



UNIVERSITÉ PARIS II  
PANTHÉON-ASSAS

## **BANQUE DES MEMOIRES**

**Master de Droit public comparé**  
**Dirigé par Monsieur le Professeur Gilles Guglielmi**  
**2018**

***La protection des droits fondamentaux  
des migrants en situation irrégulière par  
les juridictions suprêmes : une approche  
comparée États-Unis – Mexique***

**Auteur : Léa Boinnard**

**Sous la direction de Monsieur le Professeur Idris Fassassi**



**UNIVERSITE PARIS II PANTHEON-ASSAS**

**Droit – Economie – Sciences sociales**



**UNIVERSITÉ PARIS II**  
PANTHÉON-ASSAS

**La protection des droits fondamentaux des migrants en  
situation irrégulière par les juridictions suprêmes :  
une approche comparée États-Unis – Mexique**

Mémoire pour le Master 2 Recherche Droit public comparé

Présenté par Léa BOINNARD

Le 11 juin 2019

**Sous la direction de Monsieur le Professeur Idris FASSASSI**

*Les opinions exprimées dans ce mémoire sont propres à leur auteur et n'engagent pas l'Université Paris II.*

*Sauf indication contraire, les traductions sont celles de l'auteur.*

## **SOMMAIRE**

### **PARTIE 1 :**

#### **LE DEPASSEMENT DE LA NOTION DE CITOYENNETE DANS LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX**

**Chapitre 1 :** Le contrôle croissant des juridictions suprêmes en matière de protection des étrangers

**Chapitre 2 :** Une interprétation élargie du cadre constitutionnel et conventionnel des droits fondamentaux

### **PARTIE 2 :**

#### **LE MAINTIEN DES MIGRANTS EN SITUATION IRREGULIERE DANS UNE CATEGORIE DISTINCTE DU RESTE DE LA POPULATION**

**Chapitre 1 :** Une reconnaissance limitée des droits fondamentaux aux migrants en situation irrégulière

**Chapitre 2 :** Les limites du pouvoir des juges dans la protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière

## PRINCIPALES ABREVIATIONS

AGNU	Assemblée générale des Nations unies
Art.	Article
CADH	Convention américaine des droits de l'Homme
CIDH	Cour interaméricaine des droits de l'Homme
CNDH	<i>Comisión Nacional de Derechos Humanos</i>
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CPEUM	<i>Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos</i>
DACA	<i>Deferred Action for Childhood Arrivals</i>
DAPA	<i>Deferred Action for Parents of Americans</i>
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'Homme
Dir.	Sous la direction de
éd.	Edition
IIRIRA	<i>Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act</i>
INM	<i>Instituto Nacional de Migración, Mexique.</i>
INS	<i>Immigration and Naturalization Service</i>
IRCA	<i>Immigration Reform and Control Act</i>
[J]	<i>Jurisprudencia</i> (Thèse de jurisprudence obligatoire)
NLRA	<i>National Labor Relations Act</i>
ONG	Organisation Non Gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
p.	Page
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
PUF	Presses Universitaires de France
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
SCJN	<i>Suprema Corte de Justicia de la Nación</i>
[TA]	<i>Tesis Aislada</i> (Thèse de jurisprudence isolée)

TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
U.S.	<i>United States</i>
UNAM	<i>Universidad Nacional Autónoma de México</i>
Vol.	Volume

## **MODE DE CITATION DES DECISIONS**

### **Cour suprême des Etats-Unis :**

Cour suprême des Etats-Unis, *Nom des parties*, numéro de la décision (année).

### **Cour suprême du Mexique :**

SCJN [type de jurisprudence], époque, n° de décision au registre (année).

Pour les types de jurisprudence :

- [TA] correspond à *Tesis Aislada*, des critères émis par la SCJN ou les tribunaux collégiaux à valeur interprétative ;
- [J] correspond à *Jurisprudencia*, des critères émis par la SCJN ou les tribunaux collégiaux à valeur obligatoire.

## **REMERCIEMENTS**

Mes remerciements s'adressent en premier lieu à Monsieur le Professeur Fassassi, qui a accepté de diriger ce mémoire. Sa disponibilité, ses conseils et nos nombreux échanges ont été essentiels à la réalisation de ce projet, et ont été pour moi une source d'inspiration importante.

Je remercie également tous les enseignants du Master 2 Droit public comparé de l'Université Paris II Panthéon-Assas, et notamment son Directeur, Monsieur le Professeur Gilles J. Guglielmi, pour leurs enseignements et leur disponibilité.

Je remercie enfin plus personnellement mes proches pour m'avoir soutenue, parfois inspirée, et surtout pour leur contribution à la relecture de ce mémoire.



## INTRODUCTION

« *De nombreux membres de gangs et de très mauvaises personnes sont mêlés à la Caravane qui se dirige vers notre frontière sud. S'il vous plaît retournez en arrière, vous n'entrerez pas aux Etats-Unis autrement que par un processus légal. C'est une invasion de notre pays et notre armée vous attend !* »<sup>1</sup>.

Le Président états-unien<sup>2</sup> Donald Trump met ici en lumière le climat sécuritaire qui entoure aujourd'hui la question migratoire, non seulement aux Etats-Unis mais également dans de nombreux autres pays. Le récent phénomène de « caravanes de migrants », mouvements de migrations de personnes traversant l'Amérique centrale à pied et groupées, dans l'espoir de rejoindre les Etats-Unis, a encore renforcé ce discours.

A l'inverse du Président Trump, le Président mexicain, Andrés Manuel López Obrador, a appelé à diverses reprises à la solidarité envers les migrants de la Caravane<sup>3</sup>, et a mis en place des politiques de régularisation pour les migrants traversant le pays<sup>4</sup>. Pourtant, le Mexique, à l'instar des Etats-Unis, a accueilli ces mouvements migratoires dans une perspective militaire et de sécurité nationale plutôt que dans une approche de protection des droits de l'homme<sup>5</sup>.

Comme en témoignent ces réactions face au phénomène de « caravanes de migrants », les pouvoirs exécutifs des deux pays ont été particulièrement présents sur le thème de l'immigration. En janvier 2019, la question migratoire a par exemple été à l'origine du *shutdown* le plus long de l'histoire des Etats-Unis, provoqué par le désaccord

---

<sup>1</sup> Donald Trump, Twitter, @realDonaldTrump, 29 octobre 2018, 15h41. URL : [https://twitter.com/realDonaldTrump/status/1056919064906469376?ref\\_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1056919064906469376&ref\\_url=https%3A%2F%2Fnoticias.canalrcn.com%2Finternacional-america%2Fnuestras-fuerzas-armadas-los-estan-esperando-trump-caravana-migrante](https://twitter.com/realDonaldTrump/status/1056919064906469376?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1056919064906469376&ref_url=https%3A%2F%2Fnoticias.canalrcn.com%2Finternacional-america%2Fnuestras-fuerzas-armadas-los-estan-esperando-trump-caravana-migrante), consulté le 21 mai 2019. « *Many Gang Members and some very bad people are mixed into the Caravan heading to our Southern Border. Please go back, you will not be admitted into the United States unless you go through the legal process. This is an invasion of our Country and our Military is waiting for you!* ».

<sup>2</sup> Le terme « états-unien » sera généralement préféré à celui d'« américain », afin d'éviter toute confusion avec le continent américain dans le cadre de la comparaison avec le Mexique.

<sup>3</sup> « AMLO pide solidaridad con la caravana migrante: "donde come uno, comen dos" », *Forbes*, Mexico, 22 oct. 2018. URL : <https://www.forbes.com.mx/amlo-pide-solidaridad-con-la-caravana-migrante-donde-como-uno-comen-dos/>. Consulté le 21 mai 2019.

<sup>4</sup> Alberto NÁJAR, « Caravana de migrantes: AMLO anuncia un inédito programa de visas de trabajo en México para tratar de contener la migración centroamericana a EE.UU », *BBC News Mundo*, Mexico, 18 oct. 2018. URL : <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-45898633>. Consulté le 20 mai 2019.

<sup>5</sup> Hernán GÓMEZ BRUERA, « Sr. Migrante, bienvenido a México », *El Universal*, Mexico, 26 oct. 2018. URL: <https://www.eluniversal.com.mx/articulo/hernan-gomez-bruera/nacion/sr-migrante-bienvenido-mexico>. Consulté le 1<sup>er</sup> juin 2019.

entre le Président et le Congrès sur le budget visant à construire un mur intégral à la frontière avec le Mexique<sup>6</sup>. L'étude juridique de l'immigration, et en particulier de l'immigration dite « illégale » ou « irrégulière » nécessite de sortir du cadre purement exécutif, et même politique, et d'envisager les acteurs de manière plus large. Sur la question précise de la protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière, qui nous intéressera ici, le rôle du juge semble alors primordial, en ce qu'il est le gardien de ces droits.

En droit français, les droits fondamentaux peuvent être définis comme l'« ensemble des règles juridiques, dont les sources sont internationales et nationales, qui reconnaissent sans discrimination aux individus des droits et facultés assurant la liberté et la dignité de la personne humaine et bénéficiant de garanties institutionnelles »<sup>7</sup>. En France, comme dans la plupart des ordres juridiques, il existe des sources internes et internationales à la protection des droits fondamentaux. Les sources internationales sont constituées des traités internationaux auxquels la France est partie, en particulier la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH), ainsi que les règles de droit coutumier international. Les sources internes proviennent principalement du bloc de constitutionnalité, dont le respect est assuré notamment par le Conseil constitutionnel. C'est donc une pluralité de sources que le juge français examine lorsqu'il s'agit d'assurer le respect par les autorités publiques des droits fondamentaux de la personne humaine.

Cette approche est, depuis une période récente, similaire en droit mexicain. La Constitution utilise le terme de « *derechos humanos* », que l'on pourrait traduire par « droits de l'homme ». Depuis la révision constitutionnelle du 11 juin 2011, souvent présentée comme « révolution des droits de l'homme », l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1 de la Constitution Politique des Etats-Unis Mexicains (CPEUM) dispose :

« Aux Etats-Unis Mexicains, toutes les personnes jouiront des droits de l'homme reconnus dans cette Constitution et dans les traités internationaux auxquels l'Etat

---

<sup>6</sup> « Trump cède pour sortir du shutdown le plus long de l'histoire des Etats-Unis », *Le Monde*, 25 janv. 2019. URL : [https://www.lemonde.fr/international/article/2019/01/25/donald-trump-annonce-un-accord-de-fin-du-shutdown\\_5414728\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2019/01/25/donald-trump-annonce-un-accord-de-fin-du-shutdown_5414728_3210.html). Consulté le 1<sup>er</sup> juin 2019.

<sup>7</sup> Rémy CABRILLAC, *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2019*, 10<sup>ème</sup> éd., Paris : LexisNexis, 2019, p. 206.

Mexicain est partie, ainsi que des garanties pour leur protection, dont l'exercice ne pourra être restreint ou suspendu, à l'exception des cas prévus par cette Constitution, et dans les conditions qu'elle établit »<sup>8</sup>.

Selon la Commission Nationale des Droits de l'Homme (CNDH), organe consultatif en matière de droits de l'homme prévu par l'article 102 B de la Constitution mexicaine, les droits de l'homme sont « l'ensemble des prérogatives fondées sur la dignité humaine, dont la réalisation effective est indispensable au développement intégral de la personne. Cet ensemble de prérogatives est établi dans l'ordre juridique national, dans [la] Constitution politique, dans les traités internationaux et dans les lois »<sup>9</sup>. La notion de « droits de l'homme » au Mexique sera donc, pour l'objet de cette étude, entendue comme la notion de « droits fondamentaux » en droit français.

Aux Etats-Unis, le système de protection des « droits fondamentaux » ou « droits de l'homme » se distingue de ces deux modèles. La définition traditionnellement admise renvoie plus précisément à l'ordre juridique interne, et souligne l'importance du juge. En effet, les droits considérés comme « fondamentaux » sont ceux ayant été reconnus comme tels par la Cour suprême, sur la base de l'interprétation de la Constitution, et notamment de la Déclaration des droits (*Bill of Rights*)<sup>10</sup>.

Le terme de « droits fondamentaux » a été choisi afin d'englober tous les droits ayant pu être considérés comme fondamentaux dans différents ordres juridiques, qu'ils soient de la « première génération » (droits civils et politiques) ou de la « deuxième génération » comme les droits économiques et sociaux. Toutefois, il pourra être fait référence aux « droits de l'homme » quand ils sont définis comme tels dans l'ordre juridique dont il est question. Dans tous les cas, il s'agira de traiter de la protection des droits considérés comme indispensables au respect de la dignité humaine de chaque individu, et devant être accordés et protégés sans discrimination.

---

<sup>8</sup> CPEUM, art. 1, §1. « *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece* ».

<sup>9</sup> « ¿Qué son los derechos humanos? », *CNDH Mexico*, [s.d.]. URL : [http://www.cndh.org.mx/Que\\_son\\_derechos\\_humanos](http://www.cndh.org.mx/Que_son_derechos_humanos). Consulté le 21 mai 2019.

<sup>10</sup> « Fundamental Right », *Cornell Law School*, [s.d.]. URL : [https://www.law.cornell.edu/wex/fundamental\\_right](https://www.law.cornell.edu/wex/fundamental_right). Consulté le 20 mai 2019.

Par ailleurs, le champ d'étude se limitera à la protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière. La définition de « migrant » est large et varie selon l'organisation ou l'auteur qui l'utilise. Celle de l'Organisation des Nations Unies (ONU) englobe de nombreuses situations, puisqu'elle désigne « toute personne qui a résidé dans un pays étranger pendant plus d'une année, quelles que soient les causes, volontaires ou involontaires, du mouvement, et quels que soient les moyens, réguliers ou irréguliers, utilisés pour migrer »<sup>11</sup>. Dans cette catégorie générale de « migrants », il existe différentes sous-catégories juridiques, prévues par des traités internationaux et des dispositions juridiques nationales spécifiques. C'est notamment le cas des réfugiés, des travailleurs migrants ou des « mineurs non accompagnés ». Toutefois, nous nous limiterons à l'étude de la catégorie des « migrants en situation irrégulière », c'est-à-dire des « migrant[s] contrevenant à la réglementation du pays d'origine, de transit ou de destination, soit qu'il[s] soi[en]t entré[s] irrégulièrement sur le territoire d'un Etat, soit qu'il[s] s'y soi[en]t maintenu au-delà de la durée de validité du titre de séjour, soit encore qu'il[s] se soi[en]t soustrait[s] à l'exécution d'une mesure d'éloignement »<sup>12</sup>. Il s'agit donc des migrants qui se trouvent sur un territoire sans y être autorisés par la loi migratoire du pays en question. Cela exclut les personnes bénéficiant du statut de réfugié, d'un permis de travail, ou d'une quelconque résidence légale sur le territoire. Toutefois, des demandeurs d'asile pourront être inclus si aucun statut de protection légale ne leur a été reconnu dans l'attente d'une reconnaissance du statut de réfugié, ou s'ils ont été déboutés de leur demande d'asile. Le terme de migrants en situation irrégulière reste difficile à définir précisément, dès lors que le statut migratoire d'une personne peut varier au cours de sa vie, par une régularisation ou au contraire l'expiration de son droit au séjour<sup>13</sup>.

Il n'existe pas d'expression unique et admise par tous pour faire référence aux migrants se trouvant dans une cette situation. Si le terme de « sans-papiers » est parfois utilisé en France, nous préférons néanmoins l'expression *a priori* plus neutre de « migrants en situation irrégulière ». Aux Etats-Unis, les termes généralement utilisés dans la doctrine juridique sont « *undocumented migrants* » ou « *irregular*

---

<sup>11</sup> ONU, « Définitions », *Réfugiés et migrants*, [s.d.]. URL : <https://refugeesmigrants.un.org/fr/d%C3%A9finitions>. Consulté le 21 mai 2019.

<sup>12</sup> « Termes clés de la migration », *Organisation internationale pour les migrations*, 2015. URL : <https://www.iom.int/fr/termes-cles-de-la-migration>. Consulté le 21 mai 2019.

<sup>13</sup> Jaya RAMJI-NOGALES, « Undocumented Migrants and the Failures of Universal Individualism », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 47, n° 699, 2013, p. 714.

*migrantes/aliens* ». Au Mexique, les termes de « *migrantes indocumentados* » ou « *irregulares* » sont également les plus utilisés. Le terme de « migrants en situation irrégulière », ou parfois « étrangers en situation irrégulière » sans distinction, fera donc référence à ces différentes terminologies.

La terminologie générale du droit des étrangers peut également varier selon les pays ou l'auteur du document auquel il est fait référence et sa discipline – juridique, sociologique ou politique. En France par exemple, le renvoi d'un étranger du territoire national est désigné par le terme « éloignement ». Les centres de détention réservés aux étrangers en situation irrégulière en attente d'éloignement sont qualifiés de « centres de rétention administrative », en opposition à la « détention » des personnes condamnées pénalement. Aux Etats-Unis et au Mexique toutefois, il peut être fait référence à la déportation ou l'expulsion s'agissant de l'éloignement des étrangers. Le terme « détention » est également permis s'agissant de la « rétention ». Ces différentes terminologies pourront être utilisées au cours de cette étude, sans distinction sauf si celle-ci est précisée, afin de sortir du cadre juridique purement français.

Enfin, cette étude portera sur le rôle du pouvoir judiciaire, en particulier des juridictions suprêmes, dans la protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière. Cela n'exclue pas pour autant des références aux juridictions inférieures lorsqu'il n'existe pas de jurisprudence des Cours suprêmes sur une question. Au Mexique notamment, les tribunaux collégiaux de circuit, dont les décisions s'imposent aux juridictions inférieures et du même échelon, sont à l'origine d'une part importante de la jurisprudence constitutionnelle<sup>14</sup>. Les juridictions suprêmes sont les cours qui jugent en dernière instance les affaires relatives aux questions fédérales aux Etats-Unis et au Mexique. Elles ont également un rôle de tribunal constitutionnel, c'est-à-dire qu'elles sont compétentes en dernière instance pour les affaires mettant en cause des dispositions constitutionnelles. Le modèle des juridictions suprêmes étudiées ici s'inscrit dans le cadre d'Etats fédéraux et de pays dont le contrôle de constitutionnalité est diffus. Par conséquent, tous les tribunaux des différents échelons, au niveau fédéral

---

<sup>14</sup> Art. 217, Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 2 de abril de 2013.

comme étatique, peuvent écarter l'application de lois jugées inconstitutionnelles lorsqu'ils examinent une affaire, si cela est déterminant pour la solution du litige<sup>15</sup>.

Ces cours ne sont donc pas des tribunaux constitutionnels au sens où on l'entendrait en France du Conseil constitutionnel ou en Allemagne de la Cour constitutionnelle fédérale par exemple. En effet, elles n'ont pas pour seul objet de trancher les litiges concernant des droits constitutionnels, et n'ont pas le monopole en la matière. Toutefois, les Cours suprêmes mexicaine et états-unienne peuvent d'une certaine manière être considérées comme des tribunaux constitutionnels dès lors qu'en tout état de cause, elles ont le dernier mot sur l'interprétation de la Constitution comme norme suprême. Leur rôle dans le contrôle de constitutionnalité les a amenées à être des références en termes de construction du droit constitutionnel dans ces deux États.

La Cour suprême des États-Unis a accepté le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales (*judicial review*) dans sa célèbre décision *Marbury v. Madison* du 24 février 1803<sup>16</sup>. Cette compétence n'étant pas elle-même inscrite dans la Constitution<sup>17</sup>, la Cour avait fondé sa décision sur le droit coutumier, la *common law*<sup>18</sup>. La Cour suprême mexicaine a quant à elle commencé sa transformation comme tribunal constitutionnel plus tardivement, à partir de la révision constitutionnelle de 1994<sup>19</sup>. Le système politique mexicain était jusqu'alors marqué par un très fort présidentielisme, et un important contrôle de l'exécutif sur le pouvoir judiciaire<sup>20</sup>. Cette réforme établit un nouveau mécanisme de contrôle constitutionnel abstrait, appelé recours en inconstitutionnalité (*acción de inconstitucionalidad*)<sup>21</sup>. Il permet à certaines autorités d'introduire un recours constitutionnel devant la Cour suprême contre une loi récemment votée<sup>22</sup>. Son rôle de

---

<sup>15</sup> Michel FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, Paris : Dalloz, 2013, pp. 110-111.

<sup>16</sup> Cour suprême des États-Unis, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

<sup>17</sup> Elisabeth ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, 1<sup>ère</sup> éd., Paris : Dalloz, 2010, p. 14.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>19</sup> Edgar S. CABALLERO GONZÁLEZ, « Impacto metodológico de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la actividad jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación », in Eduardo Ferrer-Mac Gregor (dir.), *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, Mexico : Editorial Porrúa, 2016, p. 421.

<sup>20</sup> Alberto ESCAMILLA CADENA, « El ejercicio de los controles constitucionales de la Suprema Corte de Justicia en México », *POLIS*, vol. 9, n°2, 2013, p. 53.

<sup>21</sup> CPEUM, art. 105, sect. II.

<sup>22</sup> SILVA MEZA Juan, « La Cour suprême de justice de la Nation du Mexique. La Révolution mexicaine des droits de l'homme », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel* [en ligne], n°39, avril 2013. URL : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-cour-supreme-de->

tribunal constitutionnel après cette réforme a toutefois pu être contesté<sup>23</sup>. Néanmoins, depuis la révision constitutionnelle de 2011, qui a introduit un régime de protection des droits de l'homme plus abouti dans la Constitution, la Cour suprême mexicaine constitue un véritable organe de contrôle de la constitutionnalité de l'action des pouvoirs exécutif et législatif<sup>24</sup>. En plus du recours en inconstitutionnalité, son action s'exerce par différents moyens, présentés à l'article 105 C de la Constitution. Parmi ceux-ci figure d'une part la possibilité de résoudre à travers les controverses constitutionnelles (*controversias constitucionales*) des litiges entre deux branches du pouvoir<sup>25</sup>. Par ailleurs, à travers le recours en révision (*recurso de revisión*), la Cour suprême peut examiner des recours sur les décisions concernant des questions constitutionnelles des juridictions inférieures, ou toutes les décisions *d'amparo* de ces juridictions<sup>26</sup>. Le recours *d'amparo* est prévu par les articles 103 et 107 de la Constitution mexicaine et permet à « toute personne directement concernée de contester tout acte public qui porte atteinte à un droit que garantit la Constitution »<sup>27</sup>. Les décisions des cours sont regroupées par « époques de jurisprudence », qui correspondent à des étapes chronologiques du droit constitutionnel selon différents critères<sup>28</sup>. La Cour est actuellement à la dixième époque depuis la révision constitutionnelle de 2011.

Le Mexique et les Etats-Unis s'inscrivent dans des traditions juridiques différentes. Les Etats-Unis, en tant que pays de tradition de *common law*<sup>29</sup>, accorde une importance particulière au droit non-écrit et à la règle du précédent. La Constitution est relativement courte et a été très peu modifiée depuis son adoption en 1787. Ces éléments ont donné à la Cour suprême des Etats-Unis un rôle central dans la construction du droit constitutionnel, et du droit en général, dans ce pays<sup>30</sup>. Le Mexique, à l'inverse, est

---

justice-de-la-nation-du-mexique-la-revolution-mexicaine-des-droits-de-l-homme. Consulté le 5 février 2019.

<sup>23</sup> ESCAMILLA CADENA, « El ejercicio de los controles constitucionales de la Suprema Corte de Justicia en México », *op. cit.*, p. 54.

<sup>24</sup> SILVA MEZA, « La Cour suprême de justice de la Nation du Mexique. La Révolution mexicaine des droits de l'homme », *op. cit.*

<sup>25</sup> CPEUM, art. 105, sect. I.

<sup>26</sup> CPEUM, art. 107, sect. VIII.

<sup>27</sup> FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée, op. cit.*, p. 133.

<sup>28</sup> Jesús Gerardo GARCÍA PACHECO, « ¿ Qué hace la suprema corte de justicia de la nación ? », *SCJN*, [s.d.]. URL : <https://www.scjn.gob.mx/conoce-la-corte/que-hace-la-scjn>. Consulté le 2 juin 2019.

<sup>29</sup> Michel FROMONT, *Grands systèmes de droit étrangers*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris : Dalloz, 2018, p. 149.

<sup>30</sup> Christian LERAT, *La Cour Suprême des Etats-Unis : pouvoirs et évolution historique*, 7<sup>ème</sup> éd., Bordeaux : Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 8.

généralement classé dans la catégorie des systèmes juridiques romano-germaniques de droit civil<sup>31</sup>, avec une forte codification, issue de la colonisation espagnole et des différentes occupations du pays par des Etats européens dans son histoire. Le juge y a donc traditionnellement plus un rôle d'interprétation du droit que de création de celui-ci<sup>32</sup>. De plus, la Constitution mexicaine actuelle, adoptée en 1917 et plusieurs fois révisée depuis, est une constitution longue et intégrant de nombreux droits, y compris un large catalogue de droits fondamentaux. Elle ne laisse donc pas une place aussi importante à l'interprétation que celle des Etats-Unis.

Malgré ces différences, certaines similitudes et rapprochements entre les deux Etats nous amènent à penser que ces deux ordres juridiques peuvent faire l'objet d'une étude comparative. En effet, le Mexique, du fait de son positionnement géographique et de son lien historique avec les Etats-Unis, a connu une influence non négligeable du droit états-unien sur son système juridique<sup>33</sup>. La Cour suprême mexicaine, au gré des réformes constitutionnelles, a adopté une forme et un rôle comparables à la Cour suprême états-unienne. Ainsi, si l'ordre juridique mexicain reconnaissait traditionnellement la suprématie de la loi, celle-ci a été nuancée par le renforcement du rôle de la jurisprudence<sup>34</sup>. A présent, certaines cours peuvent émettre une jurisprudence d'application générale, à l'instar du *stare decisis* et de la règle du précédent aux Etats-Unis, qui permettent aux décisions de juridictions de s'appliquer au-delà du cas d'espèce<sup>35</sup>. Celles-ci sont publiées sous formes de thèses jurisprudentielles, nommées « *tesis aislada* » quand elles ont une force interprétative, et « *jurisprudencia* » lorsqu'elles ont une force obligatoire<sup>36</sup>. Elles ne peuvent être adoptées que par la SCJN et les tribunaux collégiaux de circuit, qui sont des tribunaux fédéraux. Ainsi, bien que la Cour suprême mexicaine n'ait pas l'aura et l'influence politique et internationale de sa voisine états-unienne, elle n'en reste pas moins une cour puissante dans l'ordre juridique interne, et influente au niveau latino-américain.

---

<sup>31</sup> José María SERNA DE LA GARZA, *The Constitution of Mexico. A contextual analysis*, Oxford et Portland : Hart Publishing, 2013, p. 103.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 113.

<sup>35</sup> LEVASSEUR, *Le droit américain, op. cit.*, p. 90.

<sup>36</sup> CPEUM, art. 218



Ces deux ordres constitutionnels disposent ainsi de points communs permettant une comparaison des jurisprudences des cours suprêmes, notamment la suprématie de leur Constitution dans l'ordre interne. Par conséquent, l'institution chargée du contrôle de constitutionnalité, à savoir les juges et en dernier ressort la Cour suprême, revêt une importance fondamentale. Cette importance nous a amené à nous interroger sur leur rôle dans la protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière. Pour le comprendre, il semble important de revenir sur la position de ces deux pays par rapport à la migration dans la période récente.

Le Mexique et les Etats-Unis ont une histoire migratoire à la fois riche et fortement liée. Les Etats-Unis sont connus comme étant un pays d'immigration importante, notamment irrégulière, et en grande partie mexicaine<sup>37</sup>. Selon l'ONU, il y avait en 2017 aux Etats-Unis plus de 34 millions de migrants, toutes catégories confondues<sup>38</sup>. Au 1<sup>er</sup> janvier 2015, le département des statistiques migratoires (*Office of Immigration Statistics*) estimait à 12 millions le nombre de migrants résidant illégalement sur le territoire des Etats-Unis, contre 11,6 millions estimés au 1<sup>er</sup> janvier 2010<sup>39</sup>.

Le Mexique est au contraire rarement perçu en priorité comme un pays d'immigration, compte tenu de l'importante émigration de Mexicains. En effet, il était en 2017 le deuxième pays d'origine des migrants au monde avec 13 millions de ressortissants vivant en dehors du pays<sup>40</sup>. Cependant, en plus d'être un pays d'émigration, le Mexique est un pays d'immigration et surtout de transit<sup>41</sup>, comme en témoignent les récents épisodes de caravanes de migrants. En 2017, l'ONU estimait à 538 000 le nombre de migrants présents au Mexique, toutes catégories confondues<sup>42</sup>, mais ce nombre pourrait augmenter compte tenu de la politique migratoire des Etats-Unis<sup>43</sup>.

---

<sup>37</sup> James COHEN, *A la poursuite des illégaux. Politiques et mouvements anti-immigrés aux Etats-Unis*, Broissieux : Editions du Croquant, 2012, p. 66.

<sup>38</sup> Department of Economic and Social Affairs, ONU, *International Migration Report. Highlights*, New York, 2017, p. 30.

<sup>39</sup> Bryan BAKER, *Population Estimates Illegal Alien Population Residing in the United States: January 2015*, Washington DC : Office of Immigration Statistics, décembre 2018, p. 3.

<sup>40</sup> Department of Economic and Social Affairs, ONU, *International Migration Report. Highlights, op. cit.*, p. 12.

<sup>41</sup> Gabriela DIAZ et Gretchen KÜHNER, « Le Mexique, un État partie, pays d'émigration, de transit et d'immigration », *Hommes & Migrations*, vol. 1271, n° 1, 2008, p. 83.

<sup>42</sup> Department of Economic and Social Affairs, ONU, *International Migration Report. Highlights, op. cit.*, p. 30.

<sup>43</sup> GÓMEZ BRUERA, « Sr. Migrante, bienvenido a México », *op. cit.*

Les débats sur l'immigration dans ces deux pays ont été particulièrement intenses récemment, et s'inscrivent dans un double paradigme. En effet, depuis les années 1980, on observe un centrage du discours sur l'idée de « lutte contre l'immigration irrégulière »<sup>44</sup>. Parallèlement, depuis la seconde moitié du XX<sup>ème</sup> siècle et notamment l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) en 1948, la protection des droits fondamentaux a eu une importance croissante dans le discours politique.

Aux Etats-Unis, le premier acte de cette politique centrée sur la « lutte contre l'immigration irrégulière » fut l'adoption de la loi *Immigration Reform and Control Act (IRCA)* en 1986, qui fonde le système contemporain d'immigration, en acceptant la régularisation de certains migrants présents sur le territoire, mais en instaurant des mesures répressives pour les autres migrants<sup>45</sup>. Cette loi est le fruit d'un compromis entre le rejet de l'immigration irrégulière et le besoin d'immigration, notamment économique<sup>46</sup>. Depuis les attentats du 11 septembre 2001, les autorités fédérales légifèrent quasiment uniquement sur le versant répressif du régime d'immigration<sup>47</sup>. En 2006 a lieu un nouveau tournant en ce sens sous la présidence de George W. Bush, avec une augmentation du rôle de l'exécutif, notamment par une série de raids, arrestations et expulsions sans précédent<sup>48</sup>.

La politique mexicaine a, en coopération avec les Etats-Unis, également participé à accentuer le lien entre sécurité et migration, et contribué au contrôle renforcé des frontières. Le Programme pour la Sécurité Nationale, mis en place en 2009, visait en effet à « répondre au risque terroriste au Mexique », ainsi qu'à la crainte que le pays devienne une « plateforme de transit, préparation ou refuge pour des groupes terroristes »<sup>49</sup>. Parallèlement, le Mexique s'est prononcé en faveur d'une plus grande protection des

---

<sup>44</sup> Rachel R ROSENBLOOM, « Federalism and Fundamental Rights: Safeguarding the Rights of Undocumented Immigrants in the United States and the European Union », *Paix et Sécurité Internationales*, n° 4, 2016, p. 15.

<sup>45</sup> BONZOM, « Donald Trump, un président en guerre contre l'immigration ? », *op. cit.*.

<sup>46</sup> COHEN, *A la poursuite des illégaux. Politiques et mouvements anti-immigrés aux Etats-Unis*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>48</sup> *Ibid.*, pp. 81-82.

