

21. Yüzyılda Hak ve Özgürlük Hareketleri ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü: Bangladeş Perspektifi

*Muzammel Hossain**

Giriş

12 Aralık 1948 günü, II. Dünya Savaşı'nın yıkıcı etkilerinin ardından henüz kurulmuş bulunan Birleşmiş Milletler'in Genel Kurulu oybirliği ile Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'ni kabul etti.

Bildirgenin kabulü, devletlerin otoritesini ve yetkilerini sınırlandırmak ve yurttaşlarına karşı yerine getirmek zorunda oldukları yükümlülükler getirmek amacıyla yapılan ilk uluslararası çaba oldu. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin hukuki bağlayıcılığı olmamakla birlikte, Bildirge zamanla uluslararası hukukun merkezi bir ögesi haline geldi. İnsan hakları, bir insanın onurlu biçimde yaşaması ve kişiliğini geliştirebilmesi için vazgeçilmez nitelikteki temel hakları ve özgürlükleri ifade eder. İnsan doğasına içkin insanlık onuru ve bütün insanların eşit olduğu düşüncesi, özgürlük, adalet ve dünya barışının temelidir.

İnsan hakları normlarının dünya çapında kabulü, ırk, renk, etnik köken, dil, din, zenginlik ya da sosyal statü ayrımı gözetilmeksizin herkesin ifade özgürlüğüne, seyahat özgürlüğüne, inanç özgürlüğüne ve kişi güvenliğine sahip olacağı bir dünya kurulması için başta gelen şarttır.

* Bangladeş Yüksek Mahkemesi Başkanı

Bu noktada, büyük nüfusu ve gelişmekte olan ekonomisi ile Bangladeş'in Birleşmiş Milletler bünyesinde kabul edilen neredeyse bütün sözleşmelere taraf olduğunu hatırlatmakta yarar görüyorum.

Bangladeş Anayasası

Bangladeş Devleti, milyonlarca insanın hayatını kaybettiği, uzun ve kanlı bir bağımsızlık savaşının ardından kuruldu. Bangladeş halkının iradesi ile ortaya çıkan Bangladeş Anayasası, ülkenin en yüksek kanunudur. Bağımsızlık ruhu, demokrasi ve sekülerizm Anayasanın temelini oluşturur. Anayasanın Başlangıç metnine göre, "hukuk devleti, temel insan hak ve özgürlükleri, eşitlik ve adaletin tesis edilmesi" devletin temel amaçları arasında yer alır. Anayasanın Üçüncü Bölümü "Temel Haklar"a ayrılmıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde kabul edilen temel hakların neredeyse tamamı bu bölümde güvence altına alınmıştır. Yasalar önünde eşitlik, yaşama hakkı, keyfi yakalama ve tutuklama yasağı, zorla çalıştırma yasağı, seyahat özgürlüğü, toplantı ve dernekleşme özgürlüğü, düşünce özgürlüğü, vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü, din özgürlüğü, çalışma özgürlüğü, mülkiyet hakkı, konut dokunulmazlığı ve haberleşme özgürlüğü Anayasanın Üçüncü Bölümünde sayılan temel haklar arasındadır.

Anayasanın 26. maddesine göre, Anayasada güvence altına alınmış bulunan temel haklara aykırı olarak yapılan yasalar geçersizdir. Yine aynı maddeye göre, devletin temel haklara aykırı yasalar yapmama yükümlülüğü vardır ve temel haklara aykırı yasaların kabul edilmesi halinde bu yasalar hükümsüz olacaktır.

Bangladeş'te, yasama yetkisi Parlamento'ya aittir fakat Parlamento temel hakların korunması ve güçlendirilmesi konusunda Anayasada öngörülen şartlara uymak zorundadır. Parlamento yasama yetkisini kullanma konusunda özgürdür, fakat bu yetkisini anayasal sınırlar içinde kullanmak zorundadır. Bu sebeple, Bangladeş Anayasası ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin "üst norm" statüsünde olduğunu söyleyebiliriz. Temel hak ve özgürlüklerin yasa ile değiştirilmesi de mümkün değildir.

Bangladeş Anayasası'nın Üçüncü Bölümünde yer alan temel haklar ve özgürlüklerin korunması için yargı yolu açıktır. Anayasanın 44. maddesi ile

102. maddesinin 1. fıkrası yukarıda sayılan temel hakların ihlali halinde Yüksek Mahkeme'nin Anayasa Yargısı Bölümü'ne başvuru hakkını düzenlemektedir.

