

Quels acteurs et quel contrôle pour la politique de l'immigration aux Etats-Unis ?

Introduction aux sources constitutionnelles du droit de l'immigration

Johann Morri



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/348>

DOI : 10.4000/revdh.348

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Johann Morri, « Quels acteurs et quel contrôle pour la politique de l'immigration aux Etats-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/348> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.348>

Ce document a été généré automatiquement le 10 juillet 2020.

Tous droits réservés

Quels acteurs et quel contrôle pour la politique de l'immigration aux Etats-Unis ?

Introduction aux sources constitutionnelles du droit de l'immigration

Johann Morri

NOTE DE L'AUTEUR

Cet article a bénéficié des conseils et remarques de Danièle Lochak, Leila Kavar et Serge Slama.

- 1 La problématique des sources constitutionnelles du droit de l'immigration n'est pas spécifique au droit américain. Elle se pose dans tout système juridique qui comporte un système de hiérarchie des normes et des mécanismes effectifs de contrôle de constitutionnalité. Mais elle présente, dans le cadre des Etats-Unis, des enjeux et des problématiques spécifiques, dont l'identification peut faciliter la compréhension de ce système. En France et en Europe, en effet, les normes constitutionnelles ne sont qu'une des dimensions, pas nécessairement prééminente, de l'encadrement juridique de la politique de l'immigration. En effet, si le législateur et le gouvernement français déterminent la politique de l'immigration dans le cadre des limites posées par les normes constitutionnelles, ces limites sont concurrencées et complétées par un ensemble de règles supra-législatives de droit international : les règles du droit de l'Union européenne, celles de la Convention européenne des droits de l'homme, et celles du droit international général (notamment en matière de droit des réfugiés et de droits de l'enfant). Ces règles sont quotidiennement invoquées par les tribunaux et devant l'administration et sont le « pain quotidien » de l'enseignement pratique du droit de l'immigration.
- 2 On ne trouve quasiment rien d'analogue aux Etats-Unis. A la notable exception du droit des réfugiés (les Etats-Unis sont partie aux instruments internationaux classiques en la

matière¹), l'emprise du droit international sur le droit de l'immigration américaine est, si on la compare à celle constatée en Europe et en France, très faible. Alors que, devant des tribunaux français, une grande partie des contentieux trouvent leur solution sur le terrain du droit européen ou international, ce n'est pas le cas aux Etats-Unis².

- 3 Ainsi, le droit américain de l'immigration est, pour le moment, un droit essentiellement interne. L'action du législateur n'y est bornée que par les règles constitutionnelles. Dans la mesure où ce contrôle de constitutionnalité est le seul à s'exercer, on pourrait s'attendre à ce qu'il soit particulièrement poussé. Et ceci d'autant plus que les Etats-Unis sont un des berceaux de ce type de contrôle et un des modèles en la matière³. Or, le paradoxe est qu'il n'est en rien. Même s'il n'est pas inexistant, le contrôle de constitutionnalité qui s'exerce sur l'action du législateur en matière d'immigration est traditionnellement limité, plus que dans d'autres domaines. Ici, en effet, l'action de la Cour suprême s'est essentiellement bornée à deux aspects : réaffirmer le rôle central – monopolistique, même – de l'Etat fédéral en matière d'immigration (I) et théoriser la limitation du contrôle de constitutionnalité sur l'action du législateur dans ce domaine (II).

I. Qui fait quoi ? La répartition constitutionnelle des compétences entre l'Etat fédéral et les Etats

- 4 La question de la répartition des compétences entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés est une des questions centrales du droit public américain. Cette problématique, qui se décline dans le droit de l'immigration, n'a pas (encore ?) d'équivalent exact en droit français de l'immigration. Certes, à la suite du transfert à l'Union européenne d'une partie importante de la compétence des Etats en matière d'immigration, la répartition des compétences entre les Etats-membres et l'Union Européenne peut poser des questions analogues à celles qui régissent les rapports entre Etat fédéral et Etats fédérés aux Etats-Unis (par exemple sur l'étendue de la préemption des compétences des Etats membres par l'Union Européenne). Mais, si le problème est analogue, il n'est pas identique, dans le sens où il ne s'agit pas, comme dans le cas américain, de la répartition des compétences à l'intérieur d'un Etat-nation fédéral.
- 5 Une des singularités du droit de l'immigration américain réside dans le flou artistique qui a longtemps entouré une question essentielle : quelle est la source – si source il y a – de la compétence de l'Etat fédéral en matière d'immigration ?

