

Décision n° 2016-606/607 QPC du 24 janvier 2017

M. Ahmed M. et autre

(Contrôles d'identité sur réquisitions du procureur de la République)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 24 octobre 2016 par la Cour de cassation (arrêts n^{os} 5376 et 5377 du 18 octobre 2016) de deux questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) posées respectivement par MM. Ahmed M. et Amine K., relatives à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du sixième alinéa de l'article 78-2 et de l'article 78-2-2 du code de procédure pénale (CPP) et des articles L. 611-1 et L. 611-1-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

Dans sa décision n° 2016-606/607 QPC du 24 janvier 2017, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution, sous deux réserves d'interprétation, le sixième alinéa de l'article 78-2 du CPP, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2011-884 du 27 juillet 2011 relative aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique.

Il a également déclaré conformes à la Constitution :

– les mots « *non seulement aux contrôles d'identité prévus au sixième alinéa de l'article 78-2 mais aussi* » figurant au premier alinéa de l'article 78-2-2 du CPP, dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure ;

– la référence « 78-2, » et les mots « *et 78-2-2* » figurant au deuxième alinéa du paragraphe I de l'article L. 611-1 et au premier alinéa du paragraphe I de l'article L. 611-1-1 du CESEDA, dans leur rédaction résultant de la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées.

I. – Les dispositions contestées

A. – Historique et évolution des dispositions contestées

1. – Généralités sur les contrôles d'identité

La matière des contrôles, des vérifications et des relevés d'identité a connu de nombreuses évolutions législatives, « *au gré des alternances politiques et des*

priorités gouvernementales en termes de politique criminelle »¹. Il est possible de distinguer trois grandes étapes : délimitation des cas de contrôles strictement judiciaires ou administratifs (de 1981 à 1993) ; création de nouveaux cas de contrôles d'identité à vocation limitée et temporaire afin de prévenir des situations exceptionnelles (menace terroriste, augmentation de l'immigration clandestine, etc.) (1993 à 2001) ; extension et pérennisation des cas de contrôles d'identité préexistants (à partir de 2001).

a. – La distinction entre les contrôles, les vérifications et les relevés d'identité

Le chapitre III du titre II du livre I^{er} du CPP traite « *des contrôles, des vérifications et des relevés d'identité* », qui constituent différentes opérations destinées à établir l'identité d'une personne.

– Le contrôle d'identité est défini à l'article 78-2 du CPP, comme 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 identité. Il résulte en effet de l'article 78-1 du CPP que toute personne se trouvant sur le territoire national « *doit accepter de se prêter* » à une opération de contrôle. La personne interpellée est donc tenue à la disposition des autorités de police ou de gendarmerie, le plus souvent sur les lieux de l'opération, le temps nécessaire à la démonstration de son identité et à la consultation de fichiers de police.

– Le relevé d'identité est défini à l'article 78-6 du CPP. L'agent qui invite un contrevenant à décliner son identité pour rédiger un procès-verbal n'est pas habilité à le retenir contre son gré. Seule l'intervention immédiate d'un officier de police judiciaire permet le recours à la contrainte, sous la forme d'une procédure de vérification d'identité.

– La vérification d'identité, définie à l'article 78-3 du CPP, est mise en œuvre à la suite d'un contrôle ou d'un relevé d'identité infructueux. Dès lors que l'identité d'une personne n'a pu être établie, des recherches plus approfondies, nécessitant la rétention de l'intéressé, doivent être menées. Autorisée par la loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, la rétention aux fins de vérification d'identité permettait initialement à l'officier de police judiciaire de maintenir à sa disposition la personne pendant six heures. Cette durée a été ramenée à quatre heures par la loi n° 83-466 du 10 juin 1983 portant abrogation et révision de certaines dispositions de la loi du 2 février 1981 et complétant certaines dispositions du code pénal et du code de procédure pénale.

¹ Carole Girault, « Contrôles et vérifications d'identité », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2010, maj juin 2016, n° 10 s.

b. – La distinction entre les contrôles d’identité de police judiciaire et les contrôles d’identité de police administrative

Il faut distinguer les contrôles d’identité de nature administrative et les contrôles d’identité de nature judiciaire. Le critère de distinction est fondé sur l’objet du contrôle d’identité : le contrôle est judiciaire lorsqu’il est effectué afin de déterminer si une infraction a été commise et d’en rechercher les auteurs. Il est de nature administrative lorsqu’il est effectué en dehors de toute suspicion d’infraction, à seule fin de prévenir un trouble à l’ordre public.

Ainsi les contrôles d’identité de police judiciaire sont les contrôles d’identité en lien avec une infraction. L’article 78-2 dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 prévoit que peut être contrôlée l’identité de « *toute personne à l’égard de laquelle existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner : / -qu’elle a commis ou tenté de commettre une infraction ; / -ou qu’elle se prépare à commettre un crime ou un délit ; / -ou qu’elle est susceptible de fournir des renseignements utiles à l’enquête en cas de crime ou de délit ; / - ou 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 ; -ou qu’elle fait l’objet de recherches ordonnées par une autorité judiciaire* ». Ces contrôles d’identité judiciaires sont réalisés à la seule initiative de la police judiciaire.

Toutefois, toujours dans le cadre judiciaire, l’article 78-2 prévoit également à son septième alinéa, qui était son sixième jusqu’à la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016, la possibilité pour la police de procéder à des contrôles d’identité à la suite d’une réquisition du ministère public, aux fins de recherche et de poursuite d’infractions. Le caractère judiciaire de ce contrôle tient davantage à l’autorité qui le prescrit qu’à sa nature même, puisqu’il tend à révéler des infractions.

Les articles 78-2-1 et 78-2-2 prévoient d’autres hypothèses de contrôles d’identité pouvant être menés sur réquisitions du procureur de la République, toujours aux fins de recherche et de poursuite d’infractions.

En revanche, les contrôles d’identité de police administrative sont ceux qui sont réalisés pour « *prévenir une atteinte à l’ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens* » (art. 78-2, al. 8 du CPP), « *une atteinte grave à la sécurité des personnes et des biens* » (art. 78-2-4 du CPP) ou pour « *vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi* » (art. 78-2, al. 9 et suivants du CPP).

2. – Les contrôles d'identité de police judiciaire sur réquisitions du procureur de la République

a. – Les contrôles d'identité sur réquisitions du procureur de la République prévus au septième (anciennement sixième) alinéa de l'article 78-2 du CPP

La loi n° 93-992 du 10 août 1993 relative aux contrôles et vérifications d'identité a remplacé le sixième alinéa de l'article 78-2 du CPP par un alinéa ainsi rédigé : « *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. Le fait que le contrôle d'identité révèle des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du procureur de la République ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes* ».

Ces dispositions sont demeurées inchangées jusqu'à aujourd'hui, mais elles constituent désormais le septième alinéa de cet article.

Lors de son introduction, il a notamment été indiqué que cette disposition était inspirée des opérations « coup de poing » réalisées en matière de circulation routière afin de vérifier le taux d'alcoolémie des conducteurs de véhicules automobiles (article L. 234-9 du code de la route). Le contrôle d'identité sur réquisitions du procureur a été conçu pour répondre à une forte demande de sécurité dans des zones particulièrement sensibles, « *là où les autorités compétentes savent que des infractions sont commises régulièrement mais sans en avoir identifié précisément les auteurs* »².

