

Alexis Fourmont

Le problème de la loi électorale en Allemagne.

Réflexions sur la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 25 juillet 2012¹

Outre-Rhin, la législation électorale est d'une extrême « complexité »². Si les règles régissant l'élection des députés du Bundestag se conforment en tout point au « patrimoine électoral européen »³, notamment parce qu'est garanti un droit de vote à la fois universel, égal, libre, secret et direct, la législation électorale allemande se démarque quelque peu des modèles classiques. En effet, celle-ci emprunte et combine de façon très singulière des caractéristiques liées à des modes de scrutin tout à fait différents. Ce système de représentation « proportionnelle personnalisée » se fonde sur la conjonction et du scrutin uninominal et du principe proportionnel. Néanmoins, loin d'être mixte, le système allemand se trouve être « fondamentalement proportionnel »⁴.

Initialement, les constituants allemands fixèrent le mode de scrutin en marge de la Loi fondamentale « par prudence et par souci d'en marquer le caractère provisoire »⁵. L'absence de consensus à propos du mode de scrutin constituait un

¹ Je tiens à remercier très chaleureusement le professeur Armel Le Divellec et Aurore Cléquin pour leur relecture minutieuse de cet article et pour leurs remarques ainsi que Pierre Meunier pour sa relecture attentive et précieuse de certaines de mes traductions.

² M. Fromont, « Jurisprudence constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne (2008) », *Revue du droit public*, n°6, 2009, p. 1721.

³ P. Garronne, « Le patrimoine électoral européen. Une décennie d'expérience de la Commission de Venise dans le domaine électoral », *Revue de droit public*, n°5, 2011, pp. 1417-1454.

⁴ A. Le Divellec, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne. Contribution à une théorie générale*, LGDJ, 2004, p. 68.

⁵ *Ibid.*, p. 68.

autre motif du règlement de cette question non pas par la voie constituante, mais par la voie législative. Même si d'aucuns craignaient l'éparpillement des suffrages lors des élections législatives, souvent présenté comme le mal endémique de la représentation proportionnelle et aussi comme l'une des principales causes de l'échec du régime de Weimar⁶, les défenseurs du scrutin majoritaire ne parvinrent point à imposer leurs vues. Toutefois, en dépit de son caractère ouvertement temporaire, le système allemand se maintint jusqu'à nos jours, les modifications apportées par la loi du 7 mai 1956 ayant définitivement entériné les règles actuellement en vigueur⁷.

D'après ce système, lors des élections législatives, chaque électeur dispose de deux voix : la première voix (*Erststimme*), qui vise à désigner un candidat de circonscription au scrutin uninominal à un tour, ainsi que la seconde voix (*Zweitstimme*), dont la vocation est de se porter pour l'une des listes électorales en compétition au niveau du Land. Alors que dans le premier cas est victorieux celui qui recueille le plus de suffrages, la seconde voix est pour ainsi dire « bloquée », c'est-à-dire qu'il n'existe pas de possibilité de panachage, de vote préférentiel ou cumulatif. Autrement dit, les députés du Bundestag détiennent en proportions peu ou prou équivalentes soit un mandat de circonscription (*Wahlkreismandat*) soit un mandat de liste (*Listenmandat*). Si le nombre de députés détenant des sièges de circonscription est constant (328 depuis la Réunification), tel n'est pas nécessairement le cas du nombre de députés élus à la proportionnelle⁸.

Le système allemand se singularise par « l'interdépendance »⁹ des deux votes lors de la répartition globale des sièges, puisque « le nombre définitif de sièges qui échoit à chacun des partis est calculé exclusivement en proportion des secondes voix recueillies sur l'ensemble du territoire fédéral, les mandats directs obtenus étant déduits des sièges à attribuer aux candidats inscrits sur les listes des partis (dans le cadre de chaque Land) »¹⁰. Scrutin majoritaire et scrutin proportionnel ne sont donc pas seulement juxtaposés, mais inextricablement liés, puisque les secondes voix se trouvent être véritablement déterminantes pour la répartition des sièges entre les partis politiques. Par le biais de cette formule, les législateurs allemands ont essayé de « combiner les deux systèmes pour éliminer leurs conséquences défavorables. Ils se sont également efforcés de mettre sur pied un système de choix des gouvernants extrêmement démocratique en réglementant la désignation des candidats une façon étroite »¹¹. Jusqu'aux élections législatives

⁶ M. Robin, « Le système électoral de la République fédérale allemande », *Revue française de science politique*, n°4, 1957, pp. 825-828.

⁷ A. Le Divellec, *op. cit.*, p. 68.

⁸ *Ibid.*, p. 68.

⁹ *Ibid.*, p. 68.

¹⁰ M. Fromont, art. préc.

¹¹ M. Robin, art. préc., p. 829.

de 1983, la répartition des sièges s'opérait à la proportionnelle d'Hondt, avant que la loi du 15 mars 1985 lui substitue la méthode de Hare-Niemeyer qui tend à favoriser les petites formations politiques¹².

La répartition des sièges de député du Bundestag s'effectue en trois étapes. En premier lieu, en se référant aux secondes voix, la Commission électorale fédérale (*Bundeswahlausschuss*) calcule le nombre total de sièges remportés par chaque parti. Le score national de chaque parti est déterminé par l'addition des voix recueillies dans chaque Land. Chaque parti doit toutefois franchir le seuil minimal de 5% des suffrages exprimés au niveau national, afin d'être pris en compte lors de la répartition des sièges. Cependant, cette règle ne s'applique pas si une formation politique obtient au moins trois mandats de circonscription. Ensuite, la Commission électorale fédérale fixe le nombre de sièges des partis politiques dans chaque Land. Dans un troisième et dernier temps, la Commission détermine pour chaque parti et dans chaque Land quelle est la répartition des sièges entre les mandats de circonscription et les mandats de liste. Les sièges de circonscription sont imputés au contingent global de sièges de chaque parti. Les sièges restants sont utilisés pour la représentation proportionnelle¹³.

Le mode de scrutin allemand n'est pas dépourvu d'apories, loin s'en faut. Parfois surviennent en effet des situations singulières heurtant quelque peu le principe proportionnel. Il se peut, par exemple, qu'un parti politique gagne dans un Land davantage de « sièges de circonscription que le nombre de mandats qu'il n'est censé pouvoir revendiquer d'après la représentation proportionnelle ». Découlant de la pure sociologie électorale (*i.e.* d'une répartition inégale des suffrages entre les circonscriptions dans un Land), ce cas de figure peut tout à fait se produire si les électeurs portent leurs suffrages sur deux partis différents (*Stimmensplitting*). Pour ne pas remettre en cause la volonté directe et personnelle des électeurs, telle qu'elle s'est exprimée à l'occasion de la désignation directe des députés avec les mandats de circonscription, des « mandats de surreprésentation ou de surattribution » (*Überhangmandate*) sont attribués. Ce qui conduit à l'augmentation du nombre des députés du Bundestag. A l'échelon du Bund, le phénomène des mandats de surreprésentation n'est pas neutre, loin s'en faut. Il induit d'évidentes distorsions et il affecte le principe de proportionnalité dans la mesure où ces mandats de surreprésentation ne sont pas compensés entre les partis qui en obtiennent et les formations politiques qui n'en récupèrent pas. Depuis les élections législatives de 1994, ce type de mandats complémentaires conduisit à chaque fois à élargir considérablement la majorité de la coalition

¹² P. Lauvaux, *Les grandes démocraties contemporaines*, PUF, 2004, 3e éd., pp. 707-708.

¹³ A. Le Divellec, *op. cit.*, p. 69.

gouvernementale¹⁴. Pourtant, en 1997, la Cour constitutionnelle fédérale jugea le système des deux voix et des mandats de surreprésentation parfaitement conforme à la Loi fondamentale¹⁵.

Toutefois, ces dernières années, le mode de scrutin fut sinon contesté, du moins très âprement discuté. Des personnalités ou des groupes de la société civile s'approprièrent en effet le sujet. Ce fut notamment le cas de Martin Fehndrich¹⁶ : loin d'être un habitué des arcanes du pouvoir, ce physicien travaille dans le département de recherche d'une société industrielle de Bochum. S'intéressant de près à la politique, Martin Fehndrich contesta à plusieurs reprises la législation électorale allemande. Son combat débuta en 1994 : à la suite de votations, il remarqua un effet paradoxal consistant en ce que, dans un Land, un parti puisse tout à la fois faire un mauvais score et pourtant réaliser des gains en termes de sièges par rapport par exemple aux élections précédentes ou aux autres partis politiques en lice. Tous les suffrages ne pèsent pas le même poids. C'est ce que l'on appelle, en Allemagne, le « poids négatif des voix » (*negatives Stimmgewicht*). Afin d'alerter les principaux intéressés au sujet de ces distorsions, Martin Fehndrich écrivit directement aux parlementaires, lesquels ne s'en émurent pas outre mesure¹⁷.

Le physicien se décida donc à agir seul en se familiarisant avec les subtilités des recours prévus par le système juridique allemand. A la suite des élections de 1998 durant lesquelles de nouveaux exemples de « poids négatif des voix » se firent jour, Martin Fehndrich intenta un recours devant le Bundestag visant à vérifier la validité des résultats électoraux (*Wahlprüfungsbeschwerde*)¹⁸. Jugeant

¹⁴ *Ibid.*, pp. 69-70.

¹⁵ BVerfGE 95, 355 du 10 avril 1997.

¹⁶ V. le site de M. Fehndrich consacré au système électoral allemand : <http://www.wahlrecht.de/>.

¹⁷ T. Jungholt, « Mathematik gegen Macht vor dem Verfassungsgericht », *Die Welt*, 25-06-2012. Consulté le 28-07-2012. URL : <http://www.welt.de/politik/deutschland/article106413048/Mathematik-gegen-Macht-vor-dem-Verfassungsgericht.html>.

¹⁸ Le Bundestag est, en quelque sorte, juge de première instance en matière d'élections de ses membres, la Cour constitutionnelle fédérale ne pouvant être saisie qu'après que la chambre basse ait statué. V. à ce sujet A. Le Divillec, *op. cit.*, pp. 74-75 : « La validité du mandat de membre du Bundestag peut faire l'objet d'un contrôle juridique, qui porte tant sur la régularité des élections (*Wahlprüfung* au sens étroit, art. 41-I-1 LF) que sur la perte du mandat (*Prüfung des Mandatsverlusts*, art. 41-I-2 LF). Ce contrôle incombe au Bundestag lui-même, mais un recours peut-être intenté devant la Cour constitutionnelle fédérale (art. 41-II LF). (...) Les titulaires du recours sont : tout électeur ou groupe d'électeurs, le président de la commission électorale fédérale (*Bundeswahlleiter*) ou son homologue du Land (*Landeswahlleiter*), et enfin le président du Bundestag (§ A-11 WPG). Le délai est de deux mois à partir de la publication des résultats au

le recours « manifestement infondé », l'assemblée le rejeta. Ce qui poussa Martin Fehndrich à se tourner vers la Cour constitutionnelle fédérale, laquelle le débouta elle aussi sans se perdre en longs développements. Ses chances de succès lui apparaissant particulièrement minces en 2002, le scientifique ne tenta aucun recours cette année-là contre les résultats des élections générales au Bundestag. En 2005, en revanche, l'effet se produisit à nouveau lors des élections parlementaires anticipées : à Dresde, la CDU obtint en effet beaucoup de sièges, tout en recueillant par ailleurs peu de voix de la part de ses électeurs par rapport aux votations précédentes. Martin Fehndrich déposa donc deux nouveaux recours : l'un auprès du Bundestag, puis l'autre auprès de la Cour de Karlsruhe. Cette fois-ci, la juridiction suprême accepta la plainte. Dans ce cadre, des auditions eurent lieu en présence de M. Fehndrich. La procédure déboucha sur la célèbre décision du 3 juillet 2008¹⁹.

En 2008, à cette occasion, la Cour constitutionnelle fédérale estima que la législation électorale était partiellement inconstitutionnelle (*verfassungswidrig*), celle-ci nécessitant une triple réforme (I). Les juges concédèrent alors un délai de trois ans au législateur, afin qu'il amende ce qui devait l'être. Si le législateur entreprit finalement de réformer le système électoral (II), les recours se multiplièrent contre la réforme adoptée fin 2011, ce qui déboucha sur la retentissante décision du 25 juillet 2012 (III).

I. La décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 3 juillet 2008 – un triple besoin de réforme

Dans sa décision du 3 juillet 2008, la Cour constitutionnelle fédérale déclara la législation électorale partiellement inconstitutionnelle en raison de l'effet du « poids négatif des voix » (A), de certaines incidences des mandats de surreprésentation (B) et des « secondes voix berlinoises » (C).

Bundesanzeiger. (...) L'appel de la décision du Bundestag peut être formé dans les deux mois devant la Cour constitutionnelle fédérale ».

¹⁹ T. Jungholt, art. préc.

