



HAL
open science

Les contrôles d'identité au faciès : prouver la discrimination en justice

Robin Medard Inghilterra, Isabelle Rorive

► **To cite this version:**

Robin Medard Inghilterra, Isabelle Rorive. Les contrôles d'identité au faciès : prouver la discrimination en justice. *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2024, 137, pp.33-70. hal-04324430

HAL Id: hal-04324430

<https://hal.science/hal-04324430v1>

Submitted on 23 Feb 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LES CONTRÔLES D'IDENTITÉ AU FACIÈS : PROUVER LA DISCRIMINATION EN JUSTICE

par

Robin Medard Inghilterra

Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

&

Isabelle Rorive

Professeure à l'Université libre de Bruxelles¹

RÉSUMÉ

Les dérives discriminatoires des contrôles d'identité effectués par les agents de l'État au nom du maintien de l'ordre, de la sécurité publique ou de la lutte contre l'immigration irrégulière sont aujourd'hui bien documentées. Face aux nombreuses insuffisances des réponses juridiques qui y sont apportées, les contentieux stratégiques se développent. Les enjeux de la preuve du caractère discriminatoire de ces contrôles sont au cœur de ces actions en justice. L'actualité jurisprudentielle riche qu'elles esquissent fournit la matière à une analyse, à la lumière du droit international et européen des droits humains, de la justiciabilité des pratiques policières des contrôles d'identité effectués dans le cadre d'opérations routinières.

ABSTRACT

The discriminatory drifts of identity checks carried out by public officials in the name of maintaining law and order, protecting public safety or combating illegal immigration are now well documented. The legal responses to these violations are often inadequate, and strategic litigation is on the increase. At the heart of these legal actions is the issue of proving the discriminatory nature of these controls. The wealth of case law that they outline provides the basis for an analysis, in the light of international and European human rights law, of the justiciability of police identity checks carried out as part of routine operations.

¹ Cette contribution s'appuie sur des recherches précédemment menées sous l'égide des projets « Promotion de la citoyenneté et de l'interculturalité » et « Catégorisations multiples de migrants : pratiques et cadres intersectionnels », financés par la Fédération Wallonie-Bruxelles. Nous sommes particulièrement reconnaissants à Emmanuelle Bribosia, Elsa Fondimare, Stéphanie Hennette-Vauchez et Julie Ringelheim pour leur relecture attentive et leurs précieux commentaires.

INTRODUCTION

En Europe comme en Amérique du Nord, la présence et les effets de biais racistes au sein des forces de l'ordre sont débattus depuis longtemps². Ancrés dans des réalités particulières de part et d'autre de l'Atlantique, ces enjeux ont gagné en visibilité avec la naissance du mouvement Black Lives Matter en 2013, qui a été au cœur du soulèvement transnational en faveur de la justice raciale consécutif au meurtre de George Floyd, le 25 mai 2020, à Minneapolis. Tout en faisant écho à de multiples cas préexistants de violences policières à connotation raciste, le traitement judiciaire de cette affaire a rappelé combien l'encadrement des pouvoirs et des pratiques des forces de l'ordre demeure central à tout État de droit.

Les contrôles d'identité au faciès frappent moins l'opinion publique. Qu'ils soient accompagnés ou non d'un usage disproportionné de la force³, ils peuvent pourtant être appréhendés comme une forme de violence, de stigmatisation et d'humiliation de groupes minoritaires⁴. En dépit de rhétoriques promptes à l'euphémisme, où les « dérapages » le disputent aux « bavures », c'est bien parce qu'il ne s'agit pas d'une pratique anodine qu'elle est l'objet d'attentions accrues en Amérique du Nord depuis les années 90⁵ et, plus récemment, en Europe⁶.

Pour en donner d'emblée une définition, nous visons ici des *contrôles effectués par des personnes en situation d'autorité, pour des motifs allégués de sécurité publique, de maintien de l'ordre, de lutte contre l'immigration irrégulière ou contre la criminalité, sans que ces motifs ne soient corroborés par des éléments objectifs factuels ou des soupçons raisonnables, envers des personnes ciblées, consciemment ou non, en raison de facteurs d'appartenance, réels ou supposés, liés notamment à l'origine raciale ou ethnique*. Sont dès lors exclues du champ visé les opérations fondées sur des signalements, caractéristiques et indices précis, concordants avec les traits ou comportements de la personne contrôlée. Les contrôles envisagés, qui prennent le plus souvent la forme de contrôles d'identité, sont encadrés par des modes opératoires, plus ou moins formalisés juridiquement, qui laissent

² Voy., parmi bien d'autres, K. G. Muhammad, *The Condemnation of Blackness. Race, Crime and the Making of Modern Urban America*, Harvard, Harvard University Press, 2010 (nouv. éd. en 2019).

³ Pour une illustration, voy. Trib. judiciaire de Paris, 28 octobre 2020, n° RG 19/08420, au sujet de contrôles d'identité ayant abouti à la condamnation de l'État français pour faute lourde en raison de multiples coups au visage, dans les côtes et sur le corps dont des étranglements et des gifles. Dans la même affaire, voy. Trib. correctionnel de Paris, 4 avril 2018, n° 15351000783.

⁴ Pour la France, voy. notamment D. Fassin, *La force de l'ordre. Une anthropologie de la police des quartiers*, Paris, Seuil, 2011, chap. 2 ; E. Blanchard, « Contrôle au faciès : une cérémonie de dégradation », *Plein Droit*, 2014, n° 103, p. 11-15 ; Human Rights Watch (HRW), *Ils nous parlent comme à des chiens'. Contrôles de police abusifs en France*, 2020, 50 p.

⁵ D.A. Harris, « Looking Back, Looking Forward: To Reduce and Resolve Racial Profiling, Constrain Police Discretion », *Legal Studies Research Paper Series*, Working Paper No. 2023-23, University of Pittsburgh School of Law, mai 2023.

⁶ Voy. notamment l'enquête de l'Agence européenne des droits fondamentaux (ci-après FRA), *Your rights matter : Police stops*, Union européenne, 2021, ainsi que le *Guide pour la prévention du profilage illicite aujourd'hui et demain*, publié par cette agence en 2018.

une place – commode ou nécessaire selon les appréciations portées – à l'intuition et au savoir-faire des forces de l'ordre. Cette latitude laisse une certaine discrétion. L'atteinte aux droits surgit quand ce pouvoir discrétionnaire se mue en un pouvoir arbitraire, nourri de préjugés, conscients ou inconscients, liés à des visions stéréotypées de certains groupes minoritaires. De nombreuses instances n'ont cessé de dénoncer, études scientifiques à l'appui, les dérives de pratiques policières qui affectent de façon disproportionnée et injustifiée, des catégories spécifiques de la population⁷.

En octobre 2022, ces contrôles d'identité au faciès ont été au cœur de deux affaires tranchées par la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière était, pour la première fois, appelée à se prononcer sur le caractère discriminatoire de contrôles d'identité effectués dans le cadre d'opérations de routine⁸. L'un fut mené dans une rue de Barcelone (ci-après arrêt *Muhammad*)⁹, et l'autre se déroula dans un train qui venait de franchir la frontière allemande en provenance de la République tchèque (ci-après arrêt *Basu*)¹⁰. Les premiers commentaires académiques critiquent l'argumentation suivie par la Cour dans ces deux arrêts¹¹. Cette dernière ne semble avoir pleinement saisi ni la nature des préjugés conduisant à des contrôles d'identité au faciès ni la nécessité d'un cadre juridique adéquat à l'évitement d'une pratique policière discriminatoire. Les obstacles probatoires auxquels font face les victimes de ces contrôles sont par ailleurs occultés, non sans soulever d'importantes difficultés. L'approche « en retrait » de la Cour tranche, enfin, avec sa position de principe adoptée dans l'arrêt *Timichev c. Russie* de 2005 et reprise dans sa jurisprudence ultérieure¹².

⁷ Voy. *infra* les références citées en notes 38 à 49.

⁸ Les affaires de profilage racial dans lesquelles la Cour s'était précédemment prononcée ne concernaient pas des contrôles d'identité à proprement parler « routiniers » : l'arrêt *Timichev c. Russie* (13 décembre 2005, req. nos 55762/00 et 55974/00) visait un contrôle aux frontières intérieures entre deux républiques appartenant à la Fédération de Russie et, plus spécifiquement, l'interdiction de passage opposée aux personnes d'origine tchétchène ; l'arrêt *B.S. c. Espagne* (24 juillet 2012, req. n° 47159/08) était relatif à des faits de harcèlement et de violences commis par des policiers à l'encontre d'une femme d'origine nigériane exerçant la prostitution à Majorque ; l'arrêt *Lingurar c. Roumanie* (16 avril 2019, req. n° 48474/14) concernait un raid policier visant un village Rom. Dans ces trois cas, une violation de l'article 14 de la Convention (combiné à l'article 2 du Protocole n° 4 relatif à la liberté de circulation dans l'arrêt *Timichev* et à l'article 3 de la Convention dans les arrêts *B.S.* et *Lingurar*) a été constatée par la Cour. Pour des affaires de contrôle d'identité sans dimension discriminatoire, voy. la décision d'irrecevabilité de la Com. eur. dr. h., *Reyntjens c. Belgique*, 9 septembre 1992, req. n° 16810/90 et l'arrêt de la Cour eur. dr. h., *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*, 12 janvier 2010, req. n° 4158/05 (violation de l'article 8 de la Convention).

⁹ Cour eur. dr. h., *Muhammad c. Espagne*, 18 octobre 2022, req. n° 34085/17.

¹⁰ Cour eur. dr. h., *Basu c. Allemagne*, 18 octobre 2022, req. n° 215/19.

¹¹ Voy. les excellents billets de blog de M. Möschel, « Basu v. Germany and Muhammad v. Spain : Room for improvement in the Court's first judgments on racial profiling », *Strasbourg Observers*, 8 novembre 2022 et de J. Ringelheim, « Basu v. Germany and Muhammad v. Spain: Why the first European Court of Human Rights' judgments on racial profiling in identity checks are disappointing », *EJIL :Talk!* (Blog of the European Journal of International Law), 7 février 2023. Voy. aussi B. Streicher, « Tackling racial profiling: Reflections on recent case law of the European Court of Human Rights », *Strasbourg Observers*, 16 décembre 2022.

¹² Voy. notamment Cour eur. dr. h., Gde Ch., *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007, req. n° 57325/00, § 176 ; Cour eur. dr. h., *Horvath and Kiss c. Hongrie*, 29 janvier 2013, req. n° 11146/11, § 101.

Elle y souligne que « la discrimination raciale est une forme de discrimination particulièrement odieuse » qui, « compte tenu de ses conséquences dangereuses », « exige une *vigilance spéciale* et une réaction vigoureuse de la part des autorités »¹³.

Cette retenue de la Cour européenne est d'autant plus regrettable que c'est bien sur sa jurisprudence que se sont appuyées des juridictions nationales saisies dans le cadre de contentieux stratégiques, lesquels se multiplient en Europe pour dénoncer des pratiques policières similaires. Ainsi, en septembre 2022, un mois avant les arrêts *Basu* et *Muhammad*, la Cour administrative suprême de Finlande a condamné les services de police en raison de l'interpellation à Helsinki de deux femmes noires qui avaient été ciblées, puis contrôlées, parce qu'elles parlaient à un homme blanc¹⁴. En février 2023, c'est la Cour d'appel de La Haye qui condamnait la maréchaussée royale des Pays-Bas habilitée à intervenir aux frontières pour lutter contre l'immigration dans le cadre de sa mission de « surveillance mobile de la sécurité »¹⁵. La juridiction hollandaise s'est, à cet égard, appuyée sur la jurisprudence de la Cour européenne qui exige un test particulièrement strict de proportionnalité en cas de différence de traitement fondée sur la race et l'origine ethnique¹⁶.

Les motivations des arrêts *Basu* et *Muhammad*, ou plus précisément leurs limites, laissent d'autant plus perplexes lorsqu'elles sont comparées aux motifs de l'arrêt *Luamba* rendu, au même moment, par la Cour supérieure du Québec¹⁷. Au terme d'un raisonnement particulièrement étayé et rigoureux de 170 pages, le juge Yergeau s'est écarté d'un précédent de la Cour suprême du Canada ayant fait autorité pendant une trentaine d'années et qui justifiait, au nom d'impératifs de sécurité routière, les interceptions aléatoires de conducteurs pratiqués par la police¹⁸. D'emblée, la Cour supérieure du Québec pose sans faux-fuyant l'arrière-plan social dans lequel s'inscrit la pratique policière qu'elle envisage : « ce phénomène est aujourd'hui connu, documenté et nommé pour ce qu'il est : le profilage racial. Vécu comme un stigmate par les collectivités noires, il marque à la fois le cœur et l'esprit de leurs membres qui perçoivent très tôt dans la vie que la loi ne s'applique pas à eux comme aux autres et que la liberté n'est pas garantie de la même façon »¹⁹.

¹³ *Timichev* précité, § 56 (nous soulignons). Voy. déjà une formulation similaire à propos de la violence raciale dans l'arrêt rendu quelques mois auparavant en Grande Chambre, *Natchova et autres c. Bulgarie*, 6 juillet 2005, req. nos 43577/98 et 43579/98, § 145.

¹⁴ Cour administrative suprême (Korkeimman hallinto-oikeuden), *Helsingin poliisilaitoksen*, 8 septembre 2022, ECLI:FI:KHO:2022:106.

¹⁵ Cour d'appel de La Haye (Gerechtshof Den Haag), *Koninklijke Marechaussee*, 14 février 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:173, réformant la décision du Tribunal de La Haye, 22 septembre 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283 (version en anglais accessible sur www.uitspraken.nl).

¹⁶ Elle se fonde sur les arrêts *Natchova* et *Timichev* (précités), mais également sur l'arrêt *Sedjic & Finci c. Bosnie Herzégovine* (22 décembre 2009, req. nos 7996/06 et 34836/06), l'arrêt de Grande Chambre *Biao c. Danemark*, 24 mai 2006, req. n° 38590/10, ainsi que l'arrêt *Bakirdzi et E.C. c. Hongrie*, 10 novembre 2022, req. nos 49636/14 en 65678/14.

