

*Tribunal de grande instance de
A Mesdames et Messieurs les Président
et Juges
composant la ème chambre
correctionnelle*

Audience du

**CONCLUSIONS AUX FINS DE TRANSMISSION D'UNE QUESTION
PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ
(3ème alinéa de l'article 78-2 du Code de procédure pénale)**

POUR :

M

Ayant pour avocat :

Avocat au barreau de
Demeurant

Toque :

CONTRE :

Madame ou Monsieur le Procureur de la République près le Tribunal de grande instance ;

PLAISE AU TRIBUNAL

I- FAITS ET PROCEDURE :

II- OBJET :

Les présentes conclusions ont pour objet de soulever le moyen tiré de ce que l'article 78-2 du Code de procédure pénale, dont il a été fait application au cas d'espèce, porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution que sont : la liberté d'aller et venir, le droit à un recours effectif et le principe d'égalité devant la loi.

Le 3ème alinéa de l'article 78-2 du Code de procédure pénale est ainsi rédigé :

« 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 ».

Rappelons à toutes fins utiles que le premier alinéa est rédigé comme suit :

« Les officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, les agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20

et 21-1° 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... ».

Il est en conséquence demandé au tribunal de céans de transmettre à la Cour de cassation la question prioritaire de constitutionnalité suivante :

« Le 3ème alinéa de l'article 78-2 du Code de procédure pénale porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution que sont, le droit à la liberté d'aller et venir, le droit à un recours effectif et le principe d'égalité devant la Loi, en ce qu'il permet aux services de police de procéder à des contrôles d'identité discriminatoires et arbitraires sans un contrôle effectif du juge et sans que l'intéressé ne puisse exercer de recours contre la décision même du contrôle ? »

II- SUR LA RECEVABILITE DES PRESENTES CONCLUSIONS :

L'article 61-1 de la Constitution de la Vème République dispose :

« Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article ».

La loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution dispose dans son article 2-II, qui introduit un article LO 461-1 dans le Code de l'organisation judiciaire :

« La transmission par une juridiction de l'ordre judiciaire d'une question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation obéit aux règles définies par les articles 23-1 à 23-3 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ».

La loi organique dispose encore, s'agissant spécifiquement des juridictions pénales, dans son article 2-III, qui modifie le Code de procédure pénale (art. LO 630) :

« Les conditions dans lesquelles le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé dans une instance pénale, ainsi que les conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel peut être saisi par la Cour de cassation de la question prioritaire de constitutionnalité, obéissent aux règles définies par les articles 23-1 à 23-7 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ».

Les articles 23-1 à 23-7 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 auxquels il est ainsi renvoyé, s'agissant de la formulation de la question devant une juridiction pénale et de sa transmission

par ladite juridiction à la Cour de cassation, subordonnent ladite transmission à une condition de forme (A) et trois conditions de fond (B).

A) Sur la forme :

1°) En droit :

La condition de forme tient à ce que le moyen tiré de l'inconstitutionnalité, correspondant à la question posée, doit être formulé par le biais d'un « écrit distinct et motivé » (art. 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958), c'est-à-dire, s'agissant du tribunal correctionnel, des conclusions spécifiques, distinctes de celles éventuellement déposées par ailleurs au fond ou in limine litis.

2°) En l'espèce :

Tel est bien le cas en l'espèce, les présentes conclusions ayant pour unique objet la transmission de la Question Prioritaire de Constitutionalité à la Cour de Cassation.

B) Sur le fond :

Les conditions de fond de la transmission à la Cour de cassation de la question posée par ces conclusions sont au nombre de trois (art. 23-2) :

1°) La disposition dont la conformité à la Constitution est contestée doit être « applicable au litige ou à la procédure », ou constituer « le fondement des poursuites » (art. 23-2-1°) :

a) En droit :

Cette condition, qui a été substituée à une exigence initiale d'un texte devant « commander l'issue du litige », est destinée à « élargir le champ des dispositions pouvant être contestées à l'occasion d'un litige » (Rapport J.-L. Warsmann, Assemblée Nationale 4 novembre 2009, p. 4).

b) En l'espèce :

Il est constant que la procédure diligentée à l'encontre du concluant, l'a bien été sur la base du contrôle de ce dernier par les services de police et ce sur le fondement des dispositions de l'article 78-2 du Code de procédure pénale.

Ces dispositions constituent donc le support procédural nécessaire des poursuites dont le concluant fait l'objet.