<sup>49</sup> Jean CLOT et Germán MARTINEZ VELASCO, « Évolution des politiques migratoires au Mexique au cours de la période 2000 – 2012, ou comment la migration est progressivement abordée dans une approche de sécurité nationale », *Chroniques des Amériques*, vol. 15, n° 7, octobre 2015, p. 4.

droits fondamentaux des migrants. Les pouvoirs publics ont notamment lancé une consultation publique menant à une *Proposition de Politique Migratoire Intégrale pour la Frontière Sud du Mexique*, à la fois pour augmenter la sécurité à la frontière et pour assurer de meilleures conditions aux migrants traversant le pays<sup>50</sup>. La loi sur la Migration adoptée en 2011, illustre également cette tension. Cette loi, bien qu'elle vise en principe une plus grande protection des migrants, en incluant la question des droits de l'homme dans les processus migratoires<sup>51</sup>, a néanmoins eu des effets controversés. Plusieurs organismes et universitaires pointent notamment certaines insuffisances dans la protection des droits de l'homme des migrants, ou des incompatibilités avec la Constitution<sup>52</sup>.

C'est dans ce contexte que le « mur » à la frontière entre les Etats-Unis et le Mexique, objet central du programme du Président Trump, a en réalité commencé à être construit dès les années 1990. En effet, en 1994, une « barrière » (*fence*) ou « mur », nommé(e) différemment par ses partisans et ses adversaires, a vu le jour sur une partie de la frontière en réponse la signature de l'Accord de libre-échange Nord-américain (ALENA)<sup>53</sup>. En 2006, la barrière a été renforcée par le *Secure Fence Act*. Cet épisode marque le lien croissant dans le débat public entre questions sécuritaires et immigration illégale. En 2015, le mur s'étendait sur 2 500 km des 3 200 km de frontières<sup>54</sup>. Il s'accompagne d'accords de coopération entre les Etats-Unis et le Mexique pour contenir l'immigration, notamment l'accord « frontières intelligentes » de mars 2002, visant à faciliter les flux légaux et renforcer la sécurité face aux flux considérés comme « illégaux »<sup>55</sup>.

Plusieurs éléments de ce contexte politique et juridique nous amènent à penser qu'une comparaison entre la situation des migrants en situation irrégulière dans ces deux pays est possible et pertinente. D'une part, les Etats-Unis et le Mexique sont liés par des

---

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>52</sup> Voir par exemple : Karlos A. JUÁREZ CASTILLA, « Ley de Migración mexicana: Algunas de sus inconstitucionalidades », *Migración y desarrollo*, vol. 12, n° 23, 2014, pp. 151-183.

<sup>53</sup> Alexandra NOVOSSELOFF et Frank NEISSE, *Des murs entre les hommes*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris : Direction de l'information légale et administrative, 2015, p. 159.

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> CLOT et MARTINEZ VELASCO, « Évolution des politiques migratoires au Mexique au cours de la période 2000 – 2012, ou comment la migration est progressivement abordée dans une approche de sécurité nationale », *op. cit.*, p. 3.

éléments historiques, qui ont mené à une influence juridique et culturelle réciproque entre les deux Etats<sup>56</sup>. D'autre part, ces deux pays ont connu une tension entre l'accentuation du versant répressif des politiques migratoires et une préoccupation croissante pour la protection des droits fondamentaux des migrants. La comparaison permet d'illustrer les différentes balances entre ces préoccupations selon les périodes et les pays, ainsi que le poids des différentes institutions à cet égard.

Cette comparaison présente également un intérêt pratique dans le contexte actuel. En effet, compte tenu du renforcement de la lutte contre l'immigration aux Etats-Unis, notamment sous la Présidence Trump, et du projet de construction d'un mur sur l'ensemble de la frontière, il semble intéressant de s'interroger sur la capacité du Mexique à être un pays d'accueil pour les migrants centre-américains échouant le passage de la frontière avec les Etats-Unis. Dans cette optique, la protection des droits fondamentaux des migrants des deux côtés de la frontière, est essentielle pour l'avenir du continent américain dans son ensemble. Or, lorsqu'il s'agit de protection des droits fondamentaux, le rôle du juge s'avère primordial, ce d'autant plus que les politiques publiques actuelles poursuivent des objectifs *a priori* attentatoires à une protection effective.

L'objectif de la comparaison menée est donc de questionner la situation des migrants dans une zone géographique illustrant un enjeu majeur du droit contemporain, à savoir l'appréhension juridique des migrations internationales, notamment entre pays « développés » et pays « en développement » ou émergents. L'aspect transnational de la question migratoire renforce par ailleurs l'utilité de l'étudier sous l'angle du droit comparé.

Ainsi, nous adopterons, dans la mesure du possible, une méthode fonctionnelle, afin d'étudier la réponse qu'ont apportée deux institutions relativement similaires à une question commune : comment protéger les migrants en situation irrégulière tout en respectant la souveraineté étatique ? Pour mener à bien cette comparaison, il nous semble essentiel de prendre en compte le contexte politique et juridique de ces deux Etats. Tout en ayant conscience de l'impossibilité de comprendre parfaitement un système étranger, nous aimerions tendre vers ce qu'Elizabeth Zoller considère comme étant la « troisième

---

<sup>56</sup> Isabelle VAGNOUX, *Les Etats-Unis et le Mexique. Histoire d'une relation tumultueuse*, Paris : L'Harmatan, 2003, pp. 11-15.

manière de faire du droit constitutionnel comparé », à savoir de « pénétrer à l'intérieur du système juridique étranger et essayer de le comprendre au sens étymologique, c'est-à-dire le "prendre avec soi" »<sup>57</sup>.

L'application de cette méthode à cette étude présente toutefois certaines difficultés. L'accès limité aux sources étrangères en fait partie, notamment concernant les décisions de la Cour suprême mexicaine. Ces difficultés nous ont amené à nous centrer sur l'étude des thèses jurisprudentielles<sup>58</sup> dans la majorité des cas. D'autre part, l'étude en trois langues différentes – l'anglais, l'espagnol et le français – implique un travail de traduction important, lequel ne permet pas toujours d'intégrer certaines distinctions culturelles liées à la langue. Enfin, l'approfondissement d'un système juridique dans un temps limité ne permet de saisir qu'une partie du système social, culturel et institutionnel du pays, qui a pourtant une influence non négligeable sur le droit.

Par conséquent, cette étude ne prétend pas apporter un regard exhaustif et authentique sur les systèmes juridiques mexicain et états-unien, mais vise à apporter une analyse, depuis un point de vue extérieur, du rôle des juges dans la protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière. Dans cette optique, des références aux situations européenne et française pourront être faites, afin de mettre en perspective les situations américaines étudiées, et d'attirer l'attention du lecteur sur certaines similitudes ou différences.

Le rôle du juge peut être envisagé sous différents angles selon le contexte juridique dans lequel on se place. Si les Etats-Unis le conçoivent comme un « contre-pouvoir »<sup>59</sup>, du fait de son rôle de garant de la Constitution et de son poids dans le système des *checks and balances*, notamment par le biais de la *common law*, cette conception est traditionnellement rejetée dans des pays de droit civil comme la France, où le juge devrait être « la bouche de la loi » selon la formule célèbre de Montesquieu. La question du rôle du juge constitutionnel en France avait d'ailleurs fait l'objet d'une controverse en 1993, précisément face à la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition d'une loi sur

---

<sup>57</sup> Elisabeth ZOLLER, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Droit*, vol. 32, 2000, p. 132.

<sup>58</sup> Voir supra.

<sup>59</sup> Elisabeth ZOLLER, « La justice comme contre-pouvoir : regards croisés sur les pratiques américaine et française », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 53, n° 3, 2001, p. 568.

l'asile<sup>60</sup>. Cette « polémique autour du Conseil constitutionnel » avait amené son Président, Robert Badinter, à rédiger une tribune en qualifiant le Conseil constitutionnel de « contre-pouvoir », nécessaire face au pouvoir législatif<sup>61</sup>. Cette question reste ouverte, et présente une importance fondamentale concernant la protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière dans le contexte de « criminalisation de l'immigration irrégulière »<sup>62</sup>.

Dans ce contexte de tension entre protection des droits fondamentaux et politiques de lutte contre l'immigration irrégulière, quelle position ont adoptée les juridictions suprêmes dans la protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière, et quel a été leur impact ?

Dans un premier temps, les juridictions suprêmes ont joué un rôle fondamental dans la reconnaissance de droits fondamentaux aux migrants en situation irrégulière, par le dépassement de la notion de citoyenneté dans leur jurisprudence concernant les droits fondamentaux. Malgré le fait que cette évolution se soit opérée à différentes périodes et concernant des droits fondamentaux distincts dans les deux Etats, elle a permis aux migrants en situation irrégulière de faire valoir certains de leurs droits fondamentaux auprès des cours, en dépit de leur présence irrégulière sur le territoire (Partie 1). Toutefois, cette jurisprudence n'a abouti, dans aucun des deux Etats, à une assimilation totale des migrants en situation irrégulière aux citoyens ou même aux étrangers en situation régulière dans la protection des droits fondamentaux. Ceux-ci se maintiennent en effet dans une catégorie juridique particulière au regard des droits fondamentaux, ce qui explique certaines violations des droits dont ils sont victimes. Ce constat invite à interroger le pouvoir et le rôle du juge, en relation avec le pouvoir politique (Partie 2).

---

<sup>60</sup> Conseil constitutionnel français, Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993.

<sup>61</sup> Robert BADINTER, « Point de vue : Le pouvoir et le contre-pouvoir », *Le Monde*, Paris, 23 nov. 1993.

<sup>62</sup> Concernant l'utilisation de cette expression, voir notamment Salvatore PALIDDA, « La criminalisation des migrants », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 129, Délits d'immigration, 1999, pp. 29-49.

## **PARTIE 1 : LE DEPASSEMENT DE LA NOTION DE CITOYENNETE DANS LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX**

Au niveau international comme au sein des ordres juridiques mexicain et états-unien, la protection des droits fondamentaux des personnes est devenue une problématique majeure du droit contemporain. L'idée selon laquelle ces droits devaient être respectés et protégés sans discrimination a été particulièrement importante dans cette évolution<sup>63</sup>. Face à ces principes *a priori* inhérents à la protection des droits fondamentaux, il peut sembler paradoxal de prétendre assurer une protection moindre aux migrants, en particulier en situation irrégulière, qu'aux nationaux d'un Etat. Toutefois, force est de constater que la plupart des pays ont posé des restrictions à la jouissance de certains droits, y compris fondamentaux, aux migrants en situation irrégulière.

Face à cette situation, les juridictions suprêmes des Etats-Unis et du Mexique ont progressivement renforcé leur contrôle en matière de protection des droits des étrangers, y compris – de manière plus récente – des migrants en situation irrégulière. Les Cours suprêmes mexicaine et états-unienne ont donc contribué à la construction d'un régime de protection de certaines garanties fondamentales aux migrants en situation irrégulière, dépassant ainsi la notion de citoyenneté dans l'accès aux droits constitutionnels, et particulièrement aux droits fondamentaux. Cela s'est fait à travers un contrôle croissant du juge en matière de protection des étrangers (Chapitre 1), et par une interprétation élargie du cadre constitutionnel et conventionnel existant en matière de droits fondamentaux, au profit des migrants en situation irrégulière (Chapitre 2).

---

<sup>63</sup> Carmen TIBURCIO, *The human rights of aliens under international and comparative law*, La Haye / Boston / Londres : Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 97.

## **Chapitre 1 : Le contrôle croissant des juridictions suprêmes en matière de protection des étrangers**

Pour que les juridictions suprêmes aient un rôle actif en matière de protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière, elles ont d'abord dû, dans les deux Etats, pénétrer le champ de l'immigration et du droit des étrangers. Elles ont ainsi légitimé leur intervention en matière de protection des droits fondamentaux des étrangers, face à une compétence traditionnellement dévolue aux branches politiques (Section 1). Elles ont, dans ce contexte, développé des moyens spécifiques et différents entre les deux Etats pour assurer la protection de certains droits fondamentaux aux migrants en situation irrégulière (Section 2).

### **Section 1 : La légitimation progressive du juge en matière de protection des droits fondamentaux des étrangers**

Les cours suprêmes ont dans un premier temps contribué à la légitimation de l'intervention du juge en matière d'immigration (Paragraphe 1). Cette légitimation s'est notamment fondée sur l'idée d'universalité des droits fondamentaux, qui s'est développée au niveau international et constitutionnel (Paragraphe 2).

#### **Paragraphe 1 : La nécessité d'une légitimation du pouvoir du juge en matière d'immigration**

L'intervention du pouvoir judiciaire, et donc des cours suprêmes, dans le domaine de l'immigration n'a pas toujours été évidente, et a nécessité un exercice de légitimation du pouvoir des juges. Cela s'explique en premier lieu par la spécificité du droit de l'immigration dans les deux systèmes juridiques étudiés (A). Par ailleurs, la catégorie des migrants en situation irrégulière a posé des problèmes particuliers quant à la légitimation de l'intervention du juge pour protéger leurs droits (B).



### A. La spécificité du droit de l'immigration dans les systèmes juridiques

Bien que la nécessité d'une protection des droits individuels des étrangers présents sur le territoire national se soit imposée de manière croissante, le rôle du juge en la matière n'est pas toujours apparu comme naturel. Au contraire, il s'est construit au fil de la jurisprudence et de l'évolution du droit constitutionnel et des opinions publiques. En effet, l'immigration est par essence un sujet politique, fondamentalement lié à la notion de souveraineté. La protection des étrangers était traditionnellement vue comme le fait principal de la protection diplomatique, quand celle-ci était reconnue<sup>64</sup>. Ce n'est que dans une période récente que la question des garanties individuelles accordées aux étrangers s'est réellement posée<sup>65</sup>. L'aspect fortement politisé et empreint de représentations du droit de l'immigration peut s'expliquer par la place des Etats et de l'idée de Nation dans l'ordre international, ainsi que par certains facteurs internes aux Etats.

Au niveau international, la migration affaiblit, selon Catherine Withol de Wenden, deux « piliers du système politique international », la souveraineté et la citoyenneté<sup>66</sup>. En effet, la conception wébérienne de l'Etat moderne implique un lien entre une population, un territoire et un monopole du pouvoir. Le lien entre territoire et population est relativisé par les migrations internationales<sup>67</sup>. Elles entrent en confrontation avec une perception de la frontière comme « protection » d'un territoire, essentielle dans la conception de l'Etat moderne.

Au niveau interne, la frontière est fortement liée à la notion de territoire national et de citoyenneté. La vie politique dans un Etat de droit nécessite, selon Malcolm Anderson, « des territoires et des populations définis, avec un accès restreint aux droits et aux devoirs qui forment la citoyenneté »<sup>68</sup>. L'idée de légitimité du pouvoir de l'Etat sur son territoire est presque encore universellement reconnue<sup>69</sup>. Dès lors, les étrangers font l'objet d'un droit spécifique, exorbitant du droit commun. Ils doivent recevoir une autorisation pour

---

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>65</sup> Virginie NATALE, *Le droit des étrangers à l'égalité et le juge de common law*, Bruxelles : Bruylant, 2009, p. 1.

<sup>66</sup> Catherine WITHOL DE WENDEN, *La question migratoire au XXIe siècle. Migrants, réfugiés et relations internationales.*, Paris : Presses de Sciences Po, 2017, p. 70.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>68</sup> Malcolm ANDERSON, « Les frontières : un débat contemporain », *Cultures & Conflits* [en ligne], n° 26-27, automne 1997. URL : <http://journals.openedition.org/conflits/359>. Consulté le 18 déc. 2018.

<sup>69</sup> *Ibid.*

entrer et se maintenir sur le territoire, et répondre à d'autres prérequis encore s'ils souhaitent prétendre à participer à la vie politique de la Nation, lesquels varient selon les droits nationaux.

En prenant en considération ces éléments, on peut comprendre que l'étranger soit initialement placé dans une situation juridique différente de celle du « national » ou du « citoyen ». Il est donc généralement admis que l'Etat, et notamment les branches politiques du pouvoir, à la fois l'exécutif et le législatif<sup>70</sup>, bénéficient d'un pouvoir discrétionnaire fort en matière d'immigration, et le juge d'une légitimité moindre pour contrôler cette action discrétionnaire. Dans ce contexte, les étrangers ont souvent fait l'objet de discriminations par rapport aux nationaux, et ont vu leur situation et leurs droits varier selon les différentes époques des politiques d'immigration des Etats.

L'étude du rôle de la jurisprudence des cours suprêmes dans la protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière s'inscrit donc nécessairement dans ce contexte de traditionnel pouvoir discrétionnaire des branches politiques dans la gestion de l'immigration, y compris des étrangers présents sur le territoire. Aux Etats-Unis, la gestion de l'immigration revient en quasi-totalité au Congrès<sup>71</sup>, dont le pouvoir d'établir des règles uniformes en termes de naturalisation<sup>72</sup> a été interprété comme un pouvoir général en matière d'immigration<sup>73</sup>. L'article 2, section 2 de la Constitution, octroie cependant des pouvoirs au Président en matière de politique étrangère, et peut également trouver à s'appliquer en matière d'immigration, notamment dans des contextes où certains mouvements migratoires sont perçus comme constituant une menace pour la sécurité nationale.

Au Mexique, l'exécutif a un pouvoir fort en matière d'immigration. L'article 33 de la Constitution mexicaine, qui définit négativement les étrangers comme les personnes non-citoyennes, prévoit que l'exécutif pourra, en respectant certaines garanties, expulser toute

---

<sup>70</sup> L'expression « branches politiques » renvoie aux Etats-Unis au pouvoir exécutif et législatif, bien que le pouvoir judiciaire soit investi d'un certain pouvoir politique dans les faits. Voir notamment Idris FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis. Etude critique de l'argument contre-majoritaire*, Paris : Dalloz, 2017 (Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 165), p. 18.

<sup>71</sup> Cynthia VROOM, « Etats-Unis », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. 2016, n°32, 2017, titre du fascicule : *Migrations internationales et justice constitutionnelle - Référendums et justice constitutionnelle*, p. 257.

<sup>72</sup> Constitution des Etats-Unis, art. 1<sup>er</sup>, sect. 8.

<sup>73</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Wong Wing v. U.S.*, 163 U.S. 228 (1896).

personne étrangère du territoire. L'article 73, section XVI de la Constitution donne également des pouvoirs au Congrès en matière d'immigration, notamment le pouvoir d'adopter des lois sur la nationalité, la condition juridique des étrangers, la citoyenneté, la naturalisation, la colonisation, l'émigration et l'immigration. Dans les deux Etats, les pouvoirs en matière d'immigration sont donc partagés entre le législatif, qui a un pouvoir général, et l'exécutif, qui a un pouvoir d'exception, généralement en lien avec des questions de sécurité nationale.

Ainsi, si l'on peut aujourd'hui s'interroger sur la protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière par les juridictions suprêmes, c'est que celles-ci ont réussi à construire leur autorité sur ce domaine où il existe traditionnellement une forte déférence aux branches politiques<sup>74</sup>. Cela est d'autant plus vrai pour la catégorie des migrants en situation irrégulière, souvent considérée comme posant des questions de sécurité publique, et pour laquelle la construction de la légitimité du juge a été plus difficile et tardive.

#### B. Les difficultés particulières à la catégorie des migrants en situation irrégulière

L'intervention du juge pour protéger les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière a nécessité d'autant plus de légitimation que ces personnes se trouvent dans une catégorie très particulière au regard du droit. En effet, du fait de leur présence illégale sur le territoire, ils représentent une catégorie « qui n'est pas supposée exister, et qui par conséquent ne peut pas être assimilée facilement aux cadres juridiques existants »<sup>75</sup>. Par ailleurs, la notion d'immigration irrégulière est très souvent liée au vocable de crise, et aux politiques de sécurité. Le débat est formulé en termes de

---

<sup>74</sup> Barbara STRICKLAND, « Los derechos del extranjero en México y en Estados Unidos », in James Frank Smith (dir.), *Derecho constitucional comparado México - Estados Unidos*, Mexico : UNAM, 1990 (tome 2), p. 643.

<sup>75</sup> Cristina M. RODRÍGUEZ et Ruth RUBIO-MARÍN, « The constitutional status of irregular migrants », in Marie-Bénédicte Dembour et Tobias Kelly (dir.), *Are Human Rights for migrants? Critical reflections on the status of irregular migrants in Europe and the United States*, London and New York : Routledge Taylor & Francis Group, 2011, p. 77. « (...) a figure who is not supposed to exist and who therefore cannot be assimilated easily into existing frameworks ».

« contrôle de l'immigration »<sup>76</sup>, et notamment de l'immigration irrégulière, perçue comme un problème à combattre.

Ce phénomène s'observe de manière relativement assumée dans le discours politique aux Etats-Unis, notamment depuis l'adoption de l'IRCA en 1986<sup>77</sup>. En 1996, l'*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* renforce les possibilités d'expulsion des migrants en situation irrégulière<sup>78</sup>, liant alors juridiquement la question de la sécurité et de la lutte contre le terrorisme à celle de l'immigration irrégulière. Ce lien entre sécurité et immigration, voire étrangers au sens large, a aussi existé dans la jurisprudence de la Cour suprême. Dans le célèbre arrêt *Korematsu* de 1944 par exemple, la Cour avait accepté des mesures restrictives à la liberté personnelle de citoyens américains d'origine japonaise, en l'espèce, le placement dans des camps, au motif de sécurité publique, dans le contexte de guerre avec l'Empire japonais et de ce que la Cour qualifiait d'« urgence militaire »<sup>79</sup>.

Au Mexique, le phénomène de criminalisation de l'immigration illégale ne prend pas la même forme qu'aux Etats-Unis. S'il est vrai que les questions de protection de la sécurité nationale et de migration irrégulière ont parfois été liées<sup>80</sup>, notamment au regard des liens entre criminalité organisée et immigration irrégulière, le discours politique a moins mis l'accent sur le « danger » que représenterait l'immigration irrégulière qu'aux Etats-Unis. En effet, la politique extérieure mexicaine s'est longtemps caractérisée par la défense face à la communauté internationale de l'idée qu'il ne fallait pas criminaliser la migration irrégulière. Ce discours était particulièrement lié à la présence importante de Mexicains en dehors du territoire, et notamment aux Etats-Unis<sup>81</sup>. Ainsi, la Constitution et les lois ne font pas de lien direct entre migration et sécurité, et l'entrée irrégulière sur le territoire est passée de la qualification de délit à celle d'infraction administrative en

---

<sup>76</sup> Mathieu BONZOM, « Le régime d'immigration des États-Unis : politiques migratoires, hégémonie, et mouvements sociaux », *Politique américaine*, vol. 25, n° 1, 27 juil. 2015, p. 95.

<sup>77</sup> NATALE, *Le droit des étrangers à l'égalité et le juge de common law*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>78</sup> ROSENBLOOM, « Federalism and Fundamental Rights: Safeguarding the Rights of Undocumented Immigrants in the United States and the European Union », *op. cit.*, p. 16.

<sup>79</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

<sup>80</sup> CLOT et MARTINEZ VELASCO, « Évolution des politiques migratoires au Mexique au cours de la période 2000 – 2012, ou comment la migration est progressivement abordée dans une approche de sécurité nationale », *op. cit.*, p. 4.

<sup>81</sup> GUEVARA BERMÚDEZ, « Conexiones entre los derechos humanos de las personas migrantes y la seguridad: ¿Es posible afirmar que el derecho mexicano criminaliza la migración indocumentada? », *op. cit.*, p. 84.

2008<sup>82</sup>. Cependant, l'idée de lutte contre l'immigration illégale n'a pas été absente du discours politique mexicain, et s'est opérée notamment à travers de restrictions administratives. La qualification de l'Institut National de Migration (INM) d'instance de sécurité nationale dans la loi en 2005 en est un exemple<sup>83</sup>. Ainsi, José Antonio Guevara Bermúdez considère que la criminalisation de l'immigration irrégulière au Mexique ne découle pas de l'existence de normes qui la condamnent et sanctionnent en elles-mêmes, mais d'une série de dispositions juridiques et politiques qui placent les migrants en situation irrégulière dans une position de particulière vulnérabilité<sup>84</sup>.

Par conséquent, pour fonder une compétence du juge dans la protection des droits des migrants en situation irrégulière, les juridictions suprêmes ont dû faire face à des obstacles politiques importants. Les cours, en affirmant une protection de certains droits fondamentaux à des migrants en situation irrégulière, ont dû admettre que malgré leur illégitimité politique et juridique à être présents sur le territoire, ceux-ci bénéficiaient de certains droits similaires aux autres justiciables. Elles ont fondé cette légitimité sur l'idée d'universalité des droits fondamentaux, essentielle au régime de protection de ces droits.

## **Paragraphe 2 : Une légitimité fondée sur l'universalité des droits fondamentaux**

La construction de la légitimité de l'intervention des juges en matière de protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière s'est faite dans le contexte du développement de l'idée d'universalité des droits fondamentaux, au niveau international d'une part (A), et dans la jurisprudence des cours nationales d'autre part (B).

---

<sup>82</sup> CLOT et MARTINEZ VELASCO, « Évolution des politiques migratoires au Mexique au cours de la période 2000 – 2012, ou comment la migration est progressivement abordée dans une approche de sécurité nationale », *op. cit.*, p. 7.

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> GUEVARA BERMÚDEZ, « Conexiones entre los derechos humanos de las personas migrantes y la seguridad: ¿Es posible afirmar que el derecho mexicano criminaliza la migración indocumentada? », *op. cit.*, p. 107.

A. Le positionnement du droit international en faveur d'une universalité des droits fondamentaux

Le droit international, depuis le milieu du XX<sup>ème</sup> siècle, met l'accent sur la protection de la personne humaine, l'individu, et non plus seulement sur la protection de groupes<sup>85</sup>. En effet, les traités internationaux protégeant les droits fondamentaux ne font aucune distinction selon le statut migratoire des bénéficiaires de la protection mais ont au contraire une vocation universelle<sup>86</sup>. Ainsi, en droit international, toute personne a droit à être reconnue comme un sujet de droit<sup>87</sup>. La DUDH en est l'illustration : son article 2-1 énonce que chacun peut se prévaloir des droits et libertés proclamés par la Déclaration. Le Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP) ne fait pas non plus de distinction selon le statut migratoire et précise que les Etats doivent s'engager à « respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte »<sup>88</sup>. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) est moins tranché puisque l'obligation des Etats signataires en la matière est moindre. En effet, celui-ci vise plus des objectifs à atteindre et des actions à réaliser par les Etats en matière de droits économiques et sociaux que la protection de droits « indérogeables »<sup>89</sup>. La Convention américaine des droits de l'homme (CADH) en revanche, va jusqu'à préciser que le terme « personne » comprend tous les êtres humains<sup>90</sup>. La Conv. EDH, qui dispose d'une influence majeure dans le système de protection des droits de l'homme dans le monde, prévoit également l'obligation pour les Etats de reconnaître à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis en son Titre I<sup>91</sup>, incluant alors les étrangers. La Cour a d'ailleurs eu une jurisprudence généralement protectrice des droits fondamentaux des étrangers, notamment à travers l'article 3 de la Convention qui interdit les traitements inhumains et dégradants<sup>92</sup>.

---

<sup>85</sup> TIBURCIO, *The human rights of aliens under international and comparative law*, op. cit., p. 64.

<sup>86</sup> *Ibid* p. 67.

<sup>87</sup> *Ibid* p. 93.

<sup>88</sup> PIDCP art. 2§1.

<sup>89</sup> PIDESC, art. 2.

<sup>90</sup> CADH, art. 1§2.

<sup>91</sup> Conv. EDH, art. 1.

<sup>92</sup> Hilème KOMBILA, « Le respect des droits fondamentaux des migrants non ressortissants de l'Union européenne », *Informations sociales*, vol. 194, n° 3, 2016, p. 29.

Différentes instances internationales ont explicitement reconnu qu'il ne devait pas être appliqué de discrimination envers les migrants en situation irrégulière quant à l'accès aux droits fondamentaux, voire même qu'ils constituaient une catégorie particulièrement vulnérable, impliquant certaines obligations supplémentaires pour les Etats. L'Assemblée générale des Nations unies (AGNU) a rappelé le devoir de tous les Etats de « protéger pleinement les droits de l'homme fondamentaux universellement reconnus des migrants, en particulier des femmes et des enfants, quelle que soit leur situation légale, les traiter avec humanité, en particulier en leur fournissant assistance et protection (...) »<sup>93</sup>. Le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies, mis en place pour surveiller l'application du PIDCP et l'un des instruments majeurs de la protection des droits de l'homme au niveau international, a également confirmé que les droits prévus par le Pacte n'étaient pas limités aux citoyens des Etats membres mais s'appliquaient à tous les individus, sans distinction<sup>94</sup>.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) a également réaffirmé l'universalité de la protection des droits de l'homme, et notamment leur application quel que soit le statut légal des personnes se trouvant sur le territoire, dans une Opinion consultative sollicitée par le Mexique<sup>95</sup>. Elle établit notamment que « la situation régulière d'une personne dans un Etat n'est pas une condition nécessaire pour que cet Etat respecte et garantisse les principes d'égalité et de non-discrimination, étant donné que (...) ce principe a un caractère fondamental et que tous les Etats doivent en garantir la protection à leurs citoyens, ainsi qu'à toute personne étrangère qui se trouve sur leur territoire »<sup>96</sup>.

Ainsi, le droit international a exercé une certaine pression sur les Etats pour que ceux-ci protègent les droits fondamentaux des migrants, y compris ceux en situation irrégulière, au motif de l'universalité de ces droits. Dans ce contexte, l'intervention du juge s'est faite de plus en plus pressante.

---

<sup>93</sup> AGNU, résolution A/RES/54/166, (2000), p. 3, point 4.

<sup>94</sup> Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies, Observation Générale 15, *Situation des étrangers au regard du Pacte* (vingt-septième session, 1986), Compilation des commentaires généraux et Recommandations générales adoptées par les organes des traités, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994).

<sup>95</sup> CIDH, Opinion consultative OC-18/03 du 17 sept. 2003, « Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados ».

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 121.

## B. La prise en compte de l'universalité des droits fondamentaux par les juridictions nationales

Les Cours suprêmes des Etats-Unis et du Mexique ont, dans une certaine mesure, repris cette idée d'universalité des droits fondamentaux, au profit d'une plus grande protection des droits des migrants en situation irrégulière.

Au Mexique, la Cour suprême a plaidé en faveur d'une interprétation universaliste des droits de l'homme dans son Protocole d'action pour les personnes qui rendent la justice dans les affaires impliquant des personnes migrantes ou sujettes à une protection internationale<sup>97</sup>. Ce protocole, rédigé en coopération avec une organisation non gouvernementale (ONG) de défense des droits des étrangers, *Sin Frontera*, a pour objectif de guider les cours inférieures, avocats, ou toute autre organisation agissant auprès de personnes migrantes, dans le respect des droits fondamentaux de ceux-ci. Dans ce protocole, la Cour suprême mexicaine se prononce fermement en faveur d'une protection des droits fondamentaux de tous les migrants, et s'oppose même à l'utilisation du terme « illégal » pour qualifier les personnes migrantes en situation irrégulière.

Aux Etats-Unis, la Cour suprême a reconnu que le mot « personne » de la section 1<sup>ère</sup> du Quatorzième amendement de la Constitution, qui prévoit qu'« aucun Etat ne fera ou n'appliquera de loi qui restreindrait les privilèges ou immunités des citoyens des Etats-Unis ; ni ne privera aucune personne de vie, de liberté ou de propriété sans le bénéfice des protections dues par le droit (*without due process of law*) ; ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égalité de protection des lois »<sup>98</sup> s'appliquait aux étrangers. Dans l'arrêt *Yick Wo*<sup>99</sup>, la Cour indique que « le Quatorzième amendement de la Constitution n'est pas réservé à la protection des citoyens » et que « ces provisions sont universelles dans leur application à toute personne dans la juridiction territoriale, sans distinction de race, de couleur, ou de nationalité ». Dans cet arrêt, la Cour reconnaît l'importance de la souveraineté de l'Etat en matière d'étrangers, mais indique que cela ne saurait faire obstacle à l'application des droits fondamentaux reconnus par la Constitution. Selon

---

<sup>97</sup> SCJN, « Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a personas migrantes y sujetas de protección internacional », 2<sup>ème</sup> éd., Mexico, novembre 2015.

<sup>98</sup> Traduction : Elisabeth ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, 1<sup>ère</sup> éd., Paris : PUF, 2000, p. 1311.

<sup>99</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886).



Ayers Andrew, la Cour suprême des Etats-Unis aurait même pris en compte de manière informelle le droit international coutumier dans son interprétation de l'universalité des droits fondamentaux au profit des étrangers, fait assez rare dans sa jurisprudence<sup>100</sup>.