a) L'affirmation de la compétence fédérale au XIX^e siècle

- 6 Dans le système fédéral américain, l'Etat fédéral ne bénéficie, en principe, que des pouvoirs limitativement énumérés par la Constitution, ou des pouvoirs nécessaires pour mettre en œuvre les pouvoirs explicitement reconnus⁴. Le reste des pouvoirs est dévolu aux Etats. Or, aucune des dispositions de la Constitution ne fait de référence explicite à la politique migratoire. La section 8 de l'article I de la Constitution donne au Congrès le pouvoir « d'établir une règle uniforme de naturalisation » (« To establish a uniform rule of naturalization... »), mais n'évoque pas l'entrée et le séjour des étrangers. Par ailleurs, une disposition transitoire, l'article I, article I, §9, cl., dispose que : « L'immigration ou l'importation de personnes que croira devoir admettre sur son sol l'un des Etats actuellement existants ne pourra être interdite avant l'année mil huit

cent huit ; mais cette importation pourra donner lieu à l'imposition d'un droit ou d'une taxe n'excédant pas dix dollars par personne⁵. » (« the Migration or Importation of such persons as any of the States now existing shall think proper to admit, shall not be prohibited by the Congress prior to the Year one thousand eight hundred and eight. . . »). Mais il est très largement admis, au vu de ce qu'on sait des travaux de la convention de Philadelphie et de la formulation de cette disposition, qu'elle fait en réalité référence à la traite des esclaves et non à l'immigration en tant que telle⁶. Une interprétation stricte et purement littérale pourrait donc aboutir à la conclusion que seuls les Etats sont compétents en la matière.

- 7 Si une telle conception n'a jamais été retenue par la pratique constitutionnelle et par la jurisprudence de la Cour, les fondements théoriques de la compétence fédérale ont fluctué au fil du temps⁷. Certains arrêts ou certaines opinions de la Cour ont tenté de rattacher la compétence en matière d'immigration à d'autres compétences explicitement reconnues par la Constitution, comme le pouvoir de réguler le commerce avec les nations étrangères (voir *the Passenger cases*, 48 U.S. (7 How) 283, 12 L.Ed. 702 (1849) et *the Head Money Cases*, 112 U.S. 580 (1884)), le pouvoir de définir les règles de naturalisation, ou encore aux pouvoirs de guerre.
- 8 D'autres arrêts se sont fondés non sur le texte constitutionnel seul, mais sur sa combinaison avec le droit international public. Ils ont développé l'argument selon lequel, d'une part, le pouvoir de contrôle des frontières est inhérent à l'existence de toute nation souveraine – notamment en se référant à la doctrine du droit international public, et en particulier à Vattel – et, d'autre part, il est implicitement contenu dans les attributions déjà reconnues à l'Etat fédéral. Ainsi, dans l'affaire *Ekiu* (1892), la Cour suprême énonce : « Il est un principe reconnu de droit international selon lequel chaque Etat souverain a le pouvoir, inhérent à sa souveraineté, et essentiel à sa préservation, d'interdire l'entrée des étrangers sur ses territoires, ou de ne les admettre que dans les cas et aux conditions qu'il croira bon d'édicter. Aux Etats-Unis, ce pouvoir appartient au Gouvernement national, auquel la Constitution a confié l'entier contrôle des relations internationales, en tant de paix comme en temps de guerre. Ce pouvoir appartient à la branche politique du gouvernement et peut être exercé soit à travers les traités faits par le Président et le Sénat, soit à travers les lois adoptées par le Congrès » (*Ekiu v. United States*, 142 U. S. 651, 659). Ce passage sera cité à nouveau dans l'affaire *Fong Yue Ting v United States* 149 U.S. 698 (1893), et complété par différentes références à Vattel et Ortolan.
- 9 Or, même si l'interprétation « vattélienne » est aujourd'hui largement admise, c'est loin d'avoir été toujours le cas dans le passé, y compris au moment où la Cour suprême s'y référait dans l'affaire *Fong Yue Ting*. Dans une étude consacrée à la question, D. Lochak⁸ a relevé qu'à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e, on observait, dans le cadre de l'Institut de droit international, un fort mouvement doctrinal, – inspiré d'une tradition cosmopolite et humaniste remontant à Vitoria et Grotius –, qui affirmait l'existence d'un droit de communication entre les nations limitant les droits des Etats en matière d'immigration et de contrôle des frontières. Et, en tout état de cause, il demeure un peu paradoxal de tirer du droit international un principe d'organisation interne à un Etat.
- 10 Par ailleurs, les arguments tirés du texte de la Constitution prêtent aussi à discussion. La référence à la clause de naturalisation, par exemple, paraît fragile, puisque la naturalisation et l'entrée et le séjour des étrangers sont, au moins dans les conceptions contemporaines, des questions bien distinctes. Pour être totalement convaincant,

