



Assemblée générale

Distr. générale
6 juin 2019
Français
Original : anglais

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

Avis adoptés par le Groupe de travail sur la détention arbitraire à sa quatre-vingt-quatrième session (23 avril-3 mai 2019)

Avis n° 2/2019 concernant Huyen Thu Thi Tran et Isabella Lee Pin Loong (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 33/30.

2. Le 19 octobre 2018, conformément à ses méthodes de travail (A/HRC/36/38), le Groupe de travail a transmis au Gouvernement australien une communication concernant Huyen Thu Thi Tran et Isabella Lee Pin Loong. Le Gouvernement a répondu à la communication le 17 décembre 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 juridique pour justifier la privation de liberté (comme dans le cas où une personne est maintenue en détention après avoir exécuté sa peine ou malgré l'adoption d'une loi d'amnistie qui lui est applicable) (catégorie I) ;

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

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



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

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

Informations reçues

Communication émanant de la source

4. Née le 10 avril 1989, Huyen Thu Thi Tran est une ressortissante vietnamienne mariée à un ressortissant mauricien. Le 15 mars 2018, en détention, M^{me} Tran a donné naissance à une fille, Isabella Lee Pin Loong. D'après les informations disponibles, née en Australie de parents étrangers, l'enfant est apatride. La mère et l'enfant résident actuellement dans le centre d'hébergement provisoire pour migrants de Melbourne, situé dans l'État de Victoria (Australie).

Arrestation et détention

5. Selon la source, M^{me} Tran est arrivée à Christmas Island (Australie) par voie maritime le 19 mars 2011 pour demander l'asile. À son arrivée, elle a été immédiatement détenue par les autorités du Ministère de l'intérieur du Gouvernement australien. Selon la source, il est probable qu'un ordre écrit prévoyant le placement en détention de M^{me} Tran lui ait été présenté ; toutefois, aucune copie de ce document n'est actuellement disponible.

6. Le 13 juillet 2011, M^{me} Tran a sollicité une protection dans le cadre de la procédure d'examen des obligations de protection. En 2011 et 2012, plusieurs examens non officiels ont eu lieu, notamment un examen des obligations de protection et un examen indépendant relatif à la protection. Ces examens ont eu une issue défavorable.

7. La source indique qu'en août 2012, le ministère a mis en place un dispositif de détermination de résidence pour M^{me} Tran. Ce dispositif impose à l'intéressé de résider à une adresse spécifique, et est assimilé à une détention dans la loi sur les migrations de 1958. Le dispositif dont bénéficiait M^{me} Tran est entré en vigueur en septembre 2012.

8. Le 19 juin 2014, M^{me} Tran a quitté son lieu de résidence. Selon la source, elle craignait que le ministère ne l'expulse vers le Viet Nam parce que deux de ses amis avaient été expulsés récemment. Elle a quitté son lieu de résidence sans autorisation.

9. Le 9 septembre 2014, le ministère a entrepris un examen des obligations découlant des traités internationaux. En février 2015, l'examen a été défavorable.

10. Le 9 novembre 2017, M^{me} Tran a été placée en détention dans un centre fermé pour migrants après qu'une religieuse a présenté une demande de visa d'admission protégée pour elle. Selon la source, en tant que personne arrivée par voie maritime sans autorisation, M^{me} Tran n'avait pas le droit de présenter cette demande (voir le paragraphe 22 ci-après). Du fait de cette demande, le ministère a été informé du lieu où se trouvait M^{me} Tran, et celle-ci a été placée dans un centre fermé. Le 14 novembre 2017, la demande a été considérée comme non valable.

11. Le 24 janvier 2018, conformément à l'article 46A, le Centre de ressources pour les demandeurs d'asile a adressé une requête au ministre au nom de M^{me} Tran. D'après les informations disponibles, le Centre priait le ministre de lever l'interdiction prévue et d'autoriser l'intéressée à demander un visa de protection dans le cadre de la procédure officielle. Le 25 janvier 2018, le ministère a informé M^{me} Tran qu'il ne transmettrait pas la requête au ministre pour examen. Cette requête a donc été rejetée.

12. Le 27 janvier 2018, le ministère a notifié à M^{me} Tran une décision indiquant qu'elle devait quitter l'Australie, et qu'elle serait renvoyée le 29 janvier 2018. Le jour d'après, le Centre de ressources pour les demandeurs d'asile a aidé M^{me} Tran à demander au Tribunal

fédéral de circuit de revoir la décision prise à l'issue de l'examen des obligations découlant des traités internationaux. Il a également cherché à faire adopter des mesures provisoires pour empêcher une expulsion, mais en vain.

13. La source indique que, le même jour, le ministère a tenté d'expulser M^{me} Tran vers le Viet Nam alors qu'elle était enceinte d'environ sept mois, contre l'avis d'International Health and Medical Services, l'organisation médicale chargée par le ministère d'apporter des soins médicaux aux détenus. Selon cette organisation, M^{me} Tran n'était pas en mesure de voyager en raison d'un diabète de grossesse et de son état psychologique. En conséquence, on est venu la chercher dans l'avion quelques minutes avant le décollage afin de la ramener au centre d'hébergement provisoire pour migrants de Melbourne.

14. Le 9 mars 2018, M^{me} Tran a signé un formulaire pour consentir à ce que son enfant soit détenue avec elle dans le centre pour migrants après sa naissance.

15. Selon la source, M^{me} Tran a accouché le 15 mars 2018 ; l'enfant a été placée en détention avec elle. Le 26 mars 2018, la mère et l'enfant ont été transférées au centre de Broadmeadows (au sein du centre d'hébergement provisoire pour migrants de Melbourne), défini comme une autre structure de détention au sens de la loi sur les migrations de 1958.

16. Le 13 avril 2018, le Centre de ressources pour les demandeurs d'asile a adressé une demande au ministre en vertu de l'article 195A (le ministre peut intervenir pour accorder un visa à des personnes détenues). Le 18 juillet 2018, M^{me} Tran a reçu un courrier du Directeur de l'unité du ministère chargée du règlement des cas complexes l'informant qu'elle ne remplissait pas les conditions prévues par l'article 195A et qu'en conséquence, son dossier ne pouvait être transmis au ministre. Le 6 août 2018, elle a reçu un autre courrier du ministère dont la teneur était la même.

17. Selon la source, M^{me} Tran a ainsi épuisé tous les recours de droit interne pour obtenir sa libération en Australie. Dans la situation actuelle, on ne sait pas combien de temps le ministère compte maintenir M^{me} Tran et son enfant en détention. En outre, le risque d'expulsion de M^{me} Tran n'a pas disparu.

18. Selon la source, le conjoint de M^{me} Tran détient un visa de travail australien provisoire (catégorie 457). Comme l'enfant est inscrite sur ce visa, sa détention n'est pas obligatoire. Toutefois, M^{me} Tran allaite son enfant, et le formulaire qu'elle a signé autorise sa détention.

19. La source fait valoir que, même si M^{me} Tran a signé un formulaire pour consentir à ce que son enfant soit placée en détention, elle a donné son consentement contraint et forcée. Elle a signé le formulaire six jours avant son accouchement. À ce moment-là, aucun élément d'information n'indiquait que le ministère envisageait de la libérer ; elle avait donc le choix entre deux possibilités : être séparée du nouveau-né immédiatement après sa naissance ou consentir à ce qu'il soit placé dans un centre de détention avec elle. En outre, M^{me} Tran allaite son enfant ; elle ne pourrait pas continuer à l'allaiter si celle-ci résidait avec son père, parce que cela pose des problèmes pratiques, et parce que la durée et la fréquence des visites sont limitées.

20. Comme indiqué plus haut, le conjoint de M^{me} Tran détient un visa de travail. S'il devait s'occuper de l'enfant à temps plein, il serait obligé de cesser de travailler. Il ne remplirait plus les conditions requises pour conserver son visa et devrait quitter l'Australie.

