

Les contrôles d'identité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel

Noémie Veron

DANS **REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL** 2018/3 N° 115 , PAGES 579 À 602
ÉDITIONS **PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE**

ISSN 1151-2385

ISBN 9782130803089

DOI 10.3917/rfdc.115.0579

Date de mise en ligne : 09/10/2018

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2018-3-page-579?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Les contrôles d'identité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel

NOÉMIE VERON

La liberté est le fondement de nos sociétés démocratiques¹, mais il n'en demeure pas moins que l'État doit garantir aux citoyens la sécurité afin qu'ils l'exercent dans la plus grande tranquillité. Le législateur doit, par suite, trouver l'équilibre délicat entre liberté et sécurité. Cette tension entre sécurité et liberté est constante et fut l'enjeu de la décision du Conseil constitutionnel « Sécurité et Liberté » du 20 janvier 1981. Le Conseil y a fermement rappelé que les dispositions législatives ne sauraient être « contraires à la conciliation qui doit être opérée entre l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions, et de la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens, nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle² ». Ce subtil exercice est mis à l'épreuve lorsqu'il est question des contrôles d'identité : ces opérations, premier maillon de la chaîne pénale, peuvent engendrer certaines atteintes aux droits fondamentaux. Ces dernières posent la question essentielle de la pondération entre les droits des citoyens et les objectifs qu'entend poursuivre la puissance publique, et plus précisément la prévention de l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions. Le législateur, lorsqu'il régleme ces mécanismes, est susceptible de porter atteinte aux droits et libertés, en raison, entre autres, de la diversité des contrôles d'identité. Le juge constitutionnel, premier gardien de la Constitution, doit donc s'assurer de la constitutionnalité de la conciliation opérée par la représentation nationale.

Noémie Veron, doctorante contractuelle à l'université de Pau et de Pays de l'Adour, membre de l'Institut d'études ibériques et ibérico-américaines (IE2IA).

1. Est-il encore nécessaire de rappeler les nombreuses décisions de la Cour européenne des droits de l'homme sur cette question ?

2. CC, décis., n° 80-127 DC, 20 janvier 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, cons. n° 62.

L'encadrement des contrôles d'identité soulève, dès lors, de nombreuses difficultés, qui tiennent, d'abord, à l'absence de définition légale de cette notion³. Pour la pallier la doctrine s'est attelée à cette tâche retenant qu'il s'agit « [des actes] d'un agent de l'autorité publique consistant à demander à un particulier, sous les conditions posées par la loi, de justifier de son identité aux fins de l'examen du document fourni, en tout lieu où cet agent se trouve légalement compétent⁴ », estimant également qu'ils constitueraient « une injonction ou une sommation adressée par les forces de l'ordre à un citoyen qui est interpellé et contraint de rester sur place pour révéler son identité⁵ ». Ils se distinguent donc tant des relevés que des vérifications d'identité. Les relevés d'identité, d'un côté, sont les actes par lesquels les agents de police municipale ou les agents assermentés des services publics de transports terrestres demandent à un contrevenant de fournir son identité afin de permettre l'établissement du procès-verbal de constat d'infraction. Procédé, moins contraignant que le contrôle d'identité, il n'autorise pas les agents à retenir la personne contre son gré. D'un autre côté, les contrôles d'identité diffèrent également des vérifications d'identité, qui consistent en la retenue sur place ou dans un local de police d'un individu lorsque celui-ci refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier son identité. Ces actes procèdent nécessairement d'un contrôle d'identité infructueux. Ces deux opérations interviennent, ainsi, soit à la suite d'un contrôle, soit de manière indépendante lorsqu'il s'agit de dresser le procès-verbal de constatation d'une infraction. Compte tenu de ces différences, l'étude se concentrera sur les contrôles d'identité *stricto sensu* en ce qu'ils sont le commencement de l'action pénale, ce qui n'est pas le cas des relevés et vérifications d'identité.

Instaurés dès 1943, sous une forme répressive en cas de recherches judiciaires⁶, les contrôles d'identité n'ont vu leur périmètre élargi par la Cour de cassation qu'une trentaine d'années plus tard. Dans son arrêt *Friedel*, elle estime ainsi que ces opérations peuvent se justifier en cas de « circonstances particulières⁷ » pour sécuriser les zones dangereuses. Afin d'accroître leur légitimité, les contrôles d'identité ont ensuite été inscrits dans la loi relative à la sécurité intérieure de 1981⁸, avant leur

3. Le législateur encadre seulement les conditions de leur mise en œuvre par les articles 78-1 à 78-5 du Code de procédure pénale.

4. J. Buisson, « Contrôles, vérifications et relevés d'identité – contrôles et relevés d'identité », in *JCL Procédure pénale*, LexisNexis, 2008, Fasc. 10.

5. C. Girault, « Contrôles et vérifications d'identité », in *Répertoire de procédure pénale*, Dalloz, 2010.

6. Loi n° 667 du 27 novembre 1943 portant création d'un service de police technique, notamment son article 8. Les contrôles d'identité furent étendus par l'ordonnance du 2 février 1961 aux enquêtes de flagrance.

7. Cass. crim., 5 janv. 1973, n° 72-90278, *Bull. crim.*, 1973, VII, p. 15.

8. Loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

codification en 1983⁹. Depuis, les règles de compétence sont fermement établies : sont compétents pour effectuer ces opérations, les officiers de police judiciaire, les agents de police judiciaire et les agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21-1^o du Code de procédure pénale. Plus simplement, il s'agit de l'ensemble des agents exerçant leurs missions sous l'autorité du procureur de la République¹⁰. Au contraire, depuis 1983, les hypothèses de recours à des contrôles d'identité se sont, quant à elles, considérablement diversifiées¹¹. Rappelons que, traditionnellement, ces contrôles sont classés en deux grandes catégories : d'un côté, ceux qui relèvent de la police administrative et de l'autre, ceux que l'on rattache à la police judiciaire¹². Si cette classification a pu faire l'objet de certaines critiques au regard de la convergence des polices¹³, elle reste, néanmoins, particulièrement éclairante.

Encore faut-il ajouter que les contrôles d'identité opérés dans le cadre d'une opération de police judiciaire peuvent avoir deux origines distinctes : ils interviennent soit à l'initiative d'un agent de police, soit à l'initiative du procureur de la République. La première catégorie d'opérations correspond aux six premiers alinéas de l'article 78-2 du Code de procédure pénale¹⁴ et se trouve doublement conditionnée : d'une part, par la présence plus ou moins directe d'une infraction et d'autre part, par la démonstration de raisons plausibles de soupçonner que la personne a un lien avec l'infraction. Les contrôles opérés sur réquisition du procureur

9. Loi n^o 83-466 du 10 juin 1983 portant abrogation ou révision de certaines dispositions de la loi n^o 81-82 du 2 février 1981 et complétant certaines dispositions du Code pénal et du Code de procédure pénale.

10. Cette compétence exclusive a été réaffirmée en 2011 par le Conseil constitutionnel qui a censuré la loi prévoyant d'étendre ce droit aux agents de police municipale : CC, décis., n^o 2011-625 DC, 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, cons. n^o 57 à 60.

11. Voir art. 78-2 à 78-5 du Code de procédure pénale. Pour une étude détaillée de chaque contrôle d'identité voir par ex., C. Girault, « Contrôles et vérifications d'identité », art. cit., J. Buisson, « Contrôles, vérifications et relevés d'identité – contrôles et relevés d'identité », art. cit.

12. Voir par ex., F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 2009, p. 1357-1362, G. Stéfani, G. Levasseur, B. Bouloc, *Procédure pénale*, Dalloz, 2004, 19^e éd., p. 374-375 ; N.-B. N. Nayebi, « Les contrôles d'identité », Thèse de doctorat de Paris II, 2006 ; C. Girault, « Contrôles et vérifications d'identité », art. cit. ; J. Buisson, « Contrôles, vérifications et relevés d'identité – contrôles et relevés d'identité », art. cit.

13. É. Picard, « Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux : des régimes inutilement hétéroclites », *RFDA*, 1994, p. 959 ; D. Mayer, « Prévention et répression en matière de contrôle d'identité : une distinction trompeuse », *Recueil Dalloz*, 1993, p. 272.

