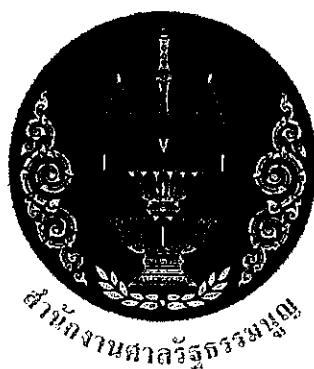




คำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ ของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

เดือนกุมภาพันธ์ ๒๕๖๗

กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

คำนำ

สำหรับเอกสารคำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ ประจำเดือน
กุมภาพันธ์ ๒๕๖๗ กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศได้ศึกษาค้นคว้าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ
ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่น่าสนใจมานำเสนอ อาทิ กรณีการปิดกั้นการเข้าถึงเนื้อหา
ทางอินเทอร์เน็ต กรณีการจัดสรรเงินอุดหนุนให้แก่พรรคการเมืองตามกฎหมายว่าด้วยกองทุนพรรคการเมือง
ไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ กรณีการปฏิเสธที่จะให้สวัสดิการสงเคราะห์บุตรแก่มารดาที่ไม่มี
ใบสำคัญถิ่นที่อยู่ (Resident permit) และกรณีทบทวนคดีของประมวลกฎหมายอาญาจารีอะห์แห่งรัฐกลันตัน
ค.ศ. ๒๐๑๙ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศหวังเป็นอย่างยิ่งว่า เอกสารคำวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของ
ศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศฉบับนี้ จะเป็นแหล่งข้อมูลพื้นฐานที่ทำให้ทุกท่านได้ทราบถึงบทบาทของ
ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ รวมถึงเป็นจุดเริ่มต้นให้แก่ผู้สนใจในการศึกษาเพิ่มเติมเพื่อประโยชน์ในทาง
วิชาการและในการปฏิบัติงานต่อไป

กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
กุมภาพันธ์ ๒๕๖๗

สารบัญ

หน้า

๑. สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี
คำวินิจฉัยที่ ๒๐๑๕/๗๖ วันที่ ๑๕ พฤศจิกายน ๒๕๖๐ (ค.ศ. ๒๐๑๗)
กรณีการปิดกั้นการเข้าถึงเนื้อหาทางอินเทอร์เน็ต ๑
๒. สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐลัตเวีย
คำวินิจฉัยที่ 2021-36-01 ลงวันที่ ๑๕ ธันวาคม ๒๕๖๕ (ค.ศ. ๒๐๒๒)
กรณีการจัดสรรเงินอุดหนุนให้แก่พรรคการเมืองตามกฎหมายว่าด้วยกองทุนพรรคการเมืองไม่ขัดต่อหลัก
ความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ ๑๐
๓. สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป
คำพิพากษาตามคำร้อง เลขที่ ๒๓๘๕๑/๒๐ และ ๒๔๓๖๐/๒๐ ลงวันที่ ๒๒ มิถุนายน ๒๕๖๖ (ค.ศ. ๒๐๒๓)
กรณีการปฏิเสธที่จะให้สวัสดิการสงเคราะห์บุตรแก่มารดาที่ไม่มีใบสำคัญถิ่นที่อยู่ (Resident permit) ๕๒
๔. สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหพันธรัฐมาเลเซีย
คำพิพากษาตามคำร้องเลขที่ BKA-2-05/2022 (D) ลงวันที่ ๙ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๗ (ค.ศ. ๒๐๒๔)
กรณีบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาจารีอะห์แห่งรัฐกลันตัน ค.ศ. ๒๐๑๙ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ๖๑

สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี
คำวินิจฉัยที่ ๒๐๑๕/๗๖ วันที่ ๑๕ พฤศจิกายน ๒๕๖๐ (ค.ศ. ๒๐๑๗)
กรณีการปิดกั้นการเข้าถึงเนื้อหาทางอินเทอร์เน็ต

นางสาวเปรมิกา แสนทอง
นักวิชาการศาลรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ
กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

๑. บทสรุปแห่งคดี

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกีได้ให้ความสำคัญกับการสื่อสารผ่านอินเทอร์เน็ตว่าเป็นช่องทางในการใช้เสรีภาพในการสื่อสารและแสดงความคิดเห็นในโลกปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวย่อมต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

กรณีนี้กฎหมายเลขที่ ๕๖๕๑ ว่าด้วยการควบคุมการกระจายภาพและเสียงทางอินเทอร์เน็ต และการปราบปรามอาชญากรรมที่กระทำการผ่านการกระจายภาพและเสียงทางอินเทอร์เน็ต (Law No. 5651 on Regulating Broadcasting in the Internet and Fighting Against Crimes Committed through Internet Broadcasting) ลงวันที่ ๔ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๕๐ กำหนดให้ ประธานการสื่อสารโทรคมนาคม (the Telecommunications Communication Presidency: TCP) มีอำนาจโดยตำแหน่ง (ex officio) ในการออกคำสั่งปิดกั้นการเข้าถึงเนื้อหาทางอินเทอร์เน็ตที่อาจเป็นความผิดฐานอนาจาร (the offence of obscenity) เช่น สื่อลามกอนาจารเด็ก (child pornography) ในทางตรงกันข้าม หากเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันนั้นถูกใช้หรือมีวัตถุประสงค์เพื่อการสื่อสารมวลชน (mass communication) เป็นหลัก แต่ยังไม่ปรากฏว่ามีเนื้อหาเกี่ยวกับอาชญากรรม การปิดกั้นการเข้าถึงเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันดังกล่าวจะต้องได้รับการอนุมัติจากผู้พิพากษาเสียก่อน

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่า บทบัญญัติพิพาทนั้นกำหนดไว้แต่เพียงว่า ประธานการสื่อสารโทรคมนาคม (TCP) อาจออกคำสั่งโดยอาศัยอำนาจตามตำแหน่งเพื่อปิดกั้นการเข้าถึงเนื้อหาทางอินเทอร์เน็ตที่อาจเป็นความผิดฐานอนาจาร และบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ระบุว่าคำสั่งดังกล่าวจะจำกัดแต่เฉพาะเนื้อหา หรือส่วนหรือตอนที่เกี่ยวข้องใด หรืออาจขยายไปจนครอบคลุมทั้งเว็บไซต์ หรือการจำกัดการเข้าถึงตามคำสั่งดังกล่าวจะเป็นไปอย่างค่อยเป็นไปค่อยไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๘/A และ ๙ ของกฎหมายดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ หน่วยงานของรัฐจึงมีอำนาจโดยสมบูรณ์ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ ในการปิดกั้นการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตในลักษณะที่ไม่มีการกำหนดขอบเขตและข้อจำกัด และเนื่องจากบทบัญญัติพิพาท ซึ่งเป็นพื้นฐานสำหรับคำสั่งปิดกั้นการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตนั้นไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่ชัดเจนและแน่นอน กรณีจึงไม่อาจถือได้ว่าสอดคล้องกับที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา ๑๓ ซึ่งบัญญัติให้ว่าสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานอาจถูกจำกัดได้ “โดยกฎหมาย” เท่านั้น

๒. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

๒.๑ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี ค.ศ. ๑๙๘๒^๑

มาตรา ๑๓ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมายเท่านั้น และต้องสอดคล้องกับเหตุผลที่ระบุไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตราที่เกี่ยวข้อง ซึ่งต้องไม่ละเมิดต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานนั้น ข้อจำกัดเหล่านี้ต้องไม่ขัดแย้งกับถ้อยคำและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ข้อเรียกร้องแห่งระเบียบประชาธิปไตยของสังคม ความเป็นสาธารณรัฐฆราวาส และหลักความได้สัดส่วน

มาตรา ๒๒ เสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร

ทุกคนมีเสรีภาพในการสื่อสาร ความเป็นส่วนตัวของการสื่อสารเป็นพื้นฐาน

เว้นแต่จะมีคำวินิจฉัยของผู้พิพากษาด้วยเหตุผลด้านความมั่นคงของชาติอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายประการ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน การป้องกันอาชญากรรม การคุ้มครองสุขภาพของประชาชนและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น หรือเว้นแต่จะมีคำสั่งเป็นหนังสือของหน่วยงานที่ได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายในกรณีที่เกิดความล่าช้าอันเป็นผลเสียหายจากเหตุที่กล่าวข้างต้นอีกครั้งหนึ่ง การสื่อสารจะไม่ถูกขัดขวางหรือความเป็นส่วนตัวถูกละเมิด คำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบอำนาจจะต้องจะต้องยื่นขอความเห็นชอบจากผู้พิพากษาที่มีเขตอำนาจศาลภายในสี่สิบสี่ชั่วโมง ผู้พิพากษาจะประกาศคำตัดสินของเขาภายในสี่สิบแปดชั่วโมงนับแต่เวลาที่ควบคุม มิฉะนั้น การควบคุมจะถูกยกเลิกโดยอัตโนมัติ

สถาบันหรือหน่วยงานของรัฐอาจบังคับใช้ข้อยกเว้นได้ตามที่กฎหมายบัญญัติ

^๑ Constitution of the Republic of Turkey (1982)

Article 13 Restriction of fundamental rights and freedoms

Fundamental rights and freedoms may be restricted only by law and in conformity with the reasons mentioned in the relevant articles of the Constitution without infringing upon their essence. These restrictions shall not be contrary to the letter and spirit of the Constitution and the requirements of the democratic order of the society and the secular republic and the principle of proportionality.

Article 22 Freedom of communication

Everyone has the freedom of communication. Privacy of communication is fundamental.

Unless there exists a decision duly given by a judge on one or several of the grounds of national security, public order, prevention of crime, protection of public health and public morals, or protection of the rights and freedoms of others, or unless there exists a written order of an agency authorized by law in cases where delay is prejudicial, again on the abovementioned grounds, communication shall not be impeded nor its privacy be violated. The decision of the competent authority shall be submitted for the approval of the judge having jurisdiction within twenty-four hours. The judge shall announce his decision within forty-eight hours from the time of seizure; otherwise, seizure shall be automatically lifted.

Public institutions and agencies where exceptions may be applied are prescribed in law.

๒.๒ กฎหมายเลขที่ ๕๖๕๑ ว่าด้วยการควบคุมการกระจายภาพและเสียงทางอินเทอร์เน็ต และการปราบปรามอาชญากรรมที่กระทำการผ่านการกระจายภาพและเสียงทางอินเทอร์เน็ต^๒

มาตรา ๘ การตัดสินใจลบเนื้อหาและปิดกั้นการเข้าถึง และการนำไปปฏิบัติ

(๔) การตัดสินใจลบเนื้อหาและ/หรือปิดกั้นการเข้าถึงสิ่งพิมพ์ที่มีเนื้อหาเข้าข่ายเป็นความผิดตามวรรคหนึ่ง จะต้องได้รับอนุมัติจากประธาน การตัดสินใจนี้จะต้องแจ้งให้เนื้อหา ผู้ให้บริการโฮสต์และผู้ให้บริการการเข้าถึงที่เกี่ยวข้องทราบ และขอให้ดำเนินการตามข้อกำหนด

มาตรา ๘/A การลบเนื้อหา และ/หรือการปิดกั้นการเข้าถึงในสถานการณ์ที่ความล่าช้า อาจทำให้เกิดความเสี่ยง

^๒ Law No. 5651 on Regulating Broadcasting in the Internet and Fighting Against Crimes Committed through Internet Broadcasting

Article 8 The decisions to remove content and block access, and their implementation

(4) The decision to remove the content and/or block access to publications whose content constitutes the crimes stated in the first paragraph shall be given ex officio by the President. This decision shall be notified to the relevant content, hosting and access provider and is asked to carry out its requirements.

Article 8/A Removal of content and/or blocking access in non-delayable cases

(1) In cases related to one or more of the following: the protection of the right to life and individuals' right to life and property, protection of national security and public order, prevention of crimes being committed, or the protection of general health; the judge or in, non-delayable cases, the President of the Republic or where Ministries related to protection of national security and public order, the prevention of crimes being committed, or the protection of general health request it, the decision of blocking access and/or removing content on broadcasting on internet may be given by the President. The decision shall be communicated by the President to the access provider and to the relevant content and location providers immediately. The decision to remove the content and / or block access is implemented within four hours of the date of immediate and latest notification of the decision.

(2) The decision of the President given upon the requests of the President of the Republic or the ministries concerned to remove the content and / or block access shall be presented by the President within twenty-four hours to the approval of the judge of the criminal court of peace. The judge declares his decision within forty-eight hours; otherwise, the decision is invalidated automatically.

(3) Decisions on block access granted under this article are made by the methods of blocking access to the content in the form of a publication, section, part (URL, etc.) of the violation. However, if the infringement cannot be prevented by technically banning access to the infringing content or preventing access to the related content, it may be possible to block access to the whole website.

Article 9 Removal of Content from Broadcasting and Access Blocking

(4) The judge shall make his or her decision to deny access under this article mainly by means of denying access to the content in the form of a publication, section, part (URL, etc.) in which the infringement of the right of personality takes place. Unless it is compulsory, it cannot be decided to prevent access to the entire publication on the website. However, if the judge believes that the infringement cannot be prevented by means of blocking the access by specifying the URL address, he may also decide to prevent access to the publication at the entire website, provided that the reason is stated.

(๑) การสั่งให้ลบเนื้อหา และ/หรือการปิดกั้นการเข้าถึงสภาพแวดล้อมอินเทอร์เน็ตอาจกระทำโดยศาลโดยอาศัยเหตุผลอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างดังต่อไปนี้ เพื่อคุ้มครองสิทธิในชีวิต หรือความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน เพื่อคุ้มครองความมั่นคงของชาติและความสงบเรียบร้อย เพื่อป้องกันการกระทำความผิดอาญา เพื่อคุ้มครองสาธารณสุข หรือในสถานการณ์ที่ความล่าช้าอาจทำให้เกิดความเสี่ยง การสั่งให้ลบเนื้อหา และ/หรือการปิดกั้นการเข้าถึง สภาพแวดล้อมอินเทอร์เน็ตอาจกระทำโดยอำนาจประธานจากการร้องขอ ของสำนักนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวงที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองความมั่นคง ของชาติและความสงบเรียบร้อย การป้องกันการกระทำความผิดอาญา หรือการคุ้มครองสาธารณสุข ผู้ให้บริการการเข้าถึง และผู้ให้บริการเนื้อหา และเว็บไซต์จะต้องได้รับแจ้งคำสั่งของประธานาธิบดีโดยทันทีมาตรการ ที่จำเป็น สำหรับการลบเนื้อหา และ/หรือการปิดกั้นการเข้าถึงนั้นจะต้อง ดำเนินการโดยทันทีอย่างช้าไม่เกินสี่ชั่วโมงนับจากเวลาที่ได้แจ้งคำสั่งแล้ว

(๒) คำสั่งในการลบเนื้อหา และ/หรือการปิดกั้นการเข้าถึง ของประธานจากการร้องขอของสำนักนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวงอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง จะต้องส่งไปยังศาลเพื่อให้การรับรองภายในสี่สิบสี่ชั่วโมง โดยศาล จะต้องวินิจฉัยภายในสี่สิบแปดชั่วโมง มิฉะนั้นจะถือว่าคำสั่งในการลบเนื้อหา และ/หรือการปิดกั้นการเข้าถึง เป็นอันระงับไปโดยอัตโนมัติ

(๓) คำสั่งที่ป้องกันการเข้าถึงตามขอบเขตของบทบัญญัติมาตรานี้ จะต้องอยู่ในรูปแบบของการบังคับปิดกั้นการเข้าถึงการเผยแพร่ที่เกี่ยวข้อง ในช่วงหรือในส่วนที่ความผิดได้กระทำขึ้น (ในรูปแบบของ URL เป็นต้น) อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีเหตุผลทางด้านเทคนิคแล้วไม่อาจป้องกันการเข้าถึง เนื้อหาดังกล่าวได้ หรือการละเมิดนั้นไม่อาจป้องกันได้โดยวิธีการปิดกั้น การเข้าถึงเนื้อหาใดโดยเฉพาะ คำสั่งป้องกันการเข้าถึง อาจเป็นการสั่งห้าม การเข้าถึงเว็บไซต์นั้นทั้งเว็บไซต์ก็ได้

มาตรา ๙ การลบเนื้อหาออกจากการเผยแพร่และการปิดกั้นการเข้าถึง

(๔) ผู้พิพากษาจะต้องตัดสินใจที่จะปฏิเสธการเข้าถึงตามมาตรานี้เป็นหลัก โดยการปฏิเสธการเข้าถึงเนื้อหาในรูปแบบสื่อเผยแพร่ ตอนหนึ่ง ส่วนหนึ่ง (URL ฯลฯ) ซึ่งมีการละเมิดสิทธิของ บุคคลิกภาพเกิดขึ้น เว้นแต่จะบังคับ ไม่สามารถตัดสินใจได้ว่าจะป้องกันการเข้าถึงสื่อเผยแพร่ ทั้งหมดบนเว็บไซต์ อย่างไรก็ตาม หากผู้พิพากษาเชื่อว่าการละเมิดไม่สามารถป้องกันได้ด้วยการปิดกั้นการเข้าถึงโดยการระบุที่อยู่ URL ก็อาจตัดสินใจป้องกันการเข้าถึงสื่อเผยแพร่ ทั่วทั้งเว็บไซต์ โดยต้องระบุเหตุผลด้วย

๓. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี โดยองค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแบบเต็มองค์คณะ ได้พิจารณาวินิจฉัยบทบัญญัติมาตรา ๘ (๔) ของกฎหมายเลขที่ ๕๖๕๑ ว่าด้วยการควบคุมการกระจายภาพและเสียงทางอินเทอร์เน็ต และการปราบปรามอาชญากรรมที่กระทำผ่านการกระจายภาพและเสียงทางอินเทอร์เน็ต (Law No. 5651 on Regulating Broadcasting in the Internet and Fighting Against Crimes Committed through Internet Broadcasting) ลงวันที่ ๔ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๕๐ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้ประธานการสื่อสารโทรคมนาคม (the Telecommunications Communication Presidency: TCP) มีอำนาจโดยตำแหน่ง (ex officio) ในการออกคำสั่งปิดกั้นการเข้าถึงเนื้อหาทางอินเทอร์เน็ตที่อาจเป็นความผิดฐานอนาจาร (the offence of obscenity) ทั้งนี้ ในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าวได้มีการโต้แย้งว่า อินเทอร์เน็ตเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการใช้สิทธิและเสรีภาพ

ขั้นพื้นฐาน ซึ่งการปิดกั้นการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตย่อมเกี่ยวข้องโดยตรงกับเสรีภาพในการสื่อสาร (freedom of communication) ดังนั้น บทบัญญัติพิพาทจึงขัดต่อรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐตุรกี มาตรา ๒๒ เนื่องจากการบัญญัติให้การกำหนดข้อจำกัดการใช้เสรีภาพในการสื่อสารที่ปราศจากการรับรองหรือเห็นชอบจากผู้พิพากษา

ศาลรัฐธรรมนูญได้ตั้งข้อสังเกตในกรณีนี้ว่า อินเทอร์เน็ตได้กลายเป็นสิ่งที่แพร่หลายในฐานะสื่อกลางในการสื่อสารมวลชน และเป็นสิ่งที่ได้รับความนิยมมากกว่าวิธีการสื่อสารแบบดั้งเดิม (Conventional means) ดังนั้น จึงถือได้ว่าอินเทอร์เน็ตเป็นสิ่งที่อยู่ภายในขอบเขตของเสรีภาพในการสื่อสาร อย่างไรก็ตาม อินเทอร์เน็ตอาจถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการกระทำความผิดหรือเพื่อเอื้ออำนวยความสะดวกในการกระทำความผิดได้ด้วยเหตุนี้ เมื่ออินเทอร์เน็ตมีความแตกต่างจากวิธีการสื่อสารแบบดั้งเดิม เช่น โทรศัพท์และโทรเลข อย่างชัดเจนแล้ว เนื้อหาทั้งหมดที่ปรากฏบนอินเทอร์เน็ตจึงไม่อาจถือได้ว่าอยู่ภายในขอบเขตของเสรีภาพในการสื่อสาร

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังเห็นว่า เสรีภาพในการสื่อสารได้ให้การคุ้มครองเนื้อหาที่ปรากฏในอินเทอร์เน็ตหรือแอปพลิเคชันที่มีลักษณะหรือมีไว้สำหรับการสื่อสาร (Communication) หรือการติดต่อ (Contact) อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการสื่อสารไม่ได้ให้ความคุ้มครองแต่เฉพาะเนื้อหาที่ปรากฏบนอินเทอร์เน็ตที่มีไว้เพื่อการกระทำความผิดหรือเอื้ออำนวยให้เกิดการกระทำความผิดเท่านั้น ดังนั้น กรณีจึงมีอาจถือได้ว่าเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในการที่จะให้หน่วยงานของรัฐมีอำนาจตามตำแหน่งหน้าที่ในการปิดกั้นการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตที่มีเนื้อหาที่อาจก่อให้เกิดการกระทำความผิดหรือการเอื้ออำนวยให้เกิดการกระทำความผิดโดยปราศจากการรับรองหรือเห็นชอบจากผู้พิพากษา

ในอีกแง่หนึ่ง การกำหนดให้ต้องมีการรับรองหรือเห็นชอบจากผู้พิพากษานั้น เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการสื่อสาร ซึ่งครอบคลุมถึงเว็บไซต์อินเทอร์เน็ตหรือแอปพลิเคชันซึ่งถูกใช้หรือมีวัตถุประสงค์เพื่อการสื่อสารมวลชนเป็นหลัก เช่น โซเชียลมีเดีย (Social media) อีกทั้งยังรวมถึงเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ แม้ว่าเว็บไซต์อินเทอร์เน็ตหรือแอปพลิเคชันจะถูกใช้หรือมีวัตถุประสงค์เพื่อการสื่อสารก็ตาม แต่ก็อาจมีเนื้อหาเกี่ยวกับอาชญากรรมด้วย ซึ่งนั้นย่อมอยู่ภายใต้การคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้การปิดกั้นเนื้อหาดังกล่าวจะต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจากผู้พิพากษา ดังนั้น การกำหนดให้ประธานการสื่อสารโทรคมนาคม (TCP) สามารถออกคำสั่งปิดกั้นการเข้าถึงเว็บไซต์อินเทอร์เน็ตหรือแอปพลิเคชันของสื่อมวลชนหรือการสื่อสาร โดยไม่ต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจากผู้พิพากษา จึงเป็นกรณีที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๒ ซึ่งกำหนดให้ การออกคำสั่งที่จำกัดการสื่อสารโดยหน่วยงานที่มีอำนาจตามกฎหมาย จะต้องยื่นคำร้องเพื่อขอความเห็นชอบจากผู้พิพากษาที่มีอำนาจภายในยี่สิบสี่ชั่วโมง

นอกจากเสรีภาพในการสื่อสารแล้ว การปิดกั้นการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต ซึ่งเป็นวิธีการที่ใช้กันอย่างแพร่หลายในการบอกล่า เผยแพร่ และรับข้อมูลและความคิด รวมถึงการแบ่งปันความคิดเห็น ทศนะ และการวิพากษ์วิจารณ์ ยังเกี่ยวข้องโดยตรงกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (Freedom of expression) อีกด้วย ขณะที่เสรีภาพในการสื่อสารและการแสดงความคิดเห็น (Freedoms of communication and expression) ซึ่งได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๒ และมาตรา ๒๖ อาจถูกจำกัดได้ด้วยเหตุที่บัญญัติไว้ในมาตราดังกล่าว โดยมีเงื่อนไขว่าข้อจำกัดดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๓ ซึ่งบัญญัติให้ สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานอาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมาย และจะต้องไม่

ละเมิดสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น และการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเช่นนั้นจะต้องไม่ขัดกับเงื่อนไขของสังคมประชาธิปไตย (the Democratic order of the society) และหลักความได้สัดส่วน (the Principle of proportionality)

ในส่วนเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๓ ของรัฐธรรมนูญที่ว่า สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานอาจถูกจำกัดได้ “โดยกฎหมาย” เท่านั้น เห็นว่า กฎเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขตามกฎหมาย (legality requirement) ซึ่งไม่เพียงแต่เฉพาะในแง่ของรูปแบบเท่านั้น แต่ยังรวมถึงเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญด้วย ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญหลายฉบับ หลักความแน่นอนของกฎหมาย (the principle of legal certainty) ย่อมหมายรวมถึงการที่กฎหมายจะต้องชัดเจน (clear) แม่นยำ (precise) เข้าใจได้ (understandable) และเป็นกลาง (impartial) โดยกฎหมายจะต้องไม่ก่อให้เกิดความลังเลและสงสัย ทั้งต่อบุคคลและหน่วยงานของรัฐ และจะต้องไม่เป็นไปตามการกระทำตามอำเภอใจของหน่วยงานของรัฐ

ในกรณีของบทบัญญัติพิพาทนั้นกำหนดไว้แต่เพียงว่า ประธานการสื่อสารโทรคมนาคม (TCP) อาจออกคำสั่งโดยอาศัยอำนาจตามตำแหน่งเพื่อปิดกั้นการเข้าถึงเนื้อหาทางอินเทอร์เน็ตที่อาจเป็นความผิดฐานอนาจาร และบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ระบุว่าคำสั่งดังกล่าวจะจำกัดเฉพาะเนื้อหา หรือส่วนหรือตอนที่เกี่ยวข้องใด ๆ หรืออาจขยายไปจนครอบคลุมทั้งเว็บไซต์ หรือการจำกัดการเข้าถึงตามคำสั่งดังกล่าวจะเป็นไปอย่างค่อยเป็นไปค่อยไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๘/A และ ๘ ของกฎหมายดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ หน่วยงานของรัฐจึงมีอำนาจโดยสมบูรณ์ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ ในการปิดกั้นการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตในลักษณะที่ไม่มีการกำหนดขอบเขตและข้อจำกัด และเนื่องจากบทบัญญัติพิพาท ซึ่งเป็นพื้นฐานสำหรับคำสั่งปิดกั้นการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตนั้นไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่ชัดเจนและแน่นอน กรณีจึงไม่อาจถือได้ว่าสอดคล้องกับที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา ๑๓ ซึ่งบัญญัติให้ว่าสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานอาจถูกจำกัดได้ “โดยกฎหมาย” เท่านั้น

.....

Jurisdictions and Organization of AACC Members



AACC SRD
AACC Secretariat for Research and Development



Constitutional Court
of Korea

Annex 2. Cases

► Identification

a) Country, b) Name of the Court, c) Date of decision given, d) Number of the decision, e) Jurisdiction, f) Title of the decision

► Headnotes

► Summary

Case 1.

► Identification

a) Turkey, Republic / b) Constitutional Court, Full Bench / c) 15-11-2017 / d) 2015/76 / e) Constitutional Review/Exception of Unconstitutionality / f) Blocking Access to Internet

► Headnotes

The administration may be vested with power to *ex officio* block access to websites solely dedicated to commit or promote crimes such as child pornography. In contrast, if the website or application is primarily used or intended for mass communication and yet contain criminal content, judge approval is required for blocking access to such websites.

► Summary

I. Article 8 § 4 of the Law no. 5651, dated 4 May 2007, enables the Telecommunications Communication Presidency ("the TCP") to *ex officio* order blocking access to internet content constituting the offence of obscenity. The Court requesting the annulment of the rule argued that internet is of great importance for exercise of fundamental rights and freedoms, that blocking access to internet is directly associated with the freedom of communication and that the contested rule is in breach of Article 22 of the Constitution for imposing a restriction on the freedom of communication without the approval of a judge.

II. The Constitutional Court noted that internet has become widespread as a mass communication media and it has been increasingly preferred over the conventional means, and therefore it falls within the realm of the freedom of communication. However, it may also be used for the purposes of committing an offence or facilitating the commission of an offence. Therefore, the internet clearly differs from conventional communication means such as telephone and telegraph, and all content on the internet cannot be considered to fall into the scope of the freedom of communication.

According to the Constitutional Court, the freedom of communication safeguards the internet content or applications which are in the nature of or intended for communication or contact. However, it does not offer protection especially for internet content which merely serves for commission of offence or its facilitation. There is no unconstitutionality in enabling administration for blocking access to internet *ex officio* and without judge approval for the content serving to commit an offence or its facilitation.

On the other hand, the assurance of approval of judge with regard to the freedom of communication covers internet sites or applications that is primarily used or intended for mass communication, such as social media, but nevertheless include criminal content as well. In other words, although the internet sites or applications used or intended for communication might include criminal content, they are subject to the constitutional safeguard that requires judge approval for restriction. Therefore, enabling the TCP to block access to internet sites or applications of mass media or communication without judge approval contradicts Article 22 of the Constitution, which requires that the order of restriction of communication by due authorities under law shall be submitted for the approval of the competent judge within twenty-four hours.

In addition to the freedom of communication, blocking access to internet, which is also a means widely used for imparting, disseminating and receiving information and thoughts and for sharing comments, opinions and criticisms, is also directly associated with the freedom of expression.

The freedoms of communication and expression, which are safeguarded by Articles 22 and 26 of the Constitution, may be subject to restriction for the grounds specified in these articles, providing that such restriction complies with the requirements set out in Article 13 of the Constitution. As stipulated in Article 13, fundamental rights and freedoms may be restricted only by law without infringing upon their essence, and restrictions shall not be contrary to the requirements of the democratic order of the society and the principle of proportionality.

As regards the Article 13 requirement that fundamental rights and freedoms may be restricted only "by law", a regulation must meet legality requirement not only with respect to the form but also with respect to the substance. As noted in many judgments of the Constitutional Court, the principle of legal certainty entails that laws must be clear, precise, understandable and impartial to the extent they would not cause hesitation and doubt both for individuals and the administration; and that they must not yield to arbitrary acts and actions by the public authorities.

In the contested provision, it is merely set forth that the TCP may *ex officio* order blocking access to internet content on the ground of the offence of obscenity. It is not specified therein whether such order would be only limited to the relevant content, section and part or would extend to the whole of the web-site, or whether access thereto would be blocked gradually as stipulated in Articles 8/A and 9 of the Law. Thereby, the administration is vested, by virtue of this provision, with a power to block access to internet in a way that is indefinite in its scope and limits. As the contested provision, which is the basis for the order blocking access, fails to meet the requirements of being clear and precise, it does not comply with the safeguard provided in Article 13 of the Constitution that fundamental rights and freedoms may be restricted only "by law".

Case 2.

