



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-dix-huitième session (13-17 novembre 2023)****Avis n° 71/2023, concernant Gema Chol et Zackaria Chol (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 51/8.
2. Le 5 juillet 2023, conformément à ses méthodes de travail¹, le Groupe de travail a transmis au Gouvernement australien une communication concernant Gema Chol et Zackaria Chol. Le Gouvernement a adressé une réponse tardive le 12 octobre 2023. 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) ;
 - 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

¹ [A/HRC/36/38](#).



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. Gema Chol, né le 15 décembre 1986 à Khartoum, est de nationalité sud-soudanaise. Il est le frère aîné de Zackaria Chol.

5. Zackaria Chol, né le 7 mai 1990 à Khartoum, est de nationalité sud-soudanaise². Il est le frère cadet de Gema Chol.

6. Selon la source, Gema Chol et Zackaria Chol sont tous deux d'origine dinka. Leur père a été tué pendant la guerre civile qui a eu lieu au Soudan lorsqu'ils étaient enfants.

7. Le 22 octobre 2003, les frères Chol sont arrivés en Australie avec leur mère et trois membres de leur fratrie. À l'époque, Gema Chol était âgé de 16 ans et Zackaria Chol, de 13 ans.

8. Gema Chol a appelé l'attention de la police pour la première fois en 2005. Il a été placé en détention provisoire en 2010. Depuis cette date, il a été soit en prison, soit en détention administrative.

9. Zackaria Chol a appelé l'attention de la police pour la première fois en 2007. Entre 2010 et janvier 2014, il était en détention provisoire ou en détention après jugement. Après une brève période en liberté, il a été placé en détention en septembre 2014 et en détention administrative le 23 juin 2015.

10. Gema Chol a entre autres été accusé d'avoir exercé des voies de fait contre la police à trois reprises. Zackaria Chol a été accusé d'un certain nombre d'infractions, notamment de rébellion et de voies de fait exercées contre la police. Les deux frères sont actuellement en détention administrative.

i) Antécédents de Gema Chol en matière d'immigration

11. Le 23 octobre 2014, le Ministre de l'intérieur a retiré le visa humanitaire de réfugié octroyé à Gema Chol au motif que celui-ci avait été reconnu coupable de voies de fait aggravées et de coups et blessures volontaires. M. Chol a été condamné à quatre ans et quatre semaines d'emprisonnement. Le 23 octobre 2015 ou aux alentours de cette date, M. Chol est sorti de prison et a immédiatement été placé en détention administrative en application de l'article 189 de la loi de 1958 sur les migrations, qui impose la détention des non-ressortissants sans visa. Les autorités ont présenté à M. Chol la décision ordonnant son placement en détention administrative à ce moment-là.

12. M. Chol a contesté le retrait de son visa humanitaire de réfugié devant la Cour fédérale, qui a rejeté son recours le 6 juillet 2014. Il a contesté cette décision devant la Chambre plénière de la Cour fédérale, qui a rejeté son recours le 17 août 2016.

13. Le 20 octobre 2016, M. Chol a demandé un visa de protection. Le 9 octobre 2017, un représentant du Ministre de l'intérieur a constaté que les obligations de protection s'appliquaient à M. Chol, mais que celui-ci ne pouvait pas prétendre à l'octroi d'un visa de protection en raison de son casier judiciaire. M. Chol a contesté la décision du représentant du Ministre devant le Tribunal des recours administratifs et en a demandé l'examen au fond. Le 25 mai 2018, le Tribunal a confirmé la décision du représentant du Ministre³. Aucune procédure d'immigration n'est pendante concernant M. Chol, qui est exposé à une détention sans fin ou à un refoulement implicite et est actuellement détenu au centre d'accueil de migrants en transit de Melbourne, à Broadmeadows.

² Le Gouvernement australien emploie « Soudan » et « Soudan du Sud » indifféremment dans les documents relatifs aux frères Chol.

³ *YLHG v. Minister for Immigration and Border Protection* (2018), ATTA 1454.

ii) Antécédents de Zackaria Chol en matière d'immigration

14. Le 23 juin 2015, le Ministre de l'intérieur a retiré le visa humanitaire de réfugié octroyé à Zackaria Chol au motif que celui-ci avait été reconnu coupable de voies de fait aggravées et de coups et blessures volontaires (dans la même affaire que son frère). M. Chol a été condamné à une peine de deux ans et cinquante semaines d'emprisonnement assortie d'une période de sûreté de dix-huit mois.

15. Le 23 juin 2015 ou aux alentours de cette date, M. Chol est sorti de prison et a été placé en détention administrative. La loi de 1958 sur les migrations dispose en son article 189 que les non-ressortissants sans visa doivent être placés en détention. Les autorités ont présenté à M. Chol la décision ordonnant de le placer en détention administrative à ce moment-là.

