

De la République Démocratique Allemande à la démocratie constitutionnelle en Allemagne de l'Est

La constitutionnalisation de la vie politique locale
dans les « nouveaux » *Bundesländer*

Stéphane Schott

Université Lumière – Lyon 2
JE Droit public et privé des affaires

La transition démocratique en Allemagne de l'Est, véritable révolution politique, présente une originalité certaine du point de vue juridique. Le traité d'union du 31 août 1990 opère la réunification allemande par l'adhésion de la République Démocratique Allemande à la République Fédérale d'Allemagne, comme le prévoyait l'ancien article 23 de la Loi fondamentale (*Grundgesetz*) de la RFA du 23 mai 1949. Les cinq « nouveaux » États fédérés (*Bundesländer*) correspondant à l'ancienne RDA (Mecklembourg, Brandebourg, Saxe-Anhalt, Saxe et Thuringe) s'unissent aux onze « anciens » *Bundesländer* (Bade-Wurtemberg, Bavière, Berlin, Brème, Hambourg, Hesse, Basse-Saxe, Rhénanie du Nord-Westphalie, Rhénanie-Palatinat, Sarre et Schleswig-Holstein).

Se demander si le « constitutionnalisme » est un « produit d'exportation » revêt donc une teinte particulière à la lumière de l'expérience est-allemande. L'altérité géographique et culturelle entre l'Allemagne de l'Ouest et l'Allemagne de l'Est doit en effet être nuancée, bien que les deux États aient connu des années de développement politique différencié. Analyser l'évolution des structures d'organisation de la vie politique locale dans une « nouvelle » démocratie, en termes d'import-export, reviendrait à poser la question de la capacité de pénétration ou d'adaptation du constitutionnalisme d'origine « occidentale » à des sociétés ou à des États apparemment étrangers à cette tradition démocratique.

Ce type de questionnement présuppose une posture subjective particulière de l'observateur occidental. Il se poserait en juge de son propre modèle d'organisation politique, tout en testant la capacité de ce modèle à s'exporter vers un « ailleurs » plus ou moins indéterminé. Rétrospectivement, il faudrait alors s'interroger sur le bilan, c'est-à-dire sur le bien-fondé de la diffusion du régime politique et de la justice constitutionnelle ouest-allemands dans l'« autre » Allemagne. Ainsi, en généralisant, se poserait la question de l'adaptabilité de « nos » valeurs à des sociétés qui ont une histoire différente, influencée par une idéologie radicalement « autre ». En ce sens, il s'agirait d'éprouver le constitutionnalisme comme on testerait un produit sur le marché des régimes politiques possibles. Or, de ce point de vue, les modèles de démocratie occidentaux et la figure de l'État de droit semblent jouir d'une situation de monopole.

Cette démarche autocentrée présente en effet certaines limites, car l'observateur enferme le constitutionnalisme dans un cadre dont les contours sont tracés *a priori*. Par ailleurs, considérer « son » constitutionnalisme comme un produit d'exportation, c'est aussi présupposer l'existence d'une volonté « exportatrice », en laissant aux « importateurs » la seule faculté, voire la seule obligation d'acquérir le produit. Or, il semblerait plus pertinent de reconnaître aux sociétés importatrices de démocratie la volonté de développer des formes

d'organisation de leur vie en commun, qui seraient certes empruntées, mais qui n'en seraient pas moins renouvelées.

Le juriste se doit donc de changer de perspective afin de reconnaître le choix des sociétés d'adopter le modèle du constitutionnalisme, et surtout de se l'approprier en l'adaptant. Cette analyse de la constitutionnalisation de la vie politique locale dans les « nouveaux » *Bundesländer* de la République Fédérale d'Allemagne porte donc davantage sur l'appropriation du constitutionnalisme, que sur son importation.

L'objectif principal est de montrer si et comment les Constitutions des « nouveaux » États fédérés allemands organisent la vie politique locale en Allemagne de l'Est, notamment à travers l'exemple des modes de scrutin pour les élections aux parlements des *Länder*. La réflexion porte par ailleurs sur la place de la justice constitutionnelle dans la constitutionnalisation de la vie politique locale, vue sous l'angle des élections aux assemblées communales.

Le constitutionnalisme des « nouveaux » *Bundesländer* résulte d'une application du modèle fédéral ouest-allemand (1). Il présente de multiples visages, au regard de la constitutionnalisation de la vie politique (2).

