

gisti, groupe
d'information
et de soutien
des immigrés

Graines
DE France



Ligue des droits de l'Homme



 **OPEN SOCIETY**
JUSTICE INITIATIVE



Syndicat 
de la **Magistrature**

Paris le 1^{er} août 2013

NOTE EN FAVEUR D'UNE REFORME DE L'ARTICLE 78-2

DU CODE DE PROCEDURE PENALE

Une promesse présidentielle qui exige une réforme de fond

Lors de l'élection présidentielle, M. François Hollande a pris un engagement qui touche au cœur du contrat social qui doit lier les institutions de maintien de l'ordre républicain et les citoyens qu'elles servent. Cet engagement, le n°30, redonnait espoir aux nombreux citoyens qui ont un sentiment de crainte vis-à-vis de leurs forces de l'ordre, plutôt que la confiance essentielle pour que celles-ci puissent effectivement remplir leur mission. Cet engagement représentait aussi une promesse suivant laquelle il n'y aurait plus deux types de citoyens, certains considérés comme des perpétuels suspects, désignés publiquement comme tels par des policiers. L'engagement n°30 était un engagement à prendre les mesures nécessaires pour lutter contre les contrôles au faciès et améliorer le lien entre les citoyens et la police.

Une série de mesures est nécessaire pour faire face à un problème aussi complexe. Remettre la prévention à sa juste place, rapprocher les forces de l'ordre des citoyens, et accentuer leur rôle de service public sont des axes fondamentaux de cette réforme. Un redéploiement des forces de police et une modification des critères d'évaluation et de promotion, un dialogue renouvelé au niveau local, une formation renforcée sur les pratiques de contrôles, de palpations et de fouilles et l'introduction des récépissés de contrôle sont toutes des mesures nécessaires pour mettre fin aux abus lors des contrôles (voir notre document Propositions pour la mise en œuvre de l'engagement no. 30).

Mais la pierre d'achoppement de cette réforme est la modification de l'article 78-2 du Code de Procédure Pénale. Cet article définit les circonstances autorisant les contrôles d'identité et les motifs légaux justifiant de tels actes. La généralité et l'imprécision de sa rédaction actuelle favorisent des dérives, limitent l'efficacité de toute autre mesure et contribuent à la violation des droits fondamentaux de millions de Français chaque année.

La généralité de la rédaction actuelle de 78-2 favorise les contrôles discriminatoires

La rédaction actuelle de l'article 78-2 établit un cadre normatif qui est imprécis et trop large. Il octroie une large marge de pouvoir discrétionnaire aux agents de la force publique pour décider des sujets à contrôler sans avoir à justifier d'aucun motif précis, objectif et individuel pour ce choix. Par ce biais, il crée un terrain fertile au développement de comportements discriminatoires et abusifs.

Seul l'alinéa 1 impose aux policiers la considération du comportement d'une personne avant de procéder à un contrôle.

Les autres alinéas se limitent à disposer des conditions générales de contrôles (lieu, temps, recherche ou prévention de certains types d'infraction), sans pour autant exiger que les agents de la force publique justifient de motifs pour contrôler une personne plutôt qu'une autre. Une fois ces critères généraux remplis, ces agents ont une quasi-totale liberté dans leur sélection de « cibles » de contrôles. Rien n'empêche que les choix de certains agents soient régulièrement fondés sur la couleur de peau d'une personne, son ethnicité, origine ou religion supposée, ou d'autres critères discriminatoires ou arbitraires.

En plus du fait que le texte encadrant les contrôles ne précise pas les critères pouvant fonder le choix des personnes contrôlées, s'ajoute l'absence de toute obligation pour les agents de justifier des raisons qui fondent leurs choix des personnes contrôlées. Même quand des contrôles sont suivis d'une procédure judiciaire, s'ils ont lieu dans le cadre des alinéas 2, 3 ou 4 de l'article 78-2, il n'y a aucune obligation pour les agents d'expliquer pourquoi ils ont décidé de demander à une personne en particulier de présenter ses papiers d'identité.

