



Assemblée générale

Distr. générale
6 octobre 2020
Français
Original : anglais

Conseil des droits de l'homme Groupe de travail sur la détention arbitraire

Avis adoptés par le Groupe de travail sur la détention arbitraire à sa quatre-vingt-septième session (27 avril-1^{er} mai 2020)

Avis n° 35/2020, concernant Jamal Talib Abdulhussein (Australie)*, **

1. Le Groupe de travail sur la détention arbitraire a été créé par la Commission des droits de l'homme dans sa résolution 1991/42. Son mandat a été précisé et renouvelé dans la résolution 1997/50 de la Commission. Conformément à la résolution 60/251 de l'Assemblée générale et à sa décision 1/102, le Conseil des droits de l'homme a repris le mandat de la Commission. Le Conseil a reconduit le mandat du Groupe de travail pour une nouvelle période de trois ans dans sa résolution 42/22.

2. Le 24 octobre 2019, conformément à ses méthodes de travail (A/HRC/36/38), le Groupe de travail a transmis au Gouvernement australien une communication concernant Jamal Talib Abdulhussein. Le Gouvernement a répondu à la communication le 24 décembre 2019. L'État est partie au Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

3. Le Groupe de travail estime que la privation de liberté est arbitraire dans les cas suivants :

a) Lorsqu'il est manifestement impossible d'invoquer un quelconque fondement juridique pour justifier la privation de liberté (comme dans le cas où une personne est maintenue en détention après avoir exécuté sa peine ou malgré l'adoption d'une loi d'amnistie qui lui est applicable) (catégorie I) ;

b) Lorsque la privation de liberté résulte de l'exercice de droits ou de libertés garantis par les articles 7, 13, 14, 18, 19, 20 et 21 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et, en ce qui concerne les États parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, par les articles 12, 18, 19, 21, 22, 25, 26 et 27 du Pacte (catégorie II) ;

c) Lorsque l'inobservation totale ou partielle des normes internationales relatives au droit à un procès équitable, établies dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans les instruments internationaux pertinents acceptés par les États concernés, est d'une gravité telle qu'elle rend la privation de liberté arbitraire (catégorie III) ;

* Conformément au paragraphe 5 des méthodes de travail du Groupe de travail, Leigh Toomey n'a pas participé aux délibérations sur la présente affaire.

** L'opinion partiellement dissidente de José Guevara Bermúdez et Seong-Phil Hong figure en annexe au présent avis.



d) Lorsqu'un demandeur d'asile, un immigrant ou un réfugié est soumis à une détention administrative prolongée sans possibilité de contrôle ou de recours administratif ou juridictionnel (catégorie IV) ;

e) Lorsque la privation de liberté constitue une violation du droit international en ce qu'elle découle d'une discrimination fondée sur la naissance, l'origine nationale, ethnique ou sociale, la langue, la religion, la situation économique, l'opinion politique ou autre, le sexe, l'orientation sexuelle, le handicap ou toute autre situation, qui tend ou peut conduire au non-respect du principe de l'égalité entre les êtres humains (catégorie V).

Informations reçues

Communication émanant de la source

4. Jamal Talib Abdulhussein, né en 1958, est de nationalité iraquienne. Le 15 décembre 2012, il a été placé en détention sur l'île Christmas. Il était arrivé en Australie par bateau pour y demander l'asile, accompagné de ses deux enfants mineurs. Les autorités du Ministère de l'intérieur, qui ont procédé à son arrestation, ont présenté une notification de placement en détention.

5. Les autorités australiennes ont fait savoir que l'intéressé avait été arrêté sur le fondement de la loi de 1958 sur les migrations, dont les articles 189 (par. 1) et 196 (par. 1 et 3) disposent que les étrangers en situation irrégulière doivent être arrêtés et maintenus en détention : a) jusqu'à ce qu'ils soient renvoyés ou expulsés d'Australie ; ou b) jusqu'à ce qu'un visa leur soit accordé. En tant qu'« étranger en situation irrégulière », M. Abdulhussein a été automatiquement arrêté et a fait l'objet d'une mesure d'internement administratif.

6. La source précise que M. Abdulhussein avait déjà fait l'objet d'une mesure d'internement administratif entre le 11 décembre 1999 et le mois de mai 2000. Arrivé par bateau à Darwin le 11 décembre 1999 pour demander l'asile et fuir les persécutions dont il était victime en Iraq, il avait été placé dans le centre de détention de Curtin. Le 24 mai 2000, il avait obtenu l'asile et un visa de protection temporaire. En 2000, il avait travaillé comme agent de sécurité pendant les Jeux olympiques. Entre 2002 et 2003, il avait demandé à bénéficier d'un regroupement familial en Australie.

7. En janvier 2003, M. Abdulhussein s'est trouvé sous le coup de trois chefs d'inculpation pour tentative d'utilisation frauduleuse de cartes de crédit. Condamné à douze mois d'emprisonnement, il a fait appel de la sévérité de sa peine. En août 2003, il a été accusé de voies de faits, de conduite en état d'ivresse avec un permis dont la date de validité était expirée depuis presque deux ans, et d'entrée par effraction. En octobre 2003, ces infractions lui ont valu une condamnation par contumace.

8. Le 20 novembre 2003, alors qu'il était en liberté sous caution, M. Abdulhussein a quitté l'Australie en utilisant le passeport d'un ami et est retourné en Iraq où il est arrivé le 30 novembre 2003. Il est parti parce que sa famille lui manquait et qu'il estimait pouvoir sans danger rentrer chez lui pour s'occuper d'elle. Cependant, à son retour en Iraq, M. Abdulhussein a découvert que son épouse avait obtenu le divorce en son absence. Il s'est remarié ultérieurement.

9. En mai 2009, M. Abdulhussein et l'un de ses enfants issu de son premier mariage ont été agressés et enlevés en Iraq. M. Abdulhussein s'est alors enfui avec ses cinq enfants en Turquie où, le 20 juillet 2009, le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) les a recensés au nombre des réfugiés. La source croit savoir qu'à la fin de l'année 2009, les États-Unis d'Amérique ont proposé la réinstallation de la famille. Toutefois, la mère des enfants plus âgés ayant elle-même été réinstallée auparavant en Australie en tant que réfugiée, les enfants plus âgés ont demandé à M. Abdulhussein d'attendre que l'Australie les accepte. La source informe le Groupe de travail que le HCR a alors demandé à l'Australie d'accueillir la famille.

10. En 2012, M. Abdulhussein a jugé que la réponse des autorités australiennes s'était suffisamment fait attendre. Les enfants issus de son premier mariage avaient entre-temps obtenu l'asile en Australie où ils étaient arrivés par avion. Le 14 décembre 2012,

M. Abdulhussein est revenu en Australie avec ses deux plus jeunes enfants. À cette occasion, il a utilisé son propre passeport iraquien. Le 15 décembre 2012, lui et ses deux enfants ont été placés en détention sur l'île Christmas.

11. La source signale en outre que le 23 juillet 2015, suite à un incident survenu dans le centre de détention d'immigrants, les deux plus jeunes enfants de M. Abdulhussein ont été transférés en détention communautaire dans un foyer d'accueil où ils demeurent à ce jour. M. Abdulhussein reste en milieu fermé.

12. D'autre part, le 18 août 2015, M. Abdulhussein a bénéficié d'une réduction de peine compte tenu du fait qu'il avait purgé une peine privative de liberté entre le 15 août 2014 et le 14 août 2015, alors qu'il faisait l'objet d'une mesure d'internement administratif. Le tribunal a donc pris en considération aux fins de l'application de la peine le temps passé en internement administratif. Ainsi, en cas de libération, M. Abdulhussein ne sera pas à nouveau arrêté et incarcéré.

13. Le 14 juin 2016, le Ministre de l'intérieur a invité la famille à demander des visas de protection. Le 13 octobre 2016, M. Abdulhussein a donc déposé une demande de visa de protection, pour lui et ses enfants mineurs en tant que personnes à charge. Le 22 mars 2017, le Ministère de l'intérieur a refusé la demande qui a été automatiquement transmise à l'Autorité d'évaluation de l'immigration.

14. Le 13 avril 2017, des requêtes ont été présentées au nom de la famille à l'Autorité d'évaluation de l'immigration. Le 10 mai 2017, celle-ci a estimé qu'il existait une obligation de protection à l'égard de M. Abdulhussein et de ses enfants, et elle a renvoyé la décision au Ministère de l'intérieur. Le 21 juin 2017, ce dernier a délivré à M. Abdulhussein une notification l'informant de son intention d'examiner le refus de visa. Le 14 août 2017, M. Abdulhussein a communiqué des informations en réponse à cette notification.

15. Le 19 décembre 2017, les enfants de M. Abdulhussein ont obtenu des visas de protection temporaires et le 7 mars 2018, le Ministère de l'intérieur a adressé à M. Abdulhussein une demande d'informations complémentaires concernant la notification. En réponse à cette requête, des informations ont été communiquées, le 3 avril 2018. Le 13 juillet 2018, le Ministère a fourni à M. Abdulhussein une notification de renouvellement de protection temporaire pour ses enfants en raison de la date d'expiration de leurs visas à la fin de 2020.