A) L'effet du « poids négatif des voix »

Dans cette fameuse décision, les juges de la Cour de Karlsruhe estimèrent que la législation électorale allemande était devenue partiellement inconstitutionnelle du fait notamment de l'effet du « poids négatif des voix »²⁰. S'accompagnant des *Überhangmandate*, i.e. des mandats de surreprésentation, ce phénomène se fit clairement ressentir, dans une circonscription de Saxe, lors des élections législatives partielles de 2005. La CDU avait alors obtenu trois mandats de surreprésentation. Puis, grâce au gain d'un certain nombre de secondes voix à l'occasion d'élections partielles, le parti démocrate-chrétien de Saxe remporta un nouveau siège lors de la sous-répartition des sièges gagnés par la CDU à l'échelle nationale entre les seize listes régionales de la CDU, alors que la liste locale de la CDU de Rhénanie-du-Nord-Westphalie en perdit un. Comme la CDU en Saxe avait déjà gagné trois mandats directs « de trop », un mandat supplémentaire n'aurait pas augmenté le nombre de sièges, mais seulement transformé l'un de ses mandats de surreprésentation en un mandat régulier. S'agissant de la CDU de Rhénanie-du-Nord-Westphalie, laquelle n'avait pas obtenu de mandat de surreprésentation, la perte d'un mandat de ce type ne serait pas seulement d'ordre numérique, mais aussi bien réelle. En bref, davantage de secondes voix pour la branche saxonne de la CDU auraient conduit à ce que le parti démocrate-chrétien obtienne moins de mandats au niveau national²¹.

Pendant longtemps, hommes politiques et juristes allemands ne prêtèrent guère attention à cet effet à tout le moins paradoxal du système électoral allemand. Seuls certains scientifiques comme Martin Fehndrich s'y étaient jusqu'alors intéressés. Finalement, en juillet 2008, la Cour constitutionnelle fédérale vit dans tout ceci une violation des principes d'égalité et d'immédiateté des élections (*ein Verstoß gegen die Grundsätze der Gleichheit und der Unmittelbarkeit der Wahl*)²². Les juges de la juridiction suprême évoquèrent un « effet absurde » (*widersinniger Effekt*), de même qu'un procédé « contredisant la signification et l'objectif d'une élection démocratique » (*ein Verfahren, das „Sinn und Zweck einer demokratischen Wahl“ widerspricht*)²³. C'est pourquoi la Cour de Karlsruhe chargea le législateur de la délicate mission d'amender la législation électorale, afin que celle-ci redevienne conforme à la Loi fondamentale. Il était en effet « impossible » d'interpréter les règles de la législation électorale

²⁰ BVerfGE, 2 BvC 1/07 du 03-07-2008. Consulté le 28-07-2012. URL : http://www.bverfg.de/entscheidungen/cs20080703_2bvc000107.html.

²¹ H. Holste, « Die Reform des Bundestagswahlrechts : Wiedervorlage in Karlsruhe ! », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2012, p. 8.

²² BVerfGE, 2 BvC 1/07, paragraphe 76.

²³ *Ibid.*, paragraphe 105.

conformément à la Loi fondamentale en raison de « la lettre des textes ainsi que [de] la pratique antérieure [qui] s'y opposaient »²⁴.

B) La question des mandats de surreprésentation

Ce que l'on a désormais coutume d'appeler le *negatives Stimmgewicht* n'est pas le seul élément de la législation électorale à faire débat en Allemagne. Tel est également le cas des mandats de surreprésentation²⁵. Il est vrai que ceux-ci portent atteinte à l'égalité du poids des suffrages exprimés (*die Erfolgswertgleichheit der Stimmen*). Comme les mandats directs sont décomptés des mandats obtenus par liste, en règle générale, c'est seulement la seconde voix qui est décisive pour le calcul des mandats. Les électeurs aidant un parti à obtenir un mandat de surreprésentation avec leur première voix pèsent, finalement, deux fois plus que les autres. Ainsi, les mandats de surreprésentation peuvent bouleverser à la fois et la volonté des électeurs et les rapports majorité-minorité. Paradoxalement, la minorité des (secondes) voix peut en effet remporter la majorité des mandats et la majorité électorale devenir l'opposition au parlement. Ainsi que l'a dernièrement rappelé Heiko Holste, ce risque s'est d'ailleurs réalisé au Schleswig-Holstein lors des dernières élections législatives locales, après quoi le Tribunal constitutionnel de ce Land déclara inconstitutionnelle la législation électorale du Land, puis prescrivit de nouvelles élections législatives²⁶.

En 1997, la Cour constitutionnelle fédérale ne contesta pas la constitutionnalité de l'absence de compensation des mandats de surreprésentation, mais cette décision serait aujourd'hui dépassée : la limitation des mandats de surreprésentation à 5% du nombre total des députés du Bundestag²⁷ fut en effet pratiquement atteinte en 2009 avec quelques vingt-quatre mandats de

²⁴ M. Fromont, art. préc.

²⁵ BVerfGE, 2 BvC 1/07, paragraphes 2, 40.

²⁶ LVerfG 1/10, du 30 août 2010. Consulté le 28-07-2012. URL : http://www.schleswig-holstein.de/LVG/DE/Entscheidungen/Dokumente/LVerfG_1_10.html.

²⁷ BVerfGE 95, 355, paragraphe 115 : « *Das Fünfprozentquorum, das dort den rechtlichen Rahmen für einen schonenden Ausgleich zwischen parteibezogener Wahlgleichheit und Funktionsfähigkeit des Parlaments bietet, mag auch hier - bezogen auf die reguläre Gesamtzahl der Parlamentssitze - als Anhalt dienen, nach dem der Abweichung von den Prinzipien der hälftigen Zusammensetzung des Bundestages nach Wahlkreis- und nach Listenmandaten und der proportionalen Verteilung der Sitze nach dem Ergebnis der für die Parteien abgegebenen (Zweit)Stimmen eine Grenze gesetzt ist* ».

surreprésentation, soit 4% du nombre total des députés. En raison de l'érosion continue de la prééminence des deux grands partis de masse allemands que sont l'Union (*i.e.* la CDU ainsi que la CSU) et le SPD, de nouveaux mandats de surreprésentation seraient à attendre. Si l'on songe à l'hypothèse de la Cour de Karlsruhe selon laquelle la multiplication des mandats de surreprésentation serait « tout à fait improbable » (*ganz unwahrscheinlich*) en raison des caractéristiques de la réalité politique allemande²⁸, les élections législatives de 2009 y apportèrent un clair démenti. Depuis lors, la Cour constitutionnelle fédérale renforça sensiblement sa jurisprudence : aucun gain de mandat n'est plus possible pour un parti dont un député a été éliminé d'un Land, dans lequel la formation politique en question a déjà remporté des mandats de surreprésentation.

Pour H. Holste, les mandats de surreprésentation seraient devenus un véritable « danger » pour la stabilité des gouvernements : les majorités gouvernementales pourraient se disloquer et – selon l'attribution et le retrait de ces mandats entre les groupes parlementaires de la majorité et de l'opposition – il se pourrait même que des changements de majorité se produisent durant une même législature. Depuis longtemps, les mandats de surreprésentation sont régulièrement l'objet de vives critiques de la part de la littérature scientifique allemande, mais l'attitude des deux grands partis de masse (*Volksparteien*) à leur égard paraît bien plus ambivalente. Pis, elle varie sensiblement selon que ceux-ci sont, ou non, favorisés par le mécanisme. Dans le système de partis actuels, qui comporte dorénavant cinq grandes formations politiques disposant d'une représentation parlementaire au Bundestag (Union, SPD, FDP, Bündnis 90/Die Grünen et Die Linke)²⁹, les mandats de surreprésentation ont nettement tendance à favoriser l'Union ainsi que de façon quelque plus éparse le SPD³⁰.

C) Les « secondes voix berlinoises »

L'on comprend aisément pourquoi la Cour constitutionnelle fédérale, certains partis politiques de l'opposition ainsi que certaines franges du corps électoral ne goûtent guère le système électoral actuel. Les mandats de surreprésentation conduisent à des distorsions évidentes en termes de poids des suffrages. Ce faisant, ils mettent à mal le principe d'égalité de l'élection (*Wahlgleichheit*).

²⁸ *Ibid.*, paragraphe 234.

²⁹ A. Kimmel, « Le système politique allemand : la stabilité menacée ? », *Pouvoirs*, 2008, n° 126, pp. 143-155.

³⁰ H. Holste, art. préc., p. 8.

Le constat vaut également pour les « secondes voix berlinoises », les *Berliner Zweitstimmen*. Ne concernant que la capitale allemande, du fait des singularités de la sociologie électorale de certains de ses quartiers, où traditionnellement le parti d'extrême gauche Die Linke bénéficie d'une très forte implantation, ce phénomène des « secondes voix berlinoises » apparut clairement en 2002 : si le PDS (*Partei des Demokratischen Sozialismus*), *i.e.* l'ancêtre de Die Linke, n'était certes pas parvenu à atteindre le seuil des 5% fixé par la loi, il obtint néanmoins un mandat direct dans deux circonscriptions berlinoises. La compensation des mandats directs avec les mandats obtenus selon la proportion de secondes voix n'était pas possible, puisque aucun siège lié aux secondes voix n'avait été attribué au PDS. Certains suffrages comptaient donc deux fois plus que les autres : il s'agissait en effet des bulletins des électeurs qui avec leur première voix avaient aidé le PDS à remporter des mandats directs, mais qui avaient voté avec leur seconde voix pour des partis politiques autres que le PDS.

Dès 1988, la Cour constitutionnelle fédérale mit en évidence cette lacune de la législation électorale. A cet égard, les juges constitutionnels de Karlsruhe suggérèrent au législateur une correction (BVerfGE 79, 161 du 23 novembre 1988). En 2002, à l'occasion d'une plainte visant à la vérification des résultats des élections (*Wahlprüfungsbeschwerde*), le Tribunal réitéra sa demande. Comme à cette époque les *Berliner Zweitstimmen* profitèrent essentiellement aux partis alors au gouvernement, elles s'attirèrent principalement l'ire de l'Union qui se trouvait quant à elle dans l'opposition³¹. Rien ne fut donc entrepris en vue de remédier à ces inégalités en termes de poids des suffrages.

II. La réforme de la législation électorale de novembre 2011 – une réforme imparfaite et vivement critiquée

Placé par la Cour constitutionnelle fédérale dans l'obligation de réformer la législation électorale, afin que celle-ci redevienne parfaitement conforme à la Loi fondamentale, le gouvernement fédéral se mit finalement à l'ouvrage. Mais pour ce faire, depuis sa retentissante décision du 3 juillet 2008, la Cour de Karlsruhe dut faire montre d'une infinie patience et, au fil du temps, envoyer des signaux de

³¹ *Ibid.*, p. 9.

plus en plus pressants à l'attention du gouvernement noir-jaune³². Durant ces trois dernières années, il est vrai que les partis représentés au Bundestag ne parvinrent jamais à se mettre d'accord et à adopter de façon consensuelle une nouvelle réglementation électorale conforme à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale et, ce faisant, à la Loi fondamentale³³.

C'est l'une des raisons pour lesquelles le président de la Cour constitutionnelle fédérale, Andreas Voßkuhle (qui est d'ailleurs à la tête du second Sénat, compétent en matière électorale) fit feu de tout bois pour faire part du mécontentement de la Cour à l'égard du retard pris par le gouvernement dans ce domaine pourtant central. Pour signifier son insatisfaction, le juge multiplia les discours et les interviewes dans la presse. En septembre 2011, rompant par-là avec la retenue qui doit être celle d'un juge constitutionnel en République fédérale d'Allemagne, il prévint dans l'un de ses discours que la patience de la Cour était désormais épuisée et que le temps de l'action politique était venu. Andreas Voßkuhle mit clairement en garde le gouvernement : dans l'hypothèse où d'ici les prochaines élections il n'existerait pas de législation électorale conforme en tout point à la Loi fondamentale, alors « dans un arrêt provisoire le Tribunal pourrait dire que ça ne va pas », c'est-à-dire que les élections législatives de 2013 ne peuvent pas s'effectuer sur un fondement partiellement inconstitutionnel (*dann kann das Gericht in einer einstweiligen Anordnung sagen: So geht es nicht*). Singulièrement audacieux, le président du second Sénat de la Cour constitutionnelle fédérale ajouta même qu'en cas de « besoin » les juges de Karlsruhe devraient « eux-mêmes » se charger d'amender la législation électorale (*Wenn Not am Mann ist, dann machen wir es auch selbst*)³⁴. Le ton était donc donné : au législateur de résoudre l'épineux problème d'une façon aussi rapide, efficace et satisfaisante que possible, parce qu'en cas de défaillance les juges constitutionnels n'hésiteraient probablement pas à prendre le relai.

Conscients de l'extrême complexité du sujet, les juges avaient initialement donné un délai de trois ans, soit jusqu'au 30 juin 2011. L'autre branche de l'alternative consistait à obliger le gouvernement à réformer la législation

³² Les Allemands ont l'habitude de désigner les différents partis politiques par une couleur spécifique. Ainsi le rouge foncé correspond à Die Linke (extrême gauche), le vert à Alliance 90/Les Verts (écologie), le rouge au SPD (social-démocratie), le jaune au FDP (libéralisme) et le noir à la CDU et à la CSU (démocratie chrétienne). La notion de gouvernement noir-jaune fait donc référence à une équipe ministérielle comprenant des membres de l'Union et du FDP.

