

ЭТАЖИ ДЕМОКРАТИИ

«Избыточные» мандаты и проблема легитимности в немецком избирательном праве

Андрей Румянцев

Часто избирательная система Германии характеризуется как пропорциональная. Строго говоря, это неверно, так как количество мест в парламентах (федерации и земель), которое получают партии, может отличаться от результата, к которому привела бы настоящая пропорциональная система. Виной этому является институт так называемых «избыточных» мандатов (*Überhangmandate*). В статье, предлагаемой вниманию читателей, рассматривается механизм их возникновения, а также связанные с этим проблемы. Изучение этой темы позволяет затронуть и ряд других вопросов избирательного права, имеющих принципиальное, общетеоретическое значение.

→ *Выборы; пропорциональная система; «избыточные» мандаты; депутаты-одномандатники; «первые» и «вторые» голоса*

27 сентября 2009 года в Германии состоялись выборы депутатов Бундестага, а также двух ландтагов. Похожая ситуация сложилась как на федеральном уровне, так и в земле Шлезвиг-Гольштейн: до выборов там правила так называемые «большие» коалиции, состоящие из представителей ХДС (в Берлине также ХСС) и СДПГ; по итогам выборов эти коалиции были заменены на коалиции из ХДС (/ХСС) и СвДП¹. Наконец, что, собственно, и является темой данного материала, при распределении мест как в Бундестаге, так и в ландтаге Шлезвиг-Гольштейна важную роль сыграли «избыточные» мандаты.

Перед тем как рассмотреть вопрос о том, что же такое «избыточные» мандаты, имеет смысл показать их политическое значение. В земле Шлезвиг-Гольштейн они сыграли решающую роль, так как новая правящая коалиция получала необходимое большинство лишь при наличии таких мандатов. Приход к власти в Шлезвиг-Гольштейне новой коалиции одновременно обеспечивал участвующим в ней партиям получение абсолютного большинства в палате земель — Бундесрате. В федеральном парламенте — Бундестаге —

ХДС/ХСС и СвДП получили бы большинство и в рамках чистой пропорциональной системы, но оно было бы не столь комфортным: 308 из 598 мест (300 необходимо для правительственного большинства) вместо имеющихся на практике 332 из 622 (312 достаточно для образования правительства). То, что большинство в восемь голосов находится в зоне риска, показали выборы канцлера 27 октября 2009 года: за Ангелу Меркель было отдано 323 голоса, 9 голосов «потерялись».

1. Бундестаг

Избирательная система, на основе которой проводятся выборы депутатов Бундестага, закреплена в федеральном законе «О выборах» (*Bundeswahlgesetz*) от 7 мая 1956 года. В течение своего действия этот акт, естественно, неоднократно изменялся, в последний раз перед выборами ныне действующего парламента законом от 17 марта 2008 года².

Стандартная списочная численность Бундестага составляет 598 человек (п. 1 § 1 закона «О выборах»). Из них одна половина — 299 депутатов — избирается в одномандатных

округах, а другая — по партийным спискам. При образовании «избыточных» мандатов списочная численность соответственно увеличивается. Это приводит к изменению числа, характеризующего «большинство членов Бундестага». Наличие такого большинства необходимо для выборов канцлера (абз. 2 ст. 63 Основного закона), для преодоления вето Бундесрата в отношении законопроектов, не требующих обязательного одобрения последнего (предл. 1 абз. 4 ст. 77 Основного закона), а также в некоторых других случаях.

Каждый избиратель имеет два голоса. Так называемый «первый» голос (*Erststimme*) он отдает за кандидата-одномандатника, а «второй» голос (*Zweitstimme*) — за партийный список. Избиратель полностью свободен в своем выборе: например, он может проголосовать за одномандатника одной партии и отдать голос за список другой (*Stimmensplitting*). Происходит такое нередко, причиной чему является структура немецкого партийного ландшафта и особенности системы распределения мандатов, рассматриваемые в этой статье. Система двух голосов не является, к слову сказать, единственно возможной и допустимой. Согласно первому федеральному закону «О выборах» 1949 года, а также до сих пор на выборах в ландтаги Баден-Вюртемберга и Саарланда, у избирателей имеется один голос, который выполняет две функции³.

Результаты выборов по одномандатным округам определяются просто: выигрывает кандидат, набравший максимальное число голосов (система относительного большинства, § 5 закона «О выборах»). 299 победителей-одномандатников попадают в Бундестаг без каких-либо дополнительных условий. Что касается оставшихся мандатов, то они распределяются по сложной многоступенчатой схеме (§ 6 закона «О выборах»).

Вначале определяется число мест, подлежащих распределению между партийными списками. Базовое число равно, однако, не 299, а 598, то есть общему числу депутатов. От этого числа отнимаются мажоритарные мандаты, полученные кандидатами, выдвинутыми от объединений избирателей или партий, не преодолевших пятипроцентный заградительный барьер (и не получивших три мажоритарных мандата, что альтернативно допускает такую партию к участию в распре-

делении мест по спискам). Последнее уже случалось: в 2002 году Партия демократического социализма (наследница СЕПГ) получила меньше 5 % и провела двух кандидатов-одномандатников. В таком случае между партийными списками должны распределяться $598 - 2 = 596$ мест.