16. Par ailleurs, le 31 août 2018, le Ministère de l'intérieur aurait rejeté la demande de visa de M. Abdulhussein qui a interjeté appel auprès du Tribunal des recours administratifs, lequel a tranché en sa faveur le 23 novembre 2018, et renvoyé l'affaire au Ministère. Le 1^{er} mars 2019, celui-ci a adressé à l'intéressé une notification l'informant de l'intention de rejeter sa demande de visa. Le 25 mars 2019, des observations ont été formulées en réponse à cette notification.

17. Le 19 juin 2019, M. Abdulhussein a saisi la Cour fédérale pour retard excessif du Ministère dans la prise de décisions concernant sa demande de visa. Le 12 juillet 2019, le Ministre a personnellement annulé la décision du Tribunal des recours administratifs et refusé d'accorder un visa à M. Abdulhussein. Celui-ci a alors interjeté appel auprès de la Cour fédérale. La date de l'audience de la Cour fédérale concernant le rejet de la demande de visa de M. Abdulhussein a été fixée au 30 septembre 2019, puis été reportée au 19 novembre 2019.

18. La dernière décision du Ministre de refuser personnellement d'accorder un visa à M. Abdulhussein en annulant la décision du Tribunal des recours administratifs se fonde sur son appréciation selon laquelle M. Abdulhussein ne satisfaisait pas au test de moralité et l'octroi d'un visa en sa faveur allait à l'encontre de l'intérêt national. La source relève qu'en examinant le comportement de M. Abdulhussein, le Ministre a fait mention de sa coopération avec des passeurs. Selon la source, cela laisse entendre que du point de vue du Ministre, demande d'asile et comportement délictueux ne sont pas très éloignés.

19. La source conclut que des obligations de protection étaient bien dues à l'égard de M. Abdulhussein et que le statut de réfugié lui avait été reconnu quatre fois, dont trois par les institutions australiennes. Elle relève en outre que sa détention durait depuis plus de six ans.

20. La source fait valoir que, compte tenu de la décision de la Haute Cour d'Australie qui a confirmé la thèse selon laquelle la détention obligatoire des non-ressortissants n'était pas contraire à la Constitution australienne¹, M. Abdulhussein n'avait aucune chance de voir sa détention faire l'objet d'un véritable contrôle juridictionnel. La source relève en outre que le Comité des droits de l'homme a constaté que les personnes placées en détention d'office en Australie ne peuvent se prévaloir d'aucun recours utile².

21. La source affirme en outre que M. Abdulhussein a été privé de liberté pour avoir exercé ses droits qui lui sont garantis par l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Elle relève aussi que sa détention ne répond pas aux normes internationales relatives au droit à un procès équitable, étant donné que M. Abdulhussein n'est pas placé en détention pénale et que le Ministre a reçu des instructions, tant du Tribunal des recours administratifs que de l'Autorité d'évaluation de l'immigration, selon lesquelles l'intéressé satisfaisait aux critères d'octroi d'un visa.

22. D'autre part, la source affirme qu'en tant que demandeur d'asile soumis à une mesure d'internement administratif, M. Abdulhussein est privé de la possibilité de demander un contrôle juridictionnel ou de former un recours administratif ou judiciaire.

23. Le Ministre aurait en outre déclaré que M. Abdulhussein ne serait pas autorisé à déposer une autre demande de visa, sauf en cas d'annulation de la décision de refus, ou si le Ministre l'autorisait à demander un visa relais R (catégorie WR) prévu au paragraphe 2 de l'article 501E de la loi sur les migrations. La source considère cela comme peu probable. Elle précise que le Ministre avait également signalé l'impossibilité d'un réexamen de la décision de refus par le Tribunal des recours administratifs car il avait personnellement décidé de procéder à ce réexamen.

24. La source affirme que le Ministre avait donné des instructions au Ministère de l'intérieur pour que tous les cas controversés, tel celui de M. Abdulhussein, lui soient soumis pour décision. Elle estime qu'il est très peu probable que le Ministre ait demandé que ces cas lui soient soumis de sorte qu'il puisse envisager la remise en liberté des intéressés. Selon la source, cela soulève des questions concernant la partialité, réelle ou perçue, et l'équité de la procédure. La source signale en outre qu'une demande a été introduite au titre de la liberté d'information tendant à ce que les autorités communiquent la teneur des instructions en question, et que la réponse est toujours attendue.

25. Selon la source, les Australiens et les étrangers ne sont pas égaux devant la justice australienne. La décision rendue par la Haute Cour d'Australie en l'affaire *Al-Kateb v. Godwin* soutient la thèse selon laquelle la détention de non-ressortissants, sur le fondement notamment de l'article 189 de la loi sur les migrations, n'est pas contraire à la Constitution. Dans la pratique, cela signifie que les Australiens sont en droit de contester une mesure d'internement administratif, mais pas les non-ressortissants.

26. La source relève en outre que M. Abdulhussein n'a certes pas épuisé tous les recours internes, mais même s'il obtient gain de cause auprès de la Cour fédérale, la décision de lui accorder un visa sera renvoyée au Ministère de l'intérieur et/ou au Ministre. Étant donné que le Ministère et le Ministre ont rejeté à trois reprises sa demande de visa, la source estime peu probable que M. Abdulhussein obtienne gain de cause. Il risque donc fort de rester indéfiniment en internement administratif. La source rappelle que le paragraphe 3 de l'article 196 de la loi sur les migrations dispose expressément que « même un tribunal » ne peut ordonner la libération d'un non-ressortissant en situation irrégulière, sauf si celui-ci obtient un visa.

¹ *Al-Kateb v. Godwin*, *Commonwealth Law Reports*, vol. 219 (2004), p. 562 ; affaire également disponible à l'adresse suivante : <https://jade.io/article/68483?at.hl=al-kateb>.

² *C. c. Australie* (CCPR/C/76/D/900/1999).

27. La source conclut que la détention de M. Abdulhussein relève des catégories I, II, III, IV et V de la classification utilisée par le Groupe de travail.

Réponse du Gouvernement

28. Le 24 octobre 2019, suivant sa procédure ordinaire, le Groupe de travail a transmis les allégations de la source au Gouvernement. Il lui a demandé de lui fournir, au plus tard le 23 décembre 2019, des renseignements détaillés sur la situation de M. Abdulhussein, d'exposer les éléments de droit justifiant son maintien en détention, et d'expliquer en quoi celui-ci est compatible avec les obligations qui incombent à l'Australie au titre du droit international des droits de l'homme, en particulier au titre des instruments internationaux qu'elle a ratifiés. Le Groupe de travail a en outre demandé au Gouvernement australien de garantir l'intégrité physique et mentale de M. Abdulhussein.

29. Le 9 décembre 2019, conformément au paragraphe 16 des méthodes de travail du Groupe de travail, le Gouvernement a demandé une prolongation du délai, qui lui a été accordée jusqu'au 23 janvier 2020.

30. Le 24 décembre 2019, le Gouvernement a soumis sa réponse dans laquelle il fait valoir qu'il étudiait le cas de M. Abdulhussein, par l'intermédiaire du Ministère de l'intérieur, conformément aux directives d'intervention ministérielle établies aux fins de l'article 195A de la loi sur les migrations de 1958. Ledit article habilite le Ministre à octroyer un visa à une personne soumise à une mesure d'internement administratif, s'il estime qu'il en va de l'intérêt général. En outre, l'article 197AB de la loi confère au Ministre le pouvoir d'assigner à résidence une personne soumise à une mesure d'internement administratif, en lui permettant de résider dans la communauté en un lieu et dans des conditions déterminés, si le Ministre estime qu'il en va de l'intérêt général.

31. Le Gouvernement explique que dans sa situation, seul un ministre dans l'exercice de ses pouvoirs personnels d'intervention peut octroyer un visa à M. Abdulhussein ou le placer dans la communauté. Les pouvoirs du ministre sont discrétionnaires, ce qui signifie qu'il n'est nullement tenu de les exercer ou d'envisager de les exercer. Il lui appartient de déterminer ce qui est dans l'intérêt général. Si le cas de M. Abdulhussein est jugé satisfaisant aux critères de saisine, il sera transmis au ministre pour examen.

32. Le 26 novembre 2019, la Cour fédérale a annulé la décision du Ministre du 12 juillet 2019 de casser la décision du Tribunal des recours administratifs et de refuser d'accorder à M. Abdulhussein un visa de protection temporaire (sous-catégorie 785), au titre de l'article 501A de la loi sur les migrations. En conséquence, la décision du Tribunal des recours administratifs reste en vigueur et la demande de visa de protection temporaire de M. Abdulhussein a été renvoyée au Ministère pour un réexamen qui est toujours en cours. L'intéressé demeure en internement administratif en tant qu'étranger en situation irrégulière sans visa valide.

33. Le 11 octobre 1999, M. Abdulhussein est arrivé pour la première fois en Australie par voie maritime non autorisée, sous le pseudonyme de Jamal Al Ghariri. Il a été placé en détention en application de l'article 189 de la loi sur les migrations et transféré dans un centre de détention d'immigrants. Le 24 mai 2000, il a obtenu un visa de protection temporaire et a été libéré. Le 26 mai 2000, il a déposé une demande de visa de protection (sous-catégorie 866).

