

## **Решение Федерального Конституционного Суда ФРГ от 26 февраля 2014 года об отмене трехпроцентного барьера на выборах в Европарламент**

I. Особенности правового регулирования выборов в Европейский Парламент	285
II. Решение Федерального Конституционного Суда ФРГ от 9 ноября 2011 года	287
а) Аргументы против заградительной оговорки на выборах в Европейский Парламент:	287
в) Аргументы в поддержку заградительной оговорки на выборах в Европейский Парламент (особое мнение)	288
с) Изменение законодательства в 2013 году	289
d) Выводы заявителей	290
III. Решение второго сената Федерального Конституционного Суда от 26 февраля 2014 года	291
а) Обоснование решения ФКС	291
в) Разъяснения позиции ФКС	298
IV. Особое мнение судьи <i>Мюллера</i> к решению второго сената Федерального Конституционного Суда от 26 февраля 2014 года	314

### **I. Особенности правового регулирования выборов в Европейский Парламент**

На сегодняшний день не существует общего европейского избирательного права, также как и единой для всех государств ЕС процедуры проведения выборов в Европейский Парламент, главный и единственный представительный орган Европейского Союза. Учредительные договоры, составляющие «конституцию» современного

Евросоюза - ст. 14 абз. 2 и 3 Договора о Европейском Союзе (ДЕС) и ст. 22 абз. 2 Договора о функционировании Европейского Союза (ДФЕС) - определяют лишь самые общие рамки для правового регулирования выборов. В более конкретной форме "общие для всех государств-членов принципы" установлены, в частности, в «Акте об избрании членов Европейского парламента всеобщим прямым голосованием» (в дальнейшем - Акт; утвержден в первоначальной редакции в 1976 г., дополнялся и изменялся в 1985, 1993, 1994 гг.). Действующая редакция данного Акта утверждена решениями Евросовета, принятыми в 2002 году. Акт не содержит исчерпывающего регулирования избирательной процедуры. Как следствие, порядок проведения выборов в Европарламент до настоящего времени в каждом государстве-члене определяется им самим (см. ст. 8 Акта), и при этом, естественно, неизбежно сохраняется некоторое многообразие подходов. Тем не менее, некоторые рамочные принципы, которые учитывают актуальную ситуацию и гармонизируют процедуру выборов, являются обязательными для государств-членов. Среди них следует назвать следующие три принципа. Во-первых, выборы проводятся по пропорциональной системе на основе списков кандидатов или единого передаваемого голоса, при этом допускается возможность установления т. н. рейтингового голосования. Во-вторых, формирование (национального или региональных) избирательных округов не должно нарушать в целом пропорционального характера избирательной системы. И, наконец, в третьих, возможно введение т. н. избирательного «заградительного барьера», то есть минимального числа поданных голосов, получив которое список участвует в распределении парламентских мест. При этом предусматривается, что данный избирательный барьер на национальном уровне не должен устанавливаться в размере, превышающем 5% поданных голосов (ст. ст. 1 - 3 Акта).

Таким образом, можно сказать, что европейские нормы хотя и регулируют максимальный предел для возможного избирательного барьера, однако не предписывают обязательность установления последнего. В 14 из 27 государств-членов избирательное законодательство, регулирующее национальные выборы в Европарламент, вообще не предусматривает «заградительного барьера». В Германии же первоначально был установлен избирательный барьер в 5%. Своим решением от 9.11.2011 Федеральный Конституционный Суд ФРГ признал, что такая заградительная оговорка не соответствует конституции и признал ее недействительной. После этого, 7.10.2013, национальный законодатель принял новое регулирование, установив заградительную оговорку в 3%. Своим решением от 26.2.2014 Федеральный Конституционный Суд признал данный заградительный барьер неконституционным.

## **II. Решение Федерального Конституционного Суда ФРГ от 9 ноября 2011 года**

Решение о неконституционности пятипроцентного избирательного барьера было принято большинством в пять голосов против трех. Двое конституционных судей - *ди Фабио (di Fabio)* и *Меллингхоф (Mellinghoff)* - выразили свое особое мнение в отношении позиции большинства. Оба судьи, кстати, не входят в состав сената Федерального Конституционного Суда в рассматриваемом деле. Суд подверг тщательной конституционной проверке соответствующие положения европейского и национального права. При этом выдвинутые Судом аргументы против ограничительной оговорки и в поддержку ее сохранения на выборах германских депутатов Европарламента могут быть вкратце изложены следующим образом:

### **а) Аргументы против заградительной оговорки на выборах в Европейский Парламент:**

- Система пропорциональных выборов прямо предписана непосредственно Актом о прямых выборах.
- Заградительный барьер нарушает принцип равенства голосов избирателей и равенство возможностей политических партий в условиях действия пропорциональной избирательной системы.
- Без заградительной оговорки, установленной в национальном законодательстве, вместо 162 партий в Европейском Парламенте были бы представлены 169 партий.
- Нельзя говорить о серьезном нарушении функционирования Европарламента и угрозе его трудоспособности, ввиду организационных и процедурных сложностей при обеспечении стабильного большинства.
- Фракции обладают настолько значительным интеграционным потенциалом, что нет оснований предположить усиление фрагментации парламента.
- Европейский Парламент выполняет иную функцию, чем национальный парламент (Бундестаг): в его компетенцию не входит формирование правительства, которое зависит от стабильной поддержки парламентского большинства.
- Законодательный процесс не зависит от наличия твердой коалиции, голосование законопроектов может эффективно осуществляться и при ротации большинства.
- На выборах в июне 2009 года около 10% голосов избирателей (около 2,8 млн. голосов), в конечном счете, «пропали», поскольку они были

поданы за партии, которые не прошли в парламент в результате того, что они не смогли преодолеть заградительный барьер.

- Без заградительной оговорки семь партий получили бы в целом 8 мест в представительном органе: «Свободные избиратели», Республиканцы, Партия защиты животных, Партия защиты семейных ценностей (Familienpartei), Партия защитников животных (Tierschutzpartei), Партия Пиратов (Piraten; партия против вмешательства государства в частную жизнь), Эколого-демократическая партия (ÖDP) и Партия пенсионеров (Rentner-Partei).

- При принятии правовых актов ЕС в рамках обычной законодательной процедуры согласно статьи 294 ДФЕС согласия Европейского Парламента в обязательном порядке не требуется.

- Теоретическая или абстрактная возможность возникновения помех для работоспособности парламента не является достаточной, чтобы обосновывать заградительную оговорку.

- Особенно важным представляется то обстоятельство, что Федеральный Конституционный Суд осуществил проверку не только пятипроцентного избирательного барьера, но и вообще допустимости заградительных оговорок на выборах в Европейский Парламент в целом, хотя в конечном счете, он признал недействительной лишь пятипроцентный барьер.

### **в) Аргументы в поддержку заградительной оговорки на выборах в Европейский Парламент (особое мнение)**

- Чрезмерное ограничение допустимых пределов усмотрения законодателя.

- Возможность снижения работоспособности Европейского Парламента и трудности в обеспечении его нормального функционирования ввиду усилившегося значения и расширения его компетенции (здесь Федеральный Конституционный Суд пришел к выводу, что в случае возникновения подобных функциональных помех вследствие отсутствия заградительной оговорки, национальный законодатель, Бундестаг, в свою очередь может исправить этот недостаток).

- Отсутствие заградительной оговорки исключает вмешательство в равное право голоса, но не исключает возможность неравного «веса» голосов избирателей.

- 10 % «потерянных» голосов это относительно мало по сравнению с «потерянными» голосами в условиях действия мажоритарного избирательного права.

- Растущая неустойчивость электорального поведения говорит в пользу установления заградительного барьера; в соответствии с решением Федерального Конституционного Суда в 1979 году пятипроцентная заградительная оговорка была признана допустимой. Почему теперь эта оценка должна быть пересмотрена, хотя интенсивность действия оговорки снизилась.
- Пример крупных государств в области регулирования основных институтов избирательного права имеет особое значение.
- Отсутствие заградительного барьера ослабляет крупные парламентские фракции, а они имеют важное значение в процессе формирования политической воли.

### **с) Изменение законодательства в 2013 году**

В начале 2013 года в ходе обсуждения внесения изменений в федеральное законодательство о выборах на национальном уровне высказывались также соображения о необходимости снова ввести заградительную оговорку на выборах в Европарламент. Однако, впоследствии каждая из реформ получила самостоятельное развитие. Наконец, законопроект о регулировании выборов в Европарламент был внесен в Бундестаг 6-го июня 2013 года. 10-го июня в Комитете по внутренним и правовым вопросам состоялось обсуждение на уровне экспертов и уже 13-го июня соответствующий закон был принят большинством парламентариев, представлявшим ХДС/ХСС, СДПГ, ФДП и Союз 90/Зеленые; против голосовала фракция Левых. Кстати, к этому моменту еще не был представлен официальный протокол по итогам заслушивания экспертов. 5-го июля 2013 года данный закон был одобрен второй палатой парламента - Бундесратом.

Официально изменение закона обосновывалось ссылкой на Постановление Европейского Парламента от 22 ноября 2012, в котором предусматривалось, что государствам-участникам следовало бы установить в своем национальном законодательстве адекватные заградительные оговорки при проведении национальных выборов депутатов Европарламента. В качестве аргумента приводились также нововведения в порядке избрания Европейской Комиссии и соответственно новый порядок взаимодействия Парламента и Комиссии, начиная с выборов 2014 года. В частности указывалось, что «наличие устойчивого большинства в Парламенте имеет решающее значение для стабильности законодательного процесса Союза и нормального функционирования его исполнительно-распорядительных органов». Кроме того, предлагалось учитывать, что

теперь политические партии играют особую роль в процедуре выдвижения кандидатур на пост Президента Комиссии.

Данное постановление Европарламента не является юридически обязательным. Кроме этого, оно представляется малоубедительным и с точки зрения его содержания. «Нововведения» (под этим подразумеваются изменения, введенные Лиссабонским Договором) мало что меняли в процедуре избрания Президента Еврокомиссии. Уже по Ниццкому договору для "назначения" президента Комиссии требовалось согласие Европейского Парламента. Новым является лишь то, что Совет должен учитывать результат выборов в Европейский парламент. То, что уже только из этого следует существенно изменившееся отношение между Парламентом и Комиссией, представляется скорее маловероятным ввиду многолетней практики сотрудничества крупных фракций и меняющегося большинства Парламента. Кроме того, ни в Постановлении Европарламента, ни в пояснительной записке к законопроекту при его рассмотрении в Бундестаге не было дано обоснование, почему минимальные заградительные барьеры необходимы для формирования стабильного парламентского большинства.

С юридической точки зрения важно, что названные изменения были внесены Лиссабонским Договором в 2009 году. Соответственно, они уже были в силе на момент вынесения решения Федерального Конституционного Суда в ноябре 2011 года. Вместе с тем, в правовом и фактическом отношении никаких существенных изменений после решения Суда не произошло.

#### **d) Выводы заявителей**

Законодательный процесс по внесению изменений в закон о выборах в Европарламент нельзя оценить иначе, чем фарс. Кроме того, он являет собой пример весьма проблематичного отношения Бундестага к решениям Федерального Конституционного Суда в области избирательного права. Проведение обоснованной и продуманной реформы, при которой преимущества и недостатки подвергаются обстоятельной и тщательной оценке, вряд ли возможно и осуществимо в течение одной недели. Скорее, есть все основания подозревать, что проголосовавшие за изменение закона фракции, наряду с желанием обеспечить большую работоспособность Европарламента, были больше заинтересованы в обеспечении своих собственных мандатов в нем.