Contenu des réquisitions

Les réquisitions du procureur de la République autorisant de tels contrôles doivent être écrites et préciser les infractions ainsi que les lieux, la date et les périodes de temps pendant lesquelles la police peut agir. Le caractère écrit des réquisitions permet, en cas de contestation sur la légalité des contrôles d'identité réalisés, de vérifier que leur champ d'application avait été précisément défini³.

Le procureur de la République doit indiquer les infractions motivant l'opération qu'il requiert afin de délimiter l'action de la police. Le contrôle requis tend plus généralement à lutter contre certaines formes de délinquance. Les infractions de proxénétisme ou de racolage, de vols ou de recel de vols à la roulotte, les infractions à la législation sur les stupéfiants ou relatives à l'entrée et au séjour

² Rapport n° 259 de M. Jacques Limouzy, fait au nom de la commission des lois déposé le 2 juin 1993, p. 17.

³ Carole Girault, *op. cit.*, n° 40.

des étrangers en France ont été fréquemment citées lors des travaux préparatoires et reprises par la circulaire d'application du 21 octobre 1993⁴. Le procureur arrête librement la liste des infractions à l'origine de ses réquisitions. Il s'appuie, pour les déterminer, sur les procédures qui lui sont communiquées par les services compétents ainsi que sur les cartes de criminalité dessinées à partir des rapports de police et de gendarmerie.

Le procureur de la République doit par ailleurs indiquer le lieu de l'opération de police dans ses réquisitions. Sous réserve d'un accès dans des conditions légales, aucune restriction quant à la nature publique ou privée des lieux n'a été formulée, les parlementaires ayant rejeté les amendements visant à interdire une opération « coup de poing » dans un lieu de culte ou dans un établissement de soins⁵.

En revanche, le procureur de la République n'a pas à démontrer l'existence d'un risque d'atteinte à l'ordre public dans ses réquisitions⁶.

Mise en œuvre du contrôle d'identité

* À l'intérieur du périmètre déterminé, toute personne peut être contrôlée sans qu'il soit nécessaire de démontrer à son encontre l'existence d'une raison plausible de soupçonner la commission de l'une des infractions recherchées ou d'un comportement annonciateur du trouble spécifique à l'ordre public que l'on cherche à prévenir. L'opération de police ordonnée par l'autorité requérante prend ainsi la forme d'un contrôle d'identité « généraliste »⁷ et collectif. Les contrôles sur réquisitions du parquet s'apparenteraient à des opérations de surveillance générale destinées à « *prévenir le renouvellement des infractions, à l'instar d'un contrôle de police administrative, mais par une systématisation que ce dernier ne connaît normalement pas* »⁸.

Ainsi, en plus d'être répressif, puisqu'il tend à rechercher et à poursuivre les auteurs des infractions visées, le contrôle d'identité sur réquisitions du procureur a un côté préventif. Il s'agit pour la police de mener une opération d'envergure, c'est-à-dire visible par tous, aux fins de sécuriser un quartier difficile et de démontrer qu'il n'existe aucune « *zone de non-droit* »⁹.

La particularité du contrôle d'identité sur réquisitions du procureur réside dans

⁴ Circ. NOR : INTD9300235C du 21 octobre 1993 relative aux contrôles et vérifications d'identité et aux vérifications de situation des étrangers, *BOMI*.

⁵ Séance du 29 juin 1993, *Journal officiel Débats Sénat*, p. 1818 et s.

⁶ Cass. civ. 2^e, 19 fév. 2004, n° 03-50025, B. II n° 70, p. 58.

⁷ H. Vlamynck, *Droit de la police*, 2^e éd., 2009, Vuibert, n° 257.

⁸ J. Buisson, « Des contrôles requis aux fouilles requises », *Procédures* n° 3, mars 2002. Chron. 3.

⁹ C. Girault, *op. cit.*, n° 45.

le fait qu'un lien entre la personne interpellée et l'infraction ou la menace de trouble à l'ordre public n'est pas exigé pour orienter l'action des policiers, contrairement aux autres cas de contrôles d'identité.

* Le septième alinéa de l'article 78-2 du CPP dans sa rédaction en vigueur, anciennement sixième alinéa, précise que « *le fait que le contrôle d'identité révèle des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du procureur de la République ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes* ».

Cette disposition a été contestée devant le Conseil constitutionnel en 1993 : les auteurs de la saisine prétendaient que le contrôle de l'autorité judiciaire, en tant que gardienne de la liberté individuelle sur le fondement de l'article 66 de la Constitution, faisait alors défaut puisque la police judiciaire, en constatant de nouvelles infractions, n'agissait plus réellement sous l'autorité du parquet. Après avoir relevé que le procureur de la République, « *magistrat de l'ordre judiciaire* » exerçait « *la responsabilité de définir précisément les conditions dans lesquelles les procédures (...) qu'il prescrit doivent être effectuées* », le Conseil constitutionnel a observé que la révélation d'infractions différentes de celles initialement visées par le parquet « *ne saurait priver [les autorités de police judiciaire] des pouvoirs qu'elles tiennent de façon générale des dispositions du code de procédure pénale* »¹⁰. La découverte de nouvelles infractions autorise en effet les autorités policières à agir dans le cadre d'une enquête préliminaire ou de flagrance et rien ne s'oppose à la mise en œuvre d'un contrôle d'identité sur le fondement des cinq premiers alinéas de l'article 78-2. Comme en matière de saisie incidente, la validité de ce contrôle dépend de la légalité de l'opération au cours de laquelle il a été réalisé.

b. - Les contrôles d'identité de l'article 78-2-2 du CPP

Introduit dans le CPP peu après les attentats du 11 septembre 2001 par la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, l'article 78-2-2 peut être mis en œuvre aux fins de recherche et de poursuite des infractions en matière de terrorisme, de prolifération des armes de destruction massive, d'armes et d'explosifs, de trafic de stupéfiants et pour certains vols et recels.

Cet article permet au procureur de la République, aux fins de recherche et de poursuite des infractions précitées, de prendre des réquisitions autorisant les officiers de police judiciaire, assistés des agents de police judiciaire et des agents de police judiciaire adjoints, à procéder aux contrôles d'identité prévus au

¹⁰ Décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, cons. 6.

sixième alinéa de l'article 78-2. En réalité, cette disposition est d'une portée limitée puisque les contrôles d'identité réalisés sur réquisitions du procureur en application de l'article 78-2 peuvent l'être aux fins de recherche et de poursuite de toute infraction (la seule distinction réside dans les agents de police judiciaire habilités à procéder aux contrôles d'identité).

L'apport de l'article 78-2 est autre : cet article prévoit également que les services de police peuvent également, dans le cadre de la réquisition délivrée, procéder « *à la visite des véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public* ». Cette opération peut être effectuée à titre principal, c'est-à-dire indépendamment d'un contrôle d'identité, lorsque le conducteur ou le propriétaire sont absents. Depuis peu, les services de police peuvent également sur le fondement de cet article procéder à la fouille de bagages.

Les réquisitions écrites du procureur de la République doivent indiquer les lieux et une période de temps qui ne peut excéder vingt-quatre heures, renouvelable sur décision expresse et motivée selon la même procédure.

Le procureur n'est pas tenu de motiver le choix d'un lieu et d'une période de temps par rapport à des infractions qui se seraient produites dans le secteur considéré.