Число мест, выпадающих на партийный список, определяется с 2008 года по формуле Сент-Лагё/Шеперс. До этого, начиная с выборов 1987 года, использовался метод Хэра-Нимейера, а еще раньше — метод д'Ондта⁴.

Прежде всего, вычисляется первоначальный делитель, образуемый путем деления общего числа голосов, полученных всеми списками, преодолевшими заградительный барьер, на число распределяемых мандатов. Таким образом определяется примерное число голосов, приходящихся на один мандат. Число мест, получаемых отдельно взятой партией, вычисляется путем деления числа отданных за нее голосов на первоначальный делитель. Получаемые числа округляются по общим правилам: дроби меньше 0,5 отпадают; 0,5 и больше округляются до единицы. Например, если партия получила число 176,49, то ей присуждаются 176 мандатов; при результате 176,51 эта партия получает 177 мандатов. Если сумма целых чисел, полученных всеми партиями, соответствует числу распределяемых мандатов, то это означает завершение процедуры. Однако возможно, что данная сумма окажется больше или меньше числа мандатов. В таком случае процедура повторяется, причем первоначальный делитель соответственно увеличивается или уменьшается по определенной схеме.

После того как получено общее число мандатов, приходящихся на отдельные партии, происходит распределение мест между земельными списками отдельно взятой партии. Дело в том, что конкретные списки кандидатов выдвигаются исключительно на уровне земель, федеральных списков не существует. Распределение происходит по той же формуле, что и при распределении мандатов между разными партиями. На этот раз, однако, друг с другом конкурируют результаты, полученные партиями на выборах в отдельных землях, то есть речь идет о своего рода внутривнутрипартийной и межземельной конкуренции. При этом относительно большее число мандатов получают, во-первых, более круп-

ные земли, во-вторых, те, в которых данная партия достигла особенно хорошего результата.

От общего числа мест, выпавших на партийный список в определенной земле, отнимается число выигравших кандидатов-одномандатников, выдвинутых данной партией в этой земле. Именно в этот момент и образуются «избыточные» мандаты. Причиной этого является тот факт, что число депутатов-одномандатников может быть больше общего числа мест, приходящихся на данный список. В таком случае партия получает столько мест, сколько одномандатников она провела в парламент. Соответственно увеличивается общее число проведенных ею депутатов, а также общее число депутатов Бундестага. При образовании «избыточных» мандатов ни один кандидат из числа списочников от данной земли в Бундестаг не проходит.

Наличие «избыточных» мандатов приводит к тому, что получающие их партии имеют больше мест, чем это соответствует их доле от числа голосов, отданных за списки. В подавляющем большинстве случаев преимущества от этого получают «общенародные» партии — ХДС и СДПГ, а в последний раз также и ХСС. Ниже приведена таблица, содержащая данные по «избыточным» мандатам за все время проведения федеральных выборов⁵. На выборах 1965, 1969, 1972 и 1976 годов «избыточные» мандаты не возникли.

Таблица 1

**«Избыточные» мандаты в Бундестаге
в 1949–2009 годах**

Выборы	Всего	ХДС	ХСС	СДПГ	Прочие	В правительстве
1949	2	1	0	1	0	ХДС (всегда с ХСС)
1953	3	2	0	0	1	ХДС
1957	3	3	0	0	0	ХДС
1961	5	5	0	0	0	ХДС
1980	1	0	0	1	0	СДПГ
1983	2	0	0	2	0	ХДС
1987	1	1	0	0	0	ХДС
1990	6	6	0	0	0	ХДС
1994	16	12	0	4	0	ХДС
1998	13	0	0	13	0	СДПГ
2002	5	1	0	4	0	СДПГ
2005	16	7	0	9	0	ХДС/СДПГ
2009	24	21	3	0	0	ХДС

Смысл столь сложной системы распределения мандатов заключается в попытке сочетания положительных сторон обеих систем: пропорциональной и мажоритарной. Пропорциональная компонента обеспечивает отражение соотношения сил в обществе. Мажоритарная компонента спасает от полного обезличивания выборов, так как избиратели отдают «первый» голос за конкретное, известное им лицо.

Интересно, что численность депутатов-списочников, делегируемых отдельными землями, отличается от числа одномандатников в данной земле, причем как в одну, так и в другую сторону. Этот феномен, считавшийся исключением, стал скорее правилом: на выборах 2009 года лишь в двух землях из шестнадцати число депутатов-одномандатников совпало с числом списочников. Этот результат находится в противоречии с базовым принципом, согласно которому соотношение между числом одномандатников и списочников составляет 1:1.

Избирательные законы земель используют ту же схему, но со следующими отличиями. Распределение мандатов происходит в один этап. Первоначальное число мест, предназначенных для одномандатников и списочников, может быть неодинаковым. Формулы расчета количества мест, приходящихся на один список, также могут быть другими. Иные важные отличия рассматриваются в данной статье в соответствующих контекстах.

2. Антиконтитуционные «сюрпризы» избирательной арифметики

Федеральный конституционный суд Германии несколько раз касался проблемы «избыточных» мандатов⁶ и признал сам факт их появления не противоречащим Основному закону, хотя и с указанием на то, что эта оценка может измениться при чрезмерном появлении таких мандатов.

