



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-neuvième
session (23-27 novembre 2020)****Avis n° 71/2020, concernant Mohammad Qais Niazy (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 16 avril 2020, conformément à ses méthodes de travail (A/HRC/36/38), le Groupe de travail a transmis au Gouvernement australien une communication concernant Mohammad Qais Niazy. Le Gouvernement a répondu à la communication le 14 juillet 2020. 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 serait 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 de cet instrument (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) ;
 - 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

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



sexe, l'orientation sexuelle, le handicap ou toute autre situation, qui tend ou peut conduire au non-respect du principe de l'égalité des êtres humains (catégorie V).

Informations reçues

Communication émanant de la source

4. Mohammad Qais Niazy, né en 1991, est de nationalité afghane. Après l'arrivée au pouvoir des Taliban, sa famille a fui au Pakistan où elle a vécu dans un camp de réfugiés avant de s'établir à Peshawar. À 8 ans, M. Niazy aurait été enlevé et retenu en captivité pendant trois ans. Le croyant mort, ses parents ont fait en 2001 une demande de visa humanitaire mondial pour l'Australie, qui a été acceptée en 2002. Deux semaines après s'être établis en Australie en avril 2002, ils ont été informés que leur fils avait été retrouvé vivant. Le 22 juin 2005, M. Niazy est arrivé en Australie avec un visa pour migrant mineur.

5. En 2008 et 2009, M. Niazy aurait été reconnu coupable de deux infractions et condamné à une mise à l'épreuve d'une durée de deux ans par le tribunal pour mineurs de Parramatta, en Nouvelle-Galles du Sud. Les peines d'un an ont été exécutées l'une après l'autre et ont pris fin en octobre 2011. En mars 2009, M. Niazy a été orienté vers le service de santé mentale de Wyong où il a fait l'objet d'un suivi plus strict en raison des graves automutilations qu'il s'infligeait. Un traitement pour troubles post-traumatiques lui a été prescrit. Le 20 mai 2010, M. Niazy a été transféré depuis le Centre de justice pour mineurs de Cobham vers le quartier pour adolescents Bronte de l'hôpital de médecine légale psychiatrique de Long Bay pour y recevoir des soins de santé mentale. Il a été reconduit au Centre de justice pour mineurs de Cobham le 12 octobre 2010.

6. Le 16 mars 2011, M. Niazy a reçu un avis l'informant de la possible annulation de son visa en application de l'article 501 2) de la loi sur les migrations de 1958. Le 7 septembre 2011, un représentant du Ministère de l'intérieur a conclu que M. Niazy ne satisfaisait pas aux « critères de personnalité ». Il a toutefois décidé de ne pas exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui aurait permis d'annuler le visa de M. Niazy, et s'est borné à lui adresser un avertissement sur sa conduite.

7. En avril 2012, M. Niazy aurait été arrêté et inculpé pour détention d'une arme à feu dans une maison d'habitation en violation des règles de sécurité. Le 24 avril 2014, il a été déclaré inapte à être jugé en vertu de la loi sur la santé mentale (Dispositions relatives à la médecine légale psychiatrique) de 1990 de la Nouvelle-Galles du Sud.

8. La source ajoute que le 4 décembre 2014, M. Niazy a été arrêté pour détention d'une arme à feu. Le 1^{er} avril 2015, il a reçu un troisième avis l'informant de la possible annulation de son visa, suivi le 28 avril 2015 d'informations complémentaires à ce sujet. Le 30 mai 2015, il a été déclaré inapte à être jugé pour d'autres chefs d'accusation et il a été détenu pour la durée maximale de deux ans et trois mois prévue par la loi sur la santé mentale (Dispositions relatives à la médecine légale psychiatrique).

9. Le 28 septembre 2015, M. Niazy aurait été arrêté en application de l'article 198 3) de la loi sur les migrations et inculpé pour plusieurs infractions liées à des armes à feu. Il a reçu d'autres informations concernant une éventuelle annulation de son visa en octobre et novembre 2015.

10. Le 24 novembre 2015, tandis que M. Niazy exécutait une peine privative de liberté pour les infractions liées à des armes à feu, le Ministre a annulé son visa au motif qu'ayant été condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée de plus de douze mois, il ne remplissait pas les critères prévus à l'article 501 de la loi sur les migrations.

11. Le 28 mars 2017, M. Niazy a demandé un visa de protection (sous-catégorie 866).

12. Le 2 juin 2017, M. Niazy a été inculpé pour détention d'une arme à feu non enregistrée et condamné à une peine d'emprisonnement de quatre ans et sept mois, assortie d'une période incompressible de deux ans et neuf mois.

13. Le 26 juin 2018, M. Niazy aurait été libéré de prison et immédiatement transféré au centre de détention pour migrants de Maribyrnong, à Melbourne, où il a été placé en détention en vertu de l'article 189 1) de la loi sur les migrations. Il a ensuite été transféré vers le centre d'hébergement provisoire pour migrants de Brisbane.

14. La source rapporte que la demande de visa de protection de M. Niazy a été refusée le 2 octobre 2018 en application de l'article 65 de la loi sur les migrations, le Ministre ne jugeant pas que M. Niazy remplissait les critères de personnalité requis pour le visa. Celui-ci a fait appel de la décision devant le Tribunal des recours administratifs.

15. Le 22 février 2019, le Tribunal a conclu que M. Niazy était un réfugié au sens de l'article 5H 1) de la loi sur les migrations. Il a en outre conclu qu'en raison des graves problèmes de santé mentale dont était atteint M. Niazy, celui-ci appartenait à un groupe social particulier justifiant qu'il bénéficie d'une protection. L'affaire concernant M. Niazy a donc été renvoyée par le Tribunal au Ministère de l'intérieur en vue de son réexamen à la même date.

16. Selon la source, le visa pour migrant mineur de M. Niazy a été annulé en mai 2019. Cette décision a fait l'objet d'un appel devant la Cour fédérale. Le 11 décembre 2019, juste avant l'audience, le Ministère de l'intérieur aurait demandé aux personnes chargées de représenter M. Niazy de donner raison au demandeur. À 11 h 8, le représentant du Ministère a communiqué à l'assesseur les ordonnances de consentement sur désistement, qui ont été signées par les juges en cabinet à 12 h 3. La source ajoute que, ce faisant, la Cour fédérale a rendu des ordonnances favorables à M. Niazy, à qui un visa a été automatiquement délivré de nouveau. Cependant, deux heures plus tard, le même jour, le Ministre a annulé le visa de M. Niazy en application de l'article 501 3) de la loi sur les migrations.

17. Le 20 décembre 2019, le Ministère de l'intérieur a fait transférer M. Niazy vers le complexe pénitentiaire de Silverwater, au motif que des menaces pesaient sur la vie de l'intéressé dans tous les centres de détention. La source affirme que M. Niazy est maintenu à l'isolement 23 heures sur 24 en raison de son statut d'étranger en situation irrégulière. Selon elle, l'affaire de M. Niazy est révélatrice d'une nouvelle tendance consistant à placer les réfugiés faisant l'objet d'une détention administrative dans des prisons de haute sécurité.

18. Le 14 janvier 2020, le Ministère de l'intérieur aurait rejeté la demande de visa de protection de M. Niazy en application de l'article 36 1C) de la loi sur les migrations. Ce rejet a fait l'objet d'un recours, et une audience a été fixée au 10 juin 2020. Toutefois, la source fait valoir qu'en raison de la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19), presque toutes les audiences sont annulées. En conséquence, d'après elle, M. Niazy risque de devoir attendre longtemps avant que son affaire ne soit tranchée.

19. La source fait observer qu'on a diagnostiqué à M. Niazy de graves troubles post-traumatiques et une schizophrénie, qui nécessitent qu'il soit suivi de près par un psychiatre et par un psychologue. En raison de ses conditions de détention actuelles, sa santé mentale s'est sensiblement dégradée. M. Niazy ne bénéficierait pas d'un suivi psychologique régulier et n'aurait pas accès à des cours de réadaptation. En outre, son traitement n'est pas revu régulièrement.

