

Yeni Zelanda'da Temel Hakların Korunması

*John McGrath**

Giriş

Yeni Zelanda Yüksek Mahkemesi adına, 50. kuruluş yıldönümünü kutlayan Türkiye Anayasa Mahkemesi'ni kutluyoruz. Yeni Zelanda'da kısa zaman önce kurulan bir Mahkemenin üyeleri olarak, bizi de bu uluslararası sempozyuma davet etmenizden dolayı büyük mutluluk duyduk.

Yeni Zelanda Yüksek Mahkemesi 2004 yılında kurulmuş ve faaliyete başlamıştır. 2003 yılında Parlamento tarafından kabul edilen Yüksek Mahkeme Hakkında Kanun, Yeni Zelanda mahkemelerinin kararlarına karşı Birleşik Krallık Kraliyet Danışma Kurulu'na temyiz başvurusunda bulunma usulüne son vermiştir. Bundan böyle, mahkeme kararlarına karşı temyiz başvurusu yeni kurulan Yeni Zelanda Yüksek Mahkemesi'ne yapılacaktır. Böylece ülkemizdeki yargı sistemi ulusallaştırılmış oldu.

Biz, modern zamanlar için pek de alışık olmadığımız türden anayasal kurumlara sahip bir ülkede faaliyet gösteren bir yüksek mahkemeyiz. Bizim anayasal sistemimiz, klasik İngiliz yazısız anayasa geleneği içinde yer almaktadır. Yeni Zelanda'da, devlet organlarının görevlerini, karşılıklı yetkilerini, kurumların işleyişini ayrıntılı biçimde düzenleyen ve "anayasa" adı verilen bir belge yoktur. Bizim anayasamız, Parlamento tarafından yapılan kanunlardan ve mahkemelerin verdiği kararlarla ortaya çıkan içtihatlardan oluşur. Hükümetin işleyişi ise büyük ölçüde, "anayasal teamüller" olarak nitelendirilen yerleşik uygulamalara göre düzenlenir. Bu geleneksel ve esnek yapı içinde Yeni Zelanda yurttaşlarının hak ve özgürlüklerini koruma işlevinin mahkemelere ait olduğu kabul edilegelmiştir; tarihsel olarak, mahkemelerin bu işlevi etkili biçimde yerine getirdiği gözlemlenmiştir. Bu bağlamda, insan

* Yeni Zelanda Yüksek Mahkemesi Üyesi

haklarının temel bir kurum olduğu kabul edilmekle birlikte yasal bir düzenleme ile koruma altına alma yoluna gidilmemiştir.

Bizim anayasal sistemimizde, yasama organı en yüksek hukuki güce sahiptir. Örneğin, Yeni Zelanda Devleti'nin imzaladığı bir uluslararası sözleşmenin iç hukukta uygulanabilmesi için Parlatentonun bu sözleşmeyi bir kanunla onaylaması gerekmektedir. Dolayısıyla, Parlatentonun insan haklarına aykırı kanunlar çıkarması, en azından teorik olarak, imkan dahilindedir. Yeni kurulan Yüksek Mahkeme'nin bu anayasal çerçevede nasıl çalıştığını, temel haklar alanı üzerinden açıklamaya çalışacağım.

Temel Haklar Bildirgesi: Tarihsel Gelişim

Yeni Zelanda mahkemelerinin temel haklar konusunda bir yasal düzenleme çerçevesinde faaliyet göstermesi çok yeni bir durumdur. Temel Haklar Bildirgesi 1990 yılında bir kanunla kabul edilmiştir.