21. La source indique que M^{me} Tran est détenue en vertu de la loi sur les migrations de 1958. Cette loi dispose expressément en ses articles 189 1), 196 1) et 196 3) que les ressortissants étrangers en situation irrégulière doivent être placés et maintenus en détention jusqu'à ce qu'ils : a) soient renvoyés ou expulsés d'Australie ; b) obtiennent un visa. La source précise que si l'enfant n'est pas détenue officiellement en application de cette loi, elle fait, en pratique, l'objet d'une détention administrative sans limite de durée.

22. Par ailleurs, M^{me} Tran est assimilée à une personne arrivée par voie maritime sans autorisation au sens de l'article 5AA de la loi sur les migrations de 1958. En conséquence, elle ne peut pas bénéficier de la procédure officielle de détermination du statut de réfugié, ni de l'ensemble des droits de révision dont celle-ci est assortie (art. 46A et 494AA).

M^{me} Tran peut être expulsée vers le Viet Nam sans possibilité de présenter une demande de visa de protection valable en Australie.

État de santé de M^{me} Tran et de son enfant

23. Selon la source, depuis son placement en détention dans un centre fermé pour migrants le 9 novembre 2017, l'état psychologique et physique de M^{me} Tran s'est détérioré. Les événements évoqués plus haut l'ont jetée dans un profond désarroi, et une grave dépression lui a été diagnostiquée.

24. La source indique que l'enfant montre des signes d'attachement anxieux et qu'elle risque d'avoir des problèmes de développement en raison de la dépression de sa mère et de sa détention prolongée. Par ailleurs, le manque d'interactions émotionnelles positives en détention pourrait avoir des effets néfastes durables sur son développement.

25. La source indique aussi que, si M^{me} Tran était expulsée, on ne sait pas ce qu'il adviendrait de l'enfant. Elle pourrait peut-être résider avec son père. Si le visa de ce dernier venait à expirer, ou que ses responsabilités de parent l'empêchaient de travailler et que son visa lui était retiré, l'enfant serait une étrangère en situation irrégulière et serait soumise à une détention administrative. Comme elle est apatride et que, pour l'heure, elle n'a ni la nationalité vietnamienne ni la nationalité mauricienne (celle de son père), elle est exposée au risque de détention administrative arbitraire de longue durée.

26. Outre les préoccupations liées à la santé mentale de l'enfant, d'après les informations disponibles, celle-ci, malade en détention, a été hospitalisée. On craint par ailleurs que M^{me} Tran n'ait pas l'alimentation dont elle a besoin pour pouvoir allaiter son enfant correctement. Souffrant déjà de dépression clinique, M^{me} Tran est considérée comme très exposée au risque de dépression post-partum.

27. La source ajoute qu'en raison de sa détention, M^{me} Tran n'a pas bénéficié de soins et de conseils postnatals appropriés, notamment sur la manière de coucher son enfant pour prévenir la mort subite du nourrisson. En détention, aucun soutien n'est apporté à M^{me} Tran ni à son enfant, ce qui aggrave la situation ; les instances responsables de leur détention semblent avoir reçu l'instruction de ne pas porter ni reconforter l'enfant, et de ne pas s'en occuper de quelque façon que ce soit (par exemple, lorsque M^{me} Tran doit se doucher). La source fait valoir que l'enfant se trouve dans une situation d'urgence à cause des effets néfastes durables de la détention à un stade essentiel de son développement.

Analyse des violations

28. La source affirme que la détention de M^{me} Tran et de son enfant constitue une privation arbitraire de liberté relevant des catégories II, IV et V de la classification employée par le Groupe de travail pour examiner les affaires dont il est saisi.

Catégorie II

29. La source fait valoir que M^{me} Tran a été privée de liberté pour avoir exercé les droits garantis par l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, aux termes duquel devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays.

30. Selon la source, M^{me} Tran a également subi une discrimination, en violation de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Arrivée en Australie par voie maritime pour y demander l'asile, elle n'a pas bénéficié des mêmes droits ni des mêmes voies de recours qu'un demandeur d'asile arrivé par d'autres moyens.

31. La source ajoute que l'enfant a été privée de liberté parce que sa mère avait exercé les droits garantis par l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Elle a aussi été victime de discrimination, en violation de l'article 26 du Pacte. Née en Australie de parents étrangers, elle est apatride et en conséquence, n'a pas les mêmes droits attachés à la citoyenneté qu'une personne née en Australie de parents australiens. Elle ne peut pas contester sa détention au même titre qu'un ressortissant australien, et ne bénéficie donc pas du principe de l'égalité devant la loi.

Catégorie IV

32. La source fait valoir qu'en tant que demandeur d'asile soumis à une détention administrative prolongée, M^{me} Tran ne s'est pas vu garantir de possibilité de contrôle ou de recours administratif ou juridictionnel. Comme indiqué plus haut, en raison de son statut de personne arrivée par voie maritime sans autorisation, les possibilités dont elle dispose pour demander un contrôle juridictionnel sont très limitées. Ces possibilités ont toutes été épuisées.

33. La source rappelle qu'en 2014, le ministère a entrepris un examen des obligations découlant des traités internationaux pour établir si l'Australie avait des obligations de protection vis-à-vis de M^{me} Tran en vertu du droit international ; l'examen a abouti à la conclusion qu'elle n'en avait pas (voir le paragraphe 7 ci-dessus). Un recours contre cette décision a été formé ; il est en cours d'examen par le Tribunal fédéral de circuit. Toutefois, si ce tribunal rend une décision concernant la procédure d'examen des obligations découlant des traités internationaux, celle-ci n'entraînera pas automatiquement l'octroi d'un visa ou la libération de l'intéressée. La source indique aussi que dans certaines affaires, le ministère a fait expulser des demandeurs d'asile alors que leur recours était à l'examen.

34. Selon la source, aucune voie de recours ne peut être utilisée au nom de l'enfant pour obtenir la libération de sa mère et, partant, la sienne.

35. S'agissant de M^{me} Tran et de son enfant, la source fait observer que dans la décision rendue dans l'affaire *Al-Kateb c. Godwin*, la Haute Cour d'Australie a confirmé que la détention d'office de ressortissants étrangers n'était pas une pratique contraire à la constitution du pays. La source relève aussi que dans l'affaire *M. C. c. Australie*, le Comité des droits de l'homme a soutenu qu'il n'existait pas de recours utile pour les personnes soumises à la rétention d'office en Australie¹. Celles-ci n'ont aucune possibilité de demander que leur détention fasse l'objet d'un véritable contrôle ou recours administratif ou juridictionnel.

Catégorie V

36. Selon la source, les ressortissants australiens et les ressortissants étrangers ne sont pas égaux devant les cours et les tribunaux d'Australie. Comme indiqué dans le précédent paragraphe, dans l'affaire *Al-Kateb c. Godwin*, la décision de la Haute Cour va dans le sens de l'affirmation selon laquelle la détention de ressortissants étrangers, notamment en application de l'article 189 de la loi sur les migrations de 1958, n'est pas anticonstitutionnelle. En conséquence, en pratique, les ressortissants australiens peuvent contester une détention administrative, mais pas les étrangers.

Réponse du Gouvernement

37. Le 19 octobre 2018, suivant sa procédure ordinaire, le Groupe de travail a transmis les allégations de la source au Gouvernement. Il a demandé au Gouvernement de lui faire parvenir, d'ici au 18 décembre 2018, des renseignements détaillés sur la situation actuelle de M^{me} Tran et de M^{lle} Loong, d'exposer les éléments de droit justifiant leur maintien en détention et d'expliquer en quoi elle est compatible avec les obligations de l'État qui découlent des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, notamment des traités qu'il a ratifiés. Il a en outre prié le Gouvernement australien de veiller à l'intégrité physique et mentale des intéressées.

38. Dans sa réponse datée du 17 décembre 2018, le Gouvernement a indiqué que M^{me} Tran avait été placée en détention le 19 mars 2011 en vertu de l'article 189 3) de la loi sur les migrations de 1958 après être arrivée à Christmas Island illégalement par voie maritime. Le 25 août 2011, à l'issue d'un examen visant à déterminer s'il existait une obligation de protection, il a été décidé que l'État n'avait pas d'obligations de protection vis-à-vis de M^{me} Tran en vertu de la loi. Cette décision a été confirmée le 19 mars 2012 après avoir été revue lors d'un examen indépendant relatif à la protection.

