Le triple test est-il vraiment central à la protection constitutionnelle des libertés ? Observations sur un standard de contrôle à géométrie variable

Laurie Marguet

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/revdh/12490>

DOI : 10.4000/revdh.12490

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Laurie Marguet, « Le triple test est-il vraiment central à la protection constitutionnelle des libertés ? Observations sur un standard de contrôle à géométrie variable », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 20 | 2021, mis en ligne le 29 juin 2021, consulté le 07 juillet 2021. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/12490> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.12490>

Ce document a été généré automatiquement le 7 juillet 2021.

Tous droits réservés

Le triple test est-il vraiment central à la protection constitutionnelle des libertés ? Observations sur un standard de contrôle à géométrie variable

Laurie Marguet

Introduction

- ¹ Le « triple test » est le nom donné au contrôle le plus poussé que réalise le Conseil constitutionnel ; c'est qu'en effet, le Conseil peut moduler l'intensité de son contrôle. Schématiquement, différents niveaux d'intensité peuvent ainsi être distingués - soulignons, malgré tout, qu'en réalité, analyser l'intensité du contrôle exercé par le Conseil est bien plus difficile que ce que suggèrent les prochaines lignes. Au premier niveau se trouve le contrôle le plus faible : le conseil utilise son « *totem anti-gouvernement des juges* »¹ c'est-à-dire qu'il estime que « *le conseil ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation de même nature que celui du Parlement* ». Au deuxième niveau se trouve le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation : le conseil examine si les modalités retenues par la loi « ne [sont] pas manifestement inappropriée » au but poursuivi par le législateur ou s'il n'y a pas de « disproportion manifeste » entre les « avantages » de la mesure mise en place et ses « inconvénients » (à savoir l'atteinte aux libertés critiquée dans le cadre de la QPC)². Au troisième niveau se trouve un panel plus diversifié de techniques de contrôle mobilisées notamment au gré des libertés en cause : le conseil peut alors être amené à vérifier si la limitation est justifiée par l'intérêt général et qu'elle est proportionnée à l'objectif poursuivi ; si aucune exigence constitutionnelle n'est affectée par la disposition législative examinée ; si le texte législatif ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles ou si le droit (ou la liberté) en cause n'est pas dénaturé³. Le quatrième niveau est, quant à lui, constitué par le triple

test⁴. Ce contrôle est présenté par plusieurs auteurs comme hérité de la Cour constitutionnelle allemande⁵ et/ou de la jurisprudence européenne⁶. Ce test consiste, *en théorie* (mais là encore, la réalité concrète du contrôle exercé est bien plus obscure - comme nous le verrons - que ne le sous-entend ce paragraphe) à vérifier, en trois étapes, si la mesure en cause est « adapté[e], nécessaire et proportionné[e] au but poursuivi ». La première étape s'attache ainsi à vérifier l'adaptation de la mesure à l'objectif recherché par le législateur ; l'adaptation semblant consensuellement définie comme l'aptitude de la disposition à « *atteindre le but poursuivi par le législateur* »⁷. La deuxième étape entend contrôler la nécessité de la mesure, ce qui suppose de vérifier qu'aucune « *alternative moins contraignante* »⁸ n'existait pour atteindre le but fixé par le législateur. Quant à la troisième étape, il s'agit d'examiner la proportionnalité de la mesure, c'est-à-dire - pour résumer sommairement une notion par ailleurs complexe - son caractère « *non-excessif* »⁹. Le triple test est une technique déployée par le Conseil depuis la décision DC n°2008-532¹⁰ et reprise depuis, maintes fois, dans le cadre du contrôle *a priori* puis *a posteriori*. Au regard de cette brève définition, cette technique, suppose, donc, en principe, la mise en œuvre d'un contrôle exigeant et complexe, qui peut être schématisé de la manière suivante :

- 2 Non sans faire, par ailleurs, l'objet de critiques quant à sa mise en œuvre¹¹, le triple test est classiquement présenté comme le contrôle le plus approfondi que le Conseil peut réaliser. Ainsi, à son propos, on peut lire qu'il s'agit d'un « *contrôle exigeant : la décomposition du test (...) entre trois contrôles distincts, bien que complémentaires, est l'expression [...] d'un contrôle approfondi et harmonisé avec le standard européen [...] ce triple test constitue un obstacle juridique de taille pour une mesure législative* »¹² ; que « *le conseil constitutionnel a approfondi [par le triple test] son contrôle* »¹³, que ce type de contrôle « *est censé permettre une protection renforcée des libertés en cause* »¹⁴ ou encore qu'ont été réalisées, grâce au triple test, plusieurs « *hardiesses contentieuses* »¹⁵.
- 3 Au regard de ces quelques citations doctrinales, il apparaît dès lors utile de revoir à nouveaux frais - à l'aune d'une analyse *exhaustive* des QPC prétendant réaliser un triple test¹⁶ - l'affirmation selon laquelle le contrôle exercé dans le cadre du triple test serait un contrôle approfondi susceptible de renforcer la protection accordée aux libertés fondamentales invocables dans le cadre du contentieux *a posteriori*. À titre liminaire, il apparaît, par ailleurs, également intéressant de lier cette réflexion aux débats relatifs au « statut » du Conseil constitutionnel.

- 4 Non pas qu'il s'agisse ici de revenir sur les débats bien connus¹⁷ relatifs à son caractère juridictionnel (et aux questions de composition et autres aspects procéduraux qui l'accompagnent¹⁸) mais bien davantage sur les controverses plus récentes¹⁹ quant à sa position (et à son rôle) sur la scène internationale et nationale. Ces controverses, comme certains auteurs l'ont déjà montré²⁰ n'ont pas directement trait à la question de savoir si le Conseil est, sur le plan strictement juridique, une juridiction - un consensus semblant désormais exister sur son caractère juridictionnel - mais davantage sur celle de savoir s'il peut prétendre être une « véritable » Cour constitutionnelle²¹, non pas seulement au niveau strictement juridique mais également politique et institutionnel. La question n'est dès lors pas tant celle de savoir si, sur le plan procédural, formel et institutionnel, il remplit les critères *stricto sensu* juridiques lui permettant d'être considéré comme une « juridiction » que celle de savoir si la manière dont il agit à l'égard du pouvoir politique, dont il est considéré par les citoyens français (sur la scène nationale) et par ses homologues européens (sur la scène internationale) lui permettent d'être considéré comme une Cour comparable aux autres « grandes » Cours européennes (à l'instar de la Cour allemande, italienne ou espagnole)²².
- 5 Ainsi, dans ces nouvelles discussions, il est, d'une part, question de la place du Conseil au niveau national et de la manière dont il est perçu²³. Mais il est aussi, d'autre part, question de la place du Conseil au niveau international²⁴. Les critères permettant de déterminer ce qui permettrait au Conseil de se placer au cœur du débat public ; de devenir le symbole de la conscience juridique des Français, d'être une « vraie » Cour constitutionnelle voire, *in fine*, une Cour de référence pour ses homologues européens ne sont bien évidemment pas déterminés (et déterminables) avec certitude. Il ne s'agira d'ailleurs pas ici de tenter de les identifier « en tant que tels ». Il s'agira bien davantage de s'intéresser (toujours à titre introductif) aux critères qui, dans le discours institutionnel et doctrinal, sont pensés comme *pouvant* lui permettre d'atteindre un tel objectif.
- 6 Dans le discours institutionnel, le Conseil se pense *déjà* comme une Cour constitutionnelle²⁵ et c'est son statut de « Cour de référence » qui est revendiqué. Afin de continuer à « *s'affirmer sans cesse* » comme telle, l'actuel Président du Conseil constitutionnel Laurent Fabius, développe trois points²⁶ : un élément « formel » relatif à l'importance de la simplification de ses décisions et à l'oralité lors des audiences QPC ; un élément « relationnel » relatif à l'importance du déploiement de son activité internationale et de ses échanges avec les autres Cours constitutionnelles et européennes ; un élément de « visibilité » relatif à l'importance d'accroître son rayonnement dans la société civile²⁷.
- 7 Dans le discours doctrinal²⁸, plusieurs critères considérés comme nécessaires à l'obtention d'un tel statut²⁹ : là encore un critère formel relatif à la nécessaire clarté de l'argumentation mobilisée par le Conseil et de la motivation retranscrite³⁰ ; ensuite, un critère organique relatif à la composition du Conseil (détachée de tout lien avec le politique)³¹ ; enfin, un critère substantiel relatif au contenu de la jurisprudence du Conseil nécessairement « courageuse »³² ou « audacieuse »³³, notamment en matière de protection des libertés fondamentales³⁴.
- 8 Il est intéressant d'observer que le discours institutionnel se concentre avant tout sur des critères non strictement juridiques. En effet, sur trois critères, deux concernent des éléments « relationnels » et de « visibilité ». Le discours institutionnel insiste ainsi sur la nécessité de renforcer les liens avec les autres Cours constitutionnelles européennes,

les Cours européennes et les citoyens ; le droit étant pensé comme un « *outil de rayonnement international* », le dialogue comme un moyen de « *peser* » sur la sphère juridique internationale³⁵. Quant au critère formel, il s'agit en réalité, là encore, d'un critère de « *visibilité* » (fondé sur une logique « *des apparences* ») ; l'important étant, selon Laurent Fabius, de ne « *laisser plus penser* » que le Conseil décerne un blanc-seing de constitutionnalité³⁶.

- 9 Dans le discours doctrinal, les critères évoqués sont davantage juridiques, en lien avec le raisonnement tenu par le Conseil et le « contenu » de sa décision. Une « vraie » Cour constitutionnelle (c'est-à-dire une Cour comparable à ses homologues européens) ne simplifie pas seulement la rédaction des décisions qu'elle rend mais *motive* en profondeur ses décisions et met en lumière le raisonnement suivi³⁷ ; elle ne maintient pas le « flou »³⁸ mais fait preuve d'audace ou de courage non pas tant quant au sens de la décision qu'au raisonnement tenu et n'a pas peur « *d'enrichir le débat constitutionnel* »³⁹.
- 10 Sur ce point, il convient d'insister sur le fait qu'il est évident que, formellement, le statut de « Cour » du Conseil ne dépend pas de la substance de sa jurisprudence, du contenu de ses décisions ou des techniques mises en œuvre. Ainsi, même si la Cour de cassation rend une décision lacunaire, voire incompréhensible, elle n'en restera pas moins une Cour dont la décision rendue sera soumise à l'autorité de la chose jugée⁴⁰. Cela étant, il semble malgré tout difficile de pouvoir considérer que le Conseil puisse faire partie du cercle des « cours constitutionnelles » européennes, voire devenir lui-même une « Cour de référence », sans le déploiement d'un contrôle juridiquement, formellement et substantiellement exigeant. D'ailleurs, c'est bien pour des raisons substantielles - en raison du contrôle (pour la première fois approfondi) exercé par le Conseil constitutionnel - que Robert Badinter, se réjouit en 1971 que celui-ci sorte enfin de son carcan pour exercer un « *contrôle juridictionnel* »⁴¹. Il est donc possible de tisser un lien (non suffisant mais intéressant) entre « statut » et « contenu du contrôle » du Conseil constitutionnel.
- 11 Sur ce point, force est néanmoins d'observer que si ce statut international devait effectivement dépendre de l'intensité de son contrôle de proportionnalité, il ressort du traitement quantitatif des données disponibles qu'il semble difficile de le considérer comme tel tant l'intensité du contrôle apparaît à première vue faible.