Enfin, comme pour l'article 78-2, le fait que ces opérations révèlent des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du procureur de la République ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes.

3. – Les contrôles des titres d'entrée et de séjour des étrangers en France

Pendant longtemps, le droit applicable aux contrôles des titres d'entrée et de séjour des étrangers en France résultait des seuls décrets du 18 mars 1946¹¹ et du 30 juin 1946¹² pris en application de l'article 8 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France. La loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France a donné un fondement légal à la matière en reprenant les hypothèses prévues par les décrets et en les inscrivant aux deuxième et troisième alinéas de l'article 8, lesquels correspondent aujourd'hui aux premier et second alinéas de l'article L. 611-1 du CESEDA. Ces dispositions ont été complétées par la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et

¹¹ Décret n° 46-448 du 18 mars 1946 portant application des articles 8 et 36 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

¹² Décret n° 46-1574 réglementant les conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers.

modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées.

a. – Les modalités du contrôle des titres d'entrée et de séjour des étrangers en France (article L. 611-1 du CESEDA)

* Il ressort de l'article L. 611-1 du CESEDA que la qualité étrangère d'une personne peut être soit présumée par les autorités policières habilitées à procéder directement à un contrôle des titres d'entrée et de séjour, soit découverte à l'issue d'un contrôle d'identité qui précède la vérification des documents requis.

Sur le fondement du premier alinéa du paragraphe I de l'article L. 611-1 du CESEDA, le contrôle des titres de séjour peut être pratiqué directement, sans qu'un contrôle d'identité permette au préalable d'établir la nationalité de l'intéressé.

En vertu du deuxième alinéa de ce paragraphe, les forces de l'ordre peuvent procéder à un contrôle des titres d'entrée et de séjour après avoir réalisé un contrôle d'identité révélant la nationalité étrangère de la personne. Dans cette hypothèse, l'extranéité n'est pas présumée, mais découverte à l'issue d'une procédure de contrôle d'identité effectuée en application des articles 78-1, 78-2 ou 78-2-1 du CPP. La validité de la procédure applicable à l'étranger est alors subordonnée à la régularité du contrôle d'identité.

* La prévention du risque des contrôles dits « au faciès »

Antérieurement à la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012, l'article L. 611-1 du CESEDA n'encadrait pas les conditions dans lesquelles à une personne pouvait être « réputée étrangère » et faire l'objet d'un contrôle de ces documents de séjour.

Afin d'éviter des contrôles discrétionnaires, la Cour de cassation a exigé, dans les arrêts *Bogdan* et *Vuckovic* du 25 avril 1985, que le contrôle direct des documents de séjour repose sur des « *éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé [et] de nature à faire apparaître [sa qualité] d'étranger* »¹³. Ainsi il est interdit de solliciter le titre de circulation ou de séjour d'une personne étrangère en se fondant, pour établir qu'elle est étrangère, sur la couleur de sa peau ou son apparence. En revanche, est de nature à faire présumer la nationalité étrangère le fait de conduire une voiture immatriculée à l'étranger ou le fait de distribuer des tracts en langue étrangère.

¹³ Cass. crim., 25 avril 1985, n°s 84-92.916 et 85-91.324, Bull. crim. n° 159, D. 1985. 329, concl. Dontewille ; JCP 1985. II. 20465, concl. Dontewille, note Jeandidier. Cass., civ 1^{ère}., 28 mars 2012, n° 11-11.099.

La loi du 24 août 1993, qui a modifié les dispositions relatives au contrôle des titres de circulation et de séjour des étrangers, n'a pas intégré cette jurisprudence, ce qui a incité l'opposition à saisir le Conseil constitutionnel. Celui-ci a admis la possibilité de vérifier la mise en œuvre des prescriptions relatives à l'entrée et au séjour « *en dehors de la recherche d'auteurs d'infractions et en l'absence de circonstances particulières relatives à la prévention d'atteintes à l'ordre public* », c'est-à-dire indépendamment d'un contrôle d'identité. Toutefois, il a formulé une « stricte réserve d'interprétation » en indiquant que « *la mise en œuvre des vérifications ainsi confiées par la loi à des autorités de police judiciaire doit s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères objectifs et en excluant, dans le strict respect des principes et règles de valeur constitutionnelle, toute discrimination de quelque nature que ce soit entre les personnes* »¹⁴.

La loi précitée du 31 décembre 2012 a intégré cette exigence au troisième alinéa du paragraphe I de l'article L. 611-1 du CESEDA selon lequel : « *Les contrôles des obligations de détention, de port et de présentation des pièces et documents prévus aux deux premiers alinéas du présent I ne peuvent être effectués que si des éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé sont de nature à faire apparaître sa qualité d'étranger* ». Ce texte a été adopté à la suite d'un amendement déposé par le Gouvernement afin d'inscrire « *dans la loi une solution arrêtée par la Cour de cassation* »¹⁵ et « *des critères qui ont fait leurs preuves et qui n'interdisent pas toute action des forces de l'ordre. À défaut, on risquerait de les désarmer totalement dans un travail de terrain qui nécessite du discernement, certes, mais, en même temps, un tant soit peu d'action* ».

b. – Les suites du contrôle des titres d'entrée et de séjour des étrangers en France (art. L. 611-1-1 du CESEDA)

L'article L. 611-1-1 du CESEDA définit la procédure administrative applicable à la suite d'un contrôle effectué sur le fondement des articles L. 611-1 du CESEDA, 78-1, 78-2, 78-2-1, 78-2-2 du CPP ou 67 *quater* du code des douanes.

Lorsqu'un étranger n'est pas en mesure de justifier son droit de circuler ou de séjourner en France, il peut faire l'objet d'une procédure de retenue administrative aux fins de vérification de son droit de circulation ou de séjour (art. L. 611-1-1, I, al. 1^{er} du CESEDA).

Les alinéas suivants prévoient les droits dont bénéficie l'étranger placé en

¹⁴ Décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons.^{os} 14 et 16.

¹⁵ M. Manuel Valls, ministre de l'intérieur, séance du 8 novembre 2012, *Journal officiel Débats Sénat.*, p. 4494

retenue (droit à être assisté par un interprète, par un avocat, *etc.*) ainsi que les conditions matérielles de la retenue et les conditions dans lesquelles celle-ci prend fin.

II. – Origine des QPC et question posée

En exécution d'une réquisition du procureur de la République de Paris, MM. Ahmed M. et Amine K. ont fait l'objet, le 8 octobre 2015, d'un contrôle d'identité sur le fondement de l'article 78-2 du CPP. En raison de l'irrégularité de leur situation d'étranger en France, un arrêté de reconduite à la frontière a été pris à l'encontre de chacun d'eux. Ils ont été placés en rétention administrative.

Saisi par le préfet de police d'une demande de prolongation de ces mesures, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris a, par deux ordonnances du 13 octobre 2015, constaté l'irrégularité des procédures et dit n'y avoir lieu à mesure de surveillance et de contrôle.

Sur appels du procureur de la République, avec demande d'effet suspensif, puis du préfet de police, le Premier président de la cour d'appel de Paris a, par deux ordonnances du 15 octobre 2015, infirmé les ordonnances du juge des libertés et de la détention et prolongé la rétention administrative de MM. Ahmed M. et Amine K. pour une durée de vingt jours.

Ces ordonnances ont été notifiées le jour même.