¹ CCPR/C/76/D/900/1999.

39. Le 15 août 2012, le ministre est intervenu en application de l'article 197AB de la loi sur les migrations de 1958 et a fait placer M^{me} Tran en détention sans incarcération dans le cadre d'un dispositif de détermination de résidence. Le 23 juillet 2014, M^{me} Tran a quitté son lieu de détention. Le 13 avril 2015, le ministre a mis fin au dispositif dont bénéficiait M^{me} Tran en appliquant l'article 197AD de la loi.

40. Le 9 janvier 2014, les services du ministère ont actualisé la date de naissance de M^{me} Tran à partir de la date figurant sur sa carte nationale d'identité, et constaté qu'elle avait fourni des informations erronées concernant son âge.

41. Le 6 mars 2015, à l'issue d'un examen des obligations découlant des traités internationaux entrepris par le ministère, il a été établi que les obligations de non-refoulement de l'État ne s'appliquaient pas à M^{me} Tran.

42. Le 29 septembre 2017, le ministère a reçu une demande de visa d'admission protégée de la part de M^{me} Tran (sous-catégorie 790), qui a été considérée comme non valable en vertu de l'article 46A de la loi sur les migrations de 1958.

43. Le 9 novembre 2017, M^{me} Tran a été localisée et placée dans un centre de détention pour migrants situé sur le continent. Comme elle avait quitté son lieu de résidence et qu'elle était restée en situation irrégulière pendant plusieurs années, elle ne remplissait pas les conditions prévues à l'article 197AB pour que le ministre se saisisse du dossier et envisage une nouvelle détermination de résidence.

44. Le 28 novembre 2017, le ministère a entrepris de planifier le renvoi de M^{me} Tran, puisqu'elle n'avait pas déposé de demande auprès de ses services. Le 24 janvier 2018, le ministère a reçu une requête en vue d'une intervention ministérielle. Le 25 janvier 2018, il a été établi que dans le dossier de M^{me} Tran, les conditions n'étaient pas réunies pour que la requête soit transmise en application de l'article 46A 2). M^{me} Tran n'a pas été renvoyée le 28 janvier 2018, car son aptitude à voyager à la date prévue pour son renvoi avait été réévaluée.

45. Le 28 janvier 2018, M^{me} Tran a demandé au Tribunal fédéral de circuit de revoir la décision prise à l'issue de l'examen des obligations découlant des traités internationaux, qui lui avait été défavorable.

46. Le 1^{er} février 2018, après avoir visé le document de voyage vietnamien de M^{me} Tran, le ministère a modifié, dans ses dossiers, les informations qu'elle avait fournies précédemment, et a précisé que son nom était Thi Thu Huyen Tran.

47. Le 15 mars 2018, M^{me} Tran a donné naissance à M^{lle} Loong. En tant que ressortissante étrangère, cette dernière est considérée comme titulaire du même visa de travail temporaire que son père (travail qualifié, sous-catégorie 457). M^{me} Tran a signé un formulaire de consentement pour que M^{lle} Loong réside avec elle en tant qu'hôte dans le centre de détention pour migrants.

48. Le 3 mai 2018, il a été envisagé de transmettre le dossier de M^{me} Tran au ministre en application de l'article 197AB de la loi sur les migrations de 1958 pour examiner la possibilité d'un placement en détention sans incarcération. Le 18 mai 2018, le ministère a estimé que, les conditions prévues par l'article 197AB n'étant pas remplies, le dossier ne pouvait être transmis. Le 17 juillet 2018, il a jugé que les conditions n'étaient pas non plus réunies pour que le ministre se saisisse du dossier en application de l'article 195A de la loi et qu'il envisage l'octroi d'un visa.

49. Le 12 octobre 2018, le Tribunal fédéral de circuit a rejeté la demande déposée par M^{me} Tran pour qu'il revoie la décision prise à l'issue de l'examen des obligations découlant des traités internationaux, qui lui avait été défavorable.

50. Le 24 octobre 2018, le ministère a reçu une autre demande communiquée par l'agent de l'immigration chargé du dossier de M^{me} Tran pour que ses services vérifient si les conditions prévues à l'article 195A étaient remplies, et si le dossier pouvait être transmis au ministre. Le ministère réexamine actuellement le dossier de M^{me} Tran au regard de ces conditions.

51. M^{me} Tran fait l'objet d'une procédure de renvoi. Le ministère a pris des mesures pour accélérer son renvoi, mais M^{me} Tran a prolongé sa détention en refusant de présenter une demande de naturalisation pour M^{lle} Loong, ce qui lui permettrait d'obtenir un document de voyage et de demander que sa fille soit renvoyée avec elle en application de l'article 199.

52. Selon le Gouvernement, en matière de règlement des questions de statut migratoire, les pratiques de l'État garantissent que toute personne détenue comprend les motifs de sa détention, ainsi que les choix et les voies de recours dont elle peut disposer, y compris la possibilité de retourner dans son pays d'origine ou de décider de former un recours en justice.

53. M^{me} Tran a été soutenue par l'équipe d'International Health and Medical Services responsable de la santé mentale depuis son nouveau placement en détention en novembre 2017. Elle a bénéficié, de manière suivie, de nombreux soins et conseils postnatals de la part des praticiens, mais aussi de la sage-femme itinérante et de l'infirmier chargé de la santé maternelle et infantile. Le 29 septembre 2018, le psychiatre de l'organisation a vu M^{me} Tran ; il lui a semblé percevoir un stress d'adaptation, mais a relevé qu'elle ne présentait pas de dépression clinique.

54. Début avril 2018, les praticiens d'International Health and Medical Services ont relevé que M^{me} Tran ne s'alimentait pas correctement. Ils lui ont apporté des compléments diététiques et ont examiné ce point avec les parties intéressées. Le 10 avril 2018, M^{me} Tran a rencontré le responsable du site pour évoquer avec lui ses préférences alimentaires. Les praticiens ont continué à contrôler les apports nutritionnels de M^{me} Tran et aucun autre problème n'a été signalé concernant ses besoins dans ce domaine.

55. Selon le Gouvernement, le conjoint de M^{me} Tran peut aménager un congé sans solde avec l'accord de son employeur, notamment un congé de paternité ou un congé parental. Cet aménagement respecterait les conditions à remplir pour qu'il conserve son visa. Il peut aussi confier M^{lle} Loong à un gardien d'enfants lorsqu'il travaille. Enfin, il aurait la possibilité de soutenir M^{me} Tran en tant que personne à charge si elle devait quitter l'Australie.

56. M^{me} Tran a consulté son avocat et son conjoint avant de signer le formulaire de consentement pour autoriser M^{lle} Loong à résider avec elle. C'est à M^{me} Tran et à son conjoint qu'il appartient de décider du lieu de résidence de M^{lle} Loong, et ils peuvent demander à tout moment que sa détention prenne fin.

57. Le Gouvernement fait observer que M^{lle} Loong peut prétendre à la nationalité vietnamienne et à la nationalité mauricienne. Le 26 avril 2018, l'agent de l'immigration chargé du dossier de M^{me} Tran a signalé que M^{lle} Loong ne serait pas enregistrée auprès des autorités vietnamiennes pour l'obtention de documents d'identité, ce qui entraîne une prolongation de la détention.

58. Le Gouvernement signale que M^{lle} Loong est vue régulièrement par des praticiens spécialistes de santé primaire et par un infirmier chargé de la santé maternelle et infantile, envoyés par International Health and Medical Services. Elle est examinée par un médecin généraliste et par un pédiatre lorsque cela est nécessaire. Dans les dossiers cliniques, M^{lle} Loong est décrite comme une enfant heureuse, sans retard de développement, dont les vaccinations sont à jour.

