FORCES PUBLIQUES DE SÉCURITÉ ET ÉTAT DE DROIT

Pascal MBONGO

Professeur des facultés de droit à l'Université de Poitiers

De manière stipulative, l'on entendra principalement par *forces publiques de sécurité*, la police nationale, la gendarmerie nationale et les polices municipales et l'on considèrera en première approximation l'*État de droit* comme philosophie politique et juridique qui exige doublement que, d'une part, les pouvoirs publics ne puissent jamais pouvoir agir que sur la base d'une habilitation juridique préétablie (« pas d'action sans texte », comme l'on dit en France) et que, d'autre part, leurs actions soient justiciables de contrôles exercés par des institutions indépendantes et impartiales. « Dans une société démocratique régie par le principe de la prééminence du droit », fait valoir le Conseil de l'Europe dans l'exposé des motifs du code européen d'éthique de la police, les forces publiques de sécurité ont pour buts principaux : « (d')assurer le maintien de la tranquillité publique, le respect de la loi et de l'ordre dans la société ; (de) protéger et de respecter les libertés et droits fondamentaux de l'individu tels qu'ils sont consacrés, notamment, par la Convention européenne des Droits de l'Homme ; (de) prévenir et (de) combattre la criminalité ; (de) dépister la criminalité ; (de) fournir assistance et services à la population »[1]. Cette manière d'envisager les choses est intéressante dans ce qu'elle hésite entre deux types d'appréhension intellectuelle des rapports entre forces publiques de sécurité et État de droit. C'est en effet de manière ancienne que l'on discute de la question de savoir si ces rapports doivent être analysés comme des rapports d'antagonisme, des rapports de consubstantialité ou des rapports de complémentarité. Or, le code européen d'éthique de la police est partagé entre une vision « consubstantialiste » et une vision « complémentariste » de ces rapports : de fait, dans l'économie des représentations et des sensibilités contemporaines, c'est une perception « complémentariste » des rapports entre *forces publiques de sécurité* et *État de droit* qui est prégnante et qui donne sens à une entreprise telle que la

[1] On signale volontiers la topographie proposée par Frédéric Gros, qui considère que sur la très longue durée et tous systèmes politiques confondus, les fonctions des forces publiques de sécurité consistent en : la « conservation des biens et des personnes (la police comme force publique qui prévient et combat le vol et le crime) » (la « police générale ») ; le « maintien de l'ordre public contre toute tentative de déstabilisation (combattre les mouvements subversifs, les groupuscules révolutionnaires, les ennemis de l'État, mais aussi encadrer et contrôler toute manifestation ou tout rassemblement qui pourrait représenter une menace pour le gouvernement en place ou la tranquillité publique) » (la « police politique ») ; la volonté de « faire triompher un Mouvement qui se dit missionné par l'Histoire » (la « police totalitaire », soit une « radicalisation » de la police politique) ; le « contrôle et (la) régulation des circulations : circulation des marchandises, circulation des personnes, circulation de l'air (problèmes des vivres, des approvisionnements, de l'hygiène, des engorgements des passages, de la fluidité des foules) » (Gros F., *Le Principe Sécurité*, Gallimard, coll. Essais, 2012, p. 142-143).

consécration (purement formelle) dans la loi d'un « droit à la sécurité » qui, dans une perception « consubstantialiste » serait quelque chose comme une absurdité logique[2].

Pour être envisagée ici sous l'angle du droit, la question des rapports entre forces publiques de sécurité et État de droit ne peut cependant pas être réduite au droit. De très nombreux autres paramètres, non-juridiques et saisis habituellement par les sciences humaines et sociales affectent ces rapports : les modalités du recrutement et de la formation, la nature spécifique des différentes activités policières, les cultures policières, les idéologies professionnelles qui traversent les institutions policières[3], l'intensité de la « coproduction de l'ordre social »[4] par les forces publiques de sécurité et les citoyens, etc. D'un autre côté, des deux aspects que recouvre l'État de droit – soumission au droit et exigence de contrôles effectifs – l'on ne s'intéressera qu'à la résonance contemporaine du premier. En effet, le cadre normatif du contrôle des forces publiques de sécurité ne souffre pas tant d'incomplétude : entre les contrôles politiques (ceux du Parlement[5], ceux des institutions du Conseil de l'Europe ou de l'Union européenne), les contrôles administratifs internes (contrôles hiérarchiques, contrôles des corps d'inspection), les contrôles administratifs externes (CADA, CNIL, Contrôleur général des lieux de privation des libertés, Défenseur des droits…), les contrôles juridictionnels (celui des juridictions administratives au titre de la légalité et de la responsabilité, celui des procureurs sur la police judiciaire agissant en enquêtes de flagrance ou en enquêtes préliminaires, celui des magistrats instructeurs sur la police judiciaire dans l'exécution de commissions rogatoires, celui des tribunaux correctionnels ou des cours d'assises lorsque des agents publics de sécurité se voient imputer des infractions, celui des juridictions judiciaires au titre de L 141-1 du code de l'organisation judiciaire[6]). Sans oublier le magistère du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'Homme. Les affectations récentes de ce cadre normatif (transformation par la loi organique du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits de l'ancienne Commission nationale de déontologie de la sécurité en un simple collège du Défenseur des droits, intégration de l'IGS à l'IGPN et ouverture d'une saisine directe de l'IGPN par les citoyens[7]) ont d'ailleurs plutôt voulu

[2] Ce « droit » s'est déjà prêté à une abondante littérature (juridique ou non-juridique). Autant celle promue par les sciences sociales et politiques est compréhensible en tant qu'elle donne à voir ce concept pour ce qu'il est (une ressource légitimatrice de certaines politiques juridiques de l'État en matière policière et judiciaire), autant la doctrine juridique ne parvient pas à dégager des propriétés proprement juridiques de ce concept et sa portée normative « intrinsèque ». Étant d'ailleurs précisé que ce concept n'est pas plus éprouvé par le Conseil constitutionnel que par la Cour européenne des droits de l'homme.

[3] Coulangeon Ph., Pruvost G. et Roharik I., « Les idéologies professionnelles. Une analyse en classes latentes des opinions policières sur le rôle de la police », *Revue française de sociologie*, vol. LIII, 2012/3.

[4] Bradford B. et Jackson J., « Pourquoi les Britanniques ont confiance dans leur police », *La Vie des Idées*, 1er mars 2011, disponible en ligne : http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20110301_bradford_FRdefinitif-2.pdf

[5] À la faveur de la discussion annuelle des budgets des ministères de sécurité, des questions adressées au Gouvernement, des commissions d'enquête ou des missions d'information…

[6] Cette disposition se rapporte à la responsabilité de l'État pour les dommages causés par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Or certains décisions de juridictions judiciaires ont pu être analysées comme ayant étendu cette responsabilité aux actes de la police judiciaire.

[7] Ces réformes ont été présentées par le ministre de l'Intérieur le 3 septembre 2013 (voir en ligne le communiqué du ministère).

répondre aux récriminations d'inefficacité ou d'opacité faites à certaines institutions de contrôle.

L'on se posera donc ces deux questions : qu'en est-il des interdits absolus qui pèsent sur les forces publiques de sécurité dans une société démocratique et libérale ? Qu'en est-il de l'agenda législatif s'agissant des prérogatives nouvelles dont les forces publiques de sécurité voudraient être dotées ou de celles dont elles disposent déjà discutablement ?

I. Exigibilité contemporaine des interdits absolus

Les interdits absolus pesant les forces publiques de sécurité sont l'interface de deux droits garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme : le droit à la vie (article 2) ; l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (article 3). Les agissements policiers problématiques au regard des articles 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme peuvent se répartir entre trois catégories : les maltraitances commises par les forces publiques de sécurité, les défauts de discernement, les négligences fautives.