L'alinéa 2 autorise les agents de la force publique à contrôler l'identité de toute personne se trouvant dans la zone territoriale et pendant la période de temps déterminée par une réquisition du Procureur sans avoir à justifier d'une ou de raisons plausibles prévues à l'article 78-2 alinéa 1.

L'alinéa 3 autorisant des contrôles d'identité administratifs, dits « préventifs », sert souvent d'alibi à l'arbitraire des services de police autorisés à contrôler l'identité d'une personne au vague motif de « prévenir une atteinte à l'ordre public » et ce, quel que soit le comportement de celle-ci. Selon les termes explicites de ce texte, il n'est pas nécessaire qu'un lien soit établi entre le comportement de la personne contrôlée et la menace prévisible.

De toute façon, tout comportement humain est susceptible, ou presque, de manière subjective d'être considéré par certains comme susceptible de caractériser un risque d' « *atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens* ». Le champ des possibles est si vaste qu'il serait illusoire d'essayer même d'en tracer les limites. A titre d'exemple : une tenue vestimentaire, une gesticulation, une attitude, le port d'un objet quelconque... sont autant de motifs potentiels de contrôle.

Une décision du Conseil Constitutionnel du 5 août 1993 avait posé une réserve d'interprétation à cet article, affirmant que « *l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle* ». Force est pourtant de constater que depuis que le Conseil Constitutionnel a émis cette réserve d'interprétation, soit depuis près de 20 ans, celle-ci n'est pas respectée. Cet article sert, de fait, de justification à n'importe quel contrôle qui n'est pas couvert par les autres alinéas, et il a facilité d'autant les contrôles fondés sur des critères discriminatoires.

S'agissant des contrôles d'identité dits « Schengen » de l'alinéa 4, ces dispositions font également l'impasse sur le comportement de la personne comme élément déclencheur du contrôle. Les forces de l'ordre bénéficient d'une possibilité supplémentaire de contrôler qui elles veulent, de manière totalement arbitraire, dès lors que cette personne se trouve dans les zones ou lieux désignés par cet alinéa.

Par ailleurs, la législation encadrant les contrôles n'impose aux forces de l'ordre aucune obligation de notifier à l'intéressé le fondement du contrôle ni de lui fournir un justificatif de l'existence même de ce contrôle. Il y a de fait une absence totale d'obligation pour les agents de justifier de quelque manière que ce soit de l'usage de leur pouvoir de contrôle. Le contrôlé quant à lui, ne peut contester l'existence des conditions relatives à la réalité et à la pertinence des raisons justifiant son contrôle, dès lors que ces conditions ne relèvent que de l'appréciation subjective de l'officier de police judiciaire et ne lui sont nullement précisées.

C'est seulement lorsque les contrôles sont suivis d'une procédure (judiciaire) qu'il existe alors une obligation pour les agents d'établir un procès-verbal expliquant le fondement du contrôle. Evidemment, quand il s'agit des alinéas 2, 3 ou 4, celui-ci se limite à faire référence à l'alinéa concerné sans pour autant expliquer les motifs pour contrôler cette personne en particulier. La plupart des contrôles dits « de routine » ne génèrent quant à eux aucune suite, et constituent ainsi un « point aveugle » de l'activité policière où tout est possible et rien ne doit être justifié.

L'imprécision de l'article 78-2 viole de nombreux droits fondamentaux

La rédaction des alinéas 2, 3 et 4 de l'article 78-2, permet aux services de police de développer, en matière de contrôle d'identité, des pratiques arbitraires et discriminatoires portant gravement atteinte à de nombreux droits, notamment le droit à la non-discrimination et le droit de circuler librement. Quand ces contrôles sont accompagnés systématiquement de palpations et des fouilles d'objets, ils interfèrent aussi avec le droit à la protection de la vie privée.

Une telle imprécision de rédaction rompt de fait l'équilibre qui doit être recherché entre la prévention des délits et des crimes et la protection des libertés fondamentales.

La marge d'appréciation laissée aux autorités de l'État est en effet absolue et générale : elle n'est nullement conditionnée, alors même qu'elle affecte des droits fondamentaux reconnus par de nombreux textes au niveau international (la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, la charte des droits fondamentaux de l'Union

Européenne du 7 décembre 2000, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950...) et national (la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen- DHDC - du 26 août 1789, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et la Constitution du 4 octobre 1958).

