



## 人权事务委员会

委员会根据《任择议定书》第五条第 4 款通过的关于第  
2229/2012 号来文的意见\*、\*\*、\*\*\*

来文提交人:	Nasir (由新南威尔士大学金斯福德法律中心人权诊所代理)
据称受害人:	提交人
所涉缔约国:	澳大利亚
来文日期:	2012 年 10 月 24 日(初次提交)
参考文件:	特别报告员根据议事规则第 97 条作出的决定, 已于 2012 年 12 月 11 日转交缔约国(未以文件形式分发)
意见通过日期:	2016 年 3 月 29 日
事由:	对偷运人口的拘留和定罪
程序性问题:	未用尽国内补救办法; 提出的诉求证据不足; 受害者地位

\* 委员会第一百一十六届会议(2016 年 3 月 7 日至 31 日)通过。

\*\* 参加审议该来文的委员会委员有: 亚兹·本·阿舒尔、莱兹赫里·布齐德、莎拉·克利夫兰、奥利维耶·德弗鲁维尔、岩泽雄司、伊万娜·耶利奇、普蒂尼·帕扎尔奇兹、毛罗·波利蒂、奈杰尔·罗德利爵士、维克多·曼努埃尔·罗德里格斯-雷夏、费边·奥马尔·萨尔维奥利、迪鲁杰拉尔·西图辛格、安雅·塞伯特-佛尔、尤瓦尔·沙尼、康斯坦丁·瓦尔泽拉什维利和马戈·瓦特瓦尔。五名委员会委员签署的三份意见附于本意见之后。

\*\*\* 本文件附件不译, 原文照发。



实质性问题:	任意拘留, 公平审判, 任意或非法干涉家庭, 以及家庭保护
《公约》条款:	第九条第 1、第 3 和第 4 款、第十条第 1 款、第十四条第 1 款、第 3 款(丙)项和第 5 款、第十七条第 1 款和第二十三条第 1 款
《任择议定书》条款:	第一条、第二条和第五条第 2 款(丑)项

1. 来文提交人 Nasir 是印度尼西亚公民。他声称澳大利亚侵犯了他根据《公约》第九条第 1、第 3 和第 4 款、第十条第 1 款、第十四条第 1 款、第 3 款(丙)项和第 5 款、第十七条第 1 款和第二十三条第 1 款享有的权利。提交人有人代理。《任择议定书》于 1991 年 12 月 25 日对缔约国生效。

### 提交人陈述的事实

2.1 提交人 1970 年生于印度尼西亚苏门答腊岛的廖内省, 小学教育程度。他在印度尼西亚做渔夫, 每天收入不到 2 美元, 要养活妻子和两个女儿。这一收入并不总能满足家庭的基本生存需要。2010 年初, 一名男子在街上与提交人接触, 给了他一笔相当于 731 美元的钱, 让他做船上的厨师, 他接受了。2010 年 2 月 28 日, 提交人乘坐一条载有 49 人的船只印度尼西亚, 其中包括 46 名阿富汗寻求庇护者和 3 名印度尼西亚船员。提交人的工作是做饭, 有一次他还在晚上开了一次船。

2.2 2010 年 3 月 10 日, 澳大利亚当局发现了澳大利亚水域中的这条船, 并将提交人带到圣诞岛移民和处理中心, 在那里他被拘留了一个星期, 然后被转到北部地区的达尔文移民拘留中心。

2.3 2010 年 5 月 6 日, 总检察长签发了针对提交人的“刑事司法停留证”。<sup>1</sup> 依照停留证将个人留在澳大利亚——以及在移民拘留中拘留——的时间不限, 以便调查和起诉刑事犯罪。并无具有管辖权的法院或行政机构在任何阶段对根据停留证实施拘留的程序或合理性进行审查, 似乎也不对停留证进行任何系统的内部行政审查。<sup>2</sup>

<sup>1</sup> 根据 1958 年《澳大利亚移民法》第 147 条, “如果一个非法的非公民将被(…)驱逐或递解出境, 而总检察长认为, 为了(…)与违反英联邦法律的某项犯罪有关的刑事司法目的, 该非公民应暂时留在澳大利亚, 则总检察长可颁发为刑事司法目的需暂停将该非公民驱逐或递解出境的证明。”

<sup>2</sup> 见《移民法》第 250 条。

2.4 提交人共被拘留了 146 天，而未受到任何指控。在此期间，没有告诉对他实施拘留的理由或期限，或与印尼领事馆联系的可能性。他与妻子的联系非常有限，因为电话费很高。在他被拘留了 110 天之后的 2010 年 6 月 29 日，他首次获得了昆士兰法律援助署提供的法律援助。根据 1958 年《澳大利亚移民法(英联邦)》，可在移民拘留中心无限期拘留非公民，以便调查和起诉刑事犯罪，而对这些拘留不可能进行司法审查或行政监督。<sup>3</sup>

2.5 2010 年 8 月 3 日，提交人被控犯有《移民法》第 232A 条规定的严重偷运人口罪，<sup>4</sup> 并于第二天被转到教养所。2010 年 8 月 5 日，他被带到布里斯班治安逮捕法庭，并被还押候审。2011 年 12 月 2 日，昆士兰最高法院认定提交人有罪，并根据《移民法》第 233C 条的规定，判处他至少五年的强制性监禁，三年内不得假释。<sup>5</sup> 他就这一判决向昆士兰上诉法院提出上诉，该法院 2012 年 9 月 13 日驳回了他的上诉。

2.6 提交人称已用尽所有可用的有效补救办法。他的案件不允许直接上诉，因为一个人一旦根据《移民法》被定罪，任何法院都不能将刑期缩短到强制性最低限度以下。对强制性判刑规定提出的合宪性质疑极不可能成功，因为澳大利亚高等法院维护立法机构确定强制性判决的权力。在 *Palling 诉 Corfield* 案中，高等法院认为，对联邦罪名的强制性判决不违反司法权，也不违背权力分立原则。<sup>6</sup> 此外，由于高等法院认为，法院无权审查或推翻政府根据《移民法》作出的关于对某人实行移民拘留的决定，因此没有有效途径对根据《移民法》未经起诉而拘留的合法性提出质疑。曾多次向高等法院质疑根据《移民法》实施强制性拘留的立法计划，但都没有成功。此外，《移民法》第 474 条规定，根据该法作出的行政决定是最终决定，不得上诉。虽然高等法院认为第 474 条不适用于作出决定者犯“管辖错误”的情况，但这种情况与本案无关。

