Régulariser : le « *DREAM Act* », le droit du sol intégral et la régularisation à grande échelle

Hiroshi Motomura

Traducteur : Johann Morri

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/343>

DOI : 10.4000/revdh.343

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Hiroshi Motomura, « Régulariser : le « *DREAM Act* », le droit du sol intégral et la régularisation à grande échelle », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 4 | 2013, mis en ligne le 18 décembre 2013, consulté le 09 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/343> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.343>

Ce document a été généré automatiquement le 9 juillet 2020.

Tous droits réservés

Régulariser : le « DREAM Act », le droit du sol intégral et la régularisation à grande échelle

Hiroshi Motomura

Traduction : Johann Morri

NOTE DE L'ÉDITEUR

Hiroshi Motomura, professeur à UCLA, est un des spécialistes reconnus du droit de l'immigration aux Etats-Unis. Il est le co-auteur de deux manuels de référence en droit de l'immigration, *Immigration and Citizenship : Process and Policy* (7th ed. Thomson West, 2012), and *Forced Migration : Law and Policy* (2nd ed. West, forthcoming 2013). Son livre *Americans in Waiting : The Lost Story of Immigration and Citizenship in the United States* (Oxford University Press, 2007) a reçu de nombreux prix et figure sur la liste des lectures conseillées éditée par le ministère des affaires étrangères à l'intention de ses agents.

L'article qui suit reprend un document de travail présenté à la Lewis and Clark Law School, qui s'inscrit dans une recherche intitulée « Immigration Outside the Law » (Hiroshi Motomura, « Immigration Outside the Law », *Columbia Law Review*, vol. 108, n° 08, 2008 UCLA School of Law Research Paper n° 09-01) et qui sera prochainement publiée sous forme d'ouvrage.

Les notes de bas de page ont été, sauf exceptions, supprimées dans cette traduction.

- 1 Le but de cet article est d'examiner les arguments en faveur et en défaveur des différents instruments susceptibles de conférer un droit au séjour ou la nationalité américaine¹ à des individus qui, sans cela, se trouveraient irrégulièrement aux Etats-Unis. En premier lieu, je m'intéresse aux arguments relatifs au « Development, Relief, and Education for Alien Minors (DREAM) Act »², qui donnerait un droit au séjour régulier aux jeunes étrangers en situation irrégulière³ qui ont été emmenés aux Etats-Unis alors qu'ils étaient encore enfants, à la condition qu'ils poursuivent des études

supérieures ou qu'ils servent dans l'armée. J'examine ensuite les arguments favorables et défavorables au XIV^e amendement de la Constitution des Etats-Unis, qui attribue la citoyenneté américaine à presque tous les enfants qui naissent sur le sol américain, quel que soit le statut de leurs parents. En troisième lieu, j'étudie les arguments concernant les propositions de régularisation à grande échelle qui auraient pour effet de régulariser un pourcentage substantiel des étrangers vivant actuellement aux Etats-Unis en situation irrégulière.

- 2 La comparaison entre le *DREAM Act* et les projets de régularisation à grande échelle paraît aller de soi. Il peut en revanche paraître plus inhabituel d'intégrer dans la discussion les lois relatives au droit du sol, mais cette comparaison se justifie, car le droit du sol confère également un statut légal – la citoyenneté elle-même. La comparaison de ces trois instruments n'a pas seulement pour effet d'approfondir l'analyse, elle met aussi en lumière deux thèmes – la place des enfants et l'Etat de droit⁴ – qui sont fondamentaux pour comprendre le phénomène de l'immigration en dehors du cadre légal.
- 3 Pour entamer la discussion, je débute par un rappel des principes contenu dans la décision *Plyler v. Doe*, un grand arrêt de la Cour suprême rendu en 1982. *Plyler* a jugé qu'aucun Etat des Etats-Unis ne peut limiter l'accès d'un enfant à l'enseignement primaire et secondaire public en se fondant sur sa situation au regard des lois sur l'entrée et le séjour. La Cour a censuré une loi de l'Etat du Texas qui permettait aux autorités locales en charge de l'éducation de refuser l'accès à l'école publique des enfants en situation irrégulière. Ce faisant, la Cour a abordé trois thèmes qui sont demeurés centraux dans le débat public sur l'immigration *en dehors du cadre légal*⁵. Le premier de ces thèmes est la *complexité du phénomène de la présence irrégulière* sur le territoire. Pour la Cour, le fait que ces enfants se trouvent irrégulièrement sur le territoire est seulement le point de départ de l'analyse. Il n'est pas nécessairement évident de déterminer si un étranger est en situation régulière ou irrégulière, et même dans les cas où il est clairement en situation irrégulière, le gouvernement conserve la possibilité de leur accorder un statut légal. De plus, même en l'absence de régularisation, un étranger en situation irrégulière ne sera peut-être jamais éloigné, en raison de certaines politiques gouvernementales qui équivalent à tolérer la présence durable d'une population importante d'étrangers en situation irrégulière aux Etats-Unis.
- 4 Le second thème de l'arrêt *Plyler* est le *rôle limité des Etats et des autorités locales*. Même si le gouvernement fédéral peut traiter les citoyens, ou les non-citoyens en situation régulière, mieux qu'il ne traite les étrangers en situation irrégulière, les Etats fédérés et les autorités locales se placent, selon la Cour, en violation de la Constitution lorsqu'ils agissent de la même façon. C'est la raison pour laquelle la Cour a censuré la décision des autorités de l'Etat du Texas de limiter l'accès à l'enseignement primaire.
- 5 Le troisième thème de *Plyler* est la *nécessité d'intégrer les étrangers en situation irrégulière*. Citant *Brown v. Board of Education*⁶, la Cour souligne le fait que, sans accès à l'éducation, ces enfants connaîtront un désavantage permanent lorsqu'ils accèderont à l'âge adulte, et que cela conduira à l'émergence d'une sous-caste permanente dont le principe est intolérable pour un Etat dont la culture constitutionnelle nationale est fondée sur l'égalité. Cette idée de la nécessité d'intégrer les étrangers en situation irrégulière – au moins s'agissant de leurs enfants – a été essentielle dans la décision de censurer la loi texane.

- 6 La conjonction de ces différentes préoccupations dans l'approche de l'arrêt *Plyler* reflète un certain *ethos* – un mode de pensée qui ne concerne pas seulement la situation des enfants dépourvus de statut légal aux Etats-Unis, mais plus largement de l'immigration *en dehors du cadre légal*. Les thèmes de l'arrêt *Plyler* sont également essentiels dans l'approche de la Cour vis-à-vis des différents véhicules ou instruments juridiques susceptibles de conférer un statut régulier, et notamment le *DREAM Act*, le droit du sol, et les régularisations à grande échelle.

I. Le *DREAM Act*

- 7 Le projet de loi fédérale désigné sous l'acronyme *DREAM Act* (« Development, Relief and Education for Alien Minors ») aurait pour objet de régler la situation des jeunes qui sont entrés aux Etats-Unis alors qu'ils étaient enfants et sans statut légal d'immigration⁷. Le Congrès a examiné différentes versions de ce projet au cours des dix dernières années, qui ont toutes en commun de conférer à ces enfants un statut de résidents permanents. Une version a franchi le cap du Sénat en mai 2006. En 2010, une autre version a reçu le soutien d'une majorité de sénateurs, mais pas des soixante sénateurs nécessaires pour qu'un vote puisse effectivement avoir lieu⁸.
- 8 Le *DREAM Act* aurait posé plusieurs conditions pour la régularisation. Selon la version introduite au Sénat en 2011, l'étranger devait être entré aux États unis avant l'âge de 16 ans. Il ou elle devait y avoir résidé pendant plus de cinq ans avant l'entrée en vigueur de loi. Il devait avoir obtenu un diplôme de fin d'études secondaires ou équivalent, ou avoir été admis à l'université. En remplissant ces conditions, il était éligible au statut de résident conditionnel⁹. S'il était âgé de moins de 35 ans lors de l'entrée en vigueur de la loi et qu'il suivait un cursus universitaire ou servait dans l'armée américaine pendant deux ans, il accédait au statut de résident permanent.
- 9 Au cours de l'été 2012, le *Department of Homeland Security*¹⁰ a mis en œuvre un programme, le DACA (« Deferred Action for Childhood Arrivals »¹¹) qui rend éligible à une forme de régularisation discrétionnaire la vaste majorité des jeunes entrant dans le champ du projet de *DREAM Act*¹². Ils peuvent solliciter la suspension de la mesure d'éloignement (« deferred action »), ce qui leur permet notamment de solliciter une autorisation de travail pour subvenir à leurs besoins. Les règles d'éligibilité diffèrent un peu de celles du *DREAM Act*, en particulier parce que l'âge maximum pour bénéficier du dispositif était de 30 ans. Il reste à voir si les critères de ce programme trouveront un prolongement dans des propositions de loi¹³.
- 10 Les arguments en faveur du *DREAM Act* renvoient à deux approches qui se recoupent en partie. Une partie des arguments repose sur l'idée de justice – on peut également rattacher cette approche à des considérations de morale ou d'équité. D'autres arguments se situent dans une perspective pragmatique [...]. Les deux séries d'arguments s'appuient sur la complexité du phénomène de l'immigration irrégulière et sur le besoin d'intégrer les migrants en situation irrégulière – deux thèmes de *Plyler*. [...]
- 11 Les arguments fondés sur l'équité ou la justice insistent sur la complexité du phénomène de la présence irrégulière et en particulier sur l'innocence des enfants que leurs parents ont emmenés aux Etats-Unis. Les parents ont immigré dans le contexte d'une tolérance ancienne et constante, par les autorités fédérales, de la présence d'une

large population irrégulière destinée à fournir une main d'œuvre flexible. C'est une forme d'accord tacite donné à la présence de migrants en situation irrégulière – ce que j'ai appelé *l'immigration considérée comme un contrat* »¹⁴. Dans cette perspective, on considère que les immigrants en situation irrégulière ont accepté les sollicitations des employeurs américains, avec l'accord tacite du gouvernement américain, pour venir travailler aux Etats-Unis. En conséquence de quoi il serait particulièrement anormal de pénaliser leurs enfants – qui n'étaient pas parties à cet accord – en les contraignant à vivre dans l'ombre dans la seule société qu'ils connaissent. La Cour suprême a résumé cette situation de la façon suivante dans *Plyler* : « Même si l'Etat a trouvé cet expédient de contrôler la conduite des parents en prenant des mesures contre leurs enfants, une législation qui fait peser les conséquences du comportement des parents sur leurs enfants n'est pas compatible avec les notions fondamentales de justice ». En dépit de leur présence irrégulière, la Cour qualifie ceux-ci dans *Plyler* de « productifs et respectueux des lois ».