Tarihsel olarak, Yeni Zelanda Parlatentosu, toplumsal reform yönünde çıkardığı yasalarla ilerlemeci bir kurum olarak görülür. Başka ülkelerde 19. ve 20. yüzyıllarda yaşanan anayasal depremler ve anayasal reform çabaları Yeni Zelanda'da yaşanmamıştır. Temel hakları güvence altına alan bir bildirgenin kabulü, ilk olarak 1960 yılında teklif edilmiştir. Bu girişim başarısızlıkla sonuçlanmıştır, çünkü bir Temel Haklar Bildirgesi'nin yol açabileceği sorunlar nedeniyle ciddi tereddütler ortaya çıkmıştır. Dile getirilen tereddütlerden biri, diğer kanunlarla Temel Haklar Bildirgesi arasında ortaya çıkabilecek çelişkiler konusundaydı. Bir diğer çekince de bu tür bir Temel Haklar Bildirgesi'nin kabulü halinde mahkemelerin önüne çok sayıda uyuşmazlık gelmesi ihtimalinden kaynaklanıyordu. Temel Haklar Bildirgesi'ne özel bir statü tanınması halinde, yargıçların önüne gelen uyuşmazlıklar olağan kanunların bu Bildirge'ye göre gözden geçirilmesi sonucunu doğuracaktı. Yargıçların böylesi bir değerlendirmeyi haklı kılacak demokratik meşruiyetten yoksun olduğu düşünölmekteydi. Temel Haklar Bildirgesi bu gerekçelerle reddedildi.

Kişi Hakları ve Siyasi Haklar Hakkında Uluslararası Sözleşme Yeni Zelanda tarafından 1978 yılında onaylandı.¹ 1980'li yıllarda, siyasal sistemin işleyişi hakkında ülke genelinde yapılan bir tartışma vardı. Yazılı bir

¹ İsteğe bağlı Ek Protokol de 1989'da onaylanmıştır.

anayasanın olmadığı, Parlamentonun da tek meclisten oluştuğu Yeni Zelanda'da yürütme organının çok geniş yetkilere sahip olduğu iddia edilmekteydi. İddia sahiplerine göre, Hükümet Parlamento'yı istediği gibi yönlendirebilmekteydi; bu nedenle, Yeni Zelanda'nın anayasal sistemi yürütme organı için "adeta bir cennetti". 1985'te anayasal reformlara olumlu bakan bir hükümet işbaşına geldi ve yayımladığı Beyaz Kitap'ta hükümetin yetkilerini sınırlandırmak üzere bir Temel Haklar Bildirgesi'nin kabul edilmesini gündeme getirdi. Bildirge'nin hazırlanması için Parlamento üyelerinden bir Komite oluşturuldu. Komite, uzun sürecek bir danışma sürecini başlattı.

Başlangıçta, Temel Haklar Bildirgesi'nin yasama işlemleri ve hükümetin bütün kararları için ölçü norm niteliğinde bir belge olması öngörülmekteydi. Bildirgeye aykırı yasama işlemleri ve hükümet kararları mahkemeler tarafından geçersiz sayılacaktı. Klasik yasama usulünün dışına çıkılarak, Temel Haklar Bildirgesi'ne üst norm statüsü tanınması teklif ediliyordu.

Ancak, Temel Haklar Bildirgesi bu şekliyle kabul görmedi. Komite'deki üyelerin çoğunluğu, Bildirge'ye üst norm statüsü verilmesi teklifine karşı çıktı. Kamuoyundaki genel kanı da yasaların bu tür bir bildirgeye uygunluğunun yargıçlarca denetlenmesinin doğru olmadığı yönündeydi. Danışma sürecinde ortaya çıkan genel kanaate göre, yargıçlar böyle bir denetim için gereken demokratik meşruiyetten ve deneyimden yoksundu. Hatta böyle bir Haklar Bildirgesi'nin kabulü konusunda bile Komite ikiye bölünmüştü.

Temel Haklar Bildirgesi bütün bu tartışmalara rağmen 1990 yılında kabul edildi. Parlamento tarafından olağan yasama işlemi şeklinde kabul edilen metin, teklifin ilk haline göre kısmen değişikliğe uğramış bir versiyonuydu. Bu durum, ilkeli bir karardan ziyade pragmatik bir uzlaşma sonucu ortaya çıkmıştı ve yasanın etkili biçimde uygulanıp uygulanmayacağı konusunda ciddi kuşku vardı. Haklar Bildirgesi'nin hukuk düzenindeki yeri bu kuşkuyla güçlendirmekteydi. Anayasal düzendeki sembolik önemi ne olursa olsun, formel açıdan baktığımızda Haklar Bildirgesi olağan yasalarla aynı düzeydedir ve diğer yasalara karşı herhangi bir üstünlüğü yoktur. Parlamentodaki çoğunluk her zaman için Haklar Bildirgesi'ne aykırı kanunlar yapabilir.