l'argument supposerait de justifier qu'à l'époque de l'adoption de la Constitution, cette distinction n'était pas aussi marquée.

b) La confirmation de la plénitude de la compétence fédérale face aux tentatives de remise en cause

- 11 Sous prétexte que les autorités fédérales ne lutteraient pas assez efficacement contre l'immigration clandestine, des Etats ou des collectivités locales ont tenté, dans les années récentes, d'ajouter à la législation fédérale américaine des règles plus restrictives. L'adoption de ces mesures a parfois emprunté le canal des systèmes de référendums locaux présents dans de nombreux Etats. Le cas de l'Arizona, particulièrement emblématique, a donné lieu à un contentieux qui est remonté jusqu'à la Cour suprême, dans l'affaire du 25 juin 2012, *Arizona v. United States*, 567 U. S. (2012). Une loi de l'état de l'Arizona, communément désignée sous le nom de S.B. 1070, a été édictée en 2010 en vue de l'adoption de diverses mesures contre l'immigration irrégulière. La loi visait principalement à étendre les possibilités de contrôle d'identité et les pouvoirs des autorités de police locales. La Cour a censuré l'essentiel de ces mesures, au motif qu'elles empiétaient sur la compétence fédérale. L'arrêt a donné l'occasion à la Cour d'indiquer à nouveau les fondements de cette compétence fédérale en matière d'immigration.
- 12 Dans *Arizona v. United States*, la Cour combine deux références pour réaffirmer la compétence fédérale exclusive en matière d'immigration : la clause de naturalisation de la section 9 de l'article I^{er} de la Constitution – référence pour le moins fragile, car la naturalisation et le pouvoir de réguler l'immigration sont des questions bien distinctes, au moins dans le droit contemporain – et le « pouvoir inhérent à tout Etat souverain » (opinion provisoire, p. 3). Elle assortit ce rappel de considérations sur l'utilité et la nécessité de cette compétence fédérale : « La politique de l'immigration peut affecter le commerce, l'investissement, le tourisme et les relations diplomatiques pour la nation toute entière (...) Il est fondamental que les pays étrangers préoccupés par le statut, la sûreté et la sécurité de leurs ressortissants aux Etats-Unis puissent conférer et communiquer sur ce sujet avec un seul Etat national souverain, et non avec 50 Etats pris séparément » (*op. cit.*). Si le raisonnement de la Cour est relativement bref – car il s'agit d'un rappel de la jurisprudence antérieure, plus que d'un réexamen de ses fondements –, il prend un certain relief en le comparant avec l'opinion dissidente du juge Scalia. Ce juge conservateur tente en effet de remettre en cause la compétence exclusive de l'Etat fédéral en matière d'immigration. Sur la base d'un certain nombre de matériaux historiques, il s'emploie à démontrer que les Etats disposaient, avant l'entrée en vigueur de la Constitution, de compétences significatives en matière de régulation de l'immigration et qu'ils les ont conservées après l'entrée en vigueur de cette même Constitution. Précisément parce que les Etats-Unis sont « *une Union d'Etats Souverains* », le juge Scalia estime que les Etats continuent de disposer, au moins pour partie, de cette prérogative fondamentale de leur souveraineté.
- 13 Le fait qu'aucun autre juge de la Cour, même parmi les conservateurs, ne se soit rallié à cette thèse montre que, quelles que soient les velléités politiques des Etats ou d'une partie de leurs gouvernants ou de leur population, la compétence fédérale en matière d'immigration est désormais une affaire entendue. Et ceci est d'autant plus remarquable qu'à l'origine son fondement n'est pas particulièrement évident.