Tableau : Finalité du triple test

Sort réservé au TT	Nombre de QPC	% sur l'ensemble des QPC (734)	% Sur les QPC qui mobilisent le TT
Existence (formelle) de la formule consacrée ⁴² du « triple test »	27 ⁴³	3,67%	100%
Portée du triple test			
• Censure de la disposition en raison du triple test	10 ⁴⁴	1,36%	37,03%
• Réserve d'interprétation dans le cadre du triple test	5 ⁴⁵	0,68%	18,51%

• Aucun censure ou réserve d'interprétation	12 ⁴⁶	1,63%	44,44%
---	------------------	-------	--------

- 12 Force est d'observer que sur 734 décisions, le Conseil constitutionnel ne met en œuvre le triple test que dans 27 QPC, c'est à dire à hauteur de 3,7% du nombre total de décisions (soit dans une proportion non significative au sens statistique du terme). Plus encore, le triple test n'impacte directement la disposition législative (que ce soit en entraînant sa censure ou en la formulation d'une réserve d'interprétation à son égard) que dans 15 QPC, soit 2,04 % des décisions rendues dans le cadre du contrôle *a posteriori*. Non pas que l'absence de censure ou de réserve d'interprétation signifie que le Conseil constitutionnel n'a pas exercé de contrôle approfondi. Il peut bien sûr avoir examiné avec intensité la disposition en cause avant de conclure à sa conformité à la Constitution (et ce, sans formuler de réserve). Cela étant, le seul fait qu'il ne recourt à son contrôle de proportionnalité le plus abouti que dans 3,7 % des QPC et que cela n'entraîne la censure (ou une réserve d'interprétation) que dans 2 % des cas de figure permet là encore de formuler l'hypothèse selon laquelle que le Conseil constitutionnel ne déploie pas une jurisprudence particulièrement « audacieuse » qui en contraignant ou limitant spécialement l'action du pouvoir législatif, tant il apparaît que la mise en œuvre du triple test demeure rare. Il ressort de l'analyse *quantitative* des données disponibles que le législateur n'a *a priori* que peu à craindre de l'activation du triple test.
- 13 Si le statut du Conseil devait dépendre ici de sa hardiesse à déployer son contrôle le plus approfondi de proportionnalité, il ne serait que difficilement qualifiable de « cour de référence » et difficilement comparable - bien qu'il soit désormais membre de la conférence des Cours constitutionnelles européennes⁴⁷ - aux autres « véritables » Cours constitutionnelles. Le point de départ de cette étude est ainsi aussi simple que banal : le Conseil ne déploie que peu son contrôle approfondi. Face à un tel constat, l'objectif de cette étude sera double. En premier lieu elle entend mettre en lumière la difficile identification des critères - outre celui relatif aux griefs évoqués - qui permettent d'expliquer les raisons pour lesquelles le Conseil mobilise ou non le triple test. Il s'agira donc répondre à la question de savoir « pourquoi » le Conseil ne déploie le triple test que dans certains cas de figure (I). En second lieu, elle entend confirmer, par une analyse statistique exhaustive, le flou qui entoure le contrôle mis en place par le Conseil dans les rares cas où il mobilise le triple test. Il s'agira alors d'essayer de répondre à la question de savoir « comment », le cas échéant, le Conseil déploie le triple test (II).

I-Les critères flous de mobilisation du triple test

- 14 La question de l'identification des critères de mobilisation du triple test est, à première vue, susceptible d'étonner tant la réponse apparaît évidente : le triple test est mobilisé lorsque la violation de certains droits et libertés en particulier est invoquée (A). Cependant, un tel constat ne permet pas d'expliquer les raisons pour lesquelles seule la violation de certains droits et libertés permet d'enclencher le contrôle le plus abouti de proportionnalité. Plus encore, il faut souligner que face aux griefs tirés de la

méconnaissance de ces droits et libertés, le Conseil ne mobilise pas toujours le triple test ; rendant alors confus les critères de mobilisation dudit test (B).

A. Un critère *a priori* évident : une mobilisation liée aux griefs invoqués

- 15 En QPC, le triple test n'est mobilisé que dans deux cas de figure : en premier lieu, lorsqu'est invoqué le grief tiré de la violation de la liberté d'expression et, en second lieu, lorsqu'est invoqué celui tiré de la violation de la liberté individuelle et/ou de l'article 66. Pourquoi le triple test n'est-il mobilisé que dans ces deux seuls cas de figure ? Faut-il alors supposer que le Conseil *hiérarchise* entre les différents droits et libertés et considère celles-ci comme particulièrement importantes, au point qu'il leur *réserve* son contrôle le plus approfondi ? A propos de la liberté d'expression, il énonce d'ailleurs que « *son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés* ». Cependant, bien qu'évidemment fondamentaux, comment expliquer, malgré tout, que la liberté individuelle et la liberté d'expression méritent davantage de protection que le droit au respect de la vie privée ou les droits de la défense ? Rien ne permet *a priori* de le déterminer.
- 16 Si hiérarchie matérielle entre les droits et libertés il y a, il faut néanmoins observer que ce n'est pas la même que celle qui a pu être ébauchée dans le cadre de notre analyse sur les moyens soulevés d'office⁴⁸. En effet, il est ressorti de l'analyse sur les moyens soulevés d'office que le Conseil avait plutôt tendance à soulever d'office les moyens tirés de la violation de l'article 16 de la DDHC ou le grief tiré de la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence. C'est donc ces deux types de moyens qui semblent, dans ce cadre, mériter l'attention particulière du Conseil. La possible invocation inégalitaire de ces griefs par les requérants est-elle susceptible d'expliquer ce décalage ? Peut-être les griefs tirés de la violation de la liberté d'expression et de la liberté individuelle sont-ils plus souvent invoqués que ceux relatifs à la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ou de l'article 16 DDHC ? Ces différences expliqueraient que le Conseil soit « contraint » de soulever certains griefs plus que d'autres. Les données disponibles ne permettent toutefois ni de valider ni d'infirmer une telle hypothèse dans la mesure où il ressort de nos statistiques que 32,3% des QPC⁴⁹ invoquent le grief tiré de la violation des droits de la défense, 18,4% celui relatif à la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence et 22,5% la violation d'une liberté invoquée dans sa dimension individuelle (ce qui inclut à la fois la liberté d'expression et la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution). Les calculs réalisés ne sont dès lors pas assez précis pour pouvoir identifier avec précision le nombre de fois où l'article 11 DDHC (liberté d'expression), l'article 66 de la Constitution (liberté individuelle), l'article 16 DDHC (droits de la défense ou principe de sécurité juridique) ou l'article 34 de la Constitution (méconnaissance par le législateur de sa propre compétence) sont invoqués.
- 17 En l'état de la recherche, il ne découlerait donc pas d'une analyse combinée de la mobilisation par le Conseil constitutionnel des moyens soulevés d'office et du triple test de conclusion franche, au sens d'une possible hiérarchisation (matérielle) univoque des droits et libertés que la Constitution garantit. Il apparaît cependant que dans le cadre du triple test, le Conseil réserve son contrôle (en théorie) le plus abouti à la protection de la liberté d'expression et de la liberté individuelle. Sur ce point, il importe de

s'interroger sur un éventuel élargissement des griefs susceptibles d'activer la mobiliser du triple test. En effet, certains indices suggèrent que le triple test ne serait, en réalité, pas réservé à l'examen du grief tiré de la liberté individuelle ou de la liberté d'expression.

- 18 En ce qui concerne tout d'abord l'élargissement du grief tiré de la méconnaissance de la liberté individuelle, il convient d'attirer l'attention sur le pluriel utilisé parfois dans l'un des considérants de principe relatifs à l'article 66 de la Constitution⁵⁰. Dans ce considérant de principe, le Conseil énonce que la mesure en cause « doit respecter le principe, résultant de l'article 66 de la Constitution, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit pas nécessaire ; qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la protection de la santé des personnes souffrant de troubles mentaux ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, ainsi que la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire ; que les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis ». Une lecture stricte d'un tel considérant conduit à penser que le triple test doit être réalisé à l'égard non seulement de la liberté individuelle mais aussi de la liberté d'aller et venir et du respect à la vie privée. Rien de tel n'est cependant explicité en ce sens dans le corps de la décision. Au contraire, nous le verrons, le contrôle exercé dans les QPC comprenant ce considérant est relativement obscur, les étapes du triple test n'étant pas explicitées⁵¹. Malgré l'usage du pluriel, il ne semble pas que la liberté d'aller et venir et/ou le droit au respect de la vie privée entre ainsi dans la liste des droits ou des libertés qui enclenchent, dans les faits, la réalisation d'un triple test.
- 19 Pourtant, dans le cadre du contrôle *a priori*, un tel élargissement (de la catégorie des griefs susceptibles d'activer la réalisation d'un triple test) est manifestement à l'œuvre. En effet, la liberté personnelle semble bénéficier, depuis peu, de la protection du triple test. Ainsi, dans la DC n°2020-805, le Conseil énonce que les mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine « bien que dépourvue de caractère punitif, [...] doi[vent] respecter le principe, résultant des articles 2, 4 et 9 de la Déclaration de 1789, selon lequel la liberté personnelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire. Il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, l'exercice des droits et libertés constitutionnellement garantis. Au nombre de ceux-ci figurent la liberté d'aller et de venir, composante de la liberté personnelle, le droit au respect de la vie privée protégé par l'article 2 de la Déclaration de 1789 et le droit de mener une vie familiale normale qui résulte du dixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Les atteintes portées à l'exercice de ces droits et libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivie »⁵². Certains auteurs ont ainsi considéré que la liberté personnelle comptait désormais parmi les droits et libertés soumis au triple test⁵³. On observe, par ailleurs que la formulation de ce paragraphe est très proche de celle qui existe dans le considérant de principe relatif à l'article 66 mentionné ci-dessus. On retrouve ainsi dans la décision DC n°2020-805 l'usage du pluriel dans la phrase annonçant le triple test ; pluriel suggérant, de nouveau, que non seulement la liberté personnelle mais

également le droit au respect de la vie privée et de mener une vie familiale normale devraient également être protégés par la réalisation d'un triple test.

- 20 L'admission de la liberté personnelle comme grief susceptible d'enclencher le triple test dans le cadre du contrôle *a priori* est-elle une prémisse de l'élargissement, dans le cadre du contrôle *a posteriori*, des moyens activant ledit test ? Cet élargissement vaut-il, dans le contentieux *a priori* et *a posteriori*, également, pour la liberté d'aller et venir et le droit à la vie privée et à la vie familiale normale ? Peu de matériaux nous permettent de comprendre ce possible rapprochement entre les jurisprudences DC et QPC en ce qui concerne l'extension de la liste des libertés à même d'entraîner la réalisation d'un triple test ; seules des interrogations demeurent... Ces différents éléments suggèrent malgré tout que cette liste n'est pas figée et que le Conseil garde la main sur (et laisse la porte ouverte à) son éventuelle extension.
- 21 En ce qui concerne ensuite l'élargissement du grief tiré de la méconnaissance de la liberté d'expression, il faut rappeler que dans le cadre du contrôle *a priori* le Conseil a pu opter pour une acception large de la liberté d'expression. Il applique en effet le triple test non seulement (ce qui est également le cas dans le cadre du contrôle *a posteriori*⁵⁴) à la liberté de communication⁵⁵ mais aussi au droit d'expression collective des idées et opinions⁵⁶ qui en découle (c'est-à-dire à la liberté de manifestation). Mais il n'en est rien en QPC. En effet, lorsque ce n'est pas la liberté d'expression ou de communication *stricto sensu* (c'est-à-dire individuelle) qui est invoquée, le Conseil n'annonce pas réaliser un triple test⁵⁷. Il a dès lors manifestement une compréhension plus restrictive de la liberté d'expression dans le cadre de son contrôle *a posteriori* qu'*a priori*.
- 22 Même si un élargissement de la liste des griefs susceptibles d'entraîner l'activation du triple test n'est pas à exclure, c'est donc apparemment bien, en droit positif, un critère simple qui explique la mobilisation dans le cadre QPC par le Conseil du triple test : la présence d'un moyen relatif à la liberté d'expression ou à la liberté individuelle.
- 23 Partant, l'existence (ou l'absence) du triple test devrait exclusivement s'expliquer par le contenu de la saisine des requérants : lorsqu'est invoquée la liberté d'expression (ou de communication) ou la liberté individuelle, le Conseil réalisera un triple test ; lorsque tel n'est pas le cas, il n'y aura pas de triple test.... et pourtant non seulement rien de ne permet de comprendre pourquoi il cantonne la mobilisation du triple test à ces deux seuls griefs mais, qui plus est, il lui arrive de ne pas développer de triple test alors même que les libertés invoquées *auraient dû* (ie. étaient « censées ») conduire à la mise en œuvre de ce contrôle spécifique. Ainsi non seulement la mobilisation du triple test découle d'un *choix* du Conseil constitutionnel (celui de cantonner la réalisation de ce test à deux uniques griefs) mais, qui plus est, ce *choix* n'est pas systématique, et partant, se révèle difficilement explicable.

B. Un critère *a posteriori* obscur : l'absence de causalité entre griefs invoqués et triple test

- 24 Il arrive que l'invocation des griefs supposés activer le triple test ne conduise pourtant pas à le mettre en œuvre. Or, si dans le cadre de l'article 11 DDHC, il est possible d'identifier les raisons pour lesquelles l'invocation de la liberté d'expression n'entraîne pas toujours la réalisation du triple test, ces raisons sont bien plus difficiles à identifier dans le cadre de l'article 66 de la Constitution.

- 25 En ce qui concerne l'article 11 DDHC, il existe 26 QPC qui mentionnent la liberté d'expression. Pourtant, seules 12 QPC énoncent que les atteintes à cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées au but poursuivi. Cela signifie que seules 12 QPC annoncent la réalisation d'un triple test et que 14 ne le font pas. Ce constat n'est cependant problématique que s'il est injustifié. Or, précisément, il est possible d'expliquer les raisons pour lesquelles le Conseil ne réalise pas, dans ces 14 QPC, de triple test.