14. Ainsi, l'identité d'une personne pourra être contrôlée s'il existe des « raisons plausibles de soupçonner : qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ; [...] qu'elle se prépare à commettre un crime ou un délit ; [...] qu'elle est susceptible de fournir des renseignements utiles à l'enquête en cas de crime ou de délit ; [...] qu'elle a violé les obligations ou interdictions auxquelles elle est soumise dans le cadre d'un contrôle judiciaire, d'une mesure d'assignation à résidence avec surveillance électronique, d'une peine ou d'une mesure suivie par le juge de l'application des peines ; [...] qu'elle fait l'objet de recherches ordonnées par une autorité judiciaire. ». Dernière version issue de la loi n^o 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

de la République, quant à eux, ont été créés par la loi du 10 août 1993¹⁵. L'article 78-2 alinéa 7 dispose, ainsi, que « sur réquisitions écrites du procureur de la République aux fins de recherche et de poursuite d'infractions qu'il précise, l'identité de toute personne peut être également contrôlée, selon les mêmes modalités, dans les lieux et pour une période de temps déterminés par ce magistrat ». Ces dispositions autorisent des contrôles plus systématiques dans des endroits connus comme propices à la réalisation d'infractions. Pour Étienne Picard, ces interventions « ressemblant moins à un "coup de poing" qu'à un "lancer de filet"¹⁶ » s'apparentent à des opérations de surveillance générale car elles ne sont pas conditionnées par le comportement de la personne interpellée.

Les contrôles d'identité de police administrative, de leur côté, sont fondés sur un risque d'atteinte à l'ordre public. L'idée de risque ne renvoie pas au comportement de la personne contrôlée mais bien à son hypothétique dangerosité, voire à la potentielle atteinte à la sécurité des biens et des personnes qu'elle pourrait occasionner. Bien qu'en raison de leur caractère indéterminé, l'incertitude paraisse se loger au cœur de ce type de contrôles, en même temps qu'un risque réel d'atteinte aux droits et libertés, leur champ d'application a pourtant été étendu en 1993. Depuis, l'article 78-2 alinéa 8 dispose que « l'identité de toute personne, quel que soit son comportement, peut également être contrôlée [...] ». Toutefois, intervenant au cœur d'un conflit politique sur lequel nous reviendrons, le Conseil constitutionnel a neutralisé une partie de cette disposition en estimant que les autorités compétentes devaient « justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle¹⁷ ».

Il convient de noter qu'à ces divers types de contrôles s'ajoutent, aussi, les contrôles frontaliers dits « Schengen¹⁸ ». Établis par la loi du 10 août 1993¹⁹, ils pallient la suppression des contrôles aux frontières résultant de la Convention d'application de l'Accord Schengen signée le 19 juin 1990. Dans le but de garantir le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi, l'identité de toute personne peut ainsi être vérifiée « dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les États parties à la convention signée à Schengen [...] et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà, ainsi que dans les zones accessibles au public des ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouverts au trafic international et désignés par

15. Loi du 10 août 1993, préc.

16. É. Picard, « Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux : des régimes initialement hétéroclites », art. cit.

17. CC, décis., n° 93-323 DC, 5 août 1993, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, cons. n° 9.

18. Par ex., C. Girault, « Contrôles et vérifications d'identité », art. cit.

19. Loi n° 93-992 du 10 août 1993 relative aux contrôles et vérifications d'identité.

arrêté²⁰ ». Ici, on constate que le législateur n'a pas davantage assorti cette procédure de conditions tenant au comportement des personnes. Ces actes reposent essentiellement sur le risque d'atteinte à l'ordre public lié à la circulation de personnes et à la forte fréquentation de ces lieux.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, on aura déjà compris que l'encadrement des contrôles d'identité et leur diversification ont nourri des débats particulièrement vifs, aussi bien dans l'opinion publique qu'au sein des hémicycles. Et, les raisons avancées – la recherche et la poursuite des infractions, ainsi que leur prévention – par les différentes majorités ont souvent été contestées. Dès 1981, les députés PS, encore au sein de l'opposition, s'offusquaient et estimaient que la loi instituait un délit de « sale gueule » ou de « visage au teint basané ou de chevelure trop longue »²¹. Souvenons-nous aussi que les « contrôles Schengen » répondent à la politique suivie à l'époque par l'ancien ministre de l'Intérieur, Charles Pasqua, souhaitant « tendre vers l'immigration zéro »²². Les tensions et les enjeux qui entourent les contrôles d'identité sont palpables et facilement identifiables tant les risques d'atteintes aux droits et libertés peuvent être importants. Deux sont concevables. De manière assez évidente, ils limitent, en premier lieu, la liberté d'aller et de venir ; en effet, la personne contrôlée est contrainte de respecter la sommation des forces de l'ordre de décliner son identité et se voit, dès lors, momentanément limitée dans ses mouvements. Cette liberté, protégée par l'article 2 du protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme, ne fait pas l'objet d'une consécration expresse par le droit positif français. Mais, principe de valeur constitutionnelle depuis 1979²³, longtemps rattaché à la liberté individuelle²⁴, il est aujourd'hui relié à la liberté personnelle²⁵.

Potentiellement arbitraires, voire discriminatoires, ces actes peuvent, en second lieu, rompre « l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion », protégée par l'article 1^{er} de la Constitution et l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. En effet, ces opérations, si elles étaient justifiées

20. Article 78-2 alinéa 8 du Code de procédure pénale.

21. Citations extraites de N. Ferre, « Contrôles d'identité : discrimination légale », *Plein droit*, 2009/3 (n° 82), p. 7-10.

22. Cité par A. Renaut, Cl. Demesmau, P. Zelenko, L. Thiaw-Po-Une, *Encyclopédie de la culture politique contemporaine*, Hermann, 2008, p. 668. Ces contrôles d'identité ne sont qu'un exemple de nombreuses mesures visant à lutter contre l'immigration irrégulière tels que les restrictions apportées au regroupement familial, le renforcement de la lutte contre les mariages blancs, etc.

23. CC, décisis., n° 79-107 DC, 12 juill. 1979, Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales, cons. n° 3.

24. CC, décisis., n° 83-164 DC, 29 déc., 1983, *Loi finances pour 1984*, « l'article 66 de la Constitution [...] confie à l'autorité judiciaire la sauvegarde de la liberté individuelle sous tous ses aspects ».

25. CC, décisis., n° 2010-13 QPC, 9 juill. 2010, *M. Orient O. et autres*, « la liberté d'aller et venir [est une], composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la DDHC », cons. n° 8.

par l'apparence physique d'une personne, constitueraient des « contrôles au faciès ». Même si de tels dérapages sont difficiles à établir, les jeunes « perçus comme noirs ou arabes apparaissent cinq fois plus concernés²⁶ » par ces opérations. À ce propos, dans son avis du 8 novembre 2016, la Commission nationale consultative des droits de l'homme a insisté sur la convergence des études quant à la « surreprésentation des jeunes hommes issus des minorités visibles dans les contrôles de police²⁷ », démontrant le caractère discriminatoire de certains contrôles d'identité. Ainsi, les actes ne sont pas tant fondés sur des raisons objectives que « sur l'origine, l'apparence physique ou l'appartenance réelle ou supposée de la personne à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée²⁸ ».

Face à ces risques, le juge constitutionnel a un rôle déterminant à jouer, aussi bien au stade de l'élaboration de l'encadrement législatif que de sa mise en œuvre. Et, de ce point de vue, bien que les censures ne frappent pas par leur quantité²⁹, elles ont précisé tant l'encadrement matériel des contrôles d'identité, notamment en 1993 lorsque le juge constitutionnel a estimé que les contrôles d'identité de police administrative devaient reposer sur des « circonstances particulières³⁰ », que leur encadrement procédural, en affirmant avec constance l'intervention nécessaire du juge judiciaire afin de garantir la validité de ces opérations³¹. Si le Conseil constitutionnel tente de freiner les abus, l'étude de sa jurisprudence met en évidence la difficulté de la lutte contre le principal risque de dérive que constituent les « contrôles au faciès³² ». Néanmoins, la condamnation de ses pratiques est régulière et se trouve même renforcée, en particulier à travers le double appui, du juge judiciaire et du législateur, dont jouit aujourd'hui le Conseil constitutionnel. Le juge judiciaire qui, récemment, a engagé la responsabilité de l'État pour faute lourde en raison de contrôles d'identité à caractère discriminatoire³³ ; le législateur qui a imposé l'expérimentation de l'enregistrement vidéo de ces opérations³⁴.