59. Le Gouvernement déclare que dans le cadre du régime de visas universel et de la politique de détention d'office, les ressortissants étrangers en situation irrégulière sont détenus jusqu'à ce qu'ils obtiennent un visa ou soient renvoyés d'Australie. Lorsqu'une personne a épuisé tous les recours pour rester en Australie, elle doit quitter le pays. Les ressortissants étrangers qui ne quittent pas l'Australie peuvent être détenus et sont renvoyés dans un délai aussi raisonnable que possible. En vertu de la loi sur les migrations de 1958, leur détention est de nature administrative et non punitive. Le Gouvernement fait part de sa détermination à garantir que tous les migrants en détention sont traités d'une manière conforme à ses obligations découlant du droit international.

60. En vertu du cadre législatif, la durée de détention des migrants n'est pas limitée par un délai fixe, mais dépend de plusieurs facteurs, notamment la détermination de l'identité, les recours administratifs et la difficulté de traiter certains dossiers, qui tient à des circonstances particulières liées à la santé et la moralité ou à des questions de sécurité. Les examens nécessaires sont réalisés le plus rapidement possible afin de réduire les délais au minimum pour les personnes détenues dans des centres pour migrants.

61. Selon le Gouvernement, la détention, dans un centre pour migrants, d'un ressortissant étranger en situation irrégulière n'est pas arbitraire en soi en vertu du droit international. Elle peut devenir arbitraire si elle se prolonge au-delà d'un certain délai sans justification véritable. La détention est le dernier recours disponible pour prendre en charge les ressortissants étrangers en situation irrégulière. Comme M^{me} Tran a décidé de quitter son lieu de détention et de demeurer en situation irrégulière, elle ne peut pas prétendre à des formes de détention moins restrictives. M^{me} Tran a également prolongé sa détention en refusant d'enregistrer sa fille auprès des autorités vietnamiennes ou de décider que M^{lle} Loong pouvait résider avec son père.

62. S'agissant des mécanismes d'examen, le Gouvernement déclare que le 6 août 2018, le ministère a présenté à l'Ombudsman un rapport relatif au maintien en détention de M^{me} Tran qui portait sur les quatre années précédentes. Tout migrant détenu plus de deux ans fait l'objet d'un premier rapport du ministère communiqué à l'Ombudsman, puis d'un rapport tous les six mois. Comme prescrit, l'Ombudsman présentera à son tour au ministre un rapport évaluant si les modalités de détention de l'intéressée sont adaptées.

63. Le Gouvernement déclare que les ressortissants australiens et les ressortissants étrangers peuvent contester la légalité de leur détention devant la Cour fédérale ou la Haute Cour. Le fondement juridique que peuvent invoquer les tribunaux pour ordonner une libération dépend du type de détention. La détention de M^{me} Tran a été examinée conformément aux procédures de gestion des dossiers, dans le cadre de réunions du Comité chargé du contrôle des détentions et de la gestion des dossiers.

64. Selon le Gouvernement, en vertu de la loi sur les migrations de 1958, une personne peut demander au ministre d'intervenir dans une affaire qui la concerne en exerçant, dans diverses circonstances, les pouvoirs discrétionnaires dont il dispose.

65. Le Gouvernement déclare que les ressortissants étrangers, comme les ressortissants australiens, ont le droit de former un recours contre la décision d'un fonctionnaire en vertu de la Constitution ou auprès de la Cour fédérale. La décision rendue dans l'affaire *Al-Kateb c. Godwin* ne modifie en rien la possibilité, pour les ressortissants étrangers, d'invoquer les dispositions en cause pour contester la légalité de leur détention.

66. Le Gouvernement affirme que, même si la Déclaration universelle des droits de l'homme n'est pas contraignante d'un point de vue juridique, certains articles de cette déclaration sont repris en droit international, notamment dans des instruments qui, eux, ont un caractère contraignant.

67. Pour répondre à l'allégation de la source selon laquelle M^{me} Tran a été privée de liberté en violation de l'article 26 du Pacte en raison du moyen par lequel elle est arrivée en Australie, le Gouvernement déclare qu'elle est détenue en tant que ressortissante étrangère en situation irrégulière, conformément à l'article 189 de la loi sur les migrations de 1958. M^{me} Tran avait été placée en détention sans incarcération dans le cadre d'un dispositif de détermination de résidence ; toutefois, de son fait, parce qu'elle a quitté son lieu de détention, elle ne peut plus prétendre à ce dispositif. Elle a bénéficié de la forme de détention la moins restrictive qui soit. Les demandes de protection présentées par M^{me} Tran ont été examinées et elle n'a pas le droit de rester en Australie. Son maintien en détention n'est pas imputable au moyen par lequel elle est arrivée, mais plutôt au fait qu'elle a agi de sorte à différer son renvoi en s'abstenant d'enregistrer sa fille auprès des autorités vietnamiennes ou d'autoriser M^{lle} Loong à résider avec son père.

68. S'agissant de l'allégation de la source selon laquelle M^{lle} Loong a été privée de liberté, le Gouvernement déclare que la résidence de M^{lle} Loong dans un centre de détention pour migrants ne résulte pas de mesures du Gouvernement mais d'une décision de ses parents, qu'ils peuvent annuler à tout moment.

69. Il appartient au Gouvernement de déterminer qui est autorisé à entrer sur le territoire national et à quelles conditions, notamment en exigeant que les ressortissants étrangers soient munis d'un visa pour entrer et demeurer légalement en Australie, et de décider que faute de visa, les ressortissants étrangers sont soumis à une détention.

70. En conclusion, le Gouvernement confirme son engagement en faveur d'un programme de protection internationale efficace et solide qui s'appuie sur l'obligation fondamentale de non-refoulement. Il rappelle aussi qu'il s'est engagé de longue date à coopérer avec l'Organisation des Nations Unies, et que son bilan en matière de droits de l'homme est excellent.

Observations complémentaires de la source

71. La réponse du Gouvernement a été transmise à la source le 26 décembre 2018, laquelle a présenté des observations complémentaires le 9 janvier 2019.

72. La source fait observer que le Gouvernement n'a pas donné suite aux sept avis formulés précédemment par le Groupe de travail à propos de la détention de migrants.

73. La source trouve préoccupant le fait que, dans sa réponse, le Gouvernement impute la détention prolongée à M^{me} Tran et à son compagnon. La source indique que M^{me} Tran a signé un formulaire de consentement pour que M^{lle} Loong soit placée en détention avec elle en tant qu'hôte, mais qu'elle se trouvait devant un choix impossible à faire : être séparée du nouveau-né ou le faire admettre dans un environnement carcéral. Il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce que son compagnon, qui a la charge financière de la mère et de la fille, demande un congé sans solde pour s'occuper de cette dernière. Dans sa réponse, le Gouvernement souligne que M^{me} Tran a quitté son lieu de détention, et ne tient pas compte du changement radical de sa situation, puisqu'elle a un compagnon et qu'elle est devenue mère. Par ailleurs, il insiste sur le fait que M^{me} Tran n'a pas demandé le passeport vietnamien pour M^{lle} Loong et, ce faisant, il ne prend pas considération le fait que M^{me} Tran craint de s'exposer à un danger si elle rentre au Viet Nam accompagnée de M^{lle} Loong, ou d'être séparée de son compagnon et père de sa fille si elle est expulsée avec cette dernière.

74. La source indique que le maintien en détention de M^{me} Tran et, partant, de M^{lle} Loong, est imposé par la loi sur les migrations de 1958 en raison du moyen par lequel elle est arrivée – la voie maritime –, et qu'il ne résulte pas d'un acte ou d'une négligence quelconque de sa part. La loi rend donc obligatoire la détention de ressortissants étrangers en situation irrégulière ; il s'agit plutôt d'une détention d'office que d'un dernier recours. En outre, même si M^{me} Tran a la possibilité d'engager une procédure d'*habeas corpus*, sa détention est légale au regard de la législation australienne en vigueur, point qui a fait l'objet de précédentes critiques de la part du Groupe de travail. Du reste, le Comité chargé du contrôle des détentions et de la gestion des dossiers n'est pas un organe judiciaire, et n'est pas indépendant. En l'espèce, la détention en soi est le principal sujet de préoccupation, et aucun motif impérieux n'empêche d'appliquer la politique australienne de manière flexible afin de permettre à M^{me} Tran et à M^{lle} Loong de vivre en liberté.

