

**Table Ronde Internationale De Justice Constitutionnelle**  
**Septembre 2023**

**Rapport allemand**

Rainer Arnold  
Université de Ratisbonne/Regensburg

**Atelier I**

**Les interactions entre guerre et Constitution : approche historico-constitutionnelle**

.1. Guerre et naissance de la Constitution

a. La Loi fondamentale allemande est une Constitution de transformation dont les valeurs se distinguent avec la plus grande force du régime national-socialiste criminel qui a régné en Allemagne jusqu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale. Les conséquences de la guerre ont été la perte de la capacité d'action intérieure et extérieure de l'Allemagne, l'occupation par les puissances victorieuses, l'exercice du pouvoir souverain par les Alliés, et enfin le souhait des Alliés occidentaux de fonder un nouvel État allemand, sur la base d'une constitution, l'actuelle Loi fondamentale. La Seconde Guerre mondiale et sa fin avec la victoire des Alliés et la libération de l'Allemagne du régime nazi ont été l'occasion historique et factuelle de procéder à une césure politique et constitutionnelle par le biais d'une nouvelle constitution.

Il convient également de mentionner l'unification allemande de 1990, qui n'a pas donné lieu à une nouvelle constitution (prévue par l'article 146 de la Loi fondamentale), mais à l'adoption de la Loi fondamentale, conformément à l'ancien texte de l'article 23 LF. L'unification allemande s'est déroulée de manière pacifique, mais elle était également liée à la Seconde Guerre mondiale en tant que conséquence politique tardive. La consolidation de la Loi fondamentale et son extension territoriale au territoire de l'ancienne RDA par l'unification ont donc également été des conséquences de la guerre, même si elles ont été décalées de 45 ans.

b. La Constitution de Weimar de 1919, la Constitution de la Première République en Allemagne, était elle aussi liée à la Première Guerre mondiale, elle était l'enfant de la révolution après la fin de

la guerre. Celle-ci avait conduit à des bouleversements politiques fondamentaux, à la révolution et à la fin de la monarchie.<sup>1</sup>

c. La Constitution de 1871 était également étroitement liée à la guerre franco-allemande, au cours de laquelle l'Empire allemand a été proclamé par l'adhésion des États d'Allemagne du Sud à la Confédération d'Allemagne du Nord, après la défaite de la France dans la Galerie des Glaces à Versailles.<sup>2</sup>

d. La Confédération de l'Allemagne du Nord a été fondée en 1867, après la guerre austro-prussienne (bataille de *Königgrätz*, 1866, avec la victoire de la Prusse), sur la base d'une constitution fédérale. Une autre guerre, la guerre germano-danoise de 1864<sup>3</sup>, avait déjà préparé cette évolution.<sup>4</sup>

La Confédération allemande, une confédération d'États de 1815 a ainsi été dissoute, un cas où une guerre met fin à un ordre constitutionnel existant, même si ce n'est pas dans un État, mais dans une confédération d'États.

e. La constitution de la Confédération allemande, une confédération d'États, basée sur l'acte confédéral de 1815, était conditionnée par la fin des guerres napoléoniennes.<sup>5</sup>

Nous voyons un lien factuel et politique étroit entre l'évolution de la constitution en Allemagne et les guerres respectives.

Le contenu de la constitution est cependant toujours une nouvelle orientation (Constitution de Weimar : République ; Loi fondamentale : constitution orientée vers la dignité humaine).

## 2. Guerre et fin de la Constitution

La guerre en tant que telle ne met pas automatiquement fin à l'application de la Constitution. Celle-ci reste en vigueur jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle constitution. En règle générale, après la fin de la guerre, une nouvelle constitution est élaborée en raison des graves conséquences d'une guerre sur l'État et la société, notamment lorsqu'un nouveau régime s'établit ou que l'ancien régime prend fin. La nouvelle constitution est un *actus contrarius* de l'ancienne et l'abroge donc. La nouvelle constitution détermine de manière constitutive dans quelle mesure des parties de l'ancienne constitution restent en vigueur.

En ce qui concerne l'Allemagne, il faut constater que la Constitution de Weimar, qui a précédé la Loi fondamentale allemande, est devenue obsolète en 1933 suite à la prise de pouvoir par les nationaux-socialistes et qu'elle a aussi perdu sa validité. Le régime d'injustice existant sous le

---

<sup>1</sup> V. Udo Di Fabio, *Die Weimarer Verfassung. Aufbruch und Scheitern*, C.H.Beck München 2018, en particulier p.23 et suiv.

<sup>2</sup> V. Werner Frotscher/Bodo Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, 17e éd., C.H.Beck, München, 2018, p.199 et suiv.

<sup>3</sup> Rudolf Hoke, *Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte*, 2e éd., Böhlau Wien 1996, p. 382, 383.

<sup>4</sup> V. Rudolf Hoke, note 3, p.379 et suiv.

<sup>5</sup> V. Frotscher/Pieroth, note 2, p.117 et suiv.

national-socialisme, fondé sur l'"ordre du Führer" en vigueur sans restriction, ne peut être qualifié de constitution. Ce régime de fait est devenu obsolète avec la capitulation de l'Allemagne, c'est-à-dire la fin de la guerre, et ses manifestations textuelles ont été expressément abrogées par les Alliés.

### 3. L'influence de la guerre sur le contenu de la Loi fondamentale allemande

Les influences de la Seconde Guerre mondiale sur la Loi fondamentale allemande, rédigée quatre ans après la fin de celle-ci, sont nombreuses. Elles concernent en premier lieu les conséquences de la guerre :

#### a. *D'un point de vue territorial*

Le champ d'application de la Loi fondamentale (voir le préambule ainsi que l'article 23 de la Loi fondamentale de 1949<sup>6</sup>) est limité en raison des conséquences de la guerre.

Les territoires appartenant à la RDA, créée la même année que la République fédérale, n'en font pas partie.

- (1) Le "Grand Berlin" (formé en 1920 en tant que commune de Prusse) est toutefois mentionné dans l'article 23 de la Loi fondamentale (dans la version en vigueur jusqu'à la réunification en 1990) comme faisant partie du champ d'application de la nouvelle Loi fondamentale, mais sa validité n'y est que limitée, car Berlin est une ville divisée en quatre secteurs gouvernés par les quatre puissances victorieuses. Berlin ne fait donc pas partie des zones d'occupation de la République fédérale d'Allemagne, mais devient un territoire spécial sous la responsabilité des quatre puissances<sup>7</sup>. Il existe néanmoins des liens institutionnels, comme le montre l'article 144, al. 2, de la Loi fondamentale de 1949 : le droit d'envoyer des représentants au Bundestag et au Bundesrat est reconnu, ceux-ci n'étant pas directement élus et ne disposant pas d'un droit de vote complet, mais seulement d'une voix consultative<sup>8</sup>. L'article 7 du traité "Deux Plus Quatre" de 1990 les a supprimés<sup>9</sup>.
- (2) Il convient également de mentionner comme une conséquence de la période suivant la fin de la guerre qu'un nouveau découpage des Länder a été envisagé par les Alliés. La Loi fondamentale elle-même prévoyait, dans son article 118, le redécoupage du Bade, du Wurtemberg-Baden et du Wurtemberg-Hohenzollern, et ce en dérogation à la règle de l'article 29 de la Loi fondamentale. Ce "Südweststaat" (État du sud-ouest) a été créé en

---

<sup>6</sup> Abrogé par la loi du 23 septembre 1990 (BGBl. - Journal officiel - II p.885) ; art. 23 LF inséré comme article européen avec un contenu différent par la loi du 21 décembre 1992 (BGBl. I,p.2086).

<sup>7</sup> Voir également l'accord quadripartite sur Berlin de 1971 (texte dans *Bundes-Anzeiger* (BAnz., Moniteur fédéral) 174/72, supplément).

<sup>8</sup> Heinrich Amadeus Wolff, in Dieter Hömig/H.A.Wolff, Grundgesetz, 12e éd. 2018, Art.144/notes marg.2,3).

<sup>9</sup> Stefanie Schmahl, in Helge Sodan, Grundgesetz, 4e éd. 2018, Art. 144/ notes marg. 4,5.

1953 sous le nom de Baden-Württemberg, sur la base d'une loi fédérale associée à un référendum.

(3) Sarre

La Sarre est devenue un Land allemand (à l'époque le 11e Land) le 1er janvier 1957, alors qu'elle faisait partie de la zone d'occupation française à la fin de la Seconde Guerre mondiale, mais avec un statut particulier, et que le projet d'europanisation de la Sarre par le biais d'un statut de la Sarre avait été rejeté par référendum. L'adhésion à la République fédérale a ensuite été préparée par le biais de l'accord entre l'Allemagne et la France. Le destin de la Sarre a également été marqué par les conséquences de la guerre, le premier cas étant l'application de l'ancienne version du texte de l'article 23 de la Loi fondamentale intervention<sup>10</sup>.

(4) L'unification allemande en 1990

La plus grande extension territoriale de la Loi fondamentale a eu lieu le 1er octobre 1990, lorsque l'ancienne RDA s'est incorporée à la République fédérale d'Allemagne et que, conformément à l'ancienne version de l'article 23 de la Loi fondamentale, la Loi fondamentale a été étendue au territoire des nouveaux Länder. Il s'agissait également d'une modification territoriale du champ d'application de la Loi fondamentale en raison de la guerre, bien que 45 ans après la fin de la Seconde Guerre mondiale.

b. D' un point de vue normative

La décision n°1 du Conseil de contrôle de 1945 a abrogé les dispositions fondamentales du régime national-socialiste. La Loi fondamentale (entrée en vigueur en 1949) a également prévu dans son article 123 al. 1 le maintien en vigueur du droit antérieur à la réunion du premier Bundestag, à condition que celui-ci ne soit pas en contradiction avec la Loi fondamentale. C'est une conséquence du principe de la primauté de la Constitution, qui a pris effet avec l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale. En même temps, le nouvel ordre constitutionnel abolit de manière générale le droit antérieur contraire à la Loi fondamentale, et donc en particulier le droit antérieur d'orientation nationale-socialiste. L'article 139 de la Loi fondamentale stipule en outre que la législation des Alliés sur la "libération du peuple allemand du national-socialisme et du militarisme" n'est pas affectée par la Loi fondamentale et que sa validité est donc pleinement reconnue par cette dernière..

La disposition spécifique de l'article 123, paragraphe 2, de la Loi fondamentale concerne les *traités d'État* conclus par le Reich allemand et portant sur des matières qui, après la création de la République fédérale, relèvent de la compétence des Länder ; ils restent en vigueur, à moins qu'ils ne soient modifiés ou résiliés par les autorités désormais compétentes ou qu'ils perdent leur validité pour d'autres raisons. Il semble notamment important que ces traités d'État ne soient maintenus que dans la mesure où, comme le formule la Loi fondamentale, "ils sont valables et continuent à s'appliquer selon les principes généraux du droit".

---

<sup>10</sup>

[https://www.saarland.de/stk/DE/service/publikationen/\\_documents/Die\\_Geschichte\\_des\\_Saarlandes.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=9](https://www.saarland.de/stk/DE/service/publikationen/_documents/Die_Geschichte_des_Saarlandes.pdf?__blob=publicationFile&v=9) (p. 27,28).

Il convient également de noter qu'en vertu de l'article 126 de la Loi fondamentale, les divergences d'opinion sur la poursuite de l'application de l'ancien droit en tant que droit fédéral sont tranchées par la Cour constitutionnelle fédérale.

