

Пятипроцентный барьер на выборах в Европарламент признан в Германии неконституционным

Андрей Румянцев

В решении от 9 ноября 2011 года¹ Федеральный конституционный суд Германии признал неконституционным применение 5-процентного барьера на выборах в Европейский парламент. Данное решение интересно тем, что ранее тот же суд подтвердил конституционность этого барьера, а также подобного барьера на выборах в немецкий парламент – Бундестаг.

→ *Европейский парламент; выборы; принцип равенства; избирательный барьер; недействительность выборов; изменение правовой позиции*

Европейский парламент — единственный орган Европейского Союза, непосредственно выбираемый населением. В ходе своего развития Европарламент постепенно расширял свою компетенцию, и хотя ее объем до сих пор несравним с компетенцией национальных парламентов, этот орган играет в наше время достаточно серьезную роль не только в политическом дискурсе, но и при принятии решений Европейского Союза.

Избирательная система, применяемая на выборах в Европарламент, отличается своеобразием. До сих пор эти выборы проводятся отдельно в каждой стране Евросоюза. Единых общеевропейских избирательных списков или единой системы избирательных округов не существует. Каждая страна имеет право отправить в Европарламент определенное число депутатов («контингент»), которые избираются на ее территории. Размер контингента зависит от численности населения. Самый большой контингент имеет Германия — 99 депутатов из 736 (для сравнения: Франция, Италия и Великобритания представлены 72 депутатами, а Мальта — пятью)².

Правовое регулирование выстроено по двухступенчатой схеме. Общие принципы избирательного права закреплены в Договоре

о Европейском Союзе, а также в принятом Советом Европейских сообществ (ныне — Совет Европейского Союза) Акте «О введении всеобщих непосредственных выборов депутатов Европейского парламента» от 20 сентября 1976 года с последующими изменениями³.

Среди важнейших требований к странам Евросоюза, установленных в этом Акте, — применение ими пропорциональной избирательной системы и запрет на превышение факультативного 5-процентного избирательного барьера. Интересно, что принцип равенства избирательных прав на уровне ЕС не закреплен, что является не просто пробелом, а означает его отрицание. Благодаря этому стало возможным «сглаживание» пропорции между численностью населения и числом депутатов, посылаемых отдельными странами. Малонаселенные государства оказались в привилегированном положении, так как число избирателей, приходящихся в них на одного депутата, гораздо меньше, чем в странах с большей численностью населения. Так, в ходе последних выборов в 2009 году на Мальте на 5 депутатов пришлось 322 411 зарегистрированных избирателей⁴, а в Германии на 99 депутатов — 62 222 873⁵. Таким об-

разом, каждый депутат от Мальты потенциально представляет 64 482 избирателя (при 100-процентной явке), а депутат от Германии — 628 514. Вес голосов избирателей этих двух стран различается почти в 10 раз.

Упомянутый выше акт ЕС о непосредственных выборах носит рамочный характер. Так как издание общеевропейского нормативного акта, детально регулирующего выборы в Европарламент, пока не состоялось, основную роль в этом процессе играют избирательные законы, принимаемые в отдельных странах — членах Европейского Союза. По этой причине национальный законодатель вправе самостоятельно решать вопрос о применении избирательного барьера.

Выборы немецкого контингента урегулированы в федеральном законе «О выборах депутатов Европейского парламента от Германии»⁶. Согласно этому закону, к распределению мандатов допускались лишь избирательные списки, набравшие не менее 5 процентов от числа поданных голосов (абз. 7 § 2). Именно данное положение было подвергнуто сомнению в жалобах, поданных в Федеральный конституционный суд Германии (далее — Суд) рядом граждан.

Рассмотрев эти жалобы, Суд признал применение 5-процентного избирательного барьера противоречащим конституционным требованиям равенства избирательных прав и равенства шансов политических партий (абз. 1 ст. 3 и абз. 1 ст. 21 Основного закона Германии). Требование признать неконституционным использование так называемых связанных списков, выдвинутое в одной из жалоб, было отклонено.

Прежде чем приступить к изложению аргументации Суда, полезно упомянуть несколько его решений, в которых тема избирательного барьера уже затрагивалась.