1. Une application du modèle fédéral ouest-allemand

L'adhésion des « nouveaux » *Bundesländer* au constitutionnalisme ouest-allemand a été réalisée par le rattachement du territoire de l'ex-RDA à la RFA (1.1). La constitutionnalisation se traduit donc par une appropriation de l'exigence d'homogénéité constitutionnelle (1.2).

1.1. Le rattachement du territoire de l'ex-RDA à la RFA ou la constitutionnalisation comme adhésion au constitutionnalisme

Il n'est bien sûr pas question de revenir dans le détail sur le déroulement des événements qui ont conduit à la réunification allemande. Cependant, un bref rappel historique s'impose pour éclairer la réflexion juridique. La coexistence de deux États allemands remonte aux lendemains de la Seconde guerre mondiale, alors que le territoire allemand est occupé par les forces alliées. Dans les zones d'occupation occidentale, la République Fédérale d'Allemagne est créée le 23 mai 1949 par la promulgation de la Loi fondamentale (*Grundgesetz*). Dans les territoires de l'est, occupés par les forces soviétiques, la République Démocratique Allemande adopte sa Constitution le 7 octobre 1949.

À partir de cette année, les deux États allemands se développent de manière autonome. Malgré tout, la Loi fondamentale de la RFA considère que cette situation est provisoire, d'où l'absence d'une véritable « constitution » et le choix d'une « loi fondamentale » à valeur constitutionnelle. Dans son ancienne rédaction, le Préambule prévoit que le peuple allemand, dans sa totalité, reste maître de sa destinée, dans la mesure où il peut décider librement de réaliser l'unité de l'Allemagne¹.

La Révolution pacifique de 1989, qui conduit à la chute du mur de Berlin et à l'effondrement du régime socialiste en Allemagne de l'Est, s'inscrit dans un mouvement de libéralisation à l'échelle de toute l'Europe centrale et orientale. Les manifestations populaires contre le régime en RDA aboutissent à l'organisation d'élections libres, le 18 mars 1990. Le

¹ « Das gesamte Deutsche Volk bleibt aufgefordert, in freier Selbstbestimmung die Einheit und Freiheit Deutschlands zu vollenden », Loi fondamentale du 23 mai 1949, Préambule, ancienne rédaction, modifiée par l'article 4 du traité sur la réalisation de l'unité de l'Allemagne du 31 août 1990.

gouvernement de coalition, dirigé par Lothar de Maizière, est alors chargé de remettre sur pieds la structure fédérale de l'État, en rétablissant les anciens *Länder* de la RDA, et d'entamer les négociations avec la RFA en vue de la réunification de l'Allemagne sur la base de l'article 23 (ancienne rédaction) de la Loi fondamentale, qui prévoit l'adhésion des *Länder* de la RDA à la RFA².

D'un point de vue juridique, le processus de la réunification allemande s'opère donc à la fois sur un plan interne à la RDA et sur le plan international, et ce non seulement entre la RDA et la RFA, mais aussi en partenariat avec les anciens alliés vainqueurs de la Seconde guerre mondiale, dont les États allemands restent tributaires en matière de souveraineté internationale.

Au niveau international, la RDA et la RFA signent le 18 mai 1990 un traité qui met en place une union monétaire, économique et sociale à compter du 1^{er} juillet 1990. Par cet engagement international, la RDA fait notamment le choix de l'économie sociale de marché et renonce dès lors au modèle socialiste. Sur le plan interne, la RDA adopte le 22 juillet 1990 une loi constitutionnelle qui crée sur le territoire de la République Démocratique Allemande les *Länder* de Mecklembourg, Brandebourg, Saxe-Anhalt, Saxe et Thuringe. Cette même loi confère à Berlin des compétences étatiques. Ainsi, la structure de l'État est-allemand est prête à se fonder dans les institutions de la République Fédérale d'Allemagne.

L'adhésion de la RDA à la RFA est décidée le 23 août 1990 par la chambre du peuple (*Volkskammer*). Le traité sur la réalisation de l'unité de l'Allemagne est signé le 31 août 1990. Il fixe l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale sur le territoire de l'ancienne RDA au 3 octobre 1990. Pour que la réunification devienne effective, notamment sur le plan international, l'accord des vainqueurs de la seconde guerre mondiale est nécessaire, dans la mesure où la RFA et la RDA ne disposent encore à cette heure que d'une souveraineté limitée. L'Allemagne réunifiée recouvre sa souveraineté pleine et entière par le traité du 12 septembre 1990, signé entre la RFA, la RDA, les USA, l'URSS, la Grande Bretagne et la France.