В 1997 году, подробно рассматривая вопрос «избыточных» мандатов, Суд принял важное решение⁷, в котором он еще раз подтвердил конституционность их появления. Решение было принято четырьмя голосами против четырех: в такой ситуации поставленная под сомнение норма считается соответствующей конституции (предл. 3 абз. 4 § 15 закона о Федеральном конституционном су-

де). В этом решении было также определено число «избыточных» мандатов, начиная с которого существующая избирательная система может войти в противоречие с конституцией. С указанием на высоту существующего заградительного барьера Суд назвал цифру в 5 % от первоначального списочного состава⁸, что равно 30 (5 % от 598 = 29,9) местам. Результат выборов 2009 года — 24 «избыточных» мандата — приблизился к этой границе почти вплотную. Тот факт, что Суд считает необходимым ограничить число «избыточных» мандатов, свидетельствует об их определенной конституционно-правовой дефектности, что, в свою очередь, находится в противоречии с признанием Судом их конституционности⁹. Подозрение в дефектности усиливается, так как Суд в другом решении¹⁰, принятом позднее, признал недопустимым замену выбывшего депутата при наличии «избыточных» мандатов. В таком случае численность фракции, к которой принадлежал выбывший депутат, а также общая численность Бундестага просто уменьшается на один. Итогом выбытия депутатов может быть утрата правительством большинства, если последнее опиралось на «избыточные» мандаты.

В одном из последующих решений¹¹ Суд разбирался с еще более сложной проблемой, а именно тем феноменом, что прирост числа голосов, отданных за определенную партию, может привести к потере этой партией одного мандата; и наоборот, уменьшение числа голосов может привести к получению дополнительного мандата. Происходит это из-за особенностей описанной выше многоступенчатой процедуры распределения мандатов¹².

Предположим, что в определенной земле партия получила «избыточный» мандат. Это означает, что прирост числа голосов, отданных за список этой партии в данной земле, не приводит к увеличению числа мандатов до тех пор, пока этот прирост не оказался достаточным, чтобы получить дополнительное место в конкуренции с другими партиями. Однако увеличение числа «вторых» голосов в данной земле может привести к тому, что при распределении мест между списками партии в разных землях данный список получит на одно место больше. Это приведет к превращению «избыточного» мандата в обычный и одновременно к уменьшению на единицу числа мандатов, достаемых другим спискам. В

такой ситуации дополнительные голоса, отданные в земле с «избыточными» мандатами, не просто «сгорают», а в конечном итоге приводят к ухудшению результатов всей партии.

Федеральный конституционный суд Германии посчитал такую динамику «с обратным знаком» противоречащей конституции и дал законодателю срок до 30 июня 2011 года исправить ситуацию. Однако законодатель не спешит заниматься этим вопросом, по причине чего последние выборы в Бундестаг были проведены по правилам, противоречащим конституции.

3. Пути выхода из создавшейся ситуации

В литературе предлагаются разные пути решения проблемы динамики «с обратным знаком» и вообще улучшения избирательной системы¹³. Однако большинство возможных решений наталкиваются на разного рода препятствия, в результате чего к консенсусу прийти пока не удалось. Во-первых, теоретически не исключен переход на классическую мажоритарную систему, так как она отвечает принципам избирательного права, закрепленным в Основном законе (ст. 38)¹⁴. Но по политическим причинам такая возможность практически исключена.

Во-вторых, допустимо введение комбинированной системы (*Grabensystem*) наподобие той, которая существовала в России в 1990-е годы. Против этого, однако, выступают небольшие партии, не имеющие шансов выигрывать одномандатные округа, так как они получают при прочих равных условиях лишь половину мест от того числа, которое возможно в рамках ныне действующей системы. В этой связи можно вспомнить, что устрашающие цифры, получаемые Либерально-демократической партией России по спискам на выборах в Государственную Думу Федерального Собрания РФ, воплощались потом во фракциях гораздо меньшего, чем ожидалось на первый взгляд, размера.

Возможность введения федеральных партийных списков в явном или закамуфлированном виде отклоняется по причине того, что от этого пострадает принцип федерализма и в партиях будут усиливаться централистские тенденции, что считается неприемлемым. Компенсация «избыточных» мандатов

по схемам, принятым в избирательном законодательстве земель, отклоняется на том основании, что это может привести к значительному увеличению числа членов парламента¹⁵, что на федеральном уровне признается нежелательным эффектом.

В литературе высказывается мнение, что устранение **причин** появления «избыточных» мандатов не происходит из-за того, что такие мандаты приносят особую выгоду партийным коалициям, приходящим к власти по итогам выборов¹⁶. Таблица 1 подтверждает это наблюдение: у власти, как правило, оказываются партии, получившие максимальное число «избыточных» мандатов.

4. Как мы определяем тип избирательной системы

Необходимо сделать методическое замечание по поводу того, как мы определяем принадлежность конкретной, реально существующей избирательной системы к тому или иному идеальному типу. Характерной особенностью пропорциональной системы является то, что партии получают столько мест в парламенте, сколько соответствует их доле от числа голосов, отданных при наличии заградительного барьера за партии, его преодолевшие, либо, если заградительного барьера нет, доле от общего числа поданных голосов. При этом результаты не должны выходить за пределы погрешности, неизбежно возникающей при использовании разных формул распределения мандатов. Если это правило не соблюдается, то именовать такую избирательную систему пропорциональной нельзя.