34. Le 7 janvier 2003, M. Abdulhussein a été accusé d'infractions de fraude. Le 22 mai 2003, il a été reconnu coupable de trois chefs d'inculpation pour tentative de fraude, et condamné à douze mois d'emprisonnement. Le 16 mai 2003, son visa de protection temporaire a expiré, et le même jour son visa relais A (sous-catégorie 010), accordé en association avec sa demande de visa de protection, est entré en vigueur.

35. M. Abdulhussein a quitté l'Australie en 2004 en utilisant le passeport néo-zélandais d'un ami. Le Gouvernement croit savoir qu'à peu près à cette époque, la police de Nouvelle-Galles du Sud avait émis des mandats d'arrêt à son encontre pour d'autres infractions qu'il aurait commises.

36. Le 16 mars 2005, il a été conclu que l’Australie n’avait pas d’obligations de protection à l’égard de M. Abdulhussein et un représentant du Ministre a refusé de lui accorder un visa de protection. Le 15 décembre 2012, M. Abdulhussein est revenu en Australie par voie maritime non autorisée, avec deux de ses fils, sous le nom de Jamal Talib Abdul Hussein Al Ghariri. Placé en détention en application du paragraphe 3 de l’article 189 de la loi sur les migrations, il a été transféré dans un centre de détention d’immigrants. Le 10 janvier 2013, lors d’un entretien d’entrée, il a déclaré avoir vécu quatre ans en Australie, à partir du 10 novembre 1999. Une analyse de ses empreintes digitales a confirmé que M. Al Ghariri était bien M. Abdulhussein.

37. En février 2015, le cas de M. Abdulhussein a été déféré au Ministre de l’époque pour examen, en vertu de l’article 197 AB de la loi sur les migrations. La soumission incluait les deux enfants de l’intéressé. Le 16 février 2015, le Ministre en charge a décidé de ne pas examiner l’affaire au titre de l’article 197 AB de la loi.

38. Le 30 juin 2015, M. Abdulhussein a demandé le renvoi volontaire pour lui-même et pour ses deux fils. Le 15 juillet 2015, il a retiré sa demande. Le 14 août 2015, il a quitté le centre d’internement administratif pour être placé en détention provisoire en raison des mandats d’arrêt dont il faisait l’objet depuis son premier séjour en Australie. Le 21 août 2015, il était détenu au poste de police de Fairfield ; libéré sous caution, il a ensuite été placé en détention en application de l’article 189 (par. 1) de la loi sur les migrations et a été transféré dans un centre de détention pour migrants.

39. Le 27 août 2015, M. Abdulhussein a été condamné pour des infractions de voies de faits, entrée par effraction, dégradation de biens (trois chefs d’inculpation), défaut de comparution conformément à un engagement de mise en liberté sous caution, et infractions liées à la conduite d’un véhicule, pour lesquelles il a été condamné à une amende et à un retrait du permis de conduire et s’est vu imposer une obligation de bonne conduite de dix-huit mois.

40. Le 29 septembre 2015, le Ministre a levé l’interdiction prévue à l’article 46A de la loi sur les migrations pour permettre à M. Abdulhussein et à sa famille de déposer une demande de visa valide. L’article 46A est un obstacle légal qui empêche une personne arrivée par voie maritime non autorisée – étranger en situation irrégulière ou détenteur d’un visa relais ou d’un visa de protection temporaire – de déposer une demande de visa valide.

41. Le 1^{er} juillet 2016, M. Abdulhussein a retiré sa demande de renvoi volontaire pour lui-même et pour ses fils. Le 13 octobre 2016, il a déposé une demande de visa de protection temporaire, pour lui et ses deux fils en tant que demandeurs à charge.

42. Le 22 mars 2017, il a été conclu que l’Australie n’avait pas d’obligations de protection à l’égard de M. Abdulhussein, et un représentant du Ministre alors en charge a refusé de lui accorder, ainsi qu’à ses deux enfants, des visas de protection temporaire. Le 10 mai 2017, suite à examen, l’Autorité d’évaluation de l’immigration a renvoyé la demande au Ministère en indiquant qu’il y avait de sérieuses raisons de croire qu’en cas d’expulsion, la famille courrait un risque réel de préjudices à son retour en Iraq.

43. Le 22 juin 2017, M. Abdulhussein a reçu une notification de l’intention d’examiner le rejet de sa demande de visa de protection temporaire, en application de l’article 501 de la loi sur les migrations. M. Abdulhussein a répondu à la notification le 14 août 2017. Le 22 août 2017, il a à nouveau demandé un renvoi volontaire pour lui-même et pour ses fils. Le Ministère a commencé à prendre des dispositions à cette fin.

44. Le 19 décembre 2017, les enfants de M. Abdulhussein ont obtenu des visas de protection temporaire. Le 31 août 2018 cependant, un représentant du Ministre a refusé d’accorder à M. Abdulhussein un visa de protection temporaire en vertu du paragraphe 1 de l’article 501 de la loi sur les migrations, en raison de son casier judiciaire chargé.

45. Le 9 octobre 2018, M. Abdulhussein a sollicité un réexamen au fond de la décision de refus auprès du Tribunal des recours administratifs. Le 23 novembre 2018, celui-ci a rejeté la décision du représentant du Ministre, et renvoyé l’affaire au Ministère pour réexamen, avec pour instruction qu’un pouvoir discrétionnaire soit exercé en faveur du demandeur pour qu’il obtienne un visa.

46. Le 14 février 2019, le cas de M. Abdulhussein a été inclus dans une communication adressée au Ministre adjoint, indiquant qu'il était demandé à l'intéressé s'il souhaitait envisager des options d'intervention ministérielle. Le 26 février 2019, le Ministre adjoint a fait savoir que le cas de M. Abdulhussein ne devait pas être renvoyé pour examen au titre des pouvoirs d'intervention ministériels.

47. Le 1^{er} mars 2019, M. Abdulhussein a reçu une notification l'informant de l'intention d'examiner le refus concernant l'exercice envisagé du pouvoir personnel conféré au Ministre par le paragraphe 2 de l'article 501A de la loi. Le pouvoir personnel permettant au Ministre, en vertu de l'article 501A de la loi, d'annuler une décision du Tribunal des recours administratifs et de refuser, dans l'intérêt national, l'octroi d'un visa, ne saurait être délégué. De telles décisions incombent exclusivement au Ministre.

48. Le 28 mars 2019, le Ministère a reçu une réponse à la notification de l'intention d'examiner le refus. Le 12 juillet 2019, le Ministre a décidé d'annuler la décision du Tribunal des recours administratifs, et de refuser d'accorder à M. Abdulhussein un visa de protection temporaire, en vertu du paragraphe 2 de l'article 501A de la loi sur les migrations.

49. Le 17 juillet 2019, le Ministère a entamé une nouvelle évaluation du cas de M. Abdulhussein dans le cadre des directives d'intervention ministérielle prévues à l'article 195A de la loi sur les migrations. L'évaluation est en cours.

50. La santé et le bien-être de M. Abdulhussein sont suivis par des médecins généralistes et des psychiatres des Services médicaux et de santé internationaux. Ces services continuent d'assurer les soins de santé physique et mentale de M. Abdulhussein. Tous les détenus sont informés du système d'orientation sanitaire.

51. Le Gouvernement explique que le système australien de visa universel exige que tous les non-ressortissants détiennent un visa valide. Le cadre législatif de l'internement administratif prévoit qu'en vertu de la loi sur les migrations, un étranger en situation irrégulière doit être placé en détention lorsque l'on connaît ou que l'on soupçonne raisonnablement sa situation. Il doit demeurer dans un centre de détention d'immigrants jusqu'à ce qu'il soit expulsé d'Australie ou obtienne un visa.

52. Pour obtenir un visa, tous les demandeurs doivent satisfaire à certains critères, notamment aux critères de moralité énoncés à l'article 501 de la loi sur les migrations. L'article 501 permet au Ministre, ou à l'un de ses représentants, de refuser d'accorder un visa à un non-ressortissant lorsqu'il estime que celui-ci ne remplit pas lesdits critères ; ou d'annuler un visa lorsqu'il a des motifs raisonnables de soupçonner que l'intéressé ne satisfait pas à ces critères et n'est pas en mesure de lui démontrer l'inverse. Il y a un certain nombre de motifs pour lesquels une personne peut ne pas satisfaire au test de moralité, notamment mais pas exclusivement, lorsqu'il existe un risque pour qu'elle se livre à des activités criminelles en Australie, ou représente un danger pour la communauté australienne ou une partie d'entre elle.

53. Lors de l'adoption d'une décision sur l'opportunité de refuser ou d'annuler un visa, toutes les informations et les circonstances relatives au cas examiné, y compris les incidences sur l'intéressé, sont prises en compte. Toutefois, la sécurité de la population australienne reste la considération primordiale et la décision de refuser ou d'annuler un visa peut s'appliquer lorsqu'un non-ressortissant représente un danger pour la communauté, même en présence d'autres facteurs qui viendraient en compensation. Les cas d'examen de la moralité à l'étude sont confiés à un décideur en fonction de la gravité et de la nature du comportement préjudiciable.

