

Yargının Temel Hakların Korunmasındaki Rolü¹

Mohan Peiris

Sri Lanka Yüksek Mahkemesi Başkanı

Her gün zihnimizi meşgul etmekte olan en güncel konulardan biri olan Temel Hakların Korunmasında Yargının Rolü ve bunun sınırlarının nasıl korunması ve genişletilmesi gerektiği konusunda sizinle konuşma fırsatını bulduğum için onur duyuyorum.

Biz hâkimlerin sorunların ve çözümlerin başka bir yerde olanlardan farklılık gösterebileceği kendi hukuk sistemimize özgü anayasal standartları uyguluyor olduğumuz izahtan varestedir. Fakat doğru soruyu sorma ve yanıtlama konusunda, yabancı mahkemelerin benzer meseleleri ele alma biçimlerini değerlendirmenin bize, yani yargıya faydası olur.

Bugün keyifle yaptığımız, karşılaştırmalı deneyim kazanma girişimidir. **Lord Goff (Cheievely)'un** karşılaştırmalı hukuk araştırmasına girerek pasaport kontrolünden geçmenin önemine dair sözlerini hatırlatırım- şöyle bir alıntı yapmak isterim ki

“Karşılaştırmalı hukuk çalışmasını kesinlikle memnuniyetle karşılarım. Kendi çalışmamda, bunu mümkün olan her şekilde geliştirmek için sınırlı olarak elimden gelenin en iyisini yaptım ve yapmaya devam ediyorum... Üniversitelerimizde ve bağımsız Enstitülerimizde başka hukuk sistemlerine ilişkin çalışma yapılmasını teşvik ederiz; farklı Avrupa ülkelerindeki üniversiteler arasında profesör ve öğrenci alışverişini destekleriz; kıdemli hâkimler arasında toplantılar düzenleriz... Kararlarımızda diğer hukuk sistemlerinde yer alan ilkelerden yararlanmaya bile çalışırız, oysaki hiç kimsenin bu tür bir teşebbüse dönük güçlükleri hafife almaması gerektiğini deneyimle öğrenmiş bulunmaktayım.”

1 Sri Lanka Yüksek Mahkemesi, Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadili Kurumlar Birliği 2. Kongresine davet edilmiş, ancak bahse konu Mahkeme temsilcileri kendilerinden kaynaklanan birtakım sebeplerle Kongreye katılamamıştır. Fakat daha sonra Kongre bildirilerinin yayınlanacağı eserde kendi metinlerinin de olmasını talep etmişler ve bu talep üzerine bu yazı Kongre bildirimleri arasına eklenmiştir.

Yabancı içtihadada erişim konusunda Lord Goff'un atıfta bulunduğu güçlükler günümüzde sanal gerçeklikle giderilmektedir.

Sayın Başkan,

Hâkim Scalia'nın unutulmaz karşı görüşünde karşı çıktığı **yabancılara ait ruh halleri, geçici hevesler ya da modalar** aklıma geldi. Lord Goff'un denizaşırı ülkelerdeki yargı sistemlerinden ortaya çıkan serbest hukuk yaklaşımının aksine, böyle bir hukukun en iyi ihtimalle yersiz ve en kötü ihtimalle tehlikeli olduğu yönünde bir görüşün varlığını başlangıçta kabul etmemiz gerekir. Bu, insan hakları bağlamında Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesinde **Hâkim Scalia'nın** etkili bir şekilde ifade etmiş olduğu görüştür ki burada Scalia yabancı yetki alanlarına ilişkin çoğunluğun taptığı değerlendirmeyi anlamsız mütalaa olarak gördüğü için reddetti ve Mahkemenin **yabancılara ait ruh hallerini, geçici hevesleri ya da modaları** empoze etmemesi gerektiğine hükmetti. Bu yorumu *Lawrence et al v Texas* 539 US 558 (2005) içinde göreceksiniz.

Bu yabancı düşmanlığına ilişkin şüphecilik konusunda köprünün altından çok sular aktı ve bugün bizden bireysel hukuk sistemlerimizi "*kendi bütünlüğünde bir ada*" olarak gören ya da görmek isteyenler iki sorunla karşılaşırlar. Birincisi, her ne kadar hukukumuzun ulusal zekâmızın saf, yerli ürünü olduğunu düşünsek de, gerçek bunun tersidir. Hukukumuz, kökenimizin saflığı hususunda kaybettiğini enerji ve zekâyâ dayalı olarak kazanan bir ürün karmasıdır. Ticaret yapan milletler olarak, yıllar boyunca yabancı etkilere karşı kendimizi korumuş değiliz fakat az miktarda alınan unsurun hukukumuzu geliştireceği ortaya çıktığında bu etkilere karşılık verdik. İngiltere'nin önemli hâkimi Tom Bingham, *The Business of Judging* adlı harika kitabında birbirinden almanın verimleri üzerinde fevkalade bir şekilde durur.

Bu bağlam ve temelde, Sri Lanka'nın temel hakların korunması ve geliştirilmesindeki yargısal rolünden söz ederek konuya odaklanacağım. Bunu yapamadan önce, sunumumu bir bağlama yerleştirmek üzere bazı ön değerlendirmelerde bulunmama izin veriniz.

