

# Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri

*Tun Arifin bin Zakaria*  
*Malezya Federal Yüksek Mahkemesi Başkanı*

## 1.0 Giriş

Anayasa yargısı kavramı, bir anayasa mahkemesi ya da yüksek mahkemenin anayasanın muhafaza edilmesini ve temel hak ve özgürlüklerin<sup>1</sup> korunmasını temin etmeye yönelik yerine getirdiği tüm görevleri tanımlamak için kullanılan genel bir kavram olarak görülebilir. Bir anayasa ülkenin temel kanunudur.<sup>2</sup> Bir anayasa, tanımlanmış yetkilerin ve görevlerin verildiği temel organlarla ülkenin nasıl yönetilmesi ya da düzenlenmesi gerektiğine ve adaletin nasıl yönetildiğine ilişkin siyasi yapıyı ortaya koyar. İdeolojik düzeyde, anayasa ait olduğu toplumun dayandığı felsefi ve temel değerleri sağlar.<sup>3</sup> Anayasa, demokratik ya da totaliter, kapitalist ya da sosyalist, teokratik ya da laik olsun, ülkenin ideolojisini yansıtır.

Şimdiye dek, anayasal yoruma ilişkin herhangi bir birleştirilmiş yöntem mevcut olmadı. Yaklaşımındaki farklılık, kararın nihai geçerliliğine ilişkin kaygılara, yani anayasanın anayasa yargısını içerip içermediği gibi kaygılara yol açar. Bu sunumda yukarıdaki mesele ele alınacak ve anayasanın yorumlanması konusunda Malezya yargısınca kabul edilen çeşitli yöntemler değerlendirilecektir.

## 2.0 Malezya Anayasasına Kısa Bir Bakış

Malay Anayasası'nın taslağı, Malay Yöneticiler Konferansı uyarınca İngilizler tarafından atanmış olan Reid Komisyonunca hazırlandı.<sup>4</sup>

---

1 Giuseppe Franco Ferrari, Introduction to Italian Public Law, Giuffre Editore, sf. 184

2 Shad Saleem Faruqi, "Document of Destiny. The Constitution of the Federation of Malaysia", (2008), MALAYSIA Star Yayınları (Malezya) Berhad, sf. 20.

3 Ibid.

4 Koloni Ofisi, Malay Anayasa Komisyonu Federasyonu Raporu 1957, Majesteleri Bürosu, Londra, sf.4

Komisyon üyeleri, diğer yargı mercilerinden gelen hukuk uzmanlarından oluştu. Böylece, temel yapısının Westminster modelinden olduğu kadar Hint Anayasası'ndan alınmış olmasına rağmen, Anayasa'nın nihai hali yalnızca Hint ve İngiliz modellerinden değil, gerek yerel gerek yabancı olmak üzere geleneklerin ve ilkelerin bir karışımından elde edilmiştir. Taslak, Malezya'nın 1963 yılında kurulmasıyla Malezya Anayasası'na dönüştü.

Malezya Anayasasının temel yapısı aşağıdaki özelliklerden oluşur:

- (a) Anayasanın üstünlüğü;
- (b) Demokratik yönetim biçimi;
- (c) Yasama, yürütme ve yargı arasındaki kuvvetler ayrılığı;
- (d) Eyaletler ve Federasyon arasında kuvvetler ayrılığına yer verilen Anayasa'nın federal niteliği; ve
- (e) Anayasanın II. bölümünde Temel Hürriyetlerin Korunması.

### 3.0 Anayasanın Üstünlüğü

Malezya'da, Federal Anayasa üstündür.<sup>5</sup> Bu, Anayasanın madde 4(1)'inde şöyle öngörülür ki:

*"4 (1) Bu Anayasa Federasyonun en üst düzeydeki kanunudur ve Bağımsızlık Gününden sonra bu Anayasa'ya aykırı olarak çıkarılan herhangi bir kanun, aykırılık ölçüsünde, geçersizdir."*

Bu hüküm, anayasa öğretisi olarak bilinen Amerikan anayasa kavramından alınmıştır. Bu öğreti ve hüküm, **B Surinder Singh Kanda v The Government of The Federation of Malaya**<sup>6</sup> davasında Lord Denning tarafından kabul edildi ki bu davada Hâkim aşağıdaki sözleri ifade etti:

*"Malay Federasyonu, 31 Ağustos 1957 olan Bağımsızlık Gününde kuruldu. O zamandan beri Anayasa, Federasyonun en üst düzeydeki kanunudur (madde 4)"*

5 Tun Mohamed Suffian, An Introduction to The Constitution of Malaysia, editörler Tunku Sofiah Jewa, Salleh Buang & Yaacob Hussain Merican, Üçüncü Baskı, 2007, sf. 17.

6 [1962] MLJ 169 sf. 170

**Loh Kooi Choon v Government of Malaysia**<sup>7</sup> davasında, Prens Hazretleri Raja Azlan Shah FJ (o zaman Prens Hazretleri idi) anayasal üstünlük kavramlarını aşağıdaki sözlerle ifade etti:

*“Anayasa sadece göstermelik klişelerin bir derlemesi değildir. Üç temel kavramı içeren, ülkenin en üst düzeydeki kanunudur: Bu kavramlardan biri, bireyin devlet gücünün bile el uzatamayacağı belirli temel haklarının olduğudur. İkincisi, egemen gücün Eyaletler ve Federasyon arasındaki dağılımıdır, yani egemenlik yetkisini yerel meselelerde 13 Eyaletin, ülke geneline etkileyen meselelerde ise milletin kullanmasıdır. Üçüncüsü, hiçbir şahıs ya da kurumun tam olarak egemenlik yetkisini kullanmaması, fakat bunun yürütme, yasama ve yargı erkleri arasında dağıtılmasıdır ki bu da kısaca insanların değil kanunların hükümeti olduğumuz şekilde modern bir anlamda ifade edilir.”*

Hâkim ayrıca aşağıda yer alan sözleri ifade etti-

*“Bana göre bu gerekçe (muhakeme), en üst düzeyde yer alan, olağan yollarla değiştirilemez olan Anayasanın sıradan bir kanundan farklı olduğu ve böyle olunca da kendi ile tutarsız olamayacağı temeline dayanmaktadır. Anayasa en üst düzeyde yer alan kanundur çünkü kurumsal davranış normlarını ve iyi yönetim ilkesini belirlemektedir. İşte bu nedenle, Malaya Federasyonu ve sonra Malezya, Anayasa’yı dokuz Malay Eyaletinin ve eski Penang ve Melaka Yerleşimlerinin onayı ile kabul etmeye başladı ve Federasyona 1963 yılında giren Sabah ve Sarawak Eyaletlerinin de Anayasa’yı “Federasyonun en üst kanunu” olarak kabul etmesiyle...”(4. madde fıkra 1). Dolayısıyla Anayasa, oluşturduğumuz ve sahip olduğumuz en önemli çalışma belgesidir...”<sup>8</sup>*

**Sivarasa Rasiah v Badan Peguam Malezya & Anor**<sup>9</sup> davasında Federal Mahkeme, Federal Anayasa’nın madde 4(1)’inde yer verilen anayasanın üstünlüğü ilkesini de destekledi. Mahkeme şunu ileri sürdüğü:

*“Ayrıca, Federal Anayasa’nın oluşturulma biçiminden şu açıktır ki bu Anayasa’nın temel dokusunu oluşturan belirli özellikleri vardır. Temel yapıya aykırı herhangi bir kanun (Anayasa’ya değişiklik getiren bir kanun dâhil), Anayasa izin vermediği sürece, Anayasa’ya aykırı olduğundan hükümsüz kılınabilir. Belirli bir özelliğin temel yapının bir parçası olup olmadığına, dava*

7 [1977] 2 MLJ 187 sf. 188

8 Ibid., sf.190.

9 [2010] 3 CJI, sf. 517

*bazında karar verilmelidir. Yalnız şu kadarını söyleyeyim ki mahkemelerde yasal olarak geçerli olan II. bölüm ile güvence altına alınan haklar, Federal Anayasa'nın temel yapısının bir kısmını oluşturur. Bakınız Keshavanada Bharati Kerala Eyaleti AIR [1973] SC 1461".*

Kısacası, gerek Federal gerek Eyalet kanunu olsun, Anayasa'nın Parlamento ya da Eyalet Yasama Meclislerince çıkarılan herhangi bir kanunun üzerinde üstünlüğü vardır.

Malezya Anayasası en üst düzeydedir ve Parlamento dâhil Devletin tüm organları Anayasa'yla bağlıdır. Parlamentomuz yetkisini, yasama gücünü Federasyon ve Eyaletler arasında paylaştıran Anayasa'dan almaktadır. Anayasa'da, Parlatentonun kanun çıkarabildiği konular ve de Eyalet Yasama Meclislerinin kanun çıkarabildikleri konular belirtilir.

Böylece, Parlamento veya Eyalet Yasama Organınca çıkarılan herhangi bir yasa, eğer Anayasa'ya aykırı ise, aykırılık ölçüsünde mahkeme tarafından hükümsüz kılınabilir.<sup>10</sup>

#### **4.0 Anayasanın Yorumlayıcısı Olarak Federal Mahkeme**

Federal Mahkeme ülkenin en yüksek mahkemesidir ve Anayasa Mahkememiz olmadığından, etkin şekilde ülkenin Anayasa Mahkemesidir. Federal Mahkemeye Anayasa'nın yorumuna ilişkin özel bir yetki verilmiştir.

Bu, Anayasanın 128. maddesinde açıklanmaktadır. Federal Mahkemenin şu hususlarda özel bir yetkisi vardır:

(a) Parlamento ya da bir Eyaletin Yasama Organınca çıkarılan bir kanunda bu organların kanun yapma yetkisinin bulunmadığı bir konuda bir maddenin öngörüldüğü gerekçesiyle kanunun hükümsüz olup olmadığı meselesi; ve

(b) Eyaletler arasında veya Federasyon ve Eyaletler arasında çıkan herhangi bir başka soruna ilişkin ihtilaflar.

Federal Mahkemenin kendisine bir diğer mahkemenin havale etmiş olduğu bir Anayasa hükmünün etkisine ilişkin bir meseleyi karara bağlama ve de aynı meseleyi bu karar uyarınca ele alınmak üzere diğer mahkemeye iade etme yetkisi de bulunmaktadır.<sup>11</sup>

10 JC Fong, "Constitutional Federalism in Malaysia", 2008, Thomson Sweet & Maxwell, sf. 152.

11 Federal Anayasa madde 128(2).

Federal Mahkemeye Anayasa'nın 130. maddesi kapsamında tavsiye kararı verme yetkisi de verilmiştir ki bu anlamda Kral, Anayasa'nın bir hükmünün geçerliliğine ilişkin ortaya çıkmış ya da ortaya çıkması kendisine muhtemel görünen bir meseleyi Federal Mahkeme'ye havale edebilir. Şimdiye dek, Kral sadece bir kez, **Government of Malaysia v Government of the State of Kelantan** davasında bunu yaptı.<sup>12</sup> Bu davada, Kelantan Hükümetinin bir şirketle para alışverişi olan belli ticari sözleşmeler imzaladığı görüldü. Federal Hükümet bunun Anayasa'ya aykırı olarak ödünç almaktan farksız olduğunu ileri sürdü. Federal Mahkeme ise Federal Hükümetin ileri sürdüğü görüşü reddetti ve para alınmasının ödünç alma anlamına gelmediğine hükmetti. Kararın ardından, "ödünç almak" kelimesinin tanımı 1971 tarihli 2 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'nun 8. bölümü ile değiştirildi.<sup>13</sup>

Böylece, Malezya'da, hem Anayasa'nın yorumlayıcısı hem de en yüksek temyiz mahkemesi olarak çift yönlü bir rol oynayan Federal Mahkeme ülkenin en yüksek mahkemesi konumundadır.

### 5.0 Yargı Yetkisi

Malezya'da, 1988 yılında Anayasa'nın madde 121(1)'ine getirilen değişiklikten sonra, yargı yetkisi artık federal kanunca veya federal kanun kapsamında sınırlı olarak bazı kurumlara verilmektedir. Mevcut 121. madde hükmü aşağıdaki gibidir.

*"121(1) Eşit şekilde yargı yetkisine ve konuma sahip iki Yüksek Mahkeme vardır şöyle ki-*

*(a) Bir tanesi Malaya Eyaletlerinde Malaya'da Yüksek Mahkeme olarak bilinir ve idari organı (sekreteryaya veya yazı işleri) Kuala Lumpur'da bulunur ve*

*(b) Bir tanesi ise Sabah ve Sarawak Eyaletlerinde Sabah ve Sarawak'ta Yüksek Mahkeme olarak bilinir ve idari organı (sekreteryaya veya yazı işleri) Sabah ve Sarawak'ta Kralın tayin edebileceği bir yerde bulunur; ve de federal kanunca öngörüleebilecek alt mahkemeler; ve Yüksek Mahkemelerin ve alt mahkemelerin federal kanunca veya federal kanun kapsamında verilebilecek yetkileri bulunur."*

121. maddede yapılan değişiklikte, yargı yetkisinin artık yargıya

12 [1968] 1 MLJ 129.

13 Tun Mohamed Sufian, "An Introduction to The Constitution of Malaysia", editörler Tunku Sofiah Jewa, Salleh Buang & Yaacon Hussan Merican, 2007, sf. 130.

verilmediği ileri sürüldü ve böylelikle kuvvetler ayrılığı ilkesine bir son verildi. Bu konu **Public Prosecutor v Kok Wah Kuan**<sup>14</sup> davasında Federal Mahkeme önüne incelenmek üzere geldi.

Bu davada Federal Mahkeme, kuvvetler ayrılığı ilkesinin “*kesin ve mutlak olmadığına*” hükmetti. Bu çığır açan kararın, 121. maddenin yargı yetkisini mahkemelerden almak üzere değiştirildiği yıl olan 1988’de ifade edilen korkuları ve bunun Yürütme yetkisine ilişkin denetim ve denge sistemine yönelik arz ettiği tehlikeleri doğrulamış olduğu söylenmektedir. Anayasal hükümet sistemi altında mahkemelerin her zaman Anayasa’nın koruyucuları olarak görüldükleri ve demokrasiyi diktatörlükten ayıran kuvvetler ayrılığı ilkesi dâhil olmak üzere demokratik değerlerin temel dokusunu Anayasa’ya işleyecekleri bazı çevrelerce ileri sürülmektedir.

Mevcut 121. madde kapsamında, yargı yetkisinin artık Yargıya verilmediği görünür çünkü mahkemelerin yetkileri federal kanunca veya federal kanun kapsamında sınırlı olarak bazı kurumlara verilmektedir. Durum böyle olunca, kuvvetler ayrılığı ilkesi artık mevcut olmaz. Öte yandan, anayasal düzeni veya Anayasa’nın temel yapısını ya da çerçevesini muhafaza etmek için değişikliğe sınırlı bir yorumun getirilmesinin gerektiği yönünde kuvvetli görüşler vardır.

**PP v Kok Wah Kuan** davasında, suçun işlendiği zaman 12 yıl dokuz aylık olan sanık, Yüksek Mahkemede Ceza Kanunu’nun 302. bölümü kapsamında ceza gerektiren bir suç olan cinayetle suçlandı. 2001 tarihli Çocuk Kanunu bölüm 97(2) uyarınca Kralın talebine göre gözaltına alınması emredilen sanık, mahkûm edildi. Sanığın başvurusu üzerine, Temyiz Mahkemesi suçlamayı onayladı fakat kendisine verilen cezayı iptal etti ve de Çocuk Kanunu’nun bölüm 97(2)’sinin Anayasa’ya aykırı olduğu yönündeki tek gerekçeyle sanığın tutukluluk halini kaldırdı.

Temyiz Mahkemesi, Çocuk Kanunu’nun bölüm 97(2)’sinde sanığın çekeceği cezanın ölçüsünü tayin edecek yargı yetkisininin yürütmeye verildiğinin belirtilmesi itibarıyla bu bölümün kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı düştüğüne hükmetti. Anayasa’nın 39. maddesi gereğince, Federasyonun yürütme yetkisi, Anayasa’nın 40. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulunca verilen tavsiyeye uygun olarak hareket etmek zorunda olan Kral’da bulunmaktadır.

