

*Fondée par  
Georges Burdeau  
Professeur honoraire  
à l'Université de  
droit, d'économie,  
et de sciences sociales  
de Paris*

BIBLIOTHÈQUE  
CONSTITUTIONNELLE  
ET DE  
SCIENCE POLITIQUE  
TOME 112

*Dirigée par  
Jacques Robert  
Professeur émérite  
à l'Université de  
Panthéon-Assas  
(Paris II), Président  
honoraire de l'Université*

# LA NOTION DE DROIT FONDAMENTAL DANS LES JURISPRUDENCES ET DOCTRINES CONSTITUTIONNELLES FRANÇAISES ET ALLEMANDES

---

**Thomas Meindl**

Docteur en droit

*Préface de*

*Dominique Rousseau*

Professeur de droit à l'Université Montpellier I  
Membre de l'Institut Universitaire de France

*Prix de thèse 2001 du Conseil constitutionnel  
Premier prix ex aequo du Centre français de droit comparé  
Prix Viard de la Faculté de droit (Université Montpellier I)*

*Ouvrage honoré d'une subvention de l'École doctorale de l'Université Montpellier I  
et d'une subvention de l'Académie française sur la fondation Viard*



# TABLE ANALYTIQUE

<b>Introduction</b> .....	1
<b>Première partie : L'impossible définition formelle de la notion de droit fondamental</b> .....	9
<b>Titre I : L'hypothèse écartée : une catégorie constitutionnelle de droits spécifiques</b> .....	11
<b>Chapitre I : Un catalogue français de droits fondamentaux différent du catalogue allemand</b> .....	13
<b>Section I. Une différence de contenu</b> .....	16
<b>§I. La qualification de droits inscrits dans le texte de la constitution</b> .....	16
<b>A. Les droits issus de la D.D.H.C.</b> .....	16
1. Le principe d'égalité .....	17
2. La liberté individuelle et la sûreté : un couple équivoque .....	18
<b>B. Les droits issus du Préambule de 1946</b> .....	22
1. La décision du 13 août 1993 : le droit d'asile .....	22
2. La décision du 10 juin 1998 .....	25
a. Le droit à l'emploi : un droit fondamental exclusivement français .....	25
b. Le droit syndical .....	25
c. Le droit de participation .....	27
<b>§II. La qualification de droits déduits du texte de la Constitution</b> .....	28
<b>A. Les déductions de droits de la D.D.H.C.</b> .....	28
1. La décision du 13 août 1993 : la liberté d'aller et venir et la liberté du mariage .....	28
a) La liberté d'aller et venir .....	28
b) La liberté du mariage .....	30
2. La décision du 10 juin 1998 : la liberté d'entreprendre .....	31
<b>B. Les déductions de droits du Préambule de 1946</b> .....	32
1. La déduction des P.F.R.L.R. : les droits de la défense .....	33
2. La déduction de l'alinéa 10 : le droit de mener une vie familiale normale .....	36
<b>Section II. Une différence de précision</b> .....	39
<b>§I. Des ambiguïtés liées à la détermination du droit fondamental visé</b> .....	40

A. La décision des 10 et 11 octobre 1984 : la libre communication.....	40
1. Une double ambiguïté interne .....	41
a) Une ambiguïté terminologique .....	41
b) Une ambiguïté sémantique .....	42
2. Une double ambiguïté externe.....	46
a) L'ambiguïté liée à la liberté audiovisuelle.....	46
b) L'ambiguïté liée à la décision du 29 juillet 1994.....	48
B. La décision du 13 août 1993 : l'indéfinition des droits à la protection sociale.....	49
§II. Des ambiguïtés liées à l'emploi marginal du générique " libertés et droits fondamentaux " .....	52
A. Les ambiguïtés liées à la sélection des droits fondamentaux.....	52
1. Le droit de propriété .....	52
2. L'inviolabilité du domicile.....	54
B. Des ambiguïtés liées à la gestion fluctuante du générique " droit fondamental " .....	56
1. L'absence de maintien du générique .....	56
2. Le rejet du générique .....	63
Conclusion .....	65