³³ T. Jungholt, « Parteien vermurksten Wahlrecht aus Machtkalkül », *Die Welt*, 25-07-2012. Consulté le 28-07-2012. URL : <http://www.welt.de/politik/deutschland/article108383354/Parteien-vermurksten-Wahlrecht-aus-Machtkalkuel.html>.

³⁴ *Ibid.*

électorale d'ici avril 2009 au plus tard. L'on comprend assez aisément les inconvénients d'une telle solution, laquelle aurait probablement contraint les partis politiques représentés au Bundestag à légiférer dans la précipitation et, ce faisant, à une attitude probablement peu consensuelle. Avec ces trois années de délai, il s'agissait donc de permettre au législateur d'explorer toutes les options possibles en matière de réforme électorale et de lui éviter de se contenter d'un travail bâclé³⁵.

En 2011, la majorité gouvernementale CDU/CSU/FDP réforma le système électoral pour régler le problème du « poids négatif des voix » (A). S'agissant des mandats de surreprésentation (B) et des « secondes voix berlinoises » (C), en revanche, le législateur se montra nettement plus timoré.

A) Le traitement du « poids négatif des voix »

Pour que s'estompe enfin le « poids négatif des voix », à cause duquel certaines voix pèsent deux fois plus que d'autres, le gouvernement actuel avait choisi de dissocier les listes régionales et les contingents de sièges fixes (1) et de modifier l'utilisation des voix dites restantes (2) ainsi que la répartition des mandats (3).

1. La dissociation entre les listes régionales et les contingents de sièges fixes

En dépit de ses atermoiements, lesquels durèrent rien de moins que trois longues années, le gouvernement fédéral se mit à l'ouvrage, afin d'apporter des solutions à l'inconstitutionnalité partielle de la législation électorale fédérale. S'agissant du « poids négatif des voix », la dix-neuvième loi relative à la modification de la loi électorale s'était efforcée de rompre le lien qui unissait jusqu'alors les listes dans les Länder et les contingents fixes de sièges. Le législateur avait essayé de faire en sorte qu'à l'avenir les listes régionales ne soient plus liées les unes avec les autres, comme c'était le cas jusqu'alors (voir la suppression de l'ancien § 7 de la loi électorale). Pour ce faire, les Länder devaient recevoir des contingents de sièges fixes, déterminés selon le nombre de votants (voir le nouveau § 6 de la loi électorale). Grâce à la division du territoire électoral

³⁵ BVerfGE, 2 BvC 1/07, paragraphe 114.

en seize circonscriptions, les différentes listes régionales d'un même parti ne devaient plus se concurrencer pour récupérer des mandats. Le nouveau système électoral prévoyait en effet qu'il devait seulement y avoir une compétition des listes des différents partis politiques à l'intérieur d'un Land, l'objectif étant de remporter le plus possible de sièges du contingent de ce Land. Les changements de résultats des secondes voix d'une liste régionale et de son nombre de mandats n'auraient donc plus eu de conséquence sur le nombre de mandats que les autres listes régionales d'un même parti reçoivent dans un autre Land³⁶. Le législateur était sûr que « l'effet du poids négatif des voix serait ainsi... complètement supprimé par une considération orientée vers la réalité politique » (*Der Effekt des so genannten negativen Stimmgewichts wird dadurch bei einer an der politischen Wirklichkeit orientierten Betrachtung... komplett beseitigt*)³⁷.

2. L'utilisation des voix dites restantes (*Reststimmenverwertung*)

Outre ce décrochage entre les listes dans les Länder et les contingents fixes de sièges, le législateur avait également prévu de modifier l'utilisation des voix dites restantes. A cet effet, un nouveau mécanisme avait été introduit au § 6 de la loi révisant le droit électoral. L'objectif était de compenser les différences de poids des suffrages exprimés qui existent entre les listes régionales (*Erfolgswertunterschiede unter den Landeslisten*) et qui font suite aux pertes dues aux arrondissements des voix, la répartition des sièges entre les partis ne devant plus s'opérer au niveau fédéral en une fois (*nicht mehr bundesweit in einem Rechenschritt erfolgt*), mais devant s'effectuer au niveau des seize Länder (*sondern 16-fach getrennt*). Les mandats résultant de ces voix dites restantes (*Reststimmenmandate*) devaient être obtenus par les partis ayant recueilli au niveau fédéral plus de voix dites restantes que le nombre moyen de voix nécessaires pour décrocher un mandat. A l'avenir, le Bundestag aurait donc pu s'agrandir sous l'effet conjugué des mandats de surreprésentation et de ces mandats obtenus grâce aux voix dites restantes. Afin que ces mandats ne se cumulent pas et que cela ne puisse pas concourir à déclencher le désormais célèbre effet du « poids négatif des voix », les *Reststimmenmandate* devaient être en premier lieu attribués aux listes régionales d'un parti n'ayant pas obtenu de mandat de surreprésentation³⁸.

³⁶ H. Holste, art. préc., p. 9.

³⁷ BT-Dr 17/6290, 28-06-2011, p. 9. Consulté le 28-07-2012. URL : <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/062/1706290.pdf>.

³⁸ H. Holste, art. préc., p. 9.

3. La répartition des mandats

Le législateur avait de surcroît pris soin de réviser la répartition des mandats, laquelle devait s'effectuer comme suit : en premier lieu, le territoire devait être fractionné en seize circonscriptions et les 598 sièges de député au Bundestag devaient être répartis en contingents de sièges dans les Länder. Cela devait s'effectuer sur le fondement du nombre de votants dans chaque Land. Ce qu'il fallait ici saisir par « votant », c'était chaque électeur qui vote. Ce qui signifiait donc que devaient notamment être pris en compte les voix nulles, les bulletins de vote qui ne comporteraient que la première ou bien que la seconde voix, ainsi que les suffrages qui se seraient portés sur des partis politiques qui ne seraient pas parvenus à dépasser le seuil électoral³⁹. Dans un second temps, le territoire devait à nouveau être considéré comme une unité afin de calculer quels sont les partis politiques ayant atteint le seuil électoral (5% ou trois mandats locaux) et pouvant donc prendre part à la répartition des mandats. Puis, dans un troisième temps, le territoire devait à nouveau être divisé en seize circonscriptions. A ce stade, les contingents de sièges des Länder devaient être répartis entre les différentes listes régionales des partis dans chaque Land. Les mandats de surreprésentation auraient été attribués aux partis politiques qui auraient gagné davantage de mandats locaux que de sièges résultant des secondes voix. Pour finir, dans un quatrième et dernier temps, le territoire devait être compris une fois encore comme une unité pour que puisse s'opérer, le cas échéant, la répartition des mandats complémentaires avec les voix dites restantes⁴⁰.

B) Les mandats de surreprésentation, un aspect problématique du système électoral laissé de côté par la réforme de 2011

La question des mandats de surreprésentation ne fut, quant à elle, pas abordée par le législateur. Celui-ci partit en effet du principe que des mandats de surreprésentation non-compensés étaient conformes à la Loi fondamentale. L'atteinte à l'égalité des suffrages découlant des mandats de surreprésentation et du poids plus élevé de certaines voix serait justifiée par la prise en considération de la dimension fédérale du pays. Les secondes voix ne seraient pas

³⁹ BT-Dr 17/6290, p. 15.

⁴⁰ H. Holste, art. préc., p. 9.

nécessairement le critère exclusif de répartition pour la proportionnelle⁴¹. Au lieu de cela, la proportionnelle fédérale (*föderaler Proporz*) et l'égalité des suffrages sont tenues pour des objectifs constitutionnels de même rang : par le biais du projet de loi du gouvernement était en effet « établi un équilibre entre l'égalité du droit de vote et le maintien de la proportionnelle fédérale », laquelle devait concourir à « l'efficacité optimale des deux biens constitutionnels » que sont le fédéralisme et l'égalité (*Zwischen der Wahlrechtsgleichheit und der Wahrung des föderalen Proporztes wird damit [d. i. der Gesetzentwurf] ein schonender Ausgleich hergestellt, der beiden Verfassungsgütern zu optimaler Wirksamkeit verhilft*). Au cours des débats au Bundestag, les Verts avaient proposé une compensation des mandats de surreprésentation avec les mandats de liste du même parti dans d'autres Länder⁴², mais cette proposition fit long feu, puisqu'elle fut rejetée à cause de la perturbation de la proportionnelle fédérale qu'elle aurait pu provoquer⁴³. Cela aurait pu affecter l'égalité des chances des secondes voix, parce qu'un parti aurait alors eu besoin de plus ou moins de secondes voix selon les Länder afin de gagner des mandats⁴⁴. Le législateur rejeta également un système d'ajustement garantissant la proportionnelle du SPD⁴⁵, car cela aurait eu pour conséquence de considérablement gonfler les effectifs parlementaires⁴⁶. La capacité d'un tel système à remettre en cause l'effet du « poids négatif des voix » était en outre vivement discutée⁴⁷.

C) Le règlement du problème des « secondes voix berlinoises » grâce à l'extension des clauses de non prise en compte de certains suffrages

S'agissant des *Berliner Zweitstimmen*, le législateur avait entendu résoudre le problème grâce à un élargissement des clauses déjà existantes de non prise en compte de certains suffrages. A l'avenir, n'auraient donc pas été prises en compte

⁴¹ BT-Dr 17/6290, p. 10.

⁴² BT-Dr 17/4694, 09-02-2011. Consulté le 28-07-2012. URL : <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/046/1704694.pdf>.

⁴³ BT-Dr 17/6290, pp. 12 et s.

⁴⁴ BT-Dr 17/6290, p. 12.

⁴⁵ BT-Dr 17/5895, 24-05-2011. Consulté le 28-07-2012. URL : http://www.spd.de/scalableImageBlob/13218/data/20110622_ge_wahlrecht_neu_data.pdf.

⁴⁶ BT-Dr 17/7069, 22-09-2011. Consulté le 28-07-2012. URL : <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/070/1707069.pdf>.

⁴⁷ H. Holste, art. préc., p. 9.

les secondes voix des électeurs qui auraient voté avec leur première voix pour le vainqueur d'une circonscription dont le parti serait demeuré en-deçà de la clause des 5% au niveau fédéral⁴⁸. Il s'agissait d'éviter que certaines voix comptent deux fois plus que les autres (*Vermeidung eines „doppelten Erfolgswertes“ der Stimmen*)⁴⁹.

Certes au final le gouvernement fédéral tenta d'amender la législation électorale, mais les augures n'étaient en définitive pas très bons, loin s'en faut. D'abord, fait inédit outre-Rhin, la réforme du système électoral ne fut pas adoptée de façon consensuelle. C'est-à-dire que l'ensemble des partis politiques représentés au Bundestag étaient très divisés quant au bien-fondé des solutions apportées par le projet gouvernemental. Ces normes pourtant si centrales pour une démocratie libérale furent acceptées et adoptées par les seuls partis de la coalition gouvernementale, *i.e.* par l'Union et par le FDP. Autant dire que le gouvernement fédéral ne brilla pas particulièrement par son envie de rechercher le consensus et l'accord des partis politiques de l'opposition parlementaire, contrairement à ce qui se fait usuellement outre-Rhin. Ce qui eut notamment pour effet de déclencher l'ire de ces derniers et de certaines associations de la société civile, comme par exemple *Mehr Demokratie* (*i.e.* « Davantage de démocratie »)⁵⁰ dont le nom constitue en soi tout un programme dans le cadre du « système de démocratie très médiatisée »⁵¹ de la République fédérale d'Allemagne. Il serait certainement caricatural d'adresser des reproches aux seuls partis de la coalition gouvernementale. Les questions de droit électoral étant en effet des questions de pouvoir, les partis de l'opposition parlementaire n'usèrent peut-être pas eux non plus de trésors de bonne volonté⁵².

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 9-10.

⁴⁹ BT-Dr 17/6290, p. 15.

⁵⁰ V. le site de l'association *Mehr Demokratie* : <http://www.mehr-demokratie.de/>.

⁵¹ P. Lauvaux, *op. cit.*, p. 707.

⁵² T. Jungholt, « Parteien vermurksten Wahlrecht aus Machtkalkül ».

III. La décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 25 juillet 2012 – une réforme à reprendre à zéro

Quoi qu'il en soit, une pluie de réserves, de critiques et de recours s'abattit finalement sur le projet du gouvernement fédéral, lorsqu'il fut adopté fin 2011. Le SPD et les Verts se tournèrent immédiatement vers la Cour constitutionnelle fédérale. Ils ne furent pas les seuls à avoir ce réflexe. Ce fut également le cas de quelques 3.000 citoyens allemands désireux de ne pas s'en remettre exclusivement à l'argumentation des partis de l'opposition parlementaire. Même le parti d'extrême droite NPD (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands*) contesta la régularité de la réforme électorale adoptée par le Bundestag à la fin de l'année 2011.

Alors que l'opposition parlementaire déclencha la procédure de contrôle de la constitutionnalité⁵³ de la dix-neuvième loi relative à la modification de la loi électorale du Bundestag (*Verfahren zur verfassungsrechtlichen Prüfung des Neunzehnten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 25. November 2011*), des citoyens allemands déposèrent un recours constitutionnel auprès de la Cour de Karlsruhe (*Verfassungsbeschwerde*). Les Verts et le NPD déposèrent de surcroît une plainte dans le cadre du litige inter-organes (*Organstreit*)⁵⁴, qui sur le fondement de l'article 93 de la Loi fondamentale permet que « la Cour constitutionnelle fédérale statue (...) sur l'interprétation de la présente Loi fondamentale, à l'occasion de litiges sur l'étendue des droits et obligations d'un organe fédéral suprême ou d'autres parties investies de droits propres, soit par la présente Loi fondamentale, soit par le règlement intérieur d'un organe fédéral suprême ».