A. Des maltraitances policières

La chronique des maltraitances policières injustifiables ne s'est pas interrompue avec l'arrêt *Tomasi c. France* (27 août 1992), par lequel la France a été condamnée pour violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme en raison de maltraitances policières d'une personne placée en garde à vue. Cette condamnation a été prononcée dans une affaire dans laquelle le requérant faisait valoir que les lésions corporelles constatées par le magistrat instructeur et les médecins au terme de sa garde à vue étaient imputables aux « sévices infligés pendant une quarantaine d'heures par certains des policiers chargés des interrogatoires: gifles, coups de pied, de poing et de manchette, station debout prolongée et sans appui, les menottes dans le dos, crachats, déshabillage total devant une fenêtre ouverte, absence de nourriture, menaces avec une arme, etc. ». La violation de la Convention prononcée par la Cour a été justifiée par l'exactitude matérielle des faits allégués par le requérant et par la subsomption par la Cour des traitements contestés sous l'article 3 de la Convention : « [La Cour] n'estime pas devoir examiner le système et les modalités de la garde à vue en France, ni en l'occurrence la durée et la fréquence des interrogatoires du requérant. Il lui suffit de noter que les certificats et rapports médicaux, établis en toute indépendance par des praticiens, attestent de l'intensité et de la multiplicité des coups portés à M. Tomasi ; il y a là deux éléments assez sérieux pour conférer à ce traitement un caractère inhumain et dégradant. Les nécessités de l'enquête et les indéniables difficultés de la lutte contre la criminalité, notamment en matière de terrorisme, ne sauraient conduire à limiter la protection due à l'intégrité physique de la personne ».

Depuis l'arrêt *Tomasi*, la France a encore pu être « épinglée » de manière vexatoire au regard de sa prétention à être le « pays des droits de l'Homme » dans l'arrêt *Selmouni c. France* (28 juillet 1999) pour des actes de violence physique et mentale commis sur un gardé à vue (violation de l'article 3 de la Convention) ; dans l'arrêt *Rivas c. France* (1er avril 2004) pour des coups portés par un policier sur les parties génitales d'un mineur en garde à vue, des coups qui ont fracturé le testicule du mineur et justifié une opération chirurgicale, soit un agissement policier « de

nature à engendrer des douleurs ou des souffrances physiques et mentales chez le requérant et, compte tenu de son âge, à créer également des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à humilier, avilir et briser éventuellement sa résistance physique et mentale » (violation de l'article 3 de la Convention).

Bien que des maltraitances policières soient susceptibles d'être commises dans de nombreux contextes opérationnels des forces publiques de sécurité, la garde à vue continue néanmoins d'en être un abcès de fixation[8] que le Conseil constitutionnel n'a pas tout à fait percé dans sa décision n° 2012-228/229 QPC du 6 avril 2012 (*M. Kiril Z*[9]) par laquelle il a jugé contraire à la Constitution les articles 64-1 et 116-1 du code de procédure pénale en tant qu'ils excluaient, en principe (c'est-à-dire sauf décision contraire du procureur de la République ou du juge d'instruction), l'enregistrement audiovisuel de la garde à vue lorsque la personne gardée à vue l'était pour une infraction relevant de la criminalité organisée (article 706-73 CPP), des atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation (titre I[er], livre VII CPP), ou du terrorisme (titre II, livre IV CPP).

Instituée par la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, cette exclusion de l'enregistrement audiovisuel avait circonscrit le libéralisme d'une loi qui étendait précisément le champ d'application des enregistrements audiovisuels aux majeurs gardés à vue ou mis en examen en matière criminelle (ces enregistrements étaient déjà prévus depuis 2000 pour les interrogatoires de mineurs placés en garde à vue[10] et leur extension en 2007 aux gardés à vue et aux mis en examen en matière criminelle a été assortie de certaines limites[11]). Certes le Conseil constitutionnel a fait preuve de libéralisme en considérant que l'exclusion du champ d'application des interrogatoires des gardes à vue liées à certaines infractions criminelles constitue une discrimination injustifiée au sein de l'ensemble des infractions criminelles – « les dispositions contestées », a-t-il fait valoir, « ne trouvent une justification ni dans la difficulté d'appréhender les auteurs des infractions agissant de façon organisée ni dans l'objectif de préservation du secret de l'enquête ou de l'instruction ». Néanmoins, en jugeant qu'« aucune exigence constitutionnelle n'impose l'enregistrement des auditions ou des interrogatoires des personnes suspectées d'avoir commis un crime ; que, toutefois, en permettant de tels enregistrements, le législateur a entendu rendre possible, par la consultation de ces derniers, la vérification des propos retranscrits dans les procès-verbaux d'audition ou d'interrogatoire des personnes suspectées d'avoir commis un crime », le Conseil constitutionnel s'est triplement autolimité : d'une part en refusant de « verrouiller » constitutionnellement l'enregistrement des auditions ou des interrogatoires des personnes mises en cause dans une procédure pénale ; d'autre part en s'appropriant l'exclusion législative de ces enregistrements pour les gardes à

[8] Voir de Koering-Joulin R., « Les affaires Birou et Tomasi et la détention avant jugement », *in Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme. 1974-1992*, Strasbourg, éd. N.P. Engel.Kehl, sp. p. 193.

[9] Recueil, p. 186 - Journal officiel du 7 avril 2012, p. 6414.

[10] Cette prescription ressort du § VI de l'article 4 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante tel qu'ajouté à l'ordonnance par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

[11] Le procureur de la République ou le juge d'instruction peut prévoir que les auditions ou les interrogatoires ne seront pas enregistrés en raison du « nombre de personnes... devant être simultanément interrogées ». D'autre part, l'obligation d'enregistrement ne s'applique pas en cas d'« impossibilité technique mentionnée dans le procès-verbal ».

vue de personnes mises en cause pour des délits et des contraventions[12] ; enfin, il était assez curieux de voir le Conseil constitutionnel passer sous silence la justification la plus déterminante des enregistrements audiovisuels, soit précisément les maltraitances policières.

B. Du défaut de discernement policier

Le défaut de discernement peut, selon les cas, conduire ou bien à une violation du droit à la vie ou bien à une violation de l'interdiction de la torture, des traitements inhumains ou dégradants. Dans nombre de cas, ce sont des usages disproportionnés de la force qui sont alors en cause, étant admis que les fonctionnaires de police ne peuvent faire « qu'un usage [de la force] strictement nécessaire et proportionné au but à atteindre »[13], doivent « faire preuve de sang-froid et de discernement dans chacune de leurs interventions » et doivent « [veiller] à la proportionnalité des moyens humains et matériels employés pour atteindre l'objectif de leur action, notamment lorsque celle-ci nécessite l'emploi de la force »[14].

Dans l'arrêt *McCann et autres c. Royaume-Uni* (27 septembre 1995) – des soldats britanniques avaient cru devoir tuer des suspects afin de les empêcher d'actionner le détonateur d'une bombe et de faire ainsi des victimes –, la Cour a fait valoir que « l'usage de la force » auquel renvoie le paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention ne devait pas dépasser ce qui est « absolument nécessaire » à la réalisation de l'un ou l'autre des objectifs énoncés dans cet article, soit la défense contre une violence illégale, une arrestation régulière, la prévention d'une évasion, la répression d'une émeute ou d'une insurrection[15]. Au demeurant, la Cour avait considéré que « l'usage de la force par des agents de l'État peut se justifier lorsqu'il se fonde sur une conviction honnête considérée comme valable à l'époque des événements mais qui se révèle ensuite erronée ». Dans *l'arrêt Jalloh c. Allemagne* (2006), la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé que le requérant, trafiquant de drogue, s'était vu infliger de manière non-intentionnelle une souffrance physique et psychologique par l'administration forcée par la police au moyen d'une sonde nasale d'un vomitif destiné à lui faire régurgiter un cachet de cocaïne initialement caché dans sa bouche et avalé lors de son arrestation. Ici, plusieurs éléments avaient particulièrement joué en la défaveur de la police : la possibilité pour elle d'obtenir la preuve recherchée par une intervention médicale forcée ; la possibilité pour elle d'attendre le transit naturel de la drogue par l'appareil digestif ; la défiance de nombreux services de police européens pour une administration forcée de vomitifs par les services de police en raison de certains risques, dont un risque de décès.

Deux arrêts *R.L. et M.-J.D. c. France* (19 mai 2004) et *Saoud c. France* (9 octobre 2007) peuvent être cités comme moments de référence de la France devant la Cour européenne des droits de l'Homme sur cette question du défaut de

[12] Cette exclusion a été confirmée et confortée par le législateur (article 133, I, de la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures) et par la Cour de cassation s'agissant de délits flagrants (Cass. crim., 2 décembre 2009, n° 09-85.103 : *D.* 2010, p. 211, obs. Girault C.).

