

Actualités Droits-Libertés du 7 mai 2013



CREDOF – Revue des Droits de l’Homme

Centre de Recherches et d’Études sur les Droits Fondamentaux
Université Paris Ouest Nanterre La Défense

DROIT DES ETRANGERS (États-Unis) : Consécration d’un droit à l’assistance juridique gratuite au bénéfice des migrants atteints d’un sérieux trouble mental dans le cadre des procédures de renvoi et de détention

par Serge Slama

Par une décision du 23 avril, un juge fédéral californien ordonne, dans le cadre d’une class action initiée en 2010 par l’American Civil Liberties Union (ACLU), aux autorités fédérales et tribunaux d’immigration de fournir de manière permanente dans trois États américains une assistance juridique gratuite et un accès aux audiences de libération sous caution pour les migrants atteints d’un trouble mental important et qui sont placés en détention dans le cadre d’une procédure de renvoi dès lors qu’ils sont incapables de se représenter eux-mêmes. Les responsables fédéraux de l’immigration ont, avant même que la décision ne soit rendue publique, publié une nouvelle ligne de conduite qui, dans la pratique, applique la décision californienne à l’échelon national. Cette affaire met en lumière l’un des points d’achoppement du droit américain de l’immigration : l’absence de droit à un avocat fourni aux migrants vulnérables par le gouvernement. La réforme de l’immigration, récemment déposée au Sénat, pourrait y remédier.

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

Une « expérience kafkaïenne ». C’est de cette manière qu’était décrite **la situation de ces migrants atteints d’une déficience mentale qui devaient se représenter eux-mêmes devant le juge de l’immigration** dans le cadre des procédures d’expulsion et de détention même s’ils ne comprenaient pas davantage le procès qui leur était fait que Joseph K. face à « *un système légal absurde et injuste* » (« *absurd and patently unfair system of law* »), (Jennifer L. Aronson, « [The kafkaesque experience of immigrants with mental disabilities. Navigating the Inexplicable Shoals of Immigration Law](#) », in *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law* 145 2011-2012). Dans sa décision [Franco-Gonzalez v. Holder](#), qui clôt près de trois années de procédure de *class action* initiée dans trois États (Arizona, Californie, Washington), la juge fédérale du district central de Californie (Los-Angeles), Dolly M. Gee, n’a pas cité Kafka mais n’en a pas moins prononcé une **injonction permanente** (« *permanent injunction* ») obligeant « **sans délai** » (« *there is no just reason for delay* ») d’une part, dans tous les aspects des procédures de renvoi et de détention (« *removal and detention proceedings* »), à **fournir une assistance légale gratuite à ces migrants atteints d’un sérieux trouble mental** (« *serious mental disorder or defect* ») **et incapables de se représenter eux-mêmes** (sous-groupe 1 de la class action) et, d’autre part, à **donner aux autres requérants détenus depuis plus de six mois un accès aux audiences de libération sous caution** (« *bond redetermination hearings* ») (sous-groupe 2 de la *class action*). La décision est prise sur le fondement de [la section 504 du Rehabilitation Act de 1973 \(29 U.S.C. § 794\)](#), une loi fédérale qui protège les individus contre les discriminations fondées sur leur handicap. Avant même que la décision [Franco-Gonzalez et a. vs Holder](#) ne soit rendue le 23 avril, l’administration Obama a annoncé que la représentation gratuite serait accordée aux migrants souffrant d’un sérieux trouble mental **sur l’ensemble du territoire américain d’ici la fin de l’année 2013**.

La consécration de ce droit à une assistance judiciaire gratuite a été obtenue à l’issue d’une **longue bataille judiciaire menée par les associations de défense des migrants dans le cadre de procédures d’*habeas corpus* et de *class action* initiées à partir du cas emblématique « Franco-**

Gonzalez » (1°). Au-delà de la question des handicapés mentaux, elle constitue un révélateur de l'un des points d'achoppement du droit américain de l'immigration : **la faiblesse des garanties et de la représentation des migrants, y compris les plus vulnérables, sous le coup d'une procédure d'éloignement et de détention** (2°).

1°/ - Un droit à l'assistance gratuite consacré à l'issue d'une longue bataille judiciaire portée par le cas emblématique « Franco-Gonzalez »

Les procédures qui ont abouti à l'injonction permanente prononcée par la juge Gee le 23 avril 2013 ont été initiées en 2010 avec **le cas de José Antonio Franco-Gonzalez**, un jeune migrant mexicain et dont les parents, et frères et sœurs, sont résidents réguliers aux Etats-Unis. Lui ne connaît pas son âge, ne peut pas lire l'heure ou se souvenir de numéros de téléphone. Il a été **diagnostiqué comme souffrant d'un retard mental « modéré »** (ses fonctions cognitives sont équivalentes de celles d'un enfant avec un QI entre 35 et 55). Malgré ce handicap, il a fait l'objet en avril 2005 d'une procédure pénale dans le cadre de laquelle il a été amené à plaider coupable (« *pled guilty* ») pour possession d'une arme (mais pas une arme à feu). Un Officier de l'agence américaine de l'immigration ([US Immigration & Customs enforcement – ICE](#)) a alors pris à son encontre **un ordre de quitter le territoire (« removal order »)**, sans que l'intéressé ne soit assisté par un avocat ou représenté par un tiers. Constatant son état, le juge de l'immigration (*immigration judge* – qui dépend de l'[Executive Office of immigration review](#) – EOIR – rattaché au Département de la justice dirigé par l'attorney général Eric Holder, ce qui explique qu'il soit le défendeur dans la procédure) a ordonné le 6 juin 2005 une expertise psychiatrique et a **clos (« closed ») la procédure de renvoi**. Cela n'a pas empêché le **maintien en détention** du jeune Franco-Gonzalez, alors âgé de 24 ans, dans un des immenses [centre de détention pour migrant](#) de Californie sans aucune autre audience ni perspective d'éloignement pendant près de cinq ans.