Analyse des violations

20. Selon la source, la loi sur les migrations dispose expressément en ses articles 189 1), 196 1) et 196 3) que les non-ressortissants en situation irrégulière doivent être placés et maintenus en détention jusqu'à ce qu'on leur octroie un visa ou les expulse d'Australie. Dans le cas de M. Niazy, une telle reconduite à la frontière constituerait une mesure de refoulement, étant donné qu'il a été établi que l'Australie avait une obligation de protection à son égard. Aux termes de l'article 196 3) de cette loi, même un tribunal ne peut pas ordonner la remise en liberté d'un étranger en situation irrégulière, à moins qu'un visa ne soit délivré à l'intéressé. La source ajoute que l'article 197 C de la loi dispose que les obligations de l'Australie en matière de non-refoulement ne s'appliquent pas en cas d'expulsion des étrangers en situation irrégulière en application de l'article 198.

21. La source ajoute que la Haute Cour a confirmé la légalité de la détention d'office des non-ressortissants, estimant que cette pratique n'était pas contraire à la Constitution¹. De ce fait, M. Niazy n'a aucune chance que sa détention fasse l'objet d'un véritable contrôle juridictionnel. La source rappelle que le Comité des droits de l'homme a constaté que les personnes soumises à une détention d'office en Australie n'ont accès à aucun recours utile². Elle fait valoir que le maintien en détention de ces personnes relève, en pratique, de la discrétion du Ministre.

22. La source affirme en outre que les Australiens et les étrangers ne sont pas égaux devant la justice. L'arrêt rendu par la Haute Cour d'Australie dans l'affaire *Al-Kateb v. Godwin* a confirmé que la détention d'étrangers en application notamment de l'article 189 de la loi sur les migrations n'était pas contraire à la Constitution. Concrètement, il en ressort que contrairement aux Australiens, les étrangers ne peuvent pas contester une mesure de détention administrative.

23. La source fait observer que M. Niazy a besoin d'un suivi psychiatrique et psychologique régulier et que sa santé mentale s'est considérablement dégradée en raison de ses conditions de détention actuelles. Le Ministère de l'intérieur a été informé que M. Niazy ne pouvait pas être transféré vers un centre de détention administrative en raison des menaces qui pesaient sur sa vie. M. Niazy est détenu depuis le 26 juin 2018 ; il a d'abord fait l'objet d'une mesure de détention administrative puis a été placé dans un établissement pénitentiaire le 20 décembre 2019. Toutes les requêtes par lesquelles il a demandé à être transféré de l'établissement pénitentiaire vers le centre de détention pour migrants ont été rejetées.

24. La source ajoute que les pouvoirs ministériels prévus à l'article 195A de la loi sur les migrations ne sont pas contraignants ni susceptibles de révision. Aucun document écrit ou autre ne justifie le maintien en prison de M. Niazy contre l'avis et les recommandations de professionnels de santé et du droit qui se sont appuyés sur plusieurs rapports de professionnels de la santé mentale ayant suivi et/ou évalué M. Niazy.

25. La source affirme en outre que M. Niazy a été privé de liberté pour avoir exercé les droits qu'il tient de l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Il est également détenu en violation de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En tant qu'étranger, M. Niazy est soumis à un internement administratif, et la source fait valoir que la détention de M. Niazy n'est pas adaptée à son état.

Réponse du Gouvernement

26. Le 16 avril 2020, suivant sa procédure ordinaire, le Groupe de travail a transmis les allégations de la source au Gouvernement. Il lui a demandé de lui transmettre, au plus tard le 15 juin 2020, des renseignements détaillés sur la situation de M. Niazy, d'exposer les éléments de droit justifiant le maintien en détention de l'intéressé et d'expliquer en quoi cette mesure est compatible avec les obligations mises à la charge de l'Australie par le droit international des droits de l'homme, en particulier les instruments que le pays a ratifiés. Il a également demandé au Gouvernement de garantir l'intégrité physique et mentale de M. Niazy.

27. Le 20 avril 2020, le Gouvernement australien a demandé une prorogation du délai imparti pour répondre, qui lui a été accordée avec une nouvelle échéance fixée au 15 juillet 2020.

28. Dans sa réponse du 14 juillet 2020, le Gouvernement a indiqué que M. Niazy demeurait en détention administrative en raison de son statut d'étranger en situation irrégulière. Il est actuellement détenu dans un autre lieu de détention : il se trouve dans le Centre métropolitain de détention provisoire relevant des services de l'administration pénitentiaire de la Nouvelle-Galles du Sud.

¹ Haute Cour d'Australie, *Al-Kateb v. Godwin* (affaire n° A253/2003), 6 août 2004.

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

29. Le 11 décembre 2019, après que son visa pour mineur a été annulé en application de l'article 501 3) b) de la loi sur les migrations, M. Niazy a été placé en détention dans le Centre d'hébergement provisoire pour migrants de Brisbane en application de l'article 189 1) de cette loi en raison de son statut d'étranger en situation irrégulière.

30. Le Gouvernement fait observer que le 12 décembre 2019, les autorités de police ont fait part de leurs préoccupations quant à la sécurité de M. Niazy par l'intermédiaire du Service de l'immigration du Ministère de l'intérieur. M. Niazy a donc été transféré vers un autre lieu de détention.

31. Le 13 décembre 2019, M. Niazy a dû être conduit au Centre d'hébergement provisoire pour migrants de Brisbane car sa sécurité était de nouveau menacée. Le Ministère de l'intérieur a cherché à placer M. Niazy dans un établissement pénitentiaire et, le 20 décembre 2019, l'intéressé a été transféré au Centre métropolitain de détention provisoire, où il se trouve toujours.

32. Le 14 janvier 2020, la demande de visa de protection de M. Niazy a été rejetée car celui-ci ne remplissait pas le critère prévu à l'article 36 1C) b) de la loi sur les migrations. Le Gouvernement note que toutes les personnes présentant une demande de visa doivent satisfaire à des critères, notamment de personnalité et de santé, ainsi qu'aux critères propres au visa pour lequel la demande est déposée.

33. Le 3 avril 2020, l'agent de l'immigration en charge du dossier de M. Niazy a demandé au nom de celui-ci à ce que le Ministre intervienne en vertu des articles 195A et 197AB de la loi sur les migrations. L'article 195A de la loi habilite le Ministre à octroyer un visa à une personne soumise à une mesure de détention administrative s'il estime qu'il en va de l'intérêt général. L'article 197AB de la loi confère au Ministre le pouvoir d'assigner à résidence une personne soumise à une telle mesure, 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. Les pouvoirs du Ministre sont discrétionnaires, et ne sont ni contraignants, ni susceptibles de révision.

34. Le Gouvernement ajoute que le Ministre a établi des lignes directrices qui précisent de quels types d'affaires il doit ou non être saisi pour examen dans le cadre de ses pouvoirs d'intervention. Si elle est jugée satisfaisante aux critères énoncés dans les lignes directrices, l'affaire de M. Niazy sera transmise au Ministre pour examen. En général, les personnes dont le visa a été refusé ou annulé en application de l'article 501 de la loi sur les migrations ne répondent aux critères de saisine prévus dans les lignes directrices que dans des circonstances exceptionnelles.

35. D'après le Gouvernement, le fait que le visa de M. Niazy ait été annulé en application de l'article 501 de la loi sur les migrations interdit à celui-ci de faire une demande de visa autre qu'une demande de visa de protection et de visa relais R (catégorie WR). Étant donné qu'un visa de protection lui a été refusé, M. Niazy n'a pas le droit de faire une nouvelle demande de visa de protection en vertu de l'article 48A de cette loi. Seul un ministre exerçant ses pouvoirs d'intervention peut lui accorder un visa, le placer dans la communauté ou l'autoriser à faire une nouvelle demande de visa de protection.

36. Le 15 janvier 2020, M. Niazy a déposé un recours devant la Cour fédérale concernant l'annulation de son visa pour mineur par le Ministre en application de l'article 501 3) b) de la loi sur les migrations. Le 28 mai 2020, avec l'accord de M. Niazy et de ses avocats, le Ministère de l'intérieur s'est retiré de la procédure devant la Cour fédérale, à la suite de quoi le visa pour mineur de M. Niazy lui a été restitué, ce qui a fait de lui un étranger en situation régulière. Le Ministère a immédiatement pris des mesures en vue de la remise en liberté de M. Niazy. Peu après, et avant même qu'il ne soit remis en liberté, celui-ci a été avisé que le Ministre avait de nouveau pris la décision d'annuler son visa pour mineur. Il a été placé dans un autre lieu de détention, le Centre métropolitain de détention provisoire, en application de l'article 189 1) de la loi.