Par ailleurs, la Loi fondamentale contient une série de dispositions transitoires de ce que l'on appelle "l'ancien droit", c'est-à-dire de l'époque précédant la fin de la guerre, afin d'intégrer cet ancien droit dans *l'ordre des compétences* de l'État fédéral créé par la Loi fondamentale. Ces dispositions ne concernent toutefois pas directement notre sujet.

Les autres dispositions transitoires de la Loi fondamentale importantes pour notre sujet sont les suivantes :

- L'article 116 de la Loi fondamentale contient la définition de la personne qui est allemande au sens de la Loi fondamentale (sous réserve de dispositions légales contraires), à savoir celle qui possède la nationalité allemande ou qui, en tant que réfugié ou expulsé d'ethnie allemande ou en tant que conjoint ou descendant de celui-ci, a été accueillie sur le territoire du *Reich* allemand tel qu'il était au 31 décembre 1937 (alinéa 1 de l'article 116 de la Loi fondamentale).

A cela s'ajoute, dans l'alinéa 2, la déclaration importante selon laquelle les anciens ressortissants allemands qui ont été déchus de leur nationalité pour des raisons politiques, raciales ou religieuses à l'époque du national-socialisme (entre le 30 janvier 1933 et le 8 mai 1945) et leurs descendants doivent être réintégrés dans la nationalité allemande sur demande. Ils ont donc un droit strict à la naturalisation. La Loi fondamentale stipule en outre que ces personnes ne sont pas considérées comme déchues de leur nationalité si elles ont pris domicile en Allemagne après la fin de la Seconde Guerre mondiale, c'est-à-dire après le 8 mai 1945, et si elles n'ont pas exprimé une volonté contraire.

- L'article 119 de la Loi fondamentale concerne les réfugiés et les personnes déplacées, pour les affaires desquels le gouvernement fédéral pouvait, avec l'accord du Bundesrat, édicter des décrets ayant force de loi, et ce jusqu'à ce qu'une loi fédérale soit adoptée (ce qui a été fait entre-temps), de sorte que la répartition entre les différents Länder a notamment pu être effectuée immédiatement. Aujourd'hui, cette règle est dépassée.

- L'article 120 de la Loi fondamentale stipule que l'État fédéral prend en charge les dépenses liées aux frais d'occupation et aux autres charges intérieures et extérieures consécutives à la guerre ; des lois fédérales doivent régler les détails<sup>11</sup>. La Cour constitutionnelle fédérale définit la notion de charges consécutives à la guerre en ce sens qu'il s'agit "des charges de telles conséquences de la guerre dont la cause déterminante - et en ce sens unique - est la Seconde Guerre mondiale"<sup>12</sup>. Cette notion est donc délimitée par rapport à toutes les autres charges, seulement indirectes, qui ont un lien quelconque avec la Seconde Guerre mondiale. Les coûts d'occupation mentionnés dans le texte

---

<sup>11</sup> À ce sujet, Ralf P. Schenke, in Sodan, Grundgesetz, 4e éd. 2018, Art. 120 /note marg. 8.

<sup>12</sup> CCF vol. 9, 305, 324.

de l'article 120 de la Loi fondamentale en sont un exemple, mais ils ne jouent plus aucun rôle depuis la suppression du régime d'occupation en 1955<sup>13</sup>.

- L'article 120a de la Loi fondamentale concerne ce que l'on appelle la compensation des charges, concrétisée par une loi fédérale du 14 août 1952<sup>14</sup>, qui prévoit dans son article 1 "l'indemnisation des dommages et des pertes résultant des expulsions et des destructions de l'époque de la guerre et de l'après-guerre ... ainsi que l'atténuation des difficultés survenues à la suite de la réorganisation du système monétaire dans le domaine d'application de la Loi fondamentale, y compris Berlin (Ouest)..." . Plus tard, les charges résultant de la division de l'Allemagne en raison de la guerre (appelées "Zonenschäden », dommages dans la zone d'occupation soviétique et la RDA »<sup>15</sup>) ont été incluses.<sup>16</sup>

- Les autres dispositions transitoires de la Loi fondamentale concernent en grande partie des questions de détail et ne peuvent pas être analysées en profondeur ici. De plus, toutes ces dispositions ne concernent pas la guerre elle-même.

-Il convient toutefois de mentionner l'article 131 de la Loi fondamentale qui concerne les membres de la fonction publique qui étaient en poste avant la fin de la guerre et qui, au moment de l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale, n'étaient plus ou plus affectés à une fonction correspondant à leur ancien poste ; il en va de même pour la question du droit à la pension conformément à l'article 131, phrase 2 de la Loi fondamentale. La loi du 11 mai 1951<sup>17</sup> réglait ces questions en détail. Cette loi n'avait pas un caractère de droit de la fonction publique, mais un caractère d'aide, d'assistance, car selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, tous les rapports de la fonction publique devaient être considérés comme éteints le 8 mai 1945<sup>18</sup>. Si des violations flagrantes de l'État de droit avaient été commises pendant la fonction exercée précédemment, des droits pouvaient être niés<sup>19</sup>.

- d'autres dispositions transitoires liées à la guerre concernent la succession juridique dans le patrimoine du Reich (article 134 de la loi fondamentale), qui devient en principe un patrimoine fédéral (alinéa 1).

-L'article 135a, al. 1, de la loi fondamentale habilite le législateur à déterminer que les engagements du Reich ainsi que les engagements de l'ancien Land de Prusse ou d'autres collectivités et établissements de droit public qui n'existent plus ne doivent pas être honorés ou ne doivent pas l'être dans leur intégralité. Il en va de même pour les dettes de la République démocratique allemande ou de ses entités juridiques (alinéa 2). Cette disposition contient également d'autres détails sur lesquels il n'est toutefois pas possible de s'étendre dans ce contexte.<sup>20</sup>

---

<sup>13</sup> Schenke, note 11, not marg. 5

<sup>14</sup> BGBl. I, p. 446 (remaniée par la loi du 02 juin 1993 BGBl. I p. 845, 1995 I p. 248 avec des modifications).

<sup>15</sup> Schenke ibidem, Art. 120 a Grundgesetz/ note marg. 1.

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> BGBl. I, 307.

<sup>18</sup> CCF vol.3, 58, 124 ; Walter Georg Leisner , in Sodan ( note 2), Art. 121, note marg. 2.

<sup>19</sup> CCF vol.6, 132, 205 ; Leisner, ibidem.

<sup>20</sup> Cf. à ce sujet Schenke (note 2), commentaires relatifs à l'art. 135 a LF

#### 4. Dispositions spécifiques liées à la guerre

L'article 26 contient l'interdiction de la guerre d'agression. Il stipule dans son alinéa 1, première phrase : "Les actes qui sont de nature à troubler la coexistence pacifique des peuples et qui sont accomplis dans l'intention, notamment, de préparer la conduite d'une guerre d'agression, sont contraires à la Constitution". La deuxième phrase de l'alinéa 1 ajoute : "Ces actes doivent être punis". La Constitution exprime donc à cet égard un impératif de pénalisation. L'alinéa 2 sert à réaliser l'interdiction de la première phrase de l'alinéa 1 : "Les armes destinées à la guerre ne peuvent être fabriquées, transportées et mises en circulation qu'avec l'autorisation du gouvernement fédéral". Le législateur fédéral est chargé de régler les détails de cette disposition, ce qu'il a fait en adoptant la loi sur le contrôle des armes de guerre<sup>21</sup>

La Loi fondamentale ne contient d'ailleurs aucune disposition spécifique concernant la guerre, mais par le biais de l'article 25 de la Loi fondamentale, qui stipule que les règles générales du droit international font partie intégrante du droit fédéral, priment sur les lois (simples) et génèrent des droits et des obligations directement pour les habitants du territoire fédéral, l'interdiction du recours à la force de la Charte des Nations unies s'applique également dans le droit interne allemand. Bien que les sujets du droit international public ne soient que des États souverains, les obligations de droit international public découlant de l'article 25 de la Loi fondamentale créent à cet égard des obligations pour les individus qui rendent inadmissible le soutien ou l'aide à la menace et à l'usage de la force militaire, même par des personnes privées (à ce sujet et en particulier sur le problème de ce que l'on appelle "l'augmentation du nombre de destinataires"<sup>22</sup>).

Il faut cependant souligner que les traités internationaux, par exemple ceux relatifs au droit international humanitaire, sont transformés dans l'ordre juridique allemand conformément à l'article 59, al. 2 de la Loi fondamentale (LF) et génèrent donc, en tant que lois (fédérales) simples, des obligations et des droits pour les personnes concernées. Les traités internationaux qui sont pertinents pour la guerre sont ainsi introduits dans l'ordre juridique allemand.

Une référence à l'article 1, al. 2 de la Loi fondamentale est également importante dans ce contexte. Il stipule que "le peuple allemand reconnaît (en raison de l'intangibilité de la dignité humaine, comme l'exprime l'article 1, al. 1, de la Loi fondamentale) les droits inviolables et inaliénables de l'homme comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde". Étant donné que la guerre, si elle n'est pas légitimée par le droit international, viole les droits de l'homme, cette disposition est une norme constitutionnelle d'interdiction, y compris en ce qui concerne la guerre.

On peut également citer ici l'article 1 al. 3 LF, selon lequel les organes de l'État allemand ne doivent pas violer les droits fondamentaux, que cela se produise sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne ou ailleurs. Cette disposition constitue également, avec les normes de la Loi

---

<sup>21</sup> <https://www.gesetze-im-internet.de/krwaffkontrg/KrWaffKontrG.pdf>

<sup>22</sup> À ce sujet et en particulier sur le problème de ce que l'on appelle "l'augmentation du nombre de destinataires" voir Stefanie Schmahl, note 2, art. 25/note marg.11.

fondamentale sur les droits fondamentaux et les droits de l'homme, une barrière constitutionnelle contre la guerre non légitimée par le droit international.

La Loi fondamentale contient des dispositions spécifiques (articles 115 a à 115 l) pour ce que l'on appelle le cas de défense, qui sera traité séparément plus loin.

