui conduit de toute évidence à des résultats injustes et dont les effets dissuasifs n'ont par ailleurs jamais été prouvés. Il est

[d] Vingt contributions ont été reçues, plusieurs traitent de la compatibilité de la législation avec le Pacte : http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Legal_and_Constitutional_Affairs/Completed_inquiries/2010-13/migrationamendment2012/submissions.

[e] Dans sa communication, l'auteur cite plusieurs affaires au Canada, aux Etats-Unis et en Namibie. Pour un aperçu de droit comparé en la matière, v. Dominique Blanc, « Peines plancher : quelques éléments de droit comparé », *AJ Pénal*, 2007, p. 352 ; Sénat (France), Etude de législation comparée n° 165, septembre 2006, *Les peines minimales obligatoires*, https://www.senat.fr/lc/lc165/lc165_mono.html.

intéressant également de noter à ce stade que les lois en vigueur en Australie occidentale et dans le Territoire du Nord qui avaient été critiquées notamment par le Comité dans ses observations finales de 2000 ont été abrogées en 2001[f].

6. Or en l'espèce, la loi sur la base de laquelle l'auteur a été condamné présente des vices semblables. Même si le juge garde la liberté d'appliquer une peine supérieure (jusqu'à 20 ans), il doit au minimum attribuer une peine de cinq ans de prison, dont trois années « incompressibles » (c'est à dire durant lesquelles il est impossible de demander une libération conditionnelle). La peine minimale s'applique quel que soit le degré de responsabilité de l'auteur (en l'occurrence simple cuisinier du navire, un élément de fait qui n'est pas contesté par l'Etat partie). Enfin la seule exception prévue concerne les personnes qui avaient moins de 18 ans au moment de la commission des faits, ce qui constitue un élément objectif et ne permet pas la prise en compte, par exemple, de certaines circonstances atténuantes ou du rôle mineur joué par l'accusé dans la commission de l'infraction.

7. Comme l'avait déclaré le Comité en 2000, une telle loi pose « de graves questions au regard de divers articles du Pacte ». Le Pacte ne contient pas de manière explicite les principes d'invidualisation, de proportionnalité et de nécessité des peines pénales[g] mais le Comité a clairement établi que de tels principes étaient inhérents, en matière de privation de liberté, à l'article 9 du Pacte et à l'interdiction générale de toute détention arbitraire[h]. Selon le Comité, « [l']adjectif "arbitraire" n'est pas synonyme de "contraire à la loi" mais doit recevoir une interprétation plus large, intégrant le caractère inapproprié, l'injustice, le manque de prévisibilité et le non-respect des garanties judiciaires, ainsi que les principes du caractère raisonnable, de la nécessité et de la proportionnalité. »[i]

---

[f] V. l'étude de législation comparée du Sénat (France) citée note n° 5 ci-dessus, p. 30 : après l'abrogation des dispositions en 2001, « [l]e Bureau de prévention de la criminalité du Territoire du Nord a publié en 2003 un rapport sur l'application des peines minimales obligatoires. Il a concluait notamment que ces mesures avaient touché de façon disproportionnée les communautés autochtones, abouti à une modification significative des jugements prononcés à l'encontre des primo délinquants et augmenté la population carcérale, sans pour autant représenter un moyen efficace de dissuasion. »

[g] En France, la jurisprudence constitutionnelle se fonde sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 (qui fait partie du « bloc de constitutionnalité ») : « La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires (…) » Sur cette base, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle restreint sur la nécessité des peines attachées aux infractions : il considère que la fixation des peines relève avant tout du pouvoir d'appréciation du législateur, mais se réserve toutefois le droit de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue. V. notamment la Décision n° 2007-554 DC du 9 août 2007 relative à la *Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, considérant n° 8. V. également la Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi* n° *86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 51 à 52, où le Conseil déclare contraire à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen la sanction tenant à l'insertion *automatique* d'un communiqué dans les programmes, en cas de manquement à ses obligations par un éditeur de services de radiodiffusion sonore ou de télévision : « qu'une telle automaticité pourrait conduire, dans certaines hypothèses, à infliger une sanction non proportionnée aux faits reprochés ; qu'en conséquence, en interdisant au Conseil supérieur de l'audiovisuel d'adapter, en tenant compte des circonstances propres à l'espèce, la répression à la gravité du manquement reproché, le législateur a méconnu le principe de la nécessité des peines énoncé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ».