<b>Chapitre II : Une approche constitutionnelle commune : une catégorie de droits spécifiques .....</b>	<b>69</b>
<b>Section I. Le rejet de l'hypothèse française d'une catégorie constitutionnelle fondée sur un régime de protection spécifique.....</b>	<b>71</b>
§I. L'approche française : les tentatives de définition d'un régime juridique spécifique des droits fondamentaux .....	71
A. La dualité des régimes spécifiques en France.....	72
1. La définition doctrinale française restreinte .....	72
2. La définition doctrinale française étendue.....	73
B. La conséquence des régimes spécifiques : la détermination d'un catalogue des droits fondamentaux français .....	75
1. Le catalogue doctrinal français restreint.....	75
2. Le catalogue doctrinal français étendu .....	76
§II. L'approche comparée : l'absence d'un régime juridique spécifique des droits fondamentaux .....	79
A. La mise en cause du lien régime juridique-droits fondamentaux ....	79
1. Le rejet de " l'effet cliquet " .....	80
2. Le rejet de l'interdiction de l'autorisation préalable .....	82
3. Le rejet de l'application uniforme sur l'ensemble du territoire ..	86
B. L'absence d'un régime spécifique en Allemagne.....	87
1. L'indépendance entre l'intensité de la protection et la nature " fondamentale " du droit .....	87
2. Le principe de proportionnalité : élément principal du contrôle de constitutionnalité .....	91
a) Le contrôle de proportionnalité en Allemagne .....	91
b) Le contrôle de proportionnalité en France .....	94

<b>Section II. L'hypothèse commune d'une catégorie fondée sur la nature</b>	
Spécifique des droits fondamentaux.....	96
§I. La création de la catégorie : la rupture avec les droits de l'homme .....	97
A. L'origine contradictoire du générique.....	98
1. Une apparition textuelle allemande.....	98
2. Une existence doctrinale française .....	100
B. La sémantique convergente du générique : l'effectivité .....	102
1. Une sémantique allemande indéniable .....	103
2. Une sémantique française convergente ? .....	107
§II. La définition de la catégorie : le maintien de la "nature classique" des droits de l'homme .....	108
A. La volonté restrictive explicite du constituant fédéral allemand .....	109
1. La volonté explicite du constituant originaire en 1949 .....	109
2. La volonté explicite du constituant dérivé en 1994 .....	113
B. La volonté restrictive implicite du constituant français.....	114
1. La divergence avec l'Allemagne : la reconnaissance constitutionnelle de droits sociaux .....	114
2. La convergence avec l'Allemagne : la place restreinte des droits sociaux .....	116
a) Une restriction quantitative : la divisibilité du Préambule ....	116
b) Une restriction qualitative : l'aspect second des principes sociaux .....	119
<b>Conclusion</b> .....	121
<b>Titre II : L'hypothèse retenue : une catégorie constitutionnelle globale...</b>	123
<b>Chapitre I : L'extension du catalogue initial par l'inclusion de "droits fondamentaux apparentés"</b> .....	125
<b>Section I. Le constat de l'ouverture informelle du catalogue des droits fondamentaux.....</b>	126
§I. L'ouverture textuelle spécifiquement allemande.....	127
A. L'ouverture admise : les " grundrechtsgleiche Rechte " .....	128
1. Les " grundrechtsgleiche Rechte " politiques .....	128
2. Les " grundrechtsgleiche Rechte " processuels.....	132
B. L'ouverture discutée : les " grundrechtsähnliche Rechte " .....	133
1. Les hésitations doctrinales .....	134
2. L'indécision jurisprudentielle .....	137
§II. L'ouverture jurisprudentielle.....	140
A. L'Allemagne : une autonomie formelle discutable .....	141
1. La lecture controversée de la décision du 15 décembre 1983 .....	141
2. La concrétisation des droits fondamentaux.....	143
B. La France : une autonomie formelle abandonnée .....	146
1. Une source privilégiée : l'article 4 DDHC, un " <i>Auffanggrundrecht</i> " .....	146
2. Une source non-exclusive .....	149

