REPUBLIC OF KENYA

KENYA LAW
THE NATIONAL COUNCIL FOR LAW REPORTING
Where Legal Information is Public Knowledge

**JAMHURI YA KENYA**

**KATIKA MAHAKAMA YA HAKIMU MKUU SHANZU**

**KESI YA JINAI NO. E651 YA 2021**

**JAMHURI..................................................................UPANDE WA MASHTAKA**

**DHIDI YA**

**TESFAWORK ERMIAS DOGSO.........................MTUHUMIWA WA KWANZA**

**JAMAL SALMAN ABDU..............................................MTUHUMIWA WA PILI**

**UAMUZI**

**MAOMBI**

Tesfawork Ermias Dogso na Jamal Salman Abdu (baadaye watajulikana kama watuhumiwa wa kwanza na wa pili mtawalia) walisomewa mashtaka katika kesi hii mnamo 4/5/2021. Wote wanashtakiwa kwa pamoja makosa ya Kughushi kinyume na kifungu cha 350 cha kanuni ya Adhabu, Kushindwa kutekeleza agizo la afisa wa uhamiaji kinyume na kifungu cha 53 (1) (c) kama inavyosomwa na kifungu cha 53 (2) cha Sheria ya Uraia wa Kenya na Uhamiaji na Kuwepo Kenya kinyume cha sheria kinyume na kifungu cha 53 (1) (j) kama inavyosomwa na kifungu cha 53 (2) cha Sheria ya Uraia wa Kenya na Uhamiaji. Mara tu baada ya kusomewa mashtaka, upande wa mashtaka ulipinga kuachiliwa kwao kwa dhamana na kuomba muda wa kuwasilisha hati ya kiapo kuunga mkono ombi lao la kupinga dhamana. Upande wa mashtaka uliwasilisha hati ya kiapo mnamo 5/5/2021. Kiapo cha kujibu kilichoapishwa na mtuhumiwa wa kwanza kiliwasilishwa mnamo 6/5/2021. Maombi yalibishaniwa mnamo 7/5/2021. Washiriki wa kesi walitoa mawasilisho ya mdomo kuunga mkono nafasi zao.

**HOJA KUU YA KUAMUA**

Suala kuu la uamuzi ni ikiwa upande wa mashtaka umewasilisha kesi ya kuidhinisha kunyimwa dhamana kwa watuhumiwa.

**MAWASILISHO YA UPANDE WA MASHTAKA**

Bwana Mugo, wakili msomi wa Mashtaka alipinga kuachiliwa kwa watuhumiwa kwa dhamana. Alitegemea hati ya kiapo iliyotajwa hapo juu. Upande wa mashtaka ulitoa maoni ambayo ingekuwa sehemu ya ushahidi unaotarajiwa katika kesi hiyo. Nitapuuza sehemu hiyo ya mawasilisho. Wakili aliwasilisha kwamba kupinga kwao dhamana kulitokana na asili na uzito wa makosa, masilahi ya umma na kwamba watuhumiwa walikuwa na hatari ya kukimbia bila makazi ya kudumu. Ilijadiliwa na upande wa mashtaka kwamba watuhumiwa walikuwa wanakabiliwa na mashtaka mazito na kwa hivyo wanaweza kutoroka. Iliendelea kujadiliwa kuwa ni kwa masilahi ya umma kwamba noti bandia hazipaswi kuwa kwenye mzunguko. Upande wa mashtaka uliwasilisha kwamba watuhumiwa hawakuwa na mahali pa kudumu pa kukaa, kwa hivyo uwezekano wa kukimbia ulikuwa dhahiri. Kwamba wakati wa kukamatwa, watuhumiwa hawakuwa na hati zozote zinazoonyesha kuwa wao ni raia, watafuta hifadhi au wakimbizi na haikujulikana jinsi walivyoingia tena nchini na lini.

Mwendesha mashtaka aliwasilisha tena kwamba watuhumiwa hawana uhusiano wowote nchini Kenya wala biashara halali wala anwani. Kwamba kulikuwa na dalili kwamba mtuhumiwa wa kwanza alikuwa mwombaji wa hifadhi lakini bado hajaandikishwa kama mkimbizi wakati mshtakiwa wa pili hakuwa na hati. Upande wa mashtaka ulisema kwamba hata kama watuhumiwa wangeachiliwa kwa masharti magumu ya dhamana, wangehitaji hati ya usafiri kutoka kwenye eneo la korti kwenda mahali pengine pa kuwasitiri waomba hifadhi. Kwamba washtakiwa wangeweza tu kuachiliwa kwa UNHCR ili kufanya nia yao ya kubaki Kenya ijulikane. Upande wa mashtaka ulihimiza korti kuwaweka rumande watuhumiwa wakiwa chini ya ulinzi wakisubiri kusikilizwa kwa kesi na uamuzi wa kesi hiyo.

**UWASILISHAJI KWA NIABA YA WALIOTUHUMIWA**

Bwana Nyaribo, wakili msomi wa watuhumiwa alipinga ombi hilo. Wakili alisema kwamba kwa upande mmoja, upande wa mashtaka ulidai kwamba ikiwa watuhumiwa wataachiliwa, wanapaswa kupelekwa kwa UNHCR au kambi iliyotangazwa kwenye gazeti rasmi la serikali na kwa upande mwingine, upande wa mashtaka ulikuwa ukitaka mahakama iruhusu ombi lao. Watuhumiwa walitegemea hati ya kiapo cha kujibu na viambatisho na walisema kwamba nyaraka hizo hazikuwa zinapingwa na upande wa mashtaka. Kwamba watuhumiwa walipatikana na kadi za wakimbizi zilizotolewa na Serikali ya Kenya.

Iliwasilishwa kwa niaba ya watuhumiwa kwamba ulinzi wa wakimbizi umehakikishiwa na Kifungu cha 2 cha Katiba ambacho kinatambua sheria za kimataifa kama sehemu ya sheria za Kenya. Kwamba washtakiwa hawana hatari ya kukimbia. Upande wa utetezi uliwasilisha kwamba upande wa mashtaka ulithibitisha kuwa watuhumiwa walikuwa wakimbizi na kwa hivyo, wanapaswa kupewa nafasi ya kuipiga kampeni kesi yao. Kwamba watuhumiwa wana njia au uwezo wa kukaa popote ndani ya Jamhuri ya Kenya kama inaweza kuamriwa na korti.