Bangladeş Yüksek Mahkemesi

Bangladeş Yüksek Mahkemesi, ülkedeki en yüksek yargı organıdır ve iki bölümden oluşur: Anayasa Yargısı Bölümü ve Temyiz Bölümü. Yüksek Mahkeme Başkanı (Başyargıç) hem mahkemenin hem de ülkedeki yargı organının başıdır. Mahkeme Başkanını Cumhurbaşkanı atar. Yüksek Mahkeme'nin üyeleri ise Mahkeme Başkanının da görüşü alındıktan sonra Cumhurbaşkanı tarafından atanır. Bölümler gerek üyeleri gerekse işlevleri bakımından birbirinden tamamen farklıdır, fakat her ikisinin de başkanlığını Yüksek Mahkeme Başkanı yapar. Anayasanın 94. maddesinin 4. fıkrasına göre, Mahkeme Başkanı ve üyeleri anayasal sınırlar içinde kalmak şartıyla yargısal görevlerini yerine getirirken hiçbir kişi veya makama bağlı değildirler. Yüksek Mahkeme üyelerinin çalışma şartları, üyeliğin sona erme halleri, mesleki güvenceleri Anayasa ile düzenlenmiştir. Yüksek Mahkeme üyelerinin emeklilik yaşı altmış yedidir. Şu anda, Temyiz Bölümü'nde 11, Anayasa Yargısı Bölümü'nde ise 95 yargıç görev yapmaktadır.

Bangladeş Başyargıcı, Yüksek Mahkeme'nin başkanı olarak Mahkeme'nin bölümleri arasındaki bağlantıyı sağlar ve bölümler arasındaki yetki uyumsuzluklarında son sözü söyler.

Anayasa Yargısı Bölümü, anayasa yargısı alanındaki ilk derece mahkemesi olarak temel hakların korunması ve güçlendirilmesi için devlet makamlarının, yerel yönetimlerin ve ilgili kişilerin eylem ve işlemlerine karşı yapılan bireysel başvuruları karara bağlama yetkisine sahiptir. Buna ek olarak; idari işlemlerin yargısal denetimi, ticaret hukuku ve deniz ticareti uyumsuzluklarında ilk derece mahkemesi sıfatıyla; medeni hukuk ve ceza hukuku alanlarında da temyiz mahkemesi sıfatıyla çalışır.

Bangladeş Yüksek Mahkemesi'nin Temyiz Bölümü, Anayasa Yargısı Bölümü'nün kararlarına ve talimatlarına karşı yapılan başvuruları inceler ve karara bağlar. Buna ek olarak, görmekte olduğu davalarla ilgili olarak gerekli her türlü talimatı verme yetkisine sahiptir.

Temel Hakların Korunması ve Anayasa Yargısı

Bangladeş Anayasası'nın 102. maddesi Yüksek Mahkeme'nin Anayasa Yargısı Bölümü'ne idari ve yasal işlemlerin yargısal denetimi yetkisini vermiştir. Buna göre, Anayasa Yargısı Bölümü devlet makamlarının ya da yerel yönetimlerin eylem ve işlemleri ile yargı yerlerinin ya da idari makamların yargısal veya yarı-yargısal işlem, emir ve talimatlarını anayasaya veya kanunlara aykırı bulması halinde iptal edebilir.

Anayasa Yargısı Bölümü, *Jamil Huq vs. Bangladesh 34 DLR (AD) 125, K. Hossain, CJ* davasında, Anayasanın Başlangıç Bölümü ile 7., 26. ve 108. maddelerden hareketle şu değerlendirmeyi yapmıştır:

“Bütün bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, Bangladeş Anayasası'nın bağımsız bir devlet organı olan Yüksek Mahkeme'ye yargı alanında tam yetki verdiği görülmektedir. Yüksek Mahkeme, Anayasaya ve temel haklara aykırı olarak kabul edilen yasaları geçersiz sayma yetkisine sahiptir. Aynı şekilde, 102. madde de yürütme organının işlemleri ile yargı yerlerinin işlemleri ve kararlarının denetlenmesi konusunda Yüksek Mahkeme'ye yetki vermektedir.”

Bu noktada, temel hakların korunması konusunda Yüksek Mahkeme'ye verilen yetkinin idari işlemlerin veya yargı işlemlerinin denetimi konusunda verilen yetkiden daha geniş bir uygulama alanı olduğunu söylemek gerekir. Temel hakların korunması ile ilgili 102. maddenin 1. fıkrası, Anayasa Yargısı Bölümü'ne “temel hakları herhangi bir kişi veya kamu gücü kullanan bir kişiye karşı koruma” yetkisi tanımaktadır. Oysa, idari işlemlerin ve yargısal işlemlerin denetimi yetkisi sadece “devlet organlarında veya yerel yönetimlerde kamu gücü kullanan görevlilerin işlemleri için” söz konusudur; “herhangi bir kişi” ifadesine burada yer verilmemiştir.

Devletin taraf olduğu uluslararası antlaşma ve sözleşmelerden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi konusuna gelince, bu konuda Yüksek Mahkeme'nin Temyiz Bölümü *Hossain Md. Ersahd vs. Bangladesh and Others 21 (2001 BLD (AD))* kararında şu değerlendirmeyi yapmıştır:

“Ulusal mahkemeler, devletin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri tamamıyla göz ardı etmemelidir. Ulusal kanunların açık olmaması ya da iç

hukukta bir boşluk bulunması halinde, ulusal mahkemelerin uluslararası hukuka başvurması gerekir. Ulusal kanunların açık olduğu hallerde ulusal mahkemeler bu kanunları uygular, fakat ulusal normla uluslararası norm arasında bir uyumsuzluk varsa bu duruma yasama organının dikkatini çekmelerinde fayda vardır.”