37. Le 20 janvier 2020, le Tribunal des recours administratifs a commencé à procéder au réexamen de la décision de rejet de la demande de visa de protection de M. Niazy. Au moment où le Gouvernement a fait parvenir sa réponse, le réexamen était toujours en cours et il était prévu qu'une téléconférence ait lieu le 7 août 2020.

38. D'après le Gouvernement, lorsqu'il est arrivé en Australie le 22 juin 2005, M. Niazy était titulaire d'un visa pour mineur. Arrivés le 15 avril 2002, les membres de sa famille étaient titulaires d'un visa humanitaire spécial mondial. Ils avaient apporté la preuve que M. Niazy avait été enlevé alors qu'il résidait au Pakistan. Le 25 mars 2008, M. Niazy a demandé la nationalité australienne.

39. Entre juin et novembre 2008, M. Niazy a été condamné pour plusieurs infractions mineures au Code de la route. En novembre 2008, alors qu'il était encore mineur, il a fait l'objet de plusieurs ordonnances de contrôle, dont une ordonnance de contrôle d'une durée de deux ans prise à la suite d'une condamnation pour un délit d'enlèvement.

40. Le 10 juin 2009, la demande d'octroi de la nationalité de M. Niazy a été rejetée parce qu'il ne remplissait pas les conditions prévues à l'article 24 6) g) de la loi sur la citoyenneté australienne de 2007.

41. De novembre 2009 à juin 2017, M. Niazy aurait été condamné pour des infractions graves, notamment des infractions liées à la détention d'armes à feu. Il a fait l'objet d'une ordonnance de contrôle d'une durée de deux ans à la suite d'une condamnation en novembre 2009. En mai 2015, il a été déclaré inapte à être jugé pour d'autres chefs d'accusation et sa peine a été limitée à la durée maximale de deux ans et trois mois prévue dans la loi sur la santé mentale (Dispositions relatives à la médecine légale psychiatrique). En septembre 2015, il a été arrêté et inculpé pour un certain nombre d'autres infractions liées à des armes à feu. En mars 2016, il a été condamné pour avoir intimidé un policier dans l'exercice de ses fonctions, ce qui lui a valu une amende de 660 dollars australiens. En juin 2017, il a été condamné pour l'utilisation d'une arme à feu non enregistrée. Il a été condamné à une peine d'emprisonnement de quatre ans et sept mois, assortie d'une période incompressible de deux ans et neuf mois.

42. Le 22 octobre 2010, M. Niazy a été orienté vers le Centre national d'examen des critères de personnalité relevant du Ministère de l'intérieur en vue de l'annulation possible de son visa pour mineur en application de l'article 501 de la loi sur les migrations. Le 15 mars 2011, il a été avisé que son dossier allait être examiné en vue d'une possible annulation de son visa. Le 6 septembre 2011, le Département a clôturé le dossier et n'a pas annulé son visa pour mineur.

43. Le 25 juin 2014, le dossier de M. Niazy a été examiné en vue de l'annulation éventuelle de son visa pour mineur en application de l'article 501 de la loi sur les migrations. Le 1^{er} avril 2015, M. Niazy a reçu un troisième avis l'informant de l'éventuelle annulation de son visa et l'invitant à faire connaître son point de vue, ce qu'il a fait en date du 21 juillet 2015. Le Ministre a tenu compte de cette réponse lorsqu'il a pris la décision d'annuler son visa pour mineur.

44. Le 24 novembre 2015, tandis que M. Niazy exécutait une peine privative de liberté pour des infractions liées à des armes à feu, son visa pour mineur a été annulé, compte tenu de son casier judiciaire chargé.

45. Le 28 mars 2017, M. Niazy a demandé un visa de protection. Sa demande a été jugée recevable et il a fait une demande de visa relais E le 5 avril 2017. Sa demande de visa relais E a été jugée irrecevable le 24 mai 2018, puisque la loi sur les migrations interdit de demander un visa autre qu'un visa de protection ou un visa relais R (catégorie WR).

46. Le 26 juin 2018, dès sa sortie de prison, M. Niazy a été immédiatement placé en détention en application de l'article 189 1) de la loi sur les migrations, en raison de son statut d'étranger en situation irrégulière, et il a été transféré au Centre de détention pour migrants de Maribyrnong.

47. Le 2 octobre 2018, il a été conclu que M. Niazy n'était pas un réfugié et ne remplissait pas les critères applicables à la protection complémentaire. Sa demande de visa de protection a été rejetée. Le 9 octobre 2018, M. Niazy a saisi le Tribunal des recours administratifs d'une demande de réexamen au fond de cette décision de rejet de sa demande. Le 26 février 2019, le Tribunal a renvoyé l'affaire devant le Ministère de l'intérieur pour réexamen et a conclu que M. Niazy était un réfugié au sens de l'article 5H 1) de la loi sur les migrations.

48. Le 16 juillet 2019, M. Niazy a saisi la Cour fédérale d'une demande de contrôle juridictionnel de la décision d'annulation de son visa. La Cour fédérale a annulé ladite décision et M. Niazy a été remis en liberté le 11 décembre 2019. Ce jour-là, le Ministre de l'immigration, de la citoyenneté, des services aux migrants et des affaires multiculturelles a annulé le visa de M. Niazy en application de l'article 501 3) b) de la loi.

49. Le 14 janvier 2020, la demande de visa de protection de M. Niazy – qui avait été renvoyée au Ministère de l'intérieur par le Tribunal des recours administratifs le 26 février 2019 pour réexamen – a été rejetée du fait que M. Niazy ne satisfaisait pas au critère prévu à l'article 36 1C) b) de la loi sur les migrations. L'article 36 1C) b) de la loi dispose que l'un des critères d'octroi d'un visa de protection consiste à ce que le Ministre s'assure que le demandeur ne constitue pas une menace pour la communauté, même s'il a fait l'objet d'une condamnation définitive pour un délit particulièrement grave. Le réexamen de cette décision par le Tribunal est toujours en cours. Le Gouvernement ajoute que cette affaire donnera lieu à une téléconférence dont le Tribunal a fixé la date au 7 août 2020.

50. Le 15 janvier 2020, M. Niazy a saisi la Cour fédérale d'une demande de contrôle juridictionnel de la décision d'annulation de son visa. Le 28 mai 2020, avec l'accord de M. Niazy et de ses avocats, le Ministère de l'intérieur s'est retiré de la procédure devant la Cour fédérale, à la suite de quoi le visa pour mineur de M. Niazy lui a été restitué, ce qui a fait de lui un étranger en situation régulière. Le Ministère a immédiatement pris des mesures pour remettre en liberté M. Niazy. Peu après, et avant même qu'il ne soit remis en liberté, celui-ci a été avisé que le Ministre avait de nouveau pris la décision d'annuler son visa. Il a été placé dans un autre lieu de détention, le Centre métropolitain de détention provisoire, en application de l'article 189 1) de la loi sur les migrations.

51. Pour ce qui est de la santé mentale, le Gouvernement fait observer que la maladie mentale diagnostiquée à M. Niazy a été l'une des causes de son comportement délictueux. On lui a diagnostiqué des troubles post-traumatiques, une schizophrénie et des troubles liés à l'usage de substances. Sa santé et sa qualité de vie font l'objet d'un suivi constant de la part du Réseau de médecine légale psychiatrique de la Nouvelle-Galles du Sud.

52. Le 15 mai 2020, M. Niazy s'est entretenu avec un infirmier. Il a déclaré avoir des hallucinations. Cependant, cela n'avait pas l'air de cadrer avec son comportement sur le moment, ni avec celui décrit par les services pénitentiaires et les infirmiers lui dispensant des soins de santé primaires. M. Niazy aurait une bonne observance thérapeutique, et le traitement serait efficace, ce qui va à l'encontre de la symptomatologie dont il fait état.

53. Lors de la consultation du 15 mai 2020, M. Niazy a insisté sur le fait que les soins de santé mentale qu'il recevait en prison étaient médiocres et de bien moins bonne qualité que ceux qu'on lui dispensait dans les centres de détention pour migrants. Il a également exprimé le souhait de retourner dans un tel centre. Il a refusé de consulter un psychiatre du Réseau de médecine légale psychiatrique. D'après l'évaluation clinique de l'infirmier, il exagérât ses symptômes pour être sûr d'être transféré vers un centre de détention pour migrants. Les services pénitentiaires de la Nouvelle-Galles du Sud et le personnel de santé ont indiqué que son état était stable et qu'il avait un comportement approprié.