2°) La disposition en cause ne doit pas avoir « déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel sauf changement de circonstances » (art. 23-2-2°) :

a) *En droit :*

Le Conseil Constitutionnel peut vérifier la constitutionnalité d'une disposition légale qui aurait déjà été soumise à son contrôle s'il estime qu'un changement de circonstances est intervenu.

En l'espèce, il est patent que les circonstances factuelles et juridiques ont évolué, justifiant que le Conseil Constitutionnel se prononce sur la présente question prioritaire de constitutionnalité.

En effet, dans sa décision du 5 août 1993, le Conseil Constitutionnel avait conditionné la validité des dispositions de la loi du 10 août 1993 comme suit :

« 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 » (Décision 93-323 DC du 5 août 1993).

Force est pourtant de constater que depuis que le Conseil Constitutionnel a émis cette réserve d'interprétation, soit depuis près de 20 ans, jamais celle-ci n'a été respectée : jamais il n'est justifié des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle d'un individu qui, en conséquence, ne peut en aucun cas connaître les raisons d'un tel contrôle, celui-ci portant pourtant atteinte à sa liberté d'aller et venir.

Partant, il est incontestable qu'un changement de circonstances est intervenu.

En outre, l'appréciation de l'existence de circonstances nouvelles peut porter sur les circonstances de droit entourant la disposition critiquée. Ainsi, la délivrance massive de la qualification d'OPJ aux membres des services de police a poussé le Conseil Constitutionnel à considérer que les dispositions applicables à la garde à vue devaient être réexaminées.

Les circonstances de fait peuvent également être prises en compte. Ainsi l'augmentation spectaculaire du nombre de garde à vue justifiait elle aussi le réexamen du dispositif légal.

Ainsi le Conseil Constitutionnel a-t-il dans sa décision n° 2010 QPC 14/22 du 30 juillet 2010 développé les considérants suivants :

« 15. Considérant toutefois que, depuis 1993, certaines modifications des règles de la procédure pénale ainsi que des changements dans les conditions de sa mise en œuvre ont conduit à un recours de plus en plus fréquent à la garde à vue et modifié l'équilibre des pouvoirs et des droits fixés par le code de procédure pénale

16. Considérant qu'ainsi la proportion des procédures soumises à l'instruction préparatoire n'a cessé de diminuer et représente moins de 3 % des jugements et ordonnances rendus sur l'action publique en matière correctionnelle ; que, postérieurement à la loi du 24 août 1993, la pratique du traitement dit « en temps réel » des procédures pénales a été généralisée ; que cette pratique conduit à ce que la décision du ministère public sur l'action publique est prise sur le rapport de l'officier de police judiciaire avant qu'il soit mis fin à la garde à vue ; que, si ces nouvelles modalités de mise en œuvre de l'action publique ont permis une réponse pénale plus rapide et plus diversifiée conformément à l'objectif de bonne administration de la justice, il n'en résulte pas moins que, même dans des procédures portant sur des faits complexes ou particulièrement graves, une personne est désormais le plus souvent jugée sur la base des seuls éléments de preuve rassemblés avant l'expiration de sa garde à vue, en particulier sur les aveux qu'elle a pu faire pendant celle-ci ; que la garde à vue est ainsi souvent devenue la phase principale de constitution du dossier de la procédure en vue du jugement de la personne mise en cause ; 17. Considérant, en outre, que, dans sa rédaction résultant des lois du 28 juillet 1978 et 18 novembre 1985 susvisées, l'article 16 du code de procédure pénale fixait une liste restreinte de personnes ayant la qualité d'officier de police judiciaire, seules habilitées à décider du placement d'une personne en garde à vue ; que cet article a été modifié par l'article 2 de la loi du 1er février 1994, l'article 53 de la loi du 8 février 1995, l'article 20 de la loi du 22 juillet 1996, la loi du 18 novembre 1998, l'article 8 de la loi du 18 mars 2003 et l'article 16 de la loi du 23 janvier 2006 susvisées ; que ces modifications ont conduit à une réduction des exigences conditionnant l'attribution de la qualité d'officier de police judiciaire aux fonctionnaires de la police nationale et aux militaires de la gendarmerie nationale ; que, entre 1993 et 2009, le nombre de ces fonctionnaires civils et militaires ayant la qualité d'officier de police judiciaire est passé de 25.000 à 53.000 ; 18. Considérant que ces évolutions ont contribué à banaliser le recours à la garde à vue, y compris pour des infractions mineures ; qu'elles ont renforcé l'importance de la phase d'enquête policière dans la constitution des éléments sur le fondement desquels une personne mise en cause est jugée ; que plus de 790 000 mesures de garde à vue ont été décidées en 2009 ; que ces modifications des circonstances de droit et de fait justifient un réexamen de la constitutionnalité des dispositions contestées ».

