



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-unième session (17-26 avril 2018)****Avis n° 21/2018 concernant Ghasem Hamedani (Australie)¹**

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 33/30.
2. Le 1^{er} février 2018, conformément à ses méthodes de travail (A/HRC/36/38), le Groupe de travail a transmis au Gouvernement australien une communication concernant Ghasem Hamedani. Le Gouvernement a répondu à la communication le 3 avril 2018. 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 légal 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 intéressés, est d'une gravité telle qu'elle rend la privation de liberté arbitraire (catégorie III) ;
 - d) Lorsque des demandeurs d'asile, des immigrants ou des réfugiés font l'objet d'une rétention administrative prolongée sans possibilité de contrôle ou de recours administratif ou juridictionnel (catégorie IV) ;

¹ Conformément à l'article 5 des méthodes de travail du Groupe de travail, Leigh Toomey n'a pas participé à l'examen du présent cas.



e) Lorsque la privation de liberté constitue une violation du droit international pour des raisons de 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 à ignorer le principe de l'égalité des êtres humains (catégorie V).

Informations reçues

Communication émanant de la source

4. M. Hamedani, né en 1973, est un ressortissant iranien. Il réside habituellement au Centre de rétention pour immigrants de Villawood dans la Nouvelle-Galles du Sud (Australie).

5. La source indique que M. Hamedani est un ancien agent de renseignement qui a fui la République islamique d'Iran alors qu'il était traduit devant un tribunal militaire et persécuté suite à son refus de soutenir le régime de Bachar al-Assad en République arabe syrienne. Il aurait subi des actes de torture et des traumatismes importants.

Arrestation et détention

6. Selon la source, M. Hamedani est arrivé par bateau à l'Île Christmas (Australie) le 5 août 2013 afin d'y demander l'asile. Il a été immédiatement placé en rétention par des fonctionnaires du Ministère de l'immigration et de la protection des frontières. La source indique que le Ministère émet un type de mandat d'arrêt contre toutes les personnes arrivant par bateau, mais aucun document n'est disponible à l'heure actuelle.

7. La source affirme que, le 19 juillet 2013, le Gouvernement australien a annoncé une nouvelle politique selon laquelle tous les demandeurs d'asile arrivant par bateau seraient transférés dans un centre régional de traitement des demandes et ne pourraient pas engager la responsabilité de l'Australie à leur égard en matière de protection. Le 5 août 2013 ou autour de cette date, M. Hamedani a en conséquence été transféré sur l'île de Manus (Papouasie-Nouvelle-Guinée), où il a été placé en rétention administrative. La source affirme également que M. Hamedani est reconnu comme réfugié par le Gouvernement de la Papouasie-Nouvelle-Guinée depuis mars 2015.

8. Le 5 août 2016, M. Hamedani aurait été transféré en Australie pour y recevoir un traitement médical. À ce propos, la source note qu'il a été diagnostiqué comme souffrant de plusieurs troubles mentaux, notamment de troubles post-traumatiques. Néanmoins, cela fait à présent quatre ans et demi environ qu'il est en détention administrative et il est toujours détenu dans le Centre de rétention pour immigrants de Villawood.

9. Selon la source, M. Hamedani est détenu en vertu de la loi australienne sur les migrations de 1958. La loi 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 rétention jusqu'à ce qu'ils : a) soient éloignés ou déportés d'Australie ; b) obtiennent un visa. En outre, l'article 196 3) dispose expressément que même un tribunal ne peut pas libérer un non-ressortissant en situation irrégulière placé en rétention, sauf si cette personne a obtenu un visa.

Analyse juridique

10. La source affirme que la détention de M. Hamedani constitue une privation de liberté arbitraire et relève des catégories II, IV et V.

11. La source considère que M. Hamedani a été privé de sa liberté pour avoir exercé son droit, garanti par l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, en vertu duquel devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays. Partant, la source affirme que la détention de M. Hamedani constitue une privation arbitraire de liberté et relève de la catégorie II.

12. La source affirme également que M. Hamedani, en tant que réfugié faisant l'objet d'une rétention administrative prolongée, ne s'est pas vu accorder la possibilité d'un réexamen ou d'un recours administratif ou judiciaire.

13. S'agissant des articles 189 1), 196 1) et 196 3) de la loi sur les migrations, la source souligne que, dans le cas de M. Hamedani, l'éloignement ou l'expulsion constituerait un refoulement et qu'il ne peut pas obtenir un visa en Australie du fait qu'il a été inclus dans l'arrangement régional entre l'Australie et la Papouasie-Nouvelle-Guinée. À cet égard, la source affirme que, en vertu du droit international, l'Australie était responsable du transfert de M. Hamedani et de sa détention sur l'île de Manus.

14. La source note que la Haute Cour d'Australie a confirmé le caractère obligatoire de la détention des non-ressortissants, pratique qui n'est pas contraire à la Constitution de l'Australie². La source note également que le Comité des droits de l'homme a estimé que les personnes soumises à une détention obligatoire en Australie n'ont accès à aucun recours utile³. En conséquence, il y a peu de chances que la détention de M. Hamedani fasse l'objet d'un réel contrôle ou recours administratif ou juridictionnel. En conséquence, sa détention constitue une privation arbitraire de liberté qui relève de la catégorie IV.

15. En outre, la source affirme que les citoyens australiens et les non-ressortissants ne sont pas égaux devant les cours et les tribunaux de l'Australie. La décision de la Haute Cour dans l'affaire *Al-Kateb c. Godwin* a pour résultat effectif que les citoyens australiens peuvent contester une détention administrative tandis que les non-ressortissants ne le peuvent pas. En conséquence, la détention de M. Hamedani constitue une privation arbitraire de liberté qui relève de la catégorie V.