Ainsi, l'idée selon laquelle l'immigration était, au nom de la souveraineté des Etats, une matière de pleins pouvoirs des branches législative et exécutive, peu importe le respect des droits fondamentaux des étrangers, a progressivement été remise en question, au niveau international comme national. Le développement de l'idée d'universalité des droits fondamentaux a permis au juge, et notamment aux cours suprêmes, de gagner une certaine légitimité dans la protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière, et de limiter l'action des branches politiques en la matière<sup>101</sup>. Une fois cette légitimité acquise, les juridictions suprêmes ont pu développer des moyens juridictionnels pour assurer la protection de ces droits fondamentaux, allant parfois à l'encontre des politiques répressives en la matière.

## **Section 2 : La construction d'un contrôle juridictionnel pour la protection des droits des migrants en situation irrégulière**

Pour que les migrants en situation irrégulière bénéficient d'un certain socle de droits fondamentaux, ils ont dû être intégrés comme sujets de droit au sein de l'ordre constitutionnel. Les juridictions suprêmes ont eu un rôle différent mais dans les deux cas, essentiel, à cet effet (Paragraphe 1). Un contrôle juridictionnel spécifique s'est alors construit, lequel a néanmoins pu être différent selon les périodes et entre les deux Etats (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 : L'intégration des migrants en situation irrégulière dans l'ordre constitutionnel**

Les cours suprêmes ont, dans les deux Etats, contribué à construire des régimes de garanties aux étrangers, puis aux migrants en situation irrégulière. Aux Etats-Unis, la

---

<sup>100</sup> Ayers ANDREW B., « International law as a tool of constitution interpretation in the early immigration power cases », *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 19, n° 125, 2014, pp. 125-126.

<sup>101</sup> RODRÍGUEZ et RUBIO-MARÍN, « The constitutional status of irregular migrants », *op. cit.*, p. 73.

Cour suprême a été l'acteur majeur de la construction de ce régime de protection, notamment par l'application de la clause de *due process* aux migrants en situation irrégulière (A). Au Mexique, la Cour a accompagné les réformes constitutionnelles et législatives tendant à réduire la distinction entre étrangers et nationaux au regard des droits fondamentaux (B).

#### A. L'application de la clause de *due process* aux migrants en situation irrégulière aux Etats-Unis

Aux Etats-Unis, les constitutionnalistes et les juges se sont interrogés sur l'application de la Constitution, et notamment du *Bill of Rights* et du Quatorzième amendement, aux étrangers. En effet, cet amendement fait référence au terme de « personnes » (*persons*) et semble donc inclure les étrangers<sup>102</sup>. Toutefois, l'expression introductive de la Constitution, « *We The People* », pourrait inciter à interpréter celle-ci comme une norme s'appliquant uniquement à ceux l'ayant adoptée, c'est-à-dire les citoyens des Etats-Unis<sup>103</sup>. La Cour suprême, en tranchant en faveur de l'application de la Constitution aux étrangers en général, puis de manière plus modérée aux migrants en situation irrégulière, a eu un rôle essentiel dans la reconnaissance de droits fondamentaux aux étrangers en situation irrégulière<sup>104</sup>.

Pour comprendre l'intervention de la Cour suprême à cet égard, il convient dans un premier temps de présenter brièvement le rôle qu'elle a joué dans la protection des droits fondamentaux aux Etats-Unis. Cette protection s'est principalement opérée par une interprétation substantielle de la clause de procédure légale régulière des Quatorzième et Cinquième amendements (*substantive due process clause*). En principe, cette disposition n'exigeait que des garanties procédurales, c'est-à-dire que si un Etat (pour le Quatorzième amendement) ou l'Etat fédéral (pour le Cinquième amendement) entendait priver des droits énoncés un individu, à savoir le droit à la vie, la liberté ou la propriété, il devait

---

<sup>102</sup> Erwin CHERMERINSKY, *Constitutional Law, Principles and policies*, 5<sup>ème</sup> éd., New York : Wolters Kluwer, 2015 (Aspen Student Treatise Series), p. 800.

<sup>103</sup> Ashutosh BHAGWAT, *The myth of rights: the purpose and limits of constitutional rights*, New York : Oxford University Press, 2010, p. 13.

<sup>104</sup> George RUTHERGLEN, « The rights of aliens under the United States Constitution: At the border and beyond », *Virginia Journal of International Law*, vol. 57, n°3, 2018, p. 714.

respecter une certaine procédure légale. Toutefois, la Cour a progressivement eu une interprétation large de cette disposition, en évaluant les raisons qui conduiraient l'Etat à priver une personne de ces droits, et notamment leur légitimité et proportionnalité.

Ce processus s'est développé depuis l'arrêt *Lochner* de 1905<sup>105</sup>. Dans cet arrêt, la Cour utilise la clause de *due process* pour déclarer inconstitutionnelle la loi d'un Etat qui limitait le nombre d'heures de travail des boulangers, au nom de la liberté contractuelle. Depuis lors, la Cour a toujours considéré que cette clause avait un élément substantiel, ce qui a eu deux principales conséquences : d'une part, l'incorporation de la plupart des dispositions du *Bill of Rights* dans les obligations des Etats fédérés, et d'autre part l'incorporation de droits non expressément inscrits dans la Constitution au niveau de l'Etat fédéral et des Etats fédérés<sup>106</sup>.

Ainsi, la protection des droits fondamentaux des étrangers en situation irrégulière aux Etats-Unis s'est principalement faite via la clause de *due process*<sup>107</sup>. La Cour suprême a, dans l'arrêt *Yick Wo*<sup>108</sup> en 1886, considéré que le Quatorzième amendement s'appliquait aux étrangers. Dans l'arrêt *Wong Wing*<sup>109</sup>, la Cour reconnaît spécifiquement que les Cinquième et Sixième amendements s'appliquent même aux étrangers en situation irrégulière. La Cour conclut dans cet arrêt que « toutes les personnes sur le territoire des Etats-Unis bénéficient de la protection garantie par ces amendements, et les étrangers ne seront pas non plus tenus de répondre d'un crime capital ou infamant si ce n'est sur déclaration de mise en accusation ou acte d'accusation, ni être privé de la vie, de liberté ou de propriété sans une procédure légale régulière ». Très tôt, la Cour suprême a donc reconnu l'universalité de certains droits fondamentaux. Cette reconnaissance de l'application du *due process* à tous les individus doit tout de même être nuancée, dès lors que des discriminations envers les étrangers ont continué à exister, et plus encore qu'un régime de ségrégation envers les Afro-américains a été accepté par la Cour jusqu'aux années 1950<sup>110</sup>.

---

<sup>105</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

<sup>106</sup> BHAGWAT, *The myth of rights: the purpose and limits of constitutional rights*, op. cit., pp. 52-53.

<sup>107</sup> David F. LEVI, « The Equal Treatment of Aliens: Preemption or Equal Protection? », *Stanford Law Review*, vol. 31, n° 6, 1979, p. 1071.

<sup>108</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 358 (1886).

<sup>109</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Wong Wing v. U.S.*, 163 U.S. 228 (1896).

<sup>110</sup> Voir en ce sens l'arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis, *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896) pour l'acceptation de la discrimination raciale par la Cour, sur le fondement de la doctrine « séparés mais égaux »

Dans l'arrêt de principe *Plyler v. Doe* de 1982<sup>111</sup>, la Cour a été plus loin et a formellement incorporé certains droits du *Bill of Rights* au bénéfice des migrants en situation irrégulière. En l'espèce, il s'agissait d'une loi du Texas qui suspendait tout versement financier aux écoles dispensant une éducation publique gratuite aux enfants étrangers en situation irrégulière, dans le but de lutter contre l'immigration irrégulière. Le juge Brennan, qui a rédigé l'opinion majoritaire de la Cour, a considéré que les migrants en situation irrégulière pouvaient prétendre au bénéfice de la clause d'égalité de protection de la loi du Quatorzième amendement, et que dès lors, l'Etat du Texas ne pouvait pas limiter leur accès à l'éducation publique, en le rendant payant. Ainsi, bien que le droit à l'éducation ne soit pas considéré comme un droit fondamental par la Cour suprême des Etats-Unis<sup>112</sup>, l'arrêt *Plyler* a permis aux migrants en situation irrégulière de se prévaloir non seulement du droit à l'éducation, mais potentiellement d'autres droits protégés par le Quatorzième amendement.

En imposant un contrôle constitutionnel aux mesures visant les étrangers en situation irrégulière au regard des Quatorzième et Cinquième amendements, la Cour suprême a donc construit un contrôle juridictionnel permettant de contrebalancer le fort pouvoir discrétionnaire des branches politiques en matière d'immigration, et de limiter la portée de certaines mesures discriminatoires visant les étrangers.

#### B. L'atténuation de la différence entre étrangers et nationaux face aux droits de l'homme au Mexique

L'intégration des migrants en situation irrégulière dans l'ordre constitutionnel au Mexique s'est faite dans un contexte différent de celui des Etats-Unis, mais a également permis une plus forte protection face au pouvoir politique. En effet, la Constitution mexicaine ne fait pas de distinction entre les étrangers et les citoyens dans la jouissance des droits de l'homme, notamment dans ses articles 1<sup>er</sup> et 33<sup>113</sup>. La révision

---

et *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) pour la condamnation de la ségrégation dans les écoles publiques par la Cour.

<sup>111</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).

<sup>112</sup> ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis, op. cit.*, p. 966.

<sup>113</sup> Loretta ORTIZ AHLF, « La libertad de circular libremente y elegir residencia en relación con los migrantes », in Eduardo Ferrer Mac-Gregor et al. (dir.), *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, Mexico : UNAM, 2013 (tome 2), p. 1239.

constitutionnelle de 2011 a été un tournant majeur à cet égard, en modifiant en profondeur la protection des droits de l'homme au Mexique, et en laissant une opportunité à la Cour suprême de protéger plus efficacement certains droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière. Cependant, même avant cette réforme, la Cour avait, dans une certaine mesure, intégré les migrants, quel que soit leur statut, dans l'ordre constitutionnel de protection des droits fondamentaux.

Avant la révision constitutionnelle de 2011, l'article 33 de la Constitution prévoyait que l'exécutif pouvait, de manière discrétionnaire et sans aucun jugement préalable, expulser tout étranger du territoire national<sup>114</sup>. Cette disposition excluait donc les étrangers du droit à être entendu et à une procédure légale régulière. La Cour suprême reconnaissait, conformément à la lettre de l'article 33, la faculté exclusive et discrétionnaire du Président de la République pour expulser un étranger, immédiatement et sans jugement<sup>115</sup>.

La SCJN avait toutefois introduit certaines garanties face à l'exercice de ce pouvoir. Ces garanties proviennent des limites générales au pouvoir discrétionnaire de l'exécutif, et notamment de l'article 16-1 de la Constitution qui prévoit la « garantie de légalité générale », selon laquelle l'usage de son autorité par l'exécutif doit être fondé en droit et motivé<sup>116</sup>. Ainsi, la Cour a considéré que le jugement d'*amparo* était toujours ouvert dans les cas de pouvoir discrétionnaire de l'exécutif, afin d'apprécier l'usage indu de celui-ci<sup>117</sup>.

Par ailleurs, la Cour intègre les migrants en situation irrégulière dans l'ordre constitutionnel dès 1947, en indiquant dans une thèse jurisprudentielle que l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution octroie une protection à tout individu, y compris aux étrangers, sans distinction d'une quelconque nature<sup>118</sup>. Dans une autre thèse jurisprudentielle de 1951, la Cour avait considéré que la faculté d'expulser les étrangers au titre de l'article 33 ne

---

<sup>114</sup> Cuauhtémoc Manuel DE DIENHEIM BARRIGUETE, « El artículo 33 de la Constitución y la expulsión de personas extranjeras », in *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, Mexico : Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013 (Biblioteca Jurídica Virtual), p. 1637.

<sup>115</sup> SCJN, Pleno, [TA], 5a. época, Tesis, n°811457 (1918).

<sup>116</sup> DE DIENHEIM BARRIGUETE, « El artículo 33 de la Constitución y la expulsión de personas extranjeras », *op. cit.*, p. 1640.

<sup>117</sup> SCJN, 2a. Sala, [J], 6a. época, n°910971 (1959).

<sup>118</sup> SCJN, 1a. Sala, [TA], 5a. época, n°320612 (1948).

signifiait pas que les étrangers pouvaient être privés des garanties du chapitre 1<sup>er</sup>, titre 1 de la Constitution. Par conséquent, l'ordre d'expulsion de l'exécutif devait être fondé, motivé et conforme aux normes et conduites légales<sup>119</sup>.

La Cour reconnaît donc, dès la cinquième époque de sa jurisprudence (1917-1957), que les étrangers font partie de l'ordre constitutionnel et jouissent de certains droits procéduraux, même si la Constitution les place dans une position distincte des nationaux. La Cour n'a jamais distingué, dans sa jurisprudence relative aux étrangers, entre les migrants résidant de manière légale ou illégale sur le territoire, laissant penser que ces droits constitutionnels s'appliquaient également aux migrants en situation irrégulière.

La révision constitutionnelle de 2011 a renforcé cette protection en ajoutant à l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution la jouissance à toutes les personnes sur le territoire de la protection des droits de l'homme non seulement reconnus dans la Constitution, mais également dans les traités internationaux.

Cette réforme a eu des conséquences importantes sur la protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière à deux égards. D'une part, l'intégration des droits fondamentaux reconnus dans les traités internationaux dans l'ordre constitutionnel mexicain a élargi le catalogue de droits s'appliquant aux migrants en situation irrégulière. Ceux-ci peuvent, par conséquent, directement se prévaloir devant les tribunaux non seulement des droits reconnus dans les traités internationaux relatifs aux migrants (la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille de 1990, la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés, ou encore la Déclaration de Carthagène sur les réfugiés de 1984) mais également des traités généraux en matière de droits de l'homme, comme par exemple la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965, ainsi que la CADH. D'autre part, la révision constitutionnelle de 2011 a réformé l'article 33 de la Constitution relatif aux étrangers, en faveur d'une plus grande protection de ceux-ci<sup>120</sup>. La nouvelle rédaction de

---

<sup>119</sup> SCJN, 2a. Sala, [TA], 5a. época, n°319115 (1951).

<sup>120</sup> DE DIENHEIM BARRIGUETE, « El artículo 33 de la Constitución y la expulsión de personas extranjeras », *op. cit.*, p. 1639.

l'article 33-2 prévoit toujours la capacité de l'exécutif à expulser des étrangers, mais pas de manière discrétionnaire car cette expulsion doit être conforme à la loi et faire suite à une procédure légale régulière.

Dès 2012, un tribunal collégial de circuit a indiqué que les articles 1<sup>er</sup> et 33 de la Constitution accordaient aux étrangers, quelle que soit leur situation migratoire, tous les droits de l'homme reconnus par la Constitution et les traités internationaux auxquels l'Etat mexicain est partie<sup>121</sup>. Cette position a été confirmée par la Cour suprême dans une thèse concernant la protection consulaire<sup>122</sup>.

On constate donc qu'en utilisant des moyens juridictionnels différents, les deux juridictions suprêmes ont chacune eu un poids important, soit dans l'élargissement des droits fondamentaux au profit des migrants en situation irrégulière, soit en accompagnant l'évolution du cadre juridique. L'intensité du contrôle juridictionnel opéré par le juge suprême a par ailleurs évolué et a eu une importance dans la protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière.

## **Paragraphe 2 : Le développement d'un contrôle spécifique par le juge en matière de droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière**

En matière d'égal accès aux droits fondamentaux, l'importance du contrôle opéré par le juge est une question régulièrement étudiée, et qui présente une importance majeure. Au Mexique, la Cour suprême a progressivement vu ses pouvoirs de contrôle en matière de droits fondamentaux renforcés (A). Aux Etats-Unis, la question porte généralement sur le niveau de contrôle, et notamment l'application d'un contrôle strict (*strict scrutiny*) ou non aux actes des pouvoirs publics. A cet égard, le contrôle des mesures restreignant l'accès à certains droits aux étrangers a connu des évolutions, généralement en faveur d'une plus grande protection des droits. Toutefois, ce contrôle reste ambigu en matière de migrants en situation irrégulière (B).

---

<sup>121</sup> Troisième tribunal collégial en matière de travail du Premier circuit, [TA], 9a. época, Tesis : I.3o.T.248 L, n°160338 (2012).

<sup>122</sup> SCJN, 1a. Sala, [TA], 10a. época, Tesis: CLXVIII/2013, n°2003542 (2013).

A. Le renforcement des pouvoirs de contrôle en matière de droits fondamentaux de la Cour Suprême mexicaine

Au Mexique, le pouvoir judiciaire optait traditionnellement pour l'autolimitation par rapport aux branches politiques du pouvoir<sup>123</sup>. Toutefois, le pouvoir de la Cour suprême mexicaine pour contrôler l'action des branches politiques en matière de protection des droits fondamentaux s'est progressivement renforcé. La révision constitutionnelle de 1994 a ouvert de nouvelles méthodes de contrôle de constitutionnalité, en habilitant de nouveaux acteurs à saisir la Cour (municipalités, CNDH, dirigeants de partis politiques...) et en créant un mécanisme de contrôle constitutionnel abstrait, le recours en inconstitutionnalité<sup>124</sup>. C'est dans ce contexte que la Cour suprême mexicaine a progressivement adopté une position plus proche de celle de la Cour suprême états-unienne, obtenant un rôle politique plus fort, ainsi qu'un certain pouvoir de création normative<sup>125</sup>.

Bien que cette augmentation générale du pouvoir de la Cour suprême mexicaine ait eu un impact sur la protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière, c'est la « révolution des droits de l'homme » de 2011 et l'intégration du contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité diffus qui ont constitué le tournant le plus important à cet égard. En effet, l'intégration des traités internationaux des droits de l'homme ainsi que du principe *pro homine* (ou *pro persona*) à l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution et la jurisprudence de la Cour qui s'en est suivie ont conféré un effet utile au droit international des droits de l'homme dans l'ordre juridique mexicain, notamment en lui permettant d'être saisi directement dans les procédures constitutionnelles et les procédures d'*amparo*<sup>126</sup>.

Avant la réforme, la Cour suprême considérait que la Constitution et les lois fédérales étaient supérieures aux traités internationaux. L'affaire *Radilla Pacheco v. México*<sup>127</sup>

---

<sup>123</sup> SILVA MEZA, « La Cour suprême de justice de la Nation du Mexique. La Révolution mexicaine des droits de l'homme », *op. cit.*

<sup>124</sup> *Ibid.*

<sup>125</sup> José Luis CABALLERO OCHOA et Daniel Antonio GARCÍA HUERTA, « El principio pro persona en el marco del sistema de interpretación sobre los derechos humanos en México », in Eduardo Ferrer Mac Gregor (dir.), *Derecho procesal constitucional; Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, Mexico : Editorial Porrúa, 2016, p. 58.

<sup>126</sup> SILVA MEZA, « La Cour suprême de justice de la Nation du Mexique. La Révolution mexicaine des droits de l'homme », *op. cit.*

<sup>127</sup> CIDH, *Radilla Pacheco vs. México*, Jugement du 23 nov. 2009.



devant la CIDH avait remis en cause cette approche, et condamné le Mexique pour le non-respect du droit de la CADH. Cette position était donc contestée avant la réforme de 2011, et s'est avérée intenable pour la Cour suprême après celle-ci<sup>128</sup>. Pour autant, la Cour suprême n'a pas admis une supériorité sans réserve du droit international des droits de l'homme dans l'ordre constitutionnel mexicain. Dans l'affaire *Varios 912/2010*<sup>129</sup>, la Cour a reconnu l'application interne de la décision *Radilla*, et admis le contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité diffus, c'est-à-dire l'obligation pour tous les juges d'écarter les normes inconstitutionnelles ou inconventionnelles<sup>130</sup>, conformément à l'article 133 de la Constitution qui prévoit l'intégration du droit international dans l'ordre juridique interne<sup>131</sup>.

La contradiction des critères 293/2011 a également revêtu une importance majeure dans l'opération du contrôle de conventionnalité par le juge mexicain, en faisant des droits de l'homme inscrits à la Constitution et dans les traités internationaux le paramètre de contrôle de la régularité constitutionnelle, sauf dans les cas où des restrictions à ceux-ci étaient prévues dans la Constitution<sup>132</sup>. Dans cette décision, la Cour indique qu'il n'y a pas de relation hiérarchique entre le droit international des droits de l'homme et le droit constitutionnel interne, et que par conséquent, le droit international des droits de l'homme fait partie du bloc de constitutionnalité mexicain.

Dans ce contexte, l'application du principe *pro homine* a également un impact potentiel important dans la protection des droits des migrants en situation irrégulière. Ce principe correspond à l'idée selon laquelle le juge, quand il est face à plusieurs normes du même niveau hiérarchique pouvant s'appliquer à un cas concernant des droits

---

<sup>128</sup> CABALLERO OCHOA et GARCÍA HUERTA, « El principio pro persona en el marco del sistema de interpretación sobre los derechos humanos en México », *op. cit.*, pp. 70-71.

<sup>129</sup> SCJN, Pleno, 9a. época, Expediente "varios" 912/2010 (2010). Voir Juan MANUEL ACUÑA, « Capítulo III: Control difuso de constitucionalidad. El control difuso en México », in Eduardo Ferrer-Mac Gregor (dir.), *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, Mexico : Editorial Porrúa, 2016, p. 103.

<sup>130</sup> SILVA MEZA, « La Cour suprême de justice de la Nation du Mexique. La Révolution mexicaine des droits de l'homme », *op. cit.*.

<sup>131</sup> Ydalia PÉREZ FERNÁNDEZ CEJA, *La incorporación de la jurisprudencia internacional de derechos humanos por los tribunales de derecho interno*, Mexico : Editorial Porrúa, 2018, p. 164.

<sup>132</sup> SCJN, 1a Sala, Contradicción de tesis 293/2011 (2013).

fondamentaux, doit toujours appliquer la norme la plus favorable à la personne humaine, et interpréter les restrictions éventuelles de la manière la plus étroite possible<sup>133</sup>.

Ainsi, étant donné que le Mexique est partie à de nombreux traités internationaux protégeant les droits de l'homme de toutes les personnes, et à des traités protégeant en particulier les droits des migrants, le contrôle de conventionnalité poussé opéré par la Cour suprême a un impact important sur la protection concrète de leurs droits fondamentaux, qui pourrait se renforcer dans les prochaines années.

Enfin, en dehors du contrôle juridictionnel opéré par la Cour, son action en faveur d'une plus grande protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière s'exerce aussi à travers son pouvoir d'incitation, qu'on pourrait qualifier de *soft power*. En effet, la Cour s'est prononcée à de nombreuses reprises en faveur d'une protection de tous les migrants, et ce notamment dans le contexte de mouvements migratoires importants de l'Amérique centrale vers l'Amérique du nord. Elle a mis à disposition plusieurs outils permettant aux migrants d'accéder plus efficacement à leurs droits. La publication du Protocole d'action pour les personnes agissant auprès des personnes migrantes<sup>134</sup>, évoquée précédemment, est également un élément qui tend à indiquer que la Cour suprême pourrait renforcer son contrôle sur la protection des droits fondamentaux de tous les migrants.

Ainsi, la Cour suprême s'est saisie des révisions constitutionnelles pour renforcer son contrôle sur la protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière, en intégrant notamment le droit international des droits de l'homme à ce contrôle. La Cour suprême des Etats-Unis a elle-aussi renforcé ce contrôle, bien que celui-ci soit resté ambigu.

#### B. Un contrôle renforcé mais ambigu aux Etats-Unis

Aux Etats-Unis, la solution à une affaire impliquant des droits constitutionnels dépend en grande partie du type de contrôle juridictionnel opéré par la Cour, désigné par le terme de « *scrutiny* ». Il correspond au test appliqué pour déterminer si une mesure est

---

<sup>133</sup> CABALLERO OCHOA et GARCÍA HUERTA, « El principio pro persona en el marco del sistema de interpretación sobre los derechos humanos en México », *op. cit.*, p. 61.

<sup>134</sup> SCJN, « Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a personas migrantes y sujetas de protección internacional », *op. cit.*

constitutionnelle ou non<sup>135</sup>. Plus l'intervention de la personne publique est considérée comme risquée pour les droits fondamentaux des individus, plus le contrôle opéré sera strict, ce qui signifie que l'Etat devra justifier de manière plus approfondie les limites qu'il pose au droit constitutionnel en question. Il existe trois principaux types de tests, bien que chaque niveau puisse générer divers degrés de contrôle. Le test le moins contraignant pour le pouvoir politique est le *rational basis test*. Il exige que la mesure discriminante soit « rationnellement liée à un intérêt légitime du gouvernement », et la charge de la preuve pèse sur la personne plaignante. Le contrôle le plus strict est le *strict scrutiny*. Il implique pour l'autorité publique de prouver que la limitation posée à un droit fondamental est nécessaire pour atteindre un objectif impérieux du gouvernement. Il est comparable au contrôle de proportionnalité. Entre ces deux niveaux, il existe un niveau intermédiaire, qui impose au pouvoir politique de prouver que la loi est substantiellement liée à un objectif gouvernemental important<sup>136</sup>.

Pour choisir le contrôle applicable aux étrangers, la Cour doit notamment évaluer si les étrangers constituent une catégorie « suspecte » au regard des discriminations, comme la race ou la religion par exemple, ou non. La Cour a tranché cette question pour les étrangers résidant légalement sur le territoire dans l'affaire *Graham v. Richardson*<sup>137</sup>. La Cour a appliqué un contrôle strict envers le gouvernement de l'Etat d'Arizona et celui de l'Etat de Pennsylvanie, pour des lois restreignant l'accès des étrangers à certaines prestations sociales. Elle crée une nouvelle « catégorie suspecte » au regard de la clause d'égalité de protection des lois, celle des étrangers. La décision va jusqu'à considérer que les étrangers constituent une catégorie particulièrement vulnérable, une « minorité isolée et peu protégée »<sup>138</sup>. Cette solution est étonnante, étant donné que la Cour était dans une période où elle s'abstenait de créer de nouvelles catégories suspectes ou de reconnaître de nouveaux droits fondamentaux<sup>139</sup>. Dans cet arrêt, la Cour applique à la fois un contrôle strict sur le fondement du Quatorzième amendement, et un contrôle de préemption, c'est-

---

<sup>135</sup> CHEMERINSKY, *Constitutional Law, Principles and policies, op. cit.*, p. 564.

<sup>136</sup> *Ibid.*

<sup>137</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971).

<sup>138</sup> Guy SCOFFONI, « États-Unis », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 14, n° 1998, 1999, p. 190.

<sup>139</sup> LEVI, « The Equal Treatment of Aliens: Preemption or Equal Protection? », *op. cit.*, p. 1074.

à-dire de l'excès de pouvoir du gouvernement de l'Etat fédéré par rapport au gouvernement fédéral<sup>140</sup>.

Ce contrôle de préemption a par ailleurs souvent été utilisé par la Cour pour limiter les actions des Etats fédérés qui remettaient en cause des droits fondamentaux des étrangers<sup>141</sup>. La Cour a par exemple considéré dans l'arrêt *Takahasi*<sup>142</sup>, que le gouvernement fédéral avait entendu protéger les droits des étrangers par le biais de la clause d'égalité de protection des lois, et que dès lors les Etats fédérés devaient s'y conformer, en accord avec la répartition des compétences. Le juge a donc protégé ces droits via une utilisation simultanée des deux formes de contrôle<sup>143</sup>.

La Cour a réalisé un contrôle variable mais croissant, en appliquant les trois niveaux de contrôle successivement en droit des étrangers<sup>144</sup>. Dans la balance entre les intérêts des branches politiques en matière d'immigration et la protection des droits fondamentaux des étrangers, la Cour a donc semblé accorder plus de poids à cette seconde considération<sup>145</sup>. Toutefois, l'application de ce contrôle aux migrants en situation irrégulière reste peu claire dans sa jurisprudence.

Avant l'arrêt *Plyler*<sup>146</sup>, la Cour n'avait pas reconnu expressément de contrôle strict ni même intermédiaire pour les migrants en situation irrégulière, et semblait même considérer implicitement qu'ils ne constituaient pas une catégorie suspecte<sup>147</sup>. L'arrêt *Plyler* a représenté un tournant majeur, puisque la Cour suprême a examiné l'affaire au regard de l'égalité de protection des lois et a appliqué un contrôle intermédiaire aux enfants migrants en situation irrégulière pour l'accès à l'éducation<sup>148</sup>. Toutefois, la Cour considère à plusieurs reprises dans cet arrêt que les étrangers en situation irrégulière ne constituent pas en soi une classe suspecte, puisque leur présence n'est pas autorisée sur le territoire, et que cette question est donc fortement liée au pouvoir du gouvernement fédéral.

---

<sup>140</sup> CHEMERINSKY, *Constitutional Law, Principles and policies*, op. cit., p. 801.

<sup>141</sup> LEVI, « The Equal Treatment of Aliens: Preemption or Equal Protection? », op. cit., p. 1072.

<sup>142</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Takahashi v. Fish and Game Comm'n*, 334 U.S. 410 (1948).

<sup>143</sup> LEVI, « The Equal Treatment of Aliens: Preemption or Equal Protection? », op. cit., p. 1072.

<sup>144</sup> NATALE, *Le droit des étrangers à l'égalité et le juge de common law*, op. cit., p. 125.

<sup>145</sup> CHEMERINSKY, *Constitutional Law, Principles and policies*, op. cit., p. 805.

<sup>146</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).

<sup>147</sup> LEVI, « The Equal Treatment of Aliens: Preemption or Equal Protection? », op. cit., p. 1081.

<sup>148</sup> ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, op. cit., p. 966.

L'arrêt *Plyler* a été vu pour beaucoup comme l'application d'un contrôle relativement strict (sans atteindre le niveau du *strict scrutiny*) dans les mesures discriminant les migrants en situation irrégulière. Toutefois, la Cour ne s'est pas depuis cette affaire prononcée sur un tel contrôle. Ainsi, si l'on peut considérer que le contrôle a été croissant en matière de droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière, la Cour n'en a pas pour autant posé une jurisprudence claire sur la question.

Les Cours suprêmes mexicaine et états-unienne ont donc, au fil de leur jurisprudence, construit ou renforcé des régimes de protection des droits fondamentaux des étrangers, puis des migrants en situation irrégulière. Pour ce faire, elles ont dû intervenir dans un domaine traditionnellement réservé aux branches politiques, en dépassant la notion de citoyenneté dans l'application de certains droits constitutionnels protégeant les droits fondamentaux. Ce contrôle les a amenées à protéger certains droits fondamentaux particuliers au profit des migrants en situation irrégulière, en interprétant le cadre constitutionnel et conventionnel de manière étendue.

## **Chapitre 2 : Une interprétation élargie du cadre constitutionnel et conventionnel des droits fondamentaux**

Au-delà des moyens mis en œuvre pour contrôler l'action des autorités publiques vis-à-vis des migrants en situation irrégulière, les juridictions suprêmes ont interprété le cadre constitutionnel et conventionnel des droits fondamentaux de manière à garantir le respect du contenu de certains de ces droits. Les cours ont par ailleurs parfois consacré des garanties particulières à la catégorie juridique des étrangers. Cette protection a été élargie concernant la majorité des droits de procédure, c'est-à-dire les « droits dont le contenu ne renvoie pas à une liberté matérielle mais aux garanties dont un individu dispose dans un Etat de droit afin de faire valoir ses droits et libertés »<sup>149</sup> (Section 1). La protection a toutefois été plus variable et inégale entre les deux pays pour les autres droits, notamment les droits civils et les droits économiques et sociaux (Section 2).

### **Section 1 : Une protection élargie des droits procéduraux comme prérequis à l'accès aux droits des migrants en situation irrégulière**

Les juridictions suprêmes ont dans un premier temps reconnu l'application de certaines garanties procédurales aux migrants en situation irrégulière, lesquelles constituent des prérequis pour l'accès aux autres droits. Ces droits comprennent notamment l'accès à la justice et le droit à un recours juridictionnel, ainsi que les droits de la défense. Ils correspondent en grande partie à la notion de « procès équitable » du droit européen<sup>150</sup>. Plusieurs décisions des cours ont permis aux migrants en situation irrégulière de jouir des droits procéduraux s'appliquant à toutes les personnes (Paragraphe 1). D'autres décisions ont même accordé des droits procéduraux spécifiques aux étrangers ou migrants en situation irrégulière (Paragraphe 2).