Korunan Haklar: Sınırlılıklar

Temel Haklar Bildirgesi, esas olarak kişi haklarını ve siyasi hakları güvence altına almaktadır. Bildirge'nin maddeleri büyük oranda Kişi Hakları ve Siyasi Haklar Hakkında Uluslararası Sözleşme'den hareketle kaleme alınmıştır. Zaten Yeni Zelanda'nın bu Sözleşme'ye bağlılığı da açıkça ifade edilmiştir. Temel Haklar Bildirgesi'nde, hak arama özgürlüğünün gerekli kıldığı usul kurallarına özel bir önem verilmiştir. Bununla birlikte, özellikle hakların sınırlandırılması konusunda Temel Haklar Bildirgesi ile Uluslararası Sözleşme arasında bir kısım farklılıklar da mevcuttur.

Temel Haklar Bildirgesi güvence altına alınan haklarla ilgili bir genel sınırlama hükmüne yer vermektedir.² Buna göre, temel haklar sadece özgür ve demokratik bir toplum düzeninde haklı ve makul görülebilecek ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Yüksek Mahkeme kanunla getirilecek sınırlamaların açık olması gerekliliğini vurgulayan kararlar vermiştir. Kanunlarda, kanun-altı düzenlemelerde ve içtihat hukukunda bu sınırlamalar açık biçimde belirtilmelidir. Mahkemeler de yorum yetkilerini kullanarak, önlere gelen spesifik olaylardaki sınırlamaların bu şartlara uygunluğunu denetlemelidir.

Yüksek Mahkeme'nin bugüne kadar edindiği deneyim ışığında, temel haklara getirilen sınırlamaların ya başka bir kişinin haklarını ya da bir toplumsal değeri korumayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin işlevi, çatışma halinde olan çıkarlar arasında bir uzlaşma sağlamaya çalışmaktır. Mahkememizin burada izlediği "çıkarları uzlaştırma" yöntemini bu konferansta temsil edilen pek çok Mahkemenin de kullandığına eminim. Yeni Zelanda Yüksek Mahkemesi, önüne gelen somut uyuşmazlıklarda, çatışan çıkarların her birini eşit biçimde dikkate almak gerektiğini kabul etmiştir. Mahkemeler "çıkarları uzlaştırma" sürecinde, izlenimlerin etkisi altında kalarak değil makul gerekçelerle karar vermelidir.³

Yeni Zelanda anayasal düzeninde, mahkemeler kanunları geçersiz sayma yetkisine sahip değildir. Temel hakların korunması alanında mahkemelerin esas önemi, yasaların yorumlanması konusunda ortaya

² 5. Bölüm

³ Brooker v Police [2007] 3 NZLR 91.

çıkılmaktadır. Haklar Bildirgesi'nde mahkemelerin yorum yöntemlerine ilişkin olarak bazı ilkelere yer verilmiştir. Buna göre, mahkemeler kanunların yorumlanması işlevini yerine getirirken, mümkün olduğu kadar Temel Haklar Bildirgesi'yle örtüşen yorumu tercih etmelidir.⁴ Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme Haklar Bildirgesi'ndeki bu yorum ilkesinin Parlamento'nun temel hakları sınırlandırıcı düzenlemeler yapma yetkisini ortadan kaldıracak biçimde kullanılmayacağını belirtmiş; Parlamento'nun temel haklara yönelik olarak meşru ve makul ölçüler içinde sınırlama getirme iradesine saygı duyulması gerektiğini ifade etmiştir.