[13] Code de déontologie de la police nationale, article 9 et Règlement général d'emploi de la police nationale (RGEPN), article 113-4.

[14] RGEPN, article 113-4.

[15] Voir également, CEDH, *Issaïeva et autres c. Russie*, 24 février 2005.

discernement policier. Dans la première affaire, pour laquelle la Cour a conclu à une violation de l'article 3 de la Convention, les requérants contestaient une intervention policière pour un conflit de voisinage, une intervention à la faveur de laquelle « l'un des policiers qui s'était fait passer pour un client prit la requérante par les cheveux, la traîna par terre et lui donna un coup de poing au seul motif qu'elle avait voulu prendre des photos de la scène », toutes choses qui ont poussé les requérants « à se débattre et à crier devant leurs clients (...) » et à une incapacité temporaire de travail substantielle. L'affaire *Saoud* pour sa part s'est rapportée à une intervention des services de police de Toulon à la faveur de laquelle le dénommé Mohamed Saoud, fils et frère des requérants, fut « blessé par des tirs de flash-ball, fut immobilisé à plat ventre sur une planche détruite lors de l'assaut comportant des clous, ce dont attestent les blessures - plaies et hématomes - sur le corps et le visage relevées lors de l'autopsie du défunt ». Les requérants imputaient le décès de M. Saoud à la négligence et à l'imprudence des policiers et des sapeurs-pompiers, ainsi qu'à un manque de soins. Mais autant la Cour européenne des droits de l'Homme admit que les conditions de l'arrestation de Mohamed Saoud, et en particulier l'usage de la force qui a été fait par les policiers à cette occasion, « étaient proportionnées à la violence de son comportement envers autrui, y compris les membres de sa famille », autant la Cour considéra que les faits postérieurs à l'arrestation, en l'occurrence la contention au sol de Mohamed Saoud par les policiers, avait constitué un « manquement à l'obligation positive incombant aux autorités de protéger la vie de [l'intéressé] » et, par conséquent, une violation de l'article 2 de la Convention.

Discernement et personnes vulnérables. Le discernement des forces publiques de sécurité est particulièrement exigible lorsqu'elles doivent se confronter à des personnes vulnérables. Ainsi, dans une décision rendue à la suite de la saisine de la Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité, le 25 novembre 2009, par Mme Alima Boumedienne-Thiery, sénatrice de Paris (saisine n° 2009-207), le Défenseur des droits[16] a recommandé aux pouvoirs publics « le renforcement de la formation initiale et continue des fonctionnaires de police quant à la prise en charge des personnes atteintes de troubles mentaux et que cette formation ait un caractère obligatoire ». Le Défenseur des droits recommande par ailleurs l'introduction, dans le code de déontologie de la police nationale ou le règlement général d'emploi de la police nationale, d'une disposition similaire à celle de l'article 44 du code européen d'éthique de la police (cet article dispose que « les personnels de police doivent agir avec intégrité et respect envers la population, en tenant tout spécialement compte de la situation des individus faisant partie de groupes particulièrement vulnérables »). Enfin, le Défenseur des droits a recommandé l'introduction dans le code de déontologie de la police nationale ou le règlement général d'emploi de la police nationale d'une disposition similaire à l'article 8 de la Charte du gendarme (cet article dispose que le gendarme « privilégie la dissuasion et la négociation à la force. Il se montre impartial lorsqu'il s'interpose entre groupes et individus qui s'opposent ou s'affrontent »).

Discernement et armes de force intermédiaire, L'exigence du discernement n'est pas moins forte lorsque doivent être utilisées des armes dangereuses. Ainsi de certains moyens de force intermédiaire dont l'État justifie la mise à disposition des policiers et des gendarmes aussi bien par la protection des tiers que par la protection

[16] Sa décision n'est pas datée. Elle est disponible en ligne : http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/upload/decisions/decision_mds-2009-207.pdf

des agents publics eux-mêmes. Il reste que malgré la codification de leurs conditions d'emploi[17], des incidents d'utilisation ont justifié d'une part des recommandations du Défenseur des droits et des interpellations parlementaires, d'autre part une réponse du ministre de l'Intérieur.

Recommandations du Défenseur des droits sur trois moyens de force intermédiaire[18]	
Recommandations relatives au pistolet à impulsions électriques Taser X26®	Recommandations relatives aux lanceurs de balles de défense Flash-Ball Superpro ® et LBD 40X46
1. Repenser l'utilisation du Taser X26® dans le cas de l'état de nécessité, du commandement de l'autorité légitime et de l'ordre de la loi et de l'interpellation d'une personne en flagrant-délit 2. Restreindre l'usage du Taser X26® en mode contact 3. Harmoniser et renforcer les interdictions d'utilisation et précautions d'emploi dans les deux cadres d'emploi 4. Proscrire l'utilisation du Taser X26® non muni de caméra 5. Harmoniser les durées de conservation des données d'utilisation 6. Permettre l'accès des personnes aux enregistrements vidéos les concernant 7. Recueillir et traiter les informations relatives à la durée d'utilisation du Taser X26® 8. Renforcer la prise en charge médicale et psychologique de la personne à l'encontre de laquelle il a été fait usage du Taser X26® 9. Introduire dans le cadre d'emploi posé par la police, des préconisations relatives au retrait des ardillons 10. Insister sur la vulnérabilité de la personne lors des formations initiales et continues 11. Augmenter la durée de la formation initiale 12. Augmenter la périodicité de la formation continue	1. Étendre les interdictions d'utilisation en ce qui concerne les zones corporelles 2. Préciser dans les instructions de la police les distances maximales d'utilisation des deux lanceurs de balles de défense 3. Préciser la notion de vulnérabilité dans le cadre d'emploi fixé par la police pour les deux lanceurs 4. Repenser l'utilisation du Flash-Ball superpro® et du LBD 40x46 dans le cas de la légitime-défense des biens et de l'état de nécessité concernant un bien 5. Encadrer le recours au Flash-Ball superpro® en « sécurisation » lors de contrôles routiers et d'identité 6. Proscrire ou limiter très strictement l'usage du Flash-Ball superpro® dans le cadre de manifestations 7. Adapter le cadre d'emploi du LBD 40x46 et du Flash-Ball superpro® aux spécificités techniques de ces armes 8. S'interroger sur le maintien du Flash-Ball superpro® en dotation 9. Vérifier les réglages des LBD 40x46 en dotation 10. Assurer une formation continue chaque année à l'usage des deux lanceurs de balles de défense 11. Améliorer le contenu de la formation continue 12. Assurer un contrôle des habilitations au moment de l'affectation individuelle et temporaire des armes 13. Renforcer la prise en charge médicale de la personne atteinte par un tir de lanceur de balle de défense

[17] Exigibilité de la légitime défense ou de l'état de nécessité ; exigibilité du principe de proportionnalité ; circonscription aux « unités les plus exposées » ; habilitation individuelle des fonctionnaires de sécurité en situation de les utiliser ; traçabilité et suivi de l'utilisation des armes.

[18] Rapport (28 mai 2013) sur trois moyens de force intermédiaire : le pistolet à impulsions électriques de type Taser x26® – le Flash-Ball superpro® – le lanceur de balles de défense 40x46.