Sa situation n'a pu évoluer qu'**au début de l'année 2010** par la rencontre fortuite avec une avocate du [Public Counsel law center](#), [Talia Inlender](#). Le 26 mars 2010, en liaison avec ce réseau d'avocats *pro bono*, **la section de Californie du Sud de l'ACLU** a déposé **une pétition en habeas corpus** devant la cour fédérale du district de Californie. Cette démarche se fondait sur une décision de la Cour suprême de 2001 dans laquelle **le juge constitutionnel américain a prohibé la détention d'étrangers lorsque le renvoi n'est pas prévisible dans des délais raisonnables** (« *reasonably foreseeable* ») ([Zadvydas v. Davis, 533 U.S. 678 \(2001\)](#)). V. dans le même sens en Europe le point 60 de CJUE, GC, [Said Shamilovich Kadzoev, C-357/09 PPU – CPDH 28 janvier 2010](#) en référence à l'article 15 de la [directive 2008/115/CE](#) et, en France, les considérants 69 à 73 de la décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, [Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité – ADL 13 juin 2011](#) en référence à l'article L.554-1 du CESEDA). L'argument central de la pétition reposait sur l'argument que **l'intéressé aurait dû bénéficier d'une audience individuelle pour déterminer s'il était apte à être maintenu en détention sur le fondement du Rehabilitation Act de 1973**, qui prohibe les discriminations fondées sur un handicap physique ou mental. Cette action en justice a incité le gouvernement à libérer le 31 mars 2010 M. Franco-Gonzalez **après près de cinq ans de détention**.

Mais la procédure ne s'est pas arrêtée là. Saisissant l'occasion de cette affaire emblématique, les avocats de l'ACLU de Californie du Sud – rejoints par la suite par des avocats *pro bono* de [Sullivan & Cromwell LLP](#), du [Mental Health Advocacy Services](#), du [Northwest Immigrant Rights Project](#) – ont entamé **en août 2010 une procédure de class action** devant le même juge californien (« [Lawsuit On Behalf of Detained Immigrants with Mental Disabilities File](#) », *Public counsel*, 2 août 2010). Outre le cas du jeune mexicain, l'association a réuni dans un premier temps cinq dossiers similaires (appelés les « *Gonzalez Six* »). Tous ont été, dans le cadre d'une procédure de renvoi, **détenus dans un centre des Etats de Californie, d'Arizona et de Washington** géré par l'ICE rattaché Department of Homeland Security (« [DHS](#) »). Tous ont été **identifiés par les autorités comme ayant de sérieux troubles mentaux qui les rendaient incapables de se représenter eux-mêmes** (v. [la plainte initiale en class action du 2 août 2010](#)). La plainte alléguait la violation de diverses dispositions de l'*Immigration et nationality act* ([INA](#) – le CESEDA américain – en particulier les articles [8 C.F.R.§1240.10\(c\)](#) et [8 C.F.R.§1240.4](#) qui prohibent l'audition d'une personne incapable sans

représentant légal), de la section 504 du *Rehabilitation Act*, de l'[Administrative Procedure Act](#) et de la [clause du Due Process](#) (v. [Third Amended Complaint](#), October 25, 2011). La représentation par un avocat devant les autorités fédérales et les juges de l'immigration est un enjeu considérable dans ces procédures de renvoi et de détention. On estime en effet qu'**un migrant représenté par un avocat a neuf fois plus de chances d'être libéré que sans représentant** (Sonia Nazario, « [Child Migrants, Alone in Court](#) », *New York Times*, April, 10 2013). Alors que 60% des migrants n'ont pas d'avocats dans les audiences devant le juge d'immigration, ce sont **97% de ceux souffrant de troubles mentaux qui n'ont pas de représentation** (Jennifer L. Aronsona, « [The kafkaesque experience...](#) », *préc.* Voir pour des statistiques détaillées : Department of Justice, Executive Office for Immigration Review, [FY 2012 Statistical Year Book](#), 2013).

Entre décembre 2010 et août 2011, le juge Dolly Gee a statué sur **différentes requêtes en habeas corpus** et a systématiquement conclu à ce qu'en vertu du *Rehabilitation Act* le gouvernement devait fournir un « *représentant qualifié* » (« *qualified representative* ») à ces plaignants et donner accès à une audience de libération sous caution (*Franco-Gonzalez et a. vs. Holder case*, [Amended Order Re Plaintiffs' Motion for a Preliminary Injunction](#), December 27, 2010). **Est ainsi libéré**, par exemple, **Aleksandr Khukhryanskiy, un réfugié ukrainien de 45 ans souffrant d'une schizophrénie paranoïde, d'un syndrome post traumatique et d'une dépression sévère.** Persuadé qu'il a fait l'objet d'un lavage de cerveau de la part du gouvernement américain, il est incapable de se rappeler son passé. Admis aux Etats-Unis en qualité de réfugié en 1998, il n'a pas obtenu le statut de résident permanent (« *green card* »). En raison d'une condamnation en 2005 pour un délit aggravé (agression et vol), il a fait l'objet en avril 2010 d'une procédure d'expulsion (« *deportation* ») et placé dans le centre de détention de Tacoma (Etat de Washington). Malgré son état, il a fait l'objet de deux audiences devant le juge de l'immigration en mai et août 2010 sans bénéficier d'un représentant. Est pareillement libéré **Maksim Zhalezny, un citoyen bélarusse de 21 ans entré quelques années auparavant aux Etats-Unis avec ses parents dans le cadre de la « loterie des visas ».** Alors même qu'il était titulaire d'une carte de résident permanent (« *green card* ») depuis janvier 2007, il est devenu « *expulsable* » (« *deportable* ») en raison de la commission de deux délits relevant de la catégorie des « *crimes de turpitude morale* » (« *crimes involving moral turpitude* » – CIMT. V. [INA, 8 U.S.C. § 1227 Section 237 \(a\)\(2\)\(A\)\(ii\)](#)). Il a donc fait l'objet d'une procédure d'expulsion – par la notification de la [Notice to Appear – NTA](#) – et d'un placement en détention alors même qu'il a été **diagnostiqué comme souffrant d'une schizophrénie** et a donné des réponses incohérentes sur la nature des procédures qui lui étaient appliquées. Le juge de l'immigration n'en a pas moins confirmé la validité de ces procédures le 19 avril 2010. Il toutefois cherché – en vain – à ce que le requérant soit représenté par un avocat *pro bono* puis a **désigné d'office son père comme représentant.** Dans sa décision du 4 mai 2011, le juge Gee a ordonné au gouvernement de lui donner accès à une audience de libération sous caution et de lui fournir un représentant légal qualifié en estimant que son père, qui n'a pas de connaissance du droit et parle assez mal l'Anglais, ne pouvait être obligé à le représenter (*Franco-Gonzalez et a. vs. Holder case*, [Order Re plaintiff Maksim Zhalezny's motion for a preliminary injunction](#), may 4, 2011). Peu après la prise en charge du dossier par l'ACLU, et après **treize mois de détention**, l'intéressé a été libéré par l'ICE (« [Mentally Disabled Immigrant Wins Battle to Obtain Legal Representation](#) », *Public counsel*, June 08, 2011). En Europe, compte tenu de leurs attaches familiales et de la faible gravité des infractions reprochées, ces étrangers seraient protégés de l'expulsion par l'article 8 de la CEDH (Cour EDH, 5^e Sect. 23 septembre 2010, [Bousarra c. France](#), Req. n° 25672/07 – [ADL du 23 septembre 2010](#) ; Cour EDH, 3^e Sect. 1^{er} juin 2010, [Mawaka c. Pays-Bas](#), Req. n° 29031/04 – [ADL du 4 juin 2010](#) ; Cour EDH, 4^e Sect. 24 novembre 2009, [Omojudi c. Royaume-Uni](#), Req. n° 1820/08 – [ADL du 24 novembre 2009](#) ; Cour EDH, G.C. 23 juin 2008, [Maslov c. Autriche](#), Req. n° 1638/03 – [ADL du 23 juin 2008](#)) voire même par l'article 3 de la CEDH compte tenu de leur trouble mental (cf. l'analyse de Nicolas Hervieu dans sa [lettre ADL du 18 avril 2013](#) : Cour EDH, 4^e Sect. 16 avril 2013, [Aswat c. Royaume-Uni](#), Req. n° 17299/12).