¹⁷ *Luamba c. Procureur général du Québec* (2022) QCCS 3866.

¹⁸ *R c. Ladouceur*, [1990] 1 RCS 1257.

¹⁹ *Luamba* précité, § 7.

Contrairement à la Cour européenne, la juridiction québécoise choisit de s'appuyer sur des éléments de preuve contextuels et sur des études scientifiques en prenant au sérieux la dimension systémique de la pratique du profilage racial. Cette démarche peut être rapprochée de celle retenue par la Cour interaméricaine dans son arrêt *Acosta Martínez y otros* en 2020. L'Argentine y fut condamnée pour sa responsabilité dans le décès d'un activiste antiraciste, arrêté pour s'être interposé lors de l'interpellation injustifiée de deux hommes noirs sur la voie publique, puis battu à mort dans un commissariat²⁰.

La justice française a également eu à connaître d'affaires similaires. Saisie de treize contrôles d'identité dans le cadre d'un contentieux stratégique, la Cour de cassation a considéré, en novembre 2016, que trois d'entre eux étaient discriminatoires et susceptibles d'engager la responsabilité de l'État – non des agents – pour faute lourde²¹. Depuis, la Cour d'appel de Paris est arrivée à la même conclusion dans une affaire impliquant des lycéens²². Deux autres contrôles, soumis à la Cour de cassation en 2016, furent renvoyés devant une cour d'appel²³. Six autres, dont la nature discriminatoire n'avait pas été reconnue, ont donné lieu à des affaires aujourd'hui pendantes devant la Cour EDH²⁴. Quant au Conseil d'État français, il est saisi en parallèle d'une action de groupe, lancée par six associations afin de faire constater une éventuelle faute des autorités nationales, constituée par l'adoption d'un cadre législatif et réglementaire inadéquat pour éviter les contrôles d'identité discriminatoires²⁵.

Ces diverses décisions esquissent une actualité jurisprudentielle riche, qui fournit la matière à une analyse de la justiciabilité des pratiques policières des contrôles d'identité effectués dans le cadre d'opérations routinières. Elles posent des questions spécifiques comme la nécessité d'un pouvoir discrétionnaire à des fins opérationnelles, l'absence de traçabilité des contrôles, ainsi que les difficultés de la preuve de leur réalité, et *a fortiori* de leurs mobiles. C'est précisément aux enjeux de la preuve du caractère discriminatoire de ces contrôles, dont l'importance est centrale en pratique, qu'est consacrée la présente contribution. Après avoir exposé la pertinence d'une appréhension des contrôles d'identité au faciès par la qualification juridique de discrimination (1.), nous insisterons sur les standards de preuve qui doivent s'y appliquer à la lumière du droit international et européen des droits humains (2.).

²⁰ Cour IADH, *Acosta Martínez y otros. c. Argentina*, 31 août 2020, Series C, no. 410.

²¹ Voy. Cass. civ., 9 novembre 2016, *Elizé N.*, n° 15-25.877, *M. A.*, n° 15-25.873, *Régis A.*, n° 15-25.876.

²² CA de Paris, 8 juin 2021, nos RG 19/00872 et RG 19/00865.

²³ Voy. Cass. civ., 9 novembre 2016, nos 15-25.875 et 15-25.872.

²⁴ *Mounir Seydi et autres c. France*, req. n° 35844/17 introduite le 9 mai 2017 et communiquée le 6 octobre 2021.

²⁵ Voy. R. Medard Inghilterra, « Les contrôles au faciès et la diplomatie de l'action de groupe », *Revue des droits de l'homme*, 2021, n° 19.

1. LES CONTRÔLES AU FACIÈS SOUS L'ANGLE DE LA DISCRIMINATION

Hormis en France, les contrôles d'identité sont le plus souvent désignés par l'expression générique de profilage racial. Le choix terminologique n'est cependant pas anodin pour cibler au mieux la pratique policière ici étudiée au regard des études scientifiques qui permettent d'en comprendre l'ampleur et les effets (1.1). Après avoir envisagé le rôle des cadres législatifs permissifs dans le développement de cette pratique policière (1.2), il s'agira de la qualifier et de se saisir de l'outil du droit de la non-discrimination (1.3).

1.1. DÉSIGNER UNE RÉALITÉ : CHOIX TERMINOLOGIQUE ET CONTEXTE STATISTIQUE

La notion de « contrôle au faciès » est surtout utilisée en France²⁶, alors que celle de « profilage racial », traduite de l'expression anglaise « racial profiling », s'est généralisée au Canada, ainsi qu'en Suisse ou en Belgique francophones. Son équivalent²⁷, la notion de profilage « ethnique », est également utilisé, notamment par la Cour européenne²⁸. Ce sont aussi les termes généralement employés à la fois par les instances internationales et européennes de protection des droits fondamentaux et par les organisations ou associations à vocation transnationale²⁹. La formule de « profilage racial » possède, certes, l'avantage d'interroger frontalement la dimension raciste de pratiques institutionnelles documentées dans de nombreux pays. Cette expression présente cependant deux inconvénients.

Les termes de « profilage *racial* » présentent, d'abord, l'inconvénient majeur de réduire la dimension discriminatoire à un unique motif. Or, les recherches en sciences sociales démontrent – et la notion même de profilage induit – qu'une multiplicité de facteurs entrent en ligne de compte. Aux côtés de la couleur de peau, des données comme le sexe, l'âge, l'apparence vestimentaire ou l'origine sociale jouent également un rôle. Les multiples études réalisées au sujet des interpellations effectuées sur la voie publique en France attestent que celles-ci concernent plus souvent des hommes, « racisés », jeunes, et au look urbain³⁰. Pour

²⁶ N. Jounin et *al.*, « Les faciès du contrôle. Contrôles d'identité, apparences et modes de vie des étudiant(e)s en Île-de-France », *Déviance et Société*, 2015/1, vol. 39, § 8.

²⁷ Sur le caractère équivalent de l'ethnie et de la race, voy. Cour eur. dr. h., *Timichev c. Russie*, précité, § 55.

²⁸ *Lingurar c. Roumanie* précité, §§ 76 et 79. Les arrêts *Muhammad* et *Basu* précités, uniquement disponibles en anglais, utilisent l'expression « racial profiling » ou « racial and ethnic profiling ».

²⁹ Voy. Amnesty International (AI), *Politiques policières de prévention du profilage ethnique en Belgique*, AI Belgique, 2018 ; Open Society Justice Initiative (OSJI), *Ethnic Profiling in the Moscow Metro*, OSI, 2006 ; *Ethnic Profiling in the European Union. Pervasive, Ineffective and Discriminatory*, OSI, 2009 ; *Reducing Ethnic Profiling in the European Union*, OSF, 2012 ; *International Standards on Ethnic Profiling : Decision and Comments from the UN System*, OSF, 2016.

³⁰ N. Jounin et *al.*, *op. cit.* ; F. Jobard, R. Lévy, J. Lamberth et S. Névanen, « Mesurer les discriminations selon l'apparence : une analyse des contrôles d'identité à Paris », *Population*, vol. 67, 2012/3, pp. 423-451 ; I. Goris,

les contrôles de sécurité routière, les études conduites outre-Atlantique révèlent que les hommes appartenant à des minorités visibles sont plus systématiquement sommés de s'arrêter, et ceci est d'autant plus manifeste lorsqu'ils conduisent une voiture de luxe ou un véhicule immatriculé dans un autre État ou une autre Province³¹.

L'expression de « *profilage* racial » possède, ensuite, pour inconvénient d'alimenter une confusion avec le profilage criminel qui, historiquement, vise à identifier les auteurs d'infractions qui ont été commises, et non à assurer la sécurité routière ou le maintien préventif de l'ordre public. Développée dans les années 1970 aux États-Unis et rendue célèbre comme technique d'identification notamment de tueurs en série³², cette méthode d'investigation est fondée sur une analyse comportementale permettant de déterminer le profil d'un individu *après* la commission des faits. Il s'agit d'élaborer un portrait physique et psychologique sur la base d'une série d'éléments tirés des scènes de crime, mais également du type d'infractions, de la manière dont elles ont été commises et de leurs liens avec d'autres infractions similaires connues des autorités. Un glissement sémantique³³ s'est opéré quand, dans les années 1980, les autorités étatsuniennes ont décidé de développer cette méthode d'investigation de manière *prédictive* dans le cadre de la lutte contre la criminalité narcotique³⁴. Une même approche du profilage comme technique de dévoilement prédictif d'activités criminelles a été utilisée massivement dans la lutte contre le terrorisme depuis le tournant des années 2000³⁵. Cet usage générique du profilage a connu d'importantes dérives³⁶.

Pour ces raisons, les termes de contrôles au faciès ou de contrôles d'identité discriminatoires nous apparaissent mieux indiqués. Ils permettent de qualifier plus précisément les comportements visés tout en mettant à distance ces deux écueils que nous souhaitons éviter.

F. Jobard et R. Lévy (OSJI), *Police et minorités visibles : les contrôles d'identités à Paris*, OSI, 2009 ; F. Jobard et R. Lévy, « Les contrôles d'identités à Paris », *Plein droit*, n° 82, 2009/3, pp. 11-14.

³¹ Pour le Canada, voy. les nombreuses références à des études en sciences sociales mentionnées dans l'arrêt *Luamba* précité (§§ 373-560), ainsi que, plus accessoirement, les témoignages relatés (§§ 161-372). Pour les États-Unis, voy. notamment l'étude réalisée au sein de l'Université de Standford qui compile et analyse un ensemble de données détaillant près de 100 millions de contrôles routiers effectués aux États-Unis : E. Pierson & co., « A large-scale analysis of racial disparities in police stops accross the United States », *Nature Human Behaviour*, 2020, Vol. 4, pp. 736-745.

³² Voy. notamment les séries *Mindhunter* et *Profilers*.

³³ Notons plus généralement qu'en brouillant la frontière entre opération de police judiciaire et opération de police administrative, cet usage extensif du terme de « profilage » témoigne de l'évolution des contrôles d'identité.

³⁴ Voy. l'ouvrage devenu classique de D. A. Harris, *Profiles in Injustice – Why Racial Profiling Cannot Work*, NewYork, The New Press, 2002, pp. 16-18.

³⁵ O. De Schutter et J. Ringelheim, « Ethnic Profiling: A Rising Challenge for European Rights Law », *Modern Law Review*, 2008, pp. 361-362.

³⁶ Voy. D.M. Provine, *Unequal under Law : Race in the War on Drugs*, Chicago, University of Chicago Press, 2007.

Aujourd'hui, les études qui attestent que les forces de l'ordre contrôlent beaucoup plus souvent des catégories spécifiques de la population sont légion. Ces catégories reposent sur des caractéristiques personnelles liées à la couleur de peau et à l'origine ethnique, souvent couplées à l'âge, au sexe, au quartier, et à l'apparence vestimentaire qui traduit aussi une appartenance sociale. Sur le continent européen, l'Open Society Justice Initiative (OSJI) a lancé des études à grande échelle depuis le début des années 2000³⁷. Ainsi, la « Moscow Metro Monitoring Study », réalisée en 2005 et portant sur plus de 1500 contrôles policiers effectués dans 15 stations de métro à Moscou, a été la première à mesurer la pratique des contrôles au faciès en dehors des États-Unis et du Royaume-Uni sur la base de la méthodologie du *benchmarking* opérationnel³⁸. Elle a révélé que les personnes d'apparence non slave ne représentaient que 4,6 % des usagers du métro, mais 50,9 % des personnes interpellées par la police. Les minorités ethniques étaient donc, en moyenne, 21,8 fois plus susceptibles d'être arrêtées que les Slaves. Un taux record par rapport à ceux relevés aux États-Unis et au Royaume-Uni qui sont pourtant déjà de quatre à cinq³⁹. En France, une étude portant sur plus de 500 contrôles policiers effectués dans cinq endroits de la région parisienne, réalisée par l'OSJI et le Centre national de la recherche scientifique entre octobre 2007 et mai 2008, a établi que, comparativement aux personnes perçues comme blanches, les probabilités de contrôle étaient six fois plus élevées pour les personnes perçues comme noires, et près de huit fois plus élevées pour les personnes arabes ou perçues comme telles⁴⁰. Cette étude a également révélé le rôle joué par le style vestimentaire dans les risques d'être contrôlé. Toujours en France, une enquête, menée en 2016 auprès de plus de 5000 personnes par le Défenseur des droits, a conclu qu'un « jeune homme perçu comme Noir ou Arabe » avait 20 fois plus de probabilités de subir un contrôle de police⁴¹. Dans l'Union européenne, l'Agence des droits fondamentaux (FRA) a mené deux enquêtes, respectivement en 2008 et en 2017 qui confirment que les contrôles de police sont plus souvent effectués à l'égard des personnes qui s'identifient comme appartenant à une minorité ethnique et concernent plutôt les hommes jeunes⁴². Les chiffres varient de pays à pays mais, sur l'ensemble du continent, tous interpellent⁴³.

³⁷ OSJI, *Ethnic Profiling in the European Union*, précité, 2009.

³⁸ *Ethnic Profiling in the Moscow Metro*, précité, 2006 (les pp. 27 et suivantes décrivent la méthodologie suivie).

³⁹ *Ibid.*, p. 17 et pp. 31-33.

⁴⁰ *Police et minorités visibles : les contrôles d'identité à Paris*, précité, 2009.

⁴¹ Défenseur des droits, *Enquête sur l'accès aux droits*, volume 1, Relations police/population : le cas des contrôles d'identité, 2017.

⁴² FRA, *European Union Minorities and Discrimination Survey – Main Results Report*, EU, 2009 ; FRA, *Being Black in the EU*, Second European Union Minorities and Discrimination Survey, EU, 2018. Voy. aussi FRA, *Your rights matter*, précité, 2021.

⁴³ Voy. aussi pour la Belgique, Ligue des droits de l'homme, *Contrôler et punir ? Étude exploratoire sur le profilage ethnique dans les contrôles de police : paroles cibles*, 2016 ; AI Belgique, *Police et profilage ethnique. Analyse du cadre juridique en Belgique*, 2017 ; AI Belgique, 'On ne sait jamais, avec des gens comme vous'. *Politiques policières de prévention du profilage ethnique en Belgique*, 2018.