### **III. Решение второго сената Федерального Конституционного Суда от 26 февраля 2014 года**

#### **а) Обоснование решения ФКС**

А 1

14 июня 2013 года фракции ХДС / ХСС, СДПГ, СвДП и Союз 90 / Партии "Зеленых" внесли в Бундестаг проект Пятого закона об изменении Закона о выборах в Европейский Парламент (Протокол Бундестага 17/13705), который в том числе предусматривает в § 2 абз. 7 Закона о выборах в Европейский Парламент вместо прежнего пятипроцентного барьера трехпроцентный барьер

В пояснительной записке к законопроекту было, в частности, указано следующее.

После решения Федерального Конституционного Суда от 9 ноября 2011 года избирательный барьер в Германии был отменен. Тем не менее, в результате того, что Европейский Парламент обратился к государствам-участникам с предложением установить соответствующий и надлежащий минимальный порог произошло важное изменение обстоятельств, имеющих значение для решения вопроса о сохранении избирательного барьера, что вело к иной по см.внению с правовым положением в 2011 году конституционной Федеральный Конституционный Суд признал заградительную оговорку на выборах в Европарламент неконституционной, причем это действует и в отношении трехпроцентного заградительного барьера. И для этого существовали убедительные основания: необходимости в установлении такого барьера не было, поскольку и в условиях его отсутствия не было опасности возникновения серьезных помех для дееспособности Европарламента. Избирательный барьер в 3% имеет тот же эффект с точки зрения нарушения принципов равенства голосов избирателей и равенства шансов политических партий, как и 5%-ый барьер. Это подтверждает и результат выборов в 2009 году. Трехпроцентный барьер привел бы к тому же результату, что и пятипроцентный барьер. Таким образом, введение трехпроцентного избирательного барьера были необоснованным ни с политической точки зрения, ни с точки зрения конституционного права.оценке. Фракции, внесшие законопроект, использовали возможность для установления

минимального порога, предусмотренную статьей 3 Актом Европейского парламента о введении прямых выборов. Тем самым были учтены принципы равного избирательного права и равенства возможностей политических партий при одновременном обеспечении функциональной способности Европейского Парламента. Выражающееся в решении Европейского Парламента развитие выливается в более сильное антагонистическое профилирование правительства и оппозиции, что еще нельзя было конкретно предвидеть на момент решения от 9 ноября 2011. Наряду с растущим значением Европейского Парламента, новая процедура выбора Президента Комиссии вызывает дальнейшую политизацию работы парламента. Ввиду того, что кандидаты на пост Президента Комиссии выдвигаются европейскими фракциями в парламентарской практике нельзя больше рассчитывать на достижение консенсуса между обеими большими фракциями, а следует исходить из дополнительных трудностей в процессе формирования необходимого большинства. Тем самым, при сильной раздробленности парламента возрастает риск длительной блокады парламентарского волеобразования. Противодействие этому реально возможному нарушению дееспособности оправдывает ограничение принципа равной ценности избирательных голосов (т. н. коэффициент эффективности избирательного голоса). Через установление минимального порога Бундестаг пытается поддержать дальнейшую политизацию и персонализацию, к которой стремится Европейский Парламент, как легитимный шаг с точки зрения цели "создания все более сплоченного союза народов Европы" (ст. 1 Договора об образовании ЕС, ДООЕС), а также принимает во внимание его солидарную ответственность за работоспособность Европейского Парламента. (...)

(...)

dd) Немецкий Бундестаг принял данный законопроект на пленарном заседании 13 июня 2013 года. (...) Рассматриваемое здесь положение § 2 абз. 7 Закона о выборах (...) вступило в силу 10 октября 2013 года и имеет следующее содержание:

## § 2 Избирательная система и распределение мест см.ди кандидатов

...

(7) При распределении мест на поданные предложения о кандидатах принимаются во внимание лишь те предложения о



кандидатах, которые получили как минимум три процента поданных в избирательном округе действительных голосов. (...)

II. Обратившиеся с ходатайствами и жалобами заявители считают положения § 2 абз. 7 Закона о выборах в Европейский Парламент не соответствующими конституции и в обоснование приводят в целом следующие аргументы: (16)

а) Масштабом для конституционной проверки трехпроцентной ограничительной оговорки является гарантированные в ст. 3 абз. 1 и ст. 21 абз. 1 Основного Закона принцип равного избирательного права и принцип равенства политических партий в том истолковании, которое содержится в решении Федерального Конституционного Суда от 9 ноября 2011 года. В соответствии с содержащимися там выводами и на основе сложившейся в настоящее время устойчивой судебной практики, риск возможного злоупотребления парламентским влиянием со стороны политических партий требует строгой конституционно-судебной проверки. Серьезное вторжение в принципы равного избирательного права и равенства политических партий также и в рассматриваемом контексте не может быть оправдано аргументами, связанными с обеспечением работоспособности Европейского Парламента. Правовые и фактические обстоятельства остались неизменными с момента вынесения решения от 9 ноября 2011 года, так что не существует оснований для восстановления действия заградительной оговорки. Федеральный Конституционный Суд при принятии своего решения в 2011 году учел Лиссабонский Договор от 1 декабря 2009 года, а также закрепленные впоследствии в Договоре о Европейском Союзе положения первичного права и принял во внимание действующие для восьмой легислатуры предписания, в частности, ограничение общего числа депутата и контингентов государств-членов, а также новую процедуру выбора Президента Комиссии. В той мере, в какой в качестве обоснования регулирования указывается грядущая политизация европейских учреждений ... в качестве основания приводится лишь возможные линии развития, а не действительные фактические обстоятельства. Возникновение антагонизма между правительственными фракциями и фракциями оппозиции, а также риск блокады процесса формирования политической воли являются голой спекуляцией. Сам факт и степень возможного ухудшения работоспособности Европейского парламента не просматривается. Принятый в значительно ускоренной процедуре закон основывается предрасположениях, в пользу которых не приводится никаких доказательств. (17)

Постановление Европейского Парламента от 22 ноября 2012 года, будучи юридически необязательным заявлением, не имеет значения, особенно если учесть, что Парламент вполне может устанавливать в

полной мере и объеме обязательные регулирования. Таким образом, государства-участники не несут никакой ответственности за обеспечение работоспособности Европейского Парламента, если сам Парламент, вопреки возложенной на него статьей 223 Договора о функционировании Европейского Союза задачи по формированию общих основ избирательно права, не предпринял никаких мер. Действительно, в конечном счете, ответственность государств-участников вообще может распространяться исключительно на принципы избирательно права, установленные первичным правом. В соответствии с этим, Германия должна была бы быть обязана реализовать фундаментальную идею пропорциональных выборов и гарантировать наиболее широкое представительство всех политических точек зрения, причем в особой мере, поскольку это запрещено менее крупные государства-участники ввиду незначительного числа мест в Парламенте изначально лишены такой возможности. Вследствие особой значимости открытости политического процесса и в целях обеспечения функционирования демократической системы сохранение и поддержание политической конкуренции является обязательным условием. Даже с кандидатурами от полусерьезных партийных групп нужно мириться в целях обеспечения равноправного участия всех партий в политическом процессе. И это имеет тем большее значение потому, что для более мелких партий участие в европейских выборах и без того затруднено в результате наличия фактических заградительных барьеров и иных ограничительных условий, как например необходимость сбора подписей в свою поддержку (§9 абз. 5 Закона о выборах). (18)

б) Заявители, обратившиеся с ходатайствами и жалобами, в целом придают решению от 9 ноября 2011 года и изложенным здесь аргументам, кроме того, обязательную юридическую силу, которая исключает повторное введение минимального порога, поскольку это означало бы принятие нормы, признанной неконституционной и соответственно нарушало принцип верности государственных органов Конституции. (19)

(...)

б) Немецкий Бундестаг придерживается мнения, что трехпроцентная заградительная оговорка - это умеренное и приспособленное к отношениям в 2013 году решение, которое не представляло собой вмешательство в действующие на выборах в Европейский Парламент гарантии равенства, предусмотренные в Основном Законе. Ни на уровне Основного Закона, ни на европейском уровне немецкий законодатель в области регулирования европейских выборов не связан в полном объеме принципом равной ценности избирательных голосов. Даже если давать этому иную оценку, то понятные предупредительные меры, направленные на обеспечение

функциональной способности, должны рассматриваться как достаточное оправдание для дифференциации, тем более, что интенсивность вмешательства значительно снижается вследствие уменьшения заградительного избирательного барьера до трех процентов. (21)

аа) С момента вступления в силу Основного Закона все выборы законодательных органов в Германии проводились в условиях действия избирательного барьера, что отражает определенную традицию избирательного права. После принятия противоположного решения от 9 ноября 2011 года Европейский Парламент в своем постановлении от 22 ноября 2012 года ясно высказался о необходимости установления в целях обеспечения его собственной функциональной способности избирательных барьеров. Такое требование было поддержано Комиссией, которая рекомендовала, чтоб выдвижение кандидатов на пост Президента Комиссии производилось европейскими партиями. Европейские партии восприняли эту рекомендацию; процедуры выдвижения уже начались. (22)

Партийную систему в Германии в настоящий момент времени нельзя больше сравнить с той, которая была в 2009 году, так как избирательный барьер может быть теперь преодолен не только партиями, представленными в Бундестаге. Минимальный порог затрагивает еще только лишь партии, успех на выборах которых настолько незначителен, что они не смогли бы добиться места также ни в каком другом государстве-участнике Союза. Кроме Германии, четырнадцать других государств-участников имеют формальные избирательные барьеры от трех до пяти процентов, четыре государства-участника имеют функционально эквивалентные регулирования. В девяти других государствах-участниках, хотя и не установлено какого-либо формального регулирования, из-за низкого контингента приходящихся на них мест здесь действует, тем не менее, фактический избирательный барьер, достигающий двузначного уровня высоты становилась бы онахождения большей частью эффективной. Лишь Испания, Португалия и Нидерланды имеют фактический избирательный барьер менее пяти процентов и, тем не менее, по политическим соображениям отказались от формальных заградительных барьеров или эквивалентных мер. (23)

До сих пор работоспособность Европейского Парламента обеспечивалась только на основе соответствующих заградительных барьеров и эквивалентных регулирований во всех государствах-участниках. В среднем в Европейский Парламент от одного государства-участника попадают примерно по шесть партий, которые представляют основные политические направления. Отмена избирательных барьеров в крупных и средних государствах-участниках имела бы своим следствием ситуацию, когда нужно было бы считаться с появлением в Парламенте

