La Revue des droits de l'homme
Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

4 | 2013
Revue des droits de l'homme - N° 4

Défendre la cause des étrangers en justice aux États-Unis

Leila Kawar

Traducteur : Johann Morri

OpenEdition Journals

Édition électronique
URL : http://journals.openedition.org/revdh/341
DOI : 10.4000/revdh.341
ISSN : 2264-119X

Éditeur
Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique
Leila Kawar, « Défendre la cause des étrangers en justice aux États-Unis », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 4 | 2013, mis en ligne le 18 décembre 2013, consulté le 10 juillet 2020. URL : http://journals.openedition.org/revdh/341 ; DOI : https://doi.org/10.4000/revdh.341

Ce document a été généré automatiquement le 10 juillet 2020.

Tous droits réservés

Défendre la cause des étrangers en justice aux États-Unis

Leila Kawar

Traduction : Johann Morri

NOTE DE L'ÉDITEUR

Leila Kawar, professeur assistant au département de sciences politiques à l'Université Bowling Green State, est l'auteur d'une thèse soutenue en 2009 sur les mobilisations pour la défense de la cause des étrangers sur le terrain juridique en France et aux Etats-Unis, et de nombreux articles sur le sujet. L'ouvrage qu'elle a rédigé sur ce thème paraîtra en 2014 aux Presses universitaires de Cambridge.

1 Lors du trentième anniversaire du grand arrêt du 8 décembre 1978 qui porte son nom, le Gisti a commémoré l'événement en organisant un colloque pour faire le bilan de la forme spécifique de mobilisation qu'il a mise en œuvre pour défendre la cause des étrangers en justice. Les homologues américains du Gisti ont fait moins d'efforts pour faire connaître leur action au public universitaire. Pourtant, en dressant le bilan de l'action des juristes « activistes » (ou des juristes militants, dans la terminologie française) qui forment une branche de la communauté des militants de la cause des étrangers aux Etats-Unis, il est possible de composer le tableau, fait de points de communs mais aussi de traits distinctifs, de la défense des étrangers aux Etats-Unis. En s'appuyant sur une combinaison d'archives et de sources ethnographiques, la présente contribution vise à donner un aperçu de ce que signifie militer pour la cause des étrangers devant les tribunaux américains.

2 I. La première chose à noter est que l'activisme juridique en faveur des étrangers a émergé à peu près au même moment en France et aux Etats-Unis – au début des années

1970. Le choc pétrolier de 1973 a marqué le début de la phase contemporaine de la politique de l'immigration, caractérisée aussi bien en Europe qu'aux Etats-Unis par des politiques restrictives d'immigration. Au sein des Etats industrialisés, les étrangers en situation irrégulière et les travailleurs immigrés ont été vus comme des sortes d'amortisseurs de la crise. Ce tournant vers des politiques restrictives est le contexte dans lequel il faut comprendre comment les politiques d'immigration sont devenues la cible de l'usage militant du droit.

3 Bien que les défenseurs américains et français des droits des immigrés n'aient pas entretenu de contacts entre eux, le militantisme juridique a pris des formes remarquablement similaires dans le contexte des deux pays. Ceux qui devinrent les pionniers de la défense de la cause des étrangers devant les tribunaux s'identifiaient eux-mêmes comme membres d'une jeune génération de juristes cherchant à utiliser leurs compétences juridiques pour promouvoir la cause d'une large gamme de groupes en proie à l'oppression ou l'exclusion. Parmi ces jeunes juristes, très peu avaient une expérience personnelle de l'immigration. Leur sensibilisation à la cause des « immigrés » ne provenait pas de leur histoire personnelle mais plutôt de leur rencontre avec des mouvements de base nés au sein des communautés immigrées elles-mêmes. Dans le cas américain, la résistance au tournant restrictif des politiques d'immigration est venue initialement du mouvement *Chicano* (hispanique) de la fin des années 1960 et du début des années 1970, puis du mouvement de protestation des Haïtiens contre le traitement par les services de l'immigration des réfugiés fuyant le régime de Duvalier.

4 De récents diplômés des facultés de droit, opérant à travers le réseau de la National Lawyers Guild[1], devinrent des soutiens enthousiastes des organisations Chicano et haïtiennes, même si, pour la plupart d'entre eux, ils n'avaient pas de lien direct avec la communauté mexicaine-américaine ou caribéenne-américaine et ses expériences. Adoptant la rhétorique de ces groupes, ils dénoncèrent les politiques américaines d'immigration comme « impérialistes » et « arbitraires » et mirent leurs compétences juridiques à la disposition d'organisation locales de défense des immigrés. Parce que les organisations d'immigrés se mobilisaient politiquement, le travail juridique effectué dans le domaine de l'immigration fut à son tour assimilé à une utilisation politique du droit[2]. De plus, dans la perspective de cette génération de jeunes diplômés des années 1970, l'immigration était un champ quasiment inexploré par les organisations existantes visant à la réforme du système juridique et constituait un créneau qui ne demandait qu'à être occupé. Comme ce fut le cas en France, c'est la combinaison de l'action des juristes et des mouvements locaux qui a permis l'émergence, durant cette période, d'une forme de militantisme juridique centré sur la question de l'immigration.