Öte yandan, Temel Haklar Bildirgesi'ne göre, herhangi bir kanunun Bildirge'yle uyumlu biçimde yorumlanmasının mümkün olmadığı hallerde mahkemeler bu durumu tespit ederek söz konusu kanunu uygulamakla yükümlüdür.⁵ Yeni Zelanda mahkemeleri bu hükmün uygulanmasında, Birleşik Krallık mahkemelerinin 1998 tarihli İnsan Hakları Yasası'ndaki benzer yorum ilkeleri karşısında takındığı mücadeleci tavrıdan uzak durmayı tercih etmişlerdir. Yeni Zelanda mahkemeleri hiçbir zaman yasaların temel hakların korunması yönünde yorumlanması için şartları zorlamaz. Yargıçlarımız Yeni Zelanda anayasal düzeninde, insan haklarına ilişkin olarak çatışan değerler arasında "nihai uzlaşmayı" sağlama sorumluluğunun mahkemelere değil, parlamentoya ait olduğunu düşünmektedir.

Bununla birlikte, Parlatentonun temel hakların sınırlanması yönünde bir iradesi varsa bu irade kanunda açıkça belirtilmeli ve düzenlenmelidir. Yüksek Mahkeme, sınırlama iradesinin kanunda açıkça belirtilmediği durumlarda mahkemelerin hakların sınırlanması yönünde bir yorum yapamayacağını ifade etmiştir. Temel haklara aykırı düzenleyici işlemler de ancak yetki kanununda temel hakların sınırlanması yönünde açık hüküm varsa geçerli olur.

Yürütme Organı Üzerindeki Etkiler

Her ne kadar Temel Haklar Bildirgesi'nde, bu bildirgenin insan haklarının ve temel özgürlüklerin Yeni Zelanda'da "tanınması" amacıyla yapıldığı belirtilse de, Temel Haklar Bildirgesi uygulamada, özellikle yürütme

⁴ 6. Bölüm

⁵ 4. Bölüm

organu üzerindeki etkileri dikkate alındığında, temel hakları dönüştürmüş ve daha da ileri düzeylere ulaştırmıştır.

Yüksek Mahkeme'nin temel hakların uygulanmasına ilişkin olarak en etkili olduğu alanların başında ceza yargılama sistemi gelir. Yeni Zelanda'da kolluk kuvvetlerinin işleyişi hakkında herhangi bir yasal düzenleme bulunmayışı, kolluk yetkilerinin kullanılması konusunda Yüksek Mahkeme tarafından verilen kararları daha da önemli kılmaktadır. Özellikle keyfi arama, yakalama ve tutuklama konularında Yüksek Mahkeme'nin Temel Haklar Bildirgesi'nden hareketle verdiği kararlar sayesinde büyük ilerleme kaydedilmiştir. Bu haklar daha önce de içtihat hukuku ile korunmaktaydı fakat mahkemeler Temel Haklar Bildirgesi'nin daha etkili bir koruma sağladığı düşüncesiyle özellikle Yürütme organına karşı Bildirge hükümlerini öne çıkarmayı tercih etmişlerdir. Gerek Yüksek Mahkeme gerekse alt mahkemeler tarafından verilen kararlar, kolluk yetkilerinin kullanılma koşullarında önemli ölçüde iyileşme sağlamıştır.

Yeni Zelanda Temel Haklar Bildirgesi, hak ihlallerine karşılık olarak tazminat ödenmesi yönünde herhangi bir hüküm içermemekteydi. Mahkemeler keyfi arama, yakalama, tutuklama gibi ihlaller karşısında içtihat hukukundan gelen çözümleri uygulamaya devam etmekteydi. Temyiz Mahkemesi 1994 yılında verdiği bir kararda, maddi tazminata ilişkin hükümlerin Haklar Bildirgesi'nde (zımnen) mündemiç olduğunu belirterek arama emrinin düzenlenmesindeki bir hata nedeniyle yanlış evde yapılan bir aramadan dolayı polis teşkilatı aleyhine tazminata hükmetti. Temyiz Mahkemesi'ne göre, hak ihlalini etkili biçimde giderebilmek için maddi tazminata hükmedilebilmesi şarttır.⁶ Yüksek Mahkeme de hükümlülere kötü muamele nedeniyle ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta, bir temel hakkın yürütme organu tarafından ihlali halinde bu zararın maddi tazminat dışında başka bir şekilde giderilmesi mümkün değilse, devletin tazminata mahkum edilmesi gerektiğini karara bağlamıştır. Yargı yerlerince verilen kararlardan kaynaklanan hak ihlallerinde ise maddi tazminata hükmedilmez, çünkü bu kararlara karşı zaten temyiz yolu açıktır.

