

# La Cour suprême des États-Unis et le droit des étrangers

## Écrit par

Johann MORRI



Lecturer, Université de Californie Davis School of Law

## RÉSUMÉ

Tout au long de son histoire, la Cour suprême des États-Unis a fait preuve d'une certaine réserve en matière de droit des étrangers. Sa jurisprudence est marquée par une déférence à l'égard du législateur et de l'exécutif. Sur le plan du droit objectif, la Cour a affirmé la compétence fédérale pour réguler l'immigration, dans le silence de la Constitution. Elle a aussi reconnu une large marge de manœuvre au pouvoir législatif dans le cadre de la doctrine du *plenary power*, qui limite le contrôle de constitutionnalité des lois en matière d'immigration, et dans une moindre mesure, reconnaît un large pouvoir d'appréciation à l'exécutif. S'agissant des droits subjectifs, la cour a reconnu les droits procéduraux des étrangers présents sur le territoire. Sa contribution en matière de droits substantiels est plus limitée, même si elle comporte d'intéressants développements en matière de liberté et d'égalité. La présidence Trump, qui aurait pu être l'occasion d'une évolution de la jurisprudence, n'a pas bouleversé la donne, et peut apparaître comme une occasion manquée. Au total, la jurisprudence de la Cour révèle les limites de l'État de droit en matière de protection des étrangers et une conception large de la souveraineté nationale.

Dans beaucoup de domaines, la Cour suprême des États-Unis fait figure de référence. Dans la « Nation d'immigrants » que sont les États-Unis, on pourrait donc s'attendre à trouver, dans le droit des étrangers, les équivalents des grands arrêts qui ont notamment marqué l'« ère Warren » (la période d'activisme jurisprudentiel sous la présidence du *chief justice* Earl Warren, de 1953 à 1969, qui s'est prolongée dans les années 1970) <sup>(1)</sup>.

Or, au cours de son histoire, la Cour suprême a fait preuve, en matière de droit des étrangers et de l'immigration, d'une réserve qui contraste avec l'audace dont elle a fait preuve sur d'autres sujets. Dans l'ensemble, la jurisprudence de la Cour en matière de droit des étrangers est marquée d'une forte déférence à l'égard du législateur fédéral, voire de l'exécutif. Bien qu'elle ait fait l'objet de nombreuses critiques doctrinales, cette déférence n'a jamais été abandonnée, et vient même d'être réaffirmée dans une affaire récente <sup>(2)</sup>.

Cette déférence, toutefois, n'est pas synonyme de « carte blanche ». Dans ses différents domaines d'intervention (droit constitutionnel, interprétation législative, droit administratif), la Cour a posé des limites à la politique migratoire ou aux mesures concernant les étrangers. Ces limites, toutefois, se sont opérées par touches successives. Ces interventions pragmatiques peuvent avoir de grandes conséquences, comme la récente censure de l'abrogation, par l'administration Trump, du programme DACA. Toutefois, elles se prêtent mal à une systématisation qui permettrait d'en dégager des principes clairs.

Dans le domaine du droit des étrangers, la Cour semble se concevoir avant tout comme gardienne du droit objectif (A). Si elle garantit certains droits subjectifs, c'est de façon limitée (B). La récente confrontation de la Cour avec la politique de l'immigration sous la présidence Trump n'a pas bouleversé cet état du droit et, à certains égards, apparaît comme une occasion manquée (C).

## A) La Cour garante du droit objectif

### 1. La primauté fédérale

La première contribution de la Cour au droit des étrangers a porté sur la répartition des compétences entre les États fédérés et l'État fédéral. C'est en effet la Cour qui, dans le silence de la Constitution, a clairement affirmé la prédominance de la compétence fédérale en la matière. La Constitution, si elle donne au Congrès le pouvoir de fixer les règles en matière de « naturalisation », ne mentionne pas la question de l'entrée et du séjour des étrangers dans ses compétences. Il existe bien une clause de la Constitution concernant la « migration » et « l'importation des personnes », mais il est généralement accepté que ce terme recouvrait en réalité la traite des esclaves, la Constitution précisant qu'elle ne pourrait être limitée ou taxée avant l'année 1808<sup>(3)</sup>.