- 12 Les autres arguments fondés sur l'équité ou la justice reposent sur le troisième thème de *Plyler* et insistent sur la nécessité d'intégrer les étrangers en situation irrégulière. Ils font déjà partie de la société américaine sous de nombreux aspects, étant le plus souvent arrivés jeunes et depuis longtemps. Ils n'ont que peu ou pas de contacts avec le pays d'origine de leurs parents. Dans cette perspective, l'irrégularité de leur séjour est contrebalancée par l'intensité des liens qu'ils ont tissés avec les Etats-Unis. J'ai utilisé le terme « *immigration comme affiliation* »¹⁵ pour décrire l'idée que la loi doit reconnaître les liens tissés avec les individus ou les communautés. L'alternative – leur refuser l'accès à un statut légal – les relèguerait dans une situation de désavantage permanent. Compte tenu de leur innocence, ajoute ce type d'argumentation, achever leur intégration répond à un impératif moral.
- 13 Si l'on aborde les arguments d'ordre pragmatique en faveur du *DREAM Act*, la conjugaison entre le thème de la complexité de l'immigration irrégulière et de la nécessité de l'intégration joue également un rôle essentiel mais différent. S'agissant de la complexité du phénomène de l'immigration irrégulière, les thèses pragmatiques partent du constat que le gouvernement n'a qu'un contrôle limité sur les aspects de base de l'immigration en dehors du cadre légal. Même avec des lois plus strictes ou davantage de forces de l'ordre, un volant important d'immigration irrégulière persistera, compte tenu de la tolérance par les autorités d'une importante population irrégulière destinée à fournir une main d'œuvre corvéable. Exprimant ce principe, *Plyler* note que les écoliers en question dans l'affaire ont un « lien permanent » avec les Etats-Unis et qu'il est « improbable qu'ils quittent jamais ce territoire ». C'est également le cas de la vaste majorité des bénéficiaires du *DREAM Act*, et ce sera le cas de leurs enfants.
- 14 S'agissant de la nécessité d'intégration, les arguments pragmatiques insistent sur le fait que ces jeunes gens sont déjà intégrés à la société américaine de multiples façons. Mais sans régularisation, leur intégration complète n'est pas possible et les Etats-Unis souffriront les conséquences de la présence en leur sein d'une population marginalisée. Par contraste, une situation régulière permettra à ces enfants, à leurs enfants et petits-enfants, d'apporter une contribution positive à la société. Les exigences d'études universitaires ou d'un engagement dans l'armée vont dans ce sens. On peut même dire que le *DREAM Act* s'insère dans une stratégie plus large du ministère de la Défense pour compléter les rangs d'une armée de métier¹⁶.

- 15 Les arguments contre le *DREAM Act* peuvent également être analysés selon une grille distinguant les considérations de justice, de pragmatisme ou la combinaison des deux. Là encore, on peut clarifier les choses en se référant aux thèmes de *Plyler* : la complexité de l'immigration irrégulière et l'intégration des étrangers en situation irrégulière. Les objections fondées sur des questions de justice partent de l'idée que l'immigration irrégulière n'a rien de complexe. Il s'agit de personnes qui violent délibérément la loi, comme l'ont fait leurs parents avant eux. Si on assimile l'immigration à un contrat, ils l'ont rompu en violant la loi. Les parents font souvent des choix dont leurs enfants doivent supporter les conséquences. Et même en admettant que ces enfants n'étaient pas responsables de leur entrée irrégulière, rien ne les empêche désormais de partir. Selon cette thèse, leur demande de régularisation ne repose sur aucun motif légitime et leur accorder affaiblirait l'Etat de droit.
- 16 S'agissant de l'intégration, les arguments contre le *DREAM Act* formulés dans une perspective de justice rejettent l'idée que ces étrangers auraient un droit à faire partie de la société américaine. Ce ne sont pas des Américains en puissance¹⁷ et leur intégration n'est pas un objectif légitime de politique publique. Dans cette perspective, la loi ne doit reconnaître aucun des liens qu'ils ont développés, en particulier parce que cela leur permettrait d'accéder à des ressources publiques limitées. Du point de vue de l'Etat de droit, l'autre argument utilisé est que les immigrés en situation irrégulière ne devraient pas être récompensés par l'octroi d'un un coupe-file par rapport aux immigrants qui respectent les règles.
- 17 Les objections d'ordre pragmatique au *DREAM Act* s'articulent également autour des thèmes de *Plyler*. Si on se focalise sur l'irrégularité en elle-même, les personnes qui sont illégalement présentes sur le territoire américain posent un problème direct que le gouvernement peut résoudre en les arrêtant et les éloignant, ou en leur rendant la vie difficile jusqu'à ce qu'ils partent. Ces pratiques sont nécessaires, selon cette argumentation, pour rendre effectives la politique de contrôle des frontières et les règles régissant l'entrée sur le territoire américain.
- 18 Pour ce qui est de l'intégration, les objections d'ordre pragmatique consistent à faire valoir qu'une mise en œuvre effective des lois sur l'entrée et le séjour peut minimiser ou éliminer le besoin d'intégrer les étrangers en situation irrégulière. Il est erroné de penser qu'une personne en situation irrégulière a vocation à rester indéfiniment dans le pays. La mise en œuvre des lois serait vaine si on part du principe qu'elle est inefficace, en particulier si la régularisation des enfants crée une incitation pour que les parents immigrer aux Etats-Unis. Par contraste, une politique de fermeté peut faire de l'expulsion¹⁸ (y compris par retour volontaire) une alternative pragmatique à l'intégration des enfants en situation irrégulière aux USA.
- 19 Ces arguments pour et contre le *DREAM Act* méritent de faire l'objet d'une discussion plus approfondie, ce qui sera fait plus loin dans l'article, mais à ce stade, je ferai deux remarques provisoires. L'une est que les deux camps en présence se fondent sur des perspectives totalement opposées s'agissant de la complexité de l'immigration irrégulière et de la nécessité de l'intégration. Mon autre observation est que les deux thèses se réclament à la fois de la justice et du pragmatisme. La question suivante est de savoir comment ce schéma peut s'appliquer à d'autres instruments ou dispositifs qui conduisent à conférer un statut légal à des étrangers qui en seraient autrement privés. On va maintenant aborder la question de l'acquisition d'un statut légal par l'obtention de la citoyenneté elle-même.

II. La citoyenneté américaine à la naissance¹⁹ : le droit du sol intégral

- 20 Le XIV^e amendement de la Constitution des Etats-Unis confère la nationalité américaine à la naissance sur la base du *jus soli*. Cela signifie que tous les enfants nés sur le sol des Etats-Unis sont citoyens américains sans qu'il faille distinguer selon le statut de leurs parents. Cela inclut les enfants dont les parents sont des migrants en situation irrégulière. Seuls les enfants de diplomates n'acquièrent pas la citoyenneté américaine de cette façon²⁰. Cette interprétation de la clause de citoyenneté du XIV^e amendement a été affirmée depuis plus d'un siècle, mais elle a fait l'objet d'attaques récentes par des auteurs qui considèrent qu'elle repose sur une interprétation erronée de la Constitution²¹. D'autres critiques, même s'ils admettent l'existence de cette règle, estiment qu'elle est mauvaise en termes de politique publique²². Au cours des dernières décennies, le Congrès a examiné mais jamais approuvé plusieurs amendements à la Constitution qui excluraient l'octroi de la citoyenneté lorsque les parents ne sont pas en situation irrégulière.
- 21 On pourrait croire que le *DREAM Act* et le XIV^e amendement posent des problèmes différents. L'un confère la citoyenneté, l'autre un statut légal d'immigration. Le droit du sol s'applique aux enfants nés aux Etats-Unis, le *DREAM Act* s'applique à des enfants nés à l'étranger et qu'on a amenés aux Etats-Unis. A y regarder de plus près, toutefois, on voit qu'ils partagent le même effet : conférer un statut légal à des personnes qui, dans le cas contraire, en seraient privées.
- 22 La similitude devient claire si l'on imagine deux variantes du droit actuel. Une de ces variantes fait l'hypothèse qu'il n'existe pas de droit du sol. Dans un tel système – qui est celui qui s'applique dans de très nombreux pays – les enfants nés aux Etats-Unis de parents en situation irrégulière seraient également privés de statut légal. Ils deviendraient des bénéficiaires potentiels d'une législation telle que le *DREAM Act*. La seconde variante consiste à imaginer qu'un enfant amené aux Etats Unis alors qu'il était encore jeune devienne automatiquement américain après avoir vécu dans le pays un certain nombre d'années. Cette seconde variante, si son champ d'application était suffisamment large, éliminerait le besoin d'un *DREAM Act*. Ces lois imaginaires montrent que le *DREAM Act*, le droit du sol et d'autres méthodes conférant un statut légal ont en pratique les mêmes effets. Au gré des caprices du destin, le fait que le droit du sol intégral fasse partie du droit positif – mais que le *DREAM Act* et la naturalisation automatique des personnes arrivées durant leur enfance n'en fassent pas partie – divise souvent les enfants d'une même famille. Les aînés n'ont pas de statut régulier tandis que les plus jeunes nés après l'arrivée de leurs parents sont citoyens américains²³.
- 23 Réflétant le recoupement entre ces deux problématiques, les objections traditionnelles au droit du sol intégral adoptent souvent des approches similaires sur les thèmes de l'arrêt *Plyler*, en alternant là encore les arguments de justice et de pragmatisme. La présence irrégulière n'a rien de complexe, selon cette thèse. Quand des étrangers sont clairement en situation irrégulière, accorder à leurs enfants un droit aussi précieux que la citoyenneté mine les fondements de l'Etat de droit et de la justice. De plus, et toujours selon cette argumentation, le gouvernement des Etats-Unis est fondé sur le consentement des gouvernés, mais la présence des étrangers en situation irrégulière n'a elle-même pas été consentie. Selon la perspective de « l'immigration comme

