

Общественный проект

по созданию

Избирательного кодекса Российской Федерации

Ассоциация некоммерческих организаций «В защиту прав избирателей «ГОЛОС»

109028, Москва, Покровский бульвар, д. 8, стр. 2а. Тел./факс: (495) 234-59-39. Эл.почта: golos@golos.org. Сайт: www.golos.org

Послесловие к дискуссии, прошедшей на «круглом столе»: «Регулирование избирательной системы в Избирательном кодексе» 10 февраля 2009 года

А.Е. Любарев

Часть I. Общие вопросы

1. О целях проекта
2. Об учете Конституции и действующих законов
3. О понятности законопроекта
4. О предложениях по структуре Кодекса
5. Об экстенсивных формулировках, процедурах и инструкциях
6. О смешении подходов
7. О перечислении избирательных систем
8. О выборе избирательной системы
9. О пороге явки
10. О заградительном барьере

Дискуссия была очень содержательной. Она выявила разногласия по ряду вопросов. В заключительном слове у меня не было возможности ответить всем выступавшим, поэтому попробую сделать это в отдельном тексте.

1. О целях проекта

Для меня этот проект имеет не одну, а как минимум три цели – политическую, юридическую и научную.

Политическая цель состоит в том, что проект может стать общим требованием всех демократических сил, знаменем, объединяющим эти силы.

Юридическая цель состоит в том, что этот проект может при определенных благоприятных условиях стать основой российского избирательного законодательства.

Научная цель состоит в том, что проект может стать образцом того, как следует законодательно регулировать выборы и избирательный процесс.

В связи с этим я не могу согласиться с подходом некоторых коллег, которые видят в проекте исключительно политическую цель и потому призывают руководствоваться исключительно политическими соображениями.

2. Об учете Конституции и действующих законов

С учетом юридической цели я ставлю перед собой задачу подготовить такой законопроект, к которому не было бы формальных юридических претензий.

Противоречие подготовленного законопроекта действующим федеральным законам не является препятствием для его принятия. Сложившаяся законодательная практика позволяет принять федеральный закон, противоречащий другим федеральным законам, а затем корректировать эти законы. Более того, по сложившейся судебной практике, федеральный закон, принятый позднее, имеет приоритет по отношению к федеральным законам, принятым ранее.

Противоречие проекта федерального закона действующему федеральному конституционному закону (в данном случае имеется в виду Федеральный конституционный закон «О референдуме Российской Федерации») более серьезно. Однако выход может быть в том, чтобы одновременно подготовить проект федерального конституционного закона о внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О референдуме Российской Федерации» либо проект новой версию этого закона.

А вот противоречие с Конституцией Российской Федерации таким путем не устранить, поскольку процедура внесения изменений в Конституцию более сложная. В связи с этим я не могу согласиться с предложением некоторых коллег писать проект без оглядки на действующую Конституцию.

Данная проблема связана с вопросом о выборах в Совет Федерации. Я, как и многие коллеги, не считаю, что прямые выборы в принципе Совета Федерации противоречат части 2 статьи 95 Конституции РФ. Однако, как я отмечал ранее, любой конкретный вариант выборов либо будет явно противоречить части 2 статьи 95 Конституции РФ, либо в нем будет заложена имитация выборов. Я думаю, что этот тезис понятен, но все же немного его расшифрую.

Я полагаю, что модель избрания Совета Федерации будет явно противоречить положению части 2 статьи 95 Конституции РФ, которое гласит, что в Совет Федерации входят по одному представителю от представительного и исполнительного органов государственной власти субъекта РФ, если данная модель не будет предусматривать участие этих органов или это участие будет чисто декоративным (например, как в предложении, прозвучавшем на «круглом столе» 25 ноября 2008 года: пусть эти органы регистрируют выдвинутые кандидатуры, но без права отклонения).

Если же роль указанных органов будет недекоративной (а это должно предусматривать, как минимум, выдвижение кандидатов данными органами), то непонятно, как можно обеспечить реальную альтернативность в отношении избрания представителя от исполнительного органа. В.Л. Шейнис признал, что не знает, как решить эту проблему, но надеется, что можно найти приемлемый вариант. Я же полагаю, что такой вариант найти не удастся. Если же приемлемый вариант будет найден, можно будет вернуться к этому вопросу.