дополнительно 40-80 национальных партий и, в конечном счете, с более, чем 160 партиями. Таким образом, работоспособность Европейского Парламента со всей очевидностью оказалась бы под угрозой, тем более, что речь шла бы о политических силах, которые не могли бы без особых проблем интегрироваться в существующие фракции. (24)

bb) Масштаб конституционной проверки является более сдержанным и более гибким, чем это предполагал Федеральный Конституционный Суд до сих пор. Если взять его за основу, то не имеется вторжения в принципы равного избирательного права. Оспариваемый избирательный барьер не нарушает ни гарантию равного права голоса, ни гарантию равных шансы на успех. В той же малой степени затрагивается и равенство политических партий, так как барьер действует в отношении всех партий равным образом и, кроме того, он может быть в результате его снижения преодолен любой заметной партией. Основной Закон вследствие того, что он не содержит никаких предписаний, касающихся выборов в Европейский Парламент, делает ясное указание на ограниченную конституционно-правовую детерминированность и - в соответствии с этим - более узкие возможности конституционной проверки, что не получило должной оценки в судебной практике. Что касается национального закона «О выборах депутатов Европейского парламента», то здесь действует специфический для данного вида отношений масштаб принципа равенства, установленного статьей 3 абз. 1 Основного Закона. Он гарантирует только равное право голоса и равные шансы на успех, однако, не формулирует конституционного требования, что каждый голос должен иметь такой же вес при определении результатов выборов, как и голоса других избирателей. Национальная судебная практика по вопросу о равном избирательном праве не может быть перенесена на закон о выборах в Европейский Парламент. Также и в самом Акте «О введении прямых всеобщих выборов депутатов Европейского парламента» или в более поздних европейских договорных документах не был закреплен принцип равного «веса» голосов избирателя. Ссылка на систему пропорциональных выборов, содержащаяся в Акте о прямых выборах, не является подтверждением этого принципа, что проявляется в регулировании ст. 3 Акта, допускающем установление избирательных барьеров до 5%, и ст. 2 Акта, допускающем распределение мандатов в региональных избирательных округах. Также Европейский Суд по правам человека не требует строгого равенства веса голоса при регулировании выборов. Требование строгого равенства веса голоса представляет собой в этом отношении немецкий «особый путь», который не обязательно должен иметь на европейском уровне принципиальное значение, учитывая концепцию открытой государственности и принципов приверженности нормам европейского и международного права. (25)

сс) Даже если пытаться исходить из того, что общий принцип равноправия включает в себя равный вес голоса избирателя и, тем самым, признать наличие вмешательства, то принятие разумных предупредительных мер против угроз работоспособности парламента для оправдания дифференциации, тем более, что интенсивность вмешательства значительно снизилась в результате снижения избирательного барьера до 3%. Незначительная интенсивность вмешательства становится еще более очевидной, если провести сравнение с ситуацией в ряде других государств-участников, где значительно большая часть голосов остается без учета. (26)

Кроме того, в Акте о прямых выборах устанавливается - причем исчерпывающим образом, - что специфические задачи и компетенция Европейского Парламента причине оправдывают принятие государствами-членами мер к предупреждению угроз его работоспособности. Федеративная Республика Германия связана этими соображениями европейского законодателя, в той мере, в которой этому противостоят специфические национальные причины. Подобные причины не были, однако, приведены заявителями по запросам и жалобам, а на них собственно и лежит бремя обоснования и доказывания; наличие таких причин не представляется также очевидным. (27)

Принятое на европейской уровне в 2002 году нормативное решение должно при этом тем более учитываться, если принять во внимание, что с тех пор задачи и влияние Европейского парламента расширились. Кроме того, Акт о прямых выборах ограничил допустимость конституционной проверки в государствах-участниках ограничительных оговорок контролем того, не является ли установленная граница избирательного барьера - с точки зрения соответствия со специфическими особенностями государства-члена - непропорциональной. Очевидно, что в случае с оспоренной ограничительной оговоркой это не так. (28)

Если сенат хочет интерпретировать статью 3 Акта о прямых выборах иначе, чем это изложено выше, он обязан запросить предварительное решение Суда Европейского Союза. По вопросу толкования статьи 3 Акта о прямых выборах не имеется унифицированного экспертного заключения и судебной практики, также не имеется и какого-либо решения суда в рамках Европейского Союза, которое бы опровергало данное здесь толкование рассматриваемой нормы. (29)

### **в) Разъяснения позиции ФКС**

I. Федеральный Конституционный Суд конкретизировал конституционно-правовой масштаб проверки для оправдания  
ДПП ИМП 2 (2014)

вмешательства в равное избирательное право и равенство возможностей политических партий в его решении от 9 ноября 2011 года в развитие его судебной практики (см. BVerfGE 120, 82 <102 и сл., с дальнейшими ссылками>) в отношении пятипроцентного избирательного барьера в европейском избирательном праве (см. BVerfGE 129, 300 <317 и сл.>) и - уже в другой связи - подтвердил его в решении от 25 июля 2012 года (см. BVerfGE 131, 316 <336 и сл., с дальнейшими ссылками>). Также и здесь следует применять этот масштаб проверки. Введение избирательного барьера в 3 % после признания недействительным избирательного барьера в 5 % вызывает возражение не только в результате того, что тем самым нарушается запрет повторного принятия отмененной нормы или принцип верности государственных органов конституции (пункт 1). Вопреки позиции немецкого Бундестага, масштаб конституционно-правовой проверки не ограничен какими-либо обязательными положениями права Евросоюза (пункт 2). Сформулированные в решении от 9 ноября 2011 года масштабы могут быть перенесены на трехпроцентный избирательный барьер в европейском избирательном праве и должны быть также положены в основу при проверке его обоснованности (пункт 3). (37)

1. Законодатель не был правомочен вместо признанного недействительным пятипроцентного избирательного барьера установить оспариваемый трехпроцентный барьер не только уже вследствие обязательной юридической силы решения от 9 ноября 2011 года согласно § 31 абз. 1 Закона о Федеральном Конституционном Суде. Можно оставить открытым вопрос, при каких предпосылках он может после признания нормы недействительной снова издавать норму подобного содержания (см., с одной стороны, BVerfGE 1, 14 <37>, с другой стороны, BVerfGE 77, 84 <103 и сл.>; 96, 260 <263>). Ибо сниженный минимальный порог уже не представляет собой содержательно идентичное повторение прежней нормы. Возможно, трехпроцентный барьер будет иметь иное действие, чем барьер в 5 % и требует по этой причине самостоятельное предметное изучение. Хотя справедливо, что приведенные в решении от 9 ноября 2011 года обоснования показывают, что избирательные барьеры в любой форме в немецком законодательстве о выборах в европейские органы в сложившихся обстоятельствах не выдерживают проверки с точки зрения статьи 3 абз. 1 и статьи 21 абз. 1 Основного Закона. Это, тем не менее, не освобождает сенат от обязанности проверить изменившееся положение законодательства как таковое, а также с точки зрения утверждений об изменившихся обстоятельствах. (38)

Пределы свободы регулирования законодателя вытекают здесь также и не из принципа верности государственных органов конституции. Законодатель, вопреки мнению ряда заявителей, отнюдь не сознательно проигнорировал решение Федерального Конституционного Суда по

вопросу об избирательному барьеру в 5 %, а действовал как раз в дискуссии с решением от 9 ноября 2011 года и, тем самым, он не нарушил свою конституционную обязанность учитывать решения Суда (см. по данному вопросу BVerfGE 90, 286 <337>). По этой причине может оставаться открытым вопрос, при каких конкретно предпосылках может иметь место нарушение принципа верности государственных органов, если законодатель не считается с решением Федерального Конституционного Суда, а также игнорирует его основные аргументы без более детальной дискуссии, и какие правовые последствия может повлечь за собой такое нарушение. (39)

2. Закон о выборах в Европейский Парламент представляет собой немецкое федеральное право и как таковой подлежит проверке на соответствие Основному Закону и содержащихся здесь принципам равного избирательного права и равенства возможностей политических партий. Конституционно-правовая проверка заградительной оговорки в § 2 абз. 7 Закона о выборах не ограничивается - вопреки впервые озвученной в данном процессе точке зрения немецкого Бундестага - также и обязательными установками в нормах европейского права (см. BVerfGE 129, 300 <317>). (40)

а) Согласно статье 8 абз. 1 Акта о прямых выборах порядок проведения выборов определяется - если иное не предусмотрено нормами европейского права или предписаниями Акта о прямых выборах - в каждом государстве-участнике согласно его внутренним предписаниям. Соответственно, Акт о прямых выборах устанавливает только рамки регулирования для принятия национальных избирательно-правовых предписаний, которые в свою очередь должны соответствовать, однако, конституционно-правовым нормам соответствующего государства-участника (см. BVerfGE 129, 300 <317>). То, что возможность устанавливать избирательный барьер до 5% поданных голосов, открытая со стороны права Евросоюза по смыслу статьи 3 Акта о прямых выборах, одновременно подразумевает его конституционно-правовую допустимость согласно соответствующему национальному праву государства-участника, не следует из буквального текста Акта о прямых выборах. Для такой интерпретации не имеется также и никаких других оснований, скорее все говорит в пользу того, что данную норму нужно понимать так, как это требует ее буквальный текст. (41)

В частности, история возникновения новой формулировки Акта о прямых выборах однозначно говорит против предложенного немецким Бундестагом толкования. Европейский Парламент постановлением от 15 июля 1998 года представил собственный проект регулирования избирательного процесса на основе общих принципов (см. ABl C 292 от 21

сентября 1998, с. 66). Статья 5 проекта предусматривала следующее: «В отношении распределения мест может устанавливаться минимальный порог, который, тем не менее, не может составлять на общенациональном уровне больше, чем 5% поданных голосов.» Предложение такого регулирования корреспондирует пятому пункту мотивировочной части постановления, в котором Европейский Парламент, говоря о введении избирательного барьера, четко указывает на то, что он должен «реализовываться на факультативной основе и не может в любом случае превышать на общенациональном уровне более, чем 5% поданных голосов». Данный проект был принят Европейским Советом к сведению и в практически не измененном виде нашел отражение в новой редакции статьи 3 Акта о прямых выборах (...).(42)

В соответствии с этим, смысл и цель такого регулирования состоит не в предоставлении законодателю в государствах-участниках полномочия по введению избирательного барьера на этом уровне при одновременном освобождении от установок соответствующего национального конституционного права. Скорее наоборот, в противоположность первоначальной формулировке Акта о прямых выборах оно ограничивает свободу регулирования государств-участников в вопросе максимально допустимого порога заградительной оговорки (см. Schreiber, NVwZ 2004, с. 21 <25>) и таким образом встраивается в связанное с этим новым регулированием обязательство государств-участников установить систему пропорциональных выборов, что закреплено в статье 1 абз. 1 и статье 8 абз. 2 Акта о прямых выборах.(43)

б) Следовательно, для подачи запроса в Суд Европейского Союза согласно ст. 267 Договора о функционировании Европейского Союза, со всей очевидностью нет оснований (см. решение Суда Европейского Союза от 6 октября 1982 года - C.I.L.F.I.T. - Rs. 283/81, Slg. В 1982, с. 3415, пункт 16 и далее). Буквальный текст всех официальных редакций (равным образом обязательных), предусматривающий, что государства-участники «могут», а не «должны» устанавливать минимальный порог на общенациональном уровне не более, чем 5% поданных голосов (...), является довольно однозначным и не вызывает интерпретационных сомнений. (44)

3. Лежащие в основе решения от 9 ноября 2011 года масштабы (а)) сохраняют свое значение также и в данном процессе (б)). (45)

а)

аа) Принцип равных выборов, который для выборов депутатов Европейского парламента из ФРГ следует из статьи 3 абз. 1 Основного Закона как требование гарантии формально равного избирательного права