contrat », les parents illégalement présents aux Etats-Unis ne devraient pas être mesure d'imposer unilatéralement la présence de leurs enfants à la société américaine par l'octroi automatique de la citoyenneté. Et, dans une perspective pragmatique, une mise en œuvre effective des lois sur l'immigration suppose d'éliminer les incitations au séjour irrégulier, ce qui suppose en retour d'abroger les lois conférant la citoyenneté aux enfants sans distinguer selon le statut régulier ou irrégulier des parents.

- 24 Les arguments en faveur du droit du sol intégral partent généralement du principe que la différence entre détenir la citoyenneté américaine et en être privé est profonde. Si les parents sont dépourvus de statut régulier, il est probable que leurs enfants, s'ils sont privés de la citoyenneté, seront également dépourvus d'un statut légal. A partir de là, ces arguments reprennent ceux en faveur du *DREAM Act* s'appuyant sur la complexité de l'immigration irrégulière et la nécessité d'intégrer les immigrants. Les arguments fondés sur l'équité et la justice insistent sur le fait que même si les enfants (et leurs parents) séjournent irrégulièrement aux Etats-Unis, ils sont innocents de cette situation. Ils sont venus aux Etats-Unis dans le cadre d'une tolérance généralisée vis-à-vis de l'immigration irrégulière. De plus, leur intégration est un objectif important et, sans la nationalité américaine, les obstacles pratiques et psychologiques à leur intégration dans la société seront insurmontables. Les arguments pragmatiques en faveur du droit du sol reprennent également ceux en faveur du *DREAM Act*, en s'appuyant sur la complexité du phénomène de l'immigration irrégulière pour prédire que ces enfants demeureront indéfiniment aux Etats-Unis. La perspective d'un éloignement étant improbable, leur accorder la citoyenneté est essentiel pour encourager leur contribution à la société et empêcher leur marginalisation.

III. La situation des enfants

- 25 Les arguments en faveur du *DREAM ACT* et du droit du sol intégral ont en commun de mettre l'accent sur la situation des enfants. Ce trait commun mérite l'attention, car une question clef est de déterminer si les termes du débat sur le droit et les politiques publiques diffèrent lorsque la situation des enfants est moins centrale. En premier lieu, les enfants évoquent l'idée d'innocence – parfois également formulée comme l'absence de conduite blâmable, de culpabilité ou de responsabilité. L'innocence était un élément essentiel du raisonnement de *Plyler* en faveur du droit constitutionnellement garanti d'accéder à l'enseignement primaire et secondaire public. Dans les arguments en faveur du droit du sol intégral et du *DREAM Act*, le thème de l'innocence joue un rôle similaire pour fonder le refus de marginaliser les jeunes gens même s'ils sont présents irrégulièrement aux Etats-Unis.
- 26 La thématique des enfants introduit aussi une dimension temporelle²⁴. Un des arguments de base en faveur du *DREAM Act* est le fait que le besoin d'intégrer les enfants dans le futur est plus important que leur présence irrégulière aujourd'hui. De même, le droit du sol garanti par le XIV^e amendement confère aux enfants le statut légal qui est un des points d'appui de leur intégration lorsqu'ils grandiront aux Etats-Unis. Le *DREAM Act* comme le droit du sol envisagent le droit de l'immigration et de la nationalité dans une perspective tournée vers l'avenir, qui insiste sur l'intégration plutôt que sur la situation juridique actuelle au regard des lois sur l'entrée et le séjour.
- 27 La thématique des enfants souligne également le rôle de la famille. Beaucoup de familles dont les parents sont dépourvus d'un statut régulier incluent des enfants qui

sont citoyens américains en application du XIV^e amendement. Le recensement officiel de la population américaine indique que 5,5 millions d'enfants nés aux Etats-Unis ont au moins un parent irrégulier²⁵. Le *DREAM Act* permettrait de façon similaire l'accès à un statut légal pour un nombre significatif d'enfants dont les parents sont en situation irrégulière. Ce faisant, le *DREAM Act* et le droit du sol élargissent la perspective du droit l'immigration et de la nationalité, qui n'est plus focalisé sur l'individu mais sur la famille.

- 28 Cet élargissement de la perspective fait partie du processus d'intégration des immigrants dans la société américaine. Les enfants de famille d'immigrés ont généralement plus de chance que leurs parents de s'intégrer sur le plan social, linguistique et sur les autres plans. C'est vrai quel que soit le statut juridique de l'enfant, mais encore plus si l'enfant est en situation régulière ou détient la citoyenneté américaine, qui lui permettent d'agir comme un intermédiaire culturel entre ses parents et le segment central de la société, en dehors des enclaves immigrées. Leur rôle d'intermédiaire débute souvent par un rôle d'interprète entre leurs parents et leurs enseignants, interprétation qui ne porte pas seulement sur la langue anglaise mais aussi sur le système scolaire et sur la société américaine en général. En ce sens, une conséquence importante du droit du sol intégral aussi bien que du *DREAM Act* est de permettre de faciliter non seulement à l'intégration des enfants eux-mêmes, mais aussi celle de leur famille.
- 29 Les aspects du droit du sol intégral de naissance et du *DREAM Act* concernant les enfants peuvent à leur tour donner lieu à de fortes objections. L'une est que le droit du sol intégral accordé à la naissance crée ce que qui est parfois désigné de façon péjorative comme des « bébés d'arrimage » (« *anchor babies* »), qui peuvent solliciter un regroupement familial ou une régularisation au profit de leurs parents. Il s'agit d'un mythe, dans la mesure où des enfants de nationalité américaine doivent atteindre 21 ans avant de pouvoir déposer une demande un titre de séjour pour leurs parents²⁶. Cette erreur mise à part, le fondement de cette objection est que l'implication des enfants ne devrait faire aucune différence. Selon cette argumentation, enfants ou pas enfants, l'Etat de droit exige que la régularisation du séjour ou l'octroi de la nationalité ne viennent pas récompenser une conduite illégale. Cette objection se fait encore plus véhémente lorsqu'il s'agit d'examiner des propositions de régularisation à grande échelle.

IV. Les projets de régularisation à grande échelle

- 30 La loi sur la réforme et le contrôle de l'immigration (« *Immigration Reform and Control Act* » – IRCA) de 1986 a permis à environ 2,7 millions d'étrangers en situation irrégulière de devenir des résidents permanents – plus de 80 % de la population estimée d'étrangers en situation irrégulière à la date de la loi²⁷. Aux termes du programme de régularisation de l'IRCA, un ressortissant étranger qui avait résidé aux Etats-Unis depuis le 1^{er} janvier 1982 disposait d'une période de douze mois à partir de mai 1987 pour solliciter le statut de résident temporaire, puis de trois ans pour devenir un résident permanent. Cette seconde étape nécessitait une résidence continue aux Etats-Unis. Une condamnation pour un crime ou pour trois délits aux Etats-Unis faisait obstacle à la régularisation. Les demandeurs devaient justifier d'une compréhension minimale de la langue anglaise et de connaissances de base en histoire des Etats-Unis et en instruction civique ou d'une

inscription à une formation sur ces matières. Une dispense de ces tests était possible pour les personnes de plus de soixante-cinq ans. L'IRCA comprenait également un second volet, applicable aux salariés agricoles ayant effectué plus de 90 jours de travaux saisonniers entre mai 1985 et mai 1986. Ils pouvaient obtenir le statut de résident permanent en accomplissant trois années supplémentaires de travaux agricoles.