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 13. maddesi, Bangladeş Anayasası'nın da 36. maddesi ile güvence altına alınmış bulunan “vatandaşların ülke dışına seyahat etme ve ülkeye geri dönme hakkı” konusunda, *Govt. of Bangladesh vs. Delaware Hossain Sayedee* (16 MLR (AD) 2011 410) davasında, halihazırda Bangladeş Başyargıcı olan Muzammel Hossain Yüksek Mahkeme'nin Temyiz Bölümü'nün bütün üyelerinin oybirliği ile kabul ettiği şu değerlendirmeyi yapmıştır:

“Hükümet, ilgili kişinin yurt dışına çıkışını engellemek istiyorsa, bunun için yapması gereken, ilgili kişiye karşı bir dava açılması için gerekli adımları atmak ve ilgili kişinin yurt dışına çıkışını engelleyen bir mahkeme kararı almaktır. Herhangi bir kişinin yurt dışında hükümet karşıtı propaganda yapma ihtimalinin olması veya yurt dışına çıkması halinde Bangladeş'te taraf olduğu davalarda duruşmalara katılmama ihtimalinin olması gibi gerekçelerle yurt dışına çıkma hakkının Hükümetin keyfi bir tasarrufuyla kısıtlanmasına izin verilmesi durumunda Anayasanın 36. maddesinin bir anlamı kalmaz. Anayasa'nın bekçisi olan bu Mahkeme, böyle bir uygulamaya izin veremez.”

Bangladeş Yüksek Mahkemesi kadın ve çocuk haklarının korunması ve güçlendirilmesi konusunda da proaktif bir rol oynamıştır. Gerek Bangladeş tarafından onaylanan uluslararası sözleşmeler ve antlaşmalardaki gerekse ulusal Anayasa ve yasalardaki koruyucu hükümleri dikkate alan Yüksek Mahkeme, cinsiyet eşitliği, kadınların ilerlemesi ve çocuk haklarının korunması alanlarında Bangladeş'in bölge ülkelerine nazaran büyük mesafe almasına önemli katkı yapmıştır.

Yüksek Mahkeme'nin Temyiz Bölümü, *A. Bakar Siddique vs. S M A Bakar* (38 DLR AD 107) davasında, ulusal kanunlar karşısında Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ndeki “çocuğun refahı” ilkesine üstünlük tanımıştır. Bu davada, “çocuğun vesayeti konusunda, gerekirse İslam hukuku ilkelerinin dışına çıkılarak, çocuğun refahının sağlanması açısından akrabaları arasından

en uygun kişinin belirlenmesi ve çocuğun o kişiye verilmesi" yönünde bir karar çıkmıştır.

Aynı şekilde, Bangladeş Yüksek Mahkemesi'nin gözaltı, tutuklama, basın özgürlüğü, din özgürlüğü, toplantı özgürlüğü, ifade özgürlüğü, rüşvetle mücadele, hukuk devletinin güçlendirilmesi konularında verdiği çok önemli kararlar ülkede demokrasinin ve insan haklarının temellerini sağlamlaştırmıştır.

Bununla birlikte, Bangladeş Yüksek Mahkemesi'nin denetim yetkisi zaman zaman sınırlandırılmıştır. Ülkede askeri yönetimin hakim olduğu ve Anayasanın yürürlüğünün durdurulduğu dönemlerde Yüksek Mahkeme'nin de yetkileri alınmıştır. Bangladeş'te askerler yönetimi ele aldıklarında sadece ülkeyi baskı ile idare etmekle kalmayıp aynı zamanda asker iradesi ile anayasa değişiklikleri de yapagelmışlerdir. Örneğin, devletin temel ilkelerinden biri olarak kabul edilen sekülerizm, 1977'de Anayasaya aykırı biçimde Anayasadan çıkarılmıştır. 2005 yılına kadar, askeri yönetimin işbaşına gelmesiyle birlikte, Anayasanın üstünlüğünü yitirdiği kabul edilmekteydi.

Yüksek Mahkeme'nin her iki bölümünce verilen iki karar işin seyrini tamamen değiştirmiştir. Önce Anayasa Yargısı Bölümü'nün *Beşinci Değişiklik Kararı* olarak bilinen, *Bangladesh Italian Marble Works Ltd vs. Government of Bangladesh (BLT 2006 Special Issue)* davasında verdiği karar, sonra da *Civil Petition for Leave to Appeal No. 1044 of 2009 ve 1045 of 2009* davasında Temyiz Bölümü'nün verdiği karar bu konuda kilometre taşı niteliğindedir.