<sup>3</sup> 《澳大利亚移民法》第 189 条要求拘留任何涉嫌非法进入澳大利亚的人，第 250 条允许将该人继续拘留，直到其获得签证或被逐出澳大利亚。

<sup>4</sup> 当时，该法第 232A 条规定，“一个人组织或协助将一批 5 人或更多人带入或使其来到澳大利亚，或者进入或拟进入澳大利亚……而且未注意他们是否拥有或曾经拥有来澳的合法权利……则犯有可判处 20 年监禁或 2,000 个罚款单位或两项刑罚并处的罪行。

<sup>5</sup> 法官在判刑时指出，“如果不是有法定最低刑罚要求，我是不会按《罪行法》第 16A 条对你作出判决的，该条规定了法院在作出判决时必须考虑的从轻处罚情节，以确保判刑的严重程度与犯罪行为相称。”判刑法官评论说，她在提交人案件中本应考虑的因素包括：他在印度尼西亚极端贫困的情况；他以前从未犯过任何罪行；他对罪行表现出悔恨；他有良好的改造前景；判决可能对他的家庭造成巨大影响，632 天的拘留已经产生威慑效应；以及在审前事项上予以了合作等。

<sup>6</sup> *Palling 诉 Corfield* 案，澳大利亚高等法院，123 CLR 52(1970)。

2.7 提交人在整个被拘留期间，由于担心印度尼西亚的家人而倍受情绪困扰，因此给他开了安眠药，但没有提供心理咨询。由于他被长期拘留，不能再从经济上资助妻子，他的妻子改嫁了，几个女儿和祖母住在一起，没有电话，因此无法直接与她们联系。他把在监狱里挣的钱寄给她们，但因数额太少，不足以支付她们的基本生活费。

## 申诉

3.1 提交人称，根据一项能够无限期拘留的立法计划，他在没有受到指控的情况下被拘留了 146 天，这违反了《公约》第九条第 1 款，因为为调查和起诉犯罪而对他拘留这么长时间是没有必要的，给他和他的家人造成了不合理的影响。由于缺乏立即带见法官、获得法律援助、毫不拖延地进行审判以及就他的拘留提出质疑等方面的保障，因此对他的拘留是任意的。他指出，委员会曾认为，澳大利亚根据《移民法》强制拘留寻求庇护者产生了第九条所涉问题。<sup>7</sup>

3.2 提交人称，他在未经指控，也没有得到司法审查的情况下被拘留了 146 天，这违反了《公约》第九条第 3 和第 4 款。在拘留的前三个半月内他被剥夺了法律代表权，这也违反了第九第 4 款。2010 年 8 月 3 日被控犯罪之前，既没有向提交人告知拘留的依据，也没告知拘留期限，而且他无法与印尼领事馆取得联系。

3.3 他根据《公约》第九第 3 款和第十四条第 3 款在合理时间内受到审判的权利也受到侵犯，因为在定罪之前他被关押了 21 个月，尽管他的案件事实比较简单和典型。因此，这样的延误是没有道理的。

3.4 他根据第九条第 1 款享有的权利也受到侵犯，因为对他判处了与其个人实际情况不成比例、不适当和不公正的强制性最低刑罚。《移民法》规定的强制性最低刑罚政策对所有船员予以同样的惩罚，而不论其罪责如何。提交人只是船员助手(厨师)。他对这次活动知之甚少，没有参与组织这次旅行或引诱他人旅行。《澳大利亚移民法》没有区分航行组织者和船员，也不允许在判刑时考虑任何从轻处罚的因素或作出其他适当考虑。

3.5 提交人称，他根据《公约》第十四条第 1 款享有的获得公平审判的权利受到侵犯，因为法官对他判刑时无法行使独立判决权，导致判刑过重。所判的强制性刑罚与由独立和公正的法庭进行公平审判的权利相冲突，因为判决是由立法机关规定的，法官的所有酌处权都被剥夺。没有考虑从轻处罚的因素，如果不是法定要求，就不会判处过度和不成比例的监禁。

<sup>7</sup> 见 CCPR/C/AUS/CO/5, 第 23 段。

3.6 强制性刑罚取消了判刑的酌处权，并防止上诉法院在强制执行最低刑罚时改变刑罚，从而使对判决的任何司法审查都变得无效，这违反了《公约》第十四条第 5 款。

3.7 提交人称，由于他被拘留和无法支付昂贵的电话费而导致与家人的联系非常有限，并且被剥夺了对家人的收入和情感支持，这侵犯了他根据《公约》第十条第 1 款享受人道待遇和人格尊严得到尊重的权利。

3.8 最后，提交人声称违反了《公约》第十七条第 1 款和第二十三条第 1 款，因为在他被拘留期间，他的家人被剥夺了经济和情感上的支持。他的妻子改嫁，他与女儿的联系非常有限，女儿没有任何支持手段。虽然提交人是家庭收入的主要来源，但截至提交申诉时，他在两年半的拘留期间只向他们提供了共约 150 澳元的经济支持。

3.9 提请人请委员会要求缔约国：(a) 解除对他的拘留并将他送回印度尼西亚；(b) 赔偿他因根据《公约》享有的权利受到侵犯而遭受的伤害，包括失去自由、长期和任意拘留期间的情绪痛苦、丧失婚姻和对其受抚养人的伤害，以及收入损失；(c) 采取措施，在他返回印度尼西亚后促进他的身心康复、恢复和重返社会；(d) 向他公开道歉。还应要求缔约国修改《移民法》，特别是废除《移民法》中的强制性判刑条款，以及修改该法中的有关规定，列入未经指控而对涉嫌犯罪的非公民予以拘留的期限，并建立适当的拘留审查机制，使得能够就拘留的合法性向法院提出质疑，并在拘留的各个阶段获得法律援助。缔约国还应实施政策，确保今后不再发生类似的侵权行为，包括确保与偷运人口犯罪有关的非公民立即获得法律代表、口译以及与领事馆和家人取得联系的协助。