---

<sup>149</sup> Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14<sup>ème</sup> éd., Paris : PUF, 2019, p. 549.

<sup>150</sup> CEDH, art. 3.

## Paragraphe 1 : Une protection élargie des droits procéduraux en général

L'idée d'une nécessaire protection de droits procéduraux à tous les individus est très ancienne. On considère généralement qu'elle remonte à la Magna Carta anglaise de 1215, qui énonce que « si quelqu'un, sans un jugement légal de ses pairs, a été dépossédé ou privé par nous, de ses terres, de ses châteaux, de ses libertés ou de ses droits, tout lui sera immédiatement restitué »<sup>151</sup>. Cette garantie a peu à peu évolué et été reprise dans la majorité des droits nationaux, accordant en principe à toutes les personnes le droit à être jugées par un tribunal impartial en cas de privation d'une liberté. Au Mexique comme aux Etats-Unis, les garanties procédurales ont été les premières à être reconnues aux étrangers en situation irrégulière, et sont celles qui sont le plus largement protégées.

Des garanties procédurales ont été protégées par les cours dans le cadre des procédures judiciaires dont les migrants en situation irrégulière feraient l'objet (A). Par ailleurs, les cours ont reconnu un droit d'accès aux tribunaux visant à leur permettre de dénoncer les crimes ou délits dont ils seraient victimes (B).

### A. La protection de garanties procédurales dans les procédures judiciaires

L'arrêt *Wong Wing*, premier arrêt de la Cour suprême états-unienne à reconnaître des droits fondamentaux aux migrants en situation irrégulière, concernait les droits procéduraux. En effet, dans cet arrêt, l'emprisonnement et la condamnation aux travaux forcés, y compris d'étrangers en situation irrégulière, sont considérés par la Cour comme une « punition infamante, et entre[nt] par conséquent en conflit avec le cinquième et sixième amendement de la Constitution, qui prévoient qu'aucune personne ne sera tenue de répondre d'un crime capital ou infamant sans un acte de mise en accusation, spontané ou provoqué, d'un grand jury, et que dans toute affaire criminelle l'accusé aura le droit d'être jugé promptement et publiquement par un jury impartial de l'Etat ou du district où le crime aura été commis »<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> Magna Carta, article 52.

<sup>152</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Wong Wing v. U.S.*, 163 U.S. 228 (1896).

Au Mexique, les droits procéduraux des migrants dans les procédures judiciaires ont été formellement reconnus par une thèse récente d'un tribunal collégial de circuit<sup>153</sup>. Celui-ci a considéré que les étrangers n'avaient pas un statut moindre par rapport aux nationaux concernant leur droit à être entendus, et plus encore que l'Etat avait une obligation positive de garantir l'accès des étrangers à ces droits.

Le droit à un conseil est également reconnu aux étrangers dans certaines circonstances. Aux Etats-Unis, il ne s'applique que dans les procédures criminelles et ne concerne donc pas les procédures d'expulsion qui sont des procédures civiles<sup>154</sup>. Au Mexique, la Cour suprême a considéré que le droit à un avocat privé ou public s'appliquait aussi aux étrangers, en plus de l'assistance consulaire, et permettait de garantir une procédure pénale égalitaire<sup>155</sup>.

Ainsi, les migrants en situation irrégulière se sont vu reconnaître des garanties procédurales leur permettant de se défendre face à des procédures à leur encontre, et notamment face à des actes des autorités publiques les concernant. Parallèlement, les cours ont également contribué à protéger le droit d'accès aux tribunaux des étrangers en situation irrégulière, afin qu'ils puissent dénoncer les crimes ou délits dont ils seraient victimes.

#### B. Le droit d'accès aux tribunaux

Au Mexique, plusieurs décisions, non pas de la Cour suprême mais de tribunaux fédéraux, sur le fondement de la Constitution, ont reconnu l'importance de garantir l'accès aux tribunaux pénaux et civils aux migrants, quelle que soit leur situation migratoire. Ainsi, le droit d'accès à la justice pénale pour les étrangers en situation irrégulière a été reconnu par le Second tribunal collégial du vingtième circuit. Dans sa décision, le tribunal considère que les étrangers sont légitimes à émettre une plainte même s'ils ne justifient pas de leur séjour légal sur le territoire<sup>156</sup>. En termes de procédure civile,

---

<sup>153</sup> Troisième tribunal collégial en matière de travail du troisième circuit, [TA], 10a. época, Tesis: III.3o.T4K, n°2002790 (2012).

<sup>154</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *INS v. Lopez-Mendoza*, 468 U.S. 1032 (1984).

<sup>155</sup> SCJN, 1a. Sala, [TA], 10a. época, Tesis: 1a. CXCVI/2016, n°2012028 (2016).

<sup>156</sup> Deuxième tribunal collégial du vingtième circuit, [TA], 9a. época, Amparo en revisión 302/2000, n°190190 (2000).



le troisième tribunal collégial en matière civile du premier circuit avait jugé que la condition ou qualité migratoire ne pouvait justifier une limitation des garanties d'accès à l'administration de la justice<sup>157</sup>.

Aux Etats-Unis, l'arrêt *Peterson v. Neme* de la Cour suprême de Virginie a confirmé que les étrangers en situation irrégulière avaient la capacité d'introduire des actions en justice<sup>158</sup>. En l'espèce, il s'agissait de la possibilité pour un étranger en situation irrégulière, n'ayant donc pas d'autorisation pour travailler, de recevoir des compensations de salaire du fait de dommages causés par un accident de la route. La Cour considère que malgré le fait que la Cour suprême fédérale ne se soit pas prononcée sur cette question, les précédents concernant l'accès au Quatorzième amendement des migrants en situation irrégulière, et la reconnaissance du droit d'accès à la justice par d'autres cours inférieures, justifiaient la reconnaissance d'un tel droit.

Ces dispositions permettant l'accès aux tribunaux sont particulièrement importantes car les migrants sont souvent les cibles du crime organisé, notamment au Mexique, et car leur situation d'irrégularité a tendance à les dissuader de dénoncer ces crimes<sup>159</sup>.

Au-delà de la reconnaissance de ces droits procéduraux généraux aux migrants en situation irrégulière, au même titre que pour les nationaux, la position particulière des étrangers au regard du droit a parfois légitimé l'octroi de garanties procédurales propres à leur statut.

## **Paragraphe 2 : La protection de droits procéduraux liés au statut d'étranger**

La protection étendue des droits procéduraux aux migrants en situation irrégulières s'exprime également par la reconnaissance de droits spécifiques aux étrangers dans le cadre de procédures les concernant. C'est le cas de l'assistance consulaire (A), des droits liés aux procédures d'expulsion et aux détentions préalables (B), ainsi que ceux relatifs aux procédures d'asile (C).

---

<sup>157</sup> Troisième tribunal collégial en matière civile du premier circuit, [TA], 9a. época, Amparo Directo 488/2007, n°169296 (2008).

<sup>158</sup> Cour suprême de l'Etat de Virginie, *Peterson v. Neme*, 281 S.E.2d 869 (1981).

<sup>159</sup> ORTIZ AHLF, « La libertad de circular libremente y elegir residencia en relación con los migrantes », *op. cit.*, p. 1246.

### A. Le droit à une protection consulaire

La Convention de Vienne sur les relations consulaires prévoit un droit d'assistance consulaire aux étrangers, c'est-à-dire que ceux-ci doivent pouvoir contacter les autorités consulaires de leur pays d'origine en cas d'arrestation ou d'emprisonnement, et doivent être informés de ce droit<sup>160</sup>. Les Etats-Unis et le Mexique sont tous deux parties à cette Convention. Toutefois, si la Cour suprême mexicaine a reconnu un droit d'assistance consulaire élargi aux étrangers, par le biais du contrôle de conventionnalité, la Cour suprême des Etats-Unis n'a pas affirmé clairement l'invocabilité de l'article 36 de la Convention par les étrangers<sup>161</sup>.

En effet, dans une série de thèses jurisprudentielles de 2013, la SCJN a considéré que le droit d'assistance consulaire était un droit fondamental et avait une fonction propre et distincte de celle de l'assistance d'un avocat<sup>162</sup>, qu'elle permettait d'assurer la sécurité juridique et d'atténuer les effets des différences culturelles sur le procès pénal<sup>163</sup> et qu'elle était indispensable au respect du droit fondamental des étrangers à une défense appropriée<sup>164</sup>. La Cour a notamment jugé que le droit d'assistance consulaire permettait aux étrangers de jouir du droit fondamental à l'égalité devant la loi et à la non-discrimination, dès lors qu'il contribue à compenser la situation de vulnérabilité des étrangers dans une procédure judiciaire<sup>165</sup>. Plus récemment, la Cour a indiqué que ce droit comprenait l'obligation pour l'autorité judiciaire d'informer l'étranger à ce propos<sup>166</sup>.

L'assistance consulaire a donc été considérée comme fondamentale au Mexique, et notamment indispensable au rétablissement d'une forme d'égalité face aux procédures judiciaires entre les étrangers et les nationaux.

---

<sup>160</sup> Convention de Vienne sur les relations consulaires (1963), article 36-1 (b).

<sup>161</sup> Sabina VENEZIANO, « The Right to Consular Notification: The Cultural Bridge to a Foreign National's Due Process Rights », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 49, 2018, p. 514.

<sup>162</sup> SCJN, 1a. Sala, [TA], 10a. época, Tesis: 1a. CLXXII/2013, n°2003544 (2013).

<sup>163</sup> SCJN, 1a. Sala, [TA], 10a. época, Tesis: 1a. CLXXIV/2013, n°2003543 (2013).

<sup>164</sup> SCJN, 1a. Sala, [TA], 10a. época, Tesis: 1a. CLXX/2013, n°2003538 (2013).

<sup>165</sup> SCJN, 1a. Sala, [TA], 10a. época, Tesis: 1a. CLXXX/2016, n°2011938 (2016).

<sup>166</sup> Neuvième tribunal collégial en matière pénale du premier circuit, [TA], 10a. época, Tesis: I.9o.P.216 P, n°2017694 (2018).

## B. Les droits procéduraux dans les procédures d'expulsion et la détention

Confrontés à des expulsions, parfois précédées de périodes de détention dans des centres réservés aux étrangers, les migrants en situation irrégulière ont bénéficié d'une protection particulière de la part des juridictions suprêmes.

Au Mexique, des tribunaux collégiaux ont apporté des garanties spécifiques aux étrangers dans les procédures d'expulsion. En l'absence de jurisprudence de la Cour suprême sur cette question, ces décisions encadrent la protection des migrants. Ils ont notamment considéré que les ordres d'expulsion ou de déportation, même s'ils pouvaient être d'application immédiate selon la Loi sur la Migration, ne pouvaient être exécutés sans respecter une procédure migratoire régulière (*debido proceso migratorio*)<sup>167</sup>. Un tribunal collégial du premier circuit a par ailleurs précisé que le non-respect de cette procédure migratoire régulière pouvait entraîner la responsabilité patrimoniale de l'Etat pour activité administrative irrégulière<sup>168</sup>. Enfin, un tribunal collégial de circuit a jugé que le recours *d'amparo* contre le placement en rétention et la déportation devait avoir lieu devant le juge pénal et non administratif, dès lors qu'il s'agit d'une atteinte à la liberté individuelle<sup>169</sup>. Il a en effet refusé l'interprétation des tribunaux pénaux qui s'étaient jugés non compétents<sup>170</sup>, dans le but de protéger plus efficacement les droits des migrants dans le cadre de ces procédures.

Aux Etats-Unis en revanche, les procédures d'expulsion et de détention des migrants en situation irrégulière sont l'objet du droit civil, et il n'existe donc pas les mêmes garanties<sup>171</sup>. Les étrangers en situation irrégulière aux Etats-Unis bénéficient tout de même d'un droit à l'*habeas corpus* dans le cas de détention<sup>172</sup>. En effet, la Cour suprême a confirmé que tous les étrangers avaient accès à la procédure d'*habeas corpus*, y compris

---

<sup>167</sup> Dix-huitième tribunal collégial en matière administrative du premier circuit, [TA], 10a. época, Tesis: I.18o.A.51 A, n°2017324 (2018).

<sup>168</sup> Dix-huitième tribunal collégial en matière administrative du premier circuit, [TA], 10a época, Tesis: I.18o.A.50 A, n° 2016641 (2018).

<sup>169</sup> Deuxième tribunal collégial en matière pénale du premier circuit, [TA], 9a. época, Tesis: I.2o.P.132 P, n°174464 (2006).

<sup>170</sup> Centro de derechos humanos de la UNLA et Centro de Estudios Legales y Sociales, *Jurisprudencia sobre los derechos de las personas migrantes en América Latina y El Caribe*, 2012, p. 40.

<sup>171</sup> VROOM, « Etats-Unis », *op. cit.*, p. 275.

<sup>172</sup> Virginie NATALE, « Les droits procéduraux des étrangers à l'entrée et à la sortie du territoire dans les systèmes de common law », in Thierry Di Mano (dir.), *L'étranger : sujet du droit et sujets des droits*, Bruxelles : Bruylant, 2008, p. 318.

ceux détenus dans la prison de Guantanamo<sup>173</sup>. Dans l'arrêt *Yamataya v. Fisher*, la Cour suprême a également déterminé que l'étranger avait le droit à être entendu dans une procédure d'expulsion, conformément au Cinquième amendement de la Constitution<sup>174</sup>. La Cour a également invalidé certaines dispositions du *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act* de 1996 au motif que la durée de détention indéfinie qu'il prévoyait violait les droits garantis par le Cinquième amendement<sup>175</sup>. En l'espèce, il s'agissait d'une mesure permettant aux autorités de prolonger la rétention au-delà de quatre-vingt-dix jours de manière discrétionnaire et sans limite temporelle si l'étranger n'était pas expulsé au terme de cette période. La Cour a également reconnu, dans l'arrêt *I.N.S v. Lopez Mendoza*, que le Quatrième amendement s'appliquait aux procédures d'expulsion, même si en l'espèce, l'arrestation par les services migratoires n'avait pas été jugée contraire à cet amendement<sup>176</sup>.

Cette sélection de décisions des juridictions suprêmes et inférieures en matière de garanties procédurales dans le cadre de l'expulsion et de la détention d'étrangers n'est pas exhaustive, mais démontre une volonté croissante de la part des juridictions de protéger les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière. Cette action apparaît comme essentielle dans le cadre de procédures potentiellement très attentatoires à certains droits fondamentaux, du fait de l'importante privation des libertés individuelles qu'elles impliquent.

### C. Le droit d'asile

Enfin, en matière procédurale, le droit d'asile a été un élément important d'accès à une protection pour les migrants en situation irrégulière dans les deux pays. Ce droit est prévu au niveau international par la Convention de Genève relative au statut de réfugiés de 1951 et le Protocole de New York de 1967<sup>177</sup>. Le Mexique a ratifié ces deux textes, mais les Etats-Unis ont ratifié uniquement le Protocole. Toutefois, compte tenu du faible

---

<sup>173</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Boumediene et al. v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008).

<sup>174</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Kaoru Yamataya v. Fisher*, 189 U.S. 86, 87 (1903).

<sup>175</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001).

<sup>176</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *INS v. Lopez-Mendoza*, 468 U.S. 1032 (1984).

<sup>177</sup> Le Protocole de New York supprime la limite temporelle et géographique de la Convention de Genève, qui concernait à l'origine uniquement des personnes ayant fui des événements s'étant produit en Europe avant 1951.

poids du droit international dans l'ordre juridique états-unien, les dispositions relatives au droit des réfugiés sont principalement de l'ordre de la législation nationale.

Le droit d'asile s'adresse aux personnes fuyant des persécutions dans leur pays d'origine pour des motifs liés à la race, la religion, la nationalité, l'appartenance à un certain groupe social ou les opinions politiques<sup>178</sup>. Pour que ce statut soit reconnu juridiquement aux étrangers au niveau du droit interne, et qu'ils soient autorisés à se maintenir légalement sur le territoire d'accueil, ils doivent en faire la demande dans le cadre d'une procédure administrative. Dans l'attente de la décision des autorités compétentes pour déterminer l'obtention du statut, les personnes sont dans une situation de demande d'asile, avec des garanties différentes selon les pays. Les juridictions suprêmes ont progressivement reconnu un droit aux migrants en situation irrégulière à entreprendre une procédure de demande d'asile, avec dans certaines cas la reconnaissance d'un droit au recours.

Aux Etats-Unis, le droit d'asile est prévu par le *Refugee Act* de 1980, qui reprend la même définition du réfugié que la Convention de Genève. Toutefois, il existe aux Etats-Unis une distinction entre les réfugiés, qui doivent faire leur demande avant d'entrer sur le territoire, et les bénéficiaires de l'asile, qui sont déjà sur le territoire lorsqu'ils effectuent cette demande<sup>179</sup>. Cette distinction n'existe pas dans la Convention de Genève puisque toute personne déjà dans le pays d'accueil peut se prévaloir de la Convention. Il existe peu de décisions de la Cour suprême concernant les procédures de droit d'asile. Toutefois, la Cour d'appel du Second circuit a jugé que le *due process* s'appliquait à la procédure d'asile, et impliquait notamment la traduction des documents<sup>180</sup>. La Cour d'appel du neuvième circuit a également reconnu aux demandeurs d'asile le droit de témoigner dans leur procédure de reconnaissance de l'asile<sup>181</sup>.

Récemment, la Cour suprême des Etats-Unis a fait obstacle à la politique du Gouvernement consistant à obliger les demandeurs d'asile à effectuer leur procédure en dehors des Etats-Unis, et à leur interdire de déposer une demande en cas de présence

---

<sup>178</sup> Convention de Genève relative au statut de réfugiés (1951), art. 1-A-2.

<sup>179</sup> VROOM, « Etats-Unis », *op. cit.*, pp. 263-265.

<sup>180</sup> Cour d'appel du Second circuit des Etats-Unis, *Augustin v. Sava*, 735 F.2d 32 (1984).

<sup>181</sup> Cour d'appel du Neuvième circuit des Etats-Unis, *Oshodi v. Holder*, 729 F.3d 883, 889 (2013).

illégal sur le territoire<sup>182</sup>. En effet, elle a refusé la demande de suspension par le Président Trump de l'application de la décision de la Cour de district de San Francisco<sup>183</sup> qui limitait la mise en œuvre de cette politique durant la durée de l'appel.

Au Mexique, le droit d'asile est ancré dans la tradition juridique nationale et protégé par la Convention de Genève de 1951 et la Loi sur les réfugiés de 2011. La Cour suprême ne s'est pas non plus prononcée sur les droits spécifiques des demandeurs d'asile, mais une thèse jurisprudentielle d'un tribunal collégial de circuit prévoit que les autorités ne peuvent ignorer une demande d'asile avant l'expulsion d'un étranger en situation irrégulière, quand bien même celle-ci ne serait faite qu'oralement<sup>184</sup>.

Ainsi, les juridictions inférieures et suprêmes ont contribué, à divers degrés, à protéger le droit d'asile. Il existe toutefois des différences relativement importantes entre les deux Etats à ce sujet. En effet, le Mexique a une tradition d'accueil au regard de l'asile importante<sup>185</sup>, et fortement influencée par le droit international et le droit régional (la Déclaration de Carthagène de 1984 étend le droit d'asile en Amérique latine), bien qu'il connaisse également des politiques sécuritaires restreignant l'asile, notamment sous l'influence des Etats-Unis<sup>186</sup>.

Les juridictions mexicaine et états-unienne ont donc contribué à la reconnaissance de droits fondamentaux procéduraux aux migrants en situation irrégulière. Cette reconnaissance étendue des droits procéduraux s'inscrit dans la tradition juridique des Etats, en particulier de *common law*, quant à l'importance d'offrir des garanties procédurales de tous les individus face à l'Etat. Cela s'est avéré essentiel pour que ceux-ci puissent faire valoir leurs autres droits fondamentaux reconnus dans les deux pays devant des cours, notamment une partie des droits civils et certains droits économiques et sociaux.

---

<sup>182</sup> Miriam JORDAN, « Ninth Circuit Appeals Court Grants More Protections for Asylum Seekers », *The New York Times*, sect. U.S., New-York, 8 mars 2019. URL : <https://www.nytimes.com/2019/03/07/us/asylum-seekers-ninth-circuit.html>. Consulté le 12 mars 2019.

<sup>183</sup> Cour de District Nord de Californie, *East Bay Sanctuary Covenant v. Trump*, Order n°18-17274 (2018)

<sup>184</sup> Dix-huitième Tribunal collégial en matière administrative du premier circuit du Mexique, [TA], 10a. época, Tesis: I.18o.A.49 A, n°2017238 (2018).

<sup>185</sup> STRICKLAND, « Los derechos del extranjero en México y en Estados Unidos », *op. cit.*, p. 634.

<sup>186</sup> CLOT et MARTINEZ VELASCO, « Évolution des politiques migratoires au Mexique au cours de la période 2000 – 2012, ou comment la migration est progressivement abordée dans une approche de sécurité nationale », *op. cit.*, p. 8.

## **Section 2 : Une protection inégale mais croissante des droits civils et de certains droits économiques et sociaux**

Les cours suprêmes et certaines cours inférieures ont reconnu dans leur jurisprudence que certains droits étaient indispensables à la dignité humaine, et devaient être protégés pour tous les individus. C'est le cas, d'une part, de certains droits civils, souvent appelés « droits de la première génération », considérés comme indérogeables, et non liés à la citoyenneté (Paragraphe 1). Certains droits économiques et sociaux, dits de la « deuxième génération », ont également été protégés, mais de manière moins forte et inégale selon les deux pays (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 : La protection de certains droits civils considérés comme « indérogeables »**

A l'instar des droits procéduraux, certains droits fondamentaux sont considérés, en droit international mais également dans les ordres juridiques internes, comme inhérents à la vie humaine ou « indérogeables »<sup>187</sup>. Dans la Conv. EDH, les droits considérés comme indérogeables ne peuvent être niés à aucune personne, même en cas de circonstances exceptionnelles<sup>188</sup>. Il s'agit du droit à la vie, l'interdiction de la torture, de l'esclavage et de la servitude, ainsi que l'interdiction de peine sans lois<sup>189</sup>.

Par principe, les étrangers ne devraient donc pas être exclus de ces droits. Toutefois, ces libertés n'ont pas toutes fait l'objet d'une jurisprudence importante des cours suprêmes concernant les migrants en situation irrégulière, car peu d'entre eux ont cherché à accéder aux cours pour ces motifs, par crainte d'être expulsés. Ainsi, bien qu'en principe les étrangers, même en situation irrégulière, devraient jouir du socle de droits indispensables à la dignité de la personne humaine, il est difficile d'évaluer la contribution des cours suprêmes dans la pratique. Certains arrêts ont tout de même permis de limiter la portée de certaines dispositions attentatoires à ces droits de la part d'autorités publiques.

---

<sup>187</sup> TIBURCIO, *The human rights of aliens under international and comparative law*, op. cit., pp. 75-76.

<sup>188</sup> Conv. EDH, art. 15.

<sup>189</sup> Ces droits correspondent aux articles auxquels renvoie l'article 15 de la Conv. EDH.

Aux Etats-Unis, étant donné que les migrants en situation irrégulière peuvent se prévaloir devant les cours des Cinquième et Quatorzième amendements de la Constitution, ils bénéficient en principe des droits des dix premiers amendements, à l'exception du deuxième amendement sur la liberté de porter des armes<sup>190</sup>. Toutefois, certains de ces droits seulement ont été explicitement protégés par la Cour suprême<sup>191</sup>.

Concernant le Premier amendement, la Cour suprême des Etats-Unis ne s'est pas positionnée de manière claire. Dans l'arrêt *Bridges*<sup>192</sup> en 1941, la Cour suprême avait reconnu l'application des droits du Premier amendement, et en l'espèce de la liberté d'expression, aux étrangers, sans préciser l'inclusion des migrants en situation irrégulière. Cependant, Michael Kagan considère que l'arrêt *Citizens United*<sup>193</sup> pourrait être interprété comme protégeant la liberté d'expression des migrants en situation irrégulière, dès lors que la Cour a jugé qu'aucune restriction liée à la qualité de la personne s'exprimant ne pouvait être constitutionnelle<sup>194</sup>. L'affaire portait toutefois à un cas d'espèce très différent, puisqu'il s'agissait du financement des campagnes électorales au nom de la liberté d'expression de personnes morales, et ne serait pas nécessairement applicable dans le cas présent. M. Kagan conclut toutefois, après l'étude d'autres décisions, au bénéfice des droits du Premier amendement aux migrants en situation irrégulière<sup>195</sup>.

En outre, la Cour suprême des Etats-Unis a considéré, dans l'arrêt *Cantwell v. Connecticut*, que le concept fondamental de liberté protégé par le Quatorzième amendement comprenait les libertés garanties par le Premier amendement, notamment la liberté de conscience, de religion et de croyances. Ainsi, compte tenu de cette jurisprudence, les migrants en situation irrégulière devraient être protégés dans leurs « libertés de l'esprit » par le biais du Quatorzième amendement *a minima*<sup>196</sup>. Il existe peu

---

<sup>190</sup> SCOFFONI, « Etats-Unis », *op. cit.*, p. 192.

<sup>191</sup> Olesya A. SALNIKOVA, « "The People" of "Heller" and their politics: whether illegal aliens should have the right to bear arms after "United States v. Portillo-Munoz" », *The Journal of Criminal Law and Criminology* (1973-), vol. 103, n° 2, 2013, p. 626.

<sup>192</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Bridges v. California*, 314 U.S. 252 (1941).

<sup>193</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

<sup>194</sup> Michael KAGAN, « Do Immigrants Have Freedom of Speech? », *California Law Review Circuit*, vol. 6, 2015, p. 85.

<sup>195</sup> *Ibid.*

<sup>196</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940), voir NATALE, *Le droit des étrangers à l'égalité et le juge de common law*, *op. cit.*, p. 188.



de jurisprudence de la Cour suprême sur ces libertés, mais la qualification de certains droits comme fondamentaux, notamment le droit au mariage ou la liberté religieuse, laisse à penser que ces droits s'appliquent également aux migrants en situation irrégulière par le biais du Quatorzième amendement.

Au Mexique, d'autres libertés fondamentales ont été protégées par la Cour suprême. Plusieurs décisions de la SCJN ont notamment permis de reconnaître un droit à l'assistance humanitaire et des droits aux familles. Dans un arrêt de principe, la Cour a considéré que la qualification de « trafic de personnes » nécessitait que l'activité soit lucrative<sup>197</sup>. La Cour a notamment jugé qu'on ne pouvait pas punir de délit ou crime les personnes ou groupes qui pour des raisons humanitaires, et « conformément à la tradition mexicaine d'assistance, de soutien et d'aide aux personnes dans le besoin, hébergent ou transportent des étrangers en situation irrégulière de bonne foi, c'est-à-dire sans espoir d'obtenir un gain présent ou futur ». Cette décision permet donc d'éviter que les associations à but non lucratif aidant les migrants à la frontière pour des raisons humanitaires ne soient accusées de « délit de solidarité ». Elle peut d'ailleurs être mise en parallèle avec la récente décision du Conseil constitutionnel français, selon laquelle le « délit de solidarité » est contraire au principe de fraternité et donc inconstitutionnel<sup>198</sup>. En effet, le Conseil constitutionnel considère d'une part que le principe de fraternité est un principe à valeur constitutionnelle, et d'autre part qu'il « découle du principe de fraternité la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national ». Le Conseil constitutionnel a cependant rappelé dans cette décision qu'« aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national. En outre, l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière participe de la sauvegarde de l'ordre public, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle ». Ainsi, sur différents fondements, les juges constitutionnels français et mexicain ont choisi de protéger les migrants et les associations humanitaires leur venant en aide, sans toutefois reconnaître leur légitimité à être présents sur le territoire.

---

<sup>197</sup> SCJN, 1a. Sala, [J], 9a. época, Tesis: 1A./J. 33/2008, n°169170 (2008).

<sup>198</sup> Conseil constitutionnel français, Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, *M. Cédric H.*

La Cour suprême mexicaine a également jugé récemment que les membres de la famille d'un migrant en situation irrégulière porté disparu avaient le droit de dénoncer cette disparition, et que les éléments qu'ils fournissaient devaient être jugés crédibles dès lors qu'il n'existait pas d'éléments francs pour douter des déclarations<sup>199</sup>. La Cour suprême s'est donc positionnée en faveur de la reconnaissance de certains droits intrinsèques à la dignité humaine des migrants en situation irrégulière, en acceptant la nécessité de les protéger contre certaines violations graves de ces droits.

Eu égard à ces différences dans les jurisprudences des Cours suprêmes mexicaine et états-unienne, il apparaît que la Cour suprême mexicaine s'est exprimée de manière plus claire pour la protection de certains droits de l'homme « non dérogeables » aux migrants en situation irrégulière. Toutefois, il convient de mettre en perspective ce propos avec l'importance des violations graves des droits de l'homme des migrants au Mexique, notamment des disparitions forcées et nombreux homicides, et le poids moindre de la Cour suprême mexicaine comparativement à son homologue états-unienne. Cette différence de niveau de protection par les cours suprêmes s'est aussi observée en matière de reconnaissance de droits économiques et sociaux, bien que les deux cours aient reconnus certains droits. Cela s'explique par des différences d'approche au regard de ces droits dans les deux Etats, et par les différences structurelles et conjoncturelles au regard de l'immigration.

## **Paragraphe 2 : Une protection limitée et variable des droits économiques et sociaux**

Dans les deux Etats, les juridictions suprêmes ont progressivement reconnu des droits économiques et sociaux aux étrangers, même en situation irrégulière. Ces droits correspondent aux droits des travailleurs, au droit à certaines prestations, à la santé et à l'éducation. Cette reconnaissance est particulièrement révélatrice d'une forme d'acceptation de la présence sur le territoire de nombreuses personnes de manière irrégulière, mais qui participent néanmoins à la vie économique du pays, et qui ont généralement vocation à se maintenir sur le territoire. Ce mouvement a majoritairement

---

<sup>199</sup> SCJN, 1a. Sala, [TA], 10a. época, Tesis: 1a. CCXIV/2017, n°2015723 (2017).

concerné les droits des travailleurs dans les deux pays (A), et à un degré moindre, d'autres droits économiques et sociaux (B).

#### A. La protection des droits des travailleurs migrants

Il apparaît *a priori* paradoxal de reconnaître des droits aux travailleurs migrants en situation irrégulière, dès lors que ceux-ci n'ont pas de droit au travail. Toutefois, face à la réalité d'un nombre important de travailleurs migrants irréguliers aux Etats-Unis et au Mexique, les juges ont reconnu l'application de certaines garanties aux travailleurs étrangers, même non déclarés.

Aux Etats-Unis, la protection de droits économiques et sociaux est généralement faible. En outre, quand ces droits sont protégés, ils le sont généralement par des dispositions législatives, et non constitutionnelles. L'action de la Cour suprême dans ce domaine est donc à replacer dans ce contexte. A ceci s'ajoute une tendance au niveau de l'Etat fédéral et des Etats fédérés à lutter contre l'immigration illégale en agissant sur la criminalisation de l'emploi de migrants en situation irrégulière. Cela est particulièrement vrai depuis l'adoption de l'*IRCA* en 1986, qui interdit aux employeurs d'embaucher des migrants en situation irrégulière, sous peine de poursuites pénales. L'action de la Cour suprême états-unienne dans la protection de droits aux travailleurs migrants en situation irrégulière a permis d'atténuer l'absence de consécration constitutionnelle de ces droits, ainsi que le cadre législatif strict en matière d'immigration illégale. Si la Cour suprême a contribué au respect de certaines garanties minimales aux travailleurs migrants en situation irrégulière<sup>200</sup>, les cours inférieures ont toutefois joué un rôle plus important à cet égard.

En effet, la Cour suprême a considéré que la loi fédérale protégeant les droits des travailleurs, le *National Labor Relations Act (NLRA)*, s'appliquait également aux travailleurs migrants en situation irrégulière. Dans l'arrêt *Sure-Tan v. NLRB*, la Cour a jugé que le terme « employé » du *NLRA* s'appliquait indistinctement à tous les employés, y compris ceux en situation irrégulière, et que cela n'entraînait pas en conflit avec le mandat de l'INA, car le fait de ne pas obliger les employeurs à respecter les droits des travailleurs

---

<sup>200</sup> Luiz Arthur BIHARI, « Clashing laws: exploring the employment rights of undocumented migrants », *University of Toronto Faculty of Law Review*, vol. 69, n°2, 2011, p. 17.

migrants en situation irrégulière pourrait être une incitation à les employer plutôt que l'inverse<sup>201</sup>.