26. Défenseur des droits, Enquête sur l'accès au droit, relation police / population : le cas des contrôles d'identité, 2017, p. 3 ; Voir aussi, F. Jobard, R. Lévy, Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris, Open Society Justice Initiative, 2009, p. 10 ; Défenseur des droits, Rapport relatif aux relations police/citoyens et aux contrôles d'identité, 2012.

27. CNCDH, ass., 8 novembre 2016, avis sur la prévention des pratiques de contrôles d'identité abusives et/ou discriminatoires.

28. *Idem*.

29. Aujourd'hui seuls les contrôles d'identité pouvant être réalisés dans le cadre de l'état d'urgence ont été déclarés contraire à la Constitution. CC, décis., 1^{er} déc. 2017, préc.

30. CC, décis., 5 août 1993, préc., cons. n° 9.

31. Par ex., CC, décis., 20 janv. 1981, préc. ; CC, décis., 5 août 1993, préc. ; CC, décis., 24 janv. 2017, préc.

32. Voir les différentes études menées, notamment Défenseur des droits, *op. cit.*, 2017, p. 3 ; Voir aussi, F. Jobard, R. Lévy, *op. cit.*, 2009, p. 10 ; Défenseur des droits, *op. cit.*, 2012.

33. Cass. 1^{er} civ., 9 nov. 2016, n° 15-24210, publication au bulletin à venir ; Cass. 1^{er} civ., 9 nov. 2016, n° 15-24212, publication au bulletin à venir ; Cass. 1^{er} civ., 9 nov. 2016, n° 15-25872, publication au bulletin à venir.

34. Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, article 211.

Au sein d'un ordre juridique dans lequel le principe d'égalité devant la loi occupe une place déterminante³⁵, de telles violations apparaissent inacceptables. Dans ces conditions, chaque décision du juge constitutionnel est l'occasion d'affirmer, voire d'accroître, l'existence d'un encadrement constitutionnel nécessaire à l'« acceptation sociale » des contrôles d'identité. Pourtant, la pratique confirme la survivance de dérives, illustrant peut-être les limites de la protection juridictionnelle en la matière. Ainsi, l'étude de l'encadrement des contrôles d'identité produit-elle un double constat : d'une part, l'affirmation de la protection constitutionnelle afin de lutter contre les contrôles d'identité « au faciès » (I) et, d'autre part, l'effectivité modeste de cette protection (II).

I – L’AFFIRMATION DE LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE

Afin de protéger les droits et libertés susceptibles d'être violés par les contrôles d'identité, le juge constitutionnel a peu à peu entouré leur réalisation d'un certain nombre de garanties, construisant, dès lors, un véritable cadre contraignant. Ce dernier consiste, d'un côté, dans un encadrement matériel (A) et, de l'autre, dans un encadrement procédural (B).

A – L'ENCADREMENT MATÉRIEL DES CONTRÔLES D'IDENTITÉ PAR LE JUGE CONSTITUTIONNEL

Depuis 1981, le Conseil constitutionnel s'est attaché à définir les motifs susceptibles de justifier les contrôles d'identité. Si cet encadrement matériel s'est rapidement imposé dans la majorité des hypothèses (1), son extension aux contrôles réalisés sur réquisition du procureur de la République est bien plus récente (2).

1 – L'établissement ancien de motifs susceptibles de justifier la majorité des contrôles d'identité

Limiter le caractère « général et discrétionnaire » que peuvent revêtir les contrôles d'identité, voilà l'objectif que s'est fixé le Conseil

35. V. par ex., L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2016, 7^e éd., p. 431 *sq.* ; M. Hauriou, *La science sociale traditionnelle*, Larose, 1896, p. 80 ; F. Mélin-soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, coll. Droit public positif, 1997 ; J. Robert, « Le principe d'égalité dans le droit constitutionnel francophone », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n^o 3, novembre 1997 ; Conseil d'État, *Rapport public sur le principe d'égalité*, La documentation française, coll. Études et documents du Conseil d'État, 1997.

constitutionnel depuis de nombreuses années³⁶. Il impose donc aux autorités compétentes les motifs susceptibles de les justifier. Quelle que soit la finalité poursuivie, ils doivent être individualisés. Les contrôles d'identité relevant de la police judiciaire et effectués à l'initiative des agents sont conditionnés par le législateur. Alors qu'à l'origine il avait prescrit la preuve d'« indice faisant présumer³⁷ », en 2003, il a estimé qu'il fallait démontrer l'existence « d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que³⁸ » la personne avait participé ou tenté de participer à la réalisation d'une infraction. En tout état de cause, ce sont des raisons concrètes et objectives qui doivent justifier le contrôle, produisant ainsi l'individualisation des opérations. À cet égard, le Conseil constitutionnel n'a jamais trouvé à redire à propos de ces conditions. Il considère que dès lors que « les conditions relatives à la légalité, à la réalité et à la pertinence des raisons motivant l'opérant sont, en fait, réunies³⁹ », les contrôles d'identité n'emportent pas de violation de la Constitution. L'individualisation des contrôles d'identité semble être un gage de leur conformité à la Constitution⁴⁰.

Les contrôles relevant de la police administrative, quant à eux, sont d'autant plus dangereux qu'ils interviennent à l'encontre d'une personne sans que soit exigé un comportement particulier⁴¹. Le juge constitutionnel, bien qu'il accepte, depuis l'origine, une conception extensive de l'ordre public⁴², tend, au fil de sa jurisprudence, à objectiviser un contrôle d'identité pouvant s'avérer discrétionnaire. En 1981, il avait estimé ces actes conformes à la Constitution en ce que le législateur n'avait pas explicitement nié toute possibilité de s'appuyer sur le comportement des individus⁴³. Toutefois, l'état du droit a évolué, entraînant la réaction du juge constitutionnel : en effet, à la suite d'un arrêt de la Cour de cassa-

36. CC, décisis., n° 80-127 DC, 20 janv. 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes* ; CC, décisis., n° 86-211 DC, 26 août 1986, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité* ; CC, décisis., 5 août 1993, préc. ; CC, décisis., 13 août 1993, préc. ; CC, décisis., n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure* ; CC, décisis., 10 mars 2011, préc. ; CC, décisis., 24 janv. 2017, préc.

37. Loi du 10 juin 1983, préc.

38. Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.

39. CC, décisis., 20 janv. 1981, préc., cons. n° 56.

40. Il faut noter que le juge constitutionnel ne s'est pas non plus prononcé sur la question dans sa décision du 13 mars 2003, et ce quand bien même le législateur avait modifié le cadre législatif : CC, décisis., 13 mars 2003, préc. Dans cette décision les contrôles d'identité ne sont étudiés que sous l'angle de la possibilité, pour les agents compétents, de procéder à des fouilles des véhicules.

41. Article 78-2 alinéa 8 « L'identité de toute personne, quel que soit son comportement, peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens ».

42. CC, décisis., 20 janv. 1981, préc., cons. n° 56, « la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteinte à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens ». La vision législative est confirmée dans toute son ampleur par le juge constitutionnel.

43. CC, décisis., 20 janv. 1981, préc.

tion dans lequel était affirmé que le contrôle devait être subordonné à un risque d'atteinte « directement rattachable au comportement de la personne dont l'identité est contrôlée⁴⁴ », le Parlement a fait le choix de les étendre. Aussi, depuis la loi du 10 août 1993⁴⁵, les contrôles peuvent-ils être effectués « quel que soit le comportement de la personne ».