La doctrine du ministère de l'Intérieur[19]

(...) Leur utilisation, même par des agents qualifiés et dont le sang-froid et le professionnalisme sont reconnus, présente des risques. Tout doit cependant être mis en œuvre, d'un point de vue juridique, hiérarchique, humain et matériel, pour que l'emploi de ces armes s'exerce dans des conditions maximales de sécurité. Les instructions adressées aux services de police et de gendarmerie pour en préciser les règles d'utilisation font l'objet de la plus grande attention et sont régulièrement mises à jour pour tenir compte des retours d'expérience, des préconisations des autorités médicales, des évolutions du droit... De nouvelles instructions détaillées et strictes relatives aux lanceurs de balles de défense ont été adressées aux services de police (novembre 2012) et de gendarmerie (juillet 2012) pour repréciser notamment leurs conditions d'emploi (exigences du cadre juridique, précautions d'emploi, interdictions d'utilisation, conduite à tenir après emploi...). Les instructions relatives à l'emploi des PIE dans la police nationale ont été mises en jour en avril 2012. Les obligations en matière de formation continue ont été renforcées. Une réflexion permanente est menée afin d'améliorer les conditions d'utilisation des lanceurs de balles de défense et les équipements eux-mêmes. Les recommandations formulées par le Défenseur des droits dans son Rapport sur trois moyens de force intermédiaire présenté en mai 2013 constituent un élément utile à la réflexion. Dans les faits et dans le droit, plusieurs ont toutefois déjà trouvé une réponse. Ainsi, pour ce qui concerne le maintien de l'ordre, le type et la nature des armes susceptibles d'être utilisées par les forces de l'ordre relèvent dorénavant d'un cadre réglementaire fixé par deux décrets du 30 juin 2011. Il doit également être noté que les conditions d'emploi du PIE et des lanceurs de balles de défense sont déjà extrêmement strictes et que l'accumulation des restrictions risquerait d'en rendre l'usage très limité, voire inapplicable. L'extension des zones d'exclusion pourrait ainsi retirer tout intérêt à ces équipements et reviendrait à désarmer policiers et gendarmes. S'agissant du recours au « Flash-Ball Super Pro » en sécurisation lors de contrôles routiers et d'identité, les règles de sécurité déjà existantes pour son emploi pour quelque opération de police que ce soit paraissent suffisantes. Les exigences juridiques doivent laisser une place aux capacités d'appréciation et de discernement des individus. La proposition visant à harmoniser les cadres d'emploi de la police et de la gendarmerie, toutefois déjà proches, est effectivement utile. D'autres préoccupations du Défenseur sont également déjà prises en compte (vulnérabilité de la personne, prise en charge médicale et psychologique, contrôle des habilitations....). S'agissant de la durée et de la périodicité des formations, ces enjeux sont effectivement essentiels. Concernant les PIE, les besoins sont déjà fixés de manière rigoureuse, sur la base d'objectifs pédagogiques et des retours d'expérience, indépendamment de l'intérêt commercial que peuvent représenter ces formations. La formation à l'usage des lanceurs de balles de défense fait aussi l'objet de la plus grande attention : la périodicité du renouvellement des habilitations est déterminée sur la base de critères pédagogiques en prenant en compte les actions régulières de formation aux gestes et techniques d'intervention. (...)

C. Des négligences fautives

Au titre des négligences fautives, on voudra seulement rapporter l'arrêt *Kontrova c. Slovaquie* du 31 mai 2007 de la Cour européenne des droits de l'Homme. La requérante était la veuve d'un homme qui avait tué leurs enfants et s'était tué par dans le même contexte. Or dans le passé immédiatement antérieur à ces événements, la requérante avait eu à déposer des plaintes contre son époux pour maltraitance physique et psychologique (des coups violents portés par un câble

[19] Réponse du ministre de l'intérieur (JO, 15 octobre 2013, p. 10881) à la question n° 31264 de M. Michel Lesage (JO, 2 juillet 2013, p. 6832).

électrique) ayant conduit à des incapacités de travail ainsi que pour menaces de mort avec arme à feu. Ces plaintes furent traitées administrativement par les forces de police, avec un classement sans suite pour l'une d'elles. La requérante arguait de ce que les services de police avaient manqué à leur obligation positive de protéger la vie de ses enfants faute pour eux d'avoir considéré les menaces de son époux comme des infractions pénales, d'avoir enquêté sur ces menaces et d'avoir engagé des poursuites de leur propre initiative. La Cour européenne des droits de l'Homme fit droit à cette argumentation aux termes d'un discours de la méthode particulièrement élaboré.

La première proposition de la Cour a consisté dans cette idée que « la première phrase de l'article 2 § 1 astreint l'État non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction (L.C.B. c. Royaume-Uni, 9 juin 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-III, § 36). Cela implique de la part de l'État le devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations. Cela peut aussi vouloir dire, dans certaines circonstances, mettre à la charge des autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui (Osman c. Royaume-Uni, 28 octobre 1998, Recueil 1998-VIII, § 115) ». La deuxième proposition du discours de la méthode de la Cour veut qu'il faille par ailleurs tenir compte des « difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines, [de] l'imprévisibilité du comportement humain et [des] choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources ». Par suite, « il faut interpréter la portée de cette obligation positive de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif. Dès lors, toute menace présumée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation. Pour qu'il y ait obligation positive, il doit être établi que les autorités savaient ou auraient dû savoir sur le moment qu'un individu donné était menacé de manière réelle et immédiate dans sa vie du fait des actes criminels d'un tiers et qu'elles n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque (...) ». Dans le cas d'espèce, les négligences de la police slovaque ont été jugées d'autant plus fautives au regard de l'article 2 de la Convention que les obligations auxquelles la police avaient manqué étaient précisément définies par le droit interne : l'obligation de recueillir et de dûment enregistrer la plainte de l'intéressée ; l'obligation d'ouvrir une enquête pénale et d'engager sur-le-champ des poursuites pénales contre le mari ; l'obligation de consigner dûment les appels d'urgence et d'avertir l'équipe suivante de la situation ; l'obligation de prendre des mesures en réaction aux allégations selon lesquelles le mari avait une arme et avait menacé de s'en servir.

II. Mutabilité des ingérences licites dans les droits et libertés

Ce sont certaines prérogatives déjà consenties (ou susceptibles de l'être) aux forces publiques de sécurité dont il convient de voir les tensions particulières avec les principes de l'État de droit. Sans préjudice de la distinction usuelle entre les mesures privatives de liberté et les mesures restrictives de liberté, on envisagera

successivement les contrôles d'identité au regard du principe de non-discrimination, les technologies de sécurité au regard du droit à la vie privée, la garde à vue au regard du droit à l'avocat.

A. Contrôles d'identité et principe de non-discrimination : les « contrôles au faciès »

Dans le débat public, l'expression « contrôle d'identité » a tendance à avoir une signification plus large que celle que les textes lui donnent. Elle tend ainsi à recouvrir en premier lieu des procédures qui, en droit, sont des « relevés d'identité » ou des « recueils d'identité », soit les prérogatives accordées aux policiers municipaux, aux adjoints de sécurité, aux gendarmes volontaires et aux agents de surveillance de Paris, aux agents de police judiciaire adjoints (article 21 CPP) ou aux agents de sécurité des services de transport en leur qualité d'agents spécialement assermentés (article 78-6 CPP). Or le relevé d'identité ou le recueil d'identité n'est pas assorti d'un pouvoir de coercition ; aussi lorsque les personnels susnommés sont dans l'impossibilité de faire un relevé d'identité ou un recueil d'identité (du fait de l'opposition de l'intéressé ou de son impossibilité à établir son identité), il leur faut solliciter un agent de police judiciaire afin que celui-ci fasse alors un contrôle d'identité. « Reste que, du point de vue de l'intéressé », a fait remarquer le Défenseur des droits, « la différence entre contrôle, relevé ou recueil d'identité est difficile à percevoir »[20]. D'autre part le débat public ne distingue pas nécessairement le contrôle d'identité de la vérification d'identité, cette dernière étant la sanction juridique du contrôle d'identité qui a échoué, soit parce que l'identité de la personne n'a pas pu être établie, soit parce que l'intéressé refuse ou est dans l'impossibilité de faire connaître son identité. Qu'elle soit faite sur place ou dans les locaux des forces publiques de sécurité (article 78-3 CPP), la vérification d'identité consiste donc en une mesure privative de liberté, d'où le procès-verbal dont elle est assortie. Cette contiguïté entre plusieurs opérations juridiques rend donc compréhensible l'usage générique du concept de « contrôles d'identité » dans le débat public sur les « contrôles d'identité au faciès ».