Ainsi, les *Länder* est-allemands deviennent les « nouveaux » *Bundesländer*, les nouveaux États fédérés de la République Fédérale d'Allemagne. Le peuple allemand a donc choisi de conserver comme norme constitutionnelle la Loi fondamentale du 23 mai 1949, alors que celle-ci n'avait au départ qu'une valeur provisoire. La réunification n'a donc pas suivi la voie de l'ancien article 146, qui prévoyait que le peuple allemand réunifié se donne une nouvelle constitution. Le nouveau Préambule de la Loi fondamentale de la République Fédérale d'Allemagne, issu du traité d'union du 31 août 1990, rappelle en effet que l'unité a été décidée par les Allemands dans les différents *Länder* énumérés et que la Loi fondamentale vaut pour l'ensemble du peuple allemand³.

Ce bref rappel historique permet de comprendre que les rapports entre les nouveaux États fédérés allemands et le constitutionnalisme occidental se traduisent avant tout, d'un point de vue juridique, par une adhésion des « Allemands dans les Länder » à la Loi fondamentale de la République Fédérale d'Allemagne. Ainsi, dans le cas particulier de

² « Dieses Grundgesetz gilt zunächst im Gebiete der Länder Baden, Bayern, Bremen, Groß-Berlin, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern. In anderen Teilen Deutschlands ist es nach deren Beitritt in Kraft zu setzen », Loi fondamentale du 23 mai 1949, Article 23, abrogé par l'article 4 du traité sur la réalisation de l'unité de l'Allemagne du 31 août 1990.

³ « Die Deutschen in den Ländern Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen haben in freier Selbstbestimmung die Einheit und Freiheit Deutschlands vollendet. Damit gilt dieses d-dessous für das gesamte Deutsche Volk », Loi fondamentale du 23 mai 1949, Préambule, nouvelle rédaction issue de l'article 4 du traité sur la réalisation de l'unité de l'Allemagne du 31 août 1990.

l'Allemagne, le constitutionnalisme n'est pas véritablement importé. Car l'État est-allemand va disparaître en s'intégrant dans les structures préexistantes de l'État ouest-allemand.

Il faut donc reconnaître le caractère dynamique de ce mouvement d'adhésion de l'ancienne RDA aux institutions de la RFA. L'ancien article 23 de la Loi fondamentale prévoit le mécanisme de la constitutionnalisation de l'« autre » Allemagne en termes d'adhésion. Dans les « autres » parties de l'Allemagne, c'est-à-dire dans les territoires de l'est, la Loi fondamentale ne s'applique pas en 1949. Elle pourra s'appliquer si ces territoires adhèrent à la République Fédérale d'Allemagne⁴. Dans cette perspective, l'Allemagne de l'Ouest n'a pas cherché à exporter ses institutions, elle a souhaité que le peuple allemand puisse redevenir un, par le biais de l'adhésion des territoires séparés à son organisation fédérale.

1.2. L'homogénéité constitutionnelle et la constitutionnalisation comme appropriation du constitutionnalisme

L'adhésion des territoires de l'ancienne République Démocratique Allemande à la République Fédérale d'Allemagne a des conséquences directes sur la vie politique locale dans les « nouveaux » *Bundesländer*, qui doivent s'apprécier aussi bien à l'échelle de l'État fédéral (*Bund*) qu'à l'échelle des États fédérés (*Länder*). La question de la constitutionnalisation s'apprécie en effet d'abord dans la confrontation de la Loi fondamentale aux Constitutions des États fédérés de l'ancienne Allemagne de l'Est.

Dans la perspective du *Bund*, tout d'abord, les règles constitutionnelles fédérales garantissent une relative autonomie aux *Länder* dans l'organisation et l'encadrement de leur vie politique, tout en prescrivant une certaine homogénéité constitutionnelle. Elles posent l'existence d'un « ordre constitutionnel » (*verfassungsmäßige Ordnung*), qui transcenderait en quelque sorte le *Bund* et les *Länder*.