Pendant les premières années d'existence des États-Unis, l'État fédéral et les États fédérés semblent avoir exercé une compétence concurrente en matière d'immigration. En 1798, le législateur fédéral a adopté deux textes permettant provisoirement l'expulsion d'étrangers (*Alien and Sedition acts of 1798*), jusqu'en 1800 et 1801. Par la suite, le Congrès est resté silencieux sur les questions migratoires jusqu'en 1875. Dans les années 1830-1840, certains États côtiers, comme New York, ont entrepris de réglementer, puis de taxer l'arrivée des passagers en provenance d'Europe, notamment dans le but de lutter contre l'arrivée d'« indigents ». Initialement, la Cour ne s'y est pas opposée<sup>(4)</sup>, estimant que cette réglementation se rattachait aux pouvoirs de police des États. Mais elle s'est ensuite ravisée dans deux affaires connues comme les « *Passenger cases* »<sup>(5)</sup>, en rattachant cette compétence à la régulation du commerce avec les nations étrangères, qui relève explicitement de la compétence fédérale.

Malgré cette clarification, des tentations « sectionnalistes »<sup>(6)</sup> se sont régulièrement manifestées, dans des directions opposées. Certains États ont tenté de rendre plus difficile l'immigration régulière ou irrégulière, dans un souci de limiter l'arrivée de groupes réputés indésirables. Une litanie de groupes a ainsi été l'objet de campagnes xénophobes au cours de l'histoire du pays : Irlandais, catholiques, Allemands, Chinois, Japonais, juifs d'Europe centrale, Italiens, Hispaniques, musulmans, etc. À l'inverse, certains États fédérés ont parfois voulu encourager ou protéger l'immigration, soit dans le but de se développer économiquement, soit pour manifester une opposition politique au pouvoir central. Dans les vingt dernières années, par exemple, certains États, comme l'Arizona, ont tenté d'adopter des mesures contre l'immigration. D'autres, comme la Californie, ont au contraire tenté d'enrayer les expulsions, en refusant de collaborer avec les autorités fédérales en matière d'éloignement, dans le cadre du mouvement des États ou cités « sanctuaires ».

Les mesures restrictives prises par l'Arizona ont été censurées par la Cour suprême, dans la mesure où elles intervenaient dans un domaine préempté par la législation fédérale. Dans l'arrêt *Arizona v. United States*, la Cour a ainsi rappelé la compétence fédérale en la matière, indiquant qu'il s'agissait d'un « *pouvoir inhérent à tout État souverain* ». Elle a assorti 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 tout entière (...) Il est fondamental que les pays étrangers préoccupés par le statut, la sûreté et la sécurité de leurs ressortissants aux États-Unis puissent conférer et communiquer sur ce sujet avec un seul État national souverain, et non avec 50 États pris séparément* »<sup>(7)</sup>. S'agissant du mouvement opposé, celui des cités ou États sanctuaires, la Cour suprême ne s'est pas directement prononcée. La question est plus complexe, dans la mesure où elle ne touche pas tant à la question de la préemption, qu'à celle de l'obligation des États de prêter leur concours à l'application des lois fédérales. Or, la Cour a jugé, dans d'autres domaines que le droit des étrangers, que les autorités fédérales ne pouvaient pas contraindre les autorités des États fédérés à prêter assistance à l'application de lois fédérales (théorie désignée sous le nom d'« *anti commandeering doctrine* »).

### 2. La théorie de la « compétence plénière »

La Cour ne s'est pas contentée d'affirmer la compétence fédérale en matière d'immigration. Elle a aussi, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, affirmé le principe selon lequel le législateur fédéral dispose, en matière d'entrée et de séjour des étrangers, d'une très large marge de manœuvre. Cette théorie, à laquelle la doctrine a donné le nom de « *plenary power doctrine* », a été dégagée dans les contentieux concernant la législation - d'inspiration ouvertement xénophobe - destinée à interrompre l'immigration en provenance d'Asie (Chine et dans une moindre mesure Japon) dans la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle. Dans l'affaire *Chae Chan Ping*, 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 États-Unis, mettant fin ainsi de façon unilatérale aux traités conclus avec la Chine en 1868 et 1880<sup>(8)</sup>. La Cour suprême a estimé que « *la proposition selon laquelle le gouvernement des États-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 pouvoir<sup>(9)</sup>. » Et d'ajouter 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. Les griefs devaient « être portés devant la branche politique du Gouvernement, qui est seule compétente pour agir en la matière »<sup>(10)</sup>. 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.