En réaction, le Conseil constitutionnel, le 5 août 1993⁴⁶, a neutralisé la portée de cette intervention. Rappelant la dangerosité de ces opérations, il a estimé que « l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, de circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public⁴⁷ ». L'objectivisation de ces contrôles est actée : ils ne pourront plus résulter ni de caractéristiques propres à l'individu, ni des sentiments personnels de l'officier de police judiciaire. Même si la notion de critères objectifs est absente de la décision, contrairement à la jurisprudence relative aux contrôles des titres des personnes étrangères⁴⁸, il semblerait qu'elle irrigue le raisonnement du juge constitutionnel. Cette solution a été saluée par la doctrine⁴⁹, notamment Patrick Wachsmann qui a estimé que « le caractère limité des contrôles d'identité » avait été réaffirmé et surtout qui a salué « le triomphe d'une conception purement objective »⁵⁰. La référence à des « circonstances particulières » suffirait-elle à imposer une justification propre au contrôle d'identité ?

Le juge constitutionnel s'est assuré de ce que ces opérations soient, en théorie, les plus objectives et individualisées possible. Même si les conditions matérielles de mise en œuvre de ces opérations ont été encadrées constitutionnellement, cela n'a pas été le cas pour l'intégralité des contrôles. En effet, jusque très récemment, les agents compétents n'avaient pas à justifier de circonstances particulières lors d'un contrôle requis.

2 – L'instauration récente de motifs susceptibles de justifier les contrôles d'identité requis

Ces contrôles, intégralement subjectifs, n'obéissent à aucune condition tenant à des « circonstances particulières », à « des raisons plausibles de soupçonner », ou encore au « comportement de la personne », et sont, par conséquent, potentiellement plus attentatoires aux droits

44. Cass. crim., 10 nov. 1992, n° 92-83352, *Bull. crim.*, 1992, n° 370.

45. Loi n° 93-992 du 10 août 1993 relative aux contrôles et vérifications d'identité.

46. CC, décis., 5 août 1993, préc.

47. *Idem*, nous soulignons.

48. CC, décis., 13 août 1993, préc.

49. Par ex., L. Favoreu, commentaire sous la décision n° 93-323 DC, 5 août 1993, *RFDC*, 1993, n° 16, p. 835 ; É. Picard, « Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux : des régimes inutilement hétéroclites », art. cit.

50. P. Wachsmann, « Réaffirmation par le Conseil constitutionnel du caractère limité des contrôles d'identité », *AJDA*, 1993, p. 815.

et libertés de l'individu. Néanmoins, le Conseil constitutionnel a choisi dans sa décision du 5 août 1993⁵¹ de valider la loi dans son intégralité. Les juges de la rue Montpensier sont alors silencieux quant à une possible objectivisation des contrôles requis. Est ainsi déclaré conforme le dispositif, même si aucune condition spécifique tenant à la personne contrôlée n'a été prévue. La position du Conseil constitutionnel était paradoxale en ce qu'il avait posé des conditions strictes pour les contrôles de police administrative. Il était étonnant que le juge constitutionnel n'ait pas, au moins, rappelé l'interdiction des contrôles « généralisés et discrétionnaires ».

Mais le Conseil constitutionnel a inversé la tendance récemment : saisi d'une QPC relative aux contrôles d'identité requis, il rappelle, le 24 janvier 2017⁵², que « la pratique de contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires serait incompatible avec le respect de la liberté personnelle, en particulier avec la liberté d'aller et de venir⁵³ ». Plus important encore, il affirme avec force que même si ces dispositions n'instituent « par elles-mêmes » aucune différence de traitement, il appartient aux autorités compétentes de se fonder « exclusivement sur des critères excluant toute discrimination ». Finalement, l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel de la disposition litigieuse tend à amoindrir les dérives. Le juge, par cette réserve, aspire, en théorie du moins, à l'objectivité des contrôles requis. Même en l'absence de censure, les aspects discriminatoires de ces contrôles ont été condamnés, si bien qu'il a pu être considéré qu'il « est des rejets au moins aussi protecteurs que certaines censures franches⁵⁴ ».

Pas à pas, décision par décision, le Conseil pose un principe d'individualisation des contrôles d'identité. Leur personnalisation, soit par des circonstances extérieures à l'individu soit par un comportement objectif qui lui est propre, est le symbole de l'implication du juge dans la lutte contre les contrôles d'identité « au faciès ». Or, il ne s'est pas arrêté à ces garanties, et a exigé l'existence de garanties procédurales résidant surtout dans l'intervention du juge judiciaire.

B – L'ENCADREMENT PROCÉDURAL DES CONTRÔLES D'IDENTITÉ PAR LE JUGE CONSTITUTIONNEL

Le juge constitutionnel a également procédé à l'encadrement procédural de ces contrôles. À cette fin, il fait du juge judiciaire la pierre

51. CC, décis., 5 août 1993, préc.

52. CC, décis., 24 janv. 2017, préc.

53. *Idem.*, cons. n° 20, souligné par nous.

54. D. Turpin, « L'état se resserre sur les contrôles au faciès ! », *JCP G*, n° 6, février 2017, 149.

angulaire de cette garantie, l'article 66 de la Constitution fondant longtemps son intervention (1). Si le champ de la liberté individuelle est aujourd'hui restreint, l'encadrement procédural des contrôles d'identité reste inchangé, si bien que l'on peut affirmer que l'intervention du juge judiciaire est une garantie procédurale intangible (2).

1 – Le fondement constitutionnel de l'intervention du juge judiciaire

L'article 66 alinéa 2 de la Constitution de la V^e République fait de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle⁵⁵. C'est en 1977 que le juge constitutionnel a reconnu explicitement la valeur constitutionnelle de cette liberté⁵⁶, tout en la définissant extensivement⁵⁷. D'ailleurs, au titre du respect de cette liberté, les contrôles d'identité ont dû être encadrés : si pour le Conseil constitutionnel, en 1981, le contrôle au regard de la liberté individuelle n'était qu'implicite⁵⁸, ce paramètre de contrôle est devenu explicite depuis la décision du 5 août 1993⁵⁹. Qu'il s'agisse des contrôles requis, des contrôles de police administrative ou encore des « contrôles Schengen », le juge considère que la loi a institué toutes les garanties légales « attachées au respect de la liberté individuelle »⁶⁰. À cette affirmation s'ajoute celle selon laquelle « il revient à l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle de contrôler en particulier les conditions relatives à la légalité, à la réalité et à la pertinence des raisons ayant motivé les opérations de contrôles et de vérification d'identité⁶¹ ». Cette décision confirme l'existence d'un bloc de compétence au profit du juge judiciaire, quand bien même les contrôles relèveraient de police administrative ou judiciaire⁶².

55. « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

56. CC, décisis., n° 76-75 DC, 12 janv. 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*.

57. Elle comprend la sûreté, l'inviolabilité du domicile, la liberté d'aller et venir et la protection de la vie privée. Voir en ce sens les propos de Louis Favoreu. Par ex., L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7^e éd., Sirey, 1993, p. 340-354, en l'espèce « il n'y avait, à proprement parler, atteinte ni à la sûreté, ni à la liberté d'aller et venir, ni à l'inviolabilité du domicile, ni au secret de la correspondance. Mais il pouvait y avoir un peu de tout cela » ; L. Favoreu : « Le Conseil constitutionnel et la protection de la liberté individuelle et de la vie privée », in *Études offertes à Pierre Kayser*, Aix-en-Provence, PUAM, 1979, p. 411-425.

58. CC, décisis., 20 janv. 1981, préc., le Conseil considère en effet que « la gêne que l'application des dispositions de l'alinéa 1^{er} précité peut apporter à la liberté d'aller et de venir n'est pas excessive », cons. n° 56.