Le 25 juillet 2012, les huit juges du second Sénat de la Cour constitutionnelle fédérale rendirent leur verdict, et ce de façon unanime⁵⁵. La réforme de la législation électorale entreprise par le gouvernement noir-jaune à la suite de la célèbre décision de la Cour de Karlsruhe du 3 juillet 2008 fut invalidée. Cette fois,

⁵³ Cette procédure de contrôle abstrait des normes s'effectue sur le fondement de l'article 93-I-2 de la Loi fondamentale, lequel dispose que la Cour constitutionnelle fédérale statue « en cas de divergence d'opinion ou de doutes sur la compatibilité formelle et matérielle, soit du droit fédéral ou du droit d'un Land avec la présente Loi fondamentale, soit du droit d'un Land avec toute autre règle du droit fédéral, sur demande du Gouvernement fédéral, d'un Gouvernement de Land, ou d'un quart des membres du Bundestag ».

⁵⁴ BVerfGE, 2 BvF 3/11 du 25-07-2012. Consulté le 28-07-2012. URL : http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs20120725_2bvf000311.html.

⁵⁵ *Ibid.*, paragraphe 164.

par contre, le Tribunal ne concéda pas le moindre délai de transition au législateur. Le jour du rendu de l'arrêt, le juge constitutionnel Andreas Voßkuhle qualifia sans ambages le résultat de la réforme de singulièrement « désenchantant » (*ernüchternd*)⁵⁶.

La nouvelle réglementation électorale se heurterait en effet « aux principes d'égalité et d'immédiateté de l'élection » ainsi qu'au « principe d'égalité des chances des partis » en raison de l'effet du « poids négatif des voix », par lequel un électeur nuit à un parti politique en votant pour lui (A). La réforme n'aurait absolument pas résolu ce problème. Les autres motifs de censure sont l'attribution de mandats supplémentaires (*Zusatzmandaten*) au moyen de l'utilisation des voix dites restantes (B) ainsi que la possibilité d'attribuer des mandats de surreprésentation dans une mesure telle que le caractère proportionnel des élections législatives du Bundestag pourrait tout bonnement être remis en cause (C)⁵⁷.

A) La survivance de l'effet du « poids négatif des voix »

Quelques mois avant que la Cour constitutionnelle fédérale se prononce, certains commentateurs déplorèrent que la réforme de la législation électorale entreprise par le gouvernement n'ait pas du tout éradiqué le paradoxal effet du « poids négatif des voix », mais qu'elle l'ait sinon généralisé, du moins très sensiblement élargi. Désormais, cet effet pervers du système électoral allemand pourrait potentiellement ne plus concerner les seuls mandats de surreprésentation, comme c'était le cas jusqu'alors, mais bel et bien devenir une réalité pour tous les partis politiques en compétition lors des élections législatives fédérales. Si l'on se réfère à la réforme adoptée en fin d'année dernière, les gains de voix pour une liste régionale conduiraient à l'augmentation du contingent de sièges d'un Land aux dépens du contingent de sièges d'un autre Land. Toutefois, il ne serait absolument pas garanti que les sièges supplémentaires échoient à la liste régionale qui aurait enregistré le gain de voix en question⁵⁸. Pourtant, en 2008, le Tribunal de Karlsruhe avait insisté sur le fait que les suffrages accordés à un parti doivent

⁵⁶ « Wahlrecht verfassungswidrig. „Eine konstitutionelle Staatskrise“ », *FAZ*, 25-06-2012. Consulté le 28-07-2012. URL : <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/wahlrecht-verfassungswidrig-eine-konstitutionelle-staatskrise-11831272.html#Drucken>.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ H. Holste, art. préc., p. 10.

en principe lui être utiles (*dienlich*)⁵⁹, c'est-à-dire que « les conséquences théoriquement positives du vote [en faveur d'une formation politique ne] doivent [pas] être inversées » (*die beabsichtigten positiven Wirkungen der Stimmabgabe [nicht] in ihr Gegenteil verkehrt werden*)⁶⁰. Le vote en faveur d'une formation politique est censé lui profiter, et non pas le desservir, comme cela pouvait pourtant être le cas du fait de cette réforme.

D'autre part, contrairement à ce que le législateur paraît affirmer⁶¹, le « poids négatif des voix » ne se limite pas à ce que davantage de voix pour un parti conduisent à moins de mandats pour ce même parti (et inversement). La Cour constitutionnelle fédérale donne beaucoup d'importance à l'égalité du poids des suffrages exprimés. Celle-ci ne se mesure pas à un simple nombre de sièges, mais à la proportion de l'ensemble des sièges revenant à un même parti. Le « poids négatif des voix » apparaît également lorsque davantage de voix recueillies pour un parti conduisent à davantage de sièges pour un autre parti. Avec la réforme de la réglementation électorale de 2011, ce paradoxe risquait de se généraliser, puisque le nombre de sièges qu'auraient remportés les partis politiques n'aurait plus exclusivement dépendu des suffrages rassemblés, mais aussi des suffrages qu'ils n'auraient pas recueillis. Davantage d'égards pour la concurrence partisane pourraient donc aider certaines formations politiques à obtenir davantage de mandats au parlement. Cet effet, parfois présenté comme « grotesque » par la doctrine allemande, aurait découlé du fait que les contingents de sièges des Länder devaient être déterminés selon le nombre de votants. Mais la notion de votants renvoie aussi à ceux dont les suffrages ne sont pas valables, ou à ceux qui par exemple ont voté pour un parti politique dont les résultats électoraux sont demeurés inférieurs à 5% des suffrages exprimés au niveau fédéral⁶².

A cet égard, l'exemple bavarois est particulièrement éloquent : même si lors des prochaines élections législatives les Freie Wähler ou l'ÖDP parvenaient à susciter une mobilisation électorale élevée, ils resteraient probablement en-deçà du seuil des 5% des suffrages au niveau fédéral. La CSU pourrait donc tout à fait en profiter et obtenir davantage de sièges au Bundestag que si les électeurs de ces deux petites formations politiques ne s'étaient pas rendus aux bureaux de vote le jour des élections. Ce qui ne manquerait pas de mettre en péril l'égalité des chances des partis politiques, car les sympathisants des Freie Wähler et de l'ÖDP pourraient finalement refuser de prendre part aux votations, de peur d'aider la CSU à gagner davantage de sièges certes avec leurs suffrages, mais sans le vouloir. Selon la configuration découlant de la réforme adoptée fin 2011, les voix non valables pourraient avoir le même effet : un vote négatif concourrait à

⁵⁹ BVerfGE, 2 BvC 1/07, paragraphe 102.

⁶⁰ *Ibid.*, paragraphe 105.

⁶¹ BT-Dr 17/6290, S. 1.

⁶² H. Holste, art. préc., p. 10.

renforcer les partis politiques pour lesquels les électeurs n'auraient sciemment pas voté. Bref, le mode de scrutin tel qu'il a été révisé l'an passé pourrait tout à fait conduire à des résultats électoraux absurdes et, en fin de compte, à de nouvelles hausses de l'abstention. Ce qui, selon H. Holste, ne serait absolument pas justifiable par l'assertion selon laquelle les députés élus ne sont pas les représentants de leurs électeurs, mais les représentants du peuple entier (*Vertreter des ganzen Volkes*, article 38 LF)⁶³.

En juillet dernier, la Cour de Karlsruhe se montra tout aussi sceptique que la doctrine à propos de la dernière réforme du mode de scrutin. Les juges constitutionnels reprochèrent, d'une part, au nouveau droit électoral le fait qu'il aurait conduit à ce que les suffrages que les électeurs ont portés sur un parti puissent avoir un effet négatif pour celui-ci, ce qui naturellement n'est pas sans contrarier « l'égalité et l'immédiateté de l'élection » (*Gleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl*) ainsi que le principe de « l'égalité des chances des partis » (*Chancengleichheit der Parteien*)⁶⁴. La réforme avait mis fin aux liaisons fédérales entre les listes des partis, car elles apparurent en 2008 comme l'une des causes du paradoxe inconstitutionnel condamné par les juges de Karlsruhe. Avec la dix-neuvième loi sur l'élection des députés du Bundestag, chaque Land aurait dû se voir attribuer un contingent de sièges de député déterminé selon le nombre de votants (*Wählerzahl*). C'est pour ces sièges que les listes régionales des partis politiques devaient faire campagne. Toutefois, selon le jugement rendu par la Cour constitutionnelle fédérale le 25 juillet dernier, ce mode de calcul des contingents de sièges des Länder aurait vraiment posé problème⁶⁵, puisque la taille des contingents de sièges n'aurait pas tenu à une grandeur déterminée avant les élections (*eine vor der Stimmabgabe feststehende Größe*)⁶⁶, mais à la participation électorale, laquelle se trouve être par définition fluctuante. Sur ce point, la Cour constitutionnelle fédérale ne déjoua donc pas les pronostics de la doctrine esquissés plus haut.

Pour les juges de la Cour de Karlsruhe, la réforme ne résolvait pas le problème de la « différenciation » du poids des voix. L'effet du « poids négatif des voix » aurait tout à fait pu réapparaître, par exemple en cas d'accroissement du nombre des secondes voix pour la liste régionale d'un parti sans que cette hausse se répercute sur le nombre de sièges remportés, le surcroît des secondes voix allant de pair avec celui du nombre de votants, ce qui augmenterait en même

⁶³ *Ibid.*, p. 10.

⁶⁴ BVerfGE, 2 BvF 3/11.

⁶⁵ *Ibid.* : « Die Bildung der Ländersitzkontingente nach der Wählerzahl gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 BWG ermöglicht den Effekt des negativen Stimmgewichts und verletzt deshalb die Grundsätze der Gleichheit und Unmittelbarkeit der Wahl sowie der Chancengleichheit der Parteien ». V. aussi les paragraphes 66 et s.

⁶⁶ *Ibid.*, paragraphes 74 et 90.

temps le contingent total de sièges du Land. Les sièges supplémentaires pourraient alors revenir à la liste d'un parti concurrent, ou bien une liste du même parti pourrait perdre un siège dans un autre Bundesland. Inversement, il se pourrait tout à fait que cela profite à un parti politique de recueillir moins de secondes voix que lors des élections précédentes⁶⁷. L'effet du « poids négatif des voix » pourrait donc très bien reparaître en raison d'un changement du nombre de secondes voix se conjuguant avec un changement correspondant du nombre de votants (*Mit dem Eintritt des Effekts ist zu rechnen, wenn eine Veränderung der Zweitstimmzahl mit einer Veränderung der Wählerzahl korreliert*), circonstances que les juges constitutionnels estiment être très « probables » (*Das Zusammentreffen der verschiedenen Faktoren, die den Effekt des negativen Stimmgewichts verursachen, ist mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit zu erwarten*)⁶⁸.

A cause de l'effet du « poids négatif des voix », que la récente réforme du gouvernement fédéral noir-jaune n'est manifestement pas parvenue à faire disparaître, le système électoral allemand donnerait lieu à des résultats à tout le moins aléatoires et déroutants, ainsi que tendrait à le démontrer l'exemple bavarois dont il a été question plus haut. Pour la Cour constitutionnelle fédérale, le système serait à ce point opaque que l'électeur serait incapable de prévoir les effets des suffrages qu'il peut être amené à exprimer lors des consultations électorales (*Der Effekt des negativen Stimmgewichts kann von Verfassungen wegen auch nicht etwa deshalb hingenommen werden, weil er sich nicht konkret vorhersehen oder planen lässt und von dem einzelnen Wähler kaum beeinflusst werden kann. Inwieweit diese Prämisse zutrifft, kann dahinstehen*). La « différenciation » du poids des voix mènerait *in fine* à des « résultats électoraux objectivement arbitraires » (*objektiv willkürliche Wahlergebnisse*), lesquels rendraient la compétition démocratique (*demokratischer Wettbewerb*) d'une certaine façon « absurde » (*widersinnig*)⁶⁹.

Afin d'éviter une situation de ce type, les juges constitutionnels allemands se risquèrent à prodiguer quelques conseils au législateur : pour empêcher la

⁶⁷ *Ibid.*, paragraphe 90 : *Der Effekt des negativen Stimmgewichts hängt davon ab, „dass die Ländersitzkontingente nach der Wählerzahl - und nicht nach einer vor der Stimmabgabe feststehenden Größe wie der Zahl der Bevölkerung oder der Wahlberechtigten - bestimmt werden. Denn nur wenn ein Zweitstimmenverlust einer Parteiliste in einem Land mit der Verringerung der Wählerzahl in diesem Land in dem Umfang einhergeht, dass sich das Sitzkontingent dieses Landes zugunsten eines anderen Landes vermindert, kann der beschriebene Wirkungszusammenhang zwischen Stimmabgabe und Stimmerfolg auftreten; andernfalls würde sich der Zweitstimmenverlust allein in dem betreffenden Land auswirken. Für den umgekehrten Fall eines Zweitstimmengewinns gilt Entsprechendes“.*

⁶⁸ *Ibid.*, paragraphe 95.