Что касается выборов губернаторов, то здесь другая проблема. Я против дублирования одних и тех же норм в разных законах и полагаю, что в закон необходимо включать нормы, соответствующие его предмету. Вопрос о том, должны ли губернаторы избираться населением, либо назначаться, либо субъект РФ может сам урегулировать этот вопрос, – это предмет ведения федерального закона об общих принципах организации органов государственной власти субъекта РФ. Но в Избирательном кодексе должен быть урегулирован порядок избрания населением. В связи с этим я включаю в проект Кодекса порядок избрания губернаторов населением, рассчитывая, что в федеральном законе об общих принципах организации органов государственной власти субъекта РФ прямые выборы губернаторов будут предусмотрены как обязательная или хотя бы как факультативная процедура.

3. О понятности законопроекта

Я разделяю пожелание многих коллег о том, что избирательный закон должен быть понятным. Конечно, правы те, кто напоминает, что чтение законов в любом случае требует определенной подготовки. Но недопустима и ситуация, когда закон непонятен даже юристам,

даже специалистам по избирательному праву – а ведь сейчас мы имеем именно такую ситуацию.

Здесь надо отметить еще один аспект. Дело не только в том, что должны быть понятны отдельные нормы. Надо, чтобы в законе можно было легко ориентироваться, находить нужные нормы, видеть связь между различными нормами и т.п.

Я думаю, против этих требований никто не будет возражать. Вопрос лишь в том, как это сделать.

И здесь в первую очередь следует не согласиться с теми, кто призывает сделать Кодекс максимально кратким. Ибо короткий закон – не значит, понятный. Наоборот, когда закон пытаются написать как можно более кратко, он становится и нечитаемым, и плохо воспринимаемым.

По моему мнению, понятность закона должна обеспечиваться с помощью структурных решений и соблюдения требований юридической техники. Это, в частности:

- удобная структура;
- разделение императивных и диспозитивных, материальных и процессуальных, общих и специальных норм;
- не слишком большие по объему статьи;
- отсутствие дублирования норм;
- помещение норм именно в те статьи, главы и разделы, к которым они относятся;
- наличие определений используемых терминов;
- использование понятных формулировок, недопущение слишком длинных фраз, объединения нескольких норм в одном пункте и тем более в одном предложении, замена длинных терминов более короткими.

Иными словами, понятность закона должна обеспечиваться тем, что его применитель (пользователь) должен легко понимать, какие главы и статьи ему надо читать, а какие в данной ситуации читать не нужно.

4. О предложениях по структуре Кодекса

Я с интересом и благодарностью принимаю предложения по усовершенствованию структуры Кодекса. Некоторые из предложений я уже реализовал. К другим я, возможно, еще вернусь по ходу работы над проектом.

В частности, я считаю интересным предложение О.Н. Каюнова, высказанное им 25 ноября 2008 года, о разбиении Кодекса не на две, а на три части: общую, особенную и специальную. Действительно, сейчас в общей части проекта Кодекса есть то, что имеет специальный характер: «Глава 15. Особенности голосования, подсчета голосов и определения результатов выборов при применении различных избирательных систем, технических средств голосования и подсчета голосов» и «Раздел 4. Референдумный процесс». Поэтому я не исключаю их перенесение в отдельную часть.

Что касается предложения О.Н. Каюнова о раздвоении раздела, посвященного референдумному процессу, т.е. выделении из него положений, касающихся особенностей проведения общероссийского референдума и перенесении их в особенную часть, то я пока не вижу в этом необходимости. Я думаю, что особенностей проведения общероссийского референдума будет немного и потому их целесообразнее будет оставить в федеральном конституционном законе. Но прав ли я, будет более ясно тогда, когда мы приступим к работе над разделом «Референдумный процесс».

5. Об экстенсивных формулировках, процедурах и инструкциях

О.Н. Каюнов предлагает использовать в рамочном законе не экстенсивные, а интенсивные формулировки. Иными словами, использовать критерии вместо развернутых описаний.

На первый взгляд, это предложение разумно. Однако при ближайшем рассмотрении такой подход мне представляется неудачным, особенно в российских условиях.