Les contrôles policiers d'identité pourraient être envisagés comme « de simples interruptions de courte durée dans la routine quotidienne (un inconvénient tout à fait justifié au nom d'une sécurité accrue) »⁴⁴. Les études qualitatives démontrent qu'ils sont pourtant tout sauf anodins. Leur caractère par nature intimidant devient stigmatisant et humiliant quand sont ciblées de manière systématique et répétée les mêmes personnes indépendamment de leur comportement. Cette pratique perpétue les stéréotypes et renforce la xénophobie. Elle contribue à l'exclusion sociale et a des effets néfastes sur la santé physique et mentale des personnes visées. Elle est doublement contre-productive car elle mine la confiance des populations envers la police et mobilise des ressources policières inutiles⁴⁵. Par ailleurs, cette pratique est particulièrement délétère lorsqu'elle entraîne d'autres formes d'abus, notamment sur des mineurs : interrogatoires prolongés injustifiés, fouilles de sacs systématiques, injures verbales, palpations intrusives, violences physiques, etc.⁴⁶ Pour les personnes d'origine immigrée issues de la deuxième génération et des suivantes, les contrôles d'identité au faciès reviennent en somme à nier une citoyenneté pleine et entière⁴⁷.

1.2. ENVISAGER LES CAUSES : DES CADRES LÉGISLATIFS PERMISSIFS

Une série d'institutions et d'associations internationales ont souligné la nécessité d'un cadre juridique adéquat pour prévenir les contrôles d'identité arbitraires, y compris ceux fondés sur le profilage racial. Il s'agit d'encadrer les pouvoirs des forces de l'ordre afin de garantir que les contrôles d'identité sont effectués sur la base d'éléments objectifs tirés du comportement de la personne concernée et ne reposent pas, notamment, sur des biais ou des stéréotypes à l'encontre du groupe minoritaire auquel celle-ci est associée⁴⁸.

Déjà en 1993, le Conseil constitutionnel français avait posé une réserve d'interprétation à l'égard d'une disposition législative qui prévoyait, toujours pour prévenir une atteinte à l'ordre public et assurer la sécurité des personnes et des biens, la possibilité d'un contrôle

⁴⁴ OSJI, *Faire face au défi du profilage ethnique en Europe. Guide à l'intention des militants et des organisateurs de campagne*, 2021, p. 6. En ce sens, voy. la position des juridictions allemandes dans l'arrêt *Basu* précité, § 8.

⁴⁵ Comité dr. h., *Rosalind Williams Lecraft*, constatations – communication n° 1493/2006, 27 juillet 2009, CCPR/C/96/D/1493/2006, § 7.2 ; ECRI, Recommandation de politique générale n° 11 sur la lutte contre le racisme et la discrimination raciale dans les activités de la police, 29 juin 2007 (CRI(2007)39), Exposé des motifs § 34 ; OSJI, *L'égalité trahie. L'impact des contrôles au faciès*, 2013 ; Cour suprême du Canada, *R. c. Le* [2019] 2 RCS 692 § 95 ; arrêt de la Cour d'appel de La Haye du 14 février 2023 précité, § 8.24 ; *Luamba* précité, § 389 ; *Basu* précité, § 21 ; *Muhammad* précité, § 49.

⁴⁶ HRW, *La base de l'humiliation : Les contrôles d'identité abusifs en France*, 2012, p. 1 ; HRW, *Ils nous parlent comme à des chiens'. Contrôles de police abusifs en France*, précité, 2020.

⁴⁷ Notamment J. Beaman, *Citizen Outsider : Children of North African Immigrants in France*, Oakland, University of California Press, 2017.

⁴⁸ ECRI, Recommandation de politique générale n° 11 (2007) précitée, § 3 ; CERD, Recommandation générale n° 36 (2020) précitée, §§ 38-39. Voy. aussi Recommandation du Parlement européen du 24 avril 2009 (2008/2020(INI)), § 1.m ; FRA, *Guide pour la prévention du profilage illicite*, précité, 2019, pp. 70 et 71.

de toute personne, « quel que soit son comportement »⁴⁹. Pour le Conseil constitutionnel, « la pratique de contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires serait incompatible avec le respect de la liberté individuelle ». Et d'ajouter : « 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 »⁵⁰. Cette réserve d'interprétation a été rappelée en 2017 et 2022, à l'occasion de deux questions prioritaires de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel soulignait alors que « 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 »⁵¹.

En 2006, la Cour constitutionnelle de Slovénie s'était montrée encore plus exigeante. La loi sur la police (ZPol) soumise à son contrôle par l'Ombudsman des droits humains prévoyait que « Les policiers peuvent établir l'identité d'une personne qui, par son comportement, sa conduite *et son apparence* ou par le fait qu'elle se trouve dans un certain lieu ou à un certain moment, éveille le soupçon qu'elle va commettre, commet ou a commis une infraction mineure ou criminelle »⁵². La Cour constitutionnelle a exigé du législateur qu'il « détermine les critères permettant à un officier de police de conclure qu'il est soupçonné qu'une certaine personne 'commettra, commet ou a commis une infraction mineure ou criminelle', *notamment lorsque cette conclusion se fonde sur l'apparence de cette personne* ou sur le fait qu'elle se trouve dans un certain lieu »⁵³. Pour la Cour, l'apparence d'une personne est, en elle-même, un motif insuffisant pour justifier un contrôle d'identité. Elle rejette ainsi l'argument du gouvernement slovène qui avait invoqué, à l'appui de la ZPol, des législations comparables en Allemagne, en Autriche et en Belgique, ainsi que le pouvoir discrétionnaire reconnu aux forces de l'ordre aux États-Unis ou au Royaume-Uni⁵⁴.

Devant la Cour supérieure du Québec en octobre 2022, l'affaire *Luamba* soulevait le même type de question dans la mesure où le demandeur cherchait « à faire déclarer invalide constitutionnellement et inopérante la règle de *common law* octroyant à des policiers le pouvoir d'intercepter un véhicule routier sans motif réel de croire ou de soupçonner qu'une infraction à une règle de sécurité routière a été commise, lorsque cette interception ne fait

⁴⁹ Conseil constitutionnel, Décision n° 93-323 DC, 5 août 1993, § 7.

⁵⁰ *Ibid.*, § 9.

⁵¹ Conseil constitutionnel, Décision n° 2016-606/607 QPC, 24 janvier 2017, *M. Ahmed M. et autres*, § 26. Cette jurisprudence a été réaffirmée dans Conseil constitutionnel, Décision n° 2022-1025 QPC, 25 novembre 2022, *Mme. Anrifati A.*, § 20. Voy. sur ces questions N. Véron, « Les contrôles d'identité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 115, 2018/3, pp. 579-602.

⁵² Cour constitutionnelle de la République de Slovénie (Ustavno sodišče), 23 mars 2006, n° U-I-152/03, § 5 (notre traduction, nous soulignons).

⁵³ *Ibid.*, § 18 (notre traduction, nous soulignons).

⁵⁴ *Ibid.*, § 3 (notre traduction).

pas partie d'un programme structuré »⁵⁵. La Cour a fait droit à cette demande au motif que « la règle de droit, qui permet une sélection des conducteurs basée exclusivement sur l'intuition des policiers sans autre motif, a un effet préjudiciable considérant l'incidence disproportionnée des interceptions routières *sans motif réel* sur les personnes noires »⁵⁶.

Alors qu'il était invoqué par les requérants, cet enjeu est resté totalement absent du raisonnement de la Cour européenne dans les arrêts *Basu* et *Muhammad*, également rendus en octobre 2022. On y cherche en vain une réflexion sur une obligation positive de traçabilité des contrôles d'identité et de mise en place d'un cadre législatif de nature à éviter leurs dérives discriminatoires. Seuls les juges de la minorité semblent avoir pris la mesure de l'importance de cette question. Ainsi, sous l'arrêt *Muhammad*, le juge Krenč « regret[s] that the majority do not address the obligation for the Contracting States to set up an adequate legal framework affording effective safeguards against arbitrariness and preventing discrimination in cases of identity checks carried out by State agents. In [his] opinion, this important issue should have been examined by the Court in order to verify whether the Spanish legal system provides an adequate level of protection »⁵⁷. Sous l'arrêt *Basu* concernant l'Allemagne, le Juge Pavli s'appuie sur deux décisions de Hautes Cours administratives allemandes ainsi que sur un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne⁵⁸ pour en déduire que le cadre normatif national ne semble pas apte à prévenir, ou à décourager, des contrôles d'identité discriminatoires⁵⁹.

1.3. SE SAISIR D'UN OUTIL : UNE INTERDICTION BIEN ÉTABLIE

À défaut d'un encadrement strict en amont, la discrétion laissée aux autorités qui procèdent aux contrôles engendre, en aval, une surreprésentation de certains publics parmi les personnes interpellées. Le droit de la non-discrimination est alors convoqué de manière croissante pour mettre en jeu la responsabilité de l'État du fait de ses agents. Il fournit un réservoir de normes mobilisables, notamment par l'application du droit international des droits humains, pour faire qualifier en justice l'opération de police de discriminatoire et pour que son caractère abusif ouvre droit à réparation.

L'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques a, par exemple, été invoqué avec succès en 2009 devant le Comité des droits de l'homme pour qualifier un contrôle d'identité fondé sur la couleur de peau, effectué dans une gare espagnole, de

⁵⁵ *Luamba* précité, § 52 (nous soulignons).

⁵⁶ *Ibid.*, § 823.

⁵⁷ Opinion dissidente sous *Muhammad* précité, § 11.

⁵⁸ Il s'agit de l'aff. C-9/16 du 21 juin 2017 (EU:C:2017:483) dans laquelle la Cour de justice a considéré que la législation nationale autorisant des contrôles d'identité indépendamment du comportement des personnes et sans limitation de leur intensité et de leur fréquence était contraire au Code frontières Schengen.

⁵⁹ Opinion partiellement dissidente sous *Basu* précité, §§ 11-12 ; voy. aussi §§ 14 & 20.

discrimination⁶⁰. Plus récemment, en 2020, ce sont les articles 2 et 5 de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale qui ont, très explicitement, été interprétés comme impliquant une prohibition absolue des contrôles au faciès⁶¹. Mais les constatations et recommandations des comités onusiens font l'objet d'un respect aléatoire dans les ordres juridiques nationaux. Ce défaut d'effectivité conduit naturellement à se tourner vers le droit européen, que ce soit celui de l'Union ou celui du Conseil de l'Europe.

Bien que le droit de l'Union ait été le moteur du développement du droit de la non-discrimination en Europe, il n'apporte toutefois aucun appui juridique décisif. Dans l'affaire *Braathens Regional Aviation AB*, la Cour de justice fut bien saisie d'une contestation, par un passager d'origine chilienne, du contrôle de sécurité supplémentaire que lui avait imposé une compagnie aérienne suédoise « qui l'aurait associé à une personne arabe »⁶² au moment de l'embarquement. La question juridique qui lui était soumise ne portait cependant pas sur la nature discriminatoire du contrôle. Il s'agissait de juger la compatibilité d'une législation nationale empêchant les juridictions de constater une discrimination prohibée par la directive 2000/43/CE⁶³ lorsque le défendeur verse une indemnité sans reconnaître la discrimination. Par ailleurs, si la directive était en l'espèce applicable, car le transport aérien commercial constitue bien un service au sens de son article 3, tel n'est pas le cas du service public dispensé par les agents de police et apparentés. La Commission européenne interprète restrictivement la notion de « biens et services à la disposition du public » au sens de la directive 2000/43/CE, en l'alignant sur la notion de « services » au sens de l'article 57 du TFUE. Sont de ce fait exclus les services qui ne constituent pas une activité économique et qui ne sont pas dispensés contre rémunération. Pour la Commission, « Le législateur n'a pas inclus dans le champ d'application matériel de la directive les actions du secteur public qui supposent l'exercice de la puissance publique (par exemple par la police, les autorités de lutte contre la fraude et les autorités judiciaires civiles et pénales) en l'absence de tout élément de 'prestation de service' ». Et d'ajouter pour lever toute ambiguïté : « À titre d'exemple, la directive ne s'applique pas lorsqu'une personne est contrôlée ou harcelée par la police en raison de sa race ou de son origine ethnique »⁶⁴. De même, la directive 2016/680⁶⁵, qui interdit le profilage fondé sur des données ethniques ou raciales à des fins de prévention et de répression des infractions, ne peut constituer qu'un fondement juridique marginal en raison de son champ d'application, circonscrit aux données à caractère personnel dans le cadre d'un usage numérique⁶⁶. À un autre niveau,

⁶⁰ Comité dr. h., *Rosalind Williams Lecraft*, constatations précitées.

⁶¹ CERD, Recommandation générale n° 36, 17 décembre 2020, CERD/C/GC/36.

⁶² CJUE, *Diskrimineringsombudsmannen c. Braathens Regional Aviation AB*, 15 avril 2021, C-30/19, § 20.

⁶³ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000.

⁶⁴ Commission européenne, Rapport sur l'application de la directive 2000/43/CE du Conseil et sur la directive 2000/78/CE du Conseil, Bruxelles, 19 mars 2021, COM(2021) 139 final, point 3.2.

⁶⁵ Directive 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, notamment article 10.

⁶⁶ En ce sens, voy. European Commission, A Union of Equality : EU Anti-Racism Action Plan 2020-2025, 18 septembre 2020, COM(2020) 565 final, pp. 7-8.

certes, les contrôles d'identité motivés par la surveillance du franchissement des frontières tomberont bien dans le champ d'application du droit de l'Union européenne⁶⁷ et entraîneront ainsi l'application de l'article 21 de la Charte européenne des droits fondamentaux qui pose le principe de non-discrimination. Mais force est de constater que le droit de l'Union n'offre qu'un modèle de protection parcellaire.