⁶⁹ *Ibid.*, paragraphe 93.

survenue de l'effet du « poids négatif des voix », lors de la répartition des mandats de député, il conviendrait de déterminer les contingents de sièges des Länder (*zur Bemessung der Ländersitzkontingente*) non pas selon la participation électorale (*statt der Wählerzahl*), mais plutôt d'après la taille de la population (*die Zahl der Bevölkerung*) ou bien en fonction de la taille du corps électoral (*oder der Wahlberechtigten*). La Cour constitutionnelle fédérale estima en effet qu'un critère de ce type – qui ne peut pas être influencé par le comportement électoral des citoyens allemands – serait de nature à résoudre les problèmes liés à l'« inégalité » du poids des suffrages (*Denn jede vom Wahlverhalten der Wahlberechtigten nicht beeinflusste Größe als Grundlage der Bestimmung der Ländersitzkontingente würde den Effekt des negativen Stimmgewichts bei der Sitzzuteilung vermeiden*)⁷⁰.

B) Les difficultés liées à « la répartition des voix dites restantes »

Si les élections du Bundestag de 2009 avaient eu lieu sous le régime de la réforme entérinée en 2011, l'effectif des membres Bundestag serait encore plus pléthorique qu'il l'est aujourd'hui : au lieu des 622 parlementaires actuels, quelques 628 députés y siègeraient. Telle était l'une des critiques faites par la doctrine allemande, quelques mois avant que la Cour constitutionnelle fédérale se prononce en juillet dernier. En effet, à l'effectif légal des 598 députés se seraient ajoutés quelques huit mandats, découlant de l'utilisation des voix dites restantes ainsi que vingt-deux mandats de surreprésentation. La CDU n'aurait reçu que deux mandats dans le cadre de l'utilisation des voix dites restantes et le nombre de mandats de surreprésentation aurait été réduit d'autant. Durant la préparation de la dix-neuvième loi relative à la modification du système électoral, le législateur avait rejeté des propositions qui assuraient d'une part l'égalité de poids des secondes voix, mais qui conduisaient d'autre part à une augmentation du nombre des députés siégeant au Bundestag. D'après la réforme de la législation électorale de novembre 2011, le nombre de membres du Bundestag aurait été augmenté du fait des mandats restants (*Restmandate*), sans que cela serve d'une quelconque manière l'objectif constitutionnel de réalisation d'une élection égale (*gleiche Wahl*)⁷¹.

En juillet dernier, les juges constitutionnels allemands réprochèrent, quant à eux, l'attribution de mandats supplémentaires au moyen de l'utilisation des voix dites restantes à l'échelle fédérale. Cette dernière visait à compenser les pertes

⁷⁰ *Ibid.*, paragraphe 96.

⁷¹ H. Holste, art. préc., p. 11.

liées aux arrondissements des voix qui naissent lors de la répartition des sièges au niveau des Länder. Concernant la répartition de ces mandats, d'après la Cour constitutionnelle fédérale, les suffrages des électeurs ne pèseraient pas tous le même poids. Ils ne disposeraient donc pas des mêmes chances de succès. Lors du décompte des voix qui reviennent aux listes des Länder, il était convenu d'arrondir non pas par défaut (*abrunden*), mais plutôt par excès (*aufunden*). Cependant, dans le cadre du système mis en place avec la réforme de 2011, les gains de voix engendrés par ces arrondissements ne devaient pas influencer sur l'utilisation des voix dites restantes. Au final, pour les juges constitutionnels du Tribunal de Karlsruhe, la répartition des sièges s'effectuerait « en dehors du principe de proportionnalité » (*außerhalb des Proporz*). Autrement dit, « chaque électeur ne pourrait pas y prendre part avec les mêmes chances de réussite » (*kann nicht jeder Wähler mit gleichen Erfolgchancen mitwirken*). L'attribution de mandats supplémentaires (*Zusatzmandate*) découlant de ces voix dites restantes (alinéa 2a du § 6 de la loi électorale) porterait donc atteinte aux principes d'égalité du droit de vote (*Wahlrechtsgleichheit*) et d'égalité des chances des partis (*Chancengleichheit der Parteien*). Pour la Cour constitutionnelle fédérale, l'actuelle réglementation électorale satisferait certes les exigences de « clarté normative » (*Normbestimmtheit*), mais elle donnerait lieu à un « traitement inégal des voix des électeurs ». Ce dernier ne pourrait pas être véritablement légitimé (*eine Ungleichbehandlung der Wählerstimmen, die nicht durch einen zureichenden Grund legitimiert werden kann*)⁷².

Cette situation ne serait « pas justifiée » (*nicht gerechtfertigt*), notamment au regard de l'objectif poursuivi par le législateur de « compenser les différences de poids des voix » (*Erfolgswertunterschiede auszugleichen*) grâce à la répartition des sièges dans les Länder. Ce nouveau procédé introduit fin 2011 serait tout à fait « inapte » à atteindre ce but (*Die Vergabe von Zusatzmandaten nach § 6 Abs. 2a BWG ist jedoch zur Erreichung dieses Zieles nicht geeignet*). Une compensation proportionnelle ne serait en effet possible qu'à la condition que soient « identifiés » les gains et les pertes de voix lors des arrondissements dans toutes les circonscriptions de liste⁷³. Il s'agirait de créer, de cette façon, les conditions

⁷² BVerfGE, 2 BvF 3/11, paragraphe 105.

⁷³ *Ibid.* : « Ein wahlgebietsbezogener Ausgleich der sich aus der vielfachen Sitzuteilung nach dem Divisorverfahren nach Sainte-Laguë/Schepers in den Listenwahlkreisen ergebenden kumulierten Rundungsabweichungen von den exakt proportionalen Sitzzahlen der Landeslisten setzt voraus, dass in sämtlichen Listenwahlkreisen sowohl die Abrundungsverluste als auch die Aufrundungsgewinne der Landeslisten einer Partei identifiziert, wahlgebietsbezogen aufsummiert und anschließend miteinander verrechnet werden ».

d'un rééquilibrage du poids de tous les suffrages exprimés par les électeurs. Ce qui n'est pas du tout le cas actuellement⁷⁴.

C) La question irrésolue des mandats de surreprésentation

La réforme entreprise par le gouvernement fédéral l'an passé mit l'accent sur la proportionnelle fédérale afin d'éviter une compensation intrapartisane des mandats de surreprésentation. Mais pour certains commentateurs allemands, les mandats de surreprésentation nuisent en soi à la proportionnelle fédérale, ainsi que le montra l'exemple de la CDU au Bade-Wurtemberg : lors des élections législatives de 2009, la CDU de ce Bundesland récupéra dix mandats de surreprésentation. Le Bade-Wurtemberg et la CDU locale reçurent ainsi peu ou prou autant de mandats supplémentaires que la Sarre envoya de députés au Bundestag. Au final, les électeurs du Bade-Wurtemberg ont un plus grand poids électoral que les électeurs des autres Länder. Les électeurs démocrates-chrétiens du Bade-Wurtemberg ont, eux aussi, une influence électorale bien supérieure à celle des électeurs démocrates-chrétiens des autres Bundesländer⁷⁵.

L'on peut ici remarquer la relative « inefficacité » des mandats de surreprésentation, que d'une façon générale la doctrine allemande ne goûte guère. En 2002, la CDU bade-wurtembergeoise remporta environ 2,5 millions de secondes voix, soit 42,8% des suffrages exprimés dans le Land. Ce qui lui permit de récupérer trente-quatre sièges, si bien que les députés du Bade-Wurtemberg représentaient 13,7% des membres du groupe parlementaire CDU/CSU. Lors des élections législatives de 2009, le parti démocrate-chrétien ne parvint à rassembler que quelques 1,8 millions de voix, ce qui correspondait à 34,4% des suffrages. Malgré ces pertes considérables en termes de voix, la CDU du Bade-Wurtemberg reçut trois sièges de plus (soit un total de trente-sept mandats) et put augmenter son influence au sein du groupe parlementaire de l'Union (15,5% des députés) grâce à dix mandats de surreprésentation. Les mandats de surreprésentation

⁷⁴ *Ibid.* : « Eine solche Verrechnung der Abrundungsverluste und Aufrundungsgewinne würde bezogen auf das Wahlgebiet einen Ausgleich der Erfolgswerte der Wählerstimmen bewirken. Bistlang ohne Stimmerfolg gebliebene Wählerstimmen werden in diesem Fall mandatswirksam, während uno actu bislang übergewichteten Stimmen ihre vergleichsweise größere Erfolgskraft so weit wie möglich genommen wird ».

⁷⁵ H. Holste, art. préc., p. 10.

constitueraient donc, selon d'aucuns, « une irrationnelle prime aux perdants » (*eine irrationale Verliererprämie*)⁷⁶.

Pour la doctrine, la réforme de 2011 aurait renforcé les dysfonctionnements de la proportionnelle fédérale au profit des Länder et des branches régionales des partis politiques bénéficiant de mandats de surreprésentation. Ces dysfonctionnements seraient même accentués du fait de l'utilisation des voix dites restantes, prévue à l'alinéa 2a du § 6 de la loi électorale. La réforme devait certes compenser les différences de poids des suffrages exprimés entre les listes régionales des partis, mais la liste ayant obtenu la plus grande part de voix restantes dans un parti pourrait n'obtenir aucun mandat supplémentaire, car les sièges doivent être répartis en premier lieu entre les listes régionales ayant remporté des mandats de surreprésentation. Pour H. Holste, le constat est doublement accablant : l'objectif affiché de l'utilisation des voix dites restantes serait abandonné à cause des critères de répartition des mandats ; l'objectif inconscient de garantie de la proportionnelle fédérale ne serait quant à lui pas du tout satisfait par la réforme du gouvernement fédéral noir-jaune⁷⁷.

Quelques mois plus tard, les juges de la Cour constitutionnelle fédérale s'intéressèrent à nouveau aux mandats de surreprésentation, c'est-à-dire à ces mandats supplémentaires qui naissent lorsque les candidats d'un parti politique gagnent dans un Land davantage de mandats de circonscription que le nombre de mandats liés aux secondes voix. Ces mandats de surreprésentation contribuent directement à augmenter le nombre des députés du Bundestag. Ils profitent le plus souvent aux grands partis politiques. Lors des élections législatives de 2009, la CDU-CSU récupéra rien de moins que la totalité des vingt-quatre mandats de surreprésentation. La Cour constitutionnelle fédérale accepta encore une fois ce type de mandats, en ce qu'ils sont le fruit de la compensation entre les mandats de circonscription et les mandats de liste (*Überhangmandate fallen als solche infolge der Verrechnung der Wahlkreismandate mit den Listenmandaten*)⁷⁸, même s'ils portent atteinte aux principes d'égalité du droit de vote et d'égalité des chances des partis.

Pour les juges de la Cour de Karlsruhe, car il existerait « un rapport de tension » entre scrutin personnel et représentation proportionnelle (*Spannungsverhältnis*)⁷⁹, les mandats de surreprésentation ne sont acceptables qu'à la condition que leur volume ne remette pas en cause le caractère proportionnel des élections législatives pour le Bundestag (*[die] Überhangmandate (§ 6 Abs. 5 BWG) [sind] nur in einem Umfang hinnehmbar,*

⁷⁶ *Ibid.*, p. 10.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 10.

⁷⁸ BVerfGE, 2 BvF 3/11, paragraphe 119.

⁷⁹ *Ibid.*, paragraphe 136.

der den Grundcharakter der Wahl als einer Verhältniswahl nicht aufhebt). En juillet dernier, les juges constitutionnels réaffirmèrent en outre la jurisprudence constante de la Cour au sujet de l'extrême importance des principes d'« égalité de l'élection » (*Gleichheit der Wahl*) et d'« égalité des chances des partis » (*Chancengleichheit der Parteien*): ceux-ci ne sont pas considérés comme respectés, si le nombre des mandats de surreprésentation excède peu ou prou la moitié de l'effectif nécessaire à la formation d'un groupe parlementaire (*Die Grundsätze der Gleichheit der Wahl sowie der Chancengleichheit der Parteien sind bei einem Anfall von Überhangmandaten im Umfang von mehr als etwa einer halben Fraktionsstärke verletzt*)⁸⁰.

Comme ils induisent des distorsions du principe d'égalité entre les partis qui en bénéficient et ceux qui en sont privés et donc entre les électeurs votant pour les premiers et les autres, les mandats de surreprésentation ne sont acceptables que s'ils sont tout à fait « nécessaires » à la réalisation du système dit de la « proportionnelle personnalisée », lequel doit assurer un lien ténu entre au moins la moitié des élus et leur circonscription (*Diese Ungleichheit könne nur hingenommen werden, soweit sie notwendig sei, um das Anliegen der personalisierten Verhältniswahl zu verwirklichen; diese wolle zumindest für die Hälfte der Abgeordneten eine enge persönliche Bindung zu ihrem Wahlkreis gewährleisten*)⁸¹.