II. Quelles limites pour la politique de l'immigration ? Comment le pouvoir judiciaire théorise la limitation de son propre pouvoir

- 14 L'autre point majeur de distinction avec la France et l'Europe est l'importance du débat sur l'étendue du contrôle exercé sur la législation migratoire et les mesures prises pour son application. Même s'il reste par certains aspects un droit à part, le droit des étrangers en France a bénéficié des progrès de l'Etat de droit. Au contraire, l'idée d'un droit de « haute police », où le juge ne doit s'aventurer qu'avec réticence et précaution, reste encore présente dans le droit constitutionnel américain avec la théorie connue sous le nom de « plenary power doctrine »⁹. La doctrine¹⁰ des « pleins pouvoirs » ou de la « compétence plénière » du Congrès (« plenary power doctrine ») est la théorie selon laquelle, dans le cadre de son pouvoir de régulation de l'immigration, le pouvoir législatif non seulement dispose des compétences les plus étendues, mais n'est soumis qu'à des contraintes constitutionnelles et à un contrôle juridictionnel limités¹¹. Le terme est difficile à traduire : théorie des « pleins pouvoirs » rend bien l'idée que le législateur a, en la matière, les mains libres, mais le terme renvoie, en droit français, à l'idée d'état d'exception, d'abolition temporaire de la séparation des pouvoirs en cas de crise constitutionnelle. Le terme de « compétence plénière » est plus neutre mais peut occulter l'idée qu'il ne s'agit pas seulement d'une question de compétence, mais de droit substantiel.

a) Une théorie aux fondements incertains

- 15 Pas plus que la compétence fédérale en matière d'immigration – et même encore moins, puisque cette dernière peut au moins se rattacher (au prix de quelques contorsions et analogies) à la compétence en matière de naturalisation –, la théorie des pleins pouvoirs ne peut se réclamer d'aucun fondement constitutionnel explicite.
- 16 A l'origine, l'affirmation de la compétence fédérale et de la compétence du Congrès et l'affirmation qu'il jouissait, dans ces compétences, d'un pouvoir si étendu qu'il en devenait exclusif, sont allées de pair. Dans l'affaire *Chae Chan Ping*, 130 U.S. 581 (1889) la Cour était appelée à examiner la constitutionnalité des lois de 1882 et 1888, adoptées notamment à la demande des autorités californiennes, qui interdisaient toute immigration chinoise aux Etats-Unis, mettant fin ainsi de façon unilatérale aux traités conclus avec la Chine en 1868 et 1880. La Cour suprême a estimé que « la proposition selon laquelle le gouvernement des Etats-Unis, à travers l'action du pouvoir législatif, peut exclure les étrangers de son territoire, est une proposition dont nous ne pensons pas qu'elle puisse prêter à controverse. La juridiction sur son propre territoire à cet effet est un attribut de toute nation indépendante. C'est un élément de son indépendance. Si elle ne pouvait exclure les étrangers elle serait, dans cette mesure, soumise au contrôle d'un autre pouvoir¹². » Et d'ajouter, sur la question de l'étendue de ce pouvoir et du contrôle qui peut s'exercer sur lui, que l'appréciation portée par le Congrès en la matière s'impose au pouvoir judiciaire, et qu'il ne lui appartient pas de la remettre en cause. S'agissant, plus précisément, de la question du respect des engagements pris envers la Chine, la Cour indique que si le gouvernement chinois pensait avoir des raisons de se plaindre, ses griefs devaient « être portés devant la

branche politique du gouvernement, qui est seule compétente pour agir en la matière »¹³. Ainsi s'instaurait l'idée que la fixation des règles en matière d'immigration était une question essentiellement politique, dans la détermination de laquelle le législateur fédéral devait avoir les coudées franches.

