

COUR SUPRÊME DES ÉTATS-UNIS : Suspension partielle de la très contestée législation sur l'immigration irrégulière adoptée par l'Arizona

Dans un arrêt du 25 juin 2012, la Cour suprême des États-Unis a suspendu plusieurs dispositions d'une loi sur l'immigration irrégulière. Adoptée par l'Arizona, cette législation fut au centre d'une intense polémique. La solution de la Cour repose essentiellement sur des considérations liées aux répartitions des compétences entre les États fédérés et le pouvoir fédéral. Tout en parvenant à un résultat mi-figue mi-raisin, la Cour éclaire néanmoins divers enjeux liés au traitement des minorités et à la politique de l'immigration.

Lire le texte intégral sur [le site de la Revue des Droits de l'Homme](#)

Une loi de l'Etat 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 (NB : aux Etats-Unis, les Etats et les collectivités locales, telles que les « comtés », emploient l'essentiel des effectifs de police. Les attributions et les effectifs de la police fédérale sont plus limités). Avant même son adoption, cette loi a déclenché d'importantes [polémiques](#). Les associations de défense des droits de l'homme, telles que l'ACLU, les représentants de la communauté hispanique, et une grande partie de l'opinion américaine, y ont vu le signe d'une surenchère politique de la part des segments les plus conservateurs de la société et un dangereux précédent juridique. Le risque de contrôle au faciès (inclus dans la notion plus large de « [racial profiling](#) »), et en particulier de harcèlement policier de la communauté « *latino* », très présente dans l'état frontalier que constitue l'Arizona, a en particulier été souligné (cf. le cas du [comté de Maricopa et de son shériff](#), pour lesquels une instance judiciaire est en cours).

Les ingrédients du problème sont bien connus. D'une part, la question du traitement des minorités par les services de police est toujours extrêmement sensible aux Etats-Unis, où il existe une lourde histoire de discrimination en fait et en droit de groupes minoritaires, mais aussi de combat contre ces discriminations par les voies juridiques – les différentes lois sur les droits civiques, dont celle de 1965 – et politiques – le [mouvement des droits civiques](#). D'autre part, la loi de l'Arizona intervenait dans un contexte de blocage persistant sur la réforme de l'immigration au niveau fédéral, à propos de laquelle aussi bien le président Bush junior que le président Obama se sont heurtés à un mur (pour aller plus loin, voir données chiffrées du le [Congressional Budget Office](#) – l'équivalent de la Cour des Comptes – et, sur les termes du débats, [l'excellente synthèse du service de recherche du Congrès](#) réalisée et mise à jour annuellement par Mme Ruth Helen Wasem). On peut rappeler que d'après le *Department of Homeland Security*, environ 21,6 millions d'étrangers résident sur le territoire américain, dont environ la moitié – 10,8 millions – seraient en situation irrégulière (chiffres extraits de l'étude de R.H. Wasem, précitée).

Toutefois, même si la décision de la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire [Arizona v. United States](#) a été largement analysée au regard de ce contexte – traitement des minorités et/ou politique de l'immigration –, la décision ne porte, par elle-même, que sur **l'application des principes classiques d'articulation des compétences des Etats et du pouvoir fédéral** (voir, *mutatis mutandis*, le cas du contentieux sur l'assurance santé : [ADL du 15 juillet 2012](#) sur Cour suprême des États-Unis, 28 juin 2012, [National federation of independent business v. Sebelius](#), 567 U. S. ____ (2012), Docket File N° 11-398).

I – Une application assez classique des règles de répartition des compétences entre Etats de l'Union et Etat fédéral

Le président Obama avait exprimé, au cours du débat, son désaccord avec la loi SB 1070. Peu après l'adoption de la loi, le gouvernement fédéral a engagé, devant la District Court (la juridiction fédérale de première instance), une action visant à obtenir une injonction destinée à empêcher la mise en œuvre la loi – l'équivalent d'une demande de suspension –, au motif qu'elle empiétait sur les compétences de l'Etat fédéral – s'agissant d'un domaine « *préempté* » par le droit fédéral.