Определение типа избирательной системы может носить не только теоретико-познавательный характер, но и приводить к юридическим последствиям. В практике Федерального конституционного суда Германии был выработан принцип соблюдения логики конкретного типа избирательной системы (*Systemtreue*¹⁷). В соответствии с этой позицией¹⁸ законодатель имеет право выбора между разными типами избирательных систем, включая их комбинацию (системы действуют параллельно) или соединение (системы образуют разные этапы). Однако после того, как выбор был сделан, законодательное регулирование не должно нарушать характерные особенности, присущие данному типу избирательной

системы; в случае соединения эти принципы должны соблюдаться на каждом отдельном отрезке. Так, в одном из решений Суд отказал в необходимости принятия мер по восстановлению пропорциональности на том основании, что образовавшийся после выборов 1987 года «избыточный» мандат не привел к искажениям, выходящим за пределы обычной погрешности, присущей пропорциональной системе¹⁹.

Данная позиция иногда подвергается критике в литературе из-за того, что Суд исходит из существования лишь двух типов избирательных систем — мажоритарной и пропорциональной, в то время как, по мнению некоторых ученых, возможно существенно большее количество *разных* избирательных систем²⁰.

Важно провести различие между комбинированными и смешанными (соединенными, интегрированными) избирательными системами. Избирательная система является комбинированной, когда результаты выборов по одномандатным округам и по спискам определяются независимо друг от друга, как это было в России в 1990-е годы. Смешанная система означает, что оба элемента представляют собой разные части единого процесса определения окончательного результата, как это имеет место в современном немецком избирательном праве. Значение имеет, конечно же, не то, какие конкретно «этикетки» используются для обозначения этих систем, а то, что необходимо использовать два разных термина. Строго говоря, в случае комбинированной системы имеет смысл говорить вообще о параллельном существовании двух систем.

5. Политические причины появления «избыточных» мандатов и проблема динамической антиконституционности

Хотя появление «избыточных» мандатов является результатом действия многих причин, предсказать характер влияния которых затруднительно, можно выделить несколько закономерностей. Вероятность появления «избыточных» мандатов возрастает с ростом числа партий, прошедших пятипроцентный барьер и уменьшением долей вторых голосов, отдаваемых за одну партию. Если долгое вре-

мя в Германии на федеральном уровне существовала четырехпартийная система (ХДС, ХСС, СДПГ, СвДП), то теперь можно говорить об укоренении шестипартийной системы (вышеназванные партии, а также Зеленые и Левая партия). Кроме того, небольшие партии достигли на последних выборах существенно лучших результатов, чем это случалось ранее, получив 10–14 % вместо обычных 6–8. Улучшение ситуации с голосами, отдаваемыми за партийные списки, не означает автоматически, что небольшие партии улучшают свои шансы на победу в одномандатных округах. Растущая разница в числе «первых» и «вторых» голосов, отдаваемых за конкретную партию, способствует возникновению «избыточных» мандатов.

Причиной этого является прогрессирующее число избирателей, разделяющих свои голоса, которое увеличилось в течение действия нынешнего закона «О выборах» с 6,4 % в 1957 году до 23,5 % в 2005 году²¹. Это, в свою очередь, является результатом структуры партийного ландшафта, образовавшейся в Германии. Как правило, ни на федеральном, ни на земельном уровнях ни одна из крупных партий — ХДС или СДПГ, а после выборов в баварский Ландтаг 2008 года и ХСС — не имеют абсолютного большинства и вынуждены искать партнеров для образования коалиционного правительства. Стандартная коалиция состоит из одной большой («общенародной»), например ХДС, ХСС, СДПГ) и одной маленькой («нишевой», например СвДП, Зеленые; сюда можно отнести и Левую партию, но с оговоркой, что в восточных землях она является скорее «общенародной») партий. Типичными, хотя и не единственно возможными, коалициями являются ХДС (/ХСС) и СвДП, СДПГ и Зеленые, СДПГ и Левая партия.

Коалиционные избирательные кампании

Избирательные кампании могут быть изначально направлены на получение большинства, необходимого для образования вполне определенной коалиции. В таком случае большая партия, получающая значительное число мест по одномандатным округам, может дать в том или ином виде рекомендацию своим избирателям отдать «второй» голос маленькой партии, с которой планируется заключение

правящей коалиции. В случае образования «избыточных» мандатов весомость таких голосов удваивается по сравнению с голосами избирателей, отдаваемыми за одну и ту же партию.

Предположим, что голос, отданный за кандидата в одномандатном округе, привел к успеху: данный кандидат был избран. В том случае, когда «избыточные» мандаты у партии, которой принадлежит победивший кандидат, не появляются, этот округ будет вычтен из числа мест, рассчитанных на основании «вторых» голосов, число которых и будет определяющим для конечного результата. В такой ситуации избиратель, отдав «второй» голос другой партии, уменьшает шансы той партии, чьего депутата-одномандатника он выбрал, в результате чего удвоения весомости голоса не происходит. Однако, если у партии, получающей преимущественно «первые» голоса, образуются «избыточные» мандаты, описанный выше механизм перестает работать. Особенно наглядным это становится в ситуации, когда маленькая партия не получает ни одного одномандатного округа, а крупная, наоборот, проводит большую часть своих депутатов через одномандатные округа.