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*<sup>(11)</sup> et *Fong Yue Ting*<sup>(12)</sup>. La Cour était appelée à dire si des mesures de refus d'entrée aux États-Unis (dans le cas de M<sup>me</sup> Ekiu, une ressortissante japonaise qui venait rejoindre son mari aux États-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 a déclaré qu'il n'appartenait pas à l'autorité judiciaire de dire si des étrangers doivent être autorisés à entrer aux États-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 a indiqué 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 quelles conditions ces étrangers peuvent être autorisés à demeurer aux États-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* »<sup>(13)</sup>.

À l'époque où elle a été formulée, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, l'idée du droit des étrangers comme un droit d'exception n'était pas nécessairement en décalage avec les conceptions en vigueur dans d'autres États<sup>(14)</sup>. Il est plus remarquable, en revanche, que cette théorie n'ait jamais été formellement abandonnée par la suite, même si elle a connu des aménagements. En particulier l'idée que dans certains aspects du droit des étrangers, le législateur est le seul à pouvoir déterminer l'étendue des garanties procédurales (« *due process of law* ») a persisté. Ainsi, la Cour a réaffirmé dans un arrêt rendu en 2020 que le législateur dispose d'une complète latitude pour déterminer les droits procéduraux de l'étranger qui sollicite l'admission sur le territoire américain, même dans le cas où cet étranger « *non admis* » a déjà pénétré physiquement sur le territoire américain.<sup>(15)</sup> Cette solution a rallié cinq juges conservateurs, mais aussi deux juges de la minorité libérale qui se sont ralliés à la solution dans une opinion concordante. La Cour a noté qu'il résulte « *d'un siècle de précédents* », que s'agissant d'un étranger qui s'est vu refuser l'admission sur le territoire, « *quelle que soit la procédure autorisée par le Congrès, cette procédure fait figure de « due process » à l'égard de l'étranger concerné* », et que l'admission est un « *privilège* », à l'égard duquel l'étranger n'a pas de droit constitutionnel à faire valoir, « *le pouvoir d'admettre ou d'exclure les étrangers étant une prérogative souveraine* »<sup>(16)</sup>. Dans le même arrêt, la Cour a affirmé que la procédure d'éloignement des étrangers non admis sur le territoire est hors du champ d'application des dispositions constitutionnelles sur *l'habeas corpus*.<sup>(17)</sup>

Ainsi, comme on peut le voir, la Cour semble très attentive à préserver une large marge de manœuvre pour le pouvoir fédéral, et en particulier le législateur.

### 3. La marge d'appréciation de l'exécutif

Plus récemment, la Cour a également affirmé la marge d'appréciation de l'exécutif dans l'application de la législation adoptée par le Congrès. Dans l'affaire dite du « *Muslim ban* », la Cour a validé la mesure réglementaire adoptée par le président Trump, suspendant pour une durée indéterminée l'entrée des ressortissants de certains pays, pour la plupart musulmans ou à majorité musulmane.<sup>(18)</sup> Cette solution reposait en partie sur les circonstances très particulières de l'espèce. En effet, les versions précédentes de cette mesure avaient été censurées à deux reprises par les juridictions fédérales du fond (première instance et appel)<sup>(19)</sup>. La Cour ne s'est pas prononcée sur les deux premières versions, qui ciblaient beaucoup plus nettement les pays musulmans. Elle n'a été saisie que d'une troisième mouture, largement édulcorée, qui incluait certains pays non musulmans, comme le Venezuela, et comportait diverses exceptions qui en amenuisaient la portée. Il reste que, même dans sa version allégée, la mesure mettait en œuvre une promesse électorale dont le caractère discriminatoire avait été ouvertement revendiqué par le président Trump<sup>(20)</sup> - même si l'administration prétendait le contraire devant les tribunaux. Plus que la confirmation de la mesure elle-même, dont la dernière version offrait peu de prise au contentieux, c'est la motivation de la Cour qui retient l'attention. En effet, la Cour a réitéré que l'admission et l'exclusion des étrangers sont « *un attribut fondamental de la souveraineté exercé par les branches politiques du Gouvernement et largement immunisé contre le contrôle judiciaire* »<sup>(21)</sup>. Le contrôle des motifs est particulièrement restreint, l'administration n'ayant à justifier que d'un motif rationnel, c'est-à-dire « *en apparence légitime et de bonne foi* » - le degré le plus faible de contrôle des motifs<sup>(22)</sup>. En concluant que la mesure s'inscrit largement<sup>(23)</sup> dans les bornes du pouvoir d'appréciation reconnu au président par le législateur, la Cour reconnaît l'ampleur de cette marge d'appréciation.