5 II. En dépit de leurs origines similaires et de leurs liens avec les mouvements de base des années 1970, les activités des juristes militants américains prirent bientôt une voie divergente de celle de leurs homologues français, à mesure que se fit sentir l'attraction de leurs champs juridiques nationaux respectifs. Afin de convaincre les tribunaux américains de développer et d'étendre les droits des étrangers, les juristes américains durent formuler leur revendications dans un langage qui faisait sens dans la grammaire juridique propre au droit américain, qui offrait aux individus des possibilités étendues

de protection de leurs droits à condition de démontrer qu'ils appartenaient à des groupes ayant fait historiquement l'objet de discriminations. Durant les années 60, la Cour suprême des Etats-Unis, sous la direction du « Chief Justice » Earl Warren, étendit substantiellement le champ d'application de la théorie jurisprudentielle dite de la « note de bas de page n° 4 »[3], dont les traits principaux avaient été dégagés plusieurs décennies auparavant, qui permettait au juge de soumettre à un contrôle accru les actes, y compris les lois, susceptibles d'opérer des discriminations à l'encontre les groupes minoritaires.

6 Le défi pour les défenseurs des étrangers était d'arriver à convaincre les juges d'étendre cette jurisprudence dans un contexte nouveau, celui de la politique contemporaine de l'immigration. L'obstacle principal pour atteindre ce but était la persistance, dans le droit positif, de la théorie dite des « pleins pouvoirs » (*plenary power doctrine*), forgée au XIX[e] siècle, qui prescrivait aux juges de ne pas s'immiscer dans les appréciations de l'exécutif et du Congrès lorsqu'ils exerçaient leurs pouvoirs souverains dans le domaine de la régulation de l'immigration. Jusqu'au milieu des années 1970, dans l'affaire *Matthews v. Diaz* (1976), la Cour suprême s'était référée à la doctrine des « pleins pouvoirs » pour refuser d'appliquer un degré de contrôle plus élevé à une loi fédérale qui prévoyait, pour les étrangers, un accès moins favorable à l'aide médicale publique[4].

7 La première mobilisation juridique d'ampleur ayant cherché à transposer l'approche forgée dans le contexte des « mouvement des droits civiques »[5] au domaine de l'immigration a pris corps à l'occasion d'une série de contentieux visant à contester une loi de l'état du Texas adoptée en 1975 qui restreignait l'accès aux écoles primaires publiques des enfants étrangers sans papiers. Entre 1977 et 1979, des actions furent intentées séparément dans le ressort de chacune des juridictions fédérales situées dans le Texas. Ces affaires furent finalement jointes pour être examinée en une seule fois par la Cour suprême, devant laquelle les enfants concernés par cette loi étaient défendus par les avocats du Fonds de défense légale et d'éducation des Mexicains-Américains (MALDEF) ainsi que par les avocats en droit des étrangers du National Center for Immigrants Rights, qui venait d'être créé.

8 Dans leurs écritures devant la Cour, les deux groupes d'avocats tentèrent d'appréhender la situation de la population immigrée du Texas dans le cadre d'analyse des « droits civiques », Ils firent valoir que les immigrants en situation irrégulière avaient besoin d'une protection constitutionnelle particulière dans la mesure où ils étaient le segment le plus fragile de la population et constituaient « une minorité dans la minorité » de la population Mexicaine-Américaine du Texas. Pour démontrer que les préjugés raciaux étaient au cœur de l'intention du législateur, les avocats des enfants scolarisés dressèrent un parallèle avec la situation au Texas et le racisme dirigé contre les Noirs américains. Exclure un groupe d'enfants appartenant tous à une minorité raciale faisant historiquement l'objet de discrimination, argumentèrent-ils, ne pourrait que renforcer les préjugés contre cette minorité. Bien que la Cour suprême ait finalement refusé de soumettre cette loi à un contrôle maximum, elle l'a jugée contraire à la Constitution. L'opinion du juge Brennan dans l'affaire *Plyler v. Doe* (1982) accepte de considérer les enfants d'immigrés comme les membres les plus vulnérables d'une minorité raciale et en appelle au Congrès pour engager un programme de régularisation de l'importante population d'étrangers en situation régulière.

9 Au même moment où les affaires des écoles du Texas suivaient leurs cours devant les tribunaux, une deuxième importante campagne contentieuse, lancée pour le compte

des demandeurs d'asile haïtiens, tentait d'adapter le répertoire conceptuel issu de la jurisprudence sur les droits civiques aux questions d'immigration. Dans une *class action* introduite au nom de tous les déboutés haïtiens arrivés sur le territoire des Etats-Unis, les juristes militants firent valoir que l'action du Service de l'Immigration et des Naturalisations (INS) était entachée de discrimination raciale.

10 Durant le procès, ils présentèrent un ensemble d'éléments de preuve en vue de démontrer que le bureau de l'INS de Miami avait, à certains moments, institué une forme de ségrégation raciale au sein de ses locaux, avec des pancartes qui indiquaient « Entrée des Haïtiens : porte de derrière », entrée devant laquelle ils devaient faire la queue sous le soleil, tandis que les Cubains blancs étaient accueillis selon les procédures et dans des conditions normales. Quand l'affaire fut portée devant la Cour suprême, les avocats présentèrent un ensemble de données statistiques montrant que les politiques de rétention administrative de l'INS avaient un impact disproportionné sur les Haïtiens. Comme dans l'affaire des écoles du Texas, les droits des Haïtiens furent construits en racialisant l'identité des immigrés, et la discrimination raciale fut décrite comme le principal obstacle à la jouissance des droits des immigrés. Bien que dans son arrêt *Jean v. Nelson* (1985) la Cour suprême ne se soit pas prononcée sur les questions constitutionnelles soulevées par l'affaire, elle a bien confirmé que les demandes présentées par les étrangers devaient être interprétées selon la grille d'analyse des droits civiques. De plus, les juristes militants furent encouragés par l'affirmation forte de la Cour selon laquelle l'INS n'était pas à l'abri de griefs fondés sur les lois prohibant la discrimination.

