

УДК/UDC 342.37

## Великобритания: королевская прерогатива

Томас Пул

старший преподаватель

Лондонская школа экономики и политических наук

г. Лондон, Великобритания

e-mail: t.m.poole@lse.ac.uk

## United Kingdom: the Royal Prerogative

Thomas Poole

senior lecturer

London School of Economics & Political Science

London, United Kingdom

e-mail: t.m.poole@lse.ac.uk

**Перевод:** И. В. Григоращенко

**Translated by:** I. V. Grigorashchenko

**Первоначальная публикация (original publication):** Poole, Thomas (2010)

United Kingdom: the royal prerogative. *International Journal of Constitutional Law*, 8 (1). pp. 146–155. EISSN: 1474-2659. DOI: <http://dx.doi.org/10.1093/icon/mop038>

*Исполнительная власть — королевская прерогатива — Палата лордов поддерживает решение правительства не репатриировать жителей архипелага Чагос. — Дело «Королева (по заявлению Бэнкоулта) против министра иностранных дел и по делам Содружества», или «Бэнкоулт (№ 2)». (Луис Оливье Бэнкоулт — руководитель Комитета по социальным делам Чагоса. — Прим. ред.)*

В последнее время внимание правового мира обращено к вопросу об исполнительных полномочиях. Важной опорной точкой таких полномочий в Конституции Великобритании (хотя и гораздо более важной в прошлом, нежели сейчас) является королевская прерогатива. Королевская прерогатива сохраняет за монархом ряд полномочий, оставшихся с

тех времен, когда он был непосредственно вовлечен в управление государством. В настоящее время эти полномочия включают в себя заключение договоров, объявление войны, развертывание вооруженных сил, регулирование государственной службы и предоставление помилований. Прерогативные полномочия в настоящее время осуществляются министрами или же лично самим монархом — почти во всех возможных случаях это происходит под руководством министров<sup>1</sup>. Определяющая характеристика прерогативы состоит в том, что ее осуществление не требует одобрения парламента. За исключением этого сухого изложения сути королевской прерогативы, среди ученых практически нет согласия как относительно определения самого этого понятия<sup>2</sup> — такие два гиганта изучения английского публичного права, как У. Блэкстоун и А. В. Дайси, высказали противоречивые мнения на этот счет<sup>3</sup>, — так и даже относительно точного объема оставшихся в настоящее время полномочий<sup>4</sup>.

Можно было бы с уверенностью назвать королевскую прерогативу конституционным анархизмом (в какой-то мере она, безусловно, таковой и является), если бы не тот факт, что она во многом работает так же, как и остальная часть ветхой Конституции Великобритании. На самом деле, с ее историчностью, с ее монархической формой, с расхождением между ее исполнением в прошлом и настоящем, а также с учетом тон-

---

<sup>1</sup>Существуют также так называемые «личные прерогативы», которые осуществляет сам монарх. К ним относятся полномочия назначать премьер-министра, распускать парламент и давать королевскую санкцию законодательству. Все эти полномочия закреплены конституционными конвенциями. После, изначально объявляя о планах радикальной реформы прерогативы («Зеленая книга правительства Великобритании», июль 2007 г.), правительство приняло решение провести лишь небольшую часть работы по исправлению конституционных реформ и управления (в настоящее время перед Палатой общин). См.: Ministry of Justice, Review of the Executive Royal Prerogative: Final Report (15 October 2009).

<sup>2</sup>См.: Sebastian Payne, *The Royal Prerogative // The Nature of the Crown: a Legal and Political Analysis* / Sunkin & Sebastian Payne, eds. Oxford University Press, 1999). «Нет единого принятого определения королевской прерогативы. По-видимому, различные определения противоречат друг другу» (стр. 78).

<sup>3</sup>Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), P. 424 (10th ed., 1959) («Остаток дискреционной или произвольной власти, который в любой момент времени на законных основаниях остается в руках короны»); William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Bk. I, Ch. 7 (1765) («Из этого следует, что она должна быть по своей природе единственной и эксцентричной, что она может быть применена только к тем правам и возможностям, которыми обладает только король, в отличие от других, а не к тем, которые у него общи с кем-либо из его подданных»).

<sup>4</sup>См., напр.: Basil S. Markesinis, *The Royal Prerogative Revisited // Cambridge Law Journal*. 1973. Vol. 32. P. 287.

кости применяемых к ней (формальных) правовых норм, прерогативу можно было бы даже назвать самой сущностью Конституции Великобритании. Вот причина того, что в этом уголке британского публичного права практически невозможно избежать, по излюбленному выражению судей, разбирающих связанные с прерогативой дела, «бряцанья средневековых цепей призраков прошлого»<sup>5</sup>.