Первое решение было принято в 1952 году, в самом начале развития восстановленного немецкого парламентаризма. Федеральный конституционный суд, выступая одновременно в двух ролях — суда федерации и конституционного суда земли Шлезвиг-Гольштейн, посчитал применение 7,5-процентного избирательного барьера на выборах в Ландтаг этой земли не соответствующим конституции⁷. Причиной для такого вывода послужил не барьер сам себе, легитимность которого была подтверждена, а его высота.

Аргументация сформулированной тогда правовой позиции до сих пор играет важную роль. Свое развитие она получила несколько лет спустя, в 1957 году, когда Суд подтвердил конституционность избирательного барьера на выборах в Бундестаг⁸. В 1979 году, сразу после введения прямых выборов в Европарламент, регулирующий эту процедуру федеральный закон также был подвергнут проверке в Федеральном конституционном суде. Тогда Суд пришел к выводу, что предусмотренный этим законом 5-процентный избирательный барьер соответствует немецкой конституции⁹. В 2007—2008 годах избирательный барьер вновь оказался в центре внимания конституционной юстиции: речь шла о выборах органов местного самоуправления в земле Шлезвиг-Гольштейн. На этот раз Федеральный конституционный суд посчитал избирательный барьер *противоречащим* немецкому Основному закону¹⁰. Именно на это решение во многом опирается изложенная ниже аргументация решения от 9 ноября 2011 года. Попутно заметим, что конституционная юстиция земель пришла к подобному выводу гораздо раньше. Так, Конституционный суд Баварии уже в 1952 году признал применение избирательного барьера на муниципальных выборах противоречащим баварской конституции¹¹.

Перед тем как приступить к рассмотрению вопроса по существу, Федеральный конституционный суд вкратце обосновал свою компетенцию.

Выборы в Европарламент проводились на основании немецкого федерального закона, который, как любой другой федеральный закон, может быть подвергнут проверке на соответствие Основному закону Германии. Заметим, что при принятии первого решения о конституционности избирательного барьера на выборах в Европарламент в 1979 году эту позицию разделяли не все¹². Спорным тогда был и вопрос о применимости принципа равенства, известного немецкому праву, но отсутствующего на общеевропейском уровне¹³.

Далее Суд изложил элементы своей устоявшейся правовой позиции в отношении вопроса об избирательном барьере.

Каждый избиратель имеет право на то, чтобы его голос имел точно такой же вес при определении результатов выборов, как и голоса других избирателей. Избирательный

барьер ограничивает это право, так как голоса, поданные за списки, его не прошедшие, пропадают. Решающее значение для этого вывода Суда играет ситуация, когда голосов, поданных за отстраненный список, хватило бы, как минимум, для получения одного места при условии отсутствия барьера. Возникновение подобной ситуации приводит к нарушению равенства шансов политических партий. Однако указанные противоречия не приводят автоматически к признанию неконституционности избирательного барьера. Существование последнего может быть оправдано необходимостью реализации особо важных и легитимных целей при условии, что эти цели нельзя достичь иным путем.

Согласно позиции Суда, целью, достижение которой может служить оправданием ограничения конституционных прав, является обеспечение работоспособности парламента. Именно по этой причине в 1950-х годах избирательный барьер был признан конституционным. Тогда, имея перед глазами негативный опыт Веймарской республики, парламент которой — Рейхстаг — был парализован в том числе из-за наличия в нем большого количества партий, неспособных образовать правительственное большинство¹⁴, Суд решил, что избирательный барьер является адекватным средством для устранения подобной опасности¹⁵. Аналогичную позицию Суд занял и в 1979 году¹⁶.

На основании изучения опыта работы Европарламента за 30 лет, прошедших после введения прямых выборов, Суд пришел к выводу об отсутствии необходимости в сохранении избирательного барьера. Так, уже сейчас в Европарламенте представлены 162 партии. Если бы последние выборы в 2009 году были проведены без применения избирательного барьера в Германии, то число партий выросло бы до 169, что не составило бы большого отличия и не привело бы к понижению работоспособности парламента. По мнению Суда, этого не произойдет, даже если избирательный барьер будет отменен повсеместно и, как следствие этого, вырастет число партий, представленных одним-двумя депутатами. Дело в том, что подавляющее большинство депутатов Европарламента сконцентрированы в нескольких фракциях, в настоящее время в семи. Эти фракции обеспечивают достаточно согласованную и оперативную парла-

ментскую работу. По мере вступления в ЕС новых стран в Европарламенте появлялись все новые и новые партии, которые, как правило, присоединялись к одной из существующих фракций. Основываясь на этом опыте, Суд посчитал, что то же самое ожидает и партии, оказавшиеся в парламенте лишь благодаря отмене избирательного барьера. Кроме того, фракции Европарламента проявили способность к политическим компромиссам, необходимым для организации парламентского большинства, при принятии того или иного решения в условиях, когда ни одна из фракций в одиночку на это не способна.

