



UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -

BANQUE DES MEMOIRES

**Master de Droit public comparé
Dirigé par Mme le professeur Elisabeth Zoller
2015**

L'égalité du suffrage en droit allemand

Camille Moisan

Sous la direction de M. le professeur Olivier Jouanjan

L'égalité du suffrage en droit allemand

Master 2 recherche Droit public comparé
Dirigé par Mme le professeur Elisabeth Zoller

Université Paris II Panthéon – Assas



Camille Moisan

Année universitaire 2014 – 2015

Mémoire rédigé sous la direction de M. le professeur Olivier Jouanjan

Remerciements

Au professeur Olivier Jouanjan pour avoir accepté de diriger ce mémoire, pour sa disponibilité pendant l'année et ses précieux conseils.

Aux personnes m'ayant permis d'effectuer une partie de mes recherches à l'Université Johannes Gutenberg de Mayence.

Liste des abréviations

al.	alinéa
art.	article
BGBI	Bundesgesetzblatt (Journal officiel)
BRJ	Bonner Rechtsjournal
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne)
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidung (décision de la Cour constitutionnelle allemande)
BWahlG	Loi électorale fédérale
BWV	Berliner Wissenschafts-Verlag
CC	Conseil constitutionnel
CDU	Christlich-Demokratische Union
CE	Conseil d'Etat
CSU	Christlich-Soziale Union
décis.	Décision
EuWG	Europawahlgesetz (loi fédérale relative aux élections européennes)
FDP	Freie Demokratische Partei
GG	Grundgesetz (Loi fondamentale)
Ibid.	Ibidem
JCP G	La semaine juridique – Edition générale
JORF	Journal officiel de la République française
LF	Loi fondamentale
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
NJW	Neue juristische Wochenschrift (périodique)
op. cit.	Opus citatum
p.	Page
PartG	Parteiengesetz (loi fédérale relative aux partis politiques)
PDS	Partei des Demokratischen Sozialismus
PUF	Presses Universitaires de France
RFA	République fédérale d'Allemagne
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Sect.	Section
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
UE	Union européenne
V.	Voir

Sommaire

Introduction

Première partie : L'égalité du suffrage, principe spécial d'égalité ?

Chapitre 1 : L'égalité du suffrage, égalité politique

Chapitre 2 : L'égalité du suffrage, un droit partiellement interprété à la lumière du principe général d'égalité

Deuxième partie : L'égalité, principe déterminant du droit de suffrage

Chapitre 1 : L'égalité du suffrage, garantie du caractère démocratique de l'assemblée des députés

Chapitre 2 : Le champ restreint des exceptions à l'égalité du suffrage

Conclusion

Introduction

L'étude du droit de suffrage allemand présente un grand intérêt pour diverses raisons. D'abord, il est au fondement de la démocratie allemande puisque, les formes de démocratie directe n'existant pas au niveau fédéral, l'élection du Parlement, le *Bundestag*, constitue le principe même de la formation de la volonté politique (*Willensbildung*) du peuple¹. Pour la démocratie représentative, telle qu'elle existe aujourd'hui en Allemagne, le contrôle particulièrement scrupuleux des principes applicables au droit de suffrage est indispensable. Les problématiques liées au suffrage sont toujours d'une grande actualité. La question de la représentativité effective du Parlement au regard de l'expression des suffrages fait l'objet d'une jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle fédérale. Par ailleurs, le droit de suffrage sert de fondement aux recours dirigés contre le processus d'intégration de l'Union européenne (UE). Une étude approfondie de ce concept en droit allemand est d'autant plus nécessaire qu'il fait écho à des enjeux auxquels le droit français aussi doit faire face.

Parmi les principes gouvernant le droit de suffrage, celui de l'égalité est décisif : il est l'objet principal de la jurisprudence constitutionnelle. C'est pourquoi cette étude sera consacrée à l'égalité du suffrage dans la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe. Cette jurisprudence est en effet la plateforme à partir de laquelle on perçoit en leur cœur l'ensemble des problèmes juridiques posés par la mise en œuvre du principe démocratique en droit constitutionnel allemand.

Par « droit de suffrage » (*Wahlrecht*), les Allemands entendent deux notions distinctes : le droit de suffrage « actif », qui est le droit de participer aux votations² et élections démocratiques et le droit de suffrage « passif », qui est le droit de candidature aux élections populaires. L'étude se concentrera sur l'égalité du droit de suffrage actif et ne traite du droit de suffrage « passif » qu'en tant que, nécessairement, il touche aux conditions d'exercice du premier.

On précisera donc d'abord, à titre introductif, comment le législateur ordinaire allemand organise l'exercice du droit de suffrage par le moyen original d'un mode de scrutin

¹ BUTZER (H.) « Art. 38 GG », in EPPING (V.) / HILLGRUBER (C.), *Grundgesetz Kommentar*, Munich, C. H. Beck, 72^{ème} éd., 2013, p. 923, Rn. 43.

² Le système des votations populaires n'existe aujourd'hui plus que dans les *Länder*. La Loi fondamentale de 1949 ne prévoit presque pas de mécanisme de démocratie directe au niveau fédéral pour éviter les dérives plébiscitaires qui ont constitué l'un des facteurs de l'échec de la République de Weimar. Le seul cas dans lequel la Loi fondamentale prévoit une telle procédure est la fusion de *Länder* prévue par l'art. 29 LF relatif à la restructuration du territoire de la fédération.

dit de la « proportionnelle personnalisée » (§ 1). On caractérisera ensuite juridiquement le droit de suffrage, sa nature et sa place dans l'ordre constitutionnel allemand (§ 2). Ces explications préliminaires permettront de justifier les problématiques et le plan du présent mémoire (§ 3).

§1 : L'expression du droit de suffrage : le mode de scrutin dit de la « proportionnelle personnalisée »

Le système électoral fédéral allemand a été construit comme un système de vote proportionnel personnalisé. La Loi fondamentale n'impose pas elle-même le mode de scrutin qui doit être établi. C'est la loi électorale fédérale³ (Bundeswahlgesetz – BWahlG) qui prévoit ce mode de scrutin si particulier. Rien n'empêche un *Land* d'opter pour un mode de scrutin différent, comme le vote majoritaire par exemple. Mais l'art. 28 al. 1 LF (Loi fondamentale), la clause d'homogénéité de la Loi fondamentale (*Homogenitätsklausel*), interdit de contrevenir aux principes directeurs de l'article 38 al. 1 LF.

Concernant l'élection du *Bundestag*, le territoire est d'abord découpé en circonscriptions au sein des *Länder*. Dans chacune d'entre elles, l'électeur allemand vote à la fois pour un candidat particulier (§5 BWahlG) et pour un parti présentant une liste de membres (§6 BWahlG). Il dispose donc de deux voix. Une première (*Erststimme*) qui lui sert à élire l'un des candidats de sa circonscription et une seconde (*Zweitstimme*) avec laquelle il vote pour l'un des partis. Ce sont les secondes voix qui sont décisives car elles permettent de déterminer le nombre de sièges qui reviennent à chaque parti au *Bundestag*. Ensuite, les sièges obtenus sont occupés par les députés élus au scrutin uninominal majoritaire à un tour par le biais des premières voix. Si le nombre de députés élus au moyen des *Erststimmen* n'est pas suffisant pour occuper tous les sièges attribués à un parti, les sièges restants reviennent à des députés inscrits sur la liste présentée par le parti dans le cadre des *Zweitstimmen*. Il existe donc deux types de mandats, les mandats de circonscription (*Wahlkreismandate*) et les mandats de liste (*Listenmandate*).

Certaines règles particulières viennent s'ajouter à ce schéma. Si un parti n'a pas obtenu, au plan national, au moins 5% des suffrages par le biais des secondes voix, il ne peut pas être représenté au *Bundestag*. Cette exception connaît elle-même une exception. Si trois

³ Bundeswahlgesetz, applicable dans sa version publiée le 23 juillet 1993 (BGBl. I, p. 1288), modifiée pour la dernière fois par la loi du 3 mai 2013 (BGBl. I, p. 1084).

députés au moins de ce parti ont été élus au moyen des premières voix (*Grundmandatsklausel*), et ont donc obtenu un mandat de circonscription, ils sont alors autorisés par la loi à siéger au *Bundestag*. De plus, si le nombre d'élus obtenus par un parti dans le cadre des circonscriptions au scrutin majoritaire est supérieur au nombre de sièges qui doivent en principe être attribués à ce parti au scrutin de liste, le nombre de sièges finalement attribués à ce parti est augmenté de la différence ainsi constatée et le nombre des députés au *Bundestag* est augmenté d'autant. Ce sont les mandats surnuméraires (*Überhangsmandate*). Ces derniers ont pour conséquence une éventuelle mise en échec du caractère proportionnel du mode de scrutin. Depuis la réforme électorale de 2013, le législateur a introduit les mandats de compensation (*Ausgleichsmandate*) afin de neutraliser l'effet des mandats surnuméraires. Un grand nombre de mandats surnuméraires obtenu par un parti augmente sensiblement le nombre de sièges qu'il reçoit au *Bundestag* et est susceptible de modifier les rapports de force au sein de l'assemblée ainsi que les possibilités de coalitions. Les mandats de compensation sont attribués aux partis n'ayant pas obtenu de mandats surnuméraires afin de conserver le caractère proportionnel issu des secondes voix dans la répartition des sièges entre les partis. Les sièges alloués aux autres partis sont augmentés autant que nécessaire pour retrouver la distribution proportionnelle telle que découlant des mandats de liste.

Ces différents mécanismes sont susceptibles de provoquer des ingérences dans le droit fondamental du suffrage et notamment une rupture de l'égalité, celle des citoyens dans l'exercice de leur droit de suffrage actif comme celle des partis et candidats protégés par le droit de suffrage passif. Or, les principes directeurs du droit de suffrage sont établis directement par la Loi fondamentale et ont donc valeur constitutionnelle.

§2 : Le droit de suffrage

Le droit de suffrage est caractérisé de droit « quasi fondamental » (*grundrechtsgleiches Recht*) en Allemagne. Cette qualification découle de l'article 93 al. 1 Nr. 4a LF selon lequel une atteinte au droit de suffrage peut fonder un recours constitutionnel direct (*Verfassungsbeschwerde*). En effet, le droit de suffrage est protégé par l'article 38 LF expressément visé à l'article 93 al. 1 Nr. 4a LF. Ce type de procédure est destiné à permettre la protection effective des droits fondamentaux. Ceux-ci sont énumérés dans le titre premier de la Loi fondamentale allemande. L'article 38 LF s'inscrit dans la partie relative au

Bundestag mais l'article 93 al. 1 Nr. 4a LF lui octroie un régime de protection similaire à celui applicable aux droits fondamentaux classiques.

Les droits fondamentaux se divisent en deux catégories, les droits de l'homme (*Menschenrechte*) et les droits du citoyen allemand (*Bürgerrechte*). Ces droits remplissent selon l'analyse de Georg Jellinek⁴, trois fonctions majeures. La première et principale qualité des droits fondamentaux est leur fonction défensive (*Abwehrrechte*) contre l'action du pouvoir étatique. Cette fonction est garantie par la *Verfassungsbeschwerde* devant la Cour constitutionnelle allemande. Certains droits fondamentaux remplissent deux autres offices. Ils disposent, pour reprendre la terminologie employée par Georg Jellinek, d'un « statut positif » octroyant au titulaire du droit la possibilité d'exiger des prestations de la part de l'Etat (*Leistungsrechte*), et d'un « statut actif » permettant au titulaire d'un droit fondamental de l'exercer « dans et pour l'Etat »⁵ (*Mitwirkungsrechte*). A ce titre, les droits fondamentaux constituent des droits publics subjectifs. Le droit de suffrage est à la fois un droit défensif et un droit à la participation.

Cependant, « droit fondamental » ne signifie pas « droit absolu ». Les droits fondamentaux connaissent des limites de différents ordres. Ces limitations sont prévues par la Loi fondamentale. L'article 19 LF encadre les restrictions qui peuvent être apportées aux droits fondamentaux afin que ceux-ci ne perdent pas toute leur effectivité. Les droits fondamentaux ne peuvent être atteints dans leur substance.

Il existe trois types de restrictions possibles aux droits fondamentaux. Certains droits fondamentaux sont accompagnés d'une réserve de loi générale (*einfaches Gesetzesvorbehalt*). Toute loi poursuivant un but légitime (*legitimer Zweck*) et étant proportionnée (*verhältnismäßig*) peut constituer une atteinte justifiée au droit fondamental garanti avec une réserve de loi générale par un article de la Loi fondamentale. D'autres droits fondamentaux sont accompagnés d'une réserve de loi qualifiée (*qualifiziertes Gesetzesvorbehalt*). Une telle réserve signifie que seule une loi poursuivant un but précisément déterminé par la Loi fondamentale peut constituer une atteinte justifiée à un droit fondamental. Les buts que le législateur peut légitimement poursuivre avec une telle loi sont fixés par les articles garantissant les droits fondamentaux avec réserve de loi qualifiée. C'est le cas par exemple de l'article 11 LF garantissant la liberté de circulation des Allemands. Ce droit fondamental ne peut être restreint qu'en vertu d'une loi poursuivant des buts fixés par ce même article, à

⁴ JELLINEK (G.), *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2^{ème} éd., 1905, 366 p.

⁵ AUTEXIER (C.), *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, 1997, §110, consultable sous www.revuegeneraledudroit.eu

savoir, pour écarter un danger menaçant l'existence ou l'ordre constitutionnel libéral et démocratique de la Fédération ou d'un *Land*, pour lutter contre des risques d'épidémie, des catastrophes naturelles ou des sinistres particulièrement graves, pour protéger la jeunesse menacée d'abandon, pour prévenir des agissements délictueux ou si l'absence de moyens d'existence suffisants imposerait des charges particulières à la collectivité. Enfin, un droit fondamental peut aussi être garanti sans réserve de loi. Cela ne signifie pas qu'aucune atteinte à ces droits ne puisse être justifiée. Une ingérence dans un tel droit fondamental doit obligatoirement poursuivre un but protégé par le texte constitutionnel. C'est ce que l'on appelle les objectifs à valeur constitutionnelle (*Staatsziele*).

Le droit de suffrage est garanti par la Loi fondamentale sans réserve de loi. Il ne peut donc être restreint que dans un but de valeur constitutionnelle. Les atteintes à l'égalité du suffrage constatées dans le cadre du système électoral allemand ne sont justifiées que si elles reposent sur un objectif à valeur constitutionnelle.

Le recours constitutionnel direct prévu par l'article 93 al. 1 Nr. 4a LF n'est pas le seul moyen de faire contrôler à la Cour constitutionnelle fédérale allemande les éventuelles atteintes au droit de suffrage. L'article 41 LF fixe une autre procédure permettant un tel contrôle par la Cour. Celle-ci a, à cette occasion, la fonction de juge électoral. L'Allemagne suit un modèle hybride⁶ faisant intervenir dans un premier temps le *Bundestag* lui-même puis la Cour constitutionnelle en appel. Le contrôle de la validité des résultats électoraux (*Wahlprüfungsbeschwerde*) relève dans un premier temps du *Bundestag* qui dispose, à ce titre, de fonctions juridictionnelles. Ensuite, sa décision peut être contestée devant la Cour constitutionnelle allemande. C'est suite à une procédure de ce type que la Cour constitutionnelle a rendu sa célèbre décision exigeant la modification du système électoral allemand en 2008⁷.

Le droit de suffrage est consacré à l'article 38 LF. Cet article, composé de trois paragraphes pose les principes directeurs structurant le droit de suffrage ainsi que les conditions nécessaires pour bénéficier du droit de suffrage actif et passif. La Loi fondamentale laisse à la loi ordinaire la détermination du reste de la réglementation sur le sujet.

⁶ GICQUEL (J.), « Le contentieux des élections parlementaires en droit comparé », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n°41, p. 196.

⁷ BVerfG (03.07.2008), 121, 266 ; V. FOURMONT (A.), « Le problème de la loi électorale en Allemagne. Réflexions sur la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 25 juillet 2012 », *Juspoliticum*, 2013, n°9.

Les principes accompagnant le droit de suffrage sont au nombre de six. Cinq d'entre eux sont inscrits à l'article 38 al. 1 LF et le dernier est issu de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. L'article 38 LF est exclusivement applicable aux élections du *Bundestag* au niveau fédéral. Mais l'existence de la clause d'homogénéité (*Homogenitätsklausel*) à l'article 28 al. 1, phrase 1 LF permet de les faire appliquer aussi au niveau des *Länder*⁸. Les principes directeurs du droit de suffrage sont d'ailleurs à nouveau explicités dans cet article.

Selon l'article 38 al. 1 LF, le suffrage doit être universel (*allgemein*), libre (*frei*), secret (*geheim*), direct (*unmittelbar*) et égal (*gleich*). La Cour de Karlsruhe a ajouté le principe de publicité (*Öffentlichkeitsprinzip*). Ce dernier constitue une exigence de transparence et de la possibilité de contrôler le dépouillement des élections⁹. Il est rarement utilisé dans la jurisprudence mais a tout de même servi récemment de fondement à la Cour constitutionnelle allemande pour déclarer inconstitutionnelle la procédure de vote électronique mise en place pour les élections du *Bundestag* de 2005¹⁰. Le principe d'universalité du suffrage suppose que toutes les personnes de nationalité allemande au sens de l'article 116 LF doivent pouvoir participer aux élections sans distinctions économiques, sociales ou politiques¹¹. La règle de l'universalité du suffrage est une spécificité découlant du principe d'égalité devant le suffrage¹². Sont tolérées des limites telles que l'âge minimum prévu par l'article 38 al. 2 LF lui-même, ou encore l'obligation pour les partis candidats de réunir un nombre suffisant de signatures (*Unterschriftenquoren*). Le principe de liberté du suffrage implique pour les citoyens de voter selon leurs propres choix et intérêts, s'ils décident d'user de leur droit de suffrage. Le choix du vote du citoyen doit pouvoir se faire sans pression extérieure¹³. De ce principe découle celui du secret du suffrage. Celui-ci signifie que le votant doit pouvoir conserver pour lui-même le choix exprimé à l'occasion de l'élection. Personne ne peut savoir contre le gré du citoyen pour qui il a voté¹⁴. Ce principe du secret du vote a été considéré par la Cour constitutionnelle allemande comme constituant la

⁸ WENDT (R.), « Spezielle Gleichheitsrechte », in MERTEN (D.), PAPIER (H.-J.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V Grundrechte in Deutschland : Einzelgrundrechte II*, Heidelberg, C.F. Müller, 2013, p. 1019, Rn. 9.

⁹ BUTZER (H.), in EPPING (V.) / HILLGRUBER (C.), *op. cit.*, p. 934, Rn. 79.

¹⁰ BVerfGE (03.03.2009), 123, 39.

¹¹ BUTZER (H.), in EPPING (V.) / HILLGRUBER (C.), *op. cit.*, p. 925, Rn. 51.

¹² PIEROTH (B.) « Art. 38 GG », in JARASS (H.) / PIEROTH (B.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland : Kommentar*, Munich, C. H. Beck, 12^{ème} éd., 2012, p. 700, Rn. 5.

¹³ *Ibid.*, p. 702, Rn. 9.

¹⁴ HOFMANN (F.), *Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht*, Freiburg, Repetitorium Hofmann, 1^{ère} éd., 2012, p. 35, consultable sur www.repetitorium-hofmann.de

garantie institutionnelle la plus importante de la liberté de suffrage¹⁵. La règle de l'immédiateté du suffrage, ensuite, exige que les représentants du peuple soient élus directement par celui-ci, sans passer par l'intermédiaire de ce que l'on appelle des grands électeurs¹⁶. Le dernier principe est celui de l'égalité devant le suffrage. Chaque votant doit avoir la même influence sur la composition du groupe des représentants. L'égalité devant le suffrage en droit allemand se découpe en deux temps.

L'égalité doit être respectée au moment du vote, selon le principe *one man, one vote*. Chaque voix compte de la même manière, sans distinction entre diverses catégories d'électeurs (*Zählwertgleichheit*)¹⁷. L'égalité doit aussi être respectée après le vote, au moment de la prise en compte des suffrages, c'est-à-dire que toutes les voix doivent avoir la même influence sur le partage des sièges des représentants, *one vote, one value* (*Erfolgswertgleichheit*).

Les autres principes jusqu'ici énoncés ne posent pas beaucoup de difficultés en droit et font l'objet d'un consensus général¹⁸. Mais les juges constitutionnels comme la littérature juridique allemande sont confrontés à des questions particulièrement complexes dès lors que l'égalité devant le suffrage est en jeu. Ce principe est celui qui a donné et qui donne toujours lieu au plus grand nombre de discussions doctrinales et de décisions de la Cour constitutionnelle fédérale.

Le respect de ces différents principes par le législateur peut être contrôlé par la Cour constitutionnelle à l'issue d'un recours constitutionnel direct ou d'une procédure de vérification des résultats électoraux devant le *Bundestag*. En tant que droit « quasi fondamental » et que principe constitutionnel d'organisation des élections, le droit de suffrage dispose d'une double dimension. Il s'agit à la fois d'un droit public subjectif et d'un principe objectif. Ces deux dimensions du droit de suffrage permettent de lui donner une effectivité particulière, celui-ci pouvant être invoqué dès que le caractère démocratique des institutions semble être en danger.

¹⁵ BVerfGE (16.07.1998), 99, 1 (13) ; (21.04.2009), 124, 1 (25) ; V. BUTZER (H.), in EPPING (V.) / HILLGRUBER (C.), *op. cit.*, p. 933, Rn. 76 ; PIEROTH (B.), in JARASS (H.) / PIEROTH (B.), *op. cit.*, p. 702, Rn. 10.

¹⁶ PIEROTH (B.), in JARASS (H.) / PIEROTH (B.), *op. cit.*, p. 701, Rn. 8.