Le 11 avril 2016, MM. Ahmed M. et Amine K. ont formé chacun un pourvoi en cassation contre ces décisions. À l'occasion de ces pourvois, ils ont posé chacun deux QPC identiques ainsi rédigées :

Question n° 1 : « *Les articles 78-2 al. 7 et 78-2-2 du code de procédure pénale, qui prévoient la possibilité pour le procureur de la République d'autoriser par réquisitions des contrôles d'identité en vue de la recherche et de la poursuite d'infractions qu'il précise, dans un périmètre et pendant une période déterminés, méconnaissent-ils les articles 4 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui affirment les principes de liberté individuelle et d'égalité, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui prévoit que ces droits doivent être garantis et l'article 66 de la Constitution qui fait du juge judiciaire le gardien de la liberté individuelle, en ce qu'ils empêchent ce dernier d'opérer un contrôle effectif des circonstances et motifs ayant justifié le contrôle d'identité et permettent ainsi qu'ils soit procédé à des contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires voire discriminatoires ?* ».

Question n° 2 : « *Les articles L. 611-1 et L. 611-1-1 du code de l'entrée et du*

séjours des étrangers et du droit d'asile sont-ils contraires aux articles 4 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui affirment les principes de liberté individuelle et d'égalité, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui prévoit que ces droits doivent être garantis et l'article 66 de la Constitution qui fait du juge judiciaire le gardien de la liberté individuelle, en ce qu'ils permettent aux autorités de police de procéder au contrôle du droit au séjour d'un étranger et à son placement en retenue pour vérification du droit au séjour à l'issue d'un contrôle d'identité sur réquisitions réalisé sur le fondement des articles 78-2 al. 7 et 78-2-2 du code de procédure pénale, qui ne prévoient pas de contrôle suffisant par le juge judiciaire des circonstances et motifs ayant justifié le contrôle d'identité et donc des conditions dans lesquelles la qualité d'étranger de la personne interpellée est apparue ? ».

Par les deux arrêts du 18 octobre 2016 précités, la Cour de cassation a décidé de renvoyer ces QPC au Conseil constitutionnel.

Après avoir relevé que le sixième alinéa de l'article 78-2, devenu le septième alinéa, et l'article 78-2-2 ont déjà été déclarés conformes à la Constitution respectivement par les décisions n° 93-323 DC du 5 août 1993 et n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, la Cour de cassation a jugé que « *la dépénalisation du séjour irrégulier des étrangers résultant de la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012, relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées, est susceptible de constituer une circonstance nouvelle en ce que l'exécution des réquisitions délivrées en application des articles 78-2 et 78-2-2, auxquels renvoient les articles L. 611-1 et L. 611-1-1, peut désormais être l'occasion de constater non seulement des infractions autres que celles visées dans lesdites réquisitions, mais encore des irrégularités du séjour des étrangers non constitutives d'infractions, emportant des conséquences sur leur liberté individuelle dès lors qu'ils peuvent faire l'objet d'une rétention* ».

La Cour de cassation a ensuite estimé que « *dans ce nouveau contexte, la question de l'étendue des garanties offertes par les dispositions contestées présente un caractère sérieux* ». Elle a donc conclu au renvoi de ces QPC.

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

A. – L'identification des dispositions contestées et la délimitation du champ de la QPC

Ni le requérant dans ses écritures ni la Cour de cassation dans sa décision de renvoi ne précisaient quelle était la version des articles 78-2 et 78-2-2 du CPP et

des articles L. 611-1 et L. 611-1-1 du CESEDA qui était contestée. Or ces articles ont évolué dans le temps.

Le Conseil constitutionnel a donc été contraint d'examiner les faits du litige dans la mesure où « *une question prioritaire de constitutionnalité doit être considérée comme portant sur les dispositions applicables au litige à l'occasion duquel elle a été posée* ». Après avoir procédé à cet examen, il a conclu qu'il était saisi « *du sixième alinéa de l'article 78-2 du code de procédure pénale dans sa rédaction résultant de la loi du 27 juillet 2011 mentionnée ci-dessus, devenu ultérieurement le septième alinéa de ce même article, de l'article 78-2-2 du même code dans sa rédaction résultant de l'ordonnance du 12 mars 2012 mentionnée ci-dessus, ratifiée par l'article 24 de la loi du 13 novembre 2014 mentionnée ci-dessus, et des articles L. 611-1 et L. 611-1-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dans leur rédaction résultant de la loi du 31 décembre 2012 mentionnée ci-dessus* » (paragr. 2).

Toutefois, au regard des griefs soulevés par les requérants, le Conseil constitutionnel a, comme il le fait régulièrement, restreint le champ de la QPC, jugeant que « *les questions prioritaires de constitutionnalité portent, d'une part, sur le sixième alinéa de l'article 78-2 du code de procédure pénale et sur les mots "non seulement aux contrôles d'identité prévus au sixième alinéa de l'article 78-2 mais aussi" figurant au premier alinéa de l'article 78-2-2 du même code et, d'autre part, sur la référence "78-2," et les mots "et 78-2-2" figurant au deuxième alinéa du paragraphe I de l'article L. 611-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et au premier alinéa du paragraphe I de l'article L. 611-1-1 du même code* » (paragr. 8).

B. – Sur la recevabilité des QPC

Comme l'avait relevé la Cour de cassation, les dispositions contestées de l'article 78-2 et de l'article 78-2-2 du CPP avaient déjà été examinées par le Conseil constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel juge « *qu'il résulte des dispositions combinées du troisième alinéa de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée et du troisième alinéa de son article 23-5 que le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à une disposition qui a déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances* »¹⁶.

¹⁶ Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres (Garde à vue)*, cons. 12.

Ainsi, lorsque le Conseil constitutionnel a spécialement examiné une disposition dans les motifs, mais qu'il ne l'a pas déclarée conforme à la Constitution dans le dispositif de sa décision, la QPC est recevable¹⁷.

* Le sixième alinéa de l'article 78-2 du CPP a été déclaré conforme à la Constitution dans les motifs de la décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité* (cons. 3 à 6).

Cependant, la déclaration de conformité de cet alinéa ne figure pas dans le dispositif de la décision¹⁸. Par conséquent, le Conseil constitutionnel a jugé que cette disposition pouvait faire l'objet d'une QPC.

* L'article 78-2-2 du CPP a été déclaré conforme à la Constitution dans les motifs de la décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure* (cons. 11 et 12). Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a estimé que les dispositions contestées de cet article avaient également été déclarées conformes dans le dispositif de la décision de 2003.

Toutefois, le Conseil constitutionnel a relevé que le champ des infractions susceptibles de justifier le recours à ces dispositions avait évolué depuis 2003, en particulier à la suite de la loi n° 2011-266 du 14 mars 2011. Les pouvoirs conférés aux services de police en application de l'article 78-2-2 du CPP ayant été validés en 2003 compte tenu des infractions pour lesquelles ils pouvaient être mis en œuvre, le Conseil constitutionnel a estimé qu'un changement de circonstances justifiait un réexamen de la constitutionnalité des dispositions contestées (paragr. 11).

* Les autres dispositions contestées n'ayant pas fait l'objet d'un examen préalable par le Conseil constitutionnel, leur recevabilité n'était pas questionnée.