Именно таковы оказались итоги выборов в Бундестаг 2009 года: СвДП, несмотря на резкое улучшение своего результата при голосовании по партийным спискам (14,6 % по сравнению с 9,8 % в 2005 году) не получила ни одного мажоритарного мандата. Из 194 депутатов ХДС лишь 21 оказались списочниками, а из 45 депутатов ХСС — вообще ни одного. ХДС/ХСС получили «избыточные» мандаты в 8 землях из 16.

Для сравнения: СДПГ получила 64 места по одномандатным округам и 82 — по спискам. Левая партия, как и СвДП улучшившая свой результат при голосовании по спискам (с 8,7 до 11,9 %), параллельно с этим увеличила и число выигранных одномандатных округов с 3 до 16. Огромная разница в числе «первых» и «вторых» голосов, отданных за СвДП и ХДС/ХСС, свидетельствует о целенаправленном разделении голосов значительной частью избирателей с целью образования соответствующей коалиции. В случае с СДПГ возможно и другое объяснение, не связанное с «коалиционным» голосованием: политика партии, часто воспринимаемая как политика партийной верхушки, в последние годы разо-

чаровала многих ее сторонников, которые, однако, продолжают голосовать за известных им кандидатов-одномандатников.

Таблица 2

**«Первые» (за кандидатов–одномандатников)
и «вторые» (за партийные списки) голоса
на выборах в Бундестаг в 2005 и 2009 году**

Партия	Голоса	2005	2009
ХДС	«первые»	15 390 950	13 856 674
	«вторые»	13 136 740	11 828 277
	разница («первые» – «вторые»)	2 254 210	2 028 397
	соотношение («первые» = 100)	85,35	85,36
ХСС	«первые»	3 889 990	3 191 000
	«вторые»	3 494 309	2 830 238
	разница («первые» – «вторые»)	395 681	360 762
	соотношение («первые» = 100)	89,83	88,69
СДПГ	«первые»	18 129 100	12 079 758
	«вторые»	16 194 665	9 990 488
	разница («первые» – «вторые»)	1 934 435	2 089 270
	соотношение («первые» = 100)	89,33	82,70
СвДП	«первые»	2 208 531	4 076 496
	«вторые»	4 648 144	6 316 080
	разница («первые» – «вторые»)	-2 439 613	-2 239 584
	соотношение («первые» = 100)	210,46	154,94
Зеленые	«первые»	2 538 913	3 977 125
	«вторые»	3 838 326	4 643 272
	разница («первые» – «вторые»)	-1 299 413	-666 147
	соотношение («первые» = 100)	151,18	116,75
Левая	«первые»	3 764 168	4 791 124
	«вторые»	4 118 194	5 155 933
	разница («первые» – «вторые»)	-354 026	-364 809
	соотношение («первые» = 100)	109,40	107,61

Учитывая сложный характер определения результатов выборов, можно предложить еще одну иллюстрацию схемы «удвоения» весомости голосов. Подходящим вследствие своей относительной простоты может быть пример ХСС, так как эта партия выступает на выборах в Бундестаг в одной земле – Баварии – и поэтому участвует лишь в распределении мест между партиями, но не между разными земельными списками. Благодаря своим доминирующим позициям, ХСС получает в Баварии все или почти все одномандатные округа от общего числа (44 или 45). Для увеличения числа мест в парламенте возможны две стратегии. Во-первых, ХСС может работать на увеличение числа «вторых» голосов, что

будет приводить к тому, что общее число мест, выпадающих на эту партию, также увеличится. Например, в 1994 году ХСС получил 51,2 % «вторых» голосов, что обеспечило ему 50 мандатов, или на 6 больше, чем число выигранных им одномандатных округов. В 2002 году ХСС достиг существенно лучшего результата – 58,6 % голосов, что воплотилось и в большем числе мандатов – 58 (из них 43 мажоритарных из 44 возможных). В случае если число «вторых» голосов, отдаваемых за ХСС, снижается до уровня, обеспечивающего число мандатов, равное или меньшее числа выигрываемых одномандатных округов, как это произошло на выборах 2009 года, то «вторые» голоса «сгорают», не принося дополнительных мест. В этих условиях имеет смысл применить другую стратегию и мотивировать избирателей отдать свой голос потенциальному партнеру по коалиции, в данном случае СвДП. Даже если *все* «вторые» голоса сторонников ХСС будут отданы СвДП, это не приведет к потере мандатов ХСС. Одновременно с этим при распределении мандатов между партиями произойдет серьезное улучшение результатов СвДП. В гипотетическом случае стопроцентного разделения голосов сторонников ХСС на последних выборах 2009 года ХСС сохранил бы свои 45 мажоритарных мандата, а СвДП получила бы 135 мест вместо 93, включая 42 места, приходящихся на ХСС на основании количества полученных им «вторых» голосов. В итоге правительственная коалиция ХДС/ХСС/СвДП имела бы 374 мест из 664 (абсолютное большинство – 333 места).

Динамическая антиконституционность

Иногда в немецкой литературе избирательные кампании, направленные на удвоение весомости голосов избирателей, характеризуются как находящиеся в противоречии с требованиями конституции²². Схожая точка зрения выражена и в решениях Федерального конституционного суда Германии, считающего, что «избыточные» мандаты должны появляться лишь в том количестве, которое обусловлено спецификой избирательной системы, а именно тем, что в случае конкуренции между результатом по спискам и результатом по одномандатным округам приоритет получает последний, что, в свою очередь, вызвано же-

лением обеспечить более интенсивную связь между парламентариями и избирателями²³.