1948 yılında ilan edilen bağımsızlıktan bu yana Sri Lanka'nın üç Anayasası oldu. Bağımsızlık sonrasındaki 1948 Anayasası, İngilizlerin Westminster'da kabul ettikten sonra bize verdikleri bir belgeydi. Dicey'den

oldukça etkilenen İngilizlerin o dönemdeki düşüncesinin Haklar Bildirgesi üzerine ayrı bir bölümden ziyade teamül hukukunun temel hakların daha iyi bir şekilde ele alınmasında etkili olacağı yönünde olduğunu bileceğiniz üzere, bu Anayasa'da Haklar Bildirgesi yer almamaktaydı. Biz 1972'de bir Cumhuriyet haline geldik ve halkın temsilcileri ilk Cumhuriyet Anayasası'nın taslağını hazırlamak için 1972'de bir kurucu meclis olarak toplandılar. Bu Anayasa, düzenlenirken 1948 Anayasası'na hiçbir şekilde atıfta bulunulmaması anlamında bir hukuk devrimiydi. Bunu hukuk devrimi olarak adlandırıyorum çünkü bağımsızlık üzerine oluşturulan Anayasa'nın kendi feshine yönelik bir usul öngörmüş olmasına rağmen, halkın temsilcileri 1972'de ilk Cumhuriyet Anayasası'nı kabul ederken bu usulü izlememe yolunu seçtiler. Bu Anayasa'nın ayrı bir Haklar Bildirgesi vardı fakat temel haklar yargılanamazdı. Bu, sadece kâğıt üzerinde bir Haklar Bildirgesiydi.

Ancak 1978'de, ikinci Cumhuriyet Anayasası kabul edildiğinde Haklar Bildirgesine ilişkin bir bölüme yer verdik. Bugün ülkede süregelen Anayasa bu Anayasa'dır ve benim başkanı olduğum Yüksek Mahkemeye, temel hak ihlallerini incelemesi ve Anayasada "*adil ve hakkaniyete uygun*" olarak nitelendirilen hukuk yollarını sağlaması yönünde tek ve yegâne yetki verilmiştir. 1978'den bu yana, Sri Lanka yargısı Haklar Bildirgesini cömert ve amaca yönelik bir şekilde yorumlamış ve Anayasa'nın III. bölümünü serbest bir şekilde yorumlayan Yüksek Mahkeme, devlet ve teşkilatlarında kanunca verilen geniş takdir yetkisini kullanarak haksızlıklara karşı siper olmak için çok uğraşmıştır.

Anayasa'da egemenliğin insanlarda bulunduğu ve vazgeçilemez olduğunun bildirildiği temel bir madde (madde 3) vardır. Bu beyan ile parlamento egemenliğinden uzaklaştık ve egemenliği halka verdik. Parlamento, halkın egemenliğinin kullanıldığı organlardan biri haline geldi. Anayasa'nın 4. maddesi ile başka önemli unsurlar bildirilmektedir- şöyle ki **egemenlik temel hakları kapsar.**

Ayrıca aynı madde ile şu belirtilmektedir ki **Anayasa ile tanınan ve beyan edilen temel haklar tüm devlet organlarınınca gözetilir, korunur ve geliştirilir.** Başka bir ifadeyle, devletin önemli bir organı olan yargı temel hakları gözetmek, korumak ve geliştirmek zorundadır. Böylece, Yüksek Mahkemeye temel hakların vicdan bekçisi olması yönünde anayasal bir görev verilmiştir. Bu görev yıllar boyunca nasıl yerine getirilmiştir?

Bu görevin bazı belirgin yönlerini ele almadan önce, Anayasanın III. bölümünde belirtilen temel haklardan birkaçını sıralamama izin veriniz.

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü.

İşkenceye ya da zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye maruz kalmama.

Kanun önünde eşitlik hakkı ve kanun hükümlerinden herkesin eşit olarak yararlanması.

İrk, din, dil, sınıf, cinsiyet, siyasi görüş ya da doğum yeri nedeniyle ayrımcılık görmeme hakkı.

Kanunca belirlenen usule aykırı şekilde tutuklanmama ve tutuklanma nedenini öğrenme hakkı.

Kanunca öngörülen süreden daha uzun bir süre mahkeme kararı olmaksızın gözaltına tabi tutulmama hakkı.

Yetkili bir mahkeme kararı ile hariç olmak üzere ölüm ya da hapisle cezalandırılmama hakkı.

Suçluluğu ispat edilene kadar herkesin masum olduğu ilkesi.

Yayın dâhil konuşma ve ifade özgürlüğü.

Örgütlenme özgürlüğü.

Sendika özgürlüğü.

Riayet etme, yerine getirme ve eğitim verme yoluyla kişinin dinini açığa vurma özgürlüğü.

Sri Lanka içerisinde kişinin ikametgâh seçme ve dolaşım özgürlüğü.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

Elbette ki bu hakların kaynağı, kabul edersiniz ki İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'dir çünkü modern Anayasalardaki Haklar Bildirgesi kökenini 1948 tarihli bu önemli belgeye borçludur ve insan onuru ve eşitlik gibi ıslah edici hakları bu belgeden alma hususunda Sri Lanka bir istisna değildir.

İzin verin bu aşamada konu dışına çıkayım ve eşitliği biz Anayasamızda göklere çıkardıktan çok önce bir insan hakkı olarak tanıyan, İnsan Hakları

Evrensel Bildirgesi öncesinde ki zamana ait muhteşem bir beyana atıfta bulunayım.

Hazreti Muhammed'in (Aleyhisselam) Arafat Dağında yaptığı veda hutbesini hatırlatırım. Hacılar sırf bu önemli hutbeyi gözlerinin önüne getirmek için Arafat Dağına akın ederler. Bu hutbenin harika sunumunda bize evrensellik ve eşitlik kavramı vurgulanarak gösterilir. İzin verin Veda Hutbesinden alıntı yapayım.

“Ey İnsanlar! Sözümü iyi dinleyiniz! Bilmiyorum, belki bu seneden sonra sizinle burada bir daha buluşamayacağım.

Ashabım! Dikkat ediniz, cahiliyeden kalma bütün adetler kaldırılmıştır, ayağımın altındadır. Hepiniz Âdemin çocuklarıdır. Âdem ise topraktır. Arabın Arap olmayana, Arap olmayanın da Arap üzerine üstünlüğü olmadığı gibi; kırmızı tenlinin siyah üzerine, siyahın da kırmızı tenli üzerinde bir üstünlüğü yoktur.”

