

La nouvelle loi électorale fédérale allemande. Réflexions sur la réforme adoptée le 21 février 2013¹

Lorsque, dans la république, le peuple en corps a la souveraine puissance, c'est une démocratie. Lorsque la souveraine puissance est entre les mains d'une partie du peuple, cela s'appelle une aristocratie. Le peuple, dans la démocratie, est, à certains égards, le monarque ; à certains autres, il est le sujet. Il ne peut être monarque que par ses suffrages qui sont ses volontés. La volonté du souverain est le souverain lui-même. Les lois qui établissent le droit de suffrage sont donc fondamentales dans ce gouvernement. En effet, il est aussi important d'y régler comment, par qui, à qui, sur quoi, les suffrages doivent être donnés, qu'il l'est dans une monarchie de savoir quel est le monarque, et de quelle manière il doit gouverner².

A l'occasion des élections législatives du 22 septembre dernier, s'appliqua pour la première fois le nouveau droit électoral tel qu'il résulte de la vingt-deuxième loi de révision de la loi électorale du Bundestag, en date du 21 février 2013. Adoptée cette fois-ci de façon plutôt consensuelle³, alors que l'on se souvient que la loi invalidée durant l'été 2012 n'avait reçu les suffrages que des seuls groupes de la majorité parlementaire d'alors (CDU/CSU et FDP), cette loi est entrée en vigueur le 9 mai 2013.

¹ Je remercie le professeur Armel Le Divellec pour ses remarques ainsi que Pierre Meunier pour son aide dans la relecture de certaines traductions.

² Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748, Partie I, Livre II, Chapitre II.

³ Les groupes parlementaires CDU/CSU, SPD, FDP et Bündnis 90/Die Grünen ont uni leurs voix pour faire aboutir la réforme du droit électoral. Autrement dit, seuls les parlementaires du groupe d'extrême gauche Die Linke n'approuvèrent pas ce texte de loi.

Avec cette nouvelle législation électorale, il s'agissait de transposer en droit formel certaines des recommandations et des objurgations délivrées par la Cour constitutionnelle fédérale dans sa retentissante décision du 25 juillet 2012⁴. Les juges de Karlsruhe avaient en effet censuré la procédure de répartition des sièges prévue dans le § 6 de la loi électorale fédérale (BWahlG), laquelle constituait déjà une réponse (certes tardive et, pour tout dire, bien imparfaite) à une précédente demande de réforme formulée par la juridiction suprême le 3 juillet 2008⁵.

La Cour constitutionnelle fédérale exigeait alors une modification sensible du système de répartition des sièges, de façon à ce que la survenance du phénomène de « poids négatif des voix » (*negatives Stimmgewicht*) soit définitivement empêchée. En dépit (mais probablement aussi en raison) de son extrême sophistication, l'ancien droit électorale allemand n'était effectivement pas dépourvu d'apories tendant par exemple à ce qu'un gain de secondes voix pour un parti puisse parfois se traduire par une perte de sièges au Bundestag, alors qu'inversement une chute du nombre de secondes voix recueillies par une formation politique se concrétise parfois (non sans quelque paradoxe) par davantage de mandats au sein de la Diète fédérale.

Autrement dit, sous l'empire de la précédente législation électorale allemande, certains suffrages pesaient finalement davantage que les autres, ce qui est à tout le moins problématique dans le cadre d'une démocratie parlementaire digne de ce nom. En effet, dans le cadre de ce que d'aucuns ont pu appeler une « société ouverte »⁶ ou bien un « système constitutionnel-pluraliste »⁷, tout système électoral revêt une importance proprement décisive. La législation électorale est bien davantage qu'« une simple technique d'attribution des mandats (et des fonctions), et donc du processus politique de sélection dans un État démocratique »⁸.

Ces règles tendent non seulement à pourvoir le système politique en représentants et à légitimer ceux-ci, mais elles agissent également sur le système de partis politiques ainsi que, par suite, sur le système de gouvernement lui-même. Il est évident que le système électoral compte parmi les « décisions fondamentales qui façonnent l'ordre politique »⁹. Outre-Rhin, la

⁴ BVerfGE, 2 BvF 3/11 du 25 juillet 2012.

⁵ BVerfGE, 2 BvC 1/07 du 3 juillet 2008. Sur tout ceci, v. notre article : « Le problème de la loi électorale en Allemagne. Réflexions sur la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 25 juillet 2012 », *Jus Politicum*, n° 9, février 2013.

⁶ K. Popper, *The open society and its enemies*, Routledge, 1945.

⁷ R. Aron, *Essai sur les libertés* (1965), Hachette, 1998, p. 145. Le philosophe distinguait l'État de partis de l'État partisan, *i.e.* les systèmes de gouvernement pratiquant le pluralisme des partis politiques des régimes à parti politique unique, monopolistique. V. aussi pp. 168 et s. à propos du rôle positif des partis politiques.

⁸ R. Hrbek, « Le système électoral en République fédérale d'Allemagne », *Pouvoirs*, 1985, n° 32, p. 67.

⁹ *Ibid.*, p. 67.

représentation proportionnelle personnalisée s'apparenterait même à l'un des piliers de l'ordre fondamental libéral-démocratique (*freiheitlich-demokratischen Grundordnung*)¹⁰.