## 5. Quel est l'impact des traités de paix ou d'autres traités internationaux ou régionaux sur le contenu des Constitutions ?

a.

a) Après la fin de la guerre, l'Allemagne est divisée en zones d'occupation, conformément au protocole de Londres du 12. Septembre 1944 (Union soviétique, États-Unis, Grande-Bretagne)<sup>23</sup> et à l'accord de Londres du 14 novembre 1944 (la France s'y ajoute) ; l'institution commune prévue est le Conseil de contrôle ; le 5 juin 1945, le pouvoir d'État en Allemagne est repris par les gouvernements des Alliés<sup>24</sup>.

b) L'impulsion pour la création de la Loi fondamentale en tant que base d'un nouvel État a été donnée par les Documents de Francfort (document n° I), remis le 1er juillet 1948 à Francfort aux ministres-présidents des 11 Länder existant à cette date<sup>25</sup>.<sup>26</sup>

b) La Loi fondamentale, élaborée par le Conseil parlementaire sur la base du projet rédigé à Herren-Chiemsee (dans le sud de la Bavière), a été adoptée par les assemblées populaires des Länder existants à l'époque, à l'exception de la Bavière, et est entrée en vigueur le 24 mai 1949 (cf. article 145 de la Loi fondamentale)<sup>27</sup>.

c) Une autre étape importante fut le Traité d'Allemagne de 1952<sup>28</sup> entré en vigueur dans sa version révisée et en tant que partie des Traités de Paris le 5 mai 1955, après de longs débats de politique intérieure et après l'échec de la participation initialement prévue de l'Allemagne à une Communauté européenne de défense<sup>29</sup>, quelques jours avant l'admission de l'Allemagne dans l'OTAN.<sup>30</sup> Il mettait fin au régime d'occupation, de sorte que l'Allemagne devenait souveraine (art. 1), mais prévoyait des droits de réserve des Alliés pour Berlin et pour l'Allemagne dans son ensemble (y compris la question de la réunification), selon l'art. 2 du traité ("Les Trois Puissances se réservent, en raison de la situation internationale, les droits antérieurement exercés ou détenus par elles en ce qui concerne a) le stationnement des forces armées en Allemagne et la protection de leur sécurité,

---

<sup>23</sup> <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783111409788-002/html?lang=de>

<sup>24</sup> Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33e éd., 2018, p. 17/18

<sup>25</sup> Sur la création des Länder après la guerre Zippelius/Würtenberger, note 24, p. 18

<sup>26</sup> <http://www.documentarchiv.de/brd/frftdok.html>

<sup>27</sup> Zippelius/Würtenberger, note 24, p. 19. V. aussi <https://www.verfassungen.de/de49/chiemseerentwurf48.htm> ainsi que Angela Bauer-Kirsch, Herrenchiemsee. Der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee – Wegbereiter des Parlamentarischen Rates, Diss. Bonn 2005, <https://bonndoc.ulb.uni-bonn.de/xmlui/bitstream/handle/20.500.11811/2244/0602.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<sup>28</sup> BGBl. 1954 II, p. 57.

<sup>29</sup> <https://www.politische-union.de/evgv/>

<sup>30</sup> [https://www.bundestag.de/webarchiv/textarchiv/2013/43292381\\_kw12\\_kalenderblatt\\_deutschlandvertrag-211262](https://www.bundestag.de/webarchiv/textarchiv/2013/43292381_kw12_kalenderblatt_deutschlandvertrag-211262).



b) Berlin et c) l'Allemagne dans son ensemble y compris l'unification de l' Allemagne et un règlement de paix").

d) Les traités conclus dans le cadre de l'unification allemande, d'une part entre la République fédérale d'Allemagne et la RDA, d'autre part entre les quatre Alliés et la République fédérale d'Allemagne et la République démocratique allemande (traité dit "deux plus quatre" du 12 septembre 1990<sup>31</sup>), sont essentiels pour notre sujet. Ces traités sont liés à la guerre, car ils mettent fin à la division de l'Allemagne causée par la guerre.

La première catégorie comprend les traités entre les deux parties de l'Allemagne, le traité monétaire du 18 mai 1990<sup>32</sup> - création d'une union monétaire, économique et sociale entre la RFA et la RDA - , le traité d'unification du 31 août 1990<sup>33</sup> - adhésion des Länder nouvellement formés en RFA à la RFA (création simultanée du Land de Berlin) et extension de la Loi fondamentale à ces nouveaux Länder conformément à l'art. 23 de l'ancienne version de la Loi fondamentale - et le traité électoral du 3 août 1990<sup>34</sup> -pour la tenue des premières élections panallemandes<sup>35</sup>.

La deuxième catégorie comprend le traité "deux plus quatre", qui a supprimé les droits de réserve des Alliés à l'égard de Berlin et de l'Allemagne dans son ensemble et a établi pleinement la souveraineté allemande, 45 ans après la fin de la Seconde Guerre mondiale. Il ne s'agit pas d'un traité de paix au sens typique du terme, mais il devait essentiellement résoudre toutes les questions nées de la Seconde Guerre mondiale. La Cour fédérale de justice l'a formulé comme suit : "Le traité "deux plus quatre" ne peut certes pas être qualifié de traité de paix au sens traditionnel du terme, qui englobe habituellement la fin de l'état de guerre, l'établissement de relations pacifiques et un règlement global des questions juridiques nées de la guerre. Il avait cependant pour objectif déclaré de parvenir à un règlement définitif en ce qui concerne l'Allemagne, et il était clair qu'il n'y aurait pas d'autres règlements (de paix) sur les questions juridiques liées à la Seconde Guerre mondiale. Il en résultait également que la question des réparations en ce qui concerne l'Allemagne ne devait plus être réglée par traité, conformément à la volonté des parties contractantes".<sup>36</sup>

b. Les traités internationaux mentionnés ci-dessus (en ce qui concerne les traités conclus entre la République fédérale et la RDA, on a utilisé le terme de traités d'État ou de traités sui generis) ont eu une influence extrêmement importante sur la Constitution en raison de la situation particulière de l'Allemagne, qui résultait de la Seconde Guerre mondiale. Les paragraphes suivants présentent les principales modifications constitutionnelles qui ont résulté de ces traités<sup>37</sup>.

---

<sup>31</sup> Voir les services scientifiques du Bundestag allemand, documentation WD 2 - 3000 - 149/07, Der Zwei-plus-Vier-Vertrag Souveränität der Bundesrepublik Deutschland, p.5.

<sup>32</sup> BGBl. 1990 II, p. 518.

<sup>33</sup> BGBl. 1990 II p. 889.

<sup>34</sup> BGBl. II 1990 p. 813.

<sup>35</sup> Zippelius/Würtemberger, note 13, p. 24/25.

<sup>36</sup> Jugement du 26.6.2003, III ZR 245/98, p. 15 =<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=26591&pos=0&anz=1>; voir également les services scientifiques du Bundestag allemand, documentation WD 2 - 3000 - 149/07, Der Zwei-plus-Vier-Vertrag Souveränität der Bundesrepublik Deutschland, p.5.

<sup>37</sup> Steffi Menzenbach/Anja Netterscheidt/Maren Beckebanze/Lena Kuhn, Modifications de la Loi fondamentale depuis 1949. Contenu, date, résultat du vote et comparaison des textes. Wissenschaftliche Dienste, Deutscher Bundestag, WD 3 - 380/09, 2009.

Il est toutefois nécessaire de se limiter aux modifications les plus importantes de la Loi fondamentale dans ce contexte.

1) En 1954, la compétence exclusive de l'État fédéral en matière de défense et de protection de la population civile est ajoutée à l'article 73, paragraphe 1, point 1, de la Loi fondamentale, en raison des accords de Paris et du réarmement de l'Allemagne, qui a fait l'objet de vives discussions.

2) La Loi fondamentale est également complétée comme suit en ce qui concerne les réformes constitutionnelles qui, selon l'article 79 de la Loi fondamentale, requièrent non seulement une majorité des deux tiers au Bundestag et au Bundesrat, mais également une modification explicite du texte de cette dernière. Suite à cette modification, l'article 79, alinéa 1, phrase 2 de la Loi fondamentale est ainsi rédigé :

"Pour les traités internationaux qui ont pour objet un règlement de paix, la préparation d'un règlement de paix ou le démantèlement d'un ordre fondé sur le droit d'occupation ou qui sont destinés à servir la défense de la République fédérale, il suffit, pour préciser que les dispositions de la Loi fondamentale ne s'opposent pas à la conclusion et à la mise en vigueur des traités, de compléter le texte de la Loi fondamentale en se limitant à cette précision".

Cet allègement devait s'appliquer à certains traités visant à surmonter les conséquences de la guerre.<sup>38</sup>

Cette disposition n'a été utilisée qu'une seule fois, en 1964, pour permettre l'adhésion de l'Allemagne à une communauté de défense européenne par l'introduction de l'art. 142a dans la Loi fondamentale, mais ce plan a échoué en raison du refus de l'Assemblée nationale française<sup>39</sup>.

L'article 142a de la Loi fondamentale mentionné, inséré à l'époque, était libellé comme suit : "Les dispositions de la présente Loi fondamentale ne font pas obstacle à la conclusion et à la mise en vigueur des traités signés à Bonn et à Paris les 26 et 27 mai 1952 (Traité sur les relations entre la République fédérale d'Allemagne et les Trois Puissances et Traité instituant la Communauté européenne de défense) ainsi que de leurs accords complémentaires et annexes, notamment le protocole du 26 juillet 1952"<sup>40</sup>

L'article 79, paragraphe 1, deuxième phrase de la Loi fondamentale ne s'applique pas à tous les traités dans le contexte de la défense, mais seulement à l'intégration dans un système de défense et d'alliance.<sup>41</sup>

3) Dans le cadre de l'adhésion de la République fédérale d'Allemagne au Traité de Bruxelles et au Traité de l'Atlantique Nord (24 mars 1955)<sup>42</sup> une série de modifications ont été apportées à la Loi fondamentale<sup>43</sup>: des restrictions possibles des droits fondamentaux pour le service militaire et le service de substitution (« *Ersatzdienst* ») en ce qui concerne la liberté d'expression, la liberté de réunion, le droit de pétition communautaire (voir article 17a al. 1 LF) ; de plus, les lois sur la défense

---

<sup>38</sup> Cf. à ce sujet Dietlein, BeckOK Grundgesetz, Epping/Hillgruber, 55e édition, suppl.complém. du 15 mai 2023, Art. 79/ notes marg. 8 et suiv. 10.1.

<sup>39</sup> Dietlein, Art. 79/ note marg.10.1 et CCF (Cour constitutionnelle fédérale) vol. 41, 126, 174.

<sup>40</sup> <https://lexetius.com/GG/142a,2>.

<sup>41</sup> Haratsch, in Sodan (op.cit.), Art. 79 /note marg.15; Dietlein, op.cit, Art. 79/note marg. 12.

<sup>42</sup> BGBl. II p. 256.

<sup>43</sup> BGBl. 1956. I p.111.

et la protection de la population civile peuvent déterminer que le droit fondamental de la liberté de circulation et l'inviolabilité du domicile sont limités (voir article 17a al. 2 LF). La définition du service militaire et, en cas d'objection de conscience, l'obligation d'effectuer un service de substitution sont également fixées (voir article 12 al. 2 LF). Les femmes ne peuvent pas servir sous les armes (article 12 al. 3 de la loi sur les forces armées) ; plus tard, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne de justice<sup>44</sup>, cette disposition a été modifiée de telle sorte que les femmes sont libres de le faire, mais qu'elles ne peuvent pas y être contraintes (voir l'actuel article 12, al. 4, deuxième phrase, de la loi sur les forces armées). En outre, une commission de la défense est créée au Bundestag, ainsi que l'institution d'un ombudsman pour ce domaine, le délégué à la défense. Des dispositions sont également introduites dans la Loi fondamentale concernant la proclamation du cas de défense et le pouvoir de commandement sur les forces armées (en temps de paix, le ministre fédéral de la défense, en cas de défense, le chancelier fédéral). Ces dispositions seront placées ailleurs ultérieurement<sup>45</sup>.

4) L'année 1968 a été marquée par d'importantes modifications constitutionnelles, à savoir l'introduction de dispositions relatives à l'état d'urgence dans la Loi fondamentale. Il s'agissait d'une conséquence tardive des traités internationaux sur la fin du régime d'occupation, le traité révisé sur l'Allemagne du 23 octobre 1954 (dit traités de Paris). La République fédérale d'Allemagne s'était engagée à laisser les forces alliées sur son territoire, les Alliés se réservant le droit de garantir la sécurité de leurs forces armées en Allemagne par leurs propres mesures (en reprenant et en exerçant partiellement la souveraineté nécessaire). Ceci n'était toutefois valable que tant qu'un droit d'urgence propre n'avait pas été créé par la législation allemande, sur la base duquel les forces armées pourraient être suffisamment protégées et un trouble grave de la sécurité et de l'ordre publics pourrait être combattu<sup>46</sup>.