Tableau IB1 : les raisons de la non-invocation du triple test dans le cadre de l'article 11 DDHC

Raisons de la non-invocation du triple test	Nombre de QPC
Non examen du grief tiré d'une atteinte liberté d'expression	
• Arrêt du contrôle car invalidation de la disposition sur un autre grief	1 ⁵⁸
• Ignorance du moyen	3 ⁵⁹
Examen du grief tiré d'une atteinte liberté d'expression	
• Transformation du grief invoqué	2 ⁶⁰
• Pas la liberté d'expression <i>individuelle</i>	2 ⁶¹
• Pas d'atteinte à la liberté	2 ⁶²
Grief tiré de la méconnaissance de l'article 34 (combiné à la liberté individuelle)	2 ⁶³
Soulevé par le Conseil constitutionnel au soutien de la disposition	2 ⁶⁴

- 26 Toutes ces QPC (dans lesquelles la liberté d'expression apparaît d'une manière ou d'une autre) semblent ainsi ne pas réaliser de triple test pour des raisons identifiables. Cela ne signifie bien sûr pas que toutes ces raisons soient exemptes de critique. En effet, eu égard à une exigence de transparence ou de clarté du raisonnement mené, il y aurait ainsi beaucoup à dire du principe d'économie de moyen (qui empêche la réalisation du triple test dans 1 QPC), ou pis, de l'ignorance par le Conseil (dans 3 QPC) du moyen relatif à la liberté d'expression. Il n'en demeure pas moins qu'il est possible de *comprendre* les raisons pour lesquelles la présence des termes « liberté d'expression » ne conduit pas à la réalisation d'un triple test.
- 27 En ce qui concerne l'article 66 de la Constitution, il y a 45 QPC qui mentionnent la liberté individuelle. Pourtant, seules 15 QPC énoncent que les atteintes à cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées au but poursuivi. Cela signifie que seules 15 QPC annoncent la réalisation du triple test et que 30 QPC ne le font pas. Or, ici, un tel constat apparaît problématique pour 9 QPC car il n'est pas possible d'identifier les raisons pour lesquelles l'invocation de l'article 66 n'entraîne pas la réalisation du triple test. De telles raisons sont visibles (car explicitement justifiées dans la motivation) pour 21 mais demeurent obscures pour les autres.

Tableau IB2 : les raisons de la non-invocation du triple test dans le cadre de l'article 66 C

Raisons de la non-invocation du triple test	Nombre de QPC
Non examen du grief tiré d'une atteinte à la liberté individuelle	
• Arrêt du contrôle car invalidation de la disposition sur un autre grief	3 ⁶⁵
• Ignorance du moyen	1 ⁶⁶
Examen du grief tiré d'une atteinte à la liberté individuelle	
• Grief inopérant ou manquant en fait	5 ⁶⁷
• Confusion entre liberté individuelle et liberté personnelle	2 ⁶⁸
• Article 66 examiné dans son pendant indépendance de la « juridiction »	5 ⁶⁹
• Pas de mesure privative de liberté	1 ⁷⁰
Grief tiré de la méconnaissance de l'article 34 (combiné à la liberté individuelle)	1 ⁷¹
Invocation du principe de rigueur nécessaire (et non la liberté individuelle)	3 ⁷²

- 28 Quelle que soit l'appréciation portée sur le contenu de ces choix⁷³, il y a 21 cas de figure dans lesquels un critère « objectif » permet de comprendre la non-mobilisation du triple test. Abstraction faite de la décision 2020-889 dans laquelle le Conseil ne mobilise pas le considérant de principe relatif au triple test (et, partant, n'annonce pas la réalisation à venir d'un triple test) car il n'y a pas de mesure privative de liberté (alors même qu'il annonce le triple test dans d'autres décisions dans lesquelles il nie pourtant également l'atteinte à la liberté individuelle), il demeure néanmoins 9 décisions⁷⁴ dans lesquelles un tel critère n'est pas identifiable.
- 29 A propos de ces décisions⁷⁵, il importe de préciser que le contrôle n'y est pas nécessairement moins abouti ou le raisonnement plus vague ; seulement il n'est pas possible de déterminer les raisons pour lesquelles le Conseil n'annonce pas de triple test. Par conséquent, il n'est donc pas toujours aisé, particulièrement dans le cadre de l'article 66, de comprendre les raisons qui poussent le Conseil à annoncer la réalisation du triple test et celles qui le conduisent à s'en abstenir. Or, non seulement il n'est pas aisé de comprendre les critères qui permettent l'enclenchement du triple test mais, qui plus est, lorsque le triple test est annoncé, il est parfois difficile de comprendre la structure du raisonnement que le Conseil suit pour le réaliser.

II-Les critères flous de la mise en œuvre du triple test

- 30 Après avoir tenté de systématiser les critères permettant d'expliquer la mobilisation du triple test et d'en comprendre (sans conclusion tranchée) les raisons, il convient désormais de se concentrer sur les *modalités* de mise en œuvre du triple test afin d'insister sur l'opacités du raisonnement tenu par le Conseil. En effet, s'il est bien sûr des cas où les étapes de mise en œuvre du triple test sont (plus ou moins) clairement

identifiables (A), il en est également bien d'autres dans lesquels il est impossible d'identifier les étapes du raisonnement du juge (B).

A. L'identification parfois possible des étapes du triple test

Tableau IA : Traitement du triple test

Sort réservé au TT	Nombre de QPC	% sur l'ensemble des QPC (734)	% sur les QPC avec TT
Existence de la formule consacrée au « triple test »	27 ⁷⁶	3,67%	100%
Clarté du TT			
• Examen explicite	3 ⁷⁷	0,41%	11,11%
• Examen avorté	6 ⁷⁸	0,81%	22,22%
• Examen décelable	8 ⁷⁹	1,08%	29,6%
• Examen obscur	10 ⁸⁰	1,36%	37,03%

- 31 Évaluer la clarté du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel dans le cadre du « triple test » repose, il est vrai, sur une analyse partiellement subjective en ce que cette évaluation dépend notamment des capacités cognitives de la personne qui procède à ladite évaluation : de son sens de la déduction (plus largement de ses facultés intellectuelles) ; de ses connaissances en matière de contentieux constitutionnel ou de ses aspirations personnelles en ce qui concerne la clarté *que devrait* revêtir les décisions rendues par le conseil constitutionnel (hypothèse étant posée qu'une personne qui considère que lesdites décisions *devraient* toujours être extrêmement structurées, pédagogiques, en explicitant les différentes étapes du raisonnement suivi, appréciera sûrement avec davantage de dureté les critères permettant de considérer la décision analysée comme « claire » qu'une personne qui considère, par exemple, qu'il n'y a rien de problématique à ce que certaines étapes du raisonnement puissent rester implicites).
- 32 Cette limite posée, il apparaît malgré tout possible, en se fondant notamment sur des critères scientifiques d'évaluation, tels que la présence de certains éléments formels et/ou occurrences explicites dans les décisions étudiées, d'essayer de classer les décisions QPC rendues depuis la création du contrôle *a posteriori* en 4 catégories au regard de l'intensité ou de la clarté du contrôle du « triple test » exercé : celle de l'examen explicite ; avorté ; décelable et obscur.
- 33 La première catégorie, celle de l'examen explicite, concerne les décisions dans lesquelles les différentes étapes du raisonnement du Conseil sont visibles. Le Conseil constitutionnel précise ainsi vérifier la condition de nécessité (« *au regard de l'exigence de nécessité de l'atteinte portée* ») puis celle d'adaptation et de proportionnalité (« *s'agissant des exigences d'adaptation et de proportionnalité requises* »). Cette catégorie est ici déterminée au regard de critères objectifs : le Conseil constitutionnel *annonce* les

étapes de son raisonnement et précise expressément les conditions qu'il est en train d'examiner. Par ailleurs, lorsque la mobilisation du triple test est aussi clairement explicitée, il est possible d'observer que les développements du Conseil constitutionnel sont alors sensiblement plus étoffés : alors qu'en moyenne ce dernier développe son triple test sur une longueur de 20 à 21 lignes, c'est en 64 lignes qu'il étend son examen dans les QPC entrant dans cette première catégorie.

- 34 Force est cependant d'observer qu'un test d'une telle clarté n'est mis en œuvre que dans trois QPC : deux sont relatives au délit de consultations habituelles des sites internet terroriste⁸¹ (dans lesquelles il suit presque mot pour mot le même raisonnement) et une au délit de recel d'apologie du terrorisme. Ainsi, sur le fond, ces trois QPC sont relatives à des dispositions du Code pénal qui restreignent **la liberté d'expression** aux fins de la lutte contre le terrorisme⁸². Même si le faible nombre de QPC dans lesquelles le Conseil approfondit au maximum son contrôle ne permet pas de tirer des conclusions tranchées, il est possible de poser l'hypothèse selon laquelle le Conseil constitutionnel intensifie son examen (à la fois par la mobilisation du triple test et plus encore par un examen explicite) lorsqu'il s'agit de vérifier que les pouvoirs publics ne limitent pas de manière excessive, *dans le cadre de la lutte contre le terrorisme*, la liberté d'expression et de communication *sur internet* ; semblant ainsi attacher une attention particulière à la fois à la protection de la liberté d'expression et de communication *sur internet* et au contexte potentiellement liberticide qu'est celui de la lutte contre le terrorisme.
- 35 La deuxième catégorie, celle de l'examen avorté, concerne les décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel n'a pas à mettre en œuvre le triple test annoncé car il considère qu'il n'y a pas d'atteinte à la liberté invoquée. En effet, si le triple test se caractérise par l'examen successif de trois conditions (celle de la nécessité, de l'adaptation et de la proportionnalité), il suppose en réalité de procéder en 4 étapes dès lors que le triple test (et l'examen des trois conditions mentionnées) ne peut être mis en œuvre que s'il existe en premier lieu une *atteinte* à la liberté invoquée. Or, dans les 27 QPC dans lesquelles la formule du « triple test » apparaît, il y a 6 décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel n'a pas à le réaliser car il estime qu'il n'y a pas d'atteinte à la liberté invoquée (que ce soit à la liberté d'expression ou à la liberté individuelle). L'examen du triple test est ainsi « avorté » sans qu'il puisse évidemment en être autrement car sans atteinte il est, par hypothèse, impossible d'examiner si celle-ci est nécessaire, adaptée ou proportionnée au but poursuivi. S'il n'y a ici rien de spécifique à dire du raisonnement suivi par le Conseil qui est *prima facie* parfaitement logique ; l'une des 6 décisions appelle néanmoins sur ce point quelques remarques. Dans la décision n°2012-282, le Conseil constitutionnel doit se prononcer sur certaines dispositions du Code de l'environnement qui régissent les autorisations d'installation de bâches publicitaires (et autres dispositifs de publicité). En l'espèce, les associations requérantes considèrent notamment que « *le refus opposé l'autorité compétente à une demande autorisant l'emplacement de bâches et de dispositifs de dimensions exceptionnelles ainsi que l'installation de dispositifs de publicité lumineuse méconnaît l'article 11 de la Déclaration de 1789 en tant qu'il porte atteinte à un mode d'expression d'une opinion* ». L'invocation de l'article 11 DDHC par les requérants conduit le Conseil constitutionnel à annoncer le triple test⁸³. Il n'est cependant pas amené à développer ce contrôle car il énonce une réserve d'interprétation qui le conduit à considérer qu'il n'y a pas ici d'atteinte à la liberté d'expression⁸⁴. Le Conseil estime en effet que le Code de l'environnement instaure bien un régime d'autorisation administrative préalable pour

l'installation de certains dispositifs de publicité extérieure ; à ce stade il aurait alors été possible de considérer que, par principe, un régime d'autorisation administrative préalable est attentatoire à la liberté d'expression (même si, bien sûr, une telle atteinte peut être considérée comme justifiée). Mais, il n'en est rien, le Conseil estime qu'une telle disposition n'a pas pour objet de conférer à l'autorité administrative saisi le pouvoir d'exercer un contrôle préalable sur le contenu du message publicitaire. Admettons ici avec le Conseil que ce n'est peut-être pas l'objet de la disposition ; il n'en demeure pas moins que celle-ci, en instaurant un régime d'autorisation, peut produire un tel *effet* ; risque que le Conseil semble prendre en compte puisqu'il énonce sur ce point une réserve d'interprétation au regard de laquelle « *cette disposition (...) ne saurait avoir pour effet de conférer à l'autorité administrative saisie (...) le pouvoir d'exercice un contrôle (...) sur le contenu des messages publicitaires (...)* ». Pourtant, ce risque ne conduit pas le Conseil à considérer qu'il y a possiblement atteinte à la liberté d'expression et, partant, à enclencher le triple test (dont la mise en œuvre n'aurait par ailleurs pas nécessairement abouti à une censure de la disposition). Il formule une réserve d'interprétation dès le stade de la qualification de l'atteinte, ce qui suspend alors toute autre forme de contrôle.