Remplissant désormais « les exigences minimales d'un bon droit électoral »¹¹, puisqu'il n'existera normalement « plus d'avantage systématique au profit d'un parti en raison des mandats de surreprésentation »¹² (*Überhangmandate*) ni d'effet négatif du poids des voix, le nouveau cadre législatif allemand constitue « sans doute une amélioration relative »¹³ par rapport aux solutions antérieures. Comportant néanmoins un certain nombre de « risques non négligeables »¹⁴, d'« inconsistances internes » ainsi que d'« effets indésirables et de coûts non nécessaires », la nouvelle loi électorale allemande n'apparaît d'ores et déjà pas comme devant (ni même pouvant) se maintenir éternellement¹⁵. D'une certaine façon, elle contiendrait les ferments de son propre achèvement, puisqu'elle représente une sorte de dispositif transitoire, bref « un compromis spécial aux élections législatives de l'automne 2013 »¹⁶. En effet, en raison de l'état d'avancement de la campagne électorale, les formations parlementaires allemandes qui adoptèrent ce texte de loi ne souhaitaient pas revenir sur des éléments aussi capitaux que « la structure et la fonction du découpage électoral dans les États fédérés (*Bundesländer*) et les circonscriptions, les candidatures avec les propositions [programmatiques] dans les circonscriptions et les listes régionales ».

Si certains éléments essentiels du droit électoral allemand demeurent inchangés par la réforme dernièrement intervenue (I), tel n'est pas le cas des modalités de répartition des sièges (II).

I. Les invariants du droit électoral allemand

La réforme de la législation électorale allemande n'a pas remis en cause le système de la représentation proportionnelle personnalisée (A) ni la clause des 5 % des suffrages, que les formations politiques doivent en principe atteindre au niveau fédéral afin de pouvoir bénéficier d'élus au Bundestag (B).

¹⁰ *Ibid.*, p. 77. L'on retrouve cette notion d'ordre fondamental libéral-démocratique aussi bien dans le droit constitutionnel formel (not. aux articles 18, 20 et 21 de la Loi fondamentale) que dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale (à cet égard, v. not. BVerfGE 2, 1 du 23 octobre 1952).

¹¹ J. Behnke, « Das neue Wahlgesetz, sicherlich nicht das letzte », Bundestag, Ausschussdrucksache 17(4)640, 11 janvier 2013, p. 1.

¹² *Ibid.*, p. 1.

¹³ *Ibid.*, p. 2.

¹⁴ *Ibid.*, p. 2.

¹⁵ *Ibid.*, p. 2.

¹⁶ M. Fehndrich, *Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Innenausschusses*, Bundestag, Ausschussdrucksache 17(4) 634 C, 14 janvier 2013, p. 13.

A) Le maintien de la représentation proportionnelle personnalisée (*personalisierte Verhältniswahl*)

L'actuelle législation électorale se caractérise notamment par le maintien du système de la représentation proportionnelle personnalisée, lequel était initialement conçu comme devant être temporaire¹⁷. Le choix en faveur de la représentation proportionnelle personnalisée fut pour partie le fruit des conditions politiques de l'époque, immédiatement liées à l'Occupation Alliée, ainsi que le résultat d'un tangible manque de consensus à propos des vertus du scrutin majoritaire. Il s'agissait donc ni plus ni moins d'un « compromis »¹⁸ entre les tenants du scrutin majoritaire et les défenseurs de la représentation proportionnelle.

Par ailleurs, ce système si singulier visait à conjurer le spectre des dérives de la représentation proportionnelle intégrale mise en place durant la République de Weimar. Parfois, assez commodément, le mode de scrutin en vigueur sous la Première République allemande fut rendu responsable de l'arrivée au pouvoir des Nazis en 1933, au motif que « ce système aurait en effet détaché le peuple allemand de la démocratie par absence totale de lien entre électeurs et élus »¹⁹.

Dans le système illusoirement « mixte »²⁰ de la représentation proportionnelle personnalisée, lequel s'est maintenu depuis son introduction et perdure aujourd'hui, certains députés continuent d'être élus directement dans les circonscriptions selon les règles du scrutin uninominal majoritaire relatif (les premières voix déterminant les bénéficiaires des mandats de circonscription, *i.e.* les *Wahlkreismandate*), tandis que d'autres parlementaires sont désignés sur les listes régionales selon la représentation proportionnelle (les secondes voix concernant les mandats de liste, *i.e.* les *Listenmandate*). Tous les députés du Bundestag ne sont donc pas élus de la même façon. Le nombre de secondes voix recueillies est absolument décisif en ce qui concerne la détermination du nombre de sièges des différents partis, ce qui renforce l'idée selon laquelle le système allemand est « fondamentalement proportionnel »²¹.

¹⁷ A. Le Divellec, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne. Contribution à une théorie générale*, LGDJ, 2004, p. 68. V. aussi R. Hrbek, art. préc., pp. 69-77.

¹⁸ M. Robin, « Le système électoral de la République fédérale allemande », *Revue française de science politique*, n° 4, 1957, p. 825.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 825-828.