Section II. Le constat de l'égalité de nature entre les droits découverts et les droits fondamentaux .....	152
§I. Les limites du critère de <i>l'importance</i> du droit fondamental .....	152
A. Les limites temporelles.....	153
B. Les limites structurelles .....	155
1. L'exemple du principe de dignité.....	155
2. L'exemple des droits de l'article 93.I 4a LF .....	158
§II. L'explication systémique du défaut d'ouverture formelle des catalogues de droits fondamentaux.....	160
A. Un système pyramidal à trois niveaux.....	161
B. L'inutile formalisation de nouveaux droits fondamentaux.....	164
Conclusion .....	166
<b>Chapitre II : La possible inclusion de droits sociaux fondamentaux .....</b>	<b>167</b>
Section I. Le constat de l'inclusion des normes sociales parmi les droits fondamentaux en France et en Allemagne.....	169
§I. Le principe : l'inclusion sous la forme " d'objectif " .....	169
A. L'inclusion directe .....	170
1. L'inclusion française .....	170
a) Le droit à l'emploi : un objectif à l'emploi.....	170
b) La généralisation de la notion "d'objectif" dans la jurisprudence constitutionnelle.....	173
2. L'inclusion allemande restreinte .....	177
B. L'inclusion indirecte par l'intermédiaire du principe de l'Etat social .....	179
1. La France : une déduction implicite ? .....	179
2. L'Allemagne : une déduction explicite.....	182
a) La déduction de droits sociaux.....	183
b) Du principe de l'Etat social à l'objectif de l'Etat social.....	185
§II. L'exception : la prise en compte d'un contenu " prescriptif " prestatif .....	187
A. Sur le plan qualitatif : lié au principe de dignité.....	188
1. La France : un contrôle récent.....	188
2. L'Allemagne : un revirement de jurisprudence ancien .....	191
B. Sur le plan quantitatif : lié au principe d'égalité .....	192
Section II. Une inclusion de normes sociales parmi les droits fondamentaux en France et en Allemagne juridiquement justifiée.....	194
§I. L'argumentation textuelle commune .....	195
A. L'argument textuel spécifique : le principe de dignité.....	195
1. Un principe source des droits sociaux .....	195
2. Un principe indivisible .....	196
B. L'argument textuel global convergent : la présence permanente de droits sociaux semblables .....	198
1. Sur le plan historique.....	199
a) La présence originelle des droits sociaux en France.....	199
b) La présence originelle des droits sociaux en Allemagne.....	200
2. Sur le plan fédéré, en Allemagne .....	203
a) La prise en compte des droits sociaux dans les anciens Länder .....	203

b) La prise en compte des droits sociaux dans les nouveaux Länder .....	205
§II. L'argumentation matérielle convergente : l'impossible distinction de nature entre les droits classiques et les droits sociaux .....	210
A. L'égalité fonctionnelle des deux types de droits .....	210
1. La possibilité juridique d'une dissociation entre nature et fonction du droit.....	211
2. Le constat de l'existence jurisprudentielle de la dissociation entre nature et fonction du droit .....	213
a) La fonction prestative des droits-libertés.....	213
b) La fonction défensive des droits sociaux.....	216
B. L'égalité justiciabilité formelle des deux types de droits.....	220
1. Le rejet de l'argumentation liée au défaut de précision de la norme sociale .....	221
2. Le rejet de l'argumentation liée au caractère illimité de la norme sociale .....	223
Conclusion .....	227
<b>Deuxième partie : La possible définition matérielle de la notion de droit fondamental .....</b>	<b>229</b>
<b>Titre I : Le double caractère des droits fondamentaux .....</b>	<b>230</b>
<b>Chapitre I : Le caractère objectif de la notion : un caractère globalement commun à la France et l'Allemagne.....</b>	<b>231</b>
Section I. Le caractère objectif principal .....	234
§I. Un ancrage constitutionnel différent.....	235
A. L'Allemagne : un ancrage textuel.....	236
B. La France : un ancrage jurisprudentiel.....	238
§II. Le rejet d'un ancrage législatif.....	240
A. La confusion relative à l'interprétation des principes "vagues" .....	242
B. La confusion relative à la localisation de la contrainte .....	243
Section II. Le caractère objectif complémentaire .....	246
§I. Le développement en Allemagne du caractère objectif complémentaire	247
A. La création jurisprudentielle du caractère objectif complémentaire	247
1. Une création progressive.....	247
2. Un caractère objectif "complémentaire" .....	251
B. Le contenu hétérogène du caractère objectif complémentaire .....	253
1. L'hétérogénéité liée à la dualité du contenu .....	253
2. L'hétérogénéité liée à la pluralité des fonctions.....	253
§II. La présence en France du caractère objectif complémentaire .....	259
A. La présence en France de la dimension positive du caractère objectif	260
1. Un fondement textuel solide.....	260
2. Une application et un renfort jurisprudentiel.....	264