- 36 La troisième catégorie, celle de l'examen décelable⁸⁵ concerne les décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel n'explicite pas clairement le triple test mis en œuvre et où les étapes du raisonnement ne sont ni « annoncées » ni formellement identifiables. Il est pourtant possible d'*apercevoir* ou de *deviner*, au sein des développements que recèlent ces décisions, des indices (plus ou moins clairs) relatifs à la présence du triple test.
- 37 Au sein de cette troisième catégorie, le triple test se formalise par la présence des occurrences « d'une part [et] d'autre part » qui marque les différentes étapes du raisonnement du Conseil. Le conseil commence par regarder quel est l'objectif poursuivi par la disposition examinée⁸⁶. Il évalue ensuite, souvent brièvement, si la mesure apparaît proportionnée au but poursuivi⁸⁷.
- 38 S'il apparaît ainsi que le Conseil constitutionnel, sans l'expliciter clairement, réalise malgré tout un « vrai » triple test, il faut toutefois souligner qu'il ne procède alors qu'en deux étapes (alors que le triple test en comprend en théorie trois) et ce, sans expliciter les conditions qu'il est en train d'examiner. Cela vaut tout particulièrement lorsque la disposition n'est pas censurée puisque, dans un tel cas de figure, il conclut en général sa décision en considérant d'un « bloc » que l'atteinte est « nécessaire, adaptée et proportionnée », rendant ainsi difficilement identifiable les étapes de son raisonnement. Par ailleurs, lorsqu'il procède à ce contrôle « décelable », ses développements font en moyenne une vingtaine de lignes, ce qui est relativement concis pour un contrôle censé examiner (tout particulièrement dans le cadre du contrôle *a posteriori* réputé permettre la protection effective des droits fondamentaux du requérant) trois conditions. En effet, le Conseil est censé vérifier l'effet utile de la disposition législative à réaliser l'objectif poursuivi ; s'il existait d'autres moyens aussi efficaces tout en étant moins liberticides pour poursuivre ce but - étape qui n'apparaît *jamais* de manière explicite dans les décisions de la troisième catégorie (ie. de l'examen décelable) - et si le législateur *a effectivement* su préserver un équilibre approprié entre l'objectif poursuivi et l'atteinte aux libertés que la disposition engendre. D'autres analyses ont déjà démontré, dans le cadre QPC, la faible prise en compte par le Conseil constitutionnel d'éléments factuels, et plus généralement la faiblesse de son contrôle *in*

*concreto*⁸⁸ le triple test - pourtant considéré comme le contrôle de proportionnalité le plus abouti - ne fait donc pas exception comme le montre notamment la brièveté de ses développements. Plus encore, non seulement ses développements concis ne sont pas toujours explicités mais il existe également nombre de QPC (10 sur 27) dans lesquelles la réalisation du triple demeure complètement mystérieuse.

B. L'identification souvent impossible des étapes du triple test

- 39 Le traitement des données disponibles a abouti à la constitution de quatre catégories relatives à l'identification plus ou moins évidente du triple test mis en œuvre. Dans la quatrième catégorie, celle de l'examen « obscur », on trouve ainsi les QPC dans lesquelles le triple test est formellement « annoncé » (comme l'indique la présence, dans la décision, des termes « nécessaire, adaptée et proportionnée ») mais sans que les différentes étapes du raisonnement apparaissent ensuite identifiables. Plusieurs observations ressortent de l'analyse de cette dernière catégorie. En premier lieu, le degré d'intelligibilité peut là encore être variable. Même lorsque la réalisation du triple test apparaît obscure, le raisonnement du Conseil constitutionnel peut être plus ou moins clair (1). En second lieu, cette catégorie comprend quasi-exclusivement des triples tests annoncés dans des QPC invoquant un grief tiré dans la méconnaissance de l'article 66 de la Constitution⁸⁹. Sur ce point, il faut dire qu'au-delà de la question spécifique de l'impidité du triple test réalisé, le raisonnement tenu par le Conseil lorsqu'il examine l'article 66 de la Constitution est particulièrement confus (2).

1. Des degrés de confusion variables dans la réalisation du triple test relatif à l'article 66 de la Constitution

- 40 Si les 10 QPC entrant dans la quatrième catégorie (celle de l'examen « obscur » du triple test) ont pour point commun de ne pas permettre une compréhension aisée du triple test prétendument réalisé par le Conseil, des distinctions peuvent néanmoins être établies dans le contrôle réalisé.
- 41 En premier lieu, il est des décisions dans lesquelles on observe, malgré tout, des traces d'un contrôle de proportionnalité. En particulier, dans deux QPC⁹⁰, le Conseil constitutionnel rappelle que « *l'hospitalisation est réservée aux cas dans lesquels elle est adaptées, nécessaire et proportionnée à l'état des malades ainsi qu'à la sûreté des personnes ou la préservation de l'ordre public* ». La formulation de la première partie de cette phrase (jusqu'à « ainsi qu' ») est à première vue un peu surprenante, et ce pour deux raisons. Tout d'abord, ce n'est pas ici l'atteinte aux libertés qui est présentée comme devant être nécessaire à l'objectif poursuivi par le législateur mais *l'hospitalisation*. Il n'est certes pas difficile de considérer qu'une hospitalisation (*a fortiori* d'office) s'accompagne nécessairement d'une atteinte aux libertés ; la formulation n'en est pas moins inhabituelle. Ensuite, ce n'est pas seulement au regard d'objectifs « classiques » clairement définis (tels que la protection de la sûreté et de l'ordre public) que la nécessité, l'adaptation et la proportionnalité de l'hospitalisation doit être évaluée mais « à l'état des malades ». Là encore, si le sens de cette phrase n'est pas difficile à comprendre – « une hospitalisation sans consentement ne doit être envisagée que pour les cas médicaux les plus graves » - sa rédaction n'en est pas pour autant limpide. On déduit bien de cette phrase que la mesure privative de liberté poursuit un triple objectif (celui de protection de l'état des malades, de préservation de la sûreté des

personnes et de la préservation de l'ordre public) et que c'est à la lumière de ce triple objectif que la nécessité, l'adaptation et la proportionnalité de l'hospitalisation sans consentement (qui engendre nécessairement(?) une atteinte à la liberté individuelle) doit être évaluée. Mais tout ceci découle d'une opération de *déduction*, réalisée, qui plus est, à la fin de la décision.

- 42 En second lieu, dans certaines QPC, on observe une confusion des contrôles. Ainsi, dans certaines des décisions dans lesquelles un triple test est pourtant annoncé, il arrive que le Conseil réalise un contrôle de la conciliation des intérêts en cause. Dans ces QPC, le Conseil estime ainsi que le législateur a procédé à une « *conciliation qui n'est manifestement pas déséquilibrée* »⁹¹.
- 43 En troisième lieu, il demeure des QPC dans lesquelles aucun contrôle de proportionnalité ne s'observe, soit que le Conseil constitutionnel ignore le moyen tiré de la méconnaissance de la liberté individuelle⁹², soit qu'il traite de manière plus ou moins simultanées tous les griefs invoqués⁹³. Il faut dire concernant ce dernier élément (ie. le traitement simultané de plusieurs griefs) qu'au-delà de la question relative à la clarté entourant le triple test, la manière dont le Conseil aborde l'article 66 de la Constitution est loin d'être évidente.

2. Une confusion constante dans l'examen de l'article 66 de la Constitution

- 44 L'une des raisons qui expliquent que la mise en œuvre du triple manque souvent de clarté, tout particulièrement dans les cas où ce test est censé concerner la liberté individuelle, est liée au manque de limpidité qui entoure, de manière plus générale, le contrôle relatif à l'article 66 de la Constitution.
- 45 Rappelons que sur l'ensemble des QPC susceptibles d'intéresser la présente étude sur le triple test, la majorité de celles qui entrent dans la catégorie de « l'examen obscur » concernent l'article 66 de la Constitution⁹⁴. Rappelons également que sur les 45 QPC invoquant l'article 66 de la Constitution, seules 15 QPC prétendent réaliser un triple test ...et qu'il y a 9 QPC dans lesquelles cette absence de corrélation entre le grief invoqué et l'absence de triple test n'est pas compréhensible⁹⁵. Le flou qui concerne la gestion du triple test est ainsi particulièrement lié au moyen relatif à la liberté individuelle.
- 46 En ce qui concerne l'analyse de la gestion complexe (voire confuse) de ce moyen, plusieurs points méritent notre attention.
- 47 **En premier lieu**, il importe d'observer l'imprécision qui entoure le considérant de principe relatif à l'article 66 de la Constitution. Notons en effet que celui-ci peut, de manière générale, prendre deux formes différentes.
- 48 La première formulation (c1) concerne exclusivement l'article 66 de la Constitution : « Aux termes de l'article 66 de la Constitution : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. - L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». La liberté individuelle, dont la protection est confiée à l'autorité judiciaire, ne saurait être entravée par une rigueur non nécessaire. Les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis »⁹⁶.
- 49 La seconde formulation (c2) combine l'article 66 de la Constitution avec d'autres droits et libertés que la constitution garantit. Il dispose que la mesure en cause « doit respecter le principe, résultant de l'article 66 de la Constitution, selon lequel la liberté individuelle ne

saurait être entravée par une rigueur qui ne soit pas nécessaire ; qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la protection de la santé des personnes souffrant de troubles mentaux ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, ainsi que la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire ; que les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis ».

- 50 Or, rien ne permet de comprendre les raisons de ces variations (entre ces deux types de considérant de principe).
- 51 Tout d'abord, l'analyse des données disponibles ne permet pas de conclure à une corrélation entre le type de considérant de principe mobilisé par le Conseil et les griefs invoqués par les requérants. Pour le dire en d'autres termes, ce n'est pas l'invocation par les requérants d'autres libertés, telles que celle d'aller et venir ou le droit au respect de la vie privée ou à la vie familiale normale qui explique le choix du considérant de principe ; l'invocation par les requérants d'autres libertés ne conduit pas nécessairement à la formulation du considérant (c2) :

Hypothèse 1 : selon les griefs invoqués

QPC invoquant le TT	Liberté individuelle/ Article 66	Recours effectif	Aller et venir	Vie privée	Vie familiale normale	Article 34	Principe d'égalité	Autre	Type de considérant
2020-878	X	X						X	C1
2020-844	X	X							C1
2016-602	X	X	X	X			X	X	C2
2016-561/562	X	X	X	X				X	C2
2017/674	X	X	X	X	X	X	X		C1
2017-624	X		X						C1
2016-536	X	X		X		X		X	C1
2015-527				X	X	X		X	C1
2011-135/140	X								C2
2013-367	X		X	X	X	X		X	C2
2010-71	X								C2
2012-253	X								C2
2012-235	X								C2
2011-174	X								C2
2011-202	X								C2

- 52 Par ailleurs, les requérants ont tous invoqué le grief tiré de la violation de la liberté individuelle ou de l'article 66 de la Constitution (sans que cela n'influe sur le type de considérant adopté). Il en va de même dans le cadre des QPC dans lesquelles les requérants invoquent l'article 66 sans que le Conseil n'annonce (pour autant) la réalisation d'un triple test : dans ces 30 QPC, il n'y a pas non plus de corrélation entre les griefs invoqués par les requérants et les considérants de principe mobilisés :

QPC sans TT	Liberté individuelle/ Art 66	Rigueur nécessaire	Recours effectif/ Droits de la défense	A/V	Vie privée	Vie familiale normale	Art. 34	Principe d'égalité	Autre	Considérant
2020-889										Aucun
2020-851	x		x				x			C1'
2020-258										Aucun
2019-807	x		x							C1'
2019-772										Aucun
2016-606	x		x	x				x		C1'
2016-569										aucun
2016-532	x		x					x		C1' +
2015-508										aucun
2015-464										aucun
2014-452		x						x		C2'
2014-450										Aucun
2014-446	xx*		x						x	C1'
2014-420	x	x	x							C2'
2013-357										Aucun
2013-347										Aucun
2012-257		x	x							C2'
2012-249										Aucun
2011-214	x		x							C1''
2011-191	x	x	x						x	C2'
2011-185	x									C1'
2011-169										aucun
2011-147	x								MSQ	C1'+
2011-133	x							x		C2'
2011-125			x							C2'
2010-92										aucun
2010-80	x	x								C2'
2010-31										brat
2010-25	x		x						x	C2'
2010-1422	x		x						x	C2'

xx* = à la fois la liberté individuelle et l'article 66

- 53 Ensuite, l'analyse des données disponibles ne permet pas de conclure à une corrélation entre le type de considérant de principe mobilisé par le Conseil et les branches du droit concernées par la QPC :