(см. BVerfGE 51, 222 <234 и сл.>), гарантирует обусловленное демократическим принципом равенство граждан (см. BVerfGE 41, 399 <413>; 51, 222 <234>; 85, 148 <157 и сл.>; 99, 1 <13>) и - это одна из существенных основ государственного порядка (см. BVerfGE 6, 84 <91>; 11, 351 <360>). Он требует, чтобы все имеющие право голоса могли реализовывать активное и пассивное избирательное право по возможности на формально равных условиях, и должен пониматься в смысле строгого и формального равенства (см. BVerfGE 51, 222 <234>; 78, 350 <357 и сл.>; 82, 322 <337>; 85, 264 <315>). Из принципа равных выборов для избирательного закона следует, что каждый избиратель имеет равное право голоса и в принципе участвует в выборах на равных основаниях (его голос каждого избирателя должен иметь одинаковый правовой шанс на успех). Каждый избиратели через поданный ими голос должен иметь одинаковое влияние на результат выборов. (BVerfGE 129, 300 <317 и сл.>). (46)

Более того, при пропорциональных выборах принцип равного избирательного права требует, чтобы голос каждого избирателя имел также одинаковое влияние на состав избираемого представительства (см. BVerfGE 16, 130 <139>; 95, 335 <353>). Цель системы пропорциональных выборов состоит в том, что все партии представлены в избираемом органе в пропорции, максимально соответствующей числу полученных ими голосов. В условиях избирательного права, основанного на принципе пропорционального представительства, равное право голоса дополняется принципом равного веса голосов (см. BVerfGE 120, 82 <103>; 129, 300 <318>). (47)

bb) На основе предусмотренной европейским правом (статья 1 абз. 1 Акта о прямых выборах) и установленной в § 2 абз. 1 Закона о выборах в Европейский Парламент системы пропорциональных выборов немецкий законодатель при регулировании соответствующего избирательного законодательства обязан гарантировать при выборах депутатов Европейского Парламента от ФРГ в принципе как равное право голоса избирателя, так и равный вес голоса (BVerfGE 129, 300 <318>); по вопросу о принципе равного веса голоса в национальном праве см. недавнее решение ФКС, BVerfGE 131, 316 <338>). (48)

cc) Предусмотренное в статье 14 абз. 2 подабз. 1 предложение 3 Лиссабонского Договора об ЕС дегрессивно пропорциональное контингентирование мест, приходящихся на государства-участники, ни требует, ни оправдывает отклонения от избирательно-правового принципа пропорционального равенства веса голосов лиц, участвующих в избрании депутатского контингента от ФРГ (см. BVerfGE 123, 267 <371 и далее>; 129, 300 <318 и сл.>). (49)

dd) Выводимый из статьи 21 абз. 1 Основной Закона принцип равенства возможностей партий, а также равенство возможностей и для прочих политических объединений в смысле § 8 абз. 1 Закона о выборах в Европейский Парламент, требуемое с точки зрения принципа демократически равных условий конкуренции (статья 3 абз. 1 Основного Закона), делают необходимым, чтобы каждой партии, каждой группе избирателей и их кандидатов на выборах на протяжении всего избирательного процесса в принципе предоставлялись одинаковые возможности и вместе с тем одинаковые шансы при распределении мест. Право политических партий на равные условия тесно взаимосвязано с принципами всеобщности и равенства выборов, вытекающими из принципа демократии. Поэтому в этой области - так же, как и в отношении равного обращения с избирателями, гарантированного принципами всеобщих и равных выборов - равенство должно пониматься в строгом и формальном смысле. Если государственная власть вмешивается в конкуренцию партий таким образом, что это способно изменить шансы политических партий, то ее усмотрению по этой причине должны устанавливаться особенно тесные границы (BVerfGE 120, 82 <105>; 129, 300 <319>) (50)

ee) Избирательный барьер в 3 %, установленный в § 2 абз. 7 Закона о выборах в Европейский Парламент, имеет следствием неравный вес голосов избирателя; одновременно этот избирательный барьер нарушает принцип обеспечения равных условий для политических партий. По этой причине введение данной ограничительной оговорки требует оправдывающего его обоснования - в принципе не иначе, чем избирательный барьер в 5 % (см. по данному вопросу BVerfGE 129, 300 <319 и сл.>). (51)

ff) Между равным избирательным правом и равенством шансов партий существует тесная связь. Конституционно-правовое обоснование их ограничений следует той же самой логике (см. BVerfGE 82, 322 <338>; 95, 408 <417>; 111, 54 <105>; 124, 1 <20>; 129, 300 <320>). (52)

(1) Принцип равного избирательного права так же, как и принцип равенства возможностей политических партий, не подлежит абсолютному запрету дифференциации. Тем не менее, из формального характера равного избирательного права и равенства возможностей партий следует, что при регулировании норм избирательного права законодателю для установления дифференциации остается только весьма ограниченная свобода действий. При проверке допустимости дифференцирования в рамках гарантии равного избирательного права должен в принципе применяться строгий масштаб (см. BVerfGE 120, 82 <106>; 129, 300 <320>). Дифференциация требует для своего обоснования всегда особенное, объективно

легитимированное основание, что в прошлом обозначалось как "обязательное" (см. BVerfGE 6, 84 <92>; 51, 222 <236>; 95, 408 <418>; 129, 300 <320>). Это не значит, что эта дифференциация должна представляться как необходимо предписанная самой конституцией. Скорее, возможная дифференциация избирательного права может также оправдываться причинами, которые легитимируются конституцией и имеют значение, сопоставимое со значением принципа равного избирательного права (см. BVerfGE 1, 208 <248> 6, 84 <92>; 95, 408 <418>; 129, 300 <320>; 130, 212 <227 и сл.>). (53)

Сюда относятся, в частности, преследуемые в ходе выборов цели. Такими основаниями могут служить, например, обеспечение характера выборов как интеграционного процесса при формировании политической образовании воли народа (BVerfGE 95, 408 <418>) и взаимосвязанное с этим обеспечение работоспособности избираемого парламента (см. BVerfGE 1, 208 <247 и сл.>; 4, 31 <40>; 6, 84 <92 и далее>; 51, 222 <236>; 82, 322 <338>; 95, 408 <418>; 120, 82 <111>; 129, 300 <320 и сл.>). Наличие большого числа мелких партий и объединений избирателей в органе народного представительства может вести к серьезным нарушениям его работоспособности. Цель выборов состоит не в том, чтобы вообще избрать орган народного представительства, но результатом выборов должно стать также формирование функционирующего представительного органа (см. BVerfGE 51, 222 <236>; 129, 300 <321>).

На вопрос, что же служит обеспечению работоспособности и требуется для этого, не может быть вместе с тем дан единый для всех избираемых народных представительств ответ (см. BVerfGE 120, 82 <111 и сл.>; 129, 300 <321>), он зависит от конкретных функций избираемого органа (см. BVerfGE 120, 82 <112>; 129, 300 <321>). Кроме того, особое значение имеют и конкретные условия, на которых работает соответствующее народное представительство и от которых зависит вероятность наступление помех для его работоспособности (см. BVerfGE 129, 300 <323, 326 и далее>). (54)

(2) Дифференцирующие регулирования должны быть необходимы и пригодны для достижения преследуемых ими целей. По этой причине их допустимые пределы определяются также тем, с какой интенсивностью осуществляется вмешательство в - равное - избирательное право. Кроме того, могут учитываться устоявшиеся правовые взгляды и правовая практика (BVerfGE 1, 208 <249>; 95, 408 <418>; 120, 82 <107>; 129, 300 <321>). Законодатель должен ориентироваться в своей экспертизе и оценке, однако, не на абстрактно сконструированное случаи, а на политическую реальность (см. BVerfGE 120, 82 <107>; 129, 300 <321>). Принципы равного избирательного права и равенства возможностей партий

нарушаются, если законодатель преследовал своим регулированием цель, которую он не имел права преследовать при оформлении избирательного права, или если регулирование не пригодно и не необходимо для того, чтобы достигать преследуемые соответствующим выборами цели (см. BVerfGE 120, 82 <107>; 129, 300 <321>). (55)

(3) Законодатель обязан проверять нормы избирательного права, затрагивающие равенство избирательного права и равенство возможностей и в случае необходимости изменять ее, если конституционно-правовое оправдание этой нормы ставится под сомнение какими-либо новыми тенденциями, например, изменением фактических или нормативных оснований, из которых исходил законодатель или вследствие того, что определенный прогноз относительно воздействия нормы, сделанный при ее издании, оказался ошибочным (см. BVerfGE 73, 40 <94>; 82, 322 <338 и сл.>; 107, 286 <294 и сл.>; 120, 82 <108>; 129, 300 <321 и сл.>). В случае избирательных барьеров в условиях пропорциональной избирательной системы это значит, что совместимость избирательного барьера с принципом равенства права выбора и равенства шансов политических партий не может быть оценена абстрактно раз и навсегда. Определенное положение избирательного права может быть оправдано с точки зрения организации и функционирования представительного органа на определенный момент времени, но перестать быть таковым на другой момент времени (см. BVerfGE 1, 208 <259>; 82, 322 <338>; 120, 82 <108>; 129, 300 <322>). (56)

Избирательный барьер, признанный однажды в качестве допустимого, не может по этой причине оцениваться как уже навсегда не вызывающий сомнений в смысле конституционного права. Иная конституционно-правовая оценка может становиться следствием того, если существенно изменяются реальные отношения. Если избирательный законодатель обнаруживает изменившиеся в этом смысле обстоятельства, то он должен считаться с ними. Существенное значение для вопроса дальнейшего сохранения, отмены или (повторного) введение избирательного барьера имеют исключительно актуальные, существующие на данный момент отношения (см. BVerfGE 120, 82 <108>; 129, 300 <322>). Для законодателя нет каких-либо препятствий к тому, чтобы уже в рамках вмененному ему наблюдения и оценки текущего положения учитывать также и конкретно обозримые в будущем тенденции развития. Особое значение это может, тем не менее, приобретать только в том случае, если последующее развитие может быть уже в настоящее время с достоверностью спрогнозировано на основе достаточно надежных фактических исходных данных. (57)

Вопреки точке зрения, изложенной в рамках данного разбирательства, из судебной практики сената не следует, что законодатель не может, ввиду

изменившихся обстоятельств, снова ввести некогда установленный, а впоследствии, однако, отмененный избирательный барьер, будь то в тех же или же в других пределах, не вызывающих сомнений в конституционно-правовом плане, в частности, с точки зрения гарантии участия политических партий в формировании политической воли согласно статьи 21 абз. 1 Основного Закона. В соответствующих случаях законодатель может принимать также другие меры в целях обеспечения работоспособности избираемого представительного органа. Этот момент имеет значение для конституционно-правовой характеристики и оценки избирательного права в Европейский Парламент прежде всего потому, что при проявляющихся релевантных нарушениях функций Европейского Парламента, обусловленных отсутствием избирательного барьера, немецкий Бундестаг - иначе чем это могло бы быть в случае ущерба его собственной работоспособности — в состоянии необходимым образом изменить правовое регулирование выборов в Европейский Парламент (см. BVerfGE 129, 300 <324>). (58)

gg) Для дифференциаций в рамках равного избирательного права у законодателя остается только узко ограниченная свобода действий (см. BVerfGE 95, 408 <417 и сл.>; 129, 300 <322>). Хотя Федеральный Конституционный Суд не должен брать на себя функции законодателя и самостоятельно устанавливать и взвешивать по отношению друг к другу все релевантные для проверки фактические и правовые точки зрения (см. BVerfGE 120, 82 <113>) или вместо законодателя делать собственные оценки с точки зрения целесообразности (см. BVerfGE 51, 222 <238>). Поскольку принимая регулирования, которые касаются условий политической конкуренции, парламентское большинство выступает в какой-то мере так сказать судьей в собственном деле и поскольку как раз в случае избирательного законодательства опасность состоит в том, что соответствующее большинство в парламенте может руководствоваться не соображениями, продиктованными интересами общего блага, а целью сохранения собственной власти, то здесь оформление избирательного права подлежит строгому конституционному судебному контролю (см. BVerfGE 120, 82 <105>; 129, 300 <322 и сл.>; 130, 212 <229>). (59)