C'est donc vers le droit de la Convention européenne des droits de l'homme qu'il convient de se tourner. Le plus souvent, l'assise de l'interdiction de la discrimination sera composée de l'article 14 de la Convention et d'une autre disposition. La question de la combinaison juridique appropriée se pose dans la mesure où plusieurs d'entre elles ont été tentées par le passé. Le droit à la sûreté garanti par l'article 5, lequel entre aujourd'hui en jeu dès lors qu'existe une privation de liberté caractérisée par l'impossibilité de se soustraire au contrôle sous peine d'arrestation, fut invoqué sans succès en 1992 dans l'affaire *Reyntjens c. Belgique*⁶⁸, relative à la contestation d'un contrôle de routine sans dimension discriminatoire. Le requérant, professeur de droit constitutionnel et de sciences politiques à l'Université d'Anvers, avait subi un interrogatoire de plusieurs heures dans un poste de police à la suite de son refus de présenter une pièce d'identité, mais la Commission de l'époque n'y vit aucune atteinte à son droit à la sûreté. Dans l'arrêt *Basu*, comme dans *Timichev c. Russie*, les circonstances particulières d'un contrôle à l'occasion du franchissement d'une frontière avaient conduit à mobiliser l'article 2 du Protocole additionnel n° 4 pour souligner l'entrave exercée à la liberté de circulation. Une violation matérielle de cette liberté, combinée à l'article 14 de la Convention, fut établie à l'encontre de M. Timichev qui n'avait pu franchir la frontière en raison de son origine tchéchène. En revanche, le contrôle d'identité subi par M. Basu et sa fille dans un train à la frontière allemande ne tombait manifestement pas, pour la Cour, dans le champ d'application de la liberté de circulation⁶⁹.

L'interdiction des traitements cruels, inhumains et dégradants énoncée à l'article 3 a aussi été combinée à l'article 14 de la Convention dans l'affaire *B.S. c. Espagne* de manière concluante. La requérante, travailleuse du sexe d'origine nigériane à Majorque, avait toutefois subi de sérieuses violences lors du contrôle de police. Cette configuration interroge quant à la gravité des violences nécessaires pour que l'article 3 soit applicable aux faits dénoncés. Sur ce point, soulignons que dans l'affaire *Bouyid c. Belgique*, la Grande Chambre a reconnu qu'une simple gifle donnée par un policier dans un commissariat suffisait à se placer dans le giron de l'article 3, le seuil de gravité étant atteint, non pour caractériser la torture ou le traitement inhumain mais, *a minima*, le traitement dégradant en raison de « lésions corporelles légères »⁷⁰. Certains auteurs insistent en conséquence sur l'intérêt conceptuel de cet alliage stratégique des articles 3 et 14 de la Convention aux fins

⁶⁷ Voy. en ce sens CJUE, *Staatsanwaltschaft Offenburg*, 21 juin 2017, aff. C-9/16.

⁶⁸ Décision d'irrecevabilité précitée.

⁶⁹ *Basu*, précité, § 44.

⁷⁰ Cour eur. dr. h., Gde Ch., *Bouyid c. Belgique*, 28 septembre 2015, req. n° 23380/09, § 112.

de contestation des contrôles au faciès. En ce sens, Mathias Möschel rappelle encore que la Cour a admis, depuis *Volodina c. Russie*⁷¹, l'existence de traitements cruels et dégradants même à défaut de violences physiques des autorités. Appréhender lesdits contrôles sous l'angle de l'article 3 permettrait, selon lui, une meilleure compréhension du préjudice⁷². La mise en œuvre systématique de cette approche nous semble cependant hasardeuse.

Plus que les articles 5 de la Convention et 2 du protocole additionnel n° 4, aux issues incertaines, et en complément de l'article 3 de la Convention, pour les cas les plus brutaux ou lorsque l'atteinte à la dignité est suffisamment caractérisée, c'est la mobilisation de l'article 8 de la Convention énonçant le droit au respect de la vie privée qu'il convient d'envisager. C'est cette piste qui avait été suivie par la Cour en 2010 dans l'arrêt *Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*, à l'occasion de la sanction des contrôles d'un manifestant et d'une journaliste en amont d'un rassemblement⁷³. Elle y rappelle que la disposition couvre différents droits, notamment le droit d'établir et d'entretenir des rapports avec autrui et le monde extérieur⁷⁴. La Cour conclut qu'il existe dès lors une part des interactions sociales, y compris au sein de l'espace public, qui est susceptible de tomber dans le champ d'application de l'article 8 et de mettre en cause le droit au respect de la vie privée⁷⁵. Tel est le cas des contrôles d'identité effectués par les agents de police. Dans son arrêt *Vig c. Hongrie*⁷⁶, la Cour réaffirme ainsi que « the use of coercive powers conferred by legislation to require an individual to submit [anywhere and at any time] to an identity check and a detailed search of his person, his clothing and his personal belongings [amounts] to an interference with the right to respect for private life »⁷⁷. Les arrêts *Basu* et *Muhammad* confirment cette interprétation pour les contrôles d'identité de routine, même sans fouille publique.

Néanmoins, la Cour exclut expressément dans les arrêts *Basu* et *Muhammad* que tout contrôle d'identité relève nécessairement du champ d'application du droit au respect de la vie privée⁷⁸. Un seuil de gravité doit être franchi. Il peut être atteint, nous dit la Cour, par la démonstration des répercussions concrètes de l'opération de police, de la nature et de l'étendue du préjudice⁷⁹, par exemple en termes de réputation, notamment s'il est raisonnablement allégué que le contrôle – *a fortiori* s'il s'est déroulé en public – fut précédé

⁷¹ Cour eur. dr. h., *Volodina c. Russie*, 9 juillet 2019, req. n° 41261/17, § 73.

⁷² M. Möschel, « Basu v. Germany and Muhammad v. Spain : Room for improvement in the Court's first judgments on racial profiling », précité.

⁷³ *Gillan et Quinton* précité. Voy., déjà en 2006, l'arrêt de la Cour constitutionnelle slovène (Ustavno sodišče), 23 mars 2006, précité, notamment § 15.

⁷⁴ En ce sens déjà, voy. Cour. eur. dr. h., *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, req. n° 2346/02, § 61.

⁷⁵ *Gillan et Quinton* précité, § 61.

⁷⁶ *Vig c. Hongrie*, 14 janvier 2021, req. n° 59648/13, notamment § 49.

⁷⁷ *Ibid.* ; *Basu*, précité, § 21 ; *Muhammad*, précité, § 49 ; *Gillan et Quinton*, précité, § 63.

⁷⁸ *Basu*, précité, § 25, et *Muhammad*, précité, § 50.

⁷⁹ *Basu*, précité, § 23.

d'un profilage en partie fondé sur des caractéristiques ethniques ou raciales⁸⁰. L'exigence probatoire ainsi posée risque toutefois de brouiller un peu plus les frontières entre les différents éléments de preuve que le requérant doit avancer, voire risque d'abaisser le niveau des protections offertes par le système conventionnel⁸¹.

Toujours est-il que, dès lors que le Protocole additionnel n° 12 ne peut être invoqué à défaut de ratification, l'article 14, alternativement combiné aux articles 3 et 8 de la Convention offre aujourd'hui un fondement des plus solides à la contestation des contrôles au faciès. Ces derniers peuvent alors être appréhendés à la fois sous l'angle de la discrimination directe et de la discrimination indirecte, selon l'axe d'argumentation retenu. Qu'elle constitue une faute personnelle ou une faute de service, la distinction effectuée par les agents afin de contrôler certains individus seulement, placés dans une situation comparable à d'autres passants ou automobilistes, peut être rapprochée de la discrimination directe dès lors qu'elle est au moins en partie fondée – consciemment ou non – sur l'origine ethnique. C'est le plus souvent cette perspective qui se dégage des contentieux nationaux étudiés. Mais lorsque ce qui est visé est le désavantage disproportionné supporté par une fraction de la population et engendré par une disposition (*e.g.* une législation sur laquelle sont fondés les contrôles contestés) ou une pratique (*e.g.* des lignes directrices à destination des agents précisant les modalités de contrôle) en apparence neutre, la discrimination indirecte permet une conceptualisation plus fine des enjeux en présence. L'ambition de l'action de groupe engagée en 2021 devant le Conseil d'État français s'inscrit plutôt en ce sens. Elle insiste sur les effets disproportionnés d'un cadre juridique qui est dépourvu des garanties nécessaires afin de prévenir une application discriminatoire de la législation nationale. À un autre niveau, la discrimination indirecte pourrait encore être envisagée lorsque sont spécifiquement ciblées des zones caractérisées par une ségrégation territoriale⁸². Le choix du type de discrimination alléguée dépend ainsi de l'identification de la source du préjudice et de la stratégie contentieuse. De ce point de vue, la latitude permise par le système conventionnel s'apparente à un atout supplémentaire.

L'interdiction de la discrimination en droit conventionnel présente encore deux qualités supplémentaires qui en font un outil propice à la dénonciation de la dimension discriminatoire des contrôles au faciès. D'une part, en dehors des procédures pénales, une

⁸⁰ *Ibid.*, § 25 et *Muhammad*, précité, § 50.

⁸¹ La Cour semble notamment exiger des éléments habituellement suffisants pour caractériser une discrimination *prima facie* afin de satisfaire le simple franchissement du seuil de gravité de l'article 8 (*Basu*, précité, § 25, et *Muhammad*, précité, § 50).

⁸² Dans cette hypothèse toutefois, la discrimination directe ne devrait pas être radicalement exclue. La décision *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD* de la Cour de justice de l'Union européenne illustre que le désavantage particulier subi par un groupe ethnique déterminé peut être qualifié de discrimination directe en raison des effets d'une mesure défavorable dans un contexte de ségrégation territoriale lorsque l'origine ethnique a « déterminé » l'adoption de cette mesure ou de cette pratique. CJUE (GC), *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, 16 juillet 2015, aff. C-83/14.

intention discriminatoire ne doit pas être démontrée. D'autre part, la Cour européenne s'est récemment ouverte à l'approche intersectionnelle qui présente un intérêt certain face au phénomène étudié.

Concernant l'élément intentionnel d'abord, il existe une réelle difficulté à pleinement s'en départir pour certaines juridictions internes⁸³. Pourtant, à l'exception du droit pénal, aucun élément intentionnel ne doit être démontré pour que le requérant établisse une présomption réfragable de discrimination en matières civile, administrative ou sociale. Cette approche d'abord développée en Europe par le droit de l'Union a été embrassée en 2007 par la Grande Chambre de la Cour européenne⁸⁴ pour la discrimination indirecte et, plus largement, dans sa jurisprudence du XXI^e siècle⁸⁵. Le droit de la non-discrimination prend ainsi en compte la réalité du terrain, sachant qu'une telle preuve s'avère extrêmement difficile à rapporter et que la discrimination, même directe, peut reposer sur l'emprise de préjugés et de stéréotypes inconscients. Dans l'affaire *Luamba*, la Cour supérieure du Québec a en ce sens insisté sur le fait que « le profilage racial peut s'inviter surnoisement dans la pratique policière sans que les policiers et policières en général soient animés de valeurs racistes »⁸⁶. Les motifs de l'arrêt *Mubammad* s'avèrent en contraste d'autant plus surprenants : d'abord parce que la Cour n'écarte explicitement l'exigence d'intentionnalité que pour la discrimination indirecte⁸⁷ ; ensuite, parce qu'elle centre son analyse sur l'« animosité » des forces de police ayant procédé au contrôle, sur leur « motivation raciale »⁸⁸, voire leur motivation « raciste »⁸⁹. La position dissidente du juge Pavli, qui relève ici une approche inappropriée de la majorité de la Cour et qui appelle à un alignement avec la position du Comité des droits de l'homme, détournée de l'intentionnalité, ne peut qu'emporter la conviction⁹⁰. Les affaires dont la Cour est aujourd'hui saisie lui offrent l'opportunité de dissiper ces errances⁹¹.

⁸³ En ce sens, voy. les motifs de CA Paris, 24 juin 2015, *Antony O.*, n° 347/2015 et *M. X.*, n° 344/2015, reproduits sous Cass. civ., 1^{re}, 9 novembre 2016, *Antony O.*, n° 15-24.212 et *M. X.*, n° 15-24.210.

⁸⁴ *D.H. et al.*, précité, § 179.

⁸⁵ Voy. notamment Cour eur. dr. h., « Interdiction de la discrimination », *Guide sur l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 1 du Protocole no 12 à la Convention*, édition du 31 août 2022.

⁸⁶ *Luamba*, précité, § 25.

⁸⁷ *Mubammad*, précité, §§ 92-93.

⁸⁸ *Ibid.*, § 99.

⁸⁹ *Ibid.*, § 100.

⁹⁰ Opinion partiellement dissidente du juge Pavli sous *Basu*, précité, § 15. De manière générale, voy. les travaux de M.-B. Dembour qui montrent que la Cour européenne des droits de l'homme a tendance à ne pas « voir » ou à tout le moins « à ne pas reconnaître » la discrimination raciale, notamment « In the name of the rule of law: the European Court of Human Rights' silencing of racism », in G.K. Bhambra, GK & R. Shilliam (eds.), *Silencing human rights : Critical engagements with a contested project*, Palgrave Macmillan, 2009, pp. 184-202.

⁹¹ Notamment *Mounir Seydi et al. c. France*, précité, et *Mohamed Shee Wa Baile c. Suisse*, req. n° 43868/18 introduite le 10 septembre 2018 et communiquée le 28 août 2020.

Concernant enfin l'ouverture progressive du système conventionnel à l'analyse intersectionnelle des discriminations, elle procède, entre autres, des jurisprudences *B.S. c. Espagne*, *SAS c. France* et *Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*⁹². Cette approche permet de mieux comprendre la production de l'effet défavorable, de mieux se saisir des éléments de preuve et de mieux évaluer le préjudice⁹³. Ces bénéfices pourraient trouver un prolongement dans la jurisprudence de la Cour relative aux contrôles d'identité discriminatoires. À supposer, et là est sans doute la difficulté principale, que les obstacles liés à la preuve puissent être dépassés.