¹⁷ JOUANJAN (O.), « Egalité », in ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 588.

¹⁸ DEGENHART (C.), *Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht*, Nürnberg, C.F. Müller, 30^{ème} éd., 2014, p. 36.

§3 : L'égalité appliquée au droit de suffrage : les problèmes fondamentaux

L'égalité du droit de suffrage se présente tout d'abord comme l'application à un domaine spécifique du principe général d'égalité. On peut le qualifier de « principe spécial d'égalité ». Mais le principe général d'égalité est entendu dans la jurisprudence comme garantissant une égalité juridique matérielle, et non seulement formelle, au sens où son application concrète suppose l'appréciation comparée de situations concrètes et le contrôle des critères substantiels de différenciation entre situations justifiant les différences de traitement. Or, le principe d'égalité dans le domaine électoral s'applique à des procédures très formalisées et impose de prime abord un principe strictement formel, quantitatif et non qualitatif : *one man, one vote*. La première série de questions qu'il conviendra d'aborder concernera donc le rapport entre l'égalité du droit de suffrage et le principe général d'égalité : l'égalité du droit de suffrage est-elle un principe spécial d'égalité à considérer comme un droit dérivé et donc attaché au principe général d'égalité ? Ou au contraire, faut-il le considérer comme un droit séparé, isolé, dont l'interprétation ne doit rien devoir au principe général d'égalité ? (Première partie).

D'un autre côté, l'égalité est un principe qui garantit l'exercice du droit de suffrage et apparaît ainsi inhérente à la définition même du droit de suffrage dans un Etat de droit démocratique. On a vu que le droit de suffrage avait une double dimension : par sa dimension subjective, il protège l'exercice individuel du suffrage ; pris dans sa dimension objective, il permet au titulaire de ce droit de déclencher la protection juridictionnelle du caractère démocratique des institutions. A cette double dimension semblent correspondre les deux faces que la jurisprudence allemande reconnaît à l'égalité du suffrage : il protège, d'un côté, l'égal accès à l'exercice du droit de suffrage et exige une égalité strictement mathématique, quantitative (un homme, une voix) ; de l'autre côté, il protège l'égalité des effets du suffrage sur la composition de l'assemblée représentative, le *Bundestag*, garantissant ainsi le caractère démocratique de la représentation. La seconde série de questions concerne donc l'égalité en tant que principe déterminant du droit de suffrage (Deuxième partie).

Première Partie : L'égalité du suffrage, principe spécial d'égalité ?

L'égalité du droit de suffrage intrigue. Le recours constitutionnel direct prévu par l'article 94 al. 1 Nr. 4a LF confère à ce principe la valeur d'un droit fondamental et le terme « égalité » fait écho au principe général d'égalité de l'art. 3 LF. Pourtant, certains manuels de droit constitutionnel allemand n'y font pas référence dans le cadre des droits fondamentaux de l'égalité¹⁹. L'égalité du suffrage ne serait alors pas un prolongement du principe général d'égalité. Il s'agirait plutôt d'un principe rattaché avant tout à la notion de démocratie en droit allemand (Chapitre 1). Cependant, l'étude du principe général d'égalité reste inévitable lors de l'analyse de l'égalité du suffrage afin de cerner la nature du lien, s'il en existe un, entre les deux principes (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'égalité du suffrage, égalité politique

L'égalité du droit de suffrage est sans conteste inscrite dans les problématiques liées à la notion de démocratie. Il s'agit d'une égalité politique²⁰. Le domaine de protection (*Schutzbereich*) personnel de l'égalité du suffrage est directement associé aux questions concernant la souveraineté du peuple et donc au peuple « politique » (Section 1) et le champ d'application matériel est aussi précisément limité au processus démocratique de l'élection (Section 2).

Section 1 : Une égalité des membres de la communauté politique du peuple

L'article 3 al. 4 de la Constitution française de 1958 dispose que « sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques ». La Constitution se charge donc elle-même de déterminer quels sont les titulaires du droit de suffrage. Seuls les nationaux français peuvent participer au vote. Les seules exceptions sont l'élection au parlement européen ou l'élection municipale ouvertes aux citoyens européens depuis l'entrée en vigueur du traité de

¹⁹ V. par exemple IPSSEN (J.), *Staatsrecht II – Grundrechte*, Munich, Vahlen, 2013, 16^{ème} éd., 302 p.

²⁰ BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, Paris, LGDJ, 2000, p. 289.

Maastricht. Le texte constitutionnel allemand ne précise rien quant aux titulaires de ce droit si ce n'est la condition de majorité fixée par l'article 38 al. 2 LF. Ce fut donc à la Cour d'interpréter le droit à l'égalité du suffrage de manière à en déterminer les bénéficiaires. Il ressort de son interprétation que l'égalité du suffrage est immédiatement reliée à la question de la légitimation du pouvoir politique (§1), pouvoir émanant du peuple politique, peuple constitué par les Allemands uniquement (§2). Cependant, même parmi les citoyens, doivent être distingués les Allemands résidant sur le territoire de la République fédérale et les Allemands de l'étranger (§3).

§1 : L'égalité du suffrage, fondement de la légitimité du pouvoir politique

Les constituants de 1949 ont mis en place un régime démocratique. L'article 20 LF protège cette forme de gouvernement au même titre que les autres grands principes structurels (*Strukturprinzipien*) du droit constitutionnel allemand que sont la forme républicaine de gouvernement, le caractère fédéral de l'Allemagne et le concept d'Etat social. L'article 20 al. 2, phrase 1 LF dispose que « le pouvoir d'Etat émane du peuple »²¹. Le peuple est donc titulaire du pouvoir d'Etat et l'exerce au moyen du vote.

Cela permet de mettre en place, dans le cadre de la démocratie représentative, une chaîne de légitimation (*Legitimationskette*) entre le peuple et les organes chargés d'exercer le pouvoir. Ainsi, tout organe disposant d'une partie du pouvoir d'Etat reçoit sa légitimité du peuple²². La chaîne de légitimation est un concept central de l'idée d'exercice démocratique du pouvoir en droit allemand. Elle peut ne contenir qu'un seul maillon si l'organe est légitimé directement par le peuple. C'est le cas de la Diète fédérale élue au suffrage universel direct. Le *Bundestag* est le seul organe fédéral élu directement par le peuple, c'est pourquoi sa place dans l'ordre juridique constitutionnel est fondamentale. Il sert de relai de légitimation entre les électeurs et les autres organes fédéraux. En effet, la chaîne de légitimation peut aussi être plus longue et l'organe peut ne recevoir sa légitimité que de façon indirecte. Le *Bundestag* représente, dans ce cas, l'un des maillons de la chaîne. Le chancelier allemand, par exemple, est élu par le *Bundestag* sur proposition du président de la République fédérale d'Allemagne (art. 63 al. 1 LF). Il reçoit indirectement sa légitimité du peuple. L'art. 64 al. 1 LF fixe la procédure de nomination des ministres. Ceux-ci sont nommés par le président fédéral sur

²¹ Art. 20 al. 2, phrase 1 LF : « Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus ».

²² PERRINEAU (P.), « Les usages contemporains du vote », *Pouvoirs*, 2007/1, n° 120, p. 31.

proposition du chancelier. C'est donc, dans la pratique, le chancelier qui décide de la composition du gouvernement fédéral. La chaîne de légitimation entre les ministres fédéraux et le peuple est relativement longue mais ininterrompue²³. Par ailleurs, si le chancelier doit quitter son poste à la suite d'un vote de défiance constructif (*Misstrauensvotum*, art. 67 al. 1 LF), les ministres fédéraux doivent aussi quitter le gouvernement. S'ils restaient à leur poste alors que le *Bundestag*, légitimé directement par le peuple, a élu un nouveau chancelier, la chaîne de légitimation démocratique serait interrompue. Chaque organe intervenant dans le processus de décision politique reçoit d'une manière ou d'une autre sa légitimité du peuple. Le vote est donc l'acte central et principal de la légitimation démocratique²⁴. Par le biais de la chaîne de légitimation, l'influence effective des électeurs sur les organes de l'Etat est garantie et, par conséquent, le principe de la souveraineté du peuple issu de l'art. 20 al. 2, phrase 1 LF l'est aussi.

La notion de « souveraineté du peuple », propre aux régimes démocratiques n'est pas en contradiction avec la légitimation indirecte de certaines institutions ni même avec l'exercice effectif du pouvoir par des organes autres que le peuple lui-même. Le principe de souveraineté du peuple n'exige pas que ce dernier exerce lui-même et directement le pouvoir d'Etat²⁵, à condition que la chaîne de légitimation ne soit interrompue à aucun moment et que la totalité du pouvoir d'Etat émane du peuple.

L'article 38 al. 1 LF fixe l'égalité du suffrage dans le cadre des élections législatives fédérales. Cette égalité est appliquée dans le cadre du principe de démocratie et, de façon plus précise, du processus de légitimation des organes politiques. L'article 38 LF trouve son principal point d'ancrage dans l'article 20 al. 1, phrase 1 LF. L'art. 38 al. 1 LF est considéré dans la doctrine comme la suite logique de ce qui est formulé dans l'art. 20 LF, les deux articles formant un tout à interpréter ensemble²⁶. Le droit de suffrage est le mode juridique d'exercice de la souveraineté par le peuple. C'est pourquoi l'égalité du suffrage est une égalité politique. Ce droit est étroitement lié à l'exercice du pouvoir d'Etat.

Une autre raison pour laquelle il est possible de considérer que l'art. 38 LF fixant le principe de l'égalité du suffrage est ancré dans le principe démocratique est la fonction

²³ V. BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, op. cit., p. 281 ; KLEIN (H.), « GG Art. 38 », in MAUNZ (T.), DÜRIG (G.), *Grundgesetz – Kommentar*, Munich, C. H. Beck, 2014, 72^{ème} éd., Rn. 68.

²⁴ KOTZUR (M.), in MERTEN (D.), PAPIER (H.-J.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V Grundrechte in Deutschland : Einzelgrundrechte II*, op. cit., p. 557, Rn. 2.

²⁵ GRZESZICK (B.), « GG Art. 20 », in MAUNZ (T.), DÜRIG (G.), *Grundgesetz – Kommentar*, Munich, C. H. Beck, 2014, 72^{ème} éd., Rn. 62.

²⁶ *Ibid.*, Rn. 68.

qu'occupe le citoyen par le biais du suffrage. Le vote constitue l'exercice d'une fonction étatique²⁷. Le peuple électeur prend, à l'occasion des élections, la fonction d'un organe de l'Etat²⁸. Ce faisant, le peuple exerce son droit fondamental de suffrage dans sa dimension de droit à la participation (*status activus*). La Cour constitutionnelle énonce en effet en 1990 que le citoyen, en votant, agit en tant que membre de l'organe étatique « peuple » (« *Mit der Stimmabgabe bei Wahlen betätigt sich der Bürger als Glied des Staatsorgans Volk im status activus* »).

Le support de l'égalité électorale est l'appartenance à la communauté politique du peuple. C'est la raison pour laquelle certains auteurs tels que Ernst-Wolfgang Böckenförde estiment que cette égalité du suffrage doit être essentiellement distincte du principe général d'égalité²⁹ dont le champ des titulaires est beaucoup plus large.

L'égalité du suffrage est donc une notion intrinsèquement liée au concept de « peuple » légitimant les organes qui exercent le pouvoir d'Etat. La question se pose alors de savoir ce que le terme de « peuple » désigne en droit allemand. La Cour constitutionnelle fédérale allemande l'interprète comme le peuple politique (*Staatsvolk*). L'égalité du suffrage est alors une égalité politique, l'égalité des citoyens allemands composant la communauté politique du peuple. L'égalité du suffrage n'est pas une égalité des êtres humains mais un droit des citoyens. En effet, le peuple politique est le peuple allemand (*deutsches Volk*). Le peuple politique est défini par le lien de nationalité entre les individus et l'Etat qui en tire son pouvoir³⁰. La souveraineté du peuple est une souveraineté nationale³¹.

§2 : L'exclusion des étrangers du champ de protection de l'égalité du suffrage

Le droit à l'égalité du suffrage est un droit du citoyen (*Bürgerrecht*), c'est à dire un droit des Allemands, et cela, en rapport direct avec les impératifs démocratiques de la République fédérale d'Allemagne d'après la Cour de Karlsruhe.

La position de la Cour constitutionnelle à ce sujet a été très clairement exposée dans deux décisions relatives à la constitutionnalité du droit de vote des étrangers rendues en 1990.

²⁷ JELLINEK (G.), *System der öffentlichen subjektiven Rechten*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2^{ème} éd., 1905, p. 159.

²⁸ BEAUD (O.), « Le droit de vote des étrangers : l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage », *RFDA*, 1992, n°3, p. 411.

²⁹ BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, *op. cit.*, p. 290.

³⁰ *Ibid.*, p. 283.

³¹ BEAUD (O.), « Le droit de vote des étrangers : l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage », *op. cit.*, p. 410.

Dans les deux cas, la Cour constitutionnelle a été amenée à se prononcer dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes. Dans le premier, des membres du *Bundestag* rattachés au groupe parlementaire CDU / CSU ont saisi la Cour en contestant la constitutionnalité d'une Loi du *Land* Schleswig-Holstein, laquelle introduisait le droit de vote des étrangers aux élections dans les communes et les arrondissements. Dans le second cas, les membres du groupe parlementaire CDU / CSU du *Bundestag* ont saisi la Cour pour faire annuler une loi de la ville-Etat de Hambourg qui établissait notamment le droit de vote des étrangers aux assemblées de quartier.

Dans sa décision concernant le *Land* de Schleswig-Holstein, la Cour déclare que l'article 20 al. 2, phrase 1 LF ne pose pas uniquement le principe de la souveraineté du peuple. Elle l'interprète aussi comme déterminant la composition du « peuple » à la source de la légitimation démocratique³². Il s'agit du peuple politique de la République fédérale d'Allemagne. Dans la suite de son raisonnement, elle limite le peuple politique aux nationaux allemands, « *die Zugehörigkeit zum Staatsvolk der Bundesrepublik wird also grundsätzlich durch die Staatsangehörigkeit vermittelt* » (l'appartenance au peuple politique de la République fédérale est fondamentalement transmise par la nationalité). Le même raisonnement est suivi dans sa décision concernant la ville – Etat de Hambourg³³ rendue le même jour.

Sont titulaires du droit de suffrage, et peuvent donc se prévaloir de l'égalité du suffrage, les citoyens allemands au sens de l'article 116 LF. L'égalité du suffrage est fondamentalement liée à la notion de souveraineté du peuple et à la question de la légitimation des organes politiques représentant ce même peuple dans le cadre de la démocratie représentative. Citoyenneté et nationalité sont étroitement liées.

Pourtant, l'exclusion des étrangers du droit de suffrage, et, par conséquent, du champ de protection de l'égalité du suffrage, sur le fondement du concept de la démocratie ne va pas de soi. En effet, les partisans du droit de suffrage des étrangers ont fait valoir que la notion de démocratie exigeait la participation des étrangers au suffrage, ceux-ci étant sujets du pouvoir sans être citoyens. Or, selon l'idée démocratique, le pouvoir d'Etat doit être légitimé par ceux

³² BVerfGE (31.10.1990), 83, 37 (50) : « Der Verfassungssatz "Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus" (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) enthält - wie auch seine Stellung und der Normzusammenhang belegen - nicht allein den Grundsatz der Volkssouveränität. Vielmehr bestimmt diese Vorschrift selbst, wer das Volk ist, das in Wahlen, Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) Staatsgewalt ausübt: Es ist das Staatsvolk der Bundesrepublik Deutschland. ».

³³ BVerfGE (31.10.1990), 83, 60 (71).

qui doivent y obéir³⁴, à savoir les Allemands et les étrangers installés sur le territoire allemand, tous soumis à ce pouvoir. Mais la Cour constitutionnelle allemande, en établissant un lien indissociable entre « citoyenneté » et « nationalité », exclut de ce fait les étrangers du peuple politique : « *An Wahlen, die im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG die Ausübung von Staatsgewalt demokratisch legitimieren, können daher nur Deutsche im Sinne des Grundgesetzes teilnehmen* »³⁵ (Seuls les Allemands au sens de la Loi fondamentale peuvent participer aux élections légitimant démocratiquement l'exercice du pouvoir d'Etat au sens de l'article 20 al. 2 LF).

Ce faisant, la Cour établit une distinction entre l'Etat et la société civile. Les étrangers résidant en Allemagne font partie de la population de l'Etat mais non du peuple « politique » légitimant le pouvoir. « Peuple » et « population » ne sont pas synonymes. La démocratie allemande est « nationale »³⁶, ce qui permet de justifier l'exclusion des étrangers du champ de protection du droit de vote, alors même qu'ils sont soumis au pouvoir qu'ils ne sont pas autorisés à légitimer.

Cependant, la décision de la Cour constitutionnelle déclarant inconstitutionnel le droit de vote des étrangers aux élections municipales comporte à la fin du raisonnement des juges un *obiter dictum* venant atténuer la force de son propos qui liait de façon indissociable la nationalité allemande des membres du peuple et la notion de démocratie. La Cour déclare que l'inconstitutionnalité de la loi du Schleswig-Holstein n'empêche que la Loi fondamentale puisse faire l'objet d'une révision afin de se conformer au traité de Maastricht alors en négociation. Ce traité prévoit l'élargissement du droit de vote, actif et passif, aux élections municipales pour les citoyens européens résidant dans un Etat membre de l'UE autre que celui dont ils ont la nationalité. La Cour de Karlsruhe ajoute que cette révision constitutionnelle ne sera pas contraire à l'art. 79 al. 3 LF³⁷. Olivier Beaud, dans un article paru dans la Revue française de droit administratif en 1992, remarque que ce passage de l'arrêt a de quoi être surprenant³⁸. En effet, l'art. 79 al. 3 LF, connu sous le nom de « clause d'éternité » (*Ewigkeitsklausel*) empêche notamment la révision de l'art. 20 LF fixant le

³⁴ BEAUD (O.), « Le droit de vote des étrangers : l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage », *op. cit.*, p. 412 ; V. aussi ANDRES (H.), *Le droit de vote des étrangers : état des lieux et fondements théoriques*, Thèse, Université Paris 7 Denis Diderot, 2006, p. 220.

³⁵ BVerfGE, 83, 60 (71).

³⁶ BEAUD (O.), « Le droit de vote des étrangers : l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage », *op. cit.*, p. 414.

³⁷ BVerfGE, 83, 37 (58).

³⁸ BEAUD (O.), « Le droit de vote des étrangers : l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage », *op. cit.*, p. 415.

principe de la souveraineté du peuple que la Cour associe à la citoyenneté et donc à la nationalité. La révision constitutionnelle a bien eu lieu et l'art. 28 al. 1, phrase 3 LF³⁹ précise désormais que les personnes ayant la nationalité d'un Etat membre de l'UE peuvent voter et être éligibles aux élections dans les arrondissements et les communes. Cet *obiter dictum* est une preuve à la fois de la prudence dont est capable la Cour constitutionnelle allemande face aux changements de circonstances et de son adaptation aux modifications de l'ordonnement juridique. Il ne vient pas pour autant détruire complètement le raisonnement de la Cour. Les élections au *Bundestag* restent réservées aux citoyens allemands tout comme l'égalité du suffrage de l'art. 38 LF, cet article étant exclusivement applicable aux élections législatives fédérales⁴⁰.

L'égalité du suffrage n'est invocable que par les membres de la communauté politique du peuple, c'est-à-dire par les titulaires de la souveraineté, à savoir les citoyens allemands. Le champ de protection personnel de ce droit est donc fortement restreint et directement lié à la notion de démocratie et de nationalité en droit constitutionnel allemand. Au sein de la communauté politique du peuple, il existe toutefois un cas particulier, celui des Allemands de l'étranger.

§3 : Le cas particulier des Allemands de l'étranger

Le cas des Allemands de l'étranger (*Auslandsdeutsche*) diffère de la situation que connaissent les Français établis à l'étranger. La France dispose de 15 circonscriptions à l'étranger dans lesquelles les Français, qui y sont installés et qui ne sont pas inscrits sur la liste électorale d'une commune française, peuvent élire des représentants. Ces représentants sont les conseils consulaires et l'Assemblée des Français de l'étranger, chargés de participer à « la vie démocratique de la Nation »⁴¹.

Les Allemands de l'étranger, eux, peuvent voter aux élections législatives fédérales sous certaines conditions. Ces conditions découlent de la réforme électorale de 2013 introduite par le législateur à l'appel de la Cour constitutionnelle, laquelle a constaté en 2012 une rupture de l'égalité du suffrage entre les Allemands de l'étranger. Ceux-ci doivent

³⁹ Introduit dans la LF par une loi du 21.12.1992 (BGBl. I p. 2086).

⁴⁰ BVerfGE, 99, 1 (7).

⁴¹ Art. 2 de la Loi n° 2013-659 du 22 juillet 2013 relative à la représentation des Français établis hors de France, JORF n°0169 du 23.07.2013, p. 12224.

pouvoir participer, au même titre que les Allemands résidant sur le territoire de la République fédérale, à l'exercice de la souveraineté. L'inégalité entre les Allemands de l'étranger reposait sur la possibilité même de voter. Certains étaient complètement exclus du droit de suffrage aux élections législatives fédérales⁴². Seuls pouvaient voter les Allemands de l'étranger ayant résidé de façon ininterrompue pendant trois mois minimum en Allemagne. Suite à la décision de la Cour constitutionnelle de 2012⁴³, le §12, al. 2, phrase 1 BWahlG a été modifié et précise désormais que sont titulaires du droit de vote les Allemands résidant à l'étranger, à la condition d'avoir résidé en Allemagne de façon ininterrompue pendant trois mois au moins avant l'âge de 14 ans ou d'y avoir séjourné régulièrement depuis moins de 25 ans. Par ailleurs, un Allemand n'ayant jamais séjourné en Allemagne peut aussi disposer du droit de suffrage s'il apporte la preuve d'un lien personnel et direct et d'une familiarité avec les rapports politiques au sein de la République fédérale d'Allemagne.