**JIBU KUTOKA UPANDE WA MASHTAKA**

Kwa kujibu, Bwana Mugo alihimiza korti kuzingatia vifungu vya Sheria ya Wakimbizi maana watuhumiwa walikua wametambua kwamba wao ni watafuta hifadhi. Upande wa mashtaka ulishikilia kwamba mtuhumiwa wa pili hakuwa na nyaraka kwani hakuna iliyoonyeshwa. Upande wa mashtaka uliitaka korti kuruhusu maombi yao.

**UCHAMBUZI NA UAMUZI**

Nimezingatia maombi kwa uangalifu na kuzingatia maoni yaliyowasilishwa na wahusika. Msingi wa kikatiba wa sheria ya Dhamana unapatikana katika kifungu cha 49 (1) (h) cha Katiba kinachotoa hivi:

> ***"Mtu aliyekamatwa ana haki -***
>
> ***kuachiliwa kwa dhamana, kwa masharti yenye busara, akisubiri kushtakiwa au kusikilizwa kwa kesi, isipokuwa kama kuna sababu za kulazimisha kutotolewa. "***

Katiba chini ya kifungu cha 29 inaelezea, pamoja na mambo mengine, kwamba kila mtu ana haki ya uhuru na usalama wa mtu, ambayo ni pamoja na haki ya kutopokonywa uhuru kiholela au bila sababu ya haki.

Vifungu vifuatavyo vya Katiba ya Kenya pia vinafaa. Kifungu cha 20 kinatoa sehemu kama ifuatavyo:

> ***"(1) Muswada wa Haki unatumika kwa sheria zote na unalazimu vyombo vyote vya Serikali na watu wote.***
>
> ***(2) Kila mtu atafurahia haki na uhuru wa kimsingi katika Muswada wa Haki kwa kiwango kikubwa zaidi kinacholingana na hali ya haki au uhuru wa kimsingi.***
>
> ***(3) Katika kutumia kifungu cha Muswada wa Haki, mahakama ita-***
>
> > ***(a) kuendeleza sheria kwa kiwango ambacho haitoi haki au uhuru wa kimsingi; na***
> >
> > ***(b) kupitisha tafsiri ambayo inapendelea zaidi utekelezaji wa haki au uhuru wa kimsingi.***
>
> ***(4) Katika kutafsiri Muswada wa Haki, korti, mahakama au mamlaka nyingine itakuza—***
>
> > ***(a) maadili ambayo yanategemea jamii iliyo wazi na ya kidemokrasia inayotegemea utu wa binadamu, usawa na uhuru; na***
> >
> > ***(b) nia, dhamira na malengo ya Muswada wa Haki. "***

Kifungu cha 24 kinatoa sehemu kama ifuatavyo:

> ***"(1) Haki au uhuru wa kimsingi katika Muswada wa Haki hautazuiliwa isipokuwa kwa sheria, na kisha tu kwa kiwango ambacho upungufu huo ni wa busara na wa haki katika jamii iliyo wazi na ya kidemokrasia inayotegemea utu wa binadamu, usawa na uhuru kwa kuzingatia mambo yote muhimu, pamoja na-***
>
> ***(a) asili ya haki au uhuru wa kimsingi;***
>
> ***(b) umuhimu wa kusudi la upungufu huo;***
>
> ***(c) asili na kiwango cha upungufu huo;***
>
> ***(d) hitaji la kuhakikisha kuwa kufurahiya haki na uhuru wa kimsingi na mtu yeyote hakuathiri haki na uhuru wa kimsingi wa wengine; na***
>
> ***(e) uhusiano kati ya upungufu na madhumuni yake na ikiwa kuna njia yenye vizuizi vichache ili kufikia malengo ya upungufu huo.***
>
> ***(3) Serikali au mtu anayetafuta kuhalalisha upungufu fulani ataonyesha kwa korti, mahakama au mamlaka nyingine kwamba mahitaji ya kifungu hiki yametoshelezwa. "***

Kifungu cha 50 (2) (a) kinasema kwamba kila mtuhumiwa ana haki ya kusikilizwa kwa haki, ambayo ni pamoja na haki ya kudhaniwa kuwa

hana hatia mpaka hapo utakapothibitishwa.

Kutokana na yaliyopo hapo juu, ninakusanya kwamba katika suala la dhamana, kanuni zifuatazo zinapaswa kutumika:

a) Kila mtu aliyekamatwa ana haki ya kikatiba ya dhamana;

b) Dhamana lazima iwe kwa masharti ya busara. Masharti ya dhamana hayapaswi kuwa ya kiwango cha juu ili kufikia kukataliwa kwa dhamana;

c) Dhamana haipaswi kukataliwa isipokuwa kwa kuwepo kwa sababu za kulazimisha kutotoa hiyo dhamana;

d) Mtu aliyekamatwa au mtuhumiwa hapaswi kunyimwa uhuru wake kiholela au bila sababu ya haki;

e) Katika kuamua ikiwa itapeana dhamana, korti inapaswa kuchukua tafsiri ambayo inapendelea utekelezaji wa haki ya dhamana na kukuza maadili ambayo yanategemea jamii iliyo wazi na ya kidemokrasia inayozingatia utu wa binadamu, usawa na uhuru pamoja na nia, dhamira na malengo ya Muswada wa Haki;

f) Haki ya dhamana haitapunguzwa isipokuwa kwa sheria, na kisha tu kwa kiwango ambacho upungufu huo ni wa busara na wa haki katika jamii iliyo wazi na ya kidemokrasia inayotegemea utu wa binadamu, usawa na uhuru, kwa kuzingatia mambo yote muhimu;

g) Pale ambapo Serikali inataka kupunguza haki ya dhamana, itaonyesha kwa korti kwamba upungufu huo ni wa busara na wa haki na kwamba kuna sababu za kulazimisha kunyimwa dhamana kwa mtu aliyekamatwa au mshtakiwa;

h) Wakati inazingatia suala la dhamana, korti haipaswi kupoteza haki ya mtuhumiwa kudhaniwa kuwa hana hatia mpaka kinyume kitakapothibitishwa. Walakini, mtuhumiwa hakubaliwi kwa dhamana kwa sababu tu anachukuliwa kuwa hana hatia, badala yake, anaruhusiwa dhamana kwa sababu ni haki anayostahiki na hakuna sababu za kulazimisha kumnyima haki hiyo.