Однако обеспечение работоспособности парламента не является единственным и *достаточным* условием для признания конституционности избирательного барьера. Большое значение имеет определение места и роли парламента в системе органов публичной власти¹⁷. Именно в этом, по мнению Суда, состоит принципиальное различие между Бундестагом и Европарламентом. Бундестаг выбирает Федерального канцлера, который в своей дальнейшей деятельности в качестве главы правительства постоянно нуждается в поддержке со стороны парламента. Следовательно, возникающие здесь патовые ситуации негативно влияют на эффективность системы государственной власти. Европарламент также выбирает Председателя Комиссии ЕС, но последний в дальнейшем может работать в существенно более автономном режиме. Поэтому возможные задержки с принятием решений не отражаются негативно на работе системы органов Европейского Союза в той степени, как в Германии. Роль Бундестага в законодательном процессе также несравненно более важна, чем роль Европарламента. По этим причинам вопрос о конституционности 5-процентного барьера на выборах в Бундестаг и в Европарламент может и — в настоящий момент — должен быть решен порозному.

Можно усмотреть некоторую иронию судьбы в том, что нынешний статус Европарламента был использован в качестве аргумента против конституционности избирательного барьера. Как было упомянуто ранее, в решении 1979 года Конституционный суд Германии посчитал этот барьер соответствующим конституции, ссылаясь в том числе на важную роль Европарламента в системе ор-

ганов Европейских сообществ¹⁸. С тех пор значение Европарламента существенно выросло: из органа, почти исключительно совещательного, он превратился в орган, участвующий в принятии решений¹⁹. Тем не менее избирательный барьер стал неконституционным. Такая разнонаправленность тенденций: значение избираемого органа растет, а требования к обеспечению его работоспособности снижаются — противоречит декларируемой позиции Суда. В этом проявляется основная проблема рассматриваемого решения. Изолированно оно не вызывает принципиальных возражений. Но стоит сравнить его с решением 1979 года, как впечатление резко меняется. Набор аргументов и их оценок в обоих решениях практически одинаков. Изучив аргументы Суда, сторонний наблюдатель не сможет объяснить, почему тогда Суд посчитал избирательный барьер конституционным, а сейчас — нет. Этому способствует и отсутствие в новом решении явного «отграничения» от предыдущего. Объяснить произошедшее изменение можно тем, что в указанных документах по-разному была установлена отправная точка, послужившая мерилем при вынесении решений. Этим еще раз подтверждается тот факт, что решения конституционной юстиции зачастую носят в высшей степени оценочный, если не сказать произвольный, характер. Из двух решений о конституционности избирательного барьера при выборах в Европарламент последнее решение ближе к точке зрения, высказанной в литературе²⁰.

Обосновывая свою активную роль при оценке закона, Суд установил, что пределы усмотрения немецкого законодателя при решении вопроса об избирательном барьере минимальны, в том числе из-за того, что в нем участвуют партии, находящиеся в Бундестаге и объективно заинтересованные в устранении конкуренции на выборах в Европарламент со стороны других партий. Сужение пределов усмотрения законодателя автоматически означает рост возможности вмешательства со стороны конституционной юстиции²¹.

Вообще, вопрос о том, принимает ли законодатель избирательный закон «для себя» или для другого органа, оказался многогранным. Так, по мнению Федерального конституционного суда, в пользу сохранения изби-

рательного барьера на выборах в Бундестаг говорит существующая здесь «автаркия»: если Бундестаг примет неудачный избирательный закон, который приведет к параличу деятельности вновь избранного парламента, то исправить этот закон будет нельзя. Возникновение подобной ситуации с Европарламентом невозможно, как минимум, до тех пор, пока избирательные процедуры устанавливаются другими субъектами (в настоящее время — законодателями отдельных стран — членов Европейского Союза).