- 17 Quelques années plus tard, la Cour a réaffirmé la limitation de son contrôle sur l'activité des pouvoirs publics en matière d'immigration dans les affaires *Ekiu v. United States* 142 U.S. 651 (1892) et *Fong Yue Ting* 149 U.S. 698 (1893). Elle était appelée à dire si des mesures de refus d'entrée au Etats-Unis (dans le cas de M^{me} Ekiu, une ressortissante japonaise qui venait rejoindre son mari aux Etats-Unis) ou des mesures d'expulsion devaient être soumises à la garantie constitutionnelle du « *due process of law* » (qui inclut notamment ce qu'on désignerait, dans la terminologie française, comme « les droits de la défense »). La Cour a donné une réponse assez confuse, mais qui dans les deux cas, a abouti au même résultat. Dans l'affaire *Ekiu*, elle déclare qu'il n'appartient pas à l'autorité judiciaire de dire si des étrangers doivent être autorisés à entrer aux Etats-Unis et que, s'agissant de ces personnes, les décisions de l'administration prises dans le cadre des pouvoirs conférés par le Congrès sont toujours réputées se conformer au *due process of law* (« As to such persons, the decisions of executive administrative officers, acting within powers expressly conferred by Congress, are due process of law »). Dans *Fong Yue Ting*, elle indique que le pouvoir d'expulser des étrangers appartient entièrement aux agents de l'administration dans le cadre des pouvoirs que leur a conférés le Congrès et que « la question de savoir si et à quelle conditions ces étrangers peuvent être autorisés à demeurer aux Etats-Unis est une question qui a été déterminée par les branches politiques du gouvernement, l'autorité judiciaire ne pouvant émettre un avis sur la sagesse, l'opportunité ou la justesse des mesures prises par le Congrès dans l'exercice du pouvoir conféré par la Constitution sur ce sujet »¹⁴ (149 U.S. 731).
- 18 Par la suite, la théorie des pleins pouvoirs a été constamment réaffirmée, notamment dans plusieurs affaires jugées durant la Guerre froide et impliquant l'expulsion ou le refus d'admission d'étrangers accusés d'avoir des liens avec le parti communiste. Ainsi, dans l'affaire *Harisiades v. Shaughnessy*, la Cour, appelée à se prononcer sur une loi de 1940 autorisant l'expulsion des communistes ou anciens communistes étrangers, pose à nouveau le principe que « le pouvoir d'expulser les étrangers est inhérent à tout état souverain » 342 U. S. 587-588, et que la politique à l'égard des étrangers est « si exclusivement du ressort des branches politiques du gouvernement qu'elle est largement immunisée contre le contrôle ou l'interférence judiciaire ». 342 U. S. 588-590.
- 19 En 1976, dans l'affaire *Matthews v. Diaz*, le juge Stevens, pour une Cour unanime, synthétise l'état du droit de façon suivante : « Pour des raisons reconnues de longue date comme valides, la responsabilité de la régulation des relations entre les Etats-Unis et nos visiteurs étrangers a été confiée aux branches politiques du gouvernement fédéral. Dans la mesure où les décisions en cette matière sont susceptibles d'impliquer nos relations avec des puissances étrangères, et où une grande variété de classifications doivent être définies à la lumière de circonstances économiques et politiques changeantes, ces décisions sont souvent d'une nature plus appropriée à une détermination par le Législatif ou l'Exécutif que par le Judiciaire ».
- 20 Au fil du temps, la Cour a ainsi justifié la théorie des pleins pouvoirs par diverses considérations : le fait que le contrôle des frontières soit une « question politique » par excellence ou qu'il se rattache à la conduite des relations internationales (domaine dévolu à l'Exécutif et au Législatif) ont été les justifications les plus couramment

avancées. Ces justifications ont en commun de ne pas avoir de fondement textuel précis et d'être très malléables – à l'instar, *mutatis mutandis*, des justifications données en France à la théorie de l'acte de gouvernement. Mais si certaines de ces justifications ont été utilisées dans d'autres domaines que le droit des étrangers – c'est le cas de la théorie des questions politiques –, elles ont contribué à faire du droit de l'immigration aux Etats-Unis un droit d'exception¹⁵. Le phénomène n'a rien de très original¹⁶, mais il est d'autant plus remarquable que ce pays, à la même époque, avait développé un système avancé de contrôle de constitutionnalité des lois, des années avant l'apparition d'un tel contrôle en Europe.