Применение избирательного барьера основывается на оценке законодателем вероятности попадания в парламент мелких партий, ожидаемых вследствие этого помех для его функционирования и их значения для выполнения задач народного представительства. При таком основывающемся на прогнозе решении законодатель в целях обоснования своего вмешательства не может опираться только на установлении чисто теоретической возможности возникновения угрозы для работоспособности парламента (см. BVerfGE 120, 82 <113 и далее>; 129, 300 <323>). Если бы законодатель мог свободно принимать решение о том, начиная с какой

степени вероятности он принимает во внимание помехи для функционирования, то это делало бы невозможным судебный контроль решений законодателя, основанных на прогнозах, включая их фактологические основания (см. BVerfGE 129, 300 <323>). (60)

В этом отношении, в любом случае, общее и абстрактное утверждение, что отмена избирательного барьера в 3% облегчает вхождение более мелких партий и избирательных объединений в представительные органы и, тем самым, затрудняет процесс формирования воли в этих органах, не может оправдать вмешательство в принципы равного избирательного права и равенства возможностей. По этой причине одного только "облегчения" или "упрощения" процесса принятия решений нельзя признать достаточным. Исключительно предсказуемое с определенной вероятностью нарушение работоспособности представительных органов на основе существующих или уже в настоящий момент достоверно прогнозируемых будущих обстоятельств может оправдывать избирательный барьер в 3% (см. BVerfGE 120, 82 <114>; 129, 300 <323>). (61)

б) Ни заслушивание экспертов Комитетом Бундестага по внутренним делам, ни настоящее разбирательство не выявили моментов, которые могли бы послужить основанием для того, чтобы определять конституционный масштаб для оценки заградительных оговорок в избирательном праве в отступление от устоявшейся судебной практики сената. В случаях, когда возражения изначально не касаются вопросов правоприменения - как например указание на менее значительную интенсивность вмешательства барьера в 3% по сравнению с отмененным барьером в 5% - они нацелены, прежде всего, на снижение требований к оправданию заградительных оговорок в избирательном праве и ослабление плотности конституционного судебного контроля. Во многом вслед за сформулированным судьями Ди Фабио и Меллингхоф особым мнением к решению от 9 ноября 2011 года (BVerfGE 129, 300 <346 и далее>), сложности, которые связаны с проведением разграничения между приемлемыми трудностями при формировании большинства, возникающими в результате присутствия значительного числа представителей мелких партий в парламенте, и уже неприемлемыми и тем самым оправдываемыми избирательными барьерами нарушениями работоспособности, должны преодолеваются тем, что это разграничение должно в большей степени, чем это установлено в решениях сената, предоставляться на рассмотрение законодателя. (62)

В противоположность этому, Сенат придерживается указанного выше контрольного масштаба. Можно оставить открытым вопрос, в какой мере

подход немецкого Бундестага, что избирательные барьеры оправданы уже с точки зрения предупредительных мер против угроз работоспособности, должен действовать в отношении народных представительств, в которых любое ослабление дееспособности, обусловленное внутренним партийным разделением, может быть равносильно ослаблению способности реагировать на это путем внесения изменений в избирательное право. В случае Европейского Парламента, где в силу действующего правового регулирования такой ситуации возникнуть не может, поскольку существует возможность изменения избирательного права национальным законодателем, избирательный барьер, установленный в чисто предупредительных целях, независимо от конкретно предсказуемых помех работоспособности, представляет собой серьезное непропорциональное вмешательство в равенство избирательного права. (63)

Нельзя принять и требование снижения плотности конституционного судебного контроля за счет предоставления значительной свободы усмотрения при принятии основанных на приблизительных прогнозах решений. Не в последнюю очередь именно по той причине, что при избирательном законодательстве речь идет об фундаментальных условиях политической конкуренции, необходим особо строгий конституционно-судебный контроль (см. BVerfGE 129, 300 <322 и сл.>). (64)

II. Исходя из этого масштаба, избирательный барьер в 3% (§ 2 абз. 7 Закона о выборах в Европейский Парламент) несовместим со статьей 3 абз. 1 и статьей 21 абз. 1 Основного Закона. Фактические и правовые отношения, имеющие значение для оценки, не претерпели после решения от 9 ноября 2011 года существенных изменений (1). Тенденции, на которые указывается в целях оправдания избирательного барьера, находятся только в начале своего развития и их последствия вряд ли поддаются оценке, так что в настоящее время на их основе нельзя сделать вывод, что без заградительной оговорки работоспособность Европейского Парламента с определенной вероятностью ухудшился (2). То обстоятельство, что избирательный барьер в 3 % представляет собой менее интенсивное вмешательство в равенство избирательного права и в равенство возможностей партий, чем прежний избирательный барьер в 5 %, не является достаточным для оправдания оспоренного регулирования (3). (65)

1. Сенат в решении от 9 ноября 2011 года установил, что фактические и правовые отношения, существовавшие во время выборов в Европейский Парламент в 2009 году, не дают достаточных оснований, которые могли бы оправдать серьезное вмешательство в принципы равного избирательного права и равенства возможностей политических партий, связанное с пятипроцентной заградительной оговоркой (см. BVerfGE 129, 300 <324 и

далее>). Существенного изменения фактических и правовых отношений с тех пор не произошло. (66)

а) Как и прежде, в европейском праве не установлен ограничительный барьер на основании статьи 223 абз. 1 Договора о функционировании Европейского Союза. Тем самым, нельзя констатировать наличие общеевропейского убеждения относительно необходимости заградительных оговорок или эквивалентных регулирований, о котором утверждает уполномоченный немецкого Бундестага, именно там, где оно должно было бы получить по логике вещей практическое воплощение, а именно на уровне права Евросоюза. Этому корреспондирует, что изменение Акта о прямых выборах, направленное на то, чтобы обязать государства-участники к введению определенных минимальных барьеров при распределении мест, даже не рассматривалось в качестве цели. Требования изменения основ правового регулирования выборов в Европейский Парламент на уровне Евросоюза не было сформулировано и в постановлении Европейского Парламента от 22 ноября 2012 года. Это постановление ограничивается скорее юридически необязательным воззванием к государствам-участникам установить адекватные и пригодные минимальные барьеры, действующие при распределении мест. В остальном, правовые нормы государств-участников, регулирующие выборы в Европейский Парламент, до сих следуют - согласно общей точке зрения сторон, заслушанных по этому вопросу в ходе данного разбирательства - исключительно соответствующей традиции государств-участников. И это является одним из обстоятельств, которое также противостояло установлению единого европейского порядка проведения выборов. (67)

б) Также с фактической точки зрения за время текущего избирательного периода никаких значительных изменений не произошло. Отмеченный в ходе устного разбирательства увеличение нагрузки Европейского Парламента законодательными задачами, возможно, и может иметь значение для вопроса о структурном нарушении его работоспособности как только Европейский Парламент из-за большого числа не готовых к сотрудничеству представителей маленьких партий и объединений наталкивается на границы его возможностей. Для этого ничто не было доложено все же осязаемое. Однако, реальных доказательств этому приведено не было. (68)

В настоящее время не наблюдаются конкретные стремления других государств-участников устранить препятствия для доступа малых партий в Европейский Парламент (по вопросу об их значении для конституционно-правовой оценки национальных заградительных оговорок см. BVerfGE 129, 300 <325 и сл.>). Конкретных указаний на то, что другие государства-



участники могли бы воспринять отмену заградительной оговорки в Германии в качестве основания для внесения соответствующих изменений в свое национальное избирательное право, не содержалось также и в выступлениях представителей Европейского Парламента, касавшихся мотивов Постановления от 22 ноября 2012 года в ходе устного разбирательства. (69)

2. Трехпроцентный избирательный барьер не может быть обоснован с точки зрения ожидаемых тенденций политического и организационного развития и связанных с этим изменений условий функционирования Европейского Парламента в следующем избирательном периоде. (70)

а) В пояснительной записке к проекту Закона о внесении изменений в Закон о выборах депутатов Европейского Парламента указывалось на то, что инициированное Постановлением Европейского Парламента от 22 ноября 2012 года развитие в направлении выбора Президента Еврокомиссии из числа выдвинутых европейскими партиями кандидатур приведет на европейских выборах 2014 года к более сильному антагонистическому профилированию правительства и оппозиции в Европейском Союзе. Также указывалось, что в результате таких новых тенденций, которые еще нельзя было предвидеть в момент вынесения решения сената от 9 ноября 2011 года, и следующей из этого возрастающей политизации Европейского Парламента будет затруднено формирование необходимого большинства, и возникнет конкретная опасность помех для функционирования, которым необходимо противодействовать при помощи введения адекватного и соответствующего минимального порога (см. BTDrucks 17/13705 с. 6 и сл.). (71)

Законодатель справедливо исходит из того, что антагонистическое профилирование правительства и оппозиции на европейском уровне при определенных обстоятельствах может тогда оправдывать блокировочную оговорку в немецком законодательстве о выборах в Европейский Парламент, если с правовой и фактической точки зрения складываются отношения, которые см.внимы с отношениями на национальной уровне, где формирование стабильного большинства необходимо для образования дееспособного правительства и его последующей поддержки (см. к существующему до сих пор соотношению интересов в системе учреждений Союза - BVerfGE 129, 300 <327, 335 и сл.>). Вместе с тем такое - политически желаемое - развитие находится еще только в самом начале. В настоящее время нельзя предвидеть действительные последствия запущенной в ход политической динамики на работоспособность Европейского Парламента, так что прогноз законодателя, что без трехпроцентного заградительного барьера возникнет угроза для функционирования Европейского Парламента, лишен основы. (72)

b) Европейский Парламент стремится, как показывает его постановление от 22 ноября 2012 года, по согласованию с Комиссией усилить политическую легитимность обоих институтов, формирование которых соответственно должно более непосредственно увязываться с решением избирателей. Для того, чтобы содействовать этому, европейские политические партии должны выдвигать кандидатуры на пост Президента Комиссии, которые призваны играть ключевую роль в предстоящей европейской предвыборной борьбе, представляя, в частности, свои программы во всех государствах-участниках Европейского Союза. Тем не менее, изменения договорных основ, регулирующих функции и полномочия европейских учреждений, не предполагается (см. по вопросу о пределах дальнейшего развития организационного структуры в условиях действия договоров в редакции Лиссабонского Договора BVerfGE 123, 267 <372>; по вопросу о действующей системе полномочий BVerfGE 129, 300 <336 и далее>). В этом отношении также неясно, как должна быть реализована политическая цель по усилению демократического процесса формирования воли на европейском уровне, в рамках действующего права Союза и какое значение это может иметь для решаемого здесь вопроса. Также и выступления сторон в ходе устного разбирательства не смогли прояснить, по каким причинам, например, Президент Комиссии зависит от постоянной поддержки стабильного большинства мог бы быть предоставлен в Европейском Парламенте (см. статья 234 абз. 2 Договора о функционировании Европейского Союза). Тем не менее, связанные с этим вопросы могут быть оставлены без рассмотрения. (73)