[h] Dans les constatations rendues la présente affaire, le Comité cite en note deux précédents très clairs à cet égard : *Fernando c. Sri Lanka*, comm. n° 1189/2003, 31 mars 2005, § 9.2 et *Dissanayake c. Sri Lanka*, comm. 1373/2005, 3 mars 2005, § 8.3.

[i] Observation générale n° 35 sur l'article 9 du Pacte (Liberté et sécurité de la personne), § 12, doc. CCPR/C/GC/35.

8. Sous cet angle, on peut dire que le fait pour un juge de prononcer une peine d'emprisonnement manifestement disproportionnée par rapport aux faits qui sont reprochés à l'accusé conduit à soumettre celui-ci à une détention arbitraire, à tout le moins pour toute la période qui excède la période d'emprisonnement que le juge aurait prononcée s'il n'avait pas été contraint de prononcer une peine minimale. En l'espèce, nous ne croyons pas, comme le Comité, qu'une telle loi soulève des questions au regard des paragraphes 1 et 5 de l'article 14 du Pacte. A cet égard, je me rallie au raisonnement du Comité s'agissant du paragraphe 1 de l'article 14 du Pacte au paragraphe 6.6 de ses constatations. Le Comité aurait cependant dû également répondre aux arguments de l'auteur concernant le paragraphe 5 du même article : à cet égard, le droit de toute personne de faire appel de sa condamnation n'est pas atteint dans sa substance, à tout le moins si le juge d'appel est en mesure, dans ces circonstances, de modifier la qualification des faits et par conséquent de faire échapper l'accusé à la peine minimale obligatoire. Cette question des pouvoirs du juge d'appel n'a pas été clairement abordée par les parties et en tout état de cause le grief semblait insuffisamment étayé par l'auteur. Par ailleurs, le principe d'une peine obligatoire, lorsque celle-ci comporte une part incompressible, est également susceptible de soulever des questions au regard du paragraphe 3 de l'article 10[j]. Les auteurs n'ont pas soulevé ce grief, probablement en raison du caractère relativement modéré de la peine en l'espèce, mais c'est un problème qu'il faut garder à l'esprit.

9. La violation du Pacte, en l'espèce, n'est pas directement le fait du juge, mais trouve son origine dans la législation elle-même qui est en soi contraire à l'article 9§1 du Pacte. Outre la libération de l'auteur et l'octroi d'une pleine réparation en vertu de l'article 9§5, le paragraphe 2 de l'article 2 fait obligation à l'Etat partie de modifier sa législation nationale afin de la rendre conforme aux exigences du Pacte[k]. Le fait que des « directives » soient émises par le procureur général n'est pas une mesure suffisante pour mettre fin à la violation, tant que la législation reste elle-même en vigueur.

[j] V. Observation générale n° 21 : Article 10 (Droit des personnes privées de liberté d'être traitées avec humanité) (1992), § 10 : « Aucun système pénitentiaire ne saurait être axé uniquement sur le châtiment ; il devrait essentiellement viser le redressement et la réadaptation sociale du prisonnier. »

[k] V. les constatations récentes du Comité dans l'affaire *Leonid Sudalenko c. Belarus*, comm. n° 2016/2010, § 10.

Annex II

Individual opinion of Committee member Sarah Cleveland (partly dissenting)

1. I concur in the Committee's findings of violations of article 9 relating to the author's mandatory immigration detention. Like my colleagues Mr. de Frouville and those joining him, I disagree with the Committee's conclusion with respect to the mandatory minimum sentence that was imposed on the author, and write separately to elaborate on why application of section 232A of the Australian Migration Act of 1958[a] violated article 9(1) and raises potential concerns under article 14(1) of the Covenant.