- 31 L'IRCA fut l'objet de controverses, pas seulement s'agissant du volet régularisation, mais aussi de ses autres aspects – sanctions contre les employeurs, mesures pour lutter contre les discriminations en résultant, programme d'admission temporaire de travailleurs agricoles, renforcement de la police aux frontières. Son volet régularisation était contestable pour tous ceux qui considèrent qu'une campagne de régularisation, quelle qu'elle soit, est un affront à l'Etat de droit. Beaucoup de ces voix critiques faisaient également valoir que ce programme incitait aux demandes frauduleuses. A l'inverse, d'autres types de critiques faisaient valoir que l'IRCA n'allait pas assez loin. Parce qu'elle était limitée aux personnes ayant déjà résidé aux Etats-Unis pendant près de cinq ans, la loi excluait un nombre significatif de migrants en situation irrégulière. Elle excluait aussi les membres de famille qui ne remplissaient pas par eux-mêmes les conditions de régularisation, notamment parce qu'ils étaient arrivés après la date limite de janvier 1982²⁸.
- 32 Dans la période récente, le Congrès a examiné et rejeté différents projets de régularisation à grande échelle²⁹. Ils varient dans leur contenu mais comportent des éléments communs. Comme l'IRCA, ils visaient à régulariser un pourcentage significatif des migrants en situation irrégulière aux Etats-Unis. Le nombre de personnes éligibles et de celles qui présenteraient effectivement une demande a fait l'objet de beaucoup de spéculations. Le projet qui, dans la période récente, a été le plus proche d'être adopté, était la proposition sénatoriale 1639, examinée en 2007³⁰. Elle aurait instauré un nouveau visa, dénommé visa Z³¹, pour les migrants en situation irrégulière. Pour pouvoir présenter une demande, le candidat aurait dû résider aux Etats-Unis le 1^{er} janvier de l'année en cause. Il aurait dû payer une amende de 1000 dollars et une série d'autres frais, fournir des données biométriques et conserver son emploi. Le contenu du casier judiciaire aurait pu être un motif de refus.
- 33 Les visas de type Z auraient eu une durée de validité initiale de quatre ans. Leur renouvellement aurait nécessité de justifier « d'un effort pour acquérir une compréhension de l'anglais et de l'instruction civique américaine ». Pour utiliser une formule familière, ils auraient nécessité des demandeurs « qu'ils aillent prendre une place au bout de la file » mais leur auraient ouvert un chemin vers la citoyenneté. Ils n'auraient pu devenir résidents permanents qu'après que toutes les personnes ayant fait une demande classique de carte de résident au moins deux ans avant l'application de la loi aient obtenu satisfaction³². Ce n'est qu'à ce moment-là que les possesseurs de visa Z auraient pu solliciter un statut de résident permanent, mais à condition de présenter la demande depuis l'étranger et d'acquitter une autre amende de 4 000 dollars. Et ce n'est également qu'à ce moment-là que se serait déclenché le délai de cinq ans de résidence permanente avant de pouvoir solliciter la citoyenneté américaine.
- 34 Les projets de régularisation à grande échelle présentent des similitudes avec le *DREAM Act*, mais beaucoup plus d'étrangers en situation irrégulière en auraient bénéficié. Une législation construite sur le modèle du projet sénatorial 1639 bénéficierait

probablement à un pourcentage important des 11 ou 12 millions d'étrangers en situation irrégulière aux Etats-Unis³³. Le *DREAM Act* permettrait à largement plus d'un million de jeunes gens de devenir résidents permanents³⁴. Il s'agit d'un nombre non négligeable et significatif, mais qui ne représente qu'une petite fraction de la population concernée par une régularisation à grande échelle.

- 35 Lorsqu'on inclut les projets de régularisation à grande échelle dans le champ de la discussion déjà menée à propos du *DREAM Act* et du droit du sol intégral, la première question est de savoir si le même type d'arguments favorables et d'objections peut s'appliquer aux trois catégories. Dans *Plyler*, la Cour suprême insistait sur le fait que ce sont les parents de ces enfants qui avaient décidé de les emmener aux Etats-Unis. De même, les arguments en faveur du *DREAM Act* et du droit du sol semblent s'appliquer plus spécialement à la situation des enfants. Il peut sembler naturel d'approuver le droit du sol intégral et d'être en faveur du *DREAM Act*, mais d'hésiter à soutenir l'idée d'une régularisation à grande échelle.
- 36 A y regarder de plus près, cependant, les arguments en faveur du *DREAM Act* et du droit du sol intégral militent tout aussi fortement pour une régularisation à grande échelle. Cela s'explique par le fait que les arguments en faveur de ces trois instruments partagent une approche très similaire de la complexité du phénomène de l'immigration irrégulière et de la nécessité d'intégrer les étrangers en situation irrégulière. Mais une question clef pour tester les différences potentielles est de savoir si les arguments en faveur de la régularisation deviennent plus faibles si les enfants ne sont pas immédiatement concernés.
- 37 Si l'accent est mis sur des considérations de justice, l'innocence des enfants fait qu'il peut sembler moins juste de leur refuser l'accès à un statut régulier. Mais les considérations relatives à la complexité de l'immigration irrégulière et à la nécessité de l'intégration peuvent s'appliquer également aux adultes. La complexité de l'immigration irrégulière est la conséquence prévisible d'un système d'immigration qui tolère la présence d'une importante population irrégulière, même si cela n'exclut pas que les autorités fassent preuve de dureté dans l'application des lois sur l'entrée et le séjour. Cette politique consistant, dans les faits, à maintenir un volant de main d'œuvre flexible composé de migrants en situation irrégulière, ne reflète pas seulement une façon de mettre en œuvre la politique de l'immigration mais également une politique de développement économique international. Compte-tenu des attaches importantes des migrants aux Etats-Unis et de leur contribution à l'économie, les considérations de justice qui plaident pour l'intégration des migrants en situation irrégulière sont aussi importantes pour les adultes que pour les enfants.
- 38 Cette perspective combinée sur la présence irrégulière et sur l'intégration a été le fondement conceptuel du raisonnement de *Plyler*. Bien sûr, le point de droit tranché dans cette décision était limité aux enfants et à l'accès à l'enseignement primaire et secondaire public. Toutefois, de façon plus générale, une partie essentielle du fondement conceptuel de *Plyler* repose sur l'idée que prendre en compte la notion de responsabilité en matière de droit de l'immigration suppose bien davantage que d'obliger les individus à supporter les conséquences de choix librement opérés. Faisant référence à l'histoire américaine de l'immigration, la Cour a compris que des réalités économiques et des politiques gouvernementales contraignaient les choix apparemment libres des individus plus profondément que les contours superficiels de la loi écrite. Dans cette perspective, il est injuste de marginaliser plutôt que d'intégrer

les étrangers – adultes aussi bien qu'enfants – dont la présence irrégulière est un phénomène bien plus complexe que la simple distinction entre ce qui est légal et illégal pourrait suggérer.

- 39 Dans une perspective pragmatique, la complexité de l'immigration irrégulière est importante parce qu'il est inenvisageable en pratique d'expulser 11 millions de personnes. Cet obstacle pratique ne tient pas seulement aux moyens qui seraient nécessaires pour mettre en œuvre une telle mesure, mais aussi au coût économique et politique de l'expulsion d'une partie substantielle de la force de travail des Etats-Unis. Ces travailleurs apportent une contribution significative à l'économie américaine et sont fortement intégrés dans les quartiers où ils vivent, les lieux de travail et les communautés. Bien qu'une économie souterraine avec une population exploitée soit aussi une alternative à l'expulsion, il est plus pertinent, d'un point de vue pragmatique, d'utiliser la régularisation pour intégrer les migrants en situation irrégulière et, en retour, augmenter leur contribution à la société. Le pragmatisme, comme la justice, trouve une application aussi forte s'agissant des adultes que des enfants.
- 40 Les personnes qui militent à la fois pour l'adoption du *DREAM Act* et pour une régularisation à grande échelle ont dû faire des choix difficiles dans leur stratégie de *lobbying*. Au moment où, dans la dernière décennie, l'objectif d'une régularisation à grande échelle semblait politiquement atteignable, la similitude entre les arguments en faveur du *DREAM Act* et d'une régularisation à grande échelle a fait naître la tentation de rechercher une régularisation massive plutôt que de se contenter du *DREAM Act*. Mais quand le vent a tourné dans la vie politique, en particulier lorsque la polarisation entre les partis s'est accentuée et que les Démocrates ont perdu au Sénat la majorité qualifiée qui permet de passer outre l'obstruction de la minorité, le *DREAM Act* est revenu au centre des campagnes d'opinion en faveur de la régularisation.
- 41 Lorsqu'on se trouve dans ces phases d'élaboration d'une stratégie politique, les similitudes entre les arguments plaidant pour la régularisation à grande échelle et le *DREAM Act* tendent à s'effacer de la rhétorique. La tentation est forte – peut-être irrésistible – de mettre l'accent sur l'innocence des enfants qu'on a emmenés aux Etats-Unis alors qu'ils étaient encore jeunes. Et tout aussi forte est la tentation de citer en exemple des jeunes gens aux résultats scolaires excellents, dont beaucoup ont réussi à être admis dans des universités et des établissements d'enseignement supérieur très sélectifs. Assurément, les « premiers de la classe » font davantage impression sur l'opinion que les élèves qui achèvement péniblement leur études au lycée ou qui décrocheront avant d'avoir obtenu leur diplôme. Et les arguments en faveur du *DREAM Act* peuvent toucher un public plus large que ceux en faveur d'une régularisation à grande échelle. Il est compréhensible que les groupes qui font du *lobbying* en faveur du *DREAM Act* mettent l'accent sur les « bons » étrangers, les immigrés modèles auxquels cette législation bénéficierait. D'un point de vue plus fondamental, toutefois, les arguments fondés sur des considérations de justice et de pragmatisme s'appliquent à tous les enfants, par seulement les têtes de classe, et ils s'appliquent également aux adultes.