75. La source en appelle aux valeurs humanitaires, soulignant que M^{lle} Loong est âgée de 10 mois et qu'elle a passé sa vie entière en détention. On a constaté que les enfants élevés dans des centres de détention avaient des problèmes de développement et des problèmes psychosociaux. La qualité des soins médicaux apportés à M^{me} Tran et à M^{lle} Loong demeure contestée. De plus, bon nombre de leurs problèmes de santé ont pour origine leur maintien dans un environnement carcéral ; ces problèmes disparaîtraient sans doute si elles vivaient en liberté. Enfin, la source déclare que tout État Membre de l'Organisation des Nations Unies est tenu de respecter la Charte des Nations Unies, dont les principes sont repris dans la Déclaration universelle des droits de l'homme.

Examen

76. Le Groupe de travail remercie la source et le Gouvernement des informations reçues, et salue la coopération et la mobilisation des deux parties sur cette question. Le Groupe de travail va procéder à l'examen des allégations formulées par la source pour chacune des demandereses.

Situation de M^{me} Huyen Thu Thi Tran

77. La source soutient que la détention de M^{me} Tran est arbitraire et relève des catégories II, IV et V de la classification employée par le Groupe de travail. Sans citer spécifiquement ces catégories, le Gouvernement australien réfute ces allégations. Le Groupe de travail les examinera l'une après l'autre.

78. Le Groupe de travail fait observer que l'arrivée de M^{me} Tran à Christmas Island (Australie) le 19 mars 2011 et sa détention ne sont pas contestées. Le Gouvernement explique seulement que cette détention était conforme à l'article 189 3) de la loi sur les migrations de 1958, car l'intéressée était arrivée illégalement par voie maritime. Le Groupe de travail relève en particulier que le Gouvernement n'a fourni aucun autre motif justifiant la détention de M^{me} Tran. Elle est restée en détention jusqu'au 15 août 2012, date de son placement en détention sans incarcération dans le cadre d'un dispositif de détermination de résidence. Le Groupe de travail prend note de la précision de la source selon laquelle ce dispositif est tout de même considéré comme une détention au sens de la loi australienne, argument auquel le Gouvernement a choisi de ne pas répondre.

79. Le Groupe de travail regrette de devoir souligner à nouveau, comme il l'a fait dans plusieurs cas concernant la détention de migrants en Australie², que la privation de liberté dans le contexte des migrations doit être une mesure de dernier recours, et que des mesures de substitution à la détention doivent être envisagées pour pouvoir satisfaire à l'exigence de proportionnalité (A/HRC/10/21, par. 67)³. En outre, comme l'a fait valoir le Comité des droits de l'homme dans son observation générale n° 35 (2014) relative à la liberté et à la sécurité de la personne, 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 raisons particulières propres 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.

80. En l'espèce, le Groupe de travail relève que M^{me} Tran a simplement été placée en détention à son arrivée, et qu'elle a été détenue jusqu'au 15 août 2012, soit pendant dix-sept mois, période que l'on ne peut pas qualifier d'« initiale » ni de « brève », pour reprendre les termes employés par le Comité des droits de l'homme. Le Gouvernement n'a donné aucun motif justifiant la détention de M^{me} Tran, et s'est contenté d'invoquer le paragraphe 3 de l'article 189 de la loi sur les migrations de 1958. Le Groupe de travail en conclut que M^{me} Tran a été détenue uniquement parce qu'elle demandait l'asile, et que la politique australienne prévoyant la détention d'office des migrants lui était applicable. En d'autres termes, M^{me} Tran a été détenue pour avoir exercé des droits légitimes, prévus à l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. De ce fait, la détention initiale de M^{me} Tran, depuis son arrivée le 19 mars 2011 jusqu'à son placement en détention sans incarcération le 15 août 2012, est arbitraire et relève de la catégorie II.

81. Le Groupe de travail relève que selon la source, le placement de M^{me} Tran en détention sans incarcération dans le cadre d'un dispositif de détermination de résidence est en fait un maintien en détention. Il note que la source n'a pas fourni d'éléments expliquant plus précisément pourquoi ce dispositif doit être considéré comme une détention ; elle indique seulement que dans la loi sur les migrations de 1958, ce dispositif est assimilé à une détention. Le Groupe de travail fait observer que le Gouvernement n'a pas répondu sur ce point.

82. Le Groupe de travail relève que la Commission australienne des droits de l'homme a décrit la détention sans incarcération comme une mesure de substitution à la détention, en les termes qui suivent :

En général, les personnes en détention sans incarcération ne sont pas soumises à une surveillance physique et sont libres d'aller et venir. Toutefois, la

² Voir les avis nos 28/2017, 42/2017, 71/2017, 20/2018, 21/2018, 50/2018, 74/2018 et 1/2019.

³ Voir également le document A/HRC/39/45, annexe, par. 12 et 16.

détermination de résidence est assortie de conditions ; il peut s'agir d'obligations, comme l'obligation de se présenter régulièrement aux autorités, et de passer chaque nuit dans un lieu de résidence donné⁴.

83. Le Groupe de travail a systématiquement considéré que la privation de liberté est non seulement une question de définition juridique, mais encore une question de réalité. Si la personne concernée n'est pas libre de quitter son lieu de détention, toutes les mesures de sauvegarde appropriées qui sont en place pour prévenir les détentions arbitraires doivent être respectées (A/HRC/36/37, par. 56). En conséquence, le Groupe de travail ne peut convenir avec la source qu'il doit considérer la détention sans incarcération comme une détention pour la seule raison qu'elle est assimilée à une détention dans la législation australienne.

84. Le Groupe de travail soutient que l'assignation à résidence équivaut à une privation de liberté dès lors qu'elle est exécutée dans des locaux fermés que la personne n'est pas autorisée à quitter⁵. Pour déterminer si c'est le cas, le Groupe de travail cherche à savoir si les déplacements de l'intéressé, les visites qu'il peut recevoir et divers moyens de communication sont soumis à des restrictions, et examine le niveau de sécurité applicable au lieu où la personne est censée être détenue⁶.

85. En l'espèce, prenant note de la description donnée par la Commission australienne des droits de l'homme, le Groupe de travail relève que les personnes en détention sans incarcération : a) ne sont pas soumises à une surveillance physique ; b) sont libres d'aller et venir ; c) peuvent être tenues de se présenter aux autorités à intervalles réguliers ; et d) peuvent être tenues de passer la nuit dans un lieu de résidence donné.

86. Dans les circonstances particulières de l'espèce, si l'obligation de se présenter aux autorités et les autres obligations sans doute imposées à M^{me} Tran semblent restrictives, les conditions ne sont pas réunies pour que l'on puisse parler d'assignation à résidence. M^{me} Tran n'était pas détenue dans des locaux fermés qu'elle n'était pas autorisée à quitter. En conséquence, se fondant sur la description donnée et en l'absence d'explication supplémentaire fournie par la source, le Groupe de travail n'est pas en mesure de convenir que le placement de M^{me} Tran en détention sans incarcération équivalait à une détention. De l'avis du Groupe de travail, la liberté personnelle de M^{me} Tran faisait uniquement l'objet de restrictions et, de ce fait, la détention sans incarcération était une mesure de substitution à la détention dans un centre fermé pour migrants. Le Groupe de travail en conclut qu'entre le 15 août 2012 et le 9 novembre 2017, date à laquelle elle a été arrêtée pour avoir quitté son lieu de détention, M^{me} Tran n'a pas été détenue.

87. Le Groupe de travail ne juge pas contestable l'arrestation de M^{me} Tran le 9 novembre 2017, ni le fait que le Gouvernement ait pu avoir une raison légitime de l'arrêter, puisqu'elle avait quitté son lieu de détention environ cinq ans plus tôt⁷. Il relève toutefois que depuis cette arrestation, M^{me} Tran est détenue en raison de son statut migratoire et qu'en conséquence, toutes les mesures de sauvegarde qui sont en place pour prévenir les détentions arbitraires doivent être respectées.