#### 缔约国关于可否受理和案情的意见

4.1 2014 年 1 月 28 日，缔约国提交了关于来文可否受理和案情的意见。缔约国还通知委员会，2013 年 3 月 8 日，提交人在其三年不得假释期满后被释放，同一天，他被移民和边境保护局从澳大利亚驱逐出境并返回印度尼西亚。

#### 可否受理

4.2 缔约国称，在提交人根据《公约》第九条第 1 款和第十四条第 1 和第 5 款提出的关于他被拘留和判处强制性最低刑罚的申诉方面，存在国内补救办法，因为提交人可以质疑相关法律规定的合宪性。高等法院最近的处理的事项 (Magaming 诉女王)<sup>8</sup> 证明，为提交人提供了这一选择。该案涉及一名被判犯有组织或协助将一批非法的非公民带到澳大利亚的罪行并判处强制性最低刑罚的人。该人声称，对他判处强制性最低刑罚违反了《宪法》，因为这种刑罚通过取消司法判决职能的一部分，将司法权力赋予政府行政部门，这是不应该的；此外，宪

<sup>8</sup> S114/2013 号案。

法规定的三权分立保障由于法院无法避免任意和任性的判决而被侵犯的自由。这与提交人关于违反《公约》上述规定的指控十分相似。虽然 *Magaming* 案中的合宪性质疑没有取得成功，但高等法院特许审理这一案件的事实表明，有一个问题需要裁决，并且存在可用的补救办法。

4.3 提交人称，根据第九条第 4 款，他本可以向澳大利亚联邦法院或高等法院申请人身保护令，以确定对其进行指控前拘留的合法性，而这两个法院如果认定他被非法拘留，本可将他释放。关于这一点，缔约国提出质疑，称即使根据刑事司法停留证被拘留的人申请人身保护令，法院也不能命令将其释放。缔约国称，如果拘留是非法的，法院可以命令释放根据停留证被拘留的人。提交人说不值得争取对他签发的停留证的司法审查，因为法院仅能以管辖错误为由进行审查，对此，缔约国指出，管辖错误是一种常用的、并且经常取得成功的审查理由。要满足用尽补救办法的要求，提交人必须争取司法审查，不论他在陈述中是否表示怀疑。

4.4 关于提交人代其家人根据《公约》第十条、第十七条第 1 款和第二十三条提出的关于她们因其被拘留而在印度尼西亚遭受的损失的索赔，缔约国称，根据《任择议定书》第一条，这些索赔按照属地理由不可受理，因为他的家人不受澳大利亚管辖。因此，这一事项超出了缔约国根据《公约》承担的义务的范围。此外，提交人的妻子或女儿并未授权代表她们提交来文，提交人也没有说明为什么她们不能给予这种授权。

4.5 关于根据《公约》第十条第 1 款提出的有关提交人的申诉，这些申诉不可受理，因为证据不足。提交人没有提供任何证据表明，就他自己的具体情况而言，他在拘留期间受到的待遇所达到的羞辱或人格受损程度超过了拘留本身。

#### 案情

4.6 对提交人的审前拘留最初是根据《移民法》为移民目的所需，后来则是为刑事司法目的所需。从他 2010 年 3 月 13 日到达圣诞岛，到 2013 年 3 月 8 日被澳大利亚遣返，提交人根据《移民法》受到移民拘留。自被指控刑事犯罪并被还押候审之日起，直到他离开澳大利亚，他同时还被刑事拘留，并被关押在刑事惩戒所。

4.7 为确定有违反《公约》第九条第 1 款的行为，提交人必须表明他被剥夺自由是非法的，这里的非法是指违反国内法，或者具有任意性，即拘留的具体情况不合理、不必要，或与寻求达到的目的不成比例。

4.8 缔约国称，提交人根据第九条第 1 款提出的关于他从 2010 年 3 月 13 日至 8 月 4 日遭到移民拘留的诉求是非法的，因为拘留系按照《移民法》的要求实施。关于任意性，委员会确认，对未经许可抵达人员的强制性拘留本身不是任意的。此外，委员会的判例并未表明拘留具体一段时间本身可被视为任意行为。决定性因素不是拘留的时间长短，而是拘留的理由是否合理。在上述期间对提交人的移民拘留是必要的，因为他没有进入或留在澳大利亚的有效签证。在 2010 年 5 月

6 日发出刑事司法停留证后，根据《移民法》，继续对提交人进行移民拘留是必要的，因为他是一名非法的非公民，在停留证生效期间，不能将其从澳大利亚遣返，因为为刑事司法目的，他必须呆在该国。如上所述，存在与提交人的移民拘留有关的审查机制。

4.9 同样，从 2010 年 8 月 4 日起到 2011 年 11 月 21 日开始对提交人进行审判，这段期间在刑事司法系统内对他的拘留也是合法的，不是任意的。2010 年 8 月 5 日，在被指控刑事犯罪后两天，他被法院还押候审。为使刑事司法系统处理这些指控，拘留是有必要的，并始终受到法院的监督和审查。

4.10 关于提交人在被判监禁之后的拘留，缔约国称，根据第九条第 1 款，对组织或协助将五名以上非公民带到澳大利亚的罪行规定的强制性最低刑罚是合理的，在本案情况下，对提交人拘留所判处的强制性最低期限，是合理而必要的，以达到惩罚提交人的合法目标，防止将来实施这种犯罪，因为这对寻求庇护者的生命构成严重风险，同时确保法院一贯适用与犯罪严重性相称的刑罚。对提交人的定罪是适当法律程序的结果，他有法律代理，并考虑了他的个人情况。在判刑中考虑了定罪之前对提交人的拘留，这说明顾及了他的个人情况。