Kulingana na Kifungu cha 19 cha Katiba ya Kenya, madhumuni ya kutambua na kulinda haki za binadamu na uhuru wa kimsingi ni kuhifadhi hadhi ya watu binafsi na jamii na kukuza haki ya kijamii na utambuzi wa uwezo wa wanadamu wote. Kwa kuongezea, haki na uhuru wa kimsingi katika Muswada wa Haki vinazuiliwa tu na mapungufu yaliyokusudiwa katika Katiba. Ni wazi kuwa haki ya dhamana sio kamili. Kwa hivyo, kuna mapungufu gani ya Kikatiba kwa haki hii? Uelewa wangu wa Katiba ni kwamba dhamana inaweza tu kukataliwa ikiwa Serikali au Upande wa Mashtaka utawasilisha sababu za busara, zinazostahiki na zenye kulazimisha kuidhinisha kunyimwa huko. Maoni yangu yameimarishwa na uamuzi katika kesi ya ***Jamhuri dhidi ya Robert Zippor Nzilu [2018] eKLR***, ambayo Jaji wa Mahakama kuu Odunga alishikilia kama ifuatavyo:

> ***"Inafuata kwamba haki ya dhamana sio kamili na ambapo kuna sababu za lazima haki hiyo inaweza kuzuiwa. Walakini, kwa kuwa Katiba inatoa haki hiyo kwa uwazi, ni jukumu la ya upande wa mashtaka kuonyesha kwamba kuna sababu za kulazimisha kukataa kumpa dhamana mtuhumiwa. Sababu za kulazimisha, hata hivyo, hutegemea hali ya kila kesi na hali hii inapaswa kuzingatiwa kwa jumla na sio kwa kutengwa."***

Vivyo hivyo, katika ***Rodgers Nzioka na wengine 10 dhidi ya Jamhuri [2018] eKLR***, Jaji wa Mahakama kuu Ong'udi alishikilia kama ifuatavyo:

> ***"Usomaji wa Kifungu cha 49 (1) (h) cha Katiba unatoa wazi haki ya dhamana kwa watuhumiwa kwa masharti ya busara kutoka pembe yoyote mtu anavyoangalia. Je, Haki hii inaweza kupunguzwa? Jibu ni NDIYO, na linapatikana katika kifungu hicho hicho 49 (1) (h)***
>
> ***'…… .. Isipokuwa kuna sababu za lazima kutoachiliwa.'***
>
> ***Katika kesi hii Mkurugenzi wa Mashtaka amepinga mwombaji kukubaliwa kwa dhamana. Kwa hivyo anabeba mzigo wa kuridhisha Mahakama kwa sababu za kulazimisha zinazomfanya mjibu maombi kuingilia kati haki ya walioasilisha maombi kupata dhamana kama ilivyoainishwa chini ya Katiba. "***

Katiba haijaweka mwongozo unaopaswa kuzingatiwa na korti kabla ya kufikia uamuzi wa ikiwa itapeana dhamana kwa mtuhumiwa au la. Huu unapatikana katika sheria iliyoandikwa, sheria kutokana na kesi na Miongozo ya Sera. Sehemu ya 123A ya Kanuni ya Utaratibu wa Jinai inatoa kama ifuatavyo:

> ***"(1) Kwa kuzingatia Kifungu cha 49 (1) (h) cha Katiba na bila kujali kifungu cha 123, katika kufanya uamuzi juu ya dhamana, Mahakama itazingatia mazingira yote husika na haswa-***
>
> > ***(a) asili au uzito wa kosa;***
> >
> > ***(b) tabia, vitendo ya awali, ushirikiano na uhusiano wa kijamii wa mtuhumiwa;***
> >
> > ***(c) rekodi ya mshtakiwa kuhusiana na kutimiza majukumu chini ya ruzuku ya awali ya dhamana; na;***
> >
> > ***(d) nguvu ya ushahidi wa kuwa ametenda kosa hilo;***

***(2) Mtu anayekamatwa au kushtakiwa kwa kosa lolote atapewa dhamana isipokuwa mahakama ikiridhika kwamba mtu huyo-***

> ***(a)hapo awali alikuwa amepewa dhamana na ameshindwa kujisalimisha chini ya ulinzi na kwamba ikiwa ataachiliwa kwa dhamana (iwe au bila masharti) kuna uwezekano kwamba atashindwa kujisalimisha chini ya ulinzi;***
>
> ***(b) awekwe chini ya ulinzi kwa usalama wake mwenyewe. "***

Sehemu ya 124 ya Kanuni ya Utaratibu wa Jinai inatoa kama ifuatavyo:

> ***"Kabla ya mtu kuachiliwa kwa dhamana au kwa ahadi yake mwenyewe, kiasi cha dhamana kama vile mahakama au afisa wa polisi anafikiria kuwa ya kutosha itasainiwa na mtu huyo, na, atakapoachiliwa kwa dhamana, na mdhamini mmoja au zaidi wa kutosha, kwa sharti kwamba mtu atahudhuria wakati na mahali palipotajwa kwenye dhamana na ataendelea kuhudhuria hadi hapo itakapoamriwa na mahakama au afisa wa polisi***. "(Msisitizo umetolewa)

Kifungu kilichotajwa hapo juu kinaonyesha kwamba madhumuni ya dhamana ni kuhakikisha kuhudhuria kwa mtuhumiwa wakati wa kesi. Sio kumwadhibu mtuhumiwa kabla ya kuthibitika kuwa na hatia. Sheria inayotokana na kesi imethibitisha msimamo huu. Jaji wa Mahakama kuu Mativo katika kesi ya ***Jamhuri dhidi ya Daniel Ndegwa Wachira [2015] eKLR*** aliona kuwa:

> ***"Jiwe la msingi la mfumo wa haki ni kwamba hakuna mtu atakayeadhibiwa bila faida ya utaratibu unaofaa. Kufungwa kabla ya kesi, wakati matokeo ya kesi hayajaamuliwa, inaenda kinyume na kanuni hii. Mahitaji ya dhamana ni kuhakikisha kwamba mtuhumiwa atahudhuria kesi na sio kuhujumu mchakato wa kisheria kwa kutoroka. Chochote kingine ni kupindukia na cha kuadhibu. Kanuni ya jumla kwa maoni yangu ni kwa mahakama kujaribu kuweka usawa kati ya hitaji la kumzuia mtuhumiwa ndani ya eneo la mamlaka ya korti na haki ya uhuru kutoka kwa kizuizini kisichohitajika cha mshtakiwa kabla ya kutiwa hatiani, na hitaji la kuzingatia mazingira yanayohusu kila kesi. Kwa hivyo, katika kuamua ombi la dhamana faida ya umma na haki za mshtakiwa zinapaswa kuzingatiwa."***