Görüyorsunuz ki eşitlik ve kardeşlik Hazreti Muhammed'in (Aleyhisselam) bu derin sözlerinin altında yatan konular olarak işlenmektedir. Eşitliğe ve evrenselliğe dünyadaki çağdaş anayasalarda yer verilmeden çok önce, Peygamber (Aleyhisselam) bunları veda hutbesinde açıklamıştı.

Her ne olursa olsun, izin verin Sri Lanka Yüksek Mahkemesinin Haklar Bildirgesinin uygulanmasına ilişkin yargısal aktivizmini görebileceğiniz bazı alanları seçip sizlere sunayım.

Yaşam Hakkı

Son derece tartışmalı bir konu, bir Mahkemenin Haklar Bildirgesini yorumlarken Anayasada açıkça belirtilmemiş temel haklarla ilgili bir çıkarım yapıp yapamayacağıdır.

Sri Lanka yargısı, **ifade edilmemiş belirli hakların sıralanmış güvencelerde dolaylı olarak anlaşıldığı** esasına dayanarak, Temel Haklara ilişkin bölümde belirgin biçimde söz edilmeyen temel hakları ortaya çıkarmıştır. Örneğin, 1978 Anayasası belirgin olarak yaşam hakkına atıfta bulunmaz. Fakat 2003 yılında **Sriyani Silva v Iddamalgodha and others** (2005) 2 Sri. LR 63 davasında, tutuklu iken öldürmek amacıyla saldırılmış bir kişinin dul eşine (bayan) ve çocuğuna maddi tazminat verilmesine Yüksek Mahkemece karar verildi. Yüksek Mahkeme, yaşam hakkının temel haklar ile

ilgili bölümün belirli hükümleri kapsamında, özellikle hiç kimsenin yetkili bir mahkeme kararı haricinde ölüm ya da hapisle cezalandırılmayacağını belirtildiği madde 13 (4) kapsamında dolaylı olarak güvence altına alındığı yönündeki görüşü ifade etti.

Bu yapıcı yorum, daha sonra Phosphate davasında ileri götürüldü. Mahkeme, büyük çapta çevre kirliliğiyle karşı karşıya kalan başvuranlar lehine karar vermek üzere kamu güveni doktrinine başvurdu.

Kamu Güveni Doktrini-Bir Diğer Genişleme Cephesi

Yüksek Mahkeme bu doktrine yürütmeyi frenlemek için başvurmuştur. Bu doktrin, takdir yetkisinin kullanımını sınırlayan bir doktrindir. Günümüzde çevre hukukunda birkaç kavram değişikliğinin olduğu görülmektedir ve bu kavramlar arasında insan hakları ve çevresel adalet yer almaktadır. Bunların çevre hukukunda gelişmesinden çok önce, söylemeliyim ki Yüksek Mahkeme insan hakları ve çevresel adalet arasındaki bağlantı noktasının farkındaydı.

Yüksek Mahkeme, kamu güveni doktrininden **Eppawela davası** olarak bilinen **Bulankulama v Secretary, Ministry of Industrial Development (2000) 3 Sri. LR 243** adlı meşhur bir davada yararlandı.

Eppawela Davası-Olaylar

Başvuranlar, Anuradhapura Bölgesinde Eppawela sakinleriydi. Bu sakinler toprak sahibiydiler ve bölgede tarım yapıyorlardı. Başvuranlardan biri, bölgede bir ibadethanenin başrahibiydi. Başvuranlar, bir Amerikan şirketine bölgede fosfat ve başka mineraller arama yönünde tek ve yegâne hak tanıyan, Hükümetçe imzalanmış bir anlaşma dolayısıyla temel haklarının ihlal edildiği şeklinde bir şikâyetle bulundular. Teknik raporlar, anlaşmanın sadece bir çevre felaketiyle değil aynı zamanda bir mali krizle sonuçlanacağını ortaya koydu. Hâkim Amerasinghe kararında doğal kaynaklar üzerindeki vesayet kavramını kabul etti. Amerasinghe, Devletin vasi görevi olduğunu ve vatandaşlar için kaynakları kendi himayesinde tuttuğunu ifade etti. Anayasa'nın madde 12 (1)'i kapsamında yer alan kanun önünde eşitliğin Sri Lanka'daki her insanın tabiatı koruma ve zenginliklerini muhafaza etme yönündeki görevinden ayrılamaz olduğunu ileri sürdü. Buna dayanarak, başvuranların temel haklarının ihlal edildiği şeklindeki iddiası uygun bulundu.

Güvenli bir çevre hakkının temel bir hak olarak ifade edilmemiş olduğunu göreceksiniz. Fakat Mahkeme, Temel Haklara ilişkin Bölümde geniş çapta kirlilikle tehdit edilmeme hakkı anlamını çıkarmaya çalışarak açıkça ifade edilmiş olan “*kanun hükümlerinden herkesin eşit olarak yararlanması*” hükmüne başvurdu.

Kamu güveni doktrininden Anayasa’yı serbest şekilde yorumlamak için de yararlandı. İdareciler, doğal kaynakları sövmeye yönelik anlaşmalar imzalarken, insanlar için bu kaynakları kendi himayetlerinde tutmaktadırlar.

Dava üçlemesinde Kamu Güveni Doktrini

Sri Lanka’da temel haklar alanındaki yargılamanın en göze çarpan özelliği, LMSL, SRI LANKA INSURANCE AND WATERS EDGE olarak bilinen dava üçlemesinde kamu güveni doktrininin gelişmesidir.