Ce n'est que des années plus tard, en raison de son caractère politique et social explosif, que ce droit d'urgence propre a été réalisé dans le cadre d'une grande coalition entre les sociaux-démocrates et les chrétiens-démocrates, l'opposition dite extraparlamentaire (APO) ayant mené de grandes actions de protestation.

Des dispositions institutionnelles et organisationnelles ont été introduites dans la Loi fondamentale, notamment en ce qui concerne le cas de défense<sup>47</sup>, le cas de tension militaire, l'état d'urgence intérieur et l'état d'urgence catastrophique. En outre, le secret de la correspondance, des postes et des télécommunications, garanti par l'article 10 de la Loi fondamentale a été limité dans la mesure où des surveillances ont été rendues possibles sans notification à la personne concernée et sans contrôle judiciaire (mais sous le contrôle d'une commission désignée par le Parlement). En outre, le droit de résistance (droit d'un Allemand de résister à celui qui veut supprimer l'ordre constitutionnel et qu'aucun autre remède n'est possible) a été introduit comme alinéa 4 de l'article 20 LF.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> ECLI:EU:C:2000:2 ; Affaire C-285/98, Tanja Kreil.

<sup>45</sup> Voir plus loin les explications relatives à l'art. 115a LF et suiv.

<sup>46</sup> cf. art. 5 (2) de la loi relative au protocole du 23 octobre 1954 mettant fin au régime d'occupation en République fédérale d'Allemagne, BGBl.1955 I p. 213.

<sup>47</sup> Voir Atelier II ci-dessous.

<sup>48</sup> Pour ces modifications, voir WD 3 - 380/09, note 22 , p. 14/15.

5) Enfin, il convient de mentionner les modifications apportées à la Loi fondamentale à l'occasion de l'unification allemande en 1990. Cette modification de la Loi fondamentale est elle aussi directement liée à la Seconde Guerre mondiale, puisque la division de l'Allemagne a été la conséquence la plus radicale de la guerre.

Nous avons déjà constaté plus haut que le champ d'application territorial de la Loi fondamentale a été élargi par l'adhésion à la République fédérale d'Allemagne des Länder formés en RDA peu avant l'adhésion et de Berlin. Cela s'est fait sur la base de l'article 23 de la Loi fondamentale qui prévoyait la voie de l'adhésion. Cette voie, plutôt que l'autre possibilité prévue par l'article 146 LF, à savoir la création d'une nouvelle constitution pour l'Allemagne en voie d'unification, a été choisie pour des raisons politiques, notamment pour faire avancer rapidement le processus d'unification face à une situation politique mondiale instable. L'ancien article 23 de la Loi fondamentale, devenu obsolète en raison de l'unification allemande, a été transformé en article sur l'Europe, qui régit l'appartenance de l'Allemagne à l'Union européenne et a remplacé à cet égard l'article 24, paragraphe 1, qui existait depuis le début de la Loi fondamentale.

L'article final de la Loi fondamentale, l'article 146, a également été modifié : il constate que l'unité de l'Allemagne dans la liberté a déjà été réalisée et que la Loi fondamentale s'applique à l'ensemble de l'Allemagne, mais que la Loi fondamentale perd sa validité si une nouvelle Constitution est adoptée librement par le peuple allemand.

Il convient également de mentionner que la répartition des voix au sein du Bundesrat a été modifiée afin de s'adapter à la nouvelle composition du Bundesrat.

L'article 135a LF a été complété par un alinéa 2 concernant les engagements de la RDA. L'article 135a LF rappelle que le législateur fédéral peut décider que les dettes de l'Allemagne d'avant 1945 ne doivent pas être honorées par la République fédérale ou qu'elles ne doivent pas l'être intégralement, ce qui vaut désormais également pour les dettes de la RDA.

L'article 143 LF a également été introduit ; il contient des dispositions spéciales pour les nouveaux Länder et Berlin-Est. Jusqu'au 31 décembre 1992, le droit de l'ancienne RDA devrait s'écarter de la Loi fondamentale dans la mesure où et aussi longtemps que l'adaptation complète à la Loi fondamentale n'a pas pu être réalisée en raison des différences de situation, mais ces divergences ne doivent pas aller à l'encontre de la garantie de l'essence de l'article 19 al. 2, de la Loi fondamentale et doivent également être compatibles avec les principes de l'article 79 al.3, de la Loi fondamentale (dignité humaine, démocratie, État de droit, État social, République, État fédéral). En ce qui concerne d'autres dispositions de la Loi fondamentale (relatives aux sections II, VIII, VIIIa, X et XI), des dérogations ont été jugées admissibles jusqu'au 31 décembre 1995. L'article 143 al. 3, de la Loi fédérale a été très important dans la pratique, car les atteintes à la propriété sur le territoire de l'ancienne RDA étaient irréversibles, même si elles étaient contraires à la garantie de propriété de la loi fondamentale elle-même. Cela correspondait à l'article 41 du traité d'unification.

6. D'autres questionnements qui sont relatifs à l'appréhension de la guerre par les Constitutions :

*a. Comment la Constitution se saisit-elle des différentes formes de guerres ?*

La Constitution allemande ne se prononce pas sur les différentes formes de guerre. Comme nous l'avons déjà mentionné, l'article 26 de la Loi fondamentale parle de la conduite d'une guerre d'agression, dont la préparation est déclarée anticonstitutionnelle (bien entendu, sa mise en œuvre l'est également - il existe une obligation pour l'État de la rendre punissable). D'une manière générale, l'article précité de la Loi fondamentale parle de l'inconstitutionnalité des "actes qui sont de nature à troubler la coexistence pacifique des peuples et qui sont commis dans l'intention de le faire". Entrent dans cette catégorie toutes les formes de guerre non légitimées par le droit international.

*b. La répudie-t-elle ou la reconnaît-elle explicitement ?*

La Loi fondamentale déclare les actes décrits à l'article 26 anticonstitutionnels et punissables, exprimant ainsi son horreur de toute guerre (non légitimée par le droit international) et, plus généralement, de tous les actes qui perturbent la coexistence pacifique des peuples.

#### 7. Quels sont les rapports entre constitution et engagement international et humanitaire sur la question de la guerre ?

Les traités internationaux ratifiés par la République fédérale d'Allemagne sont transformés dans le droit interne allemand conformément à l'article 59 al. 2 LF, ce qui signifie qu'ils sont considérés comme de simples lois fédérales dans l'ordre juridique interne. Cela signifie que des lois allemandes ultérieures ou spéciales pourraient modifier la validité interne de ces traités internationaux. Celle-ci constituerait toutefois une violation du droit international. Dans la mesure où les contenus des traités internationaux constituent en même temps du droit international général, ils sont directement valables et applicables dans l'ordre juridique allemand en tant que règles générales conformément à l'article 25 de la Loi fondamentale et ont un rang supérieur aux lois simples (même si elles sont inférieures à la Constitution).

Il existe toutefois une tendance selon laquelle les normes de la Loi fondamentale allemande doivent être interprétées à la lumière des droits de l'homme contraignants au niveau international, comme cela a été expressément constaté par la Cour constitutionnelle fédérale dans l'affaire *Görgülü*<sup>49</sup>, en particulier pour la Convention européenne des droits de l'homme. Dans ce contexte, il a également été fait référence à l'article 1 al. 2 de la Loi fondamentale déjà mentionné. On peut supposer que les règles du droit international humanitaire, même si elles ne concernent pas directement les droits de l'homme, doivent également être prises en compte pour l'interprétation des normes de la Loi fondamentale.

L'interdiction du recours à la force par les Nations unies n'est pas seulement considérée comme du droit fédéral en Allemagne par le biais de la Charte des Nations unies en tant que traité international,

---

<sup>49</sup> CCF vol. 111, 307 et seq.; [https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20041014\\_2bvr148104en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20041014_2bvr148104en.html)  
(traduction en anglais)

mais aussi comme du droit international coutumier (en tant que règle générale du droit international) par le biais de l'article 25 de la LF. Il est certain que les normes de la Loi fondamentale allemande doivent également être interprétées à la lumière de cette interdiction de la violence.

8. Quel type de guerre la Constitution saisit-elle? Internationales, civiles, ethniques, économiques, de religion ?

La Loi fondamentale ne distingue pas certains types de guerre (voir ci-dessus).

En ce qui concerne la guerre économique, la Loi fondamentale ne la mentionne pas comme une catégorie à part entière. Les mesures d'une guerre économique, par exemple les sanctions, doivent toutefois être évaluées à l'aune des droits fondamentaux et des autres principes constitutionnels. Les règles générales sur la restriction des droits fondamentaux et les éléments du principe de l'État de droit s'appliquent alors. Le principe de proportionnalité permet de déterminer l'admissibilité constitutionnelle de l'intensité de l'ingérence dans les droits fondamentaux. La mission publique de défense ou la défense contre les violations du droit international par des sanctions a un poids lourd, de sorte que le droit constitutionnel autorise également des mesures intensives (mais globalement seulement jusqu'à un certain degré de gravité).

Il faut encore mentionner que le soi-disant cas de défense (art. 115a LF) réglé par la Loi fondamentale dans le cadre de la législation sur l'état d'urgence ne couvre que l'attaque armée de l'extérieur des frontières, et non pas une attaque à l'intérieur du territoire, ni un acte terroriste, ni une sanction économique comme un embargo<sup>50</sup>.

## **Atelier II**

### **La gestion de la guerre par les Constitutions : approches institutionnelles et juridictionnelles**

1. Quelles sont les incidences de la guerre sur les contenus même des droits fondamentaux ? Quels sont les droits fondamentaux les plus concernés ?

En principe, on peut dire que, dans l'ordre constitutionnel allemand, une guerre n'a pas d'influence, ou seulement une influence très limitée, sur les droits fondamentaux. L'article 115e LF, qui autorise

---

<sup>50</sup> Schmahl, note 2, art. 115a/note marg. 2.

le législateur fédéral (avec l'accord du Conseil fédéral) à adopter des dispositions dérogatoires concernant les droits fondamentaux, est important à cet égard :

- en cas d'expropriation, l'indemnisation peut être réglée provisoirement, en dérogation à l'article 14 alinéa 3, deuxième phrase, de la Loi fondamentale. La deuxième phrase de l'article 14 al. 3, de la Loi fondamentale dispose qu'une expropriation "ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi ou d'un acte législatif réglant la nature et l'étendue de l'indemnisation". Il s'agit de la clause dite "*Junktim*", qui prévoit que la loi autorisant l'expropriation (c'est-à-dire la privation de propriété) doit obligatoirement régler elle-même la question de l'indemnisation de manière suffisante. Ce lien entre l'autorisation d'expropriation et la fixation de l'indemnité d'expropriation a une fonction d'avertissement pour le législateur.

L'article 115e LF permet donc au législateur de prévoir des expropriations qui déclenchent une indemnisation "juste", même si elle n'est que provisoire (après la fin de l'état de défense, elle devient définitive et répond aux exigences complètes de l'article 14 alinéa 3)<sup>51</sup>. Cela permet des actes d'expropriation rapides s'ils sont nécessaires comme motifs de défense ; l'indemnisation (qui doit toujours avoir lieu en tant que telle) peut toutefois être provisoire sous forme d'acompte<sup>52</sup>.