Quant à la **procédure de class action**, après un certain nombre de rejets par un premier juge de la juridiction californienne, **la motion préliminaire a été accueillie le 18 octobre 2010** et a pu être utilement complétée. **En novembre 2011**, le juge Gee a accordé aux plaignants **la certification de la class action** pour tous les « *individus qui sont ou seront dans un centre de détention du DHS en Californie, en Arizona et dans l'Etat de Washington dans le cadre d'une procédure de renvoi et qui ont*

été identifiés par ou pour le personnel médical, le DHS ou le juge de l'immigration comme ayant un trouble mental sévère ou une infirmité susceptible de les rendre incapables de se représenter dans les procédures de détention et de renvoi et qui n'ont pas actuellement d'avocat dans leurs procédures de détention ou de renvoi » (**Class 1** : "[a]ll individuals who are or will be in DHS custody for removal proceedings in California, Arizona, and Washington who have been identified by or to medical personnel, DHS, or an Immigration Judge, as having a serious mental disorder or defect that may render them incompetent to represent themselves in detention or removal proceedings, and who presently lack counsel in their detention or removal proceedings."). A partir des différents cas soumis par les avocats, la Cour a aussi certifié **deux sous-groupes de plaignants** : 1°/ les plaignants qui ont un trouble mental sévère ou une infirmité qui les rend incapables de se représenter eux-mêmes dans les procédures d'immigration (**Plaintiff Sub-Class 1** : "plaintiffs who have a serious mental disorder or defect that renders them incompetent to represent themselves in immigration proceedings"); 2°/ les autres plaignants qui ont été détenus pendant plus de six mois (**Plaintiff Sub-Class 2** : "those who have been detained for more than six months").

Une des difficultés posée par cette procédure était de **déterminer la population éligible** à l'action de groupe (Sur le détail de la procédure cf. les éclairages de Johann Morri dans sa lettre [ADL du 2 juillet 2011](#)). A défaut d'évaluation systématique, le gouvernement américain était en effet dans l'impossibilité de fournir des statistiques précises sur le nombre de migrants détenus souffrant de troubles mentaux. Selon une étude, dont avait fait état les médias en mai 2008, le Department of Immigration Health Services avait estimé de **2 à 5% les migrants détenus souffrant de « sérieux problèmes mentaux »**. En extrapolant les plaignants estimaient **en permanence à 1500 le nombre de migrants atteints d'un tel trouble mental sur les 35 000 migrants détenus chaque jour dans un centre**. Pour les seuls Etats de Californie, Arizona et de Washington, les plaignants évaluaient le nombre de personnes concernées par *la class action* entre 475 et 1187 migrants. Le gouvernement défendeur évaluait quant à lui la population éligible à 55 migrants détenus, dont 25 éligibles à la sous-catégorie 1 et 19 à la sous-catégorie 2. Prenant en compte les difficultés à évaluer précisément le nombre de personnes concernées, et compte tenu du nombre substantiel de détenus souffrant de troubles mentaux, **la juge Gee a déclaré l'action recevable**. Par ailleurs elle a rejeté l'argument du gouvernement selon lequel une récente décision (*Matter of M-A-M-*, 25 I&N Dec. 474 (BIA 2011). LAC Practice Advisory, [Representing Clients with Mental Competency Issues under Matter of M-A-M-](#), November 30, 2011) du juge d'appel de l'immigration (« [Board of immigration appeals](#) » - BIA) rendait irrecevable la *class action* car le BIA donnait désormais aux juges de l'immigration un cadre pour évaluer la capacité d'un requérant (*Franco-Gonzalez et a. vs Janet Napolitano et a. case*, [Order Re Plaintiffs' Motion for Class Certification](#), November 21, 2011 ; [Order Unsealing Order Re Plaintiffs' Motion for Class Certification of November 21, 2011](#), December 19, 2011. V. Amanda Bronstad, "Judge certifies class of immigration detainees suffering mental problems", *National Law Journal*, December 21, 2011).