C. – Sur la conformité à la Constitution des dispositions contestées des articles 78-2 et 78-2-2 du CPP

Les requérants soutenaient que les dispositions contestées méconnaissaient le principe d'égalité et le respect de la liberté individuelle en ce qu'elles permettraient des contrôles d'identité discriminatoires. En effet, selon eux, dès lors que les services de police peuvent, sur réquisitions du ministère public, contrôler toute personne se trouvant dans un périmètre donné sans devoir justifier les raisons de ce contrôle, le juge ne peut vérifier que ces contrôles ne

¹⁷ Décision n° 2014-439 QPC du 23 janvier 2015, *M. Ahmed S. (Déchéance de nationalité)*, cons. 5.

¹⁸ L'article 1^{er} du dispositif indique : « Sont déclarés contraires à la Constitution, au quatrième alinéa de l'article 1^{er} de la loi les mots "cette ligne pouvant être portée, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, jusqu'à 40 kilomètres par arrêté conjoint du ministre de l'intérieur et du ministre de la justice" et les mots : "conjoint des deux ministres susvisés" ». L'article 2 est relatif à la publication de la décision.

sont pas exercés de manière discrétionnaire à l'égard des étrangers.

Dans de secondes observations devant le Conseil constitutionnel, ils soulignaient que le risque d'utilisation détournée de cette procédure était renforcé en l'absence de possibilité de contester un contrôle d'identité n'ayant pas donné lieu à des suites judiciaires ou administratives. Ils indiquaient par ailleurs faire leur les observations déposées au soutien des interventions.

1. – Sur le grief tiré de la méconnaissance de la liberté individuelle et de la liberté d'aller et de venir

a. - La jurisprudence constitutionnelle

Le Conseil constitutionnel a contrôlé à plusieurs reprises des mesures prévoyant des contrôles d'identité au regard de la liberté individuelle et de l'article 66 de la Constitution.

Dans sa décision n° 93-323 DC précitée, statuant sur la constitutionnalité des dispositions contestées de l'article 78-2 du CPP, il a ainsi jugé :

« 3. Considérant que cet alinéa prévoit un cas supplémentaire dans lequel peuvent être engagées des procédures de contrôle et de vérification d'identité, sur réquisitions écrites du procureur de la République pour la recherche et la poursuite d'infractions, dans des lieux et pour une période de temps qui doivent être précisés par ce magistrat ; qu'il indique que le fait que de tels contrôles d'identité révèlent des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du procureur de la République ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes ;

« 4. Considérant que les auteurs de la saisine soutiennent que cette dernière précision méconnaît la liberté individuelle et sa protection par l'autorité judiciaire que garantit l'article 66 de la Constitution dès lors que la prise en compte d'infractions qui ne seraient pas énoncées a priori par le procureur de la République prive selon eux "l'autorité judiciaire de toute maîtrise effective de l'opération" ;

« 5. Considérant qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties et, d'autre part, les besoins de la recherche des auteurs d'infractions, qui sont nécessaires l'un et l'autre à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle ; qu'il incombe à l'autorité judiciaire, conformément à l'article 66 de la Constitution, d'exercer un contrôle effectif sur le respect des conditions de forme et de fond par lesquelles le législateur a entendu assurer cette conciliation ;

« 6. Considérant que le législateur a confié au procureur de la République, magistrat de l'ordre judiciaire, la responsabilité de définir précisément les conditions dans lesquelles les procédures de contrôle et de vérification d'identité qu'il prescrit doivent être effectuées ; que la circonstance que le déroulement de ces opérations conduise les autorités de police judiciaire à relever des infractions qui n'auraient pas été visées préalablement par ce magistrat ne saurait, eu égard aux exigences de la recherche des auteurs de telles infractions, priver ces autorités des pouvoirs qu'elles tiennent de façon générale des dispositions du code de procédure pénale ; que par ailleurs celles-ci demeurent soumises aux obligations qui leur incombent en application des prescriptions de ce code, notamment à l'égard du procureur de la République ; que, dès lors, les garanties attachées au respect de la liberté individuelle sous le contrôle de l'autorité judiciaire ne sont pas méconnues ; qu'ainsi le grief invoqué doit être écarté ; »¹⁹.

Cette même décision précise en revanche, concernant les contrôles d'identité de police administrative, 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 »²⁰.

Dans cette même décision, le Conseil constitutionnel était saisi d'une disposition autorisant « le contrôle de l'identité de toute personne en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi non seulement dans des zones de desserte de transports internationaux, mais encore dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les États parties à la Convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et une ligne tracée à vingt kilomètres en deçà ; cette distance peut être portée jusqu'à quarante kilomètres par arrêté interministériel dans des conditions à prévoir par décret en Conseil d'État »²¹.

Il a jugé : « Considérant que s'agissant, d'une part, des zones accessibles au

¹⁹ Décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, *Loi relative aux contrôles et aux vérifications d'identité*, cons. 3 à 6.

²⁰ *Ibid.*, cons. 9.

²¹ *Ibid.*, cons. 11.

public des ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouvertes au trafic international, d'autre part de celles qui sont comprises entre les frontières terrestres de la France avec les États parties à la Convention et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà, le législateur a, dès lors que certains contrôles aux frontières seraient supprimés, autorisé des contrôles d'identité ; que ceux-ci doivent être conformes aux conditions de forme et de fond auxquelles de telles opérations sont de manière générale soumises ; que ces contrôles sont effectués en vue d'assurer le respect des obligations, prévues par la loi, de détention, de port et de présentation de titres et documents ; que les zones concernées, précisément définies dans leur nature et leur étendue, présentent des risques particuliers d'infractions et d'atteintes à l'ordre public liés à la circulation internationale des personnes ; que, dès lors, la suppression de certains contrôles aux frontières qui découlerait de la mise en vigueur des accords de Schengen pouvait conduire le législateur à prendre les dispositions susmentionnées sans rompre l'équilibre que le respect de la Constitution impose d'assurer entre les nécessités de l'ordre public et la sauvegarde de la liberté individuelle ; que les contraintes supplémentaires ainsi occasionnées pour les personnes qui résident ou se déplacent dans les zones concernées du territoire français ne portent pas atteinte au principe d'égalité dès lors que les autres personnes sont placées dans des situations différentes au regard des objectifs que le législateur s'est assigné ; qu'en outre de telles dispositions ne sauraient être regardées en elles-mêmes comme portant atteinte à l'indivisibilité de la République ;

« Considérant en revanche qu'en ménageant la possibilité de porter la limite de la zone frontalière concernée au-delà de vingt kilomètres, le législateur a apporté en l'absence de justifications appropriées tirées d'impératifs constants et particuliers de la sécurité publique et compte tenu des moyens de contrôle dont par ailleurs l'autorité publique dispose de façon générale, des atteintes excessives à la liberté individuelle ; que, de surcroît, le législateur a méconnu sa compétence en déléguant au pouvoir réglementaire le soin de fixer cette extension ; que dès lors doivent être déclarés contraires à la Constitution les mots suivants "cette ligne pouvant être portée, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, jusqu'à 40 kilomètres par arrêté conjoint du ministre de l'intérieur et du ministre de la justice" et les mots "conjoint des deux ministres susvisés" qui en sont inséparables »²².