59. CC, décisis., 5 août 1993, préc.,

60. CC, décisis., 5 août 1993, préc., cons. n° 6.

61. CC, décisis., 5 août 1993, préc., cons. n° 10.

62. En ce sens, L. Favoreu, commentaire sous la décision n° 93-323 DC, 5 août 1993, art. cit.

Or, dans sa décision de 1999⁶³, le juge constitutionnel a estimé que cette liberté devait désormais s'entendre dans le sens d'un *habeas corpus* à la française ; elle se retrouve donc circonscrite au seul droit à la sûreté, c'est-à-dire le droit de n'être ni arrêté ni détenu de manière arbitraire⁶⁴. Aussi une question se posait : la liberté individuelle était-elle toujours le fondement de l'encadrement des contrôles d'identité ? Le 24 janvier 2017, le juge constitutionnel a tranché : il a écarté, sans surprise, les griefs tirés de la méconnaissance de l'article 66 en estimant que « Les dispositions contestées des articles 78-2 et 78-2-2 du Code de procédure pénale permettent uniquement aux services de police judiciaire de procéder à des contrôles d'identité. Elles n'entraînent pas de privation de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution⁶⁵ ». Cette décision met fin à ce que l'on aurait pu appeler un petit désordre constitutionnel : si ces actes affectent la liberté d'aller et venir ou encore le principe d'égalité, le droit à la sûreté est, lui, plus rarement atteint. En effet, les contrôles d'identité ne sauraient être assimilés à une mesure privative de liberté. Au demeurant, le Conseil constitutionnel rattache la liberté d'aller et venir à la liberté personnelle⁶⁶. Étant fondée sur les articles 2 et 4 de la Déclaration, cette liberté est indifférente à tout partage de compétences et ne favorise donc aucun ordre de juridiction⁶⁷.

En pratique, il semblerait que ce nouveau rattachement constitutionnel n'ait aucun impact sur le rôle de l'autorité judiciaire comme gardienne de la bonne mise en œuvre des contrôles d'identité. En effet, le juge constitutionnel n'a pas seulement limité la mise en œuvre des contrôles d'identité par le prisme de la liberté individuelle, il a également affirmé que l'intervention de l'autorité judiciaire était une garantie procédurale indépendante de toute atteinte à la liberté individuelle.

2 – L'intangibilité de l'intervention du juge judiciaire

Depuis 1981, le Conseil constitutionnel fait de l'intervention de l'autorité judiciaire une garantie procédurale intouchable. Il assurait déjà, à l'époque, qu'« il appartiendra aux autorités judiciaires et

63. CC, décisis., n° 99-411 DC, 16 juin 1999, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*. Pour une confirmation en QPC, CC, décisis., n° 2015-527 QPC, 22 déc. 2015, M. Cédric D.

64. Ce principe s'entend conformément à la lettre de l'article 66 de la Constitution qui dispose que « Nul ne peut être arbitrairement détenu ». D'ailleurs, depuis la décision de 1999, il ne s'applique qu'au seul domaine de privation de liberté telles que la garde à vue, la détention, la rétention et l'hospitalisation d'office.

65. CC, décisis., 24 janv. 2017, préc., cons. n° 17.

66. CC, décisis., 24 janv. 2017, préc., « la liberté d'aller et de venir, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 ».

67. A. Pena-Soler, « À la recherche de la liberté personnelle désespérément », in *Renouveau du droit constitutionnel Mélanges en l'honneur de Louis Favoren*, Dalloz, 2007, p. 1675.

administratives de veiller à leur respect intégral ainsi qu'aux tribunaux compétents de censurer et de réprimer, le cas échéant, les illégalités qui seraient commises et de pourvoir éventuellement à la réparation de leurs conséquences dommageables⁶⁸ ». Il faut ici entendre l'expression comme désignant les tribunaux de l'ordre judiciaire puisqu'ils sont traditionnellement les gardiens de la liberté individuelle. Du reste, ce principe est rappelé dans la décision de 1993 et agrémenté de la nécessité d'une appréciation *in concreto* pour le juge judiciaire. Le juge constitutionnel y affirme qu'il « [revenait] à l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle de contrôler en particulier les conditions relatives à la légalité, à la réalité et à la pertinence des raisons ayant motivé les opérations de contrôle et de vérification d'identité ; qu'à cette fin il lui [appartenait] d'apprécier, s'il y a lieu, le comportement des personnes concernées⁶⁹ ».

Certaines voix se sont pourtant élevées contre cette interprétation. C'est le cas, entre autres, d'Étienne Picard qui a souligné l'ambiguïté du terme « judiciaire », sur laquelle joue le juge constitutionnel, ajoutant que « le rattachement à l'institution judiciaire demeure bien trompeur, parce que, dans ce cadre procédural, les missions de ces autorités "judiciaires" demeurent de nature administrative⁷⁰ ». Pour cet auteur, la police n'est judiciaire que « formellement » puisqu'en définitive, les missions conférées aux agents de police sont des missions de prévention des atteintes à l'ordre public. *In fine*, conférer cette compétence aux autorités judiciaires ne fait qu'accorder « une apparence de protection supplémentaire des droits et des libertés⁷¹ ».

Malgré ces critiques, le droit positif confère toujours un bloc de compétences à l'autorité judiciaire afin de contrôler la régularité procédurale des contrôles d'identité. C'est ainsi que, le 24 janvier dernier, le juge constitutionnel a réaffirmé, sans surprise, le principe selon lequel « il appartient à l'autorité judiciaire de veiller au respect de l'ensemble des conditions de forme et de fond posées par le législateur pour l'application des dispositions contestées⁷² ». De cette façon, l'autorité judiciaire est la gardienne des conditions énoncées tant par le législateur que par le Conseil constitutionnel. Les autorités juridictionnelles peuvent, entre autres, apprécier la régularité des contrôles d'identité et donc sanctionner disciplinairement les agents compétents en cas de non-respect des prescriptions légales.

Par exemple, le juge judiciaire a pris position à de nombreuses reprises pour déterminer ce que pouvait recouvrir la notion de « raisons plausibles

68. CC, décis., 20 janv. 1981, préc., cons. n° 64.

69. CC, décis., 5 août 1993, préc., cons. n° 10.

70. É. Picard, « Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux : des régimes inutilement hétéroclites », art. cit.

71. *Idem*, C'est nous qui soulignons.

72. CC, décis., 24 janv. 2017, préc., cons. n° 29.

de soupçonner que ». Pour lui, constitue « une raison plausible de soupçonner » le fait, pour un homme, de rouler sur un vélo de grande valeur alors qu'il est sans ressources⁷³. Il en va de même lorsqu'une personne effectue un demi-tour à la vue de la police dans un marché⁷⁴. *A fortiori*, la Cour de cassation considère les conditions remplies lorsque le comportement de la personne s'avère constitutif d'infractions⁷⁵. Le juge judiciaire a également pris position sur les contrôles d'identité relevant de la police administrative. Dès 1992, la Cour de cassation a exigé que la menace à l'ordre public soit directement rattachable au comportement de la personne contrôlée⁷⁶. Et si, depuis 1993, des « circonstances particulières » doivent être démontrées, le juge judiciaire estime que le comportement de la personne n'est qu'un des éléments pouvant justifier un contrôle. De même, le fait de déambuler dans une gare en regardant avec insistance les sacs à main des personnes était constitutif d'un trouble imminent à l'ordre public⁷⁷. Au contraire, l'action d'une personne descendant d'un bus à la vue des policiers qui effectuaient une mission de contrôle n'est pas assimilable à un risque d'atteinte à l'ordre public⁷⁸, prouvant ainsi que le comportement est un élément décisif, mais pas unique.

L'intervention de l'autorité judiciaire est, de ce fait, une garantie procédurale indéniable, tant dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui lui réserve une place de choix, que par l'appréciation *in concreto* des conditions posées par le droit positif qu'elle réalise. *In fine*, le Conseil constitutionnel, depuis 1981, s'attache, par une interprétation parfois audacieuse des dispositifs législatifs, à encadrer la réalisation des contrôles d'identité afin d'atténuer les risques de dérives discriminatoires. Mais, comme le veut l'adage populaire, « l'enfer est pavé de bonnes intentions » et cette maxime pourrait ici illustrer la jurisprudence constitutionnelle. Effectivement, si la loi écarte sur le papier toute forme de discrimination, sa mise en œuvre s'avère parfois plus malaisée puisque les contrôles « au faciès » perdurent. L'efficacité de l'encadrement du Conseil constitutionnel se heurte à la réalité et aux discriminations concrètes résultant de la fragilité du cadre légal. Dès lors, même si ses dernières décisions démontrent la subjectivisation du contrôle entraînant certaines censures, il reste que la protection constitutionnelle se matérialise difficilement.