54. Sur le plan juridique et politique, le Gouvernement indique que le système australien de visa universel part du principe que tous les étrangers doivent être titulaires d'un visa valide pour entrer et/ou rester sur le territoire. Pour ce qui est du cadre législatif de la détention administrative, l'article 189 de la loi sur les migrations dispose qu'un agent de l'immigration qui sait ou a de bonnes raisons de croire qu'il est en présence d'un étranger en situation irrégulière est tenu de placer celui-ci en détention. En outre, l'article 196 de cette loi précise qu'un étranger en situation irrégulière doit être maintenu en détention administrative jusqu'à ce qu'il soit expulsé ou qu'un visa lui soit accordé.

55. L'article 195A de la loi confère au Ministre le droit d'octroyer un visa à une personne soumise à une détention administrative s'il estime qu'il en va de l'intérêt général. L'article 197AB de la loi lui confère le pouvoir d'assigner à résidence une personne soumise à une mesure de détention administrative, 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.

56. Le Gouvernement ajoute que c'est au Ministre qu'il appartient de déterminer ce qui est dans l'intérêt général. Le Ministre a établi des lignes directrices qui précisent de quels types d'affaires il doit ou non être saisi pour examen dans le cadre de ses pouvoirs d'intervention. Les affaires ne sont soumises à l'examen du Ministre que si elles sont jugées tomber sous le coup de ces lignes directrices. En général, les personnes dont le visa a été refusé ou annulé en application de l'article 501 de la loi sur les migrations ne répondent aux critères de saisine prévus dans les lignes directrices que dans des circonstances exceptionnelles.

57. Les pouvoirs que le Ministre tient des articles 195A et 197AB de la loi sur les migrations sont discrétionnaires et non contraignants. Le Ministre est nullement tenu de les exercer ou d'envisager de les exercer dans le cadre d'une affaire.

58. Les demandes de visa de protection valides sont toutes examinées par le Gouvernement. Celui-ci affirme que la législation nationale, les politiques et la pratique sont conformes aux obligations de non-refoulement que l'Australie tient de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, telle que modifiée par le Protocole de 1967, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du deuxième Protocole facultatif s'y rapportant, et de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

59. Les personnes qui font une demande de visa de protection car elles réunissent les critères voulus pour se prévaloir des obligations de protection de l'Australie mais ne satisfont pas aux autres critères applicables à la délivrance des visas peuvent se heurter à un refus. Par exemple, l'article 36 1C) de la loi sur les migrations dispose que les personnes que les autorités ont des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays ou qui constituent une menace pour la communauté ne peuvent pas faire une demande de visa de protection. Ce critère constitue une exception au principe de non-refoulement énoncé à l'article 33 2) de la Convention relative au statut des réfugiés. Toutefois, l'Australie n'expulsera personne en violation de ses obligations de non-refoulement, notamment celles découlant du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de la Convention contre la torture, même dans les cas où un visa de protection a été refusé à l'intéressé.

60. L'article 501 de la loi sur les migrations permet au Ministre de refuser un visa à un non-ressortissant lorsqu'il estime que celui-ci ne remplit pas les critères de personnalité. Il permet en outre au Ministre d'annuler un visa s'il a des motifs raisonnables de supposer que l'intéressé ne satisfait pas à ces critères et n'est pas en mesure de lui prouver le contraire. Plusieurs raisons font qu'une personne ne réunit pas les critères de personnalité, parmi lesquelles l'existence d'un casier judiciaire chargé.

61. Lorsqu'il envisage de refuser ou d'annuler un visa en application de l'article 501 de la loi sur les migrations, le Ministre ou son représentant prend en considération toutes les informations et tous les éléments propres au cas examiné, en particulier les répercussions qu'un refus aura sur l'intéressé. Toutefois, la sûreté publique reste la principale considération, et la décision de refuser ou d'annuler un visa peut être prise lorsqu'un non-ressortissant constitue un danger pour la communauté, même en présence d'autres facteurs qui viendraient en compensation. Les cas pour lesquels il est procédé à un examen des critères de personnalité sont confiés à un décideur en fonction de la gravité et de la nature du comportement préjudiciable.

62. Le Gouvernement fait valoir que le placement en détention administrative d'un individu en raison de son statut d'étranger en situation irrégulière n'est pas arbitraire au regard du droit international. La détention peut devenir arbitraire si elle se poursuit en l'absence de motif valable. En cas de poursuite de la détention, le facteur déterminant n'est pas la durée de la détention mais la question de savoir si elle est justifiée. Pour ce qui est de la gestion des ressortissants étrangers en situation irrégulière, le placement dans un centre de détention pour migrants est une mesure de dernier ressort. M. Niazy reste en détention en raison de son statut d'étranger en situation irrégulière. Il a été considéré comme constituant un danger pour la communauté compte tenu de son casier judiciaire chargé, si bien que les autres options possibles, comme l'assignation à résidence ou l'octroi d'un visa relais, ne sont pas jugées adaptées. Il est actuellement détenu dans un autre lieu de détention en raison des menaces qui pèsent sur sa sécurité.

63. D'après le Gouvernement, la détention de migrants a un caractère administratif, non pas punitif. Il fait observer qu'il est déterminé à faire en sorte que tous les migrants faisant l'objet d'une mesure de détention administrative soient traités d'une manière conforme aux obligations légales découlant de son adhésion aux instruments internationaux. Conformément à l'article 5 de la loi sur les migrations, la définition de la « détention de migrants » comprend le fait d'être détenu par un agent, ou pour le compte d'un agent relevant d'un établissement pénitentiaire ou d'un centre de détention provisoire d'un État ou d'un territoire.

64. Conformément à l'article 486N de la loi sur les migrations, le Ministère de l'intérieur est tenu de présenter au Médiateur du Commonwealth des rapports décrivant en détail la situation des migrants faisant l'objet d'une mesure de détention administrative depuis deux ans au total puis, après cela, tous les six mois. Une fois qu'il a reçu ces rapports, le Médiateur rédige une évaluation indépendante de la situation de l'intéressé et communique au Ministre un rapport au titre de l'article 486O de la loi. Le Médiateur peut faire des recommandations au Ministre et au Ministère concernant les conditions de détention d'un individu, ainsi que son régime de détention. Le 7 juillet 2020, le Ministère a fait tenir au Médiateur, au titre de l'article 486N, un rapport sur M. Niazy couvrant une période de détention de vingt-quatre mois. Le Médiateur n'a rendu aucune évaluation finale telle au titre de l'article 486O.

65. Le Gouvernement ajoute qu'en 2018, les Services du Médiateur du Commonwealth ont pris les fonctions de mécanisme national de prévention chargé d'inspecter les lieux de détention relevant du Commonwealth, conformément au Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture, que l'Australie a ratifié en 2017. Ces services assument également les fonctions de coordonnateur du mécanisme national de prévention. À ce titre, le Médiateur a décidé qu'il ferait désormais régulièrement un point officiel sur le contrôle de la détention administrative exercé par ses services.

66. En collaboration avec la police et les services pénitentiaires du Queensland, le Ministère de l'intérieur évalue la menace qui pèse sur la sécurité de M. Niazy et examine son régime de détention de manière régulière.

67. Une personne placée en détention administrative est censée être en mesure de demander un contrôle juridictionnel de la légalité de sa détention devant la Cour fédérale ou la Haute Cour. L'article 75 v) de la Constitution dispose que la Haute Cour a compétence pour connaître en premier ressort de chaque affaire où une ordonnance de mandamus, une interdiction ou une injonction est prise à l'encontre d'un fonctionnaire du Commonwealth. L'article 476 de la loi sur les migrations confère à la Cour fédérale de circuit la même compétence que la Haute Cour en vertu du paragraphe 75 v) de la Constitution pour ce qui est de la plupart des décisions relatives aux migrations. Ces dispositions constituent les mécanismes juridiques auxquels les étrangers peuvent recourir pour contester la légalité de leur détention, à savoir contester l'application de l'article 189 de la loi sur les migrations.