Par ailleurs, pour les juges constitutionnels, l'« inégalité », la « différenciation » provoquée par les mandats de surreprésentation doit être parfaitement « justifiée » (*Vielmehr wurde nur geprüft, ob das jeweilige Ausmaß der Differenzierung des Erfolgswertes in der zugrundeliegenden konkreten Situation gerechtfertigt war, wobei durchweg auf die Grenzen Bedacht genommen wurde, die der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit zieht*)⁸², et ce d'autant plus qu'« elle se répercute sur la composition du Bundestag lui-même » (*Diese Differenzierung schlägt sich in der Zusammensetzung des Parlaments nieder*)⁸³, car aucune compensation n'est légalement prévue (*weil ein Ausgleich oder eine Verrechnung der überhängenden Mandate gesetzlich nicht vorgesehen ist*)⁸⁴.

⁸⁰ *Ibid.*, paragraphe 109 : « § 6 Abs. 5 BWG verstößt insoweit gegen die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der Parteien, als er das ausgleichslose Anfallen von Überhangmandaten in einem Umfang zulässt, der den Grundcharakter der Bundestagswahl als Verhältniswahl aufheben kann. Dies ist der Fall, wenn die Zahl der Überhangmandate etwa die Hälfte der für die Bildung einer Fraktion erforderlichen Zahl von Abgeordneten überschreitet ». V. aussi *ibid.*, paragraphe 143.

⁸¹ *Ibid.*, paragraphe 117.

⁸² *Ibid.*, paragraphe 118.

⁸³ *Ibid.*, paragraphes 123, 126.

⁸⁴ *Ibid.*, paragraphe 126.

Alors que la « proportionnelle personnalisée » s'apparente à un objectif de rang constitutionnel justifiant dans une certaine mesure la « différenciation » du poids des voix des électeurs, afin de permettre à l'électeur de choisir ou de refuser tel ou tel candidat dans le cadre de la représentation proportionnelle (*Die durch die ausgleichslose Zuteilung von Überhangmandaten bewirkte ungleiche Gewichtung der Wählerstimmen ist durch die verfassungslegitime Zielsetzung der personalisierten Verhältniswahl, dem Wähler im Rahmen einer Verhältniswahl die Wahl von Persönlichkeiten zu ermöglichen, grundsätzlich gerechtfertigt*)⁸⁵, tel ne serait toutefois pas le cas de tous les motifs avancés par le gouvernement fédéral. De façon surprenante, sinon quelque peu contradictoire, la Cour affirme par exemple qu'il n'est pas possible de légitimer les écarts entre les poids des voix qui résultent des mandats de surreprésentation par l'assertion selon laquelle ceux-ci seraient « immanents » au système dit de la « proportionnelle personnalisée » (*Der Umstand, dass das Anfallen solcher zusätzlicher Sitze dem vom Gesetzgeber gewählten System einer personalisierten Verhältniswahl immanent ist (...), genügt für sich genommen nicht, die durch Überhangmandate bewirkten Differenzierungen zu legitimieren*)⁸⁶ : certes la « proportionnelle personnalisée » légitimerait les mandats de surreprésentation, mais il ne serait pas possible de présenter les distorsions qu'ils impliquent comme étant inhérentes au système de la « proportionnelle personnalisée »...

La proportionnelle fédérale entre les listes régionales d'un même parti politique (*Das Erfordernis eines föderalen Proporztes zwischen den Landeslisten einer Partei untereinander rechtfertigt die ausgleichslose Zuteilung von Überhangmandaten nicht*)⁸⁷ ne saurait pas non plus légitimer les « différenciations » dans le poids des voix des électeurs. Faute de « liens de causalité suffisants » (*kein hinreichender Kausalzusammenhang*), il en irait de même pour l'objectif de garantir l'émergence ainsi que le maintien d'une « majorité parlementaire stable » au Bundestag (*Die ausgleichslose Zuteilung von Überhangmandaten kann auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass sich diese mehrheitssichernd auswirken können. Das Ziel von Wahlen, eine funktionsfähige Volksvertretung hervorzubringen, ist zwar ein verfassungslegitimer Grund, der Differenzierungen im Erfolgswert der Wählerstimmen gestattet, soweit dies zur Herstellung oder Sicherung einer stabilen Mehrheit unbedingt erforderlich ist (...). Die Zuteilung von Überhangmandaten ist indes zur Erreichung dieses Zieles nicht geeignet*)⁸⁸. Ni la dimension fédérale de la République fédérale d'Allemagne ni des objectifs liés au parlementarisme rationalisé ne pourraient donc justifier une excessive « différenciation » du poids des voix des électeurs allemands.

⁸⁵ *Ibid.*, paragraphe 127.

⁸⁶ *Ibid.*, paragraphes 128, 129.

⁸⁷ *Ibid.*, paragraphes 128, 130.

⁸⁸ *Ibid.*, paragraphes 128, 131.

Afin de préserver la smendienne « fonction d'intégration » des élections (*Integrationsfunktion der Wahl*) ainsi que la « confiance » populaire dans les institutions du système constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne (*Vertrauen*)⁸⁹, les juges constitutionnels de la Cour de Karlsruhe ont reconnu une véritable « obligation d'agir » (*Handlungspflicht*) incombant au législateur⁹⁰. Il s'agit d'éviter une crise de légitimation de la démocratie allemande. C'est dans le cadre esquissé de façon prétorienne par la Cour constitutionnelle fédérale en 2008, puis en 2012 que le législateur devra réformer les règles de la législation fédérale d'ici les élections législatives de 2013.

Quelques observations conclusives

Au gré de ses décisions, la Cour constitutionnelle fédérale reconnut la nécessité de réformer la législation électorale allemande, laquelle devint partiellement inconstitutionnelle en raison de l'évolution du système de partis et de l'effet du « poids négatif des voix ». Sous peine d'être invalidée, la prochaine réforme devra se conformer au cadre soigneusement tracé par les juges constitutionnels en 2008, puis en 2012. Versant dans la prospective, d'aucuns ont imaginé les possibles évolutions du système électoral allemand, tout en gardant à l'esprit les exigences définies par la Cour de Karlsruhe (A). A cet égard, il convient de rappeler qu'un accord est dernièrement intervenu outre-Rhin (B). Cependant, qu'il soit en définitive salutaire ou pas, l'interventionnisme de la Cour constitutionnelle fédérale ne laisse pas de susciter la perplexité outre-Rhin (C), avec pour toile de fond le spectre du gouvernement mixte.

A) Les possibles évolutions du système électoral allemand

Faisant suite à la retentissante décision de la Cour constitutionnelle fédérale de juillet dernier, le président du Bundestag Norbert Lammert, pourtant membre de la CDU, critiqua indirectement la réforme adoptée fin 2011 ainsi que la

⁸⁹ *Ibid.*, paragraphe 138.

⁹⁰ *Ibid.*, paragraphes 145, 151.

méthode retenue par le gouvernement noir-jaune pour la faire aboutir. Le président du Bundestag préconisa en effet une réforme du système électoral qui soit, cette fois, bien plus consensuelle et qui transcende les habituels clivages politiques, afin d'éviter de donner ne serait-ce que l'impression de favoriser ou de pénaliser certains partis ou candidats⁹¹.

L'obligation d'agir (*Handlungspflicht*)⁹² incombant au législateur pourrait éventuellement l'amener à opter en faveur de l'une des solutions suivantes : le système mixte sans compensation (1), le double vote sans possibilité de panachage (2), ou encore le système de la voix unique (3). L'important étant que la prochaine réforme se conforme aux lignes directrices tracées par la Cour constitutionnelle fédérale au gré de ses décisions.

1. Le système mixte sans compensation

La première solution serait le système mixte sans compensation, autrement dit le double vote sans compensation (*Doppelwahl ohne Anrechnung*), ou bien encore le système dit des votes parallèles (*Grabensystem*). Dans ce cas de figure, le système électoral à plusieurs voix avec ses possibilités de panachage pourrait demeurer. Il serait possible de faire en sorte que la moitié des députés (ou bien deux cinquièmes, ou bien un tiers selon les préférences du législateur) soient élus directement dans les circonscriptions et que les autres parlementaires soient élus *via* les listes régionales des partis, sans que les mandats soient mis en compte selon qu'ils proviennent des premières ou des secondes voix. Car les deux voix correspondraient alors à deux élections on ne peut plus différentes, rigoureusement séparées l'une de l'autre. Cela ne changerait donc rien au *Stimmensplitting*, c'est-à-dire au fait d'accorder ses deux voix à deux partis

⁹¹ T. Jungholt, « Parteien vermurksten Wahlrecht aus Machtkalkül », art. préc. V. aussi : « Wahlrecht verfassungswidrig. „Eine konstitutionelle Staatskrise“ » ; « Wahlrecht – Lammert fordert Konsens aller Parteien », *Die Welt*, 25-07-2012. Consulté le 28-07-2012. URL : <http://www.welt.de/aktuell/article108380077/Wahlrecht-Lammert-fordert-Konsens-aller-Parteien.html>.

« Die deutschen Wahlrechtsreformen sind illegal », *Stern*, 25-07-2012. Consulté le 28-07-2012. URL : <http://www.stern.de/politik/deutschland/verfassungsrecht-die-deutschen-wahlrechtsreformen-sind-illegal-1864537.html>.

⁹² BVerfGE, 2 BvF 3/11, paragraphes 145, 151.

différents. Cette option serait sans aucun doute la solution la plus équilibrée de toutes (*die ausgewogenste Lösung von allen*)⁹³.

Toutefois, il est douteux que ce système des votes dits parallèles puisse être accepté outre-Rhin. Guère réaliste, cette solution n'en serait donc pas véritablement une. Le système mixte sans compensation rapprocherait du scrutin direct (*Direktwahl*), lequel pourrait par exemple ne concerner qu'un tiers des sièges au maximum, chiffre au-delà duquel les circonscriptions seraient beaucoup trop étendues. En supprimant la mise en compte des différents types de mandats, il n'y aurait plus de mandats de surreprésentation ni de « poids négatif des voix », ainsi que l'exige la Cour constitutionnelle fédérale. Mais, dans l'immédiat, cette option paraît politiquement inconcevable⁹⁴.

2. Le double vote sans possibilité de panachage

Bien sûr, il serait également possible de revenir au droit électorale de 1949 et d'empêcher le panachage. Le double vote serait donc maintenu, mais l'électeur devrait alors voter avec les première et seconde voix pour le même parti politique. Parce que les première et seconde voix seraient inséparablement liées, il ne pourrait plus y avoir de mandats de surreprésentation. Si ceux-ci venaient à disparaître, l'effet du « poids négatif des voix » connaîtrait un sort parfaitement analogue. Si le *Stimmensplitting* était exclu, alors le scrutin de liste personnalisé se maintiendrait tant bien que mal, hormis toutefois pour les petites formations politiques qui comme les Verts remportent de façon éparse quelques mandats directs ou qui comme la FDP n'en obtiennent généralement aucun. Si le législateur optait pour le retour au droit électorale de l'immédiat après-guerre, alors il n'y aurait qu'à bannir le panachage. Malgré ses évidentes imperfections, cette option serait probablement la plus simple des solutions (*die einfachste von allen Lösungen*)⁹⁵.

⁹³ M. C. Hettlage, « Das Abgeordneten-Wahlrecht des Bundes ist nicht länger zu halten », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2011, p. 3.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 3.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 3.

3. Le système de la voix unique – « un homme une voix »

Fondamentalement, les partis politiques sont libres de renoncer au complexe système de votes multiples pour choisir l'un de deux systèmes classiques : soit le scrutin direct soit le scrutin de listes (*Listenwahl*). Le panachage ne serait donc plus possible, parce que chaque électeur n'aurait désormais plus qu'une seule voix. Parmi les systèmes capables d'assurer l'émergence de majorités parlementaires, et qui ce faisant pourraient même se passer de la clause des 5%, il y a naturellement le système du scrutin majoritaire uninominal, tel qu'il est pratiqué outre-Manche. Toutefois, cette solution ne pourrait pas être adoptée de façon consensuelle, puisque le rejet du système bipartisan par les petits partis politiques serait inversement proportionnel à l'accord des deux grandes formations politiques, qui sont des partis de masse trop robustes pour disparaître avec la mise en place d'un système d'élections directes⁹⁶.

S'agissant du multipartisme, les petits partis y sont naturellement extrêmement favorables, alors que les grands partis sont un peu plus réticents. Une concession peut être faite au multipartisme : il est possible d'aménager le scrutin de listes en un système de votes multiples, comme c'est le cas pour les élections municipales de Munich. Chaque électeur y dispose en effet de quatre-vingt voix et peut à la fois et panacher et cumuler les élections proportionnelles et le scrutin de listes. Selon Manfred C. Hettlage, peut ici demeurer ouverte la question de savoir si le droit de vote double ou multiple, soit la représentation proportionnelle, constitue la pierre angulaire du multipartisme ou bien s'il aboutit *in fine* à l'introduction de la « bigamie » dans les affaires électorales. Néanmoins, l'inconvénient d'un tel système consisterait en ce que les alliances entre les partis politiques seraient très imprévisibles. Si le SPD devait approuver ce système, alors il y aurait une majorité pour mettre en place les élections directes ainsi que le « mal nommé » bipartisme. *A contrario*, les petits partis politiques n'auraient pas la majorité pour imposer la représentation proportionnelle. Si les deux grands partis politiques s'alliaient sur cette question, pour certains observateurs, cela signifierait probablement la fin des petites formations politiques et la réédition de la « grande coalition »⁹⁷.