16. Le 21 février 2017, M. Chol a demandé un visa de protection. Le 9 octobre 2017, un représentant du Ministre de l'intérieur a constaté que les obligations de protection s'appliquaient à M. Chol, mais que celui-ci ne pouvait pas prétendre à l'octroi d'un visa de protection en raison de son casier judiciaire. M. Chol a contesté la décision du représentant du Ministre devant le Tribunal des recours administratifs et en a demandé l'examen au fond.

17. Le 12 février 2019, le Tribunal a confirmé la décision du représentant du Ministre. M. Chol a contesté la décision du Tribunal devant la Cour fédérale. Le 10 mars 2020, la Cour fédérale a refusé de lui accorder la prolongation du délai qu'il avait sollicitée au sujet de son recours, et l'affaire a été classée⁴. Aucune procédure d'immigration n'est pendante concernant M. Chol, qui est exposé à une détention sans fin ou à un refoulement implicite et est actuellement détenu au centre de détention d'immigrants de Yongah Hill, à Burlong.

18. La source affirme que la loi australienne autorise la détention sans fin de réfugiés. La loi de 1958 sur les migrations dispose en son article 189 que les non-ressortissants sans visa doivent impérativement être placés en détention. Selon la jurisprudence⁵, les non-ressortissants peuvent être détenus sans motif et pour tout motif, même inapproprié. Ils peuvent aussi être maintenus en détention même si procéder à leur expulsion ne peut raisonnablement s'envisager. Aucune disposition légale ou autre ne limite la durée de la détention des non-ressortissants. Dans leur situation particulière, Gema Chol et Zackaria Chol n'ont en droit interne aucun recours à former pour contester leur détention administrative.

19. La source fait également observer qu'il existe au sein du Ministère de l'intérieur un comité d'examen de la détention qui se réunit chaque mois, mais précise que ce comité n'est pas indépendant et n'a pas le pouvoir d'ordonner la remise en liberté d'un détenu. Le Médiateur du Commonwealth examine la situation des personnes maintenues en détention administrative depuis plus de deux ans. Il n'a toutefois pas le pouvoir d'ordonner la remise en liberté d'un détenu. Il adresse des recommandations au Ministre de l'intérieur et au Ministère de l'intérieur, mais ses recommandations n'ont rien de contraignant de sorte que, selon la source, le Ministre et le Ministère n'y prêtent souvent pas attention.

20. La source affirme qu'il serait impossible de renvoyer Gema Chol et Zackaria Chol au Soudan du Sud sans que leur renvoi constitue un refoulement. De plus, si Gema Chol ou Zackaria Chol venaient à demander eux-mêmes à être renvoyés au Soudan du Sud, leur renvoi serait constitutif d'un refoulement implicite, car ils ne le demanderaient pour nulle autre raison que leur détention sans fin en Australie. La source rappelle que le refoulement et le refoulement implicite sont tous deux illégaux au regard du droit international et que le refoulement est également illégal au regard du droit australien.

21. La source note par ailleurs que les deux frères ont été victimes de discrimination raciale à maintes reprises et ont éprouvé des difficultés à leur arrivée en Australie alors qu'ils étaient adolescents, comme l'attestent leurs divers démêlés avec la justice. Tous deux ont vécu une enfance difficile au Soudan, émaillée de bouleversements familiaux, de violence, de racisme et de persécution, et une installation pénible en Australie, qui ont contribué à leur alcoolisme et à leur toxicomanie. Ils souffriraient de troubles de l'adaptation, mêlant

⁴ *RWDX v. Minister for Immigration and Border Protection* [2020] FCA 391.

⁵ *Al-Kateb v. Godwin* [2004] HCA 37 ; et *Commonwealth of Australia v. AJL20* [2021] HCA 21.

dépression et problèmes de comportement. Rien n'indique toutefois que le Ministère de l'intérieur suivrait une approche tenant compte des traumatismes subis pour déterminer si leur détention en milieu fermé est appropriée.

iii) Analyse juridique

22. La source soutient que la détention administrative prolongée de Gema Chol et de Zackaria Chol est arbitraire et relève des catégories I, II, III, IV et V de la classification employée par le Groupe de travail.

i. Catégorie I

23. La source rappelle que la privation de liberté de Gema Chol et de Zackaria Chol se fonde sur les articles 189, 196 et 198 de la loi de 1958 sur les migrations. Cette loi dispose que les non-ressortissants en situation irrégulière (y compris ceux dont le visa était valide à l'arrivée, mais leur a été retiré par la suite), tels que les frères Chol, doivent être placés et maintenus en détention administrative jusqu'à ce que l'une des conditions suivantes soit remplie : le renvoi de l'Australie en application de l'article 198 ou 199 de ladite loi ; l'expulsion en application de l'article 200 de la même loi ; ou l'obtention d'un visa. La détention est obligatoire, et le seul élément pris en considération pour déterminer s'il y a lieu de placer des personnes en détention tient à leur statut de non-ressortissant en possession ou non d'un visa valide. Il s'ensuit que des éléments discrétionnaires, tels que le genre, l'âge, la race et la santé physique ou mentale des personnes concernées, n'entrent pas en ligne de compte avant le placement en détention.