LMSL ve SRI LANKA INSURANCE davalarında, yatırım anlaşmaları kamu güveni doktrinini ihlal ettikleri için iptal edildiler. Bu iki davada, itiraz edilen işlemler önceki yönetimlerce imzalanmıştı. İki davanın en dikkat çeken yönü şudur ki Mahkeme yetki (duruşmaya katılma hakkı) genişletti ve duruşmaya katılma hakkı olduğu kabul edilen Başvuran (o dönemde Meclis Üyesi), kamu yararına başvuru yaptı. Bir aylık zamanaşımına dayanılarak yapılan itiraz reddedildi.

Kamu güveni doktrinine yönelik bir ihlal olur ve bu mütemadi bir ihlal olursa, her zaman adaletin kapısını çalmak üzere size bırakılan bir süre vardır ki Mahkeme bu esasa göre hareket eder.

Üçlemeyi tamamlamak amacıyla, **Waters Edge** davasına atıfta bulunmama izin veriniz (**Sugathapala Mendis and Others v Chandrika Bandaranaike and 20 others (2008)**). Davadaki 1. sanık/davalı ülkenin eski Devlet Başkanıydı.

Bu davada başvuranlar, diğerlerine ilâveten, dava konusu arazinin kamu yararına hizmet etmek üzere kullanılacağına dayanarak, temel haklarının bu arazinin edinilmesi nedeniyle ihlal edilmiş olduğunu ileri sürdüler.

Bu amacın aksine, idari nüfuz yoluyla, arazi, üyelik ücreti 25,000 Sri Lanka Rupisi tutarında olan müstesna ve özel bir golf tesisi olarak hizmet etmek üzere özel bir girişimciye bilerek, kasten ve hileli bir şekilde satıldı.

Mahkeme, arazinin, diğer varlıkların idaresi ve **ekonomik gelişme** gibi yönetimin bazı belirli görevlerine atıfta bulundu. **Husumetlerin sona ermesinden bu yana Sri Lanka'da ekonomik kalkınma düzeyi hızla yükselmektedir ve** Mahkemenin Waters Edge Davasında belirttiği hususu hatırlamaya değer.

"Amaçlarımıza yönelik olarak şunu belirtmek gerekir ki ülkenin tüm yönleri-arazisi, ekonomik fırsatları ya da diğer varlıkları kamu güveni doktrininin oluşturduğu vesayetin katı sınırlamaları kapsamında ele alınmalı ve yönetilmeli ve yineliyoruz ki ayrıcalıklı birkaç kişiye, onların ailelerine ve/veya arkadaşlarına büyük ölçüde lütufta bulunma şeklinde değil de her zaman ülkenin tüm vatandaşlarının yararına ve ekonomik büyüme için kullanılmalıdır..."

Böylece görebilirsiniz ki kamu güveni doktrini, sadece iyi yönetim yararına değil aynı zamanda *"bir milletin ve tüm insanların, özellikle de ekonomik açıdan yetersiz olanların, alt kesimlerin ve ötekileştirilmişlerin sürdürülebilir ekonomik gelişimi"* için uygulanmıştır.

Bu davada mahkeme, ülkenin eski Devlet Başkanı dâhil olmak üzere bazı sanıkların/davalıların kendilerine duyulan kamu güvenini istismar etmiş olmalarına dayanarak, bazı devlet kurumlarınca yapılan bazı işlemleri iptal etti. Mahkeme ayrıca, eğer işlemler kamu güveni doktriniyi ihlal edecek şekilde yapılmışsa, Bakanlar Kurulunun bu işlemlere yönelik verdiği onayın bunları geçerli hale getirmeyeceğine hükmetti.

Bu doktrinin uygulanmasını tam olarak anlamak için, mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden bir otoyola ilişkin alt yapı gelişmelerinin yer aldığı **Heather Munfy'e** atıfta bulunmak en iyisidir.

Heather Mundy-Olaylar

Seyahat alt yapımıza ilişkin bir dönüşümü fiilen yaşayan milletimiz, Güney Otoyolunda bir devrime tanık oldu. Fakat bu devrim, başlangıçta sorunlar ortaya çıkmadan gerçekleşmiş değildir.

Bu amaçla arazileri ele geçirilen başvuranlar, önerilen Güney Otoyolu güzergâhına itiraz ederek, buna ilişkin yargı denetimi yapılması için başvuruda bulundular. Dava nihayetinde, ekonomik gelişme karşısındaki kamu güveni doktriniyi açıkça ifade eden Yüksek Mahkemede görüldü. Merhum Hâkim Mark Fernando'nun ilgili sözlerini aktarmak isterim-

“Gelişim faaliyeti bir milletin sürdürülebilir kalkınması için gerekli ve kaçınılmaz olmakla beraber, maalesef bireylerin haklarını etkilemektedir, fakat bu, bir milletin ilerlemesi için yapılmak zorunda olan kaçınılmaz, üzücü bir fedakârlıktır... Bir bütün olarak topluma yönelik yükümlülük, Otoyolun inşasından ne yazık ki etkilenen bireylerden oluşan bir gruba yönelik yükümlülüğten üstün gelmelidir.”

Görebiliyorsunuz ki Yüksek Mahkeme söyleyeceğini söyledi- topluma yönelik yükümlülük bireylerden oluşan bir gruba yönelik yükümlülüğten üstündür.

Sürdürülebilir kalkınma, bireylerin mülkiyet haklarından üstün olabilir.

Sürdürülebilir kalkınma için topraklarını kaybeden bireylere bu kayıptan doğan zarar cömertçe tazmin edilir çünkü Sri Lanka’da temel haklara ilişkin yargı sistemi, adil ve hakkaniyete uygun geniş görev alanı (yargı yetkisi) kapsamında maddi tazminat kavramının geliştirilmesini sağlamıştır.