В соответствии с этой позицией вопрос конституционности решается не на основании анализа содержания норм избирательного закона, которые остаются неизменными, а исходя из поведения избирателей. Понять сторонников этой позиции можно, но необходимо учесть, что избирательное законодательство, а также его интерпретация Федеральным конституционным судом Германии не содержит никаких запретов на разделение голосов, адресованных одному отдельно взятому избирателю. В итоге складывается парадоксальная ситуация: некое действие, легитимное для одного гражданина, теряет свою легитимность, если так поступает достаточно большое количество избирателей.

При этом не должно вводить в заблуждение то, что Суд говорит о потенциальной антиконституционности избирательных кампаний, которые ведут партии. Современные средства коммуникации позволяют самоорганизовываться большим массам людей без непосредственного управления «из центра». Оценка поведения волонтеров и избирателей, действующих самостоятельно, в интересах, но без поручения (и контроля!) со стороны партийных структур, может оказаться одной из трудноразрешимых проблем избирательного права.

Масштабируемость действия правил поведения

Описанная выше позиция является нарушением *правила масштабируемости*: если некая форма поведения признается допустимой, то ее позитивная оценка не может изменяться в зависимости от числа лиц, поступающих соответствующим образом. Особенно в наше время, когда в обществе вследствие стандартизации условий жизни, концентрации источников информации и засилья массмедийных стереотипов могут возникать сильные «кумулятивные» эффекты, необходима проверка предлагаемых правил поведения на их масштабируемость. Остается добавить, что правило масштабируемости является вариантом категорического императива Канта: «Поступай согласно такой максиме, которая в то же время может действовать в качестве всеобщего закона»²⁴.

6. Земли: борьба с «избыточными» мандатами

В отличие от федерального уровня в избирательных законах земель предусмотрены механизмы, восстанавливающие, хотя бы до определенной степени, пропорциональность²⁵. Например, в законе «О выборах» земли Шлезвиг-Гольштейн для этого вводятся так называемые «дополнительные» мандаты (п. 5 § 3), распределяемые между партиями до тех пор, пока не будет восстановлена пропорциональность. Однако масштабы компенсации ограничены, так как число дополнительных мандатов по закону не может превышать двукратного числа «избыточных» мандатов.

В итоге компенсация может оказаться частичной, как это и произошло после последних выборов 2009 года: 3 «избыточных» мандата, полученных ХДС, остались без компенсации. Вследствие неполноты компенсации партии с «избыточными» мандатами в конечном итоге получают больше мест, чем это было бы возможно в рамках пропорциональной системы. Так, правительственная коалиция ХДС и СвДП опирается на 744 950 голосов, что составляет 49,09 % от числа голосов, отданных за партии, прошедшие в парламент. Несмотря на это, коалиция обладает абсолютным большинством в ландтаге: 49 мест из 95, что составляет 51,58 %. В случае полноценной компенсации коалиция ХДС/СвДП имела бы 50 мест из 101²⁶.

По мнению Леевой партии и партии Зеленых, а также некоторых ученых, этот результат и особенно ограничение компенсации находятся в противоречии с конституцией земли, которая, в отличие от Основного закона, во-первых, закрепляет пропорциональную систему, во-вторых, явным образом предусматривает необходимость компенсации «избыточных» мандатов, ничего не говоря при этом об ограничении ее объемов (абз. 2 ст. 10). 15 октября 2009 года Конституционный суд земли Шлезвиг-Гольштейн рассмотрел запрос о принятии предварительного решения, в котором законодательное ограничение числа дополнительных мандатов должно было бы быть признано временно неприменимым. Запрос был отклонен по процессуальным причинам, так как подача жалобы в Конституционный суд допустима лишь после проверки результатов выборов ландтагом.

Таким образом, Суд пока не разобрался с этим вопросом по существу.

7. Легитимность

а) Парламент как отражение соотношения сил в обществе

Вопрос о существенных признаках демократической формы правления является не таким простым, как это может показаться на первый взгляд. В частности, идея о том, что демократия подразумевает в том или ином виде поддержку правительства большинством населения или избирателей, на практике не находит подтверждения. Особенно в мажоритарных избирательных системах относительного большинства при условии низкой явки избирателей вполне возможны ситуации, когда правительственное большинство в парламенте опирается на 20–30 % от общего числа избирателей. В этом, собственно говоря, и заключается смысл мажоритарной системы: правительственное большинство в парламенте должно возникать у одной-единственной партии и в том случае, если эта партия получила меньше половины голосов²⁷. Однако и (квази)пропорциональные системы могут приводить к тому, что правительственное большинство в парламенте опирается на меньшинство. Так, ныне действующее немецкое правительство имеет поддержку 33,74 % лиц, имеющих право голоса²⁸ (уровень участия в выборах составил 70,8 %). Восприятие такой ситуации неодинаково в разных странах. Во многом оно зависит от оценки поведения избирателей, уклонившихся от участия в выборах, интерпретируется ли это как протест, как согласие с существующим статус-кво или как заблаговременное принятие любого возможного результата.