B. La présence en France de la dimension négative du caractère objectif	268
1. La "découverte" de normes implicites	269
a) La norme dépendante d'un droit	269
b) La norme indépendante d'un droit	272
2. L'extension du champ d'application des droits	274
Conclusion	277
<b>Chapitre II : Le caractère subjectif : un caractère principalement absent en France</b>	<b>279</b>
Section I. La définition divergente du caractère subjectif	279
§I. Un caractère dual	282
A. L'élément matériel ou abstrait	283
1. La difficile définition directe	283
2. La tentative de définition indirecte	284
B. L'élément concret ou formel	285
1. L'intégration de l'élément formel dans la définition	286
2. La nature individuelle de l'élément formel	290
§II. Un caractère partiellement absent en France	291
A. Une absence partielle	291
1. La présence de l'élément abstrait ou matériel	291
2. L'absence de l'élément concret ou formel	296
B. Une volonté du Conseil de "subjectiver" les droits et libertés	298
1. L'indice terminologique : le générique "libertés et droits fondamentaux"	298
2. L'indice juridique : l'applicabilité directe	302
Section II. Les sujets communs du caractère subjectif	304
§I. Les personnes physiques, titulaires principaux	305
A. Les définitions textuelles française et allemande des titulaires partiellement divergentes	306
1. L'Homme, titulaire de principe	306
2. L'étranger, une situation contrastée	311
a) Les droits politiques, le principe identique : l'exclusion	311
b) Les droits non-politiques, le contraste quantitatif	313
B. Les applications jurisprudentielles française et allemande des titulaires globalement convergentes	318
1. Les applications relatives à l'étranger	318
a) Une jurisprudence allemande nivélatrice des inégalités	319
b) Une jurisprudence française paradoxalement "créatrice" d'inégalités	321
2. Les applications relatives à l'ante- et post-existence humaine	324
a) L'ante-existence humaine, l'embryon	324
b) L'existence post-humaine, la personne décédée	327
§II. Les personnes morales, titulaires secondaires	328
A. L'identité jurisprudentielle française et allemande relative aux personnes morales de droit privé	328
1. L'inclusion présumée des personnes morales nationales	329

2. L'exclusion relative des personnes morales étrangères .....	331
B. L'identité jurisprudentielle française et allemande relative aux personnes morales de droit public .....	333
1. Le principe jurisprudentiel : la inapplication des droits fondamentaux .....	334
2. L'exception jurisprudentielle : l'application des droits fondamentaux .....	338
a) L'exception liée à la nature des droits fondamentaux invoqués .....	338
b) L'exception liée à l'activité de la personne publique .....	339
Conclusion .....	341
<b>Titre II : La double protection des droits fondamentaux.....</b>	<b>343</b>
<b>Chapitre I : La protection contre les actes <i>infra</i>-constitutionnels .....</b>	<b>345</b>
Section I. La protection verticale ancienne des droits fondamentaux .....	345
§I. La reconnaissance d'un contrôle de constitutionnalité sur requête individuelle : un caractère invariable .....	346
A. L'Allemagne, la reconnaissance aboutie de la protection constitutionnelle individuelle .....	347
1. La constitution de la "Paulskirche", la reconnaissance éphémère .....	347
2. La Loi fondamentale, la reconnaissance durable .....	349
B. La France, la reconnaissance avortée de la protection constitutionnelle individuelle .....	352
1. L'échec politique d'une réforme nécessaire .....	353
2. Les insuffisances de la réforme proposée .....	355
a) La limitation du contrôle aux actes législatifs .....	355
b) L'accès indirect de la saisine individuelle .....	358
§II. Les conditions d'ouverture du contrôle de constitutionnalité .....	360
A. L'Allemagne, la mise en cause du recours principalement subjectif .....	361
1. La primauté initiale de critères subjectifs liés à l'acte soumis au contrôle .....	362
2. Vers une objectivation des conditions tenant à la définition de l'atteinte aux droits fondamentaux .....	363
B. La France, un recours exclusivement objectif .....	367
Section II. La protection horizontale nouvelle des droits fondamentaux .....	370
§I. La reconnaissance de l'effet horizontal .....	371
A. La reconnaissance de l'effet horizontal indirect .....	372
1. Le fondement constitutionnel de l'effet horizontal .....	372
2. Le développement jurisprudentiel d'un effet horizontal indirect .....	374
B. Le rejet des théories extrêmes .....	377
1. Le rejet de la théorie de l'effet horizontal direct .....	377
2. Le rejet de la théorie de la négation de l'effet horizontal .....	380
§II. Le remplacement par la théorie de l'obligation de protection .....	380
A. La notion d'obligation de protection par l'Etat .....	382
1. La définition de la notion d'obligation de protection .....	383

