

# **ETUDE RELATIVE A LA CONSTITUTIONNALITE DE L'ARTICLE 78-2 DU CODE DE PROCEDURE PENALE**

Par  
Dominique ROUSSEAU  
Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

Depuis le 1<sup>er</sup> mars 2010, date d'entrée en vigueur de la révision constitutionnelle de juillet 2008, tout justiciable peut soulever, à l'occasion d'une instance en cours, la question de la constitutionnalité de la loi dont il lui est fait application. Le législateur organique a soumis la recevabilité de la question à trois conditions qui sont, en ce qui concerne l'application en l'espèce de l'article 78-2 du Code de procédure pénale, réunies.

## *1. La condition relative à l'applicabilité de la disposition contestée au cas d'espèce.*

Selon l'article 23-2-1 de la loi organique, il appartient au juge de vérifier que la disposition dont la conformité à la constitution est contestée est « applicable au litige ou à la procédure » ou « constitue le fondement des poursuites ».

Le contrôle de l'identité de la personne par les services de police s'étant fait sur le fondement des dispositions de l'article 78-2 du Code de procédure pénale, cet article est nécessairement applicable au litige et au fondement des poursuites.

## *2. La condition relative au non contrôle de constitutionnalité de la disposition contestée.*

Selon l'article 23-2-2 de la loi organique, il appartient au juge de vérifier que la disposition n'a pas déjà été déclarée conforme à la constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel sauf changement de circonstances. Dans sa décision du 3 décembre 2009, le Conseil a considéré que le juge pouvait prendre en considération aussi bien le changement des circonstances de droit que le changement des circonstances de fait.

En l'espèce, il convient de distinguer l'alinéa 1 de l'article 78-2 des autres alinéas.

### S'agissant de l'alinéa 1.

Cette disposition a été introduite dans le Code de procédure pénale par l'article 21 de la loi du 10 juin 1983 (n° 83-466) donnant naissance à l'article 78-2 alinéa 1 du CPP ainsi rédigé : « Les officiers de police judiciaire [...] peuvent inviter à justifier, par tout moyen, de son identité, toute personne à l'égard de laquelle existe *un indice faisant présumer que* : [...] ». Le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé, à cette occasion, sur cette loi.

Cet article fut par la suite modifié lors de l'adoption de la loi pour la sécurité intérieure du 19 mars 2003 (article 10) pour devenir : « Les officiers de police judiciaire [...] peuvent inviter à justifier, par tout moyen, de son identité, toute personne à l'égard de laquelle existe *une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que* : [...] ».

Si cette dernière législation fit l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, l'article 10, d'où est issu l'actuel article 78-2 contesté en l'espèce, n'est pas visé par les motifs de la

décision (n° 2003-467 DC du 13 mars 2003). La condition de recevabilité établie à l'article 23-2, 2° de la loi organique du 10 décembre 2009 est donc remplie en l'espèce.

En effet, la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution conditionne la recevabilité d'une question prioritaire de constitutionnalité au fait que la disposition contestée n'ait pas été déjà « déclaré conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances ». Cette condition doit être interprétée comme permettant de rejeter une question prioritaire de constitutionnalité dès lors qu'elle porte sur la conformité à la Constitution d'une disposition législative sur laquelle le Conseil constitutionnel s'est *spécifiquement* prononcé. Le contrôle préalable de la loi par le Conseil ne saurait donc faire échec à la recevabilité de la question si l'article contesté n'a pas fait l'objet « dans les motifs » de la décision, d'un contrôle de constitutionnalité.

Cette interprétation a par ailleurs été confirmée par le Conseil constitutionnel. Il a en effet jugé que « les quatre derniers alinéas de l'article 706-88 du Code de procédure pénale ont été ajoutés par la loi du 23 janvier 2006. Dans sa décision n° 2005-532 du 19 janvier 2006, le Conseil constitutionnel n'a pas examiné les alinéas 7 à 10 de l'article 706-88 qui permettent que, par une prolongation supplémentaire de vingt-quatre heures renouvelable une fois, la durée totale de la garde à vue puisse être portée à six jours pour des crimes ou délits constituant des actes de terrorisme. La question prioritaire portant sur ces alinéas est donc recevable » (décision n° 2010-31 QPC du 22 septembre 2010, considérants 3 et 5).