68. Le Gouvernement réfute les arguments de la source concernant l'affaire *Al-Kateb v. Godwin*. La Haute Cour a jugé légales les dispositions de la loi sur les migrations imposant de placer en détention les ressortissants étrangers jusqu'à ce qu'ils soient expulsés ou qu'ils obtiennent un visa, même si leur expulsion n'est pas raisonnablement envisageable dans un avenir proche. En vertu de la Constitution, les non-ressortissants continuent de jouir du droit d'exercer un recours contre un fonctionnaire du Commonwealth. La décision adoptée dans l'affaire *Al-Kateb v. Godwin* n'empêche pas les étrangers de contester la légalité de leur détention au regard du droit australien. Les non-ressortissants, tout comme les Australiens, peuvent contester la légalité de leur détention, notamment en engageant une action en *habeas corpus*.

69. Le système australien de visa universel se caractérise par un système binaire distinguant les non-ressortissants en situation régulière des non-ressortissants en situation irrégulière. Pour être « en situation régulière », un non-ressortissant doit être titulaire d'un visa en cours de validité. Les non-ressortissants ne disposant pas d'un visa en cours de validité sont des étrangers en situation irrégulière (art. 13 et 14 de la loi sur les migrations). L'article 189 1) de la loi sur les migrations dispose que les agents de l'immigration qui savent ou ont de bonnes raisons de croire qu'ils sont en présence d'un étranger en situation irrégulière sont tenus de placer celui-ci en détention.

70. Rien dans la loi, pas même l'article 196 3), n'empêche le tribunal de se prononcer sur la limitation prévue à l'article 189 1), ni de la faire respecter. Il appartient aux migrants placés en détention administrative de saisir la justice pour contester leur détention en invoquant le fait que l'agent ne pouvait avoir la certitude ni de « bonnes raisons de croire » qu'ils étaient des étrangers en situation irrégulière. C'est notamment ce que peuvent faire les étrangers titulaires d'un visa en cours de validité, donc en situation régulière, ou les personnes qui ont la nationalité australienne, et ne sont donc pas des non-ressortissants. S'il en convient, le tribunal peut ordonner la remise en liberté d'un migrant faisant l'objet d'une mesure de détention administrative. L'article 196 3) n'empêche pas un tel cas de figure puisque l'intéressé est nécessairement soit un étranger en situation régulière, soit un Australien.

71. Il est possible de contester sa détention en vertu de l'article 75 de la Constitution. Cet article garantit également le droit de demander un contrôle juridictionnel de toutes les décisions relatives aux visas prises en application de la loi sur les migrations. Contrairement à ce qu'affirme la source, M. Niazy a la possibilité de demander un contrôle juridictionnel.

72. Le Gouvernement fait valoir que M. Niazy a la possibilité de demander un réexamen au fond et un contrôle juridictionnel des décisions prises sur sa situation au regard de l'immigration, ce qu'il a d'ailleurs fait. Plus récemment, le 20 janvier 2020, M. Niazy a de nouveau demandé au Tribunal des recours administratifs de réexaminer la décision de rejet de sa demande de visa de protection. Le réexamen est toujours en cours, et le Tribunal a prévu une conférence téléphonique concernant cette affaire, dont il a fixé la date au 7 août 2020. En outre, le 11 décembre 2019, la Cour fédérale a annulé la décision du Ministre d'annuler le visa pour mineur de M. Niazy. Celui-ci avait également demandé le contrôle juridictionnel d'une décision ultérieure d'annulation de son visa pour mineur.

73. Le Gouvernement fait observer que, bien qu'elle ait été adoptée par l'Assemblée générale, la Déclaration universelle des droits de l'homme ne crée pas d'obligations juridiques contraignantes. Il n'en reste pas moins que M. Niazy est détenu en application de l'article 189 de la loi sur les migrations en raison de son statut d'étranger en situation irrégulière – son visa pour mineur ayant été annulé et sa demande ultérieure de visa de protection rejetée en raison de son casier judiciaire chargé – et qu'il constitue un danger pour la communauté. M. Niazy est détenu non pas parce qu'il a fait une demande de protection, mais parce qu'il devait l'être en vertu de la législation nationale.

74. Comme indiqué à l'article 4 de la loi sur les migrations, la loi vise à encadrer, dans l'intérêt national, l'entrée et la présence de non-ressortissants en Australie. En ce sens, la loi vise à établir une distinction, fondée sur la nationalité, entre les étrangers et les Australiens. Le Gouvernement rappelle que le Comité des droits de l'homme a reconnu dans le cadre du Pacte que cet instrument ne consacrait pas le droit des étrangers d'entrer ou de résider sur le territoire d'un État partie. En principe, il appartient à l'État de décider qui il admet sur son territoire³.

75. Il ressort des articles 12 et 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques que les États parties ont le droit, en vertu du droit international, de contrôler le séjour, l'entrée et l'expulsion des étrangers. Le Gouvernement fait valoir que, conformément aux obligations internationales de l'Australie, il lui appartient de déterminer qui peut entrer sur son territoire et à quelles conditions, et notamment d'exiger qu'un non-ressortissant détienne un visa pour entrer et séjourner légalement en Australie et que, en l'absence de visa, celui-ci soit soumis à une mesure de détention administrative.

76. Le Gouvernement fait observer que les ressortissants et les non-ressortissants sont certes traités différemment en ceci que les Australiens ne sont pas soumis à des mesures de détention liées à l'immigration, mais cette différence de traitement n'est pas discriminatoire ni contraire à l'article 26 du Pacte puisqu'elle sert un but légitime reposant sur des critères raisonnables et objectifs, et est proportionnée à l'objectif visé.

77. Le traitement différencié des ressortissants et des non-ressortissants établi par la loi sur les migrations a pour but légitime d'empêcher les non-ressortissants en situation irrégulière de pénétrer sur le territoire australien par des moyens irréguliers, de garantir

³ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 15 (1986) sur la situation des étrangers au regard du Pacte, par. 5.

l'intégrité du régime d'immigration national, de contrôler l'identité et les risques qui pèsent sur la sécurité des étrangers en situation illégale et de protéger la communauté. Cette loi est conforme aux articles 12 et 13 du Pacte. Le traitement différencié est raisonnable en ce qu'il cadre avec ces objectifs. Par conséquent, toute différence de traitement entre Australiens et étrangers repose sur des critères objectifs et raisonnables visant à servir un but légitime et ne constitue pas une discrimination proscrite par le Pacte.

78. Le Gouvernement conclut que M. Niazy est détenu légalement en application de l'article 189 1) de la loi sur les migrations et que compte tenu de sa situation, la détention est appropriée.

Observations complémentaires de la source

79. Le 20 juillet 2020, la réponse du Gouvernement a été transmise à la source afin que celle-ci puisse formuler d'éventuelles observations complémentaires. Dans sa réponse en date du 22 juillet 2020, la source fait valoir que, malgré les risques qu'encourt M. Niazy et son mauvais état de santé mentale, les ministres compétents n'ont pas jugé son cas suffisamment grave ni pris conscience de l'urgence de la situation au point de prendre une décision sur la demande d'intervention ministérielle au titre des articles 195A et 197AB.

80. D'après la source, il est en outre trompeur de laisser entendre qu'une suite a été donnée à la demande d'intervention ministérielle de M. Niazy. Rien ne permet de dire que la demande a même été présentée à un ministre à portefeuille compétent. Il serait bien plus probable qu'elle soit encore devant le Ministère de l'intérieur en vue d'être évaluée au regard des lignes directrices et éventuellement communiquée aux ministres pour examen.

81. La source ajoute également qu'il est peu probable qu'après avoir annulé à plusieurs reprises le visa pour mineur de M. Niazy et lui avoir refusé un visa de protection, le Ministère de l'intérieur juge désormais que M. Niazy répond aux critères de saisine des ministres, et que ceux-ci décident ensuite de lui accorder un visa ou une assignation à résidence. La source y voit plutôt une simple tactique employée par le Ministère pour donner l'impression qu'il continue de s'intéresser à l'affaire de M. Niazy au lieu d'admettre qu'il poursuit une approche implicite de refoulement, en faisant en sorte que M. Niazy reste en détention pour qu'il finisse par « accepter » de retourner en Afghanistan.