- - en cas de privation de liberté, une loi fédérale peut fixer un délai différent de celui prévu à la troisième phrase de l'article 104 al.2, et à la première phrase de l'article 104 al.3, mais pas plus de quatre jours et uniquement dans le cas où un juge n'a pas pu agir dans le délai normal.
- 
- La troisième phrase de l'article 104 al. 2 prévoit que la police ne peut, de sa propre autorité, garder une personne en garde à vue plus longtemps que la fin du jour suivant celui où elle a été appréhendée ; l'alinéa 1 dispose que "toute personne arrêtée provisoirement pour suspicion d'infraction pénale... au plus tard le lendemain de son arrestation, il doit être présenté au juge qui doit lui communiquer les motifs de l'arrestation, l'interroger et lui donner la possibilité de s'opposer à l'arrestation".  
En revanche, les autres exigences posées par l'article 104 LF doivent être remplies sans dérogation.

Il convient encore de mentionner que la réglementation fédérale dérogeant à l'article 14 al.3, deuxième phrase, de la LF peut également être appliquée avant la survenance du cas de défense, si cela est nécessaire pour préparer l'exécution de cette réglementation (115c al. 4, de la LF).

Par ailleurs, il convient de mentionner que tous les droits fondamentaux, dans la mesure où ils font l'objet d'une réserve de loi (c'est-à-dire dans la mesure où la Constitution permet au législateur d'apporter des restrictions à ce droit fondamental), peuvent être limités par voie d'exécution, tout en respectant les conditions générales : le respect du principe de proportionnalité, l'interdiction de porter atteinte à l'essence du droit fondamental (article 19 al. 2 de la Constitution) et le respect du principe de citation de l'article 19 al. 1, première

---

<sup>51</sup> BeckOK GG/Schmidt-Radefeldt, 55e éd. 15.5.2023, GG Art. 115c/ note marg. 3.

<sup>52</sup> Schmahl, in Sodan (note 2), Art. 115 e LF/note marg. 5

phrase, de la constitution, qui impose au législateur d'énumérer dans le texte de loi tous les droits fondamentaux qu'il autorise à restreindre (fonction d'avertissement du principe de citation).

Dans la mesure où les droits fondamentaux ne présentent pas de réserve de loi, ils ne peuvent être limités que par des biens constitutionnels garantis au même niveau, c'est-à-dire également au niveau de la constitution. La défense du pays est certainement un tel bien constitutionnel.<sup>53</sup> Toutefois, le principe de proportionnalité doit également être respecté dans ce cas.

La défense du pays constitue certainement un bien public urgent, au profit duquel les droits fondamentaux peuvent être limités de manière intensive, dans le respect des règles générales.

Les droits fondamentaux qui entrent particulièrement en ligne de compte dans ce contexte sont le droit fondamental de la libre circulation (article 11 LF), qui présente une réserve de loi qualifiée étendue dans son alinéa 2.

Le droit fondamental à l'inviolabilité du domicile (article 13 LF) peut également être limité en cas de risques particuliers, énumérés aux alinéas 4 et 7.

La possibilité de restreindre les articles 11 et 13 LF est également exprimée de manière spécifique dans l'article 17a, al. 2 LF déjà mentionné, pour les lois relatives à la défense, y compris la protection de la population civile.

Cela s'applique à toutes les personnes, et pas seulement aux membres des forces armées<sup>54</sup>, mais exige le respect des exigences régulières en matière de restrictions des droits fondamentaux.

Ces autorisations de restriction possèdent une " certaine proximité avec le cas de défense ", sans le mentionner expressément<sup>55</sup>.

## 2.Qu'en est-il de l'impact de l'obligation militaire sur le droit fondamentaux?

L'article 17a al.1 LF, déjà mentionné, autorise certaines restrictions des droits fondamentaux pour les membres des forces armées et du service de substitution pendant la durée de leur service (liberté d'expression, liberté de réunion et liberté de pétition exercée collectivement).

## 3.Quel lien entre la guerre, la peine de mort et la Constitution, vis-à-vis notamment de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme?

---

<sup>53</sup> CCF vol. 48, 127, 159,160.

<sup>54</sup> Jarass/Pieroth/Jarass, 17e éd. 2022, GG Art. 17a /note marg. 5.

<sup>55</sup> Schmahl, in Sodan (note 2), art. 115 c LF4 in fine.



La peine de mort est interdite sans exception par l'article 102 LF et est également considérée comme incompatible avec la garantie de la dignité humaine (article 1 al.1 LF).

#### 4. Quel est le rôle conféré par la Constitution aux institutions nationales dans la gestion de la guerre ? Quels sont les rapports entre celles-ci en la matière ?

Le rôle des institutions en cas de défense est défini en détail dans la section *Xa* « *État de défense* » de la Loi fondamentale.

La position centrale revient au Parlement fédéral, le Bundestag, à qui il incombe de constater l'existence et la fin de l'état de défense. Pour cela, il a besoin de l'accord du Bundesrat. Le Bundestag a également pour mission de décider si les forces armées peuvent faire usage de la force des armes; c'est pour cette raison que l'on parle d'armée parlementaire.

La fonction officielle de promulgation de l'état de défense revient au Président fédéral qui, par sa déclaration, authentifie la survenue d'une telle situation.

En revanche, le pouvoir exécutif a le pouvoir de commandement, en temps de paix le ministre fédéral de la Défense, en cas de défense le chancelier fédéral en tant que chef du gouvernement fédéral.

Nous voyons donc une répartition des fonctions qui correspond également au schéma normal : le pouvoir de décision principale s'attribue au Parlement démocratiquement légitimé, qui doit agir avec l'organe des Länder, le Bundesrat, comme en temps de paix ; l'exécution de la défense s'attribue à l'exécutif capable d'agir rapidement ; la fonction de déclaration officielle au Président fédéral ; la fonction juridictionnelle toujours aux tribunaux, en particulier à la Cour constitutionnelle fédérale.

Cette répartition fondamentale des fonctions est en principe maintenue, mais adaptée à la situation d'urgence :

Si le Bundestag ne peut se réunir ou si, en raison de la situation de défense, il n'est pas en mesure de prendre des décisions, c'est le Comité mixte qui agit ; conformément à l'article 53a LF, elle se compose pour deux tiers de députés du Bundestag et pour un tiers de membres du Bundesrat. Elle assume l'exercice uniforme des droits du Bundestag et du Bundesrat.

Les compétences des différents organes sont adaptées à la situation d'urgence : une compétence législative fédérale élargie conformément à l'article 115c LF ; une procédure simplifiée de législation fédérale conformément à l'article 115d LF ; une compétence élargie du gouvernement fédéral conformément à l'article 115f LF ainsi que des gouvernements régionaux conformément à l'article 115i LF (action du gouvernement régional à la place des organes fédéraux incapables d'agir dans certaines parties du territoire fédéral ; délégation possible de la compétence à des autorités ou des délégués désignés par eux).

S'y ajoutent des modalités de fonctionnement adaptées à la situation de défense, conformément à l'article 115 h LF :

Les législatures ou mandats arrivant à échéance prennent fin après un certain temps après la fin de la situation de défense. Nouvelle élection du chancelier fédéral et vote de défiance par le Comité mixte sont réglés par dérogation à la situation normale. La dissolution du Bundestag pendant l'état de défense est exclue.

Enfin, l'article 115 k l f prévoit des dispositions spéciales pour la validité des lois et des ordonnances. L'article 115 l LF abroge le droit et les mesures d'urgence et met fin à l'état de défense.

a. *Qui déclare la guerre ?*

La Loi fondamentale ne contient pas de compétence pour une déclaration de guerre. Elle prévoit uniquement la *réaction* à une attaque, qui consiste en une défense.

L'état de défense est défini à l'article 115a LF comme « une attaque du territoire fédéral par la force des armes ou la menace imminente d'une telle attaque ».

Cette constatation est faite à la demande du gouvernement fédéral ; elle nécessite la majorité des deux tiers des voix exprimées, au moins la majorité des membres du Bundestag.

En lieu et place du Bundestag (si celui-ci ne peut se réunir à temps ou n'a pas le quorum, mais que la situation exige impérativement une action immédiate), le Comité mixte fait également cette constatation à la majorité des deux tiers des voix exprimées, qui doivent représenter la majorité des membres de ce comité.

La constatation de l'état de défense est promulguée au Journal officiel fédéral par le Président fédéral, conformément à l'article 82 LF (qui s'applique en temps de paix à la promulgation des lois fédérales). Si cela n'est pas possible, la déclaration est faite d'une autre manière et doit être publiée au Journal officiel fédéral dès que possible.

En cas d'attaque par la force des armes et si les organes fédéraux compétents ne sont pas en mesure de constater immédiatement l'état de défense, la constatation est réputée faite et promulguée au moment où l'attaque a commencé. Le Président fédéral rend publique cette date dès que les circonstances le permettent.

L'alinéa 5 de cette disposition est également important dans ce contexte. Ainsi, le Président fédéral est habilité à faire des déclarations de droit international public sur l'existence de l'état de défense avec l'accord du Bundestag (ou, si la situation ne le permet pas, du comité mixte). La condition est que l'état de défense ait été déclaré et que le territoire fédéral soit attaqué par la force des armes.

De telles déclarations de droit international public sont une déclaration de guerre<sup>56</sup> ou des communications concernant la délégation de garanties contractuelles relatives aux droits de l'homme<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Voir également ci-dessus ; pour plus de détails, voir Dürig/Herzog/Scholz/Epping, 100e livraison complémentaire janvier 2023, GG Art. 115a/notes marg. 117-118.

<sup>57</sup> à ce sujet, Dürig/Herzog/Scholz/Epping, ibidem, GG Art. 115a notes marg. 119-121.

Les déclarations du Président fédéral nécessitent l'approbation du Bundestag (à la majorité simple) et le contreseing du chancelier conformément à l'article 82 en liaison avec 58 LF<sup>58</sup>.

b. *Qui est le commandant des forces armées ?*

Comme nous l'avons déjà expliqué, en temps de paix, le Ministre fédéral de la Défense exerce le pouvoir de commandement sur les forces armées conformément à l'article 65a LF. Celui-ci est alors le supérieur hiérarchique des forces armées et n'est pas limité à sa compétence d'orientation qu'elle possède comme chancelier conformément à l'article 65 LF<sup>59</sup>.

c. *Quelles sont les conditions constitutionnelles pour un engagement des forces armées ?*

Il convient également de mentionner que les forces armées (article 87a LF) ne peuvent être engagées que dans la mesure où la constitution le permet. C'est pourquoi on parle d'une "réserve constitutionnelle" pour l'utilisation des forces armées<sup>60</sup>. Cela vaut, ce qui n'est toutefois pas incontesté, non seulement pour les interventions à l'intérieur de la République fédérale, mais aussi en dehors de celle-ci<sup>61</sup>. La mission principale des forces armées est la défense contre une attaque armée de l'extérieur, qui est considérée par la Constitution elle-même comme leur mission principale (une notion plus large que celle du cas de défense selon l'article 115a LF)<sup>62</sup>. Les cyberattaques par ex. n'en font en principe pas partie<sup>63</sup>. Par ailleurs, la possibilité d'intervention des forces armées allemandes à l'intérieur de l'État est étroitement limitée (voir l'art. 87a al.3 LF<sup>64</sup> et al. 4 LF<sup>65</sup> ainsi que l'état d'urgence régional et suprarégional selon l'art. 35 al.2<sup>66</sup> et al. 3 LF<sup>67</sup>).