2. LA PREUVE DÉLICATE DES CONTRÔLES AU FACIÈS

Quoiqu'aujourd'hui bien ancrés dans la jurisprudence, les grands principes qui régissent la preuve en matière de discrimination raciale peinent à trouver une pleine application lorsque sont en cause des contrôles d'identité. Certes, les arrêts *Basu* et *Muhammad* ont donné à la Cour l'occasion de rappeler les principes cardinaux en la matière que sont l'aménagement de la charge de la preuve et l'obligation d'enquête qui pèse sur les autorités. L'application *a minima* qui en fut faite est toutefois hautement critiquable⁹⁴ (2.1.). Au-delà de ces standards procéduraux, la violation au fond de l'interdiction de la discrimination ne peut être constatée qu'après avoir rapporté la preuve de la discrimination *prima facie* (2.2.) et après avoir rejeté son éventuelle justification (2.3), deux étapes qui soulèvent des difficultés particulières dans le cas des contrôles au faciès.

2.1. DES PRINCIPES PROCÉDURAUX MALMENÉS : CHARGE DE LA PREUVE ET OBLIGATION D'ENQUÊTE

Règle classique qui trouve, en Europe, son origine dans le droit de l'Union, l'aménagement de la charge de la preuve fut consacré pour ne pas priver la victime de tout moyen efficace de faire valoir son droit à l'égalité de traitement. Le principe fut pleinement mobilisé par la Cour européenne à partir de 2005, d'abord dans l'arrêt *Timichev c. Russie*⁹⁵ en matière de distinction directe, puis en matière de distinction indirecte dans la décision *D.H. et autres c. République tchèque*⁹⁶. L'aménagement de la charge de la preuve impose au demandeur d'avancer, dans un premier temps, les éléments de fait qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination. S'il y parvient, la charge de la preuve est transférée au défendeur. Ce dernier doit alors, dans un second temps, prouver que la pratique ou mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. S'il échoue,

⁹² Voy. sur ces questions E. Bribosia, R. Medard Inghilterra et I. Rorive, « Discrimination intersectionnelle en droit : mode d'emploi », *cette revue*, n° 126, 2021, pp. 241-274.

⁹³ Pour une analyse détaillée expliquant l'influence de l'analyse intersectionnelle à ces trois stades, voy. *ibid.*

⁹⁴ Voy. pour une illustration l'opinion partiellement dissidente du juge Pavli sous *Basu*, précité, § 19.

⁹⁵ *Timichev*, précité, § 57.

⁹⁶ *D.H. et al.*, précité, § 177.

la juridiction qualifiera la pratique ou la mesure de discrimination. S'il y parvient, la présomption de discrimination sera renversée et la requête rejetée.

Ce principe était à l'évidence applicable dans l'arrêt *Basu* concernant le contrôle d'un père et de sa fille par la police allemande dans un train reliant la République tchèque à l'Allemagne, contrôle supposément fondé sur leur couleur de peau. L'allégation du requérant, d'origine indienne, était crédible. Nul autre passager du compartiment n'avait été sommé de décliner son identité par les agents de police, qui n'avaient, au demeurant, fourni ni motif ni explication, à l'exception de la nature routinière et aléatoire de l'opération. Cette allégation aurait dû conduire à examiner l'éventuelle justification apportée en défense par les autorités. Les juridictions internes, comme la Cour européenne, choisirent pourtant un traitement contentieux plus inattendu. Les premières refusèrent radicalement d'examiner l'affaire, considérant que M. Basu n'avait pas d'intérêt à agir pour contester la légalité d'un contrôle conduit sur le fondement de la section 23(1)(3) du *Bundespolizeigesetz*. La Cour européenne statua sur la base d'une obligation positive d'enquête au titre de l'article 8 de la Convention. Elle put ainsi acter une violation du volet procédural de cet article, combiné à l'article 14, sans effectuer un contrôle au fond qui aurait exigé l'examen de la justification du contrôle au faciès contesté.

L'approche choisie par la Cour européenne mérite d'être questionnée pour son ambivalence : la reconnaissance d'une obligation positive d'enquête constitue bien une avancée manifeste, mais elle est ici appliquée au détriment, et en contournement, de la règle procédurale fondamentale de l'aménagement de la charge de la preuve. De telle sorte qu'il est délicat de trancher entre la concession et la compromission pour qualifier la ligne de crête sur laquelle la majorité de la Cour crut opportun de s'engager.

Indépendamment du cas d'espèce, l'avancée que les juges de Strasbourg actent dans l'arrêt *Basu* – comme du reste dans l'arrêt *Muhammad* – ne saurait être minimisée. Elle trouve ses racines dans le devoir préexistant qui pèse sur les autorités nationales de conduire des investigations appropriées face à une allégation crédible de *violence* à caractère raciste. Cette obligation positive fut consacrée au titre du volet procédural de l'article 3, combiné le cas échéant à l'article 14⁹⁷. Dans cette situation, les autorités nationales ont « l'obligation de prendre toutes les mesures raisonnables pour découvrir s'il existait une motivation raciste et pour établir si des sentiments de haine ou des préjugés fondés sur l'origine ethnique ont joué un rôle dans les événements »⁹⁸. Lesdites mesures raisonnables peuvent, entre autres, consister à recueillir ou à conserver les éléments de preuve, à mobiliser tous les moyens

⁹⁷ B.S. c. Espagne, précité, § 68, Cour eur. dr. h., *Boacă et autres c. Roumanie*, 12 janvier 2016, req. n° 40355/11, § 107.

⁹⁸ B.S. c. Espagne, précité, § 67, *Boacă et al.*, précité, §§ 105-106. Voy. encore Cour eur. dr. h., *Burlyya et autres c. Ukraine*, 6 novembre 2018, req. n° 3289/10, § 128, et Cour eur. dr. h., *Sabalic c. Croatie*, 14 janvier 2021, req. n° 50231/13, § 94.

nécessaires à la découverte de la vérité, ou à favoriser l'adoption de décisions rigoureusement motivées et rendues de manière impartiale et indépendante⁹⁹.

Cette obligation positive d'enquête qui soutient l'effectivité des droits garantis par la Convention a été étendue par la Cour dans les arrêts *Basu* et *Muhammad*, en dehors de son périmètre initial et en des termes identiques¹⁰⁰, lorsqu'est en cause le droit au respect de la vie privée. Si cette approche n'est pas entièrement nouvelle¹⁰¹, son application aux contrôles d'identité discriminatoires l'est bien. Ainsi, la Cour relève qu'une obligation d'enquête similaire s'applique dans le contexte de l'article 8 lorsque sont en cause les actes des agents de l'État pour avoir ciblé un requérant en raison de ses caractéristiques physiques ou ethniques¹⁰². Dans cette hypothèse, l'obligation d'enquête est encore renforcée par le fait que, le plus souvent, seules les autorités nationales sont en mesure d'établir la réalité des faits pertinents, *a fortiori* à défaut de traçabilité des contrôles d'identité¹⁰³.

En substance, l'apport fondamental de cette jurisprudence est ainsi formulé : « the Court considers that once there is an *arguable claim* that the person concerned may have been targeted on account of racial characteristics and such acts [...] fall into the ambit of Article 8, the authorities' duty to investigate the existence of a possible link between racist attitudes and a State agent's act is to be considered as implicit in their responsibilities under Article 14 of the Convention also when examined in conjunction with Article 8. This is essential in order for the protection against racial discrimination not to become theoretical and illusory in the context of *non-violent acts* [...], to ensure protection from stigmatisation of the persons concerned and to prevent the spread of xenophobic attitudes »¹⁰⁴. Toute défaillance des autorités face à cette obligation positive en dépit d'une allégation crédible portant sur l'existence d'un contrôle de police discriminatoire constitue une violation de la Convention. Soulignons que certaines juridictions nationales avaient anticipé cette obligation procédurale et les manquements susceptibles de lui être apportés¹⁰⁵. Il peut s'agir du défaut de convocation d'un témoin – à l'instar de l'affaire *Basu* dans lequel les juridictions nationales n'avaient pas jugé opportun d'entendre la fille du requérant et les deux agents ayant procédé à son contrôle. L'absence de collecte d'enregistrements vidéo ou radio peut également constituer un tel manquement¹⁰⁶. Ce dernier peut encore résulter de la conduite

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Basu*, précité, § 33, et *Muhammad*, précité, § 68.

¹⁰¹ Voy. précédemment, Cour eur. dr. h., *Craxi c. Italie* (n° 2), 17 juillet 2003, req. n° 25337/94, §§ 74-75, et Cour eur. dr. h., *Moldovan et autres c. Roumanie* (n° 2), 12 juillet 2005, req. nos 41138/98 et 64320/01, § 96.

¹⁰² *Basu*, précité, § 32, et *Muhammad*, précité, § 64.

¹⁰³ *Basu*, précité, § 30.

¹⁰⁴ *Basu*, précité, § 35, et *Muhammad*, précité, § 68 (nous soulignons).

¹⁰⁵ En ce sens, voy. Cour d'appel de Paris, 8 juin 2021, *Ilyas H.*, n° 19/00865 et *Mamadou C.*, n° 19/00872 : « la préfecture de police aurait dû s'empresse, pour répondre aux exigences de l'effectivité de l'enquête définies par la Cour européenne des droits de l'homme en cas d'allégation de discrimination raciale, de recueillir les témoignages des policiers et autres enregistrements audiovisuels et radio encore disponibles ».

¹⁰⁶ *Ibid.* Voy. aussi *Muhammad*, § 23.

d'une enquête qui ne présenterait pas les gages nécessaires d'impartialité et d'indépendance en raison d'une proximité hiérarchique entre les investigateurs et les personnes investiguées¹⁰⁷.

Si la reconnaissance d'une obligation positive d'enquête constitue une avancée certaine, donc, son effet dans l'arrêt *Basu* sur l'aménagement de la charge de la preuve laisse toutefois perplexe. Pour la Cour, l'*allégation crédible* (*arguable claim*) susceptible de déclencher l'obligation positive d'enquête au titre de l'article 8 n'est pas suffisante pour établir la présomption de discrimination au titre de l'examen substantiel de l'article 14. Ainsi, la Cour juge-t-elle ne pas être en mesure de déterminer si M. Basu et sa fille avaient bien été contrôlés en raison de leur origine ethnique. L'avancée se mue ici en expédient commode, qui évite de poursuivre l'analyse au fond. Le juge Pavli insiste, dans son opinion partiellement dissidente, sur l'incongruité de cette position¹⁰⁸. Et sa plume est des plus convaincantes lorsqu'elle rappelle que la fonction et l'objectif même du partage de la charge de la preuve face à une allégation crédible de discrimination sont précisément de permettre aux juridictions de poursuivre l'analyse au fond pour établir avec certitude les circonstances de l'espèce. Ériger la violation de l'obligation d'enquête en un facteur de neutralisation de la qualification de discrimination s'apparente à un recul manifeste qui pourrait, au demeurant, avoir un effet pervers, en envoyant aux autorités nationales le signal qu'un manquement procédural est de nature à éviter une condamnation pour les faits initialement visés. La position retenue par la Cour ouvre, en réalité, la porte à une couverture ponctuelle, voire systémique, des contrôles au faciès réalisés par les agents de l'État¹⁰⁹.

La lecture de l'arrêt *Muhammad*, rendu également le 18 octobre 2022 par la même section de la Cour, aggrave le constat. Le requérant, d'origine pakistanaise, contrôlé à Barcelone par la police nationale, demandait à la juridiction administrative saisie du litige de procéder à l'audition à la fois de son ami, qui avait assisté au contrôle en question, des deux officiers de police, responsables du contrôle puis de son arrestation, ainsi que d'un expert, susceptible d'exposer l'ampleur et les ressorts du profilage racial en Espagne. Ces demandes furent toutes rejetées, les juridictions administratives préférant se satisfaire des attestations écrites déposées par les intéressés¹¹⁰. De même, les juridictions internes administratives refusèrent de solliciter les enregistrements vidéo des caméras de surveillance présentes aux abords de la scène en les jugeant non pertinentes à des fins probatoires. L'obligation d'enquête aurait pu servir devant la Cour européenne de fondement à une condamnation au titre du volet procédural de l'article 8, combiné à l'article 14. Cette option fut cependant

¹⁰⁷ *Basu*, précité, §§ 37-38.

¹⁰⁸ Voy. opinion partiellement dissidente du juge Pavli, sous *ibid.*, § 4.

¹⁰⁹ *Ibid.*. Notons que dans le champ de l'article 2 de la Convention notamment, la Cour n'hésite pas à juger qu'il y a violation du droit à la vie dans son volet procédural et substantiel (voy. pour un exemple récent Cour eur. dr. h., *Safi c. Grèce*, 7 juillet 2022, req. n° 5418/18).

¹¹⁰ *Muhammad*, précité, § 26.

écartée, au motif que le requérant avait bénéficié d'un double degré de juridiction et que les décisions des cours administratives espagnoles, y compris dans leur refus d'ordonner les mesures d'instruction sollicitées, étaient suffisamment motivées¹¹¹.

L'arrêt *Muhammad* vient donc préciser l'obligation d'enquête déjà consacrée dans l'arrêt *Basu*. Celle-ci ne trouve visiblement pas à s'appliquer lorsque plusieurs juridictions s'accordent sur l'absence de nécessité de l'enquête en statuant de manière motivée¹¹². Cette position est surprenante dès lors qu'un dysfonctionnement systémique, ou *a minima* en cascade, n'est pas à exclure. D'autant que la Cour a par le passé déjà reconnu qu'un tel dysfonctionnement emportait violation de l'obligation d'enquête au titre de l'article 3, précisément dans une affaire de discrimination raciale concernant l'Espagne. Pour la Cour, dans cet arrêt *B.S.*, « les investigations menées [n'avaient] pas été suffisamment approfondies et effectives »¹¹³ et ce, malgré le prononcé de plusieurs décisions juridictionnelles.