16. La source souligne que M. Hamedani a épuisé tous les recours internes qui auraient pu lui permettre d'obtenir sa libération en Australie. Du fait que sa demande a été traitée dans le cadre de l'arrangement régional conclu avec la Papouasie-Nouvelle-Guinée, M. Hamedani n'avait accès qu'à des recours internes extrêmement limités. En effet, le seul recours interne disponible consistait pour lui à faire appel auprès du Ministre de l'immigration et de la protection des frontières en vue d'être placé en détention communautaire au titre de la loi sur les migrations. La source croit comprendre qu'en mai 2017, le Ministère de l'immigration et de la protection des frontières a enregistré une demande de ce type visant à placer M. Hamedani en détention communautaire. Toutefois, plusieurs mois après, aucune réponse n'aurait été reçue et M. Hamedani reste en détention.

17. À cet égard, la source note que certaines demandes de placement en détention communautaire sont traitées dans un délai de deux semaines. La source affirme qu'il est manifestement possible pour le Gouvernement australien de traiter les demandes de placement en peu de temps. Aucune explication n'aurait été donnée pour le retard enregistré dans le traitement de la demande de M. Hamedani.

Réponse du Gouvernement

18. Le 1^{er} février 2018, suivant sa procédure ordinaire, le Groupe de travail a transmis les allégations de la source au Gouvernement australien. Il a demandé au Gouvernement de lui fournir, d'ici au 3 avril 2018, des informations détaillées sur la situation actuelle de M. Hamedani et toutes observations sur les allégations de la source.

19. Dans sa réponse du 3 avril 2018, le Gouvernement explique que ses politiques de protection des frontières visent à dissuader les migrants, en les perturbant, d'engager des passeurs et de tenter de périlleuses traversées jusqu'en Australie. Ses politiques sont mises en œuvre en réponse à une augmentation spectaculaire enregistrée entre 2008 et 2013 du nombre de personnes tentant d'immigrer illégalement en Australie par bateau.

20. Le Gouvernement note qu'au titre de sa politique actuelle de protection des frontières, les personnes arrivées illégalement par voie maritime – qualifiées dans la loi sur les migrations d'arrivées non autorisées par voie maritime – seront renvoyées à leur point de départ ou dans leur foyer, ou transférées vers un pays hébergeant un centre régional de traitement et ne s'installeront donc pas de façon permanente en Australie. Selon le Gouvernement, ces politiques ont permis d'endiguer le flux de bateaux, de perturber le modèle de trafic illicite d'êtres humains et de prévenir les pertes en vies humaines en mer.

² Voir la décision dans l'affaire *Al-Kateb c. Godwin* (2004) 219 CLR 562.

³ Voir *C. c. Australie* (CCPR/C/76/D/900/1999)

21. Conformément à la loi sur les migrations, les personnes arrivées illégalement par voie maritime en Australie après le 13 août 2012 ont été conduites jusqu'à un centre régional de traitement, en Papouasie-Nouvelle-Guinée ou à Nauru, aux fins de l'évaluation de leur demande de protection. La position du Gouvernement est qu'il n'exerce pas un contrôle effectif sur les personnes conduites en Papouasie-Nouvelle-Guinée au titre des arrangements régionaux.

22. Selon le Gouvernement australien, l'ancien centre régional de traitement de Manus relevait du Gouvernement de la Papouasie-Nouvelle-Guinée car il était situé dans le territoire souverain de ce pays et était géré et administré en vertu de son droit interne et conformément à ses obligations juridiques internationales. Une fois que les personnes transférées se trouvaient en Papouasie-Nouvelle-Guinée, ce pays, qui est partie à la Convention relative au statut des réfugiés et au Pacte, était tenu d'assumer les obligations qui étaient les siennes au titre de ces instruments internationaux.

23. Le Gouvernement fait observer qu'il apporte un appui aux Gouvernements de Papouasie-Nouvelle-Guinée et de Nauru afin de répondre aux besoins de santé des personnes transférées dans ces pays. Certaines personnes avaient des problèmes de santé nécessitant un traitement médical auquel elles ne pouvaient avoir accès dans les pays où devait être examiné leur dossier. Certaines d'entre elles, dont M. Hamedani, ont été transférées en Australie en tant que personnes temporairement en transit en vue de recevoir un traitement médical. Dans certains cas, la famille ou d'autres personnes de soutien ont accompagné la personne recevant un traitement (également considérées comme personnes en transit). La loi sur les migrations dispose que les personnes en transit doivent être renvoyées vers un pays de la région où peut être traitée leur demande dès que cela est raisonnablement possible lorsqu'elles n'ont plus besoin d'être temporairement en Australie aux fins pour lesquelles elles y ont été transférées.

24. Le Gouvernement indique également que les personnes conduites en Australie à des fins temporaires sont des non-ressortissants en situation irrégulière au regard de la loi sur les migrations et doivent être placées en détention sauf si elles font l'objet d'une assignation à résidence, qui est souvent qualifiée de détention communautaire. Le Ministre de l'immigration et de la protection des frontières peut décider des assignations à résidence lorsqu'il considère qu'il est dans l'intérêt public de le faire.

25. Le pouvoir du Ministre de prendre des décisions d'assignation à résidence est personnel, discrétionnaire et non obligatoire. Le Ministre n'est pas obligé ni juridiquement tenu d'exercer ou d'envisager d'exercer un de ses pouvoirs. Le Ministre a approuvé les directives sur ses pouvoirs de décision en matière d'assignation à résidence. Un fonctionnaire du Ministère procède à une évaluation en vue de déterminer si la personne répond aux directives approuvées et, dans l'affirmative, renvoie la personne au Ministre qui envisage d'exercer son pouvoir de décision dans l'intérêt public.