4.11 对于提交人根据《公约》第九条第 3 款提出的、关于他被迅速带见法官的权利的申诉，缔约国认为，提交人在被移民拘留时，并不是因刑事指控而被逮捕或拘留。刑事司法停留证并不构成对他拘留的依据，2010 年 6 月 29 日与澳大利亚联邦警察的面谈也没有改变对提交人拘留的性质。继续对他实行拘留，是因为他没有有效的签证。对提交人的移民拘留因刑事调查之需而延长，警察进行调查所用的时间是合理的。如果他在澳大利亚是合法的，他在调查期间就不会被拘留。

4.12 2010 年 8 月 4 日，提交人被带到布里斯班监狱，并受到指控，第二天他接受了治安法官的审判，并被还押候审。因此，在他被指控刑事犯罪后，迅速对他进行了审理。

4.13 从提交人被指控到 2011 年 11 月 23 日被审判，共有 15 个月 19 天，期间案件得到积极管理，而且在本案情况下，这段时间也是合理的。<sup>9</sup> 因此，提交人关于审前拘留时间的指控没有根据。

4.14 对于提交人根据第九条第 4 款提出的他在被移民拘留期间质疑拘留合法性的权利受到侵犯的申诉，缔约国称，这种说法是毫无根据的。缔约国将第九条第 4 款中的“合法性”一词解释为根据国内法具有合法性，并认为《公约》条款并

<sup>9</sup> 缔约国解释说，2010 年 9 月 3 日，该事项被列为 2010 年 12 月 22 日要审查的案件。提交人的法律代理指出，需要对证人进行询问，并估计需要三天。连续三天的第一个日期定为 2011 年 4 月 11 日。提交人于 4 月份受审，2011 年 5 月 9 日向昆士兰最高法院提交了起诉书。法院提出将在 2011 年 9 月审判，但提交人的代理没有时间。审判于 2011 年 11 月 21 日开始，这是他的代理能够出庭的第一个日期，2011 年 12 月 2 日作出了一项裁决。

未表明“合法”的含义是指“符合国际法”或“非任意的”。此外，如缔约国关于用尽国内补救办法的意见所述，提交人可以要求对其拘留的合法性进行司法审查，如果拘留不符合法律，法院可以命令将他释放。

4.15 提交人声称他在 2010 年 6 月 29 日之前被剥夺了法律代理权，实际上与此相反，提交人知道他可在被拘留的较早阶段与法律代理联系，并以他自己的语言签署了一份通知，其中包含这方面的说明。

4.16 关于提交人根据第十条第 1 款提出的申诉，这些申诉不可受理，或者说毫无依据。提交人在移民拘留设施期间，能够随时与家人或印度尼西亚领事馆联系，并向他积极告知了这一点。在他达到圣诞岛后，协助他与家人进行了联系。他买了电话卡，特别是能够参加拘留设施内的现有方案和活动。在昆士兰惩教所，他可以像任何其他囚犯一样使用电话和邮政设施。

4.17 他能够利用在监狱期间收到的收入和补贴，往印度尼西亚打电话。昆士兰惩教所的记录显示，提交人共往印度尼西亚打了 135 次电话。<sup>10</sup> 看来，很难与他女儿联系的原因与澳大利亚的情况无关，而在于他只能通过打电话给住在离他们三个小时的城镇上的某个人来了解她们的消息。惩教所内有投诉机制，但他没有利用这些机制来联系他的家人、法律代理或他自行选择的其他人，或接受探视。

4.18 在提交人被移民拘留以及 2010 年 6 月 29 日与澳大利亚联邦警察面谈时，已向他告知，他可与印尼领事馆联系。他告诉警察不想联系领事馆，因为他已经和一名代理说过话了。<sup>11</sup>

4.19 提交人声称对他判处的最低强制性刑罚违反了《公约》第十四条第 1 款，对此，缔约国称，在提交人的案件方面没有干预司法机关的独立性或公正性，指控没有根据。在对被认定犯下这一罪行的人判刑时，法院有将其判处从 5 年监禁(3 年不得假释)的强制性最低刑罚到 20 年法定最高刑罚的酌处权。此外，在行使该酌处权时，法院须根据 1914 年《罪行法》第 16A(1)和(2)条所列的因素，考虑个人情况。通过设立刑事犯罪的法律，包括一系列可适用的刑罚，以及规定最低证据要求，例如强制性推定，是立法机关的合法职责。缔约国认为，如果对司法酌处权的立法限制不侵犯独立性的基本要素，即法官可在没有外部政治影响或压力的情况下自由形成对事实和法律的意见，这种立法就没有侵犯获得独立法院或法庭审判的权利。

4.20 关于根据第十四条第 3 款(丙)项就提交人立即获得审判的权利提出的申诉，缔约国称，由于其根据第九条第 3 款所提意见中陈述的理由，这些申诉没有根据。缔约国还说，在 2011 年 12 月 2 日的审判作出的决定和驳回其上诉的决定

<sup>10</sup> 缔约国提供了他在监狱期间收到的收入和补贴的详细情况。

<sup>11</sup> 更多详情见缔约国提交的材料。

(2012年9月13日)之间有9个月11天,这段时间不能被认为不合理。此外,对法院程序的审查证实,该事项中没有不正当的拖延。<sup>12</sup>

4.21 关于提交人根据第十四条第5款提出的申诉,缔约国认为,申诉没有根据。昆士兰上诉法院审议了是否有足够证据证明其中一个犯罪要素无可置疑,提交人是否注意到乘客有没有来澳大利亚的合法权利。法院审查了审判记录,并确定了从全部证据来看,陪审团是否可以确信提交人有罪。这样,按照第十四条第5款的要求,重新审议了该案的事实和法律层面。提交人选择不利用进一步的渠道向高等法院上诉。

4.22 关于提交人根据第十七条第1款和第二十三条提出的申诉,缔约国称申诉没有根据。囚犯由于监禁而必然与家人分离,这种分离是对犯有刑事罪行实施的必要和正常惩罚的一部分,因此不构成对家庭的任意干涉。由于一个人的家人住在另一国而造成的任何困难均不在澳大利亚政府的管辖和控制之下。同样,如果提交人声称他由于妻子再婚而受到伤害,这是一个私人事件,与目前的申诉无关。