b) Une portée qui s'est atténuée au fil du temps

- 21 La généralité des termes dans lesquels la théorie des pleins pouvoirs a été formulée et l'influence durable qu'elle a exercée sur le droit de l'immigration aux Etats-Unis¹⁷ ne doivent pas, cependant, laisser penser que le droit des étrangers aux Etats-Unis est demeuré complètement en marge des avancées de l'Etat de droit et que l'action des pouvoirs publics constitutionnels s'y exerce sans la contrainte de normes supra-législatives.
- 22 Dans le domaine de l'expulsion des étrangers présents durablement aux Etats-Unis, une « exception à l'exception » a été assez rapidement opérée. L'idée que le *due process of law* garanti par le V^e amendement de la Constitution devait s'appliquer, sous une forme ou une autre, à l'éloignement des étrangers déjà admis sur le territoire, et même à ceux entrés en dehors du cadre légal, s'est progressivement imposée. On fait généralement remonter ce contrôle à l'affaire *Yamataya v. Fisher (The Japanese immigrant case)* 189 U.S. 86 (1903). Le principe en a été progressivement conforté par la suite. Dans les années 1950, lorsque la Cour réaffirme le principe de l'absence de tout contrôle sur certaines mesures, elle établit une distinction nette entre l'éloignement des étrangers (soumis à des garanties procédurales de nature constitutionnelle) et le refus d'entrée et d'admission aux frontières (qui persiste à y échapper totalement) : « il est vrai que des étrangers qui ont franchi une fois nos portes, même illégalement, ne peuvent être expulsés qu'après des procédures qui respectent les principes traditionnels de justice (« traditional standards of fairness ») incarnés dans la notion de *due process of law* »¹⁸.
- 23 En revanche, on n'a pas pour l'instant constaté d'évolution similaire dans le domaine du refus d'entrée sur le territoire américain et de la détention dans l'équivalent américain des « zones d'attente », considérées comme hors du territoire américain (comme Ellis Island jusqu'en 1954). Dans l'affaire *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001), la Cour relevait ainsi que « la distinction entre l'étranger qui est entré sur le territoire des Etats-Unis et celui qui n'y est jamais entré est présente dans tout le droit de l'immigration »¹⁹ et prenait soin de distinguer la détention des étrangers en attente d'expulsion, qui ne doit pas excéder un délai raisonnable – six mois, selon la Cour – de celle des étrangers non admis, pour laquelle l'arrêt *Mezei* – qui admet le principe de la détention illimitée – continuait de faire autorité.
- 24 En dehors du droit de l'expulsion, l'idée que les étrangers présents sur le territoire bénéficient de la protection de la Constitution, y compris lorsqu'ils sont en situation irrégulière, a également fait son chemin. Dans l'affaire *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976), la Cour indique que même des étrangers dont la présence sur le territoire est illégale ou transitoire peuvent bénéficier de la garantie de « *due process of law* »

résultant des V^e et XIV^e amendements, même si cela ne doit pas conduire à la conclusion que les étrangers doivent systématiquement jouir des mêmes droits que les nationaux, notamment en matière de protection sociale. Quelques années plus tard, dans l'affaire *Plyler v. Doe* 457 U.S. 202 (1981), la Cour donne un exemple concret de la protection constitutionnelle qui peut être reconnue indépendamment de la régularité du séjour. La Cour devait se prononcer sur la constitutionnalité, au regard du principe d'égalité de protection devant la loi (« equal protection clause ») du XIV^e amendement, de mesures adoptées par l'Etat du Texas pour refuser ou limiter l'accès des enfants étrangers en situation irrégulière dans les écoles primaires publiques. Elle juge que le contrôle qui doit s'appliquer à ce type de lois, visant des enfants en situation irrégulière, est du type « intermédiaire »²⁰ et que « si un Etat refuse à un groupe d'enfants innocents le droit à une éducation publique gratuite qu'il offre aux autres enfants résidant à l'intérieur de ses frontières, ce refus doit être justifié par la démonstration que cette privation répond à un intérêt substantiel de l'Etat »²¹. Elle en conclut que cet intérêt n'a été aucunement démontré par les autorités texanes et censure la législation contestée. La décision *Plyler v. Doe* a été saluée comme la première application du principe d'égalité de protection devant la loi à des étrangers en situation irrégulière²², mais sa portée exacte demeure l'objet d'interrogations : il n'est pas évident de déterminer dans quelle mesure cette solution serait transposable à des adultes²³.