²⁰ C. Grewe et H. Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens*, PUF, 1995, p. 401.

²¹ A. Le Divellec, *op. cit.*, p. 68. V. aussi J.-C. Zarka, *Les systèmes électoraux*, Ellipses, 1996, p. 23 : « un système à dominante proportionnelle » ; J.-M. Cotteret et C. Emeri, *Les systèmes électoraux*, PUF, 1988, p. 79 : système « équilibré » ; O. Duhamel, *Droit constitutionnel et politique*, Seuil, 1994, p. 521 : « proportionnelle majoritaire », p. 522 : « Le mode de scrutin, pour proportionnel qu'il soit dans la traduction des voix en sièges, comporte des traits qui lui donnent une connotation majoritaire », p. 524 : « Le mode de scrutin [est] moins proportionnel qu'on ne le dit, plus majoritaire qu'on ne le croit [...] ».

Par ce biais, il s'agit d'offrir au corps électoral la possibilité d'un véritable choix personnel dans le cadre de la représentation proportionnelle, d'où l'intégration d'un « correctif uninominal » (et donc, nécessairement, majoritaire). Détenant deux voix, chaque citoyen peut donc fractionner son vote en accordant ses suffrages à deux formations politiques différentes. Toutefois, aussi « original »²² soit-il, ce système électoral n'est pas véritablement un « mélange du mode de scrutin proportionnel et du mode de scrutin majoritaire »²³, tant s'en faut, puisque « sa caractéristique déterminante est la proportionnalité ». Ce trait est concrètement renforcé par la réforme intervenue en début d'année, dans la mesure où l'importance des secondes voix par rapport aux premières est accrue²⁴.

B) Le maintien de la clause des 5 % (*Sperrklausel*)

Cependant, le « proportionnalisme » allemand n'est pas parfaitement intégral, puisque seuls les partis ayant recueilli plus de 5 % des secondes voix sur l'ensemble du territoire national prennent part à la répartition des sièges des listes régionales. Une exception de taille concerne toutefois les formations politiques qui ont au minimum remporté un siège dans trois circonscriptions.

Par le biais de cette clause instaurée en 1956, il s'agissait d'éviter une excessive atomisation des forces politiques et parlementaires, les élections législatives devant *in fine* aboutir à la désignation d'une équipe gouvernementale²⁵. Telle est en effet « la signification politique du régime parlementaire »²⁶, laquelle ne consiste « pas seulement [...] dans la responsabilité politique des ministres », puisqu'elle réside également (et peut-être aussi principalement) dans « le pouvoir politique de la majorité ». Ainsi, les élections législatives prennent l'allure d'« élections de décision »²⁷, c'est-à-dire que les élections législatives constituent un moyen d'obtenir et d'exercer le pouvoir politique sous le contrôle du corps électoral. À cette fin, l'influence de la législation électorale est absolument décisive²⁸.

Dans la nouvelle loi, le seuil électoral de 5 % reste inchangé, bien que Die Linke souhaitait ouvertement sa suppression²⁹. Le groupe parlementaire d'extrême gauche n'était pas seul à s'élever contre la clause des 5 %. Ainsi le professeur Frank Decker a récemment

²² O. Duhamel, *op. cit.*, p. 521.

²³ R. Hrbek, art. préc., p. 68.

²⁴ V. infra, III. a.

²⁵ V. R. Hrbek, art. préc., p. 78.

²⁶ B. Mirkin-Guetzévitch, *Le Régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après-guerre*, Sirey, 1937, p. 12 et 35-36.

²⁷ P. Avril, « L'improbable statut de l'opposition (À propos de la décision 537 DC du Conseil constitutionnel sur le règlement de l'Assemblée nationale) », *Petites affiches*, 12 juillet 2006, n° 138, p. 7.

²⁸ R. Capitant, « La réforme du parlementarisme », in R. Capitant, *Ecrits d'entre-deux-guerres : 1928-1940*, éditions Panthéon-Assas, 2004, pp. 327 et s.

²⁹ M. Fehndrich, art. préc., p. 2. V. infra, III. a.

alimenté la controverse en rappelant que ce seuil électoral se trouve être doublement discutable³⁰ : d'une part, cette disposition peine à remplir pleinement son objectif, c'est-à-dire enrayer l'émiettement du système de partis politiques pour permettre l'émergence de majorités parlementaires stables ; d'autre part, cette clause comporte d'indéniables effets pervers. En effet, un nombre croissant de voix n'est pas pris en compte à l'occasion de la répartition des sièges de député au Bundestag, ce qui paraît à tout le moins contre-intuitif dans le cadre d'un système de représentation proportionnelle.

Pour y remédier, le professeur de l'Université de Bonn propose de limiter la validité des secondes voix aux seuls cas dans lesquels le destinataire du suffrage ne serait pas parvenu à franchir la fatidique barre des 5 % des suffrages. Si tel devait ne pas être le cas, alors une troisième voix (*Neben- oder Ersatzstimme*) se substituerait à la seconde et pourrait être prise en compte pour le calcul des résultats électoraux. Certes l'idée est séduisante, mais que faire si d'aventure cette dernière voix se portait sur un autre parti n'ayant pas recueilli suffisamment de suffrages ? À moins d'encadrer encore davantage l'exercice du droit de suffrage, les difficultés liées au décompte des secondes voix ne seraient probablement pas réglées, mais seulement déplacées. Il n'est donc pas si sûr que la solution esquissée plus haut en soit véritablement une.