La juridiction de première instance, puis la cour d'appel fédérale du 9^{ème} circuit, ont fait droit à cette demande, en suspendant quatre dispositions de la loi. La première disposition suspendue était la section 3 de la loi instituant, dans le droit de l'Arizona, un délit de non-inscription sur le fichier fédéral des étrangers. La deuxième disposition était la section 5 C, qui punissait de peines délictuelles le fait, pour un étranger en situation irrégulière, de chercher du travail ou d'exercer une activité salariée dans l'Etat de l'Arizona. La troisième était la section 6, autorisant les autorités de police locales à procéder, sans avoir à justifier d'un mandat, à l'arrestation de toute

personne dont l'officier de police a des raisons suffisantes de croire (« *probable cause to believe* ») qu'elle se trouve dans une situation de nature à justifier une mesure d'éloignement du territoire des Etats-Unis. La dernière disposition suspendue était la section 2 B, faisant application aux autorités de police procédant à un contrôle, une détention ou une arrestation, de se mettre en rapport avec les autorités fédérales pour vérifier la situation de la personne concernée au regard des lois fédérales sur l'immigration.

La Cour suprême, à une assez large majorité de cinq voix (Roberts, Kennedy, Ginsburg et Breyer) contre trois (Scalia, Thomas, Alito), **confirme la suspension de trois dispositions sur quatre** (Elena Kagan n'a pas pris part au vote en raison des responsabilités précédemment exercées au sein du ministère de la justice). Le raisonnement de l'opinion majoritaire rédigée par le juge Kennedy peut être synthétisée de la manière suivante (NB : le passage qui suit s'appuie très largement sur l'*abstract* de l'arrêt, même s'il n'en est pas la traduction littérale).

1°/- La compétence « *large et incontestable* » de l'Etat fédéral en matière de fixation des règles sur l'immigration et le statut des étrangers trouve son fondement constitutionnel, d'une part, dans le pouvoir explicitement reconnu au Congrès de « *fixer des règles uniformes en matière de naturalisation* » (Art. I, section 8, cl. 4 de la Constitution) et, d'autre part, dans le pouvoir inhérent à tout Etat souverain de conduire les relations internationales (« *inherent sovereign power to control and conduct foreign relations* » – voir, sur ce point, [Toll v. Moreno](#), 458 U.S. 1, 10). Cette compétence a été exercée de façon extensive et selon des modalités complexes. La loi fédérale fixe, notamment, les catégories d'étrangers qui ne peuvent être légalement admis sur le territoire des Etats-Unis ([8 U.S.C. § 1182](#)). Elle fait obligation aux ressortissants étrangers d'être enregistrés auprès des autorités fédérales et de pouvoir justifier, par des documents adéquats, de leur statut au regard de la loi (§§ 1304 (e), 1306(a)). Elle impose des sanctions contre les employeurs d'étrangers en situation irrégulière (§ 1324a). Elle fixe les catégories d'étrangers pouvant faire l'objet d'une mesure d'éloignement et les conditions procédurales d'un tel éloignement (§1227). Il importe de préciser que l'éloignement n'est pas une sanction pénale mais une mesure « *civile* » – comprendre : administrative – pour laquelle les autorités administratives disposent d'un large pouvoir discrétionnaire. Le soin d'édicter ces mesures est confié à une administration spécialisée, l'ICE ([Immigration and Customs Enforcement](#) – dont l'acronyme signifie « *Glace* »), qui relève du ministère de l'Intérieur. L'ICE assure notamment le fonctionnement du « *Law Enforcement Support Center* » (le « *Centre d'appui aux services de police* ») qui a pour mission de fournir des informations aux autorités fédérales, étatiques et locales sur la situation juridique des individus au regard des lois sur l'entrée et le séjour.