Dans une décision récente, la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) a condamné la législation anti-terroriste du Royaume-Uni autorisant les fouilles à l'entrée des lieux publics pour violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, assurant le droit au respect de la vie privée, en raison de l'imprécision de la législation en cause. La Cour relève à cette occasion le « large pouvoir discrétionnaire » du policier en ce que celui-ci n'a « pas à démontrer l'existence d'un soupçon raisonnable », concluant par l'existence d'un « grand risque d'arbitraire créé par l'octroi d'un large pouvoir discrétionnaire » (CEDH, *Gillan et Quinton c/ Royaume-Uni*, 12 janvier 2010, numéro 4158/05).

Dans un autre arrêt, *Gusinski c. Russie* (2004), la Cour a considéré que le terme de « soupçons raisonnables » implique en effet « l'existence de faits ou de renseignements de nature à pouvoir convaincre un observateur objectif que la personne concernée peut avoir commis une infraction ».

La Cour de Justice de l'Union Européenne a reconnu, quant à elle, dans l'arrêt *A. Melki et S. Abdeli* (2010), que les contrôles d'identité dits '*Schengen*' de l'alinéa 4 de l'article 78-2, contrôles ne nécessitant pas la prise en compte du comportement de la personne concernée ni des circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public, comme contraires à l'article 67 §2 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) et aux articles 20 et 21 du règlement n°562/2006 dit '*Code frontière Schengen*'.

L'application de l'article 78-2 viole aussi le droit à un recours effectif, qui trouve son fondement dans l'article 13 de la Convention européenne, et au niveau national dans l'article 16 de la DHDC de 1789. Il a été consacré par le Conseil constitutionnel, notamment dans sa décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994 : « il résulte de l'article 16 de la déclaration de 1789 qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes d'exercer un recours effectif devant une juridiction ».

Le droit à un recours effectif suppose en premier lieu d'assurer un véritable accès au juge, c'est-à-dire de garantir la possibilité pour toute personne de contester un acte ou un fait devant un magistrat.

Les services de police ne formalisent jamais l'existence du contrôle opéré sur le fondement de l'article 78-2 du Code de procédure pénale lorsqu'il n'est suivi d'aucune procédure pénale ou administrative.

Ainsi, faute d'être matérialisés dans un quelconque document, l'immense majorité des contrôles d'identité opérés chaque jour sur notre territoire échappe à toute possibilité de recours.

En second lieu, ce droit signifie que les autorités nationales ont obligation de permettre au juge de remplir effectivement sa mission, notamment en contrôlant le respect des conditions légales

permettant de justifier qu'il soit porté atteinte à des droits constitutionnels reconnus. Ce deuxième volet du droit à un recours effectif a notamment été affirmé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 24 juillet 2008 : « *Le grief tiré d'une atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif, qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789, manque en fait dès lors qu'aucune des dispositions contestées ne porte atteinte au contrôle du juge, à qui il reviendra s'il est saisi par une personne intéressée, au besoin en référé, de vérifier, au vu de l'évaluation préalable, si les conditions permettant de recourir à un contrat de partenariat sont remplies* » (décision n° 2008-567 DC).

Le contrôle du juge est ici totalement théorique et illusoire dès lors que les services de police, en cas de poursuite, n'ont pas à expliquer la raison pour laquelle ils contrôlent tel individu plutôt que tel autre, quand ils appliquent les alinéas 2, 3 ou 4 de l'article 78-2. En effet, du fait de l'absence d'exigences procédurales imposant à l'officier de police judiciaire de justifier des raisons précises et des circonstances l'ayant amené à contrôler tel individu, l'autorité judiciaire n'est pas en mesure de procéder à un contrôle effectif du bien-fondé sur le plan légal, et au regard des droits fondamentaux de la personne, du contrôle opéré et de vérifier qu'il n'a aucun caractère discriminatoire. Par exemple, les agents peuvent justifier des contrôles par la seule présence d'une réquisition, fût-elle stéréotypée et systématisée.