Однако даже исторически сложилось так, что прерогатива вызывает много споров, в отличие от, скажем, принципа парламентского суверенитета. Королевская прерогатива была в центре конституционных кризисов семнадцатого века<sup>6</sup> — революционного периода в британской политике, который завершился тем, что парламент пригласил короля занять престол, но в то же время король должен был отказаться от значительной части своей власти. Основы современной конституции проистекают из этого соглашения; данное Локком понятие о прерогативе как легитимной, но исключительной власти, в конечном счете находящейся под контролем парламента, вынудило монархистов и республиканцев, выступающих против прерогативы, оставить свои позиции<sup>7</sup>. Тем не менее идея прерогативы как «белой вороны конституционного уклада» — то есть как формы, слабо соответствующей первичным конституционным ценностям (верховенство парламента и верховенство закона)<sup>8</sup>, а также являющейся по своей сути ненадежным источником власти — была неотделима от британского конституционного мышления начиная, по крайней мере, с того времени. Это чувство недоверия становилось все глубже на протяжении столетий, когда идея британского государства как парламентской демократии укреплялась. И не зря: прерогатива далека от современного архетипа легитимного законотворчества, который в британском государственном строе представлен актом парламента со всеми сопутствующими

---

<sup>5</sup>См. следующие дела: *United Australia Ltd. v. Barclays Bank Ltd.*, (1941) A.C. 1, 29 (L. Atkin); *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, (1985) A.C. 374, 417 (L. Roskill); *R (Bancoult) v. Sec'y of State for Foreign & Commonwealth Affairs*, (2001) 2 W.L.R. 1219, [158] (L. Hooper).

<sup>6</sup>Glenn Burgess, *The Politics of the Ancient Constitution* (Penn. State Press, 1993).

<sup>7</sup>Подробнее насчет понятия Локка о прерогативе см.: Thomas Poole, *Constitutional Exceptionalism and the Common Law* // *International Journal of Constitutional Law*. 2009. Vol. 7. P. 247.

<sup>8</sup>См., традиционно, Dicey, *supra* note 2.

ему процессуальными и формальными ограничениями.

Верховному суду Великобритании, Палате лордов, не так давно было предложено рассмотреть дело об ограничении полномочий прерогативы: «Королева (по заявлению Бэнкоулта) против министра иностранных дел и по делам Содружества», или «Бэнкоулт (№ 2)»<sup>9</sup>. Данное дело касалось решений, принятых после высылки в конце 1960-х — начале 1970-х годов местного населения с архипелага Чагос, располагающегося в Индийском океане, с целью разместить там военную базу США. Целый ряд решений был достигнут с помощью полномочий, заложенных в прерогативе, которая на протяжении веков являлась важным инструментом колониального управления<sup>10</sup>. Это означало не только то, что суды должны были вновь вернуться к конституционному прошлому, чтобы сформировать нынешнюю конституционную обстановку. Им также пришлось столкнуться с грязной реальностью политики (пост)имперской власти и ее современного эквивалента — политики безопасности. Это важный случай, и довольно интересный, если не брать во внимание его ограниченность. Но, что любопытно, хотя дело касалось, как многие могли бы посчитать, одно из основных прав человека — право не быть высланным со своей родины, в практическом плане дело не имело никакого смысла, поскольку все стороны признавали, что не было никакой перспективы возвращения населения на указанные острова. Прежде чем перейти к рассмотрению самого дела, нам нужно прежде всего обратиться к тому, как суды относились к прерогативе в прошлом.

## 1. Правовой контроль над прерогативой

Судебные дела начала семнадцатого века установили, что хотя суды могут определять наличие и объем полномочий прерогативы, они не могут подвергать сомнению или пересматривать способ ее осуществления<sup>11</sup>. Суды также установили принцип, согласно которому, если суще-

---

<sup>9</sup>(2008) UKHL 61.

<sup>10</sup>См., напр.: *Campbell v, Hall*, (1774) 1 Cowp. 204.

<sup>11</sup>*Prohibitions del Roy* (1607) 12 CO. REP. 63; *Case of Proclamations* (1611) 12 CO. REP. 74, 76 («У короля нет прерогативы, но есть то, что позволяет ему закон страны»).

ствуют полномочия по закону, охватывающие ту же самую область, что и полномочия прерогативы, то правительство, как правило, не может свободно выбирать между ними и должно действовать в соответствии с законом<sup>12</sup>. Причины сдержанности судов в отношении к прерогативе связаны с взаимоотношениями прерогативы с идеей «короны» — расплывчатой, но структурно центральной концепцией публичного права Великобритании, которую склонны использовать, по выражению историка Конституции Ф. У. Мейтленда, как «удобное прикрытие невежества», которое «спасает нас от постановки сложных вопросов»<sup>13</sup>. В прошлом суды имели склонность действовать с особой сдержанностью, когда речь заходила о пересмотре правовых актов, принятых от имени короны, даже когда эти акты были явно приняты исполнительной властью (или от ее имени)<sup>14</sup>.