11 Dans la mesure où les tribunaux américains ont consenti à reconnaître des droits aux immigrants, ils l'ont fait dans le cadre de leurs propres catégories jurisprudentielles. Les juristes engagés ont joué un rôle central dans la reformulation des identités complexes des étrangers, à l'intérieur du répertoire conceptuel spécifique de la tradition juridique des Etats-Unis, qui se concentrait sur la protection des minorités. Cette approche de la politique d'immigration en termes de droits civiques continue à se faire sentir.

12 III. En procurant une autorité et une légitimité aux discours sur les droits des immigrés, les victoires juridiques obtenues devant les tribunaux au début des années 1980 ne contribuèrent pas seulement à susciter un débat politique plus large aux Etats-Unis, elles accentuèrent aussi l'attraction vers le champ juridique de ceux qui l'étaient à l'origine de ces actions. Ceux qui avaient débuté leurs carrières de militants au sein des mouvements de protestation des immigrés attachèrent progressivement une importance grandissante à la dimension juridique de leurs actions. Avec le temps, ils tissèrent des liens de plus en plus étroits avec certains des acteurs privilégiés du champ juridique : l'élite des facultés de droit, les fondations privées, et les leaders du barreau. Dans le même temps, les premiers succès de la stratégie de défense des droits des immigrés fondée sur le droit incitèrent les élites juridiques des Etats-Unis à s'intéresser à la défense juridique des droits des étrangers et à y apporter leur concours.

13 A mesure que les militants du droit des étrangers devinrent des participants reconnus du champ juridique aux Etats-Unis, leurs organisations eurent tendance à reproduire les caractéristiques des formes les plus établies de réformisme juridique (« refom

lawyering ») aux Etats-Unis. Dans les années 1980, on vit émerger un réseau composé d'un ensemble d'organisations nationales centrées sur le droit des étrangers, inspiré par le modèle des « public interest law firms »[6], un modèle qui avait émergé une décennie plus tôt grâce au soutien appuyé de bailleurs de fonds appartenant aux échelons supérieurs des professions juridiques. L'extension de ce modèle au domaine des mouvements de défense des étrangers a exercé une forte influence sur les formes d'organisation des juristes engagés dans la défense des droits des étrangers. C'est en conséquence à cette époque que l'on assista au développement d'une forme plus institutionnalisée de militantisme juridique centré sur l'immigration.

14 La rapidité avec laquelle cette institutionnalisation s'est produite est due pour une large part au fait que les tentatives des juristes militants pour « consolider et développer » leurs organisations ont coïncidé avec l'intérêt grandissant manifesté par les dirigeants de fondations privées, à commencer par la Fondation Ford, pour la réforme du droit de l'immigration. L'immigration était vue par les dirigeants de la fondation Ford comme un sujet de plus en plus essentiel dans le débat politique, sur lequel une importante campagne de financement pouvait potentiellement structurer le débat national. Les « problèmes » du flux massif de réfugiés en provenance d'Haïti et de la population d'étrangers sans papiers en provenance du Mexique se situaient dans le champ des préoccupations existantes de la Fondation qui considérait qu'elle avait dans ce domaine une « expérience unique » qui la mettait en mesure de rassembler les ressources substantielles nécessaires pour aborder ce thème. Ces considérations amenèrent à la création,en 1982, d'un programme spécifique de financement de projets en lien avec l'immigration. Les juristes militants pourraient s'appuyer sur cette injection ciblée de fonds pour étendre et institutionnaliser leurs organisations.

15 La disponibilité de ces sources extérieures de financement encouragea les organisations à adopter des stratégies qui avaient l'appui du monde juridique. Dans les demandes de financement à la fondation Ford, les organisations juridiques de défense des étrangers mirent l'accent sur le fait que leurs comités consultatifs incluaient des professionnels reconnus du droit de l'immigration et que leurs publications étaient reconnues pour la qualité de leur expertise technique. Des organisations telles que le *National Center for Immigrants' Rights* ou le programme « droits des immigrés » de *l'American Civil Liberties Union (ACLU)*[7] évoluèrent vers une organisation plus centralisée, embauchèrent davantage de permanents juridiques et de personnel administratif, afin de parvenir à mener des contentieux à l'échelon national plutôt que local. La coordination avec les sections locales fut facilitée par l'organisation de conférences nationales des permanents juridiques, par la publication d'une lettre d'information périodique et de synthèses juridiques, et par la tenue d'un registre national des contentieux qui contenait un index des contentieux en cours menés par chaque organisation dans le domaine du droit des étrangers. A en juger par la similitude de leurs demandes de financement, les dirigeants des organisations de défense des étrangers étaient tous conscients de la nécessité de démontrer leur crédibilité auprès de leurs mécènes.