Anayasa Yargısı Bölümü, yukarıda adı geçen davada, özel olarak 1979 yılında askerlerin baskısı sonucu parlamento tarafından onaylanan Beşinci Anayasa Değişikliğinin, genel olarak askeri yönetimin yasalara ve anayasaya uygunluğu sorununu irdelemiştir. Yüksek Mahkeme, gerek askeri yönetim döneminde çıkarılan kanunların gerekse Beşinci Anayasa Değişikliğinin Anayasaya aykırı olduğunu belirterek her ikisini de hükümsüz saymıştır. Bu kararda, askeri darbe yönetimlerinin hukuk dışı olduğu ve hep öyle olacağı ifade edilmiş, Anayasayı yürürlükten kaldırıp askeri yönetim tesis edenlerin bundan böyle vatana ihanet suçlamasıyla yargılanacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 102. maddesi kapsamında gerek temel hakların korunması gerekse idari ve yargısal işlemlerin denetlenmesi amacıyla açılan davalar sonucu her yıl ortalama 10.000 karar verilmektedir. Yüksek Mahkeme kararlarının etkin biçimde uygulanması, yeni başvurular için cesaret verici olmaktadır. Kamuoyunun basın aracılığıyla yargılama süreci hakkında bilgilendirilmesi, insanları daha duyarlı hale getirmiş, toplumda devrim niteliğinde değişiklikleri beraberinde getirmiştir. Bütün bunlar, insan hakları, hukuk devleti ve demokrasi alanında önemli ilerleme sağlamıştır.

Kamu Yararına Dava Açma Hakkı

Bangladeş gibi gelişmekte olan ülkelerde kamu görevlilerinin denetimi konusunda sorunlar yaşanmaktadır. Kamu görevlileri hesap verme konusunda pek istekli değildir ve kanunları uygulaması gereken kişiler kimi zaman karşımıza kanun dışı eylemlerle çıkabilmektedir. Toplum için çok büyük önem taşıyan konularda, ilgili kişilerin düşünceleri alınmaksızın ya düşünceleri sorulsa da yeterince dikkate alınmaksızın kamu görevlileri tarafından hayati öneme sahip kararlar alınabilmektedir. İdari işlemlere karşı sadece menfaati haleldar olan kişilerin dava açmasına izin verilmesi, toplumun genelini ilgilendiren kararlar alan kamu görevlilerinde yargı denetiminden kurtulabilecekleri izlenimini oluşturabilmektedir. Bu tür ihlallerde, yargının kendiliğinden müdahil olamaması insanların hukuk sistemine olan güvenini zedeleyebilir. Bangladeş Yüksek Mahkemesi, bu mülhazalarla 1996 yılında "Kamu Yararına Dava Açma Hakkı"nı tanımıştır.

Bangladeş Yüksek Mahkemesi'nin Temyiz Bölümü, 1996 yılının Temmuz ayında, *Dr. Mohiuddin Farooque vs. Bangladesh & Others (Writ Petition No. 998 of 1994)* davasında verdiği kararla Kamu Yararına Dava Açma Hakkını kabul etmiştir. Bu kararda, şu değerlendirme yapılmaktadır:

"Toplumun genelini ya da bir bölümünü etkileyen bir ihlal veya zarar olması halinde, zarar gören kişilerden -vatandaş olmak şartı ile- herhangi biri, herhangi bir vatandaş ya da ulusal bir dernek (yabancı kuruluşların şubeleri

değil) Anayasa'nın 102. maddesi uyarınca temel hakların ihlal edildiği iddiasıyla Yüksek Mahkeme'de dava açma hakkına sahiptir."

Bu kararlar birlikte, dava açma hakkının genişletilmesi Yüksek Mahkeme'nin yetki alanının da genişlemesini beraberinde getirmiş; özellikle insan hakları, çevre koruma ve hukuk devleti gibi toplumu ilgilendiren konularda ilgili kişilere ve hükümet dışı örgütlere de yargı yolunu açmıştır.

Yargı ile Yürütme Organları Arasında Ayrılığın Sağlanmasında Yüksek Mahkeme'nin Rolü

İnsan hakları ve hukuk devleti için bağımsız, güçlü ve proaktif bir yargı organının varlığı şarttır. Bangladeş'te, Yüksek Mahkeme'nin yanı sıra, illerde ve ilçelerde görevli 1345 hakim ve savcı görev yapmaktadır. Ülke genelinde hukuk davaları, ceza davaları ve ticaret davaları için kurulan ilk derece mahkemeleri ve temyiz mahkemeleri, "alt mahkemeler" olarak adlandırılmaktadır. Adalet dağıtma işlevinde, alt mahkemeler çok önemli bir rol oynamaktadır.

Ancak, savcılar yakın zaman kadar yürütme organı içinde yer almaktaydı ve idari makamlardaki görevliler de savcılık makamına getirilebilmekteydi. Anayasanın 22. maddesi, devlete yargı ile yürütme organlarını birbirinden tam olarak ayırma yükümlülüğü getirmekteydi ve bu konuda kamuoyunun da büyük bir desteği vardı. Bununla birlikte, hükümetler hem kamuoyunun beklentilerini hem de Anayasanın açık hükümlerini görmezden gelmekteydi.

Bu konu, *Masdar Hossain (20 BLD 2000 AD 141)* davasıyla Yüksek Mahkeme'nin önüne geldi ve Temyiz Bölümü hükümete yönelttiği 12 direktifle yürütme organından ayrı ve bağımsız bir yargı organının kurulmasını talep etti. Yüksek Mahkeme, kilometre taşı niteliği taşıyan bu kararında, Anayasanın yürütme organından ayrı ve bağımsız bir yargı organı tesisi yönündeki hükmünü "Anayasanın temeli" olarak nitelendirmiş; bu hükmü hayata geçirmek için ileri adımlar atılabileceğini, fakat kesinlikle bu hükümden taviz verilemeyeceğini belirtmiştir. Yargının bağımsızlığı ilkesinden, parlamento dahil olmak üzere, hiçbir devlet organı geri adım atamaz.