V. L'Etat de droit

- 42 Les objections à toute forme de mécanisme – y compris le *DREAM Act*, le droit du sol intégral et la régularisation à grande échelle – qui régularise le séjour ou attribue la

nationalité méritent d'être sérieusement examinées. Une objection de base consiste à soutenir que la politique publique consistant *de facto* à tolérer ou encourager l'immigration irrégulière n'a jamais réellement existé. Si l'on se place dans la perspective de l'« *immigration comme contrat* », le contrat, c'est la loi elle-même, et les immigrés en situation irrégulière ont violé à la fois la loi et le contrat. Autrement dit, les carences de la politique de contrôle ne sont pas une source d'espérances légitimes pour les étrangers en situation irrégulière et ces carences ne devraient pas imposer de contraintes à la politique du gouvernement des Etats-Unis. D'ailleurs, parler de politique publique *de fait* paraît bien admettre l'idée que cette ligne n'a jamais été la politique officielle.

- 43 Si on se place de ce point de vue sceptique, la pertinence d'une quelconque politique publique de fait, à supposer même qu'elle existe, est douteuse. Le tournant important en faveur de contrôles et de sanctions plus strictes introduit par les amendements de 1996 à l'*Immigration and nationality act (INA)*³⁵ reflétait un effort délibéré pour modifier les politiques publiques de façon à couper court à toutes les accusations de « mollesse » délibérée, telles qu'elles pouvaient être alimentées par l'état des pratiques de l'administration avant 1996. Selon ce point de vue, même si des politiques publiques de fait ont pu inciter à l'immigration irrégulière dans le passé, cette histoire n'a pu engendrer aucune obligation morale ou légale, aucune espérance légitime en la perpétuation de ce système.
- 44 J'ai expliqué en quoi les objections au *DREAM Act*, au droit du sol intégral et à la régularisation à grande échelle divergent fortement de l'approche de la complexité de l'immigration irrégulière et de l'intégration qui est celle de *Plyler*. S'agissant de la présence irrégulière, l'objection est que tout étranger sans autorisation de séjour est un étranger en situation irrégulière, purement et simplement. Et qu'il n'existe aucune obligation ou considération politique justifiant d'encourager ou de tolérer l'intégration de personnes en situation irrégulière. Ce raisonnement conduit logiquement à une opposition déterminée à toute forme d'amnistie³⁶.
- 45 Un argument du même ordre est que toute forme d'accès à un statut légal pour les étrangers en situation irrégulière ou leurs enfants encouragera inévitablement davantage d'immigration en dehors du cadre légal. La raison en étant que toute forme de régularisation (« *legalization* ») augmente l'espoir que d'autres régularisations interviennent dans le futur et devient une incitation à l'immigration irrégulière aux Etats-Unis. Il y a plusieurs façons de considérer cet argument. Bien sûr, décider d'une loi de régularisation rend l'adoption d'une autre régularisation plus probable que si le Congrès n'avait jamais décidé d'un tel programme. Mais cela ne veut pas dire que la probabilité plus importante de régularisation dans le futur accroîtra à son tour le nombre de migrants désireux de venir aux Etats-Unis ou la taille de la population d'irréguliers.
- 46 La plupart des migrants qui viennent aux Etats-Unis le font parce qu'ils peuvent y trouver un travail dont la rémunération est tellement supérieure à celle qu'ils pourraient avoir dans leur pays que cela justifie des risques et des sacrifices considérables pour atteindre cet objectif. Bien que la perspective d'une régularisation future puisse jouer un rôle, les risques et avantages d'un franchissement irrégulier de la frontière ont une influence beaucoup plus importante sur les décisions personnelles. La perspective d'une régularisation est toujours lointaine, et beaucoup d'étrangers en situation irrégulière n'ont pas de projet ou d'espoir d'installation permanente. S'ils

savaient qu'ils pourront uniquement vivre aux Etats-Unis pour quelques années avec un salaire bien meilleur que celui qu'ils ont dans leur pays, il est probable qu'ils viendraient quand même.

- 47 En même temps, la crainte que la régularisation puisse créer une incitation – ou, à tout le moins, éliminer un facteur de dissuasion – pour l'immigration irrégulière a des racines trop profondes pour qu'elle puisse être simplement évacuée en invoquant les raisons pour lesquelles les personnes émigrent. L'objection principale est plus profonde : accorder une régularisation revient à *cautionner* la violation de la loi, même si ce n'est pas forcément ce qui *cause* la violation de la loi. Cette caution est problématique en elle-même, quelles que soient par ailleurs ses conséquences pratiques. L'approbation donnée à des comportements et les symboles sont importants dans l'élaboration et l'application des lois et dans le soutien que la population leur accorde. L'expression qui capture cet enjeu est celle d'*Etat de droit*³⁷³⁸. Dans cette perspective, toute forme de régularisation est condamnable, car elle équivaut à un refus de mettre en œuvre les lois sur l'immigration.
- 48 Pour évaluer le poids de cet argument, la difficulté est de donner du contenu à l'idée d'*Etat de droit*. Lorsqu'elles débattent de la régularisation – et de l'immigration irrégulière en général –, les parties en présence invoquent fréquemment cette expression, mais avec des significations différentes. Dans ce qui va suivre, j'examine quatre exemples qui montrent comment l'interprétation de cette notion peut varier fortement, selon que les décideurs acceptent l'approchent de *Plyler* sur la complexité de l'immigration irrégulière et la nécessité d'intégrer les migrants en situation irrégulière, ou au contraire la rejettent.
- 49 Le premier exemple concerne l'exercice du pouvoir discrétionnaire (« *discretionary relief* »). Une des mesures qui peuvent être obtenues dans l'exercice de ce pouvoir est connue sous le nom d'annulation de la mesure d'éloignement (« *cancellation of removal* ») et peut conduire à l'octroi d'un statut de résident permanent à une personne en situation irrégulière. En 1996, le Congrès a restreint les possibilités d'annulation d'une mesure d'éloignement pour un étranger en situation irrégulière. La question de savoir si cette modification est conforme à l'*Etat de droit* dépend de la conception qu'on a de ces mesures de retrait : mesures normales ou exceptionnelles. Si l'*Etat de droit* exige la mise en œuvre des lois contre les migrants en situation irrégulière, ces limites peuvent sembler justifiées, car l'annulation est une mesure gracieuse accordée à titre exceptionnel, et devrait le rester. Mais si les décisions sont déjà encadrées par des règles légales qui posent des conditions préalables, imposent la justification de la gravité des conséquences de la mesure pour l'intéressé, ainsi que d'autres standards, limiter cette possibilité d'annulation peut affaiblir l'*Etat de droit*.
- 50 Un deuxième exemple est celui de la procédure de contrôle (« *review* ») des mesures d'éloignement. La partie perdante devant la juridiction administrative spécialisée de première instance (« *immigration court* ») peut interjeter appel devant l'instance d'appel, le « *Board of immigration Appeals* » (BIA), une juridiction administrative de quinze membres au sein du ministère de la Justice³⁹. Si le BIA décide en faveur de l'étranger, le département de l'immigration peut former un recours devant le ministre de la Justice⁴⁰. Si le BIA rend une décision favorable au gouvernement, l'étranger qui souhaite former un recours peut le faire devant les juridictions fédérales de droit commun⁴¹.

- 51 En 1996, le Congrès a adopté plusieurs dispositions visant à limiter la compétence des juridictions fédérales de droit commun pour contrôler les mesures d'éloignement (« *removal orders* »). Certaines de ces restrictions étaient fondées sur la nature de l'affaire ou sur la catégorie d'étranger en cause. Une de ces dispositions limite sévèrement la possibilité de contrôler des mesures d'éloignement fondées sur des condamnations pénales. La même loi de 1996 élimine, de façon générale, le contrôle des décisions pour lesquelles le gouvernement dispose d'un pouvoir discrétionnaire. Une autre section de la loi oblige les étrangers à attendre une décision définitive des juges de l'immigration avant de pouvoir former un recours devant les juridictions fédérales en invoquant une erreur des juges de l'immigration. D'autres dispositions rendent difficile de contester des mesures ou pratiques généralisées, imposant que les recours soient examinés individuellement.
- 52 Le fait de limiter les recours disponibles sert-il les intérêts de l'Etat de droit ou va-t-il à leur rencontre ? Si le séjour irrégulier est facile à déterminer et si ses conséquences sont largement automatiques, il peut être plus cohérent avec l'Etat de droit de réduire les cas d'ouverture et l'étendue du contrôle par les tribunaux en limitant le contentieux à des cas individuels et en limitant le recours à l'action de groupe (« *class actions* »). Des possibilités de recours plus larges pourraient produire des délais et des coûts injustifiés⁴². Dans cette optique, tout ce qui excède un contrôle minimal affaiblit l'Etat de droit. Si, en revanche, le séjour irrégulier est quelque chose de complexe, les exigences de l'Etat de droit rendent nécessaire que les tribunaux aillent au-delà de la simple détermination de la régularité du séjour et se demandent si l'administration a exercé son pouvoir d'appréciation dans le respect d'un certain nombre de standards. De plus, toute règle qui limite le contrôle du juge à celui des mesures d'éloignement individuelles, considérées de façon séparée, empêche les tribunaux d'apprécier les problèmes systémiques.
- 53 Comme troisième exemple, intéressons-nous à la question de savoir si la décision de justice⁴³ qui a précédemment décidé qu'un étranger se trouvait en situation irrégulière produit encore des effets dans le présent ou si, au contraire, la situation de l'étranger est susceptible de réexamen. Une affaire récente soulevant cette question concernait la situation d'Humberto Fernandez-Vargas, ressortissant mexicain⁴⁴. Fernandez est entré pour la première fois aux Etats-Unis de façon irrégulière dans les années 1970 et s'est installé dans l'Utah. Il a été expulsé pour l'irrégularité de son séjour, mais il est revenu à plusieurs reprises sur le territoire, en 1982 en dernier lieu. Il a ensuite vécu aux Etats-Unis, fondé une entreprise de transport routier, et il a eu en 1989 un fils de nationalité américaine. En 2001, il a épousé la mère de son fils, également de nationalité américaine. Le gouvernement fédéral l'a finalement arrêté en 2003, et a cherché à remettre en vigueur (« *reinstate* ») la mesure d'éloignement précédemment prise à son rencontre.
- 54 En 1996, le Congrès a amendé l'*Immigration and Nationality Act* pour autoriser le gouvernement à remettre en vigueur des mesures d'éloignements précédemment prises contre un étranger qui est revenu irrégulièrement sur le territoire après avoir fait l'objet d'un éloignement. L'administration n'a pas besoin de saisir un juge de l'immigration pour qu'il émette une nouvelle décision d'éloignement. Quand l'administration a voulu faire application de ces nouvelles dispositions à Fernandez, le problème était qu'il était revenu aux Etats-Unis en 1982, bien avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi en 1997. La nouvelle loi lui était-elle applicable ?