L'article 20 alinéa 1 de la Loi fondamentale allemande dispose en effet que la République fédérale d'Allemagne est un État fédéral (*Bundesstaat*) démocratique et social⁵. Ce caractère fédéral fonde l'autonomie des collectivités fédérées, qui se traduit par des compétences étatiques propres, comme l'affirme l'article 30 : l'exercice des pouvoirs publics et l'accomplissement des tâches incombant à l'État appartiennent aux *Länder*, sauf disposition ou autorisation contraire de la présente Loi fondamentale⁶. Cette règle vaut pour les compétences exclusives des *Länder*, qui ne sont pas énumérées par la Loi fondamentale. Dans les matières législatives où la compétence est concurrente, au contraire, le droit fédéral prime le droit de l'État fédéré⁷.

L'autonomie des *Länder* est donc bien garantie par la Loi fondamentale, mais elle est par là même encadrée. Cette limite ne concerne pas seulement le rapport entre les lois fédérales et les lois des États fédérés, mais aussi le cadre constitutionnel et la relation entre la Loi fondamentale et les Constitutions des *Länder*. Car l'article 28 alinéa 1 dispose que l'ordre constitutionnel dans les *Länder* (*die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern*) doit correspondre aux principes de l'État de droit républicain, démocratique et social⁸. Cette

⁴ « In anderen Teilen Deutschlands ist es [dieses Grundgesetz] nach deren Beitritt in Kraft zu setzen », Loi fondamentale du 23 mai 1949, Article 23, abrogé par l'article 4 du traité sur la réalisation de l'unité de l'Allemagne du 31 août 1990.

⁵ « Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat », Loi fondamentale du 23 mai 1949, Article 20 alinéa 1.

⁶ « Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zuläßt », Loi fondamentale du 23 mai 1949, Article 30.

⁷ « Bundesrecht bricht Landesrecht », Loi fondamentale du 23 mai 1949, Article 31.

⁸ « Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen », Loi fondamentale du 23 mai 1949, Article 28, alinéa 1, phrase 1.

disposition concerne directement la vie politique locale, dans la mesure où la seconde phrase de cet article 28 alinéa 1 pose la nécessité pour le peuple d'avoir une assemblée élue au suffrage universel, direct, libre, égal et secret dans les collectivités fédérées (*Länder*) et territoriales (*Kreis* et *Gemeinde*)⁹.

Cet « ordre constitutionnel » doit donc irradier l'organisation fédérale dans sa totalité, dans la mesure où les principes de l'État de droit républicain, démocratique et social qui doivent s'appliquer dans les États fédérés (article 28) sont les mêmes principes qui définissent la nature de l'État fédéral : la République Fédérale d'Allemagne est un État fédéral démocratique et social (article 20). Par ailleurs, l'État fédéral garantit le respect de l'article 28 et des droits fondamentaux par l'ordre constitutionnel des *Länder*¹⁰.

Cette exigence d'homogénéité constitutionnelle se retrouve bien dans les Constitutions des « nouveaux » *Bundesländer*, qui traduisent au niveau des États fédérés les dispositions énoncées à l'échelle fédérale. Dans sa Constitution du 23 mai 1993, le *Land* de Mecklembourg se définit à l'article 2 comme un État de droit républicain, démocratique, social et soucieux de la protection des conditions de vie naturelles¹¹. La formulation de la définition du *Land* de Mecklembourg est quasiment identique à celles du *Land* de Saxe-Anhalt¹² et du *Land* de Thuringe¹³. Ces *Länder* rajoutent à leur caractérisation de l'État la mission de protéger la nature, qui ne figure pas dans la définition originelle de la République fédérale de l'article 20 du *Grundgesetz*. Néanmoins, cette préoccupation environnementale a été introduite dans la Loi fondamentale allemande par une loi constitutionnelle du 27 octobre 1994 sous la forme d'un article 20a¹⁴.

Les Constitutions du *Land* de Brandebourg¹⁵ et du *Land* de Saxe¹⁶ complètent leur définition de l'État fédéré par la protection de la culture. Le Brandebourg affirme par ailleurs son attachement à la liberté et aux relations privilégiées « avec d'autres peuples, notamment avec le voisin polonais »¹⁷.

L'homogénéité constitutionnelle ne signifie donc pas une uniformisation absolue du droit des États fédérés sous l'influence du droit de l'État fédéral. Car les « nouveaux » *Bundesländer* semblent avoir la possibilité d'exprimer leur spécificité, en s'appropriant le modèle constitutionnel auquel ils ont adhéré.