54. En vertu de l'article 501A de la loi sur les migrations, le Ministre a le pouvoir personnel d'annuler une décision du Tribunal des recours administratifs, et de la remplacer par un rejet de la demande de visa ou par une annulation de visa, s'il estime que l'intéressé ne satisfait pas au test de moralité, et qu'il en va de l'intérêt national. Lorsque le Tribunal des recours administratifs annule des décisions prises en vertu de l'article 501 de la loi, le Ministère peut saisir le Ministre afin de vérifier s'il souhaite envisager d'exercer ses pouvoirs personnels pour infirmer la décision du Tribunal, en vertu de l'article 501A de la loi.

55. Le Gouvernement australien estime que le placement en détention d'un individu au motif qu'il est un étranger en situation irrégulière, n'est en soi ni illégal ni arbitraire au regard du droit international. Le maintien en détention peut être qualifié d'arbitraire après un certain temps, en l'absence de motif valable. Le facteur déterminant toutefois, n'est pas la durée de la détention mais la question de savoir si elle est justifiée. Le placement en détention dans un centre de détention d'immigrants est une mesure de dernier ressort pour la gestion des non-ressortissants en situation irrégulière.

56. Le Gouvernement fait valoir que la détention dans un centre d'immigrants est de nature administrative et non répressive. Il réaffirme son engagement à faire en sorte que toutes les personnes détenues soient traitées d'une manière conforme aux obligations juridiques internationales de l'Australie. L'internement administratif de M. Abdulhussein tient au fait qu'il est un non-ressortissant en situation irrégulière, sans visa valide, et non à son intention de demander une protection conforme aux obligations internationales de l'Australie.

57. S'agissant des mécanismes d'examen, le Gouvernement rappelle l'article 486N de la loi sur les migrations conformément auquel est remis au Médiateur du Commonwealth un rapport sur les circonstances du placement en détention de toute personne se trouvant dans un centre de détention d'immigrants depuis plus de deux ans ; ce rapport est actualisé tous les six mois. Comme prescrit, le Médiateur fait rapport au Ministre pour lui donner son évaluation de l'adéquation des dispositions relatives à la détention de la personne.

58. En conséquence, le Gouvernement consulte régulièrement les parties prenantes compétentes afin de réexaminer le placement et la détention de M. Abdulhussein. Le régime de détention de l'intéressé a été réexaminé 71 fois par le Comité du Ministère de l'intérieur chargé de la gestion des dossiers et du réexamen des détentions. Le premier examen date du 20 février 2013 et le plus récent, du 14 novembre 2019. Tous les examens effectués à ce jour ont permis de constater que la détention de M. Abdulhussein était toujours appropriée, de même que son placement actuel, en indiquant que seul un ministre a le pouvoir de lui accorder un visa ou de le placer dans la communauté, ce qui dans son cas ne s'est pas produit. Il y a actuellement une soumission pour intervention ministérielle en faveur de l'intéressé ; toutefois, son cas sera examiné au regard des critères justifiant la saisine du Ministre.

59. Toute personne détenue par les services d'immigration est en droit de demander un contrôle juridictionnel de la légalité de sa détention auprès de la Cour fédérale ou de la Haute Cour d'Australie. Le paragraphe 75 v) de la Constitution australienne dispose que la Haute Cour a compétence pour connaître en premier ressort de chaque affaire où une ordonnance d'obligation d'exécution, une ordonnance de défense de statuer, ou une injonction est demandée à l'égard d'un fonctionnaire du Commonwealth d'Australie. L'article 39B (par. 1) de la loi de 1901 sur le pouvoir judiciaire accorde à la Cour fédérale la même compétence qu'à la Haute Cour, en vertu du paragraphe 75 v) de la Constitution. Ces dispositions constituent le mécanisme juridique par lequel un non-ressortissant peut contester la légalité de sa détention, c'est-à-dire contester sur le plan juridique l'application de l'article 189 de la loi sur les migrations. Le droit de former un recours contre un fonctionnaire du Commonwealth d'Australie en vertu de la Constitution, ou auprès de la Cour fédérale, est ouvert aux ressortissants australiens comme aux non-ressortissants.

60. Le Gouvernement fait observer en outre que la décision adoptée en l'affaire *Al-Kateb* ne modifie pas la possibilité pour un non-ressortissant de contester la légalité de sa détention au regard du droit australien. Le droit d'exercer un recours contre un fonctionnaire du Commonwealth d'Australie en vertu de la Constitution est toujours accessible aux non-ressortissants.

61. Le système de visa universel de l'Australie se caractérise par un système binaire de non-ressortissants en situation régulière et en situation irrégulière. Pour être « en situation régulière », un non-ressortissant doit détenir un visa en cours de validité. En Australie, un étranger sans visa valide est un non-ressortissant en situation irrégulière (voir les articles 13 et 14 de la loi sur les migrations). Le paragraphe 1 de l'article 189 de la loi oblige les agents à placer en détention une personne dont ils savent ou soupçonnent raisonnablement qu'elle est un non-ressortissant en situation irrégulière.

62. Rien dans la loi sur les migrations, pas même l'article 196 (par. 3), n'empêche le tribunal de se prononcer sur la limitation prévue à l'article 189 (par. 1) et de faire appliquer celle-ci³. Les personnes détenues par les services d'immigration peuvent ainsi saisir la justice pour contester leur détention, au motif de l'absence des connaissances nécessaires ou de soupçon raisonnable. L'intéressé pourra invoquer le fait qu'il détient effectivement un visa valide et est en situation régulière ou qu'il a la nationalité australienne et n'est donc pas un étranger. S'il en convient, le tribunal peut ordonner la libération d'une personne faisant l'objet d'une mesure d'internement administratif. L'article 196 (par. 3) ne l'en empêche pas car la personne en question est nécessairement un étranger en situation régulière ou un Australien.

63. Le droit de saisir la justice est prévu à l'article 75 de la Constitution. Cet article garantit également les droits de contrôle juridictionnel concernant toutes les décisions relatives aux visas prises en vertu de la loi sur les migrations. Le Gouvernement affirme que, contrairement aux allégations de la source, M. Abdulhussein a la possibilité d'obtenir un contrôle juridictionnel.

64. Le Gouvernement déclare en outre que M. Abdulhussein peut demander et a effectivement demandé le bien-fondé et un contrôle juridictionnel des décisions des services d'immigration prises à son égard. L'Autorité d'évaluation de l'immigration et le Tribunal des recours administratifs ont tous deux examiné à deux occasions (le 10 mai 2017 et le 23 novembre 2018 respectivement) les décisions de refus d'accorder à M. Abdulhussein un visa de protection temporaire. Le 13 juin 2019, l'intéressé a introduit une demande de contrôle juridictionnel auprès de la Cour fédérale. Le 26 novembre 2019, la Cour fédérale a annulé la décision du Ministre rendue le 12 juillet 2019.

65. Le Gouvernement fait valoir que selon la source, M. Abdulhussein a été privé de liberté pour avoir exercé les droits qui lui sont garantis par l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Il déclare néanmoins que l'intéressé se trouve en détention, comme l'exige l'article 189 de la loi sur les migrations, parce qu'il est un étranger en situation irrégulière. De l'avis du Gouvernement, M. Abdulhussein est détenu en raison de l'application du droit interne australien, et non pour avoir sollicité une protection conformément aux obligations internationales du pays.

66. Le Gouvernement relève que la loi sur les migrations vise à « réguler, dans l'intérêt national, l'entrée et la présence en Australie de non-ressortissants ». Cette loi vise donc à établir une distinction fondée sur la nationalité entre ressortissants et non-ressortissants. Le Comité des droits de l'homme a reconnu dans le contexte du Pacte international relatif aux droits civils et politiques que : « Le Pacte ne reconnaît pas aux étrangers le droit d'entrer et de résider sur le territoire d'un État partie. En principe, il appartient à l'État de décider qui il admet sur son territoire. Toutefois, dans certaines situations, un étranger peut bénéficier de la protection du Pacte, même en ce qui concerne l'entrée ou le séjour ; tel est le cas quand des considérations relatives à la non-discrimination, à l'interdiction des traitements inhumains, et au respect de la vie familiale entrent en jeu. L'autorisation d'entrée peut être soumise à des conditions relatives notamment, aux déplacements, au lieu de séjour et à l'emploi » (voir l'observation générale n° 15 du Comité des droits de l'homme (1986) sur la situation des étrangers au regard du Pacte).

67. Le Gouvernement souligne qu'il lui appartient de déterminer qui peut entrer sur son territoire et dans quelles conditions, notamment d'exiger qu'un non-ressortissant soit en possession d'un visa ; en l'absence de visa, les non-ressortissants sont soumis à une mesure d'internement administratif. Ainsi, si les ressortissants et les non-ressortissants sont traités différemment en ceci que les Australiens ne sont pas soumis à des mesures de détention liées à l'immigration, le Gouvernement estime que cette différence de traitement repose sur des critères raisonnables et objectifs et sert un but légitime, et qu'elle ne constitue pas une discrimination proscrite par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

³ *Plaintiff SI 64/2018 v. Minister for Home Affairs* (2018), procès-verbal 172 des audiences de la Haute Cour d'Australie.