73. CA Poitiers, 2 déc. 2004, n° 04/00910.

74. Cass. 1^{re} civ., 10 mai 2006, n° 04-50.145.

75. Cass. crim., 1^{er} déc. 2004, n° 03-87.297. Dans cette décision, les juges retiennent que le tapage constaté caractérise les circonstances particulières justifiant un contrôle d'identité sur le fondement de l'article 78-2 du Code de procédure pénale.

76. Cass. crim., 10 nov. 1992, n° 92-83352, Bull. crim., 1992, n° 370.

77. CA Lyon, 19 avr. 1994, *JCP* 1994, vol. II, 22414, note Blanc.

78. Cass. 2^e civ., 4 mars 1999, n° 97-50.086, Bull. civ., 1999, II, n° 39.

II – L'EFFECTIVITÉ MODESTE DE LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE

La protection constitutionnelle existe. Pour autant son effectivité mérite d'être questionnée. En effet, sa mise en œuvre demeure malaisée et des atteintes au principe d'égalité subsistent (A). Pourtant, les apports de la jurisprudence rendue en matière de QPC ne sauraient être niés, et les décisions récentes démontrent la capacité du Conseil constitutionnel à élever progressivement le niveau de protection qu'il établit (B).

A – LA MISE EN ŒUVRE MALAISÉE DE LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE

La matérialisation de la protection constitutionnelle n'est pas aisée, comme l'illustrent les atteintes persistantes au principe d'égalité (1). Ces difficultés sont intrinsèquement liées au contrôle de constitutionnalité, en particulier à son caractère abstrait (2).

1 – Les atteintes persistantes au principe d'égalité

Le Conseil constitutionnel a affirmé avec conviction que les contrôles ne sauraient être « généralisés et discrétionnaires⁷⁹ » et il conditionne, en conséquence, matériellement leur mise en œuvre. Cet encadrement aurait dû suffire à limiter « les contrôles au faciès », mais il n'a pas eu l'impact espéré. Ces contrôles perdurent, ainsi que les atteintes aux droits et libertés en découlant. Nombreuses sont les études qui dénoncent la rupture de l'égalité, notamment entre nationaux et étrangers, entre Caucasiens et minorités visibles, lors de contrôles d'identité. L'enquête « Police et minorités visibles », menée par le CNRS en 2009, apporte pour la première fois un éclairage intéressant sur ces discriminations. L'étude confirme que « les contrôles d'identité effectués par les policiers se fondent principalement sur l'apparence⁸⁰ ». Les résultats démontrent que « les personnes perçues comme “Noires” [...] et les personnes perçues comme “Arabes” [...] ont été contrôlées de manière disproportionnée par rapport aux personnes perçues comme “Blanches”. Selon les sites d'observation, les Noirs couraient entre 3,3 et 11,5 fois plus de risques que les Blancs d'être contrôlés⁸¹ ». L'enquête, publiée par le Défenseur des droits le 20 janvier 2017, confirme

79. CC, décis., 5 août 1993, préc., cons. n° 9.

80. F. Jobard, R. Lévy, *op. cit.*, p. 10.

81. *Idem.*

cette tendance au profilage racial⁸², et ce sur l'ensemble du territoire⁸³. Ainsi, bien que conditionnée, la mise en œuvre de ces contrôles continue de se baser sur l'apparence physique des personnes.

Encore faut-il ajouter que les restrictions constitutionnelles ont pu être contournées par l'utilisation d'autres procédures. Si, dès 1983, le législateur a imposé un contrôle des titres, notamment des titres d'entrée et de séjour des étrangers, le juge constitutionnel a limité les opportunités de mise en œuvre de ces contrôles⁸⁴. Ils doivent se fonder « exclusivement sur des critères objectifs⁸⁵ », conformément aux exigences d'ores et déjà posées par la Cour de cassation⁸⁶. Or, les réserves émises sont en opposition avec l'absence d'encadrement des contrôles requis, qui ne nécessitent aucune individualisation. Le procureur de la République a tout intérêt à émettre des réquisitions afin d'établir les violations à la législation relative au droit des étrangers. Ces contrôles requis sont donc « un substitut commode », en ce que « les policiers [...] ne sont plus tenus de respecter la condition tirée du comportement des personnes »⁸⁷. S'y ajoute la circulaire du 21 février 2006 qui invite les parquets à « organiser des opérations de contrôles ciblées, par exemple à proximité des logements foyers et des centres d'hébergement ou dans des quartiers connus pour abriter des personnes en situation irrégulière⁸⁸ ». Le Conseil constitutionnel n'a pas bien pris la mesure de l'arme qu'il a confiée aux autorités judiciaires en déclarant conforme à la Constitution le principe de validité des procédures incidente, c'est-à-dire des procédures fondées sur des infractions différentes de celles initialement visées dans les réquisitions.

Il existe donc une rupture évidente entre la protection constitutionnelle et la pratique des contrôles d'identité. C'est pourquoi le juge judiciaire, prenant le relais du juge constitutionnel, est intervenu récemment afin de sanctionner les atteintes concrètes au principe d'égalité. Dans ses décisions du 9 novembre 2016⁸⁹, la première chambre civile de la Cour

82. Le profilage racial est défini comme « l'utilisation par la police, sans justifications objectives ou raisonnables, de critères comme la race, la couleur, la langue, la religion, la nationalité ou l'origine nationale ou ethnique, dans ses activités de contrôle, de surveillance ou d'investigation » : European Commission Against Racism And Intolerance, « *General Policy Recommendation n° 11 on Combating Racism and Racial Discrimination in Policing* », 29 juin 2007.

83. Défenseur des droits, *op. cit.*, p. 31.

84. CC, décis., 13 août 1993, préc.

85. CC, décis., 13 août 1993, préc., cons. n° 16.

86. Cass. crim., 25 avr. 1985, préc., la mise en œuvre d'un contrôle doit répondre à « des éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé [...] de nature à faire apparaître celui-ci comme étranger ».

87. É. Picard, « Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux : des régimes inutilement hétéroclites », art. cit.

88. Circulaire du 21 février 2006, relative aux conditions de l'interpellation d'un étranger en situation irrégulière, garde à vue de l'étranger en situation irrégulière, réponses pénales, CRIM 2006 05 E1 /21-02-2006.

89. Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2016, préc., ; Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2016, préc., ; Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2016, préc.

de cassation pose le régime de responsabilité de l'État en cas de contrôle d'identité discriminatoire. Se fondant sur l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire⁹⁰, la chambre civile affirme qu'une faute lourde « doit être regardée comme constituée lorsqu'il est établi qu'un contrôle d'identité présente un caractère discriminatoire ; que tel est le cas, notamment, d'un contrôle d'identité réalisé selon des critères tirés de caractéristiques physiques associées à une origine, réelle ou supposée, sans aucune justification objective préalable ». Si cette position a de quoi réjouir la doctrine⁹¹, il n'est pas sûr que les impacts pratiques soient significatifs. Il est particulièrement rare que les agents mentionnent explicitement des signes de discrimination dans le procès-verbal faisant suite au contrôle.

L'atteinte à l'égalité de tous devant la loi est réelle, nonobstant l'attachement du juge constitutionnel à affirmer que les contrôles d'identité ne sauraient être « généralisés et discrétionnaires ». Ces conséquences, fortuites et fâcheuses, sont liées à l'absence de perception d'une possible inconstitutionnalité en raison du caractère abstrait du contrôle de constitutionnalité, notamment lorsqu'il est effectué *a priori*.

2 – Les limites inhérentes au caractère abstrait du contrôle de constitutionnalité

Le contrôle de constitutionnalité *a priori* français est un contrôle abstrait, étant entendu que « la question de la conformité de la loi à la norme fondamentale est posée en dehors de tout litige préexistant devant un juge⁹² ». Le contrôle se présente comme un simple conflit entre deux normes, les éléments tenant à des situations subjectives ne sont pas pris en compte ; seul « le rapport de constitutionnalité de manière pure entre la norme subordonnée et la Constitution⁹³ » est examiné. Ainsi, ce contrôle purement objectif, du moins en apparence, poursuit, comme seul but, la défense de la norme suprême et par conséquent la sanction des lois inconstitutionnelles. La finalité est alors de préserver l'immunité de la loi afin de veiller à l'égalité et à la prévisibilité de son application dans notre tradition républicaine⁹⁴.

90. Art. L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire : « L'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice ».