De cette façon, l'intégration des Allemands de l'étranger à la communauté politique du peuple est plus largement garantie.

Le champ de protection personnel du droit à l'égalité du suffrage regroupe donc désormais les Allemands, de façon aussi large que possible. Mais le critère de nationalité reste déterminant. Le champ de protection ne s'étend pas au-delà et est, de ce fait, relativement restreint. Il en est de même pour le domaine de protection matérielle de l'égalité électorale.

Section 2 : L'égalité du suffrage, une égalité formelle

Non seulement l'égalité du suffrage ne bénéficie qu'aux citoyens allemands mais, comme son nom l'indique, elle n'est destinée à servir qu'à l'occasion d'élections. Il s'agit, à ce titre, d'une égalité procédurale. Dans l'interprétation de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, il s'agit d'une égalité purement formelle. Cela signifie en théorie qu'aucun élément matériel ne peut entrer en ligne de compte dans l'interprétation de ce principe. Il ne constituerait qu'une égalité mathématique (§1). De plus, la Cour suit un principe directeur dans sa jurisprudence relative à l'égalité du suffrage, le principe de « cohérence

⁴² MANN (H.), POHL (C.), « Die wahlrechtlichen Gleichheitssätze in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts », in BECKER (Y.), LANGE (F.), *Linen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Band 3, Berlin, De Gruyter, 2009, p. 448.

⁴³ BVerfGE (04.07.2012), 132, 39.

« systématique » (*Systemgerechtigkeit*). Cela signifie que ce droit est interprété dans un système défini, réduisant aussi les limitations matérielles éventuelles (§2).

§1 : Une égalité mathématique

L'égalité du suffrage est souvent résumée par la célèbre formule *one man, one vote* qui implique une stricte égalité mathématique, à savoir qu'à chaque citoyen échoit une voix. Cette formule remonte à l'arrêt *Baker v. Carr*⁴⁴ rendu par la Cour suprême des Etats-Unis sous la présidence du juge Warren en 1962. Sans encore l'exprimer clairement, cet arrêt allait poser les jalons de raisonnements qui mèneraient par la suite à l'élaboration de cette règle. Jusqu'en 1962, en matière électorale, la Cour avait appliqué la doctrine des questions politiques, formulée pour la première fois par le président Marshall dans l'arrêt *Marbury v. Madison*⁴⁵ et consistant à ne pas se saisir d'une affaire « politique » au motif que la Cour n'est destinée à ne trancher que des cas individuels⁴⁶.

L'arrêt *Baker v. Carr* a marqué le début d'une série d'arrêts relatifs au droit électoral et débouchant sur l'expression de la règle bien connue, *one man, one vote*⁴⁷ qui correspond à une stricte égalité mathématique entre les titulaires du droit de suffrage.

Le raisonnement consistant à considérer l'égalité du suffrage comme une égalité purement mathématique a aussi été développé en droit constitutionnel allemand. La règle de l'égalité du suffrage n'est en principe pas proportionnée. Cependant, il est ici nécessaire de rappeler le double caractère de l'égalité du suffrage. Elle regroupe une égalité de décompte des voix et une égalité de force des voix. Le premier aspect correspond strictement à la formule *one man, one vote*, chaque électeur ayant droit à une voix. Cet aspect de l'égalité du suffrage est purement mathématique et largement acquis aujourd'hui. La seconde caractéristique de l'égalité du suffrage pose des problèmes différents. Il s'agit d'une égalité plus difficile à mettre en œuvre de façon stricte dans la mesure où divers impératifs constitutionnels contradictoires doivent aussi être pris en compte à ce stade.

⁴⁴ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (26.03.1962).

⁴⁵ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (24.02.1803).

⁴⁶ ZOLLER (E.), *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, 1^{ère} éd., p. 23.

⁴⁷ *V. Gray v. Sanders*, 372 U.S., 368 (18.03.1963) ; *Reynolds v. Sims*, 377 U.S., 533 (15.06.1964), toujours sous la présidence du juge Warren.

Mais de manière générale, il n'est pas question d'apprécier les voix. Il s'agit seulement de les compter⁴⁸ dans le cadre de la procédure de l'élection. Contrairement au principe général d'égalité, l'égalité du suffrage n'implique pas l'application de la méthode selon laquelle il faut une réglementation identique pour des situations égales et des réglementations différentes en cas de situations inégales. L'égalité du suffrage est, comme dit précédemment, la condition de la concrétisation de l'égalité démocratique et cette égalité démocratique doit être interprétée de façon strictement formelle. Ceci est dû à l'ordre démocratique établi par la Loi fondamentale. En effet, la formation de la volonté politique des citoyens ne peut souffrir des inégalités de traitement fondées sur des inégalités sociales par exemple. Une telle idée ferait écho au système du suffrage de classes (*Dreiklassenwahlrecht*) prussien en vigueur entre 1848 et 1918. C'est pourquoi l'interprétation de l'égalité du suffrage ne permet que très rarement l'application du principe de proportionnalité.

Cette interprétation de l'égalité du suffrage résulte d'une jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Le caractère formel de l'égalité du suffrage limite fortement la marge d'appréciation du législateur dans ce domaine. Celui-ci n'étant pas censé prendre en compte des éléments de nature matérielle, il ne peut que faire application d'une égalité mathématique en matière de droit de suffrage. Dès que la Cour est saisie d'un recours contre une disposition législative qui limite d'une manière ou d'une autre le droit à l'égalité du suffrage, les juges constitutionnels rappellent, avant l'examen de ladite disposition, le caractère formel de l'égalité du suffrage, toujours en le rattachant à la notion de démocratie : « *Der für die Wahl zum Deutschen Bundestag in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistete Grundsatz der gleichen Wahl ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wegen des Zusammenhangs mit dem egalitären demokratischen Prinzip im Sinne einer strengen und formalen Gleichheit zu verstehen* » (Le principe de l'égalité du suffrage pour les élections du *Bundestag* garanti dans l'article 38 al. 1, phrase 1 LF doit être compris comme une égalité stricte et formelle à cause du rapport avec le principe démocratique égalitaire, selon la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle fédérale.)⁴⁹.

Ce caractère formel de l'égalité du suffrage, lui conférant une dimension essentiellement mathématique, est issu du lien entretenu entre cette égalité et la notion de démocratie. Le fondement de l'interprétation par la Cour constitutionnelle de l'égalité du

⁴⁸ BÖCKENFÖRDE (E.-W.), *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, op. cit., p. 289.

⁴⁹ BVerfGE (29.09.1990), 82, 322 (337) ; V. aussi BVerfGE (22.05.1979), 51, 22 (234) relativement à la clause d'accès et encore dernièrement, BVerfGE (13.02.2008), 120, 82 (102) concernant aussi le problème de la clause d'accès.

suffrage comme une égalité mathématique vient du fait qu'il s'agit d'une égalité politique. Cela l'éloigne encore un peu plus de l'idée générale du principe général d'égalité.

De plus, le champ de protection de cette égalité particulière est limité aux procédures d'élection. Il s'agit d'une égalité procédurale, la procédure en question étant précisément définie.

§2 : Une égalité interprétée dans un système défini

Il existe deux types de modes de scrutin, le scrutin proportionnel et le scrutin majoritaire. Le premier est considéré comme étant le plus démocratique dans la mesure où il permet une représentation plus fidèle des suffrages exprimés par les citoyens. Le système électoral allemand fixe un mode de scrutin proportionnel personnalisé. C'est dans ce système, et non dans l'absolu, que l'égalité du suffrage s'inscrit en droit constitutionnel allemand.

La Cour constitutionnelle interprète systématiquement l'égalité du suffrage avec le maintien de l'exigence proportionnelle en arrière plan. Elle interprète le droit à l'égalité du suffrage toujours selon le principe directeur de « cohérence systématique ». Le système électoral allemand est « fondamentalement proportionnel »⁵⁰, ce qui implique selon la Cour constitutionnelle de Karlsruhe que l'égalité du suffrage soit toujours appliquée en fonction de cette spécificité du mode de scrutin. La Loi fondamentale n'a imposé aucun mode de scrutin particulier mais le législateur a opté pour le suffrage à la proportionnelle. A partir de ce constat, la Cour estime que le législateur a obligation de s'y tenir et ne doit pas prendre de mesures susceptibles de modifier substantiellement cette caractéristique principale du système électoral allemand. Elle interprète l'égalité du suffrage dans le strict cadre du scrutin à la proportionnelle⁵¹. On retrouve ainsi l'aspect mathématique propre à l'égalité du suffrage. Il doit y avoir autant que possible identité entre l'électeur et le bulletin de vote. Le principe de cohérence systématique interdit au législateur d'aménager l'égalité du suffrage de telle manière que le caractère proportionnel de l'élection s'en trouverait atteint.

Cela mène indirectement à une formalisation du principe de l'égalité du suffrage. Le principe de cohérence systématique implique la limitation du champ d'action du législateur⁵².

⁵⁰ KLEIN (H.), in MAUNZ (T.), DÜRIG (G.), *Grundgesetz – Kommentar, op.cit.*, Rn. 119.

⁵¹ KOTZUR (M.), in MERTEN (D.), PAPIER (H.-J.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V Grundrechte in Deutschland : Einzelgrundrechte II, op. cit.*, p. 586, Rn. 36.

⁵² PIEROTH (B.), in JARASS (H.), PIEROTH (B.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland : Kommentar, op. cit.*, p. 701, Rn. 7.

Selon, d'une part, l'interprétation par la Cour du principe de l'égalité du suffrage fondée sur le caractère formel de ce principe et, d'autre part, l'exigence de cohérence systématique qui dirige sa jurisprudence, le législateur ne peut pas porter atteinte à l'égalité du suffrage de telle manière que le mode de scrutin proportionnel instauré par le système électoral soit altéré de façon substantielle. L'exigence de cohérence systématique joue donc un rôle particulièrement important en matière d'égalité électorale dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande et lui sert de principe directeur dans l'interprétation du droit à l'égalité du suffrage. En effet, en interprétant l'égalité du suffrage uniquement dans le cadre du système bien défini du suffrage à la proportionnelle, la Cour constitutionnelle limite fortement la prise en compte d'éléments matériels par le législateur. Le principe de cohérence systématique est un facteur supplémentaire dans la distinction existant entre le principe général d'égalité et l'égalité électorale.

Néanmoins, le principe de cohérence systématique n'est pas absolument strict. Il s'agit plus d'une méthode employée par la Cour pour la guider d'abord dans l'interprétation de l'égalité du suffrage puis dans son application au cas concret, que d'un impératif qu'elle se serait elle-même fixé. La cohérence interne du système ne mène pas le juge constitutionnel à déclarer n'importe quelle atteinte à l'égalité du suffrage comme étant inconstitutionnelle. Cette égalité n'est pas absolue et le principe de cohérence systématique sert plutôt à « orienter » le juge constitutionnel pour savoir quel type de limitation de l'égalité du suffrage peut être justifié⁵³. Le principe de cohérence systématique implique une interprétation plus stricte de l'égalité du suffrage par la Cour constitutionnelle fédérale allemande mais il ne s'agit pas d'une barrière absolue pour d'éventuelles exceptions. En effet, comme tout droit public subjectif, l'égalité du suffrage est susceptible d'être limitée de façon constitutionnellement justifiée⁵⁴.

La Cour constitutionnelle utilise le principe de *Systemgerechtigkeit* comme un cadre dans lequel elle applique l'égalité du suffrage, mais aussi dans lequel elle interprète la signification de ce droit.

A la lumière des développements qui précèdent, il est donc certain que l'égalité du suffrage repose avant tout sur le concept de démocratie et sur ce que ce concept implique en droit constitutionnel allemand. Cependant, il est aussi nécessaire d'étudier le lien que l'égalité

⁵³ JOUANJAN (O.), *L'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, 1992, p. 248.

⁵⁴ V. *infra* deuxième partie, chapitre 2.

du suffrage entretient avec le principe général d'égalité afin de réaliser pleinement la place occupée par l'égalité du suffrage dans l'ordre constitutionnel allemand.

Chapitre 2 : L'égalité du suffrage, un droit partiellement interprété à la lumière du principe général d'égalité

Le lien entre l'égalité du suffrage et le principe général d'égalité n'est pas aussi évident qu'il peut sembler *a priori*. Néanmoins, il existe un rapport, même minime, entre l'égalité du suffrage et le principe général d'égalité. Avant de rechercher et d'étudier le rattachement de l'égalité du suffrage au principe général d'égalité (Section 2), il est nécessaire d'avoir un bref aperçu du système égalitaire fixé par la Loi fondamentale dans lequel l'égalité du suffrage s'inscrit éventuellement (Section 1).

Section 1 : l'égalité du suffrage, élément d'un système gouverné par le principe général d'égalité

Le principe général d'égalité constitue l'une des dispositions principales de la Loi fondamentale allemande. Il est fixé par l'article 3 al. 1 LF (§1). Ce principe gouverne tout un système de dispositions égalitaires dans le texte constitutionnel (§2).

§1 : Le principe général d'égalité de l'article 3 de la Loi fondamentale

Il est évidemment impossible de présenter de façon complète le principe général d'égalité en quelques lignes. Cependant, afin de comprendre la liaison entre l'égalité du suffrage et ce principe, il est essentiel d'en retenir quelques caractéristiques.

L'art. 3 al. 1 LF dispose que « tous les individus sont égaux devant la loi » (*alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich*). Cette disposition pose le principe général d'égalité en droit constitutionnel allemand.

Les titulaires de ce droit fondamental à l'égalité sont d'abord tous les êtres humains (*Menschenrecht, Jedermannrecht*), c'est-à-dire toutes les personnes physiques susceptibles d'être atteintes par un acte de la puissance publique allemande. Cela signifie qu'il n'est pas limité aux seuls citoyens allemands mais que les étrangers installés sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne peuvent aussi se prévaloir de ce droit devant les tribunaux

et saisir la Cour constitutionnelle d'un recours constitutionnel direct sur le fondement de l'art. 93 al. 1 n° 4a LF. La même remarque peut être faite concernant les mineurs. Les personnes morales de droit privé sont aussi, en vertu de l'art. 19 al. 3 LF, titulaires de ce droit dans la mesure où le non respect du principe général d'égalité à leur encontre est susceptible d'avoir une influence sur le droit fondamental à l'égalité des personnes physiques qui les composent⁵⁵.

Le principe général d'égalité n'est pas limité à un domaine particulier comme peut l'être l'égalité du suffrage. Il s'agit d'un principe applicable *a priori* à n'importe quelle situation, son champ de protection matériel est illimité.

Une autre particularité du principe général de l'égalité est sa double dimension. Il existe deux types de situations qui peuvent mener la Cour constitutionnelle à contrôler le respect de l'égalité devant la loi par les pouvoirs publics. Une atteinte au principe général d'égalité est constituée lorsqu'une norme, d'une part, prévoit un traitement inégal de situations semblables ou, d'autre part, fixe un traitement égal de situations différentes. Cela implique une prise en compte constante d'éléments matériels par la Cour de Karlsruhe. La première hypothèse est aussi couverte en droit français par le principe général d'égalité. La seconde, en revanche, est propre au droit allemand.

Ni le Conseil constitutionnel ni le Conseil d'Etat n'interprètent le principe d'égalité de l'article premier de la Constitution française de cette manière. Dans un arrêt de Section du 29 décembre 1997, « Commune de Gennevilliers », le Conseil d'Etat exposait « qu'eu égard à l'intérêt général qui s'attache à ce que le conservatoire de musique puisse être fréquenté par les élèves qui le souhaitent, sans distinction selon leurs possibilités financières, le conseil municipal de Gennevilliers a pu, sans méconnaître le principe d'égalité entre les usagers du service public, fixer des droits d'inscription différents selon les ressources des familles ». Le Conseil d'Etat a utilisé dans ce cas la notion d'intérêt général. Depuis l'arrêt de Section du Conseil d'Etat, en date du 10 mai 1974, « Denoyez et Chorques », la juridiction administrative accepte trois justifications possibles de ce qu'elle considère comme des discriminations : lorsque la loi les institue, en raison de différences de situations appréciables entre les individus ou pour des raisons d'intérêt général. Les juridictions françaises acceptent donc de justifier certaines « discriminations » entre individus.

⁵⁵ JOUANJAN (O.), *L'égalité devant la loi en droit allemand*, op. cit., p. 184.

Le principe général d'égalité allemand comporte une réelle obligation pour le législateur de traiter différemment des individus se trouvant dans des situations différentes. Le droit français n'introduit pas l'idée de proportionnalité dans l'application du principe d'égalité alors qu'il s'agit d'une idée centrale en droit allemand.

Pour comprendre le principe d'égalité en droit allemand, il faut bien avoir à l'esprit que cette égalité ne doit pas être comprise comme un principe d'identité mais plutôt comme un principe de « comparabilité » (*Vergleichbarkeit*)⁵⁶. Il est rare que les situations de deux individus soient identiques, elles sont au mieux semblables.

Contrairement au principe d'égalité, les autres droits fondamentaux contenus dans la Loi fondamentale mettent en jeu le titulaire du droit et les pouvoirs publics ayant potentiellement provoqué une ingérence (*Eingriff*) dans ce droit. Le principe général d'égalité implique toujours l'étude d'un champ plus large. Ce champ est constitué, comme pour les autres droits, par le titulaire et le destinataire du droit, mais il contient aussi une troisième variable. Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand exige toujours une comparaison de différentes situations. Il faut en effet qu'un troisième élément permettant cette comparaison entre dans le champ d'application de ce droit. Dans le cadre du principe général d'égalité, le requérant ne doit pas démontrer à la Cour constitutionnelle que les pouvoirs publics ont commis une ingérence dans son droit, mais qu'il se retrouve dans une situation comparable à celle de personnes traitées d'une manière différente ou qu'il reçoit un traitement identique à des personnes situées dans des situations différentes de la sienne. Il s'agit plus d'un droit intersubjectif que d'un droit seulement subjectif⁵⁷. C'est un droit qu'il n'est pas possible de faire valoir dans l'absolu mais uniquement en fonction d'autres situations subjectives. Cela constitue une véritable particularité du principe général d'égalité en droit allemand.

En cas d'atteinte réellement constatée, la Cour constitutionnelle doit opérer une mise en balance (*Abwägung*) des intérêts à protéger. La simple interdiction de l'arbitraire, utilisée pendant un temps par la Cour comme méthode d'application du principe général d'égalité, n'est plus considérée comme suffisante⁵⁸. Une réelle mise en balance, et donc encore une fois, une prise en compte des éléments matériels liés au contexte, c'est-à-dire, des effets de l'acte de la puissance publique attaqué sur la situation juridique du requérant, est nécessaire dans le

⁵⁶ IPSEN (J.), *Staatsrecht II – Grundrechte*, op. cit., p. 230.

⁵⁷ JOUANJAN (O.), *L'égalité devant la loi en droit allemand*, op. cit., p. 179.

⁵⁸ IPSEN (J.), *Staatsrecht II – Grundrechte*, op. cit., p. 232.

cadre du principe général d'égalité⁵⁹. Ce droit n'existant que lorsque des situations peuvent être comparées, la méthode de la mise en balance est inhérente au principe général d'égalité. En cela, ce principe et l'égalité du suffrage sont interprétés complètement différemment et suivent deux régimes qui ne doivent rien l'un à l'autre.

Ce droit fondamental si particulier fixé par l'art. 3 al. 1 LF est au sommet d'un système plus grand, composé d'autres droits fondamentaux à l'égalité régis par la Loi fondamentale. L'art. 3 al. 1 LF gouverne ce système égalitaire de la Loi fondamentale.

§2 : Le système égalitaire de la Loi fondamentale

Les différentes dispositions de la Loi fondamentale, qui constituent des exigences spécifiques d'égalité, forment, avec le principe général d'égalité à son sommet, un système égalitaire.

Les articles de la Loi fondamentale qui fixent des droits à l'égalité représentent un nombre conséquent de dispositions. On compte, parmi ces droits, l'égalité des droits entre les hommes et les femmes (*Gleichberechtigung von Mann und Frau*) de l'art. 3 al. 2 LF, l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe, l'ascendance, la race, la langue, le pays d'origine, la croyance ou les opinions religieuses ou politiques (*Diskriminierungsverbot*) de l'art. 3 al. 3 LF, l'égalité des enfants naturels et légitimes (*Gleichstellung der unehelichen Kinder*) de l'art. 6 al. 5 LF et l'égal accès aux fonctions publiques (*gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern*) de l'art. 33 al. 2 LF. A cela s'ajoute l'égalité du suffrage garantie par les art. 38 al. 1 LF au niveau fédéral et 28 al. 1 LF pour les élections dans les *Länder*.

Ces différents droits à l'égalité, l'égalité du suffrage mise de côté, présentent tous des particularités par rapport au principe général d'égalité de l'art. 3 al. 1 LF. L'égalité des droits entre les hommes et les femmes est une égalité dont les titulaires sont uniquement les personnes physiques. Il ne s'agit pas uniquement d'un droit public subjectif défensif⁶⁰. Cette égalité constitue, selon l'interprétation donnée par la Cour constitutionnelle allemande, une stricte interdiction de discriminations ainsi qu'une obligation pour l'Etat d'assurer l'égalité. De ce fait, il s'agit aussi d'un droit impliquant pour l'Etat une obligation positive d'agir. Cela

⁵⁹ PIETZCKER (J.), « Der allgemeine Gleichheitssatz », in MERTEN (D.), PAPIER (H.-J.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V Grundrechte in Deutschland : Einzelgrundrechte II*, op. cit., p. 900, Rn. 33.