Korti Kuu ya Nigeria katika kesi ya ***Alhaji Mujahid Dokubo-Asari dhidi ya Shirikisho la Nigeria SC Nambari 208 ya 2006***, ilizingatia (kulingana na Niki Tobi, Jaji wa Korti kuu) kama ifuatavyo:

> ***"Kazi kuu ya dhamana ni kuhakikisha uwepo wa mtuhumiwa katika kesi hiyo. .......................***
>
> ***Kwa hivyo, kigezo hiki kinachukuliwa kama sio tu kamili lakini pia muhimu zaidi. Kama suala la sheria na ukweli, ndiyo mama wa vigezo vyote vilivyoorodheshwa hapo juu. Katika kushughulikia kigezo, Kikosi Kazi kuhusu Utaratibu wa Dhamana katika Korti za Mahakimu nchini Uingereza, kilisema katika aya ya 22 ya Ripoti:***
>
> ***'Kuna mambo mengine kadhaa yanayopaswa kuzingatiwa katika kuamua ombi la dhamana, lakini kwa ujumla mambo hayo sio sababu za kutoa au kukataa dhamana, lakini yanaashiria uwezekano au vinginevyo kuonekana kwa mshtakiwa kortini.'***
>
> ***Kwa kweli, vigezo vingine vyote ni vimelea kwa kigezo kamili cha upatikanaji wa mtuhumiwa kwenye mashtaka. "***

Miongozo ya Sera ya Dhamana, Machi 2015 kwenye ukurasa wa 16 hadi 19 inafupisha mambo yafuatayo yasiyo kamili kama yalivyoundwa na sheria inayotokana na kesi:

1) Asili ya shtaka au kosa na uzito wa adhabu itakayopatikana ikiwa mtuhumiwa atapatikana na hatia. Imesemekana kuwa pale ambapo kosa ni kubwa katika suala la adhabu inayopaswa kutolewa, kuna motisha kwa mtuhumiwa kutoroka ikiwa ameachiliwa kwa dhamana;

2) Nguvu ya kesi ya mashtaka. Inachukuliwa kuwa pale ambapo ushahidi wa mashtaka ni mzito, mtuhumiwa atakuwa na motisha ya kutoroka;

3) Tabia na vitendo vya awali vya mtuhumiwa;

4) Kushindwa kwa mtuhumiwa kuzingatia dhamana katika hafla zilizopita kunaweza kusababisha kunyimwa dhamana;

5) Uwezekano wa kuingilia kati na mashahidi. Pale ambapo kuna ushahidi thabiti wa uwezekano wa kuingiliana na mashahidi wa upande wa mashtaka, ambao haujapingwa na korti haiwezi kuweka masharti kwa dhamana ili kuzuia kuingiliwa huko, mtuhumiwa anaweza kunyimwa dhamana.

6) Hitaji la kumlinda mwathiriwa au wahasiriwa wa uhalifu kutoka kwa mtuhumiwa;

7) Uhusiano kati ya mtuhumiwa na mashahidi watarajiwa.

8) Mtuhumiwa ana hatari ya kukimbia. Katika ***Jamhuri dhidi ya Ahmad Abolafathi Mohamed na mwingine [2013] eKLR***, Jaji wa Mahakama kuu Achode alifuta dhamana ambayo walipewa washtakiwa na korti ya chini, kati ya mengine, kwa sababu washtakiwa walikuwa Raia wa Iran na kwamba Kenya haijasaini mkataba wa uhamishaji na Iran, jambo ambalo lingeondoa uwezekano wa washtakiwa kurudishwa iwapo watakuwa wametoroka na kwenda Iran;

9) Ikiwa mtuhumiwa ameajiriwa kwa faida. Imesemekana kuwa ambapo mtuhumiwa ameajiriwa kwa faida, kuna uwezekano kwamba

mtuhumiwa atahudhuria korti kwa kesi. Maana yake ni kwamba mtuhumiwa asiye na ajira ana uwezekano mkubwa wa kutoroka;

10) Utaratibu wa umma, amani au usalama. Katika kesi ya ***Jamhuri dhidi ya Pascal Ochieng Lawrence [2014] eKLR,*** Jaji wa Mahakama kuu Sitati alishikilia kuwa moja ya mambo ya kuzingatiwa katika kuamua ikiwa atapeana dhamana ni ikiwa kuachiliwa kwa mtuhumiwa kutahatarisha usalama wa jamii. Ikiwa upande wa mashtaka una uwezo wa kuonyesha kwamba mmenyuko wa umma kwa kosa ni kwamba kutolewa kwa mtuhumiwa kunaweza kusababisha usumbufu kwa umma, mtuhumiwa anaweza kunyimwa dhamana;

11) Ulinzi wa mtuhumiwa. Katika ***Jamhuri dhidi ya David Muchiri Mwangi [2018] eKLR***, ilielezwa kwamba usalama na ulinzi wa mtuhumiwa ni mojawapo ya mambo ya kuzingatiwa katika kufanya uamuzi wa kutoa au kukataa dhamana.