24. La source rappelle aussi que dans les cas où des personnes en détention administrative ont contesté le fondement juridique de leur détention ordonnée sur le fondement de la loi de 1958 sur les migrations, le Gouvernement a systématiquement affirmé que la privation de liberté de durée indéterminée était légale puisque la loi australienne l'autorisait. La légalité de cette pratique a été confirmée par la Haute Cour⁶.

25. À cet égard, la source renvoie à l'observation générale n° 31 (2004) du Comité des droits de l'homme, qui cristallise le principe empêchant les États d'invoquer, pour atténuer leurs responsabilités découlant du Pacte, des dispositions de leur droit interne qui leur interdisent d'honorer leurs obligations internationales. Cette question est également examinée dans plusieurs autres avis du Groupe de travail⁷.

ii. Catégorie II

26. La source soutient que Gema Chol et de Zackaria Chol sont privés de liberté parce qu'ils ont exercé les droits et libertés garantis par les articles 7, 13 et 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et les articles 2, 3, 12 et 26 du Pacte.

27. La source affirme plus précisément au sujet de l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme que le type de détention auquel les frères Chol sont soumis est discriminatoire du seul fait qu'il concerne exclusivement un groupe particulier de la population, à savoir les non-ressortissants sans visa. Elle fait valoir quant à l'article 13 (par. 1) de la Déclaration universelle des droits de l'homme que la pratique qui consiste à placer des non-ressortissants en situation irrégulière dans des centres de détention d'immigrants est une méthode de ségrégation fondée sur un discours discriminatoire qui relègue les demandeurs d'asile et les réfugiés au rang de résidents de seconde zone. Ce discours est codifié dans la loi de 1958 sur les migrations, qui le promeut. La source soutient par exemple que les articles 13 et 14 de ladite loi illustrent la dichotomie entre « non-ressortissants en situation régulière » et « non-ressortissants en situation irrégulière ». Elle rappelle aussi que les frères Chol sont détenus dans des centres de détention différents, à des milliers de kilomètres de distance, et ne peuvent se rendre visite l'un l'autre ou voir d'autres membres de leur famille.

⁶ *Al-Kateb v. Godwin* (2004) 219 CLR 562 ; *Commonwealth of Australia v. AJL20* [2021] HCA 21.

⁷ Voir les avis n°s 74/2018, 1/2019, 2/2019, 74/2019, 35/2020, 70/2020, 71/2020, 72/2020, 17/2021, 68/2021 et 69/2021.

28. La source précise au sujet de l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme que les frères Chol sont entrés en Australie en possession d'un visa humanitaire de réfugié, qui leur a été octroyé parce qu'ils avaient besoin de protection. Tous deux ont demandé un visa de protection lorsque leur premier visa leur a été retiré. Il a été établi que tous deux pouvaient prétendre à une protection au titre des obligations de l'Australie, mais il a été exclu d'envisager de leur octroyer un visa de protection en vertu de l'article 36 (1C) au motif que le Ministère de l'intérieur avait des raisons de penser que comme ils avaient été reconnus coupables d'infractions particulièrement graves, ils mettaient la population australienne en danger. Sans le retrait de leur visa humanitaire de réfugié et le refus de leur octroyer un visa de protection, les frères Chol ne seraient pas maintenus en détention administrative.

29. De plus, la source rappelle au sujet de l'article 12 du Pacte que dans son observation générale n° 27 (1999), le Comité des droits de l'homme explique que « [l]a question de savoir si un étranger se trouve "légalement" sur le territoire d'un État est régie par la législation nationale, qui peut soumettre l'entrée d'un étranger sur le territoire d'un État à des restrictions, pour autant qu'elles soient compatibles avec les obligations internationales de l'État⁸ ».

30. Selon la source, les frères Chol sont venus en Australie pour exercer leur droit à l'asile et leur droit de ne pas être renvoyés dans un endroit où ils craignaient d'être persécutés (y compris de perdre la vie et d'être torturés) ; ces droits sont garantis par les articles 3, 5, 13 (par. 1) et 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 7 du Pacte. Toutefois, les frères Chol restent détenus à ce jour en application de l'article 196 (par. 1) de la loi de 1958 sur les migrations.