Seront également rejetées les tentatives ultérieures de l'*attorney general* Holder d'obtenir une révision de cette décision de certification de la *class action*, en invoquant le fait que tous les personnes éligibles ne sont pas clairement identifiées. La juge californienne a en effet estimé que **les personnes non identifiées précisément sont toutes exposées à un système judiciaire qui ne leur offre pas suffisamment de garanties pour protéger leurs droits** (*Franco-Gonzalez et a. vs Janet Napolitano et a. case*, [Order Denying Defendants' Motion to Amend or, in the Alternative, Reconsider the Class Certification Order](#), August 27, 2012).

A l'issue d'une ultime audience, sentant l'injonction permanente venir, le Département de la Justice (DOJ) et le Département de la Sécurité intérieure (DHS) ont fini par s'incliner et ont annoncé **dès le 22 avril 2013** qu'ils avaient adressé à l'EOIR et à l'ICE des directives visant à accorder **sur tout le territoire américain** une représentation légale aux migrants détenus atteints de sérieux troubles mentaux et à donner accès aux audiences de libération conditionnelle pour ceux détenus depuis six mois. La nouvelle procédure, qui devrait être pleinement opérationnelle **d'ici la fin de l'année 2013**, prévoit l'identification par les autorités médicales des centres de détention des migrants atteints de troubles mentaux et une évaluation de leurs capacités à se représenter eux-mêmes. En cas de besoin, les juges de l'immigration peuvent organiser des audiences publiques sur la question de la capacité mentale des immigrants. Ils peuvent aussi ordonner une expertise médicale pour déterminer

cette incapacité (« [Department of Justice and the Department of Homeland Security Announce Safeguards for Unrepresented Immigration Detainees with Serious Mental Disorders or Conditions](#) », April 22, 2013).

Surpris par ce mouvement anticipé, les organisations à l'origine de la *class action* n'en ont pas moins **accueillie avec satisfaction** la nouvelle ligne de conduite tout en regrettant qu'elle ne soit pas d'application immédiate et, surtout, qu'elle soit venue après d'aussi longues années de procédures (voir les réactions des différents acteurs « [Class Action Lawsuit Forces Policy Change to Protect Detained Immigrants with Serious Mental Disabilities](#) », ACLU, April 22, 2013). L'affaire *Franco-Gonzalez v Holder* constitue en effet « **une extension sans précédent des protections pour les personnes qui comparaissent devant les tribunaux de l'immigration** » (Julia Preston, « [In a First, Judge Orders Legal Aid for Mentally Disabled Immigrants Facing Deportation](#) », *New York Times*, April 24, 2013). Pour autant, **le combat judiciaire n'est pas terminé**. En effet, comme l'a fait valoir Laura L. Lichter, présidente de l'*American Immigration Lawyers Association*, cette *class action* ne constitue que « **la première étape pour reconnaître que, compte tenu de la complexité de nos lois sur l'immigration, il n'est pas approprié d'exposer une population vulnérable au système judiciaire sans avocat commis d'office** » (*ibid.*).

2°/- Un révélateur de la faiblesse de la représentation des étrangers, y compris vulnérables, dans les procédures d'immigration

Les handicapés mentaux ne sont les seules personnes vulnérables à être dans l'incapacité de se défendre eux-mêmes dans les procédures d'éloignement et détention de migrants. Sans prétendre à l'exhaustivité, **l'absence ou la faiblesse de représentation touche dans le système américain un certain nombre d'autres catégories de migrants vulnérables**. Cela témoigne plus largement d'une des criantes insuffisances de ce droit : **l'application partielle des garanties du *due process* aux procédures d'immigration** (Ian Urbina, Catherine Rentz, « [Immigrant Detainees and the Right to Counsel](#) », *NYT*, March 30, 2013 ; American immigration lawyers association, « [Restore Fairness and Due Process to Our Immigration System](#) », position paper et la vidéo « [Restore Fairness: bring back due process to the immigration system](#) », 2009).

Ainsi, en premier lieu, aussi étonnant que cela puisse le paraître, dans le système américain, **les enfants étrangers, même lorsqu'ils sont non-accompagnés, n'ont pas de droit à une assistance judiciaire gratuite**. Ils doivent donc se représenter eux-mêmes s'ils n'ont pas les moyens de se payer eux-mêmes un avocat ou s'ils n'ont pas la chance d'être représentés par un avocat *pro bono* (v. par ex. l'action de [Kids in Need of Defense – KIND](#)). Ainsi on estime qu'environ la moitié de migrants mineurs n'ont pas de représentation devant le juge de l'immigration. Ces enfants – certains n'ont que 2 ans – n'ont donc personne pour les aider à faire valoir les motifs qui pourraient empêcher leur expulsion (les Etats-Unis est le seul pays au monde, avec la Somalie, à ne pas avoir ratifié la Convention internationale des droits de l'enfant). Alors même que le nombre d'arrestations d'immigrés en situation irrégulière a baissé ces dernières années, **le nombre d'enfants interpellés est en pleine progression**. Une personne sur 13 capturée par la police des frontières (« *Border Patrol* ») a moins de 18 ans. 17% d'entre eux ont 13 ans ou moins. **En 2012, près de 14.000 mineurs ont été placés en détention** (Sonia Nazario, « [Child Migrants, Alone in Court](#) », *New York Times*, April, 10 2013). Pourtant, selon une récente étude, 40% des enfants non accompagnés pourraient faire valoir de sérieux motifs les protégeant de l'expulsion s'ils étaient représentés (Olga Byrne, Elise Miller, « [The Flow of Unaccompanied Children Through the Immigration System A Resource for Practitioners, Policy Makers, and Researchers](#) » [PDF], Vera institute of justice/ Center of migration and justice, march 2012). Rappelons qu'**en droit de l'Union européenne** l'article 17 de la [directive « retour » 2008/115/CE](#) permet également le **placement en rétention des mineurs non accompagnés et des familles comportant des mineurs** mais seulement « *en dernier ressort et pour la période appropriée la plus brève possible* » (sur la rétention des enfants dans l'UE v. Agence européenne des droits fondamentaux, « [Rétention des ressortissants de pays tiers dans le cadre des procédures de retour](#) », 2010, p.55 et s. V. sur la situation française : Nicolas Hervieu et Serge Slama, « [Enfants en rétention : une tragédie franco-européenne en quatre actes](#) », in *CPDH*, 6 mars 2012 et CAA Paris, 31 décembre 2012, n° 11PA04917, AJDA 2013. 920, obs. Marie Sirinelli).