2. The Committee has long recognized that mandatory death sentences impose a sentence "based solely upon the category of crime for which the offender is found guilty, without regard to the defendant's personal circumstances or the circumstances of the particular offense"[b]. Such sentences thus can deprive a court of the ability to adequately take into account the culpability of a particular defendant in imposing sentence[c]. For these reasons, the Committee consistently has found mandatory death sentences to be arbitrary under article 6(1) of the Covenant[d].

3. While the death penalty unquestionably raises special concerns, concerns regarding inappropriate constraint on judicial discretion, the inability to take into account individual circumstances, and the resulting risk of disproportionate sentences, potentially can arise with any mandatory sentencing scheme and thus could give rise to violations of the Covenant[e]. For example, a mandatory sentence that is imposed which fails to account for individual circumstances and is disproportionate given the facts of the particular case could be arbitrary or unlawful, contrary to article 9(1).[f] It potentially could also deny the defendant the right to a fair trial before an "independent and impartial tribunal" under article 14(1). The Committee accordingly repeatedly has expressed concerns regarding

---

[a] Section 232A(1), which defined the offense under which the author was charged, has been revised slightly as current section 233C of the Migration Act. Then-section 233C, under which the author was sentenced, has been reenacted as current section 236B.

[b] Communication No. 806/1998, *Thompson v. St. Vincent & the Grenadines* (Views adopted 18 October 2000), para. 8.2.

[c] Communication No. 845/1998, *Kennedy v. Trinidad and Tobago* (Views adopted 26 March 2002) (separate opinion of Mr. Kretzmer and Mr. Yalden) (mandatory death sentence for felony murder "denied the court the opportunity of considering whether the specific crime of the author was a most serious crime").

[d] *Kennedy, supra,* para. 7.3; Communication No. 1520/2006, *Mwamba v. Zambia* (Views adopted 10 March 2010), para. 6.3; cf. *Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago,* IACHR (21 June 2002), paras. 103-109.

[e] See, e.g,, *Thompson, supra* (separate opinion of Mr. Kretzmer, et al.), para. 8.

[f] Cf. Communication No. 1189/2003, *Fernando v. Sri Lanka* (Views adopted 31 March 2005), para. 9.2 (draconian penalty for contempt of court was arbitrary in violation of article 9(1)).

certain mandatory minimum sentences outside of the death penalty context,[g] including specifically with respect to Australia.[h]

4. There is no question in this case that the author was charged and convicted with the "aggravated offense of people smuggling" as defined under Australian law. Nor is there any question that people smuggling involves serious risks to the lives of asylum seekers, as the State party contends. The question in this case instead is whether the author's particular conduct rendered him sufficiently culpable to make the five-year mandatory minimum sentence imposed on him manifestly disproportionate to the severity of his crime. More generally, the case raises the question whether the "aggravated offense of people smuggling" sweeps too broadly and thus captures a spectrum of conduct at the lower end that renders the five-year mandatory minimum arbitrary.

5. The author was convicted under then-section 232A(1) of the Australian Migration Act for the crime of "Organising bringing groups (5+) of non-citizens into Australia". That statute and its successor does not apply only to "organisers", however. Instead, aggravated people smuggling is committed by any person "who organises *or facilitates*" bringing to Australia five or more persons, reckless as to whether they are lawfully entitled to come to Australia. Because the presence of five or more persons is considered an "aggravating" element, the mandatory minimum sentence of five years (three years non-parole) under then-section 233C applies. In other words, the statute does not require the defendant to be an organizer, or in any way to have planned to bring aliens unlawfully into Australia.

6. Like the vast majority of people who have been prosecuted under this regime[i], the author was a crew member, not an organizer. As the trial court found, he was a subsistence fisherman in Indonesia and his family's sole breadwinner. He accepted a job to work as a cook on a boat and steered the boat at night on one occasion. He was found guilty of facilitating the bringing to Australia of a group of five or more people, reckless as to whether they had a lawful right to come to Australia.