16 A mesure qu'elles professionnalisaient leurs activités, les organisations américaines de défense des droits des étrangers étaient attirées dans le champ juridique selon des modalités qui allaient au-delà de la demande de soutien financier. Elles cherchèrent en particulier à capitaliser l'intérêt naissant des barreaux pour les questions d'immigration. Il devint habituel de faire appel aux ressources des cabinets d'affaires pour mener des campagnes contentieuses et les relations déjà étroites avec le barreau

furent approfondies. Les affaires d'immigration, et en particulier de droit d'asile, devinrent un des champs privilégiés de l'activité *pro bono*[8] des grands cabinets. Au début des années 1990, ceux qui avaient été les pionniers du droit de l'immigration une décennie plus tôt formaient la majorité du « comité Asile » récemment créé par l'Association américaine des juristes en droit de l'immigration et dirigeaient les commissions « immigration » des sections de *l'American Bar Association*[9].

17 De façon encore plus frappante, et par contraste avec leur homologues français, les permanents juridiques de ces organisations manifestèrent leur adhésion au processus d'institutionnalisation de leurs organisations et à la diffusion de modes de fonctionnement internes plus formalisés. Loin de faire l'objet de résistances, l'institutionnalisation fut considérée comme un résultat positif. Cet état d'esprit a été renforcé par les procédures destinées à rendre des comptes aux bailleurs de fond externes, qui se sont progressivement standardisées autour d'un modèle commun. Ce modèle a structuré les relations entre les organisations et entre les stratégies des unes et des autres. Tant le désir de montrer des résultats concrets aux soutiens extérieurs que le besoin impératif pour les organisations d'équilibrer leurs comptes sont devenus partie intégrante du modèle des organisations du domaine de la « public interest law ».

18 IV. Tandis que les organisations de défense du droit des étrangers construisaient et entretenaient leurs relations avec leurs soutiens au sein de la profession juridique, leurs efforts sur le terrain contentieux les mettaient en contact de plus en plus régulièrement avec les fonctionnaires en charge des politiques qu'ils contestaient. En fait, les stratégies contentieuses qui émergèrent du modèle des *public interest law firms* donnèrent naissance à un type très particulier d'interaction avec les fonctionnaires en charge de la politique de l'immigration. Pour les juristes américains qui cherchaient à utiliser le contentieux pour influer sur la politique de l'immigration, la *class action* offrait un instrument particulier puissant. Le droit fédéral permet de solliciter le prononcé d'injonctions au nom d'un groupe d'individus sans lien juridique entre eux, à condition qu'on puisse démontrer que les actions de la partie adverse ont affecté le groupe pris dans son ensemble. Le mécanisme de la *class action*, tel qu'il a été interprété par des juridictions bienveillantes, offre une voie bien tracée permettant de placer l'action de l'administration sous une supervision juridictionnelle poussée[10]

19 Les possibilités offerte par le mécanisme de la *class action* étaient évidentes pour les juristes engagés dans la défense du droit des étrangers. Ces militants apprirent, par expérience, qu'il n'était pas particulièrement difficile de convaincre les tribunaux que l'INS (Immigration and Naturalization Service : l'administration en charge de l'immigration jusqu'au début des années 2000) agissait de façon abusive. L'INS s'est souvent trouvée, dans son histoire, dans la position d'une « bureaucratie assiégée », disposant de peu d'alliés politiques. Et le sous-développement du système américain d'asile offrait des opportunités multiples de contentieux.

20 Les *class action* dirigées contre les pratiques des services de l'immigration se sont aussi révélées une stratégie attractive pour des raisons de pérennité organisationnelle. Les *class action* en droit des étrangers constituaient un moyen d'action facilement reconnaissable par les soutiens des organisations dans le milieu libéral[11], qui les associaient aux procès à forte résonance symbolique menées pour obtenir la

déségrégation des écoles ou la fin des discriminations à l'embauche. De plus, engager des actions contre des administrations qui avaient choisi de défendre des actions de toute évidence abusives s'est avéré un terrain fertile pour obtenir la condamnation de l'administration à payer les frais d'avocats engagés pour ces procédures[12].

21 Les spécificités de la jurisprudence américaine en matière de droit de l'immigration ont également joué un rôle. Les *class actions* dirigées contre les pratiques de l'INS ont le mérite de permettre le contournement d'un obstacle ancien et majeur en matière de contentieux des étrangers, la jurisprudence historiquement enracinée connue sous le nom de théorie des « pleins pouvoirs » (*plenary power doctrine*), qui limite l'étendue du contrôle exercé par les tribunaux sur les mesures prises par le Congrès dans l'exercice de son pouvoir constitutionnel de régulation de l'immigration. Les juristes défendant les étrangers avaient appris de leur expérience qu'il était important de focaliser le débat devant les cours non sur le terrain des principes généraux, au risque de se voir opposer la théorie des pleins pouvoirs, mais plutôt sur les circonstances de fait propre à chaque affaire et démontrant une conduite arbitraire de la part de l'administration.

22 Pour l'ensemble de ces raisons, les militants du droit des étrangers ont concentré leurs efforts sur des *class actions* visant à contester des pratiques administratives. Une *class action* n'a pas seulement l'avantage d'offrir un instrument pour étendre au-delà de sa juridiction territoriale les vues d'un juge de premier instance bienveillant, elle peut aussi contraindre une administration à des changements institutionnels. Ainsi, même des *class actions* dont la solution a été tranchée sur des motifs tenant à la violation de textes législatifs ou des règles de procédure administrative ont pu être vues comme un moyen d'obtenir, par la contrainte, des changements de politique de l'immigration.