26. Le Gouvernement explique en outre que le placement en rétention en vertu de la loi sur les migrations a un caractère administratif et non punitif. Le Gouvernement est déterminé à faire en sorte que tous les immigrants en rétention administrative soient traités d'une manière conforme aux obligations juridiques internationales de l'Australie.

27. Le Gouvernement soutient que tant les citoyens australiens que les non-ressortissants peuvent contester la légalité de leur détention devant un tribunal, notamment en invoquant l'*habeas corpus*. Les considérations sur lesquelles un tribunal peut faire fond pour ordonner la libération dépendent du type de détention. Du fait qu'il n'est pas licite en vertu de la loi sur les migrations de placer un citoyen ou un non-ressortissant en situation régulière dans un centre de rétention de migrants, un citoyen ou un non-ressortissant en situation régulière seraient libérés immédiatement s'ils étaient détenus par erreur dans un tel centre. D'autres formes de rétention administrative (autres que la rétention de migrants) et la possibilité de les contester ne dépendent pas du statut migratoire des personnes concernées.

28. Selon le cadre législatif de l'Australie, la durée de la rétention des immigrants n'est pas limitée par un calendrier précis mais dépend d'un certain nombre de facteurs, notamment l'identification, les nouvelles informations sur le pays concerné et les problèmes de traitement du dossier dus aux circonstances particulières de chaque individu.

touchant à la santé, à la personnalité ou à la sécurité. Les évaluations sont effectuées aussi rapidement que possible pour contribuer à réduire autant que faire se peut la durée du maintien des immigrants dans les centres de rétention.

29. La position du Gouvernement est que le placement en rétention d'une personne en vertu de la loi sur les migrations au motif qu'elle est un non-ressortissant en situation irrégulière n'est pas arbitraire en soi au regard du droit international. Le maintien de la rétention peut devenir arbitraire après un certain délai en l'absence de motif valable. Le placement en rétention pourrait être considéré comme une mesure de dernier recours pour la gestion des non-ressortissants en situation irrégulière.

30. Selon le Gouvernement, la pratique de l'Australie en matière de gestion des cas garantit que toute personne détenue comprend la raison pour laquelle elle est en rétention et les options et les moyens dont elle peut disposer, y compris le choix de rentrer dans son pays d'origine ou de décider d'utiliser les voies de recours judiciaires.

31. Le système de rétention des immigrants fait également l'objet d'une surveillance régulière, y compris de visites effectuées par des organismes extérieurs tels que le Médiateur du Commonwealth sur l'immigration, la Commission australienne des droits de l'homme et le Bureau du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) visant à garantir que les immigrants en rétention soient traités humainement, décemment et équitablement.

32. Dans ce contexte, le Gouvernement explique que M. Hamedani est arrivé illégalement sans papiers par bateau à l'Île Christmas le 31 juillet 2013 et que, au moment de son arrivée, il a été raisonnablement soupçonné d'être un non-ressortissant en situation irrégulière qui n'était pas en possession d'un visa pour entrer en Australie. En vertu de l'article 189 3) de la loi sur les migrations, si un agent de l'immigration sait ou a des raisons de soupçonner qu'une personne se trouvant dans un territoire extérieur exclu de la zone d'immigration est un non-ressortissant en situation irrégulière, il doit placer l'intéressé en rétention.

33. Le 2 septembre 2013, M. Hamedani a été transféré au Centre régional de traitement des demandes d'asile de Manus en vertu de l'article 198AD de la loi sur les migrations. Du fait qu'il est arrivé en Australie après le 19 juillet 2013, il a fait l'objet d'un traitement régional obligatoire.

34. Le 5 août 2016, M. Hamedani aurait ensuite été reconduit en Australie pour y recevoir un traitement médical et placé en rétention en vertu de l'article 189 1) de la loi sur les migrations. Le même jour, il a été transféré à l'hôpital Concord pour y recevoir un traitement médical.

35. Le 15 août 2016, M. Hamedani a pu quitter l'hôpital et a été transféré au Centre de rétention pour immigrants de Villawood.

36. Le 17 septembre 2016, M. Hamedani aurait été considéré comme réfugié au regard du processus d'évaluation du statut de réfugié de la Papouasie-Nouvelle-Guinée.

37. Le Gouvernement explique que, le 10 novembre 2016, le dossier de M. Hamedani a été transféré à l'intérieur du Ministère de l'immigration et de la protection des frontières pour vérifier s'il répondait aux directives fixées pour l'exercice par le Ministre de son pouvoir d'assignation à résidence prévu à l'article 197AB de la loi sur les migrations (assignation à résidence). Le 23 février 2017, il a été considéré que M. Hamedani ne répondait pas aux conditions prévues pour que son cas soit renvoyé au Ministre.

38. Le 15 mai 2017, le dossier de M. Hamedani a donc été de nouveau transféré à un autre service pour vérifier s'il répondait aux directives du Ministre aux fins d'une décision en matière d'assignation à résidence. M. Hamedani a été considéré comme répondant aux conditions énoncées dans les directives et, le 13 juin 2017, une demande d'assignation à résidence en application de l'article 197AB de la loi sur les migrations a été adressée au Ministre. Comme précisé plus haut, le pouvoir du Ministre de prendre une décision d'assignation à résidence est personnel, discrétionnaire et non obligatoire. À ce jour, aucune décision n'a été prise concernant l'assignation à résidence de M. Hamedani.