Ainsi que le laissent entendre certains observateurs, en matière de réforme du système électoral, malgré les multiples objurgations de la Cour constitutionnelle fédérale, le champ des possibles est donc assez large, même si ce riche éventail va de pair avec une infinie difficulté à trancher en faveur d'une solution totalement

⁹⁶ *Ibid.*, p. 3.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 3.

satisfaisante pour le contexte constitutionnel et politique de la République fédérale d'Allemagne⁹⁸.

B) Les lignes forces de l'accord intervenu en octobre 2012

A la fin du mois d'octobre dernier, conformément aux diverses recommandations de la Cour constitutionnelle fédérale, les groupes parlementaires de la majorité (CDU/CSU et FDP) s'accordèrent avec certains groupes de l'opposition (SPD et Verts) pour modifier la législation électorale allemande. Cette fois-ci, même si Die Linke n'accepta point l'accord, la méthode retenue fut nettement plus consensuelle, ainsi que l'exigeaient les juges constitutionnels fédéraux et certains acteurs politiques de tout premier plan. Toutefois, une pluie de critiques ne tarda pas à s'abattre sur le projet de réforme nouvellement entériné par les principales forces parlementaires allemandes. En effet, celui-ci ne bouleverse pas sensiblement l'économie générale du système électoral allemand. Les ardeurs réformatrices des groupes parlementaires allemands ne furent pas aussi vives qu'auraient pu le souhaiter certains groupes de la société civile, si bien que de nombreuses réserves furent rapidement émises par nombre d'observateurs de la vie politique allemande.

Alors qu'en soi le Bundestag n'a pas besoin des mandats de surreprésentation ni des mandats de compensation, l'accord intervenu le mois dernier n'en prend pas véritablement acte, ainsi que le déplore par exemple le professeur Frank Decker : le nouveau droit électoral n'empêcherait ni la survenue de l'effet du « poids négatif des voix » ni une nouvelle hausse du nombre des députés du Bundestag. En raison de la réforme à venir, l'enceinte du Bundestag pourrait accueillir quelques 650 parlementaires après les prochaines élections de septembre 2013, c'est-à-dire trente députés de plus que sous la dix-septième législature⁹⁹, voire même 671 députés selon d'autres estimations¹⁰⁰. Cette démultiplication significative du nombre de membres du Bundestag découle

⁹⁸ *Ibid.*, p. 4.

⁹⁹ F. Decker, « Wahlrechtsreform - Die beste Wahl », *Süddeutsche Zeitung*, 22-10-2012. Consulté le 26-11-2012. URL : <http://www.sueddeutsche.de/politik/wahlrechtsreform-die-beste-wahl-1.1502546>.

¹⁰⁰ R. Roßmann, « Der Bundestag wird größer », *Süddeutsche Zeitung*, 24-10-2012. Consulté le 26-11-2012. URL : <http://www.sueddeutsche.de/politik/wahlrechtsreform-der-bundestag-wird-groesser-1.1505375>. V. aussi N. Fried, « Ende der Willkür », *Süddeutsche Zeitung*, 17-10-2012. Consulté le 26-11-2012. URL : <http://www.sueddeutsche.de/politik/wahlrecht-ende-der-willkuer-1.1499025>.

directement des mécanismes de compensation des mandats de surreprésentation avec les mandats supplémentaires.

Fixée par la Cour de Karlsruhe, la limite de quinze *Überhangmandate* par groupe parlementaire serait certes discutable, mais cette neutralisation (partielle) des mandats de surreprésentation constitue tout de même un notable progrès par rapport à la situation actuelle : tandis que sous la dix-septième législature seule la CDU/CSU en profitait, désormais l'Union et le SPD pourraient bénéficier chacun d'une quinzaine de mandats de surreprésentation. Dans cette configuration, l'atteinte au principe d'égalité serait atténuée par rapport à la situation qui prévalut durant les législatures précédentes. En outre, ainsi que l'a affirmé Michael Grosse-Brömer, le président du groupe parlementaire de la CDU/CSU, la compensation des mandats de surreprésentation avec les mandats supplémentaires doit contribuer à atténuer les distorsions dont sont régulièrement victimes les petites formations politiques et leurs électeurs¹⁰¹. Faisant écho au député démocrate-chrétien, le président du groupe parlementaire SPD, Thomas Oppermann, a quant à lui déclaré 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*)¹⁰².

Une autre possibilité consisterait à prendre en compte les mandats de listes obtenus par les partis dans les autres Bundesländer, éventualité qui fut repoussée car elle comporte trop de risques de conflits entre les différentes branches régionales des partis politiques. Si la solution envisagée par les principales forces parlementaires allemandes leur est indéniablement confortable, elle comporte néanmoins certaines limites, notamment en ce qui concerne la proportionnelle fédérale et l'augmentation difficilement justifiable du nombre des sièges de députés. De surcroît, d'aucuns laissent entendre que les mandats de compensation prévus par le projet de réforme ne parviendraient pas à surmonter totalement le problème de l'effet du « poids négatif des voix »¹⁰³.

Une réforme conséquente du droit électoral devrait, au surplus, traiter le mal à la racine et, ce faisant, mettre un terme à l'existence des mandats de surreprésentation. Pour ce faire, l'un des moyens les plus sûrs consisterait à diminuer le nombre de mandats directs. Actuellement, le Bundestag comprend autant de députés possédant un mandat de circonscription que de parlementaires

¹⁰¹ Fraktionen einigen sich auf neues Wahlrecht, *Der Spiegel*, 24-10-2012. Consulté le 26-11-2012. URL : <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/bundestagsfraktionen-einigen-sich-auf-neues-wahlrecht-a-863199.html>.

¹⁰² A. Funk, « Der Bundestag will wachsen », *Die Zeit*, 17-10-2012. Consulté le 26-11-2012. URL : <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2012-10/Wahlrecht-Neuregelung-Bundestag>.

¹⁰³ F. Decker, art. préc.

élus *via* le scrutin de liste. D'aucuns suggèrent donc de parvenir à une proportion de quarante mandats directs pour soixante mandats de liste. L'idée est certes séduisante, mais cela nécessiterait un ajustement des circonscriptions d'ici les élections législatives de 2013, perspective extrêmement improbable en raison du caractère hautement polémique du sujet et de l'étroitesse des délais¹⁰⁴.

Le *Stimmensplitting*, qui est l'une des causes de la croissance des mandats de surreprésentation, devrait également être remis en cause par une réforme digne de ce nom. Ce qui n'est absolument pas le cas avec l'accord intervenu en octobre dernier. Si le système de votes à deux voix est plébiscité par la classe politique, car il est censé augmenter les possibilités de choix des électeurs, les sondages indiquent qu'il ne fait plus tout à fait l'unanimité parmi les citoyens allemands, loin s'en faut. A cet égard, le professeur Frank Decker n'hésite pas à évoquer un véritable « scandale démocratique » (*ein demokratisches Ärgernis*). Cependant, sa disparition apparaît comme sérieusement hypothéquée du fait du profond attachement des petits partis politiques à cette formule, dont ils sont les premiers bénéficiaires¹⁰⁵.

Pourtant, autre point laissé en suspens par l'accord sur la réforme du système électoral, la principale difficulté à laquelle se heurtent les petites formations politiques allemandes est la barre des 5% de voix au niveau fédéral, seuil qu'il leur faut nécessairement atteindre afin de bénéficier d'une représentation au Bundestag. Cette clause des 5% se trouve être doublement discutable : d'une part, cette disposition peine à remplir pleinement son objectif, c'est-à-dire enrayer l'émiettement du système de partis 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. Pour y remédier, il serait possible de limiter la validité des secondes voix aux seuls cas dans lesquels le destinataire du suffrage n'est pas parvenu à franchir la fatidique barre des 5% des suffrages¹⁰⁶.

Comme le souligne notamment le professeur Frank Decker, une démocratisation de la législation électorale serait envisageable en contraignant les partis politiques à prendre en compte l'avis des citoyens allemands pour la désignation des candidats aux mandats parlementaires directs ainsi qu'aux mandats de liste¹⁰⁷. A l'évidence, l'accord récemment conclu par l'Union, le SPD, le FDP et les Verts ne résout pas tous les problèmes auxquels fait face le système électoral de la République fédérale d'Allemagne. Il revient toutefois au Ministère

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*

de l'Intérieur de le concrétiser par le biais d'un projet de loi, lequel devra probablement être amélioré après les élections législatives de septembre 2013¹⁰⁸.

C) La question de la légitimité de l'« activisme » des juges de la Cour constitutionnelle fédérale

L'interventionnisme des juges de la Cour constitutionnelle fédérale dans les affaires politiques et plus spécifiquement en matière de législation électorale ne laisse pas de surprendre. D'aucuns se sont d'ailleurs clairement interrogés sur la légitimité des juges constitutionnels, certains ayant même discuté leur attitude concernant par exemple le délai de trois ans initialement accordé au législateur pour remettre en ordre les règles du système électoral. Si de prime abord l'intention des juges de Karlsruhe semblait tout à fait louable, car elle évitait au législateur de céder à l'emportement, à y regarder de plus près, leur argumentation paraît quelque peu douteuse. En effet, les juges suprêmes renoncèrent par-là à ce que les élections législatives de 2009 s'effectuent sur une base constitutionnelle tout à fait incontestable : si la législation électorale était certes (encore) valable, parce qu'elle bénéficiait d'une sorte de sursis pour des raisons purement pratiques, elle était en revanche partiellement inconstitutionnelle. Cela peut poser question en ce qui concerne la légitimité des députés élus sur ce – fragile – fondement : que penser des décisions prises par les parlementaires et notamment des mandats que ceux-ci sont amenés à donner dans le cadre de leurs activités parlementaires ? Quid par exemple de la légitimité du gouvernement fédéral, si la « chaîne de la légitimité » (*Legitimationskette*)¹⁰⁹ se rompt à la base ? Mais il y a pire encore : ainsi que l'écrivit le juge Gerald Roth, cette délicate situation aurait tout à fait pu se renouveler avant la fin de la législature en cas de dissolution du Bundestag, ainsi que le prévoit l'article 68 de la Loi fondamentale. La question est donc loin d'être totalement anecdotique ou secondaire, puisqu'elle a par ailleurs trait à la légitimité de la Cour constitutionnelle fédérale elle-même : en définitive, est-elle véritablement habilitée à permettre la tenue d'élections législatives sur un fondement qu'elle reconnaît elle-même comme partiellement inconstitutionnel¹¹⁰ ?

¹⁰⁸ « Fraktionen einigen sich auf neues Wahlrecht », *Die Zeit*, 24-20-2012. Consulté le 26-11-2012. URL : <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2012-10/wahlrecht-einigung>.

¹⁰⁹ BVerfGE 93, 37 du 24 mai 1995, paragraphes 135, 136.

¹¹⁰ G. Roth, « Negatives Stimmgewicht und Legitimationsdefizite des Parlaments », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2008, pp. 1200-1201.

La doctrine allemande s'est parfois montrée sceptique à l'encontre de l'attitude des juges de la Cour constitutionnelle fédérale s'agissant du mode de scrutin. D'aucuns leur reprochent ni plus ni moins d'avoir ouvert une véritable « boîte de Pandore »¹¹¹ : alors qu'il s'agit d'une question essentiellement politique, les juges constitutionnels auraient purement et simplement remis certains pans de la législation électorale entre « les mains des mathématiciens ». Pourtant, ce paradoxe du « poids négatif des voix » ne se résorberait pas aussi simplement qu'il paraît. Pour preuve, aucun des projets de loi discutés jusqu'à présent ne contenait de solution entièrement satisfaisante. La République fédérale d'Allemagne semble encore éloignée de l'objectif de la Cour constitutionnelle fédérale de parvenir à « un fondement clair d'un point de vue normatif et compréhensible » (*normenklare und verständliche Grundlage*)¹¹² pour la répartition des mandats. La question se poserait de savoir si en définitive l'effet du « poids négatif des voix » méritait tant d'égards, car finalement cela ne concernerait presque que les élections intermédiaires et partielles. D'aucuns souhaiteraient donc que les juges constitutionnels se détournent des aspects purement mathématiques de la législation électorale, qu'ils jugent tout à fait secondaires, afin d'examiner l'épineuse question des mandats de surreprésentation, puisque ceux-ci portent gravement atteinte au principe d'égalité. Si à cause de ce mécanisme controversé les rapports majorité-minorité s'inversaient subitement, si une minorité électorale pouvait par ce biais se transformer en une majorité législative, alors à n'en pas douter une grave crise de légitimation menacerait la démocratie allemande¹¹³.

L'« activisme » des juges de la Cour constitutionnelle fédérale n'est pas nouveau, loin s'en faut. Depuis la fondation de la République fédérale d'Allemagne en 1949, par le truchement de leurs décisions, les juges de la Cour de Karlsruhe n'ont eu de cesse de concrétiser et même de développer plus avant la Loi fondamentale. Certes l'Allemagne « pratique le constitutionnalisme et a donc une constitution écrite », mais aux normes écrites il convient notamment d'ajouter « les règles jurisprudentielles dégagées par le juge à partir du texte de la constitution et parfois trop éloignées du texte pour pouvoir être considérées comme le simple produit de l'interprétation judiciaire, mais plutôt comme le produit d'un véritable processus de développement du droit par le juge (*Rechtsfortbildung*) ; elles peuvent être qualifiées de normes implicitement contenues dans la constitution écrite »¹¹⁴.