Réponse de la source

68. La réponse du Gouvernement a été transmise à la source le 2 janvier 2020 afin qu'elle puisse formuler des observations complémentaires, qu'elle a présentées le 6 janvier 2020. La source a alors fait valoir que le Gouvernement n'interprétait pas correctement la loi en ce qui concerne le renvoi de l'affaire de M. Abdulhussein de la Cour fédérale au Ministère de l'intérieur aux fins d'un réexamen de la décision conformément à la loi. Bien que dans sa réponse le Gouvernement australien indique que le ministre compétent peut réexaminer la décision, l'un de ses représentants est également habilité à statuer. Suite à l'arrêt de la Cour fédérale, la décision du Tribunal des recours administratifs a été remise en vigueur. Il est donc possible à un représentant du Ministre de rendre une décision.

69. La source allègue que si un représentant du Ministre rend une telle décision, alors en vertu de la loi sur les migrations, M. Abdulhussein doit se voir accorder un visa. Seul le Ministre peut lui refuser l'octroi d'un visa. La source affirme donc que le fait que la réponse du Gouvernement ne semble pas tenir compte d'une telle délégation laisse supposer une mauvaise interprétation de la loi, ou une position partielle. La source conclut que, dans tous les cas, le fondement d'une éventuelle action en justice est constitué.

70. La source relève également que dans sa réponse, le Gouvernement affirme que le Ministère de l'intérieur examine l'affaire de M. Abdulhussein au regard des directives ministérielles établies aux fins des articles 195A et 195B de la loi sur les migrations. Cela laisse supposer que certaines mesures sont prises concernant le traitement de la demande de visa de protection de M. Abdulhussein. La source affirme que cela est trompeur. La demande de visa de M. Abdulhussein n'est pas soumise au Ministre mais au Ministère pour être évaluée par rapport aux directives ministérielles et envoyée éventuellement au Ministre pour examen.

71. La source soutient qu'il est inexact de laisser entendre qu'après avoir à maintes reprises refusé d'accorder un visa à M. Abdulhussein, le Ministère va maintenant évaluer si celui-ci satisfait aux critères de saisine du Ministre qui décidera ensuite de lui accorder un visa. Cela est d'autant plus vrai si l'on considère que cette saisine a eu lieu seulement cinq jours après que le Ministre ait annulé la décision du tribunal, et qu'aucune mesure n'a été prise à ce jour – plus de sept mois après la saisine initiale.

72. La source allègue qu'il pourrait s'agir d'une simple tactique employée par le Ministère pour donner l'impression qu'il continue de s'intéresser à l'affaire de M. Abdulhussein au lieu de poursuivre une approche implicite de refoulement, en faisant en sorte que M. Abdulhussein reste en détention ou « accepte » de retourner en Iraq.

73. La source indique également que l'affirmation du Gouvernement selon laquelle la détention dans un centre pour migrants est une mesure de dernier recours employée pour la gestion des non-ressortissants en situation irrégulière, est incorrecte. La source affirme qu'il s'agit au contraire de la première mesure qui leur est appliquée. De fait, en vertu de l'article 189 de la loi sur les migrations, les étrangers en situation irrégulière doivent être placés en détention.

74. La source rappelle également les observations du Gouvernement concernant les mécanismes d'examen de la détention. Elle fait observer que ces mécanismes fonctionnent dans le cadre juridique australien qui autorise la détention arbitraire.

75. La source relève en outre que, selon le Gouvernement, le Médiateur du Commonwealth n'a pas le pouvoir de contraindre le Ministère à libérer une personne qui fait l'objet d'une mesure d'internement administratif. Elle explique que le Ministère ne donne, du reste, jamais suite aux recommandations du Médiateur en faveur de la libération de demandeurs d'asile et de réfugiés.

76. La source affirme que l'affaire *Al-Kateb* ne fait qu'aggraver la situation de M. Abdulhussein : sa détention arbitraire de durée indéterminée est autorisée par le droit australien, tant par la législation que par la jurisprudence. La source relève en outre que les mécanismes d'examen dont dispose M. Abdulhussein concernent le processus décisionnel relatif à l'octroi d'un visa, plutôt que la détention de l'intéressé. La source allègue enfin que s'il n'était pas venu en Australie demander asile, M. Abdulhussein ne serait pas un étranger en situation irrégulière, responsable de sa détention.

Examen

77. Le Groupe de travail remercie le Gouvernement et la source d'avoir rendu leurs observations en temps utile. Pour déterminer si la détention de M. Abdulhussein est arbitraire, le Groupe de travail tient compte des principes établis dans sa jurisprudence sur les règles de la preuve. Lorsque la source établit une présomption de violation des règles internationales constitutive de détention arbitraire, la charge de la preuve incombe au Gouvernement dès lors que celui-ci décide de contester les allégations. Le simple fait pour le Gouvernement d'affirmer que la procédure légale a été suivie ne suffit pas à réfuter les allégations de la source (A/HRC/19/57, par. 68).

78. Notant que la source a déclaré que la détention de M. Abdulhussein relevait des catégories I, II, III, IV et V, allégations rejetées par le Gouvernement, le Groupe de travail examinera dans l'ordre les allégations se rapportant à chacune de ces catégories.

79. Avant de poursuivre, le Groupe de travail souhaite tout d'abord faire observer qu'un grand nombre des allégations formulées portent sur la question de savoir si les décisions concernant les demandes d'asile de M. Abdulhussein étaient fondées et si les décisions du Ministre de l'intérieur de ne pas libérer M. Abdulhussein étaient justifiées. Le Groupe de travail rappelle que son mandat ne couvre pas la question de fond consistant à savoir si l'intéressé doit obtenir l'asile ou le statut de réfugié⁴. De même, la question de savoir si le Ministre de l'intérieur a agi dans le cadre de ses pouvoirs ou non est avant tout du ressort des tribunaux nationaux. Le Groupe de travail réaffirme que lorsqu'il est amené à vérifier l'application des lois nationales par les juges⁵ ou autres organes internes, il se garde toujours de ne pas se substituer aux autorités judiciaires nationales ou de se considérer comme une sorte de tribunal suprational.

80. Comme le Groupe de travail l'a déjà déclaré, une privation de liberté relève de la catégorie I quand elle est dépourvue de base juridique, non seulement s'il n'existe pas de loi autorisant cette privation de liberté, mais également si les autorités n'invoquent pas cette base juridique, par exemple, par le biais d'un mandat d'arrêt ou d'une notification de placement en détention⁶. Il n'est pas contesté que M. Abdulhussein a été placé en détention le 15 décembre 2012, après son arrivée sur l'île Christmas. Il n'est de même pas contesté que sa détention avait pour base juridique la loi de 1958 sur les migrations et que les autorités du Ministère de l'intérieur qui ont procédé à son arrestation ont présenté une notification de placement en détention.

81. Malgré les sérieuses réserves que le Groupe de travail émet au sujet de la loi sur les migrations de 1958, il ne peut déclarer que le placement en détention de M. Abdulhussein n'a pas été effectué conformément à cette loi, ni dès lors conclure que cette détention relève de la catégorie I.

82. En ce qui concerne la déclaration selon laquelle la détention de M. Abdulhussein relève de la catégorie II, le Groupe de travail prend note de l'allégation de la source selon laquelle l'intéressé était détenu en raison de son statut migratoire, affirmation non contestée par le Gouvernement.

83. Le Groupe de travail doit toutefois observer que M. Abdulhussein avait précédemment vécu légalement en Australie et disposait d'un visa valide jusqu'à ce qu'il fuit la juridiction. Lorsqu'il a essayé de revenir dans le pays en décembre 2012, il a voyagé sous un pseudonyme et sa véritable identité n'a été établie qu'à l'occasion de l'entretien d'entrée, le 10 janvier 2013. Ce n'est qu'à ce moment que les autorités ont pu constater l'existence d'un certain nombre d'actions en instance le concernant, y compris des peines de prison en instance.

84. Le Groupe de travail a toujours soutenu que demander l'asile n'était pas un acte criminel mais un droit humain universel consacré par l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, et par la Convention de 1951 relative au statut des

⁴ Avis n° 74/2017, par. 56.

⁵ Avis n°s 40/2005, 15/2017, 16/2017, 30/2017, 58/2017 et 49/2019.

⁶ Avis n°s 46/2017, 66/2017, 75/2017, 35/2018 et 79/2018.

réfugiés et son Protocole de 1967. Le Groupe de travail fait valoir que ces instruments énoncent les obligations juridiques internationales auxquelles l'Australie a souscrit⁷.