Ce débat est plus ancien que ne le laisse croire la publicité particulière dont il a fait l'objet en 2012 et 2013 dans le contexte de l'alternance électorale. Des années 1970 jusque dans les années 1990, la conjuration de ce type de contrôles fut recherchée principalement à travers des propositions d'interdiction des contrôles d'identité de police administrative – comme si, en effet, les contrôles de police judicaire ne pouvaient pas également être affectés par des biais et des stéréotypes ethno-raciaux ou d'apparence – et, à défaut, une interdiction de l'assimilation du contrôle d'identité des étrangers à un contrôle de la régularité de leur séjour sur le territoire – une assimilation analysée par ses adversaires comme étant une « discrimination raciale ». Il est néanmoins de fait qu'aucune de ces interdictions ne caractérise le droit français puisque, d'une part, les contrôles d'identité de police administrative ont été organisés par la loi *Sécurité et liberté* du 2 février 1981 sans être remis en cause par la suite et que, d'autre part, depuis la loi du 3 septembre 1986 relative aux contrôles et vérifications d'identité, s'agissant des étrangers,

[20] Défenseur des droits, *Rapport relatif aux relations police/citoyens et aux contrôles d'identité*, 2013, p. 6.

contrôle d'identité et vérification de situation d'un étranger sont plus ou moins fondus dans une même et seule opération[21].

Dans sa formulation la plus récente, le débat sur les « contrôles au faciès » est principalement articulé autour de l'opportunité d'introduire dans le droit français une obligation de délivrance d'un « récépissé » au terme d'un contrôle d'identité *stricto sensu*. Cette proposition de droit – déjà promue par Fabien Jobard et René Lévy dans une étude datée de 2009 et réputée avoir constaté scientifiquement et de manière pionnière l'existence en France de contrôles au faciès[22] – pouvait avoir une consistance normative prosaïque ou plus élaborée. Ainsi, dans la proposition de loi relative aux contrôles d'identité et à la lutte contre les contrôles au faciès déposée au Sénat le 16 novembre 2011 par la sénatrice Esther Benbassa[23], il s'agissait seulement de prévoir à l'article 78-2 du code de procédure pénale la remise d'un « document » à l'occasion d'un contrôle d'identité ainsi que les informations devant être consignées sur ce « document » (motifs du contrôle, jour et heure à partir desquels le contrôle a été effectué, matricule de l'agent ayant procédé au contrôle, observations de la personne ayant fait l'objet du contrôle).

Dans son rapport précité de 2013 sur les relations police/citoyens et aux contrôles d'identité, le Défenseur des droits avait pour sa part envisagé une diversité des possibles dont il évaluait par ailleurs les avantages théoriques ainsi que les sujétions bureaucratiques :

Le « récépissé » de contrôle d'identité. La diversité des possibles envisagée par le Défenseur des droits[24]
Le ticket de contrôle anonyme
« À l'occasion d'un contrôle, son auteur remet à la personne contrôlée un ticket sur lequel figure son grade, son identifiant (matricule) et le service dont il dépend. La remise de ce ticket sortirait le contrôle d'identité de la banalisation en le formalisant. Il permettrait à la personne contrôlée de disposer, sans avoir à le demander, de l'identification professionnelle de celui qui contrôle son identité. Il inviterait l'auteur du contrôle au discernement et à la mesure, sans créer pour lui de surcharge administrative. Cependant ce document dépourvu du nom de la personne contrôlée ne serait guère probant dans le cadre d'un recours, en raison de cet anonymat qui ne permettrait pas d'authentifier l'identité de la personne contrôlée ».
L'attestation nominative
« À l'occasion d'un contrôle, son auteur remet une attestation sur laquelle figurent, outre des informations relatives à l'identité et à la qualité de l'auteur du contrôle (matricule, grade, service), le nom de la personne contrôlée ainsi que le motif, le lieu, la date et l'heure du contrôle.

[21] Sur cette histoire juridique et politique des contrôles et vérifications d'identité, nous nous permettons de renvoyer à notre ouvrage *La gauche au pouvoir et les libertés publiques. 1981-1995*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1999, pp. 233-252, p. 285-300.

[22] Jobard F., Lévy R., *Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris*, Open Society Institute, 2009. Voir également Jobard F., Lévy R., Lamberth J., Névanen S., « Mesurer les discriminations selon l'apparence : une analyse des contrôles d'identité à Paris », *Population*, 2012/3 Vol. 67, p. 423-451.

[23] Voir également la proposition de loi n° 53 relative aux contrôles d'identité déposée le 16 octobre 2012 au Sénat par le sénateur Pozzo Di Borgo.

Ce dispositif d'attestation viserait les mêmes objectifs que le ticket (formalisation de l'acte de contrôle et communication au citoyen de l'identification du contrôleur). Cependant, la délivrance d'une attestation nominative offrirait un avantage significatif à la personne contrôlée car plus probante que le ticket anonyme à l'appui d'un recours que présenterait la personne intéressée. Toutefois, sa mise en œuvre obligerait les forces de sécurité à prendre le temps de remplir l'attestation en y faisant figurer le nom de la personne contrôlée, ainsi que différents renseignements relatifs à ce contrôle ».
L'attestation enregistrée
« À l'occasion d'un contrôle, l'auteur délivre à la personne contrôlée une attestation, comme dans l'option précédente. Mais il conserve un double de ce document en vue d'un enregistrement. On peut envisager cette option soit avec l'enregistrement du nom de la personne, soit avec un double anonymisé sur lequel figurerait les renseignements (lieu, date, l'heure, motif), mais pas le nom du citoyen ».
L'attestation enregistrée sous forme anonyme
« À l'occasion d'un contrôle, l'auteur de celui-ci délivre à la personne contrôlée une attestation sur laquelle figurent, outre des informations relatives à l'identité et à la qualité de l'auteur du contrôle (matricule, grade, service), le nom de la personne contrôlée[24] ainsi que le motif, le lieu, la date et l'heure du contrôle. L'auteur du contrôle, qui devrait prendre le temps de remplir ce document, conserverait un double de cette attestation sur lequel ne figurerait pas le nom de la personne contrôlée. La personne contrôlée disposerait d'une attestation nominative précise dont la trace aurait été enregistrée. Elle disposerait ainsi d'un document fiable en cas de contestation. Les informations enregistrées demeureraient anonymes pour les tiers, mais l'accumulation de données factuelles permettrait d'en assurer l'exploitation aux fins d'évaluation de l'action des forces de police/gendarmerie ».
L'attestation enregistrée sous forme nominative
« À l'occasion d'un contrôle, l'auteur de celui-ci délivre à la personne contrôlée une attestation sur laquelle figurent les mêmes informations que dans le scénario précédent. En revanche, la personne contrôlée et l'auteur du contrôle conserveraient chacun un exemplaire complet du même document, c'est-à-dire comportant le nom de la personne contrôlée ».

Au 30 octobre 2013, l'État continuait d'être défiant à l'égard d'une obligation de délivrance d'un « récépissé » par suite d'un contrôle d'identité. Et l'explication donnée par le ministre de l'Intérieur de ce refus a constamment été celle-ci : « la proposition tendant à la délivrance d'un récépissé ne constituait pas la meilleure solution et qu'elle présentait elle-même beaucoup de lourdeurs procédurales et d'inconvénients. Elle est d'ailleurs peu développée à l'étranger. Cette proposition reviendrait à mettre en place un système excessivement bureaucratique, lourd à gérer et dont la mise en œuvre concrète compliquerait, de manière déraisonnable, le travail des policiers et des gendarmes sur le terrain. Elle serait de surcroît porteuse de difficultés juridiques, notamment quant à la constitution de fichiers. D'autres choix ont été faits (...) »[25].

[24] Défenseur des droits, *Rapport relatif aux relations police/citoyens et aux contrôles d'identité*, 2013, p. 39-50.

[25] Manuel Valls, réponse du ministre de l'Intérieur (JO, 25 juin 2013, p. 6718) à différentes questions écrites de députés. Voir encore : Manuel Valls, Sénat, séance de questions d'actualité au Gouvernement du 3 octobre 2013.