Такой ограниченный подход к рассмотрению прерогативы сохранялся до середины 1980-х годов, когда в деле о Центре правительственной связи (полное название дела: «Совет союзов государственных служащих против министра по делам государственной службы». — Прим. ред.), наложившем отпечаток на дальнейшие дела такого рода, Палата лордов постановила, что распоряжение, отданное согласно правительственному декрету, так называемому «королевскому указу в совете» (основная форма прерогативного законодательства), может в принципе являться предметом судебного надзора<sup>15</sup>. Дело затрагивало одностороннее решение Маргарет Тэтчер (которая в качестве премьер-министра была также министром по делам государственной службы) отказать в член-

---

<sup>12</sup>*Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel Ltd.*, (1920) A.C. 508. См. также высказывание лорда Диплока по делу *BBC v. Johns* (1965), гл. 32, 79, где говорится, что «прошло уже 350 лет и одна гражданская война: уже слишком поздно для того, чтобы королевские суды могли расширить прерогативу». См. также *R v. Sec'y of State for the Home Department, ex p Fire Brigades Union*, (1995) 2 A.C. 513 (правительство не должно полагаться на прерогативу для введения схемы компенсации для жертв преступлений, если установленная законом схема уже существует). Ср.: *R v. Sec'y of State for the Home Department, ex p Northumbria Police Authority*, (1989) Q.B. 26 (где Апелляционный суд «обнаружил» прерогативу защиты королевства и его подданных).

<sup>13</sup>Frederic William Maitland, *The Constitutional History of England* / H.A.L. Fisher ed. Cambridge University Press, 1980. P. 418.

<sup>14</sup>Martin Loughlin, *The State, the Crown and the Law // The Nature of the Crown*. P. 33, *supra* note 1.

<sup>15</sup>*Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, (1985) A.C. 374.

стве в профсоюзе Центру правительственной связи, ответственному за военную и радиоэлектронную разведку. «Закон, касающийся судебного надзора, в настоящее время достиг своей цели, — сказал один из судей по данному делу. — Если предмет, в отношении которого осуществляется полномочие, данное прерогативой, может быть рассмотрен в суде, то осуществление полномочий будет подчиняться стандартным принципам публичного права»<sup>16</sup>. Хотя дело о Центре правительственной связи и стало важным благодаря его «модернизирующему» воздействию, оно также было осложнено в двух существенных аспектах<sup>17</sup>. Во-первых, лорды-судьи не разрешили, в частности, вопрос о том, является ли сама прерогатива — в отличие от вторичных полномочий, полученных в результате осуществления прерогативы, — подлежащей судебному надзору в соответствии с нормативными принципами. Во-вторых, принимая ввиду требований национальной безопасности решение о том, что законное ожидание истцов отменяется еще до принятия решения по делу, суд подал пример, которому стали следовать в большинстве (если не во всех)<sup>18</sup> последующих дел о прерогативе<sup>19</sup>. Действительно, суд в этом деле изо всех сил пытался выявить области прерогативой законотворческой деятельности, которые, по всей вероятности, не могли быть рассмотрены в суде. Лорд Роскилл составил список «исключенных категорий» — сфер деятельности, не подлежащих судебному надзору. В их числе были и прерогативные полномочия, «связанные с заключением соглашений, защиты королевства, прерогативой милосердия, награждений почетными званиями и знаками отличий, роспуском парламента и назначением министров»<sup>20</sup>. Теперь прерогативу можно было для целей судебного надзора принципиально классифицировать как нормативный второстепенный источник права; однако на практике суды, как правило, все еще склон-

---

<sup>16</sup>Там же, 387 (L. Scarman).

<sup>17</sup>См.: Clive Walker, *Review of the Prerogative: The Remaining Issues* // Public Law. 1987. P. 62.

<sup>18</sup>См., напр.: *R v. Sec'y of State for Home Department, ex p Bentley*, (1994) Q.B. 349 (пересмотр прерогативы помилования).

<sup>19</sup>См., напр.: *R v. Sec'y of State for Foreign & Commonwealth Affairs, ex p Rees-Mogg* (1994) Q.B. 552; *R (Abbasi) v. Sec'y of State for Foreign & Commonwealth Affairs*, (2002) EWCA Civ. 1598.

<sup>20</sup>*Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, (1985) A.C. 374, 418.

ны подходить к прерогативе с осторожностью, граничащей с открытым почтением.