91. Voir par ex., F. Fourment, « Contrôle d'identité au faciès : "le changement c'est maintenant" », *Gazette du Palais*, 2017, n° 4, p. 58 ; D. Turpin, « Contrôle d'identité – contrôle au faciès : les contrôleurs enfin contrôlés », *JCP G*, 2017, n° 5, doct. 126.

92. P. Bon, Contrôle abstrait, in O. Duhamel, Y. Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, Puf, 1992, p. 224.

93. Voir par ex., G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, Puf, 2011, 3^e éd., p. 42.

94. Par ex., D. Béchillon (de), « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 114.

Ces caractéristiques se ressentent dans les décisions relatives au contrôle d'identité. Bien qu'en 1981, le Conseil a estimé que les « conditions relatives à la légalité, à la réalité et à la pertinence des raisons motivant l'opération [devaient], en fait [être] réunies⁹⁵ » pour que l'atteinte à la liberté d'aller et venir ne soit pas caractérisée, le caractère subjectif du contrôle ne saurait être admis. En effet, il ne s'interroge ni sur les potentiels effets des conditions posées par le législateur, ni sur l'application concrète qui peut en être faite. Son examen se borne à la présence de conditions et non à l'analyse de leur impact et de leurs conséquences. Il en va de même dans la décision de 1993⁹⁶ ; s'il considère que les opérations en cause ne sauraient être « généralisées et discrétionnaires », le contrôle réalisé reste abstrait et objectif. Le contentieux constitutionnel *a priori* excluant tout intérêt subjectif, dans l'optique de « la protection du Droit objectif à celle des intérêts subjectifs⁹⁷ », le juge ne défend que la norme constitutionnelle et non pas un droit fondamental relatif à des situations personnelles.

Les juges de la rue Montpensier n'ont pas perçu les inconstitutionnalités pouvant découler de la pratique des contrôles d'identité tant il est excessif de considérer que la seule prise en compte de la norme assure l'anticipation de toutes les difficultés liées à son application. En effet, selon Denys de Béchillon, certaines inconstitutionnalités ne peuvent naître que de la pratique du droit et « l'essai, l'erreur, la conscience acquise à l'expérience des difficultés ou des arguments inattendus sont, qu'on le veuille ou non, porteurs des enseignements les plus précieux pour résoudre au mieux les problèmes de droit⁹⁸ ».

La matérialisation des décisions constitutionnelles est malaisée et emporte souvent une violation de l'égalité entre les citoyens. Les limites inhérentes au contrôle de constitutionnalité trouvent ici une illustration éclairante. Néanmoins, ce contrôle s'est transformé depuis l'instauration de la QPC ; il se subjectivise. Cela ressort, en particulier, des dernières décisions QPC relatives aux contrôles d'identité qui retracent les fluctuations des caractéristiques du contrôle de constitutionnalité de la loi. Cette subjectivisation du contrôle assure une mise en œuvre plus concrète de la protection constitutionnelle qui peut désormais aboutir à certaines censures.

95. CC, décis., 20 janv. 1981, préc., cons. n° 56.

96. CC, décis., 5 août 1993, préc.

97. S. Schmitt, « La nature objective du contentieux constitutionnel des normes : les exemples français et italien », *RFDC*, 2007, n° 72, p. 721.

98. D. Béchillon (de), « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême », art. cit., p. 119.

B – L'ÉLEVATION PROGRESSIVE DE LA PROTECTION
CONSTITUTIONNELLE

Deux décisions récentes rendues en QPC et relatives aux contrôles d'identité démontrent l'application du juge constitutionnel à mettre en œuvre et à élever le niveau de sa protection⁹⁹. À cet égard, si la décision du 24 janvier 2017 n'a pas censuré le dispositif législatif en cause, elle illustre l'apport de la QPC à l'effectivité du contrôle de constitutionnalité (1). Dès lors, la censure récente des contrôles d'identité réalisés dans le cadre de l'état d'urgence était attendue (2).

1 – L'apport du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

La décision du 24 janvier 2017 est une étape supplémentaire dans l'approfondissement du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*¹⁰⁰. Décision essentielle, elle aligne l'encadrement constitutionnel des contrôles d'identité requis sur celui de ceux relevant de la police administrative. Si l'examen de constitutionnalité se veut concret, cela s'explique par la confrontation de la norme législative au principe d'égalité¹⁰¹. Selon Marthe Fatin-Rouge Stefanini, le respect de ce principe implique nécessairement une part de subjectivisation du contrôle de constitutionnalité¹⁰². Or, cette confrontation n'a pas eu lieu dans les premières décisions du Conseil constitutionnel. Qu'il s'agisse des décisions de 1981, ou de 1993, le juge constitutionnel n'a pas étudié les contrôles d'identité sous l'angle du principe d'égalité, mais sous celui de la liberté individuelle.

L'examen de la constitutionnalité de la loi repose essentiellement sur l'étude d'éléments concrets de son application. Cette méthode n'est pas nouvelle et avait déjà été utilisée dans d'autres décisions, telles que celles relatives à la garde à vue¹⁰³ ou aux hospitalisations sans consentement¹⁰⁴.

99. CC, décisis., n° 2016-606/607 QPC, 24 janv. 2017, M. Ahmed M. et autres [Contrôles d'identité sur réquisitions du procureur de la République] ; CC, décisis., n° 2017-677 QPC, 1^{er} déc. 2017, Ligue des droits de l'Homme [Contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules dans le cadre de l'état d'urgence].

100. CC, décisis., 24 janv. 2017, préc.

101. CC, décisis., 24 janv. 2017, préc., en effet les considérants 25 et 26 de la décision sont spécifiquement dédiés à l'analyse de la conformité des dispositions législatives en cause avec le principe d'égalité devant la procédure pénale.

102. M. Fatin-rouge Stefanini, « La singularité du contrôle exercé *a posteriori* par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », in « Question sur la question : la QPC façonnée par ses acteurs : quelle(s) tendance(s) ? », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 38, p. 205.

103. CC, décisis., n° 2010-14/22 QPC, 30 juill. 2010, M. Daniel W et autres, {Garde à vue}. Pour une analyse détaillée de la méthode suivie par le Conseil, voir, Ch. Maugué, J.-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, 2013, 2^e éd., p. 211-213.

104. CC, décisis., n° 2010-71 QPC, 26 nov. 2010, Mlle Danielle S., {Hospitalisation sans consentement}. Pour une analyse des éléments concrets pris en compte, voir D. Béchillon (de), « Pragmatisme – ce que la QPC peut utilement devoir à l'observation des réalités », *JCP G*, n° 51, 2010, doct. 1287.

La déclaration de conformité des contrôles d'identité requis appelait préalablement l'appréciation d'éléments factuels. En effet, le Conseil constitutionnel se devait d'exercer un contrôle sur les atteintes au principe d'égalité dans des situations concrètes. En l'espèce, plusieurs associations et syndicats d'avocats intéressés par la défense des droits des étrangers sont intervenus¹⁰⁵ et ont mis en lumière les pratiques discriminatoires. Ils démontraient que « les pratiques quotidiennes des services de police, sont, consciemment ou non, discriminatoires et fondées, non pas sur des éléments objectifs, mais sur l'apparence de la personne contrôlée¹⁰⁶ ». Les intervenants reprochaient, entre autres, aux dispositions législatives contestées¹⁰⁷ d'autoriser implicitement ces pratiques en ce que ces opérations n'ont pas à être motivées par des circonstances particulières.

Le Conseil constitutionnel a pris acte de ce que le détournement de la loi pouvait la rendre inconstitutionnelle. Il a, alors, rappelé avec force que les contrôles doivent « s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères excluant toute discrimination de quelque nature que ce soit entre les personnes¹⁰⁸ ». Il n'a pas pu se départir de considérations factuelles tant les études démontrant le caractère discriminant des contrôles d'identité sont nombreuses. Toutefois, cette subjectivisation n'est que relative. En effet, depuis 2013, il affirme que « l'éventualité d'un détournement de la loi ou d'abus lors de son application n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité¹⁰⁹ ». Or, en l'espèce, il ne s'agit pas uniquement d'un détournement de la loi, ou d'un abus dans son application, puisque le Code de procédure pénale n'impose pas de condition lors de leur mise en œuvre. Cette autolimitation interroge sur l'essor de cette technique dans le contentieux *a posteriori*, à moins que l'examen d'un motif tiré d'une atteinte au principe d'égalité emporte *de facto* subjectivisation du contrôle de constitutionnalité¹¹⁰.