31. La source rappelle que selon la décision rendue en 2004 par la Haute Cour, lorsqu'une détention est décrite et justifiée comme étant ordonnée en vertu et aux fins de la loi de 1958 sur les migrations, il est toujours nécessaire d'indiquer à quelle fin elle est ordonnée. Légalement, la détention ne peut être ordonnée qu'à l'une de ces trois fins : procéder à l'expulsion d'Australie, examiner une demande en vue de déterminer s'il y a lieu d'octroyer à un étranger un visa l'autorisant à entrer et à rester en Australie et, comme en l'espèce, déterminer si une demande de visa valide peut être présentée⁹. La source fait remarquer que les frères Chol ne sont détenus à aucune de ces fins, puisqu'ils ne peuvent pas être renvoyés au Soudan du Sud (et qu'il n'y a pas de procédure permettant de les expulser à destination d'un autre pays) et que les articles 48A et 501E de la loi de 1958 sur les migrations leur interdisent de demander le moindre visa.

32. Quant aux articles 2 (par. 1), 3 et 26 du Pacte, la source soutient que la nature même de la détention des frères Chol est discriminatoire, car cette forme de détention s'applique exclusivement à un groupe particulier de la population, à savoir les non-ressortissants sans visa.

33. La source rappelle que le Comité des droits de l'homme considère que le terme de discrimination, tel qu'il est utilisé dans le Pacte, doit être compris comme s'entendant de toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, et ayant pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par tous, dans des conditions d'égalité, de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁰.

34. L'expression « toute discrimination » employée à l'article 26 du Pacte indique que les dispositions contenues dans cet article concernent aussi la discrimination multiple et intersectionnelle. La source soutient que les frères Chol ont été victimes d'une discrimination intersectionnelle fondée sur des motifs interdits par le Pacte, à savoir leur statut de « non-ressortissant en situation irrégulière », en ce qu'il découle de leur origine nationale, et leur condition de personne ayant besoin de protection (de demandeur d'asile).

⁸ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 27 (1999), par. 4.

⁹ *Plaintiff S4/2014 v. Minister for Immigration and Border Protection* [2014] HCA 34, par. 26.

¹⁰ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 18 (1989), par. 7.

35. Ces arguments ne sont pas de nature à ébranler la jurisprudence bien établie du Comité des droits de l'homme, selon laquelle « une différence fondée sur des critères raisonnables et objectifs n'équivaut pas à un acte discriminatoire, tel qu'interdit au sens de l'article 26 », étant donné que le traitement discriminatoire des frères Chol ne saurait être jugé raisonnable alors qu'il a pour effet concret de soumettre des personnes à une détention administrative sans fin (de plus de sept ans environ à ce jour en ce qui concerne les frères Chol). Selon la jurisprudence internationale, cela découle de la nécessité de justifier une différence de traitement dans l'exercice d'un droit : il faut non seulement que l'objectif poursuivi soit légitime, mais également que le rapport de proportionnalité entre cet objectif et les moyens employés soit raisonnable. Le Gouvernement a décrit par le passé l'objectif légitime de la détention de différentes façons, par exemple empêcher des non-ressortissants en situation irrégulière ayant gagné l'Australie par des moyens illicites de s'installer sur le territoire national, garantir l'intégrité du régime migratoire australien ou encore établir l'identité de non-ressortissants en situation irrégulière et évaluer les risques qu'ils présentent en matière de sécurité. La source fait observer qu'il reste toutefois difficile de concevoir qu'une détention sans échéance fixée puisse être proportionnée à l'un quelconque de ces objectifs, en particulier lorsque certains de ces objectifs ne sont de toute évidence pas poursuivis et que tous ces objectifs peuvent être facilement atteints par d'autres mesures moins restrictives et moins coûteuses, qui consistent par exemple à assigner les personnes concernées à résidence ou à leur imposer de se présenter aux autorités ou de verser une caution comme condition à leur séjour en Australie.

iii. Catégorie III

36. La source soutient que le droit des frères Chol à un procès équitable n'a pas été respecté en ce qui concerne leur détention. Le Gouvernement a souvent affirmé que les non-ressortissants en situation irrégulière avaient droit à un examen effectif de leur dossier par le Médiateur du Commonwealth et le Comité de réexamen des dossiers et des décisions de détention, mais n'a pas été en mesure d'expliquer en quoi chacun de ces deux mécanismes d'examen était conforme à l'article 9 (par. 4) du Pacte.

37. Selon la source, la moindre efficacité prêtée à ces deux mécanismes d'examen est illusoire parce que le Médiateur du Commonwealth n'a pas le pouvoir d'ordonner au Ministère de l'intérieur de libérer un immigrant en détention et que le Comité de réexamen des dossiers et des décisions de détention ne remplit pas les conditions énoncées à l'article 9 (par. 4) du Pacte puisque ce n'est pas un organe judiciaire. Le Comité est de surcroît un service ministériel interne, qui n'est donc pas indépendant.

iv. Catégorie IV

38. La source affirme que Gema Chol et Zackaria Chol sont actuellement privés de tout recours approprié qui puisse mettre fin à leur détention.