L'arrêt *Hoffman v. NLRB*, intervenu après l'adoption de l'*IRCA*, a relativisé cette protection<sup>202</sup>. En l'espèce, un travailleur ayant obtenu un emploi en présentant des faux documents d'identité, ne s'est pas vu reconnaître le droit à recevoir son salaire après avoir été licencié. L'arrêt *Hoffman* ne remet pas pour autant en question l'application du *NLRA* aux migrants en situation irrégulière, ni leur qualification d'employés. En effet, la Cour se fonde sur l'exclusion des travailleurs ayant commis des fautes pénales des bénéficiaires du *NLRA*, ce qui est le cas de la présentation de documents frauduleux, et non sur le statut migratoire de l'individu.

Les cours inférieures ont en général également protégé des droits sociaux aux travailleurs migrants en situation irrégulière. Par exemple, quelques mois après l'arrêt *Hoffman*, la Cour de district de Californie a jugé que la dénonciation d'un employeur d'un de ses employés en situation irrégulière aux autorités migratoires après que celui-ci eut entrepris une action en justice pour recevoir son salaire était contraire au *Fair Labor Standards Act*<sup>203</sup>. La Cour de district de l'Etat de New York a également considéré que les migrants en situation irrégulière avaient droit au salaire minimum, et à recevoir leurs salaires impayés<sup>204</sup>.

Malgré l'absence de reconnaissance constitutionnelle des droits économiques et sociaux des travailleurs aux Etats-Unis, les décisions de la Cour suprême et des cours inférieures ont permis de protéger un socle de certains droits aux travailleurs migrants en situation irrégulière.

Au Mexique, les droits économiques et sociaux sont *a priori* protégés de manière relativement forte, y compris pour les étrangers en situation irrégulière, dès lors qu'ils font partie des droits de l'homme dans la Constitution. Ainsi, la jurisprudence constitutionnelle de tribunaux inférieurs a reconnu des droits étendus aux travailleurs migrants, peu importe leur situation légale. Ceux-ci bénéficient par conséquent d'un droit

---

<sup>201</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Sure-Tan, Inc. v. NLRB*, 467 U.S. 883 (1984).

<sup>202</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Hoffman v. NLB*, 535 U.S. 137 (2002).

<sup>203</sup> Cour de District de Californie (Etats-Unis), *Singh v. Jutla*, 214 F. Supp. 2d 1056 (2002).

<sup>204</sup> Cour de District de New York (Etats-Unis), *Colon v. Major Perry Street Corp*, 987 F. Supp. 2d 451 (2013).

fondamental aux droits acquis par leur travail, et notamment leur salaire, conformément à l'article 5 de la Constitution qui prévoit que nul ne peut être privé des fruits de son travail<sup>205</sup>.

Cette reconnaissance de droits sociaux aux migrants en situation irrégulière par les cours se justifie par l'importance de la migration illégale pour motif de travail aux Etats-Unis, et de plus en plus au Mexique. Par conséquent, le déni de certains droits à ces nombreux travailleurs aurait des conséquences importantes en termes de protection des droits sociaux.

#### B. Une protection variable des autres droits économiques et sociaux

D'autres droits économiques et sociaux comme l'accès à certaines prestations sociales, à la santé et à l'éducation, ont connu une protection croissante mais néanmoins limitée de la part des cours envers les migrants en situation irrégulière.

Au Mexique, il existe peu de décisions en la matière. Une thèse jurisprudentielle d'un tribunal collégial a donné une interprétation large des droits dont jouissent les étrangers en situation irrégulière, en considérant qu'ils avaient le droit au bénéfice de la sécurité sociale, même s'ils avaient travaillé sans permis de travail et sans se trouver dans une situation migratoire régulière<sup>206</sup>. Le tribunal a rappelé que les migrants en situation irrégulière bénéficiaient des droits fondamentaux reconnus dans la Constitution et les traités internationaux. Cette jurisprudence pourrait donc s'appliquer à d'autres droits économiques et sociaux, notamment au droit à la santé et à l'éducation.

Aux Etats-Unis, la principale action en la matière de la Cour suprême concerne l'accès à l'éducation des enfants migrants en situation irrégulière. Comme évoqué précédemment, la Cour suprême a considéré dans l'arrêt *Plyler v. Doe*<sup>207</sup> que les Etats ne pouvaient priver (ou prendre des mesures revenant à priver) les enfants de migrants en situation irrégulière d'accès à l'éducation. La Cour reconnaît qu'il est impossible de faire

---

<sup>205</sup> Troisième tribunal collégial en matière de travail du premier circuit, [TA], 9a. época, Tesis: I.3o.T.158 L, n°172653 (2007).

<sup>206</sup> Premier Tribunal Collégial en matière administrative et de travail du dixième Circuit, [TA], 10a. época, Tesis: XI.1o.A.T.18 L, n°2007450 (2014).

<sup>207</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).

respecter les lois interdisant l'entrée de main d'œuvre étrangère, et que les enfants ne doivent pas subir de violation de leurs droits pour le simple fait que leurs parents soient entrés illégalement sur le territoire<sup>208</sup>. Ainsi, la Cour suprême des Etats-Unis a également reconnu que face à la situation de fait de la présence de nombreux migrants irréguliers sur le territoire, il était de son devoir de protéger certains de leurs droits fondamentaux.

### **Conclusion de la Première partie :**

Les Cours suprêmes mexicaine et états-unienne ont donc été des acteurs essentiels à la jouissance de droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière, face à un cadre législatif restrictif en la matière. Pour ce faire, elles ont adapté leurs moyens de contrôle, afin protéger des droits même quand ceux-ci n'étaient pas expressément inscrits dans la Constitution ou les lois. Cette action a souvent limité la marge de manœuvre des branches politiques en matière d'immigration, notamment s'agissant de mesures répressives prises dans le contexte de lutte croissante contre l'immigration irrégulière. Toutefois, plusieurs des droits présentés dans cette partie ont de fait été protégés par des tribunaux inférieurs, sans être remis en cause par la Cour suprême, principalement au Mexique. De plus, ces développements ont montré que, malgré le dépassement de la notion de citoyenneté dans l'accès aux droits fondamentaux, les migrants en situation irrégulière ne jouissaient que d'une partie seulement des droits fondamentaux dont bénéficient les citoyens et les étrangers en situation régulière dans les deux Etats. Face à cette réalité, les juridictions suprêmes n'ont pas entièrement dépassé la différenciation de ces catégories en matière de droits fondamentaux, et ont maintenu les migrants en situation irrégulière dans une catégorie distincte du reste de la population.

---

<sup>208</sup> ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis, op. cit.*, p. 970.

<p><b>PARTIE 2 : LE MAINTIEN DES MIGRANTS EN SITUATION IRRÉGULIÈRE DANS UNE CATÉGORIE DISTINCTE DU RESTE DE LA POPULATION</b></p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Force est de constater que, malgré les évolutions de la jurisprudence, les migrants en situation irrégulière ne jouissent pas à l'heure actuelle d'une protection de leurs droits fondamentaux équivalente à celles des étrangers en situation régulière, et encore moins des citoyens des États<sup>209</sup>. Par conséquent, les migrants en situation irrégulière sont exclus de certains droits fondamentaux, du fait de dispositions constitutionnelles ou d'interprétations restrictives des cours (Chapitre 1). Finalement, le pouvoir des juges pour protéger effectivement les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière s'est trouvé en pratique limité (Chapitre 2).

### **Chapitre 1 : Une reconnaissance limitée des droits fondamentaux aux migrants en situation irrégulière**

Les migrants en situation irrégulière se sont vus exclus de la jouissance de certains droits fondamentaux, soit par des dispositions constitutionnelles précises, soit par l'interprétation par les cours de dispositions constitutionnelles générales (Section 1). Par ailleurs, certaines limitations posées à l'accès aux droits et l'ambiguïté de la jurisprudence ont amené à une protection peu substantielle de ces droits. En découle une protection constitutionnelle fragile des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière (Section 2).

#### **Section 1 : L'exclusion des migrants en situation irrégulière de la jouissance de certains droits fondamentaux**

Dans la plupart des pays, y compris les États-Unis et le Mexique, ainsi qu'en droit international, les étrangers ne bénéficient pas des mêmes droits politiques que les

---

<sup>209</sup> DEMBOUR et KELLY (dir.), *Are Human Rights for migrants? Critical reflections on the status of irregular migrants in Europe and the United States*, op. cit., p. 3.

citoyens<sup>210</sup> (Paragraphe 1). Les migrants en situation irrégulière se sont également vu exclus du bénéfice d'autres droits fondamentaux, y compris certaines libertés individuelles (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 : L'exclusion des étrangers des droits politiques inhérents à la notion de citoyenneté**

Les étrangers sont traditionnellement exclus de la jouissance des droits politiques, notamment du droit de vote, d'éligibilité et d'accès aux emplois publics<sup>211</sup>. En effet, ces droits sont attachés à la notion de citoyenneté qui, en plus d'autres conditions comme un âge minimal ou l'absence de condamnations pour certains crimes, nécessite généralement la possession de la nationalité du pays<sup>212</sup>. Ce principe est lié à l'idée de démocratie, et se retrouve en droit international. La DUDH considère par exemple que « toute personne a le droit de participer à la vie politique de son pays », induisant ainsi un lien entre la nationalité, ou du moins l'appartenance au pays, et la participation politique<sup>213</sup>. Le PIDCP reconnaît également que le droit de vote et de participation politique s'adresse aux citoyens des Etats<sup>214</sup>. Ces dispositions n'impliquent pas d'exclusion obligatoire des étrangers à la participation politique au sein des Etats, mais leur permettent de les exclure, conformément au respect de la souveraineté étatique.

En Europe, l'avènement d'une citoyenneté européenne, permettant aux ressortissants des Etats membres non seulement de circuler librement dans les frontières de l'Union, mais également de participer à la vie politique d'un autre pays membre dans lequel ils établiraient leur résidence, a commencé à interroger ce paradigme. En effet, le droit européen permet aux ressortissants d'un Etat membre de voter et d'être élus aux élections municipales et européennes dans un autre Etat membre<sup>215</sup>. Cette ouverture du vote dans ces circonstances n'est pas à l'heure actuelle transposable dans d'autres contextes que

---

<sup>210</sup> TIBURCIO, *The human rights of aliens under international and comparative law*, op. cit., pp. 177-193.

<sup>211</sup> Francis DELPEREE et Annabelle PENA-GAÏA, « Les droits politiques des étrangers », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 1994, n° 10, 1995, p. 296.

<sup>212</sup> Marie-Pierre LANFRANCHI, Olivier LECUCQ et Dominique NAZET-ALLOUCHE, *Nationalité et citoyenneté. Perspectives de droit comparé, droit européen et droit international*, Bruxelles : Bruylant, 2012, p. 14.

<sup>213</sup> DUDH, art. 21.

<sup>214</sup> PIDCP, art. 25.

<sup>215</sup> TFUE, article 20-2 (b).



celui du droit européen, car elle repose sur la citoyenneté européenne, qui a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres<sup>216</sup>. Toutefois, le fait que le scrutin concerné (en plus du scrutin européen) soit municipal démontre le rôle de l'appartenance à une communauté locale dans cette ouverture aux non-nationaux d'une participation politique. Certains pays européens accordent d'ailleurs un droit de vote aux élections municipales aux étrangers sous certaines conditions<sup>217</sup>, et cette question a été débattue en France<sup>218</sup>.

Le vote des étrangers peut être défendu à deux égards. D'une part, ceux-ci participent en général à la vie publique des Etats où ils résident, et payent certaines taxes<sup>219</sup>. D'autre part, dans certains pays, comme la France et les Etats-Unis, les communautés immigrées sont très importantes, y compris en situation irrégulière, et sont souvent victimes de discriminations. La participation politique pour ces groupes peut alors revêtir une fonction sociale importante, et leur permettre de faire valoir leurs droits<sup>220</sup>.

Ce dernier argument est particulièrement présent aux Etats-Unis, où le nombre d'étrangers en situation irrégulière est très important. Certaines constitutions des Etats fédérés avaient parfois accordé un droit de vote aux étrangers, avec des conditions telles que l'ancienneté sur le territoire, une bonne « moralité » ou la possession d'une propriété<sup>221</sup>. Toutefois, ce paradigme a été remis en question par l'augmentation de l'immigration<sup>222</sup> et le changement dans l'approche de celle-ci<sup>223</sup>. L'adoption du Quinzième amendement de la Constitution, qui dispose que « le droit des citoyens des Etats-Unis de voter ne doit pas être refusé ou limité par le Gouvernement ou par un Etat sur le fondement de la race, de la couleur, ou d'une condition antérieure de servitude », a limité de manière claire la jouissance du droit de vote aux citoyens<sup>224</sup>. Face à cette

---

<sup>216</sup> CJCE, 20 sept. 2001, C-184/99, *Grzelczyk*.

<sup>217</sup> Sénat, « Le droit de vote des étrangers aux élections locales », *Etude de législation comparée* [en ligne], n° 154, 2005. URL : <https://www.senat.fr/lc/lc154/lc1540.html>, consulté le 5 mai 2019.

<sup>218</sup> Voir notamment : Proposition de loi constitutionnelle visant à accorder le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales aux étrangers non ressortissants de l'Union européenne résidant en France, déposée le 21 oct. 1999.

<sup>219</sup> RODRÍGUEZ et RUBIO-MARÍN, « The constitutional status of irregular migrants », *op. cit.*, p. 83.

<sup>220</sup> DELPEREE et PENA-GAÑA, « Les droits politiques des étrangers », *op. cit.*, p. 297.

<sup>221</sup> NATALE, *Le droit des étrangers à l'égalité et le juge de common law*, *op. cit.* p. 487.

<sup>222</sup> *Ibid.*

<sup>223</sup> Gerald L. NEUMAN, *Strangers to the Constitution: immigrants, borders and fundamental law*, Princeton : Princeton University Press, 1996, p. 70.

<sup>224</sup> NATALE, *Le droit des étrangers à l'égalité et le juge de common law*, *op. cit.*, p. 491.

situation, la Cour suprême n'a jamais cherché à s'opposer au pouvoir politique et à reconnaître des droits politiques aux étrangers, au motif que ceux-ci seraient fondamentaux.

En effet, dans l'arrêt *Sugarman*, la Cour suprême des Etats-Unis a rappelé qu'elle n'avait jamais « jugé que les étrangers avaient un droit constitutionnel au vote ou à occuper des hautes fonctions publiques en vertu de la clause d'égalité de protection des lois »<sup>225</sup>. Elle ajoute même qu'il est « implicite dans de nombreuses décisions de la Cour concernant le droit de vote que la citoyenneté est un critère permettant la limitation de ce droit »<sup>226</sup>. Ainsi, si quelques Etats permettent le vote aux élections locales à certains étrangers résidents, celui-ci est interdit pour les élections fédérales<sup>227</sup>, et il n'existe aucun droit de vote des étrangers garanti constitutionnellement<sup>228</sup>.

Au Mexique, la limitation de la participation politique des étrangers est d'autant plus forte qu'elle est expressément inscrite dans le texte de la Constitution. En plus de conditionner la citoyenneté politique et donc le droit de vote à la nationalité mexicaine, celle-ci exclut les étrangers de la liberté d'association pour motifs politiques<sup>229</sup> et de la possibilité de présenter des pétitions auprès d'autorités publiques<sup>230</sup>. Cette disposition fait écho à l'article 33 de la Constitution qui prévoit que les étrangers ne pourront en aucun cas s'immiscer dans les affaires politiques du pays.

Ainsi, le texte de la Constitution a laissé peu de marge d'interprétation à la Cour suprême, qui s'est par conséquent peu prononcée sur la question. La seule exception posée dans sa jurisprudence a concerné la reconnaissance comme conforme à la Constitution de l'ouverture des assemblées citoyennes du District Fédéral (ville de Mexico) aux mineurs et aux étrangers. La Cour a considéré qu'il s'agissait d'une participation aux affaires publiques de la ville pour ses habitants, et non d'immixtion dans les affaires politiques<sup>231</sup>. Toutefois, l'article de la loi dont il était question ne prévoyait de droit de vote dans ces assemblées qu'aux seuls citoyens jouissant du droit de vote général, ouvrant le droit de

---

<sup>225</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973).

<sup>226</sup> *Ibid.*

<sup>227</sup> *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act* (1996), sect. 216.

<sup>228</sup> NEUMAN, *Strangers to the Constitution*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>229</sup> CPEUM, art. 9.

<sup>230</sup> CPEUM, art. 8.

<sup>231</sup> SCJN, Pleno, [J], 9a. época, Tesis: P./J. 138/2005, n°176678 (2005).

participation et de parole à tous les habitants<sup>232</sup>. Ainsi, cette participation ne s'apparente pas à un réel droit politique au regard de la jurisprudence de la Cour suprême, et ouvre peu de portes au droit à la participation des étrangers dans d'autres contextes.

Les cas de participation aux affaires politiques des étrangers sont donc exceptionnels. Lorsque cette participation existe, il s'agit en général d'affaires locales et non étatiques ou nationales. Cette question n'est pas sans importance, dès lors qu'en pratique, les étrangers résidant irrégulièrement sur le territoire ont parfois vécu de nombreuses années au sein de leurs communautés, y compris à certaines périodes de manière légale, et peuvent donc être investis dans la vie locale et nationale. Cette vision reste néanmoins cohérente avec la perception qu'ont les Etats de la démocratie et de la Nation, et notamment avec le principe de souveraineté étatique<sup>233</sup>.

Au-delà de la participation au processus politique, les régimes juridiques ont traditionnellement restreint ou interdit l'accès aux fonctions publiques pour les étrangers. Cela ne concerne *a priori* pas directement les migrants en situation irrégulière, puisque ceux-ci n'ont pas de droit au travail. Toutefois, la position de la Cour suprême des Etats-Unis sur la question illustre sa vision des droits politiques des étrangers, notamment concernant la non-application de la clause d'égalité de protection des lois à cette question. En effet, la Cour a considéré dans l'arrêt *Foley v. Connelie* que les Etats avaient un « pouvoir historique d'exclure les étrangers de la participation à leurs institutions démocratiques » et que par conséquent, ils pouvaient légitimement refuser l'accès aux postes de la police aux étrangers, dès lors qu'il s'agissait « d'une des fonctions basiques du gouvernement »<sup>234</sup>.

L'absence de reconnaissance de droits politiques aux étrangers s'est donc basée sur l'idée, commune aux démocraties, que la participation politique était inhérente à la citoyenneté. Si cette question est ouverte au débat dans certains pays concernant les élections locales, les discussions n'incluent généralement pas les personnes résidant de manière irrégulière sur le territoire. Par ailleurs, celles-ci ont également été exclues

---

<sup>232</sup> Ley de Participación ciudadana del Distrito Federal, art. 75.

<sup>233</sup> NATALE, *Le droit des étrangers à l'égalité et le juge de common law*, op. cit., p. 486.

<sup>234</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Foley v. Connelie*, 435 U.S. 291 (1978).

d'autres droits fondamentaux, sur le fondement de la protection de la souveraineté nationale.

## **Paragraphe 2 : L'absence de reconnaissance de certaines libertés individuelles justifiée par la protection de la souveraineté nationale**

Au-delà des droits politiques, qui dépendent dans les deux pays étudiés du bénéfice de la nationalité, certains autres droits considérés comme fondamentaux pour les citoyens ou d'autres catégories d'étrangers, ont été refusés aux migrants en situation irrégulière.

Tout d'abord, les migrants en situation irrégulière ne bénéficient pas du droit d'entrée et de séjour, relatif à la liberté de circulation. Ce droit comprend traditionnellement le droit d'entrer sur le territoire<sup>235</sup>, le droit d'y circuler et d'y résider<sup>236</sup>, ainsi que le droit de quitter tout pays<sup>237</sup>. Il n'existe pas en droit international de droit de circuler librement à travers les frontières, ni de droit à résider dans un pays autre que celui de sa nationalité, à l'exception du droit d'asile<sup>238</sup>. Seule la DUDH prévoit un droit pour toute personne à « circuler librement et choisir sa résidence à l'intérieur d'un Etat »<sup>239</sup> et à « quitter tout pays, y compris le sien, et [à] revenir dans son pays »<sup>240</sup>, mais cet instrument n'est pas juridiquement contraignant<sup>241</sup>. A l'inverse, le PIDCP ne prévoit ce droit que pour les personnes présentes légalement sur le territoire<sup>242</sup>. En Europe, la liberté de circulation (en dehors de la libre circulation prévue par le droit de l'Union européenne) est garantie par l'article 2 du Protocole n°4 de la Conv. EDH, qui dispose que « quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence »<sup>243</sup>, et exclut donc les migrants en situation irrégulière. Au Mexique et aux Etats-Unis, les dispositions constitutionnelles sont moins claires à ce

---

<sup>235</sup> SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 540.

<sup>236</sup> *Ibid.*, p. 542.

<sup>237</sup> *Ibid.*, p. 544.

<sup>238</sup> JAYA RAMJI-NOGALES, « Freedom of movement and undocumented migrants », *Texas International Law Journal*, vol. 51, n° 2, 2016, p. 176.

<sup>239</sup> DUDH, art. 13-1.

<sup>240</sup> DUDH, art. 13-2.

<sup>241</sup> RAMJI-NOGALES, « Freedom of movement and undocumented migrants », *op. cit.*, p. 174.

<sup>242</sup> PIDCP, art. 12.

<sup>243</sup> Conv. EDH, Protocole n°4, art. 2-1.

sujet. Toutefois, les cours ont eu une interprétation large du pouvoir discrétionnaire des autorités publiques en la matière.

Au Mexique, la Constitution n'exclut pas explicitement les migrants en situation irrégulière de la liberté de circulation :

« Article 11. Toute personne a le droit d'entrer dans la République, d'en sortir, de voyager dans son territoire et de changer de résidence, sans nécessité de "lettre de sécurité" (*carta de seguridad*), passeport, laissez-passer ni aucune autre formalité. L'exercice de ce droit est subordonné aux facultés de l'autorité judiciaire, dans les cas de responsabilité criminelle ou civile, et à celles de l'autorité administrative, pour ce qui concerne les limitations qu'imposent les lois sur l'émigration, l'immigration et la salubrité générale de la République, ou celles concernant les étrangers considérés comme dangereux résidant dans le pays. (...) »<sup>244</sup>.

Dans cet article, les restrictions imposées aux migrants du fait de leur situation irrégulière ne sont pas explicites. De plus, l'article fait partie du Chapitre 1<sup>er</sup> de la Constitution relatif aux droits de l'homme, dont peuvent se prévaloir toutes les personnes. Selon Karlos A. Juárez Castilla, la Cour suprême aurait par conséquent dû l'interpréter comme octroyant plus de droits aux migrants que les dispositions internationales, en raison de sa rédaction plus large. En effet, conformément à la valeur juridique équivalente de la Constitution et des traités internationaux, ainsi qu'au principe *pro-homine*, la disposition constitutionnelle plus favorable devrait s'appliquer<sup>245</sup>.

Toutefois, la SCJN n'a pas adopté cette interprétation, et a considéré, conformément au droit international et à la tradition prévalant dans la majorité des pays, que les autorités politiques avaient un pouvoir discrétionnaire sur les processus migratoires d'entrée et de séjour sur le territoire. En effet, dans la contradiction des critères 96/2007, la Cour a jugé

---

<sup>244</sup> CPEUM, art. 11 : « Artículo 11. Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país. En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones. »

<sup>245</sup> JUÁREZ CASTILLA, « Ley de Migración mexicana: Algunas de sus inconstitucionalidades », *op. cit.*, pp. 166-167.

que l'article 11 de la Constitution permettait des restrictions aux garanties individuelles des étrangers, conformément aux termes et modalités de l'article 33<sup>246</sup>. La Cour a ainsi considéré que malgré le fait que « les étrangers jouissent en principe de garanties individuelles égales à celles des Mexicains, leur condition même d'étranger leur impose des règles propres, lesquelles, étant acceptées de manière commune par les Etats, impliquent de les soumettre à des contrôles et une surveillance de la part des Etats quand ils pénètrent le territoire national »<sup>247</sup>.

Aux Etats-Unis, la liberté de circulation n'est pas inscrite dans la Constitution. La Cour suprême a octroyé au Congrès un large pouvoir d'appréciation en la matière, et a jugé qu'il n'existait aucun droit fondamental à l'entrée et au séjour pour les étrangers<sup>248</sup>. Dans la récente affaire des décrets du Président Trump interdisant l'accès au territoire aux ressortissants de certains pays, dont la plupart à majorité musulmane, pour des motifs avancés de sécurité<sup>249</sup> (qualifiés de « *Muslim Ban* » par la presse et une partie de la doctrine), la Cour suprême a confirmé l'absence de droit d'entrée sur le territoire des étrangers.

Si l'existence de contrôles à l'entrée du territoire semble difficile à remettre en cause dans le système international d'Etats souverains actuel, la question se pose également à propos du droit de circuler à l'intérieur du territoire. Au Mexique, certains auteurs se sont interrogés sur la constitutionnalité de l'article 97 de la Loi de Migration, qui prévoit la possibilité de contrôles ponctuels du statut migratoire à l'intérieur du territoire<sup>250</sup>. En effet, selon Victor Javier Martínez Villa, cette disposition impliquerait une discrimination à l'égard des migrants en situation irrégulière quant à la jouissance de l'article 11 de la Constitution<sup>251</sup>. Toutefois, cet article n'a pas fait l'objet d'un examen de constitutionnalité

---

<sup>246</sup> SCJN, 2a. Sala, 9a. época, Contradicción de tesis 96/2007-SS, n°20723 (2007).

<sup>247</sup> *Ibid.* « (...) su misma condición de extranjería los sujeta a reglas propias, que siendo comúnmente aceptadas por todos los países, implican el sometimiento al control y vigilancia por parte del Estado cuando se internan al territorio nacional ».

<sup>248</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Lem Moon Sing v. United States*, 158 U.S. 538 (1895).

<sup>249</sup> Donald J. TRUMP, *Executive Order Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States*, n°13769, 27 janv. 2017.

<sup>250</sup> Víctor Javier MARTÍNEZ VILLA, « Derecho al libre tránsito. Inconstitucionalidad del artículo 97 de la Ley de Migración », *Perseo [en ligne]*, n° 32, oct. 2015. URL : <http://www.pudh.unam.mx/perseo/category/derecho-al-libre-transito-inconstitucionalidad-del-articulo-97-de-la-ley-de-migracion/>. Consulté le 19 janvier 2019.

<sup>251</sup> *Ibid.*

de la part de la Cour, et reste donc en vigueur actuellement, restreignant la liberté de circulation sur le territoire des migrants en situation irrégulière.

Au-delà des exclusions formelles des migrants en situation irrégulière de certains droits fondamentaux, qui restent tout de même limitées, la protection des droits a été relativisée par des restrictions posées à la jouissance de droits fondamentaux auparavant reconnus. Cela a mené à une protection constitutionnelle fragile des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière.

## **Section 2 : La protection constitutionnelle fragile des droits fondamentaux reconnus**

Parmi les droits fondamentaux reconnus aux migrants en situation irrégulière, certains se sont vu limités dans leur substance par les cours (Paragraphe 1). Par ailleurs, l'ambiguïté de la jurisprudence ou l'absence de celle-ci sur certaines questions a rendu la protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière incertaine, entraînant une insécurité juridique pour cette catégorie de la population (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 : Les limites matérielles posées à l'exercice des droits**

La différence d'accès aux droits fondamentaux entre les migrants en situation irrégulière et le reste de la population a également été le fait de limites matérielles posées dans l'application des droits reconnus. Aux Etats-Unis, ces limites sont clairement observables, et de manière croissante, dans les décisions de la Cour suprême. Au Mexique, elles sont moins présentes dans le texte des décisions, mais sont plus généralement le fait de lois restrictives. Ainsi, l'accès à certains droits civils et procéduraux (A) ainsi qu'à des droits économiques et sociaux (B) a été matériellement limité concernant les migrants en situation irrégulière.

### A. Les limitations matérielles aux droits procéduraux et aux droits civils

Dans plusieurs arrêts, la Cour suprême des Etats-Unis a restreint son application de certains droits du Premier amendement à l'égard des étrangers<sup>252</sup>. Elle a par exemple accepté de porter atteinte à la liberté d'expression d'un « socialiste belge » qui était invité pour des conférences dans des universités, en validant le refus de son visa<sup>253</sup>. Ce faisant, elle a reconnu la prééminence du pouvoir de contrôle de l'entrée sur le territoire du gouvernement sur la liberté d'expression, pourtant très amplement protégée aux Etats-Unis. En l'espèce, il ne s'agissait pas d'un étranger présent illégalement sur le territoire, mais d'une personne souhaitant y séjourner. Néanmoins, dans *United States ex. rel. Turner v. Williams*<sup>254</sup>, la Cour a réitéré cette jurisprudence dans le cas d'un anarchiste anglais présent sur le territoire, expulsé pour des motifs politiques. Cinquante ans plus tard, dans l'arrêt *Galvan v. Press*, cette jurisprudence a été confirmée concernant un Mexicain communiste<sup>255</sup>, expulsé sur le fondement de l'*Internal Security Act* de 1950 qui permettait la déportation de tout étranger membre du Parti communiste, à n'importe quel moment après son entrée sur le territoire. Enfin, dans *Reno v. American-Arab Anti-Discrimination Committee*, la Cour a accepté la déportation d'un groupe de personnes du fait de leur appartenance à une organisation palestinienne considérée comme terroriste par les Etats-Unis<sup>256</sup>. Cette décision pose plusieurs questions sur la possibilité de limiter les droits de l'homme au regard du terrorisme. La difficulté à définir juridiquement le terrorisme, et à évaluer le degré de participation à l'organisation en question, pourrait amener à des décisions très attentatoires aux libertés, notamment dans le contexte de criminalisation de l'immigration illégale<sup>257</sup>.

Un autre domaine dans lequel les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière ont été restreints dans leur substance par rapport à ceux des citoyens est la liberté individuelle, notamment concernant la détention dans des centres de rétention administrative. La littérature est nombreuse sur cette question, du fait de l'atteinte

---

<sup>252</sup> KAGAN, « Do Immigrants Have Freedom of Speech? », *op. cit.*, p. 87.

<sup>253</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972).

<sup>254</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *U.S. ex rel. Turner v. Williams*, 194 U.S. 279 (1904).

<sup>255</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Galvan v. Press*, 347 U.S. 522 (1954).

<sup>256</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Reno v. Arab Anti-discrimination Committee*, 525 U.S. 471 (1999).

<sup>257</sup> Gerald L. NEUMAN, « Terrorism, selective deportation and the First amendment after *Reno v. AADC* », *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 14, n° 313, 2000, p. 322.



importante que constitue la rétention sur les droits fondamentaux des migrants. Celle-ci permet la privation de liberté d'un migrant inadmissible à un statut légal dans l'attente de son expulsion du pays. En droit français, cette rétention doit en principe être exceptionnelle et ne s'adresser qu'à des personnes pour lesquelles il existe un « risque de fuite ». Aux Etats-Unis, la détention des migrants est beaucoup plus fréquente et systématisée, ce pays possédant le plus grand système de détention migratoire au monde<sup>258</sup>. La rétention y est quasiment systématique dans le processus migratoire, dès lors que « l'étranger considéré comme inadmissible par l'agent des services frontaliers est placé en rétention en attendant une audience devant un juge administratif »<sup>259</sup>, voire pendant une demande d'asile<sup>260</sup>. En outre, la loi est généralement muette sur la durée de rétention maximale. Au Mexique également, les centres de rétention (« *estaciones migratorias* »), qui visent à « héberger de manière temporaire les étrangers en situation irrégulière, jusqu'à ce que leur situation migratoire soit résolue »<sup>261</sup> ont également été au cœur des critiques du régime migratoire.

Les cours suprêmes ont généralement posé certaines limites à la détention pour motif migratoire dans leur jurisprudence, comme nous l'évoquions en première partie. Toutefois, ces protections sont restées relativement faibles par rapport aux importantes atteintes aux libertés individuelles que représentent l'arrestation et la détention.