## B) La Cour garante des droits subjectifs

La protection des droits des étrangers par la Cour peut prendre des formes différentes. Le plus important a été celui de la garantie des droits procéduraux (1). En matière de droits substantiels, l'intervention de la Cour a été plus limitée (2). Enfin, certaines interventions ponctuelles de la Cour, tout en se limitant à des solutions d'espèce, ont eu des conséquences pratiques importantes (3).

## 1) La garantie des droits procéduraux

En matière de droits procéduraux, et s'agissant de la composante procédurale de la garantie constitutionnelle du « *due process of law* »<sup>(24)</sup> résultant du 5<sup>e</sup> amendement de la Constitution, la Cour a posé des jalons importants. Ainsi, il est désormais admis que les étrangers entrés sur le territoire américain doivent bénéficier de procédures garantissant les droits de la défense en matière de mesures administratives, et ce quel que soit leur statut. Cette garantie s'applique « à toutes les « personnes » à l'intérieur des États-Unis, y compris les étrangers, que leur présence soit légale, illégale, temporaire ou permanente ».<sup>(25)</sup> Bien que cette solution ait été écornée par le récent arrêt *Thurassigiam*, elle reste valide sur le principe.

Ces garanties procédurales ne se limitent pas aux procédures administratives. Dans une des décisions les plus innovantes rendues en matière de droits des étrangers au cours de ces dernières décennies, *Padilla v. Kentucky*, la Cour a jugé que, lorsqu'une condamnation pénale serait de nature à entraîner, en plus de la sanction pénale principale, un éloignement ou une interdiction du territoire, des garanties particulières devaient s'imposer<sup>(26)</sup>. Le 6<sup>e</sup> amendement de la Constitution garantit l'assistance d'un avocat en matière pénale. La Cour a jugé de longue date que cette assistance ne devait pas être purement formelle, mais effective, ce qui impose que l'avocat ait exercé son assistance avec compétence et diligence<sup>(27)</sup>. Dans *Padilla*, la Cour décide que l'assistance effective de l'avocat doit aussi comprendre une information de l'accusé sur les conséquences d'une condamnation pénale en matière d'entrée et de séjour, notamment avant tout plaider-coupable.<sup>(28)</sup>

## 2) Des interventions plus limitées en matière de droits substantiels

En matière de droits substantiels, la portée des interventions de la Cour a varié.