4.23 第二十三条第1款并不要求澳大利亚因可能影响罪犯在外国的家庭关系而豁免对被定罪的罪犯判处的合法刑罚,例如监禁。这些是澳大利亚义务和管辖权以外的私人事务。

### 提交人对缔约国意见的评论

5.1 提交人在2014年11月24日就可否受理和案情提出了评论。

#### 可否受理

5.2 缔约国指出,在提交人根据《公约》第九条第1款和第十四条第1和第5款提出的关于其拘留和强制性最低刑罚的申诉方面,存在国内补救办法,对此,提交人称,向高等法院提出的上诉没有合理成功的可能。在提交人向昆士兰刑事上诉法院提出的上诉失败的时候, *Magaming* 案尚未给予特许,而关于强制性最低刑罚问题的所有判例表明,合宪性质疑不会取得成功。60多年来,高等法院一直维护强制性最低刑罚的国内合宪性,并决定在这种情况下不给予上诉的特别许可。无论如何,通过驳回对《移民法》的合宪性质疑, *Magaming* 案的裁决只能证明提交人没有合理成功的可能。此外,提交人向昆士兰上诉法院提出的上诉于2012年9月13日被驳回,他的不得假释期将于2013年3月8日到期。因此,高等法院的任何最终裁决都将在他服完刑之后提出,因而是没有意义的。

5.3 缔约国关于提交人本可根据第九条第4款就他的审前拘留申请人身保护令的说法没有根据。这种补救办法取决于法院裁定对提交人的拘留是毫无根据的,并且根据国内法是非法的。但提交人并没有声称对他的拘留不符合国内法,而是

<sup>12</sup> 关于诉讼程序的更多详情见缔约国提交的材料。

这种拘留根据《公约》具有任意性。如果国内法的其他规定允许这种拘留，则根据澳大利亚法律，以任意性为由质疑拘留没有任何宪法或其他依据。申请人身保护令将是徒劳的。

5.4 提交人还称，事实已证明澳大利亚不愿纠正这种侵权行为，从而使用尽规则不适用。

5.5 关于他根据《公约》第十、第十七和第二十三条提出的申诉，提交人指出，他没有代表家人提出这些申诉，而是说他本人根据这些规定享有的权利遭到侵犯。他的家人在澳大利亚以外，这一事实并不能否定缔约国根据所援引的条款尊重他的权利的义务，因为他本人在缔约国管辖之下。此外，提交人从未表示代其家人提出申诉。他的申诉涉及违反了他本人的家庭权。

5.6 提交人称，根据《公约》第十条第 1 款提出的申诉证据确凿，因为他在澳大利亚被拘留的整个期间没有与子女联系。他往印度尼西亚打电话的次数并不能证明电话打通了或者电话量足够。

#### 案情

5.7 关于他根据第九条第 1 款提出的申诉，提交人指出，对他实施的强制性移民拘留虽然根据国内法是合法的，但是不符合合理性、必要性和相称性标准，因此是任意的。对他的拘留适用的是“广泛类别的强制性规则”，而不是考虑他的个人情况，这违反了委员会的要求。刑事司法停留证是在他被拘留近两个月后发出的，与警察的面谈不能证明他的个人情况得到了考虑。此外，没有考虑为实现同样的目的采用侵犯性较小的手段，如规定报到义务，也没有对提交人的拘留进行定期审查。

5.8 关于强制性最低刑罚，提交人指出，刑罚的任意性虽然不能等同于“违反法律”，但必须更广泛地解释为包括不适当和不公正等要素。考虑到他的个人情况、罪行的严重性和对他进行惩罚和威慑的目的，对他作出的判决既不合理也不成比例。《移民法》第 232A 条将一系列广泛的活动和个人定为刑事犯罪，包括将非公民带入澳大利亚的整个行动的组织者，以及参与程度很小或没有共同参与、而且在受雇时往往并不知道旅行目的的厨师和助手。根据总检察长办公室就 2012 年 2 月 22 日关于废除强制性最低刑罚的调查提交的材料，被判犯有该罪行的 228 人中，只有 5 人是偷运组织者。提交人指出，在本案情况下，对他的判决显然是不合理、不相称和不公正的，因为它不符合判刑法官指出的惩罚、改造和威慑的目的。<sup>13</sup> 在考虑一项判决是否不成比例时，一般的威慑并不相关，而在

<sup>13</sup> 判刑法官指出：“你已被监禁了 632 天，在此期间，你的家人陷入了贫困。因此，就对你产生更大威慑而言，监禁刑罚已经没有必要。……我认为你已经受到了充分的惩罚。但是，我必须对你判处进一步的监禁，以履行我在法律上的义务。”

提交人的案件中，如判刑法官所指出的，他的监禁所起的威慑作用可以忽略。<sup>14</sup>

5.9 关于他根据第九条第 3 款提出的申诉，提交人认为，为了进行刑事司法程序，他于 2010 年 3 月 10 日被拘留，但直到 2010 年 8 月 5 日才出庭受审，共延误 149 天，这违反了《公约》第九条第 3 款。根据 1992 年《刑罚和判决法》第 159A 条，只有“犯罪人因为刑事诉讼被羁押”时，审前拘留才能作为最终判决的一部分，而“没有其他理由”。2010 年 5 月 6 日签发的停留证也表明，自该日起，他留在澳大利亚的唯一目的是进行刑事诉讼。因此，提交人当时有权立即被带见法官，但却一直拖到 92 天后。维护这一权利特别重要，因为提交人不能对停留证提出质疑，根据《移民法》第 474 条，它属于“排除条款决定”，因此不能被质疑或推翻。

5.10 此外，从他被拘留到 2011 年 11 月 23 日审判开始之间有 20 个月，这段时间不能被认为是合理的，尽管他的代理造成了小的延误。即使将他为刑事司法目的而被拘留的日期视为从 2010 年 5 月 6 日开始，则审判开始之前过去的 18 个月也是不合理的。一个人从被指控到审判的整个期间都被羁押，这违反了第十四条第 3 款(丙)项和第九条第 3 款。