b) En l'espèce :

S'il n'est pas contestable que l'alinéa 3 de l'article 78-2 du Code de procédure pénale a été déclaré conforme à la Constitution par le Conseil Constitutionnel dans sa décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, il est manifeste que des changements de circonstances de fait et de droit justifient un réexamen.

Force est de constater que le contrôle d'identité précède dans la plus part des cas la garde à vue. Les considérants développés par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 30 juillet 2010 précitée s'appliquent nécessairement au contrôle d'identité.

La multiplication des mesures de garde à vue reflète évidemment la multiplication, en amont, des contrôles d'identité, bien que ces derniers soient, par hypothèse, impossibles à quantifier dans la mesure où, bien souvent, ils ne font l'objet d'aucun procès-verbal.

La critique relative à la banalisation de la qualité d'Officier de Police Judiciaire habilité à placer une personne en garde à vue vaut a fortiori pour le contrôle d'identité. D'abord parce que le contrôle des APJ par les OPJ s'est nécessairement dégradé du fait de la réduction des exigences conditionnant l'attribution de cette qualité. Il convient d'ailleurs de souligner que ce contrôle opéré sur les APJ et APJA n'est bien souvent que théorique, dans la mesure où de très nombreuses patrouilles ne comprennent aucun OPJ. Il s'ajoute à cela que les contrôles d'identité ne faisant l'objet d'aucun procès-verbal, ils sont incontrôlables par l'OPJ.

Ensuite, parce que la qualification des APJ et APJA s'est elle aussi très largement dégradée. La qualité d'APJ et d'APJA a été considérablement étendue par le législateur depuis 1993.

Pour exemple, en 1993, au terme de l'article 21 du Code de procédure pénale, sont agents de police judiciaire adjoints :

« 1° Les fonctionnaires des services actifs de police nationale ne remplissant pas les conditions prévues par l'article 20 ;
2° Les agents de police municipale ».

En 2011 au terme des mêmes dispositions, sont agents de police judiciaire adjoints :

« 1° Les fonctionnaires des services actifs de police nationale ne remplissant pas les conditions prévues par l'article 20 ;
1° bis Les volontaires servant en qualité de militaire dans la gendarmerie ;
1° ter Les adjoints de sécurité mentionnés à l'article 36 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité ;
1° quater Les agents de surveillance de Paris ;
1° quinquies Les militaires servant au titre de la réserve opérationnelle de la gendarmerie nationale ne remplissant pas les conditions prévues par l'article 20-1 ;
2° Les agents de police municipale ;
3° Les gardes champêtres, lorsqu'ils agissent pour l'exercice des attributions fixées au dernier alinéa de l'article L. 2213-18 du code général des collectivités territoriales. »

Cette extension permanente de la qualité d'APJA doit évidemment être considérée comme un changement de circonstance propre à justifier le réexamen de la constitutionnalité de l'article 78-2.

Il convient donc en toute hypothèse de considérer que la condition de changement de circonstances est satisfaite en l'espèce.

3°) La question ne doit pas être dépourvue de caractère sérieux :

Cette condition vise à écarter les questions fantaisistes ou à but dilatoire.

Une fois que la juridiction devant laquelle est soulevée la question prioritaire de constitutionnalité a vérifié que ces conditions de forme et de fond étaient remplies, elle « statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité (...) à la Cour de cassation », et adresse « la décision de transmettre (...) à la Cour de cassation dans les huit jours de son prononcé avec les mémoires ou les conclusions des parties ».

L'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée précise encore les conséquences, sur l'instance pendante devant le tribunal, de la décision de transmission de la question (art. 23-3).

Le caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité dont il est ici demandé la transmission à la Cour de Cassation, repose sur l'inconstitutionnalité manifeste de l'article 78-2 du Code de procédure pénal, lequel heurte un ensemble de principes constitutionnels :

a) *La violation du principe d'accessibilité et d'intelligibilité de la Loi pénale* :

L'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi a été consacré par le Conseil constitutionnel dans de nombreuses décisions (notamment décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999).