La réserve constitutionnelle n'intervient toutefois que s'il s'agit, conformément au texte de l'art. 87a al.2 LF, d'un "engagement" ("*Einsatz*") des forces armées.<sup>68</sup>

L'article 24 al.2 LF doit être considéré comme une norme spéciale par rapport à l'article 87a alinéa 2 LF ; il se "superpose" à celui-ci<sup>69</sup> et contient également la compétence pour que les forces armées allemandes participent à des mesures de sécurité collective (Nations unies, OTAN)<sup>70</sup>. La défense dans ce cadre relève également de la notion de défense en tant que "défense d'alliance".<sup>71</sup>

---

<sup>58</sup> Jarass/Pieroth/Jarass, 17e éd. 2022, GG Art. 115a/notes marg. 8, 9.

<sup>59</sup> Schmahl, in Sodan (note 2), Art. 115b LF /note marg. 3 ; cf. également note marg. 4.

<sup>60</sup> Schmahl, in Sodan (note 2), Art. 87a GG, intitulé du point III (avant note marg. 6).

<sup>61</sup> v. Münch/Kunig/Aust, 7e éd. 2021, GG Art. 87a ,note marg. 43 ; d'un autre avis, p. ex. Sachs/Kokott/Hummel, 9e éd. 2021, GG Art. 87a /note marg. 13.

<sup>62</sup> Sachs/Kokott/Hummel, ibidem, GG Art. 87a /note marg.23; Schmahl, in Sodan (note 2), Art. 87a GG/note marg. 7; Christoph Degenhart, Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht, 38e éd.,2022, note marg.544.

<sup>63</sup> Sachs/Kokott/Hummel, ibidem, GG Art. 87a /note marg. 38

<sup>64</sup> Dreier/Heun, 3e éd.2018, GG Art. 87a, notes marg. 22-27.

<sup>65</sup> Dreier/Heun, ibidem, notes marg. 28-34.

<sup>66</sup> V. Dürig/Herzog/Scholz/Dederer, 100e livraison supplémentaire, janvier 2023, GG Art. 35,notes marg. 144 et suiv.

<sup>67</sup> Dürig/Herzog/Scholz/Dederer, ibidem, GG Art. 35, notes marg. 157 et suiv.

<sup>68</sup> Jarass/Pieroth/Kment, 17e éd., 2022, GG Art. 87a/ note marg.9; v. Tribunal administratif fédéral vol. 127, notes marg. 56 et suiv. (travail de relations publiques pas d'intervention) ; ibidem, vol. 160, 169 (Vol à basse altitude d'un avion de combat Tornado au-dessus d'un camp de manifestants pour une reconnaissance en "fonction d'appui purement technique" n'est pas d'intervention.

<sup>69</sup> Comme l'exprime Kokott, ibidem, note marg. 16.

<sup>70</sup> Kokott, ibidem, notes marg. 31,34).

<sup>71</sup> Degenhart, note 62, note marg. 544.

Cette thématique présente une série de questions de détail parfois très controversées (concernant par exemple les missions de casques bleus, l'évacuation de ressortissants allemands et autres d'Albanie (1997) et de Libye (2011), la participation à la guerre du Kosovo, les mesures contre les actes terroristes, les attaques d'avions, les mesures de sécurité aérienne, etc.<sup>72</sup>.

Il convient de souligner une caractéristique importante du système de défense allemand : l'utilisation de la force militaire est soumise à l'approbation préalable du Parlement, c'est-à-dire du Bundestag. En 1994<sup>73</sup> la Cour constitutionnelle fédérale a interprété cette réserve parlementaire, qui ne figure pas expressément dans la Constitution elle-même, à partir de l'ensemble des dispositions de la Loi fondamentale relatives aux forces armées et à l'état de défense, et ce également en recourant à la tradition historique de l'époque de la Constitution de Weimar (en se référant à l'article 45 al.2, de cette Constitution)<sup>74</sup>.

Ainsi, la CCF formule ce qui suit : « Les dispositions de la Loi fondamentale relatives aux forces armées visent à ne pas laisser l'armée fédérale, en tant que potentiel de pouvoir, aux seuls mains de l'exécutif, mais à l'insérer, en tant qu'"armée parlementaire", dans l'ordre constitutionnel de l'État de droit démocratique (cf. CCF vol. 90, 286, 381 s. ; vol.121, 135, 153 s.) ».

Cette jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale s'est poursuivie et s'est consolidée en une jurisprudence constante.<sup>75</sup>

Enfin, il convient de mentionner qu'il n'est pas non plus exigé par la Constitution que les forces armées soient composées de conscrits ou d'une armée volontaire<sup>76</sup>. L'article 87a LF mentionné est, à l'al. 1, une disposition de l'organisation administrative ; dans l'ensemble, il s'agit de la "norme centrale du droit constitutionnel de la défense"<sup>77</sup>.

*d.Quelles garanties institutionnelles/ procédurales la Constitution prévoit-elle dans la gestion de la guerre ? Quels sont les équilibres mis en place ?*

1) Sur les garanties institutionnelles :

Plusieurs principes sont à la base du système institutionnel en cas de guerre, c'est-à-dire en cas de défense :

*a.Le principe de l'adaptation nécessaire dans un souci d'efficacité institutionnelle*

La situation de guerre exige des dispositions institutionnelles pour le cas où les organes de l'État ne seraient pas ou pas pleinement opérationnels dans leur système normal. Dans la mesure du

---

<sup>72</sup> À ce sujet, Kokott, ibidem, notes margin. 11 - 38, en particulier 23, 24, 25/26, 27, 28,29, 36,37.

<sup>73</sup> CCF vol. 90, 286.

<sup>74</sup> CCF vol. 90, 286, 381 et suiv., 384,385.

<sup>75</sup> CCF vol. 100, 266,269 ; vol. 104, 151, 208 ; vol. 108, 34, 43 ; vol. 121, 135, 154, 163 et suiv., 168 et suiv.,193; vol. 126, 55, 69,70 ;vol. 140, 160,190 et suiv.

<sup>76</sup> CCF vol.48, 127, 160.

<sup>77</sup> Dürig/Herzog/Scholz/Depenheuer, 100e livraison complémentaire, janvier 2023, GG Art. 87a/ note marg. 59.

possible, on s'en tient au modèle institutionnel constitutionnel traditionnel, mais des dérogations sont nécessaires en cas de défense : on a déjà mentionné le transfert du pouvoir de commandement et d'autorité du ministre fédéral de la défense au chancelier fédéral en tant que chef du gouvernement fédéral, qui est toutefois politiquement responsable devant le corps représentatif démocratique, le Parlement, et qui est également soumis à la possibilité d'un vote de défiance par le Parlement. Il faut toutefois tenir compte du fait que le commandant en chef des forces armées dispose et doit disposer d'une large marge d'appréciation et d'évaluation dans ses décisions.

Si, en raison de la situation de guerre, le Parlement est dans l'incapacité de fonctionner dans sa fonction de contrôle et dans ses autres fonctions, comme la législation, c'est le Comité mixte (qui exerce les droits du Bundestag et du Bundesrat de manière uniforme) qui intervient dans ce cas et dans les autres fonctions du Parlement (art. 53 a LF ; v. spécialement les art. 115 e et 115 h al. 2 LF).

Le transfert des droits s'effectue par la constatation du Comité mixte en cas de défense, une majorité des deux tiers des voix exprimées, au moins la majorité des membres de ce comité, étant nécessaire. Toutefois, le comité mixte ne peut ni modifier la Loi fondamentale ni l'abroger ou la rendre inapplicable en tout ou en partie (article 115e al. 2 LF).

Le Bundestag ne peut pas être dissous pendant la durée du cas de défense (ce qui est de toute façon très difficile, même en temps de paix) (article 115 h al.3 LF).

Il convient également de noter que les législatures du Bundestag (ou du Landtag d'un Land) qui arrivent à échéance ne prennent fin que six mois après la fin de l'état de défense. Les mandats électoraux ainsi que les mandats du Président fédéral ou d'un membre de la Cour constitutionnelle fédérale n'expirent pas régulièrement pendant l'état de défense, mais prennent fin un certain temps après (pour le Président fédéral ou le président du Bundesrat en tant que son représentant, 9 mois après la fin de l'état de défense, pour un membre de la Cour constitutionnelle fédérale, 6 mois après la fin) (article 115 h al.1 LF).

La compétence législative de la Fédération s'étend, sous la forme d'une compétence législative concurrente, aux compétences des Länder en état de défense, mais une telle loi doit alors être expressément approuvée par le Bundesrat, la représentation des Länder.

Nous constatons donc ici une atteinte à la structure fédéraliste de l'État, une constatation qui vaut également pour le domaine de l'administration et des finances conformément à l'article 115 e al. 3 LF.

A cela s'ajoute le fait que la procédure législative au niveau fédéral est simplifiée en état de défense, conformément à l'article 115d LF.

Nous voyons donc qu'en état de défense, le centre du pouvoir reste le Parlement (ou le Comité mixte en tant que parlement d'urgence), que l'idée démocratique est donc maintenue, mais que des interventions non négligeables sont effectuées dans la répartition fédérale régulière des compétences pour la période de défense.

L'intervention dans la structure du fédéralisme signifie également qu'en état de défense, les pouvoirs du gouvernement fédéral et, dans une autre direction, ceux des gouvernements des Länder sont étendus. Ainsi, le gouvernement fédéral peut, dans la mesure où les circonstances l'exigent, donner des instructions non seulement à l'administration fédérale, mais aussi aux gouvernements des Länder et, si le gouvernement fédéral le juge urgent, même aux autorités des Länder, et même transférer le pouvoir d'instruction à des membres des gouvernements des Länder qu'il désigne (article 115 f al. 1 no.2 LF). Cette réglementation rompt le principe de la séparation des espaces administratifs entre la Fédération et les Länder, qui n'est rompu que dans des cas étroits prévus par la Constitution (cf. art. 84 et 85 LF).

Inversement, les gouvernements des Länder ou les autorités ou délégués qu'ils ont désignés peuvent, à la place des organes fédéraux et dans le cadre de leur territoire de fonctionnement, prendre les mesures nécessaires (au sens d'instructions comme à l'article 115 f LF) pour écarter le danger, si la situation exige de manière irréfutable une action immédiate et autonome dans certaines parties du territoire fédéral. Dans ce cas également, le concept de fédéralisme de la République fédérale, par ailleurs en vigueur, est mis à mal, dans une mesure encore plus grande que dans le cadre de l'article 115 f LF. On peut toutefois saisir cette réglementation atypique comme l'expression de l'idée de loyauté fédérale qui prévaut dans l'État fédéral, puisque les Länder remplissent dans un tel cas une fonction nécessaire à l'ensemble.

Nous pouvons également constater que les écarts par rapport au cas normal concernent des questions d'organisation, mais ne touchent pas (ou seulement dans une très faible mesure) les valeurs matérielles, les droits fondamentaux.

Une disposition propre, à savoir l'article 115g LF, stipule expressément que "la position constitutionnelle et l'accomplissement des tâches constitutionnelles de la Cour constitutionnelle fédérale et de ses juges ne doivent pas être affectés". La position constitutionnelle de la Cour est ancrée dans la Loi fondamentale elle-même (article 93 LF), la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale pouvant être modifiée par le législateur fédéral comme une simple loi fédérale concrétisant ces normes constitutionnelles. Une telle modification ne serait toutefois pas possible si elle portait atteinte aux prescriptions de la loi fondamentale sur la Cour constitutionnelle fédérale. L'article 115 g LF stipule expressément que le Comité mixte ne peut modifier la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale que "dans la mesure où cela est également nécessaire, de l'avis de la Cour constitutionnelle fédérale, au maintien de la capacité de fonctionnement de la Cour". Il s'agit d'une garantie importante que la Cour elle-même doit donner son accord lorsque le Comité mixte procède à une modification de cette loi. L'approbation par la Cour constitutionnelle fédérale d'une telle modification est décidée à la majorité des juges présents (115 g, quatrième phrase, LF).