- 55 Non, selon Fernandez, car les lois sur l'immigration ne peuvent avoir d'application rétroactive que si le Congrès l'a clairement prévu, ce qui n'était pas le cas. Fernandez soutenait que remettre en vigueur son ancienne mesure d'éloignement en appliquant la loi de 1997 à sa nouvelle entrée irrégulière, intervenue en 1982, constituait une application rétroactive – et donc prohibée – de la loi. La Cour suprême a rejeté cet argument⁴⁵. Dans l'opinion qu'il a rédigée pour la majorité, le Juge Souter a estimé qu'en rentrant à nouveau aux Etats-Unis et en s'y maintenant irrégulièrement, Fernandez avait violé la loi de façon continue jusqu'à son arrestation en 2003. Dans ces conditions, remettre en vigueur la décision ordonnant son éloignement ne constituait pas une application rétroactive de la loi mais simplement l'application de la loi, en vigueur à compter de 1997, à son séjour aux Etats-Unis jusqu'en 2003. Cette décision reflète l'opinion selon laquelle la mesure d'éloignement de Fernandez et sa ré-entrée irrégulière en 1982 sont un fondement suffisant pour toute conséquence que le Congrès souhaiterait ultérieurement tirer. Dans cette conception de l'Etat de droit, rien de ce qui s'est produit entre 1982 et 2003 ne devrait pouvoir altérer ou atténuer le constat de séjour irrégulier effectué à l'origine.
- 56 Par contraste, l'opinion dissidente du juge Stevens a expliqué en quoi l'entrée irrégulière pouvait être compensée par les attaches que Fernandez a développées lorsqu'il a vécu dans l'Utah pendant plus de trente ans. La circonstance, peu surprenante, que le gouvernement n'ait pas exécuté la précédente mesure d'éloignement contre Fernandez prend plus de poids que la mesure elle-même. Soutenant que la loi violerait le principe de non-rétroactivité si elle se fondait sur l'entrée irrégulière de 1982 pour remettre en vigueur la vieille mesure d'éloignement, Stevens rejette le point de vue selon lequel l'autorité qui s'attache à une mesure d'éloignement prononcée par le juge est analogue à l'autorité de chose jugée qui s'attache à la décision d'une juridiction civile. Dans cette perspective de l'Etat de droit, les tribunaux ne devraient pas suivre aveuglement les appréciations effectuées dans le passé. Au contraire, un réexamen ultérieur pourrait justifier une mesure gracieuse fondée sur l'évolution des circonstances.
- 57 Un quatrième et dernier exemple concerne le droit à bénéficier d'une assistance effective devant les juridictions de l'immigration. Aucune cour n'ayant jamais reconnu l'existence d'une règle constitutionnelle de portée générale conférant aux étrangers en instance d'éloignement l'assistance gratuite d'un avocat⁴⁶, la question qui a été la plus discutée ces dernières années n'est pas de savoir si un avocat doit être fourni aux intéressés, mais ce qui se produit lorsque l'avocat choisi par un étranger fait mal son travail⁴⁷. En 2009, la question du droit à l'assistance effective d'un avocat est devenue critique dans l'affaire *Compean*, qui a entraîné, ce qui est un fait rare, l'intervention successive de deux ministres de la Justice des Etats-Unis (« *attorneys general* »), dont l'un est revenu sur la décision de son prédécesseur.
- 58 L'affaire a eu pour origine trois procédures d'éloignement distinctes concernant trois étrangers. Après avoir vu leur demande rejetée devant les juridictions de l'immigration, chacun de ces étrangers a cherché à obtenir une réouverture de l'affaire, au motif que leur avocat ne les avait pas efficacement défendus, en omettant de présenter des éléments de preuve essentiels ou en s'abstenant de faire produire un mémoire en appel. Dans les derniers mois de la présidence de Georges W. Bush, le ministre de la justice Michael Mukasey, qui détient un pouvoir de révision des décisions des tribunaux de l'immigration, a été saisi d'un recours dans ces trois affaires. Rejetant

les recours dont il était saisi, il a décidé que, parce qu'il n'y a pas de droit à l'assistance d'un avocat dans une procédure d'éloignement, la Constitution ne garantit pas davantage que, lorsqu'un avocat intervient, il assure une « assistance effective ». Cinq mois après le début de la présidence Obama, le ministre de la justice Eric Holder est revenu sur la décision de son prédécesseur, répudiant le raisonnement de Mukasey selon lequel il n'y a pas de droit à l'assistance effective d'un avocat dans les procédures d'éloignement⁴⁸.

- 59 Si beaucoup de migrants en situation irrégulière sont autorisés à rester aux Etats-Unis à la faveur d'un retrait de la mesure d'éloignement et d'autres formes de mesures prises dans le cadre du pouvoir discrétionnaire de l'administration, le constat de l'irrégularité du séjour n'est que le début de l'analyse, et non sa fin. Du point de vue de l'Etat de droit, les décisions accordées dans le cadre du pouvoir discrétionnaire obéissent à des standards qui permettent d'établir si une décision est fondée ou pas. Par conséquent, les exigences de l'Etat de droit devraient conduire à reconnaître le droit à l'assistance effective d'un conseil. A l'inverse, faisons l'hypothèse que les mesures prises dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire sont des mesures purement gracieuses, qui ne sont pas susceptibles d'être comparées en analysant les faits, le raisonnement et la solution adoptée dans des affaires précédentes. Dans ce cas, il serait beaucoup plus difficile de soutenir que les principes de l'Etat de droit requièrent l'assistance effective d'un avocat. Et, à plus forte raison, exiger la présence d'un avocat dans la phase judiciaire ultérieure semblerait relever davantage d'une exigence dilatoire que de la revendication sérieuse d'un droit.
- 60 Ces exemples montrent à quel point la notion d'Etat de droit peut-être malléable. La rhétorique autour du concept d'Etat de droit peut être l'étincelle qui déclenche une discussion productive, mais elle permet rarement à la discussion de progresser vers une conclusion convaincante. Sa substance dépend de la façon dont l'observateur se positionne par rapport aux deux thèmes de l'arrêt *Plyler*, la complexité de l'immigration irrégulière et la nécessité d'intégrer les étrangers en situation irrégulière. Pour certains, la tentation est forte de regarder l'Etat de droit comme absolu, et de commencer et terminer la discussion en brandissant l'épithète *illégal*. Dans cette vision, le séjour irrégulier est un phénomène clair et simple, et non complexe, et il est dans l'intérêt de l'Etat de droit de mettre en œuvre les lois sur l'entrée et le séjour rapidement et efficacement et de rejeter toute idée d'intégration des étrangers en situation irrégulière. Le terme de *régularisation* (« *legalization* »)⁴⁹ semble être un mauvais euphémisme, le terme d'*amnistie* (« *amnesty* ») étant plus adapté pour désigner tout dispositif qui accorde un droit au séjour régulier à des personnes qui ont violé les lois sur l'immigration et à leurs enfants, même si les partisans de ces dispositifs tentent de rejeter l'étiquette d'*amnistie* en imposant aux demandeurs le paiement de pénalités financières et en instaurant des obstacles procéduraux. Cette perspective conduit logiquement à exiger des efforts pour poursuivre et punir l'immigration irrégulière comme un délit pénal.
- 61 Aussi bien l'histoire de l'immigration aux Etats-Unis que l'état actuel du droit et de la politique de l'immigration suggèrent que le séjour irrégulier est un phénomène complexe, que la politique de l'immigration ne se résume pas à mettre en œuvre une distinction simple entre légal et illégal⁵⁰ et que, de plus, les étrangers en situation irrégulière ont des arguments persuasifs pour démontrer leur intégration. Ce contexte devrait guider l'analyse des quatre situations que je viens de décrire. Les limites à

l'annulation ou au retrait des mesures d'éloignement affaiblissent l'Etat de droit, parce que ces mesures sont la façon pour le droit de reconnaître et d'apprécier rationnellement la nécessité d'intégrer les étrangers en situation irrégulière présents de longue date. Bien qu'ils soient dépourvus de statut légal, leur présence irrégulière n'est pas aussi simple que cela. Même s'il y a eu une époque où les officiers de la police aux frontières ou les autres agents de l'administration exerçaient leur pouvoir de façon purement discrétionnaire, leur action est aujourd'hui encadrée par des standards qui permettent, sur la base de la jurisprudence antérieure, de fonder des attentes de régularisation et d'évaluer la validité de ces attentes. Les critères d'éligibilité d'une demande, la notion de conséquences d'une gravité exceptionnelle, ainsi que d'autres standards, sont autant de notions juridiques qui peuvent faire l'objet d'une application cohérente. De même, l'Etat de droit exige un système de contrôle juridictionnel robuste, qui permette de réévaluer la pertinence de décisions antérieures, et une protection constitutionnelle contre l'absence d'assistance effective par les avocats, afin que les décisions et jugements rendus en matière de droit de l'immigration soit conformes à des standards juridiques et permettent l'édification d'un ensemble de règles cohérentes, qui puisse servir de guide.