S'agissant des étrangers non admis ou en situation irrégulière, la question la plus fréquente a été celle des limites à la détention dans l'attente de l'éloignement. Le principe de liberté est l'une des composantes du volet substantiel de la garantie générale du *due process of law* contenue dans le 5<sup>e</sup> amendement. Or, face à l'invocation de ce principe de liberté pour limiter ou encadrer la rétention des étrangers en instance d'éloignement, la Cour a fait preuve d'un certain byzantinisme. Initialement, la Cour avait jugé, dans les années 1950, qu'en raison de la théorie des « *compétences plénières* » en matière d'immigration, la détention indéfinie d'un étranger aux frontières n'était pas inconstitutionnelle<sup>(29)</sup>. S'agissant cette fois d'un étranger présent sur le territoire et en instance d'éloignement pour séjour irrégulier, la Cour a jugé que la privation de liberté ne peut excéder la durée raisonnablement nécessaire à l'éloignement de l'étranger, lorsque cette détention fait suite au prononcé d'une décision d'éloignement définitive<sup>(30)</sup>. Mais, en 2003, la Cour a distingué cette situation de celle de l'étranger ayant commis certaines infractions pénales et retenu jusqu'à l'issue de la procédure juridictionnelle d'éloignement fondée sur ces infractions : dans ce cas, la Cour a relevé que la détention/rétention ne méconnaissait pas la Constitution<sup>(31)</sup>. La Cour a été à nouveau saisie de la question dans une affaire récente, *Jennings v. Rodriguez*, mais n'y a pas apporté de réponse de principe. La cour d'appel fédérale du 9<sup>e</sup> circuit, utilisant la technique de l'interprétation conforme, avait interprété la loi fédérale pour considérer que toute détention au-delà de six mois nécessitait l'intervention d'un juge pour décider de la possibilité d'une liberté sous caution. La cour d'appel estimait qu'une autre interprétation aurait méconnu la constitution. Mais la Cour Suprême s'est contentée de censurer la solution de la cour d'appel, en estimant que celle-ci avait dénaturé la portée de la loi interprétée.

C'est sur le terrain du principe d'égalité entre les étrangers présents sur le territoire et les citoyens que la Cour est intervenue de la façon la plus nette<sup>(32)</sup>. En 1971, dans *Graham v. Richardson*<sup>(33)</sup>, la Cour a posé le principe selon lequel les différences de traitement à l'égard des étrangers en situation régulière sont soumises au degré de contrôle le plus strict (« *strict scrutiny* »). Dans cet arrêt, la Cour a prolongé sa jurisprudence traditionnelle qui considère que sont « *intrinsèquement suspectes et sujettes à un contrôle accru* » les différences de traitement opérées à l'égard de minorités raciales, estimant que les différences de traitement contre les étrangers entraient aussi dans cette catégorie des classifications « *suspectes* » : dans les deux cas, il s'agit d'un groupe minoritaire qui ne peut totalement compter sur le processus politique pour garantir ses droits<sup>(34)</sup>. Faisant application de ce principe, la Cour a censuré les lois de certains États fédérés excluant les étrangers de prestations sociales ou posant une condition de résidence de 15 ans pour les étrangers souhaitant accéder à ces prestations<sup>(35)</sup>. Elle a également censuré des textes refusant aux étrangers l'accès aux emplois publics locaux<sup>(36)</sup>, leur refusant l'accès à la profession d'avocat<sup>(37)</sup>, ou le bénéfice des bourses d'enseignement supérieur<sup>(38)</sup>. En revanche, la Cour a admis des différences dans les domaines rattachés à l'exercice de la souveraineté, comme le droit de vote, l'accès à certaines fonctions publiques d'autorité, comme officier de police, à la seule condition qu'elles soient fondées sur un motif rationnel.<sup>(39)</sup> Cette exception a été aussi reconnue pour des limites à la fonction d'enseignant public du premier et second degrés<sup>(40)</sup>, mais pas pour les fonctions de « *notary public* » qui, aux États-Unis, ne comportent que des prérogatives très limitées<sup>(41)</sup>.

S'agissant des mesures opérées à l'encontre des étrangers en situation irrégulière, la Cour a déclaré inconstitutionnelle une loi de l'État du Texas qui

soumettait la scolarisation des enfants étrangers en situation irrégulière à l'école publique à une contribution financière de leurs familles<sup>(42)</sup>. Tout en refusant d'appliquer le degré de contrôle maximal de l'arrêt *Richardson*, la Cour a néanmoins estimé que la mesure ne pouvait se réclamer d'un motif rationnel, dans la mesure où, en privant les enfants de l'accès à l'éducation, elle ne pouvait que favoriser l'illettrisme, le chômage et la délinquance<sup>(43)</sup>. En revanche, la Cour a estimé qu'aucun principe constitutionnel ne faisait obstacle à ce que des enfants dont les parents étrangers avaient été placés en centre de rétention, soient confiés temporairement à des institutions de protection de l'enfance, plutôt qu'à la garde de leur famille élargie ou de proches<sup>(44)</sup>.