Il 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.

Le Conseil constitutionnel affirme en effet que : « 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).

En 2006, par sa décision n° 2006-540, le Conseil Constitutionnel a rattaché cet objectif à valeur constitutionnelle aux articles 4 et 5 de la Déclaration des Droits de l'Homme.

Aux termes de cette décision, en exerçant la compétence qui lui est confiée par l'article 34 de la Constitution, le législateur doit adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques car il doit prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi.

Le Conseil n'hésite pas à censurer des dispositions législatives énoncées de manière insuffisamment « claire et précise », ou jugées par lui « ambiguës » et donc contraires à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.

Ainsi, en matière pénale et plus particulièrement en matière de contrôles de police, il insiste sur cette exigence.

Par exemple, lorsqu'il a contrôlé la loi sur la sécurité intérieure dans ses dispositions relatives aux « visites de véhicules » réalisées dans le cadre d'un contrôle requis (article 72-2 al. 2 du Code de procédure pénale) ou d'un contrôle préventif (article 72-2 al. 4 du Code de procédure pénale), il a souligné que ces articles étaient formulés « en des termes assez clairs et précis pour répondre aux exigences » constitutionnelles.

Il est manifeste que l'article 78-2 alinéa 3 du Code de procédure pénale est rédigé en des termes trop imprécis, qu'il ne permet pas l'exercice effectif des droits et libertés que la Constitution garantit.

Sur la base de cet article, l'officier de Police judiciaire peut contrôler toute personne quel que soit son comportement pour prévenir une atteinte à l'Ordre Public.

Une telle imprécision de rédaction rompt de ce fait la nécessaire conciliation entre la prévention des délits et des crimes d'une part, et la protection des libertés constitutionnelles d'autre part.

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.

b) La rupture du principe d'égalité devant la loi :

Il est patent que la rédaction 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 au principe d'égalité de tous devant la Loi.

b-1°) Pratiques arbitraires :

Pour la Commission Nationale de Déontologie et de Sécurité, « il convient en particulier d'éviter les contrôles d'identité sans motif et au faciès, les interpellations dans des lieux

inappropriés, les mesures de coercition inutiles et les violences illégitimes » (Rapport 2008, p. 54, Annexe 1).

Le Conseil constitutionnel lui-même rappelait dans sa décision n° 93-323 DC du 5 août 1993 que : «*la pratique de contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires serait incompatible avec le respect de la liberté individuelle* ».

La CNDS remarquait à ce propos dans le rapport précité : «*Il n'est pas manifeste que tous les policiers aient toujours été pénétrés de ce principe* ».

La réserve du Conseil Constitutionnel a été largement oubliée et il est patent que les contrôles généralisés et arbitraires se sont multipliés. Cette réserve qui s'appliquait à l'alinéa 3 de l'article 78-2 du Code de procédure pénale à l'époque, trouve néanmoins à s'appliquer à l'ensemble des dispositions de cet article dans la mesure où le contrôle d'identité est trop souvent motivé a posteriori alors même qu'il est arbitraire a priori.

b-2°) Pratiques discriminatoires :

En 2007, une étude a été réalisée par deux chercheurs du CNRS, Fabien Jobard et René Lévy, afin d'examiner si, et dans quelle mesure, les policiers contrôlaient les individus en fonction de leur apparence (Annexe 2).

L'étude a scientifiquement démontré que les contrôles d'identité effectués par les policiers se fondent principalement sur l'apparence : non pas sur ce que les gens font, mais sur ce qu'ils sont ou paraissent être.

Les résultats montrent que les personnes perçues comme « Noires » et les personnes perçues comme « Arabes » ou comme « jeunes » ont été contrôlées de manière disproportionnée par rapport aux personnes perçues comme « Blanches ».

- Les « Noirs » courraient ainsi entre trois et onze fois plus de risques que les « Blancs » d'être contrôlés.
- Les « Arabes » étaient généralement plus de sept fois plus susceptibles que les « Blancs » d'être contrôlés !

Cette étude démontre 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 contrôlée.

Cette pratique discriminatoire est naturellement rendue possible par la formulation même de l'article 78-2 du Code de procédure pénale et l'absence de garantie procédurale suffisante. Cette lacune a en effet permis le développement d'une pratique massive du contrôle d'identité hors de tout contrôle de l'autorité judiciaire.