Başvuru üzerine Federal Mahkeme hâkimlerinin çoğu, 121. maddeye getirilen değişiklikten sonra Federasyonun yargı yetkisinin iki Yüksek Mahkemede bulunduğu yönünde artık Anayasa'da herhangi bir açıklama olmadığına hükmederek, bu değişikliğin geçersiz olduğu tespitini reddettiler. “Yargı yetkisi” kavramını yorumlamak bundan böyle gerekli değildir ve tüm gereken iki Yüksek Mahkemenin yetkilerini bilmek için federal kanuna bakmaktır. Bu temel dayanakla, bölüm 97(2)'nin Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı olmadığına hükmedildi.

Daha sonra Malezya'nın Baş Hâkimi olan Abdul Hamid Mohamad, Temyiz Mahkemesinin bölüm 97(2)'de kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlal edildiği yönündeki tespitini kastederek, mutlak olmayan sadece siyasi bir doktrin şeklindeki bu ilkeyi (öğretiye) reddetti. Bu ilkenin (öğretinin) Anayasa'yı oluşturanları etkilemiş olduğunu kabul etmekle beraber, Hâkim bunun Malezya Anayasası'nın bir hükmü olmadığı ve hiçbir kanun hükmünün sırf bu ilkeye (öğretiye) aykırı düştüğü için Anayasa'ya aykırı olduğu sebebiyle hükümsüz kılınamayacağı yönünde ısrarcı oldu.

Richard Malanjum, başvurunun sonucu hakkında çoğunlukla mutabık olmakla beraber, 121. madde değişikliği ile Malezya'daki mahkemenin ancak kendisine federal kanunlarca verilmiş yetkiler uyarınca çalışabileceği yönündeki çoğunluk görüşüne katılmadı. Malanjum, Federal Anayasa'nın madde 121(1)'inde “yargı yetkisi” kelimelerinin olmamasının “*mahkemelerin Parlamento Federal Kanununun köle gibi çalışan temsilcileri/görevlileri olmalarına ve yalnızca kanunun emrettiği veya buyurduğu herhangi bir işi mekanik olarak yerine getirmelerine yol açmadığı*” şeklinde bir karara vardı. Malanjum'un görüş ayrılığının esas gerekçesi, mahkeme yetkisinin federal kanunlarca verilmiş olduğu ölçüde sınırlanmasında yatmaktadır ki Malanjum bunun, mahkemelerin Devletin üçüncü erk oldukları demokratik devlet sistemine aykırı olduğunu ileri sürdü. Baş Hâkim (Başkan), bu değişikliğin Anayasa'nın temel özellikleri olan yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı ilkelerini kaldırma yönünde etkisinin olduğu şeklindeki görüşü kesinlikle reddetti.

Bu dava, başvuruya ilişkin ret kararlarının oybirliğiyle alınmış olmasına rağmen, anayasal yorum konusunda çoğunluk ve azınlık arasında yaklaşımda bir fark olduğunu göstermektedir. Çoğunluk, lafzi (kelimesi kelimesine) yorum yaklaşımını kabul ederken, karşı görüştekiler amaca yönelik yaklaşımı kabul ettiler. Böylece, mesele çözümden uzaktır.

### 6.0 Kavramsal Konular: Malezya Anayasasını Yorumlama Yöntemleri

Devletin kollarından biri olan yargıya Anayasa'nın yorumlanması görevi verilmiştir. Anayasamızın yorumlanmasının benzersiz yöntemleri **Loh Kooi Choon v Government of Malaysia**<sup>15</sup> davasında Raja Azlan Shah FJ'nin (o zamanki Prens Hazretleri) kararında ortaya çıkmıştı ki burada Hâkim şuna hükmetti:

*“Diğer Anayasalara ilişkin olarak ne söylenirse söylensin, nihayetinde bize az miktarda fayda sağlarlar çünkü Anayasamız artık başlı başına bir duruş sergilemektedir ve sonunda yorumlanması ve uygulanması gereken Anayasamızın lafzıdır ve de Anayasamızın lafzı “diğer Anayasaların yabancı/harici ilkeleri ile asla hükümsüz kılınmaz”- bakınız Adegbenro karşı Atkintola & Anor [1953]3 All ER 544 541. Her ülke kendi Anayasasını kendi düşünce yapısına göre ve kendi halkının iyiliği için oluşturur. Başka bir Anayasaya o ülke insanların tecrübelerinden bilgi edinmek için ve onların gelişimi ve refahının temel kanunları ile nasıl temin edildiğini görmek istediğimiz için bakarız.”<sup>16</sup>*

Uyarı mahiyetinde şunu da eklemem gerekir ki mahkemenin Anayasayı “olağan bir Kanuna göre daha fazla cömertlikle” yorumlayabilmesine rağmen, bu yorum, kullanılan dilden anlaşılabilir olan anayasal hedefleri geliştirme ihtiyacı veya tabî adalet kurallarına uyma gibi belirli temel prensiplerin dışına çıkmamalıdır.

Ayrıca, Anayasanın üstünlüğü kavramına dayanan bir ülke için, kayda geçmiş herhangi bir kanun Anayasa'ya aykırı olduğundan geçersiz ilan edilebilir. Mahkeme **Muhammad Hilman bin Idham & Ors. v Kerajaan Malaysia & Ors.**<sup>17</sup> davasında bu ilke üzerinde durmuştu.

Bu davada, Kebangsaan Malaysia Üniversitesi siyaset bilimi lisans öğrencileri olan başvuranlar, 24 Nisan 2010 Parlamento ara seçimine yönelik kampanya sürecinde Hulu Selangor seçim bölgesinde bulunmaktaydılar. Başvuranların ara seçimde yarışan bir siyasi parti sempatanı ya da karşıtı olduklarını gösterecek şekilde teçhizat sahibi oldukları saptanmıştı. Bir ay sonra başvuranlar, 1971 Üniversiteler ve Üniversite Yüksekokulları Kanununun bölüm 15(5)(a) kapsamında iddia edilen ihlallere ve suçlara

15 [1977] 2 MLJ 187

16 [1977] 2 MLJ 187, sf. 188-189.

17 [2011] 6 MLJ 507

cevap vermek üzere bir disiplin kurulu huzuruna çıkmalarının gerektiğinin bildirildiği tebliğleri Üniversitelerden aldılar. Başvuranlar, iddiaları yalanladılar ve aynı zamanda Üniversiteler ve Üniversite Yüksekokulları Kanunu'nun bölüm 15(5)(a)'sının Anayasa'nın madde 10(1)'ine aykırı düştüğünün ve böylelikle geçersiz olduğunun ve netice itibariyle disiplin işlemlerinin de geçersiz olduğunun tespiti için başvuru yaptılar.

Yüksek Mahkeme hâkimi Üniversiteler ve Üniversite Yüksekokulları Kanunu'nun bölüm 15(5)(a)'sının Anayasa'ya uygun ve geçerli olduğunu ve de bu bölümdeki hükümlerin makul ve Anayasa'nın madde 10(1)(a) ve Madde 10(2)(a) çerçevesinde olduğunu tespit etti.

Başvuru üzerine, saptanacak konu Üniversiteler ve Üniversite Yüksekokulları Kanunu'nun bölüm 15(5)(a) kapsamındaki sınırlamanın makul olup olmadığı ve bu sınırlamanın Anayasanın madde 10(2)(a)'sı ile öngörülen müsaade edilebilir istisnalar kapsamına girip girmediğidir. Temyiz Mahkemesi 2-1 karar çoğunluğuyla, Kanun'un bölüm 15(5)(a)'sının makul olmadığına ve Anayasa ile güvence altına alınan konuşma/ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetti. Temyiz Mahkemesi uygunluk (makul olma) kelimesine gerçekçi bir boyut katıp, **Sivarasa Rasiah v Badan Peguam Malaysia & Anor**<sup>18</sup> davasında en üst mahkemenin muhafazakâr tutumu ile taban tabana zıt bir yorum getirdi. Federal Mahkeme şunu ileri sürdü ki:

*“Son üç kararda bu mahkeme, Anayasa hükümlerinin, bilhassa II. bölüm kapsamında güvence altına alınan temel hürriyetlerin, cömertçe yorumlanmak ve prizmatik bir yorum yaklaşımının kabul edilmek zorunda olduğuna hükmetti. Bunlar Badan Peguam Malaysia karşı Kerajaan Malaysia [2008] 2 MLJ 285; [2008] 1 CLJ 521; Lee Kwan Woh karşı Cumhuriyet Savcısı [2009] 5 MLJ 301; [2009] 1 LNS 778 ve Shamim Reza bin Abdul Samad karşı Cumhuriyet Savcısı [2009] 2 MLJ 506; [2009] 6 CLJ 93 davalarıdır<sup>19</sup>.”*

Federal Mahkeme aşağıdaki şekilde bir açıklama getirdi:

*“Güvence altına alınmış bir hakkı sınırlayan ya da ihlal eden kısıtlamalar ya da şartlar sınırlayıcı bir biçimde yorumlanmalıdır...<sup>20</sup>”*

18 [2010]2MLJ333

19 Ibid., sf.340

20 [2010]2MLJ333, sf.341

Federal Mahkeme şunu ileri sürdü ki:

*“Şimdi maddede “kısıtlamalar” kelimesi yer almakla beraber, “makul” kelimesinin hükmü daraltacak şekilde yorumlanması gerekir.”<sup>21</sup>*

Şu da belirtilmelidir ki Hükümetin Federal Mahkemeye yaptığı başvuru, Federal Mahkemenin başvuranlara başvuru hakkı tanınmasından üç ay sonra Bölüm 15(5)(a) kaldırılmış olduğundan meselenin akademik olduğu gerekçesiyle 22 Kasım 2012 tarihinde reddedildi.

İzin verin ele alınan konuya, yani Anayasa'nın yorumlanmasında Malezya Yargısınca kullanılan yöntemlere geçeyim.

## 7.0. Malezya Mahkemelerince Kullanılan Yorum Yöntemleri

### (a) Kanuni Yorumun Olağan Kuralları Geçerli Değildir

Bir Anayasanın “daha az katılıkla ve daha fazla cömertlikle” yorumlanması gerekir (görünüz **Attorney-General of St Christopher, News & Anguilla v Reynold** davası.<sup>22</sup> Bu ilke Raja Azlan Shah Ag LP tarafından **Dato' Menteri Othman bin Baginda & Anor v Dato Ombi Syed Alwi bin Syed Idrus**<sup>23</sup> davasında uygulanmıştır. Başkan aşağıda belirtilen unsurları ileri sürdü:

*“Bir Anayasanın yorumlanmasında iki unsur unutulmamalıdır: Birincisi, emsal karar olağan kanuni yoruma ilişkin meselelerde olağan şekilde bir rol oynarken Anayasanın yorumlanmasında daha az bir rol oynar. İkincisi, bir Anayasa mevzuatın yaşayan bir parçası olduğundan, hükümleri aşırı detaycı bir şekilde değil ama geniş bir şekilde yorumlanmalıdır- “diğer Kanunlardan daha az katılıkla ve daha fazla cömertlikle” (bakınız **Minister of Home Affairs v Fisher** davası [1979] 3 All ER 21. Bir Anayasa kendine özgüdür (sui generis), niteliğine uygun olan kendi yorum ilkelerinin olmasını gerektirirken, kanuni yoruma ilişkin karineleri ve olağan kuralları kabul etmesi gerekli değildir.”<sup>24</sup>*

Bir başka dava olan **Merdeka University Bhd v Government of Malaysia**<sup>25</sup> davasında, Abdoolcader J bir Anayasa'yı “herhangi bir dar ya da

21 Ibid., sf.341

22 [1979] 3 All ER 129

23 [1981] 1 MLJ 29

24 Ibid, sf.33; Ayrıca görünüz JC Fong, “Constitutional Federalism in Malaysia”, 2008, Thomson Sweet & Maxwell, sf.162.

25 [1981] 2 MLJ 356

aşırı detaycı şekilde” yorumlamama ilkesinin mahkemenin herhangi bir yasa ya da anayasa teorisi yararına veya eksiklikleri giderme veya sözde hataları düzeltme amacıyla bile Anayasa’nın dilini esnetme ya da çarpıtma konusunda serbest olduğu anlamına gelmediğine dikkat çekti.

### **(b) Diğer Mahkeme Kararları Yalnızca İkna Edici Niteliktedir**

Yabancı mahkemelerin, özellikle de Milletler Topluluğu ülkelerindeki mahkemelerin kararları, oldukça ikna edici niteliktedir. İngiliz hâkimlerinin, bilhassa Danışma Meclisindekilerin kararları Malezya Anayasası’nın yorumlanmasında Malezya yargısını etkilemişken, mahkemeler anayasal hükümlerimizin yorumunda yardımcı olacak Hint mercilerine güvenmekte isteksiz olmuşlardır. Bu isteksizliğin sebepleri **Karam Singh v Menteri Hal Ehwal Dalam Negeri [Minister of Home Affairs], Malaysia**<sup>26</sup> davasında Federal Mahkeme kararında yer almaktadır. Bu dava, habeas corpus (hâkim önüne çıkarma emri) başvurusuna ilişkin olarak duruşma hâkiminin verdiği karara karşı yapılan bir başvuru ile ilgiliydi. Ong Hock Thye CJ (Malay) şunu ifade etti ki:

*“Hem İngiliz hem de Hint mercilerini incelemek sanıldığı kadar önemsiz bir iş değildir, fakat özetlemek gerekirse, naçizane görüşüme göre, İngiliz mahkemeleri olaylara daha gerçekçi bir açıdan bakıyorlarken, en fazla saygı duyduğum Hintli hâkimler ise ne zaman yürütme yetkisinin oluşturduğu istismar dolayısıyla vicdan azabı duyulursa uzlaşmaz olanı uzlaştırmak için üstün gayret gösteren yorulmaz idealistler olarak beni etkilemektedirler.”<sup>27</sup>*

Suffian F.J. bu davada şöyle bir görüş belirtti ki:

*“Hint Yüksek Mahkemesi kararları, özellikle de Anayasaya ilişkin kararlar, burada son derece ikna edici niteliktedirler çünkü Hint Anayasası bizim Anayasamız için büyük ölçüde model olmuştur. Fakat bu meseleyi kaygıyla ele alırken, şu görüşe vardım ki saygım sonsuz ancak bu konuda Hint Yüksek Mahkemesinin izlenmemesi gerekir....”*

*The King v Secretary of State for Home Affairs, Ex parte Lees [1941] 1 KB 72 davasında İngiliz Temyiz Mahkemesinin gerekçesini saygıyla takip etmeyi tercih ederim...”*

26 [1969] 2 MLJ 129

27 Ibid., sf.141

Hint Anayasası'nda bildirilen temel hakların bizimkilere benzer olmadıklarını belirtmek yerindedir. Hindistan laiklik kavramını geliştirir ve bu kavram, Hint halkının Hindistan'ı Egemen Sosyalist Laik Demokratik bir Cumhuriyet şeklinde kurmaya resmi olarak karar verdiğinin açıkça beyan edildiği Anayasa'nın önsözünde dolaylı olarak ifade edilir. "Sosyalist Laik" ifadesi, Hindistan Anayasası'nın 1976'da yürürlüğe konulan 42. Değişikliği ile önsöze eklendi. Bu ifadeyi eklemekdeki amaç, sosyalizm ve laiklik gibi parlak fikirleri ve Millet'in bütünlüğünü açıkça ifade etmektir.<sup>28</sup> Bu değişiklik, sadece Anayasa'da önceden öngörüleni belirginleştirmek için yapıldı. Bu değişiklikle, "laik" kelimesi kazandırıldı ve böylelikle şimdiye kadar üstü kapalı olan açıklığa kavuşturulmuş oldu.<sup>29</sup> "Laik" kelimesinin önsöze eklenmesinden bile önce, Hindistan Yüksek Mahkemesi laikliğin Anayasa'nın temel bir özelliği olduğunu ileri sürmekteydi. (**Sardar Syedna Taher Saifuddin Saheb v The State of Bombay (AIR) (1962) SC 853, 871**) davası.