Katiba na Sheria haitofautishi kati ya raia na mgeni kulingana na haki ya dhamana. Hii inamaanisha kwamba hata mgeni anapokamatwa au kushtakiwa Kenya ana haki ya kuachiliwa kwa dhamana. Katika kesi ya ***Jackline Ahimidiwe Swai dhidi ya Jamhuri [2019] eKLR***, Jaji wa Mahakama kuu Kimaru alishikilia hivi:

> ***"Katika kesi ambazo mtuhumiwa ni raia wa kigeni, korti zimekuja na kanuni kadhaa zinazopaswa kuzingatiwa zaidi katika kuamua ikiwa ataachiliwa kwa dhamana au la wakati anasubiri kusikilizwa kwa kesi. Kesi ambazo korti hii imezingatia ni pamoja na: Jamhuri dhidi ya Kokonya Muhssin [2013] eKLR, Jamhuri dhidi ya Dwight Sagaray na wanne wengine [2013] eKLR, Jamhuri dhidi ya Makoy Madhak Deer [2015] eKLR na Jamhuri dhidi ya Richard David Alden [2016] eKLR. Ni dhahiri kwamba kuwa raia wa kigeni tu sio kizuizi cha kuzingatia ikiwa mtuhumiwa anapaswa kuachiliwa kwa dhamana akisubiri kesi. Jambo lingine ni ikiwa mtuhumiwa ana makazi ya kudumu Kenya na kama ana mali au uhusiano wa kifamilia nchini Kenya. Jambo lingine ni asili ya mashtaka ambayo mshtakiwa anakabiliwa nayo na ikiwa hukumu inayoweza kutolewa inaweza kutumika kama motisha au msukumo kwa mtuhumiwa kukimbia kutoka kwa mamlaka ya korti. Pia kuzingatia ni vitendo na mwenendo unaofuata wa mtuhumiwa kabla na baada ya kushtakiwa. Sababu zilizoorodheshwa hapo juu sio kamili. Kila kesi itategemea maelezo na mazingira yake. "***

Kwa hivyo, ni misingi ipi ambayo upande wa mashtaka inategemea kupinga kuachiliwa kwa watuhumiwa kwa dhamana? Kulingana na hati ya kiapo iliyoapishwa na mmoja wa maafisa wa upelelezi, sababu ni kama ifuatavyo:

> a) Kwamba watuhumiwa wana hatari ya kukimbia kwa sababu wao ni raia wa kigeni na hawana hati sahihi;
>
> b) Kwamba watuhumiwa ni wahamiaji marufuku ambao hapo awali walihamishwa kwenda nchini mwao;
>
> c) Kwamba simu za watuhumiwa zitachunguzwa katika kitengo cha uhalifu wa kimtandao ili kuhakikisha udanganyifu ulifanywa;
>
> d) Kwamba wakati wa kukamatwa, gari nambari ya usajili KDA 505Y ilipatikana kutoka kwa washtakiwa bila nyaraka zozote kwa hivyo inashukiwa kupatikana bila sheria;
>
> e) Kwamba nakala ya kadi ya wakimbizi Nambari 10168964 iliyopatikana kutoka kwa mtuhumiwa haipatikani kwenye hifadhidata ya sekretarieti ya mambo ya Wakimbizi kwa hivyo haitambuliki na inashukiwa kughushiwa.

Kinachotakiwa kuamuliwa ni ikiwa sababu zilizowasilishwa na upande wa mashtaka zinalazimisha ili kuidhinisha kunyimwa dhamana kwa watuhumiwa. Neno "kulazimisha" ni kivumishi ambacho kwa lugha ya kawaida kinamaanisha chenye nguvu au ushawishi. Visawe vingine vitakuwa chenye kubana, chenye nguvu au cha kushawishi. Sababu ya kulazimisha ni ile inayokufanya ujisikie hakika kuwa kitu ni kweli au lazima ufanye jambo fulani juu yake. Sasa ni sheria iliyowekwa kwamba kiwango cha uthibitisho uliowekwa kwa upande wa mashtaka katika kuthibitisha sababu za kulazimisha za kunyimwa dhamana kipo kwenye usawa wa uwezekano. Katika ***Jamhuri dhidi ya Muema Mutia [2017] eKLR***, Jaji wa Mahakama kuu Joel Ngugi alishikilia kwamba:

> ***"Mwishowe, falsafa ya sheria yetu inayoibuka iko wazi juu ya aina ya ushahidi unaohitajika ili kuhakikisha 'sababu za kulazimisha': ushahidi uliowasilishwa lazima uwe 'wa kushikamana, wenye nguvu sana na ushahidi maalum' na kwamba tu madai, tuhuma, pingamizi na vidokezo haitatosha................ Walakini, ni kweli pia kwamba kiwango cha uthibitisho kinachohitajika ni usawa wa uwezekano. Hakuna sharti kwamba upande wa mashtaka uthibitishe sababu za kulazimisha kupita mashaka yenye busara."***

Kutoa dhamana inajumuisha kutekeleza kwa makini usawa wa uwiano katika kuzingatia haki za mtuhumiwa ambaye anachukuliwa kuwa hana hatia kwa sasa kwa upande mmoja, na maslahi ya umma kwa upande mwingine. Mahakama Kuu ya India katika kesi ya ***Masroor dhidi ya Jimbo la Uttah Pradesh na Mwingine [2009] (14) SCC 286***, ilisema hivi:

> ***"Hakuna ubishi kwamba uhuru wa mtu binafsi ni wa thamani na unapaswa kulindwa kwa bidii na korti. Walakini, ulinzi kama huo hauwezi kuwa kamili katika kila hali. Haki ya thamani ya uhuru wa mtu binafsi na masilahi ya jamii kwa jumla lazima iwe na usawa. Uhuru wa mtu anayetuhumiwa kwa kosa utategemea hali ya kesi hiyo. Inawezekana kwamba katika hali fulani, masilahi ya pamoja ya jamii yanaweza kuzidi haki ya uhuru wa kibinafsi wa mtu husika."***

Korti hiyo hiyo katika kesi ya ***Brijesh Singh na Mwingine dhidi ya Jamhuri [2002] CriLJ 1362***, iliona kuwa:

> ***"Uhuru wa kibinafsi, uliyonyimwa dhamana inapokataliwa, ni thamani yenye thamani sana ya mfumo wetu wa katiba unaotambuliwa chini ya kifungu cha 21 kwamba mamlaka muhimu ya kuipuuza ni amana kubwa inayoweza kutekelezwa, sio***

***kwa njia ya kawaida lakini kimahakama, na uzingatiaji mzuri wa gharama kwa mtu binafsi na jamii. Kupendekeza maagizo ya kuvutia bila busara kama ya hiari inaweza, wakati mwingine, kubahatisha uamuzi wa kikamilifu kuhusu haki ya kimsingi. Baada ya yote, uhuru wa kibinafsi wa mtuhumiwa au muhukumu ni jambo la msingi, unazuiwa tu kwa utaratibu uliowekwa na sheria. "***

Katika maombi kama hii, korti kawaida huwekwa katika hali ngumu. Ninasema hivyo kwa sababu kwa upande mmoja tuna wendesha mashtaka ambao wana ukweli wao na wanaamini katika hatia ya mtuhumiwa kulingana na maelezo na ushahidi walio nao. Kwa upande mwingine, kuna mtuhumiwa ambaye anaamini kutokuwa na hatia na ambaye ana haki ya kudhaniwa kuwa hana hatia mpaka hatia yake itakapothibitishwa. Halafu kuna korti ambayo inatarajiwa kuweka usawa kati ya masilahi haya mawili yanayopingana bila faida ya kujua ukweli wa kesi hiyo.