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.

Il en résulte un fort sentiment d'arbitraire dans la population, sentiment renforcé par le constat de ce que certains contrôles sont justifiés a posteriori si une infraction est alors révélée.

A défaut d'imposer aux services de police l'obligation d'indiquer au citoyen, au moment du contrôle, le fondement de la mesure, de lui délivrer un justificatif du contrôle dont il a été l'objet, et de mentionner le contrôle sur un registre tenu au service de police, le texte permet, en fait, aux policiers d'avoir recours à des pratiques discriminatoires.

Certains pays, dont l'Angleterre, ont imposé la délivrance de « Stop Form » - littéralement formulaires d'arrêt – sur lesquels doivent figurer la date, l'heure, le motif et le fondement juridique du contrôle.

Force est de constater que la législation française n'offre pas cette garantie et interdit, de ce fait, tout recours effectif.

L'article 78-2 alinéa 3 du Code de procédure pénale porte donc gravement atteinte au principe d'égalité de tous devant la Loi.

c) La violation de la liberté d'aller et venir :

L'article 78-2 du Code de procédure pénale confère aux officiers de police judiciaire un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne les raisons justifiant un contrôle d'identité.

Si de tels contrôles constituent une limitation à la liberté d'aller et venir, cette limitation peut cependant être justifiée par l'exigence liée à la recherche des auteurs d'infraction et à la prévention d'atteintes à l'ordre public.

Il incombe au 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° 80-127 DC, considérant 56).

Les services de police n'ayant pas l'obligation de notifier à l'intéressé le fondement du contrôle, ni de lui fournir un justificatif de l'existence même de ce contrôle, il est parfaitement impossible de justifier ou de vérifier, que les conditions relatives à la réalité et à la pertinence des raisons justifiant un contrôle d'identité sont réunies.

Le contrôlé ne peut en effet contester, même ultérieurement, l'existence d'une menace de trouble à l'ordre public qui aurait justifié, à l'époque son contrôle, dès lors que cette condition ne relève que de l'appréciation subjective de l'officier de police judiciaire et ne lui est nullement précisée.

Il convient d'ajouter que le risque de trouble à l'ordre public peut même être étranger à l'individu ce qui rend en pratique impossible toute contestation.

La juste conciliation entre la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infraction n'a donc pas été suffisamment opérée par le législateur, à défaut d'imposer aux services de police d'indiquer au citoyen, au moment du contrôle, le fondement de la mesure, de délivrer un justificatif au citoyen contrôlé, et de mentionner le contrôle sur un registre tenu au service de police.

Cette disproportion emporte, de ce fait, une violation de la liberté d'aller et venir.

Il convient d'ajouter que l'article 5§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droit de l'homme consacre le droit à la sûreté qui proscriit, sauf exceptions, toute privation de liberté.

Là encore il appartient au législateur de chaque état membre de s'assurer que les pouvoirs confiés aux services de police dans la recherche des auteurs d'infractions respectent suffisamment les libertés individuelles.

Force est de constater que la législation française n'est pas suffisamment protectrice des libertés individuelles.

d) Le non-respect du 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.

d-1°) L'accès au juge :

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

Les contrôles d'identité non suivis de poursuites judiciaires ne laissant aucune trace, il ne permettent aucun recours et donc aucun accès au juge.

d-2°) L'impossibilité pour le juge d'exercer son contrôle :

Le droit à un recours effectif implique également, pour le Conseil constitutionnel, que les autorités nationales aient 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).

Les services de police n'ayant pas l'obligation de notifier à l'intéressé, le fondement et le motif du contrôle ni de fournir un justificatif dudit contrôle, il n'existe aucun moyen, pour le juge, de vérifier la conformité du procès verbal qui lui est soumis dans le cadre de la procédure judiciaire à la réalité de cette situation.

Il a pourtant été démontré (cf : l'étude du CNRS citée supra) que les motifs réels des contrôles tiennent bien souvent à l'apparence de la personne contrôlée, ce qui ne figure naturellement jamais dans les procès verbaux soumis au magistrat.

Rappelons, sur ce point, que les procès verbaux dressés par les APJ et APJA (habilités à procéder aux contrôles d'identité) ne valent qu'à titre de simple renseignement et n'ont pas la force probante de ceux dressés par les OPJ.