Hypothèse 2 : selon le domaine examiné

QPC invoquant le TT	Champs	Type de considérant
2020-878	Prolongation des détentions provisoires pendant l'Etat d'urgence sanitaire	C1
2020-844	Mesures d'isolement dans le cadre de soins psychiatriques	C1
2016-602	Exécution d'un mandat d'arrêt européen	C2
2016-561/562	Ecrou extraditionnel	C2
2017/674	Assignation à résidence pendant l'Etat d'urgence	C1
2017-624	Assignation à résidence pendant l'Etat d'urgence	C1
2016-536	Perquisitions administratives pendant l'Etat d'urgence	C1
2015-527	Assignation à résidence de l'étranger	C1
2011-135/140	Hospitalisation d'office	C2
2013-367	Hospitalisation sans consentement	C2
2010-71	Hospitalisation sans consentement	C2
2012-253	Ivresse publique	C2
2012-235	Soins psychiatriques sans consentement	C2
2011-174	Hospitalisation d'office	C2
2011-202	Hospitalisation sans consentement	C2

Il est vrai que sur 9 QPC incluant le considérant de principe (c2), 6 concernent des mesures d'hospitalisation ou de soins sans consentement, 1 la privation de liberté en cas d'ivresse sur la voie publique, et 2 des mesures de privation de liberté dans un cadre « judiciaire ». Il semblerait dès lors que le considérant (c2) soit privilégié dans les QPC où il est question de la privation de liberté d'une personne souffrant d'une altération des facultés mentales. Cependant, cette hypothèse n'est pas corroborée par l'analyse des QPC dans lesquelles le grief tiré de la violation de la liberté individuelle est invoquée sans pour autant qu'un triple test soit annoncé :

QPC n° invoquant pas le TT	champs	Type de considérant
2020-851	Habilitation à prolonger la durée des détentions provisoires dans un contexte d'urgence sanitaire	C1'
2019-807	Compétence du Juge administratif en cas de contestation de l'arrêt de maintien en rétention faisant suite à une demande d'asile formulée en rétention	C1'
2016-606	Contrôle d'identité sur réquisition du procureur de la République	C1'
2016-532	Composition de la formation collégiale du tribunal correctionnel du territoire des îles de Wallis et Futuna	C1' +
2014-452	Mandat d'arrêt à l'encontre des personnes résidant hors du territoire de la République	C2'
2014-446	Détention provisoire – examen par la chambre de l'instruction de renvoi	C1'
2014-420	Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée	C2'
2012-257	Convocation et audition par l'OPJ en enquête préliminaire	C2'
2011-214	Droit de communication de l'administration des douanes	C1''
2011-191	Garde à vue II	C2'
2011-185	Levée de l'hospitalisation d'office des personnes pénalement irresponsables	C1'
2011-147	Composition du tribunal pour enfant	C1'+
2011-133	Exécution du mandat d'arrêt et du mandat d'amener	C2'
2011-125	Déferement devant le procureur de la République	C2'
2010-80	Mise à disposition de la justice	C2'
2010-31	Garde à vue terroriste	bref
2010-25	Fichier empreintes génétiques	C2'
2010-14/22	Garde à vue	C2'

Seule une décision concerne les mesures d'hospitalisation (ou de soin) sans consentement et c'est le considérant de principe (c1) qui apparaît⁹⁷.

- 54 La seule hypothèse qui ressort de l'analyse de ces 45 décisions QPC relatives à l'article 66 de la Constitution (qu'un triple test soit ou non réalisé) est que, manifestement, le triple test est quasi exclusivement annoncé lorsque la décision concerne une mesure privative de liberté dans le cadre d'une hospitalisation sans consentement.
- 55 **En deuxième lieu**, il apparaît que le conseil ne semble donc pas avoir établi de grille de lecture claire de l'article 66.
- 56 Tout d'abord, il faut souligner que cette disposition constitutionnelle semble comprendre plusieurs « composantes ». La première est « juridictionnelle ». Elle est relative à la protection de l'autorité judiciaire (à son indépendance ; son impartialité ; sa composition ; etc.)⁹⁸. La seconde est relative à la « sureté » des personnes. Elle est donc relative à la protection due à tout individu contre une arrestation ou une détention non nécessaire⁹⁹. Cette seconde composante est alors intrinsèquement liée à l'article 9 DDHC¹⁰⁰. Or, si sur le plan intellectuel le lien substantiel entre droit à la sureté et liberté individuelle est aisé à tisser ; sur le plan formel, l'articulation faite par le Conseil entre les articles 9 DDHC et 66 de la Constitution demeure imprécise¹⁰¹. Il apparaît notamment que les mesures visées dans le considérant relatif à l'article 66 dépassent le seul cadre de la procédure pénale et de l'arrestation d'une personne suspectée d'avoir commis une infraction puisque le considérant se trouve dans nombre de décisions relatives à des mesures d'hospitalisation sans consentement. Le Conseil aurait donc repris le principe historiquement inhérent au droit à la sureté pour l'étendre à toutes les mesures privatives de liberté (sans pour autant préciser l'articulation réalisée entre l'article 9 DDHC et 66 de la Constitution) ? Cette imprécision se retrouve d'ailleurs dans les griefs invoqués par les requérants : certaines saisines invoquent à la fois la liberté individuelle et l'article 66 de la Constitution – faut-il en déduire que les requérants demandent l'examen de la disposition en cause à la lumière de la composante « juridictionnelle » de l'article 66 et de sa composante « sureté » ? Qui plus est, quel est le fondement de la liberté individuelle si ce n'est l'article 66 ? ; d'autres invoquent le principe « de rigueur non nécessaire » sans référence textuelle

explicite - le Conseil est-il alors invitée à examiner la constitutionnalité de la mesure au regard de l'article 9 ou de l'article 66 de la Constitution ?

- 57 Ensuite il faut noter qu'il n'est pas rare que¹⁰², le Conseil traite de manière « brute » l'article 66 : considérant que le juge judiciaire intervient dans un délai qui n'est pas assez bref, le Conseil invalide la disposition sans davantage d'explication. Dans cette décision, comme dans d'autres, le contrôle exercé est certes clair et efficace. Il semble que le Conseil s'inspire ici très fortement (sans le mentionner) du contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci estime, en effet, qu'il découle de l'article 5 CEDH le droit pour le malade de pouvoir saisir immédiatement un juge après son admission et que celui-ci statue dans « un bref délai »¹⁰³. On comprend aisément que le Conseil concentre son contrôle sur l'exigence d'intervention judiciaire, moins en revanche la raison pour laquelle il annonce un « triple test » qu'il peine manifestement à décortiquer.
- 58 Ensuite, il demeure un manque de clarté en ce qui concerne l'identification des critères constitutifs de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle : le Conseil exerce certes un contrôle qui conduit « souvent » à une censure législative mais sans que l'on puisse néanmoins comprendre l'articulation exacte faite entre, d'une part, le triple test, et d'autre part, les trois principes suivants : celui au regard duquel « la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur non nécessaire » celui au regard duquel « le législateur doit concilier la prévention des atteintes à l'ordre public avec la protection des libertés constitutionnellement garanties (au premier rang desquels la liberté individuelle) » et celui selon lequel « l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle ». Il découle de manière assez évidente de la jurisprudence constitutionnelle relative à l'article 66 qu'une condition *sine qua non* de la constitutionnalité de la disposition législative est (conformément à la jurisprudence européenne) intrinsèquement liée à l'intervention du juge judiciaire : si ce dernier n'est pas obligé d'intervenir *avant* la mise en œuvre de la mesure, il doit intervenir dans un bref délai *après* sa mise en œuvre. Il demeure néanmoins difficile de déterminer, comment le Conseil intègre l'exigence d'intervention du juge judiciaire dans la mise en œuvre du triple test¹⁰⁴. Il apparaît, par ailleurs, notamment dans les décisions appartenant à cette catégorie de « l'examen obscur » (celle dans lesquelles le triple test est examiné de manière obscure sans qu'aucun contrôle de proportionnalité ne puisse être observé) que les exigences posées par l'article 66 de la Constitution sont parfois assimilées, certainement sous l'influence de la jurisprudence européenne, à celles exigées par le droit à un procès équitable et/ou à un recours effectif¹⁰⁵. Ainsi nombre d'interrogations demeurent en ce qui concerne l'imbrication entre, d'une part, le triple test, et d'autre part, l'examen du grief tiré de la méconnaissance de la liberté individuelle ; interrogations qui peuvent être schématisées ainsi :

- 59 Certes, de telles interrogations pourraient être considérées comme secondaires dès lors que le contrôle exercé par le Conseil - bien qu'explicitant pas les étapes du « triple test » - demeure exigeant. Sur ce point, il apparaît que sur les 15 QPC annonçant soumettre le grief tiré de la violation de la liberté individuelle au triple test, 10 conduisent effectivement à une censure de la disposition examinée ; 6 en raison de la violation de l'article 66 de la Constitution.

Issue	Nombre de QPC	
Conformité	5	
	Sur le grief tiré de l'article 66	Sur un autre grief
Non-conformité totale	3 ¹⁰⁶	
Non-conformité partielle	3 ¹⁰⁷	4

- 60 Cependant, si l'absence de clarté dans la gestion par le Conseil du moyen relatif à la liberté individuelle n'induit pas un contrôle moins exigeant de sa part, il reste possible de considérer que la lisibilité d'un raisonnement n'est jamais secondaire dès lors qu'elle permet également sa prévisibilité.
- 61 Ainsi, sans trancher ici la question de savoir si le Conseil est une « vraie » Cour constitutionnelle ou une Cour constitutionnelle « de référence », il ressort malgré tout de l'analyse des QPC mobilisant, d'une manière ou d'une autre, le triple test que si ce statut devait effectivement dépendre l'audace et de la clarté du contrôle de

proportionnalité réalisé par le Conseil, il peinerait très certainement à pouvoir être unanimement qualifié comme telle.

NOTES

1. Voir notamment : Bonnet Julien, « Le contrôle a priori et a posteriori », *Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n° 40, juin 2013.
2. Sur la différence entre le contrôle de l'erreur manifeste et le contrôle de proportionnalité, voir Vedel Georges, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 2, 1996, p. 133.
3. Bonnet Julien, Gahdoun Pierre-Yves, *La QPC*, Que sais-je, 2014 ; Voir aussi, Drago Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, 2020, p. 434.
4. *Ibid.*
5. Duclercq Jean Baptiste, « Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue des droits et libertés fondamentales*, 2015, thèse n° 03.
6. Brumessen Bertrand, « Le conseil constitutionnel et la liberté d'expression et de communication : la voie étroite de la lutte contre les discours de haine sur internet », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 577.
7. *Ibid.* Voir aussi Fraisse Régis, « Le conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », *LPA*, 5 mars 2009.
8. Brumessen Bertrand, « Le conseil constitutionnel et la liberté d'expression et de communication : la voie étroite de la lutte contre les discours de haine sur internet », *op.cit.*
9. *Ibid.* On peut également revenir à l'expression imagée du juriste allemand Fleiner : « La police ne doit pas tirer sur les moineaux à coups de canon » reprise notamment par Sauvé Jean-Marc, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », *Discours*, 17 mars 2017.
10. CC, 21 février 2008 n° 2008-562 DC.
11. Voir, par exemple, Duclercq Jean-Baptiste, « Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n° 49, octobre 2005, p. 121 à 126.
12. Brumessen Bertrand, « Le conseil constitutionnel et la liberté d'expression et de communication : la voie étroite de la lutte contre les discours de haine sur internet », *op. cit.*
13. Sauvé Jean Marc, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés ? », *Les cahiers Portalis*, 2018/1, n° 5, p. 9.
14. Verpeaux Michel, Bagestani Laurence, Bezzina Anne-Charlène, *Chronique de droit constitutionnel jurisprudentiel*, 1^{er} semestre 2018, 4^{ème} partie, *Les petites affiches*, 26 septembre 2019, n° 148k7, p. 5.
15. Bonnet Julien, « Les contrôles a priori et a posteriori », *Les Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, 2013/3, n° 40, p. 105.
16. Cette étude repose sur l'analyse exhaustive des QPC rendues par le Conseil constitutionnel entre 2010 et 2020 (soit 734 QPC).
17. Voir notamment, Luchaire François, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », *Revue de droit public*, 1979, p. 29 ; Marcel Waline, « Préface de la première édition » (1975), in Favoreu Louis, Philip Loïc et al., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 19^e éd, 2018, p. 5. Voir aussi Verpeaux Michel, « La procédure contradictoire et le juge

constitutionnel », *RFDA*, 2001, p. 339 ; Badinter Robert, « Pour une juridictionnalisation du Conseil constitutionnel », *La vie judiciaire*, 6-12 mars 1995, p. 1 et 4 ; Debré Jean-Louis, « Discours de clôture », *Colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel, Cahiers du Conseil constitutionnel*, hors-série, 2009, www.conseil-constitutionnel.fr, p. 9 Plus récemment encore, Paul Cassia, « Il est temps de faire du Conseil constitutionnel une véritable juridiction », *Le Monde*, 17 février 2010.