Dans sa décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 précitée, le Conseil constitutionnel a jugé : *« Considérant qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national ; que les*

²² *Ibid.*, cons. 15 et 16.

conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques ; que le législateur peut ainsi mettre en œuvre les objectifs d'intérêt général qu'il s'assigne ; que dans ce cadre juridique, les étrangers se trouvent placés dans une situation différente de celle des nationaux ; que l'appréciation de la constitutionnalité des dispositions que le législateur estime devoir prendre ne saurait être tirée de la comparaison entre les dispositions de lois successives ou de la conformité de la loi avec les stipulations de conventions internationales mais résulte de la confrontation de celle-ci avec les seules exigences de caractère constitutionnel ;

« Considérant toutefois que si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que s'ils doivent être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, figurent parmi ces droits et libertés, la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale ; qu'en outre les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français ; qu'ils doivent bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés »²³.

Le Conseil constitutionnel précise, dans cette même décision, que *« la mise en œuvre des vérifications ainsi confiées par la loi à des autorités de police judiciaire doit s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères objectifs et en excluant, dans le strict respect des principes et règles de valeur constitutionnelle, toute discrimination de quelque nature qu'elle soit entre les personnes ; qu'il appartient aux autorités judiciaires et administratives de veiller au respect intégral de cette prescription ainsi qu'aux juridictions compétentes de censurer et de réprimer, le cas échéant, les illégalités qui seraient commises et de pourvoir éventuellement à la réparation de leurs conséquences dommageables ; que sous ces strictes réserves d'interprétation la disposition contestée n'est pas contraire à la Constitution »²⁴.*

Enfin, dans sa décision n° 2003-467 du 13 mars 2003, contrôlant les dispositions de l'article 78-2-2 du CPP, le Conseil constitutionnel a jugé :

« Considérant, s'agissant de visites de véhicules réalisées sur réquisitions du procureur de la République, que la conciliation assurée par ces dispositions entre les principes constitutionnels rappelés ci-dessus n'est entachée d'aucune

²³ Cons. 2 et 3.

²⁴ Cons. 16.

erreur manifeste ; que la liste des infractions figurant au premier alinéa du nouvel article 78-2-2 du code de procédure pénale n'est pas manifestement excessive au regard de l'intérêt public qui s'attache à la recherche des auteurs de ces infractions ; que ces dispositions ne méconnaissent pas l'article 66 de la Constitution ; que leurs termes sont assez clairs et précis pour répondre aux exigences de l'article 34 de celle-ci ; qu'il en est notamment ainsi, contrairement aux affirmations des requérants, de l'expression "lieux accessibles au public" et de celle de "véhicules spécialement aménagés à usage d'habitation et effectivement utilisés comme résidence" ; qu'ainsi qu'il ressort des termes mêmes du premier alinéa du nouvel article 78-2-2 du code de procédure pénale, chaque renouvellement de l'autorisation du procureur de la République vaudra pour une durée de vingt-quatre heures »²⁵.

b. – L'application à l'espèce

* Depuis sa décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, le Conseil constitutionnel retient une définition stricte de la liberté individuelle, qui a pour conséquence l'application l'article 66 de la Constitution au seul domaine des privations de liberté (garde à vue, détention, rétention, hospitalisation sans consentement). C'est la liberté individuelle au sens de l'*habeas corpus* dont le respect est confié au juge judiciaire par l'article 66 de la Constitution.

Il a confirmé cette jurisprudence dans sa décision n° 2015-527 QPC dans laquelle il a jugé que l'assignation à résidence prévue dans le cadre de l'état d'urgence ne constitue pas une mesure privative de liberté²⁶. S'inscrivant dans cette logique, le Conseil constitutionnel a donc jugé qu'il en était de même pour les contrôles d'identité : « *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 Constitution* ». Par conséquent, il a écarté le grief tiré de la méconnaissance de cet article (paragr. 17).

* En revanche, le Conseil constitutionnel a estimé qu'il convenait d'opérer son contrôle des dispositions contestées au regard de la liberté d'aller et de venir.

Une partie des critiques des requérants portait sur le principe même des contrôles d'identité réalisés sur réquisitions du procureur de la République, au motif que ceux-ci permettaient des contrôles d'identité sans lien avec le comportement des personnes contrôlées.

²⁵ Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. 12.

²⁶ Décision n°2015-527 QPC du 22 décembre 2015, *M. Cédric D. (Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence)*.

Sur ce point, on peut relever que le principe de ces contrôles avait déjà été validé sans réserve par le Conseil dans sa décision n° 93-323 DC précitée. Une telle possibilité ne signifie évidemment pas la légalisation de comportements discriminatoires qui doivent être, le cas échéant, sanctionnés par le juge.

Dans sa décision du 24 janvier 2017, le Conseil constitutionnel a confirmé la constitutionnalité d'un dispositif de contrôle indépendant du comportement en rappelant toutefois les limites qu'il avait fixées dans sa décision n° 93-32 DC : « *L'objectif de valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions peut justifier que soient engagées des procédures de contrôle d'identité. S'il est loisible au législateur de prévoir que les contrôles mis en œuvre dans ce cadre peuvent ne pas être liés au comportement de la personne, 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 venir* » (paragr. 20).

Le Conseil constitutionnel a ensuite examiné si le législateur avait prévu les garanties nécessaires afin que les contrôles d'identité sur réquisition du procureur de la République ne débouchent pas sur des contrôles « *généralisés et discrétionnaires* ».

Il a d'abord relevé que « *le législateur a confié au procureur de la République, magistrat de l'ordre judiciaire, le pouvoir d'autoriser de tels contrôles. Ces derniers ne peuvent être ordonnés qu'aux fins de recherche et de poursuite d'infractions* » (paragr. 22) et qu'« *il ressort des dispositions contestées que les réquisitions du procureur de la République ne peuvent viser que des lieux et des périodes de temps déterminés* » (paragr. 23).

Toutefois, concernant cette dernière garantie, il a jugé qu'interprétées largement les dispositions légales pourraient être insuffisantes pour garantir l'absence de généralisation des contrôles opérés sur réquisition du procureur de la République. Il a en conséquence formulé deux réserves d'interprétation : « *Ces dispositions ne sauraient, sans méconnaître la liberté d'aller et de venir, autoriser le procureur de la République à retenir des lieux et périodes sans lien avec la recherche des infractions visées dans ses réquisitions. Elles ne sauraient non plus autoriser, en particulier par un cumul de réquisitions portant sur des lieux ou des périodes différents, la pratique de contrôles d'identité généralisés dans le temps ou dans l'espace* » (paragr. 23). Ce n'est que sous ces réserves, que « *le grief tiré de la violation de la liberté d'aller et de venir doit être écarté* » (paragr. 24).

2. – Sur le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la

procédure pénale

a. – La jurisprudence constitutionnelle

Selon la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, « *Aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la loi "doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse". Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* ».

En matière de procédure pénale, « *il est loisible au législateur, compétent pour fixer les règles de la procédure pénale en vertu de l'article 34 de la Constitution, de prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, à la condition que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense* »²⁷.

Il en résulte la prohibition des contrôles d'identité qui ne reposeraient que sur l'apparence physique d'une personne, son appartenance à une communauté ou son extranéité réelle ou supposée.