- 62 De la même façon, l'histoire et l'état actuel du droit de l'immigration suggèrent que les objections au *DREAM Act*, au droit du sol intégral et à la régularisation à grande échelle fondées sur le « respect de l'Etat de droit » manquent de véritable substance. En outre, l'histoire offre différents précédents en matière de régularisation des étrangers en situation irrégulière. Il est important de rappeler que les dispositifs de régularisation ont été utilisés fréquemment et couramment en droit de l'immigration américain⁵¹. Tout cela suggère que les exigences de l'Etat de droit, appliquées au domaine de la régularisation des étrangers, doivent conduire à rechercher quelles sont les situations spécifiques qui justifient d'accorder une régularisation ou d'octroyer la nationalité, et non à s'opposer catégoriquement à ces dispositifs.

NOTES

1. NDT : en droit américain, le terme « citizenship » recouvre à la fois le concept de nationalité et celui de citoyenneté. Dans le présent texte, « citizenship » est synonyme de nationalité et a été traduit comme tel.

2. NDT : littéralement, « loi relative au développement, au secours et à l'éducation des mineurs étrangers », dont l'acronyme anglais signifie « Rêve ».

3. NDT : l'auteur utilise le terme d'« *unauthorized migrants* » que nous traduisons par « étrangers en situation irrégulière ».

4. NDT : le terme utilisé dans le texte original est celui de « *rule of law* ». Bien que les deux notions ne soient pas strictement équivalentes, le terme d'« *Etat de droit* » est celui qui s'en rapproche le plus en langue française et a été retenu pour la traduction.

5. NDT : face à la polémique sur l'utilisation de termes connotés pour désigner les étrangers en situation irrégulière Hiroshi Motomura a forgé, dans le cadre de ses recherches, cette expression

- difficile à traduire- d'« *Outside the law* » signifie autant « *en dehors de la loi* », sans avoir la connotation négative attachée à « *illegal* ».

6. NDT : l'arrêt de la Cour suprême qui a mis un terme à la ségrégation raciale en 1954

7. Thomas Alexander Aleinikoff, David A. Martin, Hiroshi Motomura & Maryellen Fullerton, *Immigration and citizenship: process and policy* 1144 (7th ed. 2012).

8. NDT : l'auteur fait ici allusion à la règle 22 du règlement du Sénat qui, depuis 1975, fixe à soixante – contre 66 auparavant – le nombre de votes nécessaires pour mettre un terme aux débats en cas d'obstruction prolongée et passer au vote. Une majorité de plus de 60 est désignée par l'expression « *filibuster proof majority* ».

9. NDT : « conditional permanent resident », un statut intermédiaire entre le simple séjour temporaire et la carte de résident permanent, qui permet d'accéder ultérieurement au statut de résident permanent

10. Equivalent du ministère de l'Intérieur.

11. Suspension des mesures d'éloignement pour les personnes entrées durant leur enfance.

12. Voir le *Memorandum* de Janet Napolitano, Secretary of Homeland Sec. à David V. Aguilar, Acting Comm'r, U.S. Customs & Border Prot., Alejandro Mayorkas, Dir., U.S. Citizenship & Immigration Servs., & John Morton, Dir. U.S. Immigration & Customs Enforcement, on *Exercising Prosecutorial Discretion with Respect to Individuals Who Came to the United States as Children* (June 15, 2012), disponible à l'adresse <http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/s1-exercising-prosecutorial-discretion-individuals-who-came-to-us-aschildren.pdf>.

NDT : aux Etats-Unis, le pouvoir de régularisation des étrangers par l'administration n'est pas aussi étendu qu'en France, pour des raisons de séparation des pouvoirs (à l'inverse, il arrive que le Congrès lui-même vote des régularisations individuelles). La régularisation administrative sur la base d'un examen individuel (« discretionary relief ») ou la non-exécution d'une mesure d'éloignement reste possible mais ne confère pas un statut légal équivalent à celui offert aux étrangers régularisés sur la base d'une loi.

13. L'article a été écrit avant le dépôt au Sénat en avril 2013 par un groupe bipartisan de 8 sénateurs du projet la réforme de l'immigration.

14. Voir Hiroshi Motomura, *Americans in waiting: the lost story of immigration and citizenship in the United States* 26–62 (2006); Hiroshi Motomura, *Who Belongs? Immigration Outside the Law and the Idea of Americans in Waiting*, 2 U.C.IRVINE L. REV. 359, 373–76 (2012). NDT : Dans son ouvrage *Americans in waiting : the lost story of immigration and citizenship in the United States*, Oxford University Press, 2006, pp. 26-62 analysant la jurisprudence constitutionnelle américaine, le Pr Motomura estime que l'un des trois fondements de la présence des étrangers sur le territoire américain est contractuel.

15. C'est le deuxième fondement de la présence des étrangers aux Etats-Unis analysé par le Pr Motomura dans *Americans in waiting*, ouvr. préc., pp. 80-114.

16. Voir Office of the Under Sec'y of Def. for Pers. & Readiness, *Strategic Plan for Fiscal Years 2010-12*, at 8 (2009), available at http://www.prim.osd.mil/Documents/FY2010-12_PR_StrategicPlan.pdf.

17. En référence au titre de son ouvrage *Americans in waiting* qui repose sur l'idée que, dans la logique du droit américain de l'immigration, tous les migrants légaux ont vocation à devenir citoyens américains.

18. NDT : le terme américain « *deportation* » est traduit ici par « expulsion » dans un sens générique.

19. NDT : rappelons qu'en France, contrairement aux Etats-Unis, le droit du sol ne confère pas, la nationalité à la naissance, sauf lorsque l'un des parents y est lui-même né.

20. Voir *United States v. Wong Kim Ark*, 169 U.S. 649, 693 (1898) (affirmant que le XIV^e amendement confère la nationalité américaine aux personnes nées sur le territoire des Etats-Unis) ; voir aussi Aleinikoff, Martin, Motomura & Fullerton, at 50-80 (décrivant le mécanisme du *jus soli*); Garrett

Epps, *The Citizenship Clause: A "Legislative History,"* 60 AM. U. L. REV. 331, 332-34 (2010). But cf. Peter H. Schuck & Rogers M. Smith, *Citizenship without consent: illegal aliens in the American polity* 118 (1985) (soutenant que le XIV^e amendement devrait être interprété comme excluant de l'attribution de la citoyenneté à la naissance les enfants dont les parents ne bénéficient pas du statut de résidents permanents).

21. Voir par exemple *Dual Citizenship, Birthright Citizenship, & the Meaning of Sovereignty : Hearing Before the Subcomm. on Immigration, Border Sec., & Claims of the H. Comm. on the Judiciary House of Representatives*, 109th Cong. 61 (2005) (prepared statement of John C. Eastman, Professor, Chapman University School of Law); William Ty Mayton, *Birthright Citizenship and the Civic Minimum*, 22 Geo. Immigr. L.J. 221, 224 (2008); Charles Wood, *Losing Control of America's Future—The Census, Birthright Citizenship, and Illegal Aliens*, 22 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 465, 466-68 (1999).

22. Voir Julia Preston, *State Lawmakers Outline Plans to End Birthright Citizenship, Drawing Outcry*, N.Y. TIMES, Jan. 6, 2011, at A16 (décrivant différents projets de législation proposés dans plusieurs États en vue d'établir des certificats de naissances d'un type particulier pour les enfants nés aux États-Unis dont les parents étaient en situation irrégulière).

23. NDT : c'est d'ailleurs le cas d'Hiroshi Motomura lui-même. Comme il l'indique dans l'introduction de l'ouvrage *Americans in waiting*, contrairement à son frère Akira, il n'est pas Américain de naissance. En effet, même si son père est né à San Francisco en 1925 et bénéficiait donc de la citoyenneté américaine de naissance, il est reparti avec ses parents en 1930 au Japon pour ne revenir à San Francisco qu'en 1957, après la naissance d'Hiroshi, qui est devenu citoyen américain par naturalisation à l'âge de 15 ans.

24. Voir Hiroshi Motomura, « We Asked for Workers, But Families Came: Time, Law, and the Family in Immigration and Citizenship », 14 Virginia Journal of Social Policy and the Law, 103, 112-18 (2006).