88. Le Groupe de travail note que M^{me} Tran a passé dix-sept mois en détention depuis sa seconde arrestation. Au cours de cette période, les autorités ont tenté d'expulser M^{me} Tran,

⁴ Voir la page www.humanrights.gov.au/alternatives-detention. Voir également le document intitulé Australian Human Rights Commission, Inspection of Melbourne Immigration Transit Accommodation: Report. 9-10 March 2017 (disponible à l'adresse suivante : www.humanrights.gov.au/our-work/asylum-seekers-and-refugees/publications/inspection-melbourne-immigration-transit), p. 26.

⁵ Voir par exemple les avis n^{os} 13/2007 et 37/2018. Voir également le document E/CN.4/1993/24, par. 20, délibération n^o 1 sur l'assignation à domicile.

⁶ Voir par exemple l'avis n^o 16/2011, par. 7, dans lequel il est décrit comment une personne assignée à résidence s'est vu empêcher de rencontrer des diplomates étrangers, des journalistes ou d'autres visiteurs à son appartement, et comment son téléphone portable et ses connexions Internet ont été coupés. Elle n'avait pas le droit de quitter son appartement, sauf pour de courts déplacements, après autorisation et sous escorte policière, et des agents de sécurité en civil étaient postés devant l'entrée de sa résidence. Voir également les avis n^{os} 21/1992, 41/1993, 4/2001, 11/2001, 11/2005, 18/2005, 47/2006, 12/2010, 30/2012 et 39/2013.

⁷ Voir l'avis n^o 7/2019, par. 62.

dont la grossesse était très avancée et dont l'état de santé ne lui permettait pas de prendre l'avion. Elle est détenue dans un centre fermé où son enfant a vu le jour le 15 mars 2018. Le Groupe de travail relève aussi que le 26 mars 2018, M^{me} Tran et son enfant nouveau-née ont été transférées au centre de Broadmeadows, qui fait partie du même centre de détention le centre d'hébergement provisoire pour migrants de Melbourne, et qu'elles s'y trouvent toujours.

89. Le Groupe de travail fait observer que le Gouvernement n'a pas été en mesure de trouver une solution dans le cas de M^{me} Tran. Au lieu de cela, il semble la tenir responsable de sa situation, faisant valoir que si elle présente une demande de naturalisation pour son enfant, en invoquant sa nationalité vietnamienne ou la nationalité mauricienne de son père, elle pourra demander à être renvoyée d'Australie avec l'enfant, mettant ainsi fin à leur détention.

90. Le Groupe de travail ne peut manquer de souligner que la mesure proposée entraînerait un cercle vicieux ; si M^{me} Tran ne souhaite pas demander l'une de ces nationalités pour son enfant, ou qu'elle s'abstient de le faire, ou encore, que sa demande est rejetée, elle restera en détention avec son enfant indéfiniment. Le Groupe de travail ne peut considérer cette option comme légitime et acceptable, et rappelle aux autorités australiennes qu'il incombe à l'instance responsable de la détention de veiller à ce que toute détention soit conforme aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme.

91. Le Groupe de travail souscrit à l'argument présenté par le Gouvernement au sujet de l'article 26. Il souhaite toutefois rappeler que dans son observation générale n° 15 (1986) sur la situation des étrangers au regard du Pacte cité par le Gouvernement, le Comité des droits de l'homme indique sans équivoque que les étrangers bénéficient de l'obligation générale de non-discrimination à l'égard des droits garantis par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ainsi que prévu à son article 2. Les étrangers ont droit sans réserve à la liberté et à la sécurité de la personne.

92. Par conséquent, M^{me} Tran jouit du droit à la liberté et à la sécurité de sa personne tel qu'il est garanti à l'article 9 du Pacte ; lorsque l'Australie lui reconnaît ce droit, elle doit s'assurer de le faire sans distinction aucune, comme le prévoit l'article 2 du Pacte. En l'espèce, la détention de durée illimitée de M^{me} Tran résultant de son statut migratoire est contraire à l'article 2, lu conjointement avec l'article 9 du Pacte. En conséquence, le Groupe de travail considère également que la détention de M^{me} Tran, qui dure depuis le 9 novembre 2017, date de son arrestation, est arbitraire et relève de la catégorie II.

93. La source fait également valoir que, en tant que demandeur d'asile soumis à une détention administrative prolongée, M^{me} Tran ne s'est pas vu garantir de possibilité de contrôle ou de recours administratif ou juridictionnel. Selon la source, cela signifie que sa détention est arbitraire et relève de la catégorie IV. Le Gouvernement réfute ces allégations et soutient que le Comité chargé du contrôle des détentions et de la gestion des dossiers a examiné le cas de M^{me} Tran à plusieurs reprises, parvenant chaque fois à la conclusion que sa détention était appropriée et légale. La source affirme que le changement radical de la situation personnelle de M^{me} Tran – le fait qu'elle est mariée à un homme qui réside légalement en Australie et mère d'un nouveau-né – n'a pas été pris en compte. Enfin, elle avance que M^{me} Tran aurait dû bénéficier de mesures de substitution à la détention.

94. Le Groupe de travail rappelle qu'en vertu des Principes de base et des 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 autonome, qui est essentiel pour préserver la légalité dans une société démocratique (A/HRC/30/37, par. 2 et 3). Ce droit, qui constitue en fait une norme impérative du droit international, s'applique à toutes les formes de privation de liberté (ibid., par. 11) et à toutes les situations de privation de liberté, ce qui comprend non seulement la détention aux fins de poursuites pénales mais aussi les situations de détention relevant du droit administratif 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 et la détention de migrants (ibid., par. 47 a)). En outre, ce droit s'applique indépendamment du lieu de détention ou de la terminologie juridique employée

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 judiciaires (ibid., par. 47 b)).

95. Comme le Groupe de travail l'a déjà clairement indiqué dans ses précédents avis⁸, le Comité chargé du contrôle des détentions et de la gestion des dossiers a procédé à plusieurs examens, mais ce comité n'est pas un organe judiciaire au sens du paragraphe 4 de l'article 9 du Pacte. Le Groupe de travail fait observer que le Gouvernement n'a toujours pas expliqué en quoi les examens effectués par ce comité satisfaisaient aux garanties inhérentes au droit de contester la légalité d'une détention consacré par l'article 9 du Pacte⁹. Par conséquent, le Groupe de travail estime que le droit de M^{me} Tran de contester la légalité de sa détention devant un organe judiciaire, énoncé au paragraphe 4 de l'article 9 du Pacte, a été violé. Pour parvenir à cette conclusion, il 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 Pacte¹⁰.

96. En outre, le Groupe de travail a examiné le fait que, pour l'heure, la détention de M^{me} Tran ne semble pas limitée dans le temps, ce qui est contraire à l'obligation de droit international acceptée par l'Australie, notamment à l'article 9 du Pacte. Le Groupe de travail en conclut que M^{me} Tran a été privée du droit de contester la légalité de son maintien en détention, en violation de l'article 9 du Pacte, et que sa détention est de ce fait arbitraire, relevant de la catégorie IV.

97. Par ailleurs, la source fait valoir que la détention de M^{me} Tran relève de la catégorie V, car les ressortissants australiens et les ressortissants étrangers ne sont pas égaux devant les cours et les tribunaux d'Australie en raison des effets de la décision rendue par la Haute Cour dans l'affaire *Al-Kateb c. Godwin*. En vertu de cette décision, les ressortissants australiens peuvent contester une détention administrative, mais pas les ressortissants étrangers. Le Gouvernement réfute ces allégations, soutenant que dans l'affaire citée, la Haute Cour a jugé valables les dispositions de la loi sur les migrations de 1958, qui imposent la détention de ressortissants étrangers jusqu'à ce qu'ils soient renvoyés ou expulsés ou qu'ils obtiennent un visa, même si leur renvoi n'est pas raisonnablement possible dans un avenir proche.