⁶⁰ BVerfGE (28.01.1992), 85, 191 (207).

correspond au statut positif dans l'analyse de Georg Jellinek. L'interdiction des discriminations de l'art. 3 al. 3 LF est un *Menschenrecht* (droit de l'homme), comme le principe général d'égalité, ce qui signifie que tous les êtres humains potentiellement touchés par une norme du droit allemand en sont titulaires. La Cour constitutionnelle allemande considère cet article comme constituant essentiellement une concrétisation du principe général d'égalité⁶¹. L'égalité dans l'accès aux emplois de la fonction publique, quant à elle, présente la caractéristique de n'exister qu'au profit des personnes physiques de nationalité allemande. Chacun de ces droits à l'égalité présente donc des aspects uniques les différenciant partiellement du principe général d'égalité dont ni le champ de protection personnel ni le champ de protection matériel ne sont délimités.

Cependant, ces droits ne se distinguent pas de l'égalité générale au point de devoir être interprétés de façon complètement autonome. Ces droits à l'égalité forment un tout, un système, composé du principe général d'égalité et de nombreux principes spéciaux d'égalité⁶². Ils constituent ensemble le système égalitaire de la Loi fondamentale.

Certains de ces droits sont interprétés par la Cour constitutionnelle fédérale allemande selon la méthode de la « concrétisation ». Les droits spéciaux à l'égalité ne constituent pas des dérogations au principe général d'égalité, mais permettent simplement une meilleure adéquation de la Loi fondamentale avec les situations concrètes. On retrouve, de manière générale, l'idée fondamentale ancrée dans le principe général d'égalité, à savoir, la comparaison entre différents groupes d'individus (les hommes et les femmes, les enfants naturels et les enfants légitimes, ...). Le principe général d'égalité irrigue ces droits spéciaux plus proches des situations concrètes.

Mais il s'agit justement du problème de l'égalité du suffrage. Ce droit spécial ne laisse aucune place à la comparaison et très peu à l'idée de proportionnalité. Il s'agit presque exclusivement d'un droit à l'égalité exigeant non pas une comparabilité mais une réelle identité. Peut-on alors tout de même considérer que l'égalité du suffrage concrétise le principe général d'égalité et qu'il s'agit donc d'un principe « spécial » d'égalité ou en est-il trop éloigné ?

⁶¹ BVerfGE (08.04.1987), 75, 40 (69).

⁶² JOUANJAN (O.), *L'égalité devant la loi en droit allemand*, op. cit., p. 213.

Section 2 : l'égalité du suffrage, concrétisation du principe général d'égalité ?

La question qui doit être traitée est de savoir si l'égalité du suffrage constitue une « concrétisation » du principe général d'égalité ou si elle en est complètement détachée, séparée. L'égalité du suffrage est un principe formel. Mais la formalisation de l'égalité du suffrage est certes significative, mais non absolue. Certains éléments matériels peuvent être pris en compte par le législateur dans le cadre de l'égalité active ou passive du suffrage (§1). Cependant les raisons d'un détachement de l'égalité du suffrage par rapport au principe général d'égalité sont nombreuses. Il semblerait que l'égalité du suffrage, sans être un principe « spécial » d'égalité au sens d'un prolongement du principe général, constituerait un principe d'égalité « renforcé » (§2).

§1 : la nécessaire prise en compte d'éléments matériels

Le droit à l'égalité du suffrage est un droit fondamental qui peut, certes seulement partiellement, être limité. Ces limites ou atteintes à l'égalité du suffrage résultent de la prise en compte d'éléments matériels.

Concernant l'égalité active du suffrage, point central de ce travail, des éléments matériels peuvent être à l'origine de restrictions de l'égalité de la force des voix, la *Erfolgswertgleichheit*. Dans le système électoral allemand, toutes les voix des citoyens n'influencent pas la composition du *Bundestag* avec la même force parce que la capacité d'action de l'assemblée par exemple, c'est-à-dire son efficacité, doit aussi être garantie. Tous les partis ayant reçu des suffrages des électeurs ne peuvent pas intégrer l'assemblée.

Mais le champ le plus significatif dans lequel on observe une prise en compte d'éléments matériels est l'égalité passive du suffrage. L'égalité passive du suffrage mérite donc à ce titre d'être étudiée ici. L'égalité des chances des partis politiques doit être combinée en permanence avec des considérations matérielles. On parle de ce fait d'« égalité échelonnée des chances » (*abgestufte Chancengleichheit*)⁶³. Les partis politiques sont protégés par le principe de l'égalité des chances mais doivent en réalité faire face à des inégalités de traitement tout au long de la procédure. Avant même la procédure de l'élection, les partis politiques souhaitant présenter des candidats doivent recueillir un certain nombre de

⁶³ KOTZUR (M.), in MERTEN (D.), PAPIER (H.-J.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V Grundrechte in Deutschland : Einzelgrundrechte II, op. cit.*, p. 582, Rn. 30.

signatures (*Unterschriftsquoren*). Cette exigence n'existe pas en droit français. On la retrouve pour les candidats aux élections présidentielles mais pas pour les partis lors des élections législatives. Pendant la campagne électorale, il n'y a pas d'identité de traitement entre les partis. On remarque ici la réintroduction de la proportionnalité dans l'égalité des chances des partis politiques. Concernant le financement étatique bénéficiant aux partis politiques par exemple, l'Etat accorde des fonds proportionnellement au soutien reçu par les partis chez le peuple politique et aux moyens propres à chaque parti (les gros partis reçoivent plus de dons (*Spenden*) et de cotisations des membres (*Mitgliedsbeiträge*) que les plus petits partis). En 2009, l'Etat a accordé 42 millions d'euros à la CDU, soit 25,75 % de leurs dépenses et 11 millions d'euros à *die Grünen*, soit 36,32 % de leurs dépenses⁶⁴. Le mode de financement fixé à l'art. 18 PartG est aussi lié au succès des partis aux élections⁶⁵. Ceci s'explique par le rôle central et prépondérant joué par le peuple politique dans l'exercice de la souveraineté. Le financement étatique doit permettre aux partis de fonctionner mais il ne doit pas être trop élevé afin d'éviter une influence politique quelconque sur ces partis⁶⁶ et indirectement sur le peuple politique. L'Etat ne peut pas traiter tous les partis politiques selon une égalité mathématique parce qu'il doit prendre en compte et respecter la décision du peuple souverain, qui, par le vote, accorde plus de confiance à certains partis. L'égalité des chances mise en place doit être proportionnée au choix émis par le peuple politique⁶⁷ lors des élections.

Le principe de l'égalité des chances des partis politiques qui correspond à l'égalité passive du suffrage, tourne autour de l'idée de proportionnalité, idée fondamentale du principe général d'égalité de l'art. 3 al. 1 LF. L'égalité du suffrage n'est donc pas complètement étanche au principe de proportionnalité et donc à la prise en compte d'éléments matériels. L'égalité active du suffrage, c'est-à-dire celle des citoyens électeurs, est beaucoup plus stricte que l'égalité passive et, comme dit précédemment, est interprétée par la Cour constitutionnelle comme un principe à caractère formel. Mais l'égalité active du suffrage n'est pas exclusivement formelle, la Cour de Karlsruhe accepte de considérer des éléments matériels lorsque cela s'avère nécessaire. Cette position des juges constitutionnels ressort de la lettre même des décisions de la Cour relatives à l'égalité du suffrage. Le terme

⁶⁴ KLEIN (H.), « GG Art. 21 », in MAUNZ (T.), DÜRIG (G.), *Grundgesetz – Kommentar*, op. cit., Rn. 408.

⁶⁵ §18 al. 1, phrase 2 LF, modifié pour la dernière fois par la loi du 22.12.2004, BGBl. I p. 3673.

⁶⁶ KLEIN (H.), in MAUNZ (T.), DÜRIG (G.), *Grundgesetz – Kommentar*, op. cit., Rn. 453.

⁶⁷ *Ibid.*, Rn. 458.

« *möglichst* » (le plus possible) est toujours employé par la Cour lorsqu'elle se réfère au caractère formel de ce droit⁶⁸.

La prise en compte partielle d'éléments matériels par la Cour constitutionnelle allemande n'est finalement pas particulièrement étonnante. Les procédures de saisine de la Cour et sa politique jurisprudentielle font du juge constitutionnel allemand un juge des faits⁶⁹. La Cour se veut toujours proche des faits. Cela n'est pas possible si le juge reste dans l'abstraction, dans le contrôle formel d'un principe, sans considération aucune pour ses conséquences concrètes.

L'idée fondamentale du principe général d'égalité imprègne donc, au moins en partie, l'égalité du suffrage, même active. Cependant, cette prise en compte minimale d'éléments matériels dans le cadre de l'égalité électorale active ne permet pas d'assimiler l'égalité du suffrage au principe général d'égalité ou de considérer la première comme la concrétisation du second. Il s'agit certes d'un principe partiellement irrigué par l'idée fondamentale véhiculée par le principe général d'égalité mais pas suffisamment pour établir un lien solide. Plus qu'une concrétisation du principe général d'égalité, l'égalité électorale est une égalité renforcée, stricte, dont l'interprétation ne doit que très peu à l'art. 3 al. 1 LF.

§2 : L'égalité du suffrage, une égalité renforcée

L'égalité du suffrage est plus qu'une concrétisation du principe général d'égalité. Il s'agit peut-être du droit « spécial » à l'égalité le plus autonome par rapport au principe général de l'art. 3 LF. La Cour constitutionnelle, dans son interprétation de l'égalité du suffrage, insiste vraiment sur son caractère spécifique et sur la nécessité de l'interpréter « formellement » et « strictement ». Elle considère l'égalité du suffrage comme une modalité particulière (*Ausprägung*) de l'égalité générale⁷⁰ mais cela n'établit pas à son sens l'applicabilité de l'article 3 LF à titre subsidiaire dans les mêmes situations.

La Cour nie la possibilité d'un recours à l'art. 3 LF dans le domaine d'application de l'égalité du suffrage de l'art. 38 LF depuis une décision de 1998⁷¹ à l'occasion de laquelle elle est revenue sur sa jurisprudence antérieure. De cette manière, elle renforce la séparation entre

⁶⁸ V. BVerfGE, 82, 322 (337) ; 51, 22 (234) ; 120, 82 (102).

⁶⁹ JOUANJAN (O.), *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, op. cit., 1992, p. 276.

⁷⁰ BVerfGE, 99, 1 (10).

⁷¹ BVerfGE, 99, 1.

égalité générale et égalité du suffrage. Cette décision a été rendue à l'unanimité des juges de la seconde chambre.

Plutôt qu'un principe « spécial » d'égalité, qu'une concrétisation du principe général d'égalité, le droit à l'égalité du suffrage constituerait un principe « autonome » applicable dans des situations précisément déterminées en lien avec la notion juridique de démocratie. Il s'agit d'un principe laissant une marge de manœuvre beaucoup moins importante au législateur que le principe général d'égalité.

Deux tempéraments doivent tout de même être apportés à l'éventuelle idée d'une frontière étanche entre l'égalité du suffrage et le principe général d'égalité.

Lorsque la Cour, en 1998, a refusé de continuer de suivre sa jurisprudence antérieure et donc de considérer l'égalité du suffrage comme un prolongement du principe général d'égalité, elle a néanmoins rappelé le principe de l'unité de la Constitution. Pour relativiser la force de ses propos et peut-être pour ne pas permettre une interprétation trop radicale de sa décision, la Cour a en effet ajouté à la suite de son argumentation que le principe de l'unité de la Constitution empêchait d'interpréter une norme de façon isolée⁷². Ce principe est une constante de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle dans le cadre de l'interprétation des dispositions de la Loi fondamentale⁷³.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier que la décision de 1998 portait sur les principes des art. 38 et 28 LF. Or, l'égalité du suffrage fixée par l'art. 38 al. 1 LF est, selon le texte de la Constitution, applicable aux élections législatives fédérales. L'art. 28 LF, quant à lui, ne s'applique qu'aux *Länder*. Cependant, il ne s'agit pas des seules élections auxquelles participent les citoyens allemands. Lorsque l'élection n'est pas couverte par l'art. 38 al. 1 LF ou par l'art. 28 al. 1 LF, la Cour ne nie pas pour autant l'existence de l'égalité du suffrage. Elle tire alors le principe de l'égalité électorale de la combinaison entre l'art. 3 LF (principe général d'égalité) et l'art. 21 al. 1 LF (principe de démocratie). C'est notamment le cas dans le cadre de l'élection des députés au Parlement européen⁷⁴.

La séparation entre égalité générale et égalité électorale ne peut alors pas être complètement étanche mais si l'égalité du suffrage est un principe « spécial » d'égalité, c'est

⁷² *Ibid.* (11), « Dabei darf eine Verfassungsnorm nicht isoliert betrachtet und allein aus sich heraus ausgelegt werden; sie steht in einem Sinnzusammenhang mit den übrigen Vorschriften der Verfassung ».

⁷³ Le principe de l'unité de la Constitution a été énoncé très rapidement par la Cour après sa création dans la décision BVerfGE (23.10.1951), 1, 14 (32).

⁷⁴ BVerfGE (09.11.2011), 129, 300 ; (26.02.2014), 2BvE 2/13.

plutôt dans le sens d'un principe dérogatoire ou applicable en exclusivité aux situations qu'il concerne et non comme une concrétisation du principe général.

Le caractère formel de l'égalité du suffrage ne constitue pas la seule explication de la force et de la rigidité de ce droit. L'utilisation du principe de dignité par la Cour de Karlsruhe en 2009 a aussi fortement contribué à renforcer l'égalité du suffrage. La dignité humaine occupe une place très particulière en droit constitutionnel allemand. Elle est protégée par l'article 1 al. 1 LF. Elle irrigue tous les droits fondamentaux, y compris celui de l'égalité du suffrage. Il s'agit du seul principe du droit constitutionnel allemand dont le caractère intangible (*unantastbar*) est inscrit dans le texte même de la Loi fondamentale. Le principe de la dignité humaine est au sommet des droits fondamentaux en droit constitutionnel allemand. La Cour constitutionnelle, alors qu'elle ne s'était appuyée que sur la notion juridique de démocratie dans sa décision Maastricht de 1993⁷⁵, a invoqué le principe de dignité à l'appui de son argumentation dans sa décision relative au traité de Lisbonne en 2009⁷⁶, en lien avec l'égalité de participation des citoyens à l'élection des députés du *Bundestag*. La Cour constitutionnelle a estimé que l'égalité de participation des citoyens au pouvoir public était un élément essentiel du principe démocratique et était ancré dans la dignité de l'être humain⁷⁷.

La dignité humaine protégée par l'art. 1 al. 1 LF ne peut souffrir en principe d'aucune exception et est protégée contre toute révision constitutionnelle par l'article 79 al. 3 LF (*Ewigkeitsklausel*). Cela dit, la jurisprudence constitutionnelle concernant le principe de dignité humaine n'a jamais permis la détermination exacte de ce que signifie en droit allemand le terme de « dignité »⁷⁸. Profitant de l'indétermination de ce principe éminent du droit constitutionnel allemand, de nouveaux recours sur ce fondement ont été déposés devant la Cour en lien avec l'égalité du suffrage. C'est le cas notamment d'un groupe de personnes mineures estimant que l'art. 38 al. 2 LF aurait été introduit par une révision contraire à la dignité de la personne humaine et donc inconstitutionnelle au regard de l'article 79 al. 3 LF. Une décision favorable aux requérants aurait pour conséquence un élargissement sensible du champ d'application personnel de l'égalité du suffrage et ouvrirait certainement la porte à de nouvelles requêtes. Dans tous les cas, la réponse de la Cour à ce nouveau recours permettra de

⁷⁵ BVerfGE (12.10.1993), 89, 155 (155, 169, 181 ff., 208 f.).

⁷⁶ BVerfGE (30.09.2009), 123, 267.

⁷⁷ *Ibid.*, (341) : « Der Anspruch auf freie und gleiche Teilhabe an der öffentlichen Gewalt ist in der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) verankert ».

⁷⁸ JOUANJAN (O.), « La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe », *Revue générale du droit (revuegeneraledudroit.eu), Etudes et réflexions* 2014, n°2.

savoir plus clairement quels sont les contours de l'égalité du suffrage lorsqu'elle est combinée avec le principe de dignité humaine.

L'interprétation de l'égalité du suffrage semble donc être amenée à évoluer encore ou à être précisée dans les temps qui viennent. Il est cependant possible d'affirmer d'ores et déjà que ce droit tire principalement sa signification du principe démocratique de la représentation par le *Bundestag* du peuple politique, lui-même titulaire de la souveraineté. L'égalité du suffrage est, selon l'interprétation de la Cour constitutionnelle ces dernières années, séparée du principe général d'égalité. Les juges constitutionnels insistent sur le caractère formel de l'égalité du suffrage et laissent, de ce fait, peu de place à la proportionnalité, idée directrice fondamentale du principe général d'égalité.

Bien que le principe d'égalité du suffrage ne soit établi que par l'art. 38 al. 1 LF relatif à l'élection du *Bundestag* et par l'art. 28 al. 1 LF concernant les élections dans les *Länder*, il bénéficie d'une protection étendue grâce au lien solide entretenu avec l'idée de démocratie allemande et amplifiée, dernièrement, grâce à l'appel du juge constitutionnel au principe de dignité humaine à l'appui de son interprétation de l'égalité électorale. Tout cela a pour conséquence la place centrale et essentielle de ce principe dans le cadre plus large du droit de suffrage.

Deuxième partie : l'égalité, principe déterminant du droit de suffrage

L'égalité du suffrage, qui s'ancre plutôt dans l'idée démocratique que dans le principe général d'égalité, est appliquée par la Cour constitutionnelle pour préserver le caractère démocratique de l'assemblée élue (Chapitre 1). Mais ce principe égalitaire n'est pas absolu et connaît quelques exceptions, bien que strictement délimitées et contrôlées (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'égalité du suffrage, garantie du caractère démocratique de l'assemblée des députés

L'égalité du suffrage est appliquée à toutes les phases de l'élection, y compris avant et après le vote à proprement parler. A ce titre, elle permet de garantir au niveau fédéral le caractère démocratique du *Bundestag*. En effet, la Cour de Karlsruhe veille à ce que les citoyens disposent de la même influence sur la composition du *Bundestag* pour que celui-ci soit le plus représentatif possible du choix du peuple politique (Section 1). La Cour constitutionnelle veille aussi à ce que le *Bundestag* conserve les compétences qu'il doit exercer face au processus d'intégration européenne (Section 2). On retrouve ici manifestement la question de la légitimation du pouvoir politique au centre de l'interprétation de l'égalité du suffrage par la Cour constitutionnelle.

Section 1 : L'égale influence des citoyens allemands sur la composition du *Bundestag*

L'égale influence des citoyens sur la composition du *Bundestag* est essentielle pour affirmer pleinement le caractère démocratique de l'assemblée des députés dans un système à la proportionnelle. Mais il s'agit de l'aspect de l'égalité du suffrage qui supporte le plus d'atteintes et il est, à ce titre, souvent contrôlé par la Cour constitutionnelle. L'égale influence des votants sur la composition de l'assemblée est garantie à trois niveaux. Elle est protégée avant même le début de la procédure dans le cadre des problématiques liées au découpage des circonscriptions (§1). Elle est protégée pendant le vote car aucun électeur ne dispose de plus de bulletins que les autres à mettre dans l'urne. Ce point ne pose aucun problème aujourd'hui.

Enfin, l'égalité influence des électeurs est garantie après le vote, à l'occasion de la répartition des sièges à la proportionnelle (§2).

§1 : Une égalité appliquée dès le début de la procédure : le découpage des circonscriptions

La question du découpage des circonscriptions n'est pas un problème propre au système allemand. Il s'agit aussi d'une question sensible face à laquelle certains juges constitutionnels émettent des réserves quant à leur implication. Les cas des Etats-Unis et de la France sont assez significatifs à cet égard.

Pendant longtemps, les juges de la Cour suprême ont refusé de se prononcer sur la question du découpage des circonscriptions. Dans l'arrêt *Colegrove v. Green*⁷⁹, le découpage des circonscriptions avait été considéré par la Cour comme soulevant des « questions d'une nature politique particulière » insusceptibles de contrôle par les juges en application de la doctrine des questions politiques. La nature politique de la question retire sa justiciabilité à la requête présentée devant la Cour. La Cour suprême était revenue sur ce précédent à partir de l'arrêt *Baker v. Carr* et les juges, bien que déférents vis-à-vis du pouvoir législatif depuis la crise du New Deal, se considèrent désormais comme les garants de l'intégrité du processus démocratique et de l'alternance⁸⁰. A ce titre, le découpage des circonscriptions est contrôlé, notamment pour éviter des découpages partisans⁸¹. Il faut cependant noter que la question de l'applicabilité de la doctrine des questions politiques au problème du découpage des circonscriptions est toujours présente dans l'esprit de certains juges de la Cour suprême des Etats-Unis⁸² comme par exemple chez le juge Scalia dans l'arrêt *Vieth v. Jubelirer*⁸³ rendu en 2004.

Dans le cas français, le Conseil constitutionnel a fixé le principe d'équilibre démographique à appliquer au découpage de circonscriptions⁸⁴. Depuis la révision

⁷⁹ *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (10.06.1946) ; V. ZOLLER (E.), *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, op. cit., p. 331.

⁸⁰ ZOLLER (E.), « Considérations sur la puissance de la Cour suprême des Etats-Unis et de sa retenue », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011/4, n°33, p. 239.

⁸¹ *Davis v. Bandemer*, 478 U.S. 109 (30.06.1986).

⁸² V. ZOLLER (E.), *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, op. cit., commentaire sous *Davis v. Bandemer*, p. 580.