Mevcut hükümet, Yüksek Mahkeme'nin talimatlarına uygun biçimde, gerekli adımları atmış ve 2009 yılında parlamentoda kabul edilen Ceza Yargılama Usulü Kanunu ile savcılar yürütme organından ayrılarak yargı organına katılmıştır.

Çevre Adaleti: Yaşama Hakkı Sağlıklı Çevre Hakkını İçerir

İklim değişikliği, modern dünyanın karşı karşıya olduğu en büyük sorunların başında geliyor. Bangladeş, iklim değişikliğinden en çok etkilenen ülkeler arasındadır. Bangladeş Yüksek Mahkemesi, çevre korumayla ilgili kanunların ve kuralların ihlalini önleme konusunda proaktif bir rol üstlenmekte ve çevre sorunlarına duyarlı kararlar vermektedir.

1972 yılında yapılan Bangladeş Anayasası sağlıklı çevre hakkını temel haklar arasında saymamıştır. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme'nin Temyiz Bölümü, *Dr. Mohiuddin Farooque vs. Bangladesh and others (BLD, 1997, p. 1)* davasında, yaşama hakkının bir gereği olarak çevre hakkını tanımıştır. Buna göre;

“Anayasamızın 31. ve 32. maddeleri yaşama hakkını bir temel hak olarak kabul etmektedir. Yaşama hakkının bir anlam taşıması için çevre koruma, ekolojik denge, su ve hava kirliliğinin önlenmesi şarttır. Bu nedenle; bu sayılanlara karşı yapılan eylemler ya da bu sayılanlarla ilgili ihmaller de yaşama hakkının ihlali sayılır.” (Choudry, J., para. 101)

Anayasa Yargısı Bölümü de *Dr. Mohiuddin Farooque vs. Bangladesh and others (48 DLR, 1996, p. 483)* davasında, yaşama hakkının insanlara hayvanların sahip olduğu yaşam koşullarından daha ileri koşulların sağlanmasını gerektirdiğini; insanların temiz hava ve suya, normal bir yaş ortalamasına kadar hayatta kalmaya imkan verecek koşullara erişiminin yaşama hakkının gereği olduğunu belirtmiştir.

Bu kararlar sonucunda, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı Bangladeş halkı için artık bir temel hak haline gelmiştir. Mahkemenin bu içtihadı, özellikle kalkınma planları ve yatırım projelerinin sürdürülebilirliğinin incelenmesi açısından yargı organlarının omzuna ek bir sorumluluk getirmektedir.

Kadın Haklarında İlerleme ve Cinsiyet Eşitliği

Kadınlara erkeklerle eşit hakların sağlanması, kadın hakları ve cinsiyet eşitliğinin hayata geçirilmesi için ön koşuldur. Bangladeş Anayasası'nın 28. maddesi, cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır. Buna göre, kadınlar ve erkekler devlette ve kamu hayatının her alanında eşittir.

Ancak, Bangladeş gibi gelişmekte olan bir ülkede yüzyıllardır kültürde, değerlerde ve adetlerde yerleşmiş bulunan eşitsizlikleri birkaç kanun maddesi veya siyasi önlem ile bertaraf etmek mümkün değildir. Bu noktada, Bangladeş Yüksek Mahkemesi'nin yargısal aktivizmi devreye girmiştir ve cinsiyet temelli ayrımcılık, aile içi şiddet ve tacizler karşısında Yüksek Mahkeme'nin sergilediği "sıfır tolerans" tavrı sayesinde Bangladeş bu alanda büyük ilerlemeler kaydetmiştir.

Yargıda kadınların temsili konusuna gelince, 2000 yılına kadar Yüksek Mahkeme'nin kadın üyesi hiç olmamıştı. Bugün itibariyle, Yüksek Mahkeme'de 6 kadın üye bulunmaktadır, alt mahkemelerde ise 244 kadın hakim ve savcı görev yapmaktadır. Kadın hakimlerin sayısı gün geçtikçe artmaktadır ve daha da önemlisi kadın hakimlerin çoğu çok kaliteli kararlar vermektedir. Bangladeş yargısı farklı cinslerin temsilinde eşitliği sağlama çabalarında kesinlikle nitelik, yetkinlik ve kaliteden taviz vermemiştir.

Bağımsızlığına yeni kavuşan bir ülkenin en üst yargı organı olarak, Bangladeş Yüksek Mahkemesi, kurulduğu 1972 yılından bu yana insanlar arasında ayırım yapmaksızın ve makul süreleri aşmaksızın kaliteli bir yargı hizmeti sunmak için çaba sarf etmekte; ülkede hukuk devleti, insan hakları ve demokrasinin güçlenmesine katkı sağlamaktadır.