En second lieu, les associations américaines de défense des migrants dénoncent des pratiques de l'ICE de **mise à l'isolement d'étrangers détenus** dans les centres de détention soit pour motifs disciplinaires (« *Disciplinary segregation* ») soit pour des motifs de sécurité ou de trouble à l'ordre ou aux règles de fonctionnement ou, pire, **sous prétexte de protéger les migrants les plus vulnérables** (malades mentaux, suicidaires, LGBT) d'eux-mêmes ou de autres détenus (« *Administrative segregation* »). **Chaque jour près de 300 étrangers détenus sont placés à l'isolement au sein des *Special management Unit* (« SMU » – v. [INS Detention standard, "Special Management Unit, Administrative Segregation", September 20, 2000](#))**. Décidées dans le cadre de procédures non criminelles ces décisions administratives sont assimilées à ce qu'on appellerait des mesures d'ordre intérieur en droit administratif français et ne bénéficient pas des garanties du *due process*. Près de la moitié sont isolés pendant 15 jours ou plus. Environ 35 détenus sont maintenus à l'isolement pendant plus de 75 jours. Dans les pires cas, les détenus peuvent également faire l'objet d'un **confinement total** (« *Solitary confinement* ») **23 heures sur 24**, généralement dans une cellule de taille réduite et sans contact avec les autres détenus (« *Secure housing Unit* » - appelés par les migrants « *the hole* », « *Supermax* »). Ainsi, a été dénoncé le cas d'un migrant placé trente jours à l'isolement pour avoir refusé de prendre un repas parce qu'il voulait jeûner pendant le ramadan... (v. le rapport : Heartland Alliance's National Immigrant Justice Center ([NIJC](#)), Physicians for Human Rights ([PHR](#)), "[Invisible in Isolation: The Use of Segregation and Solitary Confinement in Immigration Detention \[PDF\]](#)", September 2012). Un reportage du New-York Times sur ces pratiques, qui a fait la Une du journal new-yorkais (Catherine Rentz, Ian Urbina, "[Immigrants Held in Solitary Cells, Often for Weeks](#)", *New-York Times*, March 23, 2013), a conduit la secrétaire d'Etat à la Sécurité intérieure Janet Napolitano, à diligenter une enquête et à rappeler que « *l'isolement doit être l'exception et non la règle* » (Ian Urbina, « [Officials to Review Immigrants' Solitary Confinement](#) », *NYT*, March 26, 2013). En Europe la dureté de telles pratiques seraient sûrement condamnées par la Cour de Strasbourg (Cour EDH, 5^e Sect. 20 janvier 2011, [Payet c. France](#), Req. n° 51246/08 – [ADL du 23 janvier 2011](#)). **La mise à l'isolement d'étrangers retenus existe pourtant sur le territoire européen, souvent en dehors de tout cadre légal.** Ainsi en France, les rapports annuels des associations en font régulièrement état (v. par ex. [le rapport 2011 des 5 associations présentes en rétention](#)) et cela a aussi été constaté par les organisations européennes de prévention de la torture (v. [rapport au Gouvernement relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture \(CPT\) du 27 septembre au 9 octobre 2006](#)) et par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL, « [Centre de rétention administrative du Canet à Marseille](#) », Rapport de visite, 13, 14 et 15 octobre 2009 ; « [Les zones d'ombres de la rétention au Canet](#) », *Marsactu*, 13 août 2012).

Plus généralement le système américain est marqué par **le peu de protection et de garanties offertes aux migrants dans le cadre des procédures de renvoi et de détention**. Depuis 1996, à la suite des attentats d'Oklahoma city, avec l'adoption de l'[Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act](#) (IIRIRA), on a assisté à un **durcissement considérable du dispositif**, aggravé sous l'ère « W. » Bush, particulièrement après les attentats du 11 septembre 2001. L'administration Obama a su mettre à profit les instruments mis en place **avec près de 2 millions d'étrangers renvoyés en 4 ans soit autant que dans toutes l'histoire des Etats-Unis de 1892 à 1997** (v. ce graphique très parlant « [Growth in Deportations](#) », *NYT*, February 22, 2013 et cette carte sur l'évolution du nombre de centre de détention de migrants entre 1981 et 2011 « [Map: Immigration detention facilities, 1981-2011](#) »). Cette massification sans précédent dans l'histoire américaine des expulsions amène Daniel Kanstroom, professeur au Boston college law, à évoquer **la constitution d'une « Nation des expulsions »** (Daniel Kanstroom, [Deportation Nation. Outsiders in American History](#), Harvard University Press 2007). Chaque année ce sont plus de **400 000 migrants qui sont détenus et renvoyés, soit 0,12% de la population américaine**. Comparativement en France métropolitaine, le nombre d'étrangers renvoyés chaque année représente 0,05 % de la population (environ 30 000 sur 60 M d'habitants) mais **plus de 1% de la population ultramarine** (26 858 éloignements exécutés outre-mer en 2011 pour 2,6 M d'habitants – Secrétariat du comité interministériel de contrôle de l'immigration, [Les chiffres de la politique d'immigration et d'intégration, 2011](#), La Documentation française, 2013, p.213) – ce qui place **Mayotte** (16 374 reconduites par an pour 212 645 habitants, soit **7,7% de la population reconduite chaque année**) et la Guyane (9 410 reconduites par an pour 236 250 habitants, soit 4% de la population) dans les records mondiaux de reconduites par habitants, dépassant même l'Arizona (126 500 expulsions en 2012 pour une population de 6,5 M d'habitants, soit 1,9%). Julia Preston, « [Once a Battlefield, Arizona Border](#)

Quiets », NYT, March 15, 2013. Sur l'Arizona voir aussi Johann Morri, « Suspension partielle de la très contestée législation sur l'immigration irrégulière adoptée par l'Arizona » in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 31 juillet 2012).