2°/- La « *clause de suprématie* » (NB : « [Supremacy clause](#) » : [la disposition de la Constitution qui consacre la suprématie de la Constitution et du droit fédéral](#)) confie au Congrès **le pouvoir de préempter le droit des Etats de l'Union**. Une loi fédérale peut contenir des dispositions qui préemptent expressément un domaine (la préemption expresse ou explicite). Mais le droit fédéral doit également prévaloir sur le droit des Etats dans deux autres hypothèses. En premier lieu, les Etats sont privés du pouvoir de réguler un domaine lorsque le Congrès a – implicitement mais nécessairement – déterminé qu'il devait être régi de façon exclusive par le droit fédéral (voir par exemple [Gade v. National Solid Waste Management Assn.](#), 505 U.S. 88, 115). L'intention du Congrès en ce sens peut être déduite de l'existence d'un dispositif législatif si complet et achevé qu'il n'a laissé aucune place à la législation des Etats pour le compléter ou en combler les manques (la formule exacte est « *so pervasive... that Congress left no room for States to supplement it* » : le terme « *pervasive* », qui signifie littéralement pénétrant, n'a pas d'exact équivalent dans le vocabulaire juridique français) ou lorsque l'intérêt fédéral sur un sujet donné est si prédominant que l'on peut présumer que l'Etat fédéral a entendu se réserver une compétence exclusive sur ce sujet (la préemption par matière ou par domaine – voir [Rice v. Santa Fe Elevator Corp.](#), (1947) 331 U.S. 218,230). En second lieu, la préemption du droit étatique par le droit fédéral se produit également lorsque les lois des Etats sont en conflit ou en contradiction avec le droit fédéral, y compris dans l'hypothèse où elles sont en contradiction avec le but de la loi fédérale ou font obstacle à l'accomplissement de ses objectifs (préemption de conflit – v. [Hines v. Davidowitz](#), (1941) 312 U.S. 52,67).

3°/- Après avoir rappelé ces principes, la Cour juge que les sections 3, 5 (c) et 6 de la loi sont préemptées par le droit fédéral :

- La section 3 empiète sur le domaine de l'enregistrement des étrangers présents sur le territoire des Etats-Unis et de la tenue du fichier correspondant, domaine dans lequel le droit fédéral a fixé l'ensemble des règles applicables et a énoncé un dispositif si complet qu'il ne laisse aucune place aux Etats pour le compléter. **Le système de règles fédérales organisant un fichier des étrangers se suffit à lui-même**, et ne laisse aucune place à la création de fichiers par les autorités locales ou par les Etats.

- La section 5 (c), relative aux sanctions pénales, est en contradiction avec le dispositif fédéral de sanction du séjour irrégulier et fait obstacle à sa mise en œuvre. La loi sur la réforme et le contrôle de l'immigration de 1986 (« *immigration and control act* », IRCA), qui constitue dispositif complet et cohérent de sanctions contre le travail clandestin, sanctionne pénalement le fait d'employer un étranger en situation irrégulière et oblige les employeurs à vérifier le statut de leurs salariés. Il prévoit des sanctions pénales et administratives contre les employeurs, mais, à l'inverse, ne prévoit que des sanctions administratives ou civiles contre les salariés. **Il résulte à la fois de**

l'économie générale du dispositif et de ses travaux préparatoires que le Congrès a estimé que des sanctions pénales contre les salariées n'étaient pas justifiées. Ainsi, alors même qu'il n'exclut pas expressément l'instauration de telles sanctions, **l'IRCA fait obstacle à leur instauration par les Etats.**