II. L'apport de la réforme du droit électoral

Dans le cadre de la nouvelle législation électorale, l'attribution des sièges s'accomplit de façon assez différente par rapport à ce qui se faisait auparavant.

Lors des élections législatives de 2009, lesquelles installèrent au Bundestag la dix-septième législature, s'appliquait encore le système électoral instauré en 1957 et corrigé à la marge à plusieurs reprises. Le nombre de sièges revenant au niveau fédéral à chaque parti politique fut d'abord calculé (*Oberverteilung*). Ensuite, les sièges furent répartis entre les listes régionales des partis politiques selon leur nombre respectif de secondes voix (*Unterverteilung*). Pour l'attribution des sièges, les listes régionales des partis politiques étaient liées les unes aux autres au niveau fédéral (*Listenverbindung*). Ce dernier aspect a été supprimé avec la réforme intervenue cette année.

Désormais, la répartition des sièges ne s'accomplit plus d'abord au niveau fédéral, mais directement au niveau des Länder (A) avec un nouveau mécanisme de compensation (B)

³⁰ V. F. Decker, « Wahlrechtsreform - Die beste Wahl », *Süddeutsche Zeitung*, 22 octobre 2012.

A) Le nombre d'habitants comme nouveau critère de détermination des contingents de sièges alloués aux Länder

Dans un premier temps, avant même l'élection, les Bundesländer se voient attribuer des contingents de sièges déduits du nombre global de sièges à répartir. Ceux-ci sont déterminés en fonction du nombre total d'habitants de chaque Land³¹, et non plus selon le nombre de votants comme c'était le cas lors des élections législatives de 2009. Les étrangers ne sont pas pris en compte dans le recensement de la population. Selon cette approche que d'aucuns jugent quelque peu « brutale »³², l'objectif était de fonder cette répartition sur une grandeur fixe et non plus variable, comme c'était le cas sous le régime en vigueur en 2009 ainsi que dans le cadre de la loi adoptée en 2011.

Celle-ci prévoyait qu'à ce stade la répartition des sièges s'effectuait selon la participation électorale, ce que la Cour constitutionnelle fédérale refusa en raison des possibles effets inconstitutionnels que cela impliquait. Ce mode de calcul aurait en effet induit de nouvelles manifestations du « poids négatif des voix », phénomène que les juges de Karlsruhe voulaient justement enrayer. Pendant les débats parlementaires, outre l'option finalement retenue de la prise en compte du nombre d'habitants, il fut également question d'utiliser le corps électoral comme grandeur de référence³³, mais cette idée ne fut pas reprise. En se fondant sur le nombre d'habitants dans les Bundesländer, il s'agissait *in fine* d'éviter que les pertes de voix d'un parti dans un Land conduisent à une augmentation des sièges de la même formation politique dans un autre État.

Après les élections, les sièges sont répartis entre les listes dans les Länder selon le nombre de secondes voix qui y ont été recueillies. Comme jusqu'à présent, dans les Länder, le nombre de sièges gagnés directement dans les circonscriptions est imputé aux contingents de sièges attribués à la liste régionale de chaque parti dans le cadre des secondes voix. Si, au niveau d'un Land, un parti politique a remporté davantage de sièges dans les circonscriptions que selon la répartition décrite plus haut entre les listes régionales, alors ces mandats directs

³¹ V. Bundestag-Drucksache 17/11819. Dans le contre-projet élaboré par le groupe parlementaire du Bundestag Die Linke, le nombre minimal de sièges renvoie au nombre des mandats directs d'un parti correspondant au scrutin majoritaire relatif. À ce sujet, v. Bundestag-Drucksache 17/11821. Il s'agit de la « compensation interne » (*interne Kompensation*) ou encore de la « méthode de division selon les mandats directs » (*die direktmandatsbedingte Divisormethode*), mise au point et présentée par F. Pukelsheim. V. son article : « Das Kohärenzprinzip, angewandt auf den Deutschen Bundestag », *Spektrum der Wissenschaft*, mars 2004, p. 96. Selon le professeur de mathématiques de l'Université d'Augsbourg, cette méthode exclut les mandats de surreprésentation, les amplifications ainsi que les inversions excessives du poids des voix (*keine Überhangmandate, keine doppelten Stimmerfolge und keine Stimmgewichtsumkehr*). V. également R. Peifer et al., « Direktmandatsorientierte Proporzanpassung : Eine mit der Personenwahl verbundene Verhältniswahl ohne negative Stimmgewichte », *DVBl*, décembre 2012, pp. 725 et s.

³² M. Fehndrich, préc., p. 2.

³³ J. Behnke, préc., p. 8.

sont conservés comme dans le cadre de l'ancien droit électoral (mandats dits de surreprésentation).