⁸³ *Vieth v. Jubelirer* 541 U.S. 267 (28.04.2004)

⁸⁴ CC (02.07.1986), déc. n° 86-208 DC, Loi relative à l'élection des députés et autorisant le gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales (JORF du 03.07.1986 p. 8700) ; CC (18.11.1986), déc.

constitutionnelle de 2008⁸⁵, l'art. 25 de la Constitution confie à une commission indépendante la mission de se prononcer « par avis public sur les projets de textes et propositions de loi délimitant les circonscriptions pour l'élection des députés ou modifiant la répartition des sièges des députés ou sénateurs ». Malgré le principe d'équilibre démographique que le Conseil constitutionnel a lui-même établi, le Conseil n'opère qu'un contrôle restreint sur l'application par les pouvoirs publics de ce principe⁸⁶. De cette manière, il fait preuve de retenue face au pouvoir législatif. Dans une décision récente, en 2010⁸⁷, le Conseil constitutionnel a rappelé la place qu'il entend occuper vis-à-vis du législateur. Dans le 20^{ème} considérant, il énonce que « la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient donc pas de rechercher si les circonscriptions ont fait l'objet de la délimitation la plus juste possible ». Cela confirme la large marge d'appréciation laissée au parlement en matière de découpage des circonscriptions, un sujet politiquement sensible⁸⁸.

Il s'agit cependant d'une question importante parce que le découpage des circonscriptions constitue la première étape de la mise en œuvre de l'égalité du suffrage lors des élections. Le découpage des circonscriptions détermine le poids effectif des voix des électeurs. La Cour constitutionnelle allemande émet moins de réserves à opérer le contrôle du découpage électoral.

En Allemagne, la procédure de découpage des circonscriptions est établie par le § 3 BWahlG et son régime actuel résulte de la vingtième loi de modification de la loi électorale fédérale⁸⁹. Pour l'élection de 2013, la dernière en date, le territoire allemand a été découpé en 299 circonscriptions, dans le respect exigences diverses du § 3 BWahlG. Le découpage est effectué par une commission des circonscriptions (*Wahlkreiscommission*) nommée par le président de la République fédérale d'Allemagne et composée du président de l'administration fédérale des statistiques, d'un juge du tribunal administratif fédéral et de cinq autres membres. Cette commission doit appliquer les principes posés au § 3 al. 1 BWahlG, à

n° 86-218 DC, Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés (JORF du 19.11.1986 p. 13769).

⁸⁵ Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23.07.2008 de modernisation des institutions de la V^{ème} République (JORF du 24.07.2008 p. 11890).

⁸⁶ CASTOR (C.), « L'égalité devant le suffrage », *RFDC*, 2012/2, n°90, p. 4.

⁸⁷ CC (18.02.2010), décis. n°2010-602 DC, Loi ratifiant l'ordonnance n°2009-935 du 29.07.2009 portant répartition des sièges et délimitations des circonscriptions pour l'élection des députés.

⁸⁸ LEVADE (A.), « Une constitutionnalité en trompe l'œil ou l'impossible censure des découpages électoraux ? A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 février 2010 », *JCP G*, 2010, n°11, p. 274.

⁸⁹ Art. 1 de la vingtième loi de modification de la loi électorale fédérale du 12 avril 2012 (BGBl. I p. 518).

savoir, le respect des frontières des *Länder*, le poids le plus égal possible de la proportion de la population présente dans chaque circonscription, la continuité territoriale au sein des circonscriptions et le respect des délimitations des communes et arrondissements. La population sur le territoire allemand varie. Donc la commission chargée du découpage des circonscriptions doit régulièrement vérifier que le découpage correspond à l'implantation réelle de la population. Cette vérification a mené, pour les élections de 2013, à la restructuration de 32 circonscriptions⁹⁰. Le découpage des circonscriptions repose en Allemagne sur des bases démographiques. Toute la population est prise en compte, mis à part les étrangers au sens de la loi relative au séjour des étrangers sur le territoire fédéral (*Aufenthaltsgesetz*).

Suite à une procédure de contestation des élections législatives fédérales du 27 octobre 2009 déposée devant le *Bundestag* et rejetée en 2011, la Cour constitutionnelle a été saisie d'une requête invoquant une violation du principe d'égalité du suffrage par le découpage électoral au motif que toute la population allemande était prise en compte et non uniquement les citoyens titulaires du droit de suffrage. Dans une décision rendue le 31 janvier 2012⁹¹, la Cour a validé la procédure de découpage des circonscriptions fondée sur des bases démographiques. Elle s'aligne donc sur le système en place en droit français entre autres. Cette position peut étonner parce qu'elle ne s'inscrit pas dans la ligne tracée par l'interprétation constante que la Cour donne de l'égalité du suffrage, à savoir l'égalité des citoyens dans le processus démocratique de l'élection. Dans un article paru en 2006, Pierre Avril relève en effet que le découpage des circonscriptions fondé sur des bases démographiques entraîne une conception de la représentation qui « se détache de la qualité de citoyen, constitutive du corps électoral, pour se rattacher à l'état d'habitant, constitutif de la population »⁹². Cela est surprenant au regard du champ de protection de l'égalité électorale.

L'égalité du suffrage est donc relativement respectée dans le processus de découpage des circonscriptions mais de façon moins stricte que s'il était effectué sur la base des seuls titulaires du droit de vote. On peut en effet imaginer que certaines circonscriptions contiennent une proportion d'Allemands non titulaires du droit de suffrage plus importante que d'autres circonscriptions.

⁹⁰ http://www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/BTW_BUND_13/wahlkreiseinteilung, dernière consultation le 24.05.2015.

⁹¹ BVerfGE (31.01.2012), 130, 212.

⁹² AVRIL (P.), « Un homme, une voix ? », *Pouvoirs*, 2007/1, n°120, p. 125.

Une fois le découpage électoral établi et les bulletins de vote insérés dans l'urne électorale, l'égalité du suffrage doit aussi être appliquée conformément à l'interprétation qui en est faite par la Cour au moment de la répartition des sièges.

§2 : Les mandats surnuméraires, obstacles au caractère proportionnel de la représentation

Lorsqu'un parti politique obtient plus de mandats de circonscriptions que de mandats de liste, la loi électorale fédérale permet à tous les candidats de ce parti ayant obtenu un mandat de circonscription d'intégrer l'assemblée du *Bundestag*. Ce faisant, le législateur permet de préserver le caractère secondaire du mode de scrutin allemand, à savoir, son aspect personnalisé. En effet, les mandats de circonscription permettent d'établir un lien entre le parlement et les électeurs, ceux-ci ne votant pas uniquement pour des partis mais aussi pour des candidats bien définis dans les circonscriptions, souvent connus des électeurs. Ces mandats obtenus par les partis politiques en plus de leurs mandats de liste augmentent le nombre de sièges qui leurs sont attribués au *Bundestag*. Ces mandats sont appelés « mandats surnuméraires » (*Überhangsmandate*).

Ils constituent une atteinte à l'égalité du suffrage parce qu'ils faussent la représentation proportionnelle telle que souhaitée par le peuple politique par le biais des *Zweitstimmen*. Par ailleurs, les plus gros partis sont les principaux bénéficiaires des mandats surnuméraires. Si leur nombre est suffisamment élevé, ces mandats ne servent plus uniquement à faciliter la mise en place d'une coalition. Ils peuvent permettre à un parti d'atteindre une majorité absolue au *Bundestag* alors même que la simple prise en compte des mandats de liste aurait obligé les partis à construire des coalitions pour gouverner. Le gouvernement de coalition est un des aspects principaux du mode de scrutin à la proportionnelle. Il permet aux citoyens de s'assurer que la majorité du parlement représente une réelle majorité des électeurs, contrairement au scrutin majoritaire.

Jusqu'en 1990, l'existence de mandats surnuméraires à l'issue des élections législatives fédérales était très rare. A partir des élections de 1990, premières élections à la suite de la réunification allemande, le phénomène s'est fortement accentué. Les mandats surnuméraires ont été tolérés par la Cour constitutionnelle allemande jusqu'en 2008. Pourtant,

la question de leur conformité à la Loi fondamentale et au droit à l'égalité du suffrage a fait l'objet de nombreuses controverses au sein de la doctrine pendant de longues années⁹³.

Lorsque la Cour constitutionnelle a été amenée, en 1997, à contrôler la conformité des mandats surnuméraires à la Loi fondamentale, les juges constitutionnels ont fait face à une égalité du partage des voix. Quatre juges constitutionnels estimaient que ces mandats n'étaient pas contraires à la Constitution et le même nombre était d'avis que ces mandats étaient inconstitutionnels. Or, lorsque les juges constitutionnels n'arrivent pas à obtenir une majorité en leur sein sur la question de la constitutionnalité d'une norme, aucune voix n'ayant plus de poids que les autres, ils se retrouvent dans l'impossibilité de déclarer l'inconstitutionnalité de la norme soumise à leur contrôle⁹⁴. La Cour se distingue sur ce point du Conseil constitutionnel français au sein duquel, en cas de partage des voix, le président du Conseil peut faire la différence.

En 1997, les mandats surnuméraires ont donc été validés par la Cour⁹⁵. L'origine du recours était l'élection législative de 1994. A la suite de cette élection, Helmut Kohl (CDU) a été élu chancelier par le *Bundestag* mais de très peu. Sans les 12 mandats surnuméraires obtenus par la CDU, les résultats auraient probablement été différents. La question de la conformité de ces mandats à la Loi fondamentale est donc venue sur le devant de la scène juridique⁹⁶. Ce fut une question difficile à traiter. Les juges constitutionnels ont demandé à cette occasion un rapport à l'Institut Max Planck de Heidelberg afin d'avoir un aperçu de la façon dont la question est traitée à l'étranger⁹⁷ mais ils n'ont pas réussi à trouver une solution susceptible de contenter une majorité des juges chargés de se prononcer. La Cour, dans l'arrêt de 1997, commence par rappeler que le système électoral allemand établit un mode de scrutin proportionnel doublé d'un scrutin personnalisé. Les requérants faisaient valoir que le mode de scrutin n'était pas « mixte » mais fondamentalement proportionnel et que les mandats surnuméraires faussaient le jeu de la représentation proportionnelle. Les juges favorables au maintien des mandats surnuméraires, dans l'opinion majoritaire, rejettent le recours mais

⁹³ IPSEN (J.), *Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht*, Munich, Vahlen, 25^{ème} éd., 2013, p. 36, Rn. 117.

⁹⁴ http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Der-Weg-zur-Entscheidung/der-weg-zur-entscheidung_node.html, dernière consultation le 24.05.2015.

⁹⁵ BVerfGE (10.04.1997), 95, 335.

⁹⁶ KAUTZ (S.), « Überhangmandate und die Gleichheit der Wahl », *NJW*, 1995, p. 1871.

⁹⁷ Gutachten des Max Planck Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht für das Bundesverfassungsgericht, « Wahlkreiseinteilung in westlichen europäischen Demokratien, den USA und Kanada », 1997, 41 p.

constatent l'augmentation du nombre de ces mandats depuis la réunification et n'excluent pas qu'ils puissent finir par devenir inconstitutionnels⁹⁸.

En 2012, la Cour constitutionnelle a accepté de se prononcer à nouveau sur la question⁹⁹. Lors des élections législatives de 2009, la CDU / CSU a obtenu 24 mandats surnuméraires. Aucun autre parti n'en a obtenu. L'effet de ces mandats sur la représentation proportionnelle était alors manifeste. La Cour de Karlsruhe n'a pas déclaré l'inconstitutionnalité des mandats surnuméraires, qu'elle estime justifiés au nom du caractère personnalisé du suffrage. Mais elle reconnaît toutefois le fait qu'ils portent atteinte à l'égalité du suffrage. Les juges ont donc posé une limite assez stricte. Ils ont estimé que les mandats surnuméraires étaient acceptables tant que leur volume ne remettait pas en cause le caractère proportionnel des élections du *Bundestag*¹⁰⁰. Le mode de scrutin allemand est fondamentalement proportionnel et cet aspect est strictement contrôlé par la Cour. Les mandats surnuméraires ne doivent pas remettre en cause la cohérence interne du système, surtout dans la mesure où aucune compensation n'est prévue par le législateur. La Cour a donc mis le législateur en garde contre l'éventuelle perte de confiance des électeurs dans « l'intégrité démocratique du système électoral » et lui a octroyé une « obligation d'agir » afin de pallier ce risque¹⁰¹.

La Cour constitutionnelle fixe, à la fin de sa décision, le nombre à partir duquel elle estime que les mandats surnuméraires constituent des atteintes inconstitutionnelles à l'égalité du suffrage et à l'égalité des chances des partis politiques. Ce seuil est établi à 15 mandats, soit environ la moitié des sièges nécessaires pour former un groupe parlementaire (*Fraktion*)¹⁰². Ce passage de la décision n'a pas été unanimement salué dans la doctrine. La Cour elle-même a admis que la fixation de ce seuil ne pouvait pas être tout à fait justifiée comme constituant une concrétisation des normes (*Normkonkretisierung*) par le juge¹⁰³. Une partie de la doctrine a effectivement estimé qu'il s'agissait de la part de la Cour constitutionnelle d'une véritable création d'une norme et non d'une concrétisation¹⁰⁴ des dispositions de la Loi fondamentale. La limite apportée par la Cour aux mandats

⁹⁸ BVerfGE (10.04.1997), 95, 335 (406).

⁹⁹ BVerfGE (25.07.2012), 131, 316.

¹⁰⁰ *Ibid.*, (317).

¹⁰¹ *Ibid.*, (367, 370).

¹⁰² *Ibid.*, (357).

¹⁰³ *Ibid.*, (370) : « Der Senat ist sich bewusst, dass die Zahl von 15 Überhangmandaten als Akt richterlicher Normkonkretisierung nicht vollständig begründet werden kann ».

¹⁰⁴ BUTZER (H.), in EPPING (V.), HILLGRUBER (C.), *Grundgesetz Kommentar, op. cit.*, p. 931, Rn. 74.

surnuméraires en 2012 est plus stricte que ce qu'elle avait pu jusqu'alors énoncer. En 1997, elle s'était prononcée pour un seuil à 5% du nombre total de sièges, soit environ 30 mandats.

Le législateur a entendu l'appel lancé par la Cour constitutionnelle en 2012 et a entrepris de modifier la loi électorale fédérale¹⁰⁵. Le *Bundestag* a inséré un nouveau type de mandats dans le système électoral fédéral allemand. Il s'agit des mandats de compensation (*Ausgleichsmandate*). Il n'était pas question pour le législateur de supprimer les mandats surnuméraires considérés comme importants pour conserver un lien direct entre le peuple politique et une partie des représentants, et donc comme une garantie du caractère personnalisé du suffrage. Il a alors fallu trouver un moyen de remplir l'obligation dictée par la Cour constitutionnelle sur le fondement de l'égalité du suffrage en 2012, à savoir, faire en sorte de préserver le caractère proportionnel de la représentation, sans pour autant supprimer les mandats surnuméraires.

Les mandats de compensation sont attribués aux partis n'ayant pas ou peu obtenu de mandats surnuméraires pour compenser l'écart provoqué par ces derniers. Le nombre de sièges de chaque parti est augmenté autant que nécessaire pour retrouver la proportionnelle découlant des résultats constatés au dépouillement des « seconde voix ». Ainsi, les mandats surnuméraires ne doivent plus représenter un avantage pour les partis en bénéficiant. Ce système permet de conserver tous les mandats de circonscription même lorsque les mandats de listes ne sont pas en nombre suffisant pour intégrer tous les élus directs dans le quota de sièges obtenus à la proportionnelle. De plus, les mandats de compensation permettent de neutraliser l'effet néfaste des mandats surnuméraires sur le caractère proportionnel de la représentation. De ce fait, les mandats surnuméraires ne constituent plus une atteinte à l'égalité du suffrage.

Ce système est encore très récent, il n'a été mis en œuvre que pour les élections législatives de 2013. Il est donc difficile de réaliser pleinement les avantages ou inconvénients de ce nouveau modèle. Cependant, quelques inquiétudes se reflètent déjà dans la doctrine. La première inquiétude tient à la forte augmentation du nombre de députés siégeant au *Bundestag* que l'ajout des mandats de compensation risque de provoquer. Le nombre de députés au *Bundestag* s'élève actuellement à 631¹⁰⁶. Avant la réforme, pendant la 17^{ème}

¹⁰⁵ 22ème loi de modification de la loi électorale fédérale du 03.05.2013 (BGBl. I p. 1082) entrée en vigueur le 09.05.2013.

¹⁰⁶ A titre d'information, 577 députés siègent à l'Assemblée nationale en France.

législature, il y avait 620 membres au *Bundestag*. Ce risque ne s'est donc pas encore réalisé mais n'est pas inexistant pour autant. En application de la réforme de 2013, le nombre de sièges à l'assemblée pourrait s'élever à environ 800¹⁰⁷. Cette augmentation sensible engendrerait une hausse des dépenses publiques relatives, d'une part, au fonctionnement de l'assemblée et, d'autre part, aux subventions versées aux députés et à leurs collaborateurs. La conséquence pour les contribuables pourrait être très importante. Par ailleurs, la réforme électorale qui, certes, était nécessaire, n'a pas simplifié le système électoral allemand, loin s'en faut. L'ajout des mandats de compensation et la multiplication du nombre de sièges au *Bundestag* viennent noyer dans cette masse les députés élus sur la base des mandats de circonscription. Or ces mandats concrétisent le caractère personnalisé de la représentation. « L'intégrité démocratique du système électoral » est désormais respectée mais il est probable que la loi électorale subisse à l'avenir de nouvelles rectifications, peut-être à la suite de futures recommandations émises par la Cour constitutionnelle fédérale allemande, consciente des différents impératifs à prendre en compte dans le système électoral.

L'égalité électorale permet donc à la Cour de contrôler la composition de la Diète fédérale mais aussi, dans un second temps, de s'assurer que celle-ci conserve bien ses attributions.

Section 2 : La conséquence du vote : la représentation effective des citoyens par le *Bundestag*

La Cour constitutionnelle, depuis sa décision relative au traité de Maastricht¹⁰⁸, veille à ce que l'égale influence des suffrages soit aussi effective après la procédure du vote, c'est à dire, pendant la législature. Le processus d'intégration européenne tend à conférer toujours plus de compétences à cette organisation supranationale. Face à ces mécanismes, les juges constitutionnels allemands sont conscients de la nécessité pour le *Bundestag* de conserver des compétences substantielles (§2), et cela afin de préserver son caractère démocratique (§1).

¹⁰⁷ FOURMONT (A.), « La nouvelle loi électorale fédérale allemande », *Juspoliticum*, 2013, n°11, p.11.

¹⁰⁸ BVerfGE, 89, 155.

§1 : La nécessaire préservation du caractère démocratique du *Bundestag* face au processus d'intégration européenne

La Cour constitutionnelle fédérale allemande veille autant que possible à ce que les citoyens aient une influence égale sur la composition du *Bundestag* lors des élections législatives. Mais encore faut-il que cette égalité soit effective et que le *Bundestag* puisse représenter correctement le peuple en prenant des décisions en leur nom. Il s'agit du noyau du concept de démocratie représentative. Depuis quelques années, cette effectivité de la représentation du peuple politique allemand par le parlement national doit faire face au risque toujours grandissant de la perte de compétences dans le cadre du processus d'intégration européenne graduellement mis en œuvre depuis la fin de la seconde guerre mondiale.

Dans les traités de Rome signés en 1957 et entrés en vigueur en 1958, les Etats membres de la Communauté économique européenne avaient avant tout pour but la création d'une communauté économique¹⁰⁹. Une intégration politique n'était alors pas la priorité. Avec l'introduction de l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct en 1979, l'influence et la légitimité de cette institution se sont accrues¹¹⁰. Par ailleurs, les traités successifs n'ont cessé d'accorder des compétences toujours plus larges à l'UE. Une part toujours plus importante des droits nationaux des Etats membres résulte de règlements ou de directives européennes.

A partir du Traité de Maastricht, les différentes Cours constitutionnelles des Etats membres de l'UE ont commencé à protéger leur « identité nationale »¹¹¹.

Face au transfert croissant de compétences il est apparu nécessaire à la Cour constitutionnelle allemande de réaffirmer le caractère démocratique du *Bundestag* et l'importance du maintien au sein de l'assemblée de compétences substantielles touchant « les conditions de vie économiques, culturelles et sociale »¹¹² des Allemands. La Cour introduit des compétences diverses et étendues dans ce large espace. On y compte la citoyenneté, la force civile et militaire, le droit pénal, le pouvoir fiscal, les principes de l'Etat social, la langue nationale, le régime de la liberté d'expression et de la liberté de religion¹¹³. Les juges constitutionnels expliquent cette nécessité par la nature de l'UE. Selon la Cour, l'UE est une

¹⁰⁹ HERDEGEN (M.), *Europarecht*, Munich, C. H. Beck, 2012, 14^{ème} éd., p. 50

¹¹⁰ http://europa.eu/about-eu/eu-history/1970-1979/index_fr.htm, consulté le 09.05.2015.

¹¹¹ V. DONNARUMMA (M. R.), « Intégration européenne et sauvegarde de l'identité nationale dans la jurisprudence de la Cour de justice et des Cours constitutionnelles », *RFDC*, 2010/4, n°84, pp. 719-750.

¹¹² BVerfGE, 123, 267 (358).

¹¹³ MÜLLER-GRAFF (P.-C.), « L'arrêt de Karlsruhe sur le Traité de Lisbonne », *Regards sur l'économie allemande*, 2009, n°92, p. 8 consultable sur <http://rea.revues.org/3743>, consulté le 02.01.2015.

Union d'Etats souverains (*Staatenverbund*) et ne dispose pas de la légitimité démocratique suffisante pour disposer de compétences trop importantes. En effet, bien que le Parlement européen soit élu au suffrage universel direct, les citoyens allemands n'élisent qu'une partie des députés. Ils ne légitiment donc pas le Parlement européen dans son ensemble. Or, le suffrage en droit allemand est étroitement lié à la notion de démocratie et de légitimation. La démocratie est la démocratie du peuple allemand et les organes exerçant le pouvoir sont tous légitimés par le peuple politique allemand. Selon ce raisonnement, le Parlement européen présente un déficit démocratique et n'est pas un organe capable de représenter la volonté du peuple allemand.