Кстати, в нашем избирательном законодательстве есть по крайней мере один пример интенсивной формулировки. Я имею в виду положение п. 16 ст. 35 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав...»: «При этом минимальный процент голосов

избирателей должен устанавливаться с таким расчетом, чтобы к распределению депутатских мандатов было допущено не менее двух списков кандидатов, получивших в совокупности более 50 процентов голосов избирателей, принявших участие в голосовании». Правда, эта формулировка сама по себе неудачна: вместо «минимальный процент голосов избирателей» здесь следовало написать: «методика допуска списков кандидатов к распределению депутатских мандатов».

Норма эта реально не работает: в ряде регионов не был введен «плавающий барьер» или какой-либо другой механизм, обеспечивающий выполнение указанного критерия. И я думаю, что данная норма не работала бы даже в том случае, если бы она была сформулирована более корректно.

Интенсивные формулировки (формулировки-критерии) плохо работают по той причине, что соответствие или несоответствие конкретных норм регионального закона сформулированному критерию не очевидно большинству законодателей. И они вынуждены верить на слово тому, кто либо сам не умеет определять соответствие норм этому критерию, либо сознательно вводит их в заблуждение. Точно такие же сложности возникают и у суда, когда перед ним ставится вопрос о соответствии регионального закона критерию, сформулированному в федеральном законе.

Наглядно это можно видеть на примере, предложенном О.Н. Каюновым. Он предложил записать в виде требования к методике распределения мандатов, что число мандатов, выделяемых спискам, допущенным к распределению мандатов, должно быть между целой частью (от результата деления числа полученным списком голосов на первое избирательное частное, т.е. квоту Хэйра) и целой частью плюс единица. Этот критерий известен в литературе как «правило квоты».

Из мировой литературы известно, что ни один из методов делителей не удовлетворяет «правилу квоты». Но это факт не является общеизвестным, я полагаю, что о нем знают в России буквально единицы. Поэтому мне легко представить, что и депутаты региональных парламентов, и судьи легко поверят голословным утверждениям (в лучшем случае подкрепленным единичными примерами, которые ничего не доказывают) о том, что метод д'Ондта удовлетворяет «правилу квоты». Ведь судьи даже не знают, кого в этом случае пригласить в качестве эксперта. Сколько в России специалистов, понимающих отличие метода д'Ондта от метода наибольшей средней? В каких институтах и на каких кафедрах их искать?

Если же результат выборов продемонстрирует, что методика, записанная в законе, не удовлетворяет «правилу квоты», то только тогда эта методика будет признана противоречащей федеральному закону, но результат выборов отменен не будет. Прецедент уже есть.

С другой стороны, мы видим, что данный критерий при добросовестном подходе действительно отменяет подавляющую часть методик – все методы делителей и все методы, использующие иную квоту, чем квоту Хэйра. Остаются лишь метод наибольшего частного и несколько методов наибольшей средней. Так не проще ли именно их и записать?

Далее О.Н. Каюнов предлагает не использовать в Избирательном кодексе «язык инструкции». Спор этот довольно давний, мне кажется, что он уже решен жизнью.

Ссылка О.Н. Каюнова на процессуальные кодексы не корректна. Скажем, ГПК содержит много статей, написанных как инструкция, т.е. последовательность шагов. Избирательный кодекс тоже описывает процесс, поэтому в нем неизбежны процессуальные (процедурные) нормы, и их целесообразно писать именно как последовательность шагов.

Отказ от включения норм-инструкций в закон приводит лишь к тому, что эти нормы включаются в подзаконные акты. Но создание подзаконных инструкций целесообразно тогда, когда эти инструкции определяют эффективность работы соответствующих чиновников, но не затрагивают права граждан. Иначе гражданам приходится штудировать не только законы, но и подзаконные акты, и никаких выгод от такого сокращения закона граждане не получают.

6. О смешении подходов

Любопытная мысль прозвучала в выступлении Г.М. Михалевой: «У нас все время смешиваются две логики, два подхода, мы все время думаем о том, как было бы хорошо, если

бы выборы были конкурентными, под это писался, собственно, кодекс, но мы все время вспоминаем, как сейчас, на самом деле, «как сейчас» – это ничего работать не будет». Аналогичную мысль можно найти и в блоге Г.В. Голосова.

Мысль эта возникла при обсуждении голосования «против всех». Применительно к этой проблеме ее можно сформулировать так: если выборы будут конкурентными, голосование «против всех» не будет нужно, если они не конкурентны, то и голосование «против всех» не поможет.