В частности, уже в фактическом плане нельзя конкретно предсказать, что инициированное политическое развитие без установления в законе о европейских выборах заградительной оговорки может вести к помехам в функционировании Европейского Парламента. (74)

aa) В настоящее время нельзя даже примерно оценить, в каком объеме и с какими последствиями для деятельности и функционирования вновь избранного Европейского Парламента сможет продвигаться нашедшая в постановлении от 22 ноября 2012 года позиция Комиссии и Европейского Парламента по отношению к представителям государств-участников в Европейском Совете. Также и объем связанных с этим возможных изменений в политическом процессе в Европейском Парламенте в наступающем избирательном периоде остается гипотетическим. Так, например, депутат Европейского Парламента Бютикофер заявил в ходе устного разбирательства, что он ожидал бы, что инициируемая теперь динамика развития в направлении более сильного антагонизма и более сильной политизации в парламенте не завершится периодом одной легислатуры, а смогла бы охватить на период нескольких созывов. (75)

Если попытаться обосновывать трехпроцентный избирательный барьера соответственно аргументом, что задуманный "импульс к демократизации" не может ставиться под сомнение в результате того, что в Германии смирились с раздробленностью Европейского Парламента, то при этом игнорируются не только конституционно-правовые требования к оправданию вмешательств в равенство избирательного права и равенство возможностей политических партий. Это противоречило бы также принципу открытости политического процесса, который имеет существенное значение для парламентских прений как раз с точки зрения возможной реструктуризации и в которые малые партии могут вносить важный вклад (см. BVerfGE 129, 300 <340>). По этой причине заградительные барьеры не могут оправдываться также аргументом, что только политические партии, которые смогли их преодолеть, несут достаточно представительный характер и вносят ощутимый вклад в легитимацию народных представительств. (76)

bb) Также нет доказательств того, что планируемая политизация приведет к структурным трудностям в процессе формирования большинства в Европейском Парламенте. (77)

(1) В целом нельзя исключать, что сотрудничество обеих больших фракций в Европейском Парламенте, которое до сих пор определяло парламентскую практику (см. BVerfGE 129, 300 <330 и сл.>), вследствие выдвижения (конкурирующих) кандидатов партий - как это было заявлено представителями Европейского Парламента в ходе устного разбирательства - в будущем больше не будет иметь место или будет реализовываться в существенно меньшем объеме. Случится ли это и в какой мере, остается, однако, неясным; в любом случае, возможно такое развитие, которое не затронет работоспособность Европейского Парламента. Так, есть основания предположить, что обе большие фракции, на которые по общему правилу приходится абсолютное большинство мандатов (см. BVerfGE 129, 300 <330>), также и в дальнейшем будут в самых различных ситуациях заинтересованы в сотрудничестве, если не сказать, что они будут вынуждены его поддерживать.

Соответственно, например, существует возможность, что кандидат на пост Президента Комиссии, выдвинутый представленными в Европейском Парламенте партиями будет нуждаться для формирования поддерживающего его парламентского большинства в поддержке обеих больших фракций и что на основе проведенных об этом переговоров произойдет укрепление кооперации обеих больших фракций. При таком развитии событий число депутатов, не относящихся ни к одной из фракций, не имело бы решающего значения. (78)

(2) Кроме того, вряд ли можно также безоговорочно утверждать, что практикуемое до сих пор гибкое формирование большинства в парламенте (см. BVerfGE 129, 300 <331>) существенно затрудняется дополнительным выбором новых депутатов от малых партий. Таким образом не выглядит убедительным, что способность к интеграции партийных семей общеевропейского масштаба, за счет которых главным образом и происходит формирование фракций в Европейском Парламенте и которые, тем самым, вносят существенный вклад в обеспечение его работоспособности, будет нарушена в ходе политизация Европейского Парламента. Существует также возможность, что потенциальные более четкие политические противоречия между отдельными фракциями как раз повышают их внутреннюю сплоченность. Кроме того остается открытым, не будет ли измененное вследствие более сильного партийно-политического профилирования восприятие Европейского Парламента больше, чем до сих пор, побуждать избирателей к стратегическому электоральному поведению и не будет ли это, в свою очередь, противодействовать увеличению числа представленных в Европейском Парламенте партий. (79)

(3) Упомянутое в ходе устного разбирательства число возможных в будущем восьмидесяти не готовых к сотрудничеству депутатов, ввиду подобной неопределенности, не может прогнозироваться с необходимой степенью вероятности. Так или иначе, этот тезис относится не к числу ожидаемых внефракционных депутатов малых партий с одним или двумя депутатами, а к депутатам определенных еврокритических партий, у которых по всей видимости не будет проблем с преодолением избирательного барьера. Также нужно учитывать, что партии, которые могли бы считаться на национальном уровне мелкими, незначительными партиями, могут быть и партиями, принадлежащими к какой-либо партийной семье, достаточно представленной в Европейском Парламенте или по меньшей мере стоящими близко к ней, и депутаты которых поэтому вообще не способствуют раздробленности, которой должны противодействовать заградительные оговорки. Таким образом, имеется особенная фактическая ситуация, которая обосновывает специфические возражения против необходимости заградительных оговорок как раз с точки зрения обеспечения Европейским Парламентом функции общеевропейской интеграции. (80)

В случае, если для защиты оспоренного избирательного барьера указывается на трудность достигнуть квалифицированного большинства в Европейском Парламенте, то следует иметь также в виду, что нормы договоров, предписывающие голосование по принципу квалифицированного большинства, ориентированы как раз на широкое согласие в Европейском Парламенте. Тем самым, не в последнюю очередь,

имея в виду институциональное равновесие с другими органами (статья 13 Договора о Европейском Союзе), сознательно допускается риск того, что при непреодолимых расхождениях во мнениях Европейский Парламент не достигает никакой осуществимой позиции (см. BVerfGE 129, 300 <332>). (81)

(4) Наконец, если иметь в виду интеграционные возможности фракций, не является очевидным, что в наступающем избирательном периоде новоизбранные депутаты от более мелких партий уже изначально не смогут войти в одну из эстаблированных фракций или - в зависимости от результата выборов в других государствах-участниках - в другую вновь учрежденную фракцию. Даже если не следует слишком переоценивать интеграционные возможности фракций в Европейском Парламенте и в ходе более интенсивной политизации готовность фракций принимать в свои ряды депутатов, которые на национальной уровне выступают как конкуренты, может ослабиться, то, тем не менее, стимулы к привлечению депутатов во фракцию продолжают оставаться значительными, так что нельзя безоговорочно исходить из недопустимо высокого числа внефракционных депутатов (см. BVerfGE 129, 300 <327 и далее>). Однако, следует еще исследовать, какие последствия может иметь возможное избрание депутатов от других партий, конкурирующих в немецком партийном ландшафте. В настоящее время не представляется возможным сделать достоверные выводы в этом отношении. В отношении более конкретно проявляющихся аномальных тенденций законодатель может принимать меры. (82)

3. Заградительная оговорка в 3%, в целом, менее интенсивно вторгается в принцип равного избирательного права и в равенство возможностей партий, чем предыдущая заградительная оговорка в 5%. Тем не менее, из этого не следует, что также и связанное с трехпроцентной заградительной оговоркой вмешательство в равенство избирательного права является несущественным и не требует соответствующего обоснования. Место в Европейском Парламенте можно получить, набрав уже примерно один процент поданных голосов, и таким образом заградительная оговорка имеет реально действует на практике. Поскольку заградительная оговорка в настоящее время уже не является необходимой в немецком законодательстве о европейских выборах - а именно с точки зрения как существующих отношений, так и достаточно надежно прогнозируемых тенденций развития - то есть уже для оправдания его введения в принципе не имеется оснований, то вопросы об адекватности трехпроцентной оговорки уже не имеют значения. (83)

III. Несоответствие трехпроцентного избирательного барьера конституции ведет к признанию недействительным § 2 абз. 7 Закона о

314 Решение Федерального Конституционного Суда ФРГ от 26 февраля 2014 года

выборах в Европейский Парламент (§ 95 абз. 3 предложение 1 Закона о Федеральном Конституционном Суде). Одновременно, в соответствии с § 67 предложение 1 и 2 Закона о Федеральном Конституционном Суде устанавливается, что Бундестаг ФРГ принятием этой нормы нарушил право подавших жалобы субъектов и присоединившихся к ним субъектов на равенство возможностей политических партий. (84)

(...) Данное решение принимается большинством в пять голосов против трех.

#### **IV. Особое мнение судьи *Мюллера* к решению второго сената Федерального Конституционного Суда от 26 февраля 2014 года**

К моему сожалению я не вижу для себя возможности поддержать это решение. По моему убеждению, сенат ставит слишком высокие требования к констатации ухудшения работоспособности Европейского Парламента как оправданию вмешательства в принципы равенства избирательного права и равенства возможностей и несет тем самым недостаточно принимает во внимание функцию законодателя по оформлению правового регулирования выборов. В результате это ведет не только к выбору своего собственного немецкого пути при выборах Европейского Парламента, но и к принятию риска ухудшения дееспособности Парламента, во всяком случае, на см.к одного периода легислатуры. У меня нет оснований считать, что это соответствует требованиям конституции. (1)

314

I.