Par ailleurs, le défaut de preuve suffisante d'une discrimination *prima facie* est le motif retenu par la Cour pour conclure à la non-violation substantielle cette fois de l'article 14 dans l'arrêt *Muhammad*. Cette approche est également surprenante. Comme souvent en la matière¹¹⁴, deux versions opposées du déroulement des faits étaient relatées par le requérant et par les policiers. Celle des agents fut retenue par les juges espagnols. Malgré le défaut d'instruction, la Cour ne vit aucune raison « to depart from the domestic courts' conclusion that the applicant's attitude, and not his ethnicity, was what caused the police officers to stop him and to identify him »¹¹⁵. Comme le relève très justement le juge Krenc dans son opinion dissidente, c'est précisément dans le cas de faits incertains en raison d'une confrontation radicale des versions avancées par les parties que l'obligation d'enquête recouvre toute son importance¹¹⁶. Pour lui, l'absence d'instruction complémentaire et le doute quant à l'indépendance des éléments d'investigation retenus pour trancher, à savoir le rapport des officiers directement concernés, auraient dû conduire la Cour à constater une violation de la Convention.

Pour ces différentes raisons, les arrêts *Basu* et *Muhammad* font craindre un nivellement par le bas des standards habituels de preuve. Dans l'arrêt *Basu*, la Cour exige des éléments suffisants à faire basculer la charge de la preuve pour déclencher la simple obligation d'enquête – dont la consécration nette est toutefois à saluer. De ce fait, elle substitue une violation procédurale à une violation au fond de l'article 8, combiné à l'article 14, et laisse

¹¹¹ Voy. les motifs à la non-violation du volet procédural évoqué *in ibid.*, §§ 75-76.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *B.S. c. Espagne*, précité, § 48.

¹¹⁴ Relevé également dans l'opinion dissidente du juge Krenc, sous *Muhammad*, précité, § 7.

¹¹⁵ *Muhammad*, précité, § 99 (notre traduction).

¹¹⁶ Opinion dissidente du juge Krenc, sous *Muhammad*, précité, § 7.

craindre un dévoiement stratégique par les États membres de cette position complaisante. Dans l'arrêt *Muhammad*, la Cour amoindrit l'obligation procédurale d'enquête et rejette une requête fondée sur des éléments suffisants *a minima* pour la déclencher, à savoir un refus de mesures d'instruction, pourtant sollicitées au niveau national, en réaction à des allégations crédibles, quand bien même étaient-elles réfutées. Ainsi, la Cour relâche la protection accordée aux requérants et rehausse les seuils de crédibilité que doivent franchir les allégations de discrimination en matière de contrôle au faciès. Ce processus interroge, autant qu'il divise au sein de la Cour.

2.2. PROUVER LA DISCRIMINATION PRIMA FACIE : JUSQU'OU ? COMMENT ?

Au-delà de leur articulation rendue incertaine par les arrêts *Basu* et *Muhammad*, la mise en œuvre de l'obligation d'enquête et de l'aménagement de la charge de la preuve conduit habituellement à envisager la caractérisation de la discrimination.

Cette première phase contentieuse, lors de laquelle la preuve incombe d'abord au requérant, peut très ponctuellement être franchie sans encombre, notamment lorsque les faits sont reconnus par les autorités. Ce fut le cas dans l'affaire *Acosta Martínez y otros c. Argentina*, tranchée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme après reconnaissance de culpabilité de l'État défendeur en août 2020¹¹⁷. Ce fut aussi le cas dans l'affaire qui se solda par une condamnation des Pays-Bas devant la Cour d'appel de La Haye en février 2023. La juridiction néerlandaise soulignait explicitement que « the present case differs from many other cases tried by the [European Court of Human Rights] in that the State recognises that the [*Koninklijke Marechaussee*] uses race or ethnicity (where appropriate) in selection decisions under the [Mobile Security Surveillance] »¹¹⁸. En vertu de la loi, la maréchaussée néerlandaise était habilitée à prendre en considération l'origine ethnique, mais uniquement aux côtés d'autres éléments d'information, comme la provenance des principaux flux migratoires et les profils des personnes qui les alimentent, afin de cibler les personnes sujettes aux contrôles d'identité¹¹⁹. Dans ces hypothèses, relativement rares¹²⁰, d'une reconnaissance expresse d'une différence de traitement fondée sur la race ou l'origine ethnique, l'établissement de la discrimination *prima facie* ne soulève pas de difficulté particulière.

Le plus souvent, des écueils surgissent à ce stade. Parmi ceux-ci figure la valeur probante à accorder au fait que seul le requérant ait été effectivement contrôlé. Sur cette question, les

¹¹⁷ *Acosta Martínez y otros. c. Argentina*, précité, §§ 15-25, notamment § 20.

¹¹⁸ Cour d'appel de La Haye, *Koninklijke Marechaussee*, précité, § 8.10. Voy. aussi §§ 5.1 et 5.2.

¹¹⁹ Sur le détail des pratiques en cause, voy. *ibid.*, §§ 5.3-5.9 et *supra* note 21.

¹²⁰ Voy. aussi pour le cas de la France M. Hajdenberg, « L'État justifie les contrôles au faciès », *Médiapart*, 25 février 2016.

versions des parties diffèrent fréquemment et la preuve n'est pas aisée à rapporter à défaut de témoignages¹²¹. Les constatations adoptées par le Comité des droits de l'homme en 2009 dans l'affaire *Rosalind Williams Lecraft* sont particulièrement instructives à cet égard. Pour établir la présomption de discrimination, l'instance onusienne s'était satisfaite de l'allégation non réfutée de la victime de nationalité espagnole et d'origine afro-américaine. Celle-ci déclara avoir été la seule personne dont l'identité avait été contrôlée à ce moment-là sur le quai de la gare espagnole de Valladolid¹²². En vertu des standards internationaux des droits humains, cette seule circonstance devrait, dès lors, suffire à caractériser la discrimination *prima facie*. Avant de condamner l'État français pour faute lourde en raison de contrôles au faciès dans un contexte similaire à l'intérieur d'une gare ferroviaire, la Cour d'appel de Paris a, elle, retenu en juin 2021 que « les contrôles concomitants d'un premier élève à sa descente du train et de deux autres élèves dans le hall de la zone des trains Thalys de la gare du Nord ont été opérés sur trois jeunes gens de sexe masculin faisant partie d'un groupe de 18 élèves dont 13 filles et que ceux-ci étaient d'origine comorienne, malienne et marocaine *sans qu'il apparaisse*, ainsi que relevé par les témoins, *que des personnes non issues de 'minorités visibles' provenant du même train aient été dans le même temps contrôlées* ». Elle en conclut immédiatement que « ces éléments constituent des indices de ce que les caractéristiques physiques des personnes contrôlées, notamment leur origine, leur âge et leur sexe, ont été la cause réelle du contrôle et mettent en évidence une différence de traitement *laissant présumer l'existence d'une discrimination* »¹²³.

Par contraste, dans son arrêt *Muhammad*, la Cour, après avoir relevé que le requérant fondait ses prétentions sur le fait qu'aucune autre personne de type « caucasien » n'avait été contrôlée avant, pendant et après les faits dans la rue en question, estima que cet élément « ne [pouvait] être considéré comme une indication, *per se* »¹²⁴, refusant de la sorte de lui concéder une quelconque valeur probante. Plus encore, elle jugea que ce fait ne fournissait aucune indication quant à « la motivation raciale sous-jacente à la sommation faite de montrer son document d'identité »¹²⁵. Cet argument ne peut à nouveau que susciter la perplexité dès lors qu'était en cause une procédure administrative et que, comme nous l'avons rappelé, la motivation ou l'intention du mis en cause n'ont aucune pertinence en dehors de la sphère pénale. Sur ce point, comme sur l'absence de déclenchement de l'obligation positive d'enquête, le raisonnement de la Cour européenne étonne, car si le fait que seul le requérant ait subi un contrôle ne saurait suffire à établir définitivement la discrimination, cette allégation crédible – soutenue par le témoignage d'un ami de

¹²¹ Voy. en ce sens *Basu*, précité, § 6.

¹²² *Rosalind Williams Lecraft*, précité, § 7.4.

¹²³ Cour d'appel de Paris, 8 juin 2021, *Ilyas H.*, n° 19/00865 et *Mamadou C.*, n° 19/00872 (nous soulignons).

¹²⁴ *Muhammad*, précité, § 99 (notre traduction).

¹²⁵ *Ibid.*

M. Muhammad – aurait dû suffire à faire basculer la charge de la preuve pour exiger la justification du contrôle ou la contestation de sa réalité.

Bien qu'ils aient été en grande partie écartés dans les affaires *Basu* et *Muhammad*¹²⁶, les témoignages jouent en pratique un rôle important pour établir le caractère discriminatoire d'un contrôle d'identité. Dans plusieurs affaires, les juridictions civiles françaises eurent à connaître de témoignages présentant des gages de qualité particulièrement remarquables. Pour mettre en cause un triple contrôle d'identité effectué dans le quartier de la Défense à Paris, les requérants se prévalaient ainsi d'une attestation d'un témoin ayant assisté aux contrôles et ayant observé une dizaine d'interpellations supplémentaires pendant une heure et demie, toutes effectuées sur des hommes noirs et arabes, âgés de 18 à 35 ans. Le poids de ce témoignage fut déterminant devant la juridiction d'appel afin de considérer que « le contrôle d'identité litigieux a été exécuté en tenant compte de l'apparence physique de l'intéressé et de son appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race »¹²⁷. En 2016, la Cour de cassation approuva formellement la valeur probante de cette attestation pour retenir la faute lourde et la condamnation définitive de l'État¹²⁸. Dans une autre affaire, tranchée en juin 2021, la présomption de discrimination fut aussi fondée sur des témoignages qui se distinguaient moins par la durée de l'observation que par leur nombre. Treize attestations de témoins furent produites pour supporter le caractère discriminatoire des contrôles¹²⁹.

Modes de preuve spécifiques et manifestement utiles, les témoignages ne sauraient pour autant être considérés comme des éléments indispensables à l'établissement des contrôles au faciès. Cette position excessive priverait d'effectivité les recours des personnes contrôlées sans qu'un témoin identifiable n'ait assisté à la scène ou consenti à la relater. Du reste, il serait irréaliste d'attendre du requérant qu'il recueille un témoignage attestant les pratiques discriminatoires des forces de police durant plus d'une heure dans un même endroit. Tout comme il serait démesuré d'attendre de lui qu'il recueille une multitude de témoignages. Si les facteurs de durée de l'observation et de quantité des attestations concordantes peuvent légitimement renforcer la force probante des éléments recueillis, ériger ces qualités en conditions de la valeur probante concédée aboutirait à rendre la preuve extrêmement délicate, voire impossible, dans ce contentieux. De même, la proximité récurrente du témoin et de la personne contrôlée (comme dans l'affaire *Muhammad*) ou le fait que le témoin potentiel aurait lui-même été sommé de décliner son identité (comme dans l'affaire *Basu*) ne devraient en aucun cas conduire à disqualifier les éléments ainsi

¹²⁶ Dans l'affaire *Muhammad*, seules les attestations écrites des policiers et d'un témoin direct furent évaluées par les juridictions administratives internes. Dans l'affaire *Basu*, aucun témoin ne fut entendu par les juridictions allemandes malgré les demandes répétées du requérant.

¹²⁷ Cour d'appel de Paris, 24 juin 2015 *Averdie M.*, n° 13/24277, *Elizé N.*, n° 13/24255, *Régis A.*, n° 13/24300.

¹²⁸ Cass. civ., 1^{re}, 9 novembre 2016, *Averdie M.*, n° 15-25.873, *Elizé N.*, n° 15-25.877, *Régis A.*, n° 15-25.876.

¹²⁹ Cour d'appel de Paris, 8 juin 2021, *Ilyas H.*, n° 19/00865 et *Mamadou C.*, n° 19/00872.

soumis. Les juridictions civiles françaises ont précisément évité ces deux écueils de manière exemplaire¹³⁰.

Les éléments de nature à faire présumer une discrimination doivent au surplus s'apprécier à la lumière des spécificités du contentieux considéré. L'absence de traçabilité des contrôles d'identité implique, dans la plupart des cas, une difficulté insurmontable à démontrer ne serait-ce que la réalité des interpellations, sans même en envisager les motifs. Cette singularité fait peser une menace importante sur le droit à un recours effectif. C'est d'ailleurs pour cette raison que la Cour d'appel de Paris avait considéré, en 2015, « que la problématique au cas d'espèce résulte de ce que le contrôle litigieux n'a donné lieu à la rédaction d'aucun procès-verbal, qu'il n'a pas été enregistré, ni fait l'objet d'un récépissé ; que telle qu'établie, la loi en matière de contrôle d'identité qui n'aboutit pas à la constatation d'une infraction, ne prévoit aucune obligation de traçabilité ; que cette situation constitue dès lors *une entrave au contrôle juridictionnel*, susceptible en elle-même de priver la personne concernée de la possibilité de contester utilement la mesure en cause et son caractère éventuellement discriminatoire et *va à l'encontre de la jurisprudence développée par la Cour européenne sur l'article 13* de la Convention européenne portant sur le droit à un recours effectif »¹³¹. Le risque est alors, en effet, que l'absence de traçabilité des contrôles de police ait pour conséquence de rendre le droit à la non-discrimination des victimes de contrôles au faciès « théorique et illusoire »¹³². La Cour n'a manifestement pas vu dans les affaires *Basu* et *Muhammad* l'occasion de consacrer une obligation positive de traçabilité des contrôles d'identité. *A minima*, elle aurait dû favoriser le basculement de la charge de la preuve en s'inspirant de la jurisprudence des juridictions nationales ou du Comité des droits de l'homme.

De longue date, les cours canadiennes ont quant à elles mesuré la spécificité de ce contentieux et l'inégalité manifeste des parties dans l'accès aux éléments de preuve qui le caractérise. Elles ont notamment généralisé le recours à des *preuves circonstancielles*, seules à même de lever les obstacles persistants en matière de profilage racial. Liberté de la preuve,

¹³⁰ Voy. Cour d'appel de Paris, 8 juin 2021, *Ilyas H.*, n° 19/00865 et *Mamadou C.*, n° 19/00872 (« Ces attestations ne peuvent être critiquées comme provenant de *personnes liées par une communauté d'intérêts ou présentant un lien de subordination* au seul motif qu'elles sont toutes rédigées par les camarades de classe des intéressés et les membres de l'Éducation nationale les encadrant alors que ceux-ci ont été les témoins directs du contrôle d'identité contesté »). Voy. encore Cour d'appel de Paris, 24 juin 2015, *Armel A.*, n° 13/24261, *Nadir Z.*, n° 13/24262 (« [le requérant] produit aux débats une attestation délivrée par M. [X.] *témoin de son interpellation et également contrôlé* qui indique notamment que les autres personnes attablées à la terrasse du restaurant où eux-mêmes se trouvaient étaient toutes des blancs [...] que sont ainsi réunies des présomptions graves, précises et concordantes permettant de retenir que le contrôle litigieux a été exécuté en tenant compte de l'apparence physique de l'intéressé et de son appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race »).