Au total, sur le terrain de la garantie des droits, l'absence la plus remarquable est celle de toute protection du droit à la vie familiale, principe qui a joué un rôle essentiel dans la régulation et la structuration des politiques migratoires en France et en Europe. À la différence des juridictions françaises ou de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour ne disposait pas d'un fondement textuel spécifique pour affirmer un tel principe. Certes, l'absence d'un tel fondement n'a pas empêché la Cour, dans d'autres domaines que le droit des étrangers, de garantir des droits substantiels non énumérés, comme le droit à la vie privée<sup>(45)</sup> et le droit à l'interruption volontaire de grossesse<sup>(46)</sup>. Mais la controverse autour de ces décisions et, plus largement, autour de la notion de *substantial due process* (la reconnaissance de droits constitutionnels substantiels nouveaux rattachés à la garantie du *due process of law* des 5<sup>e</sup> et 14<sup>e</sup> amendements) a sans doute joué un rôle pour dissuader la Cour de développer de nouveaux droits constitutionnels ou étendre plus largement les droits existants aux étrangers.

### 3) Des décisions d'espèce d'une grande portée concrète

Les interventions les plus décisives de la Cour en matière de droit des étrangers ne prennent pas toujours la forme de décisions de principe. Certaines décisions d'espèce peuvent en effet avoir des conséquences de très grande portée, comme on a pu en voir un exemple emblématique dans l'affaire du programme DACA<sup>(47)</sup>. Le programme DACA (*Deferred Action for Childhood Arrivals*) est un programme au bénéfice des jeunes étrangers, mis en place sous la présidence Obama. Adopté en 2012, il suspend les mesures d'éloignement à l'encontre de certains étrangers entrés mineurs, leur offrant un statut temporaire et une autorisation de travail. Faute d'accord du Congrès, ce programme n'a jamais pu se transformer en régularisation définitive, mais il a bénéficié à 700 000 étrangers, dont le sort dépend du maintien de ce programme. Or, après avoir longtemps soufflé le chaud et le froid, le président Trump avait décidé de mettre un terme à ce programme en 2017. Cette mesure a été aussitôt contestée par une coalition d'organisations et suspendue par les juridictions fédérales<sup>(48)</sup>.

La Cour Suprême a annulé en 2020 le retrait du programme DACA. Le motif de l'annulation ne reposait pas sur une considération d'ordre constitutionnel ou sur la reconnaissance d'un droit substantiel que les intéressés auraient pu opposer à l'administration. La Cour, en effet, s'est bornée à opérer un contrôle des motifs, reposant sur les règles du droit administratif. Ces règles, issues de la loi sur la procédure administrative (*Administrative Procedure Act*, adopté en 1946, qui forme l'ossature du droit administratif fédéral), interdisent à l'administration de prendre des mesures « arbitraires » (*arbitrary and capricious*). Ce contrôle est en théorie un des degrés de contrôle les plus faibles qui puissent s'exercer sur une mesure administrative. Mais, comme l'erreur manifeste d'appréciation française, le juge en fait parfois une application plus stricte que son intitulé ne peut le suggérer. En l'espèce, sans se prononcer sur l'opportunité ou la légalité du programme DACA lui-même, la Cour a estimé que les explications avancées par l'administration pour justifier le retrait du programme étaient très insuffisantes. La Cour a relevé que l'administration avait notamment omis de prendre en compte des aspects très importants du problème qui lui était soumis, et en particulier celui de la « confiance légitime »<sup>(49)</sup> des étrangers ayant bénéficié du programme pendant des années. Faute d'avoir opéré une balance entre les différents intérêts en présence, l'administration avait donc pris une décision arbitraire. La décision prise par la Cour ne décidait pas du sort final du programme, l'administration n'ayant que l'obligation de se prononcer à nouveau. Mais, d'une part, elle a constitué un désaveu important de la part de la Cour, et notamment du *chief justice* Roberts, qui s'est joint pour l'occasion à la minorité libérale pour censurer une mesure emblématique du président Trump. D'autre part, la décision a permis le maintien provisoire du programme, offrant un répit essentiel à ses 700 000 bénéficiaires. Ce répit a permis la survie du programme jusqu'à l'élection du président Biden, dont une des premières mesures a été le maintien du DACA<sup>(50)</sup>.