Pour aboutir à une telle massification des expulsions a été mise en place, sous l'administration Bush, par les départements de la Sécurité intérieure et de la Justice, ***l'Opération streamline***. Elle consiste en une opération « **tolérance zéro** » à l'égard de l'immigration dans les zones de la frontière mexicaine. Pour cela a été mis en place un **redoutable système de « double peine »** consistant à « **criminaliser** » l'entrée irrégulière (« *Illegal Entry* » - Title 8, Section 1325 – de 30 à 180 jours de prison) et surtout la « **ré-entrée irrégulière** » (« *Illegal Re-entry* », Title 8, Section 1326 – 20 ans de prisons avec dossier criminel), **accompagnées systématiquement d'une expulsion judiciaire** (ACLU, *Operation streamline fact sheet* [PDF], July 21, 2009 ; *Operation streamline fact sheet* [PDF], 2012). Les poursuites sont quasi-systématiques à tel point qu'**en 2011 l'illegal re-entry est devenue l'incrimination la plus poursuivie aux Etats-Unis** (TRAC immigration, « Illegal Reentry Becomes Top Criminal Charge », June 10, 2011). Dans le cadre de cette opération, les juridictions criminelles organisent des **audiences collectives (« masse hearings »)** au cours desquelles jusqu'à **80 migrants comparaissent en même temps**. Chaque avocat commis d'office (« *public defenders* ») représente simultanément des dizaines d'inculpés, en ayant généralement pu s'entretenir avec ses clients que quelques minutes. L'ensemble de la procédure – la comparution, les plaidoiries et la sentence – se déroule en moins d'une journée (v. l'édifiante étude de la faculté de droit de Berkeley : Joanna Lydgate, « Assembly-line Justice : A review of operation streamline » [PDF], *The Chief Justice Earl Warren Institute on Race, Ethnicity & Diversity, Berkeley Law, UCLA, Policy brief*, January 2010). On évalue le coût total de l'opération à **un milliard de dollar par an** – ce qui **alimente la « migration-industry »** (Ruben Hernandez-Leon, « The Migration Industry in the Mexico-U.S. Migratory System. Available at, California Center for Population », *On-Line Working Paper Series*, UCLA, Los Angeles, CCPR 049 05, 2005; Thomas Gammeltoft-Hansen, Ninna Nyberg Sorensen, *The Migration Industry and the Commercialization of International Migration*, Global Institutions, 2012) et le **xénophobie-business** (Claire Rodier, *Xénophobie Business. A quoi servent les contrôles migratoires?*, La Découverte, 2012) de la détention par des prestataires privés (Laura Carlsen, « With Immigration Reform Looming, Private Prisons Lobby to Keep Migrants Behind Bars », *Huffington Post*, 03 May, 2013). Avec ce type d'opération, ont pu être appréhendés **en 2006 jusqu'à 1 million de migrants et poursuivis pour « illegal entry » jusqu'à 52 732 migrants en 2009** (TRAC, « Illegal Reentry Becomes Top Criminal Charge... », préc.).

Une telle faiblesse des garanties apportées aux irréguliers dans le cadre des procédures de renvoi et de détention est liée au fait que **le droit constitutionnel américain de l'immigration est marqué, dès ses origines, du fer rouge de la « doctrine des pleins pouvoirs » (« Plenary power doctrine »)**. Cette théorie, qui aurait été influencée par la Révolution française, a émergé lors de l'adoption en 1798 de l'*Alien and Sedition Acts* (Travis Silva, « Toward a Constitutionalized Theory of Immigration Detention », *Yale Law & Policy Review*, Vol. 31, p. 227, 2012, December 31, 2012). Les Fédéralistes du Président Adams défendaient alors l'idée que la Constitution n'accordait aux étrangers aucune sorte de protection et que cela autorisait le législateur et le gouvernement fédéral à expulser les étrangers indésirables comme bon lui semblait. A l'opposé, le parti de Jefferson, les démocrates-républicains, défendaient que certains droits constitutionnels devaient bénéficier aux étrangers et reconnaissaient une compétence aux Etats fédérés en matière d'immigration. Alors même que la Constitution américaine ne contient aucune référence à l'immigration, la *Plenary power doctrine* repose sur l'idée de **compétence exclusive du législateur et de l'exécutif pour contrôler l'immigration**. Le corollaire est qu'en la matière **l'autorité judiciaire n'a pas son mot à dire** (v. sur la portée considérable de cette théorie dans l'histoire du droit constitutionnel de l'immigration : Gerald L. Neuman, « The Lost Century of American Immigration Law (1776-1875) », *93 Colum. L. Rev.* 1833 (1993) ; Hiroshi Motomura, « Immigration law after a century of plenary power : phantom constitutional norms and statutory interpretation », *Yale Law Journal*, 100 Yale L.J. 545, December, 1990. Plus largement v. Gerald L. Neuman, *Strangers to the Constitution: Immigrants, Borders, and Fundamental Law*, Princeton University Press 1996). L'application d'une telle théorie dans le système français reviendrait à admettre que la théorie des actes du gouvernement devait encore s'appliquer à de larges pans du droit des étrangers (v. pour une illustration : CE, 23 septembre 1992, *Gisti*, n° 120437, au Lebon). Mais rappelons que, **jusqu'en 1975, l'expulsion d'un étranger était considéré comme**

relevant de la « *haute police* » et ne donnait lieu à aucun contrôle sur les motifs (CE, 3 févr. 1975, [Pardov](#), n°94108, au Lebon). Comme le mentionnait le commissaire du gouvernement Laurent en 1955, en ce domaine, l'appréciation administrative « *comporte trop d'éléments d'opportunité et engage trop exclusivement la responsabilité politique du gouvernement pour qu'elle puisse être faite, après coup, par le juge* » - conclusions sur CE, 18 mars 1955, *Hamou Ben Brahim*, *Rev. jur. pol. de l'Union fr.* 1955.405. V. aussi le contrôle restreint en matière de publications étrangères jusqu'à CE, Ass., 2 novembre 1973, Sté [Librairie François Maspero](#), n° 82590).