En 1960 par exemple, la Cour suprême des Etats-Unis a refusé d'appliquer le Quatrième amendement dans une affaire d'arrestation pour motifs migratoires, dans laquelle la chambre d'hôtel du requérant avait été fouillée sans mandat<sup>262</sup>. Elle a par la suite admis que l'enfermement de mineurs migrants était constitutionnel, et qu'il ne devait pas nécessairement faire l'objet d'une audition préalable<sup>263</sup>. Dans deux décisions récentes, la Cour suprême a également eu une approche très restrictive des droits fondamentaux des migrants dans les procédures d'expulsion et de détention. En 2018, dans l'affaire *Jennings v. Rodriguez*, la Cour a renversé une décision d'une cour inférieure

---

<sup>258</sup> Global Detention Project, « Country profile: United States » [en ligne], Mai 2016. URL : <https://www.globaldetentionproject.org/countries/americas/united-states>, consulté le 8 mai 2019.

<sup>259</sup> Cynthia VROOM, « Etats-Unis », *op. cit.*, p. 276.

<sup>260</sup> *Ibid.*

<sup>261</sup> Ley de Migración, art. 3, fraction X, « *Estación Migratoria: a la instalación física que establece el Instituto para alojar temporalmente a los extranjeros que no acrediten su situación migratoria regular, en tanto se resuelve su situación migratoria;* ».

<sup>262</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Abel v. United States*, 362 U.S. 217 (1960).

<sup>263</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292 (1993).

qui octroyait le droit à une audience préalable avant toute prolongation de la détention au-delà de 6 mois<sup>264</sup>. La Cour a considéré qu'en ne permettant de libérer la personne que sous certaines conditions, le législateur avait souhaité l'exclure dans d'autres circonstances :

« (...) en ne permettant la libération des étrangers « que si » le Procureur général décide que certaines conditions sont remplies, (la loi) renforce la conclusion selon laquelle les étrangers détenus sous son autorité ne peuvent pas être libérés dans d'autres circonstances que celles expressément reconnues par la loi »<sup>265</sup>.

Dans son dernier arrêt rendu en matière d'immigration<sup>266</sup>, et le premier en la présence du Juge Kavanaugh, nommé par Donald Trump et connu pour ses opinions conservatrices, la Cour suprême des Etats-Unis a une nouvelle fois limité les droits des migrants en situation irrégulière. Cette affaire concernait des migrants ayant commis certaines infractions pénales, et ayant purgé leur peine. Selon la loi, ceux-ci doivent être immédiatement arrêtés par les autorités migratoires à leur sortie, afin d'être détenus puis expulsés, et ce sans garantie à une audience<sup>267</sup>. La Cour a une fois encore renversé la décision de la cour inférieure et considéré que ces personnes pouvaient être détenues sans limite de temps et sans audience préalable, réduisant encore les garanties procédurales auxquelles les migrants en situation irrégulière ont accès dans les procédures d'expulsion. Par ailleurs, une autre décision récente de la Cour suprême pourrait mener à remettre en question le droit à l'avortement des mineures migrantes en situation irrégulière. En effet, la Cour suprême a accepté une mesure qui impose d'obtenir l'accord du Bureau de réinsertion des réfugiés (*Office of Refugee Resettlement*), responsable des mineurs migrants non accompagnés, avant de procéder à un avortement d'une migrante mineure en détention<sup>268</sup>. Dans la décision initiale de la Cour de Circuit, le juge Kavanaugh, qui

---

<sup>264</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Jennings v. Rodriguez*, 583 U.S. \_\_\_\_ (2018).

<sup>265</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Jennings v. Rodriguez*, 583 U.S. \_\_\_\_ (2018), Opinion majoritaire du Juge Alito, p. 20.

<sup>266</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Nielsen v. Preap*, 586 U.S. \_\_\_\_ (2019).

<sup>267</sup> Garrett EPPS, « A High-Stakes Immigration Case Hits the Supreme Court », *The Atlantic*, 8 oct. 2018. URL : <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2018/10/nielsen-v-preap-could-affect-thousands-immigrants/572359/>. Consulté le 10 mai 2019.

<sup>268</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Azar v. Garza*, 584 U.S. \_\_\_\_ (2018).

n'était pas encore nommé à la Cour suprême, s'était prononcé en défaveur de ce droit à l'avortement<sup>269</sup>.

Cette jurisprudence amène, selon Michael Kagan, à une situation où les migrants en situation irrégulière en instance d'expulsion jouissent de moins de protections que les nationaux arrêtés pour des crimes, notamment dans la phase préalable au jugement :

« Les garanties procédurales dans les arrestations en matière d'immigration sont bien en deçà de celles requises pour les arrestations pénales, en particulier en ce qui concerne le délai qui peut s'écouler avant que la décision de maintenir une personne en détention ne soit examinée par un juge impartial. Cette comparaison présente un attrait persuasif considérable. Contrairement à la prison après le prononcé de la peine, la détention provisoire ne peut être justifiée par la punition, ce qui la rend plus analogue à la détention pour motifs migratoires. Plus précisément, on peut raisonnablement se demander pourquoi une personne détenue pour meurtre devrait bénéficier d'une plus grande protection procédurale qu'une personne détenue simplement pour des raisons administratives du fait de sa présence illégale dans le pays. »<sup>270</sup>

Michael Kagan ajoute que le système d'arrestation et de détention de personnes pour des motifs de politiques migratoires ne pourrait pas exister dans sa forme actuelle si la Cour suprême n'avait pas restreint son contrôle constitutionnel sur les mesures en matière d'immigration<sup>271</sup>.

Au Mexique, la détention des migrants est également une question majeure de la politique migratoire. Elle est, dans cet Etat également, généralement plus privative de libertés que pour les délinquants présumés, car elle est le fait du pouvoir exécutif fédéral et non du pouvoir judiciaire<sup>272</sup>. La détention maximale est de 60 jours, qui peuvent

---

<sup>269</sup> Hannah LEVINTOVA, « Last year, Kavanaugh ruled against migrant's abortion rights. On the Supreme court, he could face the case again », *MotherJones*, 27 sept. 2018. URL : <https://www.motherjones.com/politics/2018/09/brett-kavanaugh-migrant-abortion-jane-doe/>. Consulté le 2 juin 2019.

<sup>270</sup> Michael KAGAN, « Immigration Law's Looming Fourth Amendment Problem », *The Georgetown Law Journal*, vol. 104, n° 125, 2015, pp. 163-164.

<sup>271</sup> *Ibid.*, p. 161.

<sup>272</sup> GUEVARA BERMÚDEZ, « Conexiones entre los derechos humanos de las personas migrantes y la seguridad: ¿Es posible afirmar que el derecho mexicano criminaliza la migración indocumentada? », *op. cit.*, p. 110.

s'étendre indéfiniment si la personne dépose un recours juridictionnel. Les migrants dans ces situations jouissent d'un droit d'accès à la justice très limité<sup>273</sup>. Par conséquent, il existe peu de jurisprudence de la Cour suprême sur cette question. Les lois concernant la détention, notamment la Loi de Migration de 2011, sont donc les règles applicables, et leur constitutionnalité n'a pas été remise en cause.

#### B. Les limitations matérielles aux droits économiques et sociaux

Enfin, les cours ont parfois été à l'origine de certaines limites matérielles dans l'accès aux droits économiques et sociaux des migrants en situation irrégulière.

La solution dans l'arrêt *Hoffman*<sup>274</sup> précité a mené à des restrictions importantes dans l'accès aux droits sociaux, notamment face aux lois successives visant à lutter contre le travail irrégulier, au niveau fédéral comme des Etats fédérés. En effet, compte tenu de la réalité du travail irrégulier aux Etats-Unis, et de la criminalisation de l'emploi de migrants en situation irrégulière, il semble évident que les migrants en situation irrégulière sont amenés à produire de faux documents d'identité pour accéder à l'emploi. L'arrêt *Hoffman* a donc des conséquences importantes pour les travailleurs migrants, et les exclut de fait de la majorité des droits sociaux liés au travail. De plus, la Cour suprême a confirmé à plusieurs reprises que l'interdiction d'employer des migrants en situation irrégulière était conforme à la Constitution<sup>275</sup>. La situation est en théorie différente au Mexique, puisque la Cour suprême s'est toujours attachée à protéger y compris les migrants en situation irrégulière au regard des droits sociaux. Toutefois, étant donné que l'immigration au Mexique est plus souvent une migration de transit que de travail, la question s'est avérée moins épineuse dans ce pays qu'aux Etats-Unis.

Concernant l'accès à la santé, la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis a également été restrictive. Dans l'arrêt *Mathews v. Diaz*<sup>276</sup>, elle a refusé l'accès au programme Medicare, qui vise à octroyer des assurances maladies aux personnes les plus démunies, aux étrangers n'ayant pas le statut de résidents permanents. S'agissant de

---

<sup>273</sup> ORTIZ AHLF, « La libertad de circular libremente y elegir residencia en relación con los migrantes », *op. cit.*, p. 1242.

<sup>274</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Hoffman v. NLRB*, 535 U.S. 137 (2002).

<sup>275</sup> Voir notamment : Cour suprême des Etats-Unis, *De Canas v. Bica*, 424 U.S. 351 (1976).

<sup>276</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976).

l'éducation, bien que l'arrêt *Plyler* ait représenté une avancée majeure pour l'accès à l'éducation primaire et secondaire, l'*IIRIRA* a introduit une disposition interdisant aux Etats de permettre l'accès à l'enseignement supérieur des migrants en situation irrégulière, et notamment d'octroyer des aides financières<sup>277</sup>. Cette disposition existe également dans le *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act* de 1996, qui interdit aux migrants en situation irrégulière de demander une aide financière fédérale ou des prêts étudiants<sup>278</sup>.

Contrairement aux Etats-Unis, il n'existe pas au Mexique de décisions de la Cour suprême restreignant l'accès des migrants en situation irrégulière aux droits économiques et sociaux. Par ailleurs, la Loi sur la Migration prévoit que tous les enfants auront accès à l'éducation publique et privée, indépendamment de leur situation migratoire, de même qu'un droit pour tous à recevoir une attention médicale gratuite en cas d'urgence<sup>279</sup>. Elle précise qu'aucune activité administrative ne pourra restreindre ce droit. La difficulté d'accès aux droits économiques et sociaux au Mexique se situe plus dans l'accès effectif des migrants à ces services que dans les restrictions légales.

Au-delà de ces limitations matérielles posées dans la jurisprudence des cours, c'est parfois l'absence de décision ou leur ambiguïté qui ont eu pour effet de limiter la protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière.

## **Paragraphe 2 : L'ambiguïté de la jurisprudence comme facteur d'insécurité juridique**

L'étude de la jurisprudence des juridictions suprêmes – ou de ses silences – a amené à constater certaines ambiguïtés et certains vides juridiques concernant l'accès aux droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière. Cette situation donne lieu à «

---

<sup>277</sup> NATALE, *Le droit des étrangers à l'égalité et le juge de common law*, op. cit., p. 626.

<sup>278</sup> Laura S. YATES, « *Plyler v. Doe and the Rights of Undocumented Immigrants to Higher Education: Should Undocumented Students Be Eligible for In-State College Tuition Rates?* », *Washington University Law Review*, vol. 82, n° 2, 2004, p. 585.

<sup>279</sup> Ley de Migración, art. 8.

un ensemble sous-défini, politiquement et juridiquement fragile de doctrines et pratiques dans le cas des migrants en situation irrégulière »<sup>280</sup>.

Au Mexique, malgré les critiques faites à la Loi sur la Migration par des auteurs<sup>281</sup> et organisations, aucune de ses dispositions n'a été jugée inconstitutionnelle par la Cour suprême. Karlos A. Castilla Juarez estime notamment que des dispositions inconstitutionnelles de la loi n'ont pas été censurées par la SCJN, en partie parce que la CNDH n'a pas intenté d'action en inconstitutionnalité dans les 30 jours suivant la promulgation de la loi<sup>282</sup>. D'autre part, les recours d'*amparo* sur ces questions n'ont selon lui pas amené à faire valoir de manière adéquate les arguments d'inconstitutionnalité<sup>283</sup>.

Aux Etats-Unis, plusieurs affaires ont également été ambiguës quant à l'application de droits fondamentaux à certaines catégories de migrants, y compris ceux en situation irrégulière. Dans les arrêts *Bridges v. Wixon*<sup>284</sup> et *Kwong Hai Chew v. Colding*<sup>285</sup>, la Cour suprême a considéré que les droits des Premier et Cinquième amendements s'appliquaient sans discrimination aux migrants entrés légalement dans le pays, mais ne s'est pas prononcée sur la question des migrants résidant illégalement<sup>286</sup>.

De plus, l'arrêt *Verdugo-Urquidez* de la Cour suprême a semé le doute quant à l'interprétation du terme « *people* » (peuple) de certains amendements de la Constitution au regard des étrangers<sup>287</sup>. L'affaire était relative à des fouilles sans mandat réalisées à la résidence d'un Mexicain au Mexique, donc en dehors du territoire des Etats-Unis. La Cour a considéré que cela n'entraînait pas dans le champ constitutionnel du Quatrième amendement, qui protège la liberté individuelle. Si en principe, l'affaire ne s'applique pas aux migrants en situation irrégulière présents sur le territoire des Etats-Unis, une phrase pourrait néanmoins restreindre leur accès à ces droits :

---

<sup>280</sup> RODRÍGUEZ et RUBIO-MARÍN, « The constitutional status of irregular migrants », *op. cit.*, p. 77. « (...) *underdefined and politically and jurisprudentially fragile assortment of doctrines and practices in the case of irregular migrants* ».

<sup>281</sup> Voir notamment : MARTÍNEZ VILLA, « Derecho al libre tránsito. Inconstitucionalidad del artículo 97 de la Ley de Migración », *op. cit.* et JUÁREZ CASTILLA, « Ley de Migración mexicana: Algunas de sus inconstitucionalidades », *op. cit.*

<sup>282</sup> JUÁREZ CASTILLA, « Ley de Migración mexicana: Algunas de sus inconstitucionalidades », *op. cit.*, p. 154

<sup>283</sup> *Ibid.*

<sup>284</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Bridges v. Wixon*, 323 U.S. 708 (1945).

<sup>285</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Kwong Hai Chew v. Colding*, 344 U.S. 590 (1953).

<sup>286</sup> KAGAN, « Do Immigrants Have Freedom of Speech? », *op. cit.*, p. 92.

<sup>287</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259 (1990).

« L'expression « le peuple » (*the people*) du Quatrième amendement semble être un terme précis utilisé dans certaines parties de la Constitution, et contraste avec les mots « personne » (*person*) et « accusé » (*accused*) utilisés dans les Cinquième et Sixième amendements régissant les procédures pénales. Cela suggère que « le peuple » désigne une catégorie de personnes faisant partie d'une communauté nationale, ou qui ont par ailleurs développé des liens suffisants avec ce pays pour être considérées comme faisant partie de cette communauté »<sup>288</sup>.

La Cour ajoute que les affaires où les étrangers ont été considérés comme titulaires de droits constitutionnels, notamment l'affaire *Plyler*, concernaient seulement des cas où ils avaient développé des connexions substantielles avec le pays. Dans son opinion concurrente, le juge Kennedy a toutefois critiqué cette interprétation. Selon lui, le terme « *people* » de la Constitution ne vise pas à restreindre l'accès aux droits d'une certaine catégorie de la population, mais vise au contraire à appuyer l'importance de ces dispositions. Le juge Brennan, dans son opinion dissidente, a également considéré que le Quatrième amendement ne se limitait pas au « peuple américain » ou aux « citoyens ». Ainsi, l'application du Quatrième amendement aux migrants en situation irrégulière reste une question ouverte<sup>289</sup>.

L'ambiguïté de l'interprétation du terme de « peuple » s'est illustrée dans des affaires concernant le Deuxième amendement qui concerne le droit au port d'armes. En effet, une cour d'appel du cinquième circuit a considéré que ce droit était limité aux citoyens<sup>290</sup>. A l'inverse, une cour d'appel du neuvième circuit a jugé que les étrangers en situation irrégulière bénéficiaient de certains droits protégés par le Deuxième amendement, même si ceux-ci n'étaient pas illimités, sans se prononcer sur la notion de « peuple »<sup>291</sup>.

Ainsi, on constate que la notion de « liens suffisant avec le pays » n'a pas été définie de manière précise par la Cour suprême, créant une insécurité juridique pour les migrants. En effet, doit-on considérer que tous les migrants en situation irrégulière en sont exclus du fait de leur statut ? Cette solution exclurait de cette notion des migrants qui, bien qu'ils

---

<sup>288</sup> *Ibid.*

<sup>289</sup> Michael J. WISHNIE, « Immigrants and the Right to Petition », *New York University Law Review*, vol. 78, n° 667, 2003, pp. 680-681.

<sup>290</sup> Cour d'appel du cinquième circuit du District nord Texas (Etats-Unis), *United States v. Portillo-Munoz*, No. 11-10086 (2011).

<sup>291</sup> Cour d'appel du Neuvième circuit (Etats-Unis), *United States v. Torres*, n° 15-10492 (2019).

n'aient pas à un moment donné de statut légal de résidence dans le pays, y résident parfois depuis plus de dix ans, en ayant alterné des périodes de séjour légal et illégal. Cela signifierait également que des migrants qui perdent leur statut de résident ne jouiraient plus de droits auparavant acquis.

Enfin, l'absence de majorité dans l'affaire *United States v. Texas*<sup>292</sup> concernant le programme DAPA (*Deferred Action for Parents of Americans*) a mené à son blocage. Celui-ci visait à « conférer un statut temporaire aux étrangers en situation irrégulière qui sont parents d'un enfant citoyen américain ou résident permanent, soit près de quatre millions de personnes sur les onze millions en situation irrégulière vivant aujourd'hui aux Etats-Unis »<sup>293</sup>. L'absence de majorité ayant entraîné cette situation était liée à la mort du juge Scalia, et aux difficultés quant à la nomination d'un nouveau juge compte tenu des élections présidentielles. Ainsi, la décision de la cour inférieure bloquant ce programme a été maintenue, empêchant de nombreux parents d'enfants états-uniens de rester auprès d'eux, et remettant en cause l'unité familiale<sup>294</sup>.

Au Mexique comme aux Etats-Unis, les juridictions suprêmes n'ont finalement assuré la protection que d'un nombre limité de droits aux migrants en situation irrégulière. Quand ces droits sont protégés, c'est souvent par des lois ou décisions de cours inférieures, ce qui leur confère une valeur constitutionnelle plus fragile. Ce constat interroge sur le rôle qu'ont les juridictions suprêmes dans la protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière. A cet égard, on observe une certaine tension dans leur jurisprudence, entre leur déférence aux branches politiques et leur rôle de garantes des droits fondamentaux en général, qui semble faire écho aux préoccupations de souveraineté nationale. De plus, force est de constater que la jurisprudence de ces cours, même lorsqu'elle est en faveur d'une protection accrue des droits, ne suffit pas à assurer leur protection effective de la dignité humaine des migrants en situation irrégulière.

---

<sup>292</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *United States v. Texas*, 579 U.S. \_\_\_\_ (2016).

<sup>293</sup> Idris FASSASSI, « La présidence Obama face à la Cour Suprême », in Wanda Mastor (dir.), *Penser le droit à partir de l'individu*, Paris : Dalloz, 2018 (Mélanges en l'honneur d'Elizabeth Zoller), p. 355.

<sup>294</sup> Idris FASSASSI, « Droit constitutionnel étranger États-Unis », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 112, n° 4, 18 décembre 2017, p. 986.



## **Chapitre 2 : Les limites du pouvoir des juges dans la protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière**

Si les cours n'ont pas protégé les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière de manière équivalente à ceux des autres personnes, c'est également parce qu'elles étaient confrontées au pouvoir souverain fort des Etats en la matière, représenté par les branches politiques du pouvoir. Ainsi, on constate une certaine autolimitation du juge dans son rôle de garant des droits fondamentaux quand des questions d'immigration entrent en jeu. La mise en balance des pouvoirs en matière d'immigration par les cours dans ce contexte a eu un impact sur la protection des droits des migrants en situation irrégulière (Section 1). Par ailleurs, les nombreuses violations des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière dans les deux pays révèlent les limites de la capacité du juge à protéger efficacement les migrants dans un contexte de politiques migratoires répressives (Section 2).

### **Section 1 : L'impact de la mise en balance des pouvoirs en matière d'immigration dans la protection des droits**

Dans plusieurs décisions des cours suprêmes en matière d'immigration, principalement les décisions récentes, les questions liées à la répartition des pouvoirs semblent avoir pris plus d'importance que celles relatives aux droits fondamentaux. Il s'agit d'une part de la répartition des compétences entre les différents échelons de gouvernement (Paragraphe 1), et d'autre part de la déférence importante du pouvoir judiciaire envers les branches politiques (Paragraphe 2). Compte tenu de l'évolution des politiques publiques et des législations vers une lutte contre l'immigration irrégulière, ce paradigme a tendu à fragiliser la protection des droits fondamentaux des migrants.

#### **Paragraphe 1 : L'aspect central de la répartition des compétences entre différents échelons de gouvernement dans la jurisprudence**

Dans les deux Etats, des décisions relativement récentes en matière d'immigration ont accordé une place plus importante aux questions constitutionnelles de répartition des

compétences entre différents échelons de gouvernement qu'à la protection des droits fondamentaux. Ces décisions étaient relatives à la répartition des compétences entre entités fédérées et Etat fédéral d'une part (A), et entre pouvoir législatif et exécutif d'autre part (B).

#### A. La répartition entre les entités fédérées et l'Etat fédéral

La question du fédéralisme a été au cœur de plusieurs affaires en matière d'immigration aux Etats-Unis, et d'une décision de la Cour suprême mexicaine, alors même que la protection des droits fondamentaux des migrants était en jeu.

Aux Etats-Unis, les Etats fédérés n'ont en principe pas de pouvoir en matière d'immigration, ce domaine étant essentiellement aux mains de l'Etat fédéral<sup>295</sup>. Toutefois, certains Etats ont pris des initiatives législatives en la matière, notamment dans les domaines sur lesquels ils ont une autorité, tels que le logement, l'éducation, l'emploi ou le droit pénal<sup>296</sup>. A cet égard, on peut citer un projet de loi de la Californie en 1994, la Proposition 187, qui visait à restreindre l'accès des enfants migrants en situation irrégulière à l'éducation ainsi qu'à d'autres services publics<sup>297</sup>. La ville de Hazleton en Pennsylvanie avait également pris des mesures visant à interdire la location de logements aux migrants en situation irrégulière<sup>298</sup>. L'idée derrière ces initiatives est d'inciter les migrants en situation irrégulière à quitter d'eux-mêmes le pays, concept nommé « *self deportation* » (auto-déportation)<sup>299</sup>. Nombreuses de ces dispositions avaient été annulées par la Cour fédérale<sup>300</sup>, sans que la Cour suprême ne se prononce dans l'ensemble.

La Cour suprême a toutefois examiné des mesures similaires dans la décision *Arizona v. United States* de 2012<sup>301</sup>. Dans cette affaire, était en cause une loi passée par l'Etat d'Arizona (S.B. 1070) dont plusieurs dispositions visaient à restreindre l'accès des

---

<sup>295</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Chy Lung v. Freeman*, 92 U.S. 275 (1875).

<sup>296</sup> ROSENBLOOM, « Federalism and Fundamental Rights: Safeguarding the Rights of Undocumented Immigrants in the United States and the European Union », *op. cit.*, p. 24.

<sup>297</sup> *Ibid.*

<sup>298</sup> *Ibid.*, pp. 24-25.

<sup>299</sup> ROSENBLOOM, « Federalism and Fundamental Rights: Safeguarding the Rights of Undocumented Immigrants in the United States and the European Union », *op. cit.*, p. 25.

<sup>300</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>301</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Arizona v. United States*, 567 U.S. 387 (2012).

migrants en situation irrégulière à certains services. Quatre dispositions étaient particulièrement visées : la création d'un crime dans le droit pénal étatique relatif à la présence irrégulière sur le territoire, la criminalisation du travail ou de la recherche d'emploi sans autorisation préalable, une disposition imposant aux officiers étatiques et locaux de vérifier la citoyenneté ou le statut migratoire de chaque personne arrêtée ou détenue ainsi que l'autorisation d'arrestation sans mandat pour les étrangers présumés en situation irrégulière<sup>302</sup>.

La décision a confirmé le pouvoir étendu de l'Etat fédéral dans le domaine de l'immigration, conformément à la doctrine de la préemption, selon laquelle les Etats fédérés ne peuvent pas intervenir dans les domaines de compétences constitutionnelles de l'Etat fédéral<sup>303</sup>. En l'espèce, la Cour a considéré que l'Etat d'Arizona avait outrepassé ses pouvoirs concernant les première, deuxième et quatrième dispositions. Toutefois, elle ne s'est pas prononcée sur l'obligation des officiers de vérifier la citoyenneté ou le statut migratoire des personnes arrêtées, en considérant qu'en l'absence de mise en œuvre de cette procédure à l'heure de la décision, elle ne pouvait évaluer si elle portait atteinte à des dispositions constitutionnelles.

Ainsi, la Cour a à la fois confirmé la prééminence du pouvoir fédéral en matière d'immigration, et laissé une certaine marge de manœuvre aux Etats fédérés. Cette marge de manœuvre opère notamment si le Congrès n'a pas « occupé le champ », c'est-à-dire démontré son intention d'écarter la possibilité de légiférer pour les Etats fédérés<sup>304</sup>. Cette décision pourrait amener à une moindre protection des garanties procédurales des migrants en situation irrégulière, notamment dans les Etats dont les politiques en la matière sont particulièrement répressives.

Au Mexique, la Cour suprême a adopté une décision semblable, en affirmant toutefois la compétence de l'Etat fédéral en matière d'immigration. En effet, la Cour a considéré, dans l'action en inconstitutionnalité 110/2016, que l'article 4 de la Loi sur la Migration de l'Etat de Jalisco était contraire à l'article 124 de la Constitution. Cette disposition organise la répartition des pouvoirs entre le niveau fédéral et le niveau fédéré, et prévoit

---

<sup>302</sup> « Arizona v. United States », *Oyez*, <https://www.oyez.org/cases/2011/11-182>. Consulté le 17 mai 2019.

<sup>303</sup> Constitution des Etats-Unis, art. 1, sect. 8 (Clause de suprématie).

<sup>304</sup> VROOM, « Etats-Unis », *op. cit.* p. 261.

que les facultés non octroyées par la Constitution à l'Etat fédéral sont du ressort des Etats fédérés<sup>305</sup>. Comme la Cour suprême états-unienne, la SCJN a donc observé cette question au regard de la répartition des pouvoirs, et non au regard des droits de l'homme. Cette décision est surprenante car la CNDH, à l'origine de l'action en inconstitutionnalité, n'avait pas soulevé le moyen de l'article 124 de la Constitution, et basait sa demande sur les dispositions constitutionnelles et internationales relatives aux droits de l'homme<sup>306</sup>.

Dans ces décisions, les juridictions suprêmes font presque exclusivement référence aux questions de fédéralisme et de répartition des compétences et n'examinent pas les mesures visées au regard de la protection des droits fondamentaux. Ainsi, en centrant l'analyse sur des questions institutionnelles et non de droits fondamentaux, les cours n'ont pas dans ces décisions permis d'établir de précédents protégeant les droits des migrants.

#### B. La répartition entre le pouvoir législatif et exécutif

Une autre question qui a intéressé les cours en matière d'immigration, notamment aux Etats-Unis, concerne la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif.

Aux Etats-Unis, le Congrès dispose en principe de pouvoirs très étendus en matière d'immigration, ce qui a été confirmé par la jurisprudence de la Cour suprême dès la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>307</sup>. Toutefois, les Présidents de la République ont souvent adopté des mesures dans ce domaine, soit en faveur d'une plus grande protection des migrants, soit pour lutter contre l'immigration irrégulière. Ces mesures ont parfois fait l'objet de litiges devant la Cour suprême, qui a traité la question de la répartition des compétences plutôt qu'apprécié les effets des mesures elles-mêmes. Cette problématique est particulièrement intéressante à l'heure actuelle, dès lors que le Président Trump a centré ses propositions politiques autour de la lutte contre l'immigration, et notamment l'expansion du mur à la frontière entre les Etats-Unis et le Mexique, en opposition avec le Congrès. La Cour

---

<sup>305</sup> SCJN, acción de inconstitucionalidad 110/2016, n°011308 (2017).

<sup>306</sup> CNDH, *Demanda de acción de inconstitucionalidad, promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, Mexico, 2016. Disponible en ligne : [http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Acciones/Acc\\_Inc\\_2016\\_110.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Acciones/Acc_Inc_2016_110.pdf).

<sup>307</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889).

suprême, depuis le début du XXI<sup>ème</sup> siècle, a eu une interprétation relativement large des pouvoirs du Président en matière d'immigration.

En 2005, la Cour Suprême avait rejeté un appel contre la décision d'une cour de district à propos du mur à la frontière entre le Mexique et les Etats-Unis, laissant ainsi la décision octroyant un pouvoir important au Président en matière d'immigration en vigueur. Dans cette affaire, des associations environnementales s'étaient opposées à la construction du mur en raison de l'atteinte à l'environnement, sur le fondement du non-respect de la séparation des pouvoirs entre législatif et exécutif, notamment du fait de la doctrine de la « non-délégation », selon laquelle le pouvoir législatif ne peut pas déléguer ses pouvoirs à l'exécutif<sup>308</sup>. En l'espèce, la Cour de district a considéré que la loi sur le mur ne méconnaissait pas cette doctrine, dès lors que l'exécutif avait déjà « un certain pouvoir discrétionnaire et une liberté par rapport aux restrictions législatives qui ne seraient pas admissibles s'il s'agissait seulement d'affaires intérieures »<sup>309</sup>, en citant l'arrêt *Clinton v. City of New York*<sup>310</sup>.

La répartition des compétences entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif a également fait l'objet de plusieurs décisions récentes. Dans l'affaire *United States v. Texas*<sup>311</sup> concernant le programme DAPA (précitée), la problématique centrale, bien que non résolue, concernait les pouvoirs du Président en matière d'immigration et non les droits fondamentaux que le programme permettait de protéger, notamment l'unité familiale. Par ailleurs, dans l'affaire du « *Muslim Ban* »<sup>312</sup>, la Cour suprême a également eu une interprétation très large du pouvoir du Président quant aux restrictions des étrangers à l'entrée du territoire<sup>313</sup>.

Au Mexique, la Cour suprême ne s'est pas prononcée sur cette question depuis la révision de l'article 33 octroyant des garanties par rapport au pouvoir discrétionnaire de l'Exécutif sur l'expulsion d'étrangers. Toutefois, étant donné que la Constitution opère

---

<sup>308</sup> Cour de District du District de Columbia (Etats-Unis), *Defenders of Wildlife v. Chertoff*, 527 F. Supp.2d 119 (2007).

<sup>309</sup> « *A degree of discretion and freedom from statutory restriction which would not be admissible were domestic affairs alone involved* ».

<sup>310</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Clinton v. City of New-York*, 524 U.S. 417 (1998).

<sup>311</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *United States v. Texas*, 579 U.S. \_\_\_\_ (2016).

<sup>312</sup> Donald J. TRUMP, *Executive Order Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States*, n°13769, 27 janvier 2017.

<sup>313</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. \_\_\_\_ (2018).

une répartition des pouvoirs laissant plus de marge de manœuvre à l'Exécutif qu'aux Etats-Unis, cette question semble avoir moins occupé la Cours.

Les questions de répartition des pouvoirs entre différents échelons de gouvernement en matière d'immigration ont pris une importance majeure dans la jurisprudence des juridictions suprêmes, écartant en partie les questions liées aux droits fondamentaux des personnes concernées par ces mesures<sup>314</sup>. Cette évolution démontre une certaine prudence des cours en matière d'immigration illégale, lesquelles évitent de se prononcer sur des questions de violations des droits fondamentaux. Cette forme d'autolimitation s'inscrit dans le cadre d'une certaine déférence du pouvoir judiciaire envers les branches politiques, fil conducteur de la plupart des affaires en matière d'immigration.

## **Paragraphe 2 : La déférence des cours aux branches politiques**

Un point commun à toutes les affaires d'immigration traitées par la Cour suprême états-unienne, et aux recours *d'amparo* résolus par la SCJN, est l'acceptation d'un pouvoir discrétionnaire important des branches politiques en matière d'immigration. A plusieurs reprises, les cours ont rappelé qu'elles devaient, en matière d'immigration, faire preuve de plus de déférence que sur des questions « purement internes ». Ainsi, les cours suprêmes ont souvent accepté des limitations aux droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière qu'elles n'auraient pas acceptées s'agissant de citoyens<sup>315</sup>.