Эта линия аргументации может играть роль при оценке ситуаций, в которых регулирование формирования представительного органа целиком или частично находится не в его собственных руках, что часто имеет место в федерациях. Так, федеральный законодатель может влиять на избирательные процедуры в регионах, а те, в свою очередь, могут влиять на порядок формирования каких-либо федеральных органов, например верхней палаты парламента.

Большое внимание было уделено и вопросу о правовых последствиях признания избирательного барьера неконституционным. Дело в том, что с технической точки зрения обжаловалось решение Бундестага о признании результатов выборов в Европарламент (абз. 3 § 26 закона «О выборах депутатов Европейского парламента от Германии»), проведенных в 2009 году²². Удовлетворение жалобы должно было привести к отмене этого решения, в результате чего возник бы вопрос о том, существует ли необходимость в *повторном и ином* распределении мест в немецком контингенте на основании полученных ранее голосов или даже в проведении повторных выборов²³. Суд отклонил обе возможности, обосновав это следующим образом.

Простое перераспределение мест на основании данных о числе голосов, поданных в 2009 году, но без использования избирательного барьера не способно исправить ошибку в определении волеизъявления избирателей, так как нет уверенности в правильности нового результата: граждане, голосуя по действовавшим на день выборов правилам, учитывали существование избирательного барьера, что уже само по себе внесло искажения в распределение голосов, исправить которое, используя старые данные голосования, невозможно. Более радикальная мера, а именно

переизбрание немецкого контингента, хотя и была бы лишена этого недостатка, но могла бы негативно повлиять на работу фракций и комитетов Европарламента, которые должны были быть подвергнуты реорганизации. Кроме того, масштабы искажения, по оценке Суда, не носят «нестерпимого» характера (нем. *unerträglich*), делающего исправление ошибки неизбежным²⁴. В этих условиях приоритет получает защита доверия со стороны Европейского парламента в отношении конституционности избирательных процедур, применяемых в отдельных странах.

В связи с этим отметим, что регулирование процедуры проверки результатов выборов в Бундестаг, применяемой с некоторыми особенностями и для выборов в Европарламент, считается в немецкой литературе неудачным и до сих пор является предметом дискуссий²⁵.

На первом этапе жалобы должны подаваться в Бундестаг, который принимает решение о признании выборов действительными или недействительными (абз. 1 ст. 41 Основного закона). Причины, по которым результат волеизъявления избирателей искажается, могут быть разными: это либо неправильное применение действующего закона, либо его неконституционность. Но Бундестаг не имеет права признать выборы недействительными на основании второй причины, так как компетенцией по признанию законов неконституционными обладает лишь Федеральный конституционный суд. Более того, в отличие от обычных судов Бундестаг не может, посчитав применяемую норму неконституционной, отложить принятие решения и обратиться за разъяснением в Конституционный суд (абз. 1 ст. 100 Основного закона)²⁶. По этой причине, если в ходе проверки не обнаружено нарушений в применении действующего избирательного законодательства, Бундестаг обязан одобрить результаты выборов, даже если существуют серьезные сомнения в конституционности примененных норм²⁷.

На решение Бундестага о признании выборов действительными может быть подана жалоба в Федеральный конституционный суд (абз. 2 ст. 41 Основного закона). Рассмотрение этой жалобы проходит в рамках особой, самостоятельной процедуры (п. 3 § 13 и § 48 закона «О Федеральном конституционном суде»). При этом законодательное урегули-

рование компетенции Федерального конституционного суда позволяет по-разному определять ее пределы. Согласно буквальному толкованию, Суд проверяет решение Бундестага, и допустимые ответы должны касаться статуса этого документа. Имеет ли при этом Суд право на осуществление нормативного контроля, причем не только с *инструментальной* целью определения действительности выборов, но и для получения самостоятельного результата — вопрос спорный²⁸. Решение от 9 ноября 2011 года нужно воспринимать с учетом этой неопределенности: хотя решение Бундестага о признании выборов действительными не было отменено, Суд тем не менее признал норму избирательного закона неконституционной.