Le contrôle du juge est en outre paralysé par l'élasticité du texte. En effet, tout comportement humain est susceptible, ou presque, de causer « *une 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.

L'alinéa 3 interdit au juge judiciaire d'exercer son contrôle car il le met face à la subjectivité du policier qui, même en toute bonne foi, justifiera son contrôle par un contexte nécessairement invérifiable et indiscutable.

L'article 78-2 alinéa 3 du Code de procédure pénale n'offre pas aux magistrats la possibilité de contrôler l'exactitude des faits ni la légalité des motifs du contrôle d'identité. A supposer même que le citoyen puisse saisir librement un juge, ce dernier ne serait pas en mesure d'opérer un véritable contrôle juridictionnel de la mesure, alors même que la liberté individuelle du citoyen est manifestement atteinte.

En ce sens, l'article 78-2 alinéa 3 viole le droit à un recours effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789.

PAR CES MOTIFS

Et tous autres à produire, déduire, ou suppléer, au besoin d'office, le concluant demande qu'il plaise au Tribunal de :

Vu l'article 61-1 de la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, et notamment son chapitre II bis, tel qu'inséré par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution ;

Vu la décision n° 2009-595 DC du Conseil Constitutionnel du 3 décembre 2009, relative à la loi organique précitée ;

Vu le décret n° 2010-148 du 16 février 2010, portant application de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 ;

Vu les articles 1er, 34 et 66 de la Constitution ;

Vu les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ;

Vus ensemble le droit à l'égalité des citoyens devant la loi, à un recours effectif et à la liberté d'aller et venir ;

Vu l'article 78-2 du Code de procédure pénale ;

- **CONSTATER** que le prévenu SOULEVE RÉGULIÈREMENT LE MOYEN tiré de ce que le troisième alinéa de l'article 78-2 du Code de procédure pénale porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution ;

EN CONSÉQUENCE,

- **TRANSMETTRE** à la Cour de cassation la question prioritaire de constitutionnalité suivante :

« Le 3ème alinéa de l'article 78-2 du Code de procédure pénale porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution que sont, le droit à la liberté d'aller et venir, le droit à un recours effectif et le principe d'égalité devant la Loi, en ce qu'il permet aux services de police de procéder à des contrôles d'identité discriminatoires et arbitraires sans un contrôle effectif du juge et sans que l'intéressé ne puisse exercer de recours contre la décision même du contrôle ? »

ANNEXES

- 1) CNDS, La déontologie des forces de sécurité en présence des mineurs.
- 2) Open Society Justice Initiative, Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris, 2009. Etude de 2007 conduit par Fabien Jobard et René Lévy, chercheurs au CNRS.
- 3) Memo de Open Society Justice Initiative, "Les contrôles au faciès en France : une pratique à la réalité bien établie", mai 2011.
- 4) CNCDH La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie, année 2010 (Paris, 2011).
- 5) CNDS, Rapport 2004 (Paris, 2005) Chapitre 3 « Étude sur la part des discriminations dans les manquements à la déontologie »
- 6) Amnesty International, "France: Breaches of the Law Cannot be Solved by Breaking the Law", déclaration publique d'Amnesty International, 10 novembre 2005.
- 7) Amnesty International, France « Pour une véritable justice: mettre fin à l'impunité de fait des agents de la force publique", 2005
- 8) Commission européenne contre le racisme et l'intolérance, Rapport de l'ECRI sur la France, quatrième cycle de monitoring, CRI (2010)1 6, adopté le 29 avril 2010, publié le 15 juin 2010.
- 9) Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, « Mémoire de Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, faisant suite à sa visite en France du 21 au 23 mai 2008 », commDH(2008)34, 20 novembre 2008.
- 10) CEDH, Gillan v. Quinton, Application no. 4158/05, 12 janvier 2010.
- 11) Réseau U.E. D'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, Opinion 4.2006: « Ethnic Profiling ».
- 12) Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), "Données en bref Contrôles de police et minorités", 2010.
- 13) Dominique Rousseau, Consultation 78-2 CPP, Novembre 2010.
- 14) Décision n° 2010 QPC 14/22 du 30 juillet 2010;
- 15) Décision n° 93-323 DC du 5 août 1993

16) Décision n° 80-127 DC

17) Décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994

18) Décision n° 2008-567 DC

19) Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999

20) Conseil Constitutionnel, Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002

21) Conseil Constitutionnel, Décision n° 2006-540, du 27 juillet 2006