## 2. Острова в буре

Архипелаг Чагос включает в себя группу из семи атоллов и около шестидесяти островов в центре Индийского океана, ровно посередине между Танзанией и Явой. Первыми жителями островов были прокаженные с Иль-де-Франс (нынешний Маврикий), привезенные туда во второй половине восемнадцатого века. За ними вскоре последовали рабочие из Африки и южной части Индии, привезенные на кокосовые плантации, созданные французами. Эти острова вместе с Маврикием были переданы Великобритании после поражения Наполеона в 1814 году. В 1965 году архипелаг был сначала отделен от Маврикия, а затем стал отдельной заморской территорией, известной как Британская территория в Индийском океане (БТИО). Это было сделано для облегчения развертывания военной базы США на главном острове архипелага — Диего-Гарсии. Это преобразование было осуществлено указом о Британской территории в Индийском океане 1965 года (то есть королевской прерогативой). Все население (известное как чагосцы или илуа) было перевезено на Маврикий. Это было достигнуто постановлением об иммиграции 1971 года, изданным комиссаром БТИО в соответствии с полномочиями, содержащимися в указе 1965 года, которые позволили комиссару (как гласит стандартная формулировка для управления колониями) «принимать законы ради мира, порядка и должного управления территорией». Затем был заключен договор между США и Великобританией, посредством которого остров Диего-Гарсия был передан в аренду американским военным.

Ряд дел по вопросам, касающимся выселения чагосцев, рассматривался в британских судах еще до недавнего решения по делу «Бэнкоулт (№ 2)». В 2000 году Высокий суд, рассматривая дело «Бэнкоулт (№ 1)», пришел к выводу о незаконности соответствующей части постановления об иммиграции 1971 года на том основании, что право издавать зако-

ны для «мира, порядка и должного управления» на данной территории хоть и может трактоваться широко, но не включает в себя полномочия изгонять людей с их родины<sup>21</sup>. Как сформулировали лорды-судьи, жителями островов «нуждаются в управлении, а не в переселении»<sup>22</sup>. (Апелляционный суд впоследствии постановил, что это незаконное поведение не влечет за собой ответственности за ущерб, и утвердил комплекс мер по урегулированию, согласованный представителями Великобритании и Чагоса в 1982 году<sup>23</sup>.) Правительство ответило на первое судебное решение, опубликовав заявление для прессы, гласящее, что правительство не будет оспаривать это решение и впредь позволит жителям вернуться на внешние острова архипелага, но не на Диего-Гарсию. (Это было достигнуто путем принятия в 2000 году нового постановления об иммиграции.) Техничко-экономическое обоснование, которое уже было подготовлено для изучения возможности переселения, было окончено в 2002 году, и в нем резюмировалось, что в то время как переселение может быть осуществимым в краткосрочной перспективе при значительных финансовых вложениях со стороны правительства Великобритании, глобальное потепление делает архипелаг необитаемым в более долгосрочной перспективе.

В свете данных выводов правительство приняло решение не поддерживать переселение. Правительство США также сообщило о своей обеспокоенности тем, что новое заселение островов Чагос может скомпрометировать называемую уникальной безопасностью Диего-Гарсии. Указ о БТИО был отменен, и в июне 2004 года был принят новый указ о Конституции. В то же время был принят еще один правительственный декрет (указ об иммиграции). Эти положения восстановили полный иммиграционный контроль, но на этот раз, чтобы «законодательно обосновать» решение, принятое по делу «Бэнкоулт (№ 1)», посредством ис-

---

<sup>21</sup>R (Bancoult) v Sec'y of State for Foreign & Commonwealth Affairs, (2001) Q.B. 1067. Анализ этого дела см.: Stephanie Palmer, They Made a Dessert and Called it Peace: Banishment and the Royal Prerogative // Cambridge Law Journal. 2001. Vol. 60. P. 234.

<sup>22</sup>R (Bancoult), (2001) QB 1067, [57].

<sup>23</sup>Chagos Islanders v. Attorney General, (2004) EWCA Civ 997.



пользования первичного, а не вторичного прерогативного законодательства<sup>24</sup>. Истцы по делу «Бэнкоулт (№ 2)» оспаривали законность новых процедур, в частности раздел 9 указа о Конституции, в котором предусматривалось: а) что никто не имеет права проживать в БТИО; б) никто не имеет права на въезд в БТИО без разрешения. Это оспаривание прошло успешно как в Высоком суде, так и в Апелляционном суде, причем последний постановил, что данные указы равносильны злоупотреблению властью, поскольку указы лишили жителей островов права вернуться на родину по причинам, не связанным с их интересами<sup>25</sup>. Правительство подало апелляцию в Палату лордов.