- En autorisant les autorités de police locales ou celles des Etats à procéder à l'arrestation, sans mandat, de certains étrangers suspectés d'être en séjour irrégulier sur le territoire américain, le § 6 constitue également un obstacle à l'application du droit fédéral. **Il n'existe, pas de façon générale, de règle faisant du séjour irrégulier un délit susceptible de sanctions pénales.** Par ailleurs, les règles fédérales prévoient les hypothèses dans lesquelles une mesure privative de liberté est nécessaire pendant le temps nécessaire à la mise en œuvre d'une procédure d'éloignement. Dans certains cas, le ministère de la Justice (l' « *Attorney general* ») peut émettre un mandat dont l'exécution devra être assurée par des services de police fédérale spécialisés. En l'absence d'émission d'un mandat fédéral, ces services ne peuvent procéder à une arrestation que dans des hypothèses limitées, par exemple lorsqu'il existe des risques de fuite (voir [8 USC § 1357\(a\) 2](#)). La section 6 de la loi SB 1070 confère aux autorités de police locales ou à celles des Etats des pouvoirs d'arrestation et d'interpellation plus étendus que ceux dont dispose la police fédérale. **Un tel dispositif est en contradiction avec celui qui a été instauré et voulu par le Congrès.** Même si le droit fédéral a prévu le principe d'une coopération entre autorités locales et fédérales pour l'identification et l'éloignement des étrangers en situation irrégulière, cette coopération ne va pas jusqu'à permettre aux autorités de police locales de prendre, de façon unilatérale, une décision d'arrestation.

4°/- En revanche, la Cour estime qu'en l'état, **il n'existait pas suffisamment d'éléments justifiant la suspension du § 2 (B), qui exige des autorités de police locales, dans certaines circonstances, de vérifier auprès des autorités fédérales la régularité du séjour de la personne interpellée à l'occasion d'un contrôle.** La Cour n'exclut pas que l'application de ces dispositions puisse poser des problèmes de constitutionnalité dans l'avenir (NB : le droit constitutionnel américain permet non seulement de contester la constitutionnalité ou la légalité une disposition *in abstracto*, mais aussi telle qu'elle est appliquée en pratique – « *as applied* » – : par exemple, on peut contester l'application discriminatoire d'une loi en apparence de portée générale). Mais elle considère qu'il convient, sur ce point précis, **d'attendre de connaître l'interprétation que feront les juridictions de l'Etat de l'Arizona de la disposition en cause, ou de disposer d'éléments factuels sur la façon dont la loi sera, en pratique, appliquée.**

Elle précise notamment que la seule circonstance que la loi fasse obligation aux autorités locales de police de procéder à une vérification n'entre pas en conflit avec le droit fédéral, dans la mesure où le Congrès a d'ores et déjà prévu et encouragé le partage d'information entre autorités locales et fédérales (voir 8 USC §§ 1357 (g)(10)(a), 1373 (c)). En revanche, elle relève que **si la loi allait au-delà du partage d'information, et était interprétée ou appliquée comme permettant aux autorités de police locale de détenir ou retenir les personnes concernées le temps nécessaire à la vérification de leur statut, cela poserait des problèmes de constitutionnalité.** Elle estime, toutefois, qu'une autre interprétation est possible, et qu'on peut estimer qu'en réalité, la loi ne met à la charge des autorités locales que l'obligation d'engager une procédure de vérification, sans leur permettre de retenir les personnes le temps nécessaire à la vérification.

Au total, donc, **la décision de la Cour dessine des frontières assez subtiles entre compétences préemptées et non préemptées.** Elle confirme la suspension de dispositions importantes de la loi, mais laisse subsister une disposition essentielle – l'information systématique des autorités fédérales. Ce résultat mi-figue mi-raisin explique que les commentaires aient été assez variés sur l'appréciation de la portée de la décision, même si cela n'a, il est vrai, rien d'inhabituel (voir, pour l'avis de différents universitaires américains, le [symposium en ligne du site *Scotusblog*](#)).

II – Une mise au point et des interrogations

1°/- La source du pouvoir fédéral de régulation de l'immigration précisée par la Cour

Sur un point au moins, mais d'ordre essentiellement théorique, la Cour apporte une intéressante confirmation : **le fondement constitutionnel du pouvoir fédéral en matière d'immigration.**

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 ? Il faut rappeler, comme à l'accoutumée, que dans le système fédéral américain, l'Etat fédéral ne bénéficie, en principe, que des pouvoirs limitativement énumérés par la Constitution, le reste des pouvoirs étant dévolu aux Etats. Or, aucune des dispositions de la Constitution ne fait de référence explicite à la politique migratoire ou au statut des étrangers (sauf une, mais les travaux préparatoires suggèrent que le terme « *migration* » s'appliquait en fait à la traite des esclaves – cf. article I, §9, cl.1). Une interprétation stricte et purement littérale pourrait donc aboutir à la conclusion que les seuls les Etats sont compétents en la matière. 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 temps (on peut voir, pour une synthèse complète et critique de la

question, l'ouvrage de base, d'ailleurs cité par la Cour dans son arrêt : *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).