Ainsi, en l'espèce, si le Conseil s'est prononcé sur la loi du 19 mars 2003 (CC 2003-467 DC, 13 mars 2003), son contrôle n'a pas porté spécifiquement sur l'article 10 de la loi. L'article 78-2 alinéa 1 du Code de procédure pénale n'a donc jamais été déclaré conforme à la Constitution.

#### S'agissant des alinéas 2, 3 et 4 de l'article 78-2.

Ces trois alinéas ont été contrôlés par le Conseil constitutionnel. Ainsi, l'alinéa 2, introduit dans le Code de procédure pénale par la loi du 10 août 1993, a été déclaré conforme à la Constitution par le Conseil (décision n° 93-323 DC du 5 août 1993). Il en est de même pour l'alinéa 3 avec cependant, de la part du Conseil, l'édiction d'une réserve d'interprétation : « Considérant que la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes ou des biens, est nécessaire à la sauvegarde de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle ; que toutefois la pratique de contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires serait incompatible avec le respect de la liberté individuelle ; que s'il est loisible au législateur de prévoir que le contrôle d'identité d'une personne peut ne pas être lié à son comportement, il demeure 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* ; que ce n'est que sous cette réserve d'interprétation que le législateur peut être regardé comme n'ayant pas privé de garanties légales l'existence de libertés constitutionnellement garanties ». Enfin l'alinéa 4 a, pour une large part (non en ce qui concerne les contrôles dans le train par exemple), fait lui aussi l'objet d'un contrôle spécifique de constitutionnalité.

L'existence de ce contrôle n'interdit pas au juge de déclarer cependant recevable la question de constitutionnalité si, depuis ce contrôle, un changement des circonstances de droit

ou de fait est intervenu. Or, en l'espèce, ce changement est bien intervenu s'il est pris comme référence la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010.

Dans cette décision portant sur la garde à vue, le Conseil, en effet, s'appuie à la fois sur l'augmentation du nombre des officiers de police judiciaire et sur l'extension de la pratique de la garde à vue pour juger en conséquence que, depuis sa décision de 1993, il y a un changement de circonstances de droit et de fait justifiant un nouveau contrôle de la constitutionnalité du régime légal de la garde à vue.

Dans le cas d'espèce, de nombreuses études font également état d'une multiplication des contrôles d'identité et surtout de leur caractère généralisé et systématique, prouvant ainsi que les conditions légales de ces contrôles d'identité (risque pour l'ordre public) ne sont manifestement ni vérifiées ni nécessaires. Par exemple, le rapport rendu en 2008 par la Commission Nationale de déontologie de la sécurité et portant le nom d'Etude sur la déontologie des forces de sécurité en présence des mineurs peut venir appuyer les autres études (pour leur part, sociologiques) menées relativement à la pratique des contrôles d'identité et témoignant d'un accroissement important du recours à ce type de contrôle. Et, il convient de rappeler que le Conseil n'avait déclaré l'alinéa 3 conforme à la constitution qu'en posant, par une réserve d'interprétation explicite, l'obligation pour l'autorité qui avait procédé au contrôle d'identité de « justifier dans tous les cas des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle ». Or, l'article 78-2 est aujourd'hui généralement appliqué sans que soit respectée cette réserve conduisant ainsi à une application inconstitutionnelle de cet article.