En matière de contrôle de titres de séjour des étrangers, dans sa décision n° 93-325 précitée, le Conseil constitutionnel a décidé que « *dans le cadre d'un régime administratif d'autorisation préalable, le législateur est en mesure d'exiger des étrangers la détention, le port et la production des documents attestant la régularité de leur entrée et de leur séjour en France ; qu'il peut à cette fin prévoir la possibilité de vérifier la mise en œuvre de ces prescriptions en dehors de la recherche d'auteurs d'infractions et en l'absence de circonstances particulières relatives à la prévention d'atteintes à l'ordre public ;*

« *Considérant (...) qu'au regard des objectifs que le législateur s'est ainsi assignés, les étrangers et les nationaux sont placés dans une situation différente ; que dès lors les dispositions contestées ne sont pas constitutives d'une rupture du principe d'égalité* »²⁸.

²⁷ Par exemple : décision n° 2013-302 QPC du 12 avril 2013, *M. Laurent A. et autres (Délai de prescription d'un an pour les délits de presse à raison de l'origine, l'ethnie, la nation, la race ou la religion)*, cons. 3.

²⁸ Cons. 14 et 15.

b. – L'application à l'espèce

Les requérants critiquaient le caractère discriminatoire de certains contrôles d'identité.

Les intervenants se fondaient sur des études et des rapports qui démontreraient qu'en pratique, les services de police procèdent à des pratiques arbitraires et discriminatoires et notamment à des contrôles d'identité fondés sur l'apparence de la personne contrôlée et non sur des critères objectifs.

Toutefois, le Conseil constitutionnel a d'abord jugé qu'il ne résultait des dispositions contestées aucune atteinte directe au principe d'égalité : « *Les dispositions contestées n'instituent par elles-mêmes aucune différence de traitement dès lors que toute personne se trouvant sur les lieux et pendant la période déterminés par la réquisition du procureur de la République peut être soumise à un contrôle d'identité* » (paragr. 26).

Les requérants contestaient en réalité sur ce point une utilisation dévoyée de la loi et non la loi elle-même. Or, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel « *la mise en œuvre des contrôles ainsi confiés par la loi à des autorités de police judiciaire doit s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères excluant toute discrimination de quelque nature que ce soit entre les personnes* » (paragr. 26). En outre, de jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel juge que « *l'éventualité d'un détournement de la loi ou d'abus lors de son application n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité ; qu'il appartient aux juridictions compétentes d'empêcher, de priver d'effet et, le cas échéant, de réprimer de telles pratiques* »²⁹.

Le Conseil constitutionnel a donc écarté le grief tiré du principe d'égalité devant la procédure pénale.

3. – Sur le grief tiré de la méconnaissance de l'article 16 de la Déclaration de 1789

a. – La jurisprudence constitutionnelle

Dans sa décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, le Conseil constitutionnel a fait découler le droit au recours juridictionnel effectif de l'article 16 de la Déclaration de 1789 (« *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est*

²⁹ Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, cons. 30.

pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ») : « il résulte de cette disposition qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction »³⁰.

En matière de contrôles d'identité de police administrative, dans la décision n° 93-323 DC, le Conseil constitutionnel a jugé : *« il appartient aux autorités administratives et judiciaires de veiller au respect intégral de l'ensemble des conditions de forme et de fond posées par le législateur ; qu'en particulier il incombe aux tribunaux compétents de censurer et de réprimer les illégalités qui seraient commises et de pourvoir éventuellement à la réparation de leurs conséquences dommageables ; qu'ainsi 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 contrôle et de vérification d'identité ; qu'à cette fin il lui appartient d'apprécier, s'il y a lieu, le comportement des personnes concernées »³¹.*

Le Conseil constitutionnel a par ailleurs été régulièrement saisi de griefs tirés de la méconnaissance du droit à un recours effectif en raison de l'impossibilité de contester certaines décisions en matière de perquisition, de visite ou de saisie.

Dans sa décision n° 2014-387 QPC du 4 avril 2014, le Conseil constitutionnel a ainsi censuré les dispositions de l'article L. 8271-13 du code du travail permettant aux officiers de police judiciaire, sur ordonnance du président du TGI rendue sur réquisitions du procureur de la République, de procéder à des visites domiciliaires, perquisitions et saisies de pièces à conviction dans les lieux de travail. Il a jugé *« qu'en l'absence de mise en œuvre de l'action publique conduisant à la mise en cause d'une personne intéressée par une visite domiciliaire, une perquisition ou une saisie autorisées en application des dispositions contestées, aucune voie de droit ne permet à cette personne de contester l'autorisation donnée par le président du tribunal de grande instance ou son délégué et la régularité des opérations de visite domiciliaire, de perquisition ou de saisie mises en œuvre en application de cette autorisation ; que, par suite, les dispositions contestées méconnaissent les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et doivent être déclarées contraires à la Constitution »³².*

En revanche, le Conseil constitutionnel a validé, au regard du droit à un recours

³⁰ Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 83.

³¹ Cons. 10.

³² Décision n° 2014-387 QPC du 4 avril 2014, *M. Jacques J. (Visites domiciliaires, perquisitions et saisies dans les lieux de travail)*, cons. 7.

juridictionnel effectif, des dispositions autorisant des visites dans un navire, en dépit de l'impossibilité, pour le propriétaire du navire ou celui d'objets saisis à l'occasion de la visite, de contester par voie d'action la régularité de cette opération, s'ils n'étaient pas aussi les occupants du navire. Il a en effet relevé que ce propriétaire dispose, s'il fait l'objet de poursuites pénales, de la faculté de faire valoir, par voie d'exception, la nullité de ces opérations, et qu'il peut également invoquer l'irrégularité de ces opérations à l'appui d'une demande tendant à engager la responsabilité de l'État du fait de la saisie³³.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a parfois tenu compte des circonstances particulières, propres à la procédure en cause, pour valider cette dernière. Ainsi a-t-il jugé que les perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence ne méconnaissent pas le droit à un recours juridictionnel effectif en relevant « *que si les voies de recours prévues à l'encontre d'une décision ordonnant une perquisition sur le fondement des dispositions contestées ne peuvent être mises en œuvre que postérieurement à l'intervention de la mesure, elles permettent à l'intéressé d'engager la responsabilité de l'État ; qu'ainsi les personnes intéressées ne sont pas privées de voies de recours, lesquelles permettent un contrôle de la mise en œuvre de la mesure dans des conditions appropriées au regard des circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence* »³⁴.

b. – L'application à l'espèce

Les requérants et les intervenants soutenaient qu'il résulte des articles 16 de la Déclaration de 1789 et 66 de la Constitution que le législateur doit mettre le juge judiciaire en mesure de contrôler les motifs de contrôles d'identité prévus par la loi. Or, selon eux, les dispositions légales ne permettaient pas un tel contrôle et empêchaient notamment le juge de contrôler leur absence de caractère discriminatoire. Par ailleurs, ils soutenaient que le droit au recours effectif était méconnu dès lors qu'il n'était pas possible d'exercer un recours contre un contrôle d'identité n'ayant pas donné lieu à des suites judiciaires ou administratives.

Sur la question des recours pouvant être exercés, le Conseil constitutionnel a rappelé que « *la personne qui a fait l'objet d'un contrôle d'identité peut, en cas de poursuites pénales subséquentes à ce contrôle ou en cas de placement en rétention administrative, contester, par voie d'exception, la légalité de ce contrôle devant le juge judiciaire* » (paragr. 28).

³³ Décision n° 2016-541 QPC du 18 mai 2016, *Société Euroshipping Charter Company Inc et autre (Visite des navires par les agents des douanes II)*, cons. 5 à 10.

³⁴ Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme (Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence)*, cons. 11.