### (c) Anayasal Teamüller

Mahkemeler teamüllerden ne ölçüde yararlanabilirler? Reid Komisyonu'nun Raporunda şöyle bir durumun altı çizilmişti ki 1948 Federasyon Anlaşması imzalandıktan ve Malay Anayasası'nın taslağı hazırlandıktan sonra Reid Komisyonu'nca işaret edilen teamüller yersiz bulundu. Böylece, halen faydası olabilecek teamüller İngiltere'de görülen, Anayasamızın ve hükümet sistemimizin model aldığı teamüllerdir. Bu nedenle, teamül Anayasa'nın yorumlanmasında bir rol oynar mı? Bazı hâkimler, ancak eğer mahkemeler dış yardımın gerekli olduğunu görürlerse bunun ele alınmasının icap edeceği görüşündedirler.<sup>30</sup>

**Datuk (Datu) Amir Kahar Bin Tun Haji Mustapha v Tun Mohd Said Bin Keruak & Ors**<sup>31</sup> davasında, Abdul Kadir Sulaiman J gayri resmi olarak şöyle bir fikir beyan etti ki teamüllere Anayasa hükümlerinin oluşturulması ve yorumlanması açısından yardım almak anlamında başvurulabilir. Ne var

28 Jeyasingh Peter, 1999, Secularism and Freedom of Religion, www.courses.cs.vt.edu/cs3604/lib/freedom of Speech/International

29 MP Jain, Indian Constitutional Law, Altıncı Baskı 2010 (Lexis Nexis Butterworths Wadhwa), sf. 1316

30 Yeni Anayasa Değişikliğine ilişkin bir Kanada davasına atıfta bulunan Tan Chiaw Thong J'nin Görüşleri (1982) 125 DLR; JC Fong sf.170.

31 [1994] 3 MLJ 737

ki, bu tür teamüller Anayasa'nın açık hükümlerini çiğneyemezler (federal veya eyalet olsun). Ayrıca şu ileri sürüldü ki yoruma yardımcı olması için bir teamüle başvurulmadan önce, ilk olarak gerçek anayasa hükümlerine bakılmalıdır.

#### **(d) Yerleşik Anayasa Hükümlerini ve Teamül Hukuklarını Korumaya Yönelik Yapılan Yorum**

Malezya mahkeme kararları ile, yerleşik hükümlerin destekleneceği ve hiçbir mevzuatın bu hükümler üzerinde ters etkisi olmayacağını temin edileceği gösterilmiştir. Bu, **Pihak Berkuasa Negeri Sabah v Sugumar Balakrishnan**<sup>32</sup> davasında Federal Mahkeme kararında açıklandı. Bu davada incelenen mesele 1959/63 sayılı Göç Kanunu'nun bölüm 65(1)'ine getirilen değişikliğin 1963 yılındaki Malezya ile ilgili Anlaşmanın, özellikle de III. bölümün, ruhu ve amacına aykırı düşüp düşmediğidir. Federal Mahkeme kararını verirken Mohamed Dzaidin FCJ, Göç Kanunu'nun bölüm 65(1) (c)'sine getirilen değişikliğin amacının sadece Göç İdaresi Genel Müdürünün bir kamu makamının talimatlarına göre hareket etme yetkisini elinden almak olduğunu ve *"hiçbir surette Devletin göç meselelerine ilişkin hak ve yetkilerini etkilemediğini"* ileri sürdü. Hâkim şunu ekledi ki *"1963 yılındaki Malezya ile ilgili Anlaşmanın ve Hükümetler arası Komite Raporunun ruh ve amacının hiçbir şekilde ihlal edilmediği görüşündeyiz."*<sup>33</sup>

Yerel bölge haklarına ilişkin davalarda, Malezya mahkemeleri uluslararası insan hakları normlarına başvurular. Önemli bir dava olan **Adong bin Kuwau & Ors v Kerajaan Negeri Johor & Anor**<sup>34</sup> davasında, Yüksek Mahkeme Jakun kabilesinin yerlileri olan davacıların yaşadıkları toprak üzerinde ortak hakları bulunduğuna hükmetti. Bu hüküm, ülkedeki yerli halkın teamül hukuku ve geleneklerden kaynaklanan mevcut arazi haklarının tanınmasına ilişkin bir miktar içtihadın geliştirilmesine yol açtı.

Benzer şekilde, **Sagong bin Tasi & Ors v Kerajaan Negeri Selangor & Ors**<sup>35</sup> davasında, mahkeme yerlilerin geleneksek arazileri üzerinde mülkiyet haklarının bulunduğu yönündeki ilkeyi teyit etti. Kısacası, davacılar 1995

32 [2002] 3 MLJ 72; [2002] 3 AMR 2817

33 JC Fong, "Constitutional Federalism in Malaysia", 2008, Thomson Sweet & Maxwell, sf. 175.

34 [1997] 1 MLJ 418

35 [2002] 2 MLJ 591

yılında bir anayolun inşaatı için kendilerinden 38 İngiliz dönüm (akre) arazi alınan, Dengkil, Selangor'da Bukit Tampoi'den gelen 23 aile reisi arasındaydılar. Davalılar (sanıklar), tahrip edilen ürünler ve konutlar için nominal bir miktar dışında, herhangi bir arazi tazminatı ödemesi yapmadılar. Yetkililer yerli halkın devlet arazisi üzerinde sadece kiracı olduğunu ve böyle olunca da 1960 Arazi İstimlak Kanunu kapsamında tazminat hakkı bulunmadığını savundular.

Shah Alam Yüksek Mahkemesi, davacıların teamül hukukunda arazileri üzerinde hakları bulunduğuna hükmetti. Hâkim dört davalının/sanığın (Selangor eyaleti hükümeti, Malezya Mühendisler Birliği, Malezya Karayolları Amirliği ve Federal Hükümet) yerli toprak sahiplerine tazminat ödemesi yönünde karar verdi ve Malezya Mühendisler Birliğine ve Malezya Karayolları Amirliğine başkasının arazisine izinsiz girdikleri için tazminat ödemeleri yönünde ayrıca karar verdi. Yüksek Mahkemenin kararı Temyiz Mahkemesi'nce onaylandı.

#### **(e) Yoruma Yardım Olarak Tarihi Geçmiş**

Anayasanın Westminster modelini izlemesine rağmen, kendine has özellikleri vardır. Anayasa, yalnızca temel bildirgeyi içermekle kalmayıp, aynı zamanda anayasal üstünlüğü, federalizmi, anayasal bir Haklar Bildirgesini de kapsar ve ırk ve dine göre ayrılan yeni bir politikaya yönelik algılanan ihtiyaçlara göre değiştirilmiş geleneksel unsurlarla donatılmıştır.<sup>36</sup> Anayasa metnine katkıda bulunan pek çok kaynak vardır: bunlar tarihi belgelerdir, örneğin, Reid Komisyonu Raporu, *Rukun Negara*, Anayasa, Federasyonun çeşitli eyaletlerinin Anayasası, federal kanunlar, eyalet kanunları, ikinci derecedeki federal ve eyalet mevzuatı, yüksek mahkemelerin kararları, anayasal teamüller, Müslümanlar için Anayasa'da öngörülen şeriat kanunları, Malay kanunu (*adat*), Sabah ve Sarawak yerlilerinin gelenekleri ve geçerliliği kabul edilmiş ve edilmemiş uluslararası anlaşmalardır.<sup>37</sup>

Uluslararası anlaşmaların Anayasa'ya uygunluğu meselesi, İngiliz Hükümeti Singapur, Kuzey Borneo ve Sarawak'ı bırakmak istediği zaman bir davada ortaya çıktı. İmzalanacak bir anlaşma yoluyla bunların

36 Andrew Harding, "The Constitution of Malaysia, A Contextual Analysis, 2012, sf. 2.

37 Shad Saleem Faruqi, "Document of Destiny. The Constitution of the Federation of Malaysia", (2008), MALAYSIA Star Yayınları (Malezya) Berhad, sf. 24.

federasyona katılmaları amacıyla bu üç bölge temsilcileri ve Malezya Hükümeti ile müzakerelerde bulunuldu. Endonezya ve Filipinler Hükümetleri karşı çıktılar. Yerel bir hükümet olan Kelantan Eyaleti Hükümeti de karşı çıktı.<sup>38</sup>

Bilinen şuydu ki Malezya'nın ortaya çıkmasının planlandığı tarihten altı gün önce, Kuala Lumpur'daki Yüksek Mahkemeden **The Government of the State of Kelantan v The Government of the Federation of Malaya and Tunku Abdul Rahman Putra Al-Haj**<sup>39</sup> davasında Malezya Anlaşmasını ve Malezya'nın kuruluşuna ilişkin Kanunu hükümsüz ya da bunun yerine Kelantan eyaleti üzerinde bağlayıcı olmadığını ilan etmesi istendi. 9 Temmuz 1963 tarihinde, Malaya Federasyonu Hükümeti, Birleşik Krallık, Kuzey Borneo, Sarawak ve Singapur, Malezya Anlaşmasını imzaladılar ki bu sayede, Singapur, Sarawak ve Kuzey Borneo Malaya Federasyonu'nun mevcut eyaletleri ile (Kelantan dâhil olmak üzere) federasyon halinde birleşti ve daha sonra Federasyon Malezya adını aldı. Federal Parlamento, *diğerlerine ilâveten*, üç yeni eyaletin kabulünü ve federasyonun Malezya olarak yeniden adlandırılmasını sağlamak için 1957 Anayasası'nın madde 1(1) ve (2)'sini değiştirmek üzere o zamanlar Malezya Kanununu (Malezya Anlaşmasına eklenmiş kanun tasarısı şeklinde) çıkarmış bulunmaktaydı. Malezya Kanunu, Kraliyet Onayını 26 Ağustos'ta alıp, 16 Eylül 1963 tarihinden itibaren yürürlüğe girdi.

Kelantan Eyaleti Hükümeti, Malezya Kanunu ile "*Malaya Federasyonunun*" kaldırılacağını, dolayısıyla 1957 Malaya Federasyonu Anlaşmasının ihlal edileceğini; önerilen değişikliklerin Kelantan dâhil her Malaya eyaletinin onayını gerektirdiğini ve de bu onayın alınmamış olduğunu, Kelantan Sultanının (Yöneticisinin) Malezya Anlaşmasına taraf olmuş olmasının gerektiğini; anayasal teamülün Anayasa'ya getirilecek önemli değişikliklerin her eyalet Yöneticisine danışarak yapılmasını icap ettirdiğini; ve de Kelantan eyaletinin kendi yasama organının olması itibarıyla Federal Parlamentonun bu eyalet için yasa yapma yetkisinin olmadığını ileri sürdü.

38 Tun Mohamed Suffian, An Introduction to The Constitution of Malaysia, editörler Tunku Sofiah Jewa, Salleh Buang & Yaacob Hussain Merican, Üçüncü Baskı, Pacifica Yayınları, sf. 13.

39 [1963] MLJ 355

11 Eylül 1963 tarihinde, Kelantan Eyaleti Hükümeti, mahkemenin davalıların/sanıkların, Malaya Federasyonu Hükümetinin ve Başbakanın, Malezya Kanununun herhangi bir hükmünü yürürlüğe koymalarını engellemesi gerektiğini önerdi. Bizzat Başkan (Baş Hâkim) başvuruyu inceledi ve 14 Eylül 1963 tarihinde reddetti. Esasa ilişkin olarak, Lord Hazretleri Thomson CJ aşağıda belirtildiği üzere hüküm verdi:

*“160. madde itibarıyla Anayasa kayda geçmiş bir kanundur ve 159. madde itibarıyla Parlamento, Anayasa hükümlerini değiştiren kanunlar çıkarabilir. Bu yetki, ancak Anayasayı değiştirmeye yönelik Kanun Tasarısının her Parlamento Kamarasının toplam üye sayısının üçte ikisini oluşturan bir çoğunlukla çıkarılması gerektiği şeklindeki sınırlamaya tabidir ve madde 159(5) sebebiyle, Yöneticilerin konumlarının ele alındığı 38., 70., ya da 71(1). maddeleri değiştiren veya Malayların özel konumu ile ilgili 153. maddeyi değiştiren bir kanun, Yöneticiler Konferansının onayı olmadan çıkarılmaz. Şu, yine de, belirtilmelidir ki 159. madde dolayısıyla üçte iki çoğunluk şartı, bir Eyaletin kabulü için veya kabulü ile bağlantılı olarak yapılan herhangi bir Anayasa değişikliği için geçerli değildir;*

...

*Malezya Anlaşması, Başbakan, Başbakan Yardımcısı ve Bakanlar Kurulunun diğer dört üyesi tarafından “Malaya Federasyonu namına” imzalanmıştır. Anayasada bir Eyalet Hükümeti ya da bir Eyalet Yöneticisi ile istişare gerektiren herhangi bir durum bulunmamaktadır...”*

Şunun altını çizmek gerekir ki yukarıda anılan dava, Anayasa'nın bir bütün olarak, içindeki belirli hükümlerin lafzı ile sınırlı olmayacak şekilde yorumlanması hususunda Federal Mahkemenin üstlendiği önemli rolü göstermektedir.

#### **(f) Takdir Yetkisi Veren Hükümleri Yorumlama; Yargı Denetimi**

Tüm yetkiler sınırlamaya tabidir. İdarenin takdir yetkisi üzerinde denetim olmalıdır ki böylece takdir yetkisi keyfiyete dönüşmez.

Devletin her memurunun ve her kurumunun kendi yetkisi dâhilinde kalmasını temin etmek mahkemelerin görevidir. Bu temelde, Malezya mahkemeleri **Stephen Kalong Ningkan v Government of Malaysia**<sup>40</sup>

40 [1968] 2 MLJ 238 (Danışma Meclisi); [1968] 1 MLJ 119 (FC)

davasında olduğu gibi olağanüstü hal ilanı sorununu ele aldılar. Bir dizi dava olan **Tan Tek Seng v Suruhanjaya Perkhidmatan Pendidikan & Anor<sup>41</sup> ve Sugumar Balakrishnan** davalarında, uygunluk (kabul edilebilirlik) ve doğal adalete ilişkin idare hukuku ilkeleri Anayasa'ya ile ilişkilendirildi. Bu takdire şayan idare hukuku ilkeleri, artık uygun yargı süreci ve eşit muameleye ilişkin anayasal teminatların dolaylı olarak anlaşılabilir hususları olarak görülmektedir. Tüm yukarıdaki davalarda Malezya mahkemeleri, keyfi yetkilerin ve sert cezaların kanun önünde eşitlik ilkesini ihlal ettiği görüşünü desteklediler.

Malezya perspektifinden, yargı denetimi anayasal üstünlük bağlamında ele alınabilir. Hâkimlerin serbest konuşma özgürlüğü gibi özgürlüklere sınırlama getiren veya temel hakları düzenleyen bir idari eylemin ya da parlamento mevzuatının Anayasa'ya uygunluğunu inceleyip inceleyemeyeceği meselesi, birtakım davalarda karar bağlanmak üzere mahkemelerin önüne gelmiştir.