### 3. *La condition relative au caractère sérieux de la contestation de constitutionnalité.*

Selon l'article 23-3 de la loi organique, le juge doit enfin vérifier que la question soulevée n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

En l'espèce, sans même se livrer à un examen approfondi, il ressort de la simple lecture de l'article 78-2 un doute raisonnable sur sa constitutionnalité. « La simple lecture » car le doute se fonde la rédaction de cet article qui n'est pas de nature à satisfaire l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, objectif qui possède une valeur constitutionnelle régulièrement confirmée par le Conseil constitutionnel (cf. notamment décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999). Cet objectif permet de sanctionner les dispositions législatives imprécises ou insuffisamment détaillées, sur le fondement des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789.

Sans doute, l'article 61-1 de la Constitution, en se référant aux « droits et libertés que la Constitution garantit », ne mentionne pas expressément la possibilité d'invoquer la violation d'un objectif de valeur constitutionnelle à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité. Et le Conseil constitutionnel a jugé que « la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789, ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution » (décision n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, considérant 9).

Mais, la précision faite par le Conseil constitutionnel, selon laquelle la méconnaissance de cet objectif ne peut, « en elle-même », fonder une question prioritaire de constitutionnalité,

confirme la pertinence de ce moyen dès lors que la méconnaissance de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi emporte la violation d'un droit ou d'une liberté constitutionnelle. La recevabilité de ce moyen est donc à rapprocher de celle relative au principe de l'incompétence négative du législateur pour laquelle le Conseil a jugé que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence « peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit » (décision n° 2010-28 QPC, 17 septembre 2010, considérant 9).

Le lien à établir entre cet objectif et la garantie des libertés constitutionnelles a été plusieurs fois affirmé par le Conseil constitutionnel. Selon lui en effet, « le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, imposent [au législateur], afin de prémunir les sujets de droits contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques » (décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, considérant 9). Par ailleurs, dans une décision en date du 16 décembre 1999 (n° 99-421 DC), le Conseil a jugé que « l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et " la garantie des droits " requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ».

**Or, en l'espèce, il est manifeste que l'article 78-2 alinéa 1 du Code de procédure pénale est rédigé en des termes si imprécis que l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi n'est pas respecté et que ce non respect porte atteinte, par ricochet, à des droits et libertés que la Constitution garantit.**

D'abord le principe de la légalité des délits et des peines.

En effet, la rédaction initiale de cet article conditionnait les contrôles d'identité à l'existence d'un « indice faisant présumer » que le contrôlé avait commis une infraction, s'appropriait à la commettre ou y avait participé. Désormais, ce même article autorise les contrôles d'identité dès lors qu'il existe « une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner » que le contrôlé avait commis une infraction, s'appropriait à la commettre ou y avait participé. Le remplacement de la condition d'un véritable « indice » par de simples « raisons de soupçonner » consiste donc à substituer un élément matériel objectif (l'indice) par la subjectivité du contrôleur. La réalité des faits, au fondement du contrôle d'identité, a ainsi disparu au profit d'une appréciation subjective et par ailleurs invérifiable, de l'officier de police judiciaire.

Une telle imprécision de rédaction rompt de ce fait la nécessaire conciliation entre la prévention des délits et des crimes et la protection des libertés constitutionnelles. 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 le droit à un recours effectif, la liberté d'aller et venir du citoyen ainsi que son droit à la sûreté.

A titre d'information, ce grief d'inconstitutionnalité peut enfin s'éclairer de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Celle-ci a en effet récemment condamné la législation anti-terroriste du Royaume-Uni autorisant les fouilles à l'entrée des lieux publics pour violation des droits à la liberté et à la sûreté en raison de l'imprécision de la législation en cause (CEDH 12 janvier 2010, Gillan contre Royaume-Uni). La Cour relève à cette occasion le « flou » du motif autorisant de telles actions policières, l'absence de limites temporelles et géographiques ou encore le « large pouvoir discrétionnaire » du policier en ce que celui-ci n'a « pas à démontrer l'existence d'un doute raisonnable », concluant par l'existence d'un « grand risque d'arbitraire créé par l'octroi d'un large pouvoir discrétionnaire ».