► Identification

a) Turkey, Republic / b) Constitutional Court, Full Bench / c) 15-3-2018 / d) 2018/3007 / e) Individual Application / f) *Şahin Alpay (2)*

► Headnotes

When the Constitutional Court finds a violation of individual liberty due to insufficient evidence for detention, the inferior court must release the person unless there is new

สรุปข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐคีร์กีซ
คำวินิจฉัยที่ ๒๐๒๑-๓๖-๐๑ ลงวันที่ ๑๕ ธันวาคม ๒๕๖๕ (ค.ศ. ๒๐๒๒)
กรณีการจัดสรรเงินอุดหนุนให้แก่พรรคการเมืองตามกฎหมายว่าด้วยกองทุนพรรคการเมือง
ไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ

นายนิติกร จิรนิติการกิจ
ผู้อำนวยการกองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

๑. บทสรุปแห่งคดี

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐคีร์กีซได้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วยกองทุนพรรคการเมือง (the Law on Financing Political Organizations (Parties)) ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติให้พรรคการเมืองระดับชาติ (national-level political parties) ที่ได้รับคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าร้อยละสอง ในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรครั้งสุดท้าย มีสิทธิได้รับเงินอุดหนุนจากงบประมาณแผ่นดินในอัตราที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ ผู้ร้องเป็นพรรคการเมืองระดับภูมิภาค (regional-level political parties) ซึ่งส่งผู้สมัครเข้ารับการเลือกตั้งในการเลือกตั้งสภาท้องถิ่น (local government election) ได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อโต้แย้งว่ากฎหมายดังกล่าวถือเป็นการเลือกปฏิบัติต่อพรรคการเมืองอย่างไม่เสมอภาค ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐ มาตรา ๙๑ ประโยคที่ ๑ ที่ให้การรับรองความเสมอภาคของบุคคล

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า พรรคการเมืองถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของระบอบประชาธิปไตย และเป็นหน่วยที่เชื่อมโยงระหว่างสังคมกับอำนาจของรัฐ อีกทั้งยังเป็นหลักประกันให้แก่การมีส่วนร่วมของสังคมในกระบวนการทางการเมือง อย่างไรก็ตาม พรรคการเมืองระดับชาติ (national-level political parties) มีความแตกต่างจากพรรคการเมืองระดับภูมิภาค (regional-level political parties) กล่าวคือ พรรคการเมืองระดับชาติสามารถมอบตัวแบบของสังคม (a comprehensive model of society) ให้แก่ผู้เลือกตั้งและสามารถนำเอาตัวแบบดังกล่าวมาปรับใช้เมื่อเข้าสู่อำนาจทางการเมือง ด้วยเหตุนี้ พรรคการเมืองระดับชาติจึงอยู่ในสถานะของการเป็นตัวแทนของเจตจำนงขององค์อธิปัตย์ (the will of the sovereign) ที่ดีกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับพรรคการเมืองระดับภูมิภาค ขณะที่พรรคการเมืองระดับภูมิภาคก็เป็นองค์ประกอบที่สำคัญของการปกครองส่วนท้องถิ่น และมีหน้าที่ในการเชื่อมโยงระหว่างเศรษฐกิจและการพัฒนาเชิงพาณิชย์สำหรับการปกครองท้องถิ่น ดังนั้น หน้าที่ของพรรคการเมืองระดับภูมิภาคจึงย่อมแตกต่างและไม่สามารถนำมาเปรียบเทียบกับพรรคการเมืองระดับชาติได้

นอกจากนี้ ผู้ร่างกฎหมายดังกล่าวได้ชั่งน้ำหนักวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันระหว่างการเลือกตั้งระดับชาติ และระดับท้องถิ่น และได้ใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจที่จะให้เงินอุดหนุนเฉพาะพรรคการเมืองที่เข้าร่วมการเลือกตั้งในระดับชาติ และได้รับคะแนนเสียงตามจำนวนที่กำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งการตัดสินใจดังกล่าวมีอาจถือได้ว่าเป็น

การตัดสินใจบนพื้นฐานของอคติและไม่สมเหตุสมผล อีกทั้งการให้เงินอุดหนุนจากงบประมาณแผ่นดินกับพรรคการเมือง ก็ถือเป็นตัวเลือกทางนโยบาย (a law policy choice) ที่กำหนดโดยผู้ร่างกฎหมาย ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของรัฐประชาธิปไตยที่ปกครองตามหลักนิติธรรม ด้วยเหตุนี้ ผู้ร้อง ซึ่งเป็นพรรคการเมืองระดับภูมิภาคจึงมีอาจเรียกร้อง โดยยกบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๙๑ ประโยคที่ ๑ เพื่อให้ตนมีสิทธิเช่นเดียวกันกับพรรคการเมืองระดับชาติได้ ดังนั้น บทบัญญัติมาตรา ๗ (๑) ข้อ ๒ ของกฎหมายว่าด้วยกองทุนพรรคการเมือง (บทบัญญัติซึ่งมีผลใช้บังคับระหว่างวันที่ ๑ มกราคม ๒๕๖๓ จนถึงวันที่ ๑ มกราคม ๒๕๖๕) จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๙๑ ประโยคที่ ๑

๒. สรุปข้อเท็จจริง

เมื่อวันที่ ๑๙ กรกฎาคม ๒๕๓๘ (ค.ศ. ๑๙๙๕) สภาผู้แทนราษฎรแห่งสาธารณรัฐลัตเวีย (the Parliament of the Republic of Latvia – the Saeima) ได้เห็นชอบร่างกฎหมายว่าด้วยกองทุนพรรคการเมือง (the Law on Financing Political Organizations (Parties)) โดยกฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๑๖ สิงหาคม ๒๕๓๘ และต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวเมื่อวันที่ ๑๐ มิถุนายน ๒๕๕๓ (มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๑๔ กรกฎาคม ๒๕๕๓) โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา ๗ ส่วนแรกว่า “กองทุนอันเป็นงบประมาณแผ่นดิน ย่อมจัดสรรให้แก่พรรคการเมือง ซึ่งได้รับคะแนนเสียงมากกว่าร้อยละสองของผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่ลงคะแนนเสียงในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรครั้งสุดท้าย โดยคิดเป็นจำนวน ๐.๕ ลัต (lats) ต่อหนึ่งคะแนนเสียงที่ได้รับภายในหนึ่งปีปฏิทิน”^๑

ต่อมา ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวอีกครั้งเมื่อวันที่ ๑๒ กันยายน ๒๕๕๖ (มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๑ มกราคม ๒๕๕๗) โดยแก้ไขเพิ่มเติมเป็นมาตรา ๗ (๑) ว่า “กองทุนอันเป็นงบประมาณแผ่นดิน ย่อมจัดสรรให้แก่พรรคการเมืองซึ่งได้รับคะแนนเสียงมากกว่าร้อยละสองของผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่ลงคะแนนเสียงในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรครั้งสุดท้าย โดยคิดเป็นจำนวน ๐.๗๑ ยูโร (Euro) ต่อหนึ่งคะแนนเสียงที่ได้รับภายในหนึ่งปีปฏิทิน”^๒

ขณะที่ในการแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อวันที่ ๑๔ พฤศจิกายน ๒๕๖๒ (มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๑ กรกฎาคม ๒๕๖๓) ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา ๗ (๑) ว่า “กองทุนอันเป็นงบประมาณแผ่นดิน ย่อมจัดสรรให้แก่พรรคการเมืองซึ่งได้รับคะแนนเสียงมากกว่าร้อยละสองของผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่ลงคะแนนเสียงในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (ต่อไปนี้จะหมายถึงพรรคการเมืองระดับชาติ) ภายในหนึ่งปีปฏิทิน:

^๑ ‘The State budget financing shall be provided to a political organization (party), for which more than two percent of voters have voted in the last elections of the Saeima, in the amount of 0.50 lats for each vote acquired within a calendar year.’

^๒ ‘The State budget financing shall be provided to a political organization (party), for which more than two percent of voters have voted in the last elections of the Saeima, in the amount of EUR 0.71 for each vote acquired within a calendar year.’

๑) คิดเป็นจำนวน ๔.๕๐ ยูโร ต่อหนึ่งคะแนนเสียงที่ได้รับจากการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรครั้งสุดท้าย

๒) คิดเป็นจำนวน ๐.๕๐ ยูโร ต่อหนึ่งคะแนนเสียงที่ได้รับจากการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นครั้งสุดท้าย

๓) คิดเป็นจำนวน ๐.๕๐ ยูโร ต่อหนึ่งคะแนนเสียงที่ได้รับจากการเลือกตั้งสมาชิกสภายุโรปครั้งสุดท้าย”^๓

อย่างไรก็ดี บทเฉพาะกาลของกฎหมายว่าด้วยกองทุนพรรคการเมือง กำหนดว่า มาตรา ๗ (๑) ข้อ ๒) (หรือบทบัญญัติพิพาท) ให้มีผลใช้บังคับนับแต่วันที่ ๑ กรกฎาคม ๒๕๖๔ เป็นต้นไป และจากนั้นก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา ๗ (๑) อีกครั้ง เมื่อวันที่ ๒๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๕ โดยมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๑ พฤศจิกายน ๒๕๖๕

ผู้ร้อง คือ พรรคการเมือง “Mēs–Talsiem un novadam” (We-for Talsi and the Region) ได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโต้แย้งว่า บทบัญญัติพิพาท (มาตรา ๗ (๑) ข้อ ๒)) ขัดต่อมาตรา ๔๑ ประโยคที่ ๑ ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐลัตเวีย (the Satversme of the Republic of Latvia)

อนึ่ง ผู้ร้องเป็นพรรคการเมืองที่จัดตั้งขึ้นเมื่อปี ๒๕๖๐ (ค.ศ. ๒๐๑๗) โดยมีมุ่งหมายที่จะปกป้องและให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ของประชาชนผู้พำนักอยู่ในลัตเวีย โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ที่อยู่ในภูมิภาคทาลซี (Talsi region) ทั้งนี้ ผู้ร้องได้เข้าร่วมการเลือกตั้งสภาภูมิภาคทาลซี (the Talsi Regional Council) เมื่อปี ๒๕๖๐ โดยได้ที่นั่งในสภาจำนวน ๓ ที่นั่ง จากนั้นในการเลือกตั้งเมื่อปี ๒๕๖๔ พรรคการเมืองผู้ร้องได้ที่นั่งในสภาภูมิภาค จำนวน ๔ ที่นั่ง ซึ่งตามบทเฉพาะกาลของกฎหมายว่าด้วยกองทุนพรรคการเมือง กำหนดว่า บทบัญญัติพิพาทมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๑ กรกฎาคม ๒๕๖๔ และมีได้ให้สิทธิแก่ผู้ร้องที่จะได้รับกองทุนจากงบประมาณแผ่นดิน

ด้วยเหตุนี้ ผู้ร้องจึงเห็นว่า บทบัญญัติพิพาทมิได้ให้การรับรองการปฏิบัติต่อพรรคการเมืองที่เข้าร่วมการเลือกตั้งสภาท้องถิ่นแต่มิได้เข้าร่วมการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งพรรคการเมืองถือว่าเป็นส่วนเชื่อมระหว่างสังคมกับอำนาจของรัฐด้วยการให้หลักประกันกับการมีส่วนร่วมของสังคมในการจัดการกระบวนการทางการเมือง (political processes) นอกจากนี้ ยังเป็นการยืนยันได้ว่าผลการเลือกตั้งพิสูจน์ให้เห็นว่า พรรคการเมืองที่เข้าร่วมเฉพาะการเลือกตั้งท้องถิ่น (หรือที่เรียกว่าเป็น “พรรคการเมืองภูมิภาค” (regional political parties) ได้รับการสนับสนุนจากสาธารณะเป็นอย่างมาก อีกทั้งจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายกองทุนพรรคการเมืองเมื่อปี ๒๕๖๒ (ค.ศ. ๒๐๑๙) กองทุนจากงบประมาณแผ่นดินมีจำนวนเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ

^๓ The State budget financing shall be provided to a political organization (party), for which more than two per cent of voters have voted in the last elections of the Saeima, (hereafter also –national-level political party) within a calendar year:

- 1) in the amount of EUR 4.50 for each vote acquired at the last Saeima election;
- 2) in the amount of EUR 0.50 for each vote acquired at the last election of the local government council;
- 3) in the amount of EUR 0.50 for each vote acquired at the last election of the European Parliament.’

นั่นจึงทำให้ไม่เพียงแต่พรรคการเมืองที่ได้รับเลือกตั้งในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเท่านั้น หากแต่พรรคการเมืองที่ได้รับคะแนนเสียงมากกว่าร้อยละ ๒ ของผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่ลงคะแนนเสียงในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ก็มีสิทธิที่จะได้รับเงินสนับสนุนจากกองทุนดังกล่าวด้วย

ดังนั้น พรรคการเมืองทุกพรรคการเมืองจึงไม่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นพรรคการเมืองที่ได้รับเงินกองทุนจากงบประมาณแผ่นดิน หรือพรรคการเมืองที่ไม่ได้รับเงินดังกล่าวก็ตาม นอกจากนี้ ความตั้งใจที่จะใช้สิทธิส่งรายชื่อผู้สมัครเข้ารับการเลือกตั้งสภาท้องถิ่นเพื่อเป็นผู้แทนในสภาท้องถิ่นอาจกล่าวได้ว่าเป็นคุณลักษณะร่วมกันของกลุ่มนี้ ขณะเดียวกัน ๖ ใน ๘ พรรคการเมืองที่เข้าร่วมการเลือกตั้งสภาภูมิภาคทาลซี (the Talsi Regional Council) เมื่อปี ๒๕๖๔ ก็มีสมาชิกอยู่ในสภาผู้แทนราษฎร ด้วยเหตุนี้ พรรคการเมืองดังกล่าวย่อมได้รับเงินกองทุนตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๗ (๑) วรรคแรก ของกฎหมายว่าด้วยเงินกองทุนพรรคการเมือง ซึ่งเป็นบทบัญญัติพิพาทด้วยเหตุนี้ จึงไม่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงว่าพรรคการเมืองนั้นจะเข้าร่วมแต่เฉพาะการเลือกตั้งท้องถิ่นหรือไม่แต่อย่างใด ดังนั้น กรณีจึงเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อบุคคลซึ่งมีสถานะเหมือนกันโดยใช้กฎหมายเดียวกัน

อนึ่ง หลักประกันการดำเนินการกิจกรรมทางการเมืองย่อมสัมพันธ์กับค่าใช้จ่ายประจำวันต่าง ๆ (daily expenditure) ซึ่งเป็นค่าใช้จ่ายที่จำเป็นสำหรับพรรคการเมืองในการบริหารจัดการ ไม่ว่าจะเป็นสำนักงาน บุคลากร และการติดต่อสื่อสารกับผู้มีสิทธิเลือกตั้ง กองทุนจึงเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการรณรงค์หาเสียงในการเลือกตั้งสภาท้องถิ่น ดังนั้น พรรคการเมืองที่ได้รับเงินอุดหนุนจากงบประมาณแผ่นดิน จึงอยู่ในสถานะที่ได้เปรียบกว่าพรรคการเมืองอื่นที่ไม่ได้รับเงินอุดหนุน นอกจากนี้ การให้เงินอุดหนุนจากกองทุนงบประมาณแผ่นดินยังมีวัตถุประสงค์เพื่อลดการพึ่งพาทางการเงินจากการบริจาคของภาคเอกชน อีกทั้งยังลดการได้มาซึ่งเงินอุดหนุนที่ผิดกฎหมายและความเสี่ยงที่จะเกิดการคอร์รัปชัน และยังเป็นการส่งเสริมความเป็นวิชาชีพและความสามารถในการบริหารจัดการพรรคการเมือง รวมถึงเอื้อให้เกิดการแข่งขันกันระหว่างพรรคการเมืองด้วย อย่างไรก็ตาม ผู้ร่างกฎหมายล้มเหลวในการประเมินว่าเพราะเหตุใด วัตถุประสงค์ของการให้เงินอุดหนุนจากงบประมาณแผ่นดินจึงไม่ถูกใช้บังคับกับพรรคการเมืองที่ส่งผู้สมัครรับเลือกตั้งในการเลือกตั้งสภาท้องถิ่นแต่ไม่ได้ส่งผู้สมัครเข้ารับการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือพรรคการเมืองที่ได้รับคะแนนเสียงจากผู้เลือกตั้งในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรน้อยกว่าร้อยละ ๒ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า การปฏิบัติที่แตกต่างกันอันเป็นผลมาจากบทบัญญัติพิพาทปราศจากซึ่งวัตถุประสงค์และเหตุปัจจัยที่ชอบด้วยเหตุและผล

วัตถุประสงค์ของการลดการพึ่งพาการเงินจากภาคเอกชน การได้รับเงินอุดหนุนที่ผิดกฎหมาย การส่งเสริมความเป็นวิชาชีพและความสามารถในการบริหารจัดการของพรรคการเมือง และการส่งเสริมการแข่งขันของพรรคการเมือง ล้วนแล้วแต่เป็นวัตถุประสงค์ที่สามารถนำมาปรับใช้กับพรรคการเมืองในระดับท้องถิ่นได้เช่นเดียวกัน นอกจากนี้ สมาชิกสภาท้องถิ่นที่ได้รับเลือกตั้งก็เหมือนกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่สามารถออกเสียงในการประชุมพิจารณาเรื่องต่าง ๆ เช่นเดียวกันกับการที่รัฐบาลท้องถิ่นมีงบประมาณโดยรวมจำนวนมากและมีอิสระในการบริหารจัดการทางด้านงบประมาณ

นอกจากนี้ ในการปรับใช้บทบัญญัติพิพาท ก็ได้มีการประเมินผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับงบประมาณแผ่นดิน ในกรณีที่กองทุนได้ถูกนำไปใช้ในการอุดหนุนพรรคการเมืองที่มีได้เข้าร่วมการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร แต่เข้าร่วมเฉพาะการเลือกตั้งสภาท้องถิ่นก็ ดังนั้น ผู้ร้องจึงมีเหตุเพียงพอที่จะตั้งคำถามเกี่ยวกับประสิทธิภาพของระบบการจัดสรรเงินอุดหนุนพรรคการเมืองจากงบประมาณแผ่นดินในปัจจุบัน อีกทั้งยังอาจกล่าวได้ว่า บทบัญญัติพิพาทมีผลเป็นการจำกัดความเป็นไปได้ในการเกิดพรรคการเมืองใหม่ ๆ อย่างมีนัยสำคัญ รวมถึงยังเป็นหลักฐานที่แสดงให้เห็นถึงความมุ่งหมายที่จะลดจำนวนของพรรคการเมืองที่อยู่ในภูมิภาคอย่างซ้ำ ๆ จนนำไปสู่การยุบเลิกพรรคการเมือง แม้บทบัญญัติพิพาทจะมีเป้าหมายคือ การแข่งขันกันอย่างเป็นธรรมในระบอบประชาธิปไตย และต้องการส่งเสริมวิชาชีพและพัฒนาพรรคการเมืองทุกพรรคก็ตาม

๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐลัตเวีย

มาตรา ๙๑ มนุษย์ทุกคนที่อยู่ในลัตเวียย่อมเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายและต่อหน้าศาลทั้งหลาย สิทธิมนุษยชนย่อมได้รับการรับรองปราศจากการเลือกปฏิบัติทุกชนิด^๔

๔. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญได้ทำการไต่สวนผู้เกี่ยวข้องหลายราย อาทิ สภาผู้แทนราษฎร (Saeima) กระทรวงยุติธรรม (the Ministry of Justice) กระทรวงการคลัง (the Ministry of Finance) ผู้ตรวจการแผ่นดิน (the Ombudsman) สำนักป้องกันและปราบปรามการคอร์รัปชัน (the Corruption Prevention and Combatting Bureau) สมาคมการปกครองท้องถิ่นแห่งลัตเวีย (the Latvian Association of Local Governments) ผู้อำนวยการศูนย์นโยบายสาธารณะ (Director of Centre for Public Policy) และนักวิชาการ ผู้ทรงคุณวุฒิ โดยสภาผู้แทนราษฎร กระทรวงยุติธรรม และผู้ตรวจการแผ่นดิน มีความเห็นโดยสรุปว่า บทบัญญัติพิพาทไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๙๑ ประโยคที่ ๑ ขณะที่กระทรวงการคลังมีความเห็นโดยสรุปว่า บทบัญญัติพิพาทถูกร่างและได้รับการรับรองตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนด อีกทั้งมีการประเมินผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับงบประมาณแผ่นดินทั้งในทางกฎหมายและในทางงบประมาณ ดังนั้นกฎหมายดังกล่าวจึงประกาศใช้และเป็นไปตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดแล้ว ด้านสำนักป้องกันและปราบปรามการคอร์รัปชัน มีความเห็นโดยสรุปว่า คณะบุคคลที่ผู้ร้องระบุ นั้น ไม่สามารถนำมาเปรียบเทียบกันได้ จึงไม่อาจนำมาพิจารณาตามหลักความเสมอภาคได้ อย่างไรก็ดี ในส่วนของสมาคมการปกครองท้องถิ่นแห่งลัตเวียและผู้อำนวยการศูนย์นโยบายสาธารณะ มีความเห็นโดยสรุปว่า บทบัญญัติพิพาทขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๙๑ ประโยคที่ ๑

^๔ The Constitution of the Republic of Latvia

91. All human beings in Latvia shall be equal before the law and the courts. Human rights shall be realized without discrimination of any kind.

ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาแล้วเห็นว่า หน้าที่และบทบาทของพรรคการเมืองในกระบวนการประชาธิปไตย เป็นสิ่งที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบกับความเห็นตามเอกสารระหว่างประเทศที่ใช้เป็นแนวทางในการ ร่างกฎหมายและปรับใช้กฎหมายของประเทศต่าง ๆ ก็ควรนำมาพิจารณาด้วย อาทิ ความเห็นของ คณะกรรมาธิการเวนิส (Venice Commission) ที่ให้ความเห็นว่า หากผู้ร่างกฎหมายตัดสินใจที่จะให้เงินอุดหนุน แก่พรรคการเมือง ก็จะต้องดำเนินการบนพื้นฐานของวัตถุประสงค์ ความเป็นธรรม และความชอบด้วยเหตุผล อีกทั้งรัฐย่อมมีอิสระในการใช้ดุลพินิจที่จะเลือกปรับใช้ระบบการให้เงินอุดหนุนพรรคการเมืองด้วย อย่างไรก็ตาม หาก พรรคการเมืองได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐ ก็จะต้องเป็นหลักประกันว่า พรรคการเมืองดังกล่าวจะเป็นตัวแทนอยู่ใน รัฐสภา ขณะที่คณะกรรมาธิการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (United Nations High Commissioner for Human Rights) เน้นย้ำว่า กลุ่มเป้าหมายในการได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐ คือ พรรคการเมืองที่เป็นตัวแทนใน รัฐสภา เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่การเมืองแบบพหุนิยม (political pluralism) และโอกาสที่เท่าเทียมกัน แต่กระนั้น การให้เงินอุดหนุนอาจให้แก่พรรคการเมืองที่ประสบความสำเร็จอย่างมีนัยสำคัญในการเลือกตั้ง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร แต่อาจมีได้รับคะแนนเสียงที่เพียงพอจะเป็นตัวแทนในรัฐสภาก็ได้ นอกจากนี้ จากการ ใ้สวนนักวิชาการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้ชี้ให้เห็นถึงหน้าที่ของรัฐสภาที่มีต่อภาคประชาสังคมและบทบาทของรัฐสภาว่า พรรคการเมืองผู้ร้องมิได้มีคุณูปการโดยตรงต่อการเสริมสร้างความเข้มแข็งของประเทศและระบอบประชาธิปไตย แบบรัฐสภา (parliamentary democracy) และมีอาจถือได้ว่าเป็นผู้ที่มีความเหมาะสมที่จะได้รับเงินอุดหนุนจาก งบประมาณแผ่นดิน ดังนั้น การให้เงินอุดหนุนจากงบประมาณแผ่นดินให้แก่พรรคการเมืองจึงขึ้นอยู่กับว่า พรรคการเมืองนั้นมีขนาดเท่าใดของสังคม (how large part of the society) หรืออีกนัยหนึ่งคือ พรรคการเมือง นั้นเป็นตัวแทนของผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนเท่าใด และพรรคการเมืองนั้นได้เสนอประเด็นสำคัญต่อสาธารณะที่ ต้องการจะเข้ามาแก้ไขปัญหาเพียงใด

อนึ่ง ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปส่วนใหญ่ (European Union) มีการจัดสรรเงินอุดหนุนให้แก่พรรค การเมืองจากงบประมาณแผ่นดิน โดยพรรคการเมืองดังกล่าวจะต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่สำคัญประการหนึ่ง นั้นคือ การเป็นตัวแทนในรัฐสภา (representation in the parliament) จากนั้น เมื่อพิจารณาระบบการให้เงิน อุดหนุนแก่พรรคการเมืองของลัตเวียและพัฒนาการจนถึงในช่วงปี ๒๕๕๓ จะพบว่า เมื่อมีการริเริ่มการให้เงิน อุดหนุนพรรคการเมืองบางส่วนจากงบประมาณแผ่นดิน ได้มีการนำเอาจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่ลงคะแนนให้แก่ พรรคการเมืองในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรครั้งสุดท้ายมาเป็นเกณฑ์ในการได้รับเงินอุดหนุน ซึ่งจากการ ใ้สวนผู้แทนกระทรวงยุติธรรมก็เห็นว่า การที่ผู้ร่างกฎหมายเลือกที่จะปรับใช้รูปแบบที่แตกต่างกันในการให้เงิน อุดหนุนแก่พรรคการเมืองนั้นได้ถูกกำหนดเป็นเป้าหมายและเป็นแผนดำเนินการไว้แล้ว และเมื่อมีตัวแบบในการให้ เงินอุดหนุนแก่พรรคการเมืองจากงบประมาณแผ่นดินที่เป็นไปได้แล้ว ก็มีความเห็นจากนักวิชาการและ ผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้ประเมินผลกระทบที่เกิดขึ้นโดยมีการเปรียบเทียบระหว่างลัตเวียกับประเทศในแถบบอลติก อีก ๒ ประเทศ

การที่ผู้ร่างกฎหมายได้นำเอาระบบการให้เงินอุดหนุนแก่พรรคการเมืองจากงบประมาณแผ่นดินมาใช้โดยการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยกองทุนพรรคการเมือง เมื่อวันที่ ๑๐ มิถุนายน ๒๕๕๓ ขณะที่ในการบังคับใช้กฎหมายฉบับแก้ไขเพิ่มเติมลงวันที่ ๑๔ พฤศจิกายน ๒๕๖๒ นั้น ผู้ร่างกฎหมายได้มีการพัฒนาระบบดังกล่าวอย่างต่อเนื่อง โดยได้ริเริ่มนำเอาระบบการให้เงินอุดหนุนที่แตกต่างสำหรับพรรคการเมืองระดับชาติที่ได้รับคะแนนเสียงมากกว่าร้อยละ ๒ ในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรครั้งสุดท้ายมาปรับใช้กับพรรคการเมืองที่ได้รับคะแนนเสียงในการเลือกตั้งท้องถิ่นด้วย ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า การตัดสินใจของผู้ร่างกฎหมายที่ให้การสนับสนุนพรรคการเมืองระดับชาติก็มิได้มีการเปลี่ยนแปลงอย่างมีนัยสำคัญแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญได้มีความเห็นซึ่งมีสาระสำคัญสรุปได้ ดังนี้

ประการแรก ศาลรัฐธรรมนูญให้การยอมรับว่า พรรคการเมืองถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญสำหรับรัฐประชาธิปไตย และเป็นหน่วยที่เชื่อมโยงระหว่างสังคมกับอำนาจของรัฐ อีกทั้งยังเป็นหลักประกันให้แก่การมีส่วนร่วมของสังคมในกระบวนการทางการเมือง อย่างไรก็ตาม พรรคการเมืองมิได้ถูกบังคับให้จำต้องเข้าร่วมการเลือกตั้งเสมอไป เนื่องจากกิจกรรมของพรรคการเมืองอยู่บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการรวมกลุ่ม (the principle of freedom of association) ซึ่งได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๐๒ ดังนั้น พรรคการเมืองย่อมมีดุลพินิจในการที่จะเลือกที่จะเข้าร่วมการเลือกตั้งไม่ว่าจะระดับใดหรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้ เสรีภาพในการสมาคม ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๐๒ ให้การรับรองสิทธิของบุคคลในการรวมกันเป็นสมาคม พรรคการเมืองหรือองค์กรสาธารณะในรูปแบบอื่นด้วย นอกจากนี้ สิทธิของบุคคลในการร่วมกับผู้อื่นเพื่อจัดตั้งพรรคการเมืองถือเป็นเงื่อนไขเบื้องต้นที่จำเป็น (an essential pre-condition) สำหรับการดำรงอยู่ของระบอบประชาธิปไตย

ประการที่สอง ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า พรรคการเมืองระดับชาติ (national-level political parties) มีความแตกต่างจากพรรคการเมืองระดับภูมิภาค (regional-level political parties) กล่าวคือ พรรคการเมืองระดับชาติสามารถมอบตัวแบบของสังคม (a comprehensive model of society) ให้แก่ประชาชนผู้ใช้สิทธิเลือกตั้งและสามารถนำเอาตัวแบบดังกล่าวมาปรับใช้เมื่อเข้าสู่อำนาจทางการเมืองได้ ดังนั้น พรรคการเมืองที่มีวัตถุประสงค์ที่จะเป็นตัวแทนในสภาผู้แทนราษฎรเพื่อเติมเต็มหน้าที่ดังกล่าวจึงแตกต่างกับพรรคการเมืองระดับภูมิภาค นอกจากนี้ พลเมืองชาวลาตินเวียทุกคน โดยการเข้าร่วมการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ย่อมมีส่วนร่วมในการกำหนดเป้าหมายร่วม (common aims) และทิศทางในการพัฒนาประเทศ ด้วยเหตุนี้ ความเกี่ยวข้องและการมีส่วนร่วมของภาคประชาสังคมในการบริหารประเทศ รวมถึงความเป็นไปได้ในการตัดสินใจเพื่อผลประโยชน์สาธารณะร่วมกันจึงได้รับการรับรอง อนึ่ง จากมุมมองเกี่ยวกับผลประโยชน์แห่งชาติร่วมกัน (common national interests) การตัดสินใจใด ๆ ที่จะถูกนำมาปรับใช้ในระดับชาติจึงมีความสำคัญ และย่อมแตกต่างกับการตัดสินใจในระดับท้องถิ่น ดังนั้น พรรคการเมืองระดับชาติที่ได้รับคะแนนเสียงสนับสนุนจากการเลือกตั้งมากกว่าร้อยละสองกับพรรคการเมืองระดับภูมิภาค ย่อมมีหน้าที่ที่แตกต่างกันในการสร้างความยั่งยืนทางการเมือง (sustainable politics) และการเสริมสร้างระบอบประชาธิปไตย (strengthening democracy) การตัดสินใจทางการเมืองใน

ระดับชาติย่อมมีความสำคัญ เมื่อเปรียบเทียบกับการตัดสินใจทางการเมืองในระดับท้องถิ่น ด้วยเหตุนี้ พรรคการเมืองระดับชาติจึงอยู่ในสถานะที่ดีกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับพรรคการเมืองระดับภูมิภาคในการเป็นตัวแทนเจตจำนงขององค์อธิปัตย์ (the will of the sovereign) เพื่อความต้องการร่วมกันของสังคม ขณะที่พรรคการเมืองระดับภูมิภาคก็เป็นองค์ประกอบที่สำคัญของการปกครองส่วนท้องถิ่น และมีหน้าที่ในการเชื่อมโยงระหว่างเศรษฐกิจและการพัฒนาเชิงพาณิชย์สำหรับการปกครองท้องถิ่น ดังนั้น หน้าที่ของพรรคการเมืองระดับภูมิภาคจึงย่อมแตกต่างและไม่สามารถนำมาเปรียบเทียบกับพรรคการเมืองระดับชาติได้

ประการที่สาม ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ผู้ร่างกฎหมายได้ชี้แจงน้ำหนักวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันระหว่างการเลือกตั้งระดับชาติและระดับท้องถิ่น และใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจที่จะให้เงินอุดหนุนเฉพาะพรรคการเมืองที่เข้าร่วมการเลือกตั้งในระดับชาติ และได้รับคะแนนเสียงตามจำนวนที่กำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งการตัดสินใจดังกล่าวมีอาจถือได้ว่าเป็นการตัดสินใจบนพื้นฐานของอคติและปราศจากความสมเหตุสมผล นอกจากนี้ พรรคการเมืองผู้ร้องกับพรรคการเมืองที่ได้รับคะแนนเสียงเลือกมากกว่าร้อยละสองในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรครั้งสุดท้ายก็ย่อมแตกต่างกันและไม่สามารถนำมาเปรียบเทียบกันได้ และการให้เงินอุดหนุนจากงบประมาณแผ่นดินกับพรรคการเมือง ก็ถือว่าเป็นตัวเลือกทางนิตินโยบาย (a law policy choice) ที่กำหนดโดยผู้ร่างกฎหมาย ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของรัฐประชาธิปไตยที่ปกครองตามหลักนิติธรรม ด้วยเหตุนี้ ผู้ร้องจึงมีอาจเรียกร้อง โดยยกบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๙๑ ประโยคที่ ๑ เพื่อให้ตนมีสิทธิเช่นเดียวกันกับพรรคการเมืองระดับชาติได้

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ประกอบมาตรา ๓๐ - ๓๒ ของกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ จึงวินิจฉัยว่า บทบัญญัติมาตรา ๗ (๑) วรรคสอง ของกฎหมายว่าด้วยกองทุนพรรคการเมือง (บทบัญญัติซึ่งมีผลใช้บังคับระหว่างวันที่ ๑ มกราคม ๒๕๖๓ จนถึงวันที่ ๑ มกราคม ๒๕๖๕) ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐลัตเวีย มาตรา ๙๑ ประโยคที่ ๑ และให้คำวินิจฉัยนี้เป็นที่สุด และมีผลในวันอ่าน.



THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF LATVIA

JUDGEMENT

on Behalf of the Republic of Latvia

in Riga on 15 December 2022

in Case No. 2021-36-01

The Constitutional Court, comprised of: chairperson of the court hearing Aldis Laviņš, Justices Irēna Kucina, Gunārs Kušņš, Jānis Neimanis, Artūrs Kučs, Anita Rodiņa, and Jautrīte Briede,

with the participation of Edgars Zelders, the authorised person of the applicant – political party “Mēs – Talsiem un novadam” [We – for Talsi and the Region], and

Sandis Bērtaitis, the authorised representative of the institution, which issued the contested act, – the *Saeima* [the Parliament of the Republic of Latvia],

The secretaries of the court hearing Alise Ziemele and Laura Stutāne,
on the basis of Article 85 of the *Satversme* [Constitution] of the Republic of Latvia and Para 1 of Section 16, Para 11 of Section 17 (1), as well as Section 19² and Section 28 of the Constitutional Court Law,

on 27 October, 6 and 16 November 2022, at an open court hearing with the participation of the participants in the case, examined the case

“On Compliance of Para 2 of Section 7¹ (1) of the Law on Financing Political Organisations (Parties) with the first sentence of Article 91 of the *Satversme* of the Republic of Latvia”.

The Facts

1. On 19 July 1995, the *Saeima* adopted the Law on Financing Political Organisations (Parties) (hereafter – the Party Financing Law), which entered into force on 16 August 1995.

The amendments of 10 June 2010 to the Party Financing Law, which entered into force on 14 July 2010, *inter alia*, added to the law Section 7¹, the first part of which provided: “The State budget financing shall be provided to a political organisation (party), for which more than two per cent of voters have voted in the last elections of the *Saeima*, in the amount of 0.50 lats for each vote acquired within a calendar year.”

By the amendments of 12 September 2013 to the Party Financing Law, which entered into force on 1 January 2014, Section 7¹ (1) of the law was expressed in the following wording: “The State budget financing shall be provided to a political organisation (party), for which more than two per cent of voters have voted in the last elections of the *Saeima*, in the amount of EUR 0.71 for each voted acquired within a calendar year.”

Whereas following the amendments of 14 November 2019 to the Party Financing Law, which entered into force on 1 July 2020, Section 7¹ (1) of the law was expressed in the following wording: “The State budget financing shall be provided to a political organisation (party), for which more than two per cent of voters have voted in the last elections of the *Saeima*, (hereafter also – national-level political party) within a calendar year:

1) in the amount of EUR 4.50 for each vote acquired at the last *Saeima* election;

2) in the amount of EUR 0.50 for each vote acquired at the last election of the local government council;

3) in the amount of EUR 0.50 for each vote acquired at the last election of the European Parliament.”

Simultaneously, Para 30 in the Transitional Provisions of the Party Financing Law provided that Para 2 of Section 7¹ (1) of this Law (hereafter – the contested norm) would be applied from 1 July 2021.

By the amendments of 24 February 2022 to the Party Financing Law, which entered into force on 1 November 2022, Section 7¹ (1) of the Party Financing Law was expressed in a new wording.

2. The applicant – political party “Mēs – Talsiem un novadam” (hereafter – the Applicant) – holds that the contested norm is incompatible with the first sentence of Article 91 of the *Satversme* of the Republic of Latvia (hereafter – the *Satversme*).

The Applicant is a political party, established in 2017 to protect and pursue the interests of the inhabitants of the Republic of Latvia, in particular, those of Talsi region. The Applicant participated in the election of the Talsi Regional Council in 2017 and acquired three seats at the Council, as well as in 2021 when it acquired four seats at the Talsi Regional Council. Pursuant to Para 30 in the Transitional Provisions of the Party Financing Law, the contested norm is applied since 1 July 2021 and it does not envisage the Applicant's right to receive the State budgeted financing.

The Applicant holds that the contested norm does not ensure equal treatment of parties that participate in the elections of a local government council but do not participate in the *Saeima* election. Political parties connect society and the state power, by ensuring society's organised involvement in political processes. Moreover, it is maintained that election results prove that political parties, which participate only in local government elections (hereafter also – regional political parties), enjoy considerable public support. With the amendments of 2019 to the Party Financing Law, the State budgeted financing has been significantly increased; moreover, not only the parties that have been elected to the *Saeima* but also those for whom more than two per cent of voters have voted for at the *Saeima* elections are eligible to this financing.

Allegedly, all political organisations (parties) (hereafter – also political parties) are in similar and according to certain criteria comparable circumstances, *inter alia*, both such political parties that receive the State budget financing and such political parties that do not receive the State budget financing. The will to exercise the right to submit a list of candidates for local government elections and be represented in the local government councils is said to be the feature uniting these groups. Six of the eight political parties, which participated in the election of the Talsi Regional Council in 2021, are represented also in the *Saeima* and, thus, in addition to the financing envisaged in Para 1 of Section 7¹ (1) of the Party Financing Law, will also receive the financing envisaged in the contested norm, irrespectively of the fact whether the particular political party is represented in the particular local government council at all. Hence, the treatment of persons who are in similar and according to certain criteria comparable circumstances is differential.

Ensuring of political activity is linked to various daily expenditure, *inter alia*, expenditure needed to maintain an office, employ staff members, communicate with voters, likewise, financing is also needed for the pre-election campaign in local government council elections and agitation. Therefore those political parties, which have been granted the State budget financing, are obviously in more favourable situation than other political parties.

It is said to follow from the preparatory materials of the contested norm that the State budget financing is provided with the aim of decreasing the financial dependence of political parties on private persons' donations, unlawful financing of parties and high-level corruption risks, promoting professionalism and administrative capabilities of political parties, as well as facilitating competition among them. However, the legislator had failed to assess why this aim of granting the State financing should not be applicable to those political parties, which are represented in the local government council but did not participate in the *Saeima* elections or for whom less than two per cent of voters had voted at the *Saeima* elections. Hence, it is alleged that the differential treatment caused by the contested norm lacks objective and reasonable grounds.

The aim of decreasing the dependence of political parties on the donations made by private persons, unlawful financing of political parties and facilitating professionalism and administrative capabilities of such political parties and promotion of competitiveness is said to be equally applicable also to local-level parties. The elected members of the local government council, just like members of the *Saeima*, vote at the sittings on various matters, likewise, local governments have budgets amounting to several million and great autonomy with respect to handling the financial resources.

In adoption of the contested norm, the impact on the State budget, depending on whether the State financing would be envisaged also to such political parties that do not participate in the *Saeima* election but participate only in the election of the local government council, had not be assessed. It is maintained that there are grounds for questioning the effectiveness of the current model for granting the State financing. The contested norm is said to restrict significantly the possibility for new parties to emerge, as well as, in general, testifies of the wish to reduce gradually the number of regional political parties and, actually, liquidate them, although it is objective, fair and democratic competition that would promote professionalism and development of all political parties

At the court hearing, the Applicant maintained the considerations included in the application.

3. The institution, which issued the contested act, – *Saeima* – holds that the contested norm is compatible with the first sentence of Article 91 of the *Satversme*.

Allegedly, the contested norm had been adopted for the aim of reinforcing and consolidating the system of political parties, operating throughout the entire territory of the State, and to involve political parties also in national-level elections, as well as to ensure the considerable resources that their functioning requires to parties represented in the *Saeima*.

The *Saeima* does not uphold the Applicant's view that the indicated groups of persons could be recognised as being such that are in similar and according to certain criteria comparable circumstances. The differentiated model for allocating financing is said to exclude the possibility that political parties with relatively low support among citizens could receive substantial State financing for ensuring their functioning and, at the same time, it ensures that commensurate support is granted to political parties who have received greater support of the voters and are represented in the *Saeima*. Moreover, objectively, functioning of a party that is represented in the parliament requires greater resources, *inter alia*, to inform society about the daily decisions made by the party and the entire *Saeima* and to ensure qualitative expertise required for parliamentary work. It is maintained that the aim of the contested norm and of the Party Financing Law, in general, is to ensure larger financial support to political parties and a stable system of political parties. If a similar model of granting financing were applied also to those political parties that participate only in the local government elections, the allocation of financing might come into conflict with the support, determined on the national level, to political party, and, likewise, would not facilitate consolidation of political parties and equal involvement in both national- and regional-level elections.

A political party, which is represented only in the local government council but has not participated in the *Saeima* election, cannot contribute greatly to the consolidation of parties on the national level and equal participation in the national-level elections. Parties of this kind, pursuant to the specificity of their operations, are not performing the same and comparable tasks as the parties that are represented in the parliament, having incomparably larger number of members and who are developing large scale international-level activities. However, several restrictions, set for those political forces that receive the State budget financing, are not applicable to those parties that are represented in the local government council but have not participated in the *Saeima* election. Hence, the groups of persons, referred to by the Applicant, are said to function in different actual and legal circumstances.

If the Constitutional Court were to find that the groups of persons, referred to in the present case, are in similar and according to certain criteria comparable circumstances then, the *Saeima* notes, that the established differential treatment had been defined by law. The differential treatment, caused by the contested norm, is said to have legitimate aims – protection of the democratic state order and public welfare.

In the present case, the current model for granting financing should be considered as being the legislator's political choice, and this, as well as the matter of selecting alternative solutions should not be examined by methods of constitutional review. The *Saeima* holds that such an alternative as mechanical allocation of the financing, defined in the contested norm, also to political parties that are represented in the local government council but have not participated in the *Saeima* election would enter into an absolute conflict with the aims of financing political parties, defined by the legislator, and the specificity of diverse political parties. Moreover, this solution would require disproportional investment from the State and the entire society.

The contested norm had been adopted as part of the annual budget package. The model for financing political parties, set out in the contested norm, had been defined by taking into account the available State budget resources. In the current stage of the financing system, the priority is, allegedly, to ensure the minimum administrative capacity that political parties need, decrease significantly the dependence of political parties on private financing, as well as to provide incentives to political parties to increase the number of their members throughout the entire territory of the State.

At the court hearing, the *Saeima's* representative drew attention to several procedural aspects that might serve as the grounds for terminating legal proceedings in the case. The *Saeima's* representative is of the opinion that such fundamental right, for the protection of which the Applicant has turned to the Constitutional Court, cannot be identified, therefore, in the present case, the Applicant cannot use the constitutional review as a legal remedy for protecting its infringed right. In addition, considerations regarding the term for submitting

a constitutional complaint were provided, as this, in the opinion of the *Saeima*'s representative, had been missed.

4. The summoned person – the Ministry of Justice – holds that the contested norm is compatible with the first sentence of Article 91 of the *Satversme*.

The Ministry of Justice is of the opinion that the groups of persons, referred to by the Applicant, are not in similar and according to certain criteria comparable circumstances. The aim of these political parties and their role in developing sustainable politics and reinforcing democracy, as well as the amount of resources required to ensure their activities are said to be different.

In the Party Financing Law, the State financial support to political parties already from the beginning had been linked to the gained representation in the *Saeima*. The granting of the State financing to parties, in addition to the need to decrease the impact of donors upon them, had been founded on the consideration that annual disbursements from the State budget would ensure to parties a stable revenue basis, which would allow them, in the period between elections, to fulfil their functions more successfully, e.g., improve their programmes, educate voters, and work in local governments. Such financing was disbursed for the first time in 2012.

Pursuant to Para 27 in the Transitional Provisions of the Party Financing Law, the Cabinet had been tasked to submit, by 31 October 2018, an opinion on the financial and legal conditions for possible increase of the State budget financing to be allocated, at the same time examining also the possibility of applying the said conditions also to other political parties, not referred to in Section 7¹ (1) of the Party Financing Law. In 2019, the Ministry of Justice had prepared an opinion on the possible increase of the State budget financing envisaged for political parties. This opinion had been prepared by a working group, which had assessed various solutions for reviewing the amount of State financing envisaged for political parties, *inter alia*, examined the range of political parties eligible to the State financing, as well as the principles for

allocating the State financing. The conclusion was reached that the model for allocating the State financing should be such that would provide incentives to political parties to gain seats at the *Saeima* and would facilitate political parties' interest in creating a community of active members and functioning throughout the entire territory of the State.

In setting the amount of financing envisaged in the contested norm, the available State budget resources had been taken into account, and the regulation, in general, had been aimed at supporting financially major political parties and at consolidating a stable system of political parties. The current model of granting financing is said to exclude the possibility that parties with relatively low support among citizens could receive significant State financing for ensuring their functioning, at the same time ensuring commensurate support to those political parties that have received greater support among citizens and are represented in the *Saeima*.

For the sake of consolidating national democratic processes, it would be desirable for the political parties to draft priority comprehensive political programmes and represent the interests of the general public. Allegedly, these tasks can be effectively performed by major political parties, operating throughout the entire territory of the State. Such political parties, in turn, that aim to gain political power only in one county or region cannot contribute in the same way to the stable system of political parties as those parties that act throughout the entire territory of the state and whose political aim is gaining political power in the State and represent politically as extensive societal groups as possible. The right to establish political parties and to unite them is said to be an important and protected right in a democratic state; however, at the same time, for the purpose of reinforcing parliamentary democracy, it is important also to provide particular incentives for creating such a stable, consolidated system of political parties that would be able to unite broad societal groups. Moreover, the granting of State financing is not the only means for reaching this aim. The legislator has used various legal measures to implement policy aimed at reinforcing the system of parties, e.g., by defining the minimum number of founders of a political party.

At the court hearing, the Ministry of Justice underscored that the feature, indicated by the Applicant as the one uniting the groups of persons, was not compatible with the aim of the law, defined in Section 1 of the Party Financing Law, – reinforcing parliamentary democracy. Moreover, the view that all political parties are in similar and comparable circumstances, allegedly, is incompatible with the legislator's law policy choice. Those political parties that are active on the parliamentary level are said to have a different aim and much greater importance in developing sustainable politics.

5. The summoned person – the Ministry of Finance – holds that the contested norm was drafted and adopted in the procedure set out in regulatory enactments, *inter alia*, by assessing the impact of financial and legal conditions on the State budget, it was also promulgated and is publicly accessible in compliance with the requirements set out in regulatory enactments.

Para 27 in the Transitional Provisions of the Party Financing Law included an instruction for the Cabinet to submit to the *Saeima*, by 31 October 2018, an opinion on the financial and legal conditions for the possible increase of the State budget financing to be allocated, at the same time examining also the possibility of applying the respective conditions also to other political parties, not referred to in Section 7¹ (1) of this law. The Ministry of Finance also had been involved in preparing the said opinion in order to assess, within the limits of its competence, the impact of the legal and financial conditions, proposed by the Corruption Prevention and Combatting Bureau and the Ministry of Justice, on the State budget.

6. The summoned person – the Ombudsman – holds that the contested norm complies with the first sentence of Article 91 of the *Satversme*.

Allegedly, the basic objective of the contested norm is providing support to those parties that acquire a certain number of votes at the *Saeima* election, whereas the linking of financing with the number of votes acquired at local government elections is only an additional way for assessing and supporting

political parties in the period between the *Saeima* elections. In general, the contested norm is said to promote the development of a system of national-level political parties, e.g., by ensuring competition among the political parties and diversity of the political offer. The Ombudsman holds that this circumstance should be considered as being sufficiently important to recognise that the Applicant and the national-level political parties are not in similar and comparable circumstances.

In the framework of the present case, the compliance of the contested norm with Article 1 and Article 100 of the *Satversme* could be examined; however, the Applicant has not discerned an infringement on its rights in this context.

The differential treatment caused by the contested norm, substantially, could have two legitimate aims, i.e., protection of the democratic state order and public welfare. The Ombudsman holds that the measure chosen by the legislator is suitable for reaching the legitimate aims. However, whether the aims are reached partially or in full is said to depend on the legislator's political choice and the State budget resources, available in the particular situation. The Ombudsman is of the opinion that some objectives of the contested norm could be reached by alternative measures, e.g., it could be possible to facilitate consolidation of political parties by increasing the minimum number of members.

It should be taken into consideration that the *Saeima* decides on the most important matters in the life of the State and society, e.g., decides on using the State budget, implements the common national policy, and, thus, there are no doubts that reaching the aim of the contested norm and the main aims of the State financing with respect to those political parties, which stand at the *Saeima* elections, is of special public importance.

At the court hearing, the Ombudsman's representative underscored that participation in the *Saeima* election and acquiring of at least two per cent of voters' votes was a decisive condition for recognising that the Applicant and national-level political parties were not in similar and comparable circumstances.

7. The summoned person – the Corruption Prevention and Combatting Bureau – notes that the groups of persons, identified by the Applicant, are not in comparable circumstances and, thus, should not be compared within the framework of the legal equality principle. Section 7¹ (1) of the Party Financing Law is said to comprise one basic criterion that a political party should meet to apply for the State financing, i.e., the political party should have acquired the support of more than two per cent of voters at the last election of the *Saeima*.

The feature indicated by the Applicant – the will to exercise the right to submit a list of candidates for local government elections and gain representation in the local government council – *per se* cannot serve as a sufficient argument to establish that the indicated groups of persons are in similar and comparable circumstances.

The right of political parties, referred to in Section 15 of the Law on the Election of Local Government Councils, to submit a list of councillor candidates for the local government election and be represented in the local government councils cannot be considered as being a unifying feature because stricter requirements both with respect to the number of members of the political party and with respect to each individual candidate had been defined both in Section 9 of the *Saeima* Election Law and Section 9 of the Election to the European Parliament Law.

The contested norm defines the criteria for granting State financing to a political party but in no way restricts the Applicant's right to take successive actions to achieve compliance with these criteria and receive the State budget financing. Moreover, already at the time when the contested norm was adopted, the conceptual principle had been defined that the State budget financing should be granted only to those political parties, for which more than two per cent of voters had voted at the last *Saeima* election. It had been recognised, *inter alia*, that the lowering of this threshold was not necessary because it was commensurate with the circumstances and complied with the practice of other

states, comparable to Latvia. Moreover, it is important to prevent any political party from submitting a list of candidates and participate in the election without the motivation to be elected into the *Saeima*, having only one aim – to receive the State financing. Other alternatives, related to the granting of the State financing also had been assessed, i.e., tax reliefs for donations to political parties, the possibility to define the minimum number of required regional branches to facilitate the interest of political parties to create a community of active members and function throughout the entire territory of the State.

The Corruption Prevention and Combatting Bureau notes that its draft of the action plan for 2021-2024 includes, as one of the objectives for the coming years, reviewing and assessment of the existing model, pursuant to which the State budget financing is granted to political parties. Thus, it could be possible to provide provisional assessment of the impact of this model on reducing the role of money in politics, as well as to the highest-level political corruption. In assessing the effectiveness of the current model of financing political parties, it would be logical to examine, at the same time, also the financing of the regional political parties and their dependence on private donors, as well as the consequences thereof.

At the court hearing, the Corruption Combatting and Prevention Bureau also noted that the State budget financing for political parties was considerably increased by the law of 14 November 2019 “Amendments to the Party Financing Law” and that the contested norm had been introduced as one of the criteria for granting the State financing. However, increasing of the State financing and the criteria for granting thereof are said to be a matter of political choice.

8. The summoned person – the Latvian Association of Local Governments – holds that the contested norm is incompatible with the first sentence of Article 91 of the *Satversme*.

Initially, parties may form in different ways – both as representation of an interest group and as representation of local or ideological interests. Further

development of the party, however, needs favourable State policy and corresponding legal regulation.

Excessive regulations on a party's revenue provoke gaining of revenue in prohibited ways, whereas excessive restriction on revenue facilitates consolidation of shadow economy. For example, the prohibition for legal persons to donate to political parties, included in the Party Financing Law, had been intended to make parties less dependent on large donations, which would make stronger those parties that represent the interests of entrepreneurs; however, as the result of this prohibition political parties have been weakened because the resources required for parties to work constantly on reinforcing their internal democracy have decreased.

It should also be taken into account that inadequately financed political parties are unable to ensure high quality of legislation, cannot duly defend national interests within the framework of the European Union and, thus, delay the national development in general. Therefore there are grounds for increasing party financing, in particular, considering such forms of financing that would promote internal democracy in the parties and would cover at least the minimum daily expenses. This principle would have a reasonable aim – increasing a party's possibilities if it gains larger support among voters. This model might stimulate growth, would be useful in all four stages of a party's development and would comply with the proportionality principle.

The Latvian Association of Local Governments considers that, with respect to granting the State financing, the contested norm envisages unequal treatment of political parties, that such treatment lacks a legitimate aim, and that it is not proportionate.

9. The summoned person – director of “Centre for Public Policy PROVIDUS” *Mg. iur. Iveta Kažoka* – holds that the contested norm is incompatible with the first sentence of Article 91 of the *Satversme*.

Section 15 (1) of the Law on Election of the Local Government Councils defines the form of a party as a precondition for participation in local government

elections. Compared to the practice of other states of the European Union, this requirement of the Latvian law is said to be untypical, i.e., usually also associations of voters and even individual candidates may participate in local government level elections. Moreover, the establishment and maintenance of a party is made complicated, e.g., by defining the necessary number of founders and members. If political parties are granted State support then the support system should be envisaged also for independent candidates to ensure equal distribution of State resources. This is said to apply also to local-level parties, which also incur various costs, which follow from the need to finance the legal form of a party.

In the context of local government elections, regional political parties that do not receive State budget financing are placed in unequal situation not only vis-à-vis those political organisations to which the State grants annual financing but also those political parties that participate in local government elections in one list with the political parties that are receiving the State budget financing. Para 6 of the Cabinet Regulation of 14 January 2020 No. 24 “Regulations Regarding Spending of the State Budget Financing Granted to Political Organisations (Parties)” prohibits an alliance of political parties to use the granted State budget financing for political campaigning of such political organisation (party) forming an alliance of political parties which submits a separate list of candidates for the *Saeima* or the European Parliament elections. However, prohibition like this is not envisaged with respect to local government elections.

During the drafting of the contested norm, its impact on the regional-level democracy and political parties representing it had not been assessed at all. Moreover, the statements made in the Cabinet’s opinion of 2019 on possible increase of the State budget financing for political parties is said to differ significantly from the regulation which the *Saeima* adopted in 2019. Namely, the State budget financing is not linked to the needs of the Latvian parties but a connection, based on political considerations, had been made with the amount of State financing that the Lithuanian and Estonian political parties receive.

Likewise, the provision of basic financing, allowing the parties that had not been elected to the *Saeima* to develop their activities gradually, had not been considered. The fact that a large part of the lists for the *Saeima* elections are submitted by alliances of parties, which participate separately in the local government and the European Parliament elections, had not been taken into account either. Hence, it is not clear why additional financing for participation in local government elections had to be granted.

To eliminate the differential treatment, caused by the contested norms, of those candidates who participate in the local government election from the lists of the regional political parties, the mandatory and hard to substantiate requirement of the form of a political party for participation in the local government elections should be abandoned or the part of administrative and campaign related expenditure of those political parties who have gained representation on the local government council should be covered proportionally to the number of votes received by the party and in accordance with calculation of the minimum necessary financing.

At the court hearing, *Mg. iur.* Iveta Kažoka underscored that the reform of the financing of political parties had led to a situation where regional-level activists, in order to compete with other political parties at local government elections, are forced to form alliances with those political parties, which receive the State financing. Such circumstances are said to have negative impact on the regional-level democratic processes and had followed not only from the reform of the model for financing political organisations (parties) but also from the legal regulation that defines the way, in which political parties may participate in local government elections.

10. The summoned person – *Mg. sc. soc., Mg. oec. Lelde Metla-Rozentāle* – notes that in Latvia, as a parliamentary democracy, the *Saeima* is the only institutional structure of the State vested with the power to legislate. Within the framework of the Latvian legal system, citizens have the possibility to participate in two more elections – the local government election and the

election of the European Parliament; however, none of these elected institutions had been granted rights and obligations equal to those of the *Saeima*. Namely, the said institutions do not care for the common good of all inhabitants of the State.

In adopting a decision on reallocation of benefits or possibilities between political parties, the main criterion for assessing a party is said to be its importance and influence in resolving matters important for the entire society. If a party chooses not to participate in the parliamentary election then it is merely a local, regional political force which functions within the boundaries of one region and takes care of the development of the particular region. This is said to be the Applicant's case. A party like this does not contribute to the consolidation of the national and parliamentary democracy and cannot be regarded as an equal applicant for the State financing.

The financing of political parties may come from two sources: the private and the State (public) financing. Private financing has always formed a significant part of a party's financial provisions because it proves that the party's ideas have followers and that the issues made relevant by the party are important and understandable not only for the members of the party but also for a wider circle of society. Public or State financing may be used as the second source for financing parties, it is disbursed from the State budget resources.

Pursuant to the findings of political theory, the experience of democratic states is based on three main principles for distributing benefits. Firstly, equality of the recipients of the State financing; in this context, the parliamentary representation of the political party is used as a criterion. Secondly, distribution of the financing proportional to the success gained by a political party at the elections, in this context, the results of voting are used as the criterion. Thirdly, the need for financing, and, in this context, the needs of newly established political parties and of the parties representing the largest political forces are being weighed. The financing of political parties, granted from the State budget resources, is said to be of major importance for ensuring parliamentary democracy within the State. It strengthens the political parties and the candidates

proposed by them and ensures equal competitive pre-conditions in the pre-election fights. The possibility for political parties to receive the State financing and participate in the fight for a seat in the parliament is an essential precondition for implementing representative parliamentary democracy. It helps in facilitating citizens' trust in political forces and politicians in general.

At the court hearing, *Mg. sc. soc.*, *Mg. oec.* Lelde Metla-Rozentāle underscored that, in the theory of political science and international practice, public governance is understood as national-level politics, aimed at increasing the common good of all inhabitants of the State. This is said to be the essential difference between the national-level and regional-level political parties. Regional political parties have the possibility, while maintaining their identity, to conclude a cooperation agreement with a national-level political party and participate jointly in this form in the parliamentary election. Cooperation like this is said to promote the economic growth of the particular region and is a way to develop both the particular region and the entire State.

Persons who specialise only in local government work and take care of their interests also may be members of a national-level political party. Whereas other members of the respective political party participate in the national-level politics and stand for the *Saeima* election. Thus, a political party may be successful both at the regional-level and the *Saeima* elections.

11. The summoned person – Dr. Ph. Daunis Auers – noted at the court hearing that the political systems of various countries differed and, thus, also the systems of political parties were different. Latvia is said to be one of those rare countries in Europe and in the world that have numerous political parties. Currently, there are 53 political parties in Latvia, whereas this number is 12 in Estonia, 27 – in Lithuania, 29 – in Sweden, and 24 political parties in Finland. It is relatively simply to found a political party, i.e., only 200 members are required to establish a party, whereas the required number in Lithuania is 2000.

Allegedly, the reason why there are so many political parties in Latvia is the fact that associations of voters or individual candidates may not participate

in local government elections, as it is, for example, in Estonia, Lithuania, Denmark and other countries of the Baltic Sea region.

On average in Europe, approximately five per cent of the inhabitants having the right to vote are members of various political parties. The Latvian political parties are said to be small. I.e., in Latvia, only one per cent of citizens having the right to vote have joined a political party, whereas, for example, the respective number in Estonia is six per cent and approximately five per cent of inhabitants in Lithuania. Trends of the recent years reveal that the number of party members in Europe is decreasing. For example, in 1960, 22 per cent of inhabitants were members of various political parties in Denmark, whereas currently they constitute only three per cent. In responding to these changes, the mechanisms for granting the State support to political parties have been revised in entire Europe. Hence, the understanding of which political parties should be supported by the State has changed. Several functions that a political party should fulfil can be identified. Firstly, before elections it should facilitate by its political campaigns active citizenship to make society interested in participating in the respective election. Secondly, parties unite citizens in certain interest groups, by creating their political programmes and offering a particular vision of the State's future. Thirdly, political parties attract new members who, having acquired professional skills and experience while working for the party, will be able to influence, to a large extent, the processes of public governance in the future. Regional political parties also should perform the same functions because the inhabitants of local governments also should be informed about the development possibilities of the particular local government.

In Latvia, reforms of the political system are implemented slowly and, possibly, belatedly, compared to Estonia and Lithuania. However, the system of financing political parties has been created by having the parliamentary election in mind. Among 27 Member States of the European Union, the State financing also for regional political parties has been envisaged only in Spain and Denmark. In other Member States, the State support to political parties is granted on the basis of the success at the national-level election. Likewise, *Dr. Ph. Daunis*

Auers admitted that expert discussions also about the impact of the support system for political parties in local government elections had taken place.

The Findings

12. The *Saeima* holds that legal proceedings in the case should be terminated on the basis of Para 3 of Section 29 (1) of the Constitutional Court Law because, allegedly, the contested norm does not cause an infringement on the Applicant's fundamental right, included in the first sentence of Article 91 of the *Satversme*. Moreover, the Applicant had not abided by the term for submitting a constitutional complaint, defined in Section 19² (4) of the Constitutional Court Law (*see Transcript of the Court Hearing of 27 October 2022 in Case Materials, Vol. 4, pp. 41–44*).

Pursuant to the Constitutional Court's case law, issues of procedural nature must be examined before reviewing the constitutionality of the contested norm on its merits (*see Decision by the Constitutional Court of 10 December 2021 on Terminating Legal Proceedings in Case No. 2021-11-01, Para 9*).

Hence, the Constitutional Court will examine whether, in the particular case, the Applicant's fundamental rights, falling within the scope of the first sentence of Article 91 of the *Satversme*, have been infringed upon and then it will verify whether the term for submitting an application, defined in the Constitutional Court Law, has been abided by.