1. Я согласен с утверждением сената, что заградительную оговорку § 2 абз. 7 Закона о выборах в Европейский Парламент нужно проверят исключительно на соответствие Основному Закону и содержащихся здесь принципам равенства избирательных прав и равенства возможностей политических партий. Это не противоречит ни статье 3 Акта о прямых выборах, ни пункту 4 Постановления Европейского Парламента от 22 ноября 2012 года. (2)

2. Также я согласен с утверждением сената, что решение в пользу введения пропорциональной избирательной системы при выборах Европейского Парламента, закрепленное в статье 1 абз. 1 Акта о прямых выборах и осуществленное в § 2 абз. 1 Закона о выборах в Европейский Парламент, принципиально обязывает законодателя обеспечивать как

ДПП ИМП 2 (2014)

равное право голоса, так и равный вес (ценность) голосов избирателей. Этому нельзя противопоставить ни более существенное, чем по см.внению с невысокой заградительной оговоркой, нарушение принципа равного веса голосов в условиях действия мажоритарной избирательной системы (см. BVerfGE 120, 82 <103>), ни дегрессивно-пропорциональное контингентирование входящих на отдельные государства-участники парламентских мест, предусмотренное в статье 14 абз. 2 подабз. 1 предложение 3 Договора о Европейском Союзе (см. BVerfGE 123, 267 <373 и сл.>; 129, 300 <318 и сл.>). (3)

3. Наконец, вместе с сенатом следует исходить из того, что вследствие строго формального характера принципов равенства избирательных прав и равенства возможностей партий у законодателя остается лишь четко ограниченная свобода для их дифференцирования и для его оправдания необходимы основания, которые легитимированы конституцией и имеют значение, равнозначное значению принципа равного избирательного права (см. BVerfGE 1, 208 <248>; 6, 84 <92>; 95, 408 <418>; 129, 300 <320>; 130, 212 <227 и сл.>). (4)

В основу данного решения сенат положил признанную в его постоянной судебной практике правовую позицию, что обеспечение характера выбора как интеграционного процесса в ходе формирования политической воли народа (BVerfGE 95, 408 <418>) и, связанное с этим обеспечение работоспособности избираемого народного представительства может служить таким основанием (см. BVerfGE 1, 208 <247 и сл.>; 4, 31 <40>; 6, 84 <92 и далее>; 51, 222 <236 и сл.>; 82, 322 <338>; 95, 408 <418>; 120, 82 <111>; 129, 300 <320 и сл.>). Если сенат указывает на то, что законодатель подлежит в этом отношении строгому конституционно-правовому контролю (см. BVerfGE 120, 82 <106 и сл.>; 129, 300 <322 и сл.>; 130, 212 <229>), это не должно вести к затуманиванию границ между законодательным регулированием и конституционно-судебным контролем. Решение сената несет недостаточный счет ему. Это не учитывается в достаточной степени в решении сената. (5)

## II.

1. Оформление регулирования избирательного права - это задача законодателя. В рамках выполнения этой функции, которая на конституционно-правовом уровне закреплена в отношении выборов в Бундестаг в статье 38 абз. 3 Основного Закона, в обязанность законодателя вменяется взвесить между собой легитимированные конституцией цели, с одной стороны, и принцип равенства избирательного права, с другой (см. BVerfGE 95, 408 <420>; 121, 266 <303>; 131, 316 <338>). По этой причине

он должен также добиваться баланса между требованием обеспечения работоспособности парламента, необходимостью более широкого интегрирующего представительства, а также принципы равенства избирательных прав и равенства возможностей политических партий к уравниванию (см. BVerfGE 51, 222 <236>; 71, 81 <97>; 95, 408 <420>). Федеральный Конституционный Суд должен уважать при этом вытекающую отсюда свободу действий и лишь проверять, не вышел ли законодатель за ее границы (см. BVerfGE 95, 408 <420>). Поэтому он может констатировать нарушение принципа равного избирательного права только в том случае, если дифференцирующее регулирование ориентировано на достижение цели, которую законодатель не вправе преследовать при регулировании избирательного права. или если данное регулирование не пригодно для достижения этой цели или превосходит меру необходимого для достижения цели (см. BVerfGE 131, 316 <339> с дальнейшими указаниями). Это действует также для решения об использовании заградительных оговорок в рамках пропорциональной избирательной системы. Требуется ли для обеспечения работоспособности избираемого парламента заградительная оговорка, также и согласно точке зрения сената (см. BVerfGE 120, 82 <113>; 129, 300 <323>) должно решаться на основе прогноза вероятности попадания мелких партий, ожидаемых в будущем вследствие этого функциональных помех и их значение для исполнения народным представительством своих функций. Свое основывающееся на прогнозе решение законодатель должен принимать в рамках переданного ему мандата на регулирование избирательного права. Задачей Федерального Конституционного Суда является контроль основанного на прогнозе решения законодателя. Однако, он не уполномочен делать свой собственный прогноз на месте прогноза законодателя. (6)

2. В противоположность этому, интенсивность контроля, лежащего в основе решения сената относительно установления нарушения работоспособности Европейского Парламента, по моему мнению, недостаточно обеспечивает необходимый учет мандата законодателя по оформлению правового регулирования: (7)

Говоря о прогностическом решении, которое необходимо для оправданию использования заградительной оговорки, сенат не только требует, чтобы законодатель не ограничивался установлением чисто теоретической возможности нанесения вреда работоспособности избираемого парламента (см. BVerfGE 120, 82 <113 и сл.>; 129, 300 <323>). Скорее, он не вправе также свободно принимать решение о том, начиная с какой степени вероятности он должен действительно считаться с функциональными помехами (см. BVerfGE 129, 300 <323>). Лишь только ожидаемые с определенной вероятностью нарушения работоспособности



представительных органов на основе существующего или уже в настоящее время достоверно прогнозируемых будущих обстоятельств может оправдать заградительную оговорку (см. BVerfGE 120, 82 <114>; 129, 300 <323>). (8)

Если сенат требует ожидаемое «с определенной вероятностью» нарушения работоспособности представительных органов, то тем самым сохраняется значительная свобода усмотрения. Экспертиза этого коридора между чисто теоретической возможностью и подтвержденным наступлением функциональных помех остается за законодателем. Если он подкрепляет свое решение убедительными фактическими обстоятельствами и на этой основе с приемлемой аргументацией приходит к выводу о помехах работоспособности представительного органа, он действует во исполнение своего мандата на регулирование избирательного права. Если в противоположность этому суд оставляет за собой право определять то, начиная с какой степени вероятности следует исходить из помех работоспособности представительного органа, то ввиду неизбежной ненадежности таких прогнозов больше не гарантировано ограничение контроль исключительно чистым контролем законодательного решения. Однако, в задачи Федерального Конституционного Суда не входит заменять в принципе аргументированное решение законодателя собственным в принципе аргументированным решением. (9)

3. Ничто иное не следует также и из указания сената, что регулирование избирательного права требует строгого конституционного контроля, поскольку устанавливая нормы, которые касаются условий политической конкуренции, парламентское большинство выступает в какой-то мере так сказать судьей в собственном деле и поскольку как раз в случае избирательного законодательства опасность состоит в том, что соответствующее большинство в парламенте может руководствоваться не соображениями, продиктованными интересами общего блага, а целью сохранения собственной власти (см. также BVerfGE 120, 82 <105>; 129, 300 <322 и сл.>; 130, 212 <229>). Независимо от нечеткости и основанном на этом сомнении в пригодности понятия «в собственном деле» как юридической категории (см. Streit, Entscheidung in eigener Sache, 2006, с. 20 и далее; Lang, Gesetzgebung in eigener Sache, 2007, с. 16 и далее), депутаты национального парламента, принимающие в данном контексте участие в законодательном регулировании выборов в Европейский Парламент непосредственно не затронуты в своем депутатском статусе. Тем не менее, можно признать косвенное соприкосновение с интересами партий, к которым принадлежат соответствующие депутаты. При этом потенциальная заинтересованность представленных в парламенте партий в заградительной оговорке может проявляться совершенно по-разному. На этом фоне нельзя безоговорочно исходить из того, что при регулировании

процесса выборов в Европейский Парламент существует основывающийся на идентичности интересов, структурный дефицит контроля, который требует компенсации путем более интенсивного конституционного контроля (см. Streit, a.a.O., с. 203 и далее). В любом случае, это не может вести ни к отмене полномочия законодателя по принятию соответствующего регулирования, ни к конституционной судебной контрольной деятельности, которая недостаточно считается с этим полномочием. (10).

4. Когда сенат указывает на то, что в случае возникновения помех для функционирования Европейского Парламента национальный избирательный законодатель, может реагировать на это соответствующими коррекциями избирательного права, в то время как эта возможность не существует при выборах немецкого Бундестага (см. также BVerfGE 129, 300 <324>) и поэтому аспекты предупредительных мер против функциональных помех не должны учитываться при решении вопроса об использовании заградительной оговорки на европейском уровне, я не могу следовать этому мнению. Сенат оставляет без внимания, что коррекция избирательного права могут вступить в силу не раньше, чем в следующем периоде легислатуры. В противоположность этому в текущем легислатурном периоде такие изменения не действуют. Соответственно, отказ от предупредительных мер против функциональных помех для деятельности представительного органа подразумевает допущение риска нарушения работоспособности или неработоспособности на см.к избирательного периода. Это было бы несовместимо с обеспечением характера выбора как интегративного процесса при формировании политической воли народа. По этим причинам при решении вопроса об использовании заградительных оговорок при выборе Европейского парламента также нужно учитывать аспекты, связанные с мерами по предупреждению снижения работоспособности или ее утраты. (11)

### III.

В этой связи § 2 абз. 7 Закона о выборах в Европейский Парламент, на мой взгляд, не вызывает каких-либо особенных сомнений с точки зрения конституционного права. С одной стороны, не вызывает возражений законодательный прогноз о возможном нарушении работоспособности Европейского Парламента в случае отказа от использования заградительных оговорок или эквивалентных мер. С другой стороны, требования пригодности и необходимость не противоречат конституционности регулирования. (12)

1. Решение сената ведет к недопустимости любых ограничительных оговорок на выборах Европейского Парламента. Вместе с тем,

конституционно-правовая оценка § 2 абз. 7 Закона о выборах в Европейский Парламент зависит от того, нужно ли при отказе от ограничительных оговорок и эквивалентных мер в общесоюзном масштабе исходить из нарушения работоспособности Европейского Парламента. Против этого нельзя возразить, что § 2 абз. 7 Закона о выборах в Европейский Парламент соотносится только со сферой действия Основного Закона и поэтому не имеет значения с точки зрения состава и работоспособности Европейского Парламента. Этому противостоит, что в настоящее время во всех государствах-участниках Европейского Союза, за исключением Испании, существуют правовые или фактические избирательные барьеры или соответственно эквивалентные нормы, которые устанавливают еще более радикальные ограничения, чем § 2 Abs. 7 Закона о выборах в Европейский Парламент.

Если бы конституционную допустимость § 2 абз. 7 Закона о выборах в Европейский парламент нужно было бы определять исключительно на основе того, какое фактическое воздействие это регулирование оказывает на состав и работоспособность Европейского Парламента в целом, то конституционная оценка нормы делалась бы зависимой от дальнейшего сохранения аналогичных положений в других европейских государствах, которые, будучи проверены согласно примененному сенатом масштабу на соответствие немецкому конституционному праву, попадали бы под вердикт противоречия конституции. Кроме того, это не соответствовало принципу солидарной ответственности за обеспечение работоспособности Европейского Парламента. Согласно этому принципу от каждого государства требуется, чтобы оно оформляло структуры своего избирательного права таким образом, чтобы они одновременно могли быть руководящими принципами для выбора всего Европейского Парламента (см. также BVerfGE 129, 300 <352, особое мнение>). (13)

2. Законодатель достаточно убедительными фактическими обстоятельствами обосновал свое прогностическое решение, что без применения заградительной оговорки следует ожидать нарушение работоспособности Европейского Парламента. Вопреки мнению сената, оно, по моему убеждению, соответствует конституционным требованиям. (14)

а) Очевидно, что отказ от заградительных оговорок и эквивалентных мер будет вести к дальнейшему раздроблению Европейского Парламента. Уже пример Федеративной Республики Германии показывает, что число представленных в Европейском Парламенте партий выросло бы на европейских выборах в 2004 году на девять и на европейских выборах в 2009 году на семь партий. Тот факт, что электоральное поведение характеризуется в своей тенденции возрастающей нестабильностью,