7. The trial judge found that the author was not in charge of the boat and was performing relatively menial roles on the boat, and that the 632 days he had already served in prison was adequate to deter future violations by him and otherwise was reasonable and proportionate given the author's case. (Footnote 17) Nevertheless, under section 233C of the Migration Act, she was required to impose a sentence that was nearly 300 per cent the length of the sentence she considered appropriate. The fact that the captain of the ship was

---

[g] Concluding observations on the fourth periodic report of the United States of America, CCPR/C/USA/CO/4 (2014), para. 6 ("The State party should … reform mandatory minimum sentencing statutes."); Concluding observations of the Human Rights Committee on Grenada, CCPR/C/GRD/CO/1 (2009), para. 9.

[h] Concluding observations of the Human Rights Committee, Australia 24/07/2000, A/55/40, paras. 498-528 (expressing concern regarding "[l]egislation regarding mandatory imprisonment … which leads in many cases to imposition of punishments that are disproportionate to the seriousness of the crimes committed and urging the state "to reassess the legislation regarding mandatory imprisonment so as to ensure that all Covenant rights are respected"). Cf. Communication No. 1968/2010, *Blessington and Elliot v. Australia* (Views adopted 22 Oct. 2014), para. 7.12 (mandatory sentence of life without parole for juvenile offenders violates article 7 in conjunction with articles 10(3) and 24).

[i] According to a submission by the Attorney General's Department, of 228 persons convicted for this offense as of February 2012, only five were organizers and the remainder were crew (para. 5.8). This pattern continued: only 3.3 percent of all persons convicted for people smuggling in Australia between 1 June 2010 and 20 October 2014 were "organizers". Answers to Questions on Notice to Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, Parliament of Australia, Budget Estimates 2014-15 (Attorney-General's Department), 20 Oct. 2014, Question No. 103 "People Smuggling Offences", at 1.

also sentenced to the five-year mandatory minimum confirms that the author's sentence was manifestly disproportionate and that the conduct captured by the mandatory minimum sweeps too broadly.

8. The trial judge who sentenced the author made clear her view that the mandatory minimum sentence was disproportionate to his role and deprived her of the discretion to adequately take into account the author's level of contribution and his particular circumstances, including the personal circumstances that she otherwise would have been required to consider under Australian law. (Footnote 5) Australian law also barred the appellate court from evaluating the propriety of the mandatory minimum sentence in light of these issues.

9. The State party contends that mandatory minimum penalties apply to a very limited number of serious, aggravated people smuggling offences in the Migration Act, and that that the mandatory minimums are necessary to appropriately punish perpetrators and deter future criminal behaviour (para. 4.10). But the State's submissions provided no evidence that the law actually serves these purposes as applied to this author in particular or to ordinary boat crew in general, as the trial court also noted. And there is voluminous evidence to the contrary.

10. Indeed, all three branches of the Australian government have recognized that the goals of proportionality and deterrence are not served by application of the mandatory minimum sentence to menial boat crew. The trial court herself expressed scepticism that the sentence would have any general deterrent effect, stating "it is clear that those people who employ men like you will just move to another village because they regard you as completely expendable and people in small villages without newspapers or the means of modern communication are most unlikely to hear of a sentence imposed in an Australian court." (Footnote 18)[j] As the author noted in his communication, numerous other members of the judiciary have criticized the mandatory minimum as requiring them to impose excessive sentences in such cases.[k]

11. In 2012 the Australian Parliament considered a bill to repeal the mandatory minimum sentences for aggravated people smuggling. After receiving extensive evidence regarding the excessive and disproportionate nature of these sentences as applied to boat crew,[l] the Senate Committee recommended that the State party review the operation of the

---

[j] Craig & Schloenhardt, *Prosecutions and Punishment of People Smugglers in Australia* 46 (2011-2014) ("Questions about the effectiveness of general deterrence in sentencing and, in particular, its impact on would-be migrant smugglers are longstanding and have been raised by sentencing judges in a great number of people smuggling trials in the 2011–2014 period. The available information provides no proof that awareness of the criminality of migrant smuggling and about the penalties offenders may face in Australia affects in any way those whom the sentence seeks to deter." See also Schloenhardt and Craig, *Prosecutions of People Smugglers in Australia 2011-14*, 38 Sydney L. Rev. 49 (2016).