Dans l'affaire *Wong Wing*<sup>316</sup>, la Cour suprême des Etats-Unis, tout en se prononçant en faveur de l'application du Cinquième amendement aux migrants en situation irrégulière, avait reconnu un large pouvoir au Congrès en matière d'immigration. Elle admet notamment « qu'aucune limite ne peut être posée par les cours au pouvoir du Congrès de protéger le pays, par des méthodes sommaires, de l'entrée d'étrangers que la race ou les coutumes rendraient indésirables comme citoyens, ou de les expulser s'ils se trouvent déjà sur le territoire et s'y maintiennent illégalement ». Par ailleurs, dans l'arrêt *Plyler v. Doe*, la Cour a réitéré sa position selon laquelle « les cours

---

<sup>314</sup> ROSENBLOOM, « Federalism and Fundamental Rights: Safeguarding the Rights of Undocumented Immigrants in the United States and the European Union », *op. cit.*, p. 38.

<sup>315</sup> STRICKLAND, « Los derechos del extranjero en México y en Estados Unidos », *op. cit.*, p. 653.

<sup>316</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Wong Wing v. United States*, 163 U.S. 228 (1896).

doivent être attentives à la politique du Congrès concernant les étrangers », et ainsi rappelé la nécessaire déférence du pouvoir judiciaire au pouvoir législatif en la matière<sup>317</sup>.

La Cour suprême a par la suite utilisé cet argument pour restreindre de manière importante l'accès à certains droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière. Dans l'arrêt *Mathews v. Diaz*, elle a reconnu un large pouvoir du Congrès en matière de discriminations visant les étrangers :

« Le Congrès, qui a un large pouvoir en matière d'immigration et de naturalisation, et qui établit régulièrement des règles concernant les étrangers qui seraient inacceptables si elles s'appliquaient aux citoyens, n'a pas l'obligation constitutionnelle de fournir à tous les étrangers les prestations sociales accordées aux citoyens ; la véritable question ici n'est pas de savoir si la discrimination entre étrangers et citoyens est admissible, puisqu'elle l'est clairement, mais si la discrimination légale au sein de la catégorie des étrangers est admissible<sup>318</sup>. »

Enfin, dans la décision *Trump v. Hawaii*, la Cour suprême a de nouveau eu une interprétation très large du pouvoir des branches politiques quant aux restrictions possibles du droit à l'entrée sur le territoire des étrangers, alors même que les mesures présentées étaient discriminatoires au regard des nationalités concernées<sup>319</sup>. En outre, le contrôle faible opéré par la Cour a été fortement critiqué dans cette décision. En effet, la liberté religieuse était soulevée par les requérants, dès lors que six des huit pays visés étaient des pays à majorité musulmane, et que le Président avait réitéré dans ses discours et tweets son hostilité pour cette population. La protection de cette liberté entraîne normalement un contrôle renforcé par la Cour, qu'elle n'a pas opéré en l'espèce. D'autres critiques ont été faites quant aux standards utilisés par la Cour dans cette affaire, notamment son refus de prendre en compte les tweets du Président dans l'examen de sa

---

<sup>317</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).

<sup>318</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976). « Congress, which has broad power over immigration and naturalization and regularly makes rules regarding aliens that would be unacceptable if applied to citizens, has no constitutional duty to provide all aliens with the welfare benefits provided to citizens; the real question here is not whether discrimination between aliens and citizens is permissible, as it clearly is, but whether the statutory discrimination within the class of aliens is permissible ».

<sup>319</sup> Cour suprême des Etats-Unis, *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. \_\_\_\_ (2018).

politique, ainsi que le fait que les causes de cette politique n'étaient pas prises en compte au même titre que ses effets<sup>320</sup>.

Au Mexique, la Cour suprême a également fait preuve d'une certaine déférence vis-à-vis des branches politiques en matière d'immigration. Cette déférence ne s'observe pas tant dans la lettre des décisions que dans l'acceptation implicite de nombreuses mesures du pouvoir politique. Ainsi, de nombreux constitutionnalistes mexicains considèrent que le pouvoir en matière d'immigration du Congrès et de l'Exécutif est très large, et que la Cour a peu cherché à le restreindre, quand bien même celui-ci irait à l'encontre de la lettre de la Constitution :

« On ne peut expliquer que le Congrès et l'Exécutif, respectivement, légifèrent et agissent aussi ouvertement contre la Constitution, sans une intervention quelconque des autorités chargées de contrôler et d'équilibrer ces deux institutions »<sup>321</sup>.

Karlos A. Juarez Castilla dénonce également le large pouvoir discrétionnaire conféré à l'Exécutif dans la politique migratoire, notamment via l'Institut National de Migration et le Ministère de l'intérieur<sup>322</sup>. De plus, l'auteur considère que si les cours évaluaient de manière sérieuse les lois de migration au regard de la Constitution, peu d'entre elles passeraient le contrôle de constitutionnalité. Cela est justifié actuellement par l'idée de souveraineté des Etats, qui confère un poids important aux branches politiques dans les politiques d'immigration. Cette notion a justifié de nombreuses discriminations en raison de la nationalité, en dérogation au principe d'égalité reconnu dans presque tous les ordres constitutionnels<sup>323</sup>.

Ainsi, le pouvoir judiciaire a fait preuve d'une autolimitation importante dans les affaires d'immigration, ce qui explique la protection moindre des migrants par rapport

---

<sup>320</sup> Ana CAMPOY, « The surprisingly low standard the Supreme Court used to review Trump's travel ban », *Quartz*, New York, 26 juin 2018. URL : <https://qz.com/1314866/why-the-supreme-court-bought-trumps-travel-ban/>. Consulté le 13 fév. 2019.

<sup>321</sup> GUEVARA BERMÚDEZ, « Conexiones entre los derechos humanos de las personas migrantes y la seguridad: ¿Es posible afirmar que el derecho mexicano criminaliza la migración indocumentada? », *op. cit.*, p. 84. « No es explicable que tanto el Congreso como el Ejecutivo, respectivamente, legislen y actúen tan abiertamente en contra de la Constitución sin que exista algún tipo de intervención de las autoridades encargadas de controlar y equilibrar a esas dos instituciones. »

<sup>322</sup> JUÁREZ CASTILLA, « Ley de Migración mexicana: Algunas de sus inconstitucionalidades », *op. cit.*, p. 178.

<sup>323</sup> *Ibid.*, p. 163.



aux autres personnes présentes sur le territoire. Par conséquent, le traitement des migrants semble relever plus d'évolutions politiques que juridiques. Cette situation amène à constater le pouvoir limité du juge dans la protection effective des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière.

## **Section 2 : Le pouvoir limité du juge face aux violations des droits des migrants en situation irrégulière**

Si le juge a assurément un rôle essentiel dans la protection des droits fondamentaux de toutes les personnes, y compris les migrants en situation irrégulière, ses pouvoirs restent limités face aux nombreuses violations de leurs droits. Cette section ne vise pas à décrire dans leur exhaustivité ces trop nombreuses atteintes aux droits fondamentaux, lesquelles sont reportées par de nombreuses organisations travaillant dans ces pays, ainsi que par des travaux universitaires. Il s'agira plutôt de démontrer que le poids des cours reste limité en la matière, dès lors que d'une part, les constitutions, les lois et leur interprétation par les juges ont parfois été ignorées ou mal appliquées, et d'autre part, que les politiques publiques ont souvent évolué vers une moindre protection de ces droits. L'objectif est donc de donner quelques exemples qui tendent à montrer que les politiques publiques actuelles dans les deux Etats peuvent d'une part conduire à des violations des droits fondamentaux dans le processus migratoire, et ne permettent d'autre part pas de garantir une protection des droits de personnes en situation de particulière vulnérabilité (Paragraphe 1). Face à ces nombreuses violations, les juridictions suprêmes souffrent d'une relative impuissance, ou du moins ne peuvent pas constituer le seul acteur de protection (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 : La persistance des violations des droits fondamentaux des migrants**

Les violations des droits fondamentaux restent nombreuses malgré les protections juridiques existantes. Elles concernent d'une part des atteintes aux droits pendant le processus migratoire par rapport aux personnes publiques (A), et d'autre part un manque de protection contre les atteintes aux droits opérées par des personnes privées (B).

#### A. Les atteintes aux droits par les autorités publiques dans le processus migratoire

Tout d'abord, les migrants en situation irrégulière font l'objet, dans les deux pays étudiés, de violations importantes de leurs droits fondamentaux dans le cadre du processus migratoire, vis-à-vis des personnes publiques.

Cela concerne en premier lieu les atteintes portées au droit d'asile dans les deux pays, et particulièrement aux Etats-Unis. En effet, de nombreuses politiques publiques ont fait obstacle à la reconnaissance du droit d'asile pour des personnes répondant aux conditions de la Convention de Genève<sup>324</sup>. Récemment, le Président Trump a mis en place plusieurs politiques visant à restreindre le droit d'asile, et notamment l'imposition de taxes pour pouvoir effectuer une demande de protection<sup>325</sup>. Le décret visant à interdire l'entrée de ressortissants de huit pays (dont certains en zone de guerre) est un autre exemple de cette politique<sup>326</sup>. En effet, selon la Convention de Genève, toute personne a droit à la protection liée à l'asile dès lors qu'elle encourt des craintes personnelles de persécution en cas de retour dans son pays d'origine<sup>327</sup>, laquelle n'est pas assurée par la politique états-unienne. Par ailleurs, la non-admission de demandeurs d'asile à la frontière méconnaît le principe de « non-refoulement » de l'article 33 de cette même Convention, selon lequel les Etats ne peuvent pas renvoyer une personne demandant l'asile sans avoir examiné préalablement ses craintes de persécution<sup>328</sup>. Par conséquent, de nombreux migrants en situation irrégulière ne devraient en réalité pas être placés dans cette catégorie juridique, mais dans celle de « réfugiés » ou de « demandeurs d'asile » au regard du droit international. Cela entraîne des détentions injustifiées. Amnesty international dénonce en effet la politique états-unienne consistant à opérer une présomption de détention pour les personnes migrantes arrêtées à la frontière, sans égard aux raisons de leur migration, alors que le respect de la proportionnalité de la détention imposerait une présomption de non-

---

<sup>324</sup> Convention de Genève relative au statut de réfugié (1951).

<sup>325</sup> Bill FRELICK, « Trump Administration Slaps a Price Tag on Protection », *Human Rights Watch*, 30 avril 2019. URL : <https://www.hrw.org/news/2019/04/30/trump-administration-slaps-price-tag-protection>. Consulté le 19 mai 2019.

<sup>326</sup> Donald J. TRUMP, *Executive Order Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States*, n°13769, 27 janv. 2017.

<sup>327</sup> Convention de Genève relative au statut de réfugié (1951), art. 3.

<sup>328</sup> Amnesty International, *Facing Walls. USA and Mexico's violations of the rights of asylum-seekers*, Royaume-Uni, 2017. URL : <https://www.amnestyusa.org/wp-content/uploads/2017/06/USA-Mexico-Facing-Walls-REPORT-ENG.pdf>. Consulté le 19 mai 2019, p. 19.

détention<sup>329</sup>. Le décret du Président Trump sur la sécurité aux frontières et l'amélioration de la mise en œuvre des politiques d'immigrations<sup>330</sup> a renforcé cette insécurité pour les demandeurs d'asile, en facilitant leur déportation<sup>331</sup>.

La détention massive a également mené à de nombreuses violations des droits des migrants, souvent dénoncées par les ONG. Aux Etats-Unis, les mauvaises conditions d'accès aux soins dans les centres de rétention ont entraîné des décès croissants de migrants détenus<sup>332</sup>. De plus, la séparation de milliers d'enfants migrants de leurs parents avait choqué l'opinion publique et fortement attenté au droit à l'unité familiale<sup>333</sup>. Au Mexique, Amnesty international reporte que 40 542 enfants ont été détenus dans des centres de rétention en 2016, alors même que la loi mexicaine l'interdit<sup>334</sup>. Le Rapporteur spécial des Nations unies sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dénonçait également l'augmentation importante de la détention de personnes migrantes au Mexique, non corrélée à une augmentation de la reconnaissance de l'asile<sup>335</sup>. Le rapporteur se préoccupe notamment de la question des mineurs, dont beaucoup sont détenus et dont seuls 1% obtiennent l'asile<sup>336</sup>. Ces détentions de plus en plus fréquentes portent atteinte à la liberté individuelle des migrants, et les conditions de détention mènent parfois à des traitements inhumains et dégradants. Par conséquent, de nombreux auteurs invitent à remettre en question la légitimité du système de détention et d'expulsion actuel dans les deux pays, au regard du droit international et des droits constitutionnels.

---

<sup>329</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>330</sup> Donald Trump, *Executive Order* n°13767, "Border security and immigration enforcement improvements", 25 janv. 2017.

<sup>331</sup> Amnesty International, *Facing Walls. USA and Mexico's violations of the rights of asylum-seekers*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>332</sup> Human Rights Watch, *Code Red. The Fatal Consequences of Dangerously Substandard Medical Care in Immigration Detention*, Etats-Unis, 2018. URL : <https://www.hrw.org/report/2018/06/20/code-red/fatal-consequences-dangerously-substandard-medical-care-immigration>. Consulté le 19 mai 2019.

<sup>333</sup> Simon AUFFRET, « Aux Etats-Unis, le sort des enfants au cœur du débat sur l'immigration », *Le Monde*, 15 juin 2018. URL : [https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2018/06/15/aux-etats-unis-le-sort-des-enfants-au-c-ur-du-debat-sur-l-immigration\\_5316006\\_3222.html](https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2018/06/15/aux-etats-unis-le-sort-des-enfants-au-c-ur-du-debat-sur-l-immigration_5316006_3222.html), Consulté le 1<sup>er</sup> juin 2019.

<sup>334</sup> Amnesty International, *Facing Walls. USA and Mexico's violations of the rights of asylum-seekers*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>335</sup> Conseil des Droits de l'Homme, *Informe de seguimiento del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes - México*, [s.l.] : Assemblée générale des Nations Unies, 2017. URL : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/035/92/PDF/G1703592.pdf?OpenElement>. Consulté le 19 mai 2019, p. 18.

<sup>336</sup> *Ibid.*

« En ce sens, il est temps que le débat et le questionnement sur la constitutionnalité des dénommées « rétention » et « éloignement » en centres de rétention administrative, prévus y compris pour des motifs de régularisation, deviennent une priorité »<sup>337</sup>.

Par ailleurs, ces problèmes ne se limitent pas aux centres de rétention. En effet, les migrants en situation irrégulière souffrent d'une situation générale de manque d'accès aux soins, pour diverses raisons. D'une part, ceux-ci n'ont en général pas accès aux programmes gouvernementaux permettant de recevoir des soins gratuitement. D'autre part, même quand c'est le cas, par exemple au Mexique, les migrants en situation irrégulière ont souvent peur d'y recourir. En résultent des problèmes d'accès à la santé, allant même à l'encontre de la législation dans le cas mexicain<sup>338</sup>.

Enfin, des violations des droits fondamentaux de la part des forces de l'ordre dans la zone frontalière ont été reportées par plusieurs organisations, notamment des traitements inhumains et dégradants. Les dénonciations de ces traitements par les migrants ont augmenté depuis la mise en place du programme « *Fronteras Sur* »<sup>339</sup> au Mexique, coordonné entre les forces militaires, la police et les autorités migratoires pour lutter contre le franchissement de la frontière. Selon le rapporteur spécial de l'ONU sur la torture, de janvier à avril 2015, 475 migrants avaient reporté avoir souffert d'agressions, d'extorsions ou d'autres délits, et 25 femmes avaient dénoncé avoir été victimes de viols<sup>340</sup>. De nombreux migrants ont également dénoncé des persécutions de la part d'agents de l'Etat au Mexique, avec violence<sup>341</sup>.

---

<sup>337</sup> Karlos A. CASTILLA JUÁREZ, « Derechos humanos de las personas migrantes en México: una muestra de la realidad a través de las recomendaciones de la CNDH », *Hechos y Derechos* [en ligne], vol. 1, n° 42, déc. 2012. « *En ese sentido, ya es tiempo de que sea una prioridad y se ponga al más profundo debate el cuestionamiento de la constitucionalidad de la llamada "presentación" y el "alojamiento" en estaciones migratorias previsto incluso para supuestos de regularización* ».

<sup>338</sup> María Blanca LÓPEZ ARELLANO, « Diagnóstico sobre acceso a servicios de salud para personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas », *Sin Fronteras*, Mexico, 2014, p. 43.

<sup>339</sup> Coopération pour l'Attention intégrale de la migration (Coordinación para la Atención Integral de la Migración), 2014.

<sup>340</sup> Conseil des Droits de l'Homme, *Informe de seguimiento del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes - México*, [s.l.] : Assemblée générale des Nations Unies, 2017, p. 19. URL : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/035/92/PDF/G1703592.pdf?OpenElement>. Consulté le 19 mai 2019.

<sup>341</sup> Oscar CONTRERAS VELASCO, « Vivir en los márgenes del Estado: un estudio en la frontera México-Estados Unidos », *Región y sociedad*, vol. 28, n° 65, avr. 2016, p. 237.

Ainsi, ces quelques exemples reportés par des organisations internationales ou des ONG montrent que des deux côtés de la frontière, des atteintes aux droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière par les autorités publiques dans le cadre du processus migratoire sont nombreuses. Or, les migrants ont, comme on l'a vu au cours de cette étude, un accès limité aux tribunaux pour faire valoir leur droit, en particulier concernant le processus migratoire. Par ailleurs, la jurisprudence des cours n'a pas à l'heure actuelle permis de réduire les violations des droits fondamentaux par des personnes privées. En effet, les migrants en situation irrégulières ont été peu protégés par les Etats face à ces violations, alors même que ceux-ci sont généralement dans une situation d'extrême vulnérabilité.

#### B. Le manque de protection face à la situation de vulnérabilité des migrants

Les migrants en situation irrégulière, dans leur traversée des pays et des frontières, sont victimes de nombreux crimes et délits. Ceux-ci sont en grande partie liés au crime organisé et au trafic d'êtres humains. Face à cette situation de violence généralisée, la protection par les cours se trouve être un outil limité pour permettre une garantie effective des droits fondamentaux.

En effet, les migrants en situation irrégulière sont particulièrement victimes du crime organisé. Ce constat s'est renforcé avec l'augmentation des contrôles aux frontières entraîné par les politiques sécuritaires mises en place par les Etats depuis les années 1990, puis après les attentats de 2001. La militarisation des frontières a consolidé ce paradigme, et cette violence a bénéficié d'une importance impunité.

Au Mexique, plusieurs affaires ont révélé les cas de torture, disparitions forcées et homicides dont sont particulièrement victimes les migrants dans leur traversée du pays. En 2010, 72 migrants centraméricains avaient été retrouvés morts dans des fosses communes dans la ville de San Fernando, Tamaulipas<sup>342</sup>. Les enquêtes ont mené à des causes liées au crime organisé, et notamment le refus par ces personnes de donner de l'argent aux membres des organisations criminelles et de participer à leurs activités. Cet

---

<sup>342</sup> « Migrantes, 72 muertos de fosa en Tamaulipas », *El Universal*, Mexico, 25 août 2010. URL : <http://archivo.eluniversal.com.mx/notas/704017.html>.

épisode est l'un des exemples des nombreux risques que rencontrent les migrants dans leur parcours migratoire, et du manque de protection de ceux-ci.

Ces violations des droits mènent à une situation où de fait, les migrants ne se trouvent pas dans une position juridique similaire à celle des autres personnes :

« (...) l'expulsion de sujets comme les migrants en situation irrégulière, que ce soit pour avoir commis des fautes graves ou mineures, ou bien seulement pour le fait de ne pas posséder de papiers, les place à la marge ou à l'interstice de l'Etat, où ils peuvent tomber dans une zone d'inexistence, sans logement ni travail, et devenir visibles principalement par le biais de la persécution policière »<sup>343</sup>.

Ainsi, on observe des défaillances de l'Etat dans la protection des migrants face au crime organisé, principalement au Mexique. De plus, les migrants en situation irrégulière sont souvent réticents à faire valoir leurs droits ou à demander une protection de peur d'être expulsés. Face à cette situation, les juridictions suprêmes ne suffisent pas à garantir la protection des droits fondamentaux des migrants, même dans les cas où elles se positionnent en faveur de celle-ci.

## **Paragraphe 2 : La relative impuissance des juridictions suprêmes face à cette situation**

Finalement, ces constats démontrent les limites de la protection des cours suprêmes face aux nombreuses atteintes des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière, tant au Mexique qu'aux Etats-Unis.

Cette limite existe à la fois face à l'importance du crime organisé et du trafic d'êtres humains, et à la fois face à l'évolution des politiques publiques dans le contexte sécuritaire. Les apports de cette analyse démontrent des situations différentes à cet égard

---

<sup>343</sup> CONTRERAS VELASCO, « Vivir en los márgenes del Estado: un estudio en la frontera México-Estados Unidos », *op. cit.*, p. 237. « *De tal forma que la expulsión de los sujetos como inmigrantes indocumentados, ya sea por haber cometido una falta grave o menor, o bien sólo por no poseer papeles, los coloca en el margen o intersticio del Estado, donde pueden caer en una zona de inexistencia, sin vivienda ni trabajo, y volverse visibles sobre todo por la persecución policial* ».

entre le Mexique et les Etats-Unis, mais qui s'inscrivent toutefois dans un paradigme relativement commun au niveau mondial.

En effet, la comparaison avec les Etats-Unis a montré que la Cour suprême mexicaine avait eu une jurisprudence relativement importante dans la protection des migrants en situation irrégulière, notamment en refusant toute distinction entre catégories migratoires dans ses décisions, et en interprétant le cadre constitutionnel et international dans ce sens. Toutefois, la situation migratoire au Mexique reste très problématique, et les faits ont montré que les migrants souffrent de crimes et d'un manque d'accès aux services basiques de subsistance encore plus importants qu'aux Etats-Unis. Cette situation est liée au poids encore relativement faible de la Cour suprême dans l'ordre juridique mexicain. Cela s'explique d'une part à la tradition de fort présidentialisme du pays, et par le manque d'achèvement de l'Etat de droit, du fait notamment de la corruption et du crime organisé. Ainsi, des décisions qui peuvent sembler très avancées dans la protection des droits par rapport à d'autres pays, y compris des pays développés tels que les Etats-Unis mais également la France, n'amènent pas à une protection plus importante des migrants. Comme le résume Karlos A. Castilla Juárez :

« Il est peu utile de reconnaître à tout migrant étranger au Mexique, quelle que soit leur statut migratoire, les droits et libertés protégés par la Constitution, les traités et conventions internationales auxquels l'Etat mexicain est partie, si ça ne se reflète pas dans la vie quotidienne. Le chemin pour faire de ces mots une réalité est encore long et compliqué ; il suffit de passer par n'importe laquelle des routes migratoires, des centres de rétention et/ou des refuges pour migrants de la société civile pour le prouver<sup>344</sup> ».

---

<sup>344</sup> CASTILLA JUÁREZ, « Derechos humanos de las personas migrantes en México: una muestra de la realidad a través de las recomendaciones de la CNDH », *op. cit.* « *De poco sirve que toda persona migrante extranjera tenga reconocidos en México los derechos y libertades de los extranjeros protegidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano y en las disposiciones jurídicas aplicables, con independencia de su situación migratoria, si no se reflejan en el día a día. El camino para hacer realidad esas palabras es aún largo y complicado, basta con recorrer cualquiera de las rutas migratorias, estaciones migratorias y/o albergues de migrantes de la sociedad civil para comprobarlo* ».

Aux Etats-Unis à l'inverse, la Cour suprême a un poids important dans l'ordre juridique<sup>345</sup>, notamment concernant le respect de la séparation des pouvoirs et la protection des droits fondamentaux. Toutefois, cette puissance lui impose également un certain retrait dans le domaine de l'immigration par rapport aux pouvoirs politiques. La protection des droits des migrants en situation irrégulière n'a pas semblé être une priorité dans les opinions publiques des citoyens américains, notamment dans le contexte post 11 septembre 2001. En effet, la Cour est dans une position particulière dans la démocratie américaine, dont il est parfois fait référence comme la « difficulté contre-majoritaire » selon l'expression d'Alexander Bickel<sup>346</sup>. La critique contre-majoritaire consiste à relativiser la légitimité démocratique d'une Cour qui, à travers le *judicial review*, prend des positions allant à l'encontre de la majorité. En effet, selon l'auteur, le fait que les décisions soient rendues « au nom du peuple » est une abstraction, et la Cour, lorsqu'elle annule une loi jugée inconstitutionnelle, ne s'exprime pas au nom de la majorité, mais contre elle<sup>347</sup>. Au regard de la protection des droits fondamentaux des minorités, en particulier des minorités non-représentées politiquement comme les migrants en situation irrégulière, cette intervention est toutefois essentielle. Cependant, la Cour suprême ne peut pas pour autant s'opposer de manière trop forte à la majorité, au risque de perdre sa légitimité et donc son pouvoir dans le système démocratique.

Cette situation semble s'observer particulièrement dans le contexte de la présidence de Donald Trump. En effet, le discours du candidat puis Président des Etats-Unis a inclus de nombreuses références à sa volonté de lutter contre l'immigration illégale, et de restreindre les droits des minorités de manière générale. La Cour suprême, à majorité conservatrice par ailleurs, s'est pour l'instant contentée d'une analyse relativement peu politisée des mesures du Président, avec une déférence importante vis-à-vis de celui-ci, contrairement à d'autres périodes de son histoire (notamment sous la Cour Warren). La Cour semble ainsi en retrait, ce qui pourrait être lié à une certaine remise en question de sa légitimité face à la critique d'un ordre existant et la montée du nationalisme aux Etats-Unis.

---

<sup>345</sup> FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis. Etude critique de l'argument contre-majoritaire*, op. cit., p. 2.

<sup>346</sup> Alexandre M. BICKEL, *The least dangerous branch. The Supreme court at the bar of politics*, New Haven et Londres : Yale University Press, 1962, pp. 16-17.

<sup>347</sup> *Ibid.*, p.17.



Dans ce contexte, on comprend donc que les cours suprêmes, bien qu'essentielles à la protection des droits fondamentaux, ne suffiront probablement pas à garantir une protection effective des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière. En effet, leur action doit nécessairement être accompagnée d'une volonté politique et d'un changement de paradigme dans l'appréhension des migrations au niveau international.

### **Conclusion de la deuxième partie :**

Malgré le rôle essentiel qu'ont eu les cours suprêmes dans la protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière, leur jurisprudence n'a pas amené à une protection équivalente à celle des autres personnes. Ainsi, les Cours n'ont pas joué un réel rôle de contre-pouvoir face aux politiques de plus en plus répressives des Etats concernant l'immigration irrégulière. En effet, au regard de la jurisprudence, on perçoit que cette position les aurait amenées à attenter de manière trop importante à la souveraineté des Etats, qui se traduit dans les branches politiques plus que dans la branche judiciaire. Par conséquent, si le juge est un acteur fondamental de la protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière, cette protection ne peut se faire sans une volonté politique menant à des évolutions du cadre juridique en vigueur.

## CONCLUSION GENERALE

La comparaison des juridictions suprêmes de ces deux pays a révélé plusieurs éléments qui pourraient être déterminants dans la protection des nombreuses personnes traversant les frontières américaines. D'une part, si les juridictions suprêmes restent des acteurs essentiels, la protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière ne peut pas reposer uniquement sur elles. Elle implique au contraire une volonté politique des Etats. D'autre part, dans la perspective d'un renforcement de la frontière entre les Etats-Unis et le Mexique, et de la probable augmentation du nombre de migrants se maintenant sur le territoire mexicain, le droit de ce pays a montré une évolution positive pour la protection des droits fondamentaux. Toutefois, ses garanties institutionnelles restent moins fortes à l'heure actuelle qu'aux Etats-Unis, et le respect des droits fondamentaux au Mexique est encore affecté par la fragilité de l'Etat de droit. Dans ce contexte, l'importance de la SCJN n'a pas atteint celle de la Cour suprême des Etats-Unis, même si sa jurisprudence est plus protectrice. De plus, bien que protectrice, cette jurisprudence reste néanmoins limitée et les droits sont souvent reconnus par des tribunaux collégiaux de circuit.

Plus largement, cette étude a révélé que les différents pouvoirs des Etats – judiciaires, exécutifs et législatifs – restent tiraillés entre deux impératifs opposés en matière d'immigration. En effet, la figure du migrant en situation irrégulière semble défier un compromis entre maintien de la souveraineté et protection de la dignité humaine<sup>348</sup>. Cette difficulté s'illustre dans les zones frontalières, la frontière devenant alors un « lieu de condensation et de tension migratoire d'une part (comme dans les camps d'étrangers) et [une] limite géographique à l'exercice du droit d'autre part »<sup>349</sup>.

La question de la protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière illustre donc un paradoxe important. En effet, dans le contexte d'Etats Nations, les Etats doivent pouvoir protéger leurs frontières, et traiter différemment leurs citoyens et les étrangers, ainsi que s'opposer à l'entrée de personnes jugées « indésirables » sur leur territoire. Toutefois, le paradigme des droits fondamentaux et notamment l'idée de

---

<sup>348</sup> RODRÍGUEZ et RUBIO-MARÍN, « The constitutional status of irregular migrants », *op. cit.*, p. 73.

<sup>349</sup> Emmanuel BLANCHARD, Olivier CLOCHARD et Claire RODIER, « Sur le front des frontières », *Plein droit*, n° 87, n° 4, 2010, p. 5.

dignité humaine devraient en principe écarter toute possibilité de discriminations entre différents êtres humains au regard de ces droits spécifiques. Or, force est de constater que certaines politiques migratoires ont porté atteinte à la dignité humaine des personnes migrantes. Dans le contexte de mondialisation et de mouvements migratoires de plus en plus nombreux, les Etats devront probablement interroger le système migratoire au regard de la protection des droits fondamentaux, s'ils souhaitent préserver la substance de ceux-ci, à savoir leur nature inhérente à la personne humaine.

## BIBLIOGRAPHIE

### Ouvrages :

- BERNAL PULIDO Carlos, *Du néoconstitutionnalisme en Amérique latine*, Paris : L'Harmattan, 2015, 175 p.
- BHAGWAT Ashutosh, *The myth of rights: the purpose and limits of constitutional rights*, New York : Oxford University Press, 2010, 287 p.
- BICKEL Alexandre M., *The least dangerous branch. The Supreme court at the bar of politics*, New Haven et Londres : Yale University Press, 1962, 303 p.
- CABALLERO GONZÁLEZ Edgar S., « Impacto metodológico de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la actividad jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación », in Eduardo Ferrer Mac-Gregor (dir.), *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, Mexico : Editorial Porrúa, 2016, pp. 419-445.
- CABALLERO OCHOA José Luis et GARCÍA HUERTA Daniel Antonio, « El principio pro persona en el marco del sistema de interpretación sobre los derechos humanos en México », in Eduardo Ferrer Mac-Gregor (dir.), *Derecho procesal constitucional; Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, Mexico : Editorial Porrúa, 2016, pp. 57-78.
- CABRILLAC Rémy, *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2019*, 10<sup>ème</sup> éd., Paris : LexisNexis, 2019, 532 p.
- CHEMERINSKY Erwin, *Constitutional Law, Principles and policies*, 5<sup>ème</sup> éd., New York : Wolters Kluwer, 2015 (Aspen Student Treatise Series), 1472 p.
- COHEN James, *A la poursuite des illégaux. Politiques et mouvements anti-immigrés aux Etats-Unis*, Broissieux : Editions du Croquant, 2012, 251 p.
- DEMBOUR Marie-Bénédicte et KELLY Tobias (dir.), *Are human rights for migrants? Critical reflections on the status of irregular migrants in Europe and the United States*, London and New York : Routledge Taylor & Francis Group, 2011, 249 p.
- FASSASSI Idris, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis. Etude critique de l'argument contre-majoritaire*, Paris : Dalloz, 2017 (Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 165), 767 p.
- FROMONT Michel, *Grands systèmes de droit étrangers*, 8<sup>ème</sup> éd., Paris : Dalloz, 2018, 296 p.
- FROMONT Michel, *Justice constitutionnelle comparée*, Paris : Dalloz, 2013, 509 p.
- LANFRANCHI Marie-Pierre, LECUCQ Olivier et NAZET-ALLOUCHE Dominique, *Nationalité et citoyenneté. Perspectives de droit comparé, droit européen et droit international*, Bruxelles : Bruylant, 2012, 373 p.