320 Решение Федерального Конституционного Суда ФРГ от 26 февраля 2014 года

говорит о том, что в будущем не следует ожидать, по меньшей мере, значительного улучшения этого состояния. Поэтому с полным основанием Федеральный Конституционный Суд констатировал в своем решении от 9 ноября 2011 года: «Следует ожидать, что без заградительной оговорки и эквивалентных мер в Европейском Парламенте возрастает число партий, которые представлены только одним или двумя депутатами. Также нужно исходить из того, что это может происходить в масштабах, которыми нельзя пренебрегать.» (BVerfGE 129, 300 <325>). (15)

b) Прогноз законодателя, что дальнейшее раздробление Европейского Парламента может не только затруднить, но и сделать невозможным формирование необходимого большинства, не вызывает возражений. (16)

aa) Европейский Парламент и его фракции уже в настоящее время обнаруживают значительную степень неоднородности. В совокупности в Европейском Парламенте представлены в текущем избирательном периоде более 160 партий. В начале избирательного периода 736 депутатов объединились в 7 фракций, внутренняя сплоченность в которых значительно меньше, чем в национальных парламентах, хотя она, разумеется, существенно разнится между отдельными фракциями (см. BVerfGE 129, 300 <329>). К этому следует добавить внефракционных депутатов, число которых в течение избирательного периода повысилось с 27 до 32. (17)

На этом фактологическом фоне предположение законодателя о том, что связанное с отказом от заградительных оговорок и эквивалентных мер значительное повышение числа партий с одним или двумя депутатами приведет к тому, что не смогут больше быть сформировано необходимое большинство, представляется достаточно убедительным. Неизбежно, что этот прогноз характеризуется определенной долей погрешности. Однако, убедительность этого прогноза не уступает убедительностью см.внимых прогнозов, которые относятся к национальным парламентам, тем более, что неоднородность состава национальных парламентам по общему правилу не превосходит неоднородность состава Европейского Парламента. То, что дальнейшее раздробление парламента может вести не только к затруднению, но и к невозможности формирования необходимого большинства, не является, во всяком случае, чисто теоретической, полностью абстрактной возможностью. В этом отношении сам Федеральный Конституционный Суд пришел в своем решении от 22 мая 1979 года (BVerfGE 51, 222) к выводу, что в целях предотвращения функциональных помех пятипроцентная заградительная оговорка является оправданной, хотя Европейский Парламент состоял на тот момент времени лишь из 410 депутатов из 9 государств-участников и обладал существенно меньшими полномочиями и компетенцией. (18)

ДПП ИМП 2 (2014)

bb) С конституционно-правовой точки зрения не вызывает возражений, что законодатель модифицировал свой прогноз не на основе обстоятельств, которые в случае отказа от заградительных оговорок и эквивалентных мер могли бы быть пригодными, чтобы противодействовать дальнейшему раздроблению парламента. (19)

(1) Относительно возможности принятия новоизбранных депутатов малых партий в одну из сложившихся фракций (см. BVerfGE 129, 300 <328 и сл.>) депутаты Европейского Парламента Брок и Бютикофер в ходе устного разбирательства разъяснили, что существующие фракции не проявляют готовность к принятию в свои ряды представителей партий, конкурирующих с ними на национальном уровне. В своем экспертном заключении Погунтке отметил, что представители небольших партий из Германии со всей вероятностью не будут включаться в структуры уже существующих фракций. В какой мере, интеграционный потенциал существующих фракций может противодействовать дальнейшему раздроблению парламента, предсказуемо поэтому в той же малой степени, как и само формирование новых фракций, в отношении которого статья 30 регламента Европейского Парламента ставит жесткие условия (25 депутатов, представляющих как минимум четверть государств-участников). (20)

(2) Когда указывается на особое влияние сотрудничества больших фракций на парламентскую практику, на которые по общему правилу приходится абсолютное большинство мандатов (см. BVerfGE 129, 300 <330>), то этому противостоит уже то, что сохранение этого абсолютного большинства не гарантировано. В настоящее время обе фракции располагают 61% мест. В своем экспертном заключении Мауэр в ходе устного разбирательства представил модельный расчет, согласно которому этот процент без заградительной оговорки в Германии, Франции, Италии и Великобритании - при оставшемся неизменным электоральном поведении - опустился бы до 56,7% мест. Кроме того, сам сенат указывает на то, что при назначении конкурирующих кандидатов на выборах Европейского Парламента нельзя исключить, что обе большие фракции в Европейском Парламенте в будущем вообще больше не будут сотрудничать друг с другом или будут сотрудничать лишь в значительно меньшем объеме. (21)

(3) Принимая во внимание практикуемое до сих пор гибкое формирование большинства (см. BVerfGE 129, 300 <331>), не поддается прогнозу, какие последствия будет иметь процесс персонализации и политизации Европейского Парламента, которого можно ожидать в результате выдвижения основных кандидатов в ходе избирательной борьбы и выдвижения кандидатур на пост Президента Комиссии с учетом

результатов выборов в Европейский Парламент согласно статье 17 абз. 7 подабз. 1 Договора о Европейском Союзе. (22)

(4) С учетом этого, задача законодателя состоит в том, чтобы в рамках его прогностического решения оценить вышеупомянутые обстоятельства и их последствия в контексте наступающей при отказе от заградительных оговорок и эквивалентных мер раздробленности парламента. Если он не учитывает эти обстоятельства, поскольку нельзя конкретно спрогнозировать, в каком объеме они противодействовали бы раздроблению парламента, то это представляется приемлемым с конституционно-правовой точки зрения. (23)

с) Ослабление работоспособности Европейского Парламента является достаточно важным основанием, чтобы оправдать вмешательство в принципы равенства избирательного права и равенства возможностей партий. (24)

В принципе Европейский Парламент отличается от немецкого Бундестага, в частности, тем, что формирование стабильного большинства не является необходимым для выборов и постоянной поддержки дееспособного правительства (см. BVerfGE 129, 300 <335 и сл.>). Вместе с тем, его деятельность до настоящего времени не характеризуется также антагонистическим профилированием правительства и оппозиции (см. BVerfGE 129, 300 <331>). Не поддается прогнозу, в какой мере это изменится в ходе предполагаемого процесса персонализации и политизации Европейского Парламента. Если на этом основании делается, однако, вывод, что идея представительной демократии, преследуемая через введение на европейском уровне системы пропорциональных выборов, должна реализовываться в Европейском Парламенте без каких-либо оговорок и ограничений (см. BVerfGE 129, 300 <336>), то это не должно вести, также ввиду ее формального характера, к абсолютизации принципов равенства избирательного права и равенства возможностей партий по отношению к требованию обеспечения характера выбора как интеграционного процесса при формировании политической воли народа. (25)

Европейский парламент - это специфический парламент. Различия в его задачах и функциях по отношению к немецкому Бундестагу (еще) весьма значительны, но не оправдывают, тем не менее, принципиально иную оценку важности обеспечения его дееспособности. Европейскому Парламенту в значительном объеме переданы организационные и законодательные функции (статья 17 абз. 7 подабз. 1 предложение 2, подабз. 3 Договора о Европейском Союзе; статья 289, статья 294, статья 314 Договора о функционировании Европейского Союза). Даже если для принятия правового акта в порядке обычного законодательства и при

выработке плана годового бюджета не обязательно требуется согласия большинства парламента (статья 294 абз. 7 пункт а альтернатива 2; статья 314 абз. 4 пункт б Договора о функционировании Европейского Союза), осуществление парламентом функций, возложенных на него договорами, предполагает способность к формированию дееспособного большинства. Лишь при этих условиях Европейский Парламент может реализовывать электоральный наказ и выполнять задачи, которые в системе институтов закреплены за ним. Для того, чтобы сохранить характер выборов как процесса интеграции при формировании политическом воли народа, требуется дееспособный парламента. По этой причине, при обсуждении проблемы функциональных помех ключевое значение имеет, прежде всего, сам Европейский Парламент, и не Европейский Союз как единое целое. Обеспечение работоспособности также и Европейского Парламента представляет собой требование, которое равноценно требованию учета принципов равенства избирательного права и равенства возможностей партий, и которое может оправдывать их нарушение, при условии пригодности и необходимости соответствующих мер. (26)

3. У меня не вызывает особых сомнений, что § 2 абз. 7 Закона о выборах в Европейский Парламент в достаточной степени соответствует критериям пригодности и необходимости. (27)

а) В этом плане нужно исходить из интенсивности вмешательства в принципы равного избирательного права и равенства возможностей партий (BVerfGE 121, 266 <298>). Законодатель - после отмены решением Федерального Конституционного Суда от 9 ноября 2011 года первоначально установленного в § 2 абз. 7 Закона о выборах в Европейский Парламент избирательного барьера в 5% (BVerfGE 129, 300) - принял решение об установлении избирательного барьера в 3%. Это гарантирует в значительно большей степени отражает широту спектра политических мнений. В принципе этот барьер имел бы на выборах Европейского Парламента в 2009 году тот же самый ограничивающий эффект, так как ни одна из партий, не учтенных при распределении мандатов, не достигла результата больше чем 3% поданных голосов. Однако, ситуация выглядит уже иначе, если в основу рассмотрения положить результаты выборов в Бундестаг в 2013 году, на которых две партии достигли результата больше чем 3%, но меньше чем 5% поданных голосов и еще одна партия с результатом в 2,2% поданных голосов была недалеко от достижения трехпроцентного лимита. Это отчетливо демонстрирует, что интенсивность вмешательства в принципы равного избирательного права и равенства возможностей партий значительно меньше при трехпроцентном избирательном барьере, чем при пятипроцентном (28)

б) Устанавливая избирательный барьер в пределах 3%, законодатель движется в пределах принципиально принадлежащей ему свободы действий при оформлении законодательного регулирования (см. BVerfGE 51, 222 <249 и далее>; 82, 322 <338>). Можно согласиться с мнением сената, когда он указывает на то, что разные национальные нормы, регулирующие выборы в Европейский Парламент являются выражением соответствующей традиции государств-участников. Тем не менее, это ничего не меняет в том, чтобы эти различные регулирования ни в коем случае не уступали по своему эффекту действию § 2 абз. 7 Закона о выборах в Европейский Парламент. Учитывая фактические ограничения, можно сделать вывод, что во всех государствах-участниках, за исключением Испании, предпосылкой получения мандата на выборах Европейского Парламента является получение как минимум 3% поданных голосов. В этом плане не вызывает возражений то, что законодатель расценил избирательный барьер в пределах 3% как пригодный для обеспечения работоспособности Европейского парламента.(29)

с) Необходимость регулирования, установленного § 2 абз. 7 Закона о выборах в Европейский Парламент, не может быть опровергнута ссылкой на возможность коррекции национальным законодателем правового регулирования выборов в Европейский Парламент (смотри выше II. 4.). Поскольку такая коррекция может вступить в действие только в следующем избирательном периоде, в текущем избирательном периоде пришлось бы мириться с риском возникновения помех для работоспособности Европейского Парламента. Я уверен, что с точки зрения конституционно-правовой регламентации такого требования не существует. Вместо этого, законодатель должен был бы еще раз проверить норму § 2 абз. 7 Закона о выборах в Европейский Парламент и в случае необходимости внести изменения, если бы оказалось, что прогноз относительно необходимости введения заградительной оговорки в целях обеспечения работоспособности Европейского Парламента был ошибочен (см. BVerfGE 120, 82 <108>; 129, 300 <321 и сл.>; 131, 316 <339>). (30)

Мюллер