**Karam Singh v Menteri Hal Ehwal Dalam Negeri [Minister Of Home Affairs], Malaysia<sup>42</sup>** davasında Hâkim Ong CJ (Malaya) şunu belirtti ki,

*"... Şunu vurgularım ki buradaki karar öncelikle bu davaya özgü olgular ışığında incelenmelidir... Ulusal güvenlik yararına, davalarda kişisel rahatsızlığın arka planda tutulması zorunluluğu, Anayasayı oluşturanlarca XI. bölümde, 149-151. maddelerde açıkça kabul edilmiştir. Lord Wright'ın Eliezer Zabrovsky v General Officer Commanding Palestine (1947) AC 246 davasında ifade ettiği gibi..."*

*"Sıkıntılı savaş zamanlarında ve kaotik savaş sonrası koşullarda kişisel özgürlüğe yasal ve serbest müdahale kapsamı genişletilmiş ve normal zamanlarda meşru olarak kabul edilmeyecek kısıtlamalar yasama organınca yasal hale getirilmiştir."*

*On iki yıl süren Olağanüstü hal 1960 yılında sona erdi fakat bölünme (yıkım) ve kargaşa riskleri bitmedi. Böylece, Olağanüstü Hal Düzenlemesinin 17. maddesi kapsamındaki ihtiyati tutuklama, Düzenlemenin kaldırılmasıyla, 1960 İç Güvenlik Kanununda düzenlenmeye başlandı. 149. madde uyarınca Kanun, Federasyonun iç güvenliğini, ihtiyati tutuklamayı, bölünmenin (yıkımın) önlenmesini, kişilere ve mülke yönelik organize şiddetin önlenmesini ve ayrıca daha önemsiz meselelerin önlenmesini de sağlamak amacıyla çıkarıldı.<sup>43</sup>"*

41 [1996] 1 MLJ 261

42 [1969] 2 MLJ 129

43 Ibid., sf.141

Bu davada Suffian F.J., **Atma Ram**<sup>44</sup> davasındaki karar gerekçesine katıldı ki bu gerekçeye göre:

*“tutukluluğu haklı çıkarmak için gerekçelerin yeterliliğinin soruşturulmasını engellemek amacıyla, tutuklama kararı verme yetkisi tutuklayan makamın mevcut ruh haline bağlı kılındığında -ki bu tamamen sübjektif bir durumdur- tutuklu kişinin beyanda bulunmasını sağlamak için aynı gerekçelerin yeterliliğini inceleme yolunun mahkeme için açık olduğunu ileri sürmek bütünüyle tutarsızlık olur.”<sup>45</sup>*

Hâkim ayrıca şöyle bir açıklama getirdi ki:

*“Bizim hukukumuz Hindistan’ın hukukundan oldukça farklıdır. İlk olarak, önceden belirtildiği üzere, tutukluluk yetkisi burada Parlamento’daki sorumlu Bakanın tavsiyesine göre hareket eden ülkedeki en yüksek merciye verilmiştir. İkinci olarak, yine önceden belirtildiği üzere, burada tutukluluk, meşru olması için, kanuna uygun olmalıdır; oysaki Hindistan’da kanunca belirlenen usul uyarınca olmalıdır.”<sup>46</sup>*

**Minister for Home Affairs, Malaysia & Anor v Karpal Singh**<sup>47</sup> davasında, davalı/sanık, ISA’nın 8. maddesi kapsamında Bakan tarafından verilen bir tutukluluk emri uyarınca tutuklandı. Tutukluluk gerekçeleri ve iddialarla birlikte tutukluluk emri, davalıya/sanığa bildirildi. Davalı/sanık iddialardan birinin hatalı olduğunu ileri sürdü çünkü kendisi iddia edilen tarih, saat ve yerde yüksek memur olmayan müdür ve kıdemli yardımcılarının ulusal tarzdaki Çin ilkokullarına atanması konusu hakkında konuşmamıştı ve de davalı/sanık kanuna aykırı olarak tutuklanmış olduğunu iddia etti.

Yüksek Mahkeme diğerlerine ilâveten şunları ileri sürdü:

*(a) “Bizim görüşümüze göre meselenin özü, hâkimin mevcut davada önüne konan soruna yönelik doğru yaklaşımı benimseyip benimsemediği ve bu yaklaşımın bu ülkedeki mahkemelerde defalarca izlenip izlenmediğidir (bakınız Liversidge v Anderson [1942] AC 206; Karam Singh v Menteri Hal Ehwal Dalam Negeri [1969] 2 MLJ 129 and Inspector General of Police v Tan Sri Raja Khalid bin Raja Harun [1988] 1 MLJ 182 davaları). Başka bir ifadeyle, makul neden, yalnızca İçişleri Bakanı’nın*

44 AIR 1951 SC 157

45 [1969] 2 MLJ 129 sf. 151

46 Ibid., sf. 151

47 [1998] 3 MLJ 29

zihninde var olan ve kendisinin tek başına karar verebileceği bir şeydir ve bu makul neden, İçişleri Bakanı'nın açıkladığı görüşü taşımadığı gösterilemedikçe, itiraza ya da yargı denetimine tabi değildir."<sup>48</sup>

(b) "İçişleri Bakanı yeminli beyanda bulunmuş ve iddia olunana bakmayıp, davalının/sanığın tutumu ile ilgili bilgi ve raporları dikkate alarak tutukluluk emrini yine de vereceğini söyledi. Bize göre, bu davada hâkim, yeminli ifadedeki iddiaları kabul etmeye zorunlu oldu ve tutukluluğun sebebi hakkında tahkikat yapamadı."<sup>49</sup>

(c) "hatalı olan altıncı iddia, özellikle İçişleri Bakanı'nın daha önce başvurulmuş yeminli ifadesi göz önüne alındığında, sadece gereksiz bir iddia olarak görülebilecek önemsiz bir hata oldu. İçişleri Bakanı'nın sübjektif kanaati yargı denetimine tabi değildir."<sup>50</sup>

(Ayrıca bakınız **Kerajaan Malaysia & Ors v Nasharuddin Nasir<sup>51</sup>, Arumugam a/l Kalimuthu v Mneteri Keselamatan Dalam Negeri & Ors<sup>52</sup> davaları**)

Ne var ki, bazı diğer davalarda, mahkeme sübjektif bir değerlendirmeden objektif bir değerlendirmeye doğru ilerledi. Bu, **Pengarah Tanah Dan Galian Wilayah Persekutuan v Sri Lempah Enterprise Sdn.Bhd** davasında görülebilir ki Raja Azlan Shah, CJ (Malaya) şunu ileri sürmüştü:

"Her yasal yetkinin yasal sınırları olmalıdır, aksi takdirde diktatörlük olur. Bu, özellikle, takdir yetkisinin uygun bir amaç için kullanılması gerektiği ve makul olamayacak şekilde kullanılmaması gerektiği yönünde katı bir gerekliliktir. Başka deyişle, her takdir yetkisi yasal kısıtlamadan muaf olamaz; bu yetki yanlış şekilde kullanıldığında, müdahale etmek mahkemelerin görevi haline gelir. Sadece mahkemeler, kişinin kurumsal saldırıya karşı özgürlüğünün savunucularıdır."<sup>53</sup>

**Rama Chandran v The Industrial Court Of Malaysia & Anor<sup>54</sup>** davasında, Edgar Joseph Jr FCJ, **Council of Civil Service Unions & Ors v**

48 Ibid., sf.33

49 Ibid., sf.33

50 Ibid., sf. 33

51 [2004] 1 CLJ 81

52 [2003] 5 MLJ 174

53 Ibid., sf.149

54 [1997] 1 MLJ 145

**Minister fort he Civil Service**<sup>55</sup> davasında Yargı Denetimine açık bir karara karşı çıkma konusunda Lord Diplock'un gerekçelerini öne sürdü. Hâkim, üç inceleme gerekçesi sıraladı, yani bunlar, (i) hukuka aykırılık, (ii) irrasyonallite ve (iii) usul uygunsuzluğudur<sup>56</sup>. Hâkim ayrıca şunu açıkladı ki:

“... pratikte bu, Mahkemenin bu tür kararları sadece usul açısından değil, esas açısından da incelemesine izin vermektedir...”<sup>57</sup> (vurgu eklenmiştir)

Ayrıca **Ranjit Kaur S Gopal Singh v Hotel Excelsior (M) Sdn Bhd**<sup>58</sup> davasını bakınız.

Ayrıca şunu belirtmek ilginçtir ki mahkemenin hem objektif hem de sübjektif değerlendirmeleri eş zamanlı olarak yaptığı durumlar vardır. **Mohamad Ezam bin Mohd Noor v Ketua Polis Negara & Other Appeals**<sup>59</sup> davasında, “reform” eylemcileri olan başvuranlar, 1960 Uluslararası Güvenlik Kanunu'nun 73. bölümü kapsamında gözaltına alınıp tutuklandılar. Yeminli beyanda belirtildiği üzere tutukluluk gerekçesi, başvuranların 14 Nisan 2001 tarihinde Kuala Lumpur'da 50,000 insanı içeren bir sokak gösterisi planlamalarıydı. Federal Mahkeme, başvuranların başvurusuna izin verirken ISA'nın 73. Bölümüne yönelik olarak objektif değerlendirme yaptı ve aynı zamanda tutukluluk emrine ilişkin 8. bölüme yönelik olarak sübjektif değerlendirme yapmayı tercih etti.

### (g) Anayasacılık

Bir Anayasanın bazı amaçları korumaya ve devlet ve millet için bazı idealleri ve değerleri geliştirmeye çalıştığı inkâr edilemez.<sup>60</sup> Bu temelde, “sınırlı hükümet”, “kuvvetler ayrılığı” ve “hukukun üstünlüğü” kavramlarıyla örtüşen bir “anayasacılık” ideali vardır.<sup>61</sup> En temelde, anayasacılık Anayasa'nın lafzına vatandaşların ve Devlet memurlarının sadakatine işaret eder. Vatandaşlar özgürlüklerine ilişkin sınırları kabul

55 [1985] AC 374

56 [1997] 1 MLJ 145 sf. 187

57 Ibid., sf.187

58 [2010] 8 CLJ 629

59 [2002] 4 MLJ 449

60 Ibid., sf. 20

61 Ibid., sf. 24-25.

etmeliler ve riayet edilecek kuralları öylece seçip alamazlar.<sup>62</sup> Bir yazar, anayasacılığın özünün siyasi eylemi ve devletin karar alma sürecini oluşturan ve şekillendiren yasal ya da yarı yasal mahiyetteki ilkelere, kurallara ve uygulamalara ilişkin bir sistem olduğunu söylemiştir.<sup>63</sup> Malezya’da, Hükümet ve vatandaşlar arasındaki ilişkiye kanun yön verir. Herhangi bir ihlale yönelik olarak mahkemelere itiraz etmek olasıdır. Devlet görevlileri, haksız muamele ve sözleşme hukuku kapsamında mahkemelere verilmekten (dava edilmekten) muaf değillerdir. Kral ve Yöneticiler (kendi adlarına) bile ülkenin kanununa tabidirler.

Malezya, Anayasa’nın ruhuna olduğu kadar lafzına olan sadakate de işaret eden anayasacılığı kabul eder. Bu anayasacılık, temel kanunun ortaya çıkmasına neden olan değer ve ideallere bağlılığı ve bu değer ve ideallerin “içselleştirilmesini” gerekli kılar.<sup>64</sup> Ülkenin yönetimine ve Malezyalıların günlük faaliyetlerine entegre edilmiş değerler, çıkarılan kurallara uymayı ve aynı zamanda Anayasa’ya zamanla eklenen ve Ivor Jennings’in ölümsüz sözlerine göre “kanunun kuru kemiklerini örtmek için beden temin eden” yazılı olmayan gayri resmi uygulamalara ve anlayışlara saygı gösterilmesini gerektirir.<sup>65</sup>

Anayasa, bölünmeye (yıkıma), organize şiddete ve de devlet ve olağanüstü hal yetkilerine zarar veren eylem ve suçlara karşı belirli hükümler de öngörür.<sup>66</sup> 149. madde, bölünme (yıkım) ve kamu düzenine zararlı bir eyleme karşı mevzuat ile ilgilidir. 150. madde, olağanüstü hal ilanına ilişkindir. 151. madde, ihtiyati tutuklama hususundaki sınırlamalar hakkındadır. Hükümet bu özel yetkileri üstlendiğinde, ne kadar büyük/esaslı olursa olsun, yaptığı her ne ise, bu yetkiler kapsamında olmak kaydıyla Anayasa’ya uygundur çünkü Anayasa ile yetkilendirilmiştir, fakat elbette herhangi bir kişi, böyle bir eylem ya da ihmalin (eksikliğin) Anayasa’ya aykırı olduğu yönünde bir iddia ile mahkemelere başvurabilir.

62 Ibid., sf. 24-25.

63 Andrew Harding, “The Constitution of Malaysia. A Contextual Analysis”, (2012), Hart Yayıncılığı, Oxford ve Portland, Oregon, sf. 3.

64 Prof. Dr. Shad Saleem Faruqi, “Document of Destiny. The Constitution of the Federation of Malaysia” (2008), MALEZYA Star Yayınları (Malezya) Berhad, sf. 25.

65 Ibid sf. 25.

66 Federal Anayasa, bölüm XI, madde 149, madde 150 ve madde 151.

**Stephen Kalong Ningkan v Government of Malaysia**<sup>67</sup> davasında, Danışma Meclisi, madde 150(1)'deki “olağanüstü hal” ifadesinin anlamını ele alırken, bu ifadenin geniş anlamına vurgu yaptı. Danışma Meclisi şunu ileri sürdü:

“...Madde 150(1)'de kullanıldığı üzere “olağanüstü hal” ifadesi, herhangi bir şekilde ortaya konarken gücün kanuna aykırı kullanımı ya da tehdidi ile sınırlı olamaz. Federal Anayasanın 149. maddesi bu mahiyette bir bölünmeyi (yıkımı) önlemeye ya da durdurmaya yönelik iken, 150. Madde içerisinde yer alan bir “olağanüstü halin” yalnızca ciddi olmakla kalmayıp, Federasyonun ya da herhangi bir kısmının güvenliğini veya ekonomik yaşamını etkileyecek boyutta olmasına rağmen, bu ifadenin doğal anlamı, savaş, kıtlık, deprem, sel, salgın hastalık ve sivil hükümetin çöküşü gibi çeşitli hadiseler dâhil olmak üzere çok sayıda durum ve olayı içerebilir.”<sup>68</sup>

**Stephen Kalong Ningkan** davasından önce, Federal Mahkemenin **Eng Keock Cheng v Public Prosecutor**<sup>69</sup> davasında Anayasa'nın 150. maddesinin etkisini ele alma fırsatı oldu. Anılan maddenin gerçek etkisinin, burada belirlenmiş belirli istisnalara tabi olan Parlamentonun, olağan üstü bir hal esnasında, herhangi bir konuda kanun yapma yetkisinin olduğu ve de bu kanun yapma yetkisini başka bir merciye havale etme yetkisinin mutlaka olduğu ileri sürüldü.

### **(h) Diğer Yorum Yöntemleri**

Anayasa'nın yorumlanmasında mahkemelerin kabul ettiği yaklaşım, karışık bir mahiyettedir. Temel haklarla ilgili meselelerde, yargı Anayasa'nın 11. bölümündeki Temel Hürriyetlere ilişkin hükümleri güçlü bir biçimde uygulama eğilimindedir. Bu yaklaşımlardan bazıları aşağıda ele alınmaktadır:-

### **(i) Lafzi Yorum Yöntemi**

Bu, “katı yorumcu” bir yaklaşımdır ki buna göre, Anayasa'nın Anayasa'yı oluşturanların asıl amaçları doğrultusunda yorumlanması gerekir. Hükümlerin “yalın dilinin” ve lafzi ve olağan anlamının anlaşılması gerekir. Kanunun kabulünün tarihsel gelişim sürecine saygı gösterilmelidir.<sup>70</sup>

67 [1968] 2 MLJ 238

68 Ibid sf. 243

69 [1996] 1 MLJ 18

70 Prof. Dr. Shad Saleem Faruqi, “Document of Destiny. The Constitution of Malaysia” 2008, sf. 632.

Bu ruhla, **Public Prosecutor v Datuk Harun bin Haji Idris & Ors**<sup>71</sup> davasında mahkemenin herhangi bir yasa ya da anayasa teorisi yararına veya eksiklikleri giderme veya sözde hataları düzeltme amacıyla bile Anayasanın dilini esnetme ya da çarpıtma konusunda serbest olmadığı ileri sürüldü. Benzer şekilde, **Jabar v PP**<sup>72</sup> davasında, Singapur mahkemesi bir kanunun geçerli şekilde çıkarıldığını sürece geçerli ve bağlayıcı olduğunu öne sürdü: “Mahkeme adil, doğru ve makul olup olmadığı ile ilgili değildir.....”

Bu dar lafzi yorum yöntemi, ihtiyati tutuklama emirleri, kanun önünde eşitliğe ilişkin anayasal güvence, “kişisel özgürlük” kavramının yorumu ve sınırlı yerleşim emirlerini kapsayacak şekilde yargı denetimine ilişkin pek çok davada kabul edilmiştir. Ancak çok nadir durumlarda en üst düzeydeki mahkeme Anayasa’nın yorumlanmasında liberal bir yaklaşım uygulamıştır.