39. Selon le Gouvernement, M. Hamedani présente des troubles de santé mentale et a des antécédents d'automutilation. En février 2018, il a été soumis à un examen psychiatrique au terme duquel il a été noté qu'il présentait un risque modéré d'automutilation et une détérioration de sa santé mentale.

40. Étant donné que le Ministre n'a pas pris une décision d'assignation à résidence, M. Hamedani reste actuellement dans le centre de rétention pour immigrants de Villawood. Puisque M. Hamedani est arrivé en Australie de façon illégale par voie maritime et n'a pas été autorisé à immigrer, il lui est interdit de déposer une demande de visa en Australie en vertu de l'article 46 de la loi sur les migrations.

41. Le Gouvernement réfute les allégations formulées par la source selon lesquelles M. Hamedani ne s'est pas vu offrir la possibilité de bénéficier d'un contrôle ou d'un recours administratif ou juridictionnel de son maintien en rétention. Selon le Gouvernement, une personne placée dans un centre de rétention pour immigrants est en mesure de demander un contrôle juridictionnel de la légalité de sa rétention devant la Cour fédérale ou la Haute Cour d'Australie. L'article 75 v) de la Constitution australienne 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 demandée à l'encontre d'un fonctionnaire du Commonwealth.

42. Le Gouvernement rejette également les autres allégations formulées par la source selon lesquelles à la suite de la décision de la Haute Cour dans l'affaire *Al-Kateb c. Godwin*, les non-ressortissants ne sont pas égaux devant les tribunaux. Dans cette affaire, la Haute Cour a conclu que les dispositions de la loi sur les migrations exigeant le placement en rétention des non-ressortissants jusqu'à ce qu'ils soient éloignés ou expulsés ou qu'ils obtiennent un visa, même si leur éloignement n'est pas raisonnablement possible dans un avenir proche, étaient valables.

43. Le Gouvernement réaffirme que tant les citoyens australiens que les non-ressortissants peuvent contester la légalité de leur détention devant un tribunal, notamment en invoquant l'*habeas corpus*, comme mentionné au paragraphe 27 ci-dessus.

44. Le Gouvernement rejette également les allégations de la source selon lesquelles l'éloignement de M. Hamedani, qui est une personne reconnue comme réfugié par la Papouasie-Nouvelle-Guinée, constituerait un refoulement. Le Gouvernement australien prend au sérieux ses obligations en matière de protection, et ses dispositifs de protection sont fondés sur l'obligation fondamentale de non-refoulement.

45. Le Gouvernement explique que puisque M. Hamedani demeure une personne arrivée sans autorisation par voie maritime au regard de la loi sur les migrations, les articles 198AD et 198AH prescrivent qu'il soit conduit dans un pays où est situé un centre régional de traitement dès que cela est raisonnablement possible lorsqu'il est établi que la raison pour laquelle il a été conduit temporairement en Australie n'est plus valable.

46. En ce qui concerne le pouvoir discrétionnaire du Ministre, le Gouvernement explique que le Ministre a le pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 198AE de la loi sur les migrations de décider qu'il est dans l'intérêt public qu'un immigrant arrivé illégalement par voie maritime ne soit pas conduit dans un centre régional de traitement. Ce pouvoir discrétionnaire est non obligatoire et non déléguable. Le Ministre a approuvé des directives sur son pouvoir discrétionnaire au titre de l'article 198AE de la loi sur les migrations. Un fonctionnaire du Ministère procède à une évaluation en vue de déterminer si la personne répond aux directives approuvées et, dans l'affirmative, renvoie la personne au Ministre, qui envisage d'exercer son pouvoir de décision dans l'intérêt public. Ces directives traitent du cas où une personne arrivée illégalement par la voie maritime a fait des allégations crédibles selon lesquelles sa vie ou sa liberté sont menacées sur la base de la race, de la religion, de la nationalité, de l'appartenance à un groupe social particulier ou d'opinions politiques, ou court un risque réel d'être soumis à la torture, à des traitements cruels, inhumains ou dégradants, à la privation arbitraire de la vie ou à la peine de mort en cas de renvoi dans un pays où est situé un centre régional de traitement.

47. Le Gouvernement rejette également les allégations de la source selon lesquelles, en ce qui concerne les articles 189 1), 196 1) et 196 3) de la loi sur les migrations,

l'éloignement ou l'expulsion constituerait un refoulement. M. Hamedani est un non-ressortissant en situation irrégulière, qui, en vertu de l'article 196 de la loi sur les migrations, doit être placé en rétention jusqu'à ce qu'il soit éloigné d'Australie en vertu de l'article 198 ou 199 de la loi sur les migrations, traité afin d'être conduit dans un pays où est situé un centre régional de traitement ou expulsé en application de l'article 200 de la loi sur les migrations, ou qu'il obtienne un visa.

48. Le Gouvernement explique que, en tant que personne en transit conduite temporairement en Australie à une fin donnée, M. Hamedani doit être éloigné d'Australie dès que cela est raisonnablement possible après qu'il n'a plus besoin d'être en Australie à cette fin. Le Gouvernement n'a jamais indiqué qu'il avait l'intention de le conduire en un lieu donné autre qu'un pays où est situé un centre régional de traitement. Le Gouvernement a maintenu qu'il reconduirait M. Hamedani dans un pays où est situé un centre régional de traitement une fois qu'il n'y a plus lieu de servir l'objectif pour lequel il a été transféré temporairement en Australie.