2. Le lien avec l'effet horizontal .....	385
B. L'existence d'un effet horizontal en France .....	387
Conclusion .....	391
<b>Chapitre II : La protection mesurée contre la loi constitutionnelle .....</b>	<b>395</b>
<b>Section I. L'inclusion de(s) droits fondamentaux dans les limites matérielles à la révision.....</b>	<b>395</b>
§I. L'inclusion jurisprudentielle française implicite.....	396
A. L'énonciation implicite du principe du contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles.....	397
1. L'énonciation du principe : la décision du 2 septembre 1992, Maastricht II.....	398
2. La confirmation du principe.....	401
a) La confirmation par la décision du 15 mars 1999 .....	402
b) La confirmation par la lecture combinée des décisions des 15 mars et 15 juin 1999 .....	404
B. L'application implicite du principe du contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles.....	408
1. L'inutilisation de l'article 53-1 C. dans la décision du 22 avril 1997.....	409
2. L'inutilisation dans la décision du 31 décembre 1997, traité d'Amsterdam.....	410
§II. L'inclusion jurisprudentielle allemande explicite .....	413
A. La critique de l'interprétation restrictive <i>stricto sensu</i> faiblement protectrice des droits fondamentaux.....	414
1. La décision de principe du 15 décembre 1970 : l'article 79.III LF, la protection contre une révolution légale ...	414
2. La double critique de la décision de principe du 15 décembre 1970 .....	417
a). La critique de l'interprétation fonctionnelle de l'article 79.III LF .....	417
b). La critique de l'interprétation matérielle de l'article 79.III LF .....	419
B. L'adoption de l'interprétation restrictive <i>lato sensu</i> plus protectrice des droits fondamentaux.....	422
1. La décision de principe du 23 avril 1991 : l'article 79.III LF; la protection contre un changement des valeurs.....	423
2. L'incertitude de l'étendue de la protection constitutionnelle.....	428
<b>Section II. La possible justification de l'inclusion de(s) droits fondamentaux dans les limites inatérielles à la révision .....</b>	<b>432</b>
§I. Le possible rejet de l'argument de la <i>supra</i> constitutionnalité.....	433
A. L'existence juridique de la supra-constitutionnalité.....	434
1. L'Allemagne : la primauté de la référence fonctionnelle .....	434
2. La France, la primauté discutable de la référence matérielle.....	438
a) La référence matérielle externe.....	438
b) La référence matérielle interne.....	442

B. L'utilité juridique restreinte de la supraconstitutionnalité : la distinction effective des pouvoirs constituant et de révision de la constitution .....	446
1. L'Allemagne, l'effectivité de la distinction des pouvoirs .....	446
2. La France, l'ineffectivité paradoxale de la distinction des pouvoirs .....	449
§II. Le possible rejet de l'argument de l'atteinte à la démocratie.....	453
A. Le contrôle de la seule expression démocratique constituée.....	454
1. L'acceptation <i>du principe</i> de la dualité organique du peuple .....	455
2. L'encadrement des seuls représentants du Peuple.....	458
B. Une condition : l'impossible révision des limites à la révision.....	461
1. La France, une impossibilité globalement niée .....	462
2. L'Allemagne, une impossibilité globalement affirmée.....	463
Conclusion .....	465
Conclusion générale .....	467
Index bibliographique.....	471