### 3. Дело «Бэнкоулт (№ 2)» в Палате лордов

Палате лордов предстояло решить два вопроса. Первым был общий вопрос о пересмотре прерогативного законодательства. Вспомним, что в деле о Центре правительственной связи было решено, что исполнительные меры, принятые в соответствии с прерогативой, подчиняются обычным принципам пересмотра. Был оставлен открытым вопрос, относится ли это и к самой прерогативе. Судьи сошлись на том, что хотя прерогативные правительственные декреты являются одним из видов первичного законодательства, из этого не следует, что они разделяют все характеристики актов парламента (которые не подчиняются обычным принципам судебного пересмотра)<sup>26</sup>. По их словам, уникальные права, которыми пользуется акт парламента, вытекают из его представительного характера. Осуществление прерогативы лишено такого качества —

---

<sup>24</sup>Для дальнейшего комментария см.: Stephen Allen, *International Law and the Resettlement of the (Outer) Chagos Islands* // *Human Rights Law Review*. 2008. Vol. 8. P. 683.

<sup>25</sup>*R (Bancoult) v. Sec'y of State for Foreign & Commonwealth Affairs (No. 2)*, (2007) EWCA Civ. 498. Анализ этого дела см.: Richard Moules, *Judicial Review of Prerogative Orders in Council: Recognising the Constitutional Reality of Executive Legislation* // *Cambridge Law Journal*. 2008. Vol. 67. P. 12.

<sup>26</sup>См., напр.: *British Railways Board v. Pickin*, (1974) A.C. 765. Акт парламента может быть «отменен», если он противоречит законодательству ЕС. См.: *R v. Sec'y of State for Transport (No. 2)*, (1991) 1 A.C. 603. В соответствии с разд. 4 Акта о правах человека 1998 г., суды могут издавать декларацию о несовместимости в отношении положений акта парламента, несовместимых с Европейской конвенцией о правах человека. Такая декларация не влияет на действие или постоянную эффективность рассматриваемого положения (положений). См., напр.: *A v. Sec'y of State for the Home Dep't*, (2004) UKHL 56.

хотя оно и законодательно по своей сути, но все же это осуществление исполнительной власти в одиночку. Таким образом, суд «не видит причин, по которым прерогативное законодательство не должно подвергаться пересмотру на обычных принципах законности, рациональности и процедурной неприкосновенности таким же образом, как и любое другое исполнительное действие»<sup>27</sup>.

Второй вопрос касался законности этого конкретного осуществления прерогативных законодательных полномочий. Мнения судей по этому вопросу разделились (три к двум), большинство пришло к выводу, что указы 2004 года не были незаконными. Большинство посчитало, что фраза «мир, порядок и должное управление» должна пониматься как относящаяся к управлению всеми землями короны, а не только к тем, кто проживает (или раньше проживал) в БТИО. Эти слова всегда полагались «подходящими для того, чтобы предоставлять широкие законодательные полномочия»<sup>28</sup>. Также было вынесено решение, что осуществление этих полномочий по существу должно рассматриваться правительством и парламентом, а не судом. Эта позиция была выражена по-разному. Лорд Хоффманн заявил, что этот вопрос находится в «макрополитическом поле», и, таким образом, «в частности в компетенции исполнительной власти»<sup>29</sup>. Лорд Роджер заявил, что речь идет о «политическом, а не судебном» вопросе<sup>30</sup>. Лорд Карсуэлл говорил о «правиле воздержания», однако назвал «отвратительным» то, что суд может рассматривать положения, о которых идет речь в деле: суду следует избегать вмешательства, поскольку оспаривание фактически связано с «тем, что по своей сути является политическим суждением»<sup>31</sup>. Лорды Карсуэлл и Роджер также посчитали, что Акт о действительности колониальных законов 1865 года предотвращает судебный контроль на том основании, что в 1865 году парламент просто не мог и предположить, что может быть издан прави-

<sup>27</sup>R (Bancoult) (No. 2), (2008) UKHL 61, [35] (L. Hoffmann).

<sup>28</sup>Там же, [50].

<sup>29</sup>Там же, [58].

<sup>30</sup>Там же, [109].

<sup>31</sup>Там же, [130].

тельственный декрет, защищающий интересы колонии в английском суде на принципах судебного надзора<sup>32</sup>. Большинство также посчитало, что у чагосцев не было оправданных ожиданий, вытекающих из заявления для прессы после дела «Бэнкоулт (№ 1)», которое давало им право на переселение.

Лорды Бингем и Манс, хотя и не сходились во мнениях, утверждали, что английские суды обладают неотъемлемыми полномочиями ограничивать сферу прерогативной власти в отношении управления колониями<sup>33</sup>. Они полагали, что нет такой прерогативой власти, которая могла бы изгонять население: «Взаимные обязанности лояльности и защиты... обычно не могут быть выполнены путем изгнания гражданина с его родины и отказе ему в ней»<sup>34</sup>. Право на проживание является основополагающим «и, в неформальном смысле, в котором этот термин непременно используется в контексте Соединенного Королевства, конституционным» правом, признанным таковым со времен Великой хартии вольностей<sup>35</sup>. Невозможно допустить разграничение между британскими гражданами и лицами, чьи дома находятся на территориях бывших колоний. Кроме того, понятие «мир, порядок и должное управление» означает власть, «направленную на обеспечение надлежащего управления территорией — по крайней мере среди прочего — во благо населяющих ее людей. Конституция, изгоняющая жителей со своей территории, противоречит сама себе»<sup>36</sup>. Поступок правительства, по словам лорда Манса, обрушившегося с критикой,