Ce qui frappe dans cette querelle du récépissé c'est qu'elle manque quelque peu à son objet. Du côté des décideurs publics, il est remarquable que le discours de l'État n'ait jamais été clair sur la question de savoir s'il y a des biais liés à l'appartenance ethno-raciale dans le déclenchement de contrôles d'identité. Sous bénéfice d'inventaire, l'on ne dispose pas d'une seule déclaration publique d'un ministre de l'Intérieur ou d'un garde des sceaux admettant l'existence de ces biais. Pas même à l'occasion des grands débats parlementaires sur les contrôles d'identité (1981, 1983, 1986, 1993), alors que parallèlement la rhétorique du refus de tels biais a constamment été promue par les ministres de l'Intérieur et de la Justice. Ce non-dit n'est pas facile à expliciter, entre l'hypothèse d'un déni, celle d'une relativisation de l'importance du problème et celle d'un « simple » refus de convenir publiquement d'une réalité embarrassante ou « stigmatisante » pour les forces publiques de sécurité. Or le déni serait à proprement parler « incroyable », à moins que des décideurs publics ne cèdent à la croyance qui voudrait que les forces publiques de sécurité soient seules en France à être imperméables aux biais et aux stéréotypes ethno-raciaux. Quant à l'explication tenant à une volonté de relativiser l'importance des contrôles au faciès, elle présuppose logiquement que les pouvoirs publics les ont mesurés eux-mêmes ou fait mesurer par des experts, ce qui n'est pas le cas.

Il y a également à dire sur les appels au « récépissé » et à leur relative indifférence à la *matrice* des biais et des stéréotypes ethno-raciaux[26] qui peuvent affecter les contrôles d'identité[27] : de fait les promoteurs du récépissé, y compris le Défenseur des droits, se dispensent de définir la psychologie sociale et la sociologie des biais et des stéréotypes dont participe leur proposition de droit. Ce prérequis n'a jamais été pris en considération que par Fabien Jobard et René Lévy dans leur étude précitée[28], même si leur analyse est loin d'épuiser la compréhension des processus dont il s'agit. En effet, leur analyse est principalement indexée au « racisme structurel » ou au « racisme institutionnel » des institutions publiques de sécurité. D'autre part, l'analyse de Fabien Jobard et René Lévy ne fait pas le départ chez les

[26] C'est ce que nous avons qualifié en une autre occasion d'antiracisme scripturaire. Voir notre texte : « Un antiracisme scripturaire : la suppression du mot « race » de la législation », *Recueil Dalloz*, 30 mai 2013, p. 1288-1289.

[27] On notera au passage que l'argument principalement tiré d'expériences étrangères procède d'un « comparatisme sauvage » en ne tenant pas compte des différences de contextes normatifs et en imputant à des réglementations étrangères un objectif de lutte contre les biais et les stéréotypes ethno-raciaux qui peut ne pas être leur justification élémentaire. Cette confusion entre la lutte contre les contrôles au faciès et la question plus générale de l'amélioration des relations entre les forces publiques de sécurité et les citoyens est caractéristique du rapport précité du Défenseur des droits (*Rapport relatif aux relations police/citoyens et aux contrôles d'identité*, 2013).

[28] « Le "contrôle au faciès" (ou profilage racial) », écrivent-ils, « est défini comme l'emploi des généralisations fondées sur l'ethnie, la race, la religion ou l'origine nationale – plutôt que sur des preuves objectives ou le comportement individuel – pour fonder la décision de contrôler l'identité d'une personne ou d'engager des poursuites. Cette définition englobe les situations où ces facteurs sont d'importants déterminants pour prendre des décisions policières. Bien que le profilage racial puisse être encouragé par les politiques policières explicitement discriminatoires, il peut également résulter de décisions prises individuellement par des fonctionnaires de police, fruits de stéréotypes partagés concernant ce qui doit être considéré comme suspect ou la propension à la délinquance de telle ou telle minorité. Le profilage racial persiste précisément parce qu'il est le résultat d'une utilisation inhabituelle, et souvent inconsciente, de stéréotypes négatifs largement acceptés dans la prise de décision sur qui semble suspect ou qui est plus enclin à commettre certains types d'infractions. Il peut aussi trouver son origine dans des politiques visant certains types d'infractions pénales et/ou certaines zones géographiques, sans prendre en compte l'effet disproportionné de ces politiques sur des minorités particulières. Les décisions politiques de ce genre reflètent souvent des préoccupations publiques et plus générales » (p. 19).

agents publics de sécurité entre l'*adhésion* (autrement dit le fait pour un agent de ne pas être aveugle à la différence et même d'être raciste) et la *connaissance* des stéréotypes ethno-raciaux (autrement dit le fait de savoir ce que sont les perceptions sociales attachées à certains groupes), alors que cette connaissance est analysée par certains comme étant plus pertinente que l'adhésion dans l'évaluation de la dimension performative des stéréotypes[29]. Enfin, la perspective sociologique caractéristique du travail de Fabien Jobard et René Lévy ne rend pas compte de l'importance du facteur tenant à l'existence pour l'agent public de sécurité d'une « situation extrêmement stressante d'un point de vue émotionnel »[30] ni des « problèmes quasiment ontologiques que soulèvent les stéréotypes ethniques », soit le fait que « ceux-ci peuvent contenir un noyau de vérité, sans pour autant être légitimes »[31].

B. Technologies de sécurité et droit à la vie privée

C'est un vaste sujet que celui des usages (publics ou privés) des technologies de sécurité, qu'il s'agisse de technologies d'identification ou de technologies de surveillance[32]. On voudra seulement passer en revue un certain nombre de questions brûlantes qui se posent aux pouvoirs publics.

Pour certaines de ces questions, l'enjeu est de savoir s'il ne faut pas préciser la loi. C'est le cas en matière d'interceptions de sécurité, pour lesquelles les pouvoirs publics s'interrogent sur l'opportunité d'une redéfinition des quotas d'interceptions simultanées, ce compte tenu de l'explosion des lignes de téléphone et des adresses de messagerie électronique[33]. C'est encore le cas en matière de réquisitions des données techniques de connexion avec le partage de leur cadre juridique (avec les problèmes d'interprétation et d'application subséquents) entre

[29] Sur cette question, voir notamment Klein O. et Pohl S., *Psychologie des stéréotypes et des préjugés*, Labor, 2007. Ce paramètre a une double importance : il suggère en premier lieu que les décisions des agents publics de sécurité appartenant aux « minorités » ne sont pas moins empreintes de biais ethno-raciaux mais pas simplement, comme le soutiennent certains sociologues, par un mimétisme avec leurs collègues n'appartenant pas aux minorités ou par un besoin de reconnaissance par l'Institution qui les feraient s'approprier un « racisme structurel » ou un « racisme institutionnel » ; d'autre part, ce paramètre suggère que la question des « contrôles au faciès », et plus généralement des biais ethno-raciaux, des institutions policières est liée à la prégnance de ces biais dans le corps social lui-même.

[30] L'on pourrait d'ailleurs gagner à savoir lesquels des contrôles d'identité – entre ceux au titre de la police administrative et ceux au titre de la police judiciaire (qui sont de plusieurs sortes) – sont un terreau plus favorable à la dimension performative des biais et des stéréotypes raciaux. Les promoteurs du récépissé de contrôle d'identité n'en disent rien tout en proposant de modifier l'article 78.2 du Code de procédure pénale afin de substituer à son premier alinéa les mots « raisons objectives et individualisées de soupçonner » aux mots « raisons plausibles de soupçonner ». On n'est pas loin ici d'une vision magique du lexique et de la rhétorique juridiques puisque l'idée dont procède cette proposition de droit n'a pas cessé d'être répétée par le Conseil constitutionnel depuis 1986.

[31] Klein O., « Les stéréotypes sociaux. Le cas des bavures policières », *Sciences humaines*, avril 2007, p. 27.

[32] Voir sur cette question : Marcel F., *Les technologies de sécurité au regard de la dialectique Sécurité/liberté*, thèse, Université Paris Descartes, 2010 ; Marcel F., « Les technologies de sécurité dans le code de sécurité intérieure », *in* Mbongo P. et Latour X. (dir.), *Sécurité, libertés et légistique. Autour du Code de la sécurité intérieure*, L'Harmattan, 2012, p. 109-135.

[33] Même si depuis 2009 ce ne sont plus des lignes de téléphone qui substantialisent ces quotas mais des personnes, ils ne sont pas moins jugés faibles par les forces publiques de sécurité. Or la faiblesse même de ces quotas était réputée protéger les libertés (v. Jean-Jacques Urvoas et Patrice Verchère, Rapport d'information déposé en conclusion des travaux d'une mission d'information sur l'évaluation du cadre juridique applicable aux services de renseignement, Assemblée nationale, 14 mai 2013).

l'article L 34-1-1 du code des postes et des communications électroniques s'agissant de la lutte contre le terrorisme et l'article L 244-2 du code de la sécurité intérieure s'agissant des autres activités des forces publiques de sécurité[34].