Observations complémentaires de la source

49. Le 3 avril 2018, la réponse du Gouvernement a été communiquée à la source pour observations complémentaires. Dans sa réponse du 9 avril 2018, la source rejette ce qu'elle considère comme l'essence de la réponse fournie par le Gouvernement australien, à savoir que, du fait que le placement en rétention pour une durée indéterminée (sous réserve de certains événements, examinés plus loin) est légal en Australie, cette rétention n'est pas arbitraire et est conforme aux obligations internationales de l'État partie. La source affirme que, dans les informations qu'il a fournies au Groupe de travail, le Gouvernement reconnaît que M. Hamedani, en tant que non-ressortissant en situation irrégulière, est légalement détenu au regard de la loi australienne. La source toutefois affirme également que cette détention légale (au regard de la loi australienne) est arbitraire et à durée indéterminée (ou pire, indéfinie).

50. En outre, la source souligne que le Gouvernement reconnaît lui-même que l'objectif des politiques de protection des frontières de l'État partie, qui comprennent la rétention administrative, n'est pas adapté à la situation personnelle d'un demandeur d'asile ou réfugié donné. Le fait est que le but de la détention en dehors de l'Australie continentale et de la détention à durée indéterminée (ou détention pour une durée indéterminée) est de dissuader les immigrants potentiels. Si la rétention administrative ne vise pas les objectifs légaux énoncés (c'est-à-dire le traitement des demandes de visa ou l'éloignement, en vertu de la loi sur les migrations), elle cesse d'être fondée sur la loi sur les migrations et devient punitive. La source note que cela est également contraire au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs entre le judiciaire et l'exécutif.

51. La source rejette l'affirmation selon laquelle l'invocation de l'*habeas corpus* est une option possible pour M. Hamedani. Puisque sa détention est légale au regard du droit australien, l'invocation de l'*habeas corpus* n'est pas applicable car elle s'applique aux cas de détention illégale.

52. En outre, la source conteste l'information communiquée par le Gouvernement selon laquelle le placement en rétention est une mesure prise en dernier recours aux fins de la gestion des non-ressortissants en situation irrégulière. Selon la source, cela est inexact, car au titre des articles 189 1) et 189 3) de la loi sur les migrations, un non-ressortissant en situation irrégulière doit être placé en rétention. C'est donc une mesure obligatoire qu'un fonctionnaire du Ministère est tenu de prendre sans exercer un pouvoir discrétionnaire en la matière.

53. En ce qui concerne les observations du Gouvernement sur l'affaire *Al-Kateb c. Godwin*, la source réaffirme que l'idée fondamentale est que la rétention administrative des non-ressortissants, par opposition aux nationaux, est légale et que l'affaire citée renforce donc la position de M. Hamedani, qui est que sa rétention arbitraire à durée indéterminée est autorisée en vertu du droit australien (tant la législation que la jurisprudence).

Examen

54. Le Groupe de travail tient à remercier à la fois la source et le Gouvernement pour leur engagement dans la présente affaire et les nombreuses observations fournies, qui aideront le Groupe de travail à arrêter ses conclusions.

55. Le Groupe de travail constate que, dans sa réponse, le Gouvernement australien soutient que sa responsabilité ne peut être engagée dans la présente affaire car il n'exerce pas un contrôle effectif sur le centre régional de traitement de Manus, où M. Hamedani a été placé pendant la majeure partie de sa rétention. Puisque cette question est fondamentale en l'espèce, le Groupe de travail doit commencer par l'examiner.

56. Le Groupe de travail constate que M. Hamedani est arrivé par bateau à l'Île Christmas. La source affirme que c'est le 5 août 2013 qu'il est arrivé, tandis que le Gouvernement a indiqué que c'est le 31 juillet 2013.

57. Selon le Gouvernement, M. Hamedani a été transféré au centre régional de traitement de Manus le 2 septembre 2013. Le Gouvernement n'a fourni aucune explication sur ce qui est arrivé à M. Hamedani durant le mois qui s'est écoulé entre son premier placement en rétention et son transfert. Le Groupe de travail suppose donc que, pendant cette période, il a été placé en rétention, sous la garde des autorités australiennes.

58. Le transfert de M. Hamedani intervenu le 2 septembre 2013 était fondé sur l'accord conclu entre la Papouasie-Nouvelle-Guinée et l'Australie concernant le traitement des demandes d'asile. Le Groupe de travail constate que le Gouvernement australien a affirmé que la Papouasie-Nouvelle-Guinée exerce un contrôle effectif exclusif sur les personnes qui, comme cela a été le cas de M. Hamedani, sont conduites dans ce pays dans le cadre des arrangements relatifs au traitement régional.

59. Cependant, les autorités australiennes ont détenu M. Hamedani pour la première fois sur le territoire souverain australien, ce pendant une période d'au moins un mois. En conséquence, la décision de le placer en détention a été prise sur le territoire australien, par les autorités australiennes, comme la décision de le transférer dans le centre régional de traitement régional de Manus. Le Groupe de travail rejette par conséquent toutes affirmations selon lesquelles la responsabilité des autorités australiennes n'est pas engagée par la détention initiale de M. Hamedani ou la décision de le transférer au Centre.

60. De plus, en ce qui concerne le temps que M. Hamedani a passé dans le centre régional de traitement de Manus, le Groupe de travail fait observer que le Gouvernement australien affirme dans sa réponse que sa responsabilité ne saurait être engagée car il n'exerce aucun contrôle effectif sur cet établissement.

61. Cependant, le Groupe de travail constate que le HCR a déclaré que les demandeurs d'asile et les réfugiés devraient normalement être traités sur le territoire de l'État où ils arrivent, ou qui est compétent d'une autre manière à leur égard. De plus, tous les arrangements de coopération devraient s'appuyer sur les régimes de l'asile nationaux et les renforcer, ne pas saper les responsabilités ni les rejeter sur d'autres États⁴.