98. Le Groupe de travail est déconcerté par l'explication à nouveau fournie par le Gouvernement concernant la décision de la Haute Cour dans cette affaire¹¹, car elle confirme simplement que la Haute Cour a affirmé la légalité de la détention des ressortissants étrangers jusqu'à ce qu'ils soient renvoyés ou expulsés ou qu'ils obtiennent un visa, même si le renvoi n'est pas raisonnablement possible dans un avenir proche. En d'autres termes, le Gouvernement n'a pas expliqué comment ces ressortissants étrangers peuvent contester leur maintien en détention après cette décision.

99. Le Groupe de travail prend note des nombreuses constatations du Comité des droits de l'homme (voir le paragraphe 95 ci-dessus), et relève que la décision rendue par la Haute Cour dans l'affaire citée a pour effet de priver les ressortissants étrangers de recours utiles leur permettant de contester leur maintien en détention administrative.

⁸ Voir les avis n^{os} 20/2018, par. 61, 50/2018, par. 77, et 74/2018, par. 112.

⁹ Ibid.

¹⁰ Voir *C. c. Australie* (CCPR/C/76/D/900/1990), *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).

¹¹ Voir les avis n^{os} 21/2018, par. 79, 50/2018, par. 81, 74/2018, par. 117, et 1/2019, par. 88.

100. À cet égard, le Groupe de travail prend note en particulier de la jurisprudence du Comité des droits de l'homme, qui a examiné les implications de la décision rendue par la Haute Cour dans l'affaire *Al-Kateb c. Godwin*, et conclu qu'elle avait pour effet de supprimer les recours utiles permettant de contester la légalité d'un maintien en détention administrative¹².

101. Le Groupe de travail a déjà indiqué qu'il partageait l'avis du Comité des droits de l'homme sur ce point¹³, et sa position est la même en l'espèce. Il souligne que cette situation est discriminatoire et contraire aux articles 16 et 26 du Pacte. Il en conclut que la détention de M^{me} Tran est arbitraire, relevant de la catégorie V.

Situation d'Isabella Lee Pin Loong

102. Le Groupe de travail note que M^{lle} Loong est l'enfant née le 15 mars 2018, alors que M^{me} Tran était détenue au centre d'hébergement provisoire pour migrants de Melbourne. Comme sa mère avait signé une demande pour autoriser M^{lle} Loong à résider avec elle en tant qu'« hôte », M^{lle} Loong vit avec sa mère dans le même centre de détention depuis sa naissance.

103. La source fait valoir que, M^{lle} Loong étant détenue en raison du statut migratoire de sa mère, sa détention est arbitraire et relève de la catégorie II. Le Gouvernement réfute cette allégation, soutenant que M^{lle} Loong n'est pas détenue, et qu'elle est en fait libre de vivre avec son père.

104. Dans un premier temps, le Groupe de travail doit examiner la situation actuelle de M^{lle} Loong. Selon la source, elle est détenue avec sa mère. Le Gouvernement conteste le fait que M^{lle} Loong puisse être considérée comme « détenue » puisque sa mère, M^{me} Tran, qui se trouve en détention, a signé un document pour demander que l'enfant soit autorisée, après sa naissance, à résider avec elle en tant qu'hôte au centre de Broadmeadows, qui fait partie du centre d'hébergement provisoire pour migrants de Melbourne. Le Gouvernement affirme qu'en conséquence, il n'est pas correct de qualifier la situation de M^{lle} Loong de détention, puisque à tout moment, ses parents peuvent annuler la demande lui permettant de demeurer dans le centre en tant qu'hôte, et qu'elle peut vivre avec son père, qui détient un visa valable et n'est pas détenu.

105. De l'avis du Groupe de travail, il ne fait aucun doute que M^{lle} Loong est en détention. L'argument du Gouvernement selon lequel M^{lle} Loong n'est pas détenue parce que M^{me} Tran a demandé que son enfant soit autorisée à demeurer dans le centre de détention en tant qu'hôte n'est pas acceptable, parce que M^{me} Tran n'avait pas vraiment le choix sur ce point, si elle souhaitait voir son enfant nouveau-née et s'en occuper. À cet égard, le Groupe de travail rappelle les observations finales du Comité contre la torture concernant un autre État qui a également eu recours à la pratique consistant à « héberger » des enfants dans des centres de détention pour migrants à titre d'« hôtes » de leurs parents (CAT/C/CAN/CO/7, par. 34 et 35). Cette pratique a été jugée inacceptable par le comité et l'État en cause a dû s'assurer que les enfants ne seraient pas détenus en raison du statut migratoire de leurs parents.

106. La nécessité que M^{me} Tran signe une demande pour autoriser son enfant à rester avec elle dans le centre de détention en tant qu'« hôte » n'était rien d'autre qu'une tentative des autorités de contourner l'interdiction de détenir des enfants dans le contexte des migrations. Le Groupe de travail ne peut considérer cela comme légitime. En conséquence, il conclut que M^{me} Tran et M^{lle} Loong sont actuellement détenues dans le centre de Broadmeadows, qui fait partie du centre d'hébergement provisoire pour migrants de Melbourne.

107. En outre, le Groupe de travail fait observer que le séjour de M^{lle} Loong dans le centre d'hébergement provisoire pour migrants de Melbourne n'a jamais fait l'objet d'une autorisation en bonne et due forme de la part d'une autorité judiciaire australienne. La demande formulée par sa mère est en fait le seul document expliquant pourquoi M^{lle} Loong

¹² Voir *F. J. et consorts c. Australie* (CCPR/C/116/D/2233/2013), par. 9.3.

¹³ Voir les avis n^{os} 28/2017, 42/2017, 71/2017, 20/2018, 21/2018, 50/2018, 74/2018 et 1/2019.

réside dans le centre depuis sa naissance. Cet état de fait est incompatible avec l'article 9 du Pacte, car une demande de ce type ne peut être considérée comme un fondement juridique approprié pour priver quelqu'un de sa liberté.

108. La détention de M^{lle} Loong n'a pas fait l'objet d'un examen par un organe judiciaire, comme l'exige le paragraphe 4 de l'article 9 du Pacte, organe qui aurait dû apprécier si la détention permettait de préserver l'intérêt supérieur de l'intéressée. À cet égard, le Groupe de travail renvoie spécifiquement à l'observation générale conjointe n° 3 (2017) du Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et n° 22 (2017) du Comité des droits de l'enfant sur les principes généraux relatifs aux droits de l'homme des enfants dans le contexte des migrations internationales. Dans cette observation, le Comité des droits de l'enfant indique être conscient de ce que l'intérêt supérieur de l'enfant – une fois évalué et déterminé – peut être en conflit avec d'autres intérêts ou d'autres droits (par exemple ceux d'autres enfants, du public ou des parents) et de ce que les conflits potentiels doivent être résolus au cas par cas, en mettant soigneusement en balance les intérêts de toutes les parties et en trouvant un compromis acceptable. Le Comité renvoie au paragraphe 39 de son observation générale n° 4, dans lequel il souligne que le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale signifie que les intérêts de l'enfant ont un rang de priorité élevé et ne sont pas seulement une considération parmi d'autres. Il convient donc d'accorder un plus grand poids à ce qui sert au mieux les intérêts de l'enfant.

109. En l'espèce, le Groupe de travail fait observer qu'aucun organe judiciaire n'a jamais examiné la question de la détention de M^{lle} Loong en faisant de son intérêt supérieur une considération primordiale. Si un examen était réalisé, il devrait tenir compte de la position claire du Groupe de travail, exposée dans sa délibération n° 5 révisée relative à la privation de liberté des migrants : la détention d'enfants aux motifs de la situation de leurs parents au regard des lois d'immigration est toujours contraire au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant et constitue une violation des droits de l'enfant (A/HRC/39/45, annexe, par. 32)¹⁴. Notant que les enfants ne doivent pas être séparés de leurs parents et/ou de leurs représentants légaux, le Groupe de travail a toujours été d'avis que le maintien de la cellule familiale ne saurait justifier la détention d'enfants dont les parents sont détenus, et qu'en lieu et place, il faut appliquer des mesures de substitution à la détention à l'ensemble de la famille (ibid.)¹⁵. En conséquence, comme il est évident que l'intérêt supérieur de M^{lle} Loong est de rester avec sa mère et de ne pas être détenue, la détention de sa mère n'aurait pas dû permettre de déterminer sa propre détention, et des mesures de substitution à la détention auraient dû être appliquées à M^{lle} Loong comme à M^{me} Tran.