¹¹¹ H. Hoste, art. préc., p. 10.

¹¹² BVerfGE, 2 BvC 1/07, paragraphe 144.

¹¹³ H. Holste, art. préc., pp. 10-11.

¹¹⁴ M. Fromont, « Les normes constitutionnelles non écrites dans la République fédérale d'Allemagne », in P. Avril et M. Verpeaux (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Editions Panthéon Assas, 2000, p. 131.

Comme « la Loi fondamentale est conçue comme un texte capable de servir de fondement à des actions en justice », le juge constitutionnel allemand estime être habilité à procéder à un « développement du droit en prolongement des règles écrites », *i.e.* à une « concrétisation de la règle écrite ». Dans la décision dite Soraya du 14 février 1973 (BVerfGE 34, 269), les juges de la Cour constitutionnelle fédérale explicitèrent la façon dont ils envisagent leur rôle. La Cour de Karlsruhe estima en effet que, « selon la Loi fondamentale, le juge n'est pas réduit à appliquer au cas qui lui est soumis les directives du législateur dans la limite du sens des mots qu'il a employés. Une telle conception supposerait que l'ordre juridique de l'Etat ne comporte aucune lacune, ce qui est certes défendable comme postulat du principe de sécurité juridique, mais qui est pratiquement inaccessible. L'activité du juge ne consiste pas seulement à connaître et à exprimer les décisions du législateur. En particulier, la tâche de la jurisprudence peut exiger que les valeurs qui sont immanentes à l'ordre constitutionnel, mais qui n'ont pas été, du moins pas entièrement, exprimées dans les textes, soient mises en lumière par un acte qui les reconnaisse et ne soit pas dépourvu de tout exercice de volonté et qu'elles soient mises en œuvre dans les décisions de justice. Ce faisant, le juge doit s'abstenir de tout arbitraire ; sa décision doit être fondée sur des arguments rationnels. La décision du juge comble ainsi une lacune conformément aux principes de la raison pratique et « aux conceptions bien établies de la collectivité en matière de justice et d'équité »¹¹⁵.

Cette *Rechtsfortbildung*, dont la Cour de Karlsruhe est un acteur tout à fait essentiel, paraît témoigner d'une évolution dans la façon de comprendre les normes suprêmes que sont les constitutions : en effet, « la question de la fabrication de la constitution cesse [de plus en plus] de s'identifier à la seule question de l'écriture de son texte »¹¹⁶. Tout texte constitutionnel s'apparenterait désormais à un « projet »¹¹⁷. « La parole constituante s'articulerait non pas immédiatement, dans le seul temps d'un prétendu souverain incarné, mais médiatement, dans la succession des deux temps de l'écriture et de la lecture du texte de cette parole ». Dans cette perspective, « la constitution, en tant que norme, n'émergerait que dans le second temps de la lecture du texte, effectuée par les divers corps constitués qui ont à l'appliquer : les organes législatifs, exécutifs et juridictionnels qui l'interprètent. C'est à cette occasion seulement que la

¹¹⁵ *Ibid.*, pp. 135-136.

¹¹⁶ O. Cayla, « L'obscurité théorique du pouvoir constituant originaire ou l'illusion d'une identité souveraine inaltérable », in D. de Béchillon, P. Brunet et V. Champeil-Desplats (dir.), *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 259.

¹¹⁷ U. Scheuner, cité in P. Häberle, *L'Etat constitutionnel*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 2004, p. 49.

signification juridique de la parole constituant électorait »¹¹⁸. Ainsi, tout texte constitutionnel ne cesserait « de connaître, par l'effet de la pratique interprétative dont le texte fait l'objet de la part des corps constitués, le processus permanent et toujours inachevé de sa constitutionnalisation »¹¹⁹.

Par conséquent, tout texte constitutionnel ne serait pas statique et figé une fois pour toutes, mais extrêmement dynamique et évolutif. A cet égard, certains auteurs allemands dont Ulrich Scheuner tiennent le droit et plus spécialement le droit constitutionnel pour « une matière s'animant lorsqu'elle est maniée », laquelle nécessiterait « une formulation ainsi qu'une explicitation sans cesse actualisées » (*das Recht als eine in der Handhabung verlebendigte Materie, nicht als starre historische Fixierung (...). Es bedarf immer wieder der neuen zeitnahen Formulierung und Verdeutlichung*)¹²⁰. Le droit constitutionnel se singulariserait par sa « dynamique » et ses « lacunes délibérées », lesquelles excluraient toute « fermeture logique » définitive (*Die Eigenart des Verfassungsrechts drückt sich darin aus, dass seine Dynamik und bewusste Lückenhaftigkeit nicht übersehen wird, die eine Annahme logischer Geschlossenheit ausschließt*). C'est-à-dire que les institutions ainsi que les dispositions constitutionnelles ne doivent pas être isolées, mais comprises comme faisant système. Les lacunes, les contradictions et les conflits de normes du droit constitutionnel doivent être interprétés de façon à ce que le système de gouvernement - dont le texte constitutionnel n'est finalement que le cadre - fonctionne harmonieusement (*harmonisierende Auslegung*). Pour ce faire, dans le cas de la République fédérale d'Allemagne, « les principes de l'interprétation sont à puiser dans les objectifs et les valeurs véhiculés par la Loi fondamentale (comme l'Etat de droit, l'égalité et l'Etat fédéral en tant qu'ordre de coopération), derrière lesquels poignent fondamentalement la conception de l'homme et la vision de l'Etat allemandes » (*Die Prinzipien der Auslegung werden den Zielsetzungen und Werten der Verfassung zu entnehmen sein (Rechtsstaat, Gleichheit, Bundestaat als Ordnung des Zusammenwirkens), hinter denen grundlegend Menschenbild und Staatsanschauung aufscheinen*)¹²¹. Aussi salutaire peut-elle parfois être, cette *Rechtsfortbildung* n'est pas sans susciter interrogations et controverses, notamment si elle est considérée à partir d'un point de vue normativiste. A la fin des années 1970, A. Grosser estimait par exemple que « le danger d'un gouvernement des juges tendant à imposer ses volontés à l'exécutif et au législatif était plus réel en Allemagne qu'aux Etats-Unis »¹²².

¹¹⁸ O. Cayla, art. préc., p. 261.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 262.

¹²⁰ U. Scheuner, « Verfassung » (1963), in U. Scheuner, *Staatstheorie und Staatsrecht. Gesammelte Schriften*, Duncker & Humblot, 1978, pp. 182-183.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² Cité in P. Lauvaux, *op. cit.*, p. 766.

Outre-Rhin, la question du « contrôle des contrôleurs » (*Kontrolle der Kontrolleure*)¹²³ se poserait avec une particulière acuité.

L'idée d'un « pluralisme « des » constituants, d'un compromis ou d'une entente de tous avec tous » est parfois soutenue¹²⁴. En tant qu'entité pluraliste, le peuple serait partie prenante de ce processus de concrétisation et de développement du droit constitutionnel : « dans les processus de l'interprétation constitutionnelle, interviennent potentiellement tous les organes de l'Etat, tous les pouvoirs publics, tous les citoyens et les groupes. Il n'y a pas de *numerus clausus* des interprètes de la constitution. L'interprétation constitutionnelle a été jusqu'à présent, plus dans sa perception que dans sa réalité, l'affaire de la société fermée des interprètes constitutionnels appartenant à la corporation des juristes et de ceux qui participent formellement au processus constitutionnel. Elle est en fait beaucoup plus l'affaire d'une société ouverte, c'est-à-dire de tous ceux qui y participent matériellement et sont dès lors des acteurs publics parce que l'interprétation constitutionnelle concourt continuellement à la constitution de cette société ouverte et est constituée par elle. Ses critères sont aussi ouverts que la société est pluraliste »¹²⁵. Peut-être les décisions successives de la Cour constitutionnelle fédérale à propos de la législation électorale constituent-elles l'expression de ce « pluralisme des constituants » mis en évidence par le professeur Peter Häberle : avant que les juges constitutionnels se penchent sur la législation électorale, la société civile, puis les partis politiques de l'opposition s'étaient en effet emparés de ce sujet on ne peut plus politique, même s'il convient de noter qu'il existe une différence notable entre débattre et décider par un vote législatif ou une décision de justice.

Régulièrement, la Cour de Karlsruhe déborde la question de la concrétisation du « droit de la constitution » en continuant à développer l'idée qu'elle se fait de l'« ordre constitutionnel libéral-démocratique et parlementaire ». Dès 1952, en se fondant notamment sur l'article 21 de la Loi fondamentale, les juges de la Cour constitutionnelle fédérale commencèrent à définir la notion d'« ordre constitutionnel libéral-démocratique et parlementaire » comme « un ordre qui, tout en excluant tout pouvoir arbitraire, représente le règne de l'Etat de droit sur le fondement de l'auto-détermination du peuple selon la volonté de la majorité du moment ». Cet ordre reposerait aussi sur « la liberté et l'égalité ». Parmi les principes fondamentaux de cet ordre, les juges de Karlsruhe incluent également le respect des droits de l'homme concrétisés dans la Loi fondamentale, comme par exemple le droit de la personnalité à la vie et au libre épanouissement, la

¹²³ K. Stüwe, *Die Opposition im Bundestag und das Bundesverfassungsgericht. Das Verfassungsgerichtliche Verfahren als Kontrollinstrument der parlamentarischen Minderheit*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1997, p. 342.

¹²⁴ P. Häberle, *op. cit.*, p. 114.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 126.

souveraineté du peuple, la responsabilité du gouvernement, la légalité s'imposant à l'administration, l'indépendance des tribunaux, le multipartisme ainsi que le principe d'égalité des chances pour tous les partis politiques avec le droit à la formation et à l'exercice de l'opposition conformément aux règles de la Loi fondamentale¹²⁶.

Ce faisant, en tant qu'institution « hybride » à mi-chemin « entre la juridiction et l'organe constitutionnel » (*Zwitter zwischen Gericht und Verfassungsorgan*) ainsi qu'« entre l'instance de protection des droits de l'homme et la cour suprême » (*Zwitter zwischen Menschenrechtsinstanz und Staatsgerichtshof*)¹²⁷, la Cour constitutionnelle fédérale affirma son rôle de régulateur du système de gouvernement. Avec la décision du 25 juillet 2012, les juges de Karlsruhe ne se limitèrent pas à appliquer une norme, ou à transformer en norme un énoncé textuel à vocation normative. La Cour contraignit le gouvernement fédéral à ajuster la législation électorale du pays, et ce selon un cadre que, une fois de plus, elle traça elle-même¹²⁸ en se référant explicitement à la notion d'« ordre fondamental libéral-démocratique et parlementaire » ainsi qu'à l'évolution du système de partis. Pour reprendre une formule de Benjamin Constant prenant le contre-pied de Pierre Daunou, pour qui devait exclusivement prévaloir « la Constitution, toute la Constitution, rien que la Constitution », la Cour constitutionnelle fédérale développa en l'espèce « ce qui est nécessaire pour faire marcher la Constitution »¹²⁹. En régulant le système le gouvernement allemand,

¹²⁶ BVerfGE 2,1 (1-2) du 23 octobre 1952 : « (...) eine Ordnung, die unter Ausschluss jeglicher Gewalt und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind mindestens zu rechnen: die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition ».

¹²⁷ M. Piazzolo, « Ein politisch Lied ! Pfu! Ein garstig Lied ? », in R. C. van Ooyen et M. H.W. Möllers (dir.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Verlag für Sozialwissenschaften, 2006, pp. 293-303.

¹²⁸ O. Lepsius, « Die Maßstabsetzende Gewalt », in M. Jestaedt et alii (dir.), *Das Entgrenzte Gericht*, Francfort, Suhrkamp, 2011, pp. 159-266.

¹²⁹ Cité par P. Avril, *Les Conventions de la Constitution : normes non écrites du droit politique*, PUF, 1997, p. 1.

B. Constant : « Quand on dit : la Constitution ! l'on a raison, toute la Constitution ! l'on a raison encore, mais lorsqu'on ajoute rien que la Constitution ! l'on ajoute une ineptie. La Constitution, toute la Constitution, et tout ce qui est nécessaire pour faire marcher la Constitution, cela seul est sensé ».

qui « n'est pas la simple résultante d'une application mécanique du droit de la constitution »¹³⁰, la Cour constitutionnelle fédérale tend à démontrer que le processus constituant s'apparente à une sorte de « processus public »¹³¹, de « continuum »¹³².

Alexis Fourmont

Doctorant contractuel en charge d'une mission d'enseignement en droit constitutionnel à l'Université Panthéon-Assas Paris II, Alexis Fourmont prépare une thèse de doctorat sur l'opposition parlementaire en droit constitutionnel allemand et français.

¹³⁰ A. Le Divillec, « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus Politicum*, 2010, n°5, p. 7.

¹³¹ P. Häberle, *op. cit.*, p. 87. V. aussi P. Häberle, « Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozess – ein Pluralismuskonzept » (1978), in P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Duncker & Humblot, 1978, pp. 121-152.

¹³² O. Cayla, art. préc., p. 263.