На самом деле нельзя все сводить к двум крайностям. Я думаю, что мы обречены долго находиться в промежуточном состоянии. Конечно, мы уже приблизились вплотную к одной из крайностей, когда выборы перестают быть выборами, и в этих условиях действительно не поможет никакой кодекс. Но даже если мы от этой крайности отодвинемся, мы не скоро сможем иметь стопроцентно свободные и справедливые выборы. И Кодекс нужно писать из расчета на это самое промежуточное состояние.

Но что касается смешения подходов, то оно действительно есть. И его можно заметить в выступлении той же Г.М. Михалевой. Она предлагает одновременно либерализовать закон о политических партиях и не требовать от зарегистрированных партий ни подписи, ни залог. Так мы из одной крайности кинемся в другую. Сейчас у нас возведено два барьера – численность при регистрации партий и подписи (или уже отмененный залог) при регистрации выдвинутых партий кандидатов. Один из барьеров явно лишний. Но убирая оба мы рискуем получить необъятный бюллетень, при котором избирателю будет невозможно сделать осознанный выбор.

7. О перечислении избирательных систем

Ряд коллег выступил с предложением «не впадать в дурную бесконечность» и не перечислять в Кодексе все возможные избирательные системы. Мне кажется, что это предложение связано с недопониманием и с недостаточным знакомством с предложенными для обсуждения [фрагментами проекта Кодекса](#) и [пояснительной запиской к ним](#).

В свое время я предложил классификацию, которая позволяет свести все избирательные системы к небольшому числу классов. В [пояснительной записке](#) перечислены 13 классов и подклассов, охватывающие весь спектр применяемых систем. Из них 3 были отвергнуты по некоторым принципиальным соображениям, еще 3 объединены в один тип из-за большого сходства в юридическом оформлении. Таким образом, в проекте Кодекса перечислены и описаны 8 типов избирательных систем.

Некоторые из предложенных типов имеют несколько разновидностей, которые также могут быть предметом выбора. Допускается также сочетание определенных систем (т.н. «смешанные несвязанные» системы).

При этом, вопреки мнению некоторых коллег, описание избирательных систем не заняло в Кодексе значительное место, не раздуло Кодекс до невероятных размеров.

Было также высказано мнение, что «большинство систем, которые здесь описаны, они реально не применяются, почти нигде, кроме экзотических каких-то маленьких государств». Уточняя: из 8 описанных в проекте типов систем в нашей стране в настоящее время применяются или применялись совсем недавно 5. Из трех остальных – персонализированная смешанная система применяется в Германии, мажоритарно-преференциальная – в Австралии, система единственного передаваемого голоса – в Австралии, Ирландии и на муниципальных выборах в США.

Предложение «тупо написать две-три системы» несерьезно хотя бы из-за большого разнообразия видов выборов. Выборы главы администрации – это одно, а выборы депутатов – другое. Федеральные выборы сильно отличаются от региональных, а муниципальные выборы не одинаковы в городе-миллионере и сельском поселении. Поэтому для разных видов выборов может быть своя оптимальная система. Я уже не говорю о том, что нехорошо запрещать те избирательные системы, которые уже были использованы на российских выборах.

Возможно, мои оппоненты неявно выступают главным образом против внедрения преференциальных систем (мажоритарно-преференциальной системы и системы единственного передаваемого голоса). Конечно, можно от них отказаться, сказав, что наш избиратель пока к

этому не готов, наши избирательные комиссии к этому не готовы и т.п. Однако, как я уже отмечал, наш проект имеет и научное значение и, кроме того, он рассчитан не столько на сиюминутное внедрение, сколько на перспективу. И в этой связи я считаю чрезвычайно важным показать, что эти системы могут быть описаны, что для их внедрения нет никаких серьезных юридико-технических препятствий.

Что касается существа преференциальных систем, то их достоинства хорошо известны из мировой литературы, и многие эксперты считают эти системы оптимальными с точки зрения выражения позиции избирателей. Поэтому категорический отказ от их использования не разумен, если мы думаем не только о том, как вернуть в нашу практику мало-мальски конкурентные выборы (а это все равно решается не путем принятия нового Избирательного кодекса), но и о дальнейшем развитии демократии в стране.