Sasa naendelea kuzingatia sababu maalum ambazo zimetegemewa na upande wa mashtaka.

**<u>Hatari ya kukimbia / Uzito wa mashtaka.</u>**

Iliwasilishwa na upande wa mashtaka kwamba watuhumiwa walikuwa na hatari ya kukimbia kwani walikuwa wageni wasio na makazi ya kudumu. Iliwasilishwa zaidi kuwa watuhumiwa wanakabiliwa na mashtaka mazito ya kuvutia adhabu nzito na kwa hivyo, kulikuwa na uwezekano mkubwa kwamba wangekimbia wakitolewa kwa dhamana. Suala la kuwa watuhumiwa hawana makazi ya kudumu na kwamba walikuwa wanakabiliwa na mashtaka mazito liliibuliwa wakati wa kutoa maoni kwa mdomo lakini hayo hayakuepo katika hati ya kiapo ya afisa wa upelelezi kama sababu za kupinga dhamana. Katika hati ya kiapo cha kujibu, ilielezwa kwamba watuhumiwa walikuwa Kenya kwa miaka mingi na hawakuwa na hatari ya kukimbia. Kwamba wameoa na wana watoto nchini Kenya.

Watuhumiwa hao wanakabiliwa na mashtaka matatu ya makosa. Kosa katika shtaka la kwanza huvutia adhabu kubwa ya kifungo cha maisha. Makosa katika shtaka la pili na la tatu huvutia adhabu ya juu ya faini isiyozidi shilingi laki tano au kifungo kwa kipindi kisichozidi miaka mitatu au yote mawili. Ninakubali kuwa haya ni makosa makubwa. Kwa ujumla korti zimeshikilia kuwa pale ambapo kosa dhidi ya mtuhumiwa ni kubwa, kila wakati kuna motisha ya kukimbia kwa upande wa mtuhumiwa. Kwa mfano, katika kesi ya ***Priscilla Jemutai Kolongei dhidi ya Jamhuri-Maombi ya Jinai namba 319 ya 2002*** (haijaripotiwa) kwenye ukurasa wa 3, Jaji wa Mahakama kuu Mbogholi Msagha, alishikilia kama ifuatavyo:

> ***"Walakini, asili ya shtaka au kosa na uzito wa adhabu ikiwa mwombaji atapatikana na hatia lazima izingatiwe katika maombi ya aina hii. Ninajiunga na maoni kwamba ambapo shtaka dhidi ya mshtakiwa ni kubwa zaidi na adhabu nzito, kuna uwezekano zaidi na motisha ya kutoroka,katika kesi ndogo, kunaweza kuwa hakuna motisha kama hiyo. "***

Katika kesi ya ***Jamhuri dhidi ya Robert Zippor Nzilu [2018] eKLR***, Jaji wa Mahakama kuu Odunga alishikilia kuwa:

> ***"Ukweli tu kwamba kosa ambalo mshtakiwa anashtakiwa nalo lina adhabu nzito sio sababu ya kunyimwa dhamana. Swali halisi ambalo korti inapaswa kuzingatia ni ikiwa mshtakiwa ataweza kuhudhuria kesi. Kuwekwa kwa masharti ya dhamana ikiwa inabidi lazima iwe vile vile kwa madhumuni ya kuhakikisha kuhudhuria kwa mshtakiwa katika kesi hiyo na haipaswi kutegemea tu hukumu ambayo mshtakiwa anasimama kutumikia akipatikana na hatia. Kwa hivyo ni maoni yangu kwamba hiari ya kutoa dhamana na kuamua kiasi iko kwa korti. Katika kutekeleza hiari yake, korti lazima ijaribu kuweka usawa kati ya kulinda uhuru wa mtu binafsi na kulinda usimamizi mzuri wa haki. Kwa vile zingatio msingi ni masilahi ya haki, korti itaegemea upande uhuru na itoe dhamana inapowezekana, ikiwa masilahi ya haki hayatadharauliwa na hili. Kwa msemo tofauti, dhamana isikataliwe isipokuwa wakati kuna sababu za kutosha za kuamini kwamba mtuhumiwa atashindwa kuzingatia masharti ya kuachiliwa kwake. "***

Hakukuwa na dalili kwamba watuhumiwa walikuwa wamejificha au walijaribu kukwepa wavu wa polisi wakati wa uchunguzi. Afisa wa upelelezi na Upande wa Mashtaka hawakusema kwamba kulikuwa na ugumu katika kutafuta na kukamata watuhumiwa. Pamoja na kipindi kipya cha Katiba, makosa yote yana dhamana na kwa hivyo, upande wa mashtaka hauwezi kutegemea maelezo tu kwamba watuhumiwa wanakabiliwa na makosa makubwa, kwa kutaka watuhumiwa wanyimwe dhamana. Hii ingeweza kupingana na vifungu vya Katiba. Watuhumiwa hawawezi kuhukumiwa tu kwa msingi wa asili ya mashtaka dhidi yao. Ni jambo linalopaswa kuzingatiwa, sio kwa kutengwa, lakini kwa jumla na sababu zingine.

Imekubaliwa kuwa watuhumiwa ni Wahabeshi. Nyaraka zilizowasilishwa hadi sasa zinaonyesha kuwa watuhumiwa, na haswa mshtakiwa wa kwanza amekuwa Kenya kwa muda mrefu. Kuna dalili pia kwamba mtuhumiwa wa kwanza alikuwa nchini Kenya kama mwombaji hifadhi. Mtuhumiwa wa kwanza aliambatanisha barua kutoka Sekretarieti ya Maswala ya Wakimbizi. Mawasiliano ya hivi karibuni kutoka kwa Sekretarieti iliyotajwa inaonyesha kwamba mtuhumiwa wa kwanza alisajiliwa kama mwombaji wa hifadhi tarehe 5/4/2018 lakini alikuwa bado hajatambuliwa kama mkimbizi. Hapo awali, Sekretarieti ilikuwa imeonyesha kwamba mtuhumiwa wa kwanza alikuwa mkimbizi. Hali ya uhamiaji ya mtuhumiwa wa pili haijulikani. Hakuapa kiapo cha kusema hali yake ya uhamiaji. Mtuhumiwa wa kwanza alieleza kwenye kiapo kwamba alikuwa na mamlaka ya kuapa kiapo kwa niaba ya mtuhumiwa wa pili. Walakini, hakuna hati iliyoambatanishwa kuthibitisha hali ya uhamiaji ya mtuhumiwa wa pili.