## C) Conclusion : La présidence Trump, une occasion manquée ?

Les crises politiques testent la solidité des institutions et des principes juridiques. À cet égard, elles peuvent agir comme un révélateur. La présidence Trump a été un moment critique pour l'histoire du droit des étrangers aux États-Unis, car c'était la première fois dans l'histoire récente qu'un président était élu sur un programme dont l'un des éléments centraux était la limitation générale de l'immigration, légale et illégale. Ce parti pris « nativiste » (pour reprendre le terme américain) était symbolisé par le projet de construction d'un mur avec le Mexique, et par d'autres promesses emblématiques, comme le « *muslim ban* ». Au-delà de ces mesures emblématiques, il s'est traduit par une succession de mesures anti-migratoires, dans tous les domaines relevant de la compétence exécutive : rétention, séparation des familles, asile, immigration de travail, etc. Ce moment de tension aurait pu conduire à certaines clarifications sur le droit des étrangers aux États-Unis, en donnant l'occasion à la Cour suprême de définir plus nettement les limites, notamment constitutionnelles, de la politique de lutte contre l'immigration, ou de renouveler le cadre théorique de son contrôle. Dans l'ensemble, cette clarification n'a pas eu lieu, malgré une intense activité des juridictions fédérales.

Les raisons en sont multiples. Certaines ne sont pas forcément négatives, et tiennent au rôle essentiel qui a été joué par les juridictions de première instance et d'appel. En censurant à de nombreuses reprises les mesures de l'administration Trump, ces juridictions fédérales du fond ont tué dans l'oeuf certaines des mesures les plus controversées de l'administration. Considéré dans son ensemble, le pouvoir judiciaire a joué son rôle de contre-pouvoir effectif. Le « *muslim ban* », par exemple, n'est parvenu à la Cour que dans une version très remaniée, après avoir été retoqué à deux reprises par les juridictions inférieures. D'autres raisons sont liées aux changements dans la composition de la Cour. En ayant l'occasion de nommer trois juges sur neuf, le président Trump a été en mesure de renforcer l'orientation conservatrice de la Cour suprême. Le recentrage du *chief justice* Roberts, qui a notamment fourni la voix décisive pour la survie du programme DACA, ne suffira sans doute pas à contrecarrer cette évolution. Dans l'ensemble, les juges conservateurs qui dominent désormais la Cour se satisfont du souverainisme migratoire traditionnellement affiché par la Cour.

Il reste que, quelles qu'en soient les raisons, la réitération du particularisme du droit des étrangers par la Cour est révélatrice des limites de l'État de droit en la matière, et d'une conception large de la souveraineté nationale.

(1): Voir, pour un bilan nuancé de l'activité de la Cour en matière de droits procéduraux des étrangers durant cette période, R. Aldana et T. O'Donnell, « A Look Back at the Warren Court's Due Process Revolution Through the Lens of Immigrants », *McGeorge Law Review*, volume 51, p. 633 (2019-2020)

(2): *Department of Homeland Security v. Thuraissigiam*, 591 U.S. \_\_\_ (2020)

(3): Constitution des États-Unis, article I, section IX, clause 1

(4): *New York v. Miln*, 36 U.S. 102 (1837)

(5): Constitution des États-Unis, article I, section VIII, clause 3

(6): Ce terme désigne aux États-Unis les tendances centrifuges ou régionalistes des États fédérés.

(7): *Arizona v. United States*, 567 U.S. 387 (2012)

(8): *Chae Chan Ping*, 130 U.S. 581 (1889)

(9): *Chae Chan Ping*, 130 U.S. 581, 603 (1889)

(10): *Id.*

(11): *Ekiu v. United States* 142 U.S. 651 (1892)

(12): *Fong Yue Ting* 149 U.S. 698 (1893)

(13): *Fong Yue Ting* 149 U.S. 731.