La *Plenary power doctrine* a pris corps au pire moment de l'histoire américaine de l'immigration : le [Chinese exclusion act](#) de 1882. Alors que les travaux de la ligne de chemin de fer transcontinentale ont pris fin en 1869, laissant sur le carreau 10 000 travailleurs chinois, une vague d'hostilité à leur égard amena les Etats et des villes de l'Ouest américain à adopter des législations racistes et xénophobes. Si bien qu'en 1882, le Congrès prononça la suspension de l'immigration de travailleurs chinois pour dix ans – mesure qui sera par la suite reconduite jusqu'en 1943 (Act of May 6, 1882, ch. 126, 22 Stat. 58-61, amended by Act of July 5, 1884, ch. 220, 23 Stat. 115-16). La législation fédérale avait néanmoins prévu que les Chinois présents avant le 1er novembre 1880 pouvaient obtenir un certificat leur permettant de rentrer temporairement dans leur pays et de revenir aux Etats Unis. En 1884, pour surmonter l'opposition de certains juges fédéraux qui admettaient des témoignages pour prouver la présence antérieure des requérants, le Congrès changea la loi rétroactivement pour interdire le retour des migrants chinois, même munis d'un certificat. Ces mesures entraient en conflit avec un accord entre la Chine et les Etats-Unis (« [the Burlingame Treaty of 1868](#) ») qui autorisaient les allers et retours. Saisi dans le cadre du *Chinese Exclusion Case*, la Cour suprême confirma en 1889 la constitutionnalité de cette législation xénophobe en invoquant la théorie des pleins pouvoirs. Dans l'opinion majoritaire le juge Field fit valoir que le gouvernement fédéral a le pouvoir de réguler l'immigration et que ses décisions n'étaient pas susceptibles de contrôle judiciaire ([Chae Chan Ping v. United States](#), 130 U.S. 581 (1889) : “*If, therefore, the government of the United States, through its legislative department, considers the presence of foreigners of a different race in this country, who will not assimilate with us, to be dangerous to its peace and security [...] Its determination is conclusive upon the judiciary*”). Pire, en 1893, toujours sur le fondement de la même doctrine, le juge constitutionnel américain admit la constitutionnalité d'une législation (appelée le [Geary Act](#) – du nom du parlementaire à son origine) qui permettait l'expulsion des travailleurs chinois sauf s'ils étaient entrés aux Etats-Unis avant 1892 et avaient obtenu un certificat d'un témoin crédible (« *credible witness* ») – sous-entendu un témoin blanc. La Cour suprême estima, là aussi, qu'une telle exigence n'était pas justiciable dans la mesure où les décisions du gouvernement en matière d'immigration sont des « *questions politiques* » (“*political questions*”) et que la permission d'entrer aux Etats-Unis est une autorisation précaire et révocable (« *a conditional, revocable license* » - ce qui se réfère à vision contractuelle du lien entre les Etats-Unis et le migrant – cf. Hiroshi Motomura, [Americans in waiting. The lost story of Immigration and Citizenship in the United States](#), Oxford University Press, 2006). Elle estime aussi, et surtout, que le refus d'entrer (« *exclusion* » ou « *inadmissibility* ») comme l'expulsion (« *deportation* ») ne sont pas des bannissements ni des punitions (« *punishment* ») mais juste une méthode pour obliger au retour d'un étranger dans son propre pays. Par voie de conséquence, les garanties du *due process* ne s'appliquent pas ([Fong Yue Ting](#), 149 U.S. 698, 700 n. 1 (1893)). Cette position a durablement marqué la doctrine constitutionnelle américaine. Il a fallu attendre les années 1950 pour que la Cour suprême reconnaisse enfin que les étrangers, comme n'importe quelle « *personne* » (la [clause du due process](#), issue du Vème amendement s'applique à « *toute personne* » - « *any person* ») bénéficient des garanties du *due process of law* (v. [Shaughnessy v. United States ex rel. Mezei](#), 345 U.S. 206, 212 (1953) ; [Plasencia](#), 459 U.S. 21 (1982)), sans abandonner complètement la *Plenary power doctrine* (v. [United States ex rel. Knauff v. Shaughnessy](#), 338 U.S. 537, 543 (1950); [Harisiades v. Shaughnessy](#), 342 U.S. 580, 594 (1952)). V. pour une éclairante analyse de l'ensemble de la jurisprudence : Hiroshi Motomura, « [The curious evolution of immigration law : procedural surrogates for substantive constitutional rights](#) », [Columbia Law Review](#), novembre, 1992, p.1656 : “*While it is a widely accepted idea that procedural rules often reflect substantive values, the anomalous structure that the plenary power doctrine imposes on constitutional immigration law means that procedural decisions are often the only vehicle for taking substantive rights seriously*”).

De nos jours, comme le relève le juge Brennan, dans sa remarquable opinion majoritaire dans

l'affaire [Plyler v. Doe](#), par laquelle la Cour suprême a invalidé une législation de l'Etat du Texas qui empêchait l'inscription des enfants de sans-papiers des écoles publiques : « *quel que soit son statut au regard des lois sur l'immigration, un étranger est certainement une « personne » au sens ordinaire de ce terme. Les étrangers, même les étrangers dont la présence dans ce pays est illégale, sont depuis longtemps reconnus comme « personnes » bénéficiant du due process of law garanti par les Cinquième et Quatorzième amendements* » ([Plyler v. Doe](#), 457 U.S. 202 (1982). "Whatever his status under the immigration laws, an alien is surely a "person" in any ordinary sense of that term. Aliens, even aliens whose presence in this country is unlawful, have long been recognized as "persons" guaranteed due process of law by the Fifth and Fourteenth Amendments"). Mais il n'empêche qu'aujourd'hui comme en 1893 ([Fong Yue Ting](#)), **une expulsion, et la détention subséquente, ne sont pas considérées dans le droit américain comme des « punitions » de nature criminelle mais comme des procédures « purement » ou « par nature » civiles** ([INS v. Lopez-Mendoza](#), 468 U.S. 1032, 1038 (1984)). Tout au plus la Cour suprême a-t-elle reconnu, que l'expulsion est une mesure radicale, qui équivaut « *dans certains cas au bannissement ou à l'exil* » ([Delgado v. Carmichael](#), 332 U.S. 388, 391 (1947) : "Deportation can be the equivalent of banishment or exile") ou encore que dans la mesure où l'expulsion est en relation étroite avec des procédures criminelles le conseil doit informer son client que sa défense comporte un risque d'expulsion ([Padilla v. Kentucky](#), 559 U.S. 356, ___, 130 S. Ct. 1473, 1481 & 1486 (2010) : "deportation is intimately related to the criminal process [...] counsel must inform her client whether his plea carries a risk of deportation") V. pour un point récent : Adriane Meneses, « [The Deportation of Lawful Permanent Residents For Old and Minor Crimes: Restoring Judicial Review, Ending Retroactivity, and Recognizing Deportation as Punishment](#) » [PDF], 14 Scholar 767, 837-38, 839 (2012). V. aussi Lori Rosenberg, Daniel Kanstroom and Jennifer J. Smith, "[Immigration Consequences of Criminal Proceedings](#)", august 2011 in Eric Blumenson & Arthur B. Leavens, [Massachusetts criminal practice](#), 4ème éd., 2012). **C'est la raison pour laquelle il n'est pas reconnu aux étrangers dans le cadre des procédures de renvoi et de détention de droit à une assistance judiciaire gratuite**, à l'exception désormais au bénéfice des migrants souffrant d'un sérieux trouble mental (sur le fondement du *Rehabilitation Act* et non de la clause du *due process*).