⁶ Kişi Hakları ve Siyasi Haklar Hakkında Uluslararası Sözleşme'nin 2. maddesinin 3. fıkrası da bu yöndedir.

Parlamentodaki Uygulama

Temel Haklar Bildirgesi'nin diğer kanunlara karşı herhangi bir üstünlüğü olmamakla birlikte, olağan yasama sürecinde Temel Haklar Bildirgesi'nin dikkate alınması gerekmektedir. Adalet Bakanı yasa tekliflerinde Temel Haklar Bildirgesi'ne aykırılık görürse Parlamento'yu bu durum hakkında bilgilendirmek zorundadır. Uygulamada, Adalet Bakanı herhangi bir yasa teklifi hakkında kendisine ulaşan her türlü resmi görüşü yayımlayarak kamuoyunun bilgisine sunmaktadır. Yayımlanan görüşlerin Parlamento üzerinde bağlayıcılığı yoktur. Ancak, bu usul hükümet bünyesinde temel haklarla ilgili olarak titiz bir inceleme alışkanlığı oluşturmuştur. Hükümetin temel haklar alanında mahkemelerin yorumlarından ve kararlarından önemli ölçüde yararlandığı görülmektedir. Akademik gözlemciler göre, Bildirge'nin mahkemeler tarafından etkili biçimde uygulanmasının bir sonucu olarak, Temel Haklar Bildirgesi kabul edildiği dönemde hayal bile edilemeyecek ölçüde idari süreçlere nüfuz etmiştir.

Yeni Zelanda Parlamento'sunun Adalet Bakanlığı'ndan gelen uyarılara rağmen, temel haklarla çelişen kanunlar kabul ettiği olmuştur. Temel haklara aykırı bir kanun teklifine karşı Adalet Bakanlığı'ndan herhangi bir görüş gelmediği de olmuştur. Yüksek Mahkeme bu durumu eleştirerek, herhangi bir kanunun temel hak ve hürriyetleri haksız biçimde sınırlandırdığını tespit eden bir mahkemenin bu durumu kararında açıkça belirtmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yeni Zelanda'da ne yasama organının ne de yürütme organının bir hak ihlalini ortadan kaldırmak amacıyla değişiklik girişiminde bulunma yükümlülüğü vardır. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme yetkili makamlarca kanunun amaçlarının ve uygulama araçlarının yeniden gözden geçirilmesinin bir "anayasal beklenti" olduğunu belirtmiştir.

Uluslararası Etkiler

Temel Haklar Bildirgesi'nin kabul edildiği 1990 yılında, Bildirge'nin hazırlanışı sırasındaki tartışmalara bakılarak bu belgenin devlet mekanizması üzerinde fazla bir etkiye sahip olmayacağı düşünülüyordu. Haklar Bildirgesi'nde kabul edilen değerlere bağlılık konusundaki güçlü ifadeler ile Bildirge'ye olağan kanunlar karşısında üstünlük tanınması talebine Parlamento'nun verdiği olumsuz cevap arasında aşılabilir bir çelişki olduğuna inanılıyordu.

Yeni Zelanda'dakine benzer türden Temel Haklar Bildirgeleri 1990'dan bu yana başka ülkelerde de -örneğin Birleşik Krallık ve Avustralya'daki Victoria Eyaleti- kabul edilmiştir. Bununla birlikte, Birleşik Krallık'taki 1998 tarihli İnsan Hakları Yasası'nın, Yeni Zelanda'dakinden farklı bir anayasal çerçevede uygulanmakta olduğunu belirtmemiz gerekir. Birleşik Krallığın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olması nedeniyle, Birleşik Krallık ulus-üstü bir hukuk düzeni içinde yer almaktadır. Bu durum, yasama organının üstünlüğünü önemli ölçüde sınırlandırmaktadır.