23 Un ensemble important de *class actions* durant cette période a pris pour cible le traitement par l'administration des migrants qui fuyaient les conflits d'Amérique centrale. Le *Refugee act* de 1980, qui mettait le droit américain en conformité avec le droit international des réfugiés, servit de point d'accroche pour ces contentieux. Le contexte politique en était fourni par l'attitude du gouvernement Reagan qui décida de traiter ce problème comme une question de « Guerre froide » et la contestation de sa politique par un mouvement organisé à l'échelon national, le *Sanctuary Movement*, dont l'activité culmina dans les années 1980. Parmi les premières affaires de *class action* dans ce domaine, l'affaire *Perez-Funez*, dans laquelle les requérants alléguaient que l'INS avait pour pratique routinière de contraindre des étrangers mineurs non accompagnés placés en rétention à accepter leur éloignement immédiat sous forme de « départ volontaire ». Des problèmes du même ordre furent par la suite soulevés dans une *class action* à l'échelle nationale, l'affaire *Orantes-Fernandez*, menée au nom de tous les ressortissants salvadoriens placés en rétention administrative par l'INS, qui soulevait des moyens tirés de la méconnaissance de l'information sur le droit de solliciter l'asile et d'autres droits procéduraux. La *class action* engagée dans l'affaire *Flores* visait les pratiques de l'INS relativement à la détention des mineurs. La requête était déposée au nom de Jenny Flores, une ressortissante du Salvador âgée de 15 ans, qui avait été détenue pendant cinq mois dans un centre de rétention destiné aux adultes, en application d'une nouvelle politique de l'INS restreignant la possibilité de libérer des enfants en confiant leur garde à des parents ou à un tuteur. La conduite, par l'administration, des entretiens de demande d'asile et des audiences préalable à l'éloignement devint également une cible de l'action des militants juridiques. Dans l'affaire *American Baptist Churches (ABC),* la class action accusait le gouvernement de

discrimination systématique, à l'échelle nationale, dans le traitement des demandes d'asile des Salvadoriens et des Guatémaltèques. Deux autres affaires, *Mendez v. Thornburgh* et *El Rescate Legal Services v. Executive Office for Immigration Review*, contestaient certains aspects du traitement des demandes d'asile dans les districts de Los Angeles et San Diego. Toutes les associations nationales de défense des étrangers[13] contribuèrent à ces affaires.

24 *L'Immigration Reform and Control Act* de 1986 (IRCA) donna aux juristes militants l'impulsion pour ouvrir un second front dans la contestation des pratiques de l'INS. La loi comprenait un programme général de régularisation pour les étrangers résidant aux Etats-Unis depuis le 1er janvier 1972. Elle incluait aussi un programme spécial à destination des travailleurs agricoles, le *Special Agricultural Worker program* (SAW) qui prévoyait l'octroi d'un statut de résident temporaire aux personnes qui avaient résidé aux Etats-Unis, accompli un travail saisonnier pendant au moins 90 jours durant une période de 12 mois en 1985-1986 et pouvait démontrer qu'ils étaient admissibles. En effet, un autre programme, spécifique à certaines populations, concernait les Cubains et les Haïtiens qui avaient résidé de façon continue aux Etats-Unis depuis le 1er janvier 1982 et remplissaient certaines conditions. La façon dont l'INS conduisit cette campagne de régularisation devint le sujet d'un corpus substantiel de *class actions* lancée par des organisations de défense des étrangers. La plus importante de ces affaires du point de vue de la portée juridique fut engagée par Ira Kurzban pour le compte du Centre des Réfugiés Haïtiens et concernait la mise en œuvre du programme SAW. En termes de durée et de portée des mesures d'exécution ordonnées par le tribunal, les plus significatives furent celles ordonnées dans le cadredes multiples procès engagés par l'organisation de Peter Schey, le *National center for Immigrants' Rights, Inc*., qui contesta les procédures internes par lesquelles l'administration accordait des permis de travail et déterminait l'éligibilité des personnes pour le programme général de régularisation.

25 Un troisième groupe important d'affaires est constitué par un ensemble de *class actions* engagées au début des années 1990, contestant la nouvelle politique gouvernementale, initiée par George Bush et continuée par Bill Clinton, consistant à intercepter en haute mer les embarcations d'Haïtiens pour empêcher leurs occupants d'atteindre le territoire américain. Les actions engagées ciblèrent différents aspects de ce programme, depuis la légalité du programme en lui-même jusqu'aux conditions de détention des Haïtiens séropositifs dans la base américaine de Guantanamo. Ces actions pour le compte des Haïtiens interdits d'entrée furent organisées par des avocats chevronnés comme Ira Kurzban, conseil juridique du Centre des Réfugiés Haïtiens, et Lucas Guttentag, directeur du programme « Droits des immigrés » de l'ACLU. Mais la campagne vit aussi l'intervention d'organisations comme le Centre pour les droits constitutionnels et de la clinique des droits de l'homme de la faculté de droit de Yale, ainsi que l'engagement de différents avocats *pro bono*.