Conclusion

- 25 On terminera ce rapide panorama par deux remarques conclusives. Il faut relever en premier lieu que la singularité du droit de l'immigration au sein du droit constitutionnel américain est réelle, même si cette singularité s'est atténuée avec le temps. On note en second lieu que la relative faiblesse de l'encadrement constitutionnel de la politique de l'immigration a eu des conséquences dans de nombreux aspects de ce droit. Sans prétendre les énumérer de façon exhaustive, on peut en évoquer quelques-unes. Pour les praticiens du droit de l'immigration, elle signifie que la seule planche de salut pour régler des situations individuelles réside le plus souvent dans une connaissance approfondie de textes législatifs et réglementaires labyrinthiques, dans lesquels le praticien tente, par tous les moyens, de trouver une « case » favorable à laquelle raccrocher la situation de son client. Mais, à l'inverse, une situation qui ne peut trouver de solution sur le terrain des textes législatifs peut déboucher sur une impasse totale. Sur le plan de la politique de l'immigration, la primauté du législateur fait également sentir ses effets. Le blocage du processus législatif, tel que celui qu'on expérimente depuis une dizaine d'années, exclut toute avancée significative dans le domaine.

NOTES

1. Ils sont partie à la convention de Genève de 1951. Dans un autre ordre d'idées, ils sont également partie à la convention internationale contre la torture de 1984, qui peut fonder l'octroi d'une protection subsidiaire.
2. Pour un ensemble de raisons, et notamment : l'absence d'appartenance à une organisation régionale à fort degré d'intégration équivalente à l'Union européenne, l'absence de recours individuel devant des juridictions internationales régionales, la réticence vis-à-vis de certains instruments internationaux (les Etats-Unis sont un des derniers Etats au monde à ne pas avoir ratifié la convention internationale sur les droits de l'enfant), et la primauté de la loi postérieure sur le traité. Voir, de façon générale, sur l'articulation du droit international et du droit américain : J. Rogers, *International law and United States law*, 1999 (disponible en ligne à l'adresse suivante : [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/Intl0627.pdf/\\$file/Intl0627.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/Intl0627.pdf/$file/Intl0627.pdf))
3. Concurremment avec le modèle kelsénien des « cours constitutionnelles » qui s'est développé en Europe à partir des années 1920.
4. Les principes essentiels en la matière ont été posés dans l'affaire *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819), qui portait sur la constitutionnalité de la création d'une banque centrale
5. Dans la traduction de J.P. Lassale, *Les institutions des Etats-Unis*, documents réunis et commentés par Jean-Pierre Lassale, coll. "Documents d'études", La Documentation française, Paris, 2001
6. Voir, par exemple, la lettre de James Madison à Robert Walsh du 27 novembre 1819, http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1_9_1s20.html
7. Pour une synthèse complète et critique de la question, on peut se reporter à l'ouvrage de base : *Immigration and refugee law and policy*, Stephen H. Legomsky et Cristina M. Rodriguez, 5th Edition, p. 115 et s., dont le chapitre consacré au sujet débute par une formule évocatrice: « As you will quickly discover, the normal rules of constitutional law simply do not apply », p. 113.
8. Danièle Lochak, « Des droits fondamentaux sacrifiés », in GISTI, *Liberté de circulation : un droit, quelles politiques ?*, 2011.
9. Le terme lui-même est une appellation surtout utilisée par la doctrine. La Cour elle-même utilise plus rarement cette terminologie, même si elle s'y réfère de temps à autre : *Kleindienst v. Mandel* 408 U.S. 753, 766 (1972) ou *Zadvydas v. Davis* 533 U.S. 678,695 (2001).
10. *Doctrine* est le terme américain pour désigner une théorie juridique ou jurisprudentielle.
11. Voir par exemple, pour une définition, Anil Kalhan, article "Plenary power doctrine" dans l'ouvrage collectif, *The Encyclopedia of the Supreme Court*, dir. D. Schultz.
12. 130 U.S. 603
13. « It must be made to the political department of our government, which is alone competent to act upon the subject »
14. "The question whether and upon what conditions these aliens shall be permitted to remain within the United States being one to be determined by the political departments of the Government, the Judicial Department cannot properly express an opinion upon the wisdom, the policy, or the justice of the measures enacted by Congress in the exercise of the powers confided to it by the Constitution over this subject"
15. Certains auteurs ont contesté cette idée, faisant valoir que les solutions adoptées par la Cour ne reflétaient pas tant une conception spécifique du droit des étrangers que les préjugés généraux et transversaux que reflétait l'état du droit à l'époque où ces arrêts ont été rendus (préjugés raciaux, puis politiques): voir Gabriel J. Chin « Is there a plenary power doctrine ? A tentative apology and prediction for our strange but unexceptional constitutional immigration law, » *Georgetown immigration law journal*