[k] The author's communication pointed to numerous such decisions during the period from 2009 to 2013. The Federal prosecutor's submission to the Senate Committee also noted ten cases since January 2011 in which sentencing judges criticized the mandatory minimum requirements. Commonwealth Director of Public Prosecutions, Response to Questions on Notice (23 March 2012), cited in Senate Report, para. 2.28. See also Judicial Conference of Australia, Submission No. 11 to the Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, *Inquiry into the Migration Amendment (Removal of Mandatory Minimum Penalties) Bill 2012*, 3 (significant number of Australian judges have found the sentences to be "manifestly unjust").

[l] Submissions to the Senate observed that the "aggravating" factor of five or more people renders the crime of standard people smuggling under current section 233A redundant, since, as the government indicated, almost all boats intercepted for people smuggling have carried five or more passengers. Senate Report, *supra*, para. 2.9.

mandatory minimum penalties and in particular, to consider distinguishing between organizers and boat crew in sentencing and giving judges discretion to impose lesser sentences when warranted, to ensure compliance with Australia's international human rights obligations.[m]

12. The government publicly stated that it supported this recommendation and took steps to implement it.[n] The fact that those steps were later revoked by a subsequent government does not detract from the extensive record on which the Senate Committee and the previous government relied establishing that that boat crew members "often have limited culpability and mitigating circumstances, which make the application of the mandatory minimum sentences inappropriate and unjust."[o]

13. The facts of this case, and the supporting record regarding section 232A and its successor make clear that the threshold of conduct for "aggravated" people smuggling subject to the mandatory minimum is inappropriately low, and that the broad range of conduct that the statute encompasses, including menial facilitation by first time boat crew, means the statute will inevitably require imposition of sentences in some cases that are so manifestly disproportionate, unreasonable and unnecessary as to be arbitrary under Article 9(1).[p]

14. Legislatures have a vital role in setting maximum sentences and prescribing sentencing principles, including the power to set mandatory minimum sentences, and judges ordinarily must sentence accordingly. However it is ultimately the responsibility of the judiciary, and not the role of the legislative or executive branches of government, to pronounce individual sentences on individual offenders, taking the particular facts and personal circumstances into account. Mandatory minimum sentences may restrict judicial discretion when giving effect to this quintessentially judicial task, and when they do so in a manner that requires the court to impose an excessively disproportionate punishment, such as a manifestly unjust sentence, they may give rise to an unfair trial. For the reasons stated above with respect to article 9, the sentencing regime at issue thus may also implicate a defendant's right to a fair trial under article 14(1).[q]

---

[m] Senate Report, *supra*, Recommendation 1, para. 2.68; see also id. paras. 2.63-2.65.

[n] Government Response to the Senate Legal and Constitutional Affairs Legislation Committee Report, *Migration Amendment (Removal of Mandatory Minimum Penalties) Bill 2012* (Nov. 2012), at 3.

[o] Senate Report, *supra*, at 2.61.

[p] General Comment No. 35, para. 12. Cf. *R v. Smith*, 1 R.S.C. [1987], at 1087 (invalidating seven-year mandatory minimum sentence for drug crimes as cruel and unusual punishment under the Canadian Charter, on grounds that the broad scope of the conduct encompassed by the law made it "inevitable that, in some cases, a verdict of guilt will lead to the imposition of a term of imprisonment which will be grossly disproportionate").

[q] The author also claimed a violation of articles 14(1) and 14(5). It is important to underscore that in finding those claims inadmissible, the Committee noted that "the binding nature of statutory law does not *per se* amount to a violation of judicial independence" (emphasis added), and simply concluded that the author had not adequately substantiated such a violation here.

Annex III

Individual opinion of Committee member Sir Nigel Rodley (concurring)

I voted with the majority against finding the mandatory sentence incompatible with the Covenant with much uncertainty. The sentence was clearly unfair in the case of the author, but respect is due to a State party's aim of discouraging all types of complicity in people smuggling. Under the circumstances of the present case, the sentence cried out for the application of executive clemency or mercy, the non-resort to which did the State party no credit. Having read the persuasive dissents of Mr. de Frouville, Mr. Salvioli and Mr. Rodriguez-Rescia and of Ms. Cleveland, I am not sure that in a similar case, absent the humane exercise of clemency, I would vote the same way.