5.11 关于根据第九条第 4 款提出的申诉，提交人重申，任何司法审查都会只限于拘留是否合法性的问题(这点无可争议)，而不可能提出他被拘留的任意性问题。

5.12 关于他根据《公约》第十条第 1 款提出的申诉，提交人指出，缔约国没有考虑到他的个人情况，包括往印度尼西亚打电话的困难和费用，从而确保他与家人通信的权利。虽然他在 2010 年 3 月 19 日到达圣诞岛时，曾帮他给家人打了电话，但他不得不支付以后的所有电话，尽管费用很高。他不得不在用他在监狱里挣的钱养家和试图与他们保持联系之间取得平衡。澳大利亚应为他提供不同的通信设施，以便他能够以可承受的价格与家人定期沟通。此外，他不知道可在监狱中使用投诉机制。必须结合他不会说英语或用英语阅读的事实来考虑使用这些机制的能力。

5.13 关于他根据第十四条第 1 款提出的申诉，提交人同意强制性最低刑罚本身不违反第十四条第 1 款。但是，本来文所述的强制性最低刑罚构成了违反，因为罚与罪严重不成比例，在许多案件中，它们取消了法院判处相称刑罚的权力，这与独立公正的司法机关的职能不一致。

5.14 提交人坚持他根据第十四条第 5 款提出的申诉。尽管初审法官承认刑与罪不成比例，但是上诉不可能减少原判决的刑期。

<sup>14</sup> 判刑法官还指出，“显然，雇用像你这样的人的那些人会再到另一个村庄雇人，因为他们完全将你视为一个牺牲品，在没有报纸或现代通讯手段的小村庄里，人们是不可能听说澳大利亚法院判处的刑罚的”。

5.15 提交人还坚持他关于《公约》第十七条和第二十三条的申诉。必须适当调整拘留条件，包括与囚犯家人联系的机制，以便使外国国民能够享有家庭权。打电话或寄信的正常机制可能适合国内囚犯，但不适合外国人。缔约国不能以合法的国家利益作为违反第十七条和第二十三条的理由。相反，必须适当考虑到个人与家人分离所造成的影响。

## 委员会需处理的问题和议事情况

### 审议可否受理

6.1 在审议来文所载的任何申诉之前，委员会必须根据议事规则第 93 条，决定该申诉是否符合《任择议定书》规定的受理条件。

6.2 按照《任择议定书》第五条第 2 款(子)项的要求，委员会已确定同一事项不在另一国际调查或解决程序的审查之中。

6.3 委员会注意到缔约国辩称，就提交人关于强制性最低刑罚违反《公约》第九条第 1 款和第十四条第 1 和第 5 款的申诉而言，没有用尽国内补救办法，因为提交人可以质疑有关立法条文的合宪性。提交人就此指出，从高等法院长期以来的判例看，对强制性最低刑罚的合宪性质疑没有合理的成功可能，因为他向昆士兰刑事法院上诉提起的上诉败诉时，高等法院确认了强制性最低刑罚的有效性。此外，Magaming 案也证实了这一判例。鉴于这种判例，委员会得出结论认为，向高等法院提出的宪法质疑确实没有成功的希望，并认为根据《任择议定书》第五条第 2 款(丑)项，受理该申诉没有任何障碍。

6.4 提交人称，在未经司法审查的情况下对他进行的 146 天诉前羁押违反了《公约》第九条第 4 款，关于这一申诉，缔约国也称没有用尽国内补救办法，因为提交人可向澳大利亚联邦法院或高等法院申请人身保护令，质疑他被拘留的合法性。提交人就此指出，补救办法依赖于法院根据国内法裁定拘留为非法；但重要的问题不是拘留根据国内法是否合法，而是是否具有任意性；在澳大利亚，没有质疑这种拘留任意性的法律基础。委员会认为，缔约国没有证明在提交人就他被拘留的任意性提出的申诉方面，存在有效的补救办法。因此，委员会认为，根据第五条第 2 款(丑)项，它可以审查该申诉的案情。

6.5 提交人称，澳大利亚的拘留条件，特别是与在印度尼西亚的家人保持经常电话联系方面的困难，侵犯了他根据《公约》第十条第 1 款、第十七条第 1 款和第二十三条第 1 款享有的权利，关于这一点，委员会确认《联合国囚犯待遇最低限度标准规则》所承认的被剥夺自由者能与家人定期联系的重要性。但委员会认为，提交人不能与家人保持联系在很大程度上是由并不能归咎于缔约国的情况所造成的，例如提交人的女儿生活在一个通电话非常困难的村子里。此外，这种无法联系部分也是由监禁本身造成的。因此，委员会认为，这些申诉证据不足，不符合受理条件，根据《任择议定书》第二条宣布该申诉不可受理。

6.6 提交人称，强制性刑罚侵犯了他根据第十四条第 1 和第 5 款享有的权利，因为法官无法在确定刑罚时行使独立审判权，关于这一点，委员会注意到缔约国指出，通过设立刑事犯罪的法律，包括一系列可适用的刑罚，是立法机关的合法职责。法官可在没有外部政治影响或压力的情况下自由形成对事实和法律的意见。委员会回顾，独立性的要求是指司法部门不受行政部门和立法机关政治干预的实际独立性，而且有必要保护法官不受利益冲突和恐吓之影响。<sup>15</sup> 委员会注意到，成文法的约束性本身并不等于违反了司法独立性。委员会还注意到，提交人并未声称受到行政或立法部门的外部政治干预或压力，也没有称判刑法官根据《移民法》第 233C 条的要求对他判处至少五年监禁(三年不得假释)时受到恐吓。因此，委员会认为，这项申诉证据不足，不符合受理条件，根据《任择议定书》第二条宣布该申诉不可受理。