⁹ « In den Ländern, Kreisen und Gemeinden muß das Volk eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist », Loi fondamentale du 23 mai 1949, Article 28, alinéa 1, phrase 2.

¹⁰ « Der Bund gewährleistet, daß die verfassungsmäßige Ordnung der Länder den Grundrechten und den Bestimmungen der Absätze 1 und 2 entspricht », Loi fondamentale du 23 mai 1949, Article 28, alinéa 3.

¹¹ « Mecklenburg-Vorpommern ist ein republikanischer, demokratischer, sozialer und dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen verpflichteter Rechtsstaat », Constitution du *Land* de Mecklembourg du 23 mai 1993, Article 2.

¹² « Das Land Sachsen-Anhalt ist ein demokratischer, sozialer und dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen verpflichteter Rechtsstaat », Constitution du *Land* de Saxe-Anhalt du 16 juillet 1992, Article 2 alinéa 1.

¹³ « Der Freistaat Thüringen ist ein Land der Bundesrepublik Deutschland. Er ist ein demokratischer, sozialer und dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen verpflichteter Rechtsstaat », Constitution du *Land* de Thuringe du 25 octobre 1993, Article 44 alinéa 1.

¹⁴ « Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung », Loi fondamentale du 23 mai 1949, Article 20a.

¹⁵ « Brandenburg ist ein freiheitliches, rechtsstaatliches, soziales, dem Frieden und der Gerechtigkeit, dem Schutz der natürlichen Umwelt und der Kultur verpflichtetes demokratisches Land, welches die Zusammenarbeit mit anderen Völkern, insbesondere mit dem polnischen Nachbarn, anstrebt », Constitution du *Land* de Brandebourg du 20 août 1992.

¹⁶ « Der Freistaat Sachsen ist ein Land der Bundesrepublik Deutschland. Er ist ein demokratischer, dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen und der Kultur verpflichteter sozialer Rechtsstaat », Constitution du *Land* de Saxe du 6 juin, Article 1.

¹⁷ « mit anderen Völkern, insbesondere mit dem polnischen Nachbarn », Constitution du *Land* de Brandebourg du 20 août 1992, Article 2 alinéa 1.

2. Un constitutionnalisme multiforme

L'exigence d'homogénéité constitutionnelle prescrite par la Loi fondamentale de l'État fédéral s'exprime dans les Constitutions des « nouveaux » *Bundesländer*, tout en leur laissant une liberté d'adaptation. On peut donc s'interroger sur les modalités de traduction de cette exigence dans les Constitutions des « nouveaux » *Bundesländer*, lorsqu'il s'agit d'organiser la vie politique locale. Il faut alors se demander s'ils se contentent d'énoncer, comme le fait la Loi fondamentale à l'échelle fédérale, les grands principes qui régissent la vie politique, ou si, au contraire, l'expression constitutionnelle des règles du jeu politique local peut se faire plus précise, par exemple en ce qui concerne les modes de scrutin. Pour ce faire, une démarche comparative permet d'une part de poser la question de la spécificité des « nouveaux » *Bundesländer* par rapport aux « anciens » *Bundesländer*, et d'autre part de mettre au jour des influences entre les expressions et interprétations constitutionnelles des différents États fédérés.

Une analyse des modes de scrutin pour les élections aux parlements des *Länder* laisse apparaître un phénomène de constitutionnalisation différentielle et relative (2.1). Mais l'exemple des seuils d'éligibilité dans les élections communales montre que l'enjeu du constitutionnalisme se situe aussi dans la définition de la constitutionnalisation comme développement de la protection juridictionnelle (2.2).

2.1. Une constitutionnalisation différentielle et relative des modes de scrutin pour les élections aux parlements des États fédérés

Le droit électoral qui régit les élections aux parlements des États fédérés (*Landtag*) relève en règle générale des lois électorales des *Länder*, et non de leur Constitution. Mais la Constitution du *Land* n'est pas silencieuse. Elle ne se contente pas d'énoncer les grands principes qui doivent guider les élections, comme le caractère universel, direct, libre égal et secret du scrutin ; elle peut également donner des indications précises sur le mode de scrutin, tout en renvoyant à la loi pour l'application de ces dispositions constitutionnelles.