12.1. An infringement on fundamental rights is a mandatory precondition for submitting an application to the Constitutional Court (*see Decision by the Constitutional Court of 23 November 2016 on Terminating Legal Proceedings in Case No. 2016-02-01, Para 7*). Pursuant to the Constitutional Court Law, an infringement on a person's fundamental rights can be established if the particular fundamental right of a person is included in the *Satversme* and it is the contested norm which infringes upon it (*see, for example, Decision by the*

Constitutional Court of 30 December 2020 on Terminating Legal Proceedings in Case No. 2020-08-01, Para 11).

In the Applicant's view, the contested norm envisages differential treatment of political parties that are in similar and according to certain criteria comparable circumstances. Namely, the State budget financing, granted by the contested norm gives broader possibilities for participating in the local government council elections and to gain more votes to those political parties that have acquired at least two per cent of votes at the last *Saeima* election compared to the Applicant that does not receive the State budget financing. Hence, differential treatment of political parties that are in similar and according to certain criteria comparable political parties develops, which, allegedly, is a violation of the principle of legal equality, included in the first sentence of Article 91 of the *Satversme*.

Whereas the *Saeima* considers that the principle of legal equality, included in the first sentence of Article 91 of the *Satversme*, should be applied in conjunction with other fundamental rights. The Applicant had not identified those fundamental rights that it links to the alleged violation of the principle of legal equality, included in the first sentence of Article 91 of the *Satversme*. The *Saeima* is of the opinion that it is self-evident in the proceedings before the Constitutional Court that not every right or lawful interest should be recognised as being fundamental rights in the meaning of Chapter VIII of the *Satversme*. It is contended that the *Satversme* does not comprise such fundamental right of persons as the right to receive the State budget financing for ensuring the activities of a political party. Hence, the fact that a political party does not receive the State budget financing or that a competing political party receives such financing *per se* does not mean a violation of the principle of legal equality (*see Transcript of the Court Hearing of 27 October 2022 in Case Materials, Vol. 4, p. 41*).

Legal equality belongs to those fundamental rights that were included in the *Satversme* already in its initial wording. Namely, Article 82 of the *Satversme*, in the wording that entered into force on 7 November 1922, provided that all

citizens were equal before the law and court. It has been recognised in the legal doctrine that the subject of the provision included in Article 82 of the *Satversme* pertains to the rules on citizens' rights (*compare, see: Disterlo B. Juridiskas piezīmes pie Latvijas Republikas Satversmes. Tieslietu Ministrijas Vēstnesis, 1923, Nr. 7, 12. lpp.*).

Also the Constitutional Court, in cases initiated on the basis of a constitutional complaint, has examined the compliance of the contested norms with Article 91 of the *Satversme* as an independent fundamental right, without linking it to other fundamental rights that are beyond the boundaries of the concept of legal equality principle (*see, for example, Judgement by the Constitutional Court of 17 December 2019 in Case No. 2019-03-01 and Judgement of 13 June 2014 in Case No. 2014-02-01*).

Legal equality is derived from the general principle of justice, which is a fundamental value of a democratic state governed by the rule of law. It has been recognised that the right to legal equality is a protected fundamental right, binding upon the legislator (*see: Bryde B.-O. Das Verfassungsprinzip der Gleichheit. Halle an der Saale: Universitätsverlag Halle-Wittenberg, 2012, S. 8*). The requirement of legal equality means the legislator's obligation to be rational and impartial in defining a different legal status. Therefore, legal equality is not violated if the differential treatment caused by the legislator has been defined within the framework of admissible discretion and has reasonable and objective grounds.

Legal equality is inseparably linked to the principle of legal equality, which means that treatment is similar in similar actual and legal circumstances and is different in different circumstances (*see Judgement by the Constitutional Court of 29 October 2003 in Case No. 2003-05-01, Para 28*). The principle of legal equality allows differential approach if it is justifiable in democratic society (*see Judgement by the Constitutional Court of 26 June 2001 in Case No. 2001-02-0106, Para 4*). The principle of legal equality prohibits state institutions from issuing such norms that, without reasonable grounds, allow differential treatment of persons who are according to certain criteria comparable circumstances (*see*

Judgement by the Constitutional Court of 3 April 200 in Case No. 2000-07-0409, Para 1 of the Findings). With the aim of defending one's rights, a person may invoke the principle of legal equality directly.

Thus, the right to legal equality is an independent fundamental right under constitutional protection.

The Constitutional Court has repeatedly referred to the condition for submitting an application that the infringement on a person's fundamental rights should be direct, concrete and the contested norm must affect the applicants themselves (*compare, see Judgement by the Constitutional Court of 22 June 2010 in Case No. 2009-111-01, Para 10*).

The Applicant has participated in the election of the Talsi Regional Council in 2017 when it gained three seats of councillors and in 2021 when it gained four seats of councillors. Pursuant to Para 30 in the Transitional Provisions of the Party Financing Law, the contested norm is applied since 1 July 2021, and it does not envisage the Applicant's right to receive the State budget financing. Whereas six parties from among eight political organisations (parties), which had participated in the election of the Talsi Regional Council, had been represented also in the previous convocation of the *Saeima*. Therefore, in addition to the financing envisaged in Para 1 of Section 7¹ (1) of the Party Financing Law, they will receive also the financing defined in the contested norm, irrespectively of whether the particular party is even represented in the particular local government council.

Hence, the Constitutional Court will assess whether the contested norm is compatible with the first sentence of Article 91 of the *Satversme*.

12.2. Section 19² (4) of the Constitutional Court Law provides that a constitutional complaint may be submitted to the Constitutional Court within six months as of the moment when the infringement on fundamental rights occurred.

At the court hearing, the representative of the *Saeima* noted that the first and the second part of Section 7¹ of the Party Financing Law constituted conditions for granting the State budget financing to political parties. Irrespectively of whether the particular political party participates in the *Saeima*

or the local government elections, the State budget financing is granted only to those political parties who had acquired more than two per cent of votes at the last *Saeima* election. Essentially, the Applicant is said to object not against the contested norm but against the legislator's choice to grant the State budget financing only to those political parties that have acquired a certain number of votes at the *Saeima* election. Such model for granting the State budget financing had been included in the Party Financing Law by the amendments that were adopted by the *Saeima* on 10 June 2010. Therefore the alleged infringement on the Applicant's right had occurred already in 2017, soon after its establishment and commencement of political activities and the term for submitting the constitutional complaint has been missed (*see Transcript of the Court Hearing of 27 October 2022 in Case Materials, Vol. 4, pp.43–44*).

The Party Financing Law and the fact of establishing a political party do not envisage a mandatory obligation for political parties to participate in elections. Activities of parties are based on the principle of freedom of association, included in Article 102 of the *Satversme*. Hence, political parties enjoy discretion as to their choice to participate in elections and the level of elections they are going to participate.

The Applicant was established on 25 February 2017 and was entered into the register of political parties on 20 March 2017. Hence, following its establishment in 2017, the Applicant could not come into the scope of Section 7¹ (1) of the Party Financing Law (*in the wording that was in force from 1 January 2014 until 1 January 2020*) because the respective legal regulation defined the right of political organisations (parties) to receive the State financing upon the condition that they had acquired more than two per cent of votes at the last *Saeima* election.

The contested norm entered into force on 1 January 2020. Whereas, pursuant to Para 30 in the Transitional Provisions of the Party Financing Law, the rule on granting financing for each vote acquired at the local government election was applied from 1 July 2021. Thus, the term for submitting an application must be counted from 1 July 2021. The Constitutional Court received

the application on 28 July 2021. Hence, the term for submitting a constitutional complaint has been abided by.

Therefore there are no grounds for terminating legal proceedings in the case.

13. The amendments of 24 February 2022 to the Party Financing Law, which entered into force on 1 November 2022, expressed the contested norm in new wording. Namely, in accordance with Para 2 of Section 7¹ (1) of the Party Financing Law, the State budget financing is calculated in the amount of 0.1 per cent of the minimum monthly salary, defined in the State, for each vote acquired at the last election of a local government council. Thus, the contested norm has been amended in the course of legal proceedings.

The term “contested norm”, in the meaning of Para 2 of Section 29 (1) of the Constitutional Court Law”, should not be understood formally, as merely the text, included in the regulatory enactment. The contested norm defines legal procedure, which the Applicant deems to be incompatible with a superior legal norm. Thus, also in those instances where the text of the contested norm has been formally amended, the Constitutional Court has to verify whether the legal situation, caused by the contested norm, has been substantially changed (*see, for example, Decision by the Constitutional Court of 11 March 2015 on Terminating Legal Proceedings in Case No. 2014-33-01, Para 7*). The new procedure for calculating the State financing, defined in the new wording of Para 2 of Section 7¹ (1) of the Party Financing Law, does not change the principle, in accordance with which the State budget financing is granted.

Hence, by the new wording of Para 2 of Section 7¹ (1) of the Party Financing Law the contested norm has not been substantially changed and there are no grounds for terminating legal proceedings in the present case.

14. In assessing whether the contested norm complies with the first sentence of Article 91 of the *Satversme*, the Constitutional Court must establish:

1) whether and which persons (groups of persons) are in similar and according to certain criteria comparable circumstances;

2) whether the contested norm envisages similar or differential treatment of these persons (groups of persons);

3) whether this treatment has been established by a legal norm adopted in the procedure set out in regulatory enactments;

4) whether there are objective and reasonable grounds for this treatment, i.e., whether it has a legitimate aim and whether the principle of proportionality has been complied with (*see, for example, Judgement by the Constitutional Court of 29 June 2018 in Case No. 2017-28-0306, Para 11*).

15. The contested norm provided that those political organisations (parties), for which more than two per cent of voters had voted in the last *Saeima* election, received the State budget financing in the amount of EUR 0.50 for each acquired vote at the election of a local government council.

The Constitutional Court has noted that two situations are never absolutely identical. A situation that has one or several common features with the situation to be reviewed must be chosen for comparison (*see, for example, Judgement by the Constitutional Court of 4 January 2007 in Case No. 2006-13-0103, Para 7*). In the assessment of whether the principle of legal equality is complied with, it is of decisive importance that several groups of persons are united by a common and significant inherent feature. In order to clarify whether and which groups of persons are in similar and according to certain criteria comparable circumstances, the feature that unites these groups must be identified (*see Judgement by the Constitutional Court of 23 November 2015 in Case No. 2015-10-01, Para 17*).

The Applicant holds that all political organisations (parties) that have submitted lists of candidates for the election of the local government council and the representatives of which have been elected to the local government council are in comparable circumstances. The feature that could be used to compare the abovementioned groups is said to be the submission of the list of candidates for

the election of the local government council and acquiring representation in the local government council (*see Case Materials, Vol. 1, p. 10*). The *Saeima*, in turn, notes that comparable groups of persons cannot be identified in the case because the political parties, referred to by the Applicant, are in different actual and legal circumstances. A political party, which is represented in one local government council but has not participated in the *Saeima* election, allegedly, cannot contribute greatly to the development of national-scale politics, moreover, such a party has not been equally involved in both national- and regional-level elections. Political parties of this kind, according to the specificity of their activities, do not perform the same or comparable tasks as those political parties that have submitted the lists of candidates for the *Saeima* elections and gained the support of more than two per cent of voters. Thus, regional political parties that function only in a certain local government do not have significant impact upon the general system of parliamentary democracy (*see Case Materials, Vol. 1, p. 63–65*).

At the court hearing, the Ministry of Justice expressed the opinion that the criteria that are used to determine the features that allow identifying comparable groups of persons, cannot be arbitrary and should be objective and substantiated. The Applicant's statement, i.e., that all political parties that have participated in local government elections and the representatives of which have been elected to the local government council is a feature shared by both groups of persons; however, this feature is not uniting and cannot create a comparable group (*see Transcript of the Court Hearing of 16 November 2022 in Case Materials, Vol. 5, p. 4*). *Mg. iur.* Iveta Kažoka, in turn, is of the opinion that there are grounds for comparing the indicated groups of persons because both a political party that submits a list of candidates for the *Saeima* election and a political party that submits the list of candidates for the election of one local government council incur expenses for the maintenance of its activities (*see Case Materials, Vo. 3, pp. 94–95*).

Pursuant to the definition provided in Section 2 (1) of the Law on Political Parties, a party is an organisation that is established in order to perform political

activities, to participate in the election campaigns, to nominate candidates for deputy positions, to participate in the work of the *Saeima* or the local government councils, the European Parliament, to implement the party programme with the intermediation of deputies, as well as to be involved in the establishment of public administrative bodies. Thus, the establishment of political organisations (parties) and their lines of activities may be implemented on several levels. Namely, on the regional level – by participating in local government elections, the national – by participating in the *Saeima* election, and on the supranational level – by participating in the election of the European Parliament.

Section 15(1) of the Law on the Election of Local Government Council stipulates that the list of councillor candidates to the local government council may be submitted by a registered political party, a registered alliance of registered political parties, as well as by two or more registered political parties who have not joined in a registered alliance of registered political parties. Section 9 (1) of the Law on the Election of the *Saeima* provides that a list of candidates for the *Saeima* election may be submitted by a political party registered in accordance with the procedures laid down in law which has been established not later than one year before the election of the *Saeima* and which has at least 500 members, as well as by an alliance of political parties registered in accordance with the procedures laid down in law if all political parties belonging to the alliance of political parties have been established not later than one year before the election of the *Saeima* and if the alliance of political parties has at least 500 members.

It follows from the aforementioned provisions that the legal regulation sets different requirements regarding submission of lists of candidates for the election of a local government council and the *Saeima* election; moreover, the requirements for submitting the lists of candidates for deputy positions are higher. Thus, the feature – submitting a list of candidates for deputy positions at the election of a local government council – cannot be considered as an essential feature that unites the groups of persons, referred to by the Applicant.

Likewise, the State support system, established by the legislator, does not envisage that the national-level political parties should meet the criterion of gaining representation at a local government council. Pursuant to Para 3 of Section 7¹ (1) of the Party Financing Law, this criterion has not been envisaged for participation in the election of the European Parliament either. Namely, in granting the State budget financing, it is not important whether the political party, which has acquired more than two per cent of votes at the last *Saeima* election, gains representation also in another elected institution. Therefore the feature – representation at the local government council, acquired at the local government election, cannot be regarded as an essential feature uniting the groups of persons referred to either.

The system of State support to be granted to national-level political parties is linked to the number of votes acquired at the election. Namely, depending on the success of a national-level political party at the election of certain level, the amount of State budget financing to be granted to this party is calculated. The success of regional political parties at the local government elections is also measured by the votes they acquire. It follows from the above that the feature that unites both parties is the votes acquired by political organisations (parties) at the local government elections.

15.1. However, one common feature *per se* cannot always serve as a sufficient argument for establishing that two groups of persons are in similar and according to certain criteria comparable circumstances. The Constitutional Court must assess also whether there are important considerations that indicate that these groups of persons are not in similar and according to certain criteria comparable circumstances (*see Judgement by the Constitutional Court of 9 April 2013 in Case No. 2012-14-03, Para 17.2.*).

Functions of political parties and their role in the processes of democracy have been examined, *inter alia*, in international advisory documents that have been adopted to provide support to states in legislating and the practice of applying law (*see Judgement by the Constitutional Court of 10 May 2013 in Case No. 2012-16-01, Para 19*). The European Commission for Democracy Through

Law (Venice Commission) has noted: if the legislator chooses to provide financial support to political parties it should be done on the basis of objective, fair and reasonable criteria. States enjoy discretion in choosing the system for supporting political parties. However, if political parties are granted State support, as a priority, it should be ensured to political parties represented in the parliament (*see: Guidelines on Political Party Regulation. Venice Commission, 14 December 2020, CDL-AD(2020)032, paras 232–242*). United Nations High Commissioner for Human Rights has underscored that the target group of State financing are parties that are represented in the parliament; however, to ensure political pluralism and equal opportunities, it would be advisable to grant State financing also to such political parties that have had significant success in the parliamentary election but have not received a sufficient number of votes to gain representation in the parliament (*see: Guidelines and Report on the Financing of Political Parties. Venice Commission, 23 March 2001, CDL-INF (2001) 8, p. 2*). Also *Mg. sc. soc., Mg. oec.* Lelde Metla-Rozentāle at the court hearing pointed to the parliament's role in civil society, as well as to its functions. Allegedly, the Applicant does not contribute directly to strengthening of the entire State and parliamentary democracy and cannot be regarded as an equal applicant for the State financing (*see Case Materials, Vol. 3, pp. 112–114*). Thus, the State financial support granted to political parties depends on, *inter alia*, how large part of society or how many voters the particular political force represents and how essential are issues of public importance that it offers to resolve.

In the majority of Member States of the European Union financing of political organisations (parties) from the State budget resources is linked to meeting one particular criterion – representation in the parliament (*see Case Materials, Vol. 1, pp. 72–76*). Assessment of the Latvian system for financing political parties and its development allows concluding that already in 2010, when partial financing of political organisations (parties) from the State budget resources was introduced, the number of voters who had voted for the respective party at the last *Saeima* election was selected as the criterion for granting financing (*see Initial Impact Assessment (Annotation) of the Draft Law*

“Amendments to the Law on Financing Political Organisations (Parties)” (No. 1697/Lp9)).

At the court hearing, also the Ministry of Justice underscored that the legislator’s choice to introduce the differentiated model of granting State financing to political parties had been targeted and planned. When the possible models of financing political organisations (parties) from the State budget were considered, the opinions expressed by experts and assessments of the situation had shown that, in Latvia, compared to other two Baltic States, the existing State support provided to national-level political parties remained insufficient. Thus, taking into account the possibilities of the State budget, the differentiated model for financing political parties had been selected exactly for promoting the possibilities of national-level political parties to receive State support (*see Transcript of the Court Hearing of 16 November 2022 in Case Materials, Vol. 5, p. 7*).

The legislator introduced the system for financing political parties from the State budget resources by the amendments of 10 June 2010 to the Party Financing Law. Whereas by adopting the amendments of 14 November 2019 to the Party Financing Law, the legislator continued to improve this system. In addition to the support that is granted to national-level political parties for the votes acquired at the *Saeima* election, the legislator created a differentiated model for granting the State budget financing, providing that national-level political parties, which have acquired more than two per cent of votes at the last *Saeima* election, are entitled to the State budget financing also for each vote acquired at the local government elections. In view of the above, it can be concluded that the legislator’s choice to support exactly national-level parties has not substantially changed.

15.2. The freedom of association, included in Article 102 of the *Satversme*, envisages guaranteed rights of persons to unite in associations, political parties and other public organisations and that such conditions are created that allow persons to exercise their right to association. Everyone’s right to unite with others in a political party is an essential pre-condition for the

existence of a democratic state order (*see Judgement by the Constitutional Court of 10 May 2013 in Case No. 2012-16-01, Para 18.3.*). Political parties is an important element of a democratic state and they create a link between society and the state power, by ensuring society's involvement in political processes.

National-level political parties differ from regional political parties in that they offer to voters a comprehensive model of society and are able to implement this model if they come to power (*compare see Judgement by the Constitutional Court of 5 February 2015 in Case No. 2014-03-01, Para 14*). Political parties whose aim is to gain representation in the *Saeima* fulfil functions that differ from the ones of regional political parties. Every citizen of Latvia, by participating in the *Saeima* election, may participate in determining the common aims and directions of development for the State. Through this, the involvement and participation of civil society in the governance of the State is ensured, as well as the possibility to decide on the common public good. From the perspective of common national interests, the decisions that are adopted on the national level, are comprehensive, in difference to the decisions adopted at local governments. Therefore also national-level political parties that have acquired more than two per cent of votes have greater possibilities than the regional political parties to represent the sovereign's will in the name of common public good. The activities of regional political parties, in turn, is an important element of the local government and functions of these parties are linked to the economic and financial development of the local government.

It can be concluded from the above that the political parties that operate on the national level and have been able to gain the support of more than two per cent of voters and those political parties that operate on the regional level have different functions in creating sustainable politics and reinforcing democracy.

Activities of political parties to pursue the common interests of the entire Latvian society should be differentiated from activities to pursue the interests of a particular local government. The functions of national-level and regional-level political parties are different and cannot be compared. The legislator has weighed the objective differences between national-level and local government level

elections and, by exercising its discretion, has chosen to grant the State financing only to those political parties that participate in the national-level election and have acquired a certain number of votes. This decision cannot be regarded as being biased or irrational.

The Applicant and those political parties that have acquired more than two per cent of votes at the last *Saeima* election are in different and incomparable circumstances. The granting of State financing to political organisations (parties) is a law policy choice made by the legislator, based on the fundamental principles of a democratic state governed by the rule of law. Thus, the Applicant cannot demand, by referring to the first sentence of Article 91 of the *Satversme*, to be ensured the same rights as the national-level political parties. In view of the above, it can be concluded that, in the present case, an obligation to envisage equal treatment of persons who are in different and incomparable circumstances does not follow from the first sentence of Article 91 of the *Satversme*.

Thus, the contested norm complies with the first sentence of Article 91 of the *Satversme*.

The Substantive Part

On the basis of Sections 30-32 of the Constitutional Court Law, the
Constitutional Court

held:

To recognise Para 2 of Section 7¹ (1) of the Law on Financing Political Organisations (Parties) (in the wording that was in force from 1 January 2020 until 1 January 2022) as being compatible with the first sentence of Article 91 of the *Satversme* of the Republic of Latvia.

The judgement is final and not subject to appeal.

The judgement enters into force at the moment it is pronounced.

Chairperson of the court hearing Aldis Laviņš

สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป
คำพิพากษาดำรงคดี เลขที่ ๒๓๘๕๑/๒๐ และ ๒๔๓๖๐/๒๐ ลงวันที่ ๒๒ มิถุนายน ๒๕๖๖ (ค.ศ. ๒๐๒๓)
กรณีการปฏิเสธที่จะให้สวัสดิการสงเคราะห์บุตรแก่มารดาที่ไม่มีใบสำคัญถิ่นที่อยู่ (Resident permit)

นายชยันเรศ เลี้ยงวัฒนกุล
คณะนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา
นางสาวเปรมิกา แสนทอง
นักวิชาการศาลรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ
กองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

๑. บทสรุปแห่งคดี

คดีนี้เกี่ยวกับข้อกังขากับหลักเกณฑ์ในการจ่ายสวัสดิการสงเคราะห์บุตรในไอร์แลนด์ซึ่งสามารถกระทำได้เฉพาะกับผู้ร้องซึ่งมีถิ่นที่อยู่โดยชอบด้วยกฎหมายในรัฐเท่านั้น ทั้งนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่า สถานการณ์เข้าเมือง (the immigration status) ของผู้ร้องในขณะที่ยื่นคำร้องเพื่อขอสวัสดิการสงเคราะห์บุตรในครั้งแรกไม่เพียงพอต่อการเป็นผู้ปกครองซึ่งมีสถานะเป็นผู้อยู่อาศัยตามกฎหมายในไอร์แลนด์ นอกจากนี้ เนื่องจากมารดาของผู้ร้องไม่ได้อยู่ในสถานะที่สามารถเทียบเคียงได้กับการเป็นผู้ปกครองที่มีสิทธิ (eligible parents) จึงไม่อาจถือได้ว่าผู้ร้องถูกเลือกปฏิบัติ ขณะเดียวกัน ศาลสิทธิมนุษยชนฯ ยังเห็นว่า เป็นเรื่องที่ยอมรับได้ที่จะมีการกำหนดเงื่อนไขของสถานะอยู่อาศัย (a residency requirement) สำหรับผู้ที่มีสิทธิเรียกร้องสวัสดิการสงเคราะห์บุตร เนื่องจากถือเป็นระบบประกันสังคม (social-security systems) ที่มีการดำเนินการในระดับประเทศ

๒. สรุปข้อเท็จจริง

ในคดีนี้ มีคำร้องที่ยื่นโดยผู้ร้อง ๒ คำร้อง กล่าวคือ

คำร้องที่ ๑ คือ คำร้องเลขที่ ๒๓๘๕๑/๒๐ ผู้ร้องและคณะ ประกอบด้วย ผู้เป็นมารดา “X” และบุตรสาว “E” โดยผู้ร้อง “X” เป็นบุคคลผู้มีสัญชาติไนจีเรียที่เดินทางมาถึงไอร์แลนด์เมื่อปี ค.ศ. ๒๐๑๓ และได้ยื่นคำร้องขอสิทธิในอีกหนึ่งปีต่อมา แต่คำร้องดังกล่าวกลับถูกปฏิเสธเมื่อปี ค.ศ. ๒๐๑๕ ขณะที่บุตรสาวของเธอ หรือ “E” เกิดเมื่อปี ค.ศ. ๒๐๑๔ และเนื่องจากบิดาเป็นพลเมืองไอร์แลนด์ บุตรสาวจึงได้รับสถานะเป็นพลเมืองไอร์แลนด์โดยการเกิด

ในเดือนกันยายน ค.ศ. ๒๐๑๕ ผู้ร้อง “X” ได้ยื่นคำร้องต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมและความเสมอภาค (the Ministry of Justice and Equality) เพื่อขอสิทธิอยู่อาศัย (the right to reside) ในไอร์แลนด์ ด้วยเหตุผลว่าผู้ร้องเป็นมารดาของบุตรสาวที่เป็นพลเมืองไอร์แลนด์ ในขณะที่คำร้องนี้อยู่ระหว่างการพิจารณา ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องขอสวัสดิการสงเคราะห์บุตร แต่คำร้องดังกล่าวถูกปฏิเสธเนื่องจากผู้ร้องยังไม่ได้รับสิทธิในการอยู่

อาศัยในไอร์แลนด์ และเนื่องจากถูกปฏิเสธคำร้องขอสวัสดิการสงเคราะห์บุตร ผู้ร้องจึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลสูง (High Court) เพื่อขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย

ต่อมาในเดือนมกราคม ค.ศ. ๒๐๑๖ ผู้ร้องได้รับสิทธิในการอยู่อาศัยในไอร์แลนด์ และได้รับสวัสดิการสงเคราะห์บุตรในเวลาต่อมา ขณะที่การพิจารณาคดีในชั้นของศาลสูงมีประเด็นเกี่ยวกับระยะเวลาระหว่างการเกิดของ “E” บุตรสาวผู้ร้อง และการพิจารณาของรัฐมนตรี ซึ่งใช้เวลามากกว่า ๑๒ เดือน

คำร้องที่ ๒ คือ คำร้องเลขที่ ๒๔๓๖๐/๒๐ ผู้ร้องและคณะ ประกอบด้วย ผู้เป็นมารดา “Y” และบุตรชาย “M” โดยผู้ร้อง “Y” เป็นบุคคลผู้มีสัญชาติอัฟกานิสถานที่เดินทางมาถึงไอร์แลนด์เมื่อเดือนพฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๐๘ พร้อมสามีและบุตรคนแรก ต่อมาผู้ร้องได้ให้กำเนิดบุตรจำนวน ๓ คน โดยบุตรคนสุดท้าย คือ “M” นั้นเกิดในปี ค.ศ. ๒๐๑๓ ต่อมาในเดือนธันวาคม ค.ศ. ๒๐๑๔ ศาลอุทธรณ์ผู้ลี้ภัย (The Refugee Appeals Tribunal) ได้ให้การรับรองสถานะผู้ลี้ภัยแก่ “M” และเมื่อได้แจ้งเรื่องดังกล่าวให้ทางครอบครัวทราบแล้ว ในเดือนมกราคม ค.ศ. ๒๐๑๕ พวกเขาได้ยื่นคำร้องขอรวมตัวเป็นครอบครัว (reunification) ตามกฎหมายว่าด้วยผู้ลี้ภัย ค.ศ. ๑๙๙๖ (the Refugee Act 1996)

ในระหว่างการพิจารณาคำร้องขอรวมตัวเป็นครอบครัวอยู่ในระหว่างการพิจารณา ผู้ร้อง “Y” ได้ยื่นคำร้องขอสวัสดิการสงเคราะห์บุตรสำหรับเลี้ยงดูบุตรทั้งสี่คน แต่คำร้องดังกล่าวถูกปฏิเสธ เนื่องจากผู้ร้องยังไม่ได้รับสิทธิในการอยู่อาศัย จากนั้นผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อศาลสูงเพื่อขอให้พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายคำสั่งดังกล่าว

ต่อมาครอบครัวของผู้ร้องได้รับอนุญาตตามคำร้องขอรวมตัวเป็นครอบครัวเมื่อเดือนกันยายน ค.ศ. ๒๐๑๕ และผู้ร้อง “Y” ได้รับสวัสดิการสงเคราะห์บุตรในเวลาต่อมา ขณะที่การพิจารณาคดีในชั้นของศาลสูงมีประเด็นเกี่ยวกับระยะเวลาระหว่างที่ผู้ร้อง “M” ได้รับสถานะผู้ลี้ภัยและได้รับอนุญาตให้รวมตัวเป็นครอบครัว ซึ่งใช้ระยะเวลา ๘ เดือน

สำหรับการพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นในประเทศนั้น ศาลสูงสุดได้พิจารณาคดีทั้งสองกรณีดังกล่าวในคำพิพากษาเดียวกันเมื่อเดือนมกราคม ค.ศ. ๒๐๑๗ โดยศาลสูงเห็นว่า เนื่องจากถ้อยคำตามบทบัญญัติของกฎหมาย ทำให้สถานะการอยู่อาศัย (the residency status) ของ “บุคคลที่มีคุณสมบัติ” (qualified person) (กล่าวคือ พ่อแม่หรือผู้ปกครอง) เกี่ยวข้องกับสิทธิในสวัสดิการสงเคราะห์บุตร ด้วยเหตุนี้ ศาลสูงจึงตั้งข้อสังเกตว่า เงื่อนไขของสถานะอยู่อาศัย (the residency requirement) ที่ใช้ในการเรียกร้องสวัสดิการประกันสังคม (social-security benefits) นั้นไม่ถือว่าเป็นธรรมหรือเป็นการเลือกปฏิบัติ

ดังนั้น ศาลสูงจึงเห็นว่า สิทธิของผู้ร้องตามรัฐธรรมนูญไอร์แลนด์และอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จึงไม่ถูกละเมิด ซึ่งต่อมาได้มีการยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาต่อศาลอุทธรณ์ โดยศาลอุทธรณ์ได้มีคำพิพากษาเมื่อปี ค.ศ. ๒๐๑๘ ซึ่งแตกต่างไปจากคำพิพากษาของศาลสูง โดยศาลอุทธรณ์ได้จำแนกออกเป็นสองกรณี คือ กรณีผู้ร้อง “E” เป็นพลเมืองไอร์แลนด์ที่มีสิทธิที่จะอาศัยอยู่ในไอร์แลนด์ ขณะที่ผู้ร้อง “M” ไม่ใช่พลเมือง และในเวลานั้นไม่มีสิทธิที่จะอยู่อาศัยในไอร์แลนด์ ด้วยเหตุนี้ ศาลอุทธรณ์จึงเห็นว่า ผู้ร้อง “X” มีสิทธิได้รับสวัสดิการสงเคราะห์บุตร

จากการเกิดของผู้ร้อง “E” แต่ในกรณีของผู้ร้อง “Y” นั้น จะมีสิทธิเรียกร้องก็ต่อเมื่อผู้ร้อง “M” ได้รับสถานะผู้ลี้ภัยเท่านั้น อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ดังกล่าวได้ถูกยื่นอุทธรณ์ต่อศาลสูงสุด (the Supreme Court)

ในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. ๒๐๑๙ ศาลสูงสุดพิพากษาว่า แนวการพิจารณาของศาลอุทธรณ์ไม่ถูกต้อง โดยพบว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องอ้างถึงบุคคลที่มีคุณสมบัติ (the qualified person) หาใช่เด็กที่มีคุณสมบัติไม่ (the qualified child) ทั้งนี้ ศาลสูงสุดพิพากษาว่า บุคคลซึ่งยังไม่ได้รับการพิจารณาสถานะคนเข้าเมือง (immigration status) ไม่สามารถถือได้ว่าเป็นผู้มีสิทธิในการอยู่อาศัย ดังนั้น จึงยังไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของการเป็นผู้อยู่อาศัยที่สามารถเรียกร้องสวัสดิการประกันสังคมได้ นอกจากนี้ ศาลสูงสุดยังได้เน้นย้ำว่า เงื่อนไขในการเป็นผู้มีสิทธิที่จะร้องขอสวัสดิการสงเคราะห์บุตรนั้นไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ ขณะเดียวกันขอบเขตของผู้อยู่อาศัยตั้งแต่พลเมืองไปจนถึงผู้ได้รับสถานะผู้ลี้ภัยก็เป็นผู้มีสิทธิได้รับสวัสดิการ トラบเท่าที่บุคคลเหล่านั้นมีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่จำเป็นของการเป็นผู้อยู่อาศัย ดังนั้น รัฐจึงมิได้มีหน้าที่จะต้องจ่ายสวัสดิการสงเคราะห์บุตรจนกว่าผู้ร้อง X และผู้ร้อง Y จะได้รับอนุญาตให้พำนักอยู่ในไอร์แลนด์

๓. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

๓.๑ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The European Convention on Human Rights)^๑

ข้อบทที่ ๘ สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองในชีวิตส่วนตัวและครอบครัว

(๑) บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองในชีวิตส่วนตัว ครอบครัว ที่อยู่อาศัย และการสื่อสาร

(๒) หน่วยงานของรัฐจะไม่แทรกแซงในการที่บุคคลจะใช้สิทธิดังกล่าว เว้นแต่เป็นการแทรกแซงบนพื้นฐานของกฎหมายที่มีความจำเป็นตามระบอบประชาธิปไตยที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ด้านความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยสาธารณะ หรือประโยชน์ทางเศรษฐกิจของประเทศ เพื่อป้องกันอาชญากรรม เพื่อปกป้องสุขภาพหรือศีลธรรม หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น

^๑ The European Convention on Human Rights, 1950

Article 8 Right to respect for private and family life

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

Article 14 Prohibition of discrimination

The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

ข้อบทที่ ๑๔ ข้อกำหนดการเลือกปฏิบัติ

การใช้สิทธิและเสรีภาพที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาจะต้องได้รับการคุ้มครองโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลใดๆ เช่น เพศ เชื้อชาติ สีผิว ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่น ชาตินักเกิดหรือสังคม สัมพันธ์กับชนกลุ่มน้อยในชาติ ทรัพย์สิน การเกิด หรือสถานะอื่น

๓.๒ พิธีสารเพิ่มเติมตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) ฉบับที่ ๑^๒

ข้อบทที่ ๑ บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลทุกคนมีสิทธิได้รับความปลอดภัยในทรัพย์สินสมบัติของตนอย่างสันติ ผู้ใดจะถูกริบจากการครองครองของตนไม่ได้เว้นแต่เพื่อประโยชน์สาธารณะ และอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติไว้และตามหลักการทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ

ฯลฯ

๔. คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชน

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้พิจารณาตามข้อบทที่ ๘ ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The European Convention on Human Rights) โดยศาลสิทธิมนุษยชนฯ ได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งที่ว่าสิทธิในการรับสวัสดิการสงเคราะห์บุตรควรได้รับการปฏิบัติเสมือนอยู่ในขอบเขตของข้อบทที่ ๘ อันเกี่ยวข้องกับสิทธิในชีวิตครอบครัว ปรากฏตามแนวคำพิพากษาในปัจจุบัน

จากนั้น ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปยังได้พิจารณาข้อบทที่ ๑๔ ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ประกอบข้อบทที่ ๑ ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) ฉบับที่ ๑ โดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวินิจฉัยว่า เนื่องจากเป็นที่ปรากฏชัดในคำพิพากษาของศาลสูงสุดว่า มีเพียงพ่อ-แม่หรือผู้ปกครองเท่านั้นที่มีสิทธิได้รับสวัสดิการสงเคราะห์บุตร และผู้ร้องซึ่งเป็นบุตร คือ “E” และ “M” จึงไม่เกี่ยวข้องจ้องในกรณีนี้ ดังนั้น จึงไม่มีสิทธิที่จะยื่นคำร้องในกรณีนี้

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่า หากไม่ใช่เพราะเงื่อนไขในการมีสิทธิ (the condition of entitlement) ที่ผู้ร้องซึ่งเป็นมารดาได้ยื่นคำร้องไปนั้น ผู้ร้องย่อมมีสิทธิได้รับประโยชน์ดังกล่าว ดังนั้น ข้อบทที่ ๑๔ ของอนุสัญญา

^๒ Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1952

ARTICLE 1 Protection of property

Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

etc.

ยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ประกอบข้อบทที่ ๑ ของพิธีสารเพิ่มเติมอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จึงนำมาใช้บังคับได้

จากนั้น ศาลสิทธิมนุษยชนฯ ได้พิเคราะห์แล้วเห็นว่า ในการพิจารณาการเลือกปฏิบัติ (discrimination) ตามข้อบทที่ ๑๔ เป็นเรื่องสำคัญที่จะต้องเปรียบเทียบผู้ร้องกับบุคคลอื่นที่ตกอยู่ในสถานการณ์ที่คล้ายคลึงกัน และต้องพิจารณารายละเอียดของการพิจารณาเปรียบเทียบในประเด็นนี้ของศาลสูงสุดด้วย นอกจากนี้ ยังต้องพิจารณาถึงคุณลักษณะของระบบประกันสังคมของแต่ละประเทศ ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในทางสากลว่ารัฐสามารถจำกัดสิทธิต่าง ๆ ของผู้อยู่อาศัยได้ และรัฐยังสามารถที่จะควบคุมการเดินทางเข้า-ออกเขตแดนของตนได้ ซึ่งในไอร์แลนด์นั้น สวัสดิการสงเคราะห์บุตรเป็นสิทธิที่มีให้สำหรับผู้อยู่อาศัยทุกประเภท (all categories of resident)

นอกจากนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนฯ เห็นว่า สถานการณ์ของผู้ร้อง ณ ขณะเวลาที่ยื่นคำร้องเพื่อขอสวัสดิการสงเคราะห์บุตร สะท้อนให้เห็นว่า ผู้ร้องมิได้อยู่ในสถานการณ์ที่เทียบเคียงได้กับผู้ที่พักอาศัยอยู่ในไอร์แลนด์อยู่แล้ว ดังนั้น ทั้งผู้ร้อง “X” และผู้ร้อง “Y” จึงมิได้มีสถานะที่เทียบเท่าได้ว่าเป็นคนที่พำนักอาศัยอยู่ในไอร์แลนด์ ในช่วงเวลาดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจึงเห็นว่า ในกรณีนี้มิได้มีการปฏิบัติที่แตกต่างกัน จึงพิพากษาให้ยกคำร้องที่ข้อโต้แย้งการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับสิทธิที่จะได้รับสวัสดิการสงเคราะห์บุตร และเห็นว่า กรณีนี้ไม่ปรากฏว่ามีการละเมิดสิทธิที่ได้รับการรับรองตามข้อบทที่ ๑๔ แต่อย่างใด

Refusal to provide child benefit to mothers who did not have a residence permit. Non violation of the ECHR

1st P - Article 1 25/06/2023 20:00 Print

JUDGMENT

X and others v. Ireland 22.06.2023 (app. no. 23851/20 and 24360/20)

[see here](#)

SUMMARY

The case concerns the rule that the payment of child benefit in Ireland can only be made to claimants who are lawfully resident in the State.

The Court found that the immigration status of the applicants (X and Y) at the time they had first applied for child benefit had not been similar enough to parents who had already had legal residency status in Ireland. Since the applicant mothers had not been in a comparable situation to eligible parents, they had not been discriminated against. The Court reiterated that it was acceptable to have a residency requirement in defining who may claim child benefit as social-security systems operated primarily at the national level.

PROVISIONS

Article 14

Article 1 of the First Additional Protocol

PRINCIPAL FACTS

Application no. 23851/20

The applicants are a mother, X, and her daughter, E.

X is a national of Nigeria who arrived in Ireland in 2013 and applied for asylum a year later but had her application rejected by decisions in 2015. Her daughter, E, was born in 2014 and since her father is an Irish citizen, she has been an Irish citizen from birth.

In September 2015, X applied to the Minister for Justice and Equality for the right to reside in Ireland on the grounds that she was the mother of an Irish citizen child. While this application was pending, X applied for child benefit in respect of E. The application for child benefit was rejected because X had not yet been granted a right to reside in the country. As a result of the refusal of child benefit X brought judicial review proceedings in the High Court.

X was granted the right to reside in Ireland in January 2016 and has received child benefit since then. The case in the High Court concerned the time between E's birth and the Minister's decision, a period of just over 12 months.

Application no. 24360/20

The applicants are a mother, Y, and her son, M.

Y is a national of Afghanistan who arrived in Ireland in May 2008 with her husband and first child. She gave birth to three children in Ireland. The youngest is M, born in 2013. The Refugee Appeals Tribunal granted M asylum in December 2014 and when this was communicated to his family, they applied for reunification in January 2015 under the Refugee Act 1996.

While the decision about reunification was pending, Y applied for child benefit for her four children but was refused as she had not yet been granted a right to live in the country. Judicial review proceedings in the High Court were brought against this refusal.

The family was granted reunification in September 2015 and Y was granted child benefit from then on. The case in the High Court concerned the time between M being granted asylum and the grant of reunification, a period of eight months.

Domestic Proceedings

The High Court dealt with both sets of proceedings in the same judgment in January 2017. It found that due to the wording of the legislation, it was the residency status of the "qualified person" (that is to say the parent or guardian) that was relevant as regards child benefit. The High Court noted that the residency requirement to claim social-security benefits was not unfair or discriminatory.

Therefore, the applicants' rights under the Irish Constitution and the European Convention on Human Rights had not been breached. This decision was appealed against to the Court of Appeal. The Court of Appeal judgment, delivered in 2018, differed from that of the High Court and took the approach that it was the residency status of the qualified child which the benefit was claimed for which was the relevant consideration. The Court of Appeal distinguished between the two cases as E was an Irish citizen with a right to reside in Ireland, while M was not a citizen and at the time had no right to reside in Ireland. The Court of Appeal said that X was entitled to receive child benefit from E's birth, but that Y was only entitled to claim from when M had been granted asylum. This decision was appealed against to the Supreme Court.

In November 2019 the Supreme Court held that the approach of the Court of Appeal had been incorrect, finding that the relevant legislation referred to the qualified person and not the qualified child. The Supreme Court decided that a person whose immigration status had not yet been decided could not be treated as having a right to reside and therefore was not capable of satisfying the residency requirements needed to claim social-security benefits. The Supreme Court highlighted that the eligibility requirements for child benefit were non-discriminatory and that a wide range of residents from citizens to those granted asylum were eligible as long as they met the necessary residency requirement. Therefore, the State was not obliged to make child benefit payments until X and Y had been given permission to remain in Ireland.

THE DECISION OF THE COURT...

Article 8

The Court rejected the argument that eligibility for child benefit should be treated as within the scope of Article 8 as it relates to family life, in accordance with its recent case-law.

Article 14 taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1

The Court decided that since it was clear from the Supreme Court judgment that it is only the parent/guardian who is entitled to receive child benefit, the child applicants E and M had no proprietary interest in this case and therefore lacked standing to make the claim.

The Court stated that if not for the condition of entitlement about which the applicant mothers complained, they would have had a right to the benefit in question. Article 14 taken with Article 1 of Protocol No. 1 was therefore applicable.

The Court reiterated that in assessing discrimination under Article 14, it was important to compare applicants with individuals in a similar situation, and highlighted the detailed assessment of the Supreme Court in relation to the issues of comparability. It also referred to the essentially national character of social-security systems, it being accepted at the international level that States can limit entitlement to residents, and States were furthermore able to control entry onto their territory. In Ireland, child benefit was available to all categories of resident.

It went on to find that the applicants' situations at the time they had first applied for child benefit meant that they had not been in a comparable situation to people who had already had residency in Ireland. Neither X nor Y had had a status equivalent to residence at the relevant time. The Court therefore found that, in the circumstances of this case, no difference of treatment arose. The claim of discrimination in relation to eligibility for child benefit was therefore rejected, the Court concluding that there had been no violation of Article 14.

Tags: Application Benefit Child Discrimination Ireland Refugees Residence

สรุปข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหพันธรัฐมาเลเซีย
คำพิพากษาคำร้องเลขที่ BKA-2-05/2022 (D) ลงวันที่ ๙ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๗ (ค.ศ. ๒๐๒๔)
กรณีบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาชารีอะห์แห่งรัฐกลันตัน ค.ศ. ๒๐๑๙ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

นายนิติกร จิรนิติกาลกิจ
ผู้อำนวยการกองรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

๑. บทสรุปแห่งคดี

ในคดีนี้ ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อศาลสูงสุดแห่งสหพันธรัฐมาเลเซีย เพื่อขอให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาชารีอะห์แห่งรัฐกลันตัน ค.ศ. ๒๐๑๙ (Syariah Criminal Code (I) Enactment 2019) จำนวน ๒๐ มาตรา จากบทบัญญัติทั้งสิ้น ๖๘ มาตรา และต่อมาผู้ร้องได้ยื่นคำร้องขอถอนคำร้องที่ขอให้ศาลสูงสุดพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติพิพาท จำนวน ๒ มาตรา จึงคงเหลือบทบัญญัติที่ศาลสูงสุดจะพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จำนวน ๑๘ มาตรา

ต่อมา ศาลสูงสุดโดยมติเสียงข้างมาก (๘ ต่อ ๑)¹ ได้พิพากษาให้บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาชารีอะห์แห่งรัฐกลันตัน ค.ศ. ๒๐๑๙ (Syariah Criminal Code (I) Enactment 2019) จำนวน ๑๖ มาตรา ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเห็นว่ารัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐมาเลเซียได้กำหนดรายการกฎหมาย (Legislative list) ที่รัฐสภาแห่งสหพันธรัฐ (the Federal Parliament) หรือฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐ (the State Legislature) มีอำนาจที่จะตราขึ้นได้เอาไว้อย่างชัดเจน (แบ่งเป็นรายการกฎหมายของสหพันธรัฐ (the Federal list) และรายการกฎหมายของรัฐ (the State list)) ประกอบกับสาระสำคัญของบทบัญญัติดังกล่าวเป็นกรณีที่ระบุอยู่ในรายการกฎหมายที่อยู่ในอำนาจของรัฐสภาแห่งสหพันธรัฐ ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐกลันตัน (the Kelantan State Legislature) จึงไม่มีอำนาจในการตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว

๒. สรุปข้อเท็จจริง

ผู้ร้อง คือ นิก เอลิน ซูรินา (Nik Elin Zurina) บุตรีของนิก अबดุล ราชิด (Nik Abdul Rashid) และเต็งกู ยัสมิน นาทาชา (Tengku Yasmin Natasha) บุตรีของเต็งกู अबดุล รามาน (Tengku Abdul Rahman) ได้ยื่นคำร้องตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ มาตรา ๔ (๔) ต่อศาลสูงสุดแห่งสหพันธรัฐ (the Federal Court of Malaysia) โดยโต้แย้งว่า รัฐบาลแห่งรัฐกลันตัน (Kelantan State Government) ไม่มีอำนาจในการตรา

¹ จากการสืบค้นพบว่า ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อย จำนวน ๑ ท่าน คือ अबดุล เราะห์มาน บิน เซบลี (Abdul Rahman bin Sebli) มีความเห็นแย้งว่า ผู้ร้องไม่มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลสูงสุดเพื่อขอให้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าว และเห็นว่าการยื่นคำร้องนั้นก่อให้เกิดความเสียหายและการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิด “ความยุ่งวุ่นวาย” (phantom busybody) อีกทั้งยังเห็นว่า รัฐบาลแห่งสหพันธรัฐ (the Federal Government) หรือสำนักงานอัยการสูงสุด (the Attorney General’s Chambers) ควรเข้ามาทำหน้าที่เป็นคู่กรณีในการโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติพิพาทดังกล่าว ขณะเดียวกันศาลสูงสุดก็ผิดพลาดที่ยอมรับฟังข้อเท็จจริงมาตั้งแต่ต้นด้วย โปรดดู “Federal Court rules 16 provisions in Kelantan criminal enactment unconstitutional in Muslim duo’s challenge” (Malaymail, 9 Feb 2024) <https://www.malaymail.com/news/malaysia/2024/02/09/federal-court-rules-16-provisions-in-kelantan-criminal-enactment-unconstitutional-in-muslim-duos-challenge/117160#google_vignette> สืบค้นเมื่อ ๑๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๗.

บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาชาเรียห์แห่งรัฐกลันตัน ค.ศ. ๒๐๑๙ (Syariah Criminal Code (I) Enactment 2019)² โดยผู้ร้องได้โต้แย้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว จำนวน ๒๐ มาตรา จากทั้งสิ้น ๖๘ มาตรา ได้แก่

มาตรา ๕ การแจ้งข้อกล่าวหาอันเป็นเท็จ (False claim) มาตรา ๑๑ การทำลายหรือดูหมิ่นสถานที่สักการะทางศาสนา (Destroying or defiling place of worship) มาตรา ๑๓ การขายหรือให้เด็กแก่ผู้ที่มีไม่ใช่ชาวมุสลิมหรือแก่ผู้ที่เป็นชาวมุสลิมที่ประพฤติผิดศีลธรรม (Selling or giving away child to non-Muslims or morally reprehensible Muslim) มาตรา ๑๔ การร่วมเพศทางทวารหนัก (Sodomy) มาตรา ๑๖ การร่วมเพศกับศพ (Sexual intercourse with corpse) มาตรา ๑๗ การร่วมเพศกับสิ่งที่มีไม่ใช่มนุษย์ (Sexual intercourse with non-human) มาตรา ๓๐ การใช้ถ้อยคำที่ทำลายความสงบสุข (Words capable of breaking peace) มาตรา ๓๑ การล่วงละเมิดทางเพศ (Sexual harassment) มาตรา ๓๔ การครอบครองเอกสารอันเป็นเท็จ การให้พยานหลักฐาน ข้อมูล หรือข้อความอันเป็นเท็จ (Possessing false document, giving false evidence, information or statement) มาตรา ๓๖ การมึนเมา (Anything intoxicating) มาตรา ๓๗ การเล่นเกมพนัน (gambling) มาตรา ๓๙ การโกงอัตราส่วน ขนาด และน้ำหนัก (Reducing scale, measurement and weight) มาตรา ๔๐ การทำธุรกรรมที่ขัดต่อกฎหมายชาเรียห์ (Executing transactions contrary to Shariah Code) มาตรา ๔๑ การทำธุรกรรมโดยคิดดอกเบี้ยที่สูงเกินไปและอื่น ๆ (Executing transactions via usury, etc.) มาตรา ๔๒ การใช้ฉลากฮาลาลและความหมายแฝงในทางที่ผิด (Abuse of halal label and connotation) มาตรา ๔๓ การเสนอหรือให้บริการที่ผิดศีลธรรม (Offering or providing vice services) มาตรา ๔๔ การเตรียมการเสนอหรือให้บริการที่ผิดศีลธรรม (Preparatory act of offering or providing vice services) มาตรา ๔๕ การเตรียมกระทำการใด ๆ ที่ผิดศีลธรรม (Preparatory act for vice) มาตรา ๔๗ การร่วมประเวณีระหว่างพี่น้อง (Act of incest) และมาตรา ๔๘ มุนจิการี (Muncikari) หรือ บุคคลที่ทำหน้าที่เป็นคนกลางระหว่างหญิงกับชาย หรือระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายอิสลาม ทั้งนี้ ผู้ร้องเห็นว่า บทบัญญัตินี้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและไม่มีผลใช้บังคับ เนื่องจากตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐกลันตัน (Kelantan State Legislature) ซึ่งไม่มีอำนาจในการตราบทบัญญัตินี้ เนื่องจากอำนาจในการตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเป็นของรัฐสภาแห่งสหพันธรัฐ (Parliament)

ต่อมา เมื่อศาลสูงสุดได้มีการให้คู่กรณีได้แถลงด้วยวาจา ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องขอถอนคำร้องที่โต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติ มาตรา ๕ และมาตรา ๓๗ (๑) (a) จึงทำให้ศาลสูงสุดมิได้นำบทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าวมารวมพิจารณาเป็นบทบัญญัติพิพาท

๓. ข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐมาเลเซีย³

² โปรดดูรายละเอียดของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาชาเรียห์แห่งรัฐกลันตัน (๑) ค.ศ. ๒๐๑๙ (Law of the State of Kelantan Enactment 14 Syariah Criminal Code (I) Enactment 2019) เป็นรายมาตราได้ใน <https://www.studocu.com/my/document/university-of-malaysia-terengganu/coastal-law-and-policies/syariah-criminal-code-i-enactment-2019-kelantan/72315677>.

³ The Federal Constitution

Supreme Law of the Federation

มาตรา ๔ กฎหมายสูงสุดแห่งสหพันธรัฐ

(๑) รัฐธรรมนูญฉบับนี้ถือเป็นกฎหมายสูงสุดของสหพันธรัฐ และกฎหมายใดที่ได้รับความเห็นชอบภายหลังจากวันแห่งอิสรภาพซึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ย่อมสิ้นผลใช้บังคับ

(๓) ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาที่ดี หรือโดยฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐก็ดี ย่อมไม่อาจถูกโต้แย้งด้วยเหตุว่า การตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเกี่ยวข้องกับการที่รัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐไม่มีอำนาจดังกล่าว เว้นแต่การพิจารณาเพื่อพิพากษาให้กฎหมายสิ้นผลใช้บังคับด้วยเหตุดังต่อไปนี้

(a) ในกรณีที่กฎหมายตราขึ้นโดยรัฐสภา ให้การพิจารณากระทำระหว่างสหพันธรัฐและรัฐใดรัฐหนึ่งหรือมากกว่า

(b) ในกรณีที่กฎหมายตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐ ให้การพิจารณากระทำระหว่างสหพันธรัฐกับรัฐนั้น

(๔) ในการพิจารณาเพื่อพิพากษาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสิ้นผลใช้บังคับ ตามเหตุผลที่บัญญัติไว้ในวรรคสาม (มิใช่การพิจารณาตาม (a) หรือ (b) ของวรรคสาม) จะต้องไม่เริ่มดำเนินการโดยปราศจากผู้พิพากษาของ

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.

(3) The validity of any law made by Parliament or the Legislature of any State shall not be questioned on the ground that it makes provision with respect to any matter with respect to which Parliament or, as the case may be, the Legislature of the State has no power to make laws, except in proceedings for a declaration that the law is invalid on that ground or—

(a) if the law was made by Parliament, in proceedings between the Federation and one or more States;

(b) if the law was made by the Legislature of a State, in proceedings between the Federation and that State.

(4) Proceedings for a declaration that a law is invalid on the ground mentioned in Clause (3) (not being proceedings falling within paragraph (a) or (b) of the Clause) shall not be commenced without the leave of a judge of the Federal Court; and the Federation shall be entitled to be a party to any such proceedings, and so shall any State that would or might be a party to proceedings brought for the same purpose under paragraph (a) or (b) of the Clause.

Freedom of religion

11. (4) State law and in respect of the Federal Territories of Kuala Lumpur, Labuan and Putrajaya, federal law may control or restrict the propagation of any religious doctrine or belief among persons professing the religion of Islam.

Jurisdiction of Federal Court

128. (1) The Federal Court shall, to the exclusion of any other court, have jurisdiction to determine in accordance with any rules of court regulating the exercise of such jurisdiction—

(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 State.

ศาลสูงสุด และสหพันธรัฐมีสิทธิที่จะเข้าเป็นคู่กรณีในการพิจารณาใด ๆ อีกทั้งรัฐอาจเข้าร่วมเป็นคู่กรณีในการพิจารณาได้ โดยวัตถุประสงค์ตามที่บัญญัติไว้ในวรรคสาม (a) หรือ (b)

มาตรา ๑๑ เสรีภาพในการนับถือศาสนา

(๔) กฎหมายของรัฐ และในส่วนที่เกี่ยวข้องกับดินแดนสหพันธรัฐแห่งกัวลาลัมเปอร์ ลาบวน และปุตราจายา กฎหมายแห่งสหพันธ์ย่อมควบคุมหรือจำกัดการเผยแพร่หลักศาสนาหรือความเชื่อของบุคคลผู้ซึ่งนับถือศาสนาอิสลาม

มาตรา ๑๒๘ เขตอำนาจของศาลแห่งสหพันธรัฐ

(๑) ศาลแห่งสหพันธรัฐ เว้นแต่จะกำหนดไว้ว่าเป็นเขตอำนาจเฉพาะของศาลอื่น ย่อมมีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาให้เป็นไปตามระเบียบของศาลที่กำหนดไว้สำหรับการใช้เขตอำนาจนั้น

(a) ประเด็นเกี่ยวกับการที่กฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาหรือโดยฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐสิ้นผลบังคับด้วยเหตุว่า เป็นบทบัญญัติที่รัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐ ไม่มีอำนาจในการตรากฎหมายนั้น และ

(b) ข้อโต้แย้งต่อประเด็นปัญหาระหว่างรัฐหรือระหว่างสหพันธรัฐกับรัฐใด ๆ

๔. คำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหพันธรัฐ

ศาลสูงสุดแห่งสหพันธรัฐมาเลเซียได้วางหลักพื้นฐาน (the fundamental principles) ในการพิจารณาเอาไว้ว่า การที่จะพิจารณาว่าบทบัญญัติพิพาทที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐถือเป็นความผิด (an offence) ที่ขัดต่อ “หลักคำสอนของศาสนาอิสลาม” (the precepts of Islam) หรือไม่ จะต้องพิจารณาจากหนึ่งในสองหมวดหมู่อย่างกว้าง (broad categories) กล่าวคือ

หมวดหมู่แรก เกี่ยวข้องกับกรณีตามที่บัญญัติไว้ในข้อ ๑ ของรายการกฎหมายของรัฐ (Item 1 of State List) รวมถึงบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง ซึ่งหากสาระสำคัญของบทบัญญัติพิพาทสามารถอ้างอิงเชื่อมโยงไปถึงกรณีที่อยู่ในข้อ ๑ ของรายการกฎหมายของรัฐหรือบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง และกฎหมายดังกล่าวใช้บังคับเฉพาะกับบุคคลที่นับถือศาสนาอิสลามเท่านั้น ก็ให้ถือว่าความผิดทางศาสนา (a religious offence) และบทบัญญัติที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐขัดด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นไปตามกรณีที่บัญญัติไว้ในรายการกฎหมายของรัฐ (the State List)

หมวดหมู่ที่สอง ครอบคลุมถึงความผิดทางศาสนาโดยแท้ (a purely religious offence) อันเกี่ยวกับ (i) อากีดะห์ (aqidah) (ii) ความศรัทธาของศาสนาอิสลามหรือสถาบันทางศาสนา หรือ (iii) สิ่งที่เกี่ยวข้องกับศีลธรรมในศาสนาอิสลามโดยแท้ ซึ่งหากสาระสำคัญของบทบัญญัติพิพาทเกี่ยวข้องกับความผิดทางศาสนาโดยแท้ ศาลสูงสุดก็ต้องพิจารณาบทบัญญัติพิพาทร่วมกับรายการกฎหมายของสหพันธรัฐ (the Federal List) แต่หากสาระสำคัญของบทบัญญัติพิพาทมิได้เกี่ยวข้องกับความผิดทางศาสนาโดยแท้แล้ว ก็จะไม่อาจอ้างอิงถึงรายการกฎหมายของสหพันธรัฐและเกี่ยวข้องกับแต่เฉพาะชาวมุสลิมในมาเลเซียเท่านั้น เช่น การที่มีคนเอ่ยอ้างว่าตนเป็นศาสดา (a Prophet) ก็แสดงว่าบทบัญญัติพิพาทนั้นอยู่ในอำนาจที่ฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐจะตราขึ้นได้

นอกจากนี้ หากบทบัญญัติพิพาทเป็นความผิดทางศาสนาโดยแท้ แต่สาระสำคัญของบทบัญญัติพิพาทถือว่าอยู่ในข่ายของกฎหมายอาญาในรายการกฎหมายของสหพันธรัฐ หรือกฎหมายอาญาทั่วไป (General criminal law) ซึ่งเป็นองค์ประกอบของความสงบเรียบร้อย ความปลอดภัยสาธารณะ การสาธารณสุข ความมั่นคง ศีลธรรม

อันดี หรือกรณีอื่น ๆ ที่สามารถปรับใช้เป็นการทั่วไป ก็ให้ถือว่าเป็นมาตราต้องห้าม (preclusion clause) โดยตัวอย่างของความผิดดังกล่าว เช่น การฆาตกรรม (murder) การลักขโมย (theft) การปล้น (robbery) การทุจริต (corruption) ซึ่งอาจได้รับการพิจารณาว่าเป็นความผิดที่ขัดต่อหลักคำสอนของศาสนาอิสลาม แต่สาระสำคัญกลับเป็นเรื่องของกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปต่อบุคคลทุกคนที่อยู่ในประเทศ

อนึ่ง ในการปรับใช้หลักการดังกล่าว ศาลสูงสุดจะต้องคำนึงถึงสิ่งที่ได้อธิบายไว้ในคำพิพากษา Gin Poh Holdings Sdn Bhd (การชำระบัญชีโดยสมัครใจ) กับ รัฐบาลแห่งรัฐปีนังและออร์ส [๒๐๑๘] 3 MLJ 417 (Gin Poh Holdings Sdn Bhd (in voluntary liquidation) v The Government of the State of Penang & Ors [2018] 3 MLJ 417) อยู่เสมอ เมื่อจะต้องตีความรายการกฎหมายใด ๆ (ไม่ว่าจะเป็นรายการกฎหมายของสหพันธรัฐ รายการกฎหมายของรัฐ หรือทั้งสองรายการ) และจะต้องตีความอย่างกว้างที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

จากนั้น ศาลสูงสุดแห่งสหพันธรัฐมาเลเซียได้กำหนดประเด็นในการพิจารณาว่า ฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐกลันตัน (Kelantan State Legislature) ใช้อำนาจตราบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐหรือไม่ ทั้งนี้ ประเด็นตามคำร้องนี้ไม่เกี่ยวข้องกับสถานะของศาสนาอิสลามหรือสถานะของศาลชาอียะห์ (Syariah Court) ในประเทศ หรือเกี่ยวข้องกับการปกป้องศาสนาอิสลามหรือศาลชาอียะห์แต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี ศาลสูงสุดเห็นว่า การลงโทษตามกฎหมายอิสลาม สามารถแบ่งออกได้เป็น ๓ ประเภท คือ หุดุด (Hudud) กิศอก (Qisas) และตาซีร์ (Takzir) โดยหุดุดเป็นการลงโทษที่อัลลอฮ์เป็นผู้กำหนด ขณะที่กิศอกเป็นการลงโทษที่ถูกกำหนดโดยอัลลอฮ์เช่นเดียวกันกับหุดุด แต่เป็นการลงโทษที่มีลักษณะเป็นการตอบโต้ เช่น ชีวิตย่อมแลกด้วยชีวิต การทำร้ายร่างกายย่อมแลกกับการสร้างบาดแผล อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างระหว่างหุดุดกับกิศอก นั้นคือ กิศอกจะต้องมีการเรียกร้องโดยเหยื่อหรือครอบครัวของเหยื่อ หรืออาจทดแทนด้วยการจ่ายค่าสินไหม (ดีเยฮ์-Diyat) ซึ่งถือเป็นการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการได้รับโทษทัณฑ์ นอกจากนี้ ในส่วนของตาซีร์นั้นมิได้เป็นการลงโทษที่กำหนดขึ้นโดยอัลลอฮ์ แต่อัตราโทษและรูปแบบการลงโทษจะถูกกำหนดโดยรัฐ และจะถูกปรับใช้กับผู้กระทำความผิดตามดุลพินิจของผู้ปกครอง (ฮาकिม-Hakim)⁴

ขณะที่ในปัจจุบัน ศาลชาอียะห์ในสหพันธรัฐมาเลเซียจะไม่มีบทพิพากษาลงโทษหุดุดหรือกิศอก แต่จะมีการพิพากษาลงโทษเฉพาะตาซีร์เท่านั้น เช่นเดียวกับศาลฆราวาส (Civil Court)⁵ ที่จะมีการพิพากษาเฉพาะโทษตาซีร์เช่นเดียวกัน ดังนั้น เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว จึงไม่ปรากฏว่ามีความแตกต่างระหว่างศาลชาอียะห์กับศาลฆราวาส เนื่องจากทั้งสองศาลต่างก็มีอำนาจในการพิพากษาลงโทษตาซีร์เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างประการเดียวของการพิพากษาลงโทษตาซีร์ระหว่างศาลชาอียะห์และศาลฆราวาส นั้นคือ การที่ศาลชาอียะห์จะพิพากษาลงโทษบนพื้นฐานของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐ (State level) และได้รับการรับรองโดยฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐ (the Legislature State) ขณะที่การพิพากษาลงโทษตาซีร์ของศาลฆราวาสจะอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายที่ตราขึ้น

⁴ ผู้แปลได้สืบค้นข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับการกำหนดโทษตามกฎหมายอิสลามและอ้างอิงการใช้ถ้อยคำภาษาไทยจากเอกสารดังกล่าว โปรดดูรายละเอียดที่ มุหัมมัด บิน อิบรอฮีม อัตตุวัยญีรีย, อัล-หุดุด (การกำหนดบทลงโทษ) (ยูซุฟ อูบัยกร และ อัสรัน นิยมเดชา ผู้แปล, islamhouse.com 2010).