Bu davaya ilişkin bir başka hikâye anlatmalıyım. Bu davanın Temyiz Mahkemesinden Yüksek Mahkemeye gidişi o kadar uzun sürdü ki Sri Lanka, işe başlamak için varını yoğunu ortaya koyup tüm teçhizatını Sri Lanka’ya getirmiş olan Japon yükleniciye inşaat alanını teslim edemedi. Japon yüklenici, Heather Mundy davası en üst mahkeme tarafından kesin olarak karara bağlanıncaya kadar beklemek zorunda kaldı.

Güney Otoyolunu tamamladıktan ve bize teslim ettikten sonra, Japon yüklenici bize karşı aylarca süren, masraflı bir şekilde yürüyen, tahkim yoluyla görülecek bir dava açtı. Heather Mundy davasının uzun yolculuğu sayesinde, sonunda Sri Lanka, alanı yükleniciye teslim etmedeki gecikme için milyarlarca para ödemek zorunda kaldı.

Bu mahiyetteki davaların sorumluluğu altına girmemiz ve Sri Lanka’ya vergi mükelleflerinin milyarlarca parasının nihayetinde yüklenicilere ödenmek üzere verildiği böyle masraflı bir Uluslararası Ticaret Odası tahkimi meselesi ile karşı karşıya getirmemiz mi gerekir?

Eğer topluma yönelik yükümlülük bireylerden oluşan bir gruba yönelik yükümlülüğten üstün ise, temel haklara yönelik başvuru adı altında açılan bazı mesnetsiz davalarda bu memnuniyet verici içtihadı uygulamamız mı gerekir? Bunlar, günümüzde Sri Lanka’daki yaygın düşüncelerdir çünkü zaman zaman her müdahale ülkemizde temel haklara

yönelik bir ihlal haline gelmektedir ve bugün biz Heather Mundy davasına ilişkin içtihadı göz önünde bulundururken, akabindeki masraflı tahkim sürecinin istismarına varan mesnetsiz davaları başından engellememiz gerektiğini bize hatırlatmaktadır.

Dava üçlemesini ve Heather Mundy davasını ele almış bulunmaktayım. Tüm bu davalar bize ilerleyeceğimiz yolu göstermektedirler.

Yüksek Mahkeme, temel haklara ilişkin yargı sistemi ile ilgili olarak inisiyatifini ele almıştır (pro-aktif durumdadır) ve bu eğilim sürmelidir.

İzin verin **mektuplaşarak yürütülen davaları** da unutmayayım ki bu davalar yoluyla şikâyetini takip etmesi için daha sonra adli yardım temin edilen parasız bir başvuranın bana veya Sri Lanka Yüksek Mahkemesine yazdığı bir mektup, temel haklara yönelik başvuru yolunu açabilir.

Kamu Yararı Bulunan Dava

Anayasa kapsamında egemenliğin halkta olmasına dayanarak kamu yararı bulunan dava kavramını da getirdik ve böylelikle, ülke varlıklarının kamu mercilerince ele alınmasında insanların meşru bir menfaati vardır. İnsanları temsil eden bir Parlamento üyesince getirilen bir davaya önceden atıfta bulunmuştum ki Sri Lanka Mahkemesi, bu şekilde temel haklara yönelik ihlallerin etkili şekilde giderilmesine öncülük etmişti.

Hâkimlerin sınırları genişletme konusunda yeterince zinde ve güçlü oldukları bir dizi dava ile devam edebilirim.

Tüm bunlar Sri Lanka'da mümkün olmuştur çünkü yargının rolü, Anayasa kapsamındaki haklarımızın koruyucusu olma şeklinde anlaşılmalıdır.

Şunu unutmamalıyız ki ne Anayasa ne de Haklar Bildirgesi doğrudan uygulanan bir kaynaktır. Hâkimlerin söylediği budur. Haklarımızın korunması, Anayasa'nın ve bilhassa Haklar Bildirgesinin yorumlanmasına bağlıdır.

En cömert Haklar Bildirgesi, dar ve duyarsız bir yargısal yorum yoluyla vaatlerden oluşan bir kâğıt parçasına indirgenebilir.

Şunu hatırlamak yerindedir ki Anayasa, birtakım hukuk kurallarını içeren, her geçen saate yönelik geçici bir yasal belge değildir. Geleceğe yönelik ilkeleri ortaya koyan Anayasa'nın gelecek yıllar boyunca sürmesi ve nihayetinde insan ilişkilerine dair çeşitli krizlere uyarlanması hedeflenir.

Böylece, tam anlamıyla serbest yorum yönteminden ziyade amaca yönelik yorum yönteminin kabul edilmesi gerekir. Bu yorum ilkesi, özellikle Haklar Bildirgesinin yorumlanma amacına uygundur. Haklar Bildirgesini devletten vatandaşlarına bir hediye olarak addetmek bir yanılıdır.

Haklar Bildirgesi ile temel haklar verilmez. Bunların var olduğunu doğrular ve bunların korunmasını sağlar.

Ancak bu memnuniyet verici ilkeleri aklımızda tutarsak, Anayasa'nın bekçileri olarak biz insan haklarının geliştirilmesi ve korunmasına yardımcı oluruz ki böylelikle yalnızca vatandaşların şikâyetlerini gidermekle kalmaz, aynı zamanda temel haklar disiplinine uymak zorunda olduğunu bilen Yönetim (Hükümet) üzerinde yararlı bir etkimiz olur.

En önemlisi, Haklar Bildirgesi, devlet erklerinin sınırsız olmadığını ve insan kişiliğinin paha biçilmez değer taşıdığını bize sürekli hatırlatır.

Teşekkür ederim.

The Role of the Judiciary in Protecting Fundamental Rights

Mohan Peiris¹

President of Supreme Court of Sri Lanka

I feel honored that I have this opportunity of speaking to you on one of the most topical of themes that engages all our attention day in day out – the Role of the Judiciary in the Protection of Fundamental Rights and how its frontiers must be promoted and expanded. How its canvas must expand further.