¹³¹ Cour d'appel de Paris, 24 juin 2015, *Averdie M.*, n° 13/24277, *Elizé N.*, n° 13/24255, *Régis A.*, n° 13/24300, *Armel A.*, n° 13/24261, *Nadir Z.*, n° 13/24262 (nous soulignons).

¹³² Cour eur. dr. h., *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, req. n° 6289/93, § 24.

recours à un faisceau d'indices, témoignage sur comparution des parties, tous ces outils sont mobilisés pour concourir à la révélation des circonstances du contrôle de police mis en cause. À la source de cette jurisprudence se trouve un constat élémentaire : « A racial profiling claim could rarely be proven by direct evidence. This would involve an admission by a police officer that he or she was influenced by racial stereotypes in the exercise of his or her discretion to stop a motorist. Accordingly, if racial profiling is to be proven it must be done by inference drawn from circumstantial evidence »¹³³.

Ainsi et de manière synthétique, les juridictions canadiennes insistent plus particulièrement sur les cinq éléments suivants : premièrement, le motif de l'intervention ou de l'arrestation (par exemple, la prise en considération du fait qu'un jeune homme noir conduise une voiture de sport, une voiture de luxe, qu'il s'arrête dans une zone non prévue à cet effet, ou encore la prise en compte de son style vestimentaire)¹³⁴ ; deuxièmement, la présence d'investigations inappropriées ou abusives dans le cadre de la prévention du crime (par exemple, la recherche dans les fichiers d'un signalement de véhicule volé en amont de l'interception, la fouille illégale du véhicule, la recherche de casier judiciaire sans motif de suspicion légitime, la filature arbitraire, la réitération de fouilles corporelles en l'absence de tout indice justifiant une telle insistance)¹³⁵ ; troisièmement, les éventuels comportements inadéquats témoignant d'une certaine intransigeance (par exemple, l'agressivité manifeste, les propos xénophobes, l'abus d'autorité, l'acharnement contre un conducteur sur une question secondaire comme la largeur des pneus de son véhicule)¹³⁶ ; quatrièmement, la prise de décision inhabituelle (par exemple, le recours à une force excessive, la demande préventive et disproportionnée de renfort, une interception après une manœuvre dangereuse ou théâtrale sans motif réel)¹³⁷ ; cinquièmement, la fragilité des explications fournies par les intimés (par exemple, les contradictions, voire la fabrication d'éléments de preuve *a posteriori*)¹³⁸. L'arrêt *Luamba* poursuit ce mouvement jurisprudentiel, amorcé dès le début des années 2000¹³⁹, à tel point que les cinq catégories d'éléments rappelés ici sont, devant les juridictions canadiennes, « autant d'indicateurs d'un comportement policier

¹³³ *R. v. Brown*, 2003 ONCA 52142 (CanLII), § 44.

¹³⁴ Respectivement : *R. v. Brown*, précité, § 46, *R. v. Khan*, 2004 ONSC 66305 (CanLII), § 68, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Service de police de la ville de Montréal)*, 2012 QCTDP 5 (CanLII), § 222, et *R. v. Campbell*, 2005 QCCQ 2337 (CanLII), §§ 76-83.

¹³⁵ Respectivement : *R. v. Brown*, précité, §§ 46 et 54, *R. v. Khan*, *op. cit.*, § 67, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Service de police de la ville de Montréal)*, précité, § 263, *R. v. Campbell*, précité, § 93, et *Nassiah v. Peel (Regional Municipality) Police Services Board*, 2007 HRTO 14 (CanLII), § 166.

¹³⁶ Respectivement : *Radek v. Henderson Development*, précité, § 471, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Service de police de la ville de Montréal)*, précité, § 239, *Nassiah v. Peel*, précité, § 107 et *Luamba*, précité, spéc. § 363.

¹³⁷ Respectivement : *Johnson v. Halifax Regional Police Service*, 2005 NSCA 70 (CanLII) et *Luamba*, précité, spéc. § 363.

¹³⁸ *R. v. Khan*, précité, §§ 66 et 68, *R. v. Brown*, précité, § 46, et *R. v. Campbell*, précité, § 98.

¹³⁹ Voy. M. Turenne, *Le profilage racial : mise en contexte et définition*, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, Cat. 2. 120-I. 25, 2005, et R. Medard Inghilterra, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, Paris, LGDJ, 2022, spéc. pp. 493-494.

fondé sur des préjugés envers certains groupes de citoyens plutôt que sur des faits »¹⁴⁰. Ils permettent, le cas échéant *dans leur ensemble* et saisis *conjointement*¹⁴¹, de laisser présumer l'existence d'un contrôle discriminatoire.

Sans être exhaustive, cette typologie est pertinente pour l'analyse des contentieux stratégiques qui se déroulent aujourd'hui en Europe. Ainsi, dans l'affaire des lycéens contrôlés au sein de la gare du Nord, la Cour d'appel de Paris a relevé une série d'éléments circonstanciels relatés dans les témoignages. Tel était notamment le cas de la recherche anticipée d'infraction (« À ce moment-là, il fait un pas en arrière et appelle une plate-forme, il raccroche puis annonce devant tout le monde qu'il fait bien son travail puisque mon élève a un casier judiciaire... »), de l'agressivité (« Ces deux policiers se sont montrés extrêmement agressifs avec ma prof ainsi qu'avec mes deux camarades »), de l'existence de propos déplacés (« Les policiers les tutoyaient et les provoquaient en justifiant leur contrôle par le fait qu'ils revenaient d'un voyage à Amsterdam »), ou encore le fait d'imposer une fouille non nécessaire et de faire durer le contrôle sans raison (« les policiers les ont fouillés et ont vérifié leurs cartes d'identité et quand ils ont rien trouvé d'autre, ils les ont quand même retenus »)¹⁴².

Cette typologie est pleinement compatible avec la jurisprudence de la Cour européenne. Elle semble même en constituer une continuité logique. Pour trancher l'affaire *Lingurar c. Roumanie* en 2019, la Cour EDH soulignait ainsi « the manner in which the authorities justified and *executed* the police raid » afin de déterminer « that the police had exercised their powers in a discriminatory manner, expecting the applicants to be criminals because of their ethnic origin »¹⁴³. Au-delà de cette méthode générale et de manière plus anecdotique, la Cour EDH a déjà insisté sur le rôle essentiel des injures en tant qu'indices pertinents pour établir le caractère discriminatoire de l'intervention de police¹⁴⁴. Il en va de même d'un plan d'intervention disproportionné¹⁴⁵ et de la force excessive employée lors d'une opération à l'encontre de personnes roms¹⁴⁶. En un sens, le recours aux preuves circonstanciennes pour des faits d'une moindre gravité, à savoir des contrôles d'identité discriminatoires, même dénués de violence physique, serait de nature à prolonger les jurisprudences *Lingurar c. Roumanie*, *Ciorcan et autres c. Roumanie* et *Natchova c. Bulgarie*. Ceci permettrait de lever les nombreuses incertitudes sur la nature et l'étendue des éléments à apporter pour faire basculer la charge de la preuve.

¹⁴⁰ *Luamba*, précité, spéc. § 363.

¹⁴¹ Voy. en ce sens *R. c. Dorfeuille*, 2020 QCCS 1499, §§ 55-56.

¹⁴² Voy. Cour d'appel de Paris, 8 juin 2021, *Ilyas H.*, n° 19/00865 et *Mamadou C.*, n° 19/00872.

¹⁴³ *Lingurar*, précité, § 76 (nous soulignons).

¹⁴⁴ *Natchova*, précité, §§ 127, 129, 153, 163 et 164.

¹⁴⁵ *Ibid.*, § 165 et Cour eur. dr. h., *Ciorcan et al. c. Roumanie*, 27 janvier 2015, req. nos 29414/09 et 44841/09, § 162.

¹⁴⁶ *Natchova*, précité, § 129 (pour la chambre) et 165 (pour la Grande Chambre).

La Cour a, certes, rappelé dans l'arrêt *Muhammad* que, d'une part, la preuve de la discrimination *prima facie* peut résulter d'un faisceau d'indices ou de présomptions non réfutées, suffisamment graves, précis et concordants, et que, d'autre part, le degré de conviction nécessaire pour parvenir à une conclusion particulière comme la répartition de la charge de la preuve sont intrinsèquement liés à la spécificité du cas d'espèce et au droit conventionnel en jeu¹⁴⁷. Si ce rappel est bienvenu, la portée qui en est donnée en l'espèce laisse à nouveau perplexe. Selon une version – il est vrai – contestée par la police mais n'ayant fait l'objet d'aucune vérification particulière de la part des juridictions administratives malgré des demandes d'instruction, M. Muhammad invoquait différents éléments de nature à faire basculer la charge de la preuve : le policier était promptement sorti de son véhicule dès lors qu'il avait mis en cause le motif du contrôle d'identité, effectué dans un premier temps depuis le véhicule de police ; il avait subi une légère gifle avant d'être placé dans la voiture de police ; il avait été menacé de représailles quant au possible non-renouvellement de son titre de séjour ; et il avait été qualifié de « singe » avant d'être conduit au commissariat¹⁴⁸. La Cour perd ici l'occasion d'affirmer la pertinence d'une approche circonstancielle de la preuve similaire à celle qui est consacrée outre-Atlantique. Quant aux statistiques fiables et significatives produites par les requérants dans les arrêts *Basu* et *Muhammad*, qui documentaient la pratique des contrôles au faciès en Allemagne et en Espagne, elles auraient précisément dû être prises en compte en tant qu'éléments circonstanciels pertinents¹⁴⁹.

2.3. JUSTIFIER LA DISCRIMINATION PRIMA FACIE : DISSOCIER LE PRÉTEXTE DE L'ÉLÉMENT OBJECTIF

Lorsque la charge de la preuve est renversée, reste à envisager les contours d'une justification de la discrimination *prima facie*. Plusieurs principes fondamentaux doivent alors être mis en lumière.

Le premier tient à la nécessité d'une justification particulièrement convaincante dès lors que la distinction en cause repose sur un motif suspect à l'instar de la prétendue race ou de l'origine ethnique. Depuis 2005 et l'arrêt *Timichev c. Russie*, la Cour ne tolère aucune différence de traitement fondée de manière exclusive ou déterminante sur l'origine ethnique¹⁵⁰. Si d'autres facteurs sont avancés à titre explicatif et présentés comme ayant eu une importance prépondérante, ou si la différence de traitement doit être envisagée dans le cadre de la discrimination indirecte, ils doivent être soumis à examen critique. C'est alors un test sans concession qui trouve à s'appliquer, exigeant que soient avancées en défense des « considérations impérieuses ou très fortes non liées à l'origine ethnique » dans le cadre

¹⁴⁷ *Muhammad*, précité, § 94, en référence à *D.H. et al.*, précité, § 178.

¹⁴⁸ *Ibid.*, § 7.

¹⁴⁹ *Basu*, § 9 de l'opinion partiellement dissidente du juge Pavli ; *Muhammad*, §§ 19, 25, 79-80, 100.

¹⁵⁰ *Timichev*, précité, § 58, rappelé in *D.H. et al.*, précité, § 176, *Sejdić et Finci*, précité, § 44 et *Biao*, précité, § 94.

d'une « marge d'appréciation très étroite pour l'État défendeur »¹⁵¹. En somme, la « notion de justification objective et raisonnable doit être interprétée de manière aussi stricte que possible »¹⁵². C'est bien l'approche suivie, en février 2023, par la Cour d'appel de La Haye, saisie d'un recours mettant en cause le caractère discriminatoire de contrôles d'identité effectués par la maréchaussée royale dans le cadre de la lutte contre l'immigration irrégulière : « Given the serious consequences of discrimination on grounds of race or ethnicity, such distinctions may only be made if there are *particularly compelling reasons* for doing so »¹⁵³.

À défaut pour le défendeur de fournir des motifs objectifs particulièrement convaincants, l'issue ne peut être autre que la condamnation. Là réside le deuxième principe fondamental en matière de justification sur lequel il nous faut insister : la défaillance du défendeur, y compris sous la forme de l'inaction et du mutisme, suffit à convertir la présomption en discrimination caractérisée. C'est en l'absence de justification raisonnable et objective que le Comité des droits de l'homme conclut à la violation de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dans l'affaire *Rosalind Williams Lecraft* en 2009¹⁵⁴. De même, c'est parce qu'elle ne fut pas convaincue des justifications avancées en défense que la Cour administrative suprême de Finlande condamna les pratiques du *Helsingin poliisilaitoksen* en 2022. Chose notable, l'arrêt de la juridiction finlandaise fut précisément rendu après avoir explicitement visé les arrêts *Timichev c. Russie* et *Lingurar c. Roumanie* de la Cour ainsi que les constatations de 2009 du Comité onusien¹⁵⁵. En l'occurrence, l'argument de la lutte contre la prostitution ne pouvait convaincre dès lors que les requérantes furent interpellées après que leur ami, supposé client potentiel par les agents de police, les avait quittées. Par ailleurs, aucun lien ne put être établi en défense entre le contenu d'un signalement reçu par les policiers relatif à la présence de prostituées dans la zone en question et les caractéristiques physiques des requérantes, mis à part leur couleur de peau¹⁵⁶. Dans un raisonnement exemplaire, la Cour administrative suprême considère « que la police n'a fourni aucun élément sur la base duquel il serait possible de conclure que la mesure de contrôle visant les requérantes n'était pas fondée uniquement ou dans une mesure décisive sur l'origine ethnique réelle ou supposée. Dans les circonstances de l'espèce, [...] le ciblage des requérantes et leur interpellation ne peut être considéré comme un moyen proportionné de surveillance de la prostitution de rue et *la police n'a donc pas réussi à renverser la présomption de discrimination* instaurée »¹⁵⁷. C'est parce que ce raisonnement est classique et fondé sur une jurisprudence européenne solidement établie qu'il était encore embrassé par la Cour d'appel

¹⁵¹ *Biao*, précité, § 138.