Movements of Rights and Freedoms in the 21st Century and the Role of the Constitutional courts: Bangladesh perspective

*Muzammel Hossain**

Introduction: On December 12, 1948, shortly after the devastation of World War II, the newly constituted United Nations General Assembly, unanimously adopted the Universal Declaration of Human Rights (UDHR).

The declaration was the first international effort to limit the authority and behavior of states and press upon them duties to their citizens. Although the Universal Declaration of Human Rights is a non-binding declaration, it has become the central component of the international customary law. Human rights are the basic rights and freedoms without which a human being can not survive with dignity and improve personality. Respect for inherent dignity and equal rights of all human beings is the foundation of freedom, justice and world peace.

Adherence to human rights norms alone may create a world environment in which every human being irrespective of race, color, nationality, language; religion, wealth or status shall enjoy freedom of speech, movement, and belief and freedom from fear and want.

* Chief Justice of Bangladesh

It deserves special mention that Bangladesh a developing country of a vast population is a signatory to almost all the Covenants adopted by the United Nations.

The Constitution of Bangladesh: The state of Bangladesh was born out of a long and bloody struggle for independence at the cost of millions. The Constitution of Bangladesh which is the embodiment of the will of the People of Bangladesh is the supreme law of the land. The Constitution is founded on the spirit of the independence struggle; democracy and secularism. The Preamble of the constitution declares that that the realization of "Rule of law, fundamental human rights and freedom, equality and justice" shall be a fundamental aim of the state. The Constitution contains Chapter III under the heading 'Fundamental Rights' and incorporates therein nearly all the basic rights enunciated by the Universal Declaration of Human Rights. Equality before law, right to life, safeguards against arrest and detention, prohibition of forced labour, freedom of movement, assembly, association, thought, conscience, speech, religion, and profession, right to property and protection of home and privacy of correspondences are some of the important Fundamental Rights under the above Chapter.

Article 26 of the Constitution makes all existent laws inconsistent with fundamental rights void to the extent of such inconsistency and further enjoins upon the state not to make any law inconsistent with fundamental rights and declares that any law so made shall, to the extent of such inconsistency, be void.

In Bangladesh, Parliament has the exclusive legislative authority but the Constitution curtails its plenary law making power for the protection and promotion of fundamental rights. The Parliament is free to legislate but subject to the provisions of the Constitution. As such in the Constitution of Bangladesh the Basic Human Rights enjoy the status of super law and immune from any change or amendment. The fundamental rights as contained in Chapter III are also judicially enforceable. Article 44 of the Constitution guarantees the right to move to the High Court Division of the Supreme Court of Bangladesh in accordance with Clause (1) of Article 102 for the enforcement of the above mentioned fundamental rights.

Supreme Court of Bangladesh: The Supreme Court of Bangladesh is the apex court of the country comprising two divisions, the High Court Division and the Appellate Division. The Chief Justice is the head of the Supreme Court as well as the judiciary of the country. The President of the Republic appoints the Chief Justice while other judges of the Supreme Court are appointed by the President in consultation with the Chief Justice. Both the Divisions are separate in their composition and functions but headed by one Chief Justice. Article 94(4) provides that subject to the provisions of the constitution the Chief Justice and the other Judges shall be independent in the exercise of their judicial functions. The tenure of office, procedure for removal from office, and professional independence of the judges of the Supreme Court are all mentioned and assured by the Constitution. A judge of the Supreme Court retires at the age of 67 years. At present the approved number of judges in the Appellate division is 11, while there are 95 judges in the High Court Division.

The Chief Justice of Bangladesh, who heads the Supreme Court constitutes benches of both the Divisions and assigns specific jurisdiction concerning competence. The High Court Division is the exclusive constitutional court of first instance with competence to issue writs upon any functionary of the state or of any local authority or any person for protection, advancement or enforcement of fundamental rights and perform judicial review of administrative actions. In addition, it has exclusive original jurisdiction in admiralty and company matters and appellate and revisional jurisdictions in respect of civil and criminal cases.

The Appellate Division of the Supreme Court of Bangladesh hears and determines appeals from judgments, and orders of the High Court Division. In addition, the Appellate Division has jurisdiction to make any order or direction for doing complete justice in any cause or matter before it.

Enforcement of fundamental rights and Judicial Review:

Judicial review is the power of a court to declare illegal any action or order of a public functionary or local authority or any judicial or quasi-judicial act, order or proceedings of a court or tribunal subordinate to it or other administrative organ and enforce their performance of statutory duty. Article 102 of the Constitution of Bangladesh vested the High court Division of the

Supreme Court of Bangladesh with the competence of judicial review of administrative or legislative actions.

In the case of *Jamil Huq vs. Bangladesh* 34 DLR (AD) 125, K. Hossain, CJ, on reviewing the preamble, Article 7, Article 26 and Article 108 of the Constitution observes as follows:

“A combined reading of the provisions set out above indicates that full judicial power have been conferred by the Bangladesh Constitution on the supreme judiciary as an independent organ of the state. It has power to declare a law passed by the legislature inconsistent with the constitution or fundamental rights *ultra vires*. The supreme judiciary has also been conferred with the power of judicial review of executive acts and other judicial acts and proceedings of subordinate courts and tribunals under Article 102.”