рассматривает БТИО и прерогативные полномочия издавать конституционные или иные относящиеся к БТИО законы так, как будто речь идет не более чем о голой земле, как если бы люди, населяющие БТИО, были всего лишь незначительным неудобством (фраза, которая отражает дух некоторых внутренних меморандумов правительства в 1960-х годах), подлежащих произвольному лишению свободы по любой причине, кото-

---

<sup>32</sup>Позиция, в значительной степени опиравшаяся на работу John Finnis, *Common Law Constraints: Whose Common Good Counts?* // University of Oxford Law Faculty Legal Studies Research Paper Series. Working Paper No. 10/2008. March 2008).

<sup>33</sup>См.: *Campbell v Hall*, (1774) 1 Cowp. 204.

<sup>34</sup>R (*Bancoult*) (No. 2), (2008) UKHL 61, [70] (L. Bingham).

<sup>35</sup>В разделе 29 этого документа предусматривается, что «ни один свободный гражданин не должен быть... изгнан... за исключением законного решения пэров или согласно закону страны».

<sup>36</sup>R (*Bancoult*) (No. 2), (2008) UKHL 61, [157] (L. Mance).

рая может показаться исполнительной власти соответствующей интересам Соединенного Королевства<sup>37</sup>.

#### 4. Прерогатива: *arcana imperii*?

Конечно, лорд Манс прав. Мало кто отрицал бы склонность лорда Роджера характеризовать отношение Великобритании к чагосийцам в начале 1970-х годов как «позорное». В этом отношении можно отметить отказ министерства иностранных дел — во внутренних меморандумах, упомянутых лордом Мансом в только что цитируемом отрывке — признать существование коренного населения на архипелаге Чагос. Здесь имеет место впечатляющая параллель с понятием *ofterra nullius*, согласно которому права и интересы коренных народов игнорируются и, таким образом, отрицаются в колониальном прошлом<sup>38</sup>. Лорд Хоффманн упомянул «законную видимость», разработанную, по крайней мере отчасти, для того, чтобы избежать возможных юридических обязательств, вытекающих из Устава ООН, перед жителями самоуправляющейся территории<sup>39</sup>. Эта сторона дела стала частью более широкого аспекта «нас против них» (или «мы, народ, против них, других»), который в значительной степени был предметом дискуссий, хотя и был упомянут лишь судьями, составившими меньшинство.

Помимо того, что лорды-судьи осудили изгнание чагосцев — «первородный грех» правительства Великобритании, — они также признали, что в данном случае право на проживание будет неосуществимо на практике. Тем не менее имелись разногласия относительно того, что влечет за собой эта ситуация. В ходе громкого судебного разбирательства лорд Хоффманн раскритиковал чагосцев за то, что они возбудили дело. По его словам, это действие было попыткой провести политическую кампанию иными средствами — «еще одним шагом в рамках кампании по обеспечению финансируемого переселения». «Сугубо символический»

---

<sup>37</sup>R (Bancoult) (No. 2), (2008) UKHL 61, [157].

<sup>38</sup>См., напр.: Henry Reynolds, *The Law of the Land* (Penguin, 1987).

<sup>39</sup>См. также Stephen Allen, *Looking Beyond the Bancoult Cases: International Law and the Prospect of Resettling the Chagos Islands* // *Human Rights Law Review*. 2007. Vol. 7. P. 441.

характер судебного процесса, таким образом, подкреплял его убеждение, что это дело лежало в плоскости политики, а не юриспруденции. Большинство судей, напротив, посчитало, что невозможность осуществления права дает все основания его отстаивать, поскольку решение в пользу жителей островов почти не имело бы прямых или финансовых последствий. «Нет никаких сомнений, что это право имело неосязаемую ценность, и чем меньше его практическая ценность, тем меньше оснований отнимать его»<sup>40</sup>.