B) La procédure de compensation, l'une des principales innovations du nouveau droit électoral

La nouveauté du droit électoral allemand se situe au niveau de la seconde étape de la répartition des sièges, au cours de laquelle les éventuels mandats de surreprésentation issus de l'attribution de mandats supplémentaires sont compensés en prenant en compte la proportionnelle fédérale (*Ausgleichsmandate*).

En raison de cette procédure parfois jugée extrêmement positive³⁴, le nombre total de sièges de député à la Diète fédérale s'accroît de façon à ce que les sièges répartis lors de la première étape (y compris les mandats de surreprésentation) puissent être pris en compte, puis compensés avec les mandats de liste.

La proportion de sièges de chaque parti augmente donc, suivant leur pourcentage de secondes voix, du nombre des éventuels mandats de surreprésentation obtenus dans le Land. Ensuite, des sièges supplémentaires sont attribués jusqu'à ce que la proportionnelle fédérale des partis, telle qu'elle résulte du dénombrement des secondes voix, se reflète dans la répartition des sièges. Ainsi, en dépit des mandats de surreprésentation, les partis politiques n'obtiennent plus aucun avantage relatif et l'importance des secondes voix s'en trouve d'autant plus confortée³⁵, ce qui explique qu'un commentateur comme le professeur Behnke déplore l'inutilité grandissante du fractionnement du vote en deux voix (*Stimmensplitting ist nutzlos geworden*)³⁶. En dernier lieu, les sièges alloués au niveau fédéral aux formations politiques sont répartis entre les listes régionales des partis selon le nombre de secondes voix qu'ils ont rassemblées dans les Länder. Cependant, chaque liste régionale reçoit au moins autant de sièges que le parti a remportés de mandats directs au niveau local.

D'après Michael Grosse-Brömer, l'une des figures de proue du groupe parlementaire de la CDU/CSU, la compensation des mandats de surreprésentation au moyen des mandats supplémentaires doit œuvrer à l'atténuation des distorsions, dont sont régulièrement victimes les petites formations politiques et leurs électeurs³⁷. Faisant écho au député démocrate-chrétien, Thomas Oppermann, l'un des hiérarques du groupe social-démocrate, fit montre

³⁴ J. Ipsen, « Das neue Wahlrecht zum Deutschen Bundestag », *Iurratio*, 2013, n°2, p. 61 : « Les mandats de compensation sont dans la logique du système de la proportionnelle personnalisée et leur introduction est un progrès essentiel dans l'évolution du système électoral du Bundestag ».

³⁵ M. Haerder, « Die Zweitstimme ist nun noch wichtiger », *Wirtschaftswoche*, 19 septembre 2013.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ « Fraktionen einigen sich auf neues Wahlrecht », *Der Spiegel*, 24 octobre 2012.

d'optimisme, sinon de triomphalisme, en rappelant que les principaux partis allemands s'étaient mis d'accord sur « une solution grâce à laquelle les mandats de surreprésentation seront complètement neutralisés » (*eine Lösung [...], mit der Überhangmandate vollständig neutralisiert werden*)³⁸.

Tempérant quelque peu cette autosatisfaction vraisemblablement excessive, certains soulignent une certaine inconséquence du nouveau mécanisme, dans la mesure où la répartition des sièges repose sur deux logiques bien différentes. Il existerait en effet une irréductible hétérogénéité entre les principes gouvernant les deux types de répartition : alors que les contingents de mandats des Länder ne sont pas établis en fonction des secondes voix, mais selon le nombre d'habitants, la répartition finale s'accomplit quant à elle strictement suivant le critère d'égalité des chances au sens des secondes voix. Ainsi point ici une certaine incohérence entre les deux moments de la répartition des sièges consistant en ce que la première étape (*Grundverteilung*) n'est pas véritablement enchâssée dans la seconde (*Endverteilung*). Pourtant, cette dernière phase ne peut pas ni ne doit nécessairement être envisagée comme devant apporter des sièges supplémentaires à certaines listes régionales dans le cadre de la compensation sur le fondement de la répartition initiale.

Par ailleurs, il se pourrait que certaines listes régionales perdent des sièges lors de la répartition finale par rapport à la répartition de base. Ces « incidents » peuvent tout à fait ne pas être « dramatiques », ainsi que l'observe le professeur Joachim Behnke, mais ils constituent bel et bien « un problème fondamental d[ans la] consistance interne de la procédure » (*ein grundsätzliches Problem der internen Konsistenz des Verfahrens*)³⁹. En effet, l'idée de la compensation telle qu'elle est prévue à l'occasion de la seconde étape consiste précisément à surmonter les distorsions entre les partis politiques par l'attribution de sièges supplémentaires, et ceci sans qu'aucune liste régionale ne se retrouve dans une situation pire que celle qui était la sienne avant la compensation.

Comme le relève le professeur Joachim Behnke, l'insuffisant enchevêtrement des deux étapes de la répartition des sièges génère un autre paradoxe : car la compensation organisée par le § 6 alinéa 6 de la loi électorale est automatiquement mise en œuvre, même si aucun mandat de surreprésentation ne naît de la première étape, il se peut qu'il y ait des pertes dans la répartition finale par rapport à la répartition initiale, bien qu'il n'y ait eu aucune raison de procéder à une seconde répartition (en tout cas, aucune autre distribution de mandats de surreprésentation)⁴⁰.