(14): À la même époque, en France, on décrivait le droit des étrangers comme un droit de « haute police ».

(15): *DHS v. Thuraissigiam*, *op. cit.*

(16): *DHS v. Thuraissigiam*, *op. cit.*, citant *Landon v. Plasencia*, 459 U.S. 21, 32 (1982)

(17): *Department of Homeland Security v. Thuraissigiam*, *op. cit.*

(18): *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. \_\_ (2018)

(19): Voir, sur la phase initiale du contentieux : Johann Morri, « Décret anti-immigration : La justice oblige le président des États-Unis à revoir sa copie », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, Publié le 2 mars 2017, consulté le 25 janvier 2021. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3023> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.3023>

(20): Dans un communiqué de presse du 7 décembre 2015, publié sur son site, le candidat Trump avait appelé à l'« arrêt total et complet de l'entrée de musulmans aux États-Unis ».

- (21): *Trump v. Hawaii, op. cit.*, citant *Fiallov. Bell*, 430 U. S. 787, 792 (1977)
- (22): *Trump v. Hawaii, op. cit.*
- (23): La Cour utilise le terme « *squarely* » qui signifie littéralement « carrément », et par extension, nettement, sans conteste.
- (24): Malgré son intitulé « processuel », la garantie constitutionnelle du « *due process of law* » contient un volet procédural, mais aussi un volet substantiel.
- (25): *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 693 (2001) ; *Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei*, 345 U.S. 206, 212 (1953)
- (26): *Padilla v. Kentucky*, 559 U.S. 356 (2010)
- (27): *Strickland* 466 U.S. 668 (1984)
- (28): *Padilla v. Kentucky, op. cit.*
- (29): *Shaughnessy v. U.S. ex rel. Mezei* 345 U.S. 206 (1953)
- (30): *Zadvydas v. Davis*, 2001, *op. cit.*, pour un étranger déjà admis sur le territoire ; solution ensuite étendue à certains étrangers non admis sur le territoire, *Clark v. Martinez*, 543 U.S. 371 (2005)
- (31): *Demore v. Kim*, 538 U.S. 210 (2003)
- (32): Voir, généralement, E. Chemerinsky, *Constitutional law*, 3<sup>e</sup> édition, Aspen, 2006, p. 766-776
- (33): *Graham v. Richardson* 403 U.S. 365 (1971)
- (34): Cette jurisprudence est issue d'une note de bas de page dans l'arrêt *U.S. v. Carolene Product Co.*, 304 U.S. 144, 152-153, note 4 (1938) et a été reprise et développée dans de nombreux arrêts.
- (35): *Id.*
- (36): *Sugarman v. Dougal* 413 U.S. 634 (1973)
- (37): *In re Griffith* 413 U.S. 717 (1973)
- (38): *Nyquist v. Mauclet* 432 U.S. 1 (1977)
- (39): *Foley v. Connelie* 435 U.S. 291 (1978)
- (40): *Ambach v. Norwick* 441 U.S. 68 (1979)
- (41): *Bernal v. Fainter* 467 U.S. 216 (1984)
- (42): *Plyler v. Doe* 457 U.S. 202 (1982)
- (43): *Plyler v. Doe* 457 U.S. 202, 241 (1982)
- (44): *Reno v. Flores* 57 U.S. 292 (1993)
- (45): *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965)
- (46): *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973)
- (47): *DHS v. University of California* 591 U.S. \_\_ (2020)
- (48): Une des organisations ayant contesté le retrait du DACA est l'université de Californie, à laquelle l'auteur de cet article est affilié.

(49) : La Cour utilise le terme de *legitimate reliance*, qui renvoie à la notion d'intérêts légitimes et de sécurité juridique.

(50) : Voir le communiqué présidentiel du 20 janvier 2021 : <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/01/20/preserving-and-fortifying-deferred-action-for-childhood-arrivals-daca/>

### Citer cet article

Johann MORRI. « La Cour suprême des États-Unis et le droit des étrangers », Titre VII [en ligne], n° 6, *Le droit des étrangers*, avril 2021. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-cour-supreme-des-etats-unis-et-le-droit-des-etrangers>