26 Ces *class actions* contre l'INS fonctionnaient sur un mode pragmatique et conflictuel. Disposant du puissant arsenal juridique de la *class action*, les activistes avaient le choix de l'endroit et du moment pour s'engager dans un conflit avec l'administration. En conséquence, les fonctionnaires américains acquirent une conscience aiguë de ces *class actions* en matière de droit des étrangers et de ceux qui en étaient à l'origine. Dans les années 1980, en particulier, ces contentieux semblent avoir contribué à renforcer, dans la culture organisationnelle de l'INS, une attitude défensive et récalcitrante. Les

responsables juridiques de l'agence adoptèrent la position selon laquelle l'INS devait renforcer ses défenses juridiques et mettre en œuvre une discipline de type militaire à l'intérieur de ses équipes juridiques si elle voulait faire échec aux attaques contentieuses. De plus, les défenseurs des étrangers furent décrits comme des conspirateurs, désireux d'affaiblir les principes d'une gouvernance raisonnable. En 1989, un nouveau commissaire arriva à la tête de l'agence et fit preuve d'une approche plus conciliante, en acceptant un règlement négocié d'un certain nombre d'actions toujours pendantes. Toutefois, le climat ne tarda pas à se refroidir, lorsqu'il devint clair que ces solutions négociées était perçues par les militants comme des victoires et constituaient une brèche permettant aux défenseurs de la cause des étrangers d'être fortement impliqués dans la détermination de la politique de l'agence.

27 Au milieu des années 1990, la construction narrative véhiculée par l'administration, présentant l'agence comme assiégée et en proie à un assaut contentieux orchestré par les avocats fit son chemin jusque dans les milieux législatifs en charge de la politique de l'immigration. Les responsables de l'INS, agissant directement ou par l'intermédiaire du ministère de la Justice, encouragèrent activement le législateur à s'attaquer à ce qu'ils regardaient comme « le problème du contrôle juridictionnel » tel qu'il était exercé. Leurs récriminations furent présentées à une période où les débats sur l'immigration étaient liés, sur le plan politique, aux débats législatifs sur la criminalité, le terrorisme, et la « fraude en matière sociale ». En conséquence, le législateur fut réceptif à la version de l'administration selon laquelle les *class actions* risquaient de paralyser les efforts tenant à appliquer les lois sur l'immigration.

28 Les multiples lois adoptées en 1996 démontrent à quel point le thème de la judiciarisation en matière d'immigration, au départ accessoire, était devenu un enjeu majeur du débat politique sur l'immigration. La loi « Antiterroriste et pour une peine de mort effective » (*Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act –AEDPA*) et la loi sur l'« Immigration illégale et la responsabilité des immigrants » (Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsability Act –IIRIRA), sont surtout connues pour avoir étendu les catégories d'infractions pénales qui peuvent entrainer des conséquences sévères pour les étrangers sollicitant l'asile, pour les résidents permanents, pour l'accès à la nationalité ou en matière d'éloignement. Cependant, la loi IIRIRA ne cherchait pas seulement à punir les immigrants ayant un casier judiciaire, elle cherchait aussi à pénaliser leurs défenseurs en justice. La loi contenait une série de dispositions restreignant ou supprimant le contrôle des tribunaux : elle limitait sévèrement les possibilités pour les cours d'accorder des injonctions collectives[14] en matière de contentieux de l'éloignement. Le contentieux en faveur des étrangers fut aussi une des cibles des restrictions à l'activité des Services d'aide juridique[15] adoptées la même année. La loi portant diverses mesures en matière financière (*Omnibus Consolidated Rescissions and Appropriations Act*) interdisait aux avocats intervenant dans le cadre des structures d'aide juridique de représenter les étrangers dans des procédures touchant au droit de l'immigration ou d'intervenir dans des *class actions* de quelque type que ce soit.

29 Mais tout n'était pas perdu. En fait, si le but des auteurs de ces dispositions limitant la juridiction des tribunaux était de mettre un terme au contrôle juridictionnel en matière de droit de l'immigration et de mettre au chômage les défenseurs des étrangers, la suite montra la difficulté de l'entreprise. La loi de 1996 n'empêchait pas les juristes militants d'assurer le suivi des mesures d'exécution des premières affaires

ayant donné lieu à des injonctions permanentes ou à des accords transactionnels. Les organisations nationales ont continué, dans les années qui ont suivi 1996, à travailler avec les groupes locaux à travers le pays pour contrôler la mise en œuvre des mesures d'injonction et des règlements négociés obtenus dans les affaires *ABC, Perez-Funez, Orantes Hernandez, El Rescate* et *Mendez*.

30 Les mesures adoptées en 1996 limitant la juridiction des tribunaux rendirent l'introduction de *class actions* plus difficile, mais pas impossible. Par exemple, à l'automne 2005, l'organisation de Peter Schey, récemment renommée *Center for human rights and constitutional law*, engagea une *class action* contre le *Department of Homeland Security*, nouvellement créé, contestant sa carence dans la mise en œuvre des dispositions créant le « Visa U », contenues dans la loi de protection des victimes de trafic et de violence de 2000 (*Victims of Trafficking and Violence Protection Act*). De même, dans la période récente, le programme « droit des étrangers » de l'*ACLU* a engagé une série de *class actions* contestant certains aspects de la mise en œuvre, par l'administration, de dispositions visant à accroitre le recours à la détention des étrangers en attente d'éloignement. Le résultat de ces contentieux a été le prononcé, par des juges de districts[16], d'injonctions obligeant l'administration à organiser, pour tous les étrangers détenus depuis plus de six mois, des audiences visant à examiner la possibilité de leur libération sous caution et à fournir aux étrangers atteints d'un handicap mental une représentation légale dans toutes les phases de la procédure d'éloignement et de détention. Bien que les dispositions législatives limitant l'intervention des tribunaux aient fait obstacle à l'engagement de contentieux sur certains problèmes, la jurisprudence des cours continue à admettre l'engagement de *class actions* devant les juges de district aussi longtemps que les avocats des requérants arrivent à démontrer que le dommage allégué est sans lien avec le contrôle de mesures individuelles. L'engagement de *class actions* destinées à contester la politique et les pratiques de l'administration en charge de l'immigration demeure ainsi un élément majeur du paysage juridique des Etats-Unis.