Решение Палаты лордов было встречено с ужасом большинством обозревателей<sup>41</sup>. Несложно понять почему. С чагосцами обошлись очень дурно, вынудив их покинуть свои дома; и резкий поворот правительства после дела «Бэнкоулт (№ 1)» только усугубил ситуацию. Но несмотря на все это, дело не было юридически однозначным. Один усложняющий фактор заключается в том, что вопрос, который конкретно обсуждался в ходе дела — речь о деле «Бэнкоулт (№ 1)», — это не изначальный акт переселения, а сдвиг в политике 2004 года. Можно считать эти два решения просто двумя точками на континууме суровых актов, охватывающих четыре десятилетия. Или же можно подойти к этим двум решениям по отдельности, но необходимо понимать, что более ранний акт («первородный грех») неизбежно влияет на более поздний. Именно так большинство членов Палаты лордов подошли к делу, и не сразу становится очевидно, что они ошибались. В этом контексте признать решение 2004 года ошибочным становится несколько труднее, хотя и не невозможно, так как правительство в принципе должно иметь право менять свое решение, даже (а может быть, и в особенности) решения такого масштаба. (Этот момент непосредственно относится к выводу меньшинства судей о том, что у жителей островов есть законное ожидание репатриации — результат, который потряс бы специалистов по административному праву во всем мире общего права.)

---

<sup>40</sup>R (Bancoult) (No. 2), (2008) UKHL 61, [82] (L. Bingham). См. также: там же, [138] (L. Mance).

<sup>41</sup>См., напр.: Mark Elliott & Amanda Perreau-Saussine, *Pyrrhic Public Law: Bancoult and the Sources, Status and Content of Common Law Limitations on Prerogative Powers* // *Modern Law Review*. 2009. Vol. 72. P. 697.

Толкование «мира, порядка и должного управления», клише имперской эпохи, также становится более сложным, чем полагают некоторые критики решения. Было бы почти невероятно представить, что в колониальном контексте, где эта фраза и должна возыметь действие, она не окажется понятой (по крайней мере, в критической ситуации) как относящейся к общему благу Соединенного Королевства и всех его зависимых территорий в целом<sup>42</sup>. Это первоначальное значение понятия не обязательно должно стать решающим в деле. Тем не менее оно показывает, что основное различие между мнением большинства и меньшинства судей заключается в их отношении к истории — или, вернее, к различным поворотам исторического значения, рассматриваемого в деле, затрагивающем общее право, имперское законотворчество и прерогативу. Действительно, споры насчет истории — это, пожалуй, самая интригующая особенность дела. Большинство склонно принимать историю в некотором роде за чистую монету. Независимо от того, нравится ли нам, как наши предшественники вели свои дела, или нет, обязанность судьи состоит в том, чтобы применять закон в его нынешнем виде. Это обязанность, которая включает в себя соблюдение правовых механизмов, направленных на структурирование систем, которые больше не имеют особого (нормативного) смысла. Суждения меньшинства отражают другое восприятие, которое характеризуется явным отвращением к имперским взглядам (и соответствующим нормативным предпосылкам), в соответствии с которыми было принято первоначальное решение о выселении чагосцев. Там, где мы теперь видим безнравственность рассматриваемой исторической практики, намекают эти судьи, или где старые принципы больше не соответствуют современным конституционным и моральным стандартам, почему мы должны следовать им? Конечно, задача суда заключается в том, чтобы переработать такие вещи, как неоимперские тексты и устаревшие юридические отношения к прерогативе, чтобы устранить очевидные проявления несправедливости и оправдать современную концепцию

---

<sup>42</sup>См.: Finnis, *supra* note 31.

верховенства закона<sup>43</sup>.

Политика безопасности, повторяющийся троп в рамках современного публичного права, — это еще один аспект, усложняющий дело, который имеет явный оттенок эпохи после событий 11 сентября. Правительство защищало свою новую политику в частности путем развертывания аргументов, касающихся соображений национальной безопасности и борьбы с терроризмом. В заявлении парламенту о смене политики ответственный за это министр заявил, что «развитие ситуации в области международной безопасности», произошедшее со времен дела «Бэнкоулт (№ 1)», было основополагающим в пересмотре правительством этой ситуации<sup>44</sup>. Решения суда также показывают, что смена отношения власти к репатриации хоть немного, но обязана проблемам безопасности США. Хотя и удаленный, остров Диего-Гарсия не находится на периферии мира безопасности после 11 сентября. Постоянно циркулируют слухи, например, о его использовании для полетов «чрезвычайной выдачи». Эти слухи были упомянуты только одним судьей — лорд Хоффманн сослался на утверждения, что «Диего-Гарсия или судно в водах вокруг него использовались как тюрьма, в которой подозреваемых подвергали пыткам»<sup>45</sup>, — но в целом эти слухи были известны суду. Эти утверждения опровергаются властями США. Однако они не так уж неправдоподобны; и там, где царит тайна, мы, естественно, склонны подозревать наличие чего-то сомнительного.