18. Badinter Robert, « Une longue marge "du Conseil à la Cour constitutionnel", *Cahiers du conseil constitutionnel*, n° 25, août 2009.

19. Voir notamment Magnon Xavier, « Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une Cour constitutionnelle », *RFDC*, 2014, p. 999 ; Hochmann Thomas, « Et si le Conseil constitutionnel était une « Cour constitutionnelle de référence » ? », *RDLF*, 2019 chronique n° 32.

20. Hochmann Thomas, « Et si le Conseil constitutionnel était une « Cour constitutionnelle de référence » ? », *op.cit.*

21. Hochmann Thomas, « Et si le Conseil constitutionnel était une « Cour constitutionnelle de référence » ? », *op.cit.* : « la question de la qualité juridictionnelle du Conseil est bel et bien dépassée. L'enjeu aujourd'hui, n'est plus de faire du Conseil une simple Cour constitutionnelle mais une "Cour constitutionnelle de référence" »

22. Magnon Xavier, « Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une cour constitutionnelle », *op. cit.* : Xavier Magnon considère qu'au regard d'une définition juridique, « il est clair que le Conseil est une Cour constitutionnelle » car il définit celle-ci comme « modèle qui tend à confier à un organe spécial le soin de résoudre des litiges présentant une dimension politique liés à l'application de la Constitution ». Il estime cependant que, si l'on sort des « définitions juridiques », « le Conseil constitutionnel n'est pas une Cour constitutionnel parce qu'il n'est pas un pouvoir d'opinion » : notamment car, « en dehors du cercle des spécialistes (...) [peu de citoyens] s'intéressent de manière autre qu'anecdotique aux décisions du Conseil constitutionnel [quand bien même elles porteraient] sur des débats de société significatifs ? »

23. Ainsi, Fabius Laurent, « Vœux au Président de la République », 3 janvier 2018 : il veut placer la Constitution et/ou de la jurisprudence du Conseil au cœur du débat public ; Magnon Xavier, « Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une cour constitutionnelle », *op.cit.* : faire du Conseil le « symbole de la conscience juridique française. Voir par ailleurs, François Bastien, « La perception du Conseil constitutionnel par la classe politique, les médias et l'opinion », *Pouvoirs* 2003/2 (n° 105), p. 133.

24. Hochmann Thomas, « Et si le Conseil constitutionnel était une « Cour constitutionnelle de référence » ? », *op.cit.* : « il ne s'agit plus seulement, dans le discours émanant de l'institution, d'affirmer son caractère juridictionnel [mais de le présenter comme] une Cour constitutionnelle du même calibre que les cours les plus influentes qui existent dans d'autres Etats européens » ; Badinter Robert, « Une longue marche 'Du Conseil à la Cour constitutionnelle' », *op.cit.* : Robert Badinter qui aspirait déjà à ce que le Conseil prenne « sa place dans le cercle des Cours constitutionnelles européennes [et y joue] un rôle exemplaire.

25. Fabius Laurent, « Vœux au Président de la République », 3 janvier 2018.

26. *Ibid.*

27. Selon le discours institutionnel : Le Conseil doit continuer « s'ouvrir » aux citoyens français en faisant mieux connaître son activités et les principes fondamentaux de la République français ; c'est la raison pour laquelle il publie désormais un rapport annuel d'activité ; organise un concours (en partenariat avec le ministère de l'Éducation nationale) afin de « sensibiliser sur l'ensemble de notre territoire les élèves de nos écoles et de nos collègues aux grands principes constitutionnels » (Voir, récemment, « Découvrons notre Constitution » Madame Dominique Lottin s'entretient avec des élèves du Collège Victor Hugo de Sourdeval, 11 juin 2021 (vidéo disponible sur <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/decouvrons-notre-constitution-madame-dominique-lottin-s-entretient-avec-des-eleves-du-college-victor>)) et une « nuit du droit » au cours de laquelle se déroulent « en présence d'un vaste auditoire des confrontations – qui resterons

sages - sur des thèmes majeurs du débat public » (Les échos, « Le Conseil constitutionnel doit être une balise dans une société française anxiogène », Interview de Laurent Fabius, 27 mai 2016.).

28. Ce discours englobe ici tant les *prescriptifs* plaidant en faveur de la transformation du Conseil en « véritable » Cour constitutionnels (ou en cour « de référence) que des propos *descriptifs* soulignant que le Conseil n'est pas, en l'état, une Cour constitutionnelle de référence.

29. Hochmann Thomas, « Et si le Conseil constitutionnel était une « Cour constitutionnelle de référence » ? », *op.cit.* : « Nombreuses sont les conditions dont le caractère nécessaire peut prêter à controverse lorsqu'il s'agit de qualifier un organe de juridiction, mais dont on paraît pouvoir aisément considérer qu'ils doivent être remplis par une « Cour constitutionnelle de référence ».

30. Xavier Magnon, « Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une cour constitutionnelle », *op.cit.* ; Hochmann Thomas, « Et si le Conseil constitutionnel était une « Cour constitutionnelle de référence » ? », *op.cit.*

31. Xavier Magnon, « Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une cour constitutionnelle », *op.cit.* ; Hochmann Thomas, « Et si le Conseil constitutionnel était une « Cour constitutionnelle de référence » ? », *op.cit.*

32. Magnon Xavier, « Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une cour constitutionnelle », *op.cit.*

33. Hochmann Thomas, « Et si le Conseil constitutionnel était une « Cour constitutionnelle de référence » ? », *op.cit.*

34. Sur cette question, voir notamment Lemaire Elina, « Dans les coulisses du Conseil constitutionnel. », *Jus Politicum*, n° 7.

35. Les échos, « Le Conseil constitutionnel doit être une balise dans une société française anxiogène », *op.cit.*

36. Fabius Laurent, « Vœux au Président de la République », 3 janvier 2018)

37. Hochmann Thomas, « Et si le Conseil constitutionnel était une « Cour constitutionnelle de référence » ? », *op. cit.*

38. *Ibid.*

39. *Ibid.*

40. En ce sens Robert Badinter, « Une longue marge "du Conseil à la Cour constitutionnel" », *op.cit.* : « Une institution qui ne donne pas des conseils mais rend des décisions juridictionnelles se dénomme Cour ».

41. Badinter Robert, « Une longue marge "du Conseil à la Cour constitutionnel" », *op.cit.*

42. On observe de légères variations dans la formulation consacrée à la mobilisation du triple test notamment quant à l'ordre dans lequel apparaît les conditions d'adaptation et de nécessité : « Les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis » ; « les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doit être adaptée, nécessaire et proportionnée à l'objectif poursuivi » ; « les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doit être nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi » ; « les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées aux objectifs poursuivis ».

43. CC, 28 mai 2010, n° 2010-3 QPC ; CC, 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC ; CC, 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC ; CC, 9 juin 2011, n° 135/140 QPC ; CC, 6 octobre 2011, n° 2011-174 QPC ; 2011-202 ; CC, 20 avril 2012 n° 2012-238 ; CC, 2 décembre 2012, n° 2012-235 QPC ; CC, 8 juin 2012, n° 2012-250 ; CC, 8 juin 2012, n° 2012-253 QPC ; CC, 23 novembre 2012, n° 2012-282 QPC ; CC, 12 avril 2013, n° 2012-302 QPC ; CC, 7 juin 2013, n° 2013-319 QPC ; CC, 14 février 2014, n° 2013-367 QPC ; CC, 8 janvier 2016, n° 2015-512 QPC ; CC, 22 décembre 2015, n° 2015-527 QPC ; CC, 19 février 2016, n° 2016-536 QPC ; CC, 9 septembre 2016, n° 2016-561/562 QPC ; CC, 9 décembre 2016, n° 2016-602 QPC ; CC, 9 décembre 2016, n° n° 2016-611 QPC ; CC, 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC ; CC, 30 novembre 2017, n° 2017-674 QPC ; CC, 15 décembre 2017, n° 2017-682 QPC ; CC, 2 mars 2018, n° 2017-693 QPC ; CC, 18 mai 2018, n° 2018-706 QPC ; CC, 6 décembre 2019, n° 2019-817 QPC ; CC, 19

juin 2020, n° 2020-844 QPC ; CC, 19 juin 2020, n° 2020-845 QPC ; CC, 29 janvier 2021, n° 2020-878/879 QPC.

44. CC, 2 décembre 2011, n° 2011-202 QPC ; CC, 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC ; CC, 6 octobre 2011, n° 2011-174 QPC ; CC, 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC ; CC, 9 juin 2011, n° 135/140 QPC ; CC, 7 juin 2013, n° 2013-319 QPC ; CC, 9 décembre 2016, n° 2016-611 QPC ; CC, 15 décembre 2017, n° 2017-682 QPC ; CC, 19 juin 2020, n° 2020-844 QPC ; CC, 29 janvier 2021, n° 2020-878/879 QPC

45. CC, 8 juin 2012, n° 2012-253 QPC ; CC, 23 novembre 2012, n° 2012-282 QPC ; CC, 9 septembre 2016, n° 2016-561/562 QPC ; CC, 9 décembre 2016, n° 2016-602 QPC ; CC, 19 juin 2020, n° 2020-845 QPC.

46. Cela comprend les décisions dans lesquelles les dispositions ont été jugées conformes à la Constitution ainsi que celles dans lesquelles les dispositions ont été jugées partiellement non-conformes à la Constitution sans que la non-conformité ne soit la conséquence de la mise en œuvre du triple test : CC, 20 avril 2012, n° 2012-238 QPC ; numéro manquant, CC, 2 décembre 2012, n° 2012-235 QPC ; CC, 28 mai 2010, n° 2010-3 QPC ; CC, 8 janvier 2016, n° 2015-512 QPC ; CC, 14 février 2014, n° 2013-367 QPC ; CC, 12 avril 2013, n° 2013-302 QPC ; CC, 22 décembre 2015, n° 2015-527 QPC ; CC, 19 février 2016, n° 2016-536 QPC ; CC, 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC ; CC, 30 novembre 2017, n° 2017-674 QPC ; CC, 2 mars 2018, n° 2017-693 QPC ; CC, 18 mai 2018, n° 2018-706 QPC ; CC, 6 décembre 2019, n° 2019-817 QPC ;

47. Voir notamment, Participation du Conseil constitutionnel au XVIIIe, Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes, 1er mars 2021 (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/participation-du-conseil-constitutionnel-au-xviii-congres-de-la-conference-des-cours>).

48. On se permet de renvoyer à Marguet Laurie « Réflexions sur quelques usages des techniques de contrôle de constitutionnalité dans le cadre de la QPC - Etude sur les moyens soulevés d'office », Dossier sur les 10 ans de la QPC, *Revue des droits de l'homme*, même numéro que celui dans lequel paraît le présent papier.

49. Certaines QPC peuvent être comptées plusieurs fois car plusieurs moyens peuvent être présents dans plusieurs QPC.

50. Il existe plusieurs considérants de principe relatifs à cet article : cf. *infra*.

51. Cf. *infra*.

52. CC, 7 août 2020, n° 2020-805 DC.

53. Goesel-Le Bihan Valérie, « La liberté personnelle dans la décision n° 2020-805 DC : entre continuité et innovation », *L'Actualité juridique*, Droit administratif, Dalloz, 2020, p. 1817.

54. CC, 19 juin 2020, n° 2020-845 QPC

55. CC, 18 juin 2020, n° 2020-801 DC.

56. CC, 4 avril 2020, n° 2019-780 DC.

57. Voir notamment, CC, 19 février 2016, n° 2016-235 QPC (mentionnant le droit d'expression collective des idées et des opinions) ; CC, 27 septembre 2013, n° 2013-345 QPC (mentionnant la liberté de communication des syndicats).

58. CC, 9 juin 2017, n° 2017-635 QPC.

59. CC, 4 mai 2018, n° 2018-704 QPC ; CC, 30 mars 2018, n° 2018-696 QPC ; CC, 29 mars 2018, n° 2017-695 QPC.

60. CC, 22 décembre 2015, n° 2015-527 QPC : les requérants invoquent la liberté de réunion et de manifestation ; grief que le conseil n'examine pas - il répond brièvement à celui relatif à la méconnaissance de la liberté d'expression et de communication ; CC, 16 septembre 2011, n° 2011-164 QPC : les requérants invoquent la présomption de responsabilité (qui pèsent, en droit du numérique, sur le producteur) et le Conseil répond que cette responsabilité expose le producteur à des peines privatives ou restrictives de droit susceptibles d'affecter l'exercice de la liberté d'expression et de communication protégée par l'article 11 de la Constitution.