Les critères retenus pour décrire et analyser les modes de scrutin sont les suivants :

- le type de scrutin en fonction du nombre d'élus (scrutin uninominal ou scrutin de liste) ;
- le type de scrutin en fonction du nombre de voix (scrutin majoritaire ou représentation proportionnelle) ;
- l'existence de seuils d'éligibilité et d'aménagements divers ;
- le nombre de sièges à pourvoir et les règles de répartition des sièges.

Cette présentation n'a pas vocation à être exhaustive et la prise en compte de tous les critères ne sera pas systématique. Il s'agit essentiellement de se demander si les règles qui déterminent le mode de scrutin relèvent de la Constitution du *Land* ou si elles n'ont qu'un rang législatif.

Mais si l'on se détache de la question de la source constitutionnelle ou législative, les cinq « nouveaux » *Bundesländer* ont tous opté pour le système dit de la représentation proportionnelle personnalisée (*personalisierte Verhältniswahl*), un scrutin mixte qui combine scrutin uninominal et scrutin de liste. Ce système peut être qualifié de typiquement allemand, car il représente le mode de scrutin utilisé dans la majorité des États fédérés pour les élections au *Landtag*. Il est également utilisé pour les élections au *Bundestag*, le Parlement fédéral.

En règle générale, chaque électeur dispose de deux voix. Dans ce système dit du « double vote », l'électeur vote avec sa première voix pour un candidat, pour une personne,

dans sa circonscription électorale. Une partie des mandats est donc pourvue directement, au scrutin uninominal et à la majorité relative. Avec sa seconde voix, l'électeur vote pour une liste présentée par un parti, en général au niveau du *Land*. Ce second suffrage permet d'attribuer l'autre partie des mandats à la représentation proportionnelle. Au sein de l'assemblée, la part des mandats directs et celle des mandats attribués à la proportionnelle sont variables. Le nombre des sièges est lui-même différent en fonction des *Länder*, et généralement, il n'est pas fixé à l'avance.

Car le système de la représentation proportionnelle personnalisée comporte une autre particularité. Si un parti politique obtient, avec les premières voix (au scrutin majoritaire), un nombre de sièges supérieur au nombre de sièges qu'il aurait avec les secondes voix (à la proportionnelle), alors il peut conserver ces sièges supplémentaires (*Überhangmandate*). Des mécanismes de compensation permettent ensuite de ne pas léser les autres partis (*Ausgleichsmandate*). C'est pourquoi le nombre de représentants n'est pas fixé à l'avance de manière définitive.

Il est possible ensuite de mettre en évidence des spécificités entre les « nouveaux » *Bundesländer* en fonction du degré de constitutionnalisation des modes de scrutin. La Constitution du *Land* de Brandebourg contient très peu de dispositions concernant les modalités de désignation des représentants du peuple au *Landtag*. Son article 55 donne d'une part une définition : le Landtag est l'assemblée élue, représentant le peuple¹⁸. Il énonce d'autre part un principe qui considère l'opposition parlementaire comme une composante essentielle de la démocratie et lui reconnaît le droit à l'égalité des chances¹⁹. Ce principe est à rapprocher de l'article 38 de la Constitution de la ville-État de Berlin, qui affirme dans des termes comparables ce rôle fondamental de l'opposition²⁰.

L'échelon suivant dans les degrés de constitutionnalisation des modes de scrutin pour les élections au *Landtag* est occupé par le *Land* de Saxe-Anhalt, qui évoque la procédure combinant le scrutin uninominal et les principes de la représentation proportionnelle, après avoir énoncé le principe du suffrage libre, égal, universel, secret et direct²¹. Le *Land* de Thuringe et le *Land* de Saxe énoncent également dans leur Constitution le choix pour le scrutin de la représentation proportionnelle personnalisée dans des termes assez proches de ceux employés dans la Constitution du *Land* de Saxe-Anhalt.

Mais en plus de ce mode de scrutin, l'article 49 de la Constitution du *Land* de Thuringe prévoit un seuil d'éligibilité de 5 %, en dessous duquel les voix ne peuvent être transformées en sièges²². Tous les États fédérés allemands ont opté pour ce seuil d'éligibilité de 5 % (*Fünfprozenthürde*), dans le cadre des élections au *Landtag*, afin de pallier le risque d'émiettement des forces politiques. Cette disposition apparaît par exemple dans la Constitution du *Land* de Bavière. Mais le plus souvent, cet aménagement relève de la loi.