Дело «Бэнкоулт (№ 2)» стоит на точке слияния двух историй сомнительных государственных секретов или полусекретов, один из которых относится к нечестным поступкам недавнего постимперского прошлого, а другой — к современным событиям, связанным с войной с терроризмом (или как мы бы ее теперь ни называли). Присутствие здесь королевской прерогативы на удивление уместно, так как она свя-

---

<sup>43</sup>См. обсуждение этой перспективы в контексте прав коренных народов: P.G. McHugh, *A History of the Modern Jurisprudence of Aboriginal Rights — Some Observations on the Journey So Far // A Simple Common Lawyer: Essays in Honour of Michael Taggart* / D. Dyzenhaus, M. Hunt & G. Huscroft, eds. Hart, 2009.

<sup>44</sup>R (Bancoult) (No. 2), (2008) UKHL 61, [27].

<sup>45</sup>Там же, [35].

зана с конституционной исключительностью<sup>46</sup>, тайнами государства и маскировкой исполнительной власти. Прерогатива веками пребывала, по словам Блэкстоуна, «среди *arcane imperii* [государственных секретов], и, подобно тайнам *bona dea* [доброй богини — богини плодородия, которой поклонялись весталки], их никто не ведал, кроме тех, кто был посвящен служению им»<sup>47</sup>. Таким образом, «Бэнкоулт» — ярчайший пример дела, зависящего от так называемого определяющего порога закона или «концепции пределов»<sup>48</sup>. Как и в более распространенных в последние годы делах о терроризме, Палата лордов предприняла два шага, которые быстро становятся привычными. Первый шаг — отказ в существовании «правовой черной дыры». Иначе говоря, утверждение общепризнанных правовых принципов над прерогативным законотворчеством. Второй шаг — согласование интересов государственной безопасности и дипломатических интересов<sup>49</sup>, что приводит к двусмысленности и неопределенности в применении этих стандартных принципов<sup>50</sup>. Второй шаг был предпринят и в рамках данного дела, несмотря на скептицизм (как среди большинства, так и среди меньшинства судей) в отношении достоверности заявлений о безопасности со стороны правительства; даже несмотря на то что рассматривалось, возможно, «глубокое» право с необычайно длинной историей в рамках общего права и даже несмотря на то что все согласились с тем, что в этом деле мало практического значения. В контексте, который мы обсуждаем, это было, другими словами, относительно легкое дело.

Мы можем выбросить из головы дело «Бэнкоулт (№ 2)» как некую диковинку. Дело, в котором суд, работающий в рамках нетипичной кон-

<sup>46</sup>См. также: Adam Tomkins, *Magna Carta, Crown and Colonies*. Public Law. 2001. P. 571.

<sup>47</sup>Blackstone, *supra* note 2.

<sup>48</sup>О понятии «концепции пределов» см.: Giorgio Agamben, *State of Exception* / Kevin Attell trans. University Chicago Press, 2005.

<sup>49</sup>См., напр.: *R (Abbasi) v. Sec'y of State for Foreign & Commonwealth Affairs*, (2002) EWCA Civ 1598.

<sup>50</sup>В этом случае ситуация немного сложнее. Правовые принципы, касающиеся судебного контроля над прерогативой, находятся в процессе пересмотра. Но линия движения этого процесса состоит в том, чтобы привести эти принципы в соответствие с обычными принципами, регулирующими рассмотрение других не предусмотренных законом юридических полномочий.



ституции, обращался к нетипичным вопросам, связанным с анахроническим исполнением закона в удаленном месте. Или же мы можем посчитать это дело — к чему склоняются большинство британских комментаторов — простой ошибкой. Дело было несложным, и Палата лордов поняла его неправильно. Или же мы можем рассматривать это как странный случай внутри более общей тенденции. В такой трактовке тот факт, что лордам-судьям не удалось наложить реальные юридические ограничения на осуществление исполнительной власти, вызывает особую тревогу. Повторимся, суды, похоже, не расположены или неспособны успешно справиться со спорами, связанными с тем, что раньше называлось государственным актом<sup>51</sup>. Складывающаяся картина вызывает размышления о перспективах принципа господства права<sup>52</sup>. Означает ли это, что в отсутствие четкой информации, характерной для большинства дел, связанных с безопасностью, принцип господства права в «современном» ценностном смысле является недостижимым идеалом? Мы можем поаплодировать такому судье, как лорд Бингем в деле «Бэнкоулт», который готов встретить критику от источников из числа сотрудников разведки. Мы скорбим о капитуляции суда в целом, но, возможно, есть молчаливое признание под всем этим поверхностным «бурей и натиском», что, независимо от того, как мы это назовем, мы не готовы отказаться от сущности прерогативной власти — «исключительной и эксцентричной» власти, окутывающей таинства государства, которые лишь отчасти поддаются нормам законности.

---

<sup>51</sup>См., напр.: William Harrison Moore, *Act of State in English Law*. John Murray, 1906.

<sup>52</sup>См., напр.: David Dyzenhaus, *The Compulsion of Legality // Emergencies and the Limits of Legality* / Victor V. Ramraj, ed. Cambridge University Press, 2008. P. 33.