85. Comme l'a indiqué le Groupe de travail dans sa délibération n° 5 révisée :

L'internement administratif ou la privation de liberté sous toutes leurs formes dans le contexte des migrations sont des mesures exceptionnelles qui ne doivent être prises qu'en dernier recours, pour une période aussi brève que possible, et uniquement lorsqu'elles sont justifiées par la poursuite d'un but légitime, par exemple aux fins de l'enregistrement de l'entrée sur le territoire, de l'enregistrement de requêtes, ou de la vérification initiale de l'identité de l'intéressé en cas de doute⁸.

86. M. Abdulhussein n'a pas dit la vérité sur son identité lors de son arrivée sur l'île Christmas en décembre 2012, ce qui pourrait avoir justifié sa détention initiale. En outre, il a auparavant fui l'Australie sans avoir purgé des peines d'emprisonnement en instance le concernant. À la lumière de ces faits, non contestés par la source, le Groupe de travail n'est pas en mesure de conclure que la détention initiale de M. Abdulhussein était uniquement due à l'exercice de son droit de demander l'asile. Le Groupe de travail ne peut donc conclure que la détention de M. Abdulhussein relève de la catégorie II.

87. Toutefois, M. Abdulhussein est détenu depuis le 15 décembre 2012, soit depuis plus de huit ans. Bien que, pendant environ un an, il ait purgé une peine d'emprisonnement non exécutée, le reste du temps, son maintien en détention a eu pour unique raison son statut migratoire. Il appartient donc au Groupe de travail de déterminer si cette détention relève de la catégorie IV, ce qui est le cas quand des demandeurs d'asile, des immigrants ou des réfugiés sont soumis à un internement administratif prolongé, sans possibilité de contrôle ou de recours administratif ou juridictionnel.

88. Le Groupe de travail rappelle que selon les Principes de base et les lignes directrices des Nations Unies sur les voies et procédures permettant aux personnes privées de liberté d'introduire un recours devant un tribunal, le droit de contester la légalité de la détention devant un tribunal est un droit de l'homme autonome, essentiel pour préserver la légalité dans une société démocratique⁹. Ce droit, qui constitue une norme impérative du droit international, s'applique à toutes les formes¹⁰ et à toutes les situations de privation de liberté, ce qui comprend non seulement la détention aux fins de poursuites pénales, mais aussi les situations de détention relevant du droit administratif et autres domaines du droit, y compris la détention militaire, la détention pour raisons de sécurité, la détention dans le cadre de la lutte antiterroriste, le placement d'office dans un établissement médical ou psychiatrique, et la détention de migrants¹¹. Il s'applique indépendamment du lieu de détention ou de la terminologie employée dans la législation et, en outre, toute forme de privation de liberté quel qu'en soit le motif doit faire l'objet d'une surveillance et d'un contrôle effectifs exercés par les autorités judiciaires¹².

89. Le Groupe de travail souhaite souligner que même si le Gouvernement affirme que pendant la période considérée, la détention de M. Abdulhussein a fait 71 fois l'objet d'un examen du Comité chargé du contrôle des détentions et de la gestion des dossiers, celui-ci n'est pas un organe juridictionnel au sens du paragraphe 4 de l'article 9 du Pacte, comme le Groupe de travail l'a déjà signalé dans ses précédents avis¹³. Le Groupe de travail fait observer que le Gouvernement n'a toujours pas expliqué en quoi les examens effectués par ce Comité satisfaisaient aux garanties inhérentes au droit de contester la légalité d'une détention consacré par l'article 9 du Pacte¹⁴. Le Groupe de travail conclut par conséquent que le droit de M. Abdulhussein de contester la légalité de sa détention devant une instance

⁷ Avis nos 28/2017 et 42/2017.

⁸ A/HRC/39/45, annexe, par. 12.

⁹ Voir par. 2 et 3.

¹⁰ Ibid., par. 11.

¹¹ Ibid., par. 47 a).

¹² Ibid., par. 47 b).

¹³ Avis n° 20/2018, par. 61 ; n° 50/2018, par. 77 ; n° 74/2018, par. 103 ; n° 1/2019, par. 80 ; n° 2/2019, par. 95 ; et n° 74/2019, par. 67.

¹⁴ Ibid.

judiciaire, droit consacré par le paragraphe 4 de l'article 9 du Pacte, a été violé. En formulant cette conclusion, le Groupe de travail rappelle également que le Comité des droits de l'homme a, dans de nombreux cas, conclu que la détention d'office de migrants en Australie et l'impossibilité de contester cette détention, étaient contraires à l'article 9 du Pacte¹⁵.

90. En outre, le Groupe de travail observe qu'à ce jour, la détention de M. Abdulhussein ne semble pas limitée dans le temps. Il est détenu depuis le 15 décembre 2012 et le Groupe de travail a à présent à l'esprit que dans sa réponse, le Gouvernement n'a donné aucune indication quant à la date à laquelle cette détention pourrait prendre fin, ou quant aux mesures qu'il prend ou entend prendre pour y mettre un terme.

91. Le Groupe de travail doit donc se pencher sur l'argument présenté par le Gouvernement, à savoir que le maintien en détention dans le contexte de la migration est légal en vertu du droit international tant qu'il s'appuie sur des motifs justifiables, et que la durée de la détention n'est pas un facteur déterminant¹⁶. Le Groupe de travail considère qu'il s'agit d'une interprétation manifestement erronée du droit international des droits de l'homme en vigueur. Il se doit une nouvelle fois de souligner que la détention d'une durée indéfinie dans le cadre d'une procédure migratoire ne saurait être justifiée, et revêt donc un caractère arbitraire¹⁷, raison pour laquelle il a exigé que la loi fixe une durée maximale de détention dans le cadre des procédures migratoires, et qu'à l'expiration de cette période, la personne détenue soit immédiatement libérée¹⁸.

92. Le Groupe de travail rejette la déclaration du Gouvernement selon laquelle la durée de la détention ne constitue pas en elle-même un facteur déterminant et peut se prolonger en toute légalité, tant que la détention est justifiée. Approuver ce raisonnement signifierait accepter que les individus puissent être pris dans un cycle sans fin d'examen périodiques de leur détention, sans aucune perspective de libération effective. Une telle situation est assimilable à une détention illimitée à laquelle il ne peut être remédié, pas même par l'examen régulier le plus rigoureux des motifs de la détention¹⁹. Tel qu'indiqué dans la délibération n° 5 révisée :

Il peut y avoir des cas où l'obstacle à l'identification ou à l'expulsion du territoire des personnes en situation irrégulière ne leur est pas imputable, notamment lorsque la représentation consulaire du pays d'origine ne coopère pas, en vertu du principe de non-refoulement²⁰, ou en raison de l'indisponibilité de moyens de transport – rendant ainsi l'expulsion impossible. Dans de tels cas, le détenu doit être libéré pour éviter une détention d'une durée potentiellement indéterminée qui revêtirait un caractère arbitraire²¹.

93. Le Groupe de travail considère que la détention de facto illimitée de M. Abdulhussein est contraire aux obligations souscrites par l'Australie au titre du droit international et de l'article 9 du Pacte, en particulier. Il conclut donc que M. Abdulhussein a été privé du droit de contester la légalité de son maintien en détention, en violation de l'article 9 du Pacte, et que sa détention revêt donc un caractère arbitraire relevant de la catégorie IV.

¹⁵ *C. c. Australie ; Baban et consorts c. Australie* (CCPR/C/78/D/1014/2001) ; *Shafiq c. Australie* (CCPR/C/88/D/1324/2004) ; *Shams et consorts c. Australie* (CCPR/C/90/D/1255, 1256, 1259, 1260, 1266, 1268, 1270 et 1288/2004) ; *Bakhtiyari c. Australie* (CCPR/C/79/D/1069/2002) ; *D. et E. et leurs deux enfants c. Australie* (CCPR/C/87/D/1050/2002) ; *Nasir c. Australie* (CCPR/C/116/D/2229/2012) ; *F. J. et consorts c. Australie* (CCPR/C/116/D/2233/2013).

¹⁶ Avis n° 74/2019, par. 69 et 70.

¹⁷ Voir délibération n° 5 révisée du Groupe de travail (A/HRC/39/45, annexe), par. 18, et avis nos 28/2017, 42/2017 et 7/2019 ; voir également A/HRC/13/30, par. 63.

¹⁸ Délibération n° 5 révisée, par. 17. Voir également A/HRC/13/30, par. 61, et avis n° 7/2019.

¹⁹ Avis nos 1/2019 et 7/2019.

²⁰ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 3 ; Convention relative au statut des réfugiés, art. 33.

²¹ A/HRC/13/30, par. 63 ; avis n° 45/2006 ; A/HRC/7/4, par. 48 ; A/HRC/10/21, par. 82.

94. Le Groupe de travail prend note également de l'argument de la source selon lequel, en tant que non-ressortissant, M. Abdulhusein semble se trouver dans une situation différente de celle des Australiens, en ceci qu'il n'est pas en mesure de contester de manière effective la légalité de sa détention devant les juridictions nationales, comme suite à la décision rendue par la Haute Cour dans l'affaire *Al-Kateb v. Godwin*. Selon cette décision, les Australiens ont le droit de contester l'internement administratif, mais pas les non-ressortissants. Le Gouvernement rejette ces allégations et affirme que, dans l'affaire citée, la Haute Cour avait retenu comme applicables les dispositions de la loi sur les migrations qui prévoient que les étrangers doivent être placés en détention jusqu'à ce qu'ils soient expulsés ou reconduits à la frontière, ou qu'ils obtiennent un visa, même si leur expulsion n'est pas raisonnablement possible dans un avenir proche.