The scope of operation of fundamental rights is however wider than that of judicial review of administrative actions and acts or proceedings of subordinate courts. The High Court Division is empowered to enforce fundamental rights under Article 102 (1) of the constitution against “any person or authority including any person performing any function with the affairs of the Republic”, but the judicial review applies to “a person performing any function with the affairs of the republic or of a local authority” not to “any person or individual”.

As far as the judicial enforcement of international obligations of the state arising out of treaties or otherwise, the Appellate Division of the Supreme Court of Bangladesh in the case of *Hossain Md. Ersahd Vs. Bangladesh and Others* 21(2001) BLD (AD) held as follows:

“The national courts should not, I feel, straightway ignore the international obligations, which a country undertakes. If the domestic laws are not clear enough or there is nothing therein, the national courts should draw upon principles incorporated in the international instruments. But in the cases where the domestic laws are clear and inconsistent with the international obligations of the state concerned, courts will be obliged to respect the national laws, but shall draw the attention of the law makers to such inconsistencies”.

While upholding the right of the citizens to leave the country and to return freely as guaranteed under Article 13 of the Universal Declaration of Human Rights and Article 36 of the Constitution of Bangladesh, Justice Md. Muzammel Hossain (the incumbent Chief Justice of Bangladesh), representing the unanimous view of the of the Appellate Division of the Supreme Court of Bangladesh held, in the case of Govt. of Bangladesh VS. Delaware Hossain Sayedee (16 MLR (AD) 2011 410), as follows:

“If the government wants to stop the petitioner from leaving the country then it must start a specific case against him and get a custodial order by a court of law. If the government is allowed to restrict a person from going abroad at its discretion simply because he is going to make propaganda against government policy or because he may be required to stand trial at a future date, then Article 36 will become nugatory. This court being the custodian of the Constitution can not condone such practice”.

The proactive role of the Supreme Court of Bangladesh for protection and promotion of rights of women and children under the international treaties and conventions ratified by Bangladesh as well as under the laws and Constitution of the country has immensely helped Bangladesh to achieve its advanced position in the region in the area of women empowerment, gender equality and rights of the child.

In the case of A. Bakar siddique Vs. S M A Bakar (38 DLR AD 107) the Appellate Division of the Supreme Court of Bangladesh placed the ‘Welfare of the Child’ principle of the UN Convention on the Rights of the Child above the law and held that “the custody of a minor may be given to anyone of the close relatives in consideration of the welfare of the minor even departing from the principles of Mohammedan law regarding custody of the minor”.

In the same way numerous landmark judgments of the Supreme Court of Bangladesh on preventive detention, freedom of press, police remand, freedom of religion, right to assembly and right to expression of opinion, elimination of corruption and adherence to rule of law have strengthened the foundation of democracy and human rights in the country.

However, the power of judicial review of the Supreme Court of Bangladesh was taken away on several occasions with the proclamation of

martial law and suspension of the Constitution. In Bangladesh military rulers not only ruled the country forcibly they also effected basic changes of the constitution by military proclamations. In this process in 1977, secularism, which is regarded as a fundamental principle of the state policy, was unceremoniously removed from the constitution. Until 2005 it was accepted that the Constitution loses its supremacy once it is placed under the proclamation of martial law.

But the milestone verdict of the Appellate Division of the Supreme Court of Bangladesh in Civil Petition for Leave to Appeal No.1044 of 2009 and 1045 of 2009 confirming with modification the historic judgment of the High Court Division in the case of Bangladesh Italian Marble Works Ltd vs. Government of Bangladesh, popularly known as the Fifth Amendment Case (BLT 2006 Special Issue) has completely changed the situation.

In the above case the High Court Division of the Supreme Court, reviewed the question of legality and the constitutionality of martial law, and of course that of the Constitution (Fifth Amendment) Act, 1979, which was effected through martial law proclamations and subsequently ratified by the parliament, and then unambiguously ordained that both were thoroughly vacuous of legal authority, ultra vires the constitution and, is hence, non est. It has further been declared that the martial law will remain illegal forever and the persons responsible for its proclamation be tried for treason.

On average every year about 10,000 Writ cases are instituted under article 102 of the Constitution for protection or advancement of fundamental rights or judicial review of administrative or legislative actions. The success rate of writ or judicial review cases in the Supreme Court of Bangladesh is encouragingly high. The success rate of court cases and the media publication of case proceedings have made the people rights sensitized, brought revolutionary changes in the society and effected significant advancement in the area of human rights, rule of law and democracy.

Public Interest Litigation (PIL): In developing countries like Bangladesh there is deficiency in proper accountability of public functionaries and in some cases law enforcers are the violators. The public functionaries alone decide matters of grave concern for the people who have little or no effective role or voice. The principle that only the 'persons aggrieved' can initiate a legal action

in all matters including the matters of general people's concern virtually keeps the public functionaries beyond judicial scrutiny for their actions in matters of great public concern. This inaction of the judiciary may erode people's trust and confidence in the competence of the judiciary. In the above backdrop, concept of Public Interest litigation (PIL) was recognized by the Supreme Court of Bangladesh in 1996.