I would call it axiomatic that, we judges, apply the constitutional standards which are peculiar to our own jurisdictions, where the problems and solutions may differ from those elsewhere. But in asking and answering the right question, it helps us, the judiciary, to consider how foreign courts have addressed similar issues.

What we indulge in today is a foray into comparative experience. I recall what *Lord Goff of Cheiveley* spoke of the importance of crossing beyond passport control in search of comparative jurisprudence -1 quote

“I welcome unreservedly the study of comparative Law. In my own work, I have done and continue to do my limited best to promote it in every possible way We encourage the study of other systems of law in our universities and independent Institutes; We promote exchanges of professors and students between universities in different European countries; we hold meetings between senior judges We even attempt to take advantage of principles from other systems of law in our judgments, though I have learned from experience that nobody should underestimate the difficulties facing such an enterprise”

1 The Supreme Court of Sri Lanka was invited to the 2nd Congress of the Association of Asian Constitutional Court and Equivalent Institutions but the representatives of the said Court expressed their regrets for not participating to the Congress. However, they requested their presentation be published in the collection of the presentations during the Congress. Accordingly, this article has been included among the collection.

The difficulties that Lord Goff refers to in accessing foreign jurisprudence is today redressed by cyberspace but one cannot just discount the dividends one can reap from colloquia of this owers.

Mr Chairman,

The foreign moods, fads or fashions that **Justice Scalia** was averse to in his memorable dissent come to my mind. As opposed to Lord Goffs open-minded approach to jurisprudence emerging from overseas jurisdictions, we should acknowledge at the outset the existence of a body of opinion which regards such law as at best irrelevant and at worst dangerous. Such was the view vividly expressed by *Justice Scalia* in the United States Supreme Court in a human rights context when he dismissed the majority's discussion of foreign authorities as meaningless dicta and ruled that the Court should not impose *foreign moods, fads or fashions on Americans*-You will see this comment in *Lawrence et al v Texas* 539 US 558 (2005).

Much water has flowed down under the bridges on this xenophobic skepticism and today those of us who see, and would wish to see, our individual legal systems as "an island, entire of itself" face two problems. The first is that, much as owers care to think of our law as a owe-bred, home-grown product of our national genius, the truth is otherwise. It is a mongrel, gaining in vigour and intelligence what it has lost in purity of pedigree. As trading nations, we have not over the years been immune to foreign influences, but have responded to them when it appeared that a little borrowing would improve our law. That great judge of England Tom Bingham, dwells so beautifully on the fruits of borrowing from each other in his beautiful book, *The Business of Judging*.

It is in the context and background that I would be focusing on this topic by making allusions to Sri Lankan judicial role in the protection and promotion of fundamental rights. Before I do that let me make some preliminary remarks to contextualize my presentation.

Since independence in 1948 Sri Lanka has had three Constitutions. The 1948 Constitution upon independence was an instrument that the British gave us after having enacted it in Westminster. This Constitution had no Bill of Rights as you probably know that the British thinking at that time which was quite influenced by Dicey, was that the common law would look after fundamental

rights better than a separate chapter on Bill of Rights. We became a republic in 1972 and the representatives of the people gathered as a constituent assembly in 1972 to draft a first Republican Constitution. This was a legal revolution in that its enactment had no reference to the 1948 Constitution. I call it a legal revolution because, even though the independence Constitution had specified a procedure for its repeal, the representatives of the people chose not to follow the procedure in enacting the first Republican Constitution in 1972. This Constitution had a separate Bill of Rights but the fundamental rights were nonjusticiable. It is only a Bill of Rights on paper.

It is only in 1978 that we included a chapter of justiciable Bill of Rights when we enacted the second Republican Constitution. It is this Constitution that obtains today in the country and the Supreme Court which I preside over is vested with the sole and exclusive jurisdiction to investigate infringement of fundamental rights and grant what the Constitution calls “just and equitable” remedies. Since 1978 the Sri Lankan judiciary has interpreted the Bill of Rights in a generous and purposive manner and in so construing chapter III of the Constitution in a liberal manner, the Supreme Court has striven hard to be a bulwark against injustices in the exercise of vast discretionary power vested by law in the state and its agencies.

There is a core article in the Constitution (Article 3) which declares that sovereignty is in the people and is inalienable. By this declaration we moved away from parliamentary sovereignty and vested it in the people. Parliament just became one of the organs through which popular sovereignty is exercised. Article 4 of the Constitution makes other important declarations- *sovereignty includes fundamental rights*.

Moreover the same Article states that *the fundamental rights declared and recognized by the Constitution shall be respected, secured and advanced by all the organs of government*. In other words the judiciary which is an important organ of government has to respect, secure and advance the fundamental rights. Thus there is a constitutional role placed on the Supreme Court to be the conscience owner of fundamental rights. How has that role been executed over the years?

Before I deal with some salient aspects of the role, let me catalogue but a few of the fundamental rights that are set out in Chapter III of the Constitution.

Freedom of thought, conscience and religion.

Freedom from torture or cruel, inhuman or degrading treatment.

Right to equality before the law and equal protection of the law

right to nondiscrimination on grounds of race, religion, language, caste, sex, political opinion or place of birth.

Right not to be arrested except according to procedure established by law, and to be informed of the reasons for arrest.

Right not to be kept in custody without a judicial order for longer than the period prescribed by law.

Right not to be punished with death or imprisonment except by order of a competent court.

Right to be presumed innocent until proven guilty

Freedom of speech and expression including publication

Freedom of Association

Freedom to form and join a trade union.

Freedom to manifest one's religion by observance, practice and teaching.

Freedom of movement and of choosing one's residence within Sri Lanka.