Попутно отметим, что получение последнего результата было бы возможно и путем подачи обычной конституционной жалобы²⁹. Однако процедура проверки действительности выборов имеет одно большое преимущество: здесь гораздо проще выполнить условия для принятия жалобы к рассмотрению. Так, достаточно, чтобы лицо, чью жалобу отклонил Бундестаг, собрало подписи еще 100 избирателей. Напротив, условия для принятия к рассмотрению конституционной жалобы гораздо жестче (абз. 2 § 93а закона «О Федеральном конституционном суде») и их выполнение оценивается Судом по его собственному усмотрению. Например, жалоба может быть принята, если она затрагивает вопрос принципиального значения, который ранее не был рассмотрен Судом, либо если повторное рассмотрение необходимо из-за изменившихся обстоятельств³⁰.

В рамках процедуры проверки действительности выборов Суд освобожден от обязанности по изучению и оценке предыдущих решений, принятых по этому же вопросу. Как было сказано выше, Суд не проводит сравнения с решением 1979 года. Но если бы рассматривалась конституционная жалоба, то Суд при решении вопроса о ее принятии был бы обязан объяснить, почему он собирается рассмотреть повторно вопрос, на который он уже дал ответ.

Хотя с возможностью повторного рассмотрения одного и того же вопроса коррелирует обязанность законодателя периодически проверять конституционность законов (об этом подробнее ниже), прямая связь между

этими двумя аспектами не носит явно выраженного и общепризнанного характера.

Решение было принято пятью голосами против трех. Два судьи составили особое мнение, текст которого был опубликован вместе с решением. В особом мнении, в частности, было указано на то, что избирательный барьер, являющийся органичной частью пропорциональной избирательной системы, представляет собой гораздо меньшее ограничение конституционных прав, чем использование мажоритарной системы относительного большинства. Так, в одномандатном избирательном округе могут пропасть свыше 50 процентов голосов, что несравненно больше, чем 10 процентов голосов, «сгоревших» на последних выборах в Европарламент из-за избирательного барьера. Несмотря на это, Основной закон допускает применение мажоритарной избирательной системы³¹, а значит — при прочих равных условиях — и любой другой, приводящей к меньшим потерям голосов.

Авторы особого мнения разошлись с большинством судей и в оценке того, насколько сильно избирательный барьер *фактически* ограничивает конституционные права. Так как в наше время динамика настроений избирателей гораздо сильнее, чем это было в прежние десятилетия, 5-процентный барьер не является препятствием в той степени, как это было раньше, для прохождения в парламент новых, еще окончательно не сформировавшихся политических сил. Хотя в особом мнении не было ссылок на конкретные примеры, явно имелся в виду результат состоявшихся в сентябре 2011 года выборов в парламент земли Берлин, по итогам которых Пиратская партия Германии³² получила 8,9 процента голосов³³, несмотря на то что ее политические позиции по очень многим вопросам не были известны избирателям и, скорее всего, даже большинству ее членов. В связи с этим надо заметить, что само решение содержит позитивную политическую оценку деятельности так называемых монотематических партий, к числу которых относятся «пираты».

Решение от 9 ноября касается двух взаимосвязанных, но все-таки разных блоков проблем. Один блок — это сложная конфигурация власти в Европейском Союзе, оценка характера которого в традиционных категориях невозможна. Второй блок — это консти-

туционно-правовые вопросы общетеоретического характера. Некоторые из них имеет смысл рассмотреть отдельно.

Пожалуй, главный вывод заключается в том, что ответ на вопрос о конституционности возможен лишь в контексте, с учетом существующих правовых и фактических обстоятельств. Установление последних предугадывает проведение социологических и политологических исследований. По мнению Суда, законодатель, принимая закон, обязан учитывать политические реалии³⁴. Большую роль при этом играют прогнозы политического развития, реалистичность которых также может быть проверена в Конституционном суде. Однако здесь мы вступаем в зону особой неопределенности. Так, решение 1979 года опиралось в том числе на тезис о временности проверяемого немецкого закона, который был призван обеспечить регулирование на переходный период до принятия общеевропейского акта³⁵. С тех пор прошло больше 30 лет, но все попытки принять такой акт завершились неудачей.