Böylece, **Public Prosecutor v Sihabduin bin Haji Salleh & Anor**<sup>73</sup> davasında, Suffian LP, beş hâkimin bulunduğu Federal Mahkeme çoğunluk kararını verirken şunu ileri sürdü:

“Üçüncü olarak, eğer kanun koyucu kanunu bu şekilde değiştirirse ve *Duport Steels Ltd v Sirs* [1980] 1 All ER 529 davasında 541. sayfada Lord Diplock’un sözlerini başka sözcüklerle açıklamak gerekirse, yargının rolü kanun koyucunun kabul etmiş olduğu sözlerden amacının ne olduğunu ortaya çıkarmakla ve bu amacı anlamakla sınırlıdır. Kelimelerin anlamı yalın ve açık olunca, yalın anlama anlam yükleyememenin gerekçesi (mazereti) olarak anlam kargaşası düşünüp yaratmak hâkimlere düşmez çünkü bizzat kendileri böyle yapmanın sonuçlarının yersiz, ya da hatta haksız veya ahlaka aykırı olacağını düşünmektedirler; veya aynı davada Lord Scarman’ın sözlerini başka sözcüklerle açıklamak gerekirse, yazılı hukuk (mevzuat) alanında hâkim kanun koyucunun kanunlarda ifade edilen iradesine uymalıdır, farklı yorumlar mümkün olduğunda hâkimin seçme yetkisi vardır, fakat hâkim kararında kanunun çıkarılma amacını en çok karşılayan yorum seçmelidir. Sonuç haksız fakat kaçınılmaz olsa bile, hâkim kanunu reddetmemelidir; hoş olmayan mevzuat sırf hoş değil diye hiçe sayılamaz ya da reddedilemez; hâkimin görevi bunu yorumlamak ve uygulamaktır.”<sup>74</sup>

71 [1976] 2 MLJ 116

72 [1995] 1 SLR 617

73 [1980] 2 MLJ 273

74 Ibid sf. 276

Aynı davada karşı oy verilen kararda, Wan Suleiman FJ'nin bu konuda Suffian LP'ye katıldığını eklemem gerekir.

### **(ii) Liberal Yöntem**

“Hukuki gerçekçilik” akımının temsilcileri öte yandan yorumlama görevinin kaçınılmaz olarak yaratıcı olduğunu ileri sürerler çünkü hukuk kelimelerinin açık/belli anlamları yoktur. “Kişisel hürriyet”, “yaşam”, “hukuk”, “mülk”, “yeterli tazminat”, “dil” ve “olağanüstü hal” gibi ifadeler parçalara ayrılıp bırakılmazlar. Anayasal meselelere ilişkin olarak mahkeme, önceki emsal kararların harfiyen izlenmek zorunda olunmadığını ifade etti. Bu kararlar duruma ilişkin olarak atfedilen anlama bağlı olmalıdırlar.<sup>75</sup>

Böylece, **Teh Cheng Poh v Public Prosecutor**<sup>76</sup> davasında, anayasa hukukunu uygulama konusunda, mahkemenin görünenin (nitelendirilenin) arkasındaki esasa bakmak zorunda olduğu ileri sürüldü. Hükümetin bir kanunu ikinci derecede mevzuatın bir parçası olarak nitelendirmesi ya da tanımlaması, Parlamento oturum yaptıktan çok sonra bunun Kral tarafından yürürlüğe konan gizli bir Kararname olduğu ve böylelikle Anayasa'ya aykırı olduğu gerçeğini saklayamaz. Bu, mahkemenin bir olağanüstü hal kanununun geçersiz olduğunu beyan ettiği bir davadır. Danışma Meclisi kararında, Parlamento 20 Şubat 1971 tarihinde oturum yapınca, Kralın kanun hükmünde Kararname çıkarma yönünde hiçbir yetkisinin bulunmadığını ileri sürdü. 1975 Düzenlemeleri (Güvenlik Davaları) (Değişiklik), Anayasa'nın gücünü aşarlar (*ultra vires*) ve bu nedenle hükümsüzdürler. Ne var ki, aynı kararlar yürürlükten kaldırılmış olan 15 Mayıs 1969 tarihli Olağanüstü Hal İlanının halen yürürlükte olduğu ileri sürüldü. Parlamentar demokrasi ve kuvvetler ayrılığının işleme şekli budur.<sup>77</sup>

### **(iii) Amaca Yönelik Yaklaşım**

Bu yaklaşım, mahkemenin Anayasa'nın taslağını hazırlarken kurucularının akıllarında olan amacı tespit etmesini gerektirir.

75 Prof. Dr. Shad Saleem Faruqi, “Constitutional Interpretation in a Globalised World”, 17/11/2005, sf. 2, www.malaysianbar.org.my

76 [1979] 1 MLJ 50.

77 Tun Abdul Hamid Mohamad, “Legal And Judicial Transformation in Malaysia”, Razak Okulu, Hükümet Liderliği Forumu, 5/4/2013, sf. 2.

Amaca yönelik yaklaşımın kabul edildiği önemli bir dava, Yüksek Mahkemenin karar verdiği **Teoh Eng Huat v Kadhi Pasir Mas & Anor**<sup>78</sup> davasıdır ki burada reşit olmayan bir kişinin (Çinli bir kız) İslam dinini kabul etme hakkı mahkeme önündeki esas meseledir. Yüksek Mahkemenin, Anayasanın 11. ve 12. maddelerine ilişkin olarak, Üst Mahkeme hâkimince kabul edilen lafzi yorum yönteminin doğru olup olmadığını tespit etmesi istendi.

Üst Mahkemede, duruşma hâkimi 12. maddenin 3. fıkrasında yer alan “*ister/gerektirir*” kelimesinin bir çeşit zorlayıcı unsur anlamına geldiğini ve de bir kişi yasak eylemleri gönüllü olarak yaptığında 3. fıkranın uygulanabilir olmadığını ileri sürdü. Hâkim, 3. fıkra dolayısıyla 4. fıkradaki kelimenin genel olarak değil yalnızca bu belirli fıkra için geçerli olabileceğini ayrıca ifade etti. Özet şeklinde, bu, 18 yaş altında Müslüman olmayan herhangi bir çocuğun vasisinin ya da ebeveynin isteklerine karşın kendi dinine karar verebileceği anlamına gelir.

Duruşma hâkiminin kararını bozmaya ilişkin olarak, Abdul Hamid LP şunu ileri sürdü ki;

*“Doğruyu söylemek gerekirse, ilgili anayasal hükümler, 1961 Çocukların Velayeti Kanununun hükümleri ve Anayasamızın ilanının ardındaki koşullar üzerinde epeyce düşündük. Normalde olağan yargı uygulaması uyarınca yorumlama görevimizi yalnızca kanun sözlerine bağlı kılmamıza rağmen, görülmekte olan davada Anayasamızın taslağı hazırlanırken kurucularının akıllarındaki amacı, Lord Denning’in de bunu yapmış olduğu söylendiği üzere, kendimiz için tespit etme cesaretini gösterdik. Malezya Anayasası bir gecelik düşüncenin ürünü değil, Reid Komisyonu şeklinde yaygın olarak bilinen Birleşik Krallık, Avustralya, Hindistan ve Batı Pakistan’dan gelen anayasa ve yönetim uzmanlarının parlak fikridir. Komisyonun tespitinden önce, çeşitli ırk ve din gruplarını temsil eden İttifak partisi, Malay Yöneticileri ve İngiliz Hükümeti arasında müzakereler, tartışmalar ve mutabakat olmuştu.”<sup>79</sup>*

Hâkim ayrıca şöyle bir açıklamada bulundu ki:

*“Her koşulda, milletin daha büyük menfaati için hiçbir çocuğun ebeveyninin ya da vasisinin izni olmaksızın kendi dininden başka bir din ile ilgili eğitim alma yönünde otomatik bir hakkı olmaz”<sup>80</sup>*

78 [1990] 2 MLJ 300

79 Ibid., sf. 302

80 Ibid., sf. 302

Davanın yukarıdaki ve ayrıca yapılan yorumuna dayanarak, aşağıdaki ilkeler düzenlenebilir:<sup>81</sup>

(a) 11. ve 12. maddelerin yorumu “yanlış öncüller üzerine yer etmiş” olamaz ve ilgili mevzuatın ardındaki “ruha ve amaca” aykırı olmamalıdır.

(b) Kelimenin olağan ve harfi harfine anlamından (lafzi yorum yöntemi) bir sapma, Başkan 11. ve 12. maddelerin gerçek anlamının ancak duruşma hâkimince sunulan tüm “teknik ayrıntıları ya da sadece akademik görüşleri” “kaldırarak” tespit edilebileceğini söylediğinde ortaya çıkar;

(c) Kanuni yorumda eşit derecede önemli/temel bir düşünce “milletin daha büyük menfaatleridir”;

Bu nedenlerle, mahkeme “hiçbir çocuğun eğitim alma yönünde otomatik bir hakkı olmayacağını” ileri sürdü.

Şu belirtildi ki yukarıdaki (a) ve (b) fıkraları kanuni yoruma ilişkin “amaca yönelik yaklaşımın” bir parçasını oluşturmak olarak kabul edilebilirler, (c) fıkrası ise kabul edilen tüm diğer yorum yöntemlerinden tam anlamıyla yeni ve radikal bir sapmadır.<sup>82</sup>

## 8.0 Sonuç

Malezya’daki mahkemeler, Anayasa’nın yorumuna ilişkin bazı belirli ilkeler koymuşlardır. Genel olarak mahkemeler, olağan bir kanuna kıyasla Anayasayı “daha az katılıkla ve daha fazla cömertlikle” yorumlayacaklar, fakat böyle yaparken 1957 ve 1963 yıllarında Anayasa’yı meydana getiren tarihi olayları ve gelişmeleri dikkate alacaklar, anayasal hedeflerin geliştirilmesi amacıyla Malay Yöneticileri kurumunu ya da Sabah ve Sarawak Eyaletlerinin özel menfaatlerini ve ayrıca insanların temel haklarını koruma yönünde Anayasa’da yer alan hükümleri savunacak veya yürürlüğe koyacaklardır.

Önceden var olan kanunlar, yani Merdeka veya Malezya Günü öncesinde çıkarılmış ve yürütme kararları ile değiştirilmemiş olan kanunlar hususunda şunu belirtmek gerekir ki mahkemeler, bu kanunların

81 Salleh Buang, Statutory Interpretation, 1996, Central Law Book Corporation Sdn Yayınevi, sf. 125

82 Ibid., sf. 126

hükümlerinin Anayasa'ya uygun olmaları için, madde 162(6) uyarınca bu önceden mevcut kanunları gerekli değişikliklerle uygulayacaklardır.

Anayasa'nın verdiği takdir yetkilerinin kullanılması alanında, mahkemenin ağır basan rolünün bu tür yetki verilenlerin bunları anayasal yetki sınırları dâhilinde kullanmalarını ve bu sınırları aşmamalarını temin etmektir. Yukarıda, Anayasa kapsamında herhangi bir kanunun yasallığını veya anayasallığını tespit etmek için siyasi kuram ve herhangi bir öğreti ya da inanç gibi diğer faktörlere değil ama Anayasa hükmüne atıfta bulunulması gerektiği ileri sürülmektedir. Ne var ki, kuvvetler ayrılığı ilkesinin Anayasa'nın 12. maddesinde yapılan değişiklikten sonra Anayasal çerçevemizin bir parçası olup olmadığı tartışılır durumdadır.

Hâkimlerin görevi böylece yalnızca kanunu yorumlamak değildir. Hâkimlerden hem "*filozof*" hem de "*kral*" olmaları bile beklenebilir.<sup>83</sup> Hâkimler, yeminlerine sadık kalarak, görevlerini kamuoyunun hukukun üstünlüğüne olan güvenini ve saygısını uyandıracak bir şekilde yerine getirmelidirler. Bu, hâkimlerin davaları görürken içinde buldukları tarafsızlık ve adalet ile sağlanabilir ve verdikleri kararlar düşüncelerindeki istikrar ve bütünlüğün göstergesi olmalıdırlar.<sup>84</sup> Hâkimler, kuvvetler ayrılığı ilkesine riayet ederek ve bununla beraber hukukun üstünlüğünü savunma yönündeki zorunlu görevlerini unutmayarak, aynı zamanda iki hassas işi birden yapmalıdırlar.

---

83 Dato' Mohd Hishamudin Yunus, "Judicial Activism-The Way To Go?" [2012], 6 MLJ xvii, internet üzerinde, [www.lexisnexis.com/my/legal](http://www.lexisnexis.com/my/legal).

84 JC Fong, "Constitutional Federalism in Malaysia", 2008, Thomson Sweet & Maxwell Yayınevi, sf. 189.



# Methods of Interpretation in Constitutional Justice

*The Rt. Hon. Tun Arifin bin Zakaria*  
*Chief Justice of Malaysia*

## **1.0 Introduction**

The term constitutional justice can be considered as a general term used to define all the functions that are carried out by a Constitutional or Supreme Court (but also by lower courts depending on the model that is adopted) in ensuring preservation of the Constitution and protection of fundamental and basic rights<sup>1</sup>. A Constitution is the fundamental and basic law of the land.<sup>2</sup> A Constitution provides the political architecture as to how the country should be organised or governed with the basic organs vested with defined powers and functions, and how justice is administered. At the ideological level, the Constitution provides the philosophical, fundamental or core values on which the respective society is founded.<sup>3</sup> The Constitution reflects the country's ideology, either democratic or totalitarian, capitalist or socialist, theocratic or secular.

To date, there is no unified method of constitutional interpretation. The difference in approach, leads to concerns regarding the ultimate validity of the decision: i.e. whether the Constitution provides for constitutional justice? This paper will address the above issue, and consider the various methods adopted by the Malaysian Judiciary in interpreting the Constitution.

## **2.0 A Brief Background On The Malaysian Constitution**

The Malayan Constitution was drafted by the Reid Commission which was appointed by the British in agreement with the Conference of Malay

---

1 Giuseppe Franco Ferrari, Introduction to Italian Public Law, Giuffre Editore, pg. 184

2 Shad Saleem Faruqi, 'Document of Destiny. The Constitution of the Federation of Malaysia', (2008), MALAYSIA Star Publications (Malaysia) Berhad, at page 20.

3 Ibid.

Rulers<sup>4</sup>. The members of the Commission consisted of legal experts from other jurisdictions. Therefore, even though the basic structure of the Constitution was adopted from the Indian Constitution as well as the Westminster model, the ultimate result of the Constitution was derived not solely from the Indian and British models but a mixture of traditions and principles both local and foreign. The Malayan Constitution had since evolved into the Malaysian Constitution with the formation of Malaysia in 1963.

The basic structure of the Malaysian Constitution consists of the following features:

- (a) Supremacy of the Constitution;
- (b) Democratic form of Government;
- (c) Separation of Powers between the Legislature, the Executive and the Judiciary;
- (d) Federal Character of the Constitution with Separation of Powers between the States and the Federation; and
- (e) Protection of Fundamental Liberties in Part II of the Constitution.

### 3.0 Supremacy Of The Constitution

In Malaysia, the Federal Constitution is supreme.<sup>5</sup> This is provided in Article 4(1) of the Constitution which reads:

*“4 (1) This Constitution is the supreme law of the Federation and any law passed after Merdeka Day which is inconsistent with this Constitution shall, to the extent of the inconsistency, be void.”*

This provision is adopted from the American constitutional concept known as constitutional doctrine. The doctrine and the provision was acknowledged by Lord Denning in the case of **B Surinder Singh Kanda v The Government of The Federation of Malaya**<sup>6</sup> where his Lordship made the following remarks:

---

4 Colonial Office, Report Of The federation Of Malaya Constitutional Commission 1957, Her Majesty's Stationery Office, London, pg. 4

5 Tun Mohamed Suffian's An Introduction to The Constitution of Malaysia edited by Tunku Sofiah Jewa, Salleh Buang & Yaacob Hussain Merican, Third Edition, 2007, at page 17.