С определенными оговорками можно утверждать, что в немецкой политической культуре со времен Веймарской республики утвердилась позиция, согласно которой парламент должен по возможности отражать соотношение сил в обществе. Поэтому пропорциональная система воспринимается как наиболее органичная в рамках демократической формы правления²⁹. Ограничения принципа строгого отображения допустимы лишь при наличии «неотложной причины» (*zwingen-*

der Grund), например для обеспечения работоспособности парламента и правительства. На этом основании был признан не противоречащим конституции пятипроцентный градительный барьер³⁰. Однако искажения, возникающие при распределении мандатов между партиями, преодолевшими этот барьер, считаются нежелательными, хотя критики оценивают этот факт по-разному³¹.

Федеральный закон «О выборах» содержит интересную норму, в соответствии с которой партия, получившая абсолютное большинство «вторых» голосов, но в результате распределения мандатов не добившаяся абсолютного большинства мест, получает один мандат дополнительно, после чего оставшиеся мандаты повторно распределяются между другими партиями (абз. 3 § 6)³². Эта норма должна скорректировать погрешности, неизбежно возникающие при распределении мандатов. Очевидно, законодатель посчитал критическим негативный психологический и политический эффект того, что абсолютное большинство полученных голосов не воплощается в абсолютном большинстве мест в парламенте. Возникает интересный вопрос: должно ли существовать комплементарное правило, в соответствии с которым менее половины голосов избирателей не должно воплощаться в абсолютном большинстве депутатских мест, как это случилось в Шлезвиг-Гольштейне?

б) Негативная динамика

Одним из требований к процедуре выборов является ее понятность и транспарентность. В частности, избиратель должен иметь возможность в общем и целом оценить результат своего голосования. Это требование не выполняется в случае «негативной» динамики, когда голос избирателя, отданный за определенную партию, неожиданно для него приводит не к улучшению, а к ухудшению достигнутого ею результата.

Впрочем, возможны ситуации предсказуемой «негативной» динамики. На выборах в Бундестаг 2005 года сложилась уникальная ситуация, когда можно было экспериментально проверить действие механизма «разделения» голосов. В одном из одномандатных округов скончался кандидат, что привело к необходимости проведения выборов в данном

округе после выборов в стране. К этому моменту общие результаты голосования были известны³³. Проведенные подсчеты показали, что для ХДС существует «коридор риска»: если число «вторых» голосов оказывалось между двумя определенными значениями, то это приводило к тому, что ХДС терял один мандат. Результат, достигнутый ХДС на предыдущих выборах, как раз находился внутри этого коридора. Так как превысить верхний предел было практически невозможно, оставался один-единственный вариант, согласно которому определенное число сторонников ХДС не должны были отдать ему свой «второй» голос, что согласно проведенным расчетам и произошло³⁴. Риска «переусердствовать» не существовало, так как мандат сохранялся и в случае, если бы ХДС не получил вообще ни одного голоса. Остается добавить, что противники ХДС могли испортить «праздник», отдав свои голоса за список этой партии. Иначе чем абсурдной назвать такую ситуацию невозможно.

в) Разная весомость голосов

Итогом появления «избыточных» мандатов и вызванного этим нарушения принципа пропорциональности является то, что весомость голосов избирателей, голосующих за разные партии, оказывается неодинаковой (см. табл. 3). Причем эта разница существенно превышает ту, которая неизбежно возникает из-за погрешности формул, применяемых при распределении мандатов.

Таблица 3

Число голосов, отданных за списки, приходящееся на одного депутата

Партия	2005	2009
ХДС	72982	60971
ХСС	75963	62894
СДПГ	72949	68428
СвДП	76199	67915
Зеленые	75261	68283
Левая	76263	67841

В этой связи можно упомянуть, что в избирательном законодательстве Веймарской республики была закреплена жесткая квота — 60 000 голосов на одного депутата (ст. 30 имперского закона «О выборах» 1920 года).

Итогом этого было колебание числа депутатов Рейхстага, изменявшегося между 459 и 647³⁵.

Румянцев Андрей Георгиевич — научный сотрудник юридического факультета Университета Регенсбурга, доктор права (Dr. jur.).

post@law.net.ru

¹ ХДС — Христианско-демократический союз; ХСС — Христианско-социальный союз; СДПГ — Социал-демократическая партия Германии; СвДП — Свободная демократическая партия; СЕПГ — Социалистическая единая партия Германии.

² См. перечень законов, содержащих поправки к избирательному закону: *Schreiber W. Kommentar zum Bundeswahlgesetz*. 8. Aufl. Köln, 2009. S. 72 ff.

³ См.: *Ibid.* S. 202.

⁴ См.: *Ibid.* S. 216 f.

⁵ См.: *Ibid.* S. 239; данные за 2009 год базируются на отчетах организатора проведения федеральных выборов: <http://www.bundeswahlleiter.de>.

⁶ См. ранние решения: от 3 июля 1957 года, BVerfGE 7, 63 [74 f.]; от 22 мая 1963 года, BVerfGE 16, 130 [139 f.]; от 24 ноября 1988 года, BVerfGE 79, 169.

⁷ Решение от 10 апреля 1997 года, BVerfGE 95, 335.

⁸ BVerfGE 95, 335 [366].

⁹ См.: *Meyer H. // Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland / J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.). Bd. III. 3. Aufl. Heidelberg, 2005. § 46. Rn. 49.*

¹⁰ Решение от 26 февраля 1998 года, BVerfGE 97, 317.