#### Ensuite la liberté d'aller et venir.

L'imprécision avec laquelle l'article 78-2 du Code de procédure pénale est rédigée, confère aux officiers de police judiciaire un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne les raisons justifiant un contrôle d'identité. S'il est manifeste que de tels contrôles constituent une limitation à la liberté d'aller et venir, cette limitation est cependant justifiée par l'exigence liée à la recherche des auteurs d'infraction et à la prévention d'atteintes à l'ordre public. Il convient cependant pour le législateur d'opérer une juste conciliation entre ces exigences constitutionnelles et les libertés individuelles, notamment la liberté d'aller et venir. Or le Conseil constitutionnel a jugé que « la gêne que l'application des dispositions peut apporter à la liberté d'aller et de venir n'est pas excessive, dès lors que les personnes interpellées peuvent justifier de leur identité par tout moyen et que, comme le texte l'exige, les conditions relatives à la légalité, à la réalité et à la pertinence des raisons motivant l'opération sont, en fait, réunies » (décision n° 81-127 DC, considérant 56). Or en l'espèce, il est parfaitement impossible de justifier ou de vérifier, en raison de l'imprécision de la disposition contestée, que les conditions relatives à la légalité, à la réalité et à la pertinence des raisons justifiant un contrôle d'identité sont réunies. Le contrôlé ne peut en effet contester l'existence de « raisons plausibles de soupçonner » dès lors que cette condition ne relève que de l'appréciation subjective de l'officier de police judiciaire. La juste conciliation entre la prévention des atteintes à l'ordre public ou la recherche des auteurs d'infraction n'a donc pas été opérée par le législateur. Cette disproportion emporte de ce fait une violation de la liberté d'aller et venir.

#### Enfin le droit à un recours effectif.

Le droit à un recours effectif trouve son fondement dans l'article 16 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen 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 ».

Ce droit emporte, au regard de la jurisprudence constitutionnelle, deux contraintes pour le législateur. Il 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. En second lieu, ce droit signifie, selon le Conseil constitutionnel, que les autorités nationales

ont obligation de permettre au juge de remplir effectivement son office, notamment en contrôlant le respect des conditions légales aux limitations des droits constitutionnels. 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).

Or, l'imprécision manifeste des termes employés par l'article 78-2 alinéa 1 du Code de procédure pénale, en référence aux « raisons plausibles de soupçonner », n'offre pas aux magistrats la possibilité de contrôler l'exactitude des faits ni la légalité des motifs du contrôle d'identité. En effet, l'autorité judiciaire est dans l'impossibilité de remplir son rôle de gardienne de la liberté individuelle du fait de l'absence de documents attestant de la réalité du contrôle effectué, du lieu et de l'heure du contrôle, des raisons plausibles ayant justifié ce contrôle et, enfin, du comportement de la personne contrôlée. De même, en l'absence d'exigences procédurales imposant à l'officier de police judiciaire de démontrer et prouver « les raisons plausibles de soupçonner », l'autorité judiciaire n'est pas en mesure de procéder à un contrôle effectif du comportement de l'officier de police judiciaire. Si le citoyen peut saisir un juge, ce dernier n'est pas en mesure d'opérer un véritable de contrôle juridictionnel du contrôle d'identité, alors même que la liberté individuelle du citoyen est manifestement atteinte. En ce sens, l'article 78-2 alinéa 1 viole le droit à un recours effectif garanti à l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789.

Ainsi, c'est de la rédaction même de l'article 78-2 que ressort un doute sérieux sur sa constitutionnalité. Comme le Conseil constitutionnel a jugé le régime de la garde à vue contraire à la constitution du fait du déséquilibre manifeste entre la prévention des atteintes à l'ordre public et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, en l'espèce, le défaut de conditions factuelles précises et de garanties procédures claires permet de douter de la constitutionnalité des modalités de contrôle d'identité prévues par l'article 78-2 du Code de procédure pénale en raison des atteintes manifestes aux droits et libertés garantis par la constitution.