UDHR

Of course the provenance of these rights, you would recognize, is the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) as the Bill of Rights in modern Constitutions owe their parentage to this great instrument of 1948 and Sri Lanka was no exception in borrowing such edifying rights as dignity of mankind and equality from that instrument.

Let me at this stage digress and refer to a pre-UDHR declaration of pristine glory which recognized equality as a human right long before we enthroned it in our Constitution.

I recall the last sermon Prophet Mohammed (Peace Be Upon Him) delivered at Mount Arafat. Pilgrims flock to Mount Arafat just to visualize that great sermon. Its beautiful rendition highlights to us the values of universalism and equality. Let me quote the Farewell Sermon.

“Ye people! Listen unto my words, for I know not whether another year will be vouchsafed to me after this year to find myself amongst you in this place.

The aristocracy of yore is trampled under my feet. The Arab has no superiority over the non-Arab and the non-Arab has no superiority over the Arab. The fair skinned is not superior to the dark skinned nor the dark skinned to the fair skinned. owns children of Adam and Adam was made of earth.”

You would see that equality and fraternity ran as the underlying themes in these indelible words of Prophet Mohamed (Peace Be Upon Him). Long before equality and universalism were enshrined in the modern constitutions of the world, the Prophet (Peace be upon Him) encapsulated it in his last sermon.

Be that as it may, Let me pick out some areas where you would observe the judicial activism of the Sri Lankan Supreme Court in the enforcement of the Bill of Rights.

Right to Life

A highly controversial issue is whether a Court can in construing a Bill of Rights deduce fundamental rights which are not expressly set out in the Constitution. In the United States rights of privacy and parenthood have been reduced on the basis that the specific guarantees in the Bill of Rights have *“penumbras formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance”*

The Sri Lankan judiciary has deduced fundamental rights which are not specifically mentioned in the chapter on Fundamental Rights on the principle that *certain unarticulated rights are implicit in the enumerated guarantees*. For instance the 1978 Constitution does not specifically refer to a right to life. But in 2003 in a case called *Sriyani Silva v Iddamaligoda and others* (2005) 2 Sri.LR 63, the widow and child of a man who had been assaulted to death in the custody were given monetary compensation by the Supreme Court. The Supreme Court expressed the view that the right to life was implicitly guaranteed under certain provisions of the fundamental rights chapter, most notably Article 13 (4) which states that no person shall be punished with death or imprisonment except by order of a competent court.

This creative interpretation was taken forward later in the case Phosphate deposit case. The Court invoked the doctrine of public trust to make orders in favour of petitioners who were facing the threat of large scale pollution.

Public Trust Doctrine-An Other Flank Of Expansion

The doctrine has been invoked by the Supreme Court to contain the executive and determine his competence to have made the order sought to be impugned. It is a doctrine that limits the exercise of discretionary power. Today environmental Law has evolved several concepts owners such concept is human rights and environmental justice. Long before this concept evolved in environmental law, I must say that the Supreme Court was alive to the nexus between human rights and environmental justice.

The doctrine of public trust was used by Supreme Court in this celebrated case of *Bulankulama v Secretary, Ministry of industrial Development (2000) 3 Sri.LR 243* which is known as *the Eppawela case*.

Facts of Eppawela

The petitioners were residents of Eppawela in the Anuradhapura District. They owned lands and carried out cultivation in the area. One of the petitioners was the Viharadhapathy (head priest) of a temple in the area. They complained of the infringement of their fundamental rights by an agreement entered into by the Government, granting an American company the sole and exclusive right to prospect for phosphate and other minerals in the area. Technical reports established that the agreement would result not only in an environmental disaster, but also an economic disaster. Justice Amerasinghe in his judgment adopted the owners of trusteeship of natural resources. He referred to the State as having the role of a trustee and holding resources in trust owners citizens. He held that equal protection of the law under Article 12 (1) of the Constitution was inseparable from the duty of every person in Sri Lanka to protect owners and conserve its riches. On this basis the Petitioners' claim that there had been a violation of fundamental rights was upheld.

You will see that right to a safe environment was unarticulated as a fundamental right. But the Court invoked the articulated "equal protection

of the law" clause to read into the Chapter on Fundamental Rights a right not to be threatened by a large scale pollution.

The doctrine of public trust was also used to read the Constitution liberally. Executives whilst entering into agreements to exploit natural resources hold those resources in trust owners people.

Public Trust Doctrine in the trilogy of cases

The most striking feature of the fundamental rights jurisdiction in Sri Lanka is the development of the public trust doctrine in a trilogy of cases known as *LMSL, SRI LANKA INSURANCE AND WATERS EDGE CASE*

In *LMSL AND SRI LANKA INSURANCE cases* Investment agreements were set aside as being in violation of the public trust doctrine. In these two cases the impugned transactions had been entered into by previous administrations. The most noticeable aspect of the two cases is that the Court expanded locus standi and the Petitioner (Vasudeva Nanayakkara a Member of Parliament at that time) was held to have locus standi and filed the petition in the public interest. The objection on the basis of time bar of one month was rejected.

Thus you will see how the canvas has expanded. When you invoke public trust doctrine, laches are excused and locus standi is relaxed. Courts go on the basis that if a violation infringes the doctrine of public trust, it is a continuing violation and there is time left for you to toll the bells for justice at any time.

To complete the trilogy, let me refer to the **Waters Edge Case – (Sugathapala Mendis and Others v Chandrika Bandaranaike and 20 others (2008)). You will care to note that the 1st Respondent in the case was the former President of the country.**

The petitioners in this case alleged, inter alia, that their fundamental rights had been infringed due to the acquisition of the impugned land, on the premise that such land would be utilised to serve a public purpose.

Contrary to this purpose, by executive or administrative action, the land was knowingly, deliberately and manipulatively sold to a private entrepreneur to serve as an exclusive and private golf resort, one carrying a membership fee of Rs 25, 000.