¹¹ Решение от 3 июля 2008 года, BVerfGE 121, 266.

¹² См. наглядную иллюстрацию этого механизма в: *Ehlers D., Lechleitner M. Die Verfassungsmäßigkeit von Überhangmandaten // Juristenzeitung (JZ). 1997. S. 763.*

¹³ См., например: *Schreiber W. Op. cit. S. 246; Meyer H. Lösungsmöglichkeiten nach dem Wahlrechtsurteil des BVerfG vom 3. Juli 2008 // Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl). 2009. S. 137 ff.; Zivier E.R. Risiken und Nebenwirkungen: Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. Juli 2008 («negatives Stimmgewicht») // Recht und Politik (RuP). 2009. S. 41 ff.*

- ¹⁴ См.: BVerfGE 121, 266 [296].
- ¹⁵ По одному из гипотетических сценариев число депутатов ландтага земли Шлезвиг-Гольштейн после выборов 2000 года могло бы вырасти с 75 до 165. См.: *Sauer G. W.* Zur proportionalen Wahlauswertung bei Zweistimmenwahlsystemen ohne Überhangmandate // *Zeitschrift für Parlamentsfragen (ZParl)*. 2003. S. 154.
- ¹⁶ См.: *Behnke J.* Von Überhangmandaten und Gesetzeslücken // *Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ)*. 2003. S. 28. См. также критическую оценку мотивов законодателя: *Meyer H.* // *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* / J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.). § 45. Rn. 37.
- ¹⁷ См.: *Meyer H.* // *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* / J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.). § 45. Rn. 23.
- ¹⁸ См.: Решение от 5 апреля 1952 года, BVerfGE 1, 208 [246 f.]; BVerfGE 95, 335 [354].
- ¹⁹ См.: BVerfGE 79, 169 [172]. См. также позицию четырех судей Федерального конституционного суда, не согласных с решением коллег: BVerfGE 95, 335 [367 f., 371 f.].
- ²⁰ См.: *Meyer H.* // *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* / J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.). § 45. Rn. 24 ff.; *Trute H.-H.* // *Grundgesetz: Kommentar* / I. v. Münch, P. Kunig (Hrsg.). Bd. 2. 5. Aufl. München, 2001. Art. 38. Rn. 14.
- ²¹ См.: *Schreiber W.* Op. cit. S. 206.
- ²² См., например: *Schreiber W.* Op. cit. S. 205, 207 f.; *Ipsen J.* Staatsrecht I: Staatsorganisationsrecht. 12. Aufl. Neuwied; Kriftel, 2000. Rn. 86; *Behnke J.* Strategisches Wählen bei der Nachwahl in Dresden zur Bundestagswahl 2005 // *Politische Vierteljahresschrift (PVS)*. 2008. S. 718 f.
- ²³ См.: BVerfGE 7, 63 [74 f.]; BVerfGE 95, 335 [360 f., 366].
- ²⁴ *Kant I.* Metaphysik der Sitten. T. I: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre // B. Ludwig (Hrsg.). 2. Aufl. Hamburg, 1998. S. 23.
- ²⁵ См.: *Schreiber W.* Op. cit. S. 237.
- ²⁶ См.: *Schwarz T.* Linke klagen gegen umstrittene Mandatsverteilung in Kiel // *Kieler Nachrichten*. 2009. 14. Oktober (http://www.kn-online.de/schleswig_holstein/landespolitik/118173-Linke-klagen-gegen-umstrittene-Mandatsverteilung-in-Kiel.html).
- ²⁷ См.: *Meyer H.* // *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* / J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.). § 45 Rn. 27.
- ²⁸ Если учитывать «вторые» голоса; или 33,98 % от числа «первых» голосов.
- ²⁹ См.: *Trute H.-H.* // *Grundgesetz: Kommentar* / I. v. Münch, P. Kunig (Hrsg.). Art. 38. Rn. 15.
- ³⁰ См.: BVerfGE 1, 208 [248 f., 252, 255]; решение от 29 сентября 1990 года, BVerfGE 82, 322 [338]. Критика допустимости заградительного барьера содержится в: *Meyer H.* // *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* / J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.). § 46. Rn. 36 ff.
- ³¹ Так, в литературе встречается и критика «фетишизма пропорциональности». См.: *Papier H.-J.* Überhangmandate und Verfassungsrecht // *Juristenzeitung (JZ)*. 1996. S. 271.
- ³² Формулировка закона характеризуется как неудачная, поскольку, в частности, непонятно, получает ли такая партия одно дополнительное место или несколько, пока у нее не образуется минимально возможное абсолютное большинство. См.: *Schreiber W.* Op. cit. S. 234.
- ³³ Данный факт рассматривался Федеральным конституционным судом Германии, так как это, по мнению жалобщика, нарушало принцип равенства избирателей. Однако Суд посчитал сложившуюся ситуацию не противоречащей конституции. См. решение от 21 апреля 2009 года, 2 BvC 2/06.
- ³⁴ Анализ этой ситуации приведен в: *Behnke J.* Strategisches Wählen bei der Nachwahl in Dresden zur Bundestagswahl 2005 // *Politische Vierteljahresschrift (PVS)*. 2008. S. 695 ff.
- ³⁵ См.: *Kaack H.* Zwischen Verhältniswahl und Mehrheitswahl. Opladen, 1967. S. 16.