6 [1962] MLJ 169 at.p170

*“The Federation of Malaya came into being on Merdeka Day that is 31st August 1957. Thence forward the Constitution was the Supreme law of the Federation (Article 4)”*

In **Loh Kooi Choon v Government of Malaysia**<sup>7</sup>, HRH Raja Azlan Shah FJ (as His Royal Highness then was) articulated the concepts of Constitutional Supremacy in the following words:

*“The Constitution is not a mere collection of pious platitudes. It is the supreme law of the land embodying three basic concepts: One of them is that the individual has certain fundamental rights upon which not even the power of the state may encroach. The second is the distribution of sovereign power between the States and the Federation, that the 13 States shall exercise sovereign power in local matters and the nation in matters affecting the country at large. The third is that no single man or body shall exercise complete sovereign power, but that it shall be distributed among the Executive, Legislative and Judicial branches of government, compendiously expressed in modern terms that we are a government of laws, not of men.*

His Lordship further stated as follows-

*“This reasoning, in my view, is based on the premise that the Constitution as the supreme law, unchangeable by ordinary means, is distinct from ordinary law and as such cannot be inconsistent with itself. It is the supreme law because it settles the norms of corporate behaviour and the principle of good governance. This is so because the Federation of Malaya, and later, Malaysia, began with the acceptance of the Constitution by the nine Malay States and the former Settlements of Penang and Melaka, by the acceptance of it by Sabah and Sarawak that entered the Federation in 1963, as the “supreme law of the Federation ...” (clause 1 of Article 4). It is thus the most vital working document which we created and possess...”<sup>8</sup>*

The Federal Court in **Sivara Rasiah v Badan Peguam Malaysia & Anor**<sup>9</sup> also upheld the doctrine of constitutional supremacy which is embodied in article 4(1) of the Federal Constitution. The Court observed:

*“Further, it is clear from the way in which the Federal Constitution is constructed there are certain features that constitute its basic fabric. Unless sanctioned*

---

7 [1977] 2 MLJ 187 at p.188

8 Ibid., p.190

9 [2010] 3 CLJ at p. 517

*by the Constitution itself, any statute (including one amending the Constitution) that offends the basic structure may be struck down as unconstitutional. Whether a particular feature is part of the basic structure must be worked out on a case by case basis. Suffice to say that the rights guaranteed by Part II which are enforceable in the courts form part of the basic structure of the Federal Constitution. See Keshavanada Bharati v State of Kerala AIR [1973] SC 1461”.*

In short the Constitution has primacy over any enactment whether Federal or State, enacted by Parliament or the State Legislative Assemblies.

The Malaysian Constitution is supreme and all organs of Government including Parliament are subject to the Constitution. Our Parliament derives its power from the Constitution which divides legislative power between the Federation and the states. The Constitution enumerates matters in which Parliament may make laws, and matters in which the state Legislative Assemblies may make laws.

Therefore, any legislation enacted by Parliament or the State Legislature may be declared void by the court, if it is inconsistent with the Constitution, to the extent of the inconsistency.<sup>10</sup>

#### **4.0 The Federal Court As The Interpreter Of The Constitution**

The Federal Court is the highest court of the land and since we do not have a Constitutional Court, it is effectively the Constitutional Court of the country. The Federal Court is vested with the exclusive jurisdiction over the interpretation of the Constitution.

This is spelt out in Article 128 of the Constitution. The Federal Court has exclusive jurisdiction in regard to:

(a) any question whether a law made by Parliament or by the Legislature of a State is invalid on the ground that it makes provision with respect to a matter with respect to which Parliament or, as the case may be, the Legislature of the State has no power to make laws; and

(b) disputes on any other question between States or between the Federation and any States.

---

<sup>10</sup> JC Fong, 'Constitutional Federalism in Malaysia', 2008, Thomson Sweet & Maxwell, at p. 152.

The Federal Court also has jurisdiction to determine any question as to the effect of any provision of the Constitution referred to it by another court and to remit the same to the other court to be disposed of in accordance with the determination.<sup>11</sup>

The Federal Court is also conferred advisory jurisdiction under Article 130 of the Constitution under which the Yang Di-Pertuan Agong (the King) may refer to the Federal Court any question as to the effect of any provision of the Constitution which has arisen or appears to him likely to arise. So far, His Majesty has done so only once, that is in the case of **Government of Malaysia v Government of the State of Kelantan**<sup>12</sup>. In that case, the Kelantan Government had entered into certain commercial arrangements with a company under which it received a deposit. The Federal Government contended that this tantamount to borrowing contrary to the Constitution. The Federal Court rejected the Federal Government's contention and held that the receipt of the deposit did not amount to borrowing. Following the decision, the definition of the word "borrow" was amended by section 8 of the Constitution (Amendment) No. 2 Act of 1971.<sup>13</sup>

Thus, in Malaysia, the Federal Court being the highest Court in the land which plays a dual role; as the interpreter of the Constitution and also as the highest appellate court.

## 5.0 Judicial Power

In Malaysia, after the amendment of Article 121(1) of the Constitution in 1988, the courts' jurisdiction is now limited to those conferred by or under the federal law. The current provision of Article 121 reads as follows—

*"121(1) There shall be two High Courts of co-ordinate jurisdiction and status namely –*

*(a) one in the States of Malaya, which shall have been known as the High Court in Malaya and shall have its principal registry in Kuala Lumpur; and*

---

11 Article 128(2) of the Federal Constitution.

12 [1968]1 MLJ 129.

13 Tun Mohamed Suffian's, *An Introduction To The Constitution of Malaysia*, Edited by Tunku Sofiah Jewa, Salleh Buang & Yacon Hussain Merican, 2007, at p. 130.

*(b) one in the States of Sabah and Sarawak, which shall be known as the High Court in Sabah and Sarawak and shall have its principal registry at such place in the States of Sabah and Sarawak as the Yang Di-Pertuan Agong may determine;*

*and such inferior courts as may be provided by federal law; and the High Courts and inferior courts shall have such jurisdiction and powers as may be conferred by or under federal law."*

With the amendment of Article 121, it is contended that the judicial power is no longer vested in the judiciary and hence put an end to the doctrine of separation of powers. This issue came for consideration before the Federal Court in the case of **Public Prosecutor v Kok Wah Kuan**<sup>14</sup>.

The Federal Court in that case held, *inter alia*, that the doctrine of separation of powers "*is not definite and absolute*". This landmark decision is said to have confirmed the fears expressed in 1988 when Article 121 was amended to remove the judicial power from the courts and the dangers it posed to the system of checks and balances on Executive power. It is contended by some quarters that under the system of constitutional government, the courts are always regarded as the protector of the Constitution and will imply into the Constitution the basic fabric of democratic values, including the doctrine of separation of powers which distinguishes a democracy from a dictatorship.

Under the current Article 121 it would appear that judicial power is no longer vested in the Judiciary as the jurisdiction and powers of the courts are limited to those conferred by or under the federal law. If this is so, then the doctrine of separation of powers no longer exist. On the other hand, there are strong arguments that the amendment should be given a restricted interpretation in order to preserve the constitutional order or the basic structure or framework of the Constitution.

In **PP v Kok Wah Kuan**, the accused who was 12 years and 9 months old at the time of the commission of the offence was charged in the High Court for the offence of murder punishable under section 302 of the Penal Code. He was convicted and ordered to be detained during the pleasure of the Yang Di-Pertuan Agong pursuant to section 97(2) of the Child Act 2001. Upon his appeal, the Court of Appeal upheld the conviction but set aside the

---

14 [2008] 1 MLJ 1

sentence imposed on him and released him from custody on the sole ground that section 97(2) of the Child Act was unconstitutional.

The Court of Appeal applying what it considered settled principles held that section 97(2) of the Child Act had contravened the doctrine of separation of powers by conferring on the Executive the judicial power to determine the measure of sentence to be served by the accused. By virtue of Article 39 of the Constitution, the executive power of the Federation vests in the Yang Di-Pertuan Agong who, in accordance with Article 40 of the Constitution, must act in accordance with the advice given by the Cabinet.

On appeal the majority of the Federal Court Judges rejected the finding that the amendment to Article 121 was of no effect, ruling that after the amendment, there is no longer any declaration in the Constitution that the judicial power of the Federation vests in the two High Courts. It was therefore no longer necessary to interpret the term “judicial power” and all that is needed is to look at the federal law to know the jurisdiction and powers of the two High Courts. On that premise, section 97(2) was held not inconsistent with any provision of the Constitution.

Alluding to the Court of Appeal’s finding that section 97(2) had violated the doctrine of separation of powers, Abdul Hamid Mohamad, PCA (who later became the Chief Justice of Malaysia) dismissed the doctrine as a mere political doctrine that is not absolute. Although admitting that the doctrine had influenced the framers of the Constitution, the learned Judge was emphatic that it was not a provision of the Malaysian Constitution and no provision of law can be struck down as being unconstitutional merely because it offended that doctrine.

It is noteworthy that, Richard Malanjum, CJ (Sabah and Sarawak) although agreeing with the majority as to the outcome of the appeal disagreed with the view of the majority that with the amendment of Article 121 the court in Malaysia can only function in accordance with what has been conferred on them by the federal laws. He concluded that the absence of the words “judicial power” in Article 121(1) of the Federal Constitution “did not cause the courts to become servile agents of the Federal Act of Parliament and to only perform mechanically any command or bidding of a federal law”. The main ground of his dissent was in restricting the power of the court to what have been conferred on them by federal laws, which he maintained is

inconsistent with the democratic system of government wherein the courts form the third branch of the Government. The learned Chief Judge firmly rejected the view that the amendment had the effect of removing the doctrines of the separation of powers and the independence of the Judiciary as basic features of the Constitution.

This case shows a divergence in approach between the majority and the minority with regard to constitutional interpretation even though their decision to dismiss the appeal was unanimous. The majority adopted what may be referred to as the literal approach to interpretation while the dissenting view adopted the purposive approach. Thus the issue is far from settle.

### **6.0 Conceptual Issues: Methods Of Interpretation Of The Malaysian Constitution**

The judiciary as one of the arms of the Government is tasked with the interpretation of the Constitution. The unique methods of interpretation of our Constitution was borne out in the decision of Raja Azlan Shah FJ (as His Royal Highness then was) in the case of **Loh Kooi Choon v Government of Malaysia**<sup>15</sup> where his Lordship held that:

*“Whatever may be said of other Constitutions, they are ultimately of little assistance to us because our Constitution now stands in its own right and it is in the end the wording of our Constitution itself that is to be interpreted and applied, and this wording “can never be overridden by the extraneous principles of other Constitutions” – see Adegbenro v Atkintola & Anor [1953]3 All ER 544 541. Each country frames its constitution according to its genius and for the good of its own society. We look at other Constitution to learn from their experiences, and from a desire to see how their progress and well-being is ensured by their fundamental law.”<sup>16</sup>*

By way of caution, I should add that though the court may interpret a Constitution with “more generosity than any ordinary Act” such interpretation must not go against certain fundamental principles, such as the observance of the rules of natural justice or the need to promote the objects of the Constitution as may be ascertained from the language used in the document

---

15 [1977] 2 MLJ 187

16 [1977] 2 MLJ 187 at p. 188-189.

In addition, for a country which is based on the concept of supremacy of the Constitution, any written law may be declared void as being inconsistent with the Constitution. The court had deliberated on this principle in **Muhammad Hilman bin Idham & Ors. v Kerajaan Malaysia & Ors.**<sup>17</sup>

In that case, the appellants, who were political science undergraduate students of the Universiti Kebangsaan Malaysia (UKM), were present in the constituency of Hulu Selangor during the campaign period for the Parliamentary by-election of 24 April 2010. They were found to have in their possession, paraphernalia supportive of, sympathetic with or opposed to a contesting political party in the by-election. A month later, the appellants received notices from the University requiring them to appear before a disciplinary tribunal to answer charges of alleged breaches and offences under section 15(5)(a) of the Universities and University Colleges Act 1971 (UUCA). They denied the allegations and at the same time applied by way of an originating summons for a declaration that section 15 (5) (a) of the UUCA contravened Article 10 (1)(a) of the Constitution and was therefore invalid and that consequently, the disciplinary proceedings were also invalid.

The High Court judge found that section 15 (5) (a) of the UUCA was constitutional and valid and that the provisions of section 15 (5) (a) of the UUCA were reasonable and within the ambit of Article 10(1)(a) of the Constitution read with Article 10(2)(a).

On appeal, the issue for determination was whether the restriction under section 15(5)(a) UUCA is reasonable and the restriction falls within the permissible exceptions as provided by Article 10(2)(a) of the Constitution? The Court of Appeal in a majority 2-1 decision, ruled that section 15 (5)(a) of the Act was unreasonable and violated freedom of speech guaranteed by the Constitution. The Court of Appeal had given a realistic dimension to the word reasonableness and an interpretation that is poles apart from the conservative position of the apex court in the case of *Sivarasa Rasiah v Badan Peguam Malaysia & Anor*<sup>18</sup>. The Federal Court observed that:

*“In three recent decisions this court has held that the provisions of the Constitution, in particular the fundamental liberties guaranteed under Part II, must be generously*

---

17 [2011] 6 MLJ 507

18 [2010] 2 MLJ 333

*interpreted and that a prismatic approach to interpretation must be adopted. These are Badan Peguam Malaysia v Kerajaan Malaysia [2008] 2 MLJ 285; [2008] 1 CLJ 521, Lee Kwan Woh v Public Prosecutor [2009] 5 MLJ 301; [2009] 1 LNS 778 and Shamim Reza bin Abdul Samad v Public Prosecutor [2009] 2 MLJ 506; [2009] 6 CLJ 93.*<sup>19</sup>

The Federal Court explained as follows:

*“Provisos or restrictions that limit or derogate from a guaranteed right must be read restrictively...<sup>20</sup>”*

The Federal Court held that:

*“Now although the article says ‘restrictions’, the word ‘reasonable’ should be read into the provision to qualify the width of the proviso.<sup>21</sup>”*

It is to be noted that, the Government’s appeal to the Federal Court was dismissed on 22 November 2012 on grounds that the matter was academic as Section 15(5)(a) had been repealed three months after the Federal Court granted leave to appeal to the appellants.

Permit me to move on to the issue at hand, i.e the methods used by the Malaysian Judiciary in interpreting the Constitution.

## **7.0 Methods Of Interpretations Used By Malaysian Courts**

### **(a) Ordinary Rules of Statutory Interpretation Do Not Apply**

A Constitution should be interpreted “with less rigidity and more generosity” (see **Attorney-General of St Christopher, News & Anguilla v Reynold**<sup>22</sup>. This principle was applied by Raja Azlan Shah Ag LP in **Dato’ Menteri Othman bin Baginda & Anor v Dato Ombi Syed Alwi bin Syed Idrus**<sup>23</sup>. The Lord President observed as follows:

*“In interpreting a constitution two points must be borne in mind: First, judicial precedent plays a lesser part than is normal in matters of ordinary statutory interpretation. Secondly, a constitution, being a living piece of legislation, its provisions must be construed broadly and not in a pedantic way — “with less rigidity*

---

19 Ibid., p.340

20 [2010]2MLJ333 p.341

21 Ibid., p.341

22 [1979] 3 All ER 129

23 [1981] 1 MLJ 29

*and more generosity than other Acts” (see Minister of Home Affairs v Fisher [1979] 3 All ER 21. A constitution is sui generis, calling for its own principles of interpretation, suitable to its character, but without necessarily accepting the ordinary rules and presumptions of statutory interpretation.”<sup>24</sup>*

In another case, **Merdeka University Bhd v Government of Malaysia**<sup>25</sup>, Abdoolcader J cautioned that the principle of not construing a Constitution in “any narrow or pedantic sense” does not mean the court is at liberty to stretch or pervert the language of the Constitution in the interest of any legal or constitutional theory or even for the purposes of supplying omissions or correcting supposed errors.