Mtuhumiwa wa kwanza alieleza zaidi kwa kiapo kuwa walikuwa na makao ya kudumu kama wakimbizi lakini hakueleza ni wapi wanaishi au walikuwa wakiishi Kenya. Aliambatanisha nakala za vyeti vya kuzaliwa na kadi ya wakimbizi inayoonyesha kuwa ana mke na watoto nchini Kenya. Ikiwa nyaraka hizo ni za kutegemewa, itamaanisha kuwa mke wa mtuhumiwa wa kwanza na watoto wake ni wakimbizi. Walakini, haijulikani familia ya mtuhumiwa wa kwanza inakaa wapi. Ikichukuliwa kuwa mtuhumiwa wa kwanza ni mkimbizi au anayetafuta

hifadhi, sheria chini ya kifungu cha 12 (3) cha Sheria ya Wakimbizi inasema kwamba kila mtu ambaye ameomba kutambuliwa kwa hadhi yake kama mkimbizi na kila mtu wa familia yake atabaki katika kambi teule ya wakimbizi hadi usindikaji wa hadhi yao utakapomalizika. Kifungu cha 14 cha sheria hiyo kinasema kwamba kila mkimbizi na anayetafuta hifadhi atapewa kitambulisho cha wakimbizi au idhini kwa fomu iliyoamriwa; kuruhusiwa kubaki Kenya kwa mujibu wa masharti ya Sheria; na asiondoke kwenye kambi teule ya wakimbizi bila idhini ya Afisa wa Kambi ya Wakimbizi.

Hakuna kitu cha kuonyesha kwamba mtuhumiwa wa kwanza alikuwa na ruhusa ya Afisa wa Kambi ya Wakimbizi kukaa nje ya eneo lililotengwa ambapo alikuwa amesajiliwa au idhini kuondoka eneo lililotengwa ambalo alikuwa amesajiliwa. Kutokuwepo idhini hiyo ni kosa chini ya kifungu cha 25 cha Sheria ya Wakimbizi. Kwa kuwa hakuna dalili kwamba mtuhumiwa wa kwanza alikuwa na ruhusa ya kuondoka katika eneo lililotengwa ambapo alikuwa amesajiliwa na mahali pa makazi yake hapajulikani au hapajafichuliwa, kuna hofu ya busara kwamba anaweza kutoroka ikiwa ataachiliwa kwa dhamana. Kwa kadiri mtuhumiwa wa kwanza alijaribu kuonyesha kwamba ana uhusiano nchini Kenya, haijulikani familia yake inakaa wapi. Isitoshe, hakuna dalili kwamba watuhumiwa wana mali au uhusiano wa kifamilia nchini Kenya. Ikiwa nyaraka zilizowasilishwa na mtuhumiwa wa kwanza ni kitu cha kutegemea, hana mizizi nchini Kenya kwani inadaiwa ameoa mkimbizi.

Hali ya mtuhumiwa wa pili ni mbaya zaidi. Nasema hivyo kwa sababu hali yake ya uhamiaji haijulikani wazi. Kifungu cha 9 cha hati ya kiapo cha kujibu kinaonyesha kwamba mtuhumiwa wa pili amekuwa akitafuta hifadhi au hadhi ya ukimbizi kutoka nchi zingine, ya hivi karibuni ikiwa Canada. Hii inamaanisha kuwa hakusudii kukaa Kenya. Je, ni nini kitatokea ikiwa atapata hifadhi mahali pengine wakati kesi inasubiri mbele ya korti? Kwa kuzingatia ukweli kwamba hali ya uhamiaji ya mtuhumiwa wa pili haiwezi kwa sasa kuonyeshwa, itakuwa hatari kwa korti hii kumwachilia kwa dhamana akisubiri kesi. Haijulikani ikiwa watuhumiwa wana pasipoti ambazo zinaweza kubaki kama sehemu ya masharti ili kuhakikisha mahudhurio yao kortini. Katika kesi ya ***Kika Kelly Serge na mwingine dhidi ya Jamhuri [2015] eKLR***, Jaji wa Mahakama kuu Ngenye-Macharia J alinena:

> ***"Madhumuni pekee ya kutoa dhamana wakati kesi inasubiriwa ni kuhakikisha kwamba mtuhumiwa atajisalimisha kwa kesi. Kwa madhumuni ya watu ambao sio raia wa Kenya, ni muhimu kwamba waweke hati zao za kusafiria kwa korti ili korti ipate mahudhurio yao kwa kesi mara tu wanapopewa dhamana....…..Hizi ndizo hati pekee ambazo korti inaweza kushikilia ili kuhakikisha kuwa Waombaji hawaondoki eneo la mamlaka ya korti mara tu wanapopewa dhamana. Waombaji hawawezi kukidhi mahitaji haya. Hiyo inamaanisha kuwa kuna uwezekano wa asilimia 100 kwamba watakimbia kutoka eneo la mamlaka ya korti mara baada ya kupewa dhamana. "***

Katika kesi ya ***Jamhuri dhidi ya Bbosa Giant [2017] eKLR***, mtuhumiwa ambaye alikuwa mgeni alinyimwa dhamana, pamoja na mambo mengine, kwa sababu kulikuwa na uwezekano wa yeye kutoroka baada ya kushindwa kutoa ushahidi wowote kuonyesha alikuwa na makazi ya kudumu nchini Kenya. Matokeo kama hayo yalifikiwa katika kesi ya ***Jamhuri dhidi ya Nadifo Mohamed Abshir [2019] eKLR.***

**Wahamiaji Marufuku**

Upande wa mashtaka uliwasilisha kwamba watuhumiwa walikuwa wahamiaji marufuku ambao hapo awali walihamishwa kwenda nchini mwao. Kwa hili, ninakubaliana na upande wa utetezi kwamba ni suala ambalo linapaswa kuamuliwa wakati wa kesi kwani ndio msingi wa shtaka la pili dhidi ya watuhumiwa. Kwa hivyo nitaepuka kufanya uamuzi kwa wakati huu. Athari ni kwamba sababu hii imetupiliwa mbali kama kigezo cha kunyimwa dhamana.