³⁸ A. Funk, « Der Bundestag will wachsen », *Die Zeit*, 17 octobre 2012.

³⁹ J. Behnke, préc., p. 2.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 10.

Les facteurs à l'origine de ce phénomène seraient le découpage des circonscriptions, la participation électorale ainsi que le nombre de secondes voix recueillies par les partis politiques n'ayant point franchi le seuil électoral⁴¹. Toutefois, opter pour une compensation non plus systématique, mais conditionnée par la survenue de mandats de surreprésentation lors de la première répartition ne constituerait pas non plus une solution dans la mesure où l'effet du « poids négatif des voix » pourrait alors continuer à se perpétuer. Des éléments de solution pourraient être trouvés en rapprochant davantage les deux répartitions.

Avec l'introduction de ce nouveau mécanisme de compensation dans le système électoral allemand, le dix-septième Bundestag refusa explicitement de suivre la recommandation de la Cour constitutionnelle fédérale en vue de la limitation à quinze du nombre de mandats de surreprésentation par formation politique⁴², soit à peu près la moitié du nombre de députés nécessaire à la formation d'un groupe parlementaire au sein de la Diète fédérale. Par ce biais, il s'agissait de faire en sorte que ne soit pas trop irrémédiablement remis en cause « le caractère fondamental de l'élection du Bundestag en tant qu'élection proportionnelle » (*Grundcharakter der Bundestagswahl als Verhältniswahl*). Certes discutable, cette limitation du nombre d'*Überhangmandate* par groupe parlementaire aurait néanmoins eu le mérite de les neutraliser partiellement.

III. Quelques remarques conclusives

La législation électorale allemande se distingue certes par son extrême raffinement ainsi que par sa haute ambition d'assurer une représentation proportionnelle personnalisée, mais la question de son intelligibilité est parfois posée outre-Rhin.

Résonne alors l'aphorisme de Montesquieu selon lequel « les lois ne doivent point être subtiles ; [car] elles sont faites pour des gens de médiocre entendement : elles ne sont point un art de logique, mais la raison simple d'un père de famille. Lorsque, dans une loi, les exceptions, limitations, modifications, ne sont point nécessaires, il vaut beaucoup mieux n'en point mettre. De pareils détails jettent dans de nouveaux détails »⁴³.

Dans une optique tout à fait similaire, le professeur Joachim Behnke a dernièrement fait remarquer qu'au vu des fonctions qu'un système électoral est censé remplir, il serait

⁴¹ *Ibid.*, p. 12.

⁴² BVerfGE, 2 BvF 3/11, paragraphe 109.

⁴³ Montesquieu, *op. cit.*, Partie VI, Livre XXIX, Chapitre XVI.

possible d'imaginer et de mettre en place un cadre législatif nettement « plus efficient et plus élégant »⁴⁴ que celui qui existe actuellement.

À cette insuffisante accessibilité de la loi électorale allemande s'ajoutent un sérieux risque de démultiplication des députés (A) ainsi qu'une démocratisation nécessairement inachevée et lacunaire du système électoral (B).

A) Le risque d'une augmentation démesurée du nombre des députés du Bundestag

La crainte a souvent été exprimée que le nouveau droit électoral conduise à une augmentation sinon « infinie »⁴⁵, du moins fort sensible du nombre de membres de Bundestag en raison de son mécanisme de rééquilibrage. Celui-ci conduirait fatalement à la démultiplication des mandats de surreprésentation et surtout des mandats de compensation⁴⁶.

En soi, le phénomène n'est pas nouveau. Il était en effet induit par les mandats de surreprésentation d'un parti régional, comme par exemple la CSU bavaroise⁴⁷. Si avec 30 % des secondes voix une formation politique remporte toutes les circonscriptions du Land dans lequel elle concourt, alors les effectifs du Bundestag augmenteront de 50 %, soit d'à peu près 300 sièges. Si la CDU de l'État du Bade-Wurtemberg s'autonomisait pour devenir un parti indépendant sur le modèle de la CSU et si elle obtenait alors des résultats similaires à ceux de 2009, alors la Diète fédérale aurait compté 794 élus. Leur nombre aurait par ailleurs atteint 796, si l'on prend pour hypothèse la sécession de la CDU de la Sarre et les résultats électoraux de 2009. Cette tendance ne trouve plus à s'accomplir dans le cadre d'un système de mandats de compensation.

Toutefois, le nouveau dispositif ne paraît pas dépourvu de toute imperfection, comme par exemple l'« effet de levier » (*Hebeleffekt*) des mandats de surreprésentation à l'égard des mandats de compensation, lequel se produirait de façon spécialement dramatique en ce qui concerne la CSU. Le professeur Joachim Behnke estime en effet que chaque mandat de surreprésentation obtenu par la CSU devrait être compensé par la distribution d'environ vingt mandats supplémentaires⁴⁸. Suivant la logique du texte de loi, si la CSU recueillait entre six et sept mandats de surreprésentation, ce qui pourrait être le cas si la branche bavaroise du parti démocrate-chrétien recevait entre 36 et 38 % des secondes voix, alors le Bundestag pourrait comprendre quelques 750 parlementaires. Ce risque d'augmentation démesurée des

⁴⁴ J. Behnke, préc., p. 2.