### **(b) Decisions of other Courts are of Persuasive Value Only**

The decisions of foreign courts, especially courts of the Commonwealth countries are of high persuasive value. Whilst the decisions of English judges, especially in the Privy Council had influenced the Malaysian judiciary in the interpretation of the Malaysian Constitution, the courts have been reluctant to rely on Indian authorities as an aid in the interpretation of our constitutional provisions. The reasons for this reluctance is found in the Federal Court decision in **Karam Singh v Menteri Hal Ehwal Dalam Negeri [Minister Of Home Affairs], Malaysia**<sup>26</sup>. It was an appeal against the decision of the trial judge on an Application for a writ of *habeas corpus*. Ong Hock Thye CJ (Malaya) stated :

*“Perusing both English and Indian authorities has been no small task, but at the end of it all I would sum up by saying that, in my humble opinion, English courts take a more realistic view of things, while Indian judges, for whom I have the highest respect, impress me as indefatigable idealists seeking valiantly to reconcile the irreconcilable whenever good conscience is pricked by an abuse of executive powers.”<sup>27</sup>*

Suffian F.J. in that case opined that

*“Judgments of the Indian Supreme Court are of great persuasive value here, particularly on the Constitution because to a great extent the Indian Constitution was the model for our own Constitution. But having given this matter anxious*

24 Ibid, p. 33; See also JC Fong, ‘Constitutional Federalism in Malaysia’, 2008, Thomson Sweet & Maxwell, at p. 162.

25 [1981] 2 MLJ 356

26 [1969] 2 MLJ 129

27 Ibid., p.141

*consideration I have come to the view that with deep respect the Indian Supreme Court should not in this matter be followed ....*

*I would prefer to follow with respect the reasoning of the English Court of Appeal in the King v Secretary of State for Home Affairs, Ex parte Lees [1941] 1 KB 72..."*

It is pertinent to state that the fundamental rights as promulgated in the Indian Constitution is not similar to ours. India promotes the concept of secularism and is implicit in the Preamble of the Constitution where it clearly proclaims that the people of India have solemnly resolved to constitute India into a Sovereign Socialist Secular Democratic Republic. The expression "Socialist Secular" was inserted in the preamble by the Constitution (42<sup>nd</sup> Amendment) Act 1976. The object of inserting this expression was to spell out expressly the high ideas of socialism and secularism and the integrity of the Nation.<sup>28</sup> This amendment was only to make explicit what was already provided in the Constitution. By this amendment, the word 'secular' was introduced and thus, what was hitherto implicit was made explicit.<sup>29</sup> Even before the word 'secular' was inserted in the preamble, the Supreme Court of India had already observed that secularism was a basic feature of the Constitution. (**Sardar Syedna Taher Saifuddin Saheb v The State of Bombay**(AIR) (1962) SC 853,871).

### **(c) Constitutional Conventions**

To what extent may conventions be used by the courts? The Reid Commission's Report highlighted a situation where after the Federation Agreement 1948 was signed, and the Malayan Constitution was drafted, the conventions pointed by Reid Commission seemed to have been incorporated into the Constitution and rendered superfluous. Therefore the only conventions that may still be of utility are those observed in Britain upon which our constitution and system of Government are modelled. Therefore would convention assume a role in the interpretation of the Constitution? Some judges are of the view that it is only if the courts

28 Jeyasingh Peter, 1999, Secularism and Freedom of Religion, [http://courses.cs.vt.edu/cs3604/lib/freedom of Speech/International](http://courses.cs.vt.edu/cs3604/lib/freedom%20of%20Speech/International)

29 MP Jain, Indian Constitutional Law, Sixth Edition 2010(Lexis Nexis Butterworths Wadhwa), p. 1316

consider that external aid is necessary for such purpose that it will become necessary to consider.<sup>30</sup>

**In Datuk (Datu) Amir Kahar Bin Tun Haji Mustapha v Tun Mohd Said Bin Keruak & Ors**<sup>31</sup>, Abdul Kadir Sulaiman J said in *obiter* that conventions can be referred to as aid to the construction and interpretation of the provisions of the Constitution. However such conventions cannot override the express provisions of the Constitution (whether federal or state). It was further held that before a convention is invoked as an aid to interpretation, the actual constitutional provisions must first be looked at.

**(d) Interpretation to Safeguard Entrenched Constitutional Provisions and Customary Laws**

Malaysian courts decisions have demonstrated that they would uphold the entrenched provisions and ensure that no legislation would adversely affect those provisions. This is illustrated in the Federal Court judgment in **Pihak Berkuasa Negeri Sabah v Sugumar Balakrishnan**<sup>32</sup>. In this case the issue raised was whether the amendment to section 65(1) of the Immigration Act Act 1959/63 (which is in Part VII and hence, deemed, by virtue of Article 161E(4), to be part of the Constitution), contravenes the spirit and intention of the Agreement relating to Malaysia 1963, in particular Chapter III. Mohamed Dzaiddin FCJ (as he then was) delivering the judgment of the Federal Court held that the amendment to s 65 (1)(c) of the Immigration was merely to take away the discretion of the Director of Immigration in complying with the directions of a State Authority and “*does not in any way affect the rights and powers of the State as regards immigration matters*” which is one of the safeguards to protect the interests of Sabah and Sarawak, a pre-condition for them joining Malaysia. The learned judge added “*we are of the view that the spirit and intention of the Agreement Relating to Malaysia 1963 and the Report of the Inter-Governmental Committee had not in any way been contravened*”<sup>33</sup>.

In cases concerning indigenous land rights the Malaysian courts have invoked international human rights norms. In a landmark case, **Adong bin**

30 Views of Tan Chiaw Thong J referring to one Canadian case of Reference Re Amendment of the Constitution of Canada (1982) 125 DLR; JC Fong at p. 170.

31 [1994] 3 MLJ 737

32 [2002] 3 MLJ 72; [2002] 3 AMR 2817

33 JC Fong, ‘Constitutional Federalism in Malaysia’, 2008, Thomson Sweet & Maxwell, at p. 175.

**Kuwau & Ors v Kerajaan Negeri Johor & Anor**<sup>34</sup>, the High Court held that the plaintiffs, aborigines of the Jakun tribe, have common law rights over the land where they live. This ruling had led to the development of a body of judicial precedent on the recognition of existing rights to land of indigenous peoples in the country arising out of traditional laws and customs.

Similarly in **Sagong bin Tasi & Ors v Kerajaan Negeri Selangor & Ors**<sup>35</sup>, the court affirmed the principle that natives have proprietary rights over their customary land. In brief, the plaintiffs were among 23 family heads from Bukit Tampoi in Dengkil, Selangor who had 38 acres of their land taken from them for the construction of a highway in 1995. No compensation for the land was made by the defendants, except a nominal amount for crops and dwellings which were destroyed. The authorities maintained that the indigenous peoples were mere tenants on state land and as such were not entitled to compensation under the Land Acquisition Act 1960.

The Shah Alam High Court ruled that the plaintiffs have rights under common law over their lands. The judge also ordered the four defendants (the Selangor state government, United Engineers Malaysia (UEM), Malaysian Highway Authority (LLM), and the Federal Government to pay compensation to the native landowners, and further ordered that UEM and LLM pay damages for trespassing. The decision of the High Court was affirmed by the Court of Appeal.

#### **(e) Historical Background as an Aid to Interpretation**

Although the Constitution follows the Westminster model, it has its own peculiarities. The Constitution does not contain just the basic charter alone but also embrace constitutional supremacy, federalism, a constitutional Bill of Rights, and infused with traditional elements modified according to the perceived needs of a new polity divided by race and religion.<sup>36</sup> There are many sources that contribute to the constitutional text: the historical documents for instance, the Reid Commission Report, the *Rukun Negara*, the Constitution, the constitution of the various states of the Federation, federal laws, state laws, federal and state subsidiary legislations, decisions of the superior courts, constitutional conventions, *Syariah* laws for Muslims

---

34 [1997] 1 MLJ 418

35 [2002]2 MLJ 591

36 Andrew Harding, 'The Constitution of Malaysia, A Contextual Analysis, 2012, at p. 2.

as prescribed in Schedule 9, List 2 of the Constitution, the Malay *adat*, the customs of the natives of Sabah and Sarawak, and ratified and non-ratified international treaties.<sup>37</sup>

In relation to the constitutionality of international treaties, this issue arose in one case when the British Government intended to give up Singapore, North Borneo and Sarawak. Negotiations were held with the Malayan Government and representatives of the three territories with a view to their joining the federation through an agreement to be entered. There was opposition from the Indonesian and Philippines Governments. There was also opposition from an internal government, the state Government of Kelantan.<sup>38</sup>

What transpired was, six days before Malaysia was scheduled to be born, the High Court in Kuala Lumpur was asked in **The Government of the State of Kelantan v The Government of the Federation of Malaya and Tunku Abdul Rahman Putra Al-Haj**<sup>39</sup> to declare that the Malaysia Agreement and the Malaysia Act to establish Malaysia were null and void or alternatively were not binding on the state of Kelantan. On 9<sup>th</sup> of July 1963, the Government of the Federation of Malaya, United Kingdom, North Borneo, Sarawak and Singapore had signed the Malaysia Agreement whereby Singapore, Sarawak and North Borneo would federate with the existing states of the Federation of Malaya (including Kelantan) and thereafter the Federation would be called Malaysia. The Federal Parliament had then passed the Malaysia Act (the bill form which had been annexed to the Malaysia Agreement) to amend article 1 (1) and (2) of the 1957 constitution to provide, *inter alia*, for the admission of the three new states and for the renaming of the federation as Malaysia. The Malaysia Act had received the Royal Assent on 26<sup>th</sup> August and was to be effective on 16<sup>th</sup> September 1963.

The Kelantan State Government argued that the Malaysia Act would abolish the "*Federation of Malaya*" thereby violating the Federation of Malaya Agreement, 1957; that the proposed changes needed the consent of each of the

---

37 Shad Saleem Faruqi, 'Document of Destiny. The Constitution of the Federation of Malaysia', (2008), MALAYSIA Star Publications (Malaysia) Berhad, at p.24.

38 Tun Mohamed Suffian's 'An Introduction To The Constitution Of Malaysia', Edited by Tunku Sofiah Jewa, Salleh Buang & Yaacob Hussain Merican, Third Edition, Pacifica Publications, at p. 13.

39 [1963] MLJ 355

states of Malaya, including Kelantan, and this had not been obtained, that the Ruler of Kelantan should have been a party to the Malaysia Agreement; that constitutional convention called for consultation with Rulers of individual states as to the substantial changes to be made to the constitution; and that the federal Parliament had no power to legislate for Kelantan in respect of any matter regarding which that state had its own legislature.

On 11 September 1963, the Kelantan State Government moved that, pending the ultimate disposal of their dispute, the court should restrain the defendants, the Government of the Federation of Malaya and the Prime Minister, from carrying into effect any of the provisions of the Malaysia Act. The Chief Justice himself heard the application and dismissed it on 14 September 1963. On the merits, His Lordship Thomson CJ held as follows:

*“By Article 160 the Constitution itself is a written law and by Article 159 Parliament may make laws amending its provisions. This power is subject only to the restriction that a Bill to amend the Constitution requires to be passed by a majority of each House of Parliament consisting of two-thirds of the total number of members and by reason of Article 159(5) a law amending Articles 38, 70 or 71(1), which deal with the position of Their Highnesses the Rulers, or amending Article 153, which relates to the special position of the Malays, shall not be enacted without the consent of the Conference of Rulers. It is, however, to be noted that by reason of Article 159 the requirement of a two-thirds majority does not apply to any amendment of the Constitution made for or in connection with the admission of any State.;*

...

*The Malaysia Agreement is signed “for the Federation of Malaya” by the Prime Minister, the Deputy Prime Minister and four other members of the Cabinet. There is nothing whatsoever in the Constitution requiring consultation with any State Government or the Ruler of any State...”*

It is to be highlighted that the above mentioned case demonstrates the important role assumed by the Federal Court in interpreting the Constitution as a whole and not limited to the letters of the specific provisions, in the Constitution.

**(f) Interpreting Provisions Conferring Discretionary Powers: Judicial Review**

All powers must be subject to limitation. There must be controls on executive discretion so that discretionary authority does not degenerate into arbitrariness

It's a duty of the courts to ensure that every institution and every functionary of the state must stay within the limits of its or his competence. It is on this background that the Malaysian courts have dealt with the challenge to a declaration of emergency as in the case of *Stephen Kalong Ningkan v Government of Malaysia*<sup>40</sup>. In the series of cases: *Tan Tek Seng v Suruhanjaya Perkhidmatan Pendidikan & Anor*<sup>41</sup> and *Sugumar Balakrishnan* - administrative law principles of natural justice and reasonableness have been linked with the Constitution. These laudable administrative law principles are now regarded as implicit aspects of the constitutional guarantees to due process and equal treatment. The Malaysian courts in all the above cases have upheld the view that arbitrary powers and harsh penalties are in breach of the principle of equality before the law.

In the Malaysian perspective, judicial review may be considered in the context of constitutional supremacy. Whether judges can examine the constitutionality of parliamentary legislation or executive action which imposes restriction for instance on free speech, or to regulate fundamental rights, had come for determination by the courts in a number cases.

In *Karam Singh v Menteri Hal Ehwal Dalam Negeri [Minister Of Home Affairs], Malaysia*<sup>42</sup> Justice Ong CJ (Malaya) stated that,

*".... I would emphasise that the decision herein must, in the first place, be viewed in the light of the facts peculiar to this case and not construed as authority for any proposition wider than is intended.*

*That, in the interests of national safety, personal inconvenience in individual cases must give way is explicitly recognised by the framers of the Constitution in Part XI, articles 149 – 151. As Lord Wright said in the case *Eliezer Zabrovsky v General Officer Commanding Palestine (1947) AC 246....**

---

40 [1968] 2 MLJ 238(Privy Council); [1968] 1 MLJ 119 (FC)

41 [1996] 1 MLJ 261

42 [1969] 2 MLJ 129

*“In the troublous times of war and in the chaotic post-war conditions the scope of legal and permissive interference with personal liberty has been extended and restraints have been legalized by the legislature which would not have been accepted as legitimate in normal times.”*

*The twelve-year Emergency ended in 1960 but not the risks of subversion and turmoil. Hence preventive detention under regulation 17 of the Emergency Regulations, 1948, came to be embodied in the Internal Security Act, 1960, with the repeal of the Regulations. Pursuant to article 149 the Act was passed to provide for the internal security of the Federation, preventive detention, the prevention of subversion, the prevention of organised violence against persons and property and for matters incidental thereto.<sup>43</sup>”*

Suffian F.J. in that case agreed with the reasoning of the minority judgment by Sastri J. in **Atma Ram**<sup>44</sup> which stated that:

*“when the power to issue a detention order has been made to depend on the existence of a state of mind in the detaining authority, which is purely a subjective condition, so as to exclude a judicial inquiry into the sufficiency of the grounds to justify the detention, it would be wholly inconsistent to hold that it is open to the court to examine the sufficiency of the same grounds to enable the person detained to make a representation.<sup>45</sup>”*

His Lordship further explained that:

*“Our law is quite different from that of India. First, as already stated, the power of detention is here given to the highest authority in the land, acting on the advice of Minister responsible to and accountable in Parliament, not to mere officials. Secondly, as already stated, here detention, in order to be lawful, must be in accordance with law, not as in India where it must be in accordance with procedure established by law.”<sup>46</sup>*

In **Minister for Home Affairs, Malaysia & Anor v Karpal Singh**<sup>47</sup>, the respondent was placed under detention pursuant to a detention order issued by the Minister under section 8 of the ISA. Order of detention together with the grounds of detention and allegations of fact were served on the respondent.

---

43 Ibid., p. 141

44 AIR 1951 SC 157

45 [1969] 2 MLJ 129 p. 151

46 Ibid.,p. 151

47 [1988] 3 MLJ 29

The respondent submitted that one of the allegations was made in error as the respondent had not at the date, time and place alleged spoken on the issue of appointing non-Mandarin qualified headmasters and senior assistants in the national-type Chinese primary schools and the respondent claimed that he had been unlawfully detained.

The Supreme Court held *inter alia*:

(a) *“In our view the crux of the matter here is whether the learned judge in the present case took the correct approach to the question posed before him and has been time and again followed by the courts in this country (see Liversidge v Anderson [1942] AC 206 followed in Karam Singh v Menteri Hal Ehwal Dalam Negeri [1969] 2 MLJ 129 and Inspector General of Police v Tan Sri Raja Khalid bin Raja Harun [1988] 1 MLJ 182). In other words, reasonable cause is something which exists solely in the mind of the Minister of Home Affairs and that he alone can decide and it is not subject to challenge or judicial review unless it can be shown that he does not hold the opinion which he professes to hold”*<sup>48</sup>.

(b) *“The Minister of Home Affairs had gone on affidavit to say that omitting the allegation of fact he would still have made the detention order having regard to the reports and the information relating to the conduct of the respondent upon which, no doubt, the rest of the allegations of fact were based. In our view the learned judge in this case was bound to accept these averments in the affidavit and could not inquire into the cause of the detention”*<sup>49</sup>.