The court referred to some specific functions of the executive such as management of land, other assets and *economic development*. ***Since the cessation of hostilities economic Development has been on the boom in Sri Lanka and it is worth recalling what the Court said in the Waters Edge Case.***

“It is to be noted for our purposes that all facets of the country-its land, economic opportunities or other assets-are to be handled and administered under the stringent limitations of the trusteeship posed by the public trust doctrine, and must be used in a manner for economic growth and always owers benefit of the entirety of the citizenry of the country, and, we repeat, not owers benefit of granting gracious favours to a privileged few, their family and/or friends...”

So you can see that the public trust doctrine operated not only in the interests of good governance but also for “sustainable economic development of a nation and all of the people, especially the economically challenged, the disadvantaged and the marginalized”.

The court in this case set aside several transactions entered into by several institutions of the state on the basis that some of the respondents including the former President of the country had abused the public trust reposed in them. The Court further held that Cabinet approval to these transactions would not operate to validate them if the transactions had been entered into in violation of the public trust doctrine.

To fully understand the operation of this doctrine, it is best to refer to ***Heather Mundy*** which linked infra structure developments such a High Way which intruded on ownership of property.

Facts of Heather Mundy

Our nation in a virtual transformation of our travel infra structure witnessed a revolution through the Southern Expressway. But it was not without its teething problems.

Petitioners whose lands were being acquired owers purpose filed applications for judicial review challenging the proposed route of the Southern Expressway. The appeal was finally heard in the Supreme Court which articulated the public trust doctrine vis-a- vis economic development. I would like to quote the pertinent words of Late Justice Mark Fernando-

“While development activity is necessary and inevitable owers

sustainable development of a nation, unfortunately it impacts and affects the rights of private individuals, but such is the inevitable sad sacrifice that has to be made for the progress of a nation... The obligation to the society as a whole must predominate over the obligation to a group of individuals, who are so unfortunately affected by the construction of the Expressway."

You can see that the Supreme Court has had its say-the obligation to the society prevails over the obligation to a group of individuals.

Sustainable development may prevail over property rights of individuals.

Individuals who would owe their lands for sustainable development would be generously compensated for it because the fundamental rights jurisdiction of Sri Lanka has developed the concept of monetary compensation under its wide just and equitable jurisdiction.

I must tell you another story to this case. The trajectory of this case from the Court of Appeal to the Supreme Court took such a long time that Sri Lanka was not able to hand over the construction site to the Japanese contractor who had brought all his equipments to Sri Lanka in all earnest to begin work. He had to wait till Heather Mundy was decided finally by the apex court.

After having completed and handed over the Southern Expressway to us, the Japanese contractor sued us at a costly arbitration that went on for months. Sri Lanka ended up having to pay billions of dollars over delay in handing over the site to the contractor-thanks to the long journey of Heather Mundy.

Should we be burdened with cases of this kind and commit Sri Lanka to such a costly affair of an ICC arbitration which ends up in billions of tax payers' dollars being defrayed to pay contractors?

If the obligation to the society prevails over the obligation to group of individuals, should not we apply this glorious jurisprudence to some unmeritorious causes that are being filed in the name of fundamental rights applications? These are the thoughts that prevail today in Sri Lanka because at times every intrusion becomes a violation of fundamental rights in our nation and we today bear in mind the jurisprudence in Heather Mundy and the costly arbitration that followed mandates us owners in the bud unmeritorious causes that virtually amount to abuse of process.

I have dealt with the trilogy of cases and Heather Mundy. All these cases and their pregnant dicta owe us the way forward.

The Supreme Court has been pro-active in its fundamental rights jurisdiction and the trend must continue.

Let me also not forget the *epistolary jurisdiction cases* whereby an application for fundamental rights can be triggered with a letter written to me or to the Supreme Court of Sri Lanka by an impecunious petitioner who is later given legal aid to pursue his grievance.

Public Interest Litigation

We've also introduced public interest litigation into the FR jurisdiction on the basis that under the Constitution sovereignty vests in the people, and therefore the people have a legitimate interest in the manner in which the country's assets are dealt with by public authorities. I have already referred to the LMS case which was filed by a member of Parliament as representing the people and this is the kind of local standby expansion that the Sri Lankan Court has fashioned over effective redress of fundamental rights violations.

I can go on with a series of cases where the judges have been alive and robust enough to expanding the frontiers and certain strands of constitutional trends pervade these developments.

All this has been possible in Sri Lanka because the role of the judiciary has to be understood as the sentinel of our rights under the Constitution.

We have to bear in mind that neither the Constitution nor the Bill of Rights is a self-executing instrument. It is what the judges say it is. The protection of our rights depends upon the interpretation of the Constitution and in particular, of the Bill of Rights.

A most generous Bill of Rights can be reduced to a parchment of promises by narrow and insensitive judicial interpretation.

It is well to remember that the Constitution is not an ephemeral legal document embodying a set of legal rules over passing hour. It sets out principles for an expanding future and is intended to endure for ages to come and consequently to be adapted to the various crises of human affairs.

Therefore a purposive rather than a strictly liberal approach to

the interpretation should be adopted. This principle of interpretation is particularly apposite to the interpretation of a Bill of Rights. It is a fallacy to regard a Bill of Rights as a gift from the state to its citizens.

The Bill of Rights does not confer fundamental human rights. It % confirms their existence and accords them protection.

If only we'd had in mind these gladsome principles, we, as the conscience keepers of the Constitution, would help the promotion and protection of human rights so that we would not only redress the grievances of citizens but have a salutary effect on Administration which knows that it has to conform to the discipline of fundamental rights.

Above all, a Bill of Rights is a constant reminder that the owers of the state are not untrammelled and that human personality is priceless

Thank You