6.7 鉴于上述情况，委员会宣布就根据《公约》第九条第 1、第 3 和第 4 款及第十四条第 3 款(丙)项提出的申诉而言，来文可以受理。

### 审议案情

7.1 人权事务委员会依照《任择议定书》第五条第 1 款规定，结合各当事方提供的所有书面资料审议了本来文。

#### 关于提交人诉前拘留的申诉

7.2 委员会注意到，提交人称他在未经指控、未被带见法官、也不可能寻求司法审查的情况下被拘留了 146 天，并有 110 天无法获得法律援助，这侵犯了他根据《公约》第九条第 1、第 3 和第 4 款享有的权利。缔约国辩称，对提交人的移民拘留在整个期间是必要的，因为他没有进入澳大利亚或在澳大利亚停留的有效签证。此外，在 2010 年 5 月 6 日对他签发刑事司法停留证后，就不能将他从澳大利亚遣返，因为他需在该国进行刑事诉讼程序。

7.3 委员会回顾，移民控制程序中实行的拘留本身不属于任意拘留，但拘留必须是根据有关情况决定的合理、必要、适当的拘留，并随着时间的延续进行重新评估。<sup>16</sup> 委员会还回顾，第九条第 4 款规定任何因逮捕或拘留而被剥夺自由的人有权向法院提起诉讼，以便法院能够及时就拘留的合法性作出决定，对案件的裁决必须尽快进行。<sup>17</sup>

<sup>15</sup> 见委员会关于在法庭和裁判所前一律平等和获得公正审判的权利的第 32 号一般性意见(2007 年)，第 19 段。

<sup>16</sup> 见委员会关于人身自由和安全的第 35 号一般性意见(2014 年)，第 18 段。

<sup>17</sup> 同上，第 47 段。另见第 1973/2010 号来文，Griffiths 诉澳大利亚，2014 年 10 月 21 日通过的意见，第 7.5 段。

7.4 在本案中，委员会注意到，从 2010 年 3 月 13 日至 8 月 4 日，提交人在未被正式指控的情况下，被强制性移民拘留近五个月。缔约国没有解释为什么在对提交人提出刑事指控之前花了差不多五个月的时间。委员会还注意到，在这一期间，提交人被剥夺了使其能对拘留的任意性提出质疑的法律保障。缔约国称，第九条第 4 款中的“合法性”一词应解释为根据国内法是合法的，对此，委员会回顾其长期判例，即根据第九条第四款对拘留的合法性进行司法审查不仅局限于拘留要遵守国内法，而且包括如果拘留不符合《公约》的规定，特别是第九条第 1 款的规定，可以下令释放。<sup>18</sup> 由于所有这些原因，以及缔约国没有作出进一步的解释，委员会认为，提交人在这段时间受到的拘留没有理由，是任意的，违反了《公约》第九条第 1 款，并且不能向法院提出质疑，违反了《公约》第九条第 4 款。

7.5 关于提交人根据第九条第 3 款提出的他没有被及时带见法官的申诉，委员会注意到缔约国称，提交人因移民目的而被拘留时，并未因刑事指控而被逮捕或拘留；刑事司法停留证并不构成拘留他的依据，2010 年 6 月 29 日与警方的面谈没有改变提交人被拘留的性质，而且延长提交人的移民拘留是由于需要进行刑事调查，警方调查所用的时间是合理的。但委员会回顾，任何因刑事指控被逮捕或拘留的人，应依照第九条第 3 款被迅速带见法官或其他经法律授权行使司法权力的官员，即便是在正式指控确定之前，这一要求也适用，只要有人因为被怀疑进行犯罪活动被捕或被拘禁。<sup>19</sup> 委员会注意到，在这方面，根据 1958 年《澳大利亚移民法》第 147 条，如果总检察长认为非法的非公民应暂时留在澳大利亚，以便就犯罪行为进行刑事诉讼，则其可以签发刑事司法停留证。有鉴于此，委员会认定，从 2010 年 5 月 6 日签发停留证之时起，提交人为了刑事司法目的而被移民拘留，没有被立即带见法官或其他经法律授权行使司法权力的官员。出于这些原因，委员会认为，提交人根据第九条第 3 款享有的权利遭到侵犯。

#### 关于诉讼期间的申诉

7.6 委员会注意到提交人称，他根据《公约》第九条第 3 款和第十四条第 3 款(丙)项在合理时间内受到审判和不被无故拖延的权利遭到侵犯，因为在本案中，从他被指控到审判有 15 个月——从他被拘留到审判有 21 个月——这是不合理的。缔约国指出，这一期间是合理的，以便为刑事调查和司法程序留出足够的时间，而且案件得到了积极管理。缔约国还表示，提交人的代理造成了一些司法延误，他们

<sup>18</sup> 见第 1069/2002 号来文，Bakhtiyari 诉澳大利亚，2003 年 10 月 29 日通过的意见，第 9.4 段，以及第 1255/2004 号、第 1256/2004 号、第 1259/2004 号、第 1260/2004 号、第 1266/2004 号、第 1268/2004 号、第 1270/2004 号和第 1288/2004 号来文，Shams 等人诉澳大利亚，2007 年 7 月 20 日通过的意见，第 7.3 段。

<sup>19</sup> 见第 35 号一般性意见，第 32 段，以及第 1128/2002 号来文，Marques de Morais 诉安哥拉，2005 年 3 月 29 日通过的意见，第 6.3 和 6.4 段和第 1096/2002 号来文，Kurbanova 诉塔吉克斯坦，2003 年 11 月 6 日通过的意见，第 7.2 段。

在最初确定的审判日期无法出庭，直到 2011 年 11 月 21 日审判开始时才有时间。对此提交人没有提出异议。委员会认为，卷宗中的资料使其无法得出以下结论：就本案情况来看，提交人在审判前被拘留的时间是不合理的，或者司法程序遭到不正当的拖延。因此，委员会认为，就来文的这一部分而言，现有事实并未显示违反了《公约》第九条第 3 款和第十四条第 3 款(丙)项。