Pour certaines autres questions, l'enjeu est de savoir s'il convient de donner une base légale à certaines tentations des forces publiques de sécurité. Tel est le cas avec les « fichiers de police »[35], et plus précisément la question de l'opportunité d'un élargissement des personnels ayant la faculté d'y accéder (en l'occurrence l'admission d'un droit d'accès direct de la Direction centrale du Renseignement intérieur [DCRI] au traitement des antécédents judiciaires [TAJ] et aux bases de données du renseignement policier de proximité[36]) et d'un croisement des fichiers policiers et financiers[37].

L'inscription de la géolocalisation en temps réel sur l'agenda législatif a également été proposée par le rapport Urvoas-Verchère[38], considération faite de ce que l'article L. 244-2 du code de la sécurité intérieure ne saurait être analysé comme en étant la base légale. En effet, cet article permet aux autorités administratives et judiciaires chargées de réaliser et d'exploiter des interceptions de communications de se voir communiquer par les prestataires de services de télécommunication les informations ou documents qui leur sont nécessaires pour leurs activités d'interception. Cette disposition permet ainsi aux forces publiques de sécurité de connaître *a posteriori* de données géographiques des personnes concernées. Or la géolocalisation en temps réel ressort d'autant moins de l'article L. 244-2 du code de la sécurité intérieure qu'elle est « techniquement distincte de la communication des données géographiques »[39] et qu'elle ne s'applique pas seulement aux communications (portables, internet) mais aussi aux véhicules. Le Parlement a tenu compte de cet enjeu à travers la loi de programmation militaire adoptée définitivement le 10 décembre 2013. L'article 20 de ce texte intitule nouvellement le titre IV du livre II du code de la sécurité intérieure « Interceptions de sécurité et accès aux données de connexion » et y ajoute un chapitre VI relatif à l'accès administratif aux données de connexion.

La question n'est pas moins posée aux pouvoirs publics de savoir s'il faut légaliser l'usage du *IMSI catcher*, soit « le procédé qui consiste à placer une fausse antenne relais à proximité de la personne dont on souhaite intercepter les échanges téléphoniques portables. Cette antenne capte les données transmises entre le

---

[34] Cette juxtaposition de bases légales n'autorise pas seulement des ingérences abusives des forces publiques de sécurité dans le droit à la vie privée des personnes. C'est elle qui pour une part a rendu possibles des ingérences policières discutables dans le travail des journalistes. Sur la part des « trous » de la loi du 10 juillet 1991 dans les violations du secret des sources des journalistes, on se permet de renvoyer à notre ouvrage *La liberté d'expression en France. Questions nouvelles et nouveaux débats*, 2012, sp. p 100.

[35] Sur les problèmes qu'ils posent depuis de nombreuses années, voir notre étude « Une pièce-maîtresse de la police administrative : les enquêtes administratives de la police et de la gendarmerie », *in* Mbongo P. et Latour X. (dir.), *Sécurité, libertés et légistique. Autour du Code de la sécurité intérieure*, L'Harmattan, 2012, p. 83-107. Voir également Koubi G., « Les fichiers de police au service de la sécurité intérieure », *in* Debove F. et Renaudie O. (dir.), *Sécurité intérieure. Les nouveaux défis*, Vuibert, 2013, p. 237-249.

[36] Le fichier PASP (Prévention des atteintes à la sécurité publique) pour la police nationale et le fichier BDSP (Base de données de sécurité publique) pour la gendarmerie nationale.

[37] Rapport d'information précité, p. 50.

[38] Jean-Jacques Urvoas et Patrice Verchère, Rapport d'information précité.

[39] *Ibid.*, p. 48.

téléphone portable et la véritable antenne relais »[40]. Si le rapport Urvoas-Verchère fait valoir que ce procédé[41] aurait pour les forces publiques de sécurité l'avantage de leur permettre de conjurer les stratégies développées par les individus afin d'éviter des interceptions de sécurité grâce notamment aux changements répétés de numéros de téléphone, il ne convient pas moins de ce qu'il constitue une menace pour les libertés fondamentales « parce qu'il conduit à capter les conversations téléphoniques de l'ensemble des personnes se trouvant à proximité de l'antenne relais factice, alors même que celles-ci peuvent n'avoir qu'un lien fortuit et purement géographique avec l'individu effectivement surveillé. Il porte donc une atteinte plus conséquente aux droits fondamentaux, en particulier au droit à la vie privée puisqu'il cible plus difficilement les communications à intercepter »[42]. Le rapport Urvoas-Verchère n'en propose pas moins l'admission légale sous certaines conditions : l'usage du procédé n'aurait qu'un « caractère très exceptionnel » et il « (n'interviendrait) qu'en dernier ressort, lorsque tous les autres moyens spéciaux d'investigation auraient échoué ». Des « garde-fous supplémentaires seront nécessaires », ajoutait néanmoins le rapport, « afin d'éviter la censure constitutionnelle »[43].

Les utilisations policières de la vidéoprotection mobile, spécialement de drones[44] pour le maintien de l'ordre, ne demandent pas moins à disposer de bases légales. En effet, l'on ne saurait analyser les prescriptions législatives et réglementaires relatives à la vidéoprotection comme étant une base légale de la vidéoprotection mobile. De fait, telle qu'elle ressort notamment des travaux parlementaires, l'intention normative des pouvoirs publics ne s'est expressément rapportée qu'à la vidéoprotection fixe. D'autre part, la diversité des situations susceptibles d'être analysées comme participant de la vidéoprotection mobile est telle[45] que la « neutralité » rédactionnelle du titre V du Livre II du code de la sécurité intérieure[46] joue précisément en défaveur de l'interprétation de ces dispositions comme étant une habilitation légale de la vidéoprotection mobile. D'autant plus qu'il faut encore tenir compte du fait que la vidéoprotection fixe ressort du contrôle initial d'autorités administratives chargées du maintien de l'ordre (et donc accessoirement seulement de la police judiciaire et des juridictions pénales) alors que la vidéoprotection mobile pour sa part peut, à différents égards, constituer une ressource propre de la police judiciaire, des procureurs et des juges d'instruction.

[40] *Ibid.*, p. 49.

[41] Il est dit que procédé est éprouvé en toute illégalité par les entreprises privées mais le rapport n'indique pas si les données ainsi recueillies sont ou non mises « amicalement » à la disposition des forces publiques de sécurité.

[42] Urvoas J.-J. et Verchère P., Rapport d'information précité, p. 50.

[43] *Ibid.*

[44] Sur la question spécifique des drones civils, qui va au-delà d'enjeux de sécurité intérieure, voir notre note : « Drones civils et libertés fondamentales : la grande question qui vient », *Dalloz Actualité*, 10 décembre 2013 (en ligne).

[45] « La vidéoprotection mobile se trouve en "effet" embarquée sur un support mobile. Elle peut l'être sur un engin : un bus, une voiture, un avion, un hélicoptère, un drone, etc. Elle peut aussi l'être sur une personne : un policier peut porter un dispositif de type "œil" à sa boutonnière ou, plus simplement, filmer avec un caméscope, par exemple à l'occasion d'une manifestation de voie publique. (...) Un système de vidéoprotection mobile peut encore être embarqué sur une arme : tel est le cas des caméras "Tasercam" » (Renaudie O., « La vidéoprotection mobile à la recherche de son régime juridique », *in* Debove F. et Renaudie O. (dir.), *Sécurité intérieure. Les nouveaux défis*, Vuibert, 2013, p. 251).

[46] Cette « neutralité » a pu être analysée par Renaudie O. dans son étude précitée comme dispensant la vidéoprotection mobile d'une intervention législative spécifique, le pouvoir réglementaire ayant ainsi le loisir d'en définir les conditions de mise en œuvre.

C'est dire que si la nécessité de règles applicables à la vidéoprotection mobile est certaine, ces règles devraient plutôt recouvrir une division du travail entre des prescriptions législatives et des actes administratifs réglementaires, selon qu'il s'agit ou non d'une question qui par sa nature et/ou ses implications pour les libertés relève de la compétence primaire de la loi – sous l'éclairage de la jurisprudence idoine du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État.