82. La source ajoute que, compte tenu que le Ministre a annulé le visa pour mineur de M. Niazy le 28 mai 2020, immédiatement après qu'il lui eut été restitué, il ne fait pas de doute que cette annulation avait été prévue à l'avance. On peut en déduire que le Ministère de l'intérieur cherchait à se soustraire au procès devant la Cour fédérale – qui devait précisément se tenir ce jour-là – et donc à l'examen de la Cour. La source fait observer que c'est la deuxième fois que le Ministre annule le visa de M. Niazy le jour même où on lui restitue.

83. Selon la source, il importe peu que M. Niazy ait cherché à exagérer ses symptômes pour être sûr d'être transféré vers un centre de détention pour migrants. Alors qu'il fait l'objet d'une mesure d'internement administratif, M. Niazy est détenu dans une prison. Même s'il était en excellente santé mentale, il devrait être détenu dans un centre de détention pour migrants, non pas dans une prison. D'après la source, cette situation soulève la question de la séparation constitutionnelle des pouvoirs judiciaire et exécutif.

84. De même, la source fait observer que déclarer que la détention a un caractère administratif, non pas punitif, ne suffit pas à faire de cette affirmation une réalité. Le fait est que M. Niazy a été – et continue d'être – détenu dans une prison. Dans le système de justice pénale, l'emprisonnement a des visées punitives. Il s'ensuit que les conditions de détention sont elles aussi punitives, tendant vers le même objectif.

85. La source ajoute que le Gouvernement reconnaît dans sa réponse que l'état de santé mentale de M. Niazy a été l'une des causes de son comportement délictueux. Ainsi, plutôt que de prendre des mesures pour tenter d'améliorer l'état de santé de M. Niazy, dans les faits, le Gouvernement le punit d'avoir des troubles mentaux en le maintenant en prison.

86. D'après la source, il n'est pas exact de déclarer que pour ce qui est de la gestion des ressortissants étrangers en situation irrégulière, le placement dans un centre de détention pour migrants est une mesure de dernier ressort. Il s'agit au contraire de la première mesure qui

leur est appliquée. L'article 189 de la loi sur les migrations prévoit que les étrangers en situation irrégulière doivent être placés en détention.

87. La source constate que le Gouvernement fait référence dans sa réponse aux mécanismes de contrôle de la détention. Elle ajoute que ces mécanismes s'inscrivent dans le cadre juridique du pays qui permet la détention arbitraire. Elle relève en outre que le Médiateur du Commonwealth n'a aucunement le pouvoir de contraindre le Ministère de l'intérieur à ordonner la remise en liberté d'une personne qui fait l'objet d'une mesure de détention administrative. Enfin, elle indique que le Ministère s'abstient systématiquement de donner suite aux recommandations du Médiateur relatives à la remise en liberté de demandeurs d'asile et de réfugiés.

88. Dans sa réponse, le Gouvernement évoque l'affaire *Al-Kateb v. Godwin*. À ce sujet, la source fait observer que cette affaire ne fait que valider l'argumentation de M. Niazzy, à savoir que sa détention arbitraire illimitée est autorisée par la loi australienne (tant dans la législation que dans la jurisprudence).

89. Selon la source, les mécanismes de contrôle juridictionnel dont dispose M. Niazzy s'inscrivent dans le cadre du système juridique du pays, en particulier la loi sur les migrations qui autorise de prime abord la détention de M. Niazzy. En outre, même si M. Niazzy doit se présenter à une audience devant le Tribunal des recours administratifs qui bloque pour l'instant la procédure, il n'en reste pas moins que celui-ci ne peut accorder à M. Niazzy un visa de protection, ni ordonner sa remise en liberté.

90. La source fait valoir que la réponse du Gouvernement s'appuie sur une interprétation erronée du droit australien. Si M. Niazzy ne s'était pas rendu en Australie pour demander l'asile – dans le cadre d'un programme parrainé par le Gouvernement – il ne serait pas devenu un étranger en situation irrégulière et ne serait pas passible de détention.

91. D'après la source, le Gouvernement fait également référence au Pacte dans sa réponse. À cet égard, la source prend note de la réponse que le Groupe de travail sur la détention arbitraire a apportée à l'interprétation que l'Australie fait du Pacte pour ce qui est de l'admission des réfugiés⁴.

92. En ce qui concerne le paragraphe 77 ci-dessus, la source fait valoir que cette déclaration d'ordre général traduit la politique de dissuasion du Gouvernement qui veut que les demandeurs d'asile soient détenus pour des périodes indéfinies afin de dissuader d'autres personnes de demander l'asile. La source ajoute qu'aucun argument de cette déclaration ne s'applique au cas précis M. Niazzy.

Examen

93. Le Groupe de travail remercie la source et le Gouvernement de lui avoir fourni des informations détaillées en temps voulu.

94. Pour déterminer si la privation de liberté de M. Niazzy est arbitraire, le Groupe de travail s'inspire des principes établis dans sa jurisprudence concernant 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. La simple affirmation, par le Gouvernement, que la procédure légale a été suivie ne suffit pas pour réfuter les allégations de la source (A/HRC/19/57, par. 68).

95. Le Groupe de travail constate d'emblée que la présente affaire concerne une personne qui a passé une grande partie de sa vie dans divers lieux de détention en Australie. M. Niazzy a été placé en détention en raison de son état de santé mentale et détenu dans des établissements pénitentiaires parce qu'il a été arrêté, inculpé et condamné pour diverses infractions pénales. Cependant, la présente communication dont il a saisi le Groupe de travail porte sur sa détention dans le contexte migratoire. Le Groupe de travail note ainsi que M. Niazzy a fini d'exécuter sa peine pénale le 26 juin 2018, mais qu'il a immédiatement été placé en détention en raison de son statut migratoire du fait que son visa avait été annulé en

⁴ Voir, par exemple, l'avis n° 2/2019.

vertu de l'article 189 1) de la loi sur les migrations. Malgré les sérieuses réserves exposées ci-dessous qu'il formule au sujet de cette loi, le Groupe de travail constate que le Gouvernement ne conteste pas que M. Niazy est toujours détenu en vertu de cette loi.

96. En ce qui concerne la communication émanant de la source, dans laquelle il est indiqué que M. Niazy a été privé de liberté uniquement pour avoir exercé les droits qu'il tient de l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Groupe de travail fait observer que le Gouvernement ne conteste pas que cette détention est due au statut migratoire de l'intéressé. Toutefois, le Gouvernement avance que cette détention est strictement conforme à la loi sur les migrations.

97. Le Groupe de travail a toujours affirmé que faire une demande d'asile ne constituait pas une infraction pénale. Il s'agit au contraire d'un droit de l'homme universel consacré par l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et la Convention relative au statut des réfugiés et le Protocole de 1967 s'y rapportant. Le Groupe de travail soutient que ces instruments énoncent les obligations juridiques internationales auxquelles l'Australie a souscrit⁵.

98. En effet, M. Niazy vivait légalement en Australie depuis 2005, année de son arrivée dans le pays avec un visa pour mineur. Son identité était parfaitement connue des autorités et sa demande de statut de réfugié a été confirmée par le Tribunal des recours administratifs le 22 février 2019. Bien que le Gouvernement convienne que la décision rendue par le Tribunal en date du 26 février 2019 avait porté à l'attention du Ministère de l'intérieur le fait que M. Niazy était un réfugié, celui-ci avait été maintenu en détention jusqu'au 11 décembre 2019, date à laquelle il avait été très brièvement remis en liberté puis de nouveau placé en détention dans la même journée en raison de l'annulation de son visa. Ce visa a ensuite été rétabli, et M. Niazy était sur le point d'être libéré le 28 mai 2020 lorsqu'une autre décision d'annulation de son visa est intervenue, empêchant ainsi qu'il soit libéré.

99. Le Groupe de travail ne peut que constater que tant en décembre 2019 qu'en mai 2020, M. Niazy a engagé une procédure devant la Cour fédérale. En décembre 2019, la Cour a effectivement ordonné sa remise en liberté, tandis qu'en mai 2020, le Gouvernement a décidé de rétablir son visa, conduisant à la libération de l'intéressé et permettant au Gouvernement de se soustraire à la procédure devant la Cour fédérale. Il ne fait pas de doute pour le Groupe de travail que le Gouvernement a recouru à une sorte de politique du va-et-vient en ce qui concerne la détention de M. Niazy, étant donné que le visa de celui-ci a été rétabli à deux reprises pour être mieux annulé le lendemain, ce qui semble être rien d'autre qu'une tactique pour échapper à la procédure devant la Cour fédérale. En tirant cette conclusion, le Groupe de travail fait remarquer que le Gouvernement n'a fourni aucune explication quant à la chronologie du rétablissement puis de l'annulation du visa dans les deux cas.