⁴⁵ M. Fehndrich, préc., p. 2.

⁴⁶ F. Decker, art. préc.

⁴⁷ V. M. Fehndrich, préc., p. 2.

⁴⁸ J. Behnke, préc., p. 15.

effectifs parlementaires est inhérent à la procédure de compensation. Même si à l'heure actuelle la compensation se trouve être le modèle le plus simple à mettre en œuvre, il importerait de songer aux moyens d'empêcher purement et simplement la survenue des mandats de surreprésentation.

Des chiffres dépassant les 800 députés ont, par ailleurs, été annoncés. Si l'on prend en compte les résultats électoraux de 2009, la Commission électorale fédérale (*Bundeswahlleiter*) a établi que, selon la nouvelle législation électorale, le parlement allemand compterait 671 parlementaires au lieu des 620 élus que la dix-septième législature comptait. À long terme, il se pourrait tout à fait que la Diète fédérale allemande ravisse la seconde place du classement mondial des parlements nationaux les plus pléthoriques, laquelle était jusque-là détenue par l'Assemblée populaire suprême de la République populaire démocratique de Corée (687 parlementaires)⁴⁹.

À cet égard, il convient également de rappeler que le projet de réforme confectionné par Die Linke aurait probablement mené lui aussi à une hausse plus forte encore des effectifs du parlement allemand⁵⁰. Le groupe parlementaire d'extrême gauche préconisait en effet la suppression du seuil des 5 % des voix à atteindre au niveau fédéral, lequel doit être atteint afin de pouvoir bénéficier d'une représentation parlementaire au Bundestag⁵¹. Si un important parti régional influe sur la détermination de la clé de répartition des sièges au niveau fédéral et si les autres partis reçoivent des mandats, alors le nombre d'élus de la Diète fédérale augmenterait fort sensiblement.

De grandes incertitudes existent donc quant aux proportions exactes que la Diète fédérale allemande pourrait concrètement prendre sous le régime électoral actuel, ce qui n'est naturellement pas sans conséquences d'un point de vue strictement financier. En effet, à l'image de la Fédération des contribuables (*Bund der Steuerzahler*), d'aucuns redoutent ouvertement que le nouveau droit électoral allemand s'accompagne de surcoûts de l'ordre d'environ soixante millions d'euros. Ceux-ci résulteraient notamment des hausses du montant des subsides versés aux élus eux-mêmes, aux groupes parlementaires et à leurs collaborateurs⁵².

Aussi percutant soit-il en temps de crise économique, cet argument n'emporte pas pleinement la conviction et ne mérite probablement pas les égards dont il a pu bénéficier. En

⁴⁹ S. Weiland, « Bundestag nach Wahlrechtsreform: Größer als Nordkorea », *Der Spiegel*, 18 octobre 2012 (la première place revenant à l'Assemblée nationale populaire chinoise, avec 2 987 élus). À titre d'information, le Parlement européen compte actuellement 766 parlementaires.

⁵⁰ V. M. Fehndrich, préc., p. 2.

⁵¹ V. supra, I. b.

⁵² « Bund der Steuerzahler : Neues Wahlrecht könnte 60 Millionen Euro kosten », *Der Spiegel*, 25 octobre 2012.

définitive, ces considérations sont excessivement impuissantes à prendre en compte la nature et les implications d'un pacte démocratique engageant un peuple dans une communauté de destin. Fortement dénoncé, ce surcroît de dépenses publiques est certes incontestable, mais sans doute est-ce là le prix à payer pour qu'une démocratie parlementaire fonctionne aussi correctement que possible, ce qui n'est assurément pas sans valeur⁵³.

Dans une perspective assez proche, Eugène Pierre avança autrefois l'idée que « les électeurs n'auraient pas la liberté absolue de leurs votes s'ils ne pouvaient les accorder, indistinctement, à tous les citoyens qu'ils jugent dignes de leur confiance, si des raisons matérielles devaient peser dans la balance de leur choix. L'indemnité attribuée aux représentants du pays a pour but d'empêcher que nul ne soit écarté de l'enceinte législative par des considérations pécuniaires. Les hommes les plus dévoués aux intérêts publics peuvent hésiter légitimement à quitter leurs affaires s'ils ne sont pas assurés d'une compensation pendant l'exercice de leur mandat »⁵⁴.

B) La démocratisation du système électoral, un processus sans fin

Cette loi était certes « nécessaire »⁵⁵, notamment en raison de l'insistance des juges de Karlsruhe, mais il y a fort à parier qu'elle ne sera « sûrement pas la dernière »⁵⁶ réforme de la législation relative à l'élection des députés du Bundestag. À ce propos, d'aucuns recommandent de songer d'ores et déjà à une refonte du système électoral dans son ensemble et plus précisément des circonscriptions, de leur quantité, du nombre de parlementaires qui peuvent y être élus et de la structure des suffrages⁵⁷.