25. Voir Jeffrey S. Passel & D'Vera Cohn, Pew hispanic ctr., *Unauthorized Immigrant Population: National and State Trends, 2010*, at 13 (2011), available at <http://www.pewhispanic.org/files/reports/133.pdf>.

26. Immigration & Nationality Act (INA) § 201(a), (b)(2)(A)(i), 8 U.S.C. § 1151(a), (b)(2)(A)(i) (2006). En fait, la raison probable de cette exigence est d'empêcher de présenter une demande immédiatement après la naissance d'un enfant aux États-Unis. Bien qu'il soit possible pour des parents en situation irrégulière d'obtenir, sur une base discrétionnaire, l'annulation d'une mesure d'éloignement en invoquant les conséquences négatives de cette mesure pour leur enfant américain, cette mesure n'est accordée que façon exceptionnelle et est subordonnée à des conditions préalables très exigeantes voir INA § 240A(b), 8 U.S.C. § 1229b(b).

27. Voir Ruth Ellen Wasem, Cong. Research Ser., *Alien Legalization and Adjustment of Status: a Primer* 4-5 (2010), available at <http://fpc.state.gov/documents/organization/138728.pdf> [hereinafter Wasem, *Primer*]; see also Ruth Ellen Wasem, Cong. Research Ser., *Unauthorized Aliens Residing in the United States: Estimate Since 1986* 1-2 (2011), disponible à l'adresse <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL33874.pdf>. et plus généralement Immigration Reform and Control Act of 1986, Pub. L. No. 99-603, 100 Stat. 3359 (codifié de façon éparse au titre 8 du code fédéral des lois, le US Code) (codifié au of Title 8 of the United States Code).

28. NDT : Des textes ultérieurs corrigèrent ce problème de la loi de 1986 en accordant à ces membres de famille un statut de résidents temporaires jusqu'à ce qu'ils puissent accéder à un statut de résident permanent selon les règles du droit commun.

29. Voir par exemple., Comprehensive Immigration Reform for America's Security and Prosperity (CIR ASAP) Act of 2009, H.R. 4321, 111th Cong. (2009); Agricultural Job Opportunities, Benefits, and Security (AgJOBS) Act of 2009, S. 1038, 111th Cong. (2009).

30. NDT : Rappelons que l'article a été écrit avant que ne soit dévoilé par un groupe bipartisan de 8 sénateurs en 2013 une réforme de l'immigration qui permettrait, si elle était adoptée par le

Congrès, comme elle a été adoptée par le Sénat en juin, la régularisation de 12 millions de sans-papiers.

31. NDT : aux USA, les « visas » (terme qui désigne aussi bien des visas que des titres de séjour) sont traditionnellement désignés par des lettres suivies le cas échéant de chiffres : J1, F1, etc.

32. NDT : Dans le système américain en partie fondé sur des quotas, la durée d'obtention d'un de visa de long séjour peut varier, selon l'origine géographique du demandeur et le fondement de la demande – qui détermine la soumission ou pas à un quota et le quota applicable le cas échéant –, entre quelques mois et plus d'une dizaine d'années. Les durées prévisibles d'obtention selon la zone géographique et la nature de la demande qui, dans ce système, sont susceptibles d'être évaluées, sont communiquées au public périodiquement dans une publication officielle, le « Visa bulletin », qui joue un rôle très important pour les praticiens du droit de l'immigration.

33. Ruth Ellen Wasem, Cong. Research Ser., *Unauthorized Aliens Residing in the United States: Estimate Since 1986* 1-2 (2011), at. 4.

34. Jeanne Batalova & Michelle Mittelstadt, Relief from Deportation: Demographic Profile of the DREAMers Potentially Eligible Under the Deferred Action Policy, MIGRATION POLICY INST. (Aug. 2012), http://www.migrationpolicy.org/pubs/FS24_deferredaction.pdf

35. NDT : l'INA, l'équivalent américain du code de l'entrée et du séjour.

36. NDT : l'auteur utilise le terme d'« amnesty » car dans la logique du droit américain il s'agit d'amnistier les sans-papiers du non-respect des lois sur l'immigration – voir *infra* les explications de l'auteur.

37. NDT : là encore, « rule of law » dans le texte original.

38. See generally Hiroshi Motomura, The Rule of Law in Immigration Law, 15 TULSA J. COMP. & INT'L L. 139 (2008).

39. NDT : en droit administratif américain, l'administrateur juge et la justice retenue n'ont pas complètement disparu et la distinction entre juger et administrer est moins nette que dans le droit administratif français contemporain. Tout en bénéficiant de garanties statutaires d'indépendance et d'impartialité, les juges de l'immigration (1^{re} instance) et le BIA (appel) restent des composantes du ministère de la Justice et prennent des décisions en son nom.

40. NDT : cf. note précédente.

41. NDT : là encore, il s'agit d'un trait propre au droit administratif américain, dans lequel les décisions des juridictions administratives sont susceptibles d'un recours devant les tribunaux judiciaires fédéraux

42. Voir Hiroshi Motomura, Judicial Review in Immigration Cases After AADC: Lessons from Civil Procedure, 14 GEO. IMMIGR. L.J. 385 (2000) (discussing judicial review of immigration decisions).

43. NDT : en droit américain de l'immigration, l'administration ne dispose pas du « privilège du préalable » : la mesure d'éloignement (« removal order ») est décidée par un juge administratif, saisi à l'initiative de l'administration, après une audience et une procédure contradictoire, et non par l'administration elle-même.

44. *Fernandez-Vargas v. Gonzales*, 548 U.S. 30,35 (2006)

45. *Fernandez-Vargas*, 548 U.S. at 33 “la loi s'applique à ceux qui sont entrés avant l'IIRIRA et n'a pas pour effet d'affecter de façon rétroactive les droits ou obligations de ceux qui sont en situation de violation continue de l'INA.

46. En 1975, une cour d'appel fédérale a estimé que l'assistance gratuite d'un avocat pouvait être nécessaire dans des cas elle répondait à une « exigence fondamentale de justice » (« fundamental fairness ») *Aguilera-Enriquez v. INS*, 516 F.2d 565, 569 (6th Cir. 1975), cert. denied, 423 U.S. 1050 (1976). Cependant, aucune décision publiée par la suite ne semble avoir fait usage de ce critère ou d'un critère analogue pour décider la désignation d'un avocat. Reflétant cette lecture de la Constitution, les lois et règlements fédéraux indiquent que les étrangers soumis à une procédure d'expulsion ont le droit à l'assistance d'un avocat, mais pas aux frais du gouvernement. Immigration & Nationality Act (INA) § 240(b)(4)(A), 8 U.S.C. § 1229a(b)(4)(A) (2006).

47. Cette question est cruciale pour tout étranger confronté à la possibilité d'une expulsion, y compris pour les résidents permanents qui sont devenus éloignables pour une série de raisons, comme une condamnation pénale voir par exemple INA § 237(a)(2), 8 U.S.C. § 1227(a)(2). Par ailleurs, les étrangers en situation irrégulière peuvent, dans certains cas, entrer dans des catégories ouvrant droit à une régularisation discrétionnaire voir par exemple, INA § 240A(b), 8 U.S.C. § 1229b(b). Pour eux, les contours du droit à l'assistance effective par un avocat peuvent avoir une grande importance.

48. NDT : voir par la suite pour les migrants atteints d'un trouble mental : Serge Slama, « Consécration d'un droit à l'assistance juridique gratuite au bénéfice des migrants atteints d'un sérieux trouble mental dans le cadre des procédures de renvoi et de détention », ADL 7 mai 2013

49. NDT : de même qu'en France il existe des querelles de vocabulaire sur l'utilisation des termes de « sans papiers » (connotation positive) ou « clandestin » (connotation négative) pour désigner un étranger en situation irrégulière, les partisans et adversaires de mesures de régularisation aux Etats-Unis divergent sur le terme à adopter pour qualifier ce type de mesure. Traditionnellement, « *legalization* » (traduit ici par régularisation) est le terme à connotation positive, et « *amnesty* » celui à connotation péjorative (sans doute parce qu'il évoque le droit pénal).

50. Voir H. Motomura, *Immigration Outside the Law*, *supra*, at 2047-55.

51. Voir Hiroshi Motomura, « What is "Comprehensive Immigration Reform?" Taking the Long View », 63 *Arkansas Law Review*, 225, 235-38 (2010).

RÉSUMÉS

Cet article dresse une comparaison entre les différents modes de régularisation des étrangers aux Etats-Unis, et notamment le projet de loi connu sous le nom de *DREAM Act*, le quatorzième amendement à la Constitution, et les projets de régularisation à grande échelle. Il montre que malgré leurs différences, ces instruments juridiques s'inscrivent dans une problématique similaire et répondent à la fois à des impératifs de justice et de pragmatisme. Il répond également à l'objection selon laquelle les processus de régularisation affaibliraient l'Etat de droit, en montrant comment la complexité de l'immigration irrégulière relativise le thème de la violation de la loi.

This article compares different types of legal vehicles of legalization for undocumented immigrants: the *DREAM act*, the XIVth amendment and broad-scale legalization. It shows that, despite differences, the arguments in favor or against these instruments are essentially the same, and that these instruments reflect a mix of fairness and pragmatism. Finally, the article discusses the "rule of law" objections to legalization, and shows that immigration outside the law is a complex phenomenon and the "rule of law" provides no pervasive case against legalization.