En effet, les juridictions judiciaires se reconnaissent compétentes pour apprécier la régularité d'un contrôle d'identité, y compris d'ailleurs lorsque celui-ci relève de la police administrative. Les juridictions pénales, en cas de poursuites pénales, sont ainsi régulièrement saisies de requêtes relatives à des contrôles d'identité. Lorsque la découverte, au cours d'un contrôle d'identité, de la situation irrégulière d'un étranger, débouche sur une décision administrative de reconduite à la frontière avec mesure de rétention, la légalité du contrôle d'identité est également examinée par le juge judiciaire, saisi à l'occasion de la prolongation de la rétention administrative (laquelle doit intervenir dans les 48 heures). La Cour de cassation a affirmé cette position à l'occasion de l'arrêt *Bechta* : « en vertu des articles 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 et 136 du code de procédure pénale, il appartient au juge, saisi par le préfet en application de l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, de se prononcer comme gardien de la liberté individuelle, et sans que sa décision préjuge la validité de l'arrêté de reconduite à la frontière, sur l'irrégularité, invoquée par l'étranger, de l'interpellation »³⁵. Cette compétence appartient désormais au juge des libertés et de la détention.

Le juge judiciaire accepte également de contrôler la régularité d'un contrôle d'identité dans le cadre d'une action indemnitaire. Dans plusieurs arrêts rendus le 9 novembre 2016, la Cour de cassation a statué sur des procédures dirigées contre l'État par des personnes estimant avoir subi des contrôles d'identité discriminatoires et souhaitant obtenir réparation de leur préjudice moral. À cette occasion, la Cour de cassation a apporté un certain nombre de précisions, résumées ainsi dans son communiqué de presse : un contrôle d'identité fondé sur des caractéristiques physiques associées à une origine réelle ou supposée, sans aucune justification objective préalable est discriminatoire ; il s'agit par conséquent d'une faute lourde qui engage la responsabilité de l'État. La discrimination doit être prouvée selon les modalités suivantes : la personne qui a fait l'objet d'un contrôle d'identité et qui saisit le tribunal doit apporter au juge des éléments qui laissent présumer l'existence d'une discrimination ; c'est ensuite à l'administration de démontrer, soit l'absence de discrimination, soit une différence de traitement justifiée par des éléments objectifs ; enfin, le juge exerce son contrôle³⁶.

Aussi, le Conseil constitutionnel a rappelé que « même en l'absence de telles suites [judiciaires ou administratives], la légalité d'un contrôle d'identité peut être contestée devant le juge judiciaire dans le cadre d'une action en responsabilité à l'encontre de l'État ». La légalité d'un contrôle d'identité peut

³⁵ Cass., civ. 2^e, 28 juin 1995, n° 94-50.002, Bull. civ. II, n° 221, p. 127.

³⁶https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/communiqués_4309/contr_identite_discriminatoires_09.11.16_35479.html

être contrôlée, y compris en l'absence de suites procédurales³⁷.

Par ailleurs, au regard des décisions de la Cour de cassation précitées, et contrairement à ce qui était affirmé, aucune disposition législative ne prive les justiciables de la possibilité d'apporter la preuve de contrôles d'identité discriminatoire. Le Conseil constitutionnel a donc rappelé qu'« *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 contestées. En particulier, il incombe aux tribunaux compétents de censurer et de réprimer les illégalités qui seraient commises et de pourvoir éventuellement à la réparation de leurs conséquences dommageables* » (paragr. 29).

Le grief tiré de l'atteinte au droit à un recours effectif a donc été écarté (paragr. 30).

Sous les réserves précédemment énoncés, le Conseil constitutionnel a par conséquent déclaré conformes à la Constitution les dispositions contestées des articles 78-2 et 78-2-2 du CPP (paragr. 31).

D. – Sur la conformité à la Constitution des dispositions contestées des articles L. 611-1 et L. 611-1-1 du CESEDA

Les requérants contestaient également la possibilité pour les services de police de procéder au contrôle des titres de séjour d'un étranger à la suite d'un contrôle d'identité effectué sur réquisition du procureur. Leur critique portait seulement sur la référence « 78-2, » figurant aux articles L. 611-1 et L. 611-1-1 du CESEDA. Selon eux, ces dispositions pouvaient uniquement être utilisées aux fins de constater des infractions. À défaut, elles permettraient de contrôler de manière discriminatoire les personnes étrangères et méconnaîtraient donc la liberté individuelle, celle d'aller et de venir, le principe d'égalité et le droit à un recours effectif.

Ces griefs faisaient en partie écho à celui soutenu en 1993 par les parlementaires saisissants à l'encontre de la mention figurant à l'article 78-2 selon laquelle « *Le fait que le contrôle d'identité révèle des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du procureur de la République ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes* ». Comme indiqué plus haut, le Conseil constitutionnel avait alors validé cette disposition (considérant 6 de la décision n° 93-323 DC).

³⁷ L'arrêt n° 1241(15-24.212) de la 1^o chambre civile de la Cour de cassation du 9 novembre 2016 statue d'ailleurs sur une demande d'indemnisation à la suite d'un contrôle d'identité réalisé sur le fondement du sixième alinéa de l'article 78-2 du CPP et n'ayant donné lieu à aucune suite procédurale.

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel n'a pas suivi les requérants dans leur argumentation.

Il a tout d'abord rappelé que « *dans le cadre d'un régime administratif d'autorisation préalable, le législateur est en mesure d'exiger des étrangers la détention, le port et la production des documents attestant la régularité de leur entrée et de leur séjour en France* ». Par ailleurs, sur le fondement du premier alinéa du paragraphe I de l'article L. 611-1 du CESEDA, des procédures de contrôles de titre de séjour peuvent avoir lieu « *en dehors de tout contrôle d'identité* », et peuvent mener à une procédure de retenue, puis de rétention administrative, encadrée par plusieurs garanties prévues par le CESEDA afin que les droits et libertés des personnes concernées soient préservés. Le Conseil constitutionnel en a conclu : « *Dès lors, la circonstance que le déroulement des opérations de contrôle d'identité conduites en application du sixième alinéa de l'article 78-2 ou de l'article 78-2-2 du code de procédure pénale conduise les autorités de police judiciaire à constater que la personne contrôlée est de nationalité étrangère ne saurait, eu égard à l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, priver ces autorités des pouvoirs qu'elles tiennent de façon générale des dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Par ailleurs, celles-ci demeurent soumises aux obligations qui leur incombent en application des prescriptions de ce code, notamment à l'égard de l'autorité judiciaire* » (paragr. 33).

Le Conseil constitutionnel a ensuite rappelé « *qu'un contrôle d'identité réalisé en application du sixième alinéa de l'article 78-2 ou de l'article 78-2-2 du code de procédure pénale doit s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères excluant toute discrimination et que le respect de cette prescription est assuré, en particulier en cas de procédure de rétention administrative faisant suite à ce contrôle, par le juge judiciaire* » (paragr. 34) et que « *conformément au troisième alinéa de l'article L. 611-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, le contrôle qui s'ensuit des documents relatifs à la régularité du séjour ne peut être effectué que si des éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé sont de nature à faire apparaître sa qualité d'étranger* » (paragr. 35).

Le Conseil constitutionnel a donc écarté les différents griefs dirigés contre les dispositions contestées des articles L. 611-1 et L. 611-1-1 du CESEDA (paragr. 37), qu'il a déclarées conformes à la Constitution.