⁵ ต้นฉบับใช้คำว่า “Mahkamah Sivil” ซึ่งแปลเป็นภาษาอังกฤษว่า “Civil Court” หรือ “ศาลแพ่ง” ตามความเข้าใจทั่วไป แต่เนื่องจากบริบทของคำพิพากษาเป็นการเปรียบเทียบระหว่างศาลชาอียะห์ (Shariah Court) ซึ่งเป็นศาลที่ปรับใช้กฎหมายอิสลามกับศาลยุติธรรม ผู้แปลจึงขอให้คำว่า “ศาลฆราวาส” สำหรับคำว่า “Civil Court” ในบริบทนี้

โดยรัฐบาลแห่งสหพันธรัฐ (the Government on Federal level) และได้รับการรับรองโดยรัฐสภา (Parliament)

ศาลสูงสุดเห็นว่า การพิพากษาลงโทษของศาลชาร์อะห์เป็นไปตามพระราชบัญญัติศาลชาร์อะห์ (เขตอำนาจในคดีอาญา) ค.ศ. ๑๙๖๕ (the Shariah Court Act (Jurisdiction Crimes) 1965) ซึ่งในปัจจุบันได้จำกัดอัตราโทษจำคุกไว้ที่ไม่เกิน ๓ ปี ปรับไม่เกิน ๕,๐๐๐ ริงกิต และโบยไม่เกิน ๖ ครั้ง เมื่อเป็นเช่นนี้ ในกรณีที่มีคู่กรณีโต้แย้งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐซึ่งถูกปรับใช้โดยศาลชาร์อะห์ ประกอบกับศาลฆรวาสได้รับคำร้องโต้แย้งว่าฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐไม่มีอำนาจที่จะตรากฎหมายดังกล่าวนี้ กรณีก็ไม่อาจถือได้ว่าทั้งคู่กรณีที่ยื่นคำร้องและศาลฆรวาสได้กระทำการที่เป็นการต่อต้านอัลลอฮ์แต่อย่างใด เนื่องจากกฎหมายที่ถูกโต้แย้งนั้นมิได้ถูกกำหนดโดยอัลลอฮ์ หากแต่ถูกตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐ นอกจากนี้ หากพิจารณาการโต้แย้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้รับการรับรองโดยรัฐบาลแห่งรัฐหรือฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐในแง่มุมนี้แล้ว กรณีก็ย่อมมิได้มีประเด็นว่าศาลฆรวาสไม่ได้ทำการปกป้องจุดยืนของศาสนาอิสลามหรือมิได้เป็นการเสริมอำนาจให้แก่ศาลชาร์อะห์แต่อย่างใด

ดังนั้น เมื่อพิจารณาเฉพาะข้อโต้แย้งนี้แต่เพียงอย่างเดียว ศาลชาร์อะห์หรือกฎหมายอิสลามในสหพันธรัฐมาเลเซียย่อมมิได้ถูกทำลายดังเช่นที่ ยูสฟาริซาล ยูซอฟ (Yusfarizal Yusof) นักกฎหมายได้กล่าวไว้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ (the Federal Constitution) ได้บัญญัติรับรองอำนาจทางนิติบัญญัติให้แก่รัฐบาลของทุกรัฐ (all State Government) โดยให้สามารถตรากฎหมายสำหรับนำมาปรับใช้ในศาลชาร์อะห์ได้ อย่างไรก็ตาม ศาลสูงสุดเน้นย้ำว่า ความท้าทายในคำร้องนี้มีได้เป็นการท้าทายสถานะของกฎหมายชาร์อะห์ในสหพันธรัฐมาเลเซีย แต่เป็นการโต้แย้งที่เฉพาะเจาะจงไปที่การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐกลันตัน (the action of the Legislature of the State of Kelantan) ที่เกินไปกว่าขอบเขตของอำนาจในการกำหนดประเภทของการกระทำ ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ

อนึ่ง ศาลสูงสุดได้อ้างอิงถ้อยคำของ Suffian LP ที่กล่าวว่า “อำนาจของรัฐสภาและฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐในสหพันธรัฐมาเลเซียย่อมถูกจำกัดโดยรัฐธรรมนูญ และองค์กรดังกล่าวไม่อาจที่จะตรากฎหมายใด ๆ ได้ตามที่ต้องการ” (โปรดดู คำพิพากษากรณี อา เทียน กับ รัฐบาลมาเลเซีย [๑๙๗๖] 2MLJ 112) (Ah Thian v Government of Malaysia [1976] 2 MLJ 112)

เมื่อพิจารณารายการที่ ๙ รายการนิติบัญญัติ (Ninth Schedule-Legislative Lists) ในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ จะเห็นว่า รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรายการของกฎหมายที่รัฐสภา (Parliament) และฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐ (State Legislature) สามารถที่ตราขึ้นได้ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ อำนาจทางนิติบัญญัติ ไม่ว่าจะเป็นของสหพันธรัฐ (the Federation) หรือของรัฐต่าง ๆ (the States) ต่างก็ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญในรูปแบบรายการกฎหมายของสหพันธรัฐ (the Federal List) และรายการกฎหมายของรัฐ (the State List) ซึ่งทั้งรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติแห่งรัฐก็ดี ไม่สามารถที่จะตรากฎหมายที่เกินไปกว่าที่กำหนดไว้ในรายการกฎหมายดังกล่าวได้

อย่างไรก็ดี ในระหว่างเริ่มการไต่สวนพยานหลักฐาน ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องขอถอนคำร้องที่โต้แย้งบทบัญญัติมาตรา ๕ และมาตรา ๓๗ (๑) (a) ของประมวลกฎหมายอาญาชาร์อะห์แห่งรัฐกลันตัน ค.ศ. ๒๐๑๙ โดยมาตรา ๕ เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดสำหรับบุคคลใดก็ตามที่ประกาศหรือแสดงตนเองหรือผู้อื่นว่าเป็นศาสนทูต (a Messenger) หรือเป็นศาสดา (a Prophet) อิหม่ามมะห์ดี (Imam Mahdi) หรือผู้ศักดิ์สิทธิ์ (Sacred) หรือระบุ

หรือกล่าวอ้างว่าตนเองหรือบุคคลอื่นสามารถล่วงรู้ถึงเหตุการณ์หรือสิ่งที่ยื่นนอกเหนือความเข้าใจหรือความรู้ของมนุษย์ได้ ขณะที่มาตรา ๓๗ (๑) (a) เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดของบุคคลที่เล่นการพนันหรือถูกพบว่าอยู่ในสถานที่ที่มีการเล่นการพนัน ไม่ว่าบุคคลผู้นั้นจะเล่นการพนันหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ จากการเพิกถอนคำร้องโต้แย้ง บทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าว จึงเป็นผลให้บทบัญญัติมาตรา ๕ และมาตรา ๓๗ (๑) (a) ยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป

ในส่วนของบทบัญญัติพิพาทอื่น ๆ ที่ถูกโต้แย้ง (ที่เหลืออีก ๑๘ มาตรา - ขยายความโดยผู้แปล) นั้น ศาลสูงสุดเห็นว่า จะต้องพิจารณابนพื้นฐานของหลักการที่ว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐ ย่อมมีผลใช้บังคับภายใต้ขอบเขตของการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติขององค์กรนั้น และจะต้องพิจารณาถึงสาระสำคัญของบทบัญญัตินั้นด้วย ซึ่งหากสาระสำคัญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐ เป็นสิ่งที่ปรากฏอยู่ในรายการกฎหมายของสหพันธรัฐ (the Federal list) ตามที่บัญญัติไว้ในรายการที่ ๙ (Ninth Schedule) ของรัฐธรรมนูญแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐย่อมไม่มีอำนาจที่จะตรากฎหมายดังกล่าวได้ (โปรดดู คำพิพากษากรณี มามัต บิน เดาด์ และออร์ส กับ รัฐบาลมาเลเซีย [๑๙๘๘] 1MJL 119 (Mamat bin Daud & Ors v Government of Malaysia [1988] 1 MJL 119) อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาบทบัญญัติพิพาทนั้น มิได้เป็นการนำบทบัญญัติพิพาทมาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระดับสหพันธรัฐ (the Federal law) เพื่อให้เห็นถึงความแตกต่างแต่อย่างใด (โปรดดู คำพิพากษา กรณี ปุตรา บิน มุบารรัก กับ รัฐบาลแห่งรัฐสลังงอร์และอานอร์ [๒๐๒๑] 2MJL 323 (Putra bin Mubarrak v Kerajaan Negeri Selangor & Anor [2021] 2 MJL 323)

เมื่อพิจารณาเหตุผลของคู่กรณีประกอบกับหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้ว ศาลสูงสุดจึงเห็นว่า มาตรา ๑๓ และมาตรา ๓๐ ขอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐกลันตัน (the Kelantan State Legislature) ผู้ถูกร้อง มีอำนาจที่จะตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว ขณะที่บทบัญญัติพิพาทอื่นที่เหลือ (อีก ๑๖ มาตรา - ขยายความโดยผู้แปล) เห็นว่า เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากสาระสำคัญของบทบัญญัติพิพาทดังกล่าว เป็นสิ่งที่ถูกบัญญัติไว้ในรายการกฎหมายของสหพันธรัฐ (the Federal List) อันเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่อยู่ภายใต้อำนาจทางนิติบัญญัติของรัฐสภา (the Parliament) หาใช่เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐที่จะตรากฎหมายดังกล่าวไม่

ในส่วนของสาระสำคัญของบทบัญญัติมาตรา ๑๓ (การขายหรือให้เด็กแก่ผู้ที่มีเชื้อชาวมุสลิมหรือแก่ผู้ที่เป็นชาวมุสลิมที่ประพฤติผิดศีลธรรม (Selling or giving away child to non-Muslims or morally reprehensible Muslim) - ขยายความโดยผู้แปล) ของประมวลกฎหมายอาญาจารีอะห์แห่งรัฐกลันตัน เป็นเรื่องของการกำกับการดูแลการเผยแพร่หลักคำสอนและความเชื่อในหมู่ผู้ที่นับถือศาสนาอิสลาม (the control of propagating doctrines and beliefs among persons professing the religion of Islam) ซึ่งเป็นกรณีที่ถูกกำหนดไว้ในข้อ ๑ (Item 1) ของรายการกฎหมายของรัฐ (the State List) นอกจากนี้ บทบัญญัตินี้ยังสอดคล้องกับมาตรา ๑๑ (๔) ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ ซึ่งบัญญัติให้รัฐมีอำนาจในการตรากฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุม (controlling) หรือจำกัด (restricting) การเผยแพร่หลักคำสอนทางศาสนาหรือความเชื่อในหมู่ผู้ที่นับถือศาสนาอิสลาม เช่นเดียวกับการที่สาระสำคัญของมาตรา ๓๐ (การใช้ถ้อยคำที่ทำลายความสงบสุข (Words capable of breaking peace) - ขยายความโดยผู้แปล) ของประมวลกฎหมายอาญาจารีอะห์แห่งรัฐกลันตัน คือ

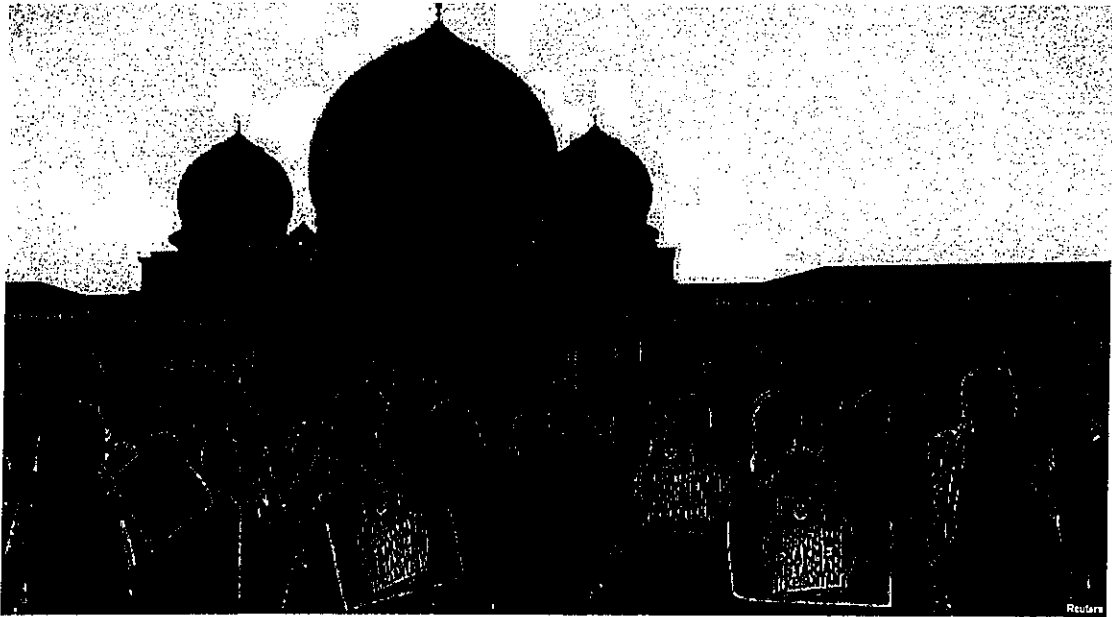
การควบคุมและจำกัดการเผยแพร่หลักคำสอนทางศาสนาหรือความเชื่อในหมู่ของผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามว่า จะต้องไม่ทำลายความสงบสุข (peace)

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลสูงสุดจึงพิพากษาว่า มาตรา ๑๑ มาตรา ๑๔ มาตรา ๑๖ มาตรา ๑๗ มาตรา ๓๑ มาตรา ๓๔ มาตรา ๓๖ มาตรา ๓๗ (๑)(b) มาตรา ๓๙ มาตรา ๔๐ มาตรา ๔๑ มาตรา ๔๒ มาตรา ๔๓ มาตรา ๔๔ มาตรา ๔๕ มาตรา ๔๗ และมาตรา ๔๘ ของประมวลกฎหมายอาญาหรืออะห์แห่งรัฐกลันตัน ค.ศ. ๒๐๑๙ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติแห่งรัฐกลันตัน ผู้ถูกร้อง ไม่มีอำนาจที่จะตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว จึงทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นสิ้นผลใช้บังคับตามมาตรา ๔ (๑) และ (๓) ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐมาเลเซีย และโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๘๓ แห่งพระราชบัญญัติศาลยุติธรรม ค.ศ. ๑๙๖๔ ศาลสูงสุดจึงไม่มีคำสั่งเกี่ยวกับค่าฤชาธรรมเนียม.

เอเชีย

ศาลสูงมาเลเซียฟันกฎหมายอิสลามหลายข้อขัด รัฐธรรมนูญ

กุมภาพันธ์ 10, 2024 Reuters



ผู้ทรงคุณวุฒิของศาลสูงมาเลเซียที่หน้าพระราชวังแห่งความยุติธรรม (Palace of Justice) ในเมืองปุตราจายา ในวันที่ศาลสูงอ่านคำวินิจฉัยเกี่ยวกับกฎหมายอิสลามในรัฐกลันตัน เมื่อ 9 กุมภาพันธ์ 2024 (ที่มา: Reuters)

ศาลสูงมาเลเซียมีคำวินิจฉัยในวันศุกร์ ให้กฎหมายอิสลามของรัฐกลันตัน 16 ข้อ ขัดกับรัฐธรรมนูญ ถือเป็นคำตัดสินหมุดหมายที่อาจมีผลต่อการใช้กฎหมายอิสลามในประเทศที่ชาวมุสลิมเป็นประชากรส่วนใหญ่ ตามการรายงานของรอยเตอร์

ศาลสูงมีมติ 8-1 ประกาศให้กฎหมายชารีอะห์ 16 ข้อในประมวลกฎหมายอาญาของรัฐกลันตัน ซึ่งรวมถึงความผิดว่าด้วยการร่วมเพศทางทวารหนัก การมีเพศสัมพันธ์กันในเครือญาติ การพนัน การล่วงละเมิดทางเพศ และการลบหลู่สถานที่ศักดิ์สิทธิ์ ไม่ถูกต้องและมีสภาพเป็นโมฆะ

ประธานศาลสูง เดิงกู มัยมุน ดวน มาท กล่าวว่ารัฐกลันตันไม่มีอำนาจออกกฎหมายขัดแย้ง เนื่องจากประเด็นขัดแย้งอยู่ภายใต้อำนาจการออกกฎหมายของรัฐสภาส่วนกลาง

มาเลเซีย ซึ่งมีประชากรส่วนใหญ่เป็นชาวมุสลิม มีการบังคับใช้กฎหมายทั้งในแบบรัฐฆราวาสและกฎหมายอิสลาม หรือที่เรียกกันในชื่อกฎหมายชารีอะห์ โดยสภาของรัฐจะเป็นผู้ออกกฎหมายอิสลาม ส่วนรัฐสภาส่วนกลางของมาเลเซียจะเป็นผู้ออกกฎหมายในแบบรัฐฆราวาส

ที่ผ่านมาพรรค PAS ได้รับความนิยมเพิ่มขึ้น สืบเนื่องจากกระแสนุรักษ์นิยมอิสลามในหมู่ประชาชนชาวมุสลิม โดยพรรค PAS มีที่นั่งในรัฐสภาเป็นจำนวนมากกว่าพรรคอื่น และถือเป็นความท้าทายให้กับนายกฯ อันวาร์ อิบราฮิม ซึ่งกำลังนำกลุ่มรัฐบาลที่มีหลายเชื้อชาติ

คำวินิจฉัยของศาลสูงครั้งนี้เกิดจากการการร้องเรียนโดยทนายความในรัฐกลันตันและลูกสาวของเธอ หลังมีการบังคับใช้กฎหมายในปี 2021 ซึ่งส่งผลสะท้อนไปยังกลุ่มอนุรักษนิยมมุสลิม ที่กลัวว่ากฎหมายชารีอะห์ในมาเลเซียจะถูกบ่อนทำลายลง

อาคารศาลในเมืองปุตราจายา ซึ่งเป็นสถานที่อ่านคำพิพากษา ถูกคุ้มกันอย่างหนาแน่น โดยมีผู้ชุมนุมราว 1,000 คนรวมตัวกันเพื่อประท้วงคำพิพากษา โดยผู้ชุมนุมมีการสวดภาวนาและตะโกนว่า “พระเจ้าคือผู้ยิ่งใหญ่”

○ ดิงกู มัยมุน ประธานศาลสูง ระบุว่า การตัดสินครั้งนี้ไม่เกี่ยวข้องกับตำแหน่งแห่งที่ของศาสนาอิสลามในมาเลเซีย ประเด็นพิจารณาในครั้งนี้มีเพียงแค่ฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐกลันตันใช้อำนาจเกินขอบเขตหรือไม่

หลังคำวินิจฉัย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกิจการศาสนา โมฮัมหมัด นาอิม มอคห์ตาร์ ระบุในแถลงการณ์ว่าเจ้าหน้าที่รัฐด้านศาสนาอิสลาม จะมีมาตรการเพื่อสร้างความเข้มแข็งให้ศาลชารีอะห์ และระบุว่าฝ่ายตุลาการของศาสนาอิสลามยังคงได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญของมาเลเซีย

โมฮัมหมัด ฟัสลี ฮัสซัน ซึ่งสังกัดอยู่ในรัฐบาลรัฐกลันตัน ออกมาแสดงความผิดหวังต่อคำตัดสินของศาล และระบุว่า จะขอเข้าปรึกษากับสุลต่านมูฮัมหมัดที่ 5 แห่งรัฐกลันตัน ซึ่งเป็นผู้นำแห่งรัฐโดยตำแหน่ง และมีหน้าที่พิทักษ์ศาสนาอิสลาม

○ นิค อาห์หมัด คามาล นิก มาห์โมด ศาสตราจารย์ด้านนิติศาสตร์จากมหาวิทยาลัยเทย์เลอร์ กล่าวในวันศุกร์ว่า คำตัดสินของศาลสูง อาจเป็นความท้าทายไปยังกฎหมายชารีอะห์ในรัฐอื่น ๆ และเสนอว่าควรมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญมาเลเซียเพื่อเลี่ยงความขัดแย้งระหว่างกฎหมายอิสลามและระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (civil laws)

- ที่มา: รอยเตอร์

**IN THE FEDERAL COURT OF MALAYSIA
(APPELLATE JURISDICTION)
PETITION NO.: BAK-2-05/2022(D)**

Between

1. Nik Elin Zurina binti Nik Abdul Rashid

**2. Tengku Yasmin Natasha
binti Tengku Abdul Rahman**

... Appellants

And

Kerajaan Negeri Kelantan

...Respondent

Coram:

Tengku Maimun binti Tuan Mat, CJ
Abang Iskandar bin Abang Hashim, PCA
Mohamad Zabidin bin Mohd Diah, CJM
Abdul Rahman bin Sebli, CJSS
Nallini Pathmanathan, FCJ
Mary Lim Thiam Suan, FCJ
Harmindar Singh Dhaliwal, FCJ
Nordin bin Hassan, FCJ
Abu Bakar bin Jais, FCJ

JUDGMENT OF THE COURT



INTRODUCTION



My learned brother Abdul Rahman Sebli, CJSS is dismissing the petition on the sole ground that the petitioners had no *locus standi* to file the petition. The other members of the Coram have seen my judgment in draft and have expressed their agreement with it. This is the majority judgment of the Court.

[2] In this judgment, unless otherwise expressly or impliedly stated, any references to 'Articles', 'Clauses', 'Schedules', 'Lists' shall be taken to mean any references to those of the Federal Constitution ('FC'). Likewise, any references to 'sections' means any reference to the sections of the Kelantan Syariah Criminal Code (I) [*Enactment 14*] Enactment 2019 which incidentally by virtue of section 1(3) of the same, applies to Muslims only and that too, only in the State of Kelantan.

THE FEDERAL COURT'S EXCLUSIVE ORIGINAL JURISDICTION

[3] This is a petition filed in the exclusive original jurisdiction of the Federal Court. The original jurisdiction of the Federal Court is very narrow and limited and the type of cases that can be filed directly in the Federal Court's original jurisdiction are therefore very specific (see Articles 4(3), 4(4) and 128(1)).

[4] The first type of cases involves disputes on any question between States or between the Federation and any State. Purely by way of example, if the Federation were to sue or be sued by the State of Pahang, or if the State of Perak were to sue or be sued by the State of Perlis, these suits can be filed directly in the Federal Court – without leave.



[5] The second category of cases that can be filed directly in the Federal Court is any dispute where the petition seeks a declaration that a law is invalid on the ground that Parliament or the State Legislature of any State had no power to make the law in question. These kinds of petitions unlike the first category of cases, cannot be filed straight away in the Federal Court if the party filing them is neither the Federation nor any State in Malaysia. These kinds of petitions can only be filed after a single Judge of the Federal Court has granted leave to file the petition – again assuming that the party filing such a case is neither the Federation nor a State.

[6] “Leave of Court” simply means something that requires prior permission from the Court. In other words, a potential petitioner must first seek the permission of a single Judge of the Federal Court before he or she can begin to file the petition in which he or she will challenge the law on the ground that either Parliament or the State Legislature had no power to make it. For a deeper understanding on leave, see the judgment of this Court in *Wong Shee Kai v Government of Malaysia* [2022] 6 MLJ 102 (*‘Wong Shee Kai’*).

[7] The judgment in *Wong Shee Kai* also explains why the second category of cases are called ‘incompetency challenges’ as opposed to the more generic challenges called ‘inconsistency challenges’. In other words, in practice, we call a case that is filed in the Federal Court’s original jurisdiction to seek a declaration that a law is invalid on the grounds that Parliament or the State Legislature had no power to make it as ‘incompetency challenges’.



[8] The two types of categories stated above that invoke the Federal Court's original jurisdiction are exclusive to the Federal Court. This means that such kinds of cases can only be filed in the Federal Court and no other Court.

[9] In this original jurisdiction petition the petitioners seek a declaration that sections 5, 11, 13, 14, 16, 17, 30, 31, 34, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 47 and/or 48 of the Kelantan Syariah Criminal Code (I) [Enactment 14] Enactment 2019 ('Enactment 2019') are invalid, and hence null and void, on the ground that the Legislature of the State of Kelantan ('LSK') and thereby the respondent had no power to make those provisions. We shall collectively refer to the sections under challenge as the 'Impugned Sections'.

[10] At this stage we also find it appropriate to address the submissions of Majlis Agama Islam & Adat Istiadat Melayu Negeri Kelantan ('MAIK') as amicus curiae to the effect that it suggests that in petitions such as this, filed pursuant to Articles 128(1), 4(3) and 4(4), this Court can only issue a declaration of "invalidity" without the attendant phrase that the impugned law is "void". This argument must be rejected for it fails to understand that as explained in *Wong Shee Kai*, 'incompetency challenges' are a specific category of 'inconsistency challenges'. 'Incompetency challenges' in addition to Articles 128(1), 4(3) and 4(4) are also covered by Article 4(1). As such, where a law is invalid on the ground that the relevant Legislature had no power to make it, it would, by virtue of Article 4(1), be null and void. And thus, in making a declaration of invalidity under Clauses (3) and (4) of Article 4, the Court can and should also declare those laws void under Article 4(1).



[11] At the outset of the oral arguments, the petitioners withdrew their challenge against sections 5 and 37(1)(a). Those two provisions are thus no longer included in the Impugned Sections.

JUDICIAL INDEPENDENCE AND PUBLIC CONTROVERSY

[12] Before proceeding into the issues raised in this petition, we must first note our observations that of late, certain decisions of the Judiciary especially of this Court have been called into question on grounds other than the reasons for those decisions. Our judgments are publicly available and it would behove the public, including politicians, to read them and all persons are free to criticise or comment on our judgments on legitimate and educated grounds.

[13] In fact, it has even been brought to our attention that an advocate appearing before this Court, Yusfarizal Yusoff has made certain remarks regarding this case and this Court's prior decision in *Iki Putra bin Mubarrak v Kerajaan Negeri Selangor & Anor* [2021] 2 MLJ 323 ('*Iki Putra*') to the effect these cases have or might adversely affect Islam or Syariah Courts in this country. And while he has filed an affidavit responding to or refuting these allegations in these proceedings, the fact remains that any explanation, given the nature of the statements made, remains an afterthought as the damage has been done. It only proves the adage that one, especially a lawyer arguing the case in question, should think before he speaks. We are not quick to say at this stage that he has committed contempt of Court, we are merely saying he has given enough reason to the Attorney General, as the guardian of public interest, to exercise his discretion, to take the necessary course of action so that the matter can be decided in the right forum.



[14] The record must be set straight. The present case, contrary to erroneous and politically-fuelled suggestions, has absolutely nothing to do with undermining the religion of Islam. The allegation that any decision of this Court could destroy or even uphold Islamic law in this country is therefore not even remotely close to what the present petition actually entails.

[15] As was explained regarding the Federal Court's exclusive original jurisdiction earlier, the only issue in this case is whether the respondent, via the LSK, was constitutionally empowered to make the Impugned Sections. Put another way, the only issue in this case is, which is the correct legislative body to enact the Impugned Sections: Parliament or the respondent through the LSK? The petition has nothing to do with the substantive principles of Islamic law or its position in this country.

PRELIMINARY ISSUES

Locus Standi

[16] Before we consider the merits of the petition, we will deal with several preliminary objections raised by the respondent.

[17] The first objection is contained in Enclosure 68, an application seeking to move this Court to hold that leave in this case was granted erroneously.

[18] Legally speaking, the respondent is allowed to file such an application having regard to *Wong Shee Kai*. Simply put, if we agree with the respondent that leave was improperly granted by the single Federal



Court Judge, then this petition will have no basis. As a result, we would have to strike out this petition on a technicality.

[19] The premise of the respondent's first preliminary objection is that the petitioners have no locus standi to file this petition or that in any event, the present petition is academic or abstract. The respondent contends that the petitioners are busybodies who have no basis to initiate this case in that the petitioners are not even adversely affected by any of the Impugned Sections. In addition, there is no real dispute or controversy between them and the respondent.

[20] In response, the petitioners suggest that they either do, or intend later on in life, to reside in Kelantan. The petitioners suggest that they have properties in Kelantan and do have some semblance of a life there. They are therefore residents of Kelantan and Enactment 2019 is a law that can be used against them. Their argument suggests, at its core, that the Impugned Sections exist as law, and can be enforced against them. They therefore maintain that they have a basis to challenge the Impugned Sections.

[21] It is our view that the petitioners do have locus standi to maintain the present petition which is neither academic nor abstract. Our reasons are as follows.

[22] Locus standi refers to the standing or right of the person to sue. The most recent decision by this Court on this issue is that in *Datuk Bandar Kuala Lumpur v Perbadanan Pengurusan Trellises & Ors and other appeals* [2023] 3 MLJ 829 ('*Taman Rimba*'). In that case, the Court endorsed the minority judgment of Eusoffe Abdoolcader SCJ in



Government of Malaysia v Lim Kit Siang [1988] 2 MLJ 12 ('*Lim Kit Siang*'). Summarising the analysis therein, locus standi ought to be relaxed as much as possible to allow any public-spirited person to file a public law suit provided that he has some interest in the matter.