Yeni Zelanda Yüksek Mahkemesi, insan haklarına ilişkin olarak verdiği kararlarda başka ülkelerdeki mahkemelerin kararlarını ve uluslararası mahkemelerin kararlarını izlemeye çalışmaktadır. Gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin gerekse Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin kararları bizim için çok değerlidir. Yeni Zelanda mahkemeleri uluslararası hukuk kaynaklarına gittikçe artan oranda önem vermektedir. Düzenlemiş olduğunuz uluslararası sempozyumu da bu çerçevede değerlendiriyoruz ve Yeni Zelanda Yüksek Mahkemesi'nin başka ülkelerdeki mahkemelerin deneyimlerinden daha fazla yararlanmasına katkı sağlayacağına inanıyoruz.

ENFORCING A STATUTORY BILL OF RIGHTS IN NEW ZEALAND

*John McGrath**

Introduction

The Supreme Court of New Zealand extends its congratulations to the Constitutional Court of Turkey on the occasion of that Court's 50th Anniversary. I also wish to record the appreciation of the members of the much younger equivalent Court in New Zealand of the invitation to participate in this international symposium.

The Supreme Court of New Zealand was established by the New Zealand Parliament as recently as 2004. The Supreme Court Act 2003 had terminated the previous longstanding final right of appeal from New Zealand courts to the Privy Council of the United Kingdom and substituted the newly created Supreme Court of New Zealand in that final appellate role. The judicial system of our country was thereby patriated.

We are the final court of a country with what in modern times are unusual constitutional arrangements. They reflect the classical British model of an unwritten, unentrenched constitution. New Zealand does not have a written constitution in the form of an entrenched text, which establishes the institutions of the state and specifies their powers and the checks and balances within which each branch of government operates. There is no such single authoritative document. Our constitution principally comprises rules of statute law, enacted by Parliament and the common law emanating from the decisions of the Courts. As well, we have other understandings according to

* Supreme Court of New Zealand

which government is conducted which are recognised as conventions of the constitution. Within this traditional and flexible structure, the rights and freedoms of New Zealanders have been protected, and historically seen as adequately protected by the decisions of the judges under the common law. In this context human rights have always been viewed as fundamental but not the subject of supreme law. In the hierarchy of our constitution, the legislature is the supreme lawmaker. When New Zealand becomes a signatory to an international agreement, obligations under that agreement only become directly enforceable domestically when Parliament has incorporated them into municipal law by statute. Accordingly, in theory at least, the legislature can override human rights. How our new Court functions within this constitutional structure is conveniently illustrated by reference to its work in the field of human rights.

Bill of Rights: legislative history

The period during which the New Zealand courts have been working under a human rights instrument has also been rather short. Our Bill of Rights was enacted, by ordinary statute making processes, in 1990.

Historically, the New Zealand Parliament has been seen as generally progressive in its output of social reform legislation. New Zealand has not experienced any seismic constitutional events, of the sort that led on to major constitutional reform in other countries in the 19th and 20th centuries. A Bill of Rights was first seriously proposed in New Zealand in the 1960s. That initiative was unsuccessful, because concerns arose over what the consequences of adopting a Bill of Rights might be. One fear was that there would be uncertainty in the law over when legislation might be struck down. Another was the perceived likelihood that an increased volume of litigation would overwhelm the courts. A strong view emerged that judges lacked the democratic legitimacy to review the lawmaking of the legislature. The proposal lapsed.

The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) was acceded to by New Zealand in 1978.¹ By the early 1980s, there were growing national concerns about the extent of executive power within a governmental

¹ Along with the optional Protocol to the Covenant in 1989.

system that lacked a written constitution and also had a unicameral legislature. Critics argued that New Zealand had become an “executive paradise” with the Cabinet dominating the Parliament. In 1985 a new government, which was sympathetic to constitutional reform, published a “White Paper” outlining its policy of introducing a Bill of Rights for New Zealand which would guarantee rights and freedoms by imposing new limits on government power. The Bill was referred to a Select Committee of Parliament which undertook a lengthy process of public consultation.