Что касается прогнозов, сделанных в последнем решении, то можно не согласиться с выводом Суда, когда он переносит позитивный опыт интеграции новых политических сил, полученный после появления в Европарламенте партий из новых стран — членов ЕС, на партии, которые окажутся здесь благодаря отмене избирательного барьера. Дело в том, что в данном случае речь идет о двух принципиально разных типах политических сил. После вступления в ЕС очередной страны в Европарламент попадали, как правило, партии «мэйнстрима», уже играющие важную политическую роль в национальном парламенте и знакомые со связанной с этим ответственностью. Отмена избирательного барьера приведет к тому, что в Европарламент попадут небольшие партии протестного типа, занимающие радикальные позиции и не склонные к компромиссам, как, например, немецкая Национал-демократическая партия.

Прямым следствием необходимости учета фактических и юридических обстоятельств является обязанность законодателя периодически проверять, не изменилась ли фактическая или юридическая ситуация таким образом, что отпала необходимость во введенном ранее избирательном барьере или, более аб-

страктно, в ограничении какого-либо конституционного права³⁶.

На оценку конституционности правовой нормы или правового института может повлиять их функциональность, определяемая как реальный эффект, который они могут вызвать. Так, в небольших странах — членах ЕС на выборах в Европарламент *избирательная квота*, то есть число избирателей, приходящееся на одного избранного депутата, такова, что де-факто эмулируется избирательный барьер, формальное отсутствие которого при данных обстоятельствах не играет роли³⁷. Действительно, избирательная квота получается как результат деления числа голосов на число распределяемых мандатов. Чем меньше последнее, тем больше квота. При 10 мандатах избирательная квота составляет 10 процентов от числа голосов. Конечно, национальные парламенты, состоящие из 10 или 20 депутатов, являются редкостью. Но изложенная здесь аргументация может быть использована в отношении представительных органов других уровней, регионального или муниципального, размер которых может оказаться в зоне ее применимости³⁸.

Одновременно заметим, что избирательный барьер не является абсолютной гарантией от раздробления политического ландшафта. Чисто математически при 5-процентном барьере в парламенте могут быть представлены 20 партий, что сделает обычный национальный парламент неработоспособным. Развитие политической ситуации в Германии идет в направлении увеличения числа партий, представленных в Бундестаге: на смену господствовавшей в первые 30 лет схеме 2+1 (две «народные» и одна «нишевая» партии) пришла схема 2+2, замененная потом на 2+3, которая, возможно, на следующих выборах уступит место схеме 2+4. Этот процесс, кроме всего прочего, объясняется ростом разнообразия условий жизни и биографий избирателей, которые во все меньшей степени поддаются категоризации³⁹.

С точки зрения немецкого Федерального конституционного суда, существует единый набор принципов избирательного права, действующих для всех уровней публичной власти. Их применение должно учитывать особенности отдельных избираемых органов и может приводить к неодинаковым результатам. Под эту схему не подпадает ситуация с

принципом равенства избирательных прав, отсутствующим на уровне Европейского Союза. По этой причине немецкий Федеральный конституционный суд до сих пор отказывается признавать Европейский парламент полноценным представительным органом, сравнимым с национальными парламентами, охарактеризовав его в последнем решении как «представительство народов, связанных друг с другом договорными отношениями»⁴⁰.

Обсуждаемое здесь решение содержит развернутую социологическую и политологическую аргументацию. Но впечатление, возникающее от этого, неоднозначное. Что удивительно, так как автор данной статьи является сторонником более активного применения междисциплинарного подхода в конституционном праве. Можно попытаться объяснить данное противоречие следующим образом. Юридические тексты могут составляться с использованием одного из двух стилей, четко различаемых в немецкой методологии: стиля судебного приговора (нем. *Urteilstil*) и стиля экспертного заключения (нем. *Gutachtenstil*). В стиле судебного приговора могут создаваться не только собственно решения судов, но и любые другие документы, имеющие целью *обоснование* какой-либо юридической позиции, например исковые заявления и возражения на них. В стиле экспертного заключения создаются научные тексты, частным случаем которых являются собственно экспертные заключения. Цель, преследуемая авторами этих текстов, совершенно иная, это не обоснование какой-то уже заданной позиции, а *поиск ответа* на поставленный вопрос. Исследование социальных явлений редко приводит к однозначным выводам, поэтому стиль экспертного заключения здесь более уместен. Напротив, описание социальных явлений в стиле судебного приговора, не оставляющего места для сомнений и других интерпретаций (иначе решение не удастся обосновать), выглядит неприглядно, иногда просто нелепо. С этой точки зрения становится более понятной позиция правового позитивизма, сформулированная в чистом учении о праве Г. Кельзена.