31 En parallèle, et dans la période récente, les *class actions* en matière d'immigration ont été de plus en plus utilisées pour contester les mesures prise par les Etats fédérés dans le domaine de l'immigration. Dans un contexte de blocage fédéral en matière de réforme de l'immigration et d'efforts déployés par certains groupes en faveur d'une politique de l'immigration restrictive, les référendums locaux en lien avec le contrôle de l'immigration se sont multipliés dans la première décennie du XXI^{e} siècle. Beaucoup de contentieux relatifs à ces mesures ont été introduits sous la forme de class actions. Par exemple, l'ACLU et le NILC ont collaboré avec les organisations de défense des droits civiques pour engager une *class action* contestant une des dispositions de la loi 1070 de l'Etat de l'Arizona qui demandait aux forces de police de contrôler le titre de séjour de toute personne soupçonnée d'entrée irrégulière. A la suite de la décision de la Cour Suprême dans une affaire connexe introduite par le ministère américain de la Justice[17], la requête en *class action* a été modifiée pour se concentrer désormais sur les dispositions de la loi qui criminalisent le fait, pour les journaliers immigrés, de solliciter du travail. Si le fait de concentrer désormais les actions contentieuses contre des mesures prises par les autorités locales est un changement important dans la dynamique contentieuse, puisque les juristes militants y agissent aux côtés du gouvernement fédéral, on peut aussi y voir une extension du modèle familier de la *class action*, faisant fortement appel à des données factuelles.

32 Dans les décennies écoulées depuis 1996, l'action contentieuse coordonnée qui, auparavant, prenait essentiellement la forme de *class actions* devant les cours fédérales de district, a vu ses formes se diversifier. Non seulement la méthode des « affaires test » [18] est devenue plus fondamentale pour les organisations nationales agissant sur le terrain juridique, mais l'implication des autorités locales dans la politique de l'immigration est devenue plus importante, offrant un nouveau terrain d'action pour le militantisme juridique en faveur des immigrés. De plus, il est devenu plus difficile, et dans certains cas impossible, de contester les mesures de politique de l'immigration prises par les autorités fédérales, en raison de la loi de 1996 limitant la compétence des tribunaux pour connaître de ce type de litiges. Néanmoins, comme en témoigne la résignation exprimées par les fonctionnaires fédéraux en charge de l'immigration confrontés à la poursuite des *class actions*, le mécanisme familier et incisif de la *class action* continue d'être un élément fondamental de l'activisme juridique en faveur des étrangers aux Etats-Unis. Particulièrement lorsqu'on fait la comparaison avec le modèle français de contentieux de l'immigration, la possibilité de recourir à la class action et le caractère central de cette procédure apparaissent comme une différence évidente entre les deux systèmes.

ANNEXES

Jurisprudences citées

U.S. v. Carolene Products, Co. 304 U.S. 144 (1938)

Plyler v. Doe, 457 U.S. 202 (1982)

Haitian Refugee Center v. Civiletti, 503 F.Supp. 442 (S.D.Fla. 1980)

Jean v. Nelson, 427 U.S. 846 (1985)

Orantes-Hernandez v. Smith, No. CV 82-1107-Kn (C.D. Cal. 1982)

Orantes-Hernandez v. Meese, 685 F. Supp. 1495 (1988)

Orantes-Hernandez v. Holder, Nos. 07-56509, 08-55231 (9th Cir. 2009)

Flores v. Meese, No. CV 85–4544–RJK (C.D. Cal. 1988)

Perez-Funez v. INS, Nos. CV 81–1457, CV 81–1932 (C.D. Cal. 1985)

American Baptist Churches v. Thornburgh, Civ. No. C–85–3255–RFP (N.D. Cal. 1991)

Mendez v. Thornburgh, No. CV-88-04995-TJH, (C.D.Cal., August 12, 1993)

El Rescate Legal Services v. EOIR, No. 90-55292 (9th Cir. 1992)

McNary v. Haitian Refugee Center, Inc., 498 U.S. 479 (1991)

Ayuda, Inc. v. Reno, 7 F.3d 246 (D.C. Cir. 1993)

Legalization Assistance Project v. INS, 976 F.2d 1198 (9th Cir. 1992)

Catholic Social Services v. Meese, 685 F.Supp. 1149 (E.D. Cal. 1988)

Haitian Refugee Center v. Baker, 949 F.2d 1109 (11th Cir. 1991)

Haitian Centers Council v. Sale, 817 F.Supp 336 (E.D. NY 1993)

Valle del Sol v. Whiting (formerly Friendly House et al v. Whiting) (9th Cir. - March 4, 2013).