Quant au *Land* de Saxe, sa Constitution prévoit le scrutin mixte associant le scrutin uninominal et la représentation proportionnelle ainsi qu'un nombre de représentants fixé

¹⁸ « Der Landtag ist die gewählte Vertretung des Volkes », Constitution du Land de Brandebourg du 20 août 1992, Article 55, alinéa 1.

¹⁹ « Die Opposition ist ein wesentlicher Bestandteil der parlamentarischen Demokratie. Sie hat das Recht auf Chancengleichheit », Constitution du Land de Brandebourg du 20 août 1992, Article 55, alinéa 2.

²⁰ « Die Opposition ist notwendiger Bestandteil der parlamentarischen Demokratie. Sie hat das Recht auf politische Chancengleichheit », Constitution de Berlin, article 38.

²¹ « Die Abgeordneten werden in freier, gleicher, allgemeiner, geheimer und unmittelbarer Wahl nach einem Verfahren gewählt, das die Persönlichkeitswahl mit den Grundsätzen der Verhältniswahl verbindet », Constitution du Land de Saxe-Anhalt du 16 juillet 1992, Article 42 alinéa 1.

²² « (1) Der Landtag wird nach den Grundsätzen einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl gewählt. (2) Für die Zuteilung von Landtagssitzen ist ein Mindestanteil von fünf vom Hundert der im Land für alle Wahlvorschlagslisten abgegebenen gültigen Stimmen erforderlich », Constitution du Land de Thuringe du 25 octobre 1993, Article 49 alinéas 1 et 2.

à 120, ce nombre pouvant varier en raison du système du double vote²³. Un nombre minimum de représentants au *Landtag* (130) est également prescrit par l'article 38 de la Constitution de la ville-État de Berlin.

Le degré maximum de constitutionnalisation du mode de scrutin dans les « nouveaux » *Bundesländer* est atteint par le *Land* de Mecklembourg, dont la Constitution fixe un nombre minimum de représentants (au moins 71), énonce le principe de l'élection au scrutin mixte et indique les raisons limitatives qui permettent de faire varier le nombre des représentants²⁴.

Cette brève présentation permet de montrer qu'il est possible de parler d'une constitutionnalisation de la vie politique locale, au sens d'une expression constitutionnelle des règles organisant les élections aux parlements des États fédérés. Mais cette constitutionnalisation est relative, dans la mesure où, si le principe du mode de scrutin mixte est énoncé par les Constitutions, celles-ci renvoient toujours aux lois pour le définir avec précision. Ainsi, les règles d'attribution des sièges relèvent des lois électorales. Ces méthodes mathématiques permettant de passer du nombre de suffrages au nombre de sièges différent selon les *Länder* et le choix de la méthode peut avoir une influence sur les résultats des élections.

Par ailleurs, il existe une variation entre les États, en fonction des éléments en lien plus ou moins étroit avec le mode de scrutin, comme le nombre de sièges, qui peuvent ou non être inscrits dans la Constitution. Cette liberté des États fédérés permet de nuancer l'homogénéité constitutionnelle qui caractérise l'organisation fédérale de l'Allemagne. Les « nouveaux » *Bundesländer*, en adhérant à la République Fédérale d'Allemagne, ont gagné la possibilité, non de s'adapter au constitutionnalisme ouest-allemand, mais plutôt de se l'approprier et donc de l'adapter, dans les limites de l'ordre constitutionnel défini par la Loi fondamentale.

2.2. L'enjeu de la constitutionnalisation comme protection juridictionnelle : l'exemple des seuils d'éligibilité dans les élections aux assemblées communales

Les progrès du constitutionnalisme ne s'analysent pas seulement en une plus large inscription des règles dans le texte de la Constitution. La constitutionnalisation signifie également un développement de la protection des droits constitutionnels par une juridiction autonome. Dans cette perspective, il est possible de parler d'une constitutionnalisation de la vie politique locale dans les « nouveaux » *Bundesländer*, qui se retrouve également dans les « anciens » *Bundesländer*. Les Cours constitutionnelles des États fédérés allemands, dont le rôle est de garantir l'ordre constitutionnel dans les *Länder*, ont des compétences et un fonctionnement comparables au Tribunal constitutionnel fédéral allemand, qui siège à Karlsruhe (*Bundesverfassungsgericht*).