Nous voyons donc que le rôle de la Cour constitutionnelle fédérale est également important dans la situation d'urgence de la défense et qu'elle souhaite maintenir son rôle de gardienne même dans ces situations atypiques.

L'article 115k LF contient des règles relatives à la validité des lois adoptées pendant la période de défense et des décrets d'application basés sur ces lois. Il convient de souligner la disposition selon laquelle les lois adoptées par le Comité mixte et les décrets d'application fondés sur ces lois cessent d'être en vigueur au plus tard six mois après la fin de l'état de défense (art.115k al. 2 LF).

Par ailleurs, le Bundestag peut à tout moment, donc également pendant la période de défense, abroger les lois du Comité mixte avec l'accord du Bundesrat. Le Bundesrat, c'est-à-dire la représentation des Länder, peut exiger que le Bundestag prenne une décision à ce sujet. De même, d'autres mesures du Comité mixte ou du gouvernement fédéral doivent être abrogées si le Bundestag et le Bundesrat le demandent (art. 115 l al. 1 LF).

Le Bundestag peut à tout moment déclarer la fin de l'état de défense avec l'accord du Bundesrat. Cette déclaration doit être promulguée par le Président fédéral. Le Bundesrat peut exiger que le Bundestag se prononce à ce sujet. Par ailleurs, l'état de défense prend automatiquement fin lorsque les conditions de sa déclaration ne sont plus réunies (art. 115 l al.2 phrase 3 LF).

*En résumé, on peut dire que*

1) les modifications institutionnelles et organisationnelles par rapport au système régulier n'ont lieu que dans la mesure où elles peuvent être considérées comme nécessaires en cas de défense. Le principe d'efficacité prévaut, c'est-à-dire la nécessité de permettre une défense efficace. Parallèlement, le principe de proportionnalité, qui s'applique également dans le domaine de l'organisation de l'État, intervient et stipule que les écarts par rapport au système normal ne doivent être prévus que dans la mesure où ils sont urgemment nécessaires.

2) sur le plan institutionnel, la valeur de la démocratie est considérée comme centrale : le Parlement (le Bundestag) conserve son rôle prépondérant :

Il décide à la majorité qualifiée de l'existence de l'état de défense (sur proposition du gouvernement fédéral et avec proclamation subséquente par le Président fédéral après contresignature par le chancelier fédéral) et en déclare la fin à la majorité simple. Dans les deux cas, le Bundesrat doit donner son accord. C'est là que s'exprime le poids particulier des Länder dans le processus décisionnel de la République fédérale d'Allemagne.

Pour des raisons d'efficacité, la Constitution prévoit : Le Bundestag reste l'organe législatif, mais une procédure législative simplifiée s'applique en cas de défense.

3) Dans le domaine de l'exécutif, le concept de séparation fédéraliste (la séparation des espaces fonctionnels entre la Fédération et les Länder) est rompu par des compétences élargies du gouvernement fédéral d'une part et des gouvernements des Länder d'autre part pour l'état de défense. C'est d'ailleurs un phénomène que l'on retrouve régulièrement dans les dispositions allemandes relatives à l'état d'urgence (art. 35 al.2 et al.3 LF ainsi que art. 91 LF). Le droit allemand de l'état d'urgence se caractérise essentiellement par des ruptures du système fédéral de séparation et non par une modification importante de la protection des droits fondamentaux (à l'exception d'exceptions relativement mineures dans l'article 115e al.2 LF déjà mentionné pour l'état de défense et, dans ce contexte, dans l'article 17a al.2 LF ainsi que - en dehors des réglementations d'état d'urgence - dans l'article 17a al.1 LF, qui concerne le service militaire et le service de substitution).

4) Comme contrepoids, il faut également mentionner le maintien de la fonction de la Cour constitutionnelle fédérale (art. 115 g LF). L'article 19 al.4 LF, la garantie d'une protection juridique effective contre les actes d'intervention, en tant que pilier important du principe de l'État de droit, reste également inchangé.

Il semble important, dans le cadre des réflexions sur le rôle des institutions dans l'état de défense, d'attirer l'attention sur l'article 80a LF. Il s'agit pratiquement d'une disposition charnière qui fixe les conditions dans lesquelles des dispositions préparatoires à l'état de défense (c'est-à-dire des dispositions relatives à la défense ou à la protection de la population civile qui se trouvent dans la loi fondamentale elle-même ou dans des lois, des règlements juridiques ou d'autres mesures <sup>78</sup>) peuvent être appliquées.

De telles dispositions préparatoires doivent nécessairement être adoptées en temps de paix afin de pouvoir agir rapidement et efficacement en cas de nécessité de défense. Des exemples de telles dispositions sont l'article 87a al. 3 LF, qui renvoie entre autres au cas de tension (protection d'objets civils par les forces armées en tant que soutien de la police), ainsi que l'obligation pour les personnes astreintes au service militaire, qui ne sont pas appelées au service militaire ou au service de substitution, d'effectuer des services civils à des fins de défense et de protection de la population civile, conformément aux dispositions plus précises de l'article 12a al. 3, 5 et 6 LF ou § 1 - 3 de la loi sur la sécurité du travail<sup>79</sup> ou encore la loi sur la garantie de l'approvisionnement de base en denrées alimentaires en cas de crise d'approvisionnement et les mesures de prévoyance en cas de crise d'approvisionnement (loi sur la sécurité et la prévoyance alimentaire<sup>80</sup> et les décrets juridiques basés sur cette loi).<sup>81</sup>

Ces dispositions, dont il est question dans ce contexte, ne sont pas applicables en temps normal, mais n'existent en principe que pour ainsi dire "en réserve", c'est-à-dire pour le cas où la situation s'aggraverait au point qu'il faille s'attendre à un cas de défense. Il s'agit alors de ce que l'on appelle le *cas de tension*, qui n'est pas défini plus précisément dans la Loi fondamentale<sup>82</sup> et qui est constaté par le Bundestag à la majorité nécessaire des deux tiers des voix exprimées (art. 80a al. 1 LF).

Si l'état de défense est survenu, que le Bundestag (ou, si les conditions sont réunies, le Comité mixte) l'a décidé à la majorité qualifiée nécessaire et que le Président fédéral l'a promulgué (ou si la fiction de l'état de défense existe conformément à l'article 115a al. 4 LF), l'application de ces dispositions, dont il est question ici, est naturellement possible sans autre<sup>83</sup>.

En outre, le "déblocage" <sup>84</sup> des dispositions liées à l'article 80a LF intervient également lorsque *le cas dit d'approbation* (« *Zustimmungsfall* ») est présent, c'est-à-dire lorsque le Bundestag a expressément approuvé l'application de telles dispositions. La condition est toutefois qu'une "menace extérieure"

---

<sup>78</sup> Schmahl, in Sodan, note 2, art. 80a/note marg. 2.

<sup>79</sup> <https://www.gesetze-im-internet.de/asg/BJNR007870968.html>.

<sup>80</sup> <https://www.gesetze-im-internet.de/esvg/BJNR077210017.html>.

<sup>81</sup> Ces exemples mentionnés par Schmahl, ibidem, art. 80a LF/note marg. 2. Autres exemples chez v. Mangoldt/Klein/Starck/Brenner, 7e éd. 2018, GG Art. 80a /note marg. 15.

<sup>82</sup> À ce sujet v. Mangoldt/Klein/Starck/Brenner, ibidem, note marg. 18.

<sup>83</sup> v. Mangoldt/Klein/Starck/Brenner, ibidem, note marg. 17.

<sup>84</sup> Selon l'expression de Schmahl, note 2, art. 80a/note marg. 3.



(une menace provenant de l'intérieur de l'État ne suffit toutefois pas !), l'approbation du Bundestag sans déclaration formelle du cas de tension paraissant moins dramatique, ce qui pourrait contribuer à éviter l'escalade de la situation<sup>85</sup>.

La troisième possibilité de déblocage des dispositions en question, appelée *cas d'alliance* (« *Bündnisfall* ») (article 80a al.3 LF), s'écarte du principe selon lequel le Parlement décide du déblocage des mesures d'urgence<sup>86</sup>.

L'article 80a al. 3 LF dispose : "Par dérogation à l'alinéa1, l'application de telles dispositions législatives est également autorisée sur la base et dans les conditions d'une décision prise par un organe international dans le cadre d'un traité d'alliance avec l'accord du gouvernement fédéral".

Cela s'applique à l'OTAN, mais n'autorise pas le recours à la force militaire, qui nécessiterait l'approbation séparée du Bundestag. La Cour constitutionnelle fédérale le dit clairement : "Même la clause d'alliance de l'article 80 a alinéa 3 LF n'autorise pas l'utilisation de la force armée dans la seule compétence de l'exécutif ; la disposition concerne la "mobilisation civile partielle" déclenchée conformément au système d'alerte de l'OTAN, et non l'utilisation de la force armée en cas d'alliance".<sup>87</sup> L'utilisation de la force militaire requiert l'accord préalable du Bundestag.

e.Quels sont les rapports entre une guerre et le pouvoir politique en place (contestation, légitimation, renforcement du pouvoir...?)

A cet égard, il convient de noter que le monde politique soutient pleinement l'interdiction du recours à la force en vertu du droit international public de la Charte des Nations Unies, qui a trouvé son expression constitutionnelle dans l'article 26 LF. Le respect du droit international est considéré comme un impératif constitutionnel qui a une valeur primaire, y compris en politique. Le principe du respect du droit international s'est établi comme principe constitutionnel général et est également respecté en politique. La politique est fermement attachée à la politique d'alliance, qui est notamment liée à l'appartenance à l'OTAN. La guerre d'agression est considérée comme contraire au droit international et inadmissible, conformément à l'article 26 de la Constitution fédérale.

f.Comment le juge constitutionnel se saisit-il d'une situation de guerre qui ne serait pas une guerre contre le terrorisme, une guerre contre le Covid, un état d'urgence?

Jusqu'à présent, heureusement, aucune situation de défense au sens de l'article 115a LF ne s'est produite. La lutte contre Covid a été menée uniquement par le biais des dispositions (plusieurs fois modifiées) de la loi fédérale sur la protection contre les infections.

---

<sup>85</sup> v. Mangoldt/Klein/Starck/Brenner, ibidem, note marg. 24 ; Sachs/Mann, 9e éd. 2021, GG Art. 80a/ note marg. 3.

<sup>86</sup> v. Münch/Kunig/Graf von Kielmansegg, 7e éd. 2021, GG Art. 80a/ note marg. 19.

<sup>87</sup> CCF vol. 90, 286, 386, ainsi que Schmahl, note 2, art. 80a LF/note marg. 8.

C'est pourquoi il n'existe en Allemagne aucune jurisprudence d'un tribunal quelconque concernant un événement de guerre qui s'est effectivement produit. Il existe toutefois une jurisprudence, notamment de la Cour constitutionnelle fédérale, concernant la constitution de la défense de la Loi fondamentale, en particulier sur la question de savoir quelle activité des forces armées, donc de la Bundeswehr, est soumise à la réserve constitutionnelle de l'article 87a al. 2 de la Loi fondamentale, c'est-à-dire quelle activité des forces armées doit être expressément autorisée par la Constitution. Il s'agit de clarifier ce que signifie la défense au sens de cette disposition et de déterminer si la nécessité d'une autorisation expresse par la Constitution ne s'applique qu'aux activités des forces armées au sein de la République fédérale d'Allemagne, ce qui constitue avant tout une interprétation de l'article 87a LF.