100. Toutefois, le Groupe de travail est conscient que le Gouvernement a avancé que M. Niazy était considéré comme un danger pour la communauté en raison de son casier judiciaire chargé, de sorte que les autres options, à savoir les assignations à résidence et les visas relais, ont été jugées inadaptées. En effet, le Groupe de travail a déjà pris note de l'ancienneté des démêlés de M. Niazy avec le système de justice pénale australien. Néanmoins, si l'on fait sienne l'argumentation du Gouvernement, M. Niazy pourrait être détenu indéfiniment en raison de son casier judiciaire et ce, bien que le statut de réfugié lui ait été reconnu par l'Australie. En réalité, le Gouvernement n'a présenté aucun plan précis qui conduirait à la libération de M. Niazy. Au contraire, comme l'a déjà noté le Groupe de travail, le Gouvernement a soumis M. Niazy à une politique du va-et-vient en rétablissant son visa pour l'annuler le lendemain et ce, par deux fois sur une période d'environ six mois.

101. À ce sujet, le Groupe de travail doit une fois encore examiner l'argument maintes fois invoqué par le Gouvernement, à savoir que le maintien en détention dans le contexte des migrations 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 déterminant⁶. Le Groupe de travail considère qu'il s'agit d'une interprétation erronée du droit international des droits de l'homme applicable. Il se doit de souligner une nouvelle fois que la détention pour une durée

⁵ Voir, par exemple, les avis n^{os} 28/2017, 42/2017 et 35/2020.

⁶ Voir les avis n^{os} 74/2019, par. 69 et 70 ; et 35/2020, par. 90 et 91.

indéterminée dans le cadre d'une procédure en matière de migration ne se justifie pas et revêt donc un caractère arbitraire⁷, raison pour laquelle il a demandé à ce qu'une durée de détention maximale dans le cadre des procédures en matière de migration soit fixée par la loi et à ce que, au-delà de cette durée, la personne détenue soit automatiquement libérée⁸.

102. Le Groupe de travail rejette l'argument du Gouvernement selon lequel la durée de la détention n'est pas en soi un facteur déterminant et que, tant que la détention est justifiée, elle peut se prolonger en toute légalité. Suivre le raisonnement du Gouvernement reviendrait à admettre que des personnes puissent être prises dans un cycle sans fin de réexamens périodiques de leur détention sans aucune perspective réelle de libération. Il s'agit d'une situation assimilable à une détention illimitée à laquelle il ne peut être remédié, pas même par le contrôle continu le plus rigoureux des motifs de la détention⁹.

103. En outre, le Groupe de travail fait observer que le Gouvernement a avancé que M. Niazy était détenu dans ce qu'il appelle un « autre lieu de détention » (par. 62 ci-dessus) en raison des menaces qui pèsent sur sa sécurité. Or, ce lieu n'est autre que le complexe pénitentiaire de Silverwater, une prison de haute sécurité, dans laquelle – d'après ce que la source a affirmé et que le Gouvernement n'a pas contesté – M. Niazy serait détenu à l'isolement 23 heures sur 24 depuis le 20 décembre 2019.

104. De même, le Groupe de travail ne saurait admettre que des personnes détenues dans le cadre de procédures migratoires puissent être placées dans des locaux autres que des locaux adaptés réservés à cet effet, du fait qu'elles n'ont pas été condamnées¹⁰. De plus, contrairement à ce qu'affirme le Gouvernement, le Groupe de travail est d'avis que la détention de M. Niazy a dans les faits un caractère punitif. Comme le fait observer le Groupe de travail dans sa délibération n° 5 révisée, cela ne devrait jamais être le cas¹¹. M. Niazy est privé de liberté depuis deux ans environ, sans inculpation ni jugement, à des fins manifestement punitives, en violation de l'article 9 du Pacte.

105. En outre, pendant sa détention, M. Niazy a, dans les faits, été privé du droit de contester la légalité de son maintien en détention. Le Groupe de travail a déjà examiné les deux cas dans lesquels le Gouvernement s'est soustrait à la procédure engagée par M. Niazy devant la Cour fédérale (voir par. 99 et 100 ci-dessus). Le Groupe de travail rappelle que, selon les Principes de base et 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 d'une détention devant un tribunal est un droit de l'homme autonome, ce qui est essentiel pour préserver la légalité dans une société démocratique¹². Ce droit, dont le respect constitue une norme impérative du droit international, s'applique à toutes les situations de privation de liberté¹³, ce qui comprend non seulement la détention aux fins de poursuites pénales, mais aussi les situations de détention relevant du droit administratif ou d'autres domaines du droit, y compris la détention de migrants¹⁴. En outre, il s'applique quel que soit le lieu de détention et indépendamment de la terminologie utilisée dans la législation, et toute forme de privation de liberté, quels qu'en soient les motifs, doit faire l'objet d'une supervision et d'un contrôle effectifs par les autorités judiciaires¹⁵.

106. En outre, le Groupe de travail est conscient que la procédure engagée devant la Cour fédérale l'a été par M. Niazy. En d'autres termes, sa détention n'a pas fait l'objet d'un examen systématique et périodique visant à vérifier sa conformité avec l'article 9 du Pacte¹⁶,

⁷ Voir délibération n° 5 révisée du Groupe de travail (A/HRC/39/45, annexe), par. 18, et avis nos 28/2017, 42/2017, 7/2019 et 35/2020. Voir également A/HRC/13/30, par. 63.

⁸ Délibération n° 5 révisée, par. 17. Voir aussi A/HRC/13/30, par. 61, et avis n° 7/2019.

⁹ Délibération n° 5 révisée, par. 27. Voir aussi les avis nos 1/2019 et 7/2019.

¹⁰ Délibération n° 5 révisée, par. 36. Voir aussi l'avis n° 7/2019.

¹¹ Délibération n° 5 révisée, par. 9 et 14. Voir aussi l'avis n° 49/2020, par. 87.

¹² A/HRC/30/37, par. 2 et 3.

¹³ Ibid., par. 11.

¹⁴ A/HRC/30/37, annexe, par. 47 a).

¹⁵ Ibid., annexe, par. 47 b).

¹⁶ Avis n° 72/2017, par. 60. Voir également le principe 21 des Principes de base et lignes directrices des Nations Unies sur les voies et procédures permettant aux personnes privées de liberté d'introduire un recours devant un tribunal ; A/HRC/13/30, par. 61 ; principe 11.3 de l'Ensemble de principes pour la

et le Groupe de travail rappelle l'obligation des États d'assurer un tel examen selon un calendrier précis¹⁷. En l'espèce, l'absence d'un tel examen constitue une autre violation grave de l'article 9 du Pacte.

107. Le Groupe de travail prend note de l'argument présenté par le Gouvernement selon lequel la détention de M. Niazy a été soumise à l'examen du Médiateur du Commonwealth en juillet 2020. Cependant, le Gouvernement n'a en rien expliqué en quoi un tel examen répondait aux conditions prévues à l'article 9 4) du Pacte concernant la possibilité qu'un organe judiciaire statue sur la légalité de la détention. Le Groupe de travail a parfaitement conscience que le Médiateur du Commonwealth n'a aucunement le pouvoir de contraindre le Ministère de l'intérieur à ordonner la remise en liberté d'une personne qui fait l'objet d'une mesure de détention administrative.

108. Le Gouvernement a également fait valoir que le Ministre avait réexaminé la détention de M. Niazy mais, encore une fois, le Groupe de travail note qu'il s'agit d'un contrôle exercé par un membre de l'exécutif et fait observer que les critères énoncés à l'article 9 4) du Pacte ne sont pas remplis.

109. S'il souscrit à l'argument avancé par le Gouvernement au sujet de l'article 26 du Pacte (voir par. 74 à 76 ci-dessus), le Groupe de travail doit également souligner que dans l'observation générale n° 15 que le Gouvernement a lui-même citée, le Comité des droits de l'homme indique clairement que les étrangers bénéficient de l'obligation générale de non-discrimination à l'égard des droits garantis par le Pacte, ainsi que prévu à l'article 2, et que les étrangers ont droit sans réserve à la liberté et à la sécurité de la personne¹⁸.