39. À cet égard, la source rappelle l'affaire *M. C. c. Australie*¹¹, selon laquelle les non-ressortissants peuvent demander le contrôle juridictionnel de leur détention, mais à nulle autre fin que celle de déterminer si la définition de « non-ressortissant en situation irrégulière » s'applique à eux. En d'autres termes, les non-ressortissants en situation irrégulière n'ont pas la possibilité de demander un contrôle juridictionnel quant au fond qui vise à déterminer si leur maintien en détention est justifié ou non.

40. De plus, il est confirmé dans une décision rendue par la Haute Cour en 2021¹² que dans le cas où le Gouvernement a l'obligation légale d'expulser une personne d'Australie dès que possible, mais tarde à accomplir ce devoir, une ordonnance d'*habeas corpus*, qui suffirait d'ordinaire à faire libérer ladite personne, ne serait pas un recours approprié. Selon la Haute Cour, le recours approprié en premier lieu dans ce cas est l'ordonnance d'obligation d'exécution, qui impose au Gouvernement de procéder à l'expulsion de cette personne dès que possible comme il en a l'obligation légale. Que le Gouvernement manque à son obligation légale n'a de surcroît pas pour effet de rendre illégale la détention d'une personne.

¹¹ Voir *M. C. c. Australie* (CCPR/C/76/D/900/1999).

¹² *Commonwealth v. AJL20* [2021] HCA 21.

La source fait observer que la décision de la Haute Cour est contraire à la jurisprudence internationale, selon laquelle le droit à l'*habeas corpus* existe quand bien même la privation de liberté serait illégale.

v. Catégorie V

41. Enfin, la source fait une nouvelle fois état de la nature discriminatoire de la détention administrative de Gema Chol et de Zackaria Chol.

Réponse du Gouvernement

42. Le 5 juillet 2023, suivant sa procédure ordinaire, le Groupe de travail a transmis les allégations de la source au Gouvernement. Le Groupe de travail a demandé au Gouvernement de lui faire parvenir, le 4 septembre 2023 au plus tard, des informations détaillées sur la situation de Gema Chol et de Zackaria Chol, d'exposer les éléments de droit justifiant leur maintien en détention et d'expliquer en quoi cette mesure était compatible avec les obligations mises à la charge de l'Australie par le droit international des droits de l'homme, en particulier les traités ratifiés par l'État.

43. Le 19 juillet 2023, le Gouvernement a demandé une prolongation du délai, comme il y est autorisé par le paragraphe 16 des méthodes de travail du Groupe de travail ; cette prolongation lui a été accordée et la nouvelle échéance a été fixée au 4 octobre 2023.

44. Le Gouvernement a envoyé sa réponse le 12 octobre 2023, soit après le délai imparti. Le Groupe de travail ne peut donc traiter cette réponse comme s'il l'avait reçue conformément à ses méthodes de travail.

Examen

45. En l'absence de réponse envoyée par le Gouvernement dans le délai imparti, comme indiqué aux paragraphes 15 et 16 de ses méthodes de travail et conformément à sa pratique, le Groupe de travail a examiné toutes les informations qu'il a obtenues pour rendre le présent avis.

46. Pour déterminer si la privation de liberté de Gema Chol et de Zackaria Chol est arbitraire, le Groupe de travail tient compte des principes établis dans sa jurisprudence sur les règles de la preuve. Lorsque la source établit une présomption de violation des règles internationales constitutive de détention arbitraire, la charge de la preuve incombe au Gouvernement dès lors que celui-ci décide de contester les allégations¹³. Le simple fait que le Gouvernement affirme que la procédure légale a été suivie ne suffit pas à réfuter les allégations de la source. En l'espèce, le Gouvernement a décidé de ne pas contester dans le délai imparti les allégations à première vue crédibles formulées par la source.

Catégorie I

47. Le Groupe de travail rappelle son courant jurisprudentiel concernant l'Australie. Depuis 2017, le Groupe de travail a examiné plus d'une vingtaine d'affaires qui portent toutes sur la même question, à savoir la détention d'office d'immigrants en Australie en application de la loi de 1958 sur les migrations¹⁴.

48. Le Groupe de travail rappelle une nouvelle fois ses conclusions relatives à la loi de 1958 sur les migrations¹⁵.

49. Le Groupe de travail se redit de surcroît vivement préoccupé par le fait que dans toutes ces affaires, le Gouvernement affirme, s'en tenant au seul et même argument, que la détention est légale puisqu'elle est conforme à la loi de 1958 sur les migrations. Le Groupe de travail tient une nouvelle fois à souligner que des arguments de cet ordre ne sauraient en aucun cas être acceptés comme des arguments légitimes en droit international des droits de l'homme.