[23] *Taman Rimba* is an apt example of administrative judicial review. There, the decision of certain public bodies was challenged on the basis of statutes and regulations relating to town and country planning. The present case is a constitutional judicial review wherein the Federal Court is obligated to decide the constitutionality of the Impugned Sections.

[24] In a case such as the present one involving constitutional judicial review, we opine that locus standi must be adjudged on principles even broader than the ones already applicable in *Taman Rimba*. The starting point for this is the words in Article 4(1), as follows:

"Supreme law of the Federation

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."

[25] The keywords are 'passed after Merdeka Day'. Any challenge brought under Article 4(1) must have been so brought on the premise of that law having been 'passed after Merdeka Day'. Thus, the fact that a law exists by virtue of it having been passed is a factual situation in which the law can be challenged. For if that law is inconsistent with the FC upon its passing, Article 4(1) dictates that the said law is invalid. In light of the presumption of constitutionality, until and unless that law is challenged



and struck down in the appropriate forum, then the law must continuously be presumed valid.

[26] Giving the respondent's proposition its deepest possible consideration, what they suggest is that if a law has been passed either by Parliament or the State Legislatures, and it is constitutionally invalid, then going by the rules of locus standi the Courts must pause on deciding the validity of that law until in effect the "correct person" shows up before the Courts to challenge that law. This proposition is not supported by the language of Article 4(1) because nowhere is it suggested in Article 4(1) that the Courts should now filter the litigants that come before them seeking to challenge the constitutional validity of legal provisions for the reason that the question of validity comes second to the personality before the Court.

[27] In our view, the following passage in the judgment of Abdoolcader SCJ in *Public Prosecutor v Dato' Yap Peng* [1987] 2 MLJ 311 ('*Yap Peng*'), is instructive (at page 319):

" The power of the Public Prosecutor under section 418A is uncanalized, unconfined and vagrant. The Deputy however assures us that this power will only be exercised reasonably... Sankey J., however, had no difficulty in holding the Executive action illegal, and he pointed out (at page 791) that the Crown's argument that the Executive could be trusted begs the question, for the court could concern itself only with the bare issue of the possession of the claimed power, and not whether it would be reasonably exercised."

[28] The above passage, if read within its larger context, suggests that the very existence of a legal power is enough of a reason for question quite apart from the question on the *manner* in which it was exercised.



Taman Rimba has extended and clarified the scope of locus standi in relation to the *manner* in which administrative power was exercised. This is typical in a statutory judicial review because the question of the *manner* of exercise of power will, to some extent, depend upon against whom it is exercised. Even in that situation, *Taman Rimba* has watered down the test of locus standi in the manner suggested by this Court in the judgment. What more in this case where we are dealing with constitutional judicial review.

[29] We therefore take the view that the fact that legislation has been passed creates a factual circumstance in which it can be challenged. Article 4(1), which forms the substantive constitutional basis for all constitutional judicial review cases, does not discriminate between the circumstances and situations in which such challenges can be brought or the categories of persons that can bring them, apart from differentiating between the nature and procedure for those proceedings i.e. between 'incompetency' and 'inconsistency' challenges.

[30] As explained in *Wong Shee Kai*, 'incompetency challenges' are a specific kind of 'inconsistency challenge' which in addition to being governed by Article 4(1), are also governed by Article 4(3) and 4(4). There is nothing expressed or implied within Article 4(3) and 4(4) to suggest that anyone who seeks to challenge the constitutionality of a legal provision must first prove his or her reasons per se for bringing the challenge (apart from having to advance arguments on why the provisions they challenge are invalid on grounds stated in Article 4(3)).

[31] All citizens (and in some cases all persons) are entitled to rely on the FC for protection and to approach the Federal Court for competency



challenge under Articles 4(4) and 128 of the Federal Constitution. The passing of a law (whether Federal or State) is a legislative act or conduct which always remain subject to judicial scrutiny in line with the principle of separation of powers. We find no constitutional basis to limit the types of people or category of persons who can at the very minimum, challenge the existence of the law as a separate constitutional cause of action in addition to cases where a person affected by the exercise of such powers against them can also challenge the validity of that same law.

[32] We therefore dismiss Enclosure 68 as did the single Federal Court Judge who heard the same locus standi arguments when granting leave to file the present petition.

Failure to Name the Correct Parties

[33] Another preliminary objection taken by the respondent is that the petitioners have failed to name the correct party or that they have named a party who has no nexus to this petition. The respondent claims that this procedural infirmity is fatal meaning that the petition should and can be dealt with on this ground alone.

[34] The sole respondent in this suit is the Government of the State of Kelantan. The respondent submits that the petitioners should have instead named the LSK or the Jabatan Hal Ehwal Agama Islam Kelantan ('JAHEAIK'). This is because, in their submission, these executive bodies are responsible for the enforcement of the Impugned Sections as they are concerned with the execution of the law and are able to defend it while the respondent has no such jurisdiction to do the same. They further submit that the LSK and the respondent are separate legal entities.



[35] In reply, the petitioners submit that this issue of suing the correct party was raised at the leave stage. It is their position that the respondent, though having raised that issue then, appeared to have abandoned the issue at the hearing of the leave application. As such, they submit that the respondent appeared to have acknowledged that it is the correct party to be sued alone in this matter.

[36] Whatever the position taken by the parties in this case, we are of the view that whether or not the respondent is the correct party is an issue of law and it should therefore be addressed even if it was raised and abandoned earlier.

[37] As a matter of law, the respondent's position is that there is nothing in the Constitution of the State of Kelantan ('Kelantan State Constitution') to define what the Government of the State of Kelantan means. The respondent however referred us to the provisions on the *State Executive Council* and other provisions on executive power.

[38] With respect, we are unable to agree with the respondent's submission. The fact remains that this is a petition seeking a declaration in terms of Article 4(3) and (4) namely that the LSK had no power to make the Impugned Sections. As such, the provisions of the FC should apply before any other provisions including the Kelantan State Constitution. In this regard, Article 160(2) defines "Executive Council" as follows:

""Executive Council" means the Cabinet or other body, however called, which in the Government of a State corresponds, whether or not the members of it are Ministers, to the Cabinet of Ministers in the Government of the Federation (and in particular includes the Supreme Council in Sarawak);".



[39] While there is no express definition of “Government of a State” in the FC, Article 162 and numerous other Articles refer to the phrase “Government of a State” or “State Government” interchangeably. In addition, the definition above clarifies that the Executive Council of the State (howsoever called) comprises a part of that State. The Government of a State is, in this sense, regarded by the FC as a separate entity such that “in the Government of a State”, the Executive Council is a part.

[40] The impugned act in this case relates to the power to make the Impugned Sections and not the enforcement of the law. In other words, in petitions such as this, the Federal Court is concerned with whether the law was enacted within the powers conferred unto the relevant State Legislature and not so much on how it is enforced.

[41] Viewed in this way, Article 4(3) and 4(4) warrant closer attention and they state as follows:

“(3) The validity of any law made by Parliament or the Legislature of any State shall not be questioned on the ground that it makes provision with respect to any matter with respect to which Parliament or, as the case may be, the Legislature of the State has no power to make laws, except in proceedings for a declaration that the law is invalid on that ground or —

- (a) if the law was made by Parliament, in proceedings between the Federation and one or more States;
- (b) if the law was made by the Legislature of a State, in proceedings between the Federation and that State.



(4) Proceedings for a declaration that a law is invalid on the ground mentioned in Clause (3) (not being proceedings falling within paragraph (a) or (b) of the Clause) shall not be commenced without the leave of a judge of the Federal Court; and the Federation shall be entitled to be a party to any such proceedings, and so shall any State that would or might be a party to proceedings brought for the same purpose under paragraph (a) or (b) of the Clause.”.

[42] Paragraph 4(3)(b) in particular says that if the law is made by the State Legislature and it is challenged on the grounds that the State Legislature had no power to make it, and the party making such a challenge is the Federation, then the proceedings in that case would have to be between the Federation and the State in question. And thus, if the petitioner in this case was the Federation, the present respondent, being the Government of the State of Kelantan would be the correct respondent as representing the State of Kelantan.

[43] Article 4(4) then deals with a situation where the potential petitioner is someone other than the Federation or any of the State Legislatures. In relation to such a petitioner, Article 4(4) says that in such proceedings, the Federation shall be entitled to be a party to the proceedings as would or might be any State that is so concerned. Interpreting it in this way, where the petitioner is someone other than the Federation or a State, Article 4(4) does contemplate that the respondent can be someone other than the State where the declaration sought is against a State-legislated provision.

[44] Considered as a whole, had the petitioner been the Federation, the FC contemplates that suing the State concerned would not only have been sufficient but actually a mandatory act of compliance with Article 4(3). In the case of a party that is neither the Federation nor the State,



even in such a case, the FC in Article 4(4) recognises that the State shall be entitled to be a party. And thus, considering Article 4(4) in light of paragraphs (a) and (b) of Article 4(3), the Government of the State in question is a proper party to a petition where a declaration to the effect of the present petition is sought.

[45] We are therefore of the view that it defies any logical interpretation of Article 4(3) and 4(4) to assert that the Government of a State is not capable at all of being named as a party to petitions such as this.

[46] In other words, since Article 4(3)(a) and (b) mandatorily require the State (and this logically means the Government of that State) to be a party and in all other cases mentioned in Article 4(4) the States are entitled to be a party, it means that irrespective of any other executive bodies falling within the Federation or that State's jurisdiction, the Government of that State is a property party to be sued.

[47] Following from the above reasoning, the only question remaining is whether the Government of that State can be named as the sole respondent in a petition where leave is granted under Article 4(4). In our view, that can be so.

[48] While for prudence and completeness the Legislature of that State should be made a party to the proceedings, the fact that they are not is not fatal to the petition. At the very minimum, it is sufficient if the Government of the State is named as respondent. After all, any executive bodies in the State and any legislative bodies of that State including its State Legislature are organs of the Government of the State in question. With these bodies at its disposal, the State is therefore in a position to



defend the validity of the law or laws challenged on the grounds that its Legislature had no power to make it.

[49] We therefore hold that naming only the respondent in the present case is sufficient to sustain this petition. This preliminary objection is accordingly also dismissed.

Purported Expert Evidence

[50] There is a final preliminary issue. Counsel for the petitioners has referred us to Enclosures 41, 42 and 43 that have been filed in Court by the respondent. These Enclosures purport to be expert opinions on behalf of the respondent on the constitutional interpretation of the Impugned Sections. Enclosures 42 and 43 in particular, also alluded to: (i) 'precepts of Islam' encompass *aqidah*, *syariah* and *akhlak*; and (ii) 'precepts of Islam' are derived from the Quran and Sunnah.

[51] This issue of expert evidence has been beyond clarified and dealt with in *Iki Putra*. In summary, the only party entitled to interpret the FC is the Courts and no other party is allowed to expound a legal opinion on how those provisions can be interpreted as a matter of law. Parties are entitled to canvass their rivalling opinions in the form of legal submissions which can be decided by this Court but providing "expert" evidence on the interpretation to be afforded is not an accepted method of constitutional interpretation. In any event, the Islamic principles of *aqidah*, *syariah* or *akhlak* are not matters for our consideration. What falls for our consideration is whether the respondent/LSK has exceeded its legislative powers. Enclosures 41, 42 and 43 are hereby expunged and have no bearing on the outcome of this case.



ANALYSIS/DECISION

Item 1 of the State List and The Doctrine of Pith and Substance

[52] We now come to the main point of this petition – the constitutional validity of the Impugned Sections. Before we proceed to consider the arguments, we must note again that the petitioners have withdrawn their challenge against sections 5 and 37(1)(a). This is because according to counsel for the petitioner, the petitioners concede that they are constitutional. Thus, for clarity, we accept the withdrawal of their challenge against the said sections 5 and 37(1)(a) and in light of this withdrawal and the doctrine of presumption of constitutionality, sections 5 and 37(1)(a) continue to be presumed constitutional.

[53] In respect of the Impugned Sections, in the course of his oral argument, counsel for the petitioners alluded to a table in his written submission wherein among other things, comparisons are made between Enactment 2019 on the one side, and federal law on the other side dealing with the same subject matter. On this basis, part of the petitioners' submission is that because there is a federal law in existence on that subject matter, the States are incompetent to enact laws on the same subject-matter as the corresponding federal law.

[54] In their defence of the validity of the Impugned Sections, the respondent maintains that the petitioners have failed to establish how the Impugned Sections are *in pari materia* to any of their possible federal equivalents. In fact, the respondent argues that the Impugned Sections are different from any federal counterpart.



[55] This line of argument by the petitioners and the respondent was expressly explained and rejected in *Iki Putra*. And so, we find the need to remind all counsel that as officers of the Court, whose duties are foremost to the Court, ignoring propositions from recent cases that they cite or even citing older cases that have been overruled is not a practice befitting of the legal profession.

[56] The relevant portion of Item 1 of the State List, in granting the States power to legislate on Syariah law, stipulates thus:

"1. Except with respect to the Federal Territories of Kuala Lumpur, Labuan and Putrajaya, ... creation and punishment of offences by persons professing the religion of Islam against precepts of that religion, except in regard to matters included in the Federal List; ...".

[57] In direct response to the incorrect way of interpreting Item 1 based on a prior decision of this Court in *Sulaiman bin Takrib v Kerajaan Negeri Terengganu (Kerajaan Malaysia, intervener) and other applications* [2009] 6 MLJ 354 (*'Sulaiman Takrib'*), this Court said the following in *Iki Putra*:

"[51] With respect, we are unable to agree with His Lordship's observations as regards his categorisation of which legislature (Federal or State) is empowered to make law within the context of item 1 of the State List. The words employed by item 1 since Merdeka Day has always been 'except in regard to matters included in the *Federal List*'. The words are not: 'except in regard to matters included in the *Federal Law*'. There is a critical distinction between the two categorisations and His Lordship appears to favour the latter approach over the former. Analysing the constitutional validity of state-legislated law on the basis of whether the same subject matter has already been included in the Federal Law, again would render the words 'Federal List' in the preclusion clause to item 1 nugatory.



[52] Hence, we are of the view that it is untenable to take the position that the power of the State Legislature to make laws by virtue of the preclusion clause is limited to the federal laws that Parliament has not already enacted. It remains to be tested in every given case where the validity of a state law is questioned, for the courts to first ascertain whether a law in question is within the jurisdiction of Parliament to enact and not necessarily whether there is already a federal law in existence such that the state-promulgated law is displaced. Ultimately, as cautioned by this court in *Sulaiman Takrib*, the distinction would have to be drawn on a case by case basis.”.

[58] The above clarifies and belies the simplistic approach of comparing federal law with State law and concluding that the basis for a State to make law can be nullified or justified on the existence or absence of a federal law (as the case may be). To reiterate, the words employed in Item 1 are ‘*except in regard to matters included in the **Federal List***’ and not ‘*except in regard to matters included in **Federal Law***’. As such, any argument that takes the approach in *Sulaiman Takrib* is rejected.

[59] In *Iki Putra*, this Court conveniently referred to this phrase ‘*except in regard to matters included in the **Federal List***’ as the preclusion clause to Item 1 of the State List. Construing the preclusion clause in its proper sense, it would stand to reason that, except in the Federal Territories, Parliament too cannot base its jurisdiction to make laws within the purview of Item 1 of the State List simply because the States have yet to enact the applicable law. This view was also clearly articulated by Mohamed Azmi SCJ, who in dealing with the constitutionality of section 298A of the Penal Code in *Mamat bin Daud & Ors v Government of Malaysia* [1988] 1 MLJ 119 (*‘Mamat bin Daud’*), said at page 125:



"... The fact that the Administration of Muslim Law Enactment of the states has yet to provide specifically for punishment against such acts cannot, in the absence of express provision in the Constitution, confer Parliament with the power to legislate over such religious matters, and that is why the Muslim Courts (Criminal Jurisdiction) Act 1975 has been enacted to confer on state religious courts jurisdiction over offences against precepts of the religion."

[60] Earlier at page 123, his Lordship said:

"In determining whether section 298A, in pith and substance, falls within the class of subject matter of "religion" or "public order", it is the substance and not the form or outward appearance of the impugned legislation which must be considered. The impugned statute may even declare itself as dealing with religion, but if on investigation as a whole, it is in fact not so, the court must so declare."

[61] We endorse the approach advocated in *Mamat bin Daud* as the correct one and it is in relation to the doctrine of pith and substance. It is not the outward appearance of the law in question and the words it uses that matter, rather the law must be examined as a whole to ascertain whether it deals, in pith and substance, with a subject-matter upon which the body making it has the power to enact in accordance with the Legislative Lists. This is the second part of the petitioners' approach and this is the only approach that we will consider, not the earlier approach of merely determining whether there is in existence federal laws against which the State law can be compared and deemed beyond the scope of legislative jurisdiction.

[62] And thus, except for matters that fall within the Concurrent List, when the two Lists (Federal and State) are understood and applied correctly, both Parliament and the State Legislatures cannot then



ordinarily legislate on matters that fall within the purview of the other. This is an important feature of our FC because we are a federation of States all of whom, between themselves and the Federation, have been allowed their own respective fields of power of legislation.

[63] In fact, it is our view that in light of the most recent pronouncements by this Court especially in *Iki Putra* and *SIS Forum (M) v Kerajaan Negeri Selangor* (Majlis Agama Islam Selangor, intervener) [2022] 2 MLJ 356 (*'SIS Forum'*) which followed settled reasoning in earlier cases such as *Mamat bin Daud*, the law on this subject is very clear. In other words, the present case requires only a direct application of the law to determine the outcome, premised only on the facts. And for the record, we are not at all persuaded by the respondent's and Yusfarizal Yusof's submissions that *Iki Putra* was wrongly decided.

Principles of Federalism in Malaysia

[64] As we see it, cases such as the present petition arise because of two misapprehensions which relate to the understanding of 'criminal law'.

[65] The first misapprehension that arises is that the States can enact any law, even if that law deals with criminal law, if there is no federal law dealing with that issue. This misapprehension is also manifest when it is assumed that even if there is a federal law on that subject-matter, the States can still enact State criminal law if that criminal law is worded differently or achieves the same outcome as the federal legislation but by different means.



[66] The second misapprehension that arises is that the States can enact any law so long as that law deals with the precepts of Islam. This ties in with the first misunderstanding that even if there is a federal law on that subject, as long as the State law deals with the same issue from an Islamic perspective and from the lens of Islamic precepts, then the said impugned law is validly enacted in accordance with Item 1 of the State List.

[67] There is a method to our FC and this method is borne out of history. To get a fuller understanding of history, we agree with and endorse the judgment of the Court of Appeal in *Ketua Pegawai Penguatkuasa Agama & Ors v Maqsood Ahmad & Ors and another appeal* [2021] 1 MLJ 120 (*'Maqsood Ahmad'*).

[68] In summary, prior to the British occupation of this land, Malaya, Sabah and Sarawak had their own legal systems. Prior to 1957, there was a huge clarion call for independence from the British. As a result, parties from various divides discussed the creation of the Federal Constitution.

[69] The British legal system is different from ours in many ways but the biggest and most fundamental difference is that in Britain, Parliament is supreme. This means that Parliament is the ultimate constitutional authority and its Parliament may make any laws that can change even the constitutional basis of the United Kingdom ('UK'). The same is not true here as here, we have a written constitution.

[70] Our FC forms the basis of the existence of all three arms of our Federal Government and all the State Governments. There are portions within it which govern Malaysian territory, the Yang Di-Pertuan Agong, the



Executive, the Legislatures (federal and State), the Judiciary, various important public commissions, fundamental rights, citizenship and so on.

[71] In relation to the States and their governments, the Eighth Schedule caters for a template State Constitution. And thus, minimally, the Constitution of every State in our Federation must contain the provisions as set out in the Eighth Schedule. Given the strong federalist nature of our FC, the States cannot legislate their own written constitutions as they please. In fact, by virtue of Article 71(4), if it appears to Parliament that in any State any provision of the FC or of the State Constitution is being disregarded, Parliament may by law make provision for securing compliance with those provisions.

[72] We then also have the Ninth Schedule which creates three different legislative fields. The first is the Federal List which provides for the general fields upon which Parliament can legislate. The second is the State List which stipulates what fields of laws within which the State Legislatures can enact State laws. And finally, we have the Concurrent List which sets out joint areas upon which Parliament and the State Legislature can both make laws. Sabah and Sarawak also have additional supplements to the State List.

[73] As clarified by Azahar Mohamed CJM in *Iki Putra*, the FC was formulated with a central bias meaning that the primary powers of legislation are to be accorded to Parliament with certain other limited powers to the States. This fact is apparent not only in the structure of our FC, but is also clarified by the Reid Commission, which is the Commission principally responsible for the creation of our FC.



[74] In particular, in the Reid Commission Report ('RCR'), the Reid Commission noted that a part of its terms of reference included as follows:

"3. The members of the Commission were appointed in the name of Her Majesty the Queen and Their Highnesses the Rulers with terms of reference as follows:

...

To make recommendations for a federal form of constitution for the whole country as a single, self-governing unit within the Commonwealth based on Parliamentary democracy with a bicameral legislature, which would include provision for:

- (i) **the establishment of a strong central government with the States and Settlements enjoying a measure of autonomy** (the question of the residual legislative power to be examined by, and to be the subject of recommendations by the Commission) and with machinery for consultation between the central Government and the States and Settlements on certain financial matters to be specified in the Constitution;..."

[75] In commenting on the creation of a strong federal government with a defined set of matters that it can legislate coupled with a list for autonomous State Governments, the Reid Commission observed as follows in the RCR:

"82. We have already explained the way in which powers are now divided between the Federation and the States and we have noted some of the difficulties which have arisen from this division (Chap. II). We think that it would be impracticable to continue the present system in so far as, with regard to



many matters, it confers legislative power on the Federation and executive power on the States. If Malaya is to be a democratic country the Government of each State must be controlled by its elected Legislative Assembly, and we must envisage the possibility that from time to time the party in power in one or more of the States may differ in outlook and policy from the party in power in the Federation...

But, before proceeding to deal with specific subjects, we wish to emphasise that with regard to any which are in the Federal List not only should the Federal Parliament have the sole power to legislate but the Federal Government should also have the ultimate responsibility for determining policy and controlling administration. And similarly, with regard to any subject in the State List, in general the State Legislature should have the exclusive power to legislate and the State Government should have the exclusive responsibility for determining policy and controlling administration. **We say that "in general" the State Legislative Assembly and the State Government should have these powers and responsibilities because we think it necessary to recommend that in certain particular circumstances which we shall explain later the Federation should have overriding powers."**

[Emphasis added]

[76] Again, the above historical document clarifies that there is a clear demarcation of powers between the Federation and the States. There is no overlap and the primary powers of legislation were given to the Federation including the powers to legislate generally on civil and criminal law, and procedure.

[77] The drafters did keep in mind the possibility of reserve powers as is apparent with the inclusion of Article 77 which states as follows:



"Residual power of legislation

77. The Legislature of a State shall have power to make laws with respect to any matter not enumerated in any of the Lists set out in the Ninth Schedule, not being a matter in respect of which Parliament has power to make laws."

[78] Yet, in commenting on the initial draft version of Article 77, the Reid Commission noted that because the division of legislative powers between the Federation and the States was so clear and distinct, any cause for the States to legislate on residual powers might never actually arise. This is what they said, and we think it strongly proves the point on the general federalist nature of the Malaysian system of government, as per the following observation in the RCR:

"121. Our terms of reference contain the following passage: "The question of residual legislative power to be examined by and to be the subject of recommendations by the Commission." The present position is that the Rulers have agreed to specific powers being exercised by the Federation under the Federation Agreement of 1948 but that any residual powers that may exist have been retained by the States. We see no advantage in altering the position and we recommend (Art. 73) that it should continue. The situation of the residual powers makes no difference to the construction of any of the specific powers in the Federal List: for example the defence power is just as wide under our recommendation as it would be if the residual powers were transferred to the Federation. Moreover it is unlikely that the residual power will ever come into operation because the Legislative Lists, read in the light of the clauses in Article 68, appear to us to cover every foreseeable matter on which there might be legislation. The only real effect of leaving the residual power with the States is that if some unforeseen matter arises which is so peculiar that it cannot be brought within any of the items mentioned in any of the Legislative Lists, then that matter is within the State powers."



[79] And so, that deals with the first aspect of the misapprehension on the powers to legislate. Both Parliament and the State Legislatures are confined to their respective Legislative Lists and ordinarily, they can only make laws within their own respective Legislative Lists subject to certain exceptions that are neither applicable nor relevant to the present petition.

[80] This leads us to the second misapprehension which is to wit, that the States can enact any law so long as that law was enacted in accordance with the precepts of Islam.

[81] On this misapprehension, we note as an adjunct to the clear Federal-State legislative divisions, our historical documents that led to the FC (as does the FC itself), indicate that matters relating to Islamic law would be conferred and confined to the States except in the Federal Territories. As such, not only were the States accorded a limited power to legislate by what is confined to the State List, the inclusion of Islamic law and personal law into the State List was done historically with the clear intention of limiting the kinds of laws that the States can enact on that subject matter.

[82] The further addition to the preclusion clause to Item 1 of the State List was to ensure that the powers of the States cannot extend to the point of legislating on matters included in the Federal List. The fact that 'criminal law' is generally mentioned in Item 4 of the Federal List means that the primary powers of legislation were intended to be solely reposed in Parliament leaving only certain limited powers of legislation to the States in Item 1 of the State List including legislation dealing with the creation and punishment of offences against the precepts of Islam.



[83] Thus, inasmuch as the official religion of Malaysia is Islam, the application of Islamic law is itself limited to what is provided for mostly in the State List and with some exceptions in the Federal List. In this regard, we find it necessary to refer to the historical analysis undertaken by the former Supreme Court in *Che Omar bin Che Soh v Public Prosecutor* [1988] 2 MLJ 55 ('*Che Omar*'). In particular, this is what Salleh Abas LP (speaking for the unanimous Supreme Court), said at page 56:

"... When the British came, however, through a series of treaties with the sultans beginning with the Treaty of Pangkor and through the so-called British advice, the religion of Islam became separated into two separate aspects, viz. the public aspect and the private aspect. The development of the public aspect of Islam had left the religion as a mere adjunct to the ruler's power and sovereignty. The ruler ceased to be regarded as God's vicegerent on earth but regarded as a sovereign within his territory. The concept of sovereignty ascribed to humans is alien to Islamic religion because in Islam, sovereignty belongs to God alone. By ascribing sovereignty to the ruler, i.e. to a human, the divine source of legal validity is severed and thus the British turned the system into a secular institution. Thus all laws including administration of Islamic laws had to receive this validity through a secular fiat."

[84] His Lordship explains how with the arrival of the British, our general legal system started to lean more towards secularity. The Islamic aspects of it became more confined to private law. On the same page, the Supreme Court continued to observe as follows:

"... [T]he establishment of the Federated Malay States in 1895, with the subsequent establishment of the Council of States and other constitutional developments, further resulted in the weakening of the ruler's plenary power to such an extent that Islam in its public aspect had become nothing more than a mere appendix to the ruler's sovereignty. Because of this, only laws relating to



family and inheritance were left to be administered and even this was not considered by the court to have territorial application binding all persons irrespective of religion and race living in the state. The law was only applicable to Muslims as their personal law. Thus, it can be seen that during the British colonial period, through their system of indirect rule and establishment of secular institutions, Islamic law was rendered isolated in a narrow confinement of the law of marriage, divorce, and inheritance only. (See *M.B. Hooker, Islamic Law in South-east Asia, 1984.*)"

[85] And at pages 56-57, the Supreme Court concluded:

"In our view, it is in this sense of dichotomy that the framers of the Constitution understood the meaning of the word "Islam" in the context of Article 3. If it had been otherwise, there would have been another provision in the Constitution which would have the effect that any law contrary to the injunction of Islam will be void. Far from making such provision, Article 162, on the other hand, purposely preserves the continuity of secular law prior to the Constitution, unless such law is contrary to the latter.

...

We thank counsel for the efforts in making researches into the subject, which enabled them to put the submissions before us. We are particularly impressed in view of the fact they were not Muslims. **However, we have to set aside our personal feelings because the law in this country is still what it is today, secular law, where morality not accepted by the law is not enjoying the status of law.** Perhaps that argument should be addressed at other forums or at seminars and, perhaps, to politicians and Parliament. Until the law and the system is changed, we have no choice but to proceed as we are doing today."

[86] Clauses (1) and (4) of Article 3 provide thus:



"Religion of the Federation

3. (1) Islam is the religion of the Federation; but other religions may be practised in peace and harmony in any part of the Federation.

...

(4) Nothing in this Article derogates from any other provision of this Constitution."

[87] What we can explain from the foregoing is this. The general legal system in Malaysia leans more towards secularity without being purely secular. What this means is that the source of our law is not purely from divine or Islamic law and the reason why we are not a purely secular State is because limited allowance has been made in the FC for the legislation and application of Islamic law. In this sense, we are a unique nation with a mixed or dual secular and Islamic law legal systems that are meant to operate independently of each other.

[88] In the past, the Superior Civil Courts had delved into matters involving purely Islamic law such as the case of *Myriam v Mohamed Ariff* [1971] 1 MLJ 265. However, upon the introduction of Article 121(1A), that division is now clear. The Superior Civil Courts cannot adjudicate on the substance of Islamic issues just as the Syariah Courts cannot adjudicate upon matters that are not contained within their jurisdiction.

[89] We postulate, from historical and academic references that Islamic law was not made the overarching law of the land and the basis of the Malaysian legal system because Malaysia is a multi-racial and multi-religious society. And so, our general criminal law needed to be



developed such that it could be applied equally to all persons regardless of race or religion. This power was conferred unto Parliament generally by virtue of Item 4 of the Federal List which says, in relevant part to criminal law:

"4. Civil and criminal law and procedure and the administration of justice, including –

(a) constitution and organization of all courts other than Syariah Courts;

(b) jurisdiction and powers of all such courts;

...

(e) subject to paragraph (ii), the following:

(i) contract; partnership, agency and other special contracts; master and servant; inns and inn-keepers; actionable wrongs; property and its transfer and hypothecation, except land; bona vacantia; equity and trusts; marriage, divorce and legitimacy; married women's property and status; interpretation of federal law; negotiable instruments; statutory declarations; arbitration; mercantile law; registration of businesses and business names; age of majority; infants and minors; adoption; succession, testate and intestate; probate and letters of administration; bankruptcy and insolvency; oaths and affirmations; limitation; reciprocal enforcement of judgments and orders; the law of evidence;

(ii) the matters mentioned in paragraph (i) do not include Islamic personal law relating to marriage, divorce,



guardianship, maintenance, adoption, legitimacy, family law, gifts or succession, testate and intestate;

...

(f) official secrets; corrupt practices;

...

(h) creation of offences in respect of any of the matters included in the Federal List or dealt with by federal law; ...".

[90] By contrast, and at the risk of repetition, Item 1 of the State List provides, in part relevant to this case:

"1. Except with respect to the Federal Territories of Kuala Lumpur, Labuan and Putrajaya, Islamic law and personal and family law of persons professing the religion of Islam, including... creation and punishment of offences by persons professing the religion of Islam against precepts of that religion, except in regard to matters included in the Federal List; ...".