95. Le Groupe de travail note que, dans cette affaire, s'agissant de la décision de la Haute Cour, le Gouvernement a fourni une explication exactement identique à celle qu'il lui a plusieurs fois présentée et que le Groupe de travail a rejetée à maintes reprises²². Cette explication ne fait que réaffirmer que la Haute Cour avait confirmé la légalité de la détention des non-ressortissants jusqu'à ce qu'ils soient expulsés, reconduits à la frontière, ou qu'ils aient obtenu un visa, même si leur expulsion n'est pas raisonnablement possible dans un avenir proche.

96. Le Groupe de travail a constaté précédemment que le Gouvernement n'expliquait pas comment, compte tenu de cette décision de la Haute Cour, les non-ressortissants pouvaient contester de manière effective leur maintien en détention ; or, pour se conformer aux articles 9 et 26 du Pacte, le Gouvernement doit démontrer qu'ils sont en mesure de le faire. Le Groupe de travail rappelle que, dans sa jurisprudence, le Comité des droits de l'homme a examiné les incidences de l'arrêt rendu par la Haute Cour dans l'affaire *Al-Kateb v. Godwin*, et qu'il a conclu que ce jugement avait pour effet d'empêcher tout recours permettant de contester effectivement la légalité du maintien en internement administratif²³.

97. Dans le passé, le Groupe de travail a souscrit aux avis du Comité des droits de l'homme sur cette question²⁴, et il maintient cette position en l'espèce. Le Groupe de travail souligne que cette situation est de nature discriminatoire et contraire à l'article 26 du Pacte. Il conclut ainsi que la détention de M. Abdulhusein est arbitraire en ce qu'elle relève de la catégorie V.

Loi sur les migrations de 1958

98. Le Groupe de travail observe que la présente affaire est la plus récente d'une série d'affaires concernant l'Australie qui ont été portées à sa connaissance depuis 2017 et qui touchent la même question, à savoir la détention obligatoire des immigrants sur le fondement de la loi sur les migrations de 1958²⁵. Selon cette loi, un étranger en situation irrégulière doit faire l'objet d'une mesure d'internement administratif jusqu'à ce qu'il soit expulsé ou obtienne un visa. En outre, l'article 196 (par. 3) de cette loi dispose que, pour dissiper tout malentendu, le paragraphe 1 interdit la remise en liberté, même par un tribunal, d'un non-ressortissant en situation irrégulière (exception faite des cas mentionnés au paragraphe 1 a), aa) ou b)), sauf lorsque l'intéressé a obtenu un visa. Ainsi, la détention d'un étranger en situation irrégulière est autorisée par la loi australienne, sous réserve qu'une procédure de délivrance de visa ou d'expulsion soit en cours (même si l'expulsion n'est pas raisonnablement possible dans un avenir proche).

²² Avis n° 21/2018, par. 79 ; n° 50/2018, par. 81 ; n° 74/2018, par. 117 ; n° 1/2019, par. 88 ; n° 2/2019, par. 98 ; et n° 74/2019, par. 72.

²³ *C. c. Australie ; Baban et consorts. c. Australie* (CCPR/C/78/D/1014/2001) ; *Shafiq c. Australie* (CCPR/C/88/D/1324/2004) ; *Shams et consort c. Australie* (CCPR/C/90/D/1255, 1256, 1259, 1260, 1266, 1268, 1270 et 1288/2004) ; *Bakhtiyari c. Australie* (CCPR/C/79/D/1069/2002) ; *D. et E. et leurs deux enfants c. Australie* (CCPR/C/87/D/1050/2002) ; *Nasir c. Australie* (CCPR/C/116/D/2229/2012) ; et *F. J. et consorts c. Australie* (CCPR/C/116/D/2233/2013), par. 9.3.

²⁴ Avis n°s 28/2017, 42/2017, 71/2017, 20/2018, 21/2018, 50/2018, 74/2018, 1/2019, 2/2019 et 74/2019.

²⁵ Ibid.

99. Le Groupe de travail réaffirme que la demande d'asile n'est pas un acte criminel mais un droit universel de la personne, consacré par l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et par la Convention relative au statut des réfugiés de 1951 et son Protocole de 1967²⁶. Le Groupe de travail fait observer que ces instruments constituent des obligations juridiques internationales contractées par l'Australie, et il signale en particulier le caractère juridiquement contraignant pour l'Australie de la Convention de 1951 et de son Protocole de 1967.

100. Le Groupe de travail tient à souligner que la privation de liberté dans le contexte de l'immigration doit être une mesure de derniers recours et que des mesures de substitution à la détention doivent être recherchées, afin de satisfaire à l'exigence de proportionnalité²⁷. En outre, comme l'a indiqué le Comité des droits de l'homme au paragraphe 18 de son observation générale n° 35 (2014) sur la liberté et la sécurité de la personne :

Les demandeurs d'asile qui entrent illégalement sur le territoire d'un État partie peuvent être placés en détention pendant une brève période initiale, le temps de recueillir des informations sur leur entrée, d'enregistrer leurs requêtes et de déterminer leur identité en cas de doute. Les maintenir en détention pendant que leur demande est examinée serait arbitraire en l'absence de raisons particulières spécifiques à la personne, tel un risque de fuite de l'intéressé, un danger d'atteinte à autrui ou un risque d'actes contre la sécurité nationale.

101. Les dispositions de la loi de 1958 sur les migrations sont en contradiction avec les exigences du droit international dans la mesure où les paragraphes 1 et 3 de l'article 189 de la loi prévoient la détention d'office de tous les non-ressortissants en situation irrégulière, sauf s'ils sont expulsés d'Australie ou s'ils obtiennent un visa. Le Groupe de travail observe en outre que la loi ne tient pas compte du principe de droit international selon lequel la détention doit rester exceptionnelle dans le contexte des migrations, pas plus qu'elle ne prévoit de mesures de substitution à la détention pour satisfaire à l'exigence de proportionnalité²⁸.

102. Le Groupe de travail est préoccupé par le grand nombre de cas liés à l'application de cette loi enregistrés en Australie. Il s'inquiète également du fait que dans chacune de ces affaires, le Gouvernement a affirmé que la détention était légale parce que conforme aux dispositions de la loi sur les migrations de 1958. Le Groupe de travail tient à préciser qu'un tel argument ne peut être accepté comme légitime en droit international. Le fait qu'un État applique ses propres lois ne peut en lui-même rendre ces lois conformes aux obligations que l'État a contractées au titre du droit international. De l'avis du Groupe de travail, aucun État ne peut légitimement s'affranchir des obligations qui découlent du droit international en invoquant sa législation interne.

103. Le Groupe de travail souligne donc qu'il incombe au Gouvernement de rendre sa législation nationale, notamment la loi sur les migrations de 1958, compatible avec les obligations que lui impose le droit international. Depuis 2017, le Gouvernement se voit régulièrement rappeler ces obligations par de nombreux organes internationaux relatifs aux droits de l'homme, dont le Comité des droits de l'homme²⁹, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels³⁰, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes³¹, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale³², ainsi que par le Rapporteur spécial sur les droits humains des migrants³³ et par le Groupe de travail³⁴. Celui-ci prie donc instamment le Gouvernement de revoir sans délai cette législation à la lumière de ses obligations au titre du droit international. Conformément au

²⁶ Avis n°s 28/2017, 42/2017 et 50/2018 ; voir également délibération n° 5 révisée.

²⁷ A/HRC/10/21, par. 67. Voir également délibération n° 5 révisée, par. 12 et 16.

²⁸ Ibid.

²⁹ CCPR/C/AUS/CO/6, par. 33 à 38.

³⁰ E/C.12/AUS/CO/5, par. 17 et 18.

³¹ CEDAW/C/AUS/CO/8, par. 53.

³² CERD/C/AUS/CO/18-20, par. 29 à 33.

³³ Voir A/HRC/35/25/Add.3.

³⁴ Avis n° 50/2018, par. 86 à 89 ; n° 74/2018, par. 99 à 103 ; n° 1/2019, par. 92 à 97 ; n° 2/2019, par. 115 à 117 ; n° 74/2019, par. 37 à 42.

paragraphe 33 a) de ses méthodes de travail, le Groupe de travail renvoie l'affaire au Rapporteur spécial sur les droits humains des migrants pour qu'il prenne les mesures qui s'imposent.

104. Le Groupe de travail prend note de la propagation de la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19), qui a imposé à de nombreux pays dans le monde l'adoption de mesures sans précédent. L'Organisation mondiale de la Santé a constaté que les personnes privées de liberté (les personnes qui sont en prison ou dans d'autres lieux de privation de liberté, notamment celles qui font l'objet d'une mesure d'internement administratif) étaient plus vulnérables à la COVID-19 que le reste de la population, en raison des conditions de confinement et de la promiscuité dans lesquelles elles vivent pendant de longues périodes³⁵. De nombreux organismes des Nations Unies ont appelé tous les États à libérer les détenus, en particulier les personnes faisant l'objet d'une mesure d'internement administratif³⁶. Le Groupe de travail s'associe à ces appels et demande au Gouvernement australien de libérer les personnes actuellement détenues par les services d'immigration.