In July, 1996 the Appellate Division of the Supreme Court of Bangladesh while recognizing the principle of public interest litigation (PIL) in the case of *Dr. Mohiuddin Farooque vs. Bangladesh & Others* (Writ Petition No. 998 of 1994), observed as follows,

“In so far as it concerns public wrong or public injury or invasion of fundamental rights of an indeterminate number of people, any member of the public, being a citizen, suffering the common injury or common invasion in common with others or any citizen or an indigenous association, as distinguished from a local component of a foreign organization, espousing that particular cause is a person aggrieved and has the right to invoke the jurisdiction under Article 102”.

The introduction of PIL has significantly widened the area of competence of the Supreme Court of Bangladesh and substantially enhanced access to justice for the concerned people or NGOs for common causes including Human Rights, Conservation of Environment, and Rule of Law.

Supreme Court directives separate the judiciary from the executive organ:

An independent, capable and proactive judiciary is indispensable for the protection and advancement of Human Rights and rule of Law. In Bangladesh besides the Supreme Court there is a statutory or subordinate judiciary, comprising about 1345 judges and magistrates, which is located in each of 64 district headquarters and also in some sub-districts. The subordinate judiciary consists of the courts of first instance as well as courts of appeal and revision for civil, criminal and commercial cases. As such the subordinate judiciary plays an important role in the dispensation of justice. But the magistracy part of the judiciary remained with the executive branch of the government and executive officers were appointed as magistrates. Article 22 of the Constitution

enjoins upon the state a sacred duty to separate the judiciary from the executive organ of the state and there was also a strong popular support for this. But successive governments ignored the popular demand and showed inexcusable inaction in the performance of sacred Constitutional duty.

In the above backdrop, the Supreme Court was approached and in the Masdar Hossain case (20 BLD 2000 AD 141), the Appellate Division issued 12 directives upon the government for establishment of a separate and independent judicial service.

In the above landmark verdict the Appellate division held, among others, that the constitutional requirement of a separate and independent judicial service is the “very fundamental and basic structure of the constitution” which can be advanced but can not be interfered with even by the parliament.

Pursuant to above directives the present government adopted and passed in Parliament the Code of Criminal Procedure Amendment Act, 2009 providing for separation of magistracy from the executive branch and incorporating the same in one independent judicial service.

Environmental justice: Right to life includes right to healthy environment.

Climate change is one of the greatest common challenges facing the modern world. Bangladesh is one of the worst affected countries in the world by climate change effects. The Supreme Court of Bangladesh is playing a proactive and visionary role in ensuring qualitative and timely adjudication of cases involving infringement of laws or rules concerning conservation of environment.

The Constitution of Bangladesh, 1972 did not explicitly provide for the right to healthy environment as a fundamental right. The Appellate Division of the Supreme Court of Bangladesh, in the case of Dr. Mohiuddin Farooque vs Bangladesh and others (BLD, 1997, p.1) has expounded that “articles 31 and 32 of our Constitution protect right to life as fundamental right. It encompasses within its ambit, the protection and preservation of environment, ecological balance, free from pollution of air and water, sanitation, without which life can

hardly be enjoyed. Any act or omission contrary thereto will be violative of the said right to life." (Choudhury, J, para. 101).

While the High Court Division, in the case of *Dr. Mohiuddin Farooque vs. Bangladesh and others* (48 DLR, 1996, p. 438), stated that right to life includes right to fresh air and water and a situation beyond animal existence in which one can expect normal longevity of life.

As such, the right to healthy environment has now become a fundamental right for Bangladeshi people as per above case laws. This position puts additional responsibility upon the judiciary to ensure that rule of law is guaranteed in cases where the sustainability of a proposed or undertaken development project is in dispute and the victims of breach of public law and the judicial precedent is appropriately dealt with by the judiciary.

Women empowerment and gender equality:

The respect for equal rights of men and women is the foundation of women empowerment and gender equality. Article 28 of the Constitution of Bangladesh prohibits discrimination on the ground of gender and also declares equality of men and women in all spheres of the state and public life.

But good laws and best policies alone are not enough to bring an end to century old inequality and disparity which is deeply ingrained in culture, custom and values of developing countries like Bangladesh.

The judicial activism and zero tolerance policy of the Supreme Court of Bangladesh against gender based violence, domestic violence, harrasment of women and gender inequality have helped Bangladesh to achieve spectacular advancement in women empowerment and gender equality.

As far as women representation in the judiciary is concerned, before 2000 there was no woman judge in the Supreme Court of Bangladesh. As of today there are 6 women judges in the Supreme Court and 244 women judges and magistrates in the subordinate judiciary. The number of women judges is increasing day by day and more importantly, the majority of women judges are contributing greatly in the dispensation of quality justice. The Bangladesh

judiciary did not compromise the quality, competence and integrity while striving to minimize gender imbalance.

Since its establishment as the apex court of a newly independent country in 1972 the Supreme Court of Bangladesh is making relentless endeavor for dispensation of quality justice without delay to all and strengthening rule of law, human rights and democracy in the country.