¹⁵² *D.H. et al.*, précité, § 196, *Sejdić et Finci* précité, § 44 et *Biao*, précité, § 114.

¹⁵³ Cour d'appel de La Haye, *Koninklijke Marechaussee*, précité, § 1.3 et §§ 8.20 à 8.24.

¹⁵⁴ *Rosalind Williams Lecraft*, précité, § 7.4.

¹⁵⁵ Cour administrative suprême de Finlande, *Helsingin poliisilaitoksen*, précité, visas et §§ 39-40.

¹⁵⁶ *Ibid.*, § 46.

¹⁵⁷ *Ibid.*, § 47 (notre traduction).

de La Haye pour condamner la maréchaussée royale : « The State has not demonstrated such *weighty reasons*. This means that the [*Koninklijke Marechaussee*] is guilty of racial discrimination, which is prohibited »¹⁵⁸. Les décisions de condamnation rendues en 2021 par les juridictions civiles françaises appliquent également ce principe¹⁵⁹.

Le paradoxe réside alors dans le fait que la jurisprudence européenne, amplement convoquée pour soutenir les décisions de condamnation aux Pays-Bas et en Finlande, ne trouve pas de prolongement favorable dans les récents arrêts *Basu* et *Muhammad*. L'examen des justifications fut, en effet, évincé dans l'arrêt *Basu* où la Cour s'est satisfaite de la violation du volet procédural de l'article 8, au grand dam du juge Pavli. Pour ce dernier, l'opération de justification fut écartée sans raison¹⁶⁰ et l'absence de justification apportée par l'État défendeur était manifeste. Un flou complet entourait deux considérations cruciales : d'une part, sur quelle base le contrôle du requérant et de sa fille avait-il spécifiquement été déclenché ? D'autre part, sur quelle base les contrôles effectués en application de la section 23(1)(3) du *Bundespolizeigesetz* sont-ils, plus généralement, conduits ? Aucune réponse n'était apportée hormis le fait que les contrôles étaient présentés comme aléatoires¹⁶¹. Au juge Pavli de conclure, en dissidence et à titre minoritaire : « The respondent Government have therefore been unable to rebut the presumption of direct discrimination on grounds of skin colour, by pointing to any objective, reasonable and colour-blind grounds for the differentiated treatment »¹⁶². Logiquement, il en découlait selon lui une violation substantielle de l'article 14 combiné à l'article 8. D'autres errements sont observables dans l'arrêt *Muhammad* relativement à ce second temps probatoire, notamment une appréciation étonnante des éléments à rapporter par les autorités nationales au titre de la justification de la différence de traitement. Pour la Cour, « when it is alleged that a certain act of discrimination (in particular, a violent act) was motivated by racial prejudice, the Government cannot be required to *prove the absence of a particular subjective attitude* on the part of the person/persons concerned »¹⁶³. De cela, il n'était en réalité pas question. La conclusion à laquelle parvient la Cour laisse ainsi la sensation d'une flèche qui se trompe de cible : « In sum, having assessed all the relevant elements, the Court does not consider that it has been established that *racist attitudes played a role* in the applicant's identity check by the police and his arrest in that context »¹⁶⁴.

¹⁵⁸ Cour d'appel de La Haye, *Koninklijke Marechaussee*, précité, § 1.3, puis §§ 8.19 à 8.24.

¹⁵⁹ Voy. Cour d'appel de Paris, 8 juin 2021, *Mamadou C.*, n° 19/00872 : « En définitive, alors que l'appelant justifie d'éléments de fait laissant présumer l'existence d'une discrimination, l'agent judiciaire de l'État ne démontre ni l'absence de différence de traitement ni que celle-ci est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ». Voy. aussi Cour d'appel de Paris, 8 juin 2021, *Ilyas H.*, n° 19/00865.

¹⁶⁰ Opinion partiellement dissidente du juge Pavli, sous *Basu*, précité, § 7.

¹⁶¹ *Ibid.*, § 17.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ *Muhammad*, précité, § 95 (nous soulignons).

¹⁶⁴ *Ibid.*, § 102.

Une fois de plus, le raisonnement des juridictions nationales offre un contraste singulier. Tant la Cour administrative suprême de Finlande en 2022 que la Cour d'appel de La Haye en 2023 déclinent avec rigueur le contrôle de proportionnalité qui structure l'examen de la justification. Là réside un troisième principe classique : la justification de la différence de traitement ne peut être admise qu'après examen méthodique de l'objectif poursuivi par le traitement mis en cause et des moyens employés. Si l'objectif doit, certes, être considéré légitime, ce point ne fait que rarement défaut dans le cadre des contrôles d'identité dès lors qu'ils sont juridiquement fondés sur les missions de préservation de la sécurité publique, de maintien de l'ordre, de lutte contre l'immigration irrégulière ou encore de lutte contre la criminalité¹⁶⁵. C'est davantage sur le caractère nécessaire et approprié des moyens employés, à savoir l'interpellation, éventuellement doublée d'une fouille, d'une contrainte physique, voire d'une arrestation, que l'attention des juridictions doit se concentrer¹⁶⁶.

Dans l'affaire finlandaise, la Cour administrative suprême considéra ainsi qu'il était « acceptable » que la patrouille de police ait « prêté attention » aux requérantes dès lors qu'elles s'entretenaient avec un homme – perçu comme blanc – dans un secteur de la ville où exerçaient des travailleuses du sexe – majoritairement d'origine africaine¹⁶⁷. En revanche, s'ils avaient bien une « raison justifiée *d'observer* »¹⁶⁸ les requérantes, puisque la situation pouvait sembler relever de faits de prostitution de rue sur la base des informations contextuelles dont les policiers disposaient, ils n'en avaient aucune de procéder aux contrôles après le départ de l'homme en question¹⁶⁹. En clair, l'observation pouvait être nécessaire et appropriée, mais non l'interpellation. La Cour d'appel de La Haye, qui s'engagea à titre subsidiaire¹⁷⁰ dans l'examen de la justification des contrôles auxquels procédait la maréchaussée royale aux Pays-Bas, parvint à une conclusion identique. La corrélation établie en défense entre les caractéristiques ethnique ou raciale et la nationalité, censée justifier l'attention portée aux personnes contrôlées, n'était soutenue par aucune donnée concrète. Dans quelle proportion cette corrélation était-elle pertinente ? À défaut de réponse convaincante, le ciblage des individus sur la base de leurs caractéristiques ethniques ou raciales n'était pas un moyen nécessaire et approprié afin d'atteindre l'objectif légitime de lutte contre l'immigration irrégulière aux Pays-Bas¹⁷¹.

¹⁶⁵ Sur la surveillance de la prostitution de rue et la lutte contre l'immigration irrégulière comme objectifs légitimes, voy. Cour administrative suprême de Finlande, *Helsingin poliisilaitoksen*, précité, § 34. Sur la lutte contre le trafic d'êtres humains et la lutte contre l'immigration irrégulière comme objectifs légitimes, voy. Cour d'appel de La Haye, *Koninklijke Marechaussee*, précité, § 1.1., § 5.4 et § 8.23. Plus largement, voy. aussi *Rosalind Williams Lecraft*, précité, § 7.1.

¹⁶⁶ Pour un rappel en ce sens voy. Cour administrative suprême de Finlande, *Helsingin poliisilaitoksen*, précité, §§ 13 et 35-36.

¹⁶⁷ *Ibid.*, §§ 42-44.

¹⁶⁸ *Ibid.*, § 44.

¹⁶⁹ *Ibid.*, § 45.

¹⁷⁰ Cour d'appel de La Haye, *Koninklijke Marechaussee*, précité, §§ 8.20-8.21.

¹⁷¹ *Ibid.*, §§ 8.21-8.22.

Ces décisions des juridictions internes s'inscrivent, en de nombreux points, en filiation de la jurisprudence *Gillan et Quinton* de la Cour européenne¹⁷². Cette affaire mettait en cause des contrôles de police de plusieurs dizaines de minutes subis par un manifestant en amont d'un rassemblement et par une journaliste. Ces contrôles, fondés sur la recherche d'infraction à caractère terroriste, reposaient légalement sur un pouvoir discrétionnaire quasi absolu des forces de l'ordre, que la Cour sanctionna au titre de l'article 8 et aux motifs suivants : « in the Court's view, there is a clear risk of arbitrariness in the grant of such a broad discretion to the police officer. While the present cases do not concern black applicants or those of Asian origin, the risks of the discriminatory use of the powers against such persons is a very real consideration [...]. The available statistics show that black and Asian persons are disproportionately affected by the powers »¹⁷³. Les rapports et études statistiques produits en nombre par les requérants dans les arrêts *Basu* et *Muhammad* furent, eux, écartés sans grande considération. Pour retenir dans *Gillan et Quinton* que le cadre juridique des contrôles au titre de la législation antiterroriste était insuffisamment circonscrit, la Cour relevait encore que, si des voies contentieuses existaient bel et bien pour contester lesdits contrôles, celles-ci étaient en grande partie ineffectives puisque, « en l'absence de toute obligation pour l'officier ayant procédé au contrôle de préciser la suspicion raisonnable » l'ayant conduit à intervenir, « il est probable qu'il serait trop difficile, voire impossible, de démontrer pour le requérant que le pouvoir a été exercé à tort »¹⁷⁴. Un prolongement de cette jurisprudence aurait pu être espéré en octobre 2022 en ancrant davantage le raisonnement sur l'obligation de justification du contrôle en défense.

En définitive, c'est au terme d'un examen de proportionnalité rigoureux, destiné à éprouver le caractère raisonnable de la discrétion – et non du pouvoir arbitraire – consentie aux agents de l'État, et au regard de l'objectif légitime reconnu, que peuvent être distingués, d'un côté, les prétextes avancés en défense et, de l'autre, les éléments objectifs justifiant la pratique mise en cause pour renverser la présomption de discrimination. Au titre de la première catégorie, il est possible de relever les éléments suivants : d'autres individus que les requérants ont également été contrôlés, *a fortiori* si rien ne démontre l'absence de caractère discriminatoire de ces autres contrôles¹⁷⁵ ; inversement, d'autres personnes racisées n'ont pas été contrôlées¹⁷⁶ ; aucune intention discriminatoire ou motivation raciste des agents en cause n'a été établie¹⁷⁷ ; le contrôle s'est déroulé sans être accompagné de propos humiliants ou insultants¹⁷⁸ ; peu de condamnations ont été prononcées par le passé

¹⁷² *Gillan et Quinton*, précité.

¹⁷³ *Ibid.*, § 85.

¹⁷⁴ *Ibid.*, § 86.

¹⁷⁵ En ce sens, voy. l'opinion partiellement dissidente du juge Pavli sous *Basu*, précité, §§ 16-17.

¹⁷⁶ En ce sens, voy. l'argumentation du gouvernement espagnol in *Muhammad*, précité, § 82.

¹⁷⁷ En ce sens, voy. l'opinion partiellement dissidente du juge Pavli sous *Basu*, précité, §§ 16-17 et *Muhammad*, précité, § 99.

¹⁷⁸ Cour d'appel de Paris, 24 juin 2015, *Averdie M.*, n° 13/24277, *Elizé N.*, n° 13/24255, *Régis A.*, n° 13/24300, *Armel A.*, n° 13/24261, et *Nadir Z.*, n° 13/24262.

concernant l'activité discriminatoire des forces de police¹⁷⁹ ; les suites du contrôle mis en cause ont permis de révéler une infraction¹⁸⁰. Au titre des éléments objectifs pertinents figureront, à l'inverse, les éléments suivants : le contrôle a été motivé uniquement sur la base d'une suspicion raisonnable d'illégalité forgée par d'autres facteurs que les caractéristiques physiques de la personne interpellée¹⁸¹ ; ledit contrôle est *a minima* fondé sur le comportement de l'individu ciblé ou sur un signalement d'un suspect recherché dont les caractéristiques physiques pourraient correspondre à celles de la personne contrôlée¹⁸².

*

Les dérives discriminatoires des contrôles d'identité sont aujourd'hui bien documentées et dénoncées par de nombreuses instances indépendantes qu'elles soient nationales, européennes ou internationales. Loin d'être anodines, ces dérives constituent des violations des droits humains qui contribuent à la stigmatisation de groupes minoritaires. Face aux nombreuses insuffisances des réponses juridiques qui y sont apportées, notamment dans la mise en place des dispositifs juridiques encadrant de manière adéquate les contrôles d'identité, les contentieux stratégiques se développent pour obtenir réparation. L'interdiction de la discrimination est alors mobilisée au cœur de ces actions judiciaires dans lesquelles les enjeux de preuve se révèlent centraux. Les arrêts *Basu* et *Muhammad* rendus en octobre 2022 par la Cour européenne des droits de l'homme ne nous semblent pas à la hauteur de ces enjeux. Tout en posant l'exigence d'une obligation d'enquête effective au titre de l'article 8 de la Convention, une garantie procédurale essentielle qui devrait lever un obstacle majeur à la judiciarisation des contrôles de police, la Cour malmène ce principe dans les cas d'espèce ainsi que celui de l'aménagement de la charge de la preuve qu'elle avait pourtant clairement développé par le passé. La clairvoyance des opinions dissidentes et le développement des jurisprudences nationales qui prennent au sérieux les défis que ces contrôles discriminatoires posent à l'État de droit marquent, espérons-le, un tournant décisif que la Cour européenne choisira à l'avenir d'emprunter.

¹⁷⁹ En ce sens, voy. l'argumentation du gouvernement espagnol *in Muhammad*, précité, § 87.

¹⁸⁰ En ce sens, voy. Cour administrative suprême de Finlande, *Helsingin poliisilaitoksen*, précité, § 18.

¹⁸¹ En ce sens, voy. l'opinion partiellement dissidente du juge Pavli sous *Basu*, précité, § 20.

¹⁸² *Ibid.*