As introduced, the Bill of Rights was an instrument for setting standards that would have to be met by legislation and all government decisions. Non-complying legislation and executive action could be struck down by the courts. The Bill of Rights was to be enacted as entrenched legislation and supreme law. The classical model would be set aside.

But this is not how the Bill of Rights emerged from the parliamentary hearings process. A majority of the Select Committee rejected the proposal for entrenchment. The view of the majority of the general public, as ascertained during the consultative process, continued to be that judges lacked both the legitimacy and experience in areas of the policy of the law, to deal with them in a substantive way. The Select Committee was even divided on whether the proposal for a Bill of Rights should proceed at all, in any form.

Nevertheless, a modified Bill of Rights was enacted in 1990, as an Act of Parliament, without entrenchment of its provisions by a divided House of Representatives. This was the result of a pragmatic compromise rather than a principled choice. Few expected the legislation to have significant effect. Despite its constitutional significance, the Bill of Rights remains an ordinary statute which is not hierarchically superior to other legislation. It can be repealed by a Parliamentary majority.

Protected rights: limitations on scope

The Bill of Rights Act protects civil and political rights, its provisions drawing on the rights recognised in the ICCPR and expressing affirmation of New Zealand’s commitment to that Covenant. The focus is on procedural rights. There are textual differences between the Bill of Rights and the ICCPR, in particular in how limitations on rights are provided for.

The Bill of Rights Act includes an all-encompassing provision permitting limitations on protected rights.² Rights may be restricted by, and only by, such reasonable limits, prescribed by law, as can be demonstrably justified in a free and democratic society. The Supreme Court has held that to be prescribed by law such limits must be identifiable and expressed with sufficient precision in primary or subordinate legislation or the common law. The judiciary's role of interpretation includes ascertaining the limits in particular cases.

The Court's experience is that justification of a limitation on a right involves the protection of either another person's right or a societal value. Its task is to bring the discord created by the competing interests into harmony. The Court does that through a balancing process that I am sure is undertaken by many of the Courts represented at this conference. In New Zealand the Court has said that the essence of a particular situation must be examined with due weight given to conflicting interests. We have emphasised that our courts must conduct the balancing exercise through structured reasoning rather than an impressionistic process.³

The constitutional role of the New Zealand courts in upholding protected rights does not extend to overriding legislation, but their interpretative function is of importance. The Bill of Rights gives us instructions on interpretation. The courts must prefer a meaning of another enactment that is consistent with protected rights wherever the enactment "can be given" that consistent meaning.⁴ The Supreme Court has, however, decided that this direction on interpretation does not limit the scope of deliberate choices in legislation, which have the effect of limiting rights, but to an extent which is demonstrably justified.

But, where the other enactment cannot be given a meaning that is consistent with protected rights, the Bill of Rights Act requires the courts to give effect to the inconsistent meaning.⁵ In applying this direction, the

² Section 5.

³ *Brooker v Police* [2007] 3 NZLR 91.

⁴ Section 6.

⁵ Section 4.

Supreme Court has not adopted the more assertive approach of the United Kingdom courts to similar interpretative directions in the Human Rights Act 1998 (UK). A New Zealand court will not give legislation a rights-consistent interpretation that it cannot on ordinary principles reasonably bear. The view has been taken that, in the New Zealand constitutional context, judges should not assume responsibility for determining the ultimate balancing of human rights values.

On the other hand, the Supreme Court has made clear that if Parliament intends in legislation to curtail fundamental rights, it should express that intention very clearly or the courts will not interpret the law to give it that desired effect. And if subordinate legislation, made by the executive under statutory powers, infringes protective rights, the infringement will only be given effect if the empowering statute can only be read as mandating the inconsistent subordinate legislation.

Executive compliance

Although the long title of the Bill of Rights Act states among other things that it was enacted to “affirm” human rights and fundamental freedoms in New Zealand, the effect of its operation in relation to the executive branch has gone further to transform and develop those rights in their application.