¹³ A/HRC/19/57, par. 68.

¹⁴ Avis nos 28/2017, 42/2017, 71/2017, 20/2018, 21/2018, 50/2018, 74/2018, 1/2019, 2/2019, 74/2019, 35/2020, 70/2020, 71/2020, 72/2020, 17/2021, 68/2021, 69/2021, 28/2022, 32/2022, 42/2022, 69/2022, 14/2023, 15/2023 et 44/2023.

¹⁵ Avis n° 35/2020, par. 98 à 103.

Qu'un État applique sa législation ne suffit pas en soi à établir que cette législation est conforme aux obligations mises à sa charge par le droit international des droits de l'homme. Aucun État ne peut légitimement manquer aux obligations que lui fait le droit international des droits de l'homme en invoquant ses propres dispositions législatives et réglementaires.

50. Le Groupe de travail souligne une nouvelle fois qu'il est du devoir du Gouvernement de rendre sa législation nationale, y compris la loi de 1958 sur les migrations, conforme aux obligations mises à la charge de l'État par le droit international des droits de l'homme. Depuis 2017, le Gouvernement s'est vu rappeler régulièrement et invariablement ces obligations par de nombreux organes internationaux chargés des droits de l'homme, notamment le Comité des droits de l'homme¹⁶, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels¹⁷, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes¹⁸, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale¹⁹, le Rapporteur spécial sur les droits humains des migrants²⁰ et le Groupe de travail²¹. Le Groupe de travail invite le Gouvernement à réexaminer sans délai la loi sur les migrations à la lumière des obligations mises à la charge de l'État par le droit international des droits de l'homme.

51. Notant la présente affaire et les nombreuses autres occasions où le Groupe de travail et d'autres organes et mécanismes des Nations Unies chargés des droits de l'homme ont signifié à l'Australie que la loi de 1958 sur les migrations n'était pas conforme aux obligations que lui faisait le droit international des droits de l'homme et constatant que le Gouvernement n'a pris aucune mesure pour remédier à cette situation, le Groupe de travail conclut que la détention de Gema Chol et de Zackaria Chol en application de ladite loi est arbitraire et relève de la catégorie I en ce qu'elle est contraire à l'article 9 (par. 1) du Pacte. Une législation nationale contraire au droit international des droits de l'homme, qui a été portée aussi souvent à l'attention du Gouvernement, ne saurait être acceptée comme fondement juridique justifiant la détention, compte tenu en particulier des conclusions exposées ci-dessous.

Catégorie II

52. Le Groupe de travail relève que Gema Chol et Zackaria Chol sont arrivés en Australie en 2003, alors qu'ils étaient âgés de 16 et 13 ans respectivement, selon la source.

53. À la fin des sanctions pénales, Gema Chol (à compter du 23 octobre 2015) et Zackaria Chol (entre le 1^{er} juillet 2015 et le 29 novembre 2017, entre le 28 juillet 2018 et une date non précisée et, enfin, à compter du 18 juillet 2022) sont passés sous le statut de migrant en situation irrégulière et ont été placés en détention administrative aux dates indiquées.

54. Le Groupe de travail constate qu'en dépit des observations qu'il a formulées et des conclusions qu'il a tirées à propos de la loi de 1958 sur les migrations et de sa compatibilité avec les obligations mises à la charge de l'Australie par le droit international des droits de l'homme, le fait que Gema Chol et Zackaria Chol restent à ce jour maintenus en détention en application de ladite loi n'est pas contesté. La source soutient que Gema Chol et Zackaria Chol sont détenus en violation du Pacte et de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

55. En l'absence de la moindre indication sur la date à laquelle les frères Chol pourraient être remis en liberté, le Groupe de travail se doit de conclure que leur détention semble sans fin.

56. Comme le Groupe de travail l'explique dans sa délibération révisée, des migrants ne peuvent être placés en garde à vue ou en détention administrative dans le cadre de procédures d'immigration qu'à titre exceptionnel, en dernier recours, pendant une période aussi brève que possible et à des fins légitimes, par exemple en vue de recueillir des informations

¹⁶ CCPR/C/AUS/CO/6, par. 33 à 38.

¹⁷ E/C.12/AUS/CO/5, par. 17 et 18.

¹⁸ CEDAW/C/AUS/CO/8, par. 53 et 54.

¹⁹ CERD/C/AUS/CO/18-20, par. 29 à 33.

²⁰ A/HRC/35/25/Add.3, par. 36 à 44.