Так, одним из достоинств системы единственного передаваемого голоса является ее способность обеспечивать пропорциональность представительства не только по политическому признаку, но и по другим признакам, важным для избирателей, в частности, по этническому. На «круглом столе» неоднократно звучали предложения сохранить в Кодексе право регионов вводить этнические квоты. Я могу согласиться, что такие квоты не противоречат международным стандартам и допустимы в определенных условиях. В то же время я не считаю их оптимальным решением проблемы. И с этой точки зрения система единственного передаваемого голоса может рассматриваться как альтернатива этническим квотам.

8. О выборе избирательной системы

В.Л. Шейнис очень удачно сформулировал принцип, заложенный в концепции Кодекса: свобода выбора, а не свобода творчества.

Действительно, опыт показывает, что «свобода творчества» регионального законодателя редко идет на пользу избирателям: придумать удачную дополнительную гарантию избирательных прав не так легко, зато создание нормы, которая приведет к ущемлению избирательных прав, большого интеллектуального труда не требует. Их и создают повсеместно, иногда по глупости, иногда (пожалуй, чаще) с вполне осознанным умыслом.

Свобода выбора, заложенная в проекте Кодекса, предполагает, что региональный законодатель свободно выбирает из нескольких вариантов, хорошо проработанных федеральным законодателем.

Такой подход решает и ряд других проблем. Ю.А. Дмитриев обратил внимание на то, что регионы обычно переписывают нормативные акты друг у друга. Он привел пример регулирования митингов и демонстраций. Можно привести аналогичные примеры и в отношении законов о выборах. Правда, здесь чаще регионы переписывали нормы из федеральных законов о выборах депутатов Государственной Думы и Президента, иногда бездумно копируя то, что для региональных выборов не подходило.

Но при нашем подходе потребность в копировании если не исчезнет, то будет сведена к минимуму. Региональному законодателю не нужно будет подробно прописывать процедуры, «изобретать велосипед». Его задача – просто выбрать готовые модели.

То же самое касается и муниципальных выборов. Проект Кодекса не предполагает, что муниципальные депутаты «смогут сами для себя создать систему». Их задача – только выбрать систему из набора предложенных, и я думаю, что с этой задачей они вполне справятся. Поэтому я в проекте Кодекса оставляю выбор избирательной системы для муниципальных выборов за самими муниципальными образованияами, а не передаю решение этого вопроса на региональный уровень.

9. О пороге явки

Я с удовлетворением отмечаю, что предложение не восстанавливать порог явки (при условии восстановления голосования «против всех») получило поддержку многих участников «круглого стола». В то же время нельзя игнорировать доводы некоторых коллег о том, что отсутствие порога явки позволяет проводить выборы так, чтобы большинство избирателей о них не знали.

Я полагаю, что проблема эта может быть решена и без восстановления порога явки. Конечно, нельзя с органов власти и избирательных комиссий снимать обязанность по информированию избирателей. Но все же главное, на мой взгляд, что влияет на явку, – это наличие конкуренции и возможность кандидатам и партиям доносить свои позиции, свои агитационные материалы до избирателей. Если это будет обеспечено, избиратель будет знать о том, что проходят выборы.

10. О заградительном барьере

Я согласен с теми коллегами, которые говорят, что наличие заградительного барьера и его величина должны быть обоснованы. На мой взгляд, такое обоснование есть.

Некоторые коллеги не совсем корректно интерпретируют наличие барьера как то, что избирательные комиссии решают, кого допустить в парламент. Избирательные комиссии решают это на основании закона, у них никакой возможности для произвола тут нет. Что касается парламента, который устанавливает барьер в законе, то он, на мой взгляд, вправе позаботиться о своей работоспособности.

В качестве примера приводились Португалия, где никакого барьера нет, и Израиль, где барьер составляет всего 2%. Но, во-первых, там парламенты существенно меньше Государственной Думы, особенно в Израиле. Во-вторых, Португалия чуть ли не единственная из крупных демократических стран, не имеющая заградительного барьера. Что касается Израиля, то, на мой взгляд, там барьер занижен, и они от этого страдают. Увеличение же барьера встречает сопротивление тех партий, которые прошли в Кнессет благодаря низкому барьеру. Тем не менее, барьер там постепенно повышается: еще не так давно он составлял 1%, а теперь 2%.

С другой стороны, барьер выше 5% не применяется в демократических странах и не должен допускаться на российских выборах. По моему мнению, при выборах депутатов Государственной Думы по смешанной системе оптимальная величина барьера лежит в интервале 3–5%, и именно в этих пределах стоит вести дискуссию.