Conclusions et Recommandations

Les alinéas 1 à 4 de l'article 78-2 du Code de procédure pénale constituent quatre fondements juridiques différents permettant de procéder au contrôle de l'identité d'une personne. Les services de police ou de gendarmerie ne notifient jamais à l'intéressé le motif, pas d'avantage que le fondement juridique, de son contrôle. Il ignore ainsi les droits dont il dispose, compte tenu du fait que le régime juridique du contrôle varie en fonction de son fondement textuel. Dès lors, les services de police ou de gendarmerie ont tout loisir d'habiller *a posteriori* le contrôle opéré du fondement le plus adapté, vidant ainsi l'idée du contrôle de juge de tout sens.

Si le citoyen peut saisir un juge, ce dernier n'est pas en mesure d'opérer un véritable contrôle juridictionnel du contrôle d'identité, alors même que la liberté individuelle du citoyen est manifestement atteinte. Il en résulte un fort sentiment d'arbitraire dans la population.

Recommandations de modification de l'article 78-2 afin d'améliorer l'encadrement des contrôles d'identité

- a) La suppression de l'alinéa 2 (contrôles sur réquisition du Procureur), même si cet alinéa prévoit un contrôle du Procureur, peut être sereinement envisagée. L'alinéa 1 autorise exactement le même type de contrôle en tout lieu et à tout moment, et est donc suffisant pour encadrer la pratique policière.
- b) Cependant, si ce pouvoir exceptionnel est maintenu il est essentiel de créer des garanties contre une mise en œuvre arbitraire de ces pouvoirs (possibilité de consultation des

réquisitions sur demande, audit régulier et indépendant présenté à l'Assemblée nationale) ainsi que la possibilité d'un contrôle *a posteriori* par le juge du siège.

Il est également nécessaire de limiter l'utilisation de ces pouvoirs exceptionnels aux cas de stricte nécessité et en présence d'un soupçon raisonnable, conformément aux motifs des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme *Gillan et Quinton c/ Royaume-Uni* et *Berkday c/ Turquie*. C'est à dire que l'agent devrait justifier de l'existence d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que la personne contrôlée a commis une infraction précisée dans la réquisition, se prépare à commettre une telle infraction ou qu'elle est susceptible de fournir des renseignements utiles à la recherche en cours.

- c) La suppression de l'alinéa 3 (les contrôles administratifs, dits "préventifs"). Ces contrôles servent souvent d'alibi à l'arbitraire des services de police autorisés à contrôler l'identité d'une personne au vague motif de « prévenir une atteinte à l'ordre public » et ce, quel que soit le comportement de celle-ci.
- d) La suppression de l'alinéa 4, contrôles dits "Schengen" ainsi que de l'article L.611-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA). Ces dispositions font également l'impasse sur le comportement de la personne comme élément déclencheur du contrôle. Leur suppression s'impose d'autant plus que leur régularité reste contestable au regard de la jurisprudence européenne (cf. arrêt rendu le 22 juin 2010 par la Cour de Justice de l'Union Européenne - A. Melki et S. Abdeli concernant alinéa 4 et un arrêt de la Cour de Cassation du 6 juin 2012).
- e) L'inclusion d'une interdiction de toute discrimination de quelque nature qu'elle soit dans l'exercice de ces contrôles.
- f) L'article 78-2 doit être complété pour encadrer la pratique des « palpations de sécurité » et des fouilles des objets personnels, qui conduit à des pratiques inadmissibles, en pleine rue, à la vue de tous, humiliantes et vexatoires. Il doit définir strictement les conditions dans lesquelles ces « palpations » ou fouilles d'objets peuvent être réalisées. Seul un risque sérieux pour la sécurité des agents exerçant le contrôle peut justifier une telle pratique, c'est-à-dire en cas d'indice permettant de soupçonner que la personne est en possession d'objets prohibés, de nature à mettre en danger la sécurité de l'agent.

Enfin, un simple encadrement de ces pratiques dans le cadre du code de déontologie – qui est en cours de mise à jour en vue d'une validation en Conseil d'Etat - est insuffisant. Les procédures qui interfèrent avec le droit à la vie privée de cette manière doivent être clairement définies par la loi.