- LERAT Christian, *La Cour Suprême des Etats-Unis : pouvoirs et évolution historique*, 7<sup>ème</sup> éd., Bordeaux : Presses universitaires de Bordeaux, 2003, 328 p.
- LEVASSEUR Alain A., *Le droit américain*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris : Dalloz, 2018, 167 p.
- MANUEL ACUÑA Juan, « Capítulo III: Control difuso de constitucionalidad. El control difuso en México », in Eduardo Ferrer Mac-Gregor (dir.), *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, Mexico : Editorial Porrúa, 2016, pp. 103-135.
- NATALE Virginie, « Les droits procéduraux des étrangers à l'entrée et à la sortie du territoire dans les systèmes de common law », in Thierry Di Mano (dir.), *L'étranger : sujet du droit et sujets des droits*, Bruxelles : Bruylant, 2008, p. 318.
- NATALE Virginie, *Le droit des étrangers à l'égalité et le juge de common law*, Bruxelles : Bruylant, 2009, 747 p.
- NEUMAN Gerald L., *Strangers to the Constitution: immigrants, borders and fundamental law*, Princeton : Princeton University Press, 1996, 283 p.
- NOVOSELOFF Alexandra et NEISSE Frank, *Des murs entre les hommes*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris : Direction de l'information légale et administrative, 2015, 267 p.
- ORTIZ AHLF Loretta, « La libertad de circular libremente y elegir residencia en relación con los migrantes », in Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot et al. (dir.), *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, Mexico : UNAM, 2013 (tome 2), pp. 1239-1262.
- PÉREZ FERNÁNDEZ CEJA Ydalia, *La incorporación de la jurisprudencia internacional de derechos humanos por los tribunales de derecho interno*, Mexico : Editorial Porrúa, 2018, 230 p.
- RODRÍGUEZ Cristina M. et RUBIO-MARÍN Ruth, « The constitutional status of irregular migrants », in Marie-Bénédicte Dembour et Tobias Kelly (dir.), *Are Human Rights for migrants? Critical reflections on the status of irregular migrants in Europe and the United States*, London and New York : Routledge Taylor & Francis Group, 2011, pp. 73-98.
- SERNA DE LA GARZA José María, *The Constitution of Mexico. A contextual analysis*, Oxford and Portland : Hart Publishing, 2013, 229 p.
- STRICKLAND Barbara, « Los derechos del extranjero en México y en Estados Unidos », in James Frank Smith (dir.), *Derecho constitucional comparado México - Estados Unidos*, Mexico : UNAM, 1990 (tome 2), pp. 633-667.
- SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14<sup>ème</sup> éd., Paris : PUF, 2019, 1013 p.

TIBURCIO Carmen, *The human rights of aliens under international and comparative law*, La Haye / Boston / Londres : Martinus Nijhoff Publishers, 2001 (International studies in Human Rights, vol. 65), 318 p.

VAGNOUX Isabelle, *Les Etats-Unis et le Mexique. Histoire d'une relation tumultueuse*, Paris : L'Harmattan, 2003, 432 p.

WITHOL DE WENDEN Catherine, *La question migratoire au XXIe siècle. Migrants, réfugiés et relations internationales*, Paris : Presses de Sciences Po, 2017, 232 p.

ZOLLER Elisabeth, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, 1<sup>ère</sup> éd., Paris : PUF, 2000, 1328 p.

ZOLLER Elisabeth, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, 1<sup>ère</sup> éd., Paris : Dalloz, 2010, 922 p.

#### **Articles universitaires :**

ANDERSON Malcolm, « Les frontières : un débat contemporain », *Cultures & Conflits* [en ligne], n° 26-27, automne 1997. URL : <http://journals.openedition.org/conflits/359>. Consulté le 18 décembre 2018.

ANDREW B. Ayers, « International law as a tool of constitution interpretation in the early immigration power cases », *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 19, n°125, 2014, pp. 125-153.

BIHARI Luiz Arthur, « Clashing laws: exploring the employment rights of undocumented migrants », *University of Toronto Faculty of Law Review*, vol. 69, n°2, 2011, pp. 9-30.

BLANCHARD Emmanuel, CLOCHARD Olivier et RODIER Claire, « Sur le front des frontières », *Plein droit*, n° 87, n° 4, 2010, pp. 3-7.

BONZOM Mathieu, « Donald Trump, un président en guerre contre l'immigration ? », *IdeAs. Idées d'Amérique* [en ligne], n° 12, 16 nov. 2018. URL : <http://journals.openedition.org/ideas/4445>. Consulté le 15 janvier 2019.

BONZOM Mathieu, « Le régime d'immigration des États-Unis : politiques migratoires, hégémonie, et mouvements sociaux », *Politique américaine*, vol. 25, n° 1, 2015, pp. 91-112.

CLOT Jean et MARTINEZ VELASCO Germán, « Évolution des politiques migratoires au Mexique au cours de la période 2000 – 2012, ou comment la migration est progressivement abordée dans une approche de sécurité nationale », *Chroniques des Amériques*, vol. 15, n° 7, oct. 2015, pp. 1-12.

- CONTRERAS VELASCO Oscar, « Vivir en los márgenes del Estado: un estudio en la frontera México-Estados Unidos », *Región y sociedad*, vol. 28, n° 65, avr. 2016, pp. 235-262.
- DE DIENHEIM BARRIGUETE Cuauhtémoc Manuel, « El artículo 33 de la Constitución y la expulsión de personas extranjeras », in Eduardo Ferrer Mac-Gregor et al. (dir.), *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, Mexico : Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013 (Biblioteca Jurídica Virtual), pp. 1635-1659.
- DELPEREE Francis et PENA-GAÏA Annabelle, « Les droits politiques des étrangers », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 1994, n° 10, 1995, pp. 296-308.
- DIAZ Gabriela et KÜHNER Gretchen, « Le Mexique, un État partie, pays d'émigration, de transit et d'immigration », *Hommes & Migrations*, vol. 1271, n° 1, 2008, pp. 82-93.
- ESCAMILLA CADENA Alberto, « El ejercicio de los controles constitucionales de la Suprema Corte de Justicia en México », *POLIS*, vol. 9, n°2, 2013, pp. 49-77.
- FASSASSI Idris, « Droit constitutionnel étranger États-Unis », *RFDC*, vol. 112, n° 4, 2017, pp. 977-1004.
- FASSASSI Idris, « La présidence Obama face à la Cour Suprême », in Wanda Mastor (dir.), *Penser le droit à partir de l'individu*, Paris : Dalloz, 2018 (Mélanges en l'honneur d'Elizabeth Zoller), pp. 345-368.
- GUEVARA BERMÚDEZ José Antonio, « Conexiones entre los derechos humanos de las personas migrantes y la seguridad: ¿Es posible afirmar que el derecho mexicano criminaliza la migración indocumentada? », *Cuestiones constitucionales*, n°31, 2014, pp. 81-117.
- JUÁREZ CASTILLA Karlos A., « Derechos humanos de las personas migrantes en México: una muestra de la realidad a través de las recomendaciones de la CNDH », *Hechos y Derechos* [en ligne], vol. 1, n° 42, 2012. URL : <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/11854>. Consulté le 12 décembre 2018.
- JUÁREZ CASTILLA Karlos A., « Ley de Migración mexicana: Algunas de sus inconstitucionalidades », *Migración y desarrollo*, vol. 12, n° 23, 2014, pp. 151-183.
- KAGAN Michael, « Do Immigrants Have Freedom of Speech? », *California Law Review Circuit*, vol. 6, 2015, pp. 84-97.
- KAGAN Michael, « Immigration Law's Looming Fourth Amendment Problem », *The Georgetown Law Journal*, vol. 104, n° 125, 2015, pp. 125-170.

- KOMBILA Hilème, « Le respect des droits fondamentaux des migrants non ressortissants de l'Union européenne », *Informations sociales*, vol. 194, n° 3, 2016, pp. 28-36.
- LEVI David F., « The Equal Treatment of Aliens: Preemption or Equal Protection? », *Stanford Law Review*, vol. 31, n°6, 1979, pp. 1069-1091.
- MARTÍNEZ VILLA Víctor Javier, « Derecho al libre tránsito. Inconstitucionalidad del artículo 97 de la Ley de Migración », *Perseo* [en ligne], n° 32, 2015. URL : <http://www.pudh.unam.mx/perseo/category/derecho-al-libre-transito-inconstitucionalidad-del-articulo-97-de-la-ley-de-migracion/>. Consulté le 19 janvier 2019.
- NEUMAN Gerald L., « Terrorism, selective deportation and the First amendment after *Reno v. AADC* », *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 14, n° 313, 2000, pp. 313-346.
- PALIDDA Salvatore, « La criminalisation des migrants », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 129, Délits d'immigration, 1999, pp. 29-49.
- RAMJI-NOGALES Jaya, « Freedom of movement and undocumented migrants », *Texas International Law Journal*, vol. 51, n° 2, 2016, pp. 173-189.
- RAMJI-NOGALES Jaya, « Undocumented Migrants and the Failures of Universal Individualism », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 47, n° 699, 2013, pp. 699-763.
- ROSENBLOOM Rachel R., « Federalism and Fundamental Rights: Safeguarding the Rights of Undocumented Immigrants in the United States and the European Union », *Paix et Sécurité Internationales*, n° 4, 2016, pp. 13-45.
- RUTHERGLEN George, « The rights of aliens under the United States Constitution: At the border and beyond », *Virginia Journal of International Law*, vol. 57, n°3, 2018, pp. 707-734.
- SALNIKOVA Olesya A., « “The People” of “Heller” and their politics: whether illegal aliens should have the right to bear arms after “United States v. Portillo-Munoz” », *The Journal of Criminal Law and Criminology (1973-)*, vol. 103, n° 2, 2013, pp. 625-662.
- SCOFFONI Guy, « États-Unis », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 14, n° 1998, 1999, pp. 181-196.
- SILVA MEZA Juan, « La Cour suprême de justice de la Nation du Mexique. La Révolution mexicaine des droits de l'homme », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel* [en ligne], n°39, avril 2013. URL : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-cour-supreme-de-justice-de-la-nation-du-mexique-la-revolution-mexicaine-des-droits-de-l-homme>. Consulté le 5 février 2019.



- VENEZIANO Sabina, « The Right to Consular Notification: The Cultural Bridge to a Foreign National's Due Process Rights », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 49, 2018, pp. 501-551.
- VROOM Cynthia, « Etats-Unis », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. 2016, n°32, 2017, titre du fascicule : *Migrations internationales et justice constitutionnelle - Référendums et justice constitutionnelle*, pp. 257-292.
- WISHNIE Michael J., « Immigrants and the Right to Petition », *New York University Law Review*, vol. 78, n° 667, 2003, pp. 667-748.
- YATES Laura S., « Plyler v. Doe and the Rights of Undocumented Immigrants to Higher Education: Should Undocumented Students Be Eligible for In-State College Tuition Rates? », *Washington University Law Review*, vol. 82, n° 2, 2004, pp. 585-609.
- ZOLLER Elisabeth, « La justice comme contre-pouvoir : regards croisés sur les pratiques américaine et française », *RID comp.*, vol. 53, n° 3, 2001, pp. 559-574.
- ZOLLER Elisabeth, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Droit*, vol. 32, 2000, pp. 121-134.

#### Articles de presse :

- « AMLO pide solidaridad con la caravana migrante: “donde come uno, comen dos” », *Forbes*, Mexico, 22 oct. 2018. URL : <https://www.forbes.com.mx/amlo-pide-solidaridad-con-la-caravana-migrante-donde-come-uno-comen-dos/>. Consulté le 21 mai 2019.
- « Migrants, 72 muertos de fosa en Tamaulipas », *El Universal*, Mexico, 25 août 2010. URL : <http://archivo.eluniversal.com.mx/notas/704017.html>.
- « Trump cède pour sortir du shutdown le plus long de l'histoire des Etats-Unis », *Le Monde*, 25 janv. 2019. URL : [https://www.lemonde.fr/international/article/2019/01/25/donald-trump-annonce-un-accord-de-fin-du-shutdown\\_5414728\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2019/01/25/donald-trump-annonce-un-accord-de-fin-du-shutdown_5414728_3210.html). Consulté le 1er juin 2019.
- AUFFRET Simon, « Aux Etats-Unis, le sort des enfants au cœur du débat sur l'immigration », *Le Monde*, Paris, 15 juin 2018. URL : [https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2018/06/15/aux-etats-unis-le-sort-des-enfants-au-c-ur-du-debat-sur-l-immigration\\_5316006\\_3222.html](https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2018/06/15/aux-etats-unis-le-sort-des-enfants-au-c-ur-du-debat-sur-l-immigration_5316006_3222.html), Consulté le 1er juin 2019.
- BADINTER Robert, « Point de vue : Le pouvoir et le contre-pouvoir », *Le Monde*, Paris, 23 novembre 1993.
- CAMPOY Ana, « The surprisingly low standard the Supreme Court used to review Trump's travel ban », *Quartz*, New York, 26 juin 2018. URL :

<https://qz.com/1314866/why-the-supreme-court-bought-trumps-travel-ban/>.  
Consulté le 13 février 2019.

DÁVILA MIGUEL Jorge, « México y la caravana de migrantes, ¿un problema para AMLO? », *Expansión*, Mexico, 4 déc. 2018. URL : <https://expansion.mx/opinion/2018/12/04/opinion-mexico-y-la-caravana-de-migrantes-un-problema-para-amlo>. Consulté le 20 mai 2019.

EPPS Garrett, « A High-Stakes Immigration Case Hits the Supreme Court », *The Atlantic*, Boston, 8 oct. 2018. URL : <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2018/10/nielsen-v-preap-could-affect-thousands-immigrants/572359/>. Consulté le 10 mai 2019.

FRELICK Bill, « Trump Administration Slaps a Price Tag on Protection », *Human Rights Watch*, 30 avr. 2019. URL : <https://www.hrw.org/news/2019/04/30/trump-administration-slaps-price-tag-protection>. Consulté le 19 mai 2019.

GÓMEZ BRUERA Hernán, « Sr. Migrante, bienvenido a México », *El Universal*, Mexico, 26 oct. 2018. URL: <https://www.eluniversal.com.mx/articulo/hernan-gomez-bruera/nacion/sr-migrante-bienvenido-mexico>. Consulté le 1er juin 2019.

JORDAN Miriam, « Ninth Circuit Appeals Court Grants More Protections for Asylum Seekers », *The New York Times*, sect. U.S., New-York, 8 mars 2019. URL : <https://www.nytimes.com/2019/03/07/us/asylum-seekers-ninth-circuit.html>. Consulté le 12 mars 2019.

LEVINTOVA Hannah, « Last year, Kavanaugh ruled against migrant’s abortion rights. On the Supreme court, he could face the case again », *Mother Jones*, 27 sept. 2018. URL : <https://www.motherjones.com/politics/2018/09/brett-kavanaugh-migrant-abortion-jane-doe/>. Consulté le 2 juin 2019.

NÁJAR Alberto, « Caravana de migrantes: AMLO anuncia un inédito programa de visas de trabajo en México para tratar de contener la migración centroamericana a EE.UU », *BBC News Mundo*, Mexico, 18 oct. 2018. URL : <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-45898633>. Consulté le 20 mai 2019.

### **Rapports :**

BAKER Bryan, *Population Estimates Illegal Alien Population Residing in the United States: January 2015*, Washington DC : Office of Immigration Statistics, décembre 2018, 13 p.

Centro de derechos humanos de la UNLA et Centro de Estudios Legales y Sociales, *Jurisprudencia sobre los derechos de las personas migrantes en América Latina y El Caribe*, 2012. URL : <http://imumi.org/attachments/2015/jurisprudencia.pdf>. Consulté le 19 janvier 2019.

Conseil des Droits de l'Homme, *Informe de seguimiento del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes - México*, [s.l.] : Assemblée générale des Nations Unies, 2017. URL : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/035/92/PDF/G1703592.pdf?OpenElement>. Consulté le 19 mai 2019.

ONU, Department of Economic and Social Affairs, *International Migration Report. Highlights*, New York, 2017. URL : [https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2017\\_Highlights.pdf](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2017_Highlights.pdf). Consulté le 21 mai 2019.

LÓPEZ ARELLANO María Blanca, *Diagnóstico sobre acceso a servicios de salud para personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas, Sin Fronteras*, Mexico, 2014, 54 p.

Human Rights Watch, *Code Red. The Fatal Consequences of Dangerously Substandard Medical Care in Immigration Detention*, Etats-Unis, 2018. URL : <https://www.hrw.org/report/2018/06/20/code-red/fatal-consequences-dangerously-substandard-medical-care-immigration>. Consulté le 19 mai 2019.

Amnesty International, *Facing Walls. USA and Mexico's violations of the rights of asylum-seekers*, Royaume-Uni, 2017. URL : <https://www.amnestyusa.org/wp-content/uploads/2017/06/USA-Mexico-Facing-Walls-REPORT-ENG.pdf>. Consulté le 19 mai 2019.

### Sites Internet :

« ¿Qué son los derechos humanos? | Comisión Nacional de los Derechos Humanos - México », *CNDH Mexico*, [s.d.]. URL : [http://www.cndh.org.mx/Que\\_son\\_derechos\\_humanos](http://www.cndh.org.mx/Que_son_derechos_humanos). Consulté le 21 mai 2019.

« Analysis of Immigration Detention Policies », *American Civil Liberties Union*, [s.d.]. URL : <https://www.aclu.org/other/analysis-immigration-detention-policies>. Consulté le 8 mai 2019.

« Fundamental Right », *Cornell Law School*, [s.d.]. URL : [https://www.law.cornell.edu/wex/fundamental\\_right](https://www.law.cornell.edu/wex/fundamental_right). Consulté le 20 mai 2019.

« Termes clés de la migration », *Organisation internationale pour les migrations*, 2015. URL : <https://www.iom.int/fr/fr/d%3A9finitions>. Consulté le 21 mai 2019.

GARCÍA PACHECO Jesús Gerardo, « ¿ Qué hace la suprema corte de justicia de la nación ? », SCJN, [s.d.]. URL : <https://www.scjn.gob.mx/conoce-la-corte/que-hace-la-scjn>. Consulté le 2 juin 2019.

ONU, « Définitions », *Réfugiés et migrants*, [s.d.]. URL : <https://refugeesmigrants.un.org/fr/d%C3%A9finitions>. Consulté le 21 mai 2019.

Sénat, « Le droit de vote des étrangers aux élections locales », *Etude de législation comparée* [en ligne], n°154, 2005. URL : <https://www.senat.fr/lc/lc154/lc1540.html>, consulté le 5 mai 2019.

## TABLE DES DECISIONS

### Cour suprême des Etats-Unis :

- Nielsen v. Preap*, 586 U.S. \_\_\_\_ (2019) : p. 71.
- Trump v. Hawaii*, 585 U.S. \_\_\_\_ (2018) : pp. 82; 84.
- Azar v. Garza*, 584 U.S. \_\_\_\_ (2018) : p. 71.
- United States v. Texas*, 579 U.S. \_\_\_\_ (2016) : p. 82.
- Arizona v. United States*, 567 U.S. 387 (2012) : p. 79.
- Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010) : p. 53.
- Boumediene et al. v. Bush*, 128 S. Ct. 2229 (2008) : p. 49.
- Hoffman v. NLRB*, 535 U.S. 137 (2002) : pp. 57; 73.
- Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001) : p. 49.
- Reno v. Arab Anti-discrimination Committee*, 525 U.S. 471 (1999) : p. 69.
- Clinton v. City of New-York*, 524 U.S. 417 (1998) : p. 82.
- Reno v. Flores*, 507 U.S. 292 (1993) : p. 70.
- United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259 (1990) : p. 75.
- INS v. Lopez-Mendoza*, 468 U.S. 1032 (1984) : pp. 45; 49.
- Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982) : pp. 33; 41; 58; 73; 76; 83.
- Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634 (1973) : p. 63.
- Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972) : p. 68.
- Foley v. Connelie*, 435 U.S. 291 (1978) : p. 64.
- Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1976) : pp. 73; 84.
- Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971) : p. 40.
- Abel v. United States*, 362 U.S. 217 (1960) : p. 70.
- Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) : p. 33.
- Galvan v. Press*, 347 U.S. 522 (1954) : p. 69.
- Kwong Hai Chew v. Colding*, 344 U.S. 590 (1953) : p. 75.

*Takahashi v. Fish and Game Comm'n*, 334 U.S. 410 (1948) : p. 41.  
*Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944) : p. 25.  
*Bridges v. Wixon*, 323 U.S. 708 (1945) : p. 75.  
*Bridges v. California*, 314 U.S. 252 (1941) : p. 53.  
*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) : p. 32.  
*Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940) : p. 53.  
*U.S. ex rel. Turner v. Williams*, 194 U.S. 279 (1904) : p. 69.  
*Kaoru Yamataya v. Fisher*, 189 U.S. 86, 87 (1903) : p. 49.  
*Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896) : p. 32.  
*Wong Wing v. U.S.*, 163 U.S. 228 (1896) : pp. 23; 32; 44; 83.  
*Lem Moon Sing v. United States*, 158 U.S. 538 (1895) : p. 67.  
*Chae Chan Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889) : p. 81.  
*Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886) : pp. 29; 32.  
*Chy Lung v. Freeman*, 92 U.S. 275 (1875) : p. 79.  
*Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) : p. 11.

Cour suprême de justice de la Nation, Mexique :

SCJN, 1a. Sala, [TA], 10a. época, Tesis: 1a. CCXIV/2017, n°2015723 (2017) : p. 55.  
 SCJN, acción de inconstitucionalidad 110/2016, n°011308 (2017) : p. 81.  
 SCJN, 1a. Sala, [TA], 10a. época, Tesis: 1a. CLXXX/2016, n°2011938 (2016) : p. 47.  
 SCJN, 1a. Sala, [TA], 10a. época, Tesis: 1a. CXCVI/2016, n°2012028 (2016) : p. 45.  
 SCJN, 1a. Sala, Contradicción de tesis 293/2011 (2013) : p. 38.  
 SCJN, 1a. Sala, [TA], 10a. época, Tesis: 1a. CLXXII/2013, n°2003544 (2013) : p. 47.  
 SCJN, 1a. Sala, [TA], 10a. época, Tesis: 1a. CLXXIV/2013, n°2003543 (2013) : p. 47.  
 SCJN, 1a. Sala, [TA], 10a. época, Tesis: CLXVIII/2013, n°2003542 (2013) : p. 36.  
 SCJN, 1a. Sala, [TA], 10a. época, Tesis: 1a. CLXX/2013, n°2003538 (2013) : p. 47.  
 SCJN, Pleno, 9a. época, Expediente “varios” 912/2010 (2010) : p. 38.  
 SCJN, 1a. Sala, [J], 9a. época Tesis: 1A./J. 33/2008, n°169170 (2008) : p. 54.

SCJN, 2a. Sala, 9a. época, Contradicción de tesis 96/2007-SS, n°20723 (2007) : p. 66.

SCJN, Pleno, [J], 9a. época, Tesis: P./J. 138/2005, n°176678 (2005) : p. 63.

SCJN, 2a. Sala, [J], 6a época, n°910971 (1959) : p. 34.

SCJN, 2a. Sala, [TA], 5a. época, n°319115 (1951) : p. 35.

SCJN, 1a. Sala, [TA], 5a. época, n°320612 (1948) : p. 34.

SCJN, Pleno, [TA], 5a. época, Tesis, n°811457 (1918) : p. 34.

#### Tribunaux inférieurs, Etats-Unis :

Cour d'appel du Neuvième circuit, *United States v. Torres*, n° 15-10492 (2019) : p. 76.

Cour de District Nord de Californie, *East Bay Sanctuary Covenant v. Trump*, Order n°18-17274 (2018) : p. 51.

Cour de District de New York, *Colon v. Major Perry Street Corp*, 987 F. Supp. 2d 451 (2013) : p. 57.

Cour d'appel du Neuvième circuit, *Oshodi v. Holder*, 729 F.3d 883, 889 (2013) : p. 50.

Cour d'appel du Cinquième circuit du District nord Texas, *United States v. Portillo-Munoz*, n° 11-10086 (2011) : p. 76.

Cour de District du District de Columbia, *Defenders of Wildlife v. Chertoff*, 527 F. Supp.2d 119 (2007) : p. 82.

Cour de District de Californie, *Singh v. Jutla*, 214 F. Supp. 2d 1056 (2002) : p. 57.

Cour d'appel du Second circuit, *Augustin v. Sava*, 735 F.2d 32 (1984) : p. 50.

Cour suprême de l'Etat de Virginie, *Peterson v. Neme*, 281 S.E.2d 869 (1981) : p. 46.

#### Tribunaux inférieurs, Mexique :

Neuvième tribunal collégial en matière pénale du premier circuit, [TA], 10a. época, Tesis: I.9o.P.216 P, n°2017694 (2018) : p. 47.

Dix-huitième tribunal collégial en matière administrative du premier circuit, [TA], 10a. época, Tesis: I.18o.A.51 A, n°2017324 (2018) : p. 48.

Dix-huitième Tribunal collégial en matière administrative du premier circuit du Mexique, [TA], 10a. época, Tesis: I.18o.A.49 A, n°2017238 (2018) : p. 51.

Dix-huitième tribunal collégial en matière administrative du premier circuit, [TA], 10a. época, Tesis: I.18o.A.50 A, n° 2016641 (2018) : p. 48.

Premier Tribunal Collégial en matière administrative et de travail du dixième Circuit, [TA], 10a. época, Tesis: XI.1o.A.T.18 L, n°2007450 (2014) : p. 58.

Troisième tribunal collégial en matière de travail du troisième circuit, [TA], 10a. época, Tesis: III.3o.T4K, n°2002790 (2012) : p. 45.

Troisième tribunal collégial en matière de travail du Premier circuit, [TA], 9a. época, Tesis : I.3o.T.248 L, n°160338 (2012) : p. 36.

Troisième tribunal collégial en matière civile du premier circuit, [TA], 9a. época, Amparo Directo 488/2007, n°169296 (2008) : p. 46.

Troisième tribunal collégial en matière de travail du premier circuit, [TA], 9a. época, Tesis: I.3o.T.158 L, n°172653 (2007) : p. 58.

Deuxième tribunal collégial en matière pénale du premier circuit, [TA], 9a. época, Tesis: I.2o.P.132 P, n°174464 (2006) : p. 48.

Deuxième tribunal collégial du vingtième circuit, [TA], 9a. época, Amparo en revisión 302/2000, n°190190 (2000) : p. 45.

#### Décisions d'autres juridictions :

CIDH, Opinion consultative OC-18/03 du 17 sept. 2003, « Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados » : p. 28.

CIDH, *Radilla Pacheco vs. México*, Jugement du 23 nov. 2009 : p. 37.

CJCE, 20 sept. 2001, C-184/99, *Grzelczyk* : p. 62.

Conseil constitutionnel français, Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 : p. 18.

Conseil constitutionnel français, Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juil. 2018, *M. Cédric H* : p. 54.

## TABLE DES MATIERES

<b>SOMMAIRE</b> .....	2
<b>PRINCIPALES ABREVIATIONS</b> .....	3
<b>MODE DE CITATION DES DECISIONS</b> .....	4
<b>REMERCIEMENTS</b> .....	5
<b>INTRODUCTION</b> .....	6
<b>PARTIE 1 : LE DEPASSEMENT DE LA NOTION DE CITOYENNETE DANS LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX</b> .....	20
<b>Chapitre 1 : Le contrôle croissant des juridictions suprêmes en matière de protection des étrangers</b> .....	21
<b>Section 1 : La légitimation progressive du juge en matière de protection des droits fondamentaux des étrangers</b> .....	21
<b>Paragraphe 1 : La nécessité d’une légitimation du pouvoir du juge en matière d’immigration</b> .....	21
A.La spécificité du droit de l’immigration dans les systèmes juridiques .....	22
B.Les difficultés particulières à la catégorie des migrants en situation irrégulière.....	24
<b>Paragraphe 2 : Une légitimité fondée sur l’universalité des droits fondamentaux</b> .....	26
A.Le positionnement du droit international en faveur d’une universalité des droits fondamentaux .....	27
B.La prise en compte de l’universalité des droits fondamentaux par les juridictions nationales.....	29
<b>Section 2 : La construction d’un contrôle juridictionnel pour la protection des droits des migrants en situation irrégulière</b> .....	30
<b>Paragraphe 1 : L’intégration des migrants en situation irrégulière dans l’ordre constitutionnel</b> .....	30
A.L’application de la clause de <i>due process</i> aux migrants en situation irrégulière aux Etats-Unis .....	31
B.L’atténuation de la différence entre étrangers et nationaux face aux droits de l’homme au Mexique .....	33
<b>Paragraphe 2 : Le développement d’un contrôle spécifique par le juge en matière de droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière</b> .....	36
A.Le renforcement des pouvoirs de contrôle en matière de droits fondamentaux de la Cour Suprême mexicaine.....	37
B.Un contrôle renforcé mais ambigu aux Etats-Unis.....	39



<b>Chapitre 2 : Une interprétation élargie du cadre constitutionnel et conventionnel des droits fondamentaux.....</b>	<b>43</b>
<b>Section 1 : Une protection élargie des droits procéduraux comme prérequis à l'accès aux droits des migrants en situation irrégulière.....</b>	<b>43</b>
<b>Paragraphe 1 : Une protection élargie des droits procéduraux en général.....</b>	<b>44</b>
A.La protection de garanties procédurales dans les procédures judiciaires .	44
B.Le droit d'accès aux tribunaux .....	45
<b>Paragraphe 2 : La protection de droits procéduraux liés au statut d'étranger</b>	<b>46</b>
A.Le droit à une protection consulaire .....	47
B.Les droits procéduraux dans les procédures d'expulsion et la détention..	48
C.Le droit d'asile.....	49
<b>Section 2 : Une protection inégale mais croissante des droits civils et de certains droits économiques et sociaux.....</b>	<b>52</b>
<b>Paragraphe 1 : La protection de certains droits civils considérés comme « indérogeables » .....</b>	<b>52</b>
<b>Paragraphe 2 : Une protection limitée et variable des droits économiques et sociaux .....</b>	<b>55</b>
A.La protection des droits des travailleurs migrants .....	56
B.Un protection variable des autres droits économiques et sociaux .....	58
<b>PARTIE 2 : LE MAINTIEN DES MIGRANTS EN SITUATION IRREGULIERE DANS UNE CATEGORIE DISTINCTE DU RESTE DE LA POPULATION.....</b>	<b>60</b>
<b>Chapitre 1 : Une reconnaissance limitée des droits fondamentaux aux migrants en situation irrégulière .....</b>	<b>60</b>
<b>Section 1 : L'exclusion des migrants en situation irrégulière de la jouissance de certains droits fondamentaux .....</b>	<b>60</b>
<b>Paragraphe 1 : L'exclusion des étrangers des droits politiques inhérents à la notion de citoyenneté.....</b>	<b>61</b>
<b>Paragraphe 2 : L'absence de reconnaissance de certaines libertés individuelles justifiée par la protection de la souveraineté nationale .....</b>	<b>65</b>
<b>Section 2 : La protection constitutionnelle fragile des droits fondamentaux reconnus.....</b>	<b>68</b>
<b>Paragraphe 1 : Les limites matérielles posées à l'exercice des droits .....</b>	<b>68</b>
A.Les limitations matérielles aux droits procéduraux et aux droits civils....	69
B.Les limitations matérielles aux droits économiques et sociaux .....	73
<b>Paragraphe 2 : L'ambigüité de la jurisprudence comme facteur d'insécurité juridique .....</b>	<b>74</b>

<b>Chapitre 2 : Les limites du pouvoir des juges dans la protection des droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière.....</b>	<b>78</b>
<b>Section 1 : L’impact de la mise en balance des pouvoirs en matière d’immigration dans la protection des droits .....</b>	<b>78</b>
<b>Paragraphe 1 : L’aspect central de la répartition des compétences entre différents échelons de gouvernement dans la jurisprudence .....</b>	<b>78</b>
A.La répartition entre les entités fédérées et l’Etat fédéral.....	79
B.La répartition entre le pouvoir législatif et exécutif .....	81
Paragraphe 2 : La déférence des cours aux branches politiques.....	83
<b>Section 2 : Le pouvoir limité du juge face aux violations des droits des migrants en situation irrégulière .....</b>	<b>86</b>
Paragraphe 1 : La persistance des violations des droits fondamentaux des migrants .....	86
A.Les atteintes aux droits par les autorités publiques dans le processus migratoire .....	87
B.Le manque de protection face à la situation de vulnérabilité des migrants	90
<b>Paragraphe 2 : La relative impuissance des juridictions suprêmes face à cette situation .....</b>	<b>91</b>
<b>CONCLUSION GENERALE .....</b>	<b>95</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>97</b>
<b>TABLE DES DECISIONS .....</b>	<b>105</b>