The area of greatest impact of the Supreme Court in this respect has been in the criminal justice system. The absence of prescriptive statutory authority for law enforcement in New Zealand has resulted in the police coming under direct scrutiny according to the standards that the Court decides are set by the Bill of Rights, particularly its protections against unreasonable search and seizure, and arbitrary arrest or detention. Similar protections were previously available under the common law, but the courts have decided that the Bill of Rights now covers the field in relation to actions of the executive. The Supreme Court’s decisions under the Bill of Rights, and those of lower courts, have resulted in much less acquiescence in unlawful high-handed or careless law enforcement by the police.

The New Zealand Bill of Rights Act did not include any express remedial provisions. The courts have continued to give the remedy available at

common law of exclusion of evidence where rights to be free of unlawful and unreasonable search and seizure and rights not to be arbitrarily arrested, detained or charged have been breached. A judgment of the Court of Appeal, in 1994, held it was implicit in the Bill of Rights Act that monetary relief could be granted against the police where an error in a warrant led to a search being undertaken of the wrong property. That was necessary to provide an effective remedy for the breach of rights.⁶ The Supreme Court has since confirmed, in a proceeding involving mistreatment of prisoners, that awards of monetary damages were available from the state for breach of citizens' rights by the executive, where a just outcome would not be achieved without that remedy. This right to compensation has not, however, been extended to breaches of rights resulting from judicial decisions which, of course, are subject to appeal.

Application to Parliament

Although its provisions do not override other legislation, the Bill of Rights Act does apply to the Parliamentary process and requires that the Attorney-General report to Parliament where any Bill is introduced that appears to be inconsistent with the protected rights and freedoms. The practice is to publish all official advice given to the Attorney-General, who is a Minister and member of the executive, regardless of conclusions as to compliance. This has given rise to the development of rights vetting procedures in government. Response to the Bill of Rights within government generally has reflected the courts' decisions on interpretation. Academic commentators have observed that, as a result of its application by the Court, the Bill of Rights has now permeated the government administrative process to an extent never anticipated at the time it was enacted.

At times the New Zealand Parliament has enacted legislation despite advice from the Attorney-General of its inconsistency. As well, legislation has been enacted without an adverse report from the Attorney-General. This has been criticised by the Supreme Court, which has expressed the view that where the courts have decided that a statute infringes protected rights and freedoms, in circumstances which are not a justified limitation, the courts should say so in their judgments. While in New Zealand neither the legislature nor the executive are bound to initiate changes to the law to remedy an identified

⁶ As required by art 2(3) of the ICCPR.

inconsistency, the Court has also said that is a constitutional expectation that there will be a reappraisal of the law's objectives and the means by which they were implemented.

International influences

In 1990 the general expectation was that the New Zealand compromise form of Bill of Rights would have minimal effect on government. There was a widespread feeling that there was a striking contrast between the aspirational language of commitment to values in the Bill of Rights and the Parliament's rejection of the notion that domestic statutes falling short of its standards would be invalidated.

It is accordingly interesting that the model of a statutory Bill of Rights has since 1990 been adopted with some adaptations in other jurisdictions, including the United Kingdom and the State of Victoria in Australia. The Human Rights Act 1998 (UK) operates in a different constitutional framework than that of New Zealand. As a signatory to the European Convention on Human Rights, the United Kingdom is more directly linked to a supra-national legal system, diluting the supremacy of the legislature to a considerable extent.

The New Zealand Supreme Court is very much guided in its jurisprudence by the human rights decisions of other States and international courts and tribunals. Both the European Court of Human Rights and United Nations Human Rights Committee⁷ jurisprudence is of great value to us. There is an increased perception in the New Zealand courts of the importance of the sources of international law generally to our work. The experience of participation in the symposium will foster the benefits the New Zealand Supreme Court derives from other jurisdictions.

⁷ Under the ICCPR scheme, the views of the Human Rights Committee are of important relevance to the assessment by state parties of their obligations under the ICCPR.