Par ailleurs, il convient de souligner que même en présence d'un état de défense, l'accès à la Cour constitutionnelle fédérale est, comme nous l'avons déjà mentionné plus haut, juridiquement possible dans son intégralité.

#### g. Quels rapport entre juge ordinaire et constitutionnel dans une telle situation?

La réponse à cette question ne peut être que générale. Le lien entre le juge ordinaire et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale résulte de l'article 31 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, qui impose à toutes les institutions de l'État, y compris les juridictions ordinaires et autres, de se conformer aux décisions de la Cour constitutionnelle fédérale.

Par ailleurs, il convient de noter que les domaines de compétence de la Cour constitutionnelle fédérale et de la juridiction ordinaire sont différents. La Cour constitutionnelle ne se prononce que sur la constitutionnalité des actes de l'État et de ses organes. En revanche, le juge civil est compétent par exemple pour les questions de dommages et intérêts en cas d'actes illicites, pour les litiges concernant les indemnités d'expropriation, pour les privations de liberté. Si des normes pénales sont enfreintes, par exemple l'article 80a du code pénal (incitation au crime d'agression), c'est le juge pénal qui est compétent. Celui-ci est également compétent en cas d'infraction au code allemand du droit pénal international<sup>88</sup>. Mais il faut, dans ce contexte, également respecter le principe de complémentarité conformément à l'article 17 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

Il convient également de mentionner que, de la même manière, le juge administratif (et les juges de toutes les autres juridictions en Allemagne) est lié par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale. En ce qui concerne les différents domaines de compétence, le juge administratif est par exemple compétent pour juger de la légalité d'une expropriation ou d'une autre mesure (ou omission) relevant du droit public, prise dans le cadre de la défense. La constitutionnalité en tant que telle est également contrôlée. Il convient de rappeler qu'un recours constitutionnel ne peut être introduit que si les voies de recours ont été préalablement épuisées, y compris les voies de recours administratives, si elles sont ouvertes dans le cas concret.

#### h. Quels concepts sont mobilisés et par quel juge administratif, judiciaire et constitutionnel?

---

<sup>88</sup> <https://www.gesetze-im-internet.de/vstgb/>.

Il faut d'abord constater qu'il s'agit des concepts réguliers qui ont été développés dans les différents ordres juridiques, mais surtout en droit constitutionnel, par la jurisprudence et par référence aux textes normatifs. Ainsi, le droit constitutionnel doit impérativement respecter l'éventail des aspects particuliers du principe de l'État de droit. En raison de la primauté de la constitution, les droits fondamentaux ont la priorité sur tous les autres actes de l'État. Des restrictions très limitées des droits fondamentaux en état de défense et dans le domaine du service militaire et du service de substitution sont autorisées par la constitution, comme nous l'avons déjà mentionné plus haut. Par ailleurs, il convient de souligner une nouvelle fois que la dignité humaine est la valeur la plus importante et la plus centrale de l'ordre juridique allemand et qu'elle est absolument inviolable.

Outre ces principes constitutionnels, qui se réfèrent à des valeurs axées sur l'être humain, il convient également de respecter le principe très important de la compatibilité avec le droit international, qui découle des normes constitutionnelles relatives aux relations entre le droit international et le droit européen et le droit interne, ainsi que du préambule de la Constitution, et qui est devenu partie intégrante de la jurisprudence constitutionnelle. Le respect du droit international, qu'il s'agisse du droit international général ou du droit international spécial, y compris les traités de droit international humanitaire, est un devoir de tous les organes de l'État, qui ne peut être remis en question. L'interdiction du recours à la force, inscrite dans la Charte des Nations unies, revêt notamment une importance capitale.

De même, dans le cadre d'une situation de défense, les normes du droit constitutionnel institutionnel, y compris les dispositions relatives au système de l'État fédéral, revêtent une grande importance. Les restrictions de l'organisation du Bundestag nécessaires pour des raisons d'efficacité de la défense sont formulées en détail dans la constitution. Elles sont limitées à ce qui est vraiment nécessaire. Le principe de proportionnalité est d'une importance capitale, tant dans le domaine des valeurs que dans le domaine institutionnel, et il est également applicable dans notre contexte.

Si l'on examine la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale de manière plus détaillée, on peut constater l'absence compréhensible de jurisprudence constitutionnelle concernant l'état de défense, puisque ce cas ne s'est heureusement jamais produit. Il en va de même pour les autres domaines de compétence.

En revanche, il existe une série de décisions de la Cour constitutionnelle qui concernent les forces armées prévues par l'article 87a LF et leur fonction en tant que telles. Il s'agit avant tout des limitations de leur fonction. La limitation la plus importante est la réserve parlementaire, c'est-à-dire l'obligation constitutionnelle d'obtenir l'accord du Parlement (par ce que l'on appelle une décision parlementaire simple) avant une intervention avec la force des armes. Cette réserve non écrite a été développée par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale par le biais de l'interprétation du système de réglementation existant de la Loi fondamentale pour le domaine de la défense et, en tant qu'aspect d'interprétation complémentaire et confirmant, confirmée par la situation juridique dans la République de Weimar entre 1918 et 1933. La décision de la Cour constitutionnelle fédérale de 1994 <sup>89</sup> à laquelle il est toujours fait référence dans la jurisprudence ultérieure, fait autorité.

---

<sup>89</sup> CCF vol. 90, 286.

Le législateur fédéral a concrétisé les détails de cette réserve parlementaire dans la loi sur la participation du Parlement du 18 mars 2005<sup>90</sup> en accord avec la position de la Cour constitutionnelle fédérale : demande du gouvernement fédéral ; demande ultérieure en cas de danger imminent; définition du terme "intervention" ; révocation de l'accord par le Bundestag.

Une deuxième thématique concerne la question de savoir ce que recouvre la notion de " défense ", et donc aussi la délimitation par rapport aux missions des casques bleus couvertes par l'article 24 al.2 LF et aux actions similaires des Nations Unies en faveur de la paix, qui ne servent pas à la légitime défense<sup>91</sup>.

#### i.Quelles interprétations ? Y a-t-il une jurisprudence de guerre ?

Les règles d'interprétation appliquées aux questions constitutionnelles en matière de défense ne diffèrent pas des règles appliquées jusqu'à présent aux autres questions constitutionnelles. Il n'en sera certainement pas autrement, même si les questions de défense devaient devenir pertinentes à l'avenir. L'interprétation téléologique est au centre, les arguments de l'histoire des normes seront utilisés tout au plus à titre subsidiaire pour reconnaître l'intention objective des normes constitutionnelles en vigueur au moment de l'interprétation. Le principe de proportionnalité, toujours important en droit public, permet, en cas d'intervention de l'État (dont la base juridique est définie par la constitution ou la législation), de mettre en valeur de manière adéquate, sur le plan juridique, l'importance des actes de défense par rapport à une attaque. Il s'agit toutefois d'une règle générale qui s'applique également en temps normal. Il n'existe pas et il n'existera pas de jurisprudence de guerre. Les règles d'interprétation en vigueur ont également la capacité fonctionnelle nécessaire dans le cadre d'une situation de défense.

#### j.Quelle utilisation du droit international et régional en période de guerre ?

La République fédérale d'Allemagne est attachée au droit international, qu'il soit universel ou régional. L'État de droit dans l'ordre juridique allemand signifie le respect et l'observation du droit interne, mais aussi du droit externe, international et supranational.

Le principe du respect du droit international est devenu un principe constitutionnel fondamental en Allemagne. S'y ajoute, dans le domaine du droit de l'UE, le concept de respect du droit européen. Il s'agit là de principes d'interprétation fondamentaux, mais aussi d'orientations d'action obligatoires pour tous les pouvoirs publics.

Il a déjà été mentionné plus haut que les traités internationaux, donc également ceux du droit international humanitaire et, de manière centrale, les statuts des Nations unies, ont été ratifiés par l'Allemagne et transformés en droit fédéral allemand par la loi d'approbation.

Les règles générales du droit international, le droit international coutumier et les principes généraux du droit, sont directement intégrés dans l'ordre juridique allemand par le biais de l'article 25 de la

---

<sup>90</sup> BGBl. I,p. 775 ; <https://www.gesetze-im-internet.de/parlbg/BJNR077500005.html>.

<sup>91</sup> Degenhart, Staatsrecht I. note 62, note marg. 544.

Loi fondamentale, fondent, dans la mesure du possible, des droits individuels et ont un rang supérieur à la loi ordinaire, mais inférieur à la constitution.

De même, la Convention européenne des droits de l'homme, en tant que droit international régional contenant d'importantes garanties en matière de droits de l'homme et s'appliquant en plus du droit international universel, a été transformée en tant que traité international (même s'il a un caractère quasi-constitutionnel) dans l'ordre juridique allemand et est considérée comme du droit fédéral simple. Toutefois, la Convention et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg doivent être utilisées pour interpréter les droits fondamentaux allemands. C'est une exigence qui a été développée par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale, en particulier depuis la décision Görgülü de 2004<sup>92</sup>.

L'obligation de respecter les droits de l'homme, tels qu'ils se développent au niveau international, également dans le droit interne allemand, découle de manière générale de l'article 1 al. 2 LF, qui a également donné des impulsions pour une interprétation de la constitution allemande favorable au droit international, comme par exemple dans l'affaire Görgülü mentionnée.

#### k. Quels champs juridiques, économiques, sociaux sont concernés par la jurisprudence ?

Jusqu'à présent, seul le domaine juridique a été touché par la jurisprudence, pour autant que l'on puisse en juger. Si un cas de défense devait se produire, il pourrait y avoir de nombreux liens avec d'autres domaines, en particulier avec le domaine économique et les relations sociales. Ce serait notamment le cas si, par exemple, des mesures d'urgence étaient prises dans le domaine de la sécurité de l'approvisionnement, de la sécurité énergétique et dans d'autres domaines, mesures qui seraient ensuite attaquées devant les tribunaux administratifs et civils. Les tribunaux du travail seraient par exemple saisis de cas de services obligatoires et d'interventions dans les relations de travail.

#### l. Y a-t-il un rôle spécifique attribué au juge constitutionnel en temps de guerre ?

La juridiction, et en particulier la juridiction constitutionnelle, ne change pas pendant un état de défense. La Constitution prévoit justement que la structure et la fonction de la Cour constitutionnelle fédérale sont maintenues sans changement pendant la période de défense. Seule la durée du mandat des juges constitutionnels est modifiée, de sorte qu'il n'y a pas de vacance pendant la période de défense.

Les compétences (assez larges) de la Cour constitutionnelle fédérale restent les mêmes. Les litiges entre organes souvent utilisés dans ce contexte donnent également une possibilité de protection juridique adéquate pendant la période de défense sans modification. De même, la plainte constitutionnelle, qui permet à l'individu de saisir la Cour constitutionnelle fédérale en cas de violation des droits fondamentaux de sa personne après avoir épuisé les voies de recours, reste inchangée. Le recours subséquent à la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg reste également intact. Pour le reste, il n'y a pas non plus de modifications fonctionnelles.

---

<sup>92</sup> CCF vol. 111, 307.