S'opposant fortement « au contrôle au faciès », le juge constitutionnel appelle indirectement à la refonte de la loi. La réaffirmation selon laquelle les contrôles d'identité requis doivent s'effectuer sur des critères excluant toute discrimination met en évidence la volonté de les circonscrire. Néanmoins, la jurisprudence constitutionnelle se heurte à un obstacle de

105. Il s'agit du Syndicat des Avocats de France, de l'association Groupe d'information et de soutien des immigré.e.s (GISTI), de l'association Avocats pour la défense des droits des étrangers, et de l'association Soutien ô Sans Papiers.

106. Mémoire en intervention volontaire relatif à la question prioritaire de constitutionnalité n° 2016-606, disponible à l'adresse suivante : <http://www.gisti.org/spip.php?article5578>, p. 11.

107. À savoir les dispositions de l'article 78-2 du Code de procédure pénale relatives aux contrôles d'identité sur réquisition du procureur de la République.

108. CC, décisis., 24 janv. 2017, préc., cons. n° 26.

109. CC, décisis., n° 2013-669 DC, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, cons. n° 30. Réaffirmation de cette position dans le commentaire de la décision CC, décisis., 24 janv. 2017, préc., disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

110. M. Fatin-Rouge Stefanini, art. cit.

taille : la mise en œuvre des contrôles d'identité. Si les études mettent en évidence l'existence de « contrôles au faciès », il n'en demeure pas moins qu'il est très difficile pour les juridictions de sanctionner cette réalité. Il est rare que les procès-verbaux faisant suite à un contrôle d'identité mentionnent des motifs discriminants comme « un individu de type nord-africain¹¹¹ ». Surtout, la majeure partie des contrôles d'identité ne font pas l'objet de suites judiciaires, ce qui rend *de facto* impossible l'examen des motifs par l'autorité judiciaire.

Sur le fond, cette décision n'est pour autant pas différente des précédentes. Il s'agit d'un alignement de l'encadrement des contrôles requis sur celui des différents contrôles d'identité. Or, la méthode utilisée par le juge constitutionnel est spécifique et finit de convaincre quant à l'intention du juge d'approfondir la protection constitutionnelle sur cette question. Cette décision n'est qu'un avant-goût de la censure prononcée à l'encontre des contrôles pouvant être réalisés dans le cadre de l'état d'urgence.

2 – La censure attendue des contrôles d'identité réalisés dans le cadre de l'état d'urgence

Le juge constitutionnel, dans sa décision du 1^{er} décembre 2017¹¹², a déclaré contraire à la Constitution l'article 8-1 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, dans sa rédaction issue de la loi du 21 juillet 2016¹¹³ qui énonce que « dans les zones mentionnées à l'article 2 de la présente loi, le préfet peut autoriser, par décision motivée, les agents [...] à procéder aux contrôles d'identité prévus au huitième alinéa de l'article 78-2 dudit Code [...]. La décision du préfet désigne les lieux concernés, qui doivent être précisément définis, ainsi que la durée de l'autorisation, qui ne peut excéder vingt-quatre heures ». Ces dispositions offrent la possibilité au préfet de prescrire des contrôles d'identité ressemblant étrangement à ceux de police administrative. Or, ces premiers diffèrent pour une raison essentielle : le préfet n'a en aucun cas à prouver des « circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public » comme l'a imposé, en 1993, le Conseil constitutionnel pour les contrôles d'identité de police administrative. L'objectivité de ces contrôles n'est pas assurée et c'est là que le bât blesse. Cette absence

111. Il s'agit du motif qui a été mentionné sur le procès-verbal de vérification du droit de circulation ou de séjour pris à la suite d'un contrôle d'identité requis. Ces faits ont justifié, pour la chambre criminelle de la Cour de cassation, l'annulation du procès-verbal (Cass. crim., 3 nov. 2016, n° 15-85548, publication au bulletin à venir).

112. CC, décis., 1^{er} déc. 2017, préc.

113. La loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste.

d'objectivité était l'un des buts du législateur. En effet, selon les rapports parlementaires, il était nécessaire d'offrir à l'autorité administrative la possibilité de « procéder à de tels contrôles sans avoir à justifier de "circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public" comme l'exige en temps normal la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹¹⁴ ». La volonté du législateur était évidente : il était nécessaire de contourner les exigences constitutionnelles afin que le Préfet puisse réaliser facilement ces contrôles. Bien que l'état d'urgence soit un régime exceptionnel, doit-il pour autant faire fi de tout encadrement ?

La décision du Conseil constitutionnel n'est pas une surprise, elle était même attendue. Et c'est sur ce point particulier, *i. e.* l'existence de circonstances particulières, que le juge a retenu toute son attention. Ainsi, après avoir rappelé que « la pratique de ces opérations de manière généralisée et discrétionnaire serait incompatible avec la liberté d'aller et de venir et le droit au respect de la vie privée » et que « le législateur a permis leur mise en œuvre sans que celles-ci soient nécessairement justifiées par des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public dans les lieux en cause », il considère que la conciliation entre les exigences constitutionnelles ne saurait être regardée comme équilibrée. Le raisonnement du Conseil est intéressant : il ne conçoit pas que le régime de l'état d'urgence suffise à considérer que des « circonstances particulières » légitiment, en tout état de cause, un contrôle d'identité. Cette décision atteint l'essence même de l'état d'urgence en estimant qu'il ne saurait être un motif acceptable à la réalisation récurrente et discrétionnaire de contrôles d'identité.

Pour rendre une telle décision, le juge a bien pris la mesure de la situation à laquelle il était confronté. La possibilité offerte par l'article 8-1 de la loi du 3 avril 1955 est la plus utilisée sous l'empire de l'état d'urgence comme il le rappelle dans ses commentaires¹¹⁵. La censure s'est donc faite par ce prisme, qu'en aurait-il été si cette procédure n'était pas celle privilégiée par les autorités administratives ? Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité se retrouve même lorsqu'il n'est pas question du respect du principe d'égalité. En l'occurrence seuls étaient confrontés à la prévention de l'ordre public la liberté d'aller et venir et le droit au respect de la vie privée. La prise en compte d'éléments factuels n'est plus l'apanage du principe d'égalité. La QPC a révolutionné la méthodologie du juge constitutionnel, et son contrôle, en principe, abstrait tend, peu

114. Rapport n° 804 (Sénat – 2015-2016) de MM. Michel Mercier au nom de la commission mixte paritaire, déposé le 20 juillet 2016, p. 17.

115. Pour se faire le juge constitutionnel s'appuie sur les documents disponibles sur le site l'Assemblée nationale (<http://www2.assemblee-nationale.fr/15/commissions-permanentes/commission-des-lois/controle-parlementaire-de-l-Etat-d-urgence/controle-parlementaire-de-l-Etat-d-urgence/donnees-chiffrees/depuis-le-16-juillet-2017/synthese-des-mesures-administratives-prises-en-application-de-la-loi-du-3-avril-1955>).

à peu, à se concrétiser. Si bien que l'essai, l'erreur et la pratique du droit font désormais partie intégrante des éléments d'appréciation du juge constitutionnel, et le cas des contrôles d'identité n'en est qu'une illustration frappante.

Décision par décision, le juge a forgé un cadre normatif se voulant protecteur de la liberté d'aller et venir, et du principe d'égalité. S'étant lancé, un peu tardivement peut être, dans la lutte contre les *contrôles d'identité au faciès*, le Conseil constitutionnel tente d'endiguer les abus découlant de certaines pratiques. Les effets de ces décisions ne sont pas immédiatement palpables, mais la censure récente confirme la politique volontariste du juge constitutionnel, et cela bien que l'intérêt de la remise en cause de la loi sur l'état d'urgence soit discutable lorsque cette dernière intervient après qu'il y a été mis terme et que certaines mesures aient été insérées dans le droit commun.