L'accès à la justice constitutionnelle en Allemagne est très large et permet par exemple à un particulier ou à un parti politique de saisir la Cour constitutionnelle du *Land*, afin de contester la constitutionnalité d'une loi du *Landtag*. Ainsi, dans sa décision du 14 décembre 2000, la Cour constitutionnelle du *Land* de Mecklembourg déclare que le

²³ « Der Landtag besteht in der Regel aus 120 Abgeordneten. Sie werden nach einem Verfahren gewählt, das die Persönlichkeitswahl mit den Grundsätzen der Verhältniswahl verbindet », Constitution du *Land* de Saxe du 6 juin, Article 41 alinéa 1.

²⁴ « Der Landtag besteht aus mindestens einundsiebzig Abgeordneten. Sie werden in freier, gleicher, allgemeiner, geheimer und unmittelbarer Wahl nach den Grundsätzen einer mit Personenwahl verbundenen Verhältniswahl gewählt. Die in Satz 1 genannte Zahl ändert sich nur, wenn Überhang- oder Ausgleichsmandate entstehen oder wenn Sitze leer bleiben. Das Nähere regelt das Gesetz », Constitution du *Land* de Mecklembourg du 23 mai 1993, Article 20 alinéa 2.

Landtag a violé la Constitution du *Land*, en omettant d'examiner le bien-fondé du maintien de la clause des 5 % dans la loi électorale avant les élections communales de 1999. La conséquence de ce jugement est la suppression de ce seuil d'éligibilité, qui constituait une barrière pour les petites formations politiques.

Cette décision peut se lire à la lumière d'une décision comparable, rendue le 6 juillet 1999 par la Cour constitutionnelle du *Land* de Rhénanie du Nord-Westphalie. La Cour donne raison aux requérants²⁵ et déclare que le *Landtag* a porté atteinte au droit à l'égalité des chances dont bénéficient les partis politiques et au droit à l'égalité du suffrage. En effet, le *Landtag* de Rhénanie du Nord-Westphalie n'a pas supprimé ou abaissé le seuil d'éligibilité dans une loi de 1998 qui modifiait la loi régissant les élections communales, alors même que dans une décision du 29 septembre 1994, la Cour avait demandé au *Landtag* de réexaminer les conditions du maintien du seuil d'éligibilité. Dans sa décision de 1999, la Cour reconnaît certes la possibilité d'existence d'une telle clause, dans le cas où le fonctionnement même de l'assemblée communale est en danger. Mais le législateur ne peut pas se contenter d'un raisonnement abstrait qui justifierait le maintien du seuil par la seule possibilité théorique d'un blocage de l'assemblée dû à une multiplication des petits partis²⁶. Le seuil d'éligibilité n'a donc plus de raison d'exister.

Ces deux exemples témoignent de la place prépondérante des Cours constitutionnelles des États fédérés dans le jeu politique local, aussi bien dans les « anciens » *Bundesländer* (Rhénanie du Nord-Westphalie) que dans les « nouveaux » *Bundesländer*, d'autant plus que dans sa décision du 16 juillet 1998, le Tribunal constitutionnel fédéral avait décliné sa compétence au sujet des atteintes au principe de l'élection au suffrage universel, direct, libre, égal et secret pour les élections dans les *Länder*²⁷. Ce revirement de jurisprudence va en effet dans le sens d'une plus grande « autonomie constitutionnelle » (*Verfassungsautonomie*) des *Länder*. Il faut reconnaître cependant que la liberté du *Land* se développe au détriment de l'égalité des citoyens à l'échelle du *Bund*. C'est sans doute le prix à payer pour un modèle particulier de constitutionnalisme, où la démocratie constitutionnelle s'inscrit dans la perspective du fédéralisme.

²⁵ *Ökologisch-Demokratische Partei* (ÖDP) et *Partei des Demokratischen Sozialismus* (PDS).

²⁶ « Ob eine Sperrklausel mit dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl vereinbar ist, kann aber nicht ein für allemal abstrakt beurteilt werden. Der Gesetzgeber darf nicht ohne Rücksicht auf sich ändernde Umstände auf unabsehbare Zeit an einer solchen Regelung festhalten. Er hat die Pflicht, eine einmal verfassungsgemäß erlassene Sperrklausel unter Kontrolle zu halten », Décision de la Cour constitutionnelle de Rhénanie du Nord-Westphalie, 6 juillet 1999, C, 2, a.

²⁷ Décision du Bundesverfassungsgericht 2 BvR 1953/95 du 16 juillet 1998.