La Cour a successivement déclaré que les traités de Maastricht et de Lisbonne n'octroyaient pas à l'UE des compétences empiétant sur les fonctions régaliennes de l'Etat, « le peuple allemand décide, comme auparavant, des faits politiques essentiels au niveau fédéral et au niveau des *Länder* » (« *das Deutsche Volk [bestimmt] in Bund und Ländern nach wie vor über wesentliche politische Sachverhalte* »). L'avertissement est tout de même lancé, l'UE ne peut pas bénéficier de compétences trop étendues, le *Bundestag* étant le seul organe démocratiquement légitime pour exercer certaines fonctions au nom du peuple allemand¹¹⁴.

Ce raisonnement de la Cour a reposé sur deux fondements principaux, le droit de suffrage de l'art. 38 al. 1 LF et le principe de démocratie.

§2 : L'égalité du suffrage, obstacle aux transferts substantiels de compétences du *Bundestag* vers l'Union européenne

Dans les arrêts de 1993 et de 2009, respectivement relatifs au Traité de Maastricht et au Traité de Lisbonne, La Cour constitutionnelle a élargi le champ de protection de l'égalité du suffrage.

Le 7 février 1992, le Traité de Maastricht, représentant une « nouvelle étape dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe » (art. 1 al. 2 TUE), est signé par les Etats membres de l'UE. Le 2 décembre 1992, la loi de ratification est adoptée par le *Bundestag* et approuvée à l'unanimité par le *Bundesrat* le 18 décembre de la même année. Une loi révisant la Loi fondamentale est adoptée le 21 décembre 1992 afin d'assurer la cohérence entre le Traité européen et le texte constitutionnel allemand. Deux recours constitutionnels directs sont alors introduits devant la Cour constitutionnelle pour

¹¹⁴ VINTZEL (C.), « La Cour constitutionnelle allemande et le *Bundestag* », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, 2014/1, n°21, p. 113.

contester la loi de ratification et la révision constitutionnelle. Les requérants invoquent une violation de la dignité humaine, du libre épanouissement de la personne, des libertés d'opinion et de réunion, du principe démocratique et de l'art. 38 al. 1 LF, soit le droit de suffrage. Les juges de Karlsruhe ont admis la recevabilité de la requête uniquement sur le fondement de l'art. 38 LF¹¹⁵. Ce faisant, la Cour accorde une dimension supplémentaire au droit de suffrage et par conséquent à l'égalité du suffrage. Il ne s'agit plus juste de permettre aux citoyens d'avoir une influence égale sur la composition du *Bundestag*. La Cour poursuit et approfondit le raisonnement. Le principe démocratique et le droit des citoyens à la participation au pouvoir en légitimant les organes concernés entraînent une conséquence supplémentaire. Le droit de suffrage des citoyens est atteint lorsque « la sauvegarde des compétences du *Bundestag* est, dans une large mesure, ignorée au profit d'un organe de l'UE »¹¹⁶. En précisant que ce droit est un « droit subjectif » la Cour constitutionnelle laisse entre les mains des citoyens le moyen de veiller au respect de la démocratie allemande en saisissant les juges de Karlsruhe d'un recours constitutionnel direct. Le peuple allemand est le garant du respect du principe démocratique allemand. Le droit à l'égalité du suffrage leur permet de revendiquer une influence la plus égale possible sur la composition du *Bundestag* et la conservation par cette assemblée d'un noyau de compétences substantielles nécessaires au fonctionnement de la démocratie allemande.

Le schéma de la décision relative au Traité de Lisbonne est relativement semblable. La Cour a cependant étoffé plus encore son raisonnement. La Cour a été saisie d'un litige entre organes et d'un recours constitutionnel direct contestant la loi de ratification au Traité de Lisbonne. Le recours direct invoquait la violation du droit de suffrage des citoyens allemands en lien avec le déficit démocratique de l'UE et l'interruption de la chaîne de légitimation, chère au droit constitutionnel allemand. Comme pour le Traité de Maastricht, la Cour constitutionnelle fédérale rejette les recours et valide la loi de ratification. Mais, elle réaffirme que « par le suffrage, le pouvoir d'Etat est non seulement légitimé au sens de l'art. 20 al. 1 et 2 LF, mais se voit aussi imposer une influence dirigeant la manière dont il doit s'exercer »¹¹⁷. Il s'agit de l'influence qu'exercent les citoyens au moyen du suffrage. Une égale influence sur

¹¹⁵ FROMONT (M.), in BON (P.), MAUS (D.), *Les grandes décisions des Cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, 2008, p. 439.

¹¹⁶ BVerfGE, 89, 155 (172) : « Das Recht des Beschwerdeführers aus Art. 38 GG kann demnach verletzt sein, wenn die Wahrnehmung der Kompetenzen des Deutschen Bundestages so weitgehend auf ein von den Regierungen gebildetes Organ der Europäischen Union oder der Europäischen Gemeinschaften übergeht ».

¹¹⁷ BVerfGE, 123, 267 (330) : « Mit der Wahl wird die Staatsgewalt auf Bundesebene nicht nur nach Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG legitimiert, sondern zudem auch dirigierender Einfluss genommen, wie diese ausgeübt wird ».

la composition d'une assemblée incapable de prendre les décisions essentielles pour le peuple allemand et au nom du peuple allemand serait vidée de son sens. L'effectivité de l'égalité du suffrage est ainsi préservée. La Cour encadre le développement de l'UE. Elle ne s'oppose pas radicalement à la fédéralisation de l'Union mais estime qu'un tel changement entraînerait des conséquences lourdes et irrévocables relatives aux transferts de souveraineté (*Souveränitätsübertragung*). De ce fait, une telle décision est réservée au consentement direct et éclairé du peuple allemand¹¹⁸.

La grande innovation de la décision de la Cour constitutionnelle allemande sur le Traité de Lisbonne concerne l'ancrage de l'égalité du suffrage dans le principe de la dignité humaine. Alors que dans sa décision de 1993, la Cour avait refusé de considérer la requête comme recevable, en tant qu'elle était fondée sur le principe de dignité, elle fonde une partie de son argumentation sur cette disposition de la Loi fondamentale en 2009¹¹⁹. La dignité humaine se dresse comme un rempart supplémentaire dans la protection des compétences du *Bundestag* face au processus d'intégration européenne.

L'application de l'égalité du suffrage et, de manière plus générale, des principes directeurs du suffrage de l'art. 38 al. 1 LF par la Cour constitutionnelle reçoit, dans sa jurisprudence relative à l'UE, une nouvelle dimension et un sens plus large.

L'ancrage de l'égalité du suffrage dans le principe de démocratie était reconnu depuis déjà longtemps par la Cour. Dans son interprétation de l'égalité électorale, la notion de démocratie et les conséquences qu'elle emporte ont une place centrale et déterminante. L'ajout de la dignité humaine dans ce schéma ne fait que renforcer la protection de l'égalité des citoyens allemands dans l'exercice de leur droit de suffrage. En effet, les articles fixant ces deux grands principes du droit constitutionnel allemand entrent dans le champ de protection de l'art. 79 al. 3 LF qui interdit leur révision. Si l'égalité du suffrage est directement interprétée et appliquée comme constituant une composante de ces principes, elle entre aussi alors indirectement dans le champ de protection de la « clause d'éternité » de l'art. 79 al. 3 LF.

Par ailleurs, l'application extensive de l'égalité du suffrage opérée par la Cour de Karlsruhe pour contrôler le transfert des compétences du *Bundestag* vers l'UE permet de conférer à l'égalité électorale un sens consolidé. La perte par le *Bundestag* de compétences

¹¹⁸ *Ibid.*, (348) ; V. BASILIEN-GAINCHE (M.-L.), « L'Allemagne et l'Europe. Remarques sur la décision de la Cour constitutionnelle fédérale relative au traité de Lisbonne », http://www.sciencespo.fr/ceci/sites/sciencespo.fr/ceci/files/art_mbg.pdf, consulté le 26.05.2015.

¹¹⁹ BVerfGE, 123, 267 (341) ; V. *infra*, p. 28.

substantielles viderait le principe de l'égalité du suffrage de son sens. Il n'est pas utile d'élire une assemblée de représentants incapable de « représenter ». L'application de l'égalité du suffrage pour préserver la capacité du *Bundestag* à prendre les décisions concernant le peuple allemand renforce la signification et la portée de ce droit à l'égalité.

Le droit à l'égalité du suffrage est donc mis à contribution dans des circonstances diverses et permet à la Cour de contrôler et de préserver le caractère démocratique du *Bundestag*, le seul organe fédéral légitimé directement par le peuple allemand au moyen de son droit de suffrage. L'égalité du suffrage garantit l'existence d'une assemblée démocratique représentant de la façon la plus égale possible tous les citoyens allemands et disposant des compétences nécessaires à la prise de décisions touchant directement ces mêmes citoyens.

Néanmoins, le droit à l'égalité du suffrage, comme tout droit fondamental, est susceptible de souffrir des exceptions, parfois nécessaires en fonction des circonstances de fait ou de droit. Mais la Cour constitutionnelle veille à ce que ces exceptions soient encadrées et dûment justifiées.

Chapitre 2 : le champ restreint des exceptions à l'égalité du suffrage

L'égalité du suffrage est donc un principe appliqué dans le but de garantir le caractère démocratique des institutions. Mais il doit, à l'instar de nombreux principes et droits constitutionnels, être parfois combiné avec d'autres impératifs applicables à ces mêmes institutions. La Cour constitutionnelle allemande tolère deux types de restrictions à l'égalité du suffrage, l'une concerne l'efficacité de l'assemblée (Section 1) et la seconde le caractère personnalisé du suffrage, facteur d'intégration effective de la volonté politique du peuple (Section 2).

Section 1 : L'importance du principe d'efficacité dans la démocratie représentative allemande

Le système électoral allemand est fondamentalement proportionnel. Un tel mode de scrutin est *a priori* le plus démocratique qui soit. Mais l'histoire allemande a démontré les dangers d'un système totalement proportionnel relativement à l'efficacité de l'assemblée

représentative (§1). C'est pourquoi la Cour constitutionnelle tolère une exception à l'égalité du suffrage, le seuil électoral (§2). Toutefois, l'utilité de cette clause est revenue dans le débat juridique dernièrement, suite à la position des juges constitutionnels sur le sujet dans le cadre des élections européennes (§3).

§1 : La recherche nécessaire d'un compromis entre les principes de justice et d'efficacité

Lors de l'élaboration de la Loi fondamentale de 1949, les juristes avaient tous en mémoire l'échec de la République de Weimar. La Constitution de Weimar a fait entrer la démocratie en Allemagne de façon trop brutale. L'assemblée parlementaire était élue sur la base d'un scrutin proportionnel strict. Toutes les voix des citoyens étaient prises en compte de façon égale et la répartition des sièges au parlement reflétait fidèlement les résultats des élections.

L'échec de la République de Weimar au début des années 1930 a été provoqué par divers facteurs, notamment juridiques, dont l'éparpillement des partis (*Splitterparteien*) au sein de l'assemblée parlementaire. On compte neuf élections législatives en quatorze ans¹²⁰. La stabilité a vite quitté, si elle a un jour atteint, le *Reichstag* et il était devenu impossible de construire des coalitions majoritaires capables de gouverner.

Pascal écrivait « Il est juste que ce qui est juste soit suivi ; il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi. (...) La justice sans la force est impuissante »¹²¹. Il s'agit là d'un des problèmes centraux auxquels un système électoral établissant un scrutin proportionnel, comme c'est le cas en droit allemand, doit faire face. Il ne peut y avoir de démocratie représentative si les représentants sont dans l'incapacité d'agir. Pour ce faire, il faut une assemblée suffisamment forte. Mais la démocratie représentative nécessite aussi une représentation juste du peuple, ce qui n'est pas envisageable sans égalité dans l'élection. Force et justice, efficacité et égalité, doivent donc être combinées et le renforcement de l'une doit être contrôlé pour s'assurer qu'il n'entame pas l'autre exagérément.

¹²⁰ SIMARD (A.), « L'échec de la constitution de Weimar et les origines de la démocratie militante en R.F.A. », *Juspoliticum*, 2008, n°1, p. 3.

¹²¹ Pascal, *Pensées*, 298. Fragment complet : « Justice, force. Il est juste que ce qui est juste soit suivi ; il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi. La justice sans la force est impuissante ; la force sans la justice est tyrannique. La justice sans force est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants. La force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force, et pour cela faire que ce qui est juste soit fort ou que ce qui est fort soit juste. La justice est sujette à dispute. La force est très reconnaissable et sans dispute. Aussi on n'a pu donner la force à la justice, parce que la force a contredit la justice et a dit qu'elle était injuste, et a dit que c'était elle qui était juste. Et ainsi, ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste. ».

Le principe d'efficacité est pris en compte par le législateur et par la Cour constitutionnelle fédérale et peut constituer une atteinte justifiée au droit à l'égalité du suffrage. Cependant, il n'est toléré que dans la deuxième étape de l'égalité électorale, c'est-à-dire concernant l'égalité de l'influence des voix sur la répartition des sièges. La première étape, constituée par l'expression « un homme, une voix » au sens strict, ne peut être atteinte. Seule l'idée de justice intervient dans la répartition des voix entre les électeurs et l'égalité est absolument respectée. Cette exigence d'égalité stricte est largement admise aujourd'hui.

Dans la loi électorale fédérale, l'idée du scrutin proportionnel a été conservée mais une disposition ayant pour but de garantir l'efficacité de l'assemblée a été ajoutée. Cette disposition est appelée « clause d'accès » ou « seuil électoral » (*Sperrklausel*).

§2 : Le seuil électoral, gage d'efficacité du *Bundestag*

Pour éviter la multiplication et l'éparpillement des partis au *Bundestag*, le législateur a introduit une condition supplémentaire à la simple élection pour intégrer l'assemblée. Il faut que les partis aient obtenu au moins 5% des mandats de liste sur le territoire national pour pouvoir prétendre à occuper des sièges au *Bundestag*. Ainsi, les petits partis non soutenus par une portion suffisante du peuple électeur sont exclus de la répartition des sièges à la proportionnelle au *Bundestag*. Ce faisant, la capacité d'agir (*Funktionsfähigkeit*) des députés et, par conséquent, l'efficacité de l'assemblée sont garanties. Cette disposition est prévue par le §6 al. 3, phrase 1, première alternative BWahlG.

La clause d'accès constitue une atteinte immédiate à l'égalité passive du suffrage car les partis politiques sont directement visés par cette mesure. Mais la *Sperrklausel* a aussi une incidence très importante sur le droit de suffrage actif. Les citoyens ayant accordé leurs suffrages à ces partis ne les voient pas intégrer le *Bundestag*. On constate alors une rupture de l'égalité des citoyens quant à l'influence de leurs votes sur la composition de l'assemblée. A l'occasion des élections de 2013, 15% des voix des électeurs allemands n'ont pas été prises en compte dans la répartition des sièges à la proportionnelle parce que les suffrages étaient adressés à des partis n'ayant pas obtenu 5% des mandats de liste au niveau national. Cette clause a pour effet d'affaiblir l'opposition et la représentation des citoyens minoritaires ainsi que le caractère démocratique de l'assemblée. Une réelle atteinte à l'égalité du suffrage est donc constituée.

La Cour constitutionnelle a été très rapidement saisie de la constitutionnalité de ce mécanisme. Elle s'est prononcée pour la première fois sur le sujet dans une décision de 1952¹²². En l'espèce, les requérants attaquaient une loi du *Land* Schleswig-Holstein de 1951 augmentant le quorum des voix nécessaires de 5% à 7,5% pour qu'un parti puisse intégrer le *Landtag*. La requête s'appuyait sur la violation de l'égalité du suffrage, mais était fondée sur l'art. 3 LF, soit le principe général d'égalité. L'art. 38 LF ne pouvait pas encore être invoqué à l'appui d'un recours constitutionnel¹²³. La Cour a déclaré l'inconstitutionnalité de la clause d'accès à 7,5%, non pas parce qu'elle constituait une atteinte à l'égalité du suffrage, des limitations pouvant être tolérées, mais parce que, dans le cas concret, cette atteinte n'était pas compensée par un mécanisme destiné à protéger les petits partis. La Cour estimait que la clause d'accès dans le *Land* de Schleswig-Holstein ne pouvait pas être plus élevée que celle en vigueur au niveau fédéral, c'est-à-dire à hauteur de 5%. Il n'existe plus de seuil électoral en Schleswig-Holstein aujourd'hui¹²⁴.

Si la Cour censure le seuil électoral prévu dans le droit du Schleswig-Holstein en 1952, elle ne censure par le principe même d'une telle clause. En effet, elle estime que « au second stade du vote proportionnel (*Erfolgswertgleichheit*), des différenciations ne sont pas exclues. (...). Le vote doit munir l'Etat d'organes capables d'agir, c'est-à-dire d'un parlement qui, grâce à sa majorité, est capable de construire un gouvernement et de fournir un travail législatif »¹²⁵. Un seuil électoral peut donc tout à fait être justifié afin de combattre un éparpillement des partis au parlement¹²⁶ et de garantir l'efficacité de l'assemblée. Ces raisons constituent pour la Cour des motifs impérieux (*zwingende Gründe*).

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle est constante sur ce point depuis 1952 et elle refuse d'autres justifications du seuil électoral. Dans une décision de 2008, elle a en effet estimé, du moins pour les élections municipales, que la volonté de maintenir les partis extrémistes en dehors de l'assemblée parlementaire ne pouvait justifier une telle mesure. Il en est de même lorsque la clause des 5% est employée dans le but de maintenir à l'écart des

¹²² BVerfGE (05.04.1952) 1, 208.

¹²³ *Ibid.*, (237).

¹²⁴ BVerfGE (13.02.2008), 120, 82.

¹²⁵ *Ibid.*, (247), « Im zweiten Stadium der Verhältniswahl hingegen, wo es um den *Erfolgswert* der Stimmen geht, sind Differenzierungen nicht ausgeschlossen. (...) Die Wahl soll den Staat mit handlungsfähigen Organen versehen, d. h. mit einem Parlament, das nach seinen Mehrheitsverhältnissen fähig ist, eine Regierung zu bilden und sachliche gesetzgeberische Arbeit zu leisten. ».

¹²⁶ *Ibid.*, (256).

partis politiques représentant essentiellement des intérêts particuliers et non orientés vers le bien commun¹²⁷. Ce devoir revient directement aux citoyens détenteurs du droit de suffrage.

Cependant, même si la Cour admet la nécessité d'un seuil électoral pour garantir la capacité d'action des organes parlementaires de l'Etat, elle opère un contrôle très régulier de ce mécanisme, peu importe qu'il s'agisse d'une clause d'accès aux élections locales, fédérales, ou même européennes. La fréquence de ce contrôle s'explique notamment par la prise en compte toujours scrupuleuse des situations de fait par la Cour. Dès 1952, la Cour exprime cette politique jurisprudentielle en disant que le droit est toujours lié aux situations qu'il régit (« Alles Recht ist situationsgebunden »)¹²⁸ et que le seuil électoral ne peut être ni validé ni annulé une fois pour toute. C'est la raison pour laquelle la Cour a pu rendre en 1990 une décision relative au seuil électoral de 5% qui n'entre pas dans la ligne jurisprudentielle constante s'y référant mais qui ne remet pas en cause pour autant le raisonnement initial des juges constitutionnels.

Depuis l'adoption de la Loi fondamentale en 1949, l'Allemagne a connu une période provoquant quelques bouleversements momentanés du système électoral. Lors des premières élections fédérales de l'Allemagne réunifiée, les circonstances de faits ont mené la Cour constitutionnelle à modifier pour le cas d'espèce sa jurisprudence relative au seuil électoral. En 1990, le peuple politique titulaire du droit de suffrage pour l'élection des députés du *Bundestag* s'est agrandi, les citoyens des Etats de l'ancienne République démocratique allemande ont rejoint la République fédérale d'Allemagne¹²⁹. Les partis politiques implantés en Allemagne de l'est mais pas en République fédérale d'Allemagne ont craint de ne pouvoir intégrer le *Bundestag*, faute d'un soutien suffisant sur la totalité du nouveau territoire allemand.

A cette occasion, la Cour constitutionnelle allemande a rappelé l'une de ses observations émises en 1952, la constitutionnalité du seuil électoral en droit allemand ne peut être contrôlée de manière générale, elle doit être appréhendée en fonction des circonstances¹³⁰. Selon la Cour constitutionnelle, il résultait des circonstances particulières en Allemagne au moment de la réunification que le seuil électoral de 5% ne pouvait être mis en

¹²⁷ BVerfGE, 120, 82 (109).

¹²⁸ BVerfGE, 1, 208 (259).

¹²⁹ WAHL (R.), « Das Wahlrecht in der Sondersituation der deutschen Einigung », *NJW*, 1990, p. 2585.

¹³⁰ BVerfGE, 82, 322 (322).

œuvre de la façon habituelle¹³¹. Il n'était pas non plus question pour la Cour d'effacer intégralement le seuil électoral pour ces élections car l'utilité d'un tel mécanisme était avérée. De ce fait, la Cour a estimé qu'une telle clause était admissible pour les élections de 1990 mais qu'elle devait être aménagée et ne pas être appliquée en bloc sur la totalité du territoire de l'Allemagne réunifiée. Il a donc résulté de la décision de la Cour constitutionnelle de septembre 1990 la division, à titre exceptionnel, du territoire de l'Allemagne réunifiée pour l'application de la clause d'accès. Les partis devaient obtenir 5% des mandats de liste soit sur l'ancien territoire de la République démocratique allemande et à Berlin Ouest, soit sur le territoire de la RFA tel qu'il existait avant la réunification.