**Uchunguzi unasubiriwa**

Miongoni mwa misingi iliyotegemewa na upande wa mashtaka ni kwamba simu za watuhumiwa zilikuwa bado hazijachunguzwa, na watuhumiwa walipatikana na gari linaloshukiwa kupatikana kinyume cha sheria na kwamba kulikuwa na kadi ya Mkimbizi ambayo inashukiwa kuwa ya kughushi. Katika kesi ya ***Jamhuri dhidi ya Richard David Alden [2016] eKLR***, Jaji wa Mahakama kuu Lesiit alitoa maoni yafuatayo:

> ***"Suala la mashtaka mengine kama sababu ya kukataa dhamana lilizingatiwa katika Ahmad Abolafathi Mohammad, na korti ilizingatia kama ifuatavyo:***
>
> ***'Sitabashiri juu ya uwezekano wa mashtaka zaidi yanayowasilishwa dhidi ya wahojiwa au juu ya uwezekano wa hatia ya wahojiwa, kwani sheria inawachukulia kuwa hawana hatia hadi itakapo thibitishwa kuwa wana hatia. Mwombaji hauzuiliwi kupendekeza mashtaka mengine dhidi ya mshtakiwa. '***
>
> ***Ninajihusisha na maoni haya. Uwezekano wa kuzidishwa kwa mashtaka dhidi ya mtuhumiwa hauwezi kuwa sababu ya kukataa dhamana. Walakini mara anaposhtakiwa, basi upande wa mashtaka unaweza kuomba korti kufuta dhamana kwa sababu hii. Kufuta siyo moja kwa moja kwani korti inapaswa kuzingatia maswala kadhaa. Ikiwa kwa mfano imeonyeshwa kuwa makosa ni makubwa zaidi, au yanabadili asili ya shtaka linalo mkabili mtuhumiwa kwa wakati huo au kwamba kuna ushahidi mpya wa kuthibitisha kuwa sababu ambazo korti iligundua hazipo katika kuzingatia dhamana hapo awali sasa ni ukweli. Kwa kweli hii sio orodha kamili."***

Ingawa inawezekana kwamba watuhumiwa wanaweza kukabiliwa na mashtaka zaidi, hiyo peke yake haiwezi kuwa sababu ya kuwanyima dhamana wakati huu. Hata kama uchunguzi zaidi ungefanywa, sababu hiyo tu haitoshi kuwanyima washtakiwa dhamana, ingawa inaweza kuzingatiwa. Sio sharti la kisheria kwamba mtuhumiwa au mshukiwa lazima awe chini ya ulinzi ili ashtakiwe. Mara tu uchunguzi unaodaiwa unapokamilika, polisi wanaweza kumwita mtuhumiwa au kumkamata ikiwa yuko nje kwa dhamana. Kuwepo kwa uchunguzi kuhusiana na kosa lingine sio sababu ya kumnyima mshtakiwa dhamana kwa sababu ya kosa ambalo tayari ameshtakiwa nalo. Suala la dhamana hapa linahusu mashtaka yaliyopendekezwa tayari dhidi ya watuhumiwa.

Mara tu polisi wanapomaliza uchunguzi wao katika kesi zingine au kesi zinazowezekana, wanaweza kusababisha mashtaka kupendekezwa dhidi ya watuhumiwa na suala la dhamana litahojiwa katika kesi hizo. Sio sahihi kwa korti kuchukua hatua juu ya uvumi. Maombi hayajaonyesha jinsi watuhumiwa wanavyoweza kuingiliana na uchunguzi au jinsi kuwekwa kwao kizuizini kunaweza kusaidia katika uchunguzi. Upande wa mashtaka unaomba tu korti kuwafungia watuhumiwa ili kuwawezesha kujua ikiwa watuhumiwa waliweza kutenda makosa mengine. Sio kwamba kuna makosa fulani kwenye uchunguzi. Kuwafungia watuhumiwa kwa misingi hiyo itakuwa kinyume cha katiba na kwa hivyo ni kinyume cha sheria. Ninaona kuwa sababu hii haina sifa na ninaitupilia mbali.

Ninatambua dhana ya kutokuwa na hatia kwa niaba ya watuhumiwa. Kama ilivyoonyeshwa tayari, madhumuni ya dhamana ni kuhakikisha kuwa mtuhumiwa anahudhuria korti inapohitajika. Ikiwa kuna sababu ya kulazimisha inayoonyesha kuwa mtuhumiwa hana uwezekano wa kuhudhuria korti, na kwamba ikiwa atatoroka, itakuwa vigumu kumtafuta, korti inaweza pia kumnyima mshtakiwa dhamana. Katika kesi hii, ninakubaliana na upande wa mashtaka kwamba mazingira yaliopo yanaibua wasiwasi mkubwa kwamba watuhumiwa wana hatari ya kukimbia. Hata kama masharti magumu ya dhamana yatatolewa, hakuna hakikisho kwamba watahudhuria korti au kwamba wanaweza kupatikana ikiwa watatoroka kwa kuwa hawana uhusiano wowote nchini Kenya. Kuwaachilia watuhumiwa katika hatua hii sio hatari ambayo korti hii iko tayari kuchukua.

**UTOLEAJI**

Baada ya kuzingatia mambo yote muhimu, nahisi ninalazimika kuwanyima washtakiwa dhamana. Watuhumiwa watazuiliwa rumande kusubiri kusikilizwa na uamuzi wa kesi hii. Walakini, ikiwa kuna mabadiliko ya hali kwa niaba ya watuhumiwa, watakuwa na uhuru wa kuomba. Imeamriwa zaidi kuwa kesi hii isikilizwe kwa kipaumbele kwani watuhumiwa wamenyimwa dhamana na kubainisha kuwa wao ni wageni.

**TAREHE, KUTIWA SAINI NA KUWASILISHWA KWENYE MAHAKAMA YA WAZI SHANZU SIKU HII YA 17 YA MEI, 2021.**

**Y.A SHIKANDA**

**HAKIMU MKUU.**