110. Cela signifie que M. Niazy a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne, telles que garanties à l'article 9 du Pacte et que, lorsqu'elle lui garantit ces droits, l'Australie doit veiller à ce que cela soit fait sans distinction aucune, comme en dispose l'article 2 du Pacte. En l'espèce, M. Niazy est soumis, de fait, à une détention illimitée en raison de son statut migratoire, en violation flagrante de l'article 2, lu conjointement avec l'article 9 du Pacte.

111. En conséquence, le Groupe de travail conclut que M. Niazy est soumis, de fait, à une détention illimitée en raison de son statut migratoire, et n'a pas la possibilité de contester la légalité de cette détention devant un organe judiciaire, droit consacré à l'article 9 4) du Pacte. En conséquence de quoi, la détention de M. Niazy est arbitraire, et relève de la catégorie IV. Pour parvenir à cette conclusion, le Groupe de travail a tenu compte des nombreuses constatations faites par le Comité des droits de l'homme, pour lequel la détention d'office de migrants en Australie et l'impossibilité de contester cette détention sont contraires à l'article 9 du Pacte¹⁹.

112. Le Groupe de travail prend également note de l'argument invoqué par la source, selon lequel en tant qu'étranger, M. Niazy semble se trouver dans une situation différente de celle des citoyens australiens en ceci qu'il est dans l'impossibilité de contester de manière effective la légalité de sa détention devant les juridictions nationales par suite de la décision rendue par la Haute Cour dans l'affaire *Al-Kateb v. Godwin*. En vertu de cette décision, alors que les citoyens australiens peuvent contester leur détention administrative, les non-ressortissants ne le peuvent pas. Le Gouvernement rejette ces allégations, faisant valoir qu'en l'espèce, la Haute Cour a considéré que les dispositions de la loi sur les migrations exigeant le placement en détention des non-ressortissants jusqu'à ce qu'ils soient expulsés ou qu'ils obtiennent un visa, même si leur éloignement n'est pas raisonnablement possible dans un avenir proche, sont applicables.

protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement ; E/CN.4/2003/4, par. 86 ; E/CN.4/2003/8/Add.2, par. 64 ; A/HRC/13/30/Add.2, par. 79 g) ; et A/HRC/16/47/Add.2, par. 120.

¹⁷ A/HRC/36/37/Add.2, par. 92.

¹⁸ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 15, par. 2 et 7.

¹⁹ *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) ; et *F. J. et consorts c. Australie* (CCPR/C/116/D/2233/2013).

113. Le Groupe de travail constate que, s'agissant de la décision de la Haute Cour, le Gouvernement a fourni une explication exactement identique à maintes reprises et que le Groupe de travail l'a toujours rejetée²⁰. 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.

114. Cependant, le Groupe de travail a constaté à plusieurs reprises que le Gouvernement n'expliquait pas comment, compte tenu de la décision de la Haute Cour, les non-ressortissants pouvaient contester de manière effective leur maintien en détention, droit que le Gouvernement est pourtant tenu de respecter pour se conformer aux articles 9 et 26 du Pacte. À cette fin, le Groupe de travail rappelle une fois de plus expressément la jurisprudence du Comité des droits de l'homme, qui a examiné les conséquences de la décision rendue par la Haute Cour dans l'affaire *Al-Kateb v. Godwin*, et a conclu qu'elle avait pour effet de supprimer les recours utiles permettant de contester la légalité d'un maintien en détention administrative²¹.

115. Dans le passé, le Groupe de travail a toujours souscrit aux constatations du Comité des droits de l'homme sur cette question²², et il maintient cette position en l'espèce. Il souligne que cette situation est de nature discriminatoire et contraire à l'article 26 du Pacte. Il en conclut que la détention de M. Niaz est arbitraire, et relève de la catégorie V.

Loi sur les migrations de 1958

116. Le Groupe de travail fait remarquer que la présente affaire est la plus récente d'une série d'affaires concernant l'Australie dont il a été saisi depuis 2017, qui ont toutes le même objet, à savoir la détention d'office des migrants en Australie en application de la loi sur les migrations de 1958²³. Il renouvelle ses constatations sur la loi sur les migrations, exprimées très récemment dans son avis n° 35/2020²⁴.

117. Le Groupe de travail est préoccupé par le nombre croissant d'affaires dont il est saisi concernant l'Australie et la mise en œuvre de la loi sur les migrations de 1958. Il est tout autant préoccupé par le 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 argument de cet ordre ne peut jamais être considéré comme légitime en droit international des droits de l'homme. 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 des droits de l'homme. Aucun État ne peut légitimement s'affranchir des obligations qui découlent du droit international des droits de l'homme en invoquant sa législation interne.

118. Le Groupe de travail tient à souligner que le Gouvernement australien a le devoir de mettre la législation nationale, notamment la loi sur les migrations de 1958, en conformité avec les obligations qui lui incombent en vertu du droit international des droits de l'homme. Depuis 2017, le Gouvernement se voit systématiquement rappeler ces obligations par de nombreux organes internationaux chargés des droits de l'homme, dont le Comité des droits de l'homme²⁵, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels²⁶, le Comité pour

²⁰ Avis n°s 21/2018, par. 79 ; 50/2018, par. 81, 74/2018, par. 117, 1/2019, par. 88 ; 2/2019, par. 98 ; 74/2019, par. 72 ; et 35/2020, par. 95 et 96.

²¹ *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) ; et *F. J. et consorts c. Australie* (CCPR/C/116/D/2233/2013), par. 9.3.

²² Avis n°s 28/2017, 42/2017, 71/2017, 20/2018, 21/2018, 50/2018, 74/2018, 1/2019, 2/2019, 74/2019 et 35/2020.

²³ Voir les avis n°s 28/2017, 42/2017, 71/2017, 20/2018, 21/2018, 50/2018, 74/2018, 1/2019, 2/2019, 74/2019, 35/2020, 70/2020 et 72/2020.

²⁴ Avis n° 35/2020, par. 98 à 103.

²⁵ CCPR/C/AUS/CO/6, par. 33 à 38.

²⁶ E/C.12/AUS/CO/5, par. 17 et 18.

l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes²⁷, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale²⁸, le Rapporteur spécial sur les humains des migrants²⁹ et le Groupe de travail³⁰. Ce dernier rappelle l'avis unanime exprimé par ces mécanismes internationaux et indépendants de défense des droits de l'homme, et invite le Gouvernement à réexaminer d'urgence sa législation à la lumière des obligations mises à sa charge par le droit international des droits de l'homme.

119. Le Groupe de travail se félicite de l'invitation à 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 occasion 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

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

La privation de liberté de Mohammad Qais Niazy est arbitraire en ce qu'elle est contraire aux articles 2, 3, 7, 8, 9 et 14 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.

121. Le Groupe de travail demande au Gouvernement australien de prendre les mesures qui s'imposent pour remédier sans tarder à la situation de M. Niazy 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.

122. Le Groupe de travail estime que, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, la mesure appropriée consisterait à libérer immédiatement M. Niazy 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 de maladie à coronavirus (COVID-19) et de la menace qu'elle représente dans les lieux de détention, le Groupe de travail demande au Gouvernement de prendre des mesures urgentes pour libérer immédiatement M. Niazy.

123. 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. Niazy, et de prendre les mesures qui s'imposent contre les responsables de la violation des droits de celui-ci.

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

125. Comme prévu au paragraphe 33 (al. 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.

126. 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

127. 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. Niazy a été mis en liberté et, dans l'affirmative, à quelle date ;

²⁷ CEDAW/C/AUS/CO/8, par. 53.

²⁸ CERD/C/AUS/CO/18-20, par. 29 à 33.

²⁹ A/HRC/35/25/Add.3.

³⁰ Avis n^{os} 50/2018, par. 86 à 89 ; 74/2018, par. 99 à 103 ; 1/2019, par. 92 à 97 ; 2/2019, par. 115 à 117 ; 74/2019, par. 37 à 42 ; et 35/2020, par. 98 à 103.

b) Si M. Niazy a obtenu réparation, notamment sous la forme d'une indemnisation ;

c) Si la violation des droits de M. Niazy 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.

128. 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.

129. 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.

130. 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 fin³¹.

[Adopté le 24 novembre 2020]

³¹ Résolution 42/22 du Conseil des droits de l'homme, par. 3 et 7.