Le seuil électoral est donc, certes, considéré comme une limitation justifiée du droit à l'égalité du suffrage mais est aussi strictement encadré par la Cour constitutionnelle. La décision de 1990 a été rendue à l'unanimité des juges. Cela peut paraître anecdotique mais l'unanimité des juges sur cette question donne deux informations importantes.

La Cour constitutionnelle allemande est une Cour qui utilise la méthode des opinions séparées. Un juge peut rédiger une opinion individuelle si son avis diffère de l'opinion majoritaire, que ce soit à propos de la solution ou à propos des motifs employés pour arriver à cette solution. Lorsqu'une décision est rendue à l'unanimité des juges, son contenu n'en a que plus de force.

Par ailleurs, cela montre aussi que le contrôle du seuil électoral est considéré avec beaucoup de sérieux par les juges constitutionnels et la prise en compte des circonstances de faits, certes exceptionnelles, est inhérente au contrôle du seuil électoral. La présence du juge Ernst-Wolfgang Böckenförde à la Cour en 1990 est particulièrement significative. Ce juge est notamment connu pour son opinion individuelle dans une décision de 1995 relative à l'impôt sur le patrimoine. La Cour constitutionnelle avait estimé que le droit de propriété protégé par l'article 14 de la Loi fondamentale permettait de limiter le pouvoir fiscal de l'Etat¹³². Ce faisant, elle était revenue sur sa jurisprudence antérieure selon laquelle elle n'interférait pas avec le pouvoir fiscal du législateur. A cette occasion, le juge Böckenförde avait rédigé une longue opinion individuelle condamnant l'interprétation « abusive » de la Constitution et l'intrusion de la Cour constitutionnelle fédérale dans le domaine d'action du législateur¹³³.

¹³¹ *Ibid.*, (339, 342).

¹³² BVerfGE (22.06.1995), 93, 121 ; FROMONT (M), « Les revirements de jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, 2006.

¹³³ *Ibid.*, (157).

D'après lui, la Cour aurait agi comme un *autorativer Praeceptor*¹³⁴, ce que Eckhard Jesse qualifie par le terme de *Übergesetzgeber* (législateur supérieur)¹³⁵. Ernst-Wolfgang Böckenförde s'érigeait ainsi en défenseur de la règle de retenue judiciaire impliquant un retrait du juge vis-à-vis du législateur face aux faits législatifs. Sa présence au sein des juges fondant leur décision sur les circonstances de faits en 1990 renforce d'une certaine manière la portée de cette décision.

Le contrôle du seuil électoral par la Cour constitutionnelle d'Allemagne ne s'étend pas uniquement à la prise en compte de circonstances particulières de faits. Les juges sont aussi attentifs au système dans lequel le seuil s'inscrit. Cela a dernièrement mené la Cour, au regret de certains de ses membres, à déclarer l'inconstitutionnalité de la clause d'accès dans le cadre des élections européennes.

§3 : Le cas particulier du seuil électoral pour l'élection du Parlement européen

Le droit de l'UE ne prévoit aucune procédure unique et commune pour tous les Etats membres de l'Union concernant l'élection des députés au Parlement européen. L'élection se déroule donc dans chaque Etat membre selon la législation établie en droit national. La loi fédérale relative aux élections des députés au Parlement européen (*Gesetz über die Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlament aus der Bundesrepublik Deutschland – EuWG*) dicte depuis 1979 la procédure électorale à suivre. Cette loi prévoyait l'existence d'une clause d'accès élevée à 5% validée par la Cour constitutionnelle en 1979¹³⁶.

En 2002, une décision du Conseil impose le scrutin proportionnel et donne la possibilité aux Etats membres d'insérer un seuil électoral d'une hauteur maximale de 5 %. La loi allemande de 1979 s'insère parfaitement dans ce cadre. Aucune exigence d'égalité n'apparaît dans la réglementation européenne. Seuls sont prévus des impératifs d'universalité, de liberté, de secret et d'immédiateté. Cependant, dans la mesure où les élections européennes se déroulent dans les Etats membres de l'UE en fonction du droit en vigueur sur leur territoire, le principe constitutionnel d'égalité du suffrage doit s'appliquer en Allemagne, y compris pour l'élection des députés européens.

¹³⁴ *Ibid.*, (151 f.). Böckenförde fait directement référence au *judicial self-restraint* dans son opinion individuelle.

¹³⁵ JESSE (E), *Demokratien des 21. Jahrhunderts im Vergleich : Historische Zugänge, Gegenwartsprobleme, Reformperspektiven*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2003, p. 100.

¹³⁶ BVerfGE, 51, 222.

A l'occasion des élections européennes de 2009, 32 partis et associations politiques se sont présentés à l'élection. Seuls six partis (CDU, SPD, die Grünen, FDP, die Linke et CSU) ont dépassé les 5% des suffrages exigés et ont pu accéder au Parlement européen. Si une telle clause n'avait pas été en vigueur, sept autres partis ou associations politiques auraient pu obtenir un ou deux sièges chacun. La Cour constitutionnelle a été saisie d'un recours en contestation des élections, à l'appui duquel était invoquée l'inconstitutionnalité du seuil électoral de 5%, considérée comme étant trop attentatoire à l'égalité du suffrage et au principe de démocratie. La Cour a déclaré l'inconstitutionnalité de cette disposition de la loi fédérale relative à l'élection des députés européens¹³⁷. Mais dans cette affaire, les juges de la Cour constitutionnelle allemande n'ont pas réussi à trouver de consensus, à s'unir derrière une solution unique, et trois juges sur les huit n'ont pas suivi l'opinion majoritaire.

Pour trouver une solution, l'opinion majoritaire est partie du même constat que celui de la Cour vis-à-vis de l'égalité du suffrage en droit interne. Il s'agit d'un principe qui doit être strictement respecté et qui ne laisse qu'une marge de manœuvre très restreinte au législateur lorsque celui-ci souhaite limiter ce droit. Dans la décision de 2012, le juge veut pouvoir constater la vraisemblance d'une atteinte à l'efficacité de l'organe représentatif en l'absence de seuil électoral¹³⁸. S'il ne le peut pas, ce seuil n'est, selon lui, pas justifié¹³⁹. Par ailleurs, s'agissant du Parlement européen, la Cour rappelle qu'il ne s'agit pas d'un organe représentatif comparable au *Bundestag* car il n'a pas la même fonction. Il n'élit aucun gouvernement de l'Union à la suite des élections et aucune majorité particulière n'est nécessaire dans le processus de création du droit. L'exigence d'efficacité appliquée au Parlement européen est donc moins lourde que celle qui existe dans le cadre des élections législatives fédérales. Par ailleurs, les juges constitutionnels remarquent que les sept partis qui auraient pu intégrer le Parlement européen étaient tout à fait susceptibles de se joindre à des groupes parlementaires déjà existants. Ce faisant, ils s'appuient sur le groupe parlementaire européen comme l'unité de travail principale (*zentrale Arbeitseinheit*)¹⁴⁰. Au Parlement européen, les groupes parlementaires occupent la fonction d'intégration de la volonté du peuple électeur et l'ajout de sept partis n'en aurait pas modifié la structure. La pluralité des

¹³⁷ BVerfGE, 129, 300.

¹³⁸ Le raisonnement suivi quant à la vraisemblance de l'atteinte à l'efficacité du parlement est le même que celui qui a mené la Cour à déclarer l'inconstitutionnalité de la clause des 5% dans le Land de Schleswig-Holstein en 2008.

¹³⁹ Communiqué de presse de la Cour constitutionnelle allemande du 9 novembre 2011, n°70/2011.

¹⁴⁰ BVerfGE, 129, 300 (326).

courants politiques fait partie de « l'idée européenne »¹⁴¹, dont la devise est « unis dans la diversité ». Cette institution se démarque donc réellement de la Diète fédérale. En l'espèce, aucun affaiblissement vraisemblable de l'efficacité de l'organe représentatif n'a été démontré. En l'absence de justification suffisante du seuil électoral, la Cour a déclaré cette clause comme étant effectivement attentatoire à l'égalité du suffrage et, par conséquent, inconstitutionnelle.

Les juges Di Fabio et Mellinshoff n'ont adhéré ni à la motivation ni à la solution de l'opinion majoritaire. Ils reprochent à la Cour d'avoir modifié sa jurisprudence de 1979 sans avoir explicité les raisons éventuelles d'un changement des critères à l'aune desquels la constitutionnalité du seuil électoral était contrôlée. L'utilisation du critère de vraisemblance par la Cour constituerait, de plus, une intrusion trop importante dans la liberté de manœuvre du législateur (*Gestaltungsspielraum*). On retrouve ici un débat qui n'est pas propre au droit de suffrage mais qui n'a toujours pas été résolu aujourd'hui au sein de la Cour constitutionnelle allemande. Ce débat porte sur la prise en compte d'une atteinte vraisemblable ou d'une atteinte potentielle dans les situations incertaines comme celle-ci¹⁴². Di Fabio et Mellinshoff sont aussi d'avis que la solution de la Cour n'est pas en adéquation avec l'augmentation progressive des responsabilités et de l'influence politique du Parlement européen.

Suite à cette décision, le législateur allemand a modifié la loi fédérale relative à l'élection des députés européens en abaissant le seuil électoral exigé de 5% à 3%. La Cour constitutionnelle a immédiatement été saisie de cette nouvelle disposition par le biais d'un recours constitutionnel direct et d'un litige entre organes.

Dans une décision de 2014, les juges constitutionnels ont déclaré la clause des 3% comme étant inconstitutionnelle au regard des circonstances actuelles et des fonctions concrètes du Parlement européen¹⁴³. Le raisonnement suivi est le même qu'en 2011. Cet arrêt n'a pas non plus été rendu à l'unanimité. Le juge Müller, dans son opinion dissidente, relève quant à lui que les différences entre le Parlement européen et le *Bundestag* sont encore considérables mais qu'elles ne justifient pas pour autant une appréciation différente de la

¹⁴¹ TOMCZAK (K), « A Never-Ending Story : Wahlrechtliche Sperrklauseln in der Mehrebenendemokratie », *BRJ*, 2014, n°1, p. 33.

¹⁴² Les juges de la Cour constitutionnelle font face à ce problème en droit de l'environnement notamment. En matière d'application du principe de précaution, les décisions de la Cour oscillent entre la prise en compte du risque potentiel et la prise en compte du risque vraisemblable de dommage à l'environnement en cas d'incertitude scientifique.

¹⁴³ BVerfG, 2 BvE 2/13 (§54).

signification de l'impératif d'efficacité de l'organe en question. Le débat reste donc relativement le même en 2014 qu'en 2011.

On peut s'attendre aujourd'hui à de nouvelles saisines de la Cour contestant le seuil électoral dans le cadre des élections législatives fédérales. En effet, depuis les deux décisions relatives à la clause d'accès aux élections européennes, l'utilité d'une telle disposition en droit allemand est à nouveau discutée dans la sphère publique. La Cour a suffisamment expliqué, au fil de ses décisions, l'intérêt du seuil électoral pour les élections du *Bundestag*. Néanmoins, son attachement aux circonstances encadrant ce seuil pourrait l'amener à en réduire le taux¹⁴⁴. Les partisans du maintien du seuil électoral réclament, quant à eux, son inscription dans la Loi fondamentale, ce qui aurait pour effet de clore définitivement le débat.

Le seuil électoral constitue une atteinte à l'égalité du suffrage mais est néanmoins considéré comme nécessaire pour préserver l'efficacité et la capacité d'action du *Bundestag*. La situation est la même pour les parlements des *Länder*. Le contrôle de la clause d'accès par la Cour constitutionnelle est opéré de façon étendue, à la fois en fonction du système électoral visé et en fonction des circonstances particulières de faits. De plus, le seuil électoral en droit fédéral est compensé par un autre mécanisme, la clause des mandats directs. Cependant, cette clause, qui sert à protéger les petits partis et l'intégration de la volonté politique des électeurs, constitue aussi une atteinte partielle à l'égalité du suffrage.

Section 2 : Les mandats directs, une exception justifiée à l'égalité du suffrage

La seconde limite à l'égalité du suffrage admise par la Cour constitutionnelle est la clause des mandats directs (*Grundmandatsklausel*), considérée aussi comme un tempérament à la clause des 5% (§1). Le mécanisme des mandats directs permet aux petits partis ou aux partis implantés exclusivement localement d'intégrer le *Bundestag* et de représenter les intérêts de leurs électeurs. De cette manière, la volonté politique du peuple est effectivement intégrée au niveau de la Diète fédérale (§2).

¹⁴⁴ TOMCZAK (K.), « A Never-Ending story : Wahlrechtliche Sperrklauseln in der Mehrebenendemokratie », *op. cit.*, p. 35.

§1 : La clause des mandats directs, atteinte à l'égalité du suffrage

Les mandats directs constituent un tempérament législatif à la clause des 5%. Ils sont fixés par le §6 al. 3, phrase 1, deuxième alternative BWahlG. Un parti politique qui n'a pas obtenu suffisamment de mandats de liste sur le territoire national et n'a donc pas passé le seuil des 5% peut tout de même intégrer le *Bundestag* s'il a obtenu au moins trois mandats de circonscription. Ces trois mandats lui permettent de participer à la répartition des sièges à la proportionnelle, ce qui peut faire augmenter sensiblement le nombre de sièges qui lui seront octroyés. Or, si un parti n'a pas obtenu 5% des mandats de liste au niveau national, c'est parce qu'il n'est pas soutenu par les citoyens sur l'ensemble du territoire. Toutefois, s'il a obtenu au moins trois mandats de circonscriptions, c'est parce qu'il dispose d'un réel soutien local. Les citoyens ayant accordé leurs suffrages à ce type de parti les envoient donc au Parlement avec une représentation conséquente. La clause des mandats directs permet de rééquilibrer la représentation en autorisant de petits partis insusceptibles d'obtenir plus de 5% des mandats de liste, mais bien implantés localement, à rejoindre l'assemblée représentative.

Le problème de la clause des mandats directs est qu'elle constitue aussi une atteinte à l'égalité du suffrage. Contrairement au seuil électoral, cette clause n'a pas pour effet de priver certains électeurs de leur influence sur la composition du *Bundestag*. A l'inverse, la clause des mandats directs donne plus de force aux voix des électeurs ayant voté pour ces partis. En effet, si ceux-ci sont autorisés à participer à la répartition des sièges à la proportionnelle, cela s'effectue en fonction du pourcentage de mandats de liste obtenus. Ce pourcentage leur permet d'obtenir bien plus de sièges que les trois mandats de circonscriptions dont ils se prévalent, au point parfois de pouvoir construire un groupe parlementaire et de renforcer sensiblement les moyens qui leurs sont accordés ainsi que leur influence au sein de l'assemblée. De ce fait, la clause des mandats directs constitue, sans doute possible, une atteinte à l'égalité électorale active quand bien même elle fut prévue dans le but de tempérer une autre atteinte au droit à l'égalité du suffrage.

L'atteinte à l'égalité passive du suffrage que cette clause représente est plus importante, c'est pourquoi elle nécessite d'être évoquée. La clause des mandats directs est susceptible de favoriser certains partis par rapport à d'autres qui auraient obtenu un soutien plus important au niveau national. Un parti X reçoit quatre mandats de circonscription et 2,3% des mandats de liste au niveau national. Un parti Y reçoit deux mandats de circonscription et 4,3% des mandats de liste au niveau national. Le parti Y dispose d'un soutien plus important sur l'ensemble du territoire. Toutefois, il ne remplit aucune des conditions du §6 al. 3

BWahlG. Il n'a pas obtenu 5% des mandats de liste ni au moins trois mandats de circonscription. Il ne peut donc pas intégrer le *Bundestag*. Le parti X, quant à lui est bien implanté localement mais n'a reçu que très peu de soutien au niveau national. Ses seuls mandats directs lui permettent d'intégrer la Diète fédérale et d'obtenir 2,3 % de la totalité des sièges de l'assemblée. Une rupture de l'égalité passive du suffrage est ici caractérisée.

La clause des mandats directs pose cependant moins de difficultés que le seuil électoral. Elle existe en droit fédéral allemand depuis 1949 et n'a servi qu'à deux occasions, en 1957 et 1994¹⁴⁵ depuis l'adoption de la loi électorale fédérale, c'est-à-dire sur 16 législatures.

La Cour constitutionnelle allemande s'est prononcée sur la constitutionnalité de cette clause après les élections de 1994, suite à un recours en contestation des élections. Cela lui a permis de préciser le fondement justifiant la clause des mandats directs, à savoir la garantie du caractère du suffrage comme processus d'intégration de la volonté politique des citoyens.

§2 : Le suffrage, processus d'intégration de la volonté du peuple

En 1949, les premières élections législatives fédérales sous l'empire de la Loi fondamentale ont lieu et une loi est adoptée spécialement pour ces élections, le Conseil parlementaire (*Parlamentarischer Rat*) ne s'étant pas encore décidé sur le mode de scrutin à adopter. Le Conseil parlementaire était l'organe politique, présidé par Konrad Adenauer et sous contrôle des forces alliées, chargé d'introduire un nouveau départ politique pour l'Allemagne de l'Ouest. La loi du 15 juin 1949 (*Wahlgesetz zum ersten Bundestag und zur ersten Bundesversammlung der Bundesrepublik Deutschland*) prévoyait un seuil électoral de 5% et une clause de mandat direct. Un seul mandat direct était exigé. Le BP (*Bayernpartei*) a obtenu 11 mandats directs et 4,2% des *Zweitstimmen* sur le territoire ouest allemand. L'utilité d'une telle clause a donc immédiatement été vérifiée au regard du nombre élevé de mandats de circonscriptions gagné par le BP, preuve d'un soutien non négligeable de la population au moins sur une partie du territoire¹⁴⁶. La répartition des sièges à la proportionnelle des sièges a permis au BP d'obtenir 17 sièges.

Cependant, lors des élections de 1994, le PDS (*Partei des Demokratischen Sozialismus*) a reçu 4,4% des mandats de liste au niveau national et 4 mandats de

¹⁴⁵ KLEIN (H.), in MAUNZ (T.), DÜRIG (G.), *Grundgesetz – Kommentar*, op. cit., Rn. 129.

¹⁴⁶ Le parti bavarois a remporté en Bavière 20,9% des suffrages (*Zweitstimmen*) exprimés.

circonscription à Berlin. Sur le fondement de la clause des mandats directs, le PDS a pu participer à la répartition des sièges à la proportionnelle et a obtenu 30 sièges au *Bundestag*. Les élections ont été contestées devant le Parlement qui a rejeté le recours, considéré comme étant manifestement infondé. La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne a été saisie en appel. Le requérant, invoquant l'égalité active du suffrage et l'égalité des chances des partis politiques, demandait à la Cour d'invalider la procédure électorale. Selon lui, le PDS aurait du obtenir les 4 sièges correspondant aux 4 mandats de circonscription mais les pas 26 supplémentaires liés à la répartition proportionnelle¹⁴⁷. La différence entre le nombre de mandats de circonscription gagnés et le nombre de sièges effectivement occupés était bien plus importante que concernant le BP en 1949. La Cour, à l'unanimité et dans une décision relativement brève, a, elle aussi, rejeté le recours en estimant qu'il s'agissait, certes d'une atteinte à l'égalité du suffrage, mais d'une atteinte justifiée.

Comme dans chaque décision de la Cour relative à l'égalité du suffrage, les juges constitutionnels débutent leur raisonnement en reposant le principe selon lequel l'égalité électorale, du fait de son rapport étroit avec le principe de démocratie, doit être comprise comme consistant en une égalité stricte et formelle. Néanmoins, les limites à l'égalité du suffrage doivent, certes, être légitimées par la Loi fondamentale, mais pas nécessairement imposée par le texte constitutionnel. Le but poursuivi par l'atteinte à l'égalité du suffrage ne doit pas obligatoirement constituer un but dont la poursuite est exigée par la constitution.

Selon la Cour, deux fonctions principales sont attachées au *Bundestag*. La première est son devoir de légiférer de façon effective et d'élire un chef de gouvernement. Le seuil électoral est destiné à préserver cette mission. La seconde fonction principale de la Diète fédérale est sa capacité à représenter la volonté du peuple de façon aussi complète que possible. En effet, tout comme nous avons vu qu'un parlement inefficace était inutile et ne permettait pas de mettre en œuvre le principe de démocratie, un parlement qui ne reflète pas la volonté politique du peuple détenteur de la souveraineté n'est pas démocratique non plus. Ces deux fonctions sont essentielles et doivent être protégées.

Cette fonction d'intégration de la volonté politique du peuple avait déjà été dégagée par la Cour constitutionnelle allemande dans sa décision de 1957 relative au seuil électoral pour les élections législatives fédérales¹⁴⁸. C'est de cette fonction que les juges constitutionnels tirent en 1997 la justification de la clause des mandats directs¹⁴⁹. La Cour

¹⁴⁷ BVerfGE (10.04.1997), 95, 408 (411).

¹⁴⁸ BVerfGE (23.01.1957), 6, 84 (92).

¹⁴⁹ BVerfGE, 95, 408 (421).

énonce que « la clause des mandats directs sert la fin, légitimée par la constitution, d'un équilibre entre deux buts partiellement opposés, soit, d'une part, constituer un parlement opérationnel et, d'autre part, obtenir une intégration effective du peuple de l'Etat » (« *Die Grundmandatsklausel dient dem von der Verfassung legitimierten Zweck des Ausgleichs teils gegenläufiger Ziele, nämlich ein funktionsfähiges Parlament zu schaffen und eine effektive Integration des Staatsvolkes zu bewirken* »). La clause des mandats directs permet de garantir l'intégration des différentes forces politiques et d'éviter qu'une trop grande part de la volonté des citoyens soit exclue de la représentation¹⁵⁰. En effet, si un candidat d'un parti a obtenu la majorité des *Erststimmen* dans une circonscription et gagné un mandat de circonscription, il est possible d'en déduire que le parti auquel il est rattaché dispose tout de même d'un minimum de soutien. Par ailleurs, le mode de scrutin allemand, bien que fondamentalement proportionnel, doit permettre la personnalisation du suffrage. Sans la clause des mandats directs, le risque apparent est l'exclusion de l'assemblée d'un certain nombre de députés élus directement par le peuple. Dans une démocratie représentative, l'intégration de la volonté du peuple est tout aussi importante que l'efficacité du parlement.