62. Le Groupe de travail note également les conclusions du HCR à l'issue de ses visites de contrôle effectuées dans le centre régional de traitement de Manus, y compris pendant la période où M. Hamedani y était. Dans son rapport sur sa visite de contrôle dans l'Île de Manus (Papouasie-Nouvelle-Guinée) du 23 au 25 octobre 2013, le HCR a conclu ce qui suit :

⁴ Voir HCR, « UNHCR monitoring visit to Manus Island, Papua New Guinea, 23 to 25 October 2013 », par. 15. Disponible à l'adresse <http://www.unhcr.org/publications/legal/58117aff7/unhcr-monitoring-visit-to-manus-island-papua-new-guinea-23-to-25-october.html>. Voir également HCR, « Position paper, Bilateral and/or Multilateral Arrangements for Processing Claims for International Protection and Finding Durable Solutions for Refugees » (avril 2016), disponible à l'adresse www.refworld.org/pdfid/5915aa484.pdf ; HCR, « Guidance note on bilateral and/or multilateral transfer arrangements of asylum-seekers » (mai 2013), disponible à l'adresse www.refworld.org/docid/51af82794.html, par. 1 et 3 vi).

Le HCR maintient sa position, à savoir que le transfert physique des demandeurs d'asile du territoire australien vers la Papouasie-Nouvelle-Guinée au titre de l'arrangement convenu par les deux États parties à la Convention relative au statut des réfugiés ne fait pas disparaître la responsabilité juridique de l'Australie en matière de protection des demandeurs d'asile touchés par les arrangements relatifs au transfert. En résumé, à la fois l'Australie et la Papouasie-Nouvelle-Guinée assument la responsabilité commune de faire en sorte que le traitement de tous les demandeurs d'asile transférés soit pleinement compatible avec leurs obligations respectives au titre de la Convention et d'autres instruments internationaux applicables⁵.

63. Cette position est conforme à celle du Groupe de travail, qui est expliquée dans sa délibération n° 5 révisée sur la privation de liberté des migrants : lorsqu'un État maintient des centres de rétention de migrants sur le territoire d'un autre État, les deux États sont conjointement responsables de la rétention. Le Groupe de travail estime donc que le Gouvernement australien demeure responsable de la détention de M. Hamedani depuis son placement en rétention le 31 juillet 2013.

64. Le Groupe de travail va maintenant examiner les allégations formulées par la source, selon lesquelles la détention de M. Hamedani est arbitraire en ce qu'elle relève des catégories II, IV et V et il va les examiner une à une.

65. La source a affirmé que la détention de M. Hamedani est arbitraire en ce qu'elle relève de la catégorie II parce qu'il a été détenu dans l'exercice du droit de demander l'asile. Le Gouvernement australien a rejeté ces allégations, notant que M. Hamedani était détenu en tant que non-ressortissant en situation irrégulière parce qu'il n'avait pas de visa valide à son arrivée en Australie.

66. La source a indiqué que M. Hamedani était arrivé sur l'Île Christmas pour y demander l'asile alors que le Gouvernement a affirmé qu'il était arrivé en tant que non-ressortissant en situation irrégulière. À son arrivée, il a été immédiatement placé en rétention par les autorités australiennes. Le Groupe de travail note que le Gouvernement australien ne conteste pas ce fait mais explique que si un agent de l'immigration sait ou a des raisons de soupçonner qu'une personne se trouvant dans un territoire extérieur exclu de la zone d'immigration est un non-ressortissant en situation irrégulière, il doit placer l'intéressé en rétention, notant que c'était précisément ce qui était arrivé à M. Hamedani.

67. Le Groupe de travail relève toutefois que toute personne demandant l'asile est susceptible d'arriver sans visa valide et réaffirme⁶ que demander l'asile n'est pas un acte criminel ; au contraire, demander l'asile est un droit de l'homme universel, consacré à l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans la Convention relative au statut des réfugiés et son Protocole. Le Groupe de travail note que ces instruments constituent des obligations juridiques internationales que l'Australie a souscrites.

68. Le Groupe de travail a déclaré dans sa délibération n° 5 révisée que toute forme de rétention ou de garde à vue administrative dans le contexte de l'immigration doit être appliquée en tant que mesure exceptionnelle prise en dernier recours, pour la période la plus courte possible et uniquement si elle est justifiée par un but légitime, comme par exemple vérifier leur entrée, enregistrer leurs griefs et déterminer leur identité si elle est douteuse.

69. En l'espèce, M. Hamedani a été placé en rétention à son arrivée par les autorités australiennes, qui l'ont détenu pendant environ un mois avant de le transférer au Centre régional de traitement de Manus. Il est donc clair pour le Groupe de travail que M. Hamedani n'a pas été détenu en vue de recueillir des données sur son entrée ou de vérifier son identité. Au contraire, le Groupe de travail fait observer, comme la source l'a indiqué, qu'au titre des articles 189 1) et 189 3) de la loi sur les migrations, un non-ressortissant en situation irrégulière doit être placé en rétention. C'est une mesure obligatoire qu'un fonctionnaire du Ministère est tenu de prendre sans exercer un pouvoir discrétionnaire en la matière.

⁵ Voir HCR, « Monitoring visit to Manus Island », par. 16. Voir également le document du HCR intitulé « Submission by UNHCR on the inquiry into the serious allegations of abuse, self-harm and neglect of asylum seekers in relation to the Nauru Regional Processing Centre » (novembre 2016), par. 11, disponible à l'adresse www.unhcr.org/58362da34.pdf.

⁶ Voir les avis n° 28/2017 et n° 42/2017 et la délibération n° 5 révisée, par. 9.