(c) *“the flawed sixth allegation of fact was an error of no consequence which can be regarded as a mere surplusage especially in view of the affidavit of the Minister of Home Affairs referred to earlier. The subjective satisfaction of the Minister of Home Affairs is not subject to judicial review.”*<sup>50</sup>

(See also **Kerajaan Malaysia & Ors v Nasharuddin Nasir**<sup>51</sup>, **Arumugam a/l Kalimuthu v Menteri Keselamatan Dalam Negeri & Ors**<sup>52</sup>)

However, in in some other cases the court has moved away from subjective test to an objective test. This can be seen in the case of Pengarah

---

48 Ibid., p. 33

49 Ibid., p. 33

50 Ibid., p. 33

51 [2004] 1 CLJ 81

52 [2013] 5 MLJ 174

**Tanah Dan Galian Wilayah Persekutuan v. Sri Lempah Enterprise Sdn. Bhd** where Raja Azlan Shah, CJ(Malaya) (as he then was) observed that:

*“Every legal power must have legal limits, otherwise there is dictatorship. In particular, it is a stringent requirement that a discretion should be exercised for a proper purpose, and that it should not be exercised unreasonably. In other words, every discretion cannot be free from legal restraint; where it is wrongly exercised, it becomes the duty of the courts to intervene. The courts are the only defence of the liberty of the subject against departmental aggression.”*<sup>53</sup>

In **Rama Chandran v The Industrial Court of Malaysia & Anor**<sup>54</sup> Edgar Joseph Jr FCJ observed Lord Diplock’s grounds in impugning a decision susceptible to Judicial Review in **Council of Civil Service Unions & Ors v Minister for the Civil Service**<sup>55</sup>. His Lordship listed three grounds of review namely, (i) illegality, (ii) irrationality, and (iii) procedural impropriety<sup>56</sup>. His Lordship further explained that:

*“... in practice, this permits the Court to scrutinize such decisions not only for process but also for substance...”*<sup>57</sup>(emphasis added)

See also **Ranjit Kaur S Gopal Singh v Hotel Excelsior (M) Sdn Bhd**<sup>58</sup>.

It is also interesting to note that, there are circumstances where the court has applied both the objective and subjective tests simultaneously. In **Mohamad Ezam bin Mohd Noor v Ketua Polis Negara & Other Appeals**<sup>59</sup> the appellants, who were ‘reformasi’ activists, were arrested and detained under section 73 of the International Security Act 1960 (“ISA”). The reason for the detention as stated in the affidavit was that the appellants were planning a street demonstration in Kuala Lumpur on 14<sup>th</sup> April 2001 involving some 50,000 people. The Federal Court in allowing the appellants’ appeal had applied the objective test to section 73 of the ISA and at the same time retained the subjective test for section 8 of the detention order.

---

53 Ibid., p.149

54 [1997] 1 MLJ 145

55 [1985] AC 374

56 [1997] 1 MLJ 145 p. 187

57 Ibid., p. 187

58 [2010] 8 CLJ 629

59 [2002] 4 MLJ 449

### (g) Constitutionalism

It cannot be gain said that a constitution seeks to secure some purposes and to promote some ideals and values for the state and the nation.<sup>60</sup> On that premise, there is this ideal of “constitutionalism” that overlaps with the notions of “limited government”, “separation of powers” and “rule of law”.<sup>61</sup> At the very basic, constitutionalism implies loyalty to the letter of the Constitution by citizens and officials of the State. Citizens must accept the limits on their freedom and they cannot simply pick and choose which laws to obey.<sup>62</sup> One learned author viewed that the essence of constitutionalism is a system of principles, rules and practices of a legal or quasi-legal nature that frames and shapes the political action and public decision-making.<sup>63</sup> In Malaysia, the relationship between the Government and the citizens is guided by law. Any violations are liable to be challenged in the courts. Officers in the Government are not immune from being sued in the courts under the law of contract and tort. Even the King and the Rulers (in their private capacity) are subject to the law of the land.

Malaysia embraces constitutionalism which implies loyalty to the letter as well as to the spirit of the Constitution. It requires a commitment to and an “internalisation” of the values and ideals that inspired the basic law.<sup>64</sup> The values that have been integrated into the administration of the country and the day to day activities of Malaysians, demands the observance of enacted rules as well as respect for the unwritten and informal practices and understandings with which the Constitution has become inlaid over the course of time and which, in the immortal words of Sir Ivor Jennings, “*provide the flesh to clothe the dry bones of the law*”.<sup>65</sup>

The Constitution also provides special provisions against subversion, organized violence, and acts and crimes prejudicial to the public and

---

60 Ibid., p. 20.

61 Ibid., p. 20.

62 Ibid., p. 24-25.

63 Andrew Harding, ‘The Constitution of Malaysia. A Contextual Analysis’, (2012), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, p. 3.

64 Prof. Dr. Shad Saleem Faruqi, ‘Document of Destiny. The Constitution of the Federation of Malaysia’ (2008), MALAYSIA Star Publications (Malaysia) Berhad, at p. 25.

65 Ibid p. 25.

emergency powers.<sup>66</sup> Article 149 pertains to legislation against subversion and action prejudicial to public order. Article 150 is regarding the proclamation of emergency. Article 151 is about restrictions on preventive detention. When the Government assumes these special powers, anything it does, no matter how drastic, provided that it is within these powers, is constitutional, since it is authorised by the Constitution itself, but of course any person may challenge the constitutionality of such act or omission in the courts.

In the case of **Stephen Kalong Ningkan v Government of Malaysia**<sup>67</sup>, the Privy Council while considering the meaning of the word “emergency” in Article 150(1), stressed the wide meaning of the word. The Privy Council observed:

*“...the word “emergency” as used in article 150(1) cannot be confined to the unlawful use or threat of force in any of its manifestations. While article 149 of the Federal Constitution is aimed at stopping or preventing subversion of that character, the terms of article 150 are much less restricted. Although an “emergency” to be within that article must be not only grave but such as to threaten the security or economic life of the Federation or any part of it, the natural meaning of the word itself is capable of covering a very wide range of situations and occurrences, including such diverse events as wars, famines, earthquakes, floods, epidemics and the collapse of civil government.”*<sup>68</sup>

Prior to **Stephen Kalong Ningkan’s** case, the Federal Court in **Eng Keock Cheng v Public Prosecutor**<sup>69</sup> had the opportunity to deal with the effect of Article 150 of the Constitution. It was held that the true effect of the said Article was, that subject to certain exceptions set out therein, Parliament has, during an emergency, power to legislate on any subject and to any effect, even if is inconsistent with the provisions of the Constitution (including the provisions on fundamental liberties) and that necessarily includes the authority to delegate the power to legislate to some other authority.

#### **(h) Other Methods of Interpretation**

The approach adopted by the courts in the interpretation of Constitution has been of a mixed nature. In matters pertaining to fundamental rights, the judiciary

---

66 Part XI, Article 149, Article 150 and Article 151 Federal Constitution.

67 [1968] 2 MLJ 238

68 Ibid p.243

69 [1996] 1 MLJ 18

is inclined to vigorously enforce the provisions on Fundamental Liberties in Part 11 of the Constitution. Some of these approaches are discussed below:-

### (i) The Literal Rule

This is the “*strict constructionist*”, approach which holds that the Constitution should be interpreted in accordance with the original intention of its framers. The “plain language” of the provisions and its grammatical and ordinary sense should be given effect. Deference should be paid to the enactment’s history.<sup>70</sup> In this spirit it was observed in the case of **Public Prosecutor v Datuk Harun bin Haji Idris & Ors**<sup>71</sup> that the court is not “*at liberty to stretch or pervert the language of the Constitution in the interests of any legal or constitutional theory, or even, for the purpose of supplying omissions or of correcting supposed errors.*” Similarly, in **Jabar v PP**<sup>72</sup>, the Singapore court held that any law is valid and binding so long as it is validly passed: “*The court is not concerned with whether it is also fair, just and reasonable.....*”

This narrow literal approach has been adopted in many cases of judicial review, involving preventive detention orders, constitutional guarantee of equality before the law, interpretation of the term “personal liberty” and restricted residence orders. It is only on very rare occasions, that the apex court had applied a liberal approach in interpreting the Constitution.

Thus, in the case of **Public Prosecutor v Sihabduin bin Haji Salleh & Anor**<sup>73</sup>, Suffian LP when delivering the majority judgment of a five Bench Federal Court observed:

*“Thirdly, if the law-maker so amends the law, to paraphrase the words of Lord Diplock at page 541 in Duport Steels Ltd v Sirs [1980] 1 All ER 529, the role of the judiciary is confined to ascertaining from the words that the law-maker has approved as expressing its intention what that intention was, and to giving effect to it. Where the meaning of the words is plain and unambiguous it is not for judges to invent fancied ambiguities as an excuse for failing to give effect to its plain meaning because they themselves consider that the consequences of doing so would be inexpedient, or*

---

70 Prof Dr. Shad Saleem Faruqi, ‘Document of Destiny. The Constitution of Malaysia’ 2008, at p. 632.

71 [1976] 2 MLJ 116

72 [1995] 1 SLR 617

73 [1980] 2 MLJ 273

*even unjust or immoral; or to paraphrase the words of Lord Scarman at page 551 in the same case, in the field of statute law the judge must be obedient to the will of the law-maker as expressed in its enactments, the judge has power of choice where differing constructions are possible, but he must choose the construction which in his judgment best meets the legislative purpose of the enactment. Even if the result be unjust but inevitable, he must not deny the statute; unpalatable statute law may not be disregarded or rejected, simply because it is unpalatable; the judge's duty is to interpret and apply it.*"<sup>74</sup>

I should add that in the same case, in the dissenting judgement, Wan Suleiman FJ agreed with Suffian LP on the issue.

### **(ii) The Liberal Rule**

The "legal realists" on the other hand argue that the interpretive task is unavoidably creative, because legal words do not have a self-evident meaning. Expressions such as 'personal liberty', 'life', 'law', 'property', 'adequate compensation', 'religion' and 'emergency' are not nicely cut up and dried. The court expressed that on constitutional issues, previous precedents need not be strictly followed. They must be subjected to a situation-sense.<sup>75</sup>

Thus, in **Teh Cheng Poh v Public Prosecutor**<sup>76</sup> it was observed that in applying constitutional law the court must look behind the label to the substance. The Government's labelling or description of a law as a piece of subsidiary legislation could not camouflage the fact that it was an Ordinance in disguise that was promulgated by the Yang di-Pertuan Agong long after Parliament had come back to session and, therefore, unconstitutional. It is a case where the court declared that an emergency law is void. In its judgement the Privy Council held that once Parliament had sat on 20 February 1971, the Yang di-Pertuan Agong did not have any power to make Essential Regulations having the force of law. The Essential (Security Cases) (Amendment) Regulations 1975 are *ultra vires* the Constitution and for that reason, void. However, the same judgment held that the Proclamation of Emergency of May 15, 1969 which had not been revoked was still in force. This is how

---

74 Ibid p. 276

75 Prof Dr. Shad Saleem Faruqi, 'Constitutional Interpretation in a Globalised World', 17/11/2005, at p. 2, [www.malaysianbar.org.my](http://www.malaysianbar.org.my)

76 [1979] 1 MLJ 50.

Parliamentary democracy and separation of powers work.<sup>77</sup>

### **(iii) The Purposive Approach**

This approach requires the court to ascertain for themselves the purpose the founding fathers of the Constitution had in mind when they drafted the Constitution.

One landmark case adopting the purposive approach is the Supreme Court's decision in **Teoh Eng Huat v Kadhi Pasir Mas & Anor**<sup>78</sup> in which the right of a minor (a Chinese girl) to embrace Islam becomes the principal issue before the court. The Supreme Court was required to determine whether the literal approach adopted by the learned High Court judge with respect of Article 11 and 12 of the Constitution was correct.

At the High Court, the trial judge held that the word 'requires' in clause (3) of Article 12 means some form of coercive element and that clause (3) is not applicable when one does the prohibited acts voluntarily. The learned judge further observed that the word in clause (4) for the purpose of clause (3) can only apply to that specific clause alone and not generally. Summarily, it means that any non-Muslim infant under the age of 18 can decide his own religion, notwithstanding the wishes of the guardian or parent.

In reversing the decision of the trial judge, Abdul Hamid LP held that;

*"In fairness to the trial judge, we have given considerable thought to the relevant constitutional provisions, the provisions of the Guardianship of Infants Act 1961 and the circumstances behind the promulgation of our Constitution. Although normally, in accordance with usual judicial practice, we base our interpretative function on the printed letters of the legislation alone, in the instant case, we took liberty, as Lord Denning is reported to have done, to ascertain for ourselves what purpose the founding fathers of our Constitution had in mind when our constitutional laws were drafted. The Malaysian Constitution was not the product of overnight thought but the brainchild of constitutional and administrative experts from UK, Australia, India and West Pakistan, known commonly as the Reid Commission following the name of the Rt Hon Lord Reid, LLD, FRSE, a Lord of Appeal in the Ordinary. Prior to the finding of the Commission, there*

77 Tun Abdul Hamid Mohamad, 'Legal And Judicial Transformation In Malaysia' for Razak School of Government Leadership Forum, 5/4/2013 at p. 2.

78 [1990] 2 MLJ 300

were negotiations, discussions and consensus between the British government, the Malay Rulers and the Alliance party representing various racial and religious groups<sup>79</sup>.”

His Lordship further explained:

*“In all the circumstances, we are of the view that in the wider interests of the nation, no infant shall have the automatic right to receive instruction relating to any religion than his own without the permission of the parent or guardian<sup>80</sup>.”*

Based on the above and further reading of the case, the following principles may be drawn: <sup>81</sup>

(a) The interpretation of Articles 11 and 12 cannot be *“rooted on wrong premises”* and must not be contrary *“to the spirit and intention”* behind the respective legislation.

(b) A departure from the ordinary and literal meaning of the word( the literal approach) is evident when the learned Lord President said that the true meaning of Articles 11 and 12 can only be ascertained by *“stripping away”* all those *“technical hair splitting or purely academic arguments”* which have been entertained by the learned trial judge;

(c) An equally fundamental consideration in statutory interpretation, is *“the wider interests of the nation”*;

*For those reasons, the court held that ‘no infant shall have the automatic right to receive instruction’.*

It was suggested that whilst paragraphs (a) and (b) above can be accepted as forming part of the ‘purposive approach’ of statutory interpretation, paragraph (c) above is a completely novel and is a radical departure from all other recognised rules of interpretations<sup>82</sup>.

## 8.0 Conclusion

The courts in Malaysia have laid down some precise principles on the interpretation of the Constitution. Generally, the courts will interpret the Constitution *“with less rigidity and more generosity”* than in the case

---

79 Ibid., p. 302

80 Ibid., p. 302

81 Salleh Buang, Statutory Interpretation, 1996, Central Law Book Corporation Sdn Bhd, p. 125

82 Ibid., p. 126

of an ordinary statute, but in so doing, the courts will take into account the historical events and developments which gave birth to the Constitution in 1957 and in 1963, uphold or give effect to provisions entrenched therein to safeguard either the institution of the Malay Rulers or the special interests of Sabah and Sarawak, and also the fundamental rights of the people so as to promote the objects of the Constitution.

In regard to the pre-existing laws, that is those passed before Merdeka or Malaysia Day and not modified by executive orders, the courts will, in accordance with Article 162(6), apply them with the necessary modifications so that those provisions of the pre-existing laws are consistent with the Constitution.

In the realm of the exercise of discretionary powers conferred by the Constitution, the court's predominant role is to ensure that those vested with such powers exercise them within the limits of their constitutional authority and not to exceed them. From the above, it is observed that in order to determine the legality or constitutionality of any statute under the constitution, reference should be made to the provision of the Constitution itself and not to other factors like political theory and any doctrine or belief. It is however, debatable whether the doctrine of separation of powers is part of our Constitutional framework after the amendment to Article 121 of the Constitution.

The judges' function is thus not merely to interpret the law. Judges may even be expected to be both 'philosopher and king'.<sup>83</sup> Judges, true to their oaths, must carry out their tasks in a manner that inspires respect and public confidence in the Rule of Law. This could be achieved by the impartiality and fairness by which judges conduct cases and the judgments which they deliver must be a manifestation of their intellectual soundness and integrity.<sup>84</sup> The judges must also perform the delicate balancing act, respecting the doctrine of separation of powers and not forgetting at the same time their bounden duty to uphold the rule of law.

---

83 Dato' Mohd Hishamudin Yunus, 'Judicial Activism – The Way to Go?' [2012], 6 MLJ xvii, at page 10 of 13 of online copy, [www.lexisnexis.com/my/legal](http://www.lexisnexis.com/my/legal).

84 JC Fong, 'Constitutional Federalism in Malaysia', 2008, Thomson Sweet & Maxwell, at page 189.