Une réduction raisonnable du nombre de circonscriptions permettrait en effet de diminuer le nombre de mandats de surreprésentation et de compensation, mais l'écueil à éviter consiste en une perte excessive de leur signification politique auprès du corps électoral allemand. Tel serait également le cas d'une hausse significative de la proportion des mandats de circonscription, ce qui permettrait par ailleurs de personnaliser encore davantage l'élection⁵⁸.

⁵³ À cet égard, l'histoire de l'indemnité parlementaire est extrêmement riche d'enseignements, dans la mesure où elle tend à rendre compte de la nature réelle des régimes politiques pratiqués. La présence ou l'absence d'indemnité parlementaire ne demeurent probablement pas sans effets sur les caractéristiques sociologiques et politiques du personnel représentatif.

⁵⁴ E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, 2e éd., 1902, n° 1163, p. 1323.

⁵⁵ J. Behnke, préc., p. 1.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 1.

⁵⁷ M. Fehndrich, préc., p. 15.

⁵⁸ À cet égard, v. Alain, *Elements d'une doctrine radicale* (1925), propos n°105 : « Quand ils ont dit que la Proportionnelle est juste, ils croient avoir tout dit. Et je vois bien *une espèce de justice au premier moment*, c'est-à-dire quand on nomme les députés ; mais encore faudrait-il y regarder de près. Si l'électeur est moins libre et moins éclairé dans son choix, est-ce juste ? Si les comités départementaux ont tout pouvoir pour imposer tel candidat et surtout pour en éliminer un autre, est-ce juste ? Si un homme droit et sûr prête son appui, par nécessité, à des ambitieux aussi riches d'appétits que de talents, mais de pauvre caractère, est-ce juste ? Si un ferme et libre esprit ne peut être élu qu'en traitant avec un parti, est-ce juste ? Si les partis ainsi

Toutefois, dans ce cas de figure, le choix allemand en faveur du système de représentation proportionnelle serait probablement mis à mal, du moins il serait assez vigoureusement concurrencé par la logique du mode de scrutin majoritaire. Oscillant nécessairement entre ces deux pôles parfaitement antinomiques, toute réforme de la législation électorale allemande se trouve être nécessairement empêtrée dans un vif rapport de tension. Sortir de l'équivoque au profit de l'une ou l'autre des solutions avancées plus haut reviendrait probablement à battre en brèche la spécificité (pourtant louable) du droit électorale allemand. L'inextricable « complexité »⁵⁹ de la législation électorale allemande apparaît comme la contrepartie nécessaire de la recherche d'un système électorale aussi juste et sophistiqué que possible.

À cet égard, la perspective kelsénienne selon laquelle toute démocratie moderne s'apparente nécessairement à un « État de partis » (*Parteienstaat*)⁶⁰ est particulièrement féconde. Il conviendrait certainement de songer plus avant à une démocratisation accrue des structures et du fonctionnement des formations politiques⁶¹, de façon notamment à ce que celles-ci prennent mieux en compte les aspirations des citoyens à l'occasion de la confection des programmes ainsi que lors de la désignation des candidats aux mandats parlementaires directs et aux mandats de liste⁶².

Alexis Fourmont

ATER en droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

organisés ont presque tout pouvoir pour échapper à la pression des électeurs, et tromper leurs espérances, est-ce juste ? Si l'élite, déjà si puissante, se trouve fortifiée encore par ce nouveau système électorale, est-ce juste ? Si l'influence des politiciens sur les vrais amis du peuple, déjà trop forte, s'exerce alors irrésistiblement, par les délibérations et les votes à l'intérieur du parti, est-ce juste ? Et enfin, si l'écrasement des minorités est injuste dans la circonscription, par quel miracle devient-il juste au parlement ? Car *il faut bien que l'on décide enfin, et que la majorité l'emporte*. En somme, quand vous dites que la Proportionnelle c'est la justice, j'ouvre bien les yeux, car j'aime la justice, mais je ne comprends rien, je ne perçois rien de ce que vous annoncez » (c'est nous qui soulignons).

⁵⁹ M. Fromont, « Jurisprudence constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne (2008) », *Revue du droit public*, n° 6, 2009, p. 1721.

⁶⁰ H. Kelsen, *La démocratie : sa valeur, sa nature*, Sirey, 1932, p. 21 : c'est pure « illusion ou hypocrisie que [de] soutenir que la démocratie est possible sans partis politiques ». En effet, « l'individu isolé [...] n'a pas [...] d'existence véritable. La démocratie ne peut, par suite, sérieusement exister [...] que si, entre l'individu et l'État viennent s'insérer ces formations collectives dont chacune représente une certaine orientation commune à ses membres, un parti politique. La démocratie est donc nécessairement et inévitablement un État de partis (*Parteienstaat*) ». Hans Kelsen défendait la nécessité pour le peuple de se regrouper dans des formations politiques afin de prendre part au gouvernement.

⁶¹ Ibid., p. 29 : « Si la Constitution consacre l'existence des partis politiques, il devient également possible de démocratiser la phase de la formation de la volonté générale qui se déroule dans leur sein ». Au sujet des limites et des travers d'une excessive rationalisation juridique, v. not. B. Mirkine-Guetzévitch, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, LGDJ, 1936, 2e édition.

⁶² F. Decker, art. préc.