Sur ce point la jurisprudence constitutionnelle américaine converge, dans une certaine mesure, avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet celle-ci estime, de jurisprudence constante, que « *les décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers n'emportent pas contestation sur des droits ou obligations de caractère civil du requérant ni n'ont trait au bien-fondé d'une accusation en matière pénale dirigée contre lui* » et que, par suite le droit au procès équitable garanti par l'article 6 § 1 de la Convention (et donc de l'assistance par un avocat) ne s'applique pas à ces procédures (Cour EDH, G.C. 5 octobre 2000, [Maaouia c. France](#), req. No 39652/98 ; Cour EDH, Dec. 5e Sect. 2 février 2010, [Gheorghe Dalea c. France](#), Req. n° 964/07 – [ADL du 9 mars 2010](#)). En revanche, les étrangers privés de liberté dans le cadre d'une procédure d'éloignement bénéficient des garanties juridictionnelles de l'article 5 de la CEDH (Cour EDH, 25 juin 1996, [Amuur c/ France](#), Requête no 19776/92, Cour EDH, 2° Sect. 20 décembre 2011, [Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique](#), Req. n° 10486/10, § 124-125 – [ADL du 27 décembre 2011](#) ; Cour EDH, 5° Sect. 19 janvier 2012, [Popov c. France](#), Req. n° 39472/07 et 39474/07, § 124 – [ADL 22 janvier 2012](#)). Il existe néanmoins au sein de l'Union européenne **une garantie textuelle** puisque l'ensemble des étrangers sous le coup d'une décision de « retour » doivent « **gratuitement** » **bénéficier d'une assistance juridique** et/ou de la représentation nécessaires « *conformément à la législation ou à la réglementation nationale applicable en matière d'assistance juridique* » depuis le 24 décembre 2011 (article 13-4 de la [directive 2008/115/CE](#)). Garantie qu'on pourrait aussi déduire de l'article 47 de la CDFUE ou des principes généraux du droit de l'Union européenne (v. sur le droit d'être entendu préalablement notre [lettre ADL du 19 mars 2013](#)).

À l'initiative de l'administration Obama, **le projet de réforme globale de l'immigration** ("*comprehensive immigration reform*") **comporte des dispositions pour fournir des avocats aux jeunes enfants non accompagnés et des déficients mentaux devant les tribunaux d'immigration** (v., dans [les 844 pages de ce projet de loi](#), la **section 3502** du [Border, Security, Economic opportunity & Immigration Modernization Act](#) page 569). Préparé dans le plus grand secret pendant plus de 4 ans par un groupe de sénateur bi-partisan, composé de 4 Démocrates et de 4 Républicains (appelé le « [Gang of Eight](#) ») et déposé le 15 avril 2013 au Sénat, ce projet prévoit aussi

la régularisation de plus de 11 millions de migrants sans-papiers, principalement des latinos (« [La réforme de l'immigration pourrait être un jackpot électoral pour le Parti démocrate](#) », *American polyphony*, 23 avril 2011). Le contexte des récents attentats de Boston ("[After Boston Attack, 3 Friends Covered It Up, Prosecutors Say](#)", *NYT*, May, 1st, 2013 ; Julia Preston, "[Foreign Students to Face New Checks at U.S. Borders](#)", *NYT*, May 3, 2013) pourrait transformer son adoption en **un long marathon législatif**, semé d'embûches et truffé de dispositions encore plus sécuritaires (Ashley Parker, "[Immigration Bill Would Aid Security, Napolitano Says](#)", *NYT*, April 23, 2013 ; "[Senator Says Boston Attack Should Factor in Immigration Debate](#)", *NYT*, April 19, 2013. V. aussi la suppression des dispositions sur les couples de même sexe : Julia Preston, « [Push to Include Gay Couples in Immigration Bill](#) », *NYT*, April 30, 2013). Pourtant, pour le président Obama, le projet contient des « *mesures de bon sens que la majorité des Américains soutiennent. Donc il n'y a aucune raison que la réforme de l'immigration ne puisse devenir une réalité cette année* » (« [Obama: "No reason" immigration reform can't pass](#) », *CBS News*, May 4, 2013).

U.S. District Court for the Central District of California, 23 avril 2013, [Franco-Gonzalez et a. v. Holder](#) [en PDF] Case No. CV 10-02211 DMG (DTBx)

Sources:

- Le dossier, avec les différentes décisions, sur [le site de l'ACLU de Californie du Sud](#)
- Les différents communiqués sur [le site du Public counsel law center](#)
- Le dossier sur [le site de l'American immigration council](#)

Pour citer ce document :

Serge Slama, « [Consécration d'un droit à l'assistance juridique gratuite au bénéfice des migrants atteints d'un sérieux trouble mental dans le cadre des procédures de renvoi et de détention](#) » [PDF] in [Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF](#), 7 mai 2013.

[Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » \(ADL\) du CREDOF \(pour s'y abonner\) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme \(RevDH\) – Contact](#)