В завершение несколько слов о тенденциях в немецком конституционном развитии на текущем этапе. Решение Федерального конституционного суда от 9 ноября 2011 года стало еще одним признаком постепенного от-

хода от системы «ограниченной» демократии, введенной в (Западной) Германии в 1949 году. Тогда, спустя всего четыре года после завершения Второй мировой войны, в ходе которой подавляющая часть немецкого населения до конца поддерживала национал-социалистический режим, господствовало глубокое недоверие к немецкому избирателю, возможности волеизъявления которого должны были быть ограничены. Этому послужили практически полный отказ от элементов прямой демократии на федеральном уровне, учреждение Конституционного суда с широкими полномочиями, а также — не в последнюю очередь — введение избирательного барьера, препятствующего развитию альтернативных политических сил. Эти меры, за исключением статуса Федерального конституционного суда, воспринимаются в наше время как архаизмы, и в обществе постепенно растет стремление к их отмене⁴¹.

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

post@law.net.ru

¹ BVerfG, 2 BvC 4/10 vom 9.11.2011, Absatz-Nr. (1–161) (http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/cs20111109_2bvc000410.html).

² Договор о Европейском Союзе в Лиссабонской редакции, вступивший в силу после последних выборов, устанавливает слегка отличающиеся от этих данных числа (см. ч. 2 ст. 14 Договора).

³ Правовые акты Европейского Союза могут быть получены из базы данных, находящейся по адресу: <http://eur-lex.europa.eu>. Для быстрого нахождения акта о непосредственных выборах можно ввести его номер в системе CELEX: 41976X1008.

⁴ Данные Департамента информации правительства Мальты (http://www.doi.gov.mt/EN/elections/2009/EU_Parlections/eu_parl1.asp).

⁵ Данные Федерального уполномоченного по выборам (http://www.bundeswahlleiter.de/de/europawahlen/downloads/ew_ab79_ergebnisse.pdf).

⁶ Gesetz über die Wahl der Abgeordneten des Europäischen Parlaments aus der Bundesrepublik Deutschland, от 8 марта 1994 года в редакции от 17 марта 2008 года. Этот закон представля-

ет собой новую редакцию закона, принятого в 1978 году.

⁷ Решение от 5 апреля 1952 года (BVerfGE 1, 208). См. также: *Румянцев А.* «Избыточные» мандаты — 2: региональная победа принципа пропорциональности // Сравнительное конституционное обозрение. 2010. № 6 (79). С. 101–106, 104.

⁸ Решение от 23 января 1957 года (BVerfGE 6, 84).

⁹ Решение от 22 мая 1979 года (BVerfGE 51, 222).

¹⁰ Решение от 13 февраля 2008 года (BVerfGE 120, 82).

¹¹ Решение от 18 марта 1952 года (VerfGH 5, 66). См. также: *Ehlers D.* Sperrklauseln im Wahlrecht // Jura. 1999. Н. 12. С. 660–666, 663.

¹² См.: *Dörr D., Thönes R.* Die Verfassungsmäßigkeit der 5%-Sperrklausel im Europawahlgesetz — BVerfGE 51, 222 // Juristische Schulung (JuS). 1981. Н. 2. С. 108–112, 109.

¹³ Op. cit. S. 109 f.

¹⁴ См.: *Ehlers D.* Op. cit. S. 662.

¹⁵ BVerfGE 1, 208 [248 f., 256]; 6, 84 [92 f., 94 f.].

¹⁶ BVerfGE 51, 222 [233, 246 f.].

¹⁷ См. также: BVerfGE 120, 82 [112].

¹⁸ См.: BVerfGE 51, 222 [242 ff.].

¹⁹ Кризис Еврoзоны неожиданно привел к скачкообразному росту значения Европарламента, от быстрой реакции которого может многое зависеть. См., например: *Wittrock P., Weiland S.* Euro-Krise: Merkels Expressrettung stößt auf Widerstand // Spiegel Online. 2011. 29. November (<http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,800602,00.html>).