L'égalité du suffrage, en tant que principe central de la démocratie, en tant que droit fondamental des citoyens allemands, bénéficie dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne d'une protection étendue. Sa fonction démocratique est assurée par la Cour qui a su en étendre le champ d'application afin de pouvoir en contrôler l'effectivité. Ses limitations sont strictement encadrées et toujours examinées en fonction des circonstances et non de façon purement abstraite. Ainsi, le seuil électoral a pu être exceptionnellement remodelé par la Cour en 1990 pour permettre la construction d'un Parlement aussi démocratique que possible dans la nouvelle Allemagne réunifiée. De même, les mandats surnuméraires, devenus trop attentatoires au caractère proportionnel de la répartition des sièges au Bundestag ont fini par inciter les juges constitutionnels à appeler le législateur à modifier en substance la législation électorale fédérale. Ce contrôle adapté aux faits sociaux et politiques permet, lui aussi, une réelle effectivité du principe de l'égalité du suffrage ainsi que son adaptation aux évolutions de la société allemande, en maintenant toujours à l'arrière-plan l'idée fondamentale de démocratie.

¹⁵⁰ BVerfG, « Grundmandatsklausel bei Bundestagswahlen », *NJW*, 1997, p. 1568.

Conclusion

L'égalité du suffrage en droit constitutionnel allemand est un principe dont les contours ne sont pas encore, s'ils doivent l'être un jour, précisément et strictement déterminés. L'égalité électorale, en tant qu'elle est fixée aux articles 28 et 38 LF tire sa force du principe de démocratie et se réfère à la communauté politique du peuple. Cependant, les articles 28 et 38 LF ne couvrent que les élections du *Bundestag* et des assemblées parlementaires des *Länder*. Pour les hypothèses non couvertes par ces articles, la Cour continue d'interpréter l'égalité du suffrage comme découlant de la combinaison des articles 3 et 20 LF, c'est-à-dire du principe général d'égalité doublé du principe de démocratie. L'égalité du suffrage n'est donc pas encore complètement autonome selon le système électoral dans lequel elle doit être appliquée.

De plus, l'introduction du principe de dignité de l'art. 1 LF dans l'interprétation que la Cour donne du droit à l'égalité du suffrage peut être susceptible de modifier les limites du domaine de protection de ce droit. Les juges constitutionnels se prononceront bientôt sur une requête destinée à faire déclarer l'inconstitutionnalité de l'art. 38 al. 2 LF qui aurait été introduit par une révision contraire à la clause d'éternité.

Néanmoins, le principe d'égalité du suffrage, quelles que soient ses frontières à l'avenir, bénéficie en droit constitutionnel allemand de remparts solides face à d'éventuelles atteintes. Son ancrage dans le principe de démocratie et son interprétation strictement formelle en permettent la protection la plus étendue possible. Et si cela donne à l'égalité électorale l'apparence d'un principe rigide, la pratique de la Cour constitutionnelle prouve, dans le même temps, sa souplesse potentielle.

L'égalité du suffrage est toujours appliquée par la Cour de Karlsruhe dans le respect des circonstances de faits ou de droit encadrant les affaires qui lui sont soumises. Les événements susceptibles de toucher profondément la République fédérale d'Allemagne sont considérés par la Cour lors de l'application de l'égalité électorale. L'exemple le plus significatif à cet égard est celui du seuil électoral en 1990. Cela montre bien la flexibilité du droit à l'égalité du suffrage.

En ce qui concerne l'application de l'égalité du suffrage, il est donc possible d'imaginer de futurs changements si les circonstances imprégnant le droit allemand sont elles aussi amenées à changer.

Ces observations permettent de faire le constat d'une certaine dualité du principe d'égalité du suffrage. Il s'agit, à la fois, d'un principe auquel l'enracinement dans l'idée même de démocratie procure une certaine stabilité et d'un principe constamment adapté par la Cour constitutionnelle allemande au contexte dans lequel elle doit l'appliquer. Si cette idée peut avoir l'air paradoxale, elle est pourtant propre au droit constitutionnel allemand dans son ensemble. Ce droit, et le texte constitutionnel plus précisément, oscillent toujours entre la constance garantie par l'article 79 al. 3 LF et les ajustements nécessaires aux besoins du temps.

Ainsi, pour reprendre les termes employés par Andreas Voßkuhle, actuel président de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, « das Verfassungsrecht spiegelt nicht nur die Gesellschaft, sondern steht mit ihr in einem Wechselverhältnis (...) das Grundgesetz hat sich als lebendiger [...] Text erwiesen », ce à quoi il ajoute cependant « Art. 79 Abs. 3 GG ist der stabile Anker der Verfassungspolitik und verhindert eine identitätsumwandelnde Aushöhlung der Verfassung »¹⁵¹.

¹⁵¹ VOßKUHLE (A.), Introduction à la 62^{ème} édition de la Loi fondamentale chez C. H. Beck, « le droit constitutionnel ne reflète pas seulement la société, il se tient avec elle en équilibre, dans une relation de réciprocité (...), la Loi fondamentale s'est avérée être un texte vivant. L'art. 79 al. 3 LF constitue l'ancre stable de la politique constitutionnelle et empêche une modification identitaire de la Constitution ».

Table des matières

Introduction	1
§1 : L'expression du droit de suffrage : le mode de scrutin dit de la « proportionnelle personnalisée »	2
§2 : Le droit de suffrage	3
§3 : L'égalité appliquée au droit de suffrage : les problèmes fondamentaux.....	8
Première Partie : L'égalité du suffrage, principe spécial d'égalité ?	9
Chapitre 1 : L'égalité du suffrage, égalité politique.....	9
Section 1 : Une égalité des membres de la communauté politique du peuple.....	9
§1 : L'égalité du suffrage, fondement de la légitimité du pouvoir politique.....	10
§2 : L'exclusion des étrangers du champ de protection de l'égalité du suffrage	12
§3 : Le cas particulier des Allemands de l'étranger	15
Section 2 : L'égalité du suffrage, une égalité formelle	16
§1 : Une égalité mathématique	17
§2 : Une égalité interprétée dans un système défini	19
Chapitre 2 : L'égalité du suffrage, un droit partiellement interprété à la lumière du principe général d'égalité	21
Section 1 : l'égalité du suffrage, élément d'un système gouverné par le principe général d'égalité	21
§1 : Le principe général d'égalité de l'article 3 de la Loi fondamentale.....	21
§2 : Le système égalitaire de la Loi fondamentale.....	24
Section 2 : l'égalité du suffrage, concrétisation du principe général d'égalité ?	26
§1 : la nécessaire prise en compte d'éléments matériels	26
§2 : L'égalité du suffrage, une égalité renforcée.....	28
Deuxième partie : l'égalité, principe déterminant du droit de suffrage.....	32
Chapitre 1 : L'égalité du suffrage, garantie du caractère démocratique de l'assemblée des députés	32
Section 1 : L'égalité influence des citoyens allemands sur la composition du <i>Bundestag</i> ..	32
§1 : Une égalité appliquée dès le début de la procédure : le découpage des circonscriptions	33

§2 : Les mandats surnuméraires, obstacles au caractère proportionnel de la représentation	36
Section 2 : La conséquence du vote : la représentation effective des citoyens par le <i>Bundestag</i>	40
§1 : La nécessaire préservation du caractère démocratique du <i>Bundestag</i> face au processus d'intégration européenne	41
§2 : L'égalité du suffrage, obstacle aux transferts substantiels de compétences du <i>Bundestag</i> vers l'Union européenne.....	42
Chapitre 2 : le champ restreint des exceptions à l'égalité du suffrage.....	45
Section 1 : L'importance du principe d'efficacité dans la démocratie représentative allemande	45
§1 : La recherche nécessaire d'un compromis entre les principes de justice et d'efficacité	46
§2 : Le seuil électoral, gage d'efficacité du <i>Bundestag</i>	47
§3 : Le cas particulier du seuil électoral pour l'élection du Parlement européen	51
Section 2 : Les mandats directs, une exception justifiée à l'égalité du suffrage.....	54
§1 : La clause des mandats directs, atteinte à l'égalité du suffrage.....	55
§2 : Le suffrage, processus d'intégration de la volonté du peuple	56
Conclusion.....	59
Table des matières.....	I
Table des arrêts	III
Bibliographie.....	VI

Table des arrêts

- **Cour constitutionnelle allemande**

BVerfGE (23.10.1951), 1, 14 : décision relative à la restructuration des territoires des Etats du sud de l'Allemagne.

BVerfGE (05.04.1952), 1, 208 : décision relative à la constitutionnalité d'une clause d'accès à hauteur de 7,5% pour l'élection des députés au *Landtag* de Schleswig-Holstein.

BVerfGE (23.01.1957), 6, 84 : décision relative à la constitutionnalité de la clause d'accès à hauteur de 5% pour les élections législatives fédérales.

BVerfGE (22.05.1979), 51, 222 : décision relative au seuil électoral pour l'élection des députés au Parlement européen.

BVerfGE (08.04.1987), 75, 40 : décision relative au financement des écoles privées.

BVerfGE (29.09.1990), 82, 322 : décision relative aux premières élections législatives fédérale de l'Allemagne réunifiée.

BVerfGE (31.10.1990), 83, 37 : décision relative au droit de vote des étrangers pour les élections municipales dans le *Land* de Schleswig-Holstein.

BVerfGE (31.10.1990), 83, 60 : décision relative au droit de vote des étrangers pour les élections de l'assemblée de quartier dans le *Land* de Hambourg.

BVerfGE (28.01.1992), 85, 191 : décision relative à une loi du Land de Rhénanie du Nord – Westphalie fixant l'interdiction du travail de nuit pour les femmes.

BVerfGE (12.10.1993), 89, 155 : décision relative à la loi de ratification du Traité de Maastricht.

BVerfGE (22.06.1990), 93, 121 : décision relative à la constitutionnalité de l'impôt sur le patrimoine.

BVerfGE (10.04.1997), 95, 335 : décision relative à la constitutionnalité des mandats surnuméraires issus de l'élection législative fédérale de 1994.

BVerfGE (10.04.1997), 95, 408 : décision relative à la constitutionnalité de la clause des mandats directs dans le cadre des élections législatives fédérales.

BVerfGE (16.07.1998), 99, 1 : décision relative aux élections municipales en Bavière.

BVerfGE (13.02.2008), 120, 82 : décision relative à la constitutionnalité du seuil électoral établi dans le *Land* de Schleswig-Holstein.

BVerfGE (03.07.2008), 121, 266 : décision relative à la loi fédérale électorale.

BVerfGE (03.03.2009), 123, 39 : décision relative à l'utilisation des machines NEDAP dans le cadre du vote électronique pour les élections législatives fédérales.

BVerfGE (21.04.2009), 124, 1 : décision relative aux élections complémentaires dans la circonscription 160 (Dresde I) pour l'élection de la 16^{ème} législature.

BVerfGE (30.09.2009), 123, 267 : décision relative à la loi de ratification du Traité de Lisbonne.

BVerfGE (09.11.2011), 129, 300 : décision relative au seuil électoral de 5% fixé par la loi fédérale portant sur l'élection des députés au Parlement européen.

BVerfGE (31.01.2012), 130, 212 : décision relative au découpage des circonscriptions.

BVerfGE (04.07.2012), 132, 39 : décision relative au droit de suffrage des Allemands de l'étranger.

BVerfGE (25.07.2012), 131, 316 : décision relative à la constitutionnalité du système électoral allemand.

BVerfGE (26.02.2014), 2BvE 2/13 : décision relative à la constitutionnalité du seuil électoral de 3% fixé par la loi fédérale portant sur l'élection des députés au Parlement européen.

- **Cour suprême des Etats-Unis**

Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 24.02.1803 : arrêt relatif au contrôle judiciaire des lois.

Colegrove v. Green, 328 U.S. 549, 10.06.1946 : arrêt relatif à la constitutionnalité de la législation électorale de l'Etat de l'Illinois.

Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 26.03.1962 : arrêt relatif au découpage des circonscriptions.

Davis v. Bandemer, 478 U.S. 109, 30.06.1986 : arrêt relatif au découpage électoral partisan.

Vieth v. Jubelirer, 541 U.S. 267, 28.04.2004 : arrêt relatif à la constitutionnalité du découpage électoral établi en 200 dans l'Etat de Pennsylvanie pour l'élection du Congrès.

- **Conseil constitutionnel**

CC, décis. n°86-208 DC, 02.07.1986 : contrôle de constitutionnalité de la loi relative à l'élection des députés et autorisant le gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales.

CC, décis. n°86-218 DC, 19.11.1986 : contrôle de constitutionnalité de la loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés.

CC, décis. n°2010-602 DC, 18.02.2010 : contrôle de constitutionnalité de la loi ratifiant l'ordonnance n°2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitations des circonscriptions pour l'élection des députés.

- **Conseil d'Etat**

CE, Sect., 29.12.1997, « Commune de Gennevilliers » : arrêt relatif à l'égalité devant le service public et aux différenciations tarifaires en fonction des revenus des familles.

Bibliographie

- **Ouvrages**

ALLAND Denis, RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, 1680 p.

ANDRES Hervé, *Le droit de vote des étrangers : état des lieux et fondements théoriques*, Thèse, Paris 7 Denis Diderot, 2007, 462 p.

AUTEXIER Christian, *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, 1997, 384 p.

BECKER Yvonne, LANGE Friederike, *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Volume 3, Berlin, De Gruyter, 2009, 634 p.

BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, Paris LGDJ, 2000, 318 p.

BON Pierre, MAUS Didier, *Les grandes décisions des Cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, 2008, 318 p.

DEGENHART Christoph, *Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht*, Nüremberg, C.F. Müller, 30^{ème} éd., 2014, 382 p.

HERDEGEN Matthias, *Europarecht*, Munich, C.H. Beck, 14^{ème} éd., 2012, 501 p.

HESSE Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller, 20^{ème} éd., 1999, 335 p.

EPPING Volker, HILLGRUBER Christian, *Grundgesetz Kommentar*, Munich, C.H. Beck, 2^{ème} éd., 2013, 1999 p.

IPSEN Jörn, *Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht*, Munich, Vahlen, 25^{ème} éd., 2013, 329 p.

IPSEN Jörn, *Staatsrecht II – Grundrecht*, Munich, Vahlen, 16^{ème} éd., Vahlen, 302 p.

JARASS Hans, PIEROTH Bodo, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland : Kommentar*, Munich, C.H. Beck, 12^{ème} éd., 2012, 1312 p.

JELLINEK Georg, *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1905, 366 p.

JESSE Eckhard, *Demokratien des 21. Jahrhunderts im Vergleich : Historische Zugänge, Gegenwartsprobleme, Reformperspektiven*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2003, 504 p.

JOUANJAN Olivier, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, 1992, 449 p.

MAUNZ Theodor, DÜRIG Günter, *Grundgesetz – Kommentar*, Munich, C.H. Beck, 72^{ème} éd., 2014, beck-online.

MERTEN Detlef, PAPIER Hans-Jürgen, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band V, Grundrechte in Deutschland : Einzelgrundrechte II*, Heidelberg, C.F. Müller, 2013, 1519 p.

LEMBCKE Olivier, *Hüter der Verfassung : Eine institutionentheoretische Studie zur Autorität des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, 509 p.

TIEDEMANN Paul, *Menschenwürde als Rechtsbegriff : eine philosophische Klärung*, Berlin, BWV, 3^{ème} éd., 2012, 750 p.

ZOLLER Elisabeth, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, 1^{ère} éd., 922 p.

- **Rapport**

Gutachten des Max Planck Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht für das Bundesverfassungsgericht, « Wahlkreiseinteilung in westlichen europäischen Demokratien, den USA und Kanada », 1997, 41 p.

- **Articles**

AVRIL Pierre, « Une homme, une voix ? », *Pouvoirs*, 2007/1, n°120, pp. 123-132.

BASILIEU-GAINCHE Marie-Laure, « L'Allemagne et l'Europe. Remarques sur la décision de la Cour constitutionnelle fédérale relative au Traité de Lisbonne », *CERI Sciences Po.*, 2009, 8 p., consultable sur www.sciencespo.fr/ceri/sites/sciencespo.fr/ceri/files/art_mbg.pdf (consulté le 29.04.2015).

BEAUD Olivier, « Le droit de vote des étrangers : l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage », *RFDA*, 1992, n°3, pp. 409-424.

BRECHON Pierre, « Les partis politiques dans l'expression du suffrage », *Pouvoirs*, 2007/1, n°120, pp. 109-121.

CASTOR Catherine, « L'égalité devant le suffrage », *RFDC*, 2012/2, n°90, pp. 1-34.

DONNARUMMA Maria Rosaria, « Intégration européenne et sauvegarde de l'identité nationale dans la jurisprudence de la Cour de justice et des Cours constitutionnelles », *RFDC*, 2010, n°84, pp. 719-750.

DUSCHENE Sophie, « Citoyenneté, nationalité et vote : une association perturbée », *Pouvoirs*, 2007/1, n°120, pp. 71-81.

DYEVRE Arthur, « Comprendre et analyser l'activité décisionnelle des Cours et tribunaux : l'intérêt de la distinction entre interprétation et concrétisation », *Juspoliticum*, 2010, n°4, consultable sur www.juspoliticum.com/comprendre-et-analyser-l-activite.html (consulté le 02.06.2015).

FOURMONT Alexis, « Le problème de la loi électorale en Allemagne. Réflexions sur la décision de la Cour constitutionnelle du 25 juillet 2012 », *Juspoliticum*, 2010, n°4, consultable sur www.juspoliticum.com/le-probleme-de-la-loi-electorale.html (consulté le 17.03.2015).

FOURMONT Alexis, « La nouvelle loi électorale fédérale allemande », *Juspoliticum*, 2013, n°11, consultable sur www.juspoliticum.com/la-nouvelle-loi-electorale.html (consulté le 02.06.2015).

FROMONT Michel, « Jurisprudence constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne (2008) », *RDP*, 2009, n°6, pp. 1721-1752.

FROMONT Michel, « Les revirements de jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006, n°20, 12 p., consultable sur www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-20/les-revirements-de-jurisprudence-de-la-cour-constitutionnelle-federale-d-allemande.50633.html (consulté le 02.06.2015).

GICQUEL Jean, « Le contentieux des élections parlementaires en droit comparé », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n°41, pp. 191-199.

GREWE Constance, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français », *Pouvoirs*, 2011/2, n°137, pp. 143-154.

GRIMM Dieter, « L'interprétation constitutionnelle. L'exemple du développement des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle fédérale », *Juspoliticum*, 2011, n°6, consultable sur www.juspoliticum.com/l-interpretation-constitutionnelle.html (consulté le 02.06.2015).

HOEPFFNER Hélène, « Chronique de droit public », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015, n°46, pp. 161-184.

JOUANJAN Olivier, « La dignité de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe », *Revue générale du droit* (www.revuegeneraledudroit.eu), *Etudes et réflexions*, 2014, n°2 (consulté le 21.03.2015).

KAUTZ Steffen, « Überhangmandate und die Gleichheit der Wahl », *NJW*, 1997, pp. 1871-1873.

LEVADE Anne, « Une constitutionnalité en trompe l'œil ou l'impossible censure des découpages électoraux ? A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 18 février 2010 », *JCP G*, 2010, n°11, pp. 274-278.

MÜLLER-GRAFF Peter-Christian, « L'arrêt de Karlsruhe sur le Traité de Lisbonne », *Regards sur l'économie allemande*, 2009, n°92, consultable sur www.revues.org/3743 (consulté le 27.05.2015).

PERRINEAU Pascal, « Les usages contemporains du droit de vote », *Pouvoirs*, 2007/1, n°120, pp. 29-41.

REEH Klaus, « L'Union européenne : de Maastricht à Karlsruhe et au-delà », *Politique étrangère*, 1994, n°2, pp. 517-536.

ROUSSEAU Dominique, « Constitutionnalisme et démocratie », *La Vie des idées*, 2008, 18 p., consultable sur www.laviedesidees.fr/constitutionnalisme-et-democratie.html (consulté le 06.05.2015).

SIMARD Augustin, « L'échec de la Constitution de Weimar et les origines de la « démocratie militante » en RFA », *Juspoliticum*, 2008, n°1, consultable sur www.juspoliticum.com/l-echec-de-la-constitution-de,29.html (consulté le 02.06.2015).

TOMCZAK Kristian, « A Never-Ending Story : Wahlrechtliche Sperrklauseln in der Mehrebenendemokratie », *BRJ*, 2014, n°1, pp. 30-35.

VINTZEL Céline, « La Cour constitutionnelle allemande et le Bundestag », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, 2014/1, n°21, pp. 105-117.

WAHL Rainer, « Das Wahlrecht in der Sondersituation der deutschen Einigung », *NJW*, 1990, pp. 2585-2593.

ZOLLER Elisabeth, « Considérations sur les causes de la puissance de la Cour suprême des Etats-Unis et de sa retenue », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n°33, pp. 231-251.

- **Internet**

www.bpb.de (*Bundeszentrale für politische Bildung*)

www.bundestag.de (site officiel du Bundestag)

www.bundesverfassungsgericht.de (site officiel de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne)

www.bundeswahlleiter.de (site officiel du *Bundeswahlleiter*)

www.europa.eu (site officiel de l'UE)

www.repetitorium-hofmann.de (site du Repetitorium Hofmann, accès au Repetitorium en *Staatsorganisationsrecht*)

www.verfassungsrecht.ch (recensement des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne)

www.wahlrecht.de (site relatif au système électoral allemand fondé par Martin Fehndrich).