105. Le Groupe de travail se félicite de l'invitation d'effectuer en 2020 une visite en Australie que lui a adressée le Gouvernement australien le 27 mars 2019. Bien qu'elle ait dû être retardée en raison de la pandémie mondiale, le Groupe de travail espère pouvoir effectuer cette visite dès que possible. Il la considère comme une opportunité de coopérer de manière constructive avec le Gouvernement et de lui proposer son assistance afin de l'aider à régler les graves difficultés rencontrées dans le cadre des affaires de privation arbitraire de liberté.

Dispositif

106. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail rend l'avis suivant :

La privation de liberté de Jamal Talib Abdulhussein est arbitraire en ce qu'elle est contraire aux articles 2, 3, 7, 8 et 9 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux articles 2, 9 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et relève des catégories IV et V.

107. Le Groupe de travail demande au Gouvernement australien de prendre les mesures qui s'imposent pour remédier sans tarder à la situation de M. Abdulhussein et la rendre compatible avec les normes internationales applicables, notamment celles énoncées dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

108. Le Groupe de travail estime que, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, la mesure appropriée consisterait à libérer immédiatement M. Abdulhussein et à lui accorder le droit d'obtenir réparation, notamment sous la forme d'une indemnisation, conformément au droit international. Dans le contexte actuel de la pandémie mondiale de maladie à coronavirus (COVID-19) et de la menace qu'elle représente dans les lieux de détention, le Groupe de travail invite le Gouvernement à prendre des mesures urgentes pour assurer la libération immédiate de M. Abdulhussein.

³⁵ Bureau régional de l'Organisation mondiale de la Santé pour l'Europe, « Préparation, prévention et lutte contre la COVID-19 dans les prisons et autres lieux de détention : lignes directrices provisoires », 15 mars 2020, p. 1.

³⁶ Voir, par exemple, la déclaration de la Haute-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme – Une action urgente s'impose pour empêcher que la COVID-19 « ne cause des ravages dans les lieux de détention » ; avis du Sous-comité pour la prévention de la torture aux États parties et aux mécanismes nationaux de prévention, concernant la pandémie de maladie à coronavirus, adopté le 25 mars 2020 ; avis du Bureau régional de l'Organisation mondiale de la Santé pour l'Europe : « Préparation, prévention et lutte contre la COVID-19 dans les prisons et autres lieux de détention : Lignes directrices provisoires », 15 mars 2020 ; avis du Sous-Comité pour la prévention de la torture au mécanisme national de prévention du Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord concernant la mise en quarantaine obligatoire pour cause de coronavirus, adopté à sa quarantième session (10-14 février 2020) ; et déclaration de principes relative au traitement des personnes privées de liberté, dans le contexte de la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19) (CPT/Inf (2020)13), publiée le 20 mars 2020 par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

109. Le Groupe de travail demande instamment au Gouvernement de veiller à ce qu'une enquête approfondie et indépendante soit menée sur les circonstances de la privation arbitraire de liberté de M. Abdulhussein, et de prendre les mesures qui s'imposent contre les responsables de la violation des droits de celui-ci.

110. Le Groupe de travail demande au Gouvernement de mettre sa législation, en particulier la loi de 1958 sur les migrations, en conformité avec les recommandations formulées dans le présent avis et avec les engagements pris par l'Australie au regard du droit international.

111. Comme prévu au paragraphe 33 a) de ses méthodes de travail, le Groupe de travail renvoie l'affaire au Rapporteur spécial sur les droits humains des migrants, pour qu'il prenne les mesures qui s'imposent.

112. Le Groupe de travail demande au Gouvernement d'user de tous les moyens à sa disposition pour diffuser le présent avis aussi largement que possible.

Procédure de suivi

113. Conformément au paragraphe 20 de ses méthodes de travail, le Groupe de travail prie la source et le Gouvernement de l'informer de la suite donnée aux recommandations formulées dans le présent avis, et notamment de lui faire savoir :

- a) Si M. Abdulhussein a été mis en liberté et, dans l'affirmative, à quelle date ;
- b) Si M. Abdulhussein a obtenu réparation, notamment sous la forme d'une indemnisation ;
- c) Si la violation des droits de M. Abdulhussein a fait l'objet d'une enquête et, dans l'affirmative, quelle a été l'issue de celle-ci ;
- d) Si l'Australie a modifié sa législation ou sa pratique afin de les rendre conformes aux obligations mises à sa charge par le droit international, dans le droit fil du présent avis ;
- e) Si d'autres mesures ont été prises en vue de donner suite au présent avis.

114. Le Gouvernement est invité à informer le Groupe de travail de toute difficulté rencontrée dans l'application des recommandations formulées dans le présent avis et à lui faire savoir s'il a besoin qu'une assistance technique supplémentaire lui soit fournie, par exemple dans le cadre d'une visite du Groupe de travail.

115. Le Groupe de travail prie la source et le Gouvernement de lui fournir les informations demandées dans les six mois suivant la communication du présent avis. Il se réserve néanmoins le droit de prendre des mesures de suivi si de nouvelles informations préoccupantes concernant l'affaire sont portées à son attention. Cela lui permettra de faire savoir au Conseil des droits de l'homme si des progrès ont été accomplis dans l'application de ses recommandations ou si, au contraire, rien n'a été fait en ce sens.

116. Le Groupe de travail rappelle que le Conseil des droits de l'homme a engagé tous les États à coopérer avec lui et les a priés de tenir compte de ses avis, de faire le nécessaire pour remédier à la situation de toutes personnes arbitrairement privées de liberté et de l'informer des mesures prises à cette fin³⁷.

[Adopté le 1^{er} mai 2020]

³⁷ Résolution 42/22 du Conseil des droits de l'homme, par. 3 et 7.

Annexe

Opinion individuelle de José Guevara Bermúdez et Seong-Phil Hong (partiellement dissidente)

1. Nous souhaiterions exprimer une opinion dissidente au sujet de la conclusion relative à la catégorie I dans la présente affaire concernant Jamal Talib Abdulhussein. Nous estimons que la détention de M. Abdulhussein aurait dû être considérée comme arbitraire et relevant de la catégorie I, car il est impossible d'invoquer une base juridique justifiant sa privation de liberté, en violation des articles 3 et 9 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et des paragraphes 1, 3 et 4 de l'article 9 du Pacte.

2. Le Groupe de travail a établi une pratique systématique selon laquelle une détention imposée en vertu d'une loi incompatible avec le droit international des droits de l'homme ne satisfait pas aux exigences du principe de légalité, et donc une privation de liberté sans fondement juridique est arbitraire en ce qu'elle relève de la catégorie I de ses méthodes de travail. Une telle pratique peut être constatée par exemple, dans les avis n° 4/2019, par. 49 (détention en vertu des dispositions relatives au crime de lèse-majesté) ; n° 69/2018, par. 21 ; n° 40/2018, par. 45 ; n° 43/2017, par. 34 (détention fondée sur une loi qui érige en infraction l'objection de conscience au service militaire) ; n° 1/2018, par. 60 et 65 (détention en vertu de la Constitution et d'une loi qui prévoit la détention préventive systématique pour certains crimes) ; et n° 14/2017 (détention fondée sur une loi qui érige en infraction les relations homosexuelles entre adultes consentants).

3. Dans le présent avis, le Groupe de travail a analysé la compatibilité de la loi de 1958 sur les migrations avec les obligations internationales de l'Australie, notamment avec la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention relative au statut des réfugiés de 1951 et son Protocole de 1967, en dehors des sections de l'avis relatives à l'examen des cinq catégories juridiques susceptibles d'être appliquées à la détention de M. Abdulhussein.

4. À cet égard, le Groupe de travail a estimé que la loi sur les migrations de 1958 était en soi manifestement contraire au droit international, car elle prévoit la détention obligatoire de tous les non-ressortissants non autorisés (sauf s'il sont expulsés ou obtiennent un visa), ne respecte pas le principe selon lequel la détention doit rester exceptionnelle dans le contexte des migrations, et ne prévoit aucune mesure de substitution à la détention. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail a exhorté le Gouvernement australien à mettre la loi sur les migrations de 1958 en conformité avec ses obligations découlant du droit international, et il a réitéré les recommandations pertinentes de nombreux organes internationaux des droits de l'homme, notamment celles du Comité des droits de l'homme, du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, et du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, ainsi que celles du Rapporteur spécial sur les droits humains des migrants, et du Groupe de travail.

5. Nous considérons que cette analyse aurait dû être incluse dans la section relative à l'examen de la situation au regard de la catégorie I, et que le Groupe de travail aurait dû conclure que la loi sur les migrations de 1958 ne pouvait, en tant que telle, être considérée comme valide en vertu du droit international, et déclarer que la détention de Jamal Talib Abdulhussein relevait de la catégorie I.