16. Dans un autre ordre d'idée, il faut de tout de même rappeler, qu'à la même époque, des lois équivalentes, édictées en France ou en Europe, n'aurait pas davantage étaient contrôlées, en l'absence –générale, cette fois-ci, et non exceptionnelle- de contrôle de constitutionnalité.

17. Voir, pour l'influence de cette théorie sur la stratégie contentieuse des défenseurs des étrangers, l'article de Leila Kwar dans ce dossier

18. *The Japanese Immigrant Case*, 189 U. S. 86, 189 U. S. 100-101 (1903); *Wong Yang Sung v. McGrath*, 339 U. S. 33, 339 U. S. 49-50 (1950); *Kwong Hai Chew v. Colding*, 344 U. S. 590, 344 U. S. 598 (1953) ». cité dans *Mezei* 345 U.S. 212 (1953).

19. *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678,693

20. Moins poussé que celui que la Cour applique en matière de décision fondée sur des critères raciaux – le contrôle maximal ou « strict scrutiny » - le contrôle intermédiaire demeure relativement poussé : c'est celui qui s'applique également en matière de discrimination hommes-femmes.

21. 457 U.S. 202, 230

22. Voir l'article de H. Motomura, dans cette revue

23. Voir Leila Kwar, article *Plyler v. Doe*, *Encyclopedia of the Supreme Court*, ed. David Schultz, ed. 2005.

RÉSUMÉS

La compréhension du cadre constitutionnel de la politique américain de l'immigration est un élément important pour la compréhension de cette politique, en particulier lorsqu'il s'agit de présenter ce sujet à un public français et européen. En effet, si les principes de base du droit constitutionnel américain nous sont généralement connus, le droit de l'immigration y occupe une place à part, qui ne nous est pas nécessairement familière. En ce domaine, les contraintes pesant sur l'activité du législateur américain sont limitées. La Cour suprême a affirmé et conforté la compétence fédérale en matière d'immigration, alors même que cette compétence n'a pas de fondement textuel évident. Elle a théorisé la limitation du contrôle de constitutionnalité en matière de droit l'immigration avec la théorie des « pleins pouvoir » (*plenary power doctrine*) – même si le champ d'application de cette théorie s'est progressivement réduit. L'ensemble de ces aspects contribue à faire du droit de l'immigration un droit à part au sein du système juridique américain.

Understanding the constitutional framework of immigration law in the USA is essential to understand US immigration policy and to compare it to the policies of other countries. If the basic aspects of US constitutional law are usually familiar to us, we are not necessarily aware of the peculiarities of the constitutional background of immigration law in the USA. In this field, the limits to the power of the legislative branch are somewhat weaker than in other areas of the law. Despite the lack of undisputable foundation in the constitutional text, the Supreme Court has firmly held that the power to set immigration rules belongs exclusively to the federal state. The Court has also laid the foundations of the plenary power doctrine, which limits the scope of judicial review in immigration law –even if this limitation has been, in turn, limited. All of this contributes to make immigration law special within the US legal system.

INDEX

Mots-clés : Etats-Unis, droit de l'immigration, politique de l'immigration, droit constitutionnel, contrôle de constitutionnalité, compétence de l'Etat fédéral, théorie des pleins pouvoirs, plenary power doctrine

Keywords : United States, immigration law and policy, constitutional law, judicial review, federalism, plenary power doctrine

AUTEUR

JOHANN MORRI

Magistrat administratif, diplômé de l'université de Californie Davis (LLM)