70. Toutefois, le Groupe de travail souligne que la privation de liberté dans le contexte de l'immigration doit être une mesure de dernier ressort et que des solutions autres que la détention doivent être recherchées pour satisfaire à l'exigence de proportionnalité⁷. Comme le Comité des droits de l'homme l'a fait valoir au paragraphe 18 de son observation générale n° 35 (Liberté et sécurité de la personne) adoptée en 2014 :

Les demandeurs d'asile qui entrent illégalement sur le territoire d'un État partie peuvent être placés en rétention pendant une brève période initiale, le temps de vérifier leur entrée, d'enregistrer leurs griefs et de déterminer leur identité si elle est douteuse. Les maintenir en détention pendant que leur demande est examinée serait arbitraire en l'absence de raison particulière propre à l'individu, comme un risque de fuite de l'intéressé, le danger d'atteinte à autrui ou un risque d'acte contre la sécurité nationale.

71. Dans sa réponse, le Gouvernement australien n'a pas exposé les différentes raisons spécifiques qui auraient justifié de priver de liberté M. Hamedani pendant que sa demande d'asile serait examinée. De plus, il n'a pas envisagé de solutions autres que la détention. Au contraire, comme le Gouvernement lui-même l'indique clairement, le but de ses politiques de protection des frontières, qui comprennent la détention administrative, est de dissuader les autres migrants potentiels. Il est donc clair pour le Groupe de travail qu'il n'a pas été procédé à une évaluation personnalisée de la nécessité de placer M. Hamedani en détention et que les fonctionnaires australiens se sont bornés à se conformer à la politique de placement automatique en rétention sans évaluer la nécessité de la détention et même sans déférer M. Hamedani à une autorité judiciaire. En d'autres termes, M. Hamedani a été soumis à une politique de détention obligatoire des immigrants, que le Groupe de travail a déjà jugée arbitraire dans un certain nombre de cas concernant l'Australie⁸. Le Groupe de travail réaffirme que ces politiques sont contraires à l'article 9 du Pacte et constituent une violation du droit de demander l'asile, tel que prévu par le droit international. Il conclut que M. Hamedani a été placé en rétention alors qu'il exerçait son droit de demander l'asile et que sa détention est par conséquent arbitraire en ce qu'elle relève de la catégorie II.

72. La source a également affirmé que la détention de M. Hamedani est arbitraire en ce qu'elle relève de la catégorie IV parce qu'il est un réfugié qui a été l'objet d'une rétention administrative prolongée et n'a pas bénéficié de la possibilité d'un contrôle ou d'un recours administratif ou juridictionnel. Le Gouvernement australien conteste ces allégations, soutenant qu'un immigrant placé en rétention est en mesure de demander un contrôle juridictionnel de la légalité de sa détention devant la Cour fédérale ou la Haute Cour d'Australie, notamment en invoquant l'*habeas corpus*.

73. Le Groupe de travail constate que M. Hamedani est en rétention depuis le 31 juillet 2013. M. Hamedani a passé une partie de ce temps dans le Centre régional de traitement de Manus, mais le Groupe de travail a déjà établi que l'Australie ne peut pas s'exonérer de la responsabilité qui lui incombe en la matière. À l'heure actuelle, M. Hamedani est détenu dans un centre de rétention pour immigrants en Australie et la seule option qui lui reste est d'attendre la décision discrétionnaire du Ministre de l'immigration et de la protection des frontières. Le Groupe de travail note que M. Hamedani attend cette décision depuis mai 2017 et que le Gouvernement n'a contesté aucune de ces allégations dans sa réponse.

74. Le Groupe de travail tient à rappeler 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 de sa détention devant un tribunal est un droit de l'homme à part entière qui est essentiel à la préservation de l'état de droit dans une société démocratique⁹. Ce droit, dont le respect constitue en fait une norme impérative du droit international, s'applique à toutes les formes de privation de liberté¹⁰ 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

⁷ Voir A/HRC/10/21, par. 67. Voir également la délibération n° 5 révisée, par. 12 et 16.

⁸ Voir les avis nos 28/2017, 42/2017 et 71/2017.

⁹ Voir A/HRC/30/37, par. 2 et 3.

¹⁰ Ibid., par. 11.

détention relevant du droit administratif ou d'autres domaines du droit, y compris la détention militaire, la détention pour raisons de sécurité, la détention dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, le placement d'office dans un établissement médical ou psychiatrique, la détention de migrants¹¹. En outre, il s'applique indépendamment du lieu de détention ou de la terminologie juridique employée dans la législation. 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 judiciaires¹².

75. Le Groupe de travail constate que, depuis le moment où M. Hamedani a été placé en rétention, il n'a pas été présenté devant un organe judiciaire qui aurait pu examiner la nécessité de son maintien en rétention, et qu'aucun organe judiciaire n'a jamais procédé à l'évaluation de la légalité de sa rétention, ce qui aurait nécessairement impliqué l'évaluation de la légitimité, de la nécessité et de la proportionnalité de cette mesure¹³. En fait, comme le Gouvernement le reconnaît lui-même, la seule voie de recours dont M. Hamedani dispose est d'attendre la décision discrétionnaire du Ministre de l'immigration et de la protection des frontières. Toutefois, il ne s'agit pas d'un organe judiciaire à même de statuer sur la légalité de sa détention.