²¹ Voir par exemple les avis n^{os} 50/2018 (par. 86 à 89), 74/2018 (par. 99 à 103), 1/2019 (par. 92 à 97), 2/2019 (par. 115 à 117), 35/2020 (par. 98 à 103) et 17/2021 (par. 125 à 128).

concernant leur entrée sur le territoire, d'enregistrer leurs demandes ou de procéder à une première vérification de leur identité en cas de doute²². Cette explication fait écho à celle fournie par le Comité des droits de l'homme, qui précise au paragraphe 18 de son observation générale n° 35 (2014) que des demandeurs d'asile entrés illégalement sur le territoire d'un État partie peuvent être placés en détention pendant une brève période initiale, le temps de vérifier leur entrée, d'enregistrer leurs griefs et de déterminer leur identité en cas de doute. Les maintenir en détention pendant que leur demande est examinée serait arbitraire en l'absence de raisons particulières propres à leur personne, par exemple la probabilité évaluée compte tenu de leur situation qu'ils prennent la fuite, le danger qu'ils commettent des actes répréhensibles au préjudice d'autrui ou le risque qu'ils portent atteinte à la sécurité nationale.

57. Le Groupe de travail ne saurait accepter qu'une détention de plus de huit ans, dans le cas de Gema Chol, et de trois ans cumulés au moins, dans le cas de Zackaria Chol, puisse être décrite comme une détention ordonnée pendant une « brève période initiale » pour reprendre les termes employés par le Comité des droits de l'homme. Le Groupe de travail conclut que les frères Chol sont détenus du seul fait de leur statut d'immigrant.

58. Le Groupe de travail estime dès lors que Gema Chol et Zackaria Chol ont été placés en détention pour avoir exercé des droits légitimes qu'ils tiennent de l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Le Groupe de travail souligne une nouvelle fois que le Comité des droits de l'homme, cité par le Gouvernement dans sa réponse tardive, indique clairement dans son observation générale n° 15 (1986) que « [l]es étrangers bénéficient de l'obligation générale de non-discrimination à l'égard des droits garantis par le Pacte, ainsi que prévu à l'article 2 » et « ont droit sans réserve à la liberté et à la sécurité de la personne »²³.

59. Gema Chol et Zackaria Chol ont donc tous deux droit à la liberté et à la sécurité de leur personne ; ces droits sont consacrés par l'article 9 du Pacte, et l'Australie doit faire en sorte que ces droits leur soient garantis, et ce, sans distinction aucune, comme l'exige l'article 2 du Pacte. Les frères Chol ont été placés en détention pour une durée de facto indéterminée en raison de leur statut d'immigrant, en violation flagrante des articles 2 et 9 du Pacte.

60. Constatant que Gema Chol et Zackaria Chol ont été placés en détention du fait de l'exercice légitime des droits qu'ils tiennent de l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et des articles 2 et 9 du Pacte, le Groupe de travail estime que leur détention est arbitraire et relève de la catégorie II. Le Groupe de travail renvoie la présente affaire au Rapporteur spécial sur les droits humains des migrants pour qu'il prenne les mesures qui s'imposent.

Catégorie IV

61. La source soutient également, au sujet des catégories III et IV, que Gema Chol et Zackaria Chol ont été placés en détention administrative sans possibilité de recours. Le Groupe de travail estime approprié de s'en tenir uniquement à la catégorie IV. Dans une affaire récente²⁴, le Groupe de travail a examiné cette question en détail et en est arrivé à la conclusion qu'en dépit des dénégations du Gouvernement qui soutenait le contraire, la détention de l'intéressé était en fait de nature punitive²⁵, ce qui ne devrait jamais être le cas comme il l'a souligné dans son observation générale révisée sur la privation de liberté des migrants²⁶ et est contraire à l'article 9 du Pacte.

62. Rien dans la présente affaire ne permettrait au Groupe de travail d'en arriver à une conclusion différente.

63. Le Groupe de travail estime par conséquent que Gema Chol et Zackaria Chol ont été soumis en raison de leur statut de migrant à une détention de facto illimitée dont ils n'ont pas la possibilité de contester la légalité devant un organe judiciaire, un droit consacré par

²² A/HRC/39/45, annexe, par. 12.

²³ Comité des droits de l'homme, observation générale n° 15 (1986), par. 2 et 7.

²⁴ Voir A/HRC/WGAD/2023/14.

²⁵ Ibid., par. 86.

²⁶ A/HRC/39/45, annexe, par. 9 et 14. Voir également l'avis n° 49/2020, par. 87.

l'article 9 (par. 4) du Pacte, et conclut que leur détention est arbitraire et relève de la catégorie IV. En tirant cette conclusion, le Groupe de travail rappelle que le Comité des droits de l'homme a établi à de nombreuses reprises qu'en Australie, la détention d'office d'immigrants et l'impossibilité de contester cette forme de détention étaient contraires à l'article 9 du Pacte²⁷. La situation semble avoir évolué ces derniers temps (voir le paragraphe 67 ci-dessous), mais le changement intervenu ne dément pas la conclusion tirée ci-dessus au sujet de Gema Chol et de Zackaria Chol.