61. CC, 19 février 2016, n° 2016-235 QPC ; CC, 27 septembre 2013, n° 2013-345 QPC.

62. CC, 15 septembre 2017, n° 2017-655 QPC ; CC, 24 juillet 2015, n° 2015-478 QPC.
63. CC, 12 mars 2021, n° 2020-889 QPC ; CC, 20 octobre 2017, n° 2017-664 QPC.
64. CC, 27 novembre 2020, n° 2020-868 QPC ; CC, 17 mai 2013, n° 2013-311 QPC.
65. CC, 2 octobre 2020, n° 2020-858 QPC ; CC, 5 avril 2019, n° 2019-772 QPC ; CC, 29 novembre 2013, n° 2013-357 QPC.
66. CC, 11 octobre 2013, n° 2013-347 QPC.
67. CC, 9 avril 2015, n° 2015-464 QPC ; CC, 27 février 2015, n° 2014-450 QPC ; CC, 27 janvier 2012, n° 2011-214 QPC ; CC, 28 janvier 2011, n° 2010-92 QPC ; CC, 16 septembre 2010, n° 2010-25 QPC.
68. CC, 16 mai 2012, n° 2012-249 QPC ; CC, 30 septembre 2011, n° 2011-169 QPC.
69. CC, 4 octobre 2019, n° 2019-807 QPC ; CC, 23 septembre 2016, n° 2016-569 QPC ; CC, 1^{er} avril 2016, n° 2016-532 QPC ; CC, 21 octobre 2011, n° 2011-185 QPC ; CC, 8 juillet 2011, n° 2011-147 QPC.
70. CC, 24 janvier 2017, n° 2016-606/607 QPC.
71. CC, 12 mars 2021, n° 2020-889 QPC.
72. CC, 27 février 2015, n° 2014-452 QPC ; CC, 18 juin 2012, n° 2012-257 QPC ; CC, 18 novembre 2011, 2011-191/194/195/196/197 QPC.
73. On pourrait également débattre de la pertinence de distinguer la composante « juridictionnelle » de celle relative à la « sureté » dans le cadre de l'article 66 ; ce qui conduirait à se demander pourquoi dans le premier cas le triple test n'est pas mobilisé alors qu'il l'est dans le second.
74. 11 QPC si l'on inclut celles dans lesquelles les requérants ont invoqué à la fois le grief tiré de la violation du principe de rigueur nécessaire et celui relatif à la méconnaissance de la liberté individuelle.
75. CC, 3 juillet 2020, n° 2020-851/852 QPC ; CC, 11 décembre 2015, n° 2015-508 QPC ; CC, 29 janvier 2015, n° 2014-446 QPC ; CC, 9 octobre 2014, n° 2014-420/421 QPC ; CC, 18 novembre 2011, n° 2011-191/194/195/196/197 QPC ; CC, 24 juin 2011, n° 2011-133 QPC ; CC, 6 mai 2011, n° 2011-125 QPC ; CC, 17 décembre 2010, n° 2010-80 QPC ; CC, 28 mai 2010, n° 2010-3 QPC ; CC, 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC.
76. CC, 28 mai 2010, n° 2010-3 QPC ; CC, 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC ; CC, 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC ; CC, 9 juin 2011, n° 2011-135/140 QPC /140 ; CC, 6 octobre 2011, n° 2011-174 QPC ; 2011-202 ; CC, 2 décembre 2012, n° 2012-235 QPC ; CC, 8 juin 2012, n° 2012-253 QPC ; CC, 23 novembre 2012, n° 2012-282 QPC ; CC, 12 avril 2013, n° 2013-302 QPC ; CC, 7 juin 2013, n° 2013-319 QPC ; CC, 14 février 2014, n° 2013-367 QPC ; CC, 8 janvier 2016, n° 2015-512 QPC ; CC, 22 décembre 2015, n° 2015-527 QPC ; CC, 19 février 2016, n° 2016-536 QPC ; CC, 9 septembre 2016, n° 2016-561/562 QPC ; CC, 9 décembre 2016, n° 2016-602 QPC ; CC, 9 décembre 2016, n° 2016-611 QPC ; CC, 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC ; CC, 30 novembre 2017, n° 2017-674 QPC ; CC, 15 décembre 2017, n° 2017-682 QPC ; CC, 2 mars 2018, n° 2017-693 QPC ; CC, 18 mai 2018, n° 2018-706 QPC ; CC, 6 décembre 2019, n° 2019-817 QPC ; CC, 19 juin 2020, n° 2020-844 QPC ; CC, 19 juin 2020, n° 2020-845 QPC ; CC, 29 janvier 2021, n° 2020-878/879 QPC.
77. CC, 9 décembre 2016, n° 2016-611 QPC ; CC, 15 décembre 2017, n° 2017-682 QPC ; CC, 19 juin 2020, n° 2020-845 QPC.
78. CC, 23 novembre 2012, n° 2012-282 QPC ; CC, 28 mai 2010, n° 2010-3 QPC ; CC, 22 décembre 2015, n° 2015-527 QPC ; CC, 19 février 2016, n° 2016-536 QPC ; CC, 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC ; CC, 30 novembre 2017, n° 2017-674 QPC.
79. CC, 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC ; CC, 8 juin 2012, n° 2012-253 QPC ; CC, 7 juin 2013, n° 2013-319 QPC ; CC, 8 janvier 2016, n° 2015-512 QPC ; CC, 2 mars 2018, n° 2017-693 QPC ; CC, 18 mai 2018, n° 2018-706 QPC ; CC, 6 décembre 2019, n° 2019-817 QPC ; CC, 29 janvier 2021, n° 2020-878/879 QPC
80. CC, 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC ; CC, 9 juin 2011, n° 2011-135/140 QPC /140 ; CC, 6 octobre 2011, n° 2011-174 QPC ; CC, 2 décembre 2011, n° 2011-202 QPC ; CC, 2 décembre 2012, n° 2012-235 QPC ; CC, 12 avril 2013, n° 2013-302 QPC ; CC, 14 février 2014, n° 2013-367 QPC ; CC, 9

septembre 2016, n° 2016-561/562 QPC ; CC, 9 décembre 2016, n° 2016-602 QPC ; CC, 19 juin 2020, n° 2020-844 QPC.

81. CC, 9 décembre 2016, n° 2016-611 QPC ; CC, 15 décembre 2017, n° 2017-682 QPC.

82. En effet, dans les deux premières QPC, il s'agissait de l'article - désormais abrogé - 421-2-5-2 du Code pénal qui sanctionnait d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende « le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie » sauf « lorsque la consultation est effectuée de bonne foi, résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, [ou] intervient dans le cadre de recherches scientifiques ou est réalisée afin de servir de preuve en justice ». Dans la dernière QPC, le Conseil constitutionnel était saisi de l'interprétation faite par la Cour de cassation des articles 321-1 (pénalisant le recel) et 421-2-5 du Code pénal (pénalisant la provocation au - et l'apologie du - terrorisme) qui conduisait à sanctionner « le fait de détenir, en toute connaissance de cause, des fichiers ou des documents caractérisant l'apologie d'actes de terrorisme, lorsque cette détention s'accompagne d'une adhésion à l'idéologie exprimée dans ces fichiers ou documents », créant ainsi un « délit de recel d'apologie d'actes de terrorisme ».

83. CC, 23 novembre 2012, n° 2012-282 QPC : « Les atteintes portées à l'exercice de la liberté d'expression doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi ».

84. CC, 23 novembre 2012, n° 2012-282 QPC : « Considérant que les deuxième et troisième alinéas de l'article L. 581-9 du code de l'environnement instituent un régime d'autorisation administrative préalable pour l'installation de certains dispositifs de publicité extérieure ; que ces dispositions n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet de conférer à l'autorité administrative saisie d'une demande sur leur fondement le pouvoir d'exercer un contrôle préalable sur le contenu des messages publicitaires qu'il est envisagé d'afficher ; que, sous cette réserve, ces dispositions ne portent aucune atteinte à la liberté d'expression ».

85. CC, 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC ; CC, 8 juin 2012, n° 2012-253 QPC ; CC, 7 juin 2013, n° 2013-319 QPC ; CC, 8 janvier 2016, n° 2015-512 QPC ; CC, 2 mars 2018, n° 2017-693 QPC ; CC, 8 juin 2012, n° 2012-253 QPC ; CC, 18 mai 2018, n° 2018-706 QPC.

86. CC, 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC : « poursuit un objectif d'intérêt général de recherche de la paix sociale » ; CC, 8 juin 2012, n° 2012-253 QPC : « [a pour] objet est de prévenir les atteintes à l'ordre public et de protéger la personne dont il s'agit » ; CC, 7 juin 2013, n° 2013-319 QPC : « vise au rétablissement de la paix politique et sociale [et] au respect des principes du procès équitable et à la poursuite de l'objectif de bonne administration de la justice » ; CC, 8 janvier 2016, n° 2015-512 QPC : « ont pour objet de réprimer un abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui porte atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers » ; CC, 8 janvier 2016, n° 2015-512 QPC : « ont pour objet de réprimer un abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui porte atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers » ; CC, 2 mars 2018, n° 2017-693 QPC : « entend garantir le bon déroulement de l'enquête et de l'instruction et participe à l'objectif à valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et à la recherche des auteurs d'infractions » ; CC, 6 décembre 2019, n° 2019-817 QPC : « garantit la sérénité des débats [...] et l'objectif à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice [ainsi que] la sécurité des acteurs judiciaires et à la présomption d'innocence » ; CC, 29 janvier 2021, n° 2020-878/879 QPC : « poursuit ainsi l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions ».

87. CC, 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC ; CC, 7 juin 2013, n° 2013-319 QPC : que « caractère général et absolu [de l'interdiction qui vise sans distinction tous les propos ou écrits, qu'ils résultent de travaux historiques, scientifiques ou de débat public d'intérêt général] porte une atteinte à la liberté d'expression qui n'est pas proportionnée » ; CC, 8 juin 2012, n° 2012-253 QPC : « que, la privation de liberté ne peut se poursuivre après que la personne a recouvré la raison ; que la condition ainsi posée (...) limite(...) cette

privation de liberté à quelques heures au maximum ; qu'en outre, la même disposition autorise un officier ou un agent de police judiciaire, (...) après qu'elle aura recouvré la raison, à ne pas la placer en chambre de sûreté et à la confier à une tierce personne qui se porte garante d'elle ; que, prévu, organisé et limité par la loi, le placement en chambre de sûreté n'est pas une détention arbitraire ; par suite, les dispositions de l'article L. 3341-1 du code de la santé publique ne méconnaissent pas l'exigence selon laquelle toute privation de liberté doit être nécessaire, adaptée et proportionnée aux objectifs de préservation de l'ordre public et de protection de la santé qu'elles poursuivent » ; CC, 8 janvier 2016, n° 2015-512 QPC : « les dispositions n'ont ni pour objet, ni pour effet d'interdire les débats historiques ; qu'ainsi l'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression qui en résulte est nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur » ; CC, 2 mars 2018, n° 2017-693 QPC : « que la portée du secret est limitée aux actes d'enquêtes et d'instruction et à la durée des investigations ; que cela ne prive pas de la possibilité de rendre compte d'une procédure pénale et de relater les différentes étapes d'une enquête et d'une instruction ; il en résulte que l'atteinte à la liberté d'expression et de communication est limitée [d'autant plus] que le procureur [peut déroger au secret] et que les parties et avocats peuvent communiquer des informations sur le déroulement de l'enquête et de l'instruction [...] ; qu'il en résulte que l'atteinte est nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi » ; CC, 6 décembre 2019, n° 2019-817 QPC : « que s'il est possible d'utiliser des dispositifs de captation et d'enregistrement qui ne perturbent pas (...) le déroulement des débats, l'interdiction de les employer (...) permet de prévenir la diffusion des images ou des enregistrements susceptible quant à elle de perturber les ces débats [d'autant plus que] l'évolution des moyens de communication est susceptible de conférer à cette diffusion un retentissement important [et risqué] [et que le législateur a prévu des exceptions] et que cela ne prive pas le public (...) en particulier les journalistes de la possibilité de rendre compte des débats (...) ; il résulte de tout ce qui précède que l'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de communication est nécessaire, adaptée et proportionnée aux objectifs poursuivis » ; CC, 29 janvier 2021, n° 2020-878/879 QPC : « que les dispositions maintiennent donc de plein droit des personnes en détention provisoire sans que l'appréciation de la nécessité de ce maintien soit obligatoirement soumise, à bref délai au contrôle du juge judiciaire. Or, l'objectif poursuivi n'est pas de nature à justifier que l'appréciation de la nécessité du maintien en détention soit, durant de tels délais, soustraite au contrôle systématique du juge judiciaire [sachant que] l'intervention du juge (...) pouvait (...) faire l'objet d'aménagements procéduraux ».