#### 关于强制性最低刑罚的申诉

7.7 关于提交人就《移民法》规定的强制性最低刑罚提出的申诉，委员会注意到缔约国称，提交人被判处强制性最低刑罚是为了实现对他予以惩罚的合法目标所需，强制性最低刑罚作为对偷运人口犯罪的一般威慑，是有必要的，并确保法院一贯判处与犯罪严重性相称的刑罚。委员会还注意到，缔约国指出，提交人被判犯有的严重偷运人口罪对寻求庇护者的生命构成严重危险，最低刑罚与这一罪行的严重性相称。提交人则任务，根据他的情况，对他判处五年监禁且三年内不得假释显然是不合理、不相称和不公正的。委员会回顾，第九条明确承认个人可因刑事指控而被拘留，《公约》与刑事案件判决的各种办法是一致的。被判刑犯人的刑期应按照国内法管理。<sup>20</sup> 委员会还回顾，没有充分解释、没有独立的程序性保障而对轻罪实行的严厉监禁惩罚属于任意。<sup>21</sup> 委员会注意到，在本案中，提交人因严重的偷运人口罪受到昆士兰最高法院审判并被判有罪。他被定罪并被判处这项罪行的强制性最低刑罚，即五年监禁(三年不得假释)。法定的最高刑罚是 20 年监禁。委员会还注意到缔约国称(而且提交人没有表示异议)，在判刑时已将提交人的定罪前拘留考虑在内，2013 年 3 月 8 日，提交人在三年不得假释期期满后被释放。在这些情况下，考虑到对提交人的定罪是正当法律程序的结果，并且他在这一程序中有法律代理，委员会无法断定他的刑事拘留时间是任意的，因此得出结论认为，其中并未显示违反了《公约》第九条第 1 款。

8. 委员会根据《任择议定书》第 5 条第 4 款行事，认为现有事实显示缔约国违反了《公约》第九条第 1 款、第 3 款和第 4 款。

9. 根据《公约》第二条第 3 款(甲)项规定，缔约国有义务给予提交人有效的补救。这要求缔约国向《公约》权利受到侵犯的个人提供充分赔偿。因此，缔约国有义务除其他外向提交人提供适当的赔偿。缔约国还有义务采取措施，防止今后发生类似的侵权行为。

<sup>20</sup> 见第 35 号一般性意见，第 14 和第 20 段。

<sup>21</sup> 同上，第 14 段，以及第 1189/2003 号来文，Fernando 诉斯里兰卡，2005 年 3 月 31 日通过的意见，第 9.2 段和第 1373/2005 号来文，Dissanayake 诉斯里兰卡，2008 年 7 月 22 日通过的意见，第 8.3 段。

10. 缔约国加入《任择议定书》即已承认委员会有权确定是否存在违反《公约》的情况，而且缔约国也已根据《公约》第二条规定承诺确保在其领土内和受其管辖的一切个人享有《公约》承认的权利，并承诺如违约行为经确定成立，即予以有效且可强制执行的补救。鉴此，委员会希望缔约国在 180 天内提供资料，说明采取措施落实委员会《意见》的情况。此外，还请缔约国公布本意见并广为传播。

## 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<sup>a</sup>. 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.»<sup>b</sup>

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<sup>c</sup> 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,

<sup>a</sup> V. notamment les notes n°s 4 et 5 des présentes constatations.

<sup>b</sup> A/55/40 (vol. I), §§ 522-523.

<sup>c</sup> [http://www.aph.gov.au/Parliamentary\\_Business/Committees/Senate/Legal\\_and\\_Constitutional\\_Affairs/Completed\\_inquiries/2010-13/migrationamendment2012/index](http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Legal_and_Constitutional_Affairs/Completed_inquiries/2010-13/migrationamendment2012/index).

et notamment ses articles 9 et 14<sup>d</sup>. 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 l'égalité 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<sup>e</sup> ont été conduites à sanctionner ce type de régime qui conduit de toute évidence à des

<sup>d</sup> 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](http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Senate/Legal_and_Constitutional_Affairs/Completed_inquiries/2010-13/migrationamendment2012/submissions).

<sup>e</sup> 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 », *AJP éral*, 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](https://www.senat.fr/lc/lc165/lc165_mono.html).

résultats injustes et dont les effets dissuasifs n'ont par ailleurs jamais été prouvés. Il est 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<sup>f</sup>.

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'individualisation, de proportionnalité et de nécessité des peines pénales<sup>g</sup> 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<sup>h</sup>. 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

<sup>f</sup> 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 conclu 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. »

<sup>ne</sup> 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 ».

<sup>h</sup> 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.

manque de prévisibilité et le non-respect des garanties judiciaires, ainsi que les principes du caractère raisonnable, de la nécessité et de la proportionnalité »<sup>i</sup>

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<sup>j</sup>. 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<sup>k</sup>. 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.

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

<sup>j</sup> 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. »

<sup>k</sup> 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<sup>a</sup> 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"<sup>b</sup>. Such sentences thus can deprive a court of the ability to adequately take into account the culpability of a particular defendant in imposing sentence<sup>c</sup>. For these reasons, the Committee consistently has found mandatory death sentences to be arbitrary under article 6(1) of the Covenant<sup>d</sup>.

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<sup>e</sup>. 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).<sup>f</sup> 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

<sup>a</sup> 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.

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

<sup>c</sup> 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").

<sup>d</sup> *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.

<sup>e</sup> See, e.g. *Thompson, supra* (separate opinion of Mr. Kretzmer, et al.), para. 8.

<sup>f</sup> 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,<sup>g</sup> including specifically with respect to Australia.<sup>h</sup>

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<sup>i</sup>, 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

<sup>g</sup> 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.

<sup>h</sup> 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).

<sup>i</sup> 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.

length of the sentence she considered appropriate. The fact that the captain of the ship was *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)<sup>j</sup> 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.<sup>k</sup>

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

<sup>j</sup> 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).

<sup>k</sup> 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" ).

crew,<sup>1</sup> the Senate Committee recommended that the State party review the operation of the 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.<sup>m</sup>

12. The government publicly stated that it supported this recommendation and took steps to implement it.<sup>n</sup> 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."<sup>o</sup>

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).<sup>p</sup>

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).<sup>q</sup>

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>m</sup> Senate Report, *supra*, Recommendation 1, para. 2.68; see also *id.* paras. 2.63-2.65.

<sup>n</sup> 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.

<sup>o</sup> Senate Report, *supra*, at 2.61.

<sup>p</sup> 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" ).

<sup>q</sup> 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.

---