Catégorie V

64. La source affirme que Gema Chol et Zackaria Chol semblent en tant que non-ressortissants se trouver dans une situation différente de celle des Australiens en ce qu'ils sont dans l'impossibilité de contester la légalité de leur détention devant les juridictions nationales par suite de la décision rendue par la Haute Cour dans l'affaire *Al-Kateb v. Godwin*. Selon cette décision, les Australiens peuvent contester une détention administrative, alors que les non-ressortissants ne le peuvent pas.

65. Le Groupe de travail a examiné ces arguments à maintes reprises. Il a systématiquement constaté que le Gouvernement n'expliquait pas par quel moyen les non-ressortissants concernés pouvaient contester leur maintien en détention après la décision rendue par la Haute Cour dans l'affaire *Al-Kateb v. Godwin*. Le Gouvernement doit expliquer comment les non-ressortissants peuvent contester leur maintien en détention pour respecter les articles 9 et 26 du Pacte. À cette fin, le Groupe de travail rappelle expressément une fois de plus la jurisprudence invariable du Comité des droits de l'homme qui a conclu de l'examen des suites de l'affaire *Al-Kateb v. Godwin* que la décision de la Haute Cour avait pour effet de priver les personnes concernées de recours utile s'agissant de contester la légalité de leur maintien en détention administrative²⁸.

66. Le Groupe de travail a souscrit aux avis du Comité des droits de l'homme à ce sujet par le passé²⁹ et ne peut que maintenir sa position en l'espèce. Le Groupe de travail souligne que la situation est discriminatoire et contraire à l'article 26 du Pacte. Il conclut dès lors que la détention de Gema Chol et de Zackaria Chol est arbitraire et relève de la catégorie V.

Observations finales

67. Le Groupe de travail note que selon la presse, la Haute Cour est revenue sur la décision qu'elle avait prise dans l'affaire *Al-Kateb v. Godwin* dans l'arrêt (non publié à l'heure de rédiger le présent avis) qu'elle a rendu le 8 novembre 2023 dans une affaire concernant une personne dénommée « NZYQ ». Le Groupe de travail salue ce changement tant attendu dans la jurisprudence, qu'il aura l'occasion d'examiner à l'avenir. Il note toutefois que ce fait nouveau n'a pas d'effet sur la présente affaire.

68. Le Groupe de travail se félicite d'avoir été invité le 14 novembre 2023 par le Gouvernement à se rendre en Australie en 2025. Le Groupe de travail se réjouit de cette visite, car c'est une occasion de travailler de façon constructive avec le Gouvernement et d'offrir son assistance vu l'inquiétude qu'inspirent les affaires de privation arbitraire de liberté.

²⁷ Voir *M. C. c. Australie* (CCPR/C/76/D/900/1999) ; *Baban et Baban 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 et consorts 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).

²⁸ Ibid.

²⁹ Voir également les avis n^{os} 28/2017, 42/2017, 71/2017, 20/2018, 21/2018, 50/2018, 74/2018, 1/2019, 2/2019, 74/2019, 35/2020, 70/2020, 71/2020, 72/2020, 17/2021, 68/2021, 28/2022, 32/2022 et 33/2022.

Dispositif

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

La privation de liberté de Gema Chol et de Zackaria Chol est arbitraire en ce qu'elle est contraire aux articles 2, 3, 7, 8, 9 et 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux articles 2, 9 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et relève des catégories I, II, IV et V.

70. Le Groupe de travail demande au Gouvernement australien de prendre les mesures qui s'imposent pour remédier sans tarder à la situation de Gema Chol et de Zackaria Chol 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.

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

72. 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 Gema Chol et de Zackaria Chol et de prendre les mesures qui s'imposent contre les responsables de la violation des droits de ceux-ci.

73. Le Groupe de travail demande au Gouvernement de rendre sa législation, en particulier la loi de 1958 sur les migrations, conforme aux recommandations formulées dans le présent avis et aux obligations mises à la charge de l'Australie par le droit international des droits de l'homme.

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

75. 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

76. 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 Gema Chol et Zackaria Chol ont été mis en liberté et, dans l'affirmative, à quelle date ;

b) Si Gema Chol et Zackaria Chol ont obtenu réparation, notamment sous la forme d'une indemnisation ;

c) Si la violation des droits de Gema Chol et de Zackaria Chol 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.

77. 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.

78. 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.

79. 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 fin³⁰.

[Adopté le 15 novembre 2023]

³⁰ Résolution [51/8](#) du Conseil des droits de l'homme, par. 6 et 9.