C. Garde à vue et droit à l'avocat

Les rapports entre la garde à vue policière française et les principes du libéralisme institutionnel et de l'État de droit sont loin d'être modèles. Il faut songer qu'avant la loi du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, les garanties offertes à la personne gardée à vue se réduisaient principalement à deux prescriptions légales : l'obligation faite à l'officier de police judiciaire de rédiger un procès-verbal d'audition comportant un certain nombre d'informations fixées par le code de procédure pénale (motifs, jour et heure du début et de la fin, durée du repos ayant séparé les interrogatoires, demandes faites par la personne gardée à vue de prévenir un tiers de sa situation, de faire venir un médecin ou de communiquer avec un avocat) ; le droit de la personne gardée à vue à un examen médical sur décision du procureur de la République ou de droit lorsque la demande en était faite par l'intéressé... après vingt-quatre heures de garde à vue. Encore ces garanties étaient-elles assez formelles puisque leur méconnaissance n'était pas sanctionnée par une nullité procédurale. Au demeurant, le placement en garde à vue de simples témoins dans le cadre d'une enquête de flagrance était réputé contraire à l'arrêt *Fox Campbell et Hardley* (30 août 1990) de la Cour européenne des droits de l'Homme : un officier de police judiciaire, au motif pris simplement des « nécessités de l'enquête », pouvait en effet décider d'une privation de liberté pour des « personnes auxquelles une interdiction avait été faite de s'éloigner du lieu de l'infraction » ainsi que pour des « personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits ou sur les objets et documents saisis ».

À travers ses nombreuses dispositions, la loi du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale a donc été la primo-tentative d'inscription globale de la garde à vue policière français dans le libéralisme promu par la Cour européenne des droits de l'Homme. Ce n'est cependant que vingt ans plus tard que ses renoncements et ses hésitations sur le droit à l'avocat des personnes gardées à vue ont significativement été réparées par la Cour de cassation dans ses arrêts rendus en assemblée plénière le 15 avril 2011[47] au visa de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (droit à l'assistance effective d'un avocat) et à la lumière des arrêts *Salduz c. Turquie* (27 novembre 2008) et *Dayanan c. Turquie* (13 octobre 2009) : « pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales soit effectif et concret », a jugé la Cour de cassation, « il faut, en règle générale, que la personne placée en garde à vue puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure et pendant ses interrogatoires ».

[47] Cour de cassation, Ass. plén. 15 avril 2011, pourvoi n° D 10-30.242 – Cour de cassation, Ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° F 10-30.313 – Cour de cassation, Ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° J 10-30.316 – Cour de cassation, Ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° P 10-17.049

Le libéralisme de la Cour de cassation fut d'autant plus remarquable que statuant par ailleurs sur la question de l'effet immédiat ou différé de sa décision constatant la non-conformité de la législation française aux exigences issues de la Convention européenne, la Cour a décidé d'une application immédiate du droit à l'avocat dès le début de la garde à vue. En faisant valoir à ce dernier propos que « les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation », la Cour de cassation ne pouvait mieux dire que le législateur avait trop tardé à jouer en cette matière son rôle de protecteur primaire des libertés fondamentales et que... le Conseil constitutionnel avait trop tarder à l'y contraindre. La Cour de cassation a en effet statué en connaissance de ce que la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue n'entrerait en vigueur qu'au 1er juin 2011. Cette loi entendait précisément tirer les conséquences de plusieurs décisions émanant du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation elle-même :

- la décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010 (*M. Daniel W. et autres*) par laquelle le Conseil constitutionnel a jugé que les articles 62, 63, 63-1, 63-4, alinéas 1er à 6, et 77 du code de procédure pénale « (n'instituaient) pas les garanties appropriées à l'utilisation qui est faite de la garde à vue compte tenu des évolutions précédemment rappelées », qu'ainsi, « la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ne peut plus être regardée comme équilibrée », que, par suite, ces dispositions méconnaissent les articles 9 et 16 de la Déclaration de 1789 et doivent être déclarées contraires à la Constitution[48]. À charge pour le législateur de remédier à cette inconstitutionnalité au plus tard le 1er juillet 2011[49] ;

[48] D'une certaine manière, le Conseil constitutionnel a fait ainsi amende honorable puisque devant justifier son réexamen des dispositions législatives contestées, il s'est appuyé sur l'idée 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 », des évolutions qui « ont contribué à banaliser le recours à la garde à vue, y compris pour des infractions mineures », qui « 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 », qui font que « plus de 790 000 mesures de garde à vue ont été décidées en 2009 » (extraits des considérants 14 à 18).

[49] Le législateur a eu l'idée, à travers l'article 16 de la loi précitée du 14 avril 2011, d'introduire dans le code de procédure pénale un article 706-88-2 qui permettait au juge des libertés et de la détention ou au juge d'instruction de décider que la personne gardée à vue dans une enquête anti-terroriste soit assistée par un avocat désigné par le bâtonnier de l'ordre des avocats sur une liste d'avocats habilités établie par le bureau du Conseil national des barreaux sur propositions des conseils de l'ordre de chaque barreau. Or en déclarant cet article contraire à la Constitution dans sa décision n° 2011-223 QPC du 17 février 2012 (*Ordre des avocats au Barreau de Bastia*), ce n'est pas le principe même d'une imposition au gardé à vue d'un avocat qui a été contesté par le Conseil constitutionnel mais une « incompétence négative du législateur », lequel aurait dû « encadrer le pouvoir donné au juge de priver la personne gardée à vue du libre choix de son avocat » en précisant notamment une obligation de motiver la décision et en définissant « les circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction et les raisons permettant d'imposer une telle restriction aux droits de la défense ».

- les trois décisions du 19 octobre 2010 par lesquelles la chambre criminelle réunie en formation plénière avait décidé que les règles en vigueur en matière de garde à vue étaient contraires à la Convention européenne des droits de l'Homme[50].

L'énième libéralisation de la garde à vue sous l'angle du droit à l'avocat pourrait elle aussi procéder d'une contrainte extérieure, celle-ci venant pour le coup de l'Union européenne et de la directive du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales[51] dont l'article 7.1 pose le principe selon lequel « lorsqu'une personne est arrêtée et détenue à n'importe quel stade de la procédure pénale, les États membres veillent à ce que les documents relatifs à l'affaire en question détenus par les autorités compétentes qui sont essentiels pour contester de manière effective conformément au droit national la légalité de l'arrestation ou de la détention soient mis à la disposition de la personne arrêtée ou de son avocat »[52].

[50] Arrêts de la chambre criminelle n° 5699 du 19 octobre 2010 (10-82.902), n° 5700 du 19 octobre 2010 (10-82.306), n° 5701 du 19 octobre 2010 (10-82.051).

[51] Directive 2012/13/UE. À première vue, la directive du Parlement européen et du Conseil adoptée par le Conseil le 7 octobre 2013 n'offre pour sa part pas de garanties substantielles en matière de droit à l'avocat qui ne soient déjà consacrées par le droit interne ou par la Cour européenne des droits de l'homme. Cette directive prévoit des règles minimales relatives au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit, pour les personnes privées de liberté, de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires. Le dernier point – la communication avec les autorités consulaires – pourrait cependant demander des évolutions ou des précisions législatives en France. Si cette directive a pu être contestée par les avocats, c'est parce qu'il était envisagé de relativiser la confidentialité des communications entre la personne gardée à vue et son avocat en l'écartant s'il existait « une nécessité urgente de prévenir une infraction grave » ou « des raisons suffisantes de croire que l'avocat concerné est impliqué dans une infraction pénale avec la personne soupçonnée ou poursuivie ». Dans sa rédaction finale, la directive prévoit en son article 4 que « Les États membres respectent la confidentialité des communications entre les suspects ou les personnes poursuivies et leur avocat dans l'exercice du droit d'accès à un avocat prévu par la présente directive. Ces communications comprennent les rencontres, la correspondance, les conversations téléphoniques et toute autre forme de communication autorisée par le droit national ». Somme toute, le renvoi au « droit national » semble préserver les limites admises en droit français au principe de confidentialité.

[52] Les États sont tenus de transposer la directive au plus tard le 2 juin 2014.