Manwani v. U.S. Department of Justice 736 F.Supp. 1367 (1990)

NOTES

1. NDT : une organisation américaine de juristes progressistes fondée en 1937 comme une alternative à l'American Bar Association (l'organisation institutionnelle), notamment en raison de l'attitude de cette dernière vis-à-vis des minorités.
2. NDT : « political lawyering », selon l'expression en usage aux Etats-Unis.
3. NDT : du nom de la célèbre note de bas de page n° 4, de l'arrêt *Carolene products* de 1938, qui contenait l'embryon d'une théorie de la protection constitutionnelle des minorités en proie aux discriminations, qui fut ensuite développée et systématisée des années 1940 à 1960, avec la théorie de différents degrés de contrôle selon le type de groupe visé par la mesure (maximum, intermédiaire ou minimal)
4. NDT : même si sa portée actuelle est discutée, cette théorie n'a jamais été formellement abandonnée par la Cour suprême
5. NDT : au sens américain du terme, tel qu'il est par exemple utilisé pour désigner le « mouvement des droits civiques » des années 1950-60. Les « droits civiques », aux Etats-Unis, désignent l'ensemble des droits et libertés reconnus aux citoyens, et notamment le droit à l'égale protection de la loi, dont les minorités avaient été privées. Dans ce contexte, le droit des « droits civiques » est souvent synonyme de « droit de la lutte contre les discriminations ».
6. NDT : aux Etats-Unis, la « public interest law » désigne un ensemble varié de domaines du droit –pas toujours clairement délimité- dans lesquels les juriste agissent pour la défense d'un intérêt général (protection de l'environnement, protection des consommateurs) ou de public défavorisés (droit du travail, droit du logement, libertés civiles, etc.). Les « public interest law firms » sont des structures spécialisées dans ces domaines.
7. NDT : l'ACLU, créée en 1920, est la plus grande association de défense des droits de l'homme aux Etats-Unis. Organisation généraliste, elle est *mutatis mutandis*, l'équivalent de la Ligue des droits de l'homme.
8. NDT : services juridiques prodigués gratuitement par des avocats ou des cabinets d'avocats en marge de leur activité principale.
9. NDT : l'association professionnelle qui regroupe les avocats américains à l'échelle nationale.
10. NDT : aux USA, les pouvoirs d'injonction du juge à l'égard de l'administration peuvent être, dans certaines circonstances, très étendus. Dans certains cas, l'administration est littéralement placée sous la tutelle d'un administrateur *ad hoc* qui surveille son action pendant une durée déterminée pour faire corriger les violations constatées.
11. Au sens américain du terme, qui signifie « progressiste, partisan des libertés ».
12. NDT : aux Etats-Unis, le montant des sommes octroyées au titre des « attorney's fees », c'est-à-dire des frais d'avocat remboursés à la partie qui gagne le litige, sont sans commune mesure avec ce qui existe en France. Par leur importance, ils peuvent constituer une source de financement durable des associations ou des avocats.
13. Le *National Center for Immigrants' Rights*, le programme « droits des immigrés » de *l'American Civil Liberties Union (ACLU),* le projet « immigration » du National Lawyers Guild, et le *National*

Center for Immigrants Rights, Inc. (l'association créée en 1983 par l'avocat Peter Schey après son départ du *National Center for Immigrants' Rights)*.

14. NDT : c'est-à-dire bénéficiant à l'ensemble de la « classe » d'individus dans une situation identique.

15. NDT : aux Etats-Unis, il n'existe pas de droit à l'aide juridictionnelle en matière civile ou administrative. Cette absence est en partie compensée par l'existence de structures privées à but non lucratif, mais subventionnées par l'Etat, qui fournissent une assistance gratuite ou à un coût modique à certains publics démunis. C'est le cas du *Legal services corporation*, créé par le Congrès en 1974, ou de la *California rural legal assistance*. L'action de ces organisations a parfois été l'objet des critiques des conservateurs et a, en conséquence de ces critiques, été soumise à toutes sortes de restrictions.

16. NDT : les juges fédéraux de première instance.

17. NDT : action qui a été couronnée de succès.

18. NDT : procédé de stratégie contentieuse, consistant à choisir une affaire individuelle, sélectionnée avec soin pour maximiser les chances de succès, pour faire trancher une question de droit de portée générale. Cette méthode a été beaucoup utilisée dans le contentieux de la déségrégation et des droits civiques aux Etats-Unis.

RÉSUMÉS

Les mobilisations juridiques en faveur des étrangers se sont développées aux Etats-Unis et en France dans la première moitié des années 1970. Si elles ont des caractéristiques communes, comme la rencontre entre militants de terrain, d'une part, et juristes et étudiants en droit, d'autre part ; elles ont pris des voies divergentes qui s'expliquent par les différences de culture juridique et d'environnement institutionnel. Aux Etats-Unis, les limites constitutionnelles aux possibilités de contestation de la législation migratoire (la *plenary power doctrine*) ont favorisé l'émergence de stratégies différentes, notamment fondées sur l'usage de la *class action*. Cette technique contentieuse a permis une contestation efficace des pratiques administratives, mais son développement a conduit à une réaction de l'administration et du législateur.

Legal activism and political lawyering in favor of immigrant's rights developed at the same time in the USA and in France in the 1970's. If these movements share common characteristics, such as the close association of grassroots activists and law students, they took different paths, influenced by differences in legal culture and institutional environment. In the USA, constitutional limits making it difficult to challenge immigration laws (the plenary power doctrine) led to a different type of litigation strategy, based among other things on class action. This litigation technique became a central feature of immigration law. Substantive results were obtained in challenging immigrations agencies practices, but these results also triggered negative reactions by the agencies and the lawmakers.

INDEX

Mots-clés : droit de l'immigration aux Etats-Unis, étrangers en situation irrégulière, expulsion, conséquences des mesures d'éloignement, système de l'expulsion, situation des étrangers expulsés, diaspora, état de droit
Keywords : immigration law in the USA, undocumented immigrants, deportation, post deportation law, situation of deported immigrants, diaspora, rule of law

AUTEURS

LEILA KAWAR

Assistant Professor of Political Science, Bowling Green State University, U.S.A.