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)), au pouvoir de définir les règles de naturalisation, ou aux pouvoirs de guerre. D'autres arrêts ont développé la théorie selon laquelle ce pouvoir 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 –, d'une part, et qu'il est implicitement contenu dans les attributions déjà reconnues à l'Etat fédéral, d'autre part (voir, the *Chinese Exclusion Case : Chae Chang Ping v. United States* 130 U.S. 581 (1889) et *Ekiu v. United States* 142 U.S. 651 (1892) et *Fong Yue Ting v United States* 149 U.S. 698, qui fait référence à Vattel et Ortolan). Au passage, on peut préciser que même si l'interprétation « vattellienne » est aujourd'hui très largement admise, c'est loin d'avoir été toujours le cas dans le passé, y compris au début du XXème siècle (voir la mise au point contenue dans l'étude de Danièle Lochak, « *Des droits fondamentaux sacrifiés* », in GISTI, *Liberté de circulation : un droit, quelles politiques ?*, 2011).

Dans *Arizona v. United States*, la Cour combine ces deux références, et **fait à la fois mention de la clause de naturalisation – 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 du pouvoir inhérent à tout Etat souverain**. Par ailleurs, il est intéressant de comparer le raisonnement de la Cour avec l'opinion dissidente du juge Scalia qui tente, dans une longue chevauchée solitaire dont il est coutumier, de démontrer qu'historiquement, les Etats de l'Union disposaient de compétences significatives en matière de régulation de l'immigration et qu'il les ont conservées après l'entrée en vigueur de la 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.

2°/- La question de l'application discriminatoire reste entièrement ouverte

En revanche, la Cour ne prend pas partie sur une question concrète essentielle, qui était au cœur des préoccupations des opposants à la loi : **la question de l'application discriminatoire**. Elle ne l'évoque que pour indiquer qu'elle ne la tranche pas et que ce soin reviendra aux juridictions du fond. Comme l'évoque un des commentateurs de l'arrêt et spécialiste du droit de l'immigration, le doyen Kevin Johnson, la Cour n'a eu, sur ce point, qu'à tendre la perche saisie par les parties, car le gouvernement fédéral avait explicitement indiqué qu'il n'entendait pas, à ce stade, faire porter son argumentation sur la thématique du « *racial profiling* » (« *The Justices eagerly seized on the admission that racial profiling was not at issue in the case to duck the race issue and write a treatise like opinion on federal preemption* », [citation extraite de l'article publié par Scotus Blog et intitulé « The debate over immigration reform is not over until it's over »](#)).

En revanche, les associations de défense des libertés, et notamment l'ACLU, avaient annoncé dès le départ qu'elles fonderaient leurs actions en justice sur la question des discriminations ethniques ou « *raciales* » dans l'exercice des contrôles, et du harcèlement de la minorité hispanique par les autorités locales. C'est en particulier l'objet de l'action actuellement en cours devant un tribunal fédéral contre [le shériff Arpaio](#), du comté de Maricopa, figure emblématique de la politique de contrôle de l'immigration dans l'Arizona – qui était intervenant volontaire dans l'instance devant la Cour.

Cour suprême des États-Unis, 25 juin 2012, *Arizona v. United States*, 567 U. S. ____ (2012), Docket File N° 11-182

Pour citer ce document :

Johann Morri, « [Suspension partielle de la très contestée législation sur l'immigration irrégulière adoptée par l'Arizona](#) » [PDF] in [Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF](#), 31 juillet 2012.