76. Le Groupe de travail rappelle également les nombreux cas où le Comité des droits de l'homme a constaté que la procédure de détention obligatoire des immigrants en Australie et l'impossibilité de la contester étaient contraires au paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte¹⁴. En outre, comme le Groupe de travail l'a noté dans sa délibération n° 5 révisée, la rétention dans le contexte de l'immigration doit avoir un caractère exceptionnel, et pour garantir cela, il faut rechercher des mesures de substitution à la détention¹⁵. Dans le cas de M. Hamedani, il est clair pour le Groupe de travail qu'il n'a jamais été procédé à un examen de mesures de substitution à la détention, ce qui constitue une autre violation de l'article 9 du Pacte.

77. Le Groupe de travail conclut donc que M. Hamedani 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 est par conséquent arbitraire en ce qu'elle relève de la catégorie IV.

78. En outre, la source affirme que la détention de M. Hamedani relève de la catégorie V, car les citoyens australiens et les non-ressortissants ne sont pas égaux devant les tribunaux et cours de justice d'Australie du fait des conséquences effectives de la décision de la Haute Cour dans l'affaire *Al-Kateb c. 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 que dans cette affaire, la Haute Cour a considéré que les dispositions de la loi sur les migrations exigeant le placement en rétention des non-ressortissants jusqu'à ce qu'ils soient éloignés ou expulsés ou qu'ils obtiennent un visa, même si leur éloignement n'est pas raisonnablement possible dans un avenir prévisible, sont applicables.

79. Le Groupe de travail est déconcerté par l'explication fournie par le Gouvernement dans sa réponse concernant la décision de la Haute Cour dans cette affaire, car elle confirme simplement que la Haute Cour affirme la légalité de la détention des non-ressortissants jusqu'à ce qu'ils soient éloignés ou expulsés ou qu'ils obtiennent un visa, même si l'éloignement n'était pas raisonnablement possible dans un avenir prévisible. En d'autres termes, effectivement, le Gouvernement n'a pas expliqué comment les non-ressortissants peuvent contester leur maintien en rétention après cette décision.

¹¹ Ibid., par. 47 a).

¹² Ibid., par. 47 b).

¹³ Voir la délibération révisée n° 5, par. 12 et 13.

¹⁴ Voir *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).

¹⁵ Voir également A/HRC/13/30, par. 59. Voir également E/CN.4/1999/63/Add.3, par. 33 ; A/HRC/19/57/Add.3, par. 68 e) ; A/HRC/27/48/Add.2, par. 124 ; A/HRC/30/36/Add.1, par. 81. Voir également l'avis n° 72/2017.

80. Le Groupe de travail prend note des nombreuses constatations faites par le Comité des droits de l'homme mentionnées au paragraphe 76 et dans la note de bas de page 18, et note également que l'effet de la décision de la Haute Cour d'Australie dans l'affaire citée plus haut est tel que les non-ressortissants ne disposent d'aucun recours effectif contre leur maintien en rétention administrative.

81. À ce propos, le Groupe de travail note en particulier la jurisprudence du Comité des droits de l'homme, dans laquelle le Comité a examiné l'effet de l'arrêt de la Haute Cour dans l'affaire *Al-Kateb c. Godwin* et a conclu que l'effet de l'arrêt est tel qu'il n'y avait pas de recours utile pour contester la légalité de la rétention administrative¹⁶.

82. Dans le passé, le Groupe de travail a souscrit aux vues du Comité des droits de l'homme sur cette question¹⁷, et cela reste la position du Groupe de travail en l'espèce. Le Groupe de travail souligne que cette situation est discriminatoire et contraire aux articles 16 et 26 du Pacte. En conséquence, il conclut que la détention de M. Hamedani est arbitraire en ce qu'elle relève de la catégorie V.

83. Enfin, le Groupe de travail note avec préoccupation que la présente affaire n'est qu'une parmi d'autres affaires de détention d'immigrants en Australie dont il a été saisi au cours de l'année écoulée¹⁸. Toutes ces affaires concernent la politique de détention obligatoire des immigrants et, dans tous les cas, le Groupe de travail a conclu que la détention était arbitraire.

Dispositif

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

La privation de liberté de Ghasem Hamedani 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, 16 et 26 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques, et relève des catégories II, IV et V.

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

86. Le Groupe de travail estime que, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, la mesure appropriée consisterait à libérer immédiatement M. Hamedani et à lui accorder le droit d'obtenir réparation, notamment sous la forme d'une indemnisation, conformément au droit international.

87. Le Groupe de travail demande instamment au Gouvernement de faire en sorte qu'une enquête complète et indépendante soit menée sur les circonstances entourant la privation arbitraire de liberté de M. Hamedani et de prendre les mesures appropriées contre les personnes responsables de la violation de ses droits.

Procédure de suivi

88. Conformément au paragraphe 20 de ses méthodes de travail, le Groupe de travail prie la source et le Gouvernement de l'informer de toutes mesures prises pour appliquer les recommandations formulées dans le présent avis, et notamment de lui faire savoir :

- a) Si M. Hamedani a été mis en liberté et, le cas échéant, à quelle date ;
- b) Si M. Hamedani a obtenu réparation, notamment sous la forme d'une indemnisation ;
- c) Si la violation des droits de M. Hamedani a fait l'objet d'une enquête et, le cas échéant, quelle a été l'issue de celle-ci ;

¹⁶ Voir *F. J. et consorts c. Australie*, par. 9.3.

¹⁷ Voir les avis nos 20/2018, 71/2017, 42/2017 et 28/2017.

¹⁸ Ibid.

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.

89. 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.

90. 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.

91. Le Gouvernement devrait diffuser le présent avis à toutes les parties prenantes par tous les moyens disponibles.

92. 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 fin¹⁹.

[Adopté le 20 avril 2018]

¹⁹ Voir la résolution 33/30 du Conseil des droits de l'homme, par. 3 et 7.