88. On se permet notamment de renvoyer à Hennette-Vauchez, Marguet Laurie, « La QPC et les « droits et libertés que la Constitution garantit » : consécration et façonnage d'une nouvelle catégorie du droit constitutionnel », Dossier "Les 10 ans de la QPC", *Revue des droits de l'homme*, même numéro que celui dans lequel paraît le présent article.

89. Sauf CC, 12 avril 2013, n° 2013-302 QPC.

90. On retrouve précisément cette formulation dans CC, 9 juin 2011, n° 2011-135/140 QPC ; QPC CC, 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC ; CC, 6 octobre 2011, n° 2011-174 QPC ; et une formule très similaire dans CC, 16 juin 2020, n° 2020-844 QPC.

91. CC, 2 décembre 2012, n° 2012-235 QPC.

92. Dans la décision CC, 14 février 2014, n° 2013-367 QPC, le Conseil est confronté au réexamen, après une modification législative, d'une disposition qu'il avait déjà examinée dans CC, 2 décembre 2012, n° 2012-235 QPC. En l'espèce, il ne porte pas son attention sur le grief tiré de la violation de la liberté individuelle (ni, d'ailleurs, sur ceux tirés de la violation d'autres libertés) mais se concentre sur le grief tiré de la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence, concluant sa décision de la manière suivante : « le législateur n'a privé de garanties légales ni la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ni les libertés qui découlent des articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 ; que les dispositions contestées n'affectent par elles-mêmes aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit ; que, par suite, le grief tiré de ce que le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence doit être écarté ».

93. Dans les QPC : CC, 9 septembre 2016, n° 2016-561/562 QPC et CC, 9 décembre 2016, n° 2016-602 QPC - non relatives à des mesures médicales - le juge n'approfondit nullement l'examen de la

conformité de la disposition à la liberté individuelle (après avoir pourtant annoncé le triple test) : après avoir rappelé les conditions posées par les conditions, il énonce que « les dispositions contestées ne sauraient, sans imposer une rigueur non nécessaire méconnaissant la liberté individuelle [ni porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et venir] être interprétées comme excluant la possibilité pour le magistrat du siège saisi aux fins d'incarcération de laisser la personne [...] en liberté sans mesure de contrôle dès lors qu'elle présente des garanties suffisantes de représentation ». Après avoir formulé cette première réserve d'interprétation, il en formule une seconde concernant la nécessité pour la personne privée de liberté de pouvoir être assistée par un avocat. Il conclut ensuite sur le constat que l'intéressé n'est pas privé de la possibilité de contester la mesure d'incarcération et énonce que « les griefs tirés de ce que les deuxième et troisième alinéas de l'article 695-28 du code de procédure pénale méconnaissent la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir, les droits de la défense et le droit à un recours juridictionnel effectif doivent être écartés. Ces dispositions ne méconnaissent par ailleurs ni la présomption d'innocence, ni le droit au respect de la vie privée, ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit ».

94. 9 sur les 10 QPC entrant dans cette catégorie : cf. *supra*.

95. ...alors qu'en ce qui concerne l'article 11, cette absence de corrélation dans les 14 QPC qui invoquent le grief tiré de la méconnaissance de la liberté d'expression sans pour autant qu'un triple test apparaisse par la suite s'explique dans 100 % des cas.

96. Dans la troisième catégorie, on retrouve CC, 19 juin 2020, n° 2020-844 QPC. Toutes catégories confondues, on trouve également l'ensemble des décisions invoquant le grief tiré de la violation de la liberté individuelle qui ne sont pas relatives à des hospitalisations (ou soins) sans consentement : CC, 22 décembre 2015, n° 2015-527 QPC CC, 19 février 2016, n° 2016-536 QPC . CC, 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC . CC, 15 décembre 2017, n° 2017-682 QPC . CC, 29 janvier 2021, n° 2020-878/879 QPC.

97. CC, 21 octobre 2011, n° 2011-185 QPC.

98. Voir notamment : CC, 8 juillet 2011, n° 2011-147 QPC : « si ces dispositions s'opposent à ce que le pouvoir de prononcer des mesures privatives de liberté soit confié à une juridiction qui ne serait composée que de juges non professionnels, elles n'interdisent pas, par elles-mêmes, que ce pouvoir soit exercé par une juridiction pénale de droit commun au sein de laquelle siègent de tels juges » ; CC, 21 octobre 2011, n° 2011-185 QPC : « que son article 64 garantit l'indépendance de l'autorité judiciaire » Voir aussi CC, 1^{er} avril 2016, n° 2016-532 QPC : « que, s'agissant des formations correctionnelles de droit commun, la proportion des juges non professionnels doit rester minoritaire » ;

99. Voir notamment : CC, 14 février 2014, n° 2013-367 QPC ; CC, 9 juin 2011, n° 2011-135/140 QPC ; CC, 9 septembre 2016, n° 2016-561/562 QPC ; CC, 2 décembre 2011, n° 2011-202 QPC ; CC, 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC ; CC, 6 octobre 2011, n° 2011-174 QPC ; CC, 2 décembre 2012, n° 2012-235 QPC ; CC, 19 juin 2020, n° 2020-844 QPC

100. Article 9 DDHC : « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ».

101. Pour illustrations : CC, 27 février 2015, n° 2014-452 QPC : les requérants considèrent que « les dispositions contestées méconnaissent le principe d'égalité devant la loi ainsi que le principe de rigueur nécessaire ». Sans se référer à l'article 9 DDHC, le Conseil énonce néanmoins le principe selon lequel « le législateur tient de l'article 34 de la Constitution l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale ; que, s'agissant de la procédure pénale, cette exigence s'impose notamment pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions » avant d'examiner sur le fond la conformité de la disposition législative en cause à ce principe pour en conclure que « les dispositions contestées n'instituent pas une rigueur qui ne serait pas nécessaire à la recherche des auteurs d'infractions ». Voir aussi, CC, 9 octobre 2014, 2014-420/421 QPC : cette décision, après avoir rappelé le contenu de l'article 9 DDHC et le principe selon lequel « le législateur tient de l'article 34 de la Constitution l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale ; que,

s'agissant de la procédure pénale, cette exigence s'impose notamment pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions », le Conseil ne traite cependant pas directement (et séparément) le principe de rigueur non nécessaire mais examine le principe de la liberté individuelle avant de conclure que « le législateur a permis qu'il soit porté à la liberté individuelle et aux droits de la défense une atteinte qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi » ; CC, 18 juin 2012, n° 2012-257 QPC : Dans ses développements, le Conseil ne mentionne, par la suite, que la conformité des dispositions en cause à « l'exercice des libertés constitutionnellement garanties » sans qu'il soit, dès lors, possible de savoir s'il se réfère ici à la liberté individuelle garantie par l'article 66 de la Constitution ou au droit à la sûreté garanti par l'article 9 DDHC (ou aux deux) ; CC, 18 novembre 2011, n° 2011-191/194/195/196/197 QPC : Après avoir de nouveau énoncé le contenu de l'article 9 DDHC et le principe selon lequel « le législateur tient de l'article 34 de la Constitution l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale ; que, s'agissant de la procédure pénale, cette exigence s'impose notamment pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions », le Conseil formule son considérant de principe au regard duquel le législateur doit concilier la prévention des atteintes à l'ordre public avec la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis, et notamment la liberté individuelle que l'article 66 place sous la protection de l'autorité judiciaire. Dans ses développements, le Conseil ne répond pas directement à ces griefs.

102. CC, 2 décembre 2011, n° 2011-202 QPC ; CC, 19 juin 2020, n° 2020-844 QPC , CC, 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC ; voir aussi (mais de manière plus précise) : CC, 9 juin 2011, n° 2011-135/140 QPC /140 ; CC, 6 octobre 2011, n° 2011-174 QPC

103. CEDH, 25 mars 1999, Musial contre Pologne, n° 24557/94, §47. Voir aussi : CEDH, 24 octobre 1979, Winterwerp contre Pays Bas, n° 6301/73. ; CEDH 5 oct. 2004, H. L. contre Royaume - Uni, n° 45508/99.

104. CC, 9 juin 2011, n° 2011-135/140 QPC , bien que le triple test ne soit ni approfondi ni clairement « décelable », il laisse malgré tout quelques traces. En l'espèce, le juge considère que dès lors que l'hospitalisation d'office n'est possible que si les troubles nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte de façon grave à l'ordre public, de tels motifs peuvent « justifier la mise en œuvre d'une mesure privative de liberté ». Puis il examine, après avoir rappelé que le juge judiciaire n'est pas obligé d'intervenir avant la mise en œuvre de la mesure, si celui-ci intervient dans un bref délai après sa mise en œuvre. Il sanctionne la disposition en cause considérant que l'absence de réexamen par le juge judiciaire du maintien de la mesure ne permet pas de s'assurer que « l'hospitalisation est réservée aux cas dans lesquels elle est adaptée, nécessaire et proportionnée à l'état des malades ainsi qu'à la sûreté des personnes ou la préservation de l'ordre public ». Voir aussi CC, 16 septembre 2011, n° 2011-164 QPC ; CC, 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC : dans cette dernière QPC, le Conseil estime que « le législateur a fixé des conditions de fond et des garanties de procédure propres à assurer que le placement à l'isolement ou sous contention, dans le cadre de soins psychiatriques sans consentement, n'intervienne que dans les cas où ces mesures sont adaptées, nécessaires et proportionnées à l'état de la personne qui en fait l'objet », et ce avant de contrôler la conformité de la disposition à l'article 66 : considérant ici que le juge judiciaire intervient dans un délai qui n'est pas le plus bref possible, il censure la disposition législative en cause.

105. CC, 9 septembre 2016, n° 2016-561/562 QPC ; CC, 9 décembre 2016, n° 2016-602 QPC : Il semble donc avoir traité de manière plus ou moins simultanée tous les griefs, assimilant les exigences posées par l'article 66 à celles exigées par le droit à un procès équitable et un recours effectif. Confronté à l'examen d'une seconde disposition, il considère que « par ailleurs, la personne recherchée peut solliciter, à tout instant de la procédure, sa mise en liberté devant la chambre de l'instruction, [et que] par conséquent, les griefs tirés de la méconnaissance des articles 66 de la Constitution et 16 de la Déclaration de 1789 doivent être écartés ».

Voir aussi : CC, 12 avril 2013, n° 2013-302 QPC : liberté d'expression : égalité et liberté d'expression traitées ensemble. Voir aussi, sans proportionnalité : QPC CC, 2 décembre 2011, n° 2011-202 QPC.

106. CC, 9 juin 2011, n° 2011-135/140 QPC ; CC, 19 juin 2020, n° 2020-844 QPC ; CC, 29 janvier 2021, n° 2020-878/879 QPC.

107. CC, 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC ; CC, 6 octobre 2011, n° 2011-174 QPC ; CC, 2 décembre 2011, n° 2011-202 QPC.

RÉSUMÉS

Le « triple test » est le nom donné au contrôle le plus poussé que réalise le Conseil constitutionnel ; c'est qu'en effet, le Conseil peut moduler l'intensité de son contrôle. Le triple test est alors volontiers présenté comme le contrôle le plus approfondi. Face à ce constat, il apparaît dès lors utile de revoir à nouveaux frais - à l'aune d'une analyse *exhaustive* des QPC prétendant réaliser un triple test - l'affirmation selon laquelle le contrôle exercé dans le cadre du triple test serait un contrôle « puissant » susceptible de renforcer la protection accordée aux libertés fondamentales invocables dans le cadre du contentieux *a posteriori*.

The “triple test” is often presented as the most advanced proportionality review that the French Constitutional Council may use. With this test, the Constitutional Council can indeed modulate the intensity of its proportionality review. In view of this fact, it seems useful to challenge, based on the recent QPC caselaw, the assertion that this “triple test” is a powerful review which would reinforce the protection of fundamental human rights in the context of the *a posteriori* constitutional review.

INDEX

Keywords : triple test, proportionality review, intensity of control, *a posteriori* constitutional review, argumentative strategy

Mots-clés : triple test, contrôle de proportionnalité, intensité du contrôle, QPC, contrôle *a posteriori*, stratégie argumentative

AUTEUR

LAURIE MARGUET

Laurie Marguet est Maîtresse de conférences à Université Paris-Est Créteil ; MIL