²⁰ См., например: *Murswiek D.* Die Verfassungswidrigkeit der 5%-Sperrklausel im Europawahlgesetz // Juristenzeitung. 1979. Н. 2. С. 48–53, 51 f.; *Dörr D., Thönes R.* Op. cit. S. 111 f.; *Ehlers D.* Op. cit. S. 665.

²¹ См. также: BVerfGE 120, 82 [105].

²² Постановление Бундестага от 8 июля 2010 года (см. аргументацию в BT-Drucksache 17/2200) (<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/022/1702200.pdf>).

²³ См., например: Решение от 3 июля 2008 года (BVerfGE 121, 266 [311]).

²⁴ См. также: Решение от 8 февраля 2001 года (BVerfGE 103, 111 [134]).

²⁵ См., например: *Klein H.* // Grundgesetz: Kommentar / T. Maunz, G. Dürig u.a. (Hrsg.). Bd. 4. München: C.H. Beck, 2004. Art. 41; *Achterberg N., Schulte M.* // Grundgesetz: Kommentar / H. v. Mangoldt, F. Klein., C. Starck (Hrsg.).

- Bd. 2. 5. Aufl. München: Vahlen, 2005. Art. 41. Rn. 35 ff.
- ²⁶ BVerfGE 121, 266 [290].
- ²⁷ См.: *Klein H.* Op. cit. Art. 41. Rn. 73 ff.
- ²⁸ См., например: *Ibid.* Rn. 95.
- ²⁹ См., например: Решение от 29 сентября 1990 года (BVerfGE 82, 322 [336]).
- ³⁰ См.: Решение об отказе в принятии конституционной жалобы к рассмотрению от 8 февраля 1994 года (BVerfGE 90, 22 [24]).
- ³¹ См.: BVerfGE 1, 208 [246]; BVerfGE 121, 266 [296].
- ³² Сайт партии: <http://www.piratenpartei.de>.
- ³³ По данным уполномоченного по выборам земли Берлин: <http://www.wahlen-berlin.de>.
- ³⁴ Впервые BVerfGE 1, 208 [259], впоследствии устоявшаяся правовая позиция (см., например: BVerfGE 120, 82 [107]).
- ³⁵ См.: BVerfGE 51, 222 [255 f.].
- ³⁶ Устоявшаяся судебная практика, см., например: Решение от 18 декабря 1968 года, BVerfGE 25, 1 [13]; BVerfGE 82, 322 [338 f.]; 120, 82 [108]. Также детально сформулировано в решении Конституционного суда земли Северный Рейн-Вестфалия от 29 сентября 1994 года (VerfGH 7/94, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*. 1995. Н. 6. S. 579–583, 581).
- ³⁷ Этот аргумент был приведен в заключении Бундестага по данному делу и, насколько позволяет судить текст решения, не был учтен Судом, однако он упоминался в решении 1979 года (см.: BVerfGE 51, 222 [250 f.]).
- ³⁸ См., например: *Theis C.* Das Ende der Fünf-Prozent-Sperrklausel im Kommunalwahlrecht // *Kommunaljurist*. 2010. Н. 5. S. 168–171, 171.
- ³⁹ См.: *Румянцев А.* Эволюционно-психологическое обоснование либеральной государственности, или почему принцип «чем меньше государства, тем лучше» может помочь России // *Сравнительное конституционное обозрение*. 2011. № 5(84). С. 86–106, 92.
- ⁴⁰ См. также: Решение от 30 июня 2009 года (BVerfGE 123, 267 [373 f.]).
- ⁴¹ Показательны интервью Председателя Федерального конституционного суда А. Фоскуле, данные им в сентябре-ноябре 2011 года, в которых он считает, что решения о дальнейшем углублении интеграции в рамках Европейского Союза требуют принятия в Германии новой конституции, одобрение которой должно произойти на референдуме (см., например: *Vofßkuhle A.* Mehr Europa lässt das Grundgesetz kaum zu / Das Gespräch führten M. Amann und I. Kloepfer // *Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung*. 2011. 25. September. S. 36 (<http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/europas-schuldenkrise/im-gespraech-andreas-vosskuhle-mehr-europa-laesst-das-grundgesetz-kaum-zu-11369184.html>).