110. Par ailleurs, le Groupe de travail rappelle que comme sa mère, M^{lle} Loong est soumise à une détention de durée illimitée. À cet égard, le Groupe de travail renvoie à son examen concernant cette question (voir les paragraphes 89, 90 et 96 ci-dessus).

111. Par conséquent, le Groupe de travail conclut que la détention de M^{lle} Loong depuis sa naissance est arbitraire, car elle est dénuée de fondement juridique et relève de ce fait de la catégorie I. Comme prévu à l'article 33 a) de ses méthodes de travail, le Groupe de travail renvoie l'affaire au Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants afin qu'il prenne les mesures qui s'imposent.

Loi sur les migrations de 1958

112. Le Groupe de travail fait observer que la présente affaire est la plus récente de la 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 application de la loi sur les migrations de 1958¹⁶. En vertu de cette loi, les ressortissants étrangers en situation irrégulière doivent être placés et maintenus en détention jusqu'à ce qu'ils soient renvoyés d'Australie ou qu'ils obtiennent un visa. Le paragraphe 3 de l'article 196 de la loi dispose en outre que, pour dissiper tout malentendu, l'alinéa 1 interdit la remise en liberté, même par un tribunal, d'un

¹⁴ Voir également les documents A/HRC/10/21, par. 60, et A/HRC/30/37, par. 46.

¹⁵ Voir également le document A/HRC/36/37/Add.2, par. 43 et 92 j).

¹⁶ Voir les avis n°s 28/2017, 42/2017, 71/2017, 20/2018, 21/2018, 50/2018, 74/2018 et 1/2019.

ressortissant étranger en situation irrégulière (exception faite des cas mentionnés aux alinéas a), aa) ou b) du paragraphe 1, sauf lorsque l'intéressé obtient un visa. Ainsi, la détention des étrangers en situation irrégulière est autorisée par la loi australienne, sous réserve qu'une procédure de délivrance de visa ou de renvoi soit en cours (même si leur renvoi n'est pas raisonnablement possible dans un avenir proche).

113. Le Groupe de travail souligne que demander l'asile n'est pas une infraction ; 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, ainsi que par la Convention relative au statut des réfugiés et par son Protocole¹⁷. Le Groupe de travail relève que ces instruments comportent des obligations de droit international acceptées par l'Australie ; il ne fait aucun doute que la Convention relative au statut des réfugiés et son Protocole sont juridiquement contraignants pour l'Australie.

114. Le Groupe de travail doit à nouveau rappeler que la privation de liberté dans le contexte des migrations doit être une mesure de dernier recours, et qu'il faut envisager des mesures de substitution à la détention pour pouvoir satisfaire à l'exigence de proportionnalité¹⁸. De plus, comme l'a fait valoir le Comité des droits de l'homme dans son observation générale n° 35 (2014) relative à la liberté et à la sécurité de la personne, 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 raisons particulières propres 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.

115. Les dispositions de la loi sur les migrations de 1958 sont en contradiction avec les exigences du droit international dans la mesure où les paragraphes 1 et 3 de l'article 189 de la loi prévoient la détention d'office de tous les ressortissants étrangers en situation irrégulière, sauf s'ils sont renvoyés d'Australie ou qu'ils obtiennent un visa. En outre, le Groupe de travail constate que la loi ne tient pas compte du principe de droit international selon lequel la détention doit rester exceptionnelle dans le contexte des migrations, pas plus qu'elle ne prévoit de mesures de substitution à la détention pour satisfaire à l'exigence de proportionnalité¹⁹.

116. Le Groupe de travail juge alarmant le nombre croissant d'affaires portées à son attention qui concernent l'application de la loi sur les migrations de 1958 en Australie. Il trouve également préoccupant que, dans chacune de ces affaires, le Gouvernement ait soutenu que la détention était légale parce que conforme aux dispositions de la loi. Le Groupe de travail tient à préciser qu'un argument de cet ordre ne peut jamais être considéré comme légitime en droit international. Le fait qu'un État respecte ses propres lois ne rend pas celles-ci conformes aux obligations qu'il a acceptées en droit international. Aucun État ne peut légitimement s'affranchir des obligations qui découlent du droit international en s'abritant derrière ses lois et règlements internes.

117. Le Groupe de travail souligne qu'il incombe au Gouvernement australien de rendre sa législation nationale, notamment la loi sur les migrations de 1958, compatible avec les obligations que lui impose le droit international. Depuis 2017, le Gouvernement se voit rappeler ces obligations de manière systématique et répétée par de nombreux organes et experts internationaux chargés des droits de l'homme, notamment le Comité des droits de l'homme (CCPR/C/AUS/CO/6, par. 33 à 38), le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (E/C.12/AUS/CO/5, par. 17 et 18), le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW/C/AUS/CO/8, par. 53 et 54), le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD/C/AUS/CO/18-20, par. 29 à 33), le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants (A/HRC/35/25/Add.3) et le

¹⁷ Voir les avis nos 28/2017, 42/2017 et 50/2018. Voir également le document A/HRC/39/45, annexe, par. 9.

¹⁸ Voir le document A/HRC/10/21, par. 67. Voir également le document A/HRC/39/45, annexe, par. 12 et 16.

¹⁹ Ibid.

Groupe de travail²⁰. Le Groupe de travail juge inconcevable que l'on puisse passer outre à l'avis unanime exprimé dans le cadre de nombreux mécanismes internationaux et indépendants de défense des droits de l'homme, et par conséquent, demande au Gouvernement de réviser la loi sans délai compte tenu des obligations mises à sa charge par le droit international.

118. Le Groupe de travail se félicite de l'invitation du 27 mars 2019 transmise par le Gouvernement en vue d'une visite du Groupe de travail en Australie au premier trimestre 2020. Il compte sur cette possibilité pour coopérer de manière constructive avec le Gouvernement et 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

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

a) La privation de liberté de Huyen Thu Thi Tran 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 ;

b) La privation de liberté d'Isabella Lee Pin Loong est arbitraire en ce qu'elle est contraire aux articles 3 et 9 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et à l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et relève de la catégorie I.

120. Le Groupe de travail demande au Gouvernement australien de prendre les mesures qui s'imposent pour remédier sans tarder à la situation de Huyen Thu Thi Tran et d'Isabella Lee Pin Loong 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.

121. Le Groupe de travail estime que, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, la mesure appropriée consisterait à libérer immédiatement Huyen Thu Thi Tran et Isabella Lee Pin Loong et à leur accorder le droit d'obtenir réparation, notamment sous la forme d'une indemnisation, conformément au droit international.

122. 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 Huyen Thu Thi Tran et d'Isabella Lee Pin Loong, et de prendre les mesures qui s'imposent contre les responsables de la violation des droits de celles-ci.

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

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

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

Procédure de suivi

126. 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 Huyen Thu Thi Tran et Isabella Lee Pin Loong ont été mises en liberté et, dans l'affirmative, à quelle date ;

²⁰ Voir les avis nos 50/2018, par. 86 à 89, 74/2018, par. 99 à 103, et 1/2019, par. 95 à 97.

b) Si Huyen Thu Thi Tran et Isabella Lee Pin Loong ont obtenu réparation, notamment sous la forme d'une indemnisation ;

c) Si la violation des droits de Huyen Thu Thi Tran et d'Isabella Lee Pin Loong 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.

127. 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.

128. 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.

129. 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 fin²¹.

[Adopté le 24 avril 2019]

²¹ Voir la résolution 33/30 du Conseil des droits de l'homme, par. 3 et 7.