[91] Having regard to the central bias in favour of the Federal Parliament when it comes to criminal legislation, and when the two lists (Federal and State) are read together, the intention behind Item 1 of the State List is that it was intended to apply only to offences that are purely religious in nature. In other words, offences that relate purely to the precepts of Islam and nothing else. The following was also made amply clear by Azahar Mohamed CJM in *Iki Putra*, as extensively quoted as follows:

"[119] But there's still one important constitutional question that remains, and this requires clarification, as it was claimed by the second respondent that if every offence is criminal law then no offence may be created by the State



Legislature pursuant to item 1 of the State List, rendering the State Legislature's power to legislate redundant. At paras [106] and [107], I have expressed my views that the State Legislature's power to legislate on offences against the precepts of Islam is limited. It is neither exclusive nor comprehensive and is residual and not inherent. Does that render Item 1 of the State List completely otiose and denuded of all meaning?

[120] I do not agree with this contention. It cannot stand in law. According to our concept of Federalism, the FC guarantees (as is clear from its terms) the States with legislative power over offences and punishments against the precepts of Islam with the exception of matters included in the Federal List. That itself refutes the contention of the second respondent.

[121] What is important then is to determine the parameter of the real nature of the offence that is within the ambit of the phrase 'offences and punishments against the precepts of Islam except in regard to matters included in the Federal List'. This raises the question of how to formulate a test to demarcate the boundary that defines the extent of the legislative competence of the State Legislatures over this matter. In the main, there are three distinct categories of offences that shaped Syariah Criminal offences in Malaysia. These are:

- (a) offences relating to aqidah. For example wrongful worship, deviating from Islamic belief or contrary to *hukum syarak* and teaching false doctrines;
- (b) offences relating to sanctity of religion and its institution. For example insulting the Qur'an and Hadith, religious teaching without *tauliah*, failure to perform *Jumaat* prayers, disrespecting the holy month of Ramadan and non-payment of *zakat* or *fitrah*; and
- (c) offences against morality. For example consuming intoxicating drinks, sexual intercourse out of wedlock (*zina*) and close proximity (*khalwat*).



[122] As can be seen, these are offences in relation to Islamic religion practiced in this country that must conform to the doctrine, tenets and practice of the religion of Islam. In short, I refer to these offences as religious offences. The list of offences enumerated at [121] above is undoubtedly not exhaustive, and there may be other religious offences that possibly be validly enacted by the State Legislatures that may emerge from the facts and circumstances of each case. In my opinion, all these offences are purely religious in nature that is directly concerned with religious matters or religious affairs. Any attempt to regulate the right of persons professing the religion of Islam to a particular belief, tenets, precepts and practices by way of creation of offences can only be done by legislation passed by State Legislatures pursuant to cl 2 of art 74 of the FC. As stated by Mohamed Azmi SCJ in *Mamat bin Daud* (at p 125) '... to create an offence for making an imputation concerning such subject matter is well within the legislative competence of the State Legislatures and not that of Parliament'. When the true test is applied, the inevitable conclusion is that these religious offences have nothing to do with 'criminal law'. I find it hard to think that the religious offence is a law with respect to 'Criminal law' as envisaged by the Federal List. As Hashim Yeop A Sani SCJ said in *Mamat bin Daud* (at p 27) (citing *Attorney-General for Ontario & Ors v Canada Temperance Federation & Ors* [1946] AC 193 and *Canadian Federation of Agriculture v Attorney-General for Quebec & Ors* [1951] AC 179), '...The true test is always to see the real subject matter of the legislation'. These are *ta'zir* offences punishable with imprisonment and/or fine in accordance with Syariah Courts (Criminal Jurisdiction) Act 1965. *Ta'zir*, according to established Islamic law principle are offences and punishment that are not divinely prescribed and therefore, are left for the authority to formulate. Another point is that, these are religious offences under the Syariah Court's jurisdiction and applicable only to persons professing the religion of Islam and ought to be passed not by the Federal Parliament but by the State Legislatures on the basis of the State List. Surely, in my opinion, a legislation pertaining to such prohibited acts or omissions amounts to a legislation upon Islamic religion, on which only states have legislative competence. In its applicability to the religion of Islam, the religious offences must be within the competence of the State Legislatures. It is the states alone



that can say what should be the religious offences, which are reserved expressly for legislation by the State Legislatures.”.

[92] The other reason why the FC was drafted in this way is so that Muslims would not be subject to different laws and legal systems for the same offences when compared to non-Muslims for example on general laws like rape, corruption, theft, robbery, etc. If the demarcation between the Federal and State Lists is understood and applied correctly, it will be noticed that Muslims and non-Muslims are subject to the same general set of criminal laws. However, because of the duality of our legal system, Muslims are, in addition to the earlier-mentioned laws, also subject to Islamic law and offences. In terms of personal law and *adat*, the Muslims follow their own set of laws as opposed to non-Muslims who are bound by laws passed by Parliament.

[93] It was in this context that in [59]-[60] of *Iki Putra*, this Court clarified the limited scope of application of the judgment of this Court in *Sukma Darmawan Sasmitaat Madja v Ketua Pengarah Penjara, Malaysia & Anor* [1999] 2 MLJ 241 (*'Sukma Darmawan'*). What we have alluded to earlier provides a full answer to the respondent's proposition that State-legislated 'criminal law' offences which should be passed by Parliament can be disguised as purported offences that deal with precepts of Islam, and that such State-passed legislation can somehow co-exist with federally-legislated criminal law on the same subject.

[94] It must be said again as it was said in *Iki Putra* that many criminal law offences such as theft, robbery, rape and corruption would naturally also encompass and are caught by the precepts of Islam. But, because these offences fall within the general purview of criminal law, only



Parliament has the power to enact such laws to the exclusion of the State Legislatures. This is the general system dictated by our FC – specifically the separation of legislative powers between the Federal Legislature (Parliament) and the State Legislatures.

[95] When all these technicalities are appreciated properly, it will be understood that the placement of Islamic law including the powers to create and punish offences against the precepts of Islam (except with regard to matters in the Federal List) in Item 1 of the State List, was done to preserve the sanctity of the religion of Islam and to ensure its continuous survival in our legal system. In addition, the inclusion of Article 121(1A) was a celebrated act to preserve the substantive validity and integrity of the Syariah Courts.

Interpretive Principles on ‘Precepts of Islam’, ‘Purely Religious Offences’ and ‘Criminal Law’

Fundamental Principles

[96] Given the brief historical analysis above and the dichotomy between Federal and State powers of legislation, it comes as no surprise why there is, sometimes, confusion in relation to how the Federal and State Lists should be interpreted especially where it concerns the preclusion clause. This confusion arises because of the complex and finely interwoven language in which the Federal and State Lists are worded and a need to find a means to preserve and protect both Malaysia’s secular and Syariah dual legal systems.



[97] The most confusing phrase in the entry: '*creation and punishment of offences by persons professing the religion of Islam against precepts of that religion, **except in regard to matters included in the Federal List***' in Item 1 of the State List is the emboldened portion, i.e. the 'preclusion clause'.

[98] Upon reading the first part of the phrase in the entry, one has to ask the question: what are the precepts of Islam which is the phrase that exists by virtue of the entry '*by persons professing the religion of Islam against precepts of that religion*'? Without attempting to water down the meaning of the phrase, it is our view that 'precepts of Islam' constitutionally, refers to one of two of its broad categories. Both these categories are applicable in relation to the offences that the States can create and punish by virtue of Item 1 of the State List.

[99] The first broad category of 'precepts of Islam' in relation to offences that can be created and punished under Item 1 of the State List is specific and it includes, in our view, any matter included in the specific entries of Item 1 of the State List or any other applicable provision of the FC including Article 11(4). For example, Item 1 of the State List provides in part the power of the States to enact laws with respect to '*Islamic law relating to testate and intestate, betrothal, marriage, divorce, dower, maintenance, adoption, legitimacy, guardianship, gifts, partitions and non-charitable trusts...*'. Since these laws are only applicable to persons professing the religion of Islam and are enacted on the basis of them complying with Islamic law, it can be said that such laws will encompass the precepts of Islam.



[100] And thus logically, if any offence is enacted by the States for the creation and punishment of offences against the 'precepts of Islam' by reference to any of the expressly stated entries in Item 1 of the State List, it cannot possibly fall within the Federal List. The preclusion clause cannot therefore apply in such cases.

[101] That said, in our reading of Item 1 of the State List, the meaning of 'precepts of Islam' is not just confined to the entries included specifically in Item 1 of the State List or anywhere else in the FC which deals with the exclusive power of the States to enact laws such as Article 11(4).

[102] This is because the portion of Item 1 that deals with the creation and punishment of offences does not say anything to the effect: '*creation and punishment of offences by persons professing the religion of Islam against precepts of that religion as included herein ...*'. Instead, it specifically mentions in effect, 'precepts of Islam' without expressly limiting the meaning of that phrase specifically to the entries in Item 1 of the State List. As such, because the phrase adopted is larger in meaning than that is already included and spelt out in Item 1, it follows that the meaning of 'precepts of Islam' though it includes the entries in Item 1 of the State List, it is not expressly limited to the said Item 1 entries.

[103] The inclusion of the preclusion clause lends credence to the interpretation that 'precepts of Islam' in Item 1 of the State List though it includes State-legislated offences enacted by reference to Item 1 of the State List, is not only confined to those entries. This is because, following the earlier stated logic, if any State-legislated offence was enacted by reference to any entry in Item 1 of the State List, it would then have been within the State Legislature's jurisdiction and there would have been no



reason to include the preclusion clause if that is all was meant by 'precepts of Islam'.

[104] This brings us to the second broad category of 'precepts of Islam'. It is our view that the second broad category of the phrase 'precepts of Islam' is its more open-ended definition of anything that can possibly be an offence in religion of Islam and its laws that is not otherwise directly referenced to any of the express entries in Item 1 of the State List.

[105] Even though this is the second meaning of that phrase, and it is a broad category, it is by no means an unbridled invitation to the States to enact any criminal law they so wish. Following *Iki Putra*, this aspect of 'precepts of Islam' offences, considered in its proper context, can only truly include (in the words of Azahar Mohamed CJM in [122] of *Iki Putra*) offences that are 'purely religious in nature'.

[106] What this means is that any law that is enacted by the States with a view to creating or punishing offences against the precepts of Islam whether in its first broad category or second broad category can, for convenience, be called a 'religious offence'.

[107] What then is a 'purely religious offence'? Although the second meaning of 'precepts of Islam' is open-ended, we would postulate that a 'purely religious offence' is an offence in the second broad category (which is not included in the Federal List). Because this aspect of State legislation deals with the creation and punishment of *offences*, the specific aspect of the Federal List with which there runs a risk of being breached is Item 4 of the Federal List which deals with Parliament's power to make 'criminal law'.



[108] It does not therefore come as a surprise that in all the cases of this kind, at least one party will call upon the Courts to provide a definitive interpretation of 'criminal law' as employed in Item 4 of the Federal List. In fact, Dato Malik Imtiaz who is not only counsel in this case but was also counsel for the petitioner in *Iki Putra*, again seeks for us to adopt a particular definition of 'criminal law' by applying cases in other jurisdictions.

[109] We repeat here what was said in *Iki Putra* that we must reject these unrelenting invitations to apply a definition, what more foreign definitions, to 'criminal law'. As any person who can appreciate the gravity of these kinds of cases should recognize, the phrase 'criminal law' is simply far too broad and nebulous to be accorded a set definition in the context of our FC that can stand the test of time.

[110] While we cannot define 'criminal law', we can state our observations on the implications that arise from that phrase. As was the case just now with how we derived two broad categories of the phrase 'precepts of Islam', we similarly derive two broad categories of 'criminal law' in Item 4 of the Federal List.

[111] The first broad category of 'criminal law' refers to the power of Parliament to create and punish any offences with respect to any of the entries included in the Federal List. As such, if the Federal List empowers Parliament to make a law on any given subject matter, then the creation of any offences or punishments in relation to that subject matter must be deemed to be a part of 'criminal law'. This is also made apparent by a direct reading of Item 4(h) of the Federal List which provides:



"4. Civil and criminal law and procedure and the administration of justice, including —

...

- (h) creation of offences in respect of any of the matters included in the Federal List or dealt with by federal law;..."

[112] But, just as is similarly the case with the use of the phrase 'precepts of Islam' in Item 1 of the State List, Item 4 of the Federal List also does not expressly confine 'criminal law' to only matters included in the Federal List. What this means is that there is a whole entire second broad category of criminal law that is incapable of a set definition either in substance or by direct reference to the Federal List. For convenience, we shall call this second broad category, which deals with all offences other than by direct reference to the Federal List, as 'general criminal law'.

[113] We are thus left with two legal phrases that are incapable of being expressly defined. What they mean must be determined on a case-by-case basis. We are here referring to the two indefinable phrases of 'purely religious offences' that are on the one side, constituted within 'precepts of Islam' in Item 1 of the State List and on the other side, 'general criminal law' that is constituted in 'criminal law' in Item 4 of the Federal List.

[114] The inability to define them however poses a problem because it is only when we understand the two concepts can we determine if the preclusion clause applies or not. And thus, to alleviate these problems, what we suggest is to draw out their general characteristics. This is done by having regard to our earlier analysis that there is a central bias and that Parliament holds the primary power to legislate on 'criminal law' to the



exclusion of the States. Similarly, except in the Federal Territories, the States enjoy the power to create and punish 'purely religious offences' to the exclusion of Parliament.

[115] In this regard, because the limiting factor in Item 1 of the State List is the preclusion clause, we think this would be a useful starting point in particular in understanding the broad characteristics of 'general criminal law'.

[116] Given the structure of our FC that leans in favour of secularity, 'general criminal law' includes any law that Parliament can enact to create or punish offences the nature of which can apply to any person in Malaysia irrespective of their status, race or religion, and grounded upon the general preservation of public order, health, safety, security, morality, etc. These categories are not closed but what is common to them is the feature that they are intended to apply to all persons or classes of persons equally, and are not grounded on any notions of Islamic law.

[117] This then leaves us with 'purely religious offences'. In light of what has been determined above, what constitutes a 'purely religious offence' requires a two-step approach. The first step is to determine whether the State-legislated offence in question is, in the first place, a 'religious offence'. Taking heed from the reasoning of Azahar Mohamed CJM in *Iki Putra*, and without closing any categories, the general characteristics of what can constitute a 'religious offence' is one that might relate, among other things, to (1) *aqidah*; (2) sanctity of the Islamic religion and its institution; or (3) one purely relating to morality in Islam.



[118] The second and final step in that assessment requires the Court to determine if the 'religious offence' is a '*purely* religious offence'. This is where the balancing exercise is done by comparing that 'religious offence' to the general features of 'general criminal law'.

[119] If the State-legislated offence is one that can apply only to Muslims, enacted only for purposes of Islamic law or religious reasons, and confined only to the religion of Islam relating to (1) *aqidah*; (2) sanctity of the Islamic religion and its institution; or (3) one purely relating to morality in Islam, then it is a 'purely religious offence' and is validly enacted by the State.

[120] If however, the State-legislated offence in question is a 'religious offence' but can, in pith and substance, be deemed as applying principles of 'general criminal law' which relates to overall public order, safety, health, security, morality, etc then it cannot be said to be a 'purely religious offence' and would be invalid by virtue of it having been caught by the preclusion clause.

[121] For convenience, we would summarise the principles alluded to above, as follows:

- (i) First, determine whether the impugned section legislated by the State Legislature is an offence against the 'precepts of Islam' which constitutionally refers to one of the two broad categories.
- (ii) The first broad category relates to any matter specifically referenced in Item 1 of the State List and to other relevant



provisions in the FC. If the impugned section in pith and substance can be referenced to any of Item 1 or any other relevant provisions in FC, and the law is applicable only to persons professing the religion of Islam, then it is a religious offence and the law is validly enacted by the State Legislature as it clearly falls under the State List.

- (iii) The second broad category covers a purely religious offence relating to (i) *aqidah*; (ii) sanctity of the Islamic religion or its institutions; or (iii) one purely relating to morality in Islam.
- (iv) If the impugned section is in pith and substance a purely religious offence, the court must test the impugned section against the Federal List. If the impugned section in pith and substance relates to a purely religious offence which could not be referenced to the Federal List and it concerns only the Muslims in this country, for example, someone claims that he is a Prophet, then it is within the State Legislature's power to make it.
- (v) If it is a purely religious offence, but in pith and substance it falls under matters of criminal law in the Federal List or general criminal law which involves an element of public order, safety, health, security, morality, etc., of general application, then it will be caught by the preclusion clause. Examples of these offences are murder, theft, robbery, corruption which can be considered offences against the precepts of Islam but in pith and substance it falls under the criminal law of general application to everyone in this country.



[122] In applying the aforesaid principles, at all times the proposition expounded by this Court in *Gin Poh Holdings Sdn Bhd (in voluntary liquidation) v The Government of the State of Penang & Ors* [2018] 3 MLJ 417 must be kept in mind in that when construing entries in any of the Lists (Federal, State or Concurrent), the widest possible or widest conceivable interpretation must be taken.

Constitutionality of the Impugned Sections

[123] With all the above principles in mind, we come now to the crux of this petition – the constitutionality of the Impugned Sections. And we will begin by quoting Suffian LP that "... Parliament and State Legislatures in Malaysia is limited by the Constitution and they cannot make any law they please." (see *Ah Thian v Government of Malaysia* [1976] 2 MLJ 112).

[124] We shall deal with the Impugned Sections (except sections 5 and 37(1)(a) which have been withdrawn), in the following portion of this judgment in accordance with the principles as summarised in paragraph [121].

Section 11

[125] Section 11 states thus:

"11 Destroying or defiling place of worship

(1) Any person who destroys, damages or litters any place of worship for Muslims or any of its equipments with intention to insult or degrade Islam commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding



three thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding two years or to both.

(2) Any person who destroys, damages or litters any place of worship for non-Muslims which is recognized by the law or any of its equipments with intention to insult or degrade the religion of the non-Muslims commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding three thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding two years or to both.

(3) If the court has convicted any person of the offence, the court, if it is satisfied, in addition to any punishment prescribed for the offence, may order for payment of reasonable compensation and any appropriate order.”.



[126] The operative portions of section 11 are subsections (1) and (2). The *actus reus* defined in those subsections relate to the destruction or defiling of, or littering in, a place of worship of Muslims in subsection 11(1) and places of worship of non-Muslims in subsection 11(2). The *mens rea* aspect of the section appears to relate to an intention to insult or degrade Islam in subsection 11(1) and likewise with non-Muslims in subsection 11(2).

[127] We find in pith and substance that section 11 deals with hate crime. This is because upon considering the section as a whole, we find that it is a religious offence enacted to punish acts that affect public order, and harmony either among Muslims or among non-Muslims. This is apparent in both subsections 11(1) and 11(2) because the acts of destroying, defiling or littering whether in places of worship for Muslims or non-Muslims cannot be established without proving either the intention to degrade or insult either Islam or a non-Muslim religion.



[128] There is nothing in the submission of the respondent suggesting that the offence in section 11 can be referred to any of the entries in Item 1 of the State List and the closest we can find such an entry, in relation to subsection 11(1) is the entry that provides: '*... mosques or any Islamic public place of worship...*'.

[129] Giving "*... mosques or any Islamic public place of worship...*" its widest possible construction, we find that this entry allows States to enact the establishment of mosques and other such public places of Islamic worship. It is our view that establishing a place of worship for persons professing the religion of Islam should also reasonably include creating offences or punishing acts that seek to destroy, defile or litter in such places as part of the 'precepts of Islam'. The same cannot be said in respect of subsection 11(2) which deals with non-Muslim places of worship and thereby has no nexus to any entry in Item 1 of the State List.

[130] Having made these observations, it is our view that at least in relation to subsection 11(1), when the provision is read in its own context and in light of the rest of section 11, subsection 11(1) has no nexus to Item 1 of the State List even the entry on '*... mosques or any Islamic public place of worship...*' because the aim of the section appears to be targeted at punishing hate crime. Outwardly and at first glance, section 11(1) appears to have a nexus to Item 1 of the State List vis-à-vis the entry relating to "*... mosques or any Islamic public place of worship...*", but considered as a whole, and as stated earlier, we think that in pith and substance, the purpose of the section is targeted more at public order, harmony and safety than the per se intention of legislating on "*... mosques or any Islamic public place of worship...*".



[131] In this regard, we proceed to determine if the preclusion clause is engaged by reference to any of the two broad categories of 'criminal law' in Item 4 of the Federal List. We note that there is nothing generally in the Federal List other than Item 4 that can be said to deal with hate crime.

[132] We find that dealing with hate crime is a matter of 'general criminal law' within the second broad category of 'criminal law' in Item 4. As such, section 11 as a whole cannot be deemed as a 'purely religious offence'.

[133] Put another way, section 11 is clearly a matter for Parliament having direct nexus to the 'criminal law' purpose envisioned in Item 4 of the Federal List.

[134] Section 11 is thus caught by the preclusion clause. We therefore find that the respondent had no power to make section 11 and it is therefore unconstitutional on that ground.

Section 13

[135] Section 13 provides thus:

"Selling or giving away child to non-Muslim or morally reprehensible Muslim

13. (1) Any person who sells, gives or surrenders his child or children under his custody to –

(a) any person who is not a Muslim; or

(b) any morally reprehensible Muslim,



commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding five thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding three years or to whipping by six strokes or to any combination thereof.

(2) The court may make any order that it considers appropriate in respect of the child or the children.”.

[136] The petitioners’ submission is that this provision is unconstitutional because it deals with child welfare or social services. They also suggest that human trafficking (including child trafficking) is an offence relating to a subject-matter which only Parliament can make laws.

[137] The petitioners suggest that the words “selling, giving or surrendering” a child within someone’s custody which form the *actus reus* of the offence appear similar to matters of concern under the general criminal law which remains under Parliament’s exclusive jurisdiction.

[138] With respect, we are not convinced that the petitioners are correct. This is because, we find that in pith and substance, section 13 deals with the creation and punishment of offences relating to the custody of children. Upon a closer and more wholesome analysis of the section, its purpose does not appear to be targeted at curbing child trafficking or child welfare for that matter. It deals instead with the religious offence against a person professing the religion of Islam, removing a child in his custody and giving him specifically to either a non-Muslim or a Muslim of morally reprehensible character (whatever the interpretation of that phrase may be).

[139] We are convinced that the pith and substance of section 13 deals with the creation of offences and punishment of such offences against the



subject of the custody of Muslim children which can reasonably be construed as being included in the entry of '*... Islamic law and personal and family law of persons professing the religion of Islam...*' in Item 1 of the State List.

[140] In other words, under Item 1 of the State List, the States have the power to legislate on Islamic law including personal law and family law of persons professing the religion of Islam. We view the power to criminalise an act of unlawful departure from custody as an adjunct to this power to make custody orders and to decide generally on custody arrangements. In this regard, it is not entirely correct for the petitioners to say that child welfare as a subject is itself a matter only for Parliament or in the Concurrent List.

[141] We find that section 13 as a provision is specific in that it criminalises a Muslim person from parting with a child in his or her custody in the *actus reus* described in section 13 by delivering that child to either a non-Muslim or a morally reprehensible Muslim. The respondent via the LSK has determined that part of the precepts of Islam and Islamic family on custody is that a Muslim child cannot be given to a morally reprehensible Muslim or a non-Muslim.

[142] While Parliament can make general laws to protect the welfare of children, we find that the basis of section 13 is on the grounds of religion. The purpose of section 13 is in pith and substance, to prevent the propagation of faiths other than Islam (including the improper practices of Islam) to Muslim children. This the States have power over, not only by virtue of Item 1 of the State List but also by virtue of Article 11(4).



[143] Given the above situation, we agree with the respondent that they had the power to make section 13. We therefore hold that section 13 is not unconstitutional.

[144] For the sake of clarity, our finding on section 13 does not in any way affect the issue of custody of children of non-Muslim marriage, who have been unilaterally converted by one parent without the consent of the other.

Sections 14, 16, 17 and 47

[145] Sections 14, 16, 17, and 47 can be dealt with together as they relate to the same larger subject matter – sexual offences.

[146] This is what section 14 provides:

"Sodomy

14. (1) Any man who commits an act of sodomy which is not liable to the punishment of hadd according to hukum syarak commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding five thousand ringgit and to imprisonment for a term not exceeding three years and to whipping not exceeding six strokes.

(2) Any man who attempts to commit an act of sodomy commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding five thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding three years or to whipping not exceeding six strokes or to any combination thereof.

(3) For the purpose of this section, "sodomy" means sexual intercourse performed unnaturally which is through the anus between a man with someone else.



(4) If the court has convicted any person of the offence, the court, if it is satisfied, in addition to any punishment prescribed for the offence, may order any appropriate order.”.

[147] Section 16 reads thus:

“Sexual intercourse with corpse

16. (1) Any person who performs sexual intercourse with a corpse commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding three thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding two years or to both.

(2) Any person who attempts to perform sexual intercourse with a corpse commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding three thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding two years or to both.

(3) If the court has convicted any person of the offence, the court, if it is satisfied, in addition to any punishment prescribed for the offence, may order any appropriate order.”.

[148] Finally, section 17 says this:

“Sexual intercourse with non-human

17. (1) Any person who performs sexual intercourse with a non-human commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding three thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding two years or to both.

(2) Any person who attempts to perform sexual intercourse with a non-human commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not



exceeding three thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding two years or to both.

(3) If the court has convicted any person of the offence, the court, if it is satisfied, in addition to any punishment prescribed for the offence, may order any appropriate order.”.

[149] It is our view that all three of the above provisions are caught squarely by the decision of this Court in *Iki Putra*. Section 14 deals, in pith and substance with sexual intercourse against the order of nature. Section 17 too, as vague as it is, appears to carry with it features of offences that include buggery with an animal. As for section 16, it deals with necrophilia.

[150] As was stated in *Iki Putra*, these offences are caught by the preclusion clause to Item 1 of the State List meaning that they are matters of general ‘criminal law’ upon which only Parliament can legislate.

[151] Inasmuch as these religious offences do seem to relate to the second broader meaning of ‘precepts of Islam’, these offences if enacted into law, can apply equally to non-Muslims as they can to Muslims. That being the case, we are fortified in our opinion that these are not purely religious offences such that the States including the respondent can legislate on.

[152] Accordingly, we find that the respondent had no power to make sections 14, 16, and 17 and they are accordingly unconstitutional.

[153] While sections 14, 16 and 17 are housed in Part III which deals with *takzir* offences relating to protection of person and dignity, section 47 falls



within Part VI which deals with *takzir* offences relating to protection of offspring. Since section 47 deals with a direct sexual offence in the same way suggested in sections 14, 16 and 17, we think this is the right place in this judgment to deal with section 47.

[154] Section 47 reads as follows:

"Act of incest

47. (1) Any person who performs an act of incest which is not liable to the punishment of *hadd* according to hukum syarak commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding five thousand ringgit and to imprisonment for a term not exceeding three years and to whipping not more than six strokes.

(2) Any person who attempts to commit an act of incest which is not liable to the punishment of *hadd* according to hukum syarak commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding five thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding three years or to whipping not exceeding six strokes or to any combination thereof.

(3) If the court has convicted any person of the offence, the court, if it is satisfied, in addition to any punishment prescribed for the offence, may order any appropriate order."

[155] Section 2(1) defines "incest" as follows:

"(1) In this Act, unless the context otherwise requires –

"incest" means sexual intercourse between man and woman who are prohibited from marrying each other under *hukum syarak*;"



[156] For the reasons stated earlier regarding sections 14, 16 and 17, and upon the direct application of *Iki Putra*, it is our view that incest is a general offence which is a matter that ought to be dealt with by federal law as 'criminal law' in Item 4 of the Federal List. It is an offence that affects not just Muslims even if it is an offence against the precepts of Islam in its second broad category. As such, section 47 is caught by the preclusion clause.

[157] Hence, we conclude, for the same reasons as we do on sections 14, 16 and 17, that section 47 is unconstitutional on the grounds that the respondent had no power to make it.

Section 30

[158] Section 30 provides as follows:

"Words capable of breaking peace

30. Any person who wilfully utters or disseminates words contrary to *hukum syarak* and likely to cause breach of peace in any place commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding three thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding two years or to both."

[159] The petitioners submit that section 30, which deals with the wilful uttering or dissemination of words that are likely to cause a breach of peace are matters which relate to public order and accordingly, fall within the ambit of Parliament's power to legislate on 'criminal law'. The argument adopted in this regard is similar to the ones raised against section 11.



[160] Having dealt with section 11 earlier, we tend to agree with the petitioners that if section 30 deals, in pith and substance, with public order or security, then the section would very clearly be dealing with a subject-matter that is within Parliament's exclusive jurisdiction. Whether this is the case merits a proper analysis of the provision in its pith and substance.

[161] Do the words 'likely to cause breach of peace in any place' connote the implication that the purpose of the section is to deal with public order and security? In our view, that phrase can be read down in light of the preceding phrase which stipulates: '*[a]ny person who wilfully utters or disseminates words contrary to hukum syarak...*'. The fact that this reading down is possible is because both phrases are conjoined by the word 'and'. In other words, the operative part of section 30 is that a person must have wilfully uttered or disseminated words that are contrary to *hukum syarak*.

[162] The preservation of *hukum syarak* is a matter which falls squarely within the scope of the State Legislatures. One of the central tenets of our FC has been the control and restriction of the propagation of any faith other than Islam to Muslims. This is borne out by Article 11(4) and even the portion of Item 1 of the State List which states in relevant part:

"... the control of propagating doctrines and beliefs among persons professing the religion of Islam; ...".

[163] Thus, this section deals in pith and substance with the first broad category of 'precepts of Islam' which can be referenced to Article 11(4) which in turn deals with the power of the States to make laws against propagation of religions other than Islam to Muslims. This includes the



propagation of any views contrary to accepted interpretations of Islam contrary to the accepted tenets of *hukum syarak* in Malaysia. An example of this would be the case of *Maqsood Ahmad* (supra) which noted the restriction of the propagation to Muslims of the Ahmadi belief (a State-declared deviant sect of Muslims). This is also apparent in the enactments of virtually all the States requiring that only someone with a *tauliah* may preach on the religion of Islam.

[164] Viewed in this way, we agree with the respondent to the extent that there is a difference, not so much in wording, but on substance between section 30 and the general idea of preservation of public order which is a matter for Parliament.

[165] In our view section 30 does not per se deal with the preservation of peace or religious harmony which is a matter of general criminal nature. Rather, it is a purely religious offence enacted with a view to restricting the propagation of false doctrines and teachings by persons professing the religion of Islam to others professing the same faith.

[166] While the section does use the phrase '*and is likely to cause breach of peace*', we have to presume that the LSK enacted the section in this way so as to be able to select between cases where someone merely wilfully utters or disseminates words simpliciter or out of ignorance on the one hand, and one that breaches restrictions on propagation of faith with the calculated intent of breaching peace.

[167] In this vein, the difference between sections 11 and 30 though seemingly subtle, is clear. The issue with section 11 is that it is in pith and substance a provision dealing with hate crime which in turn is a matter for



Parliament to legislate, as explained. The other major difference is that the destruction or defiling of or littering in any place much more so a place of worship (whether for Muslims or non-Muslims) is a matter which carries a 'general criminal law' connotation. When section 11 is read in the entirety of its context, it is clear that the *mens rea* requirements of degrading or insulting Islam or a non-Muslim religion is inseparable from the acts of destruction, defiling or littering which bolsters the inference that section 11 on a whole, is meant to cater to hate crimes.

[168] In contrast, section 30 when read in its context suggests that the provision's primary focus is the wilful uttering or dissemination of words which itself accords with Article 11(4). The additional requirement of "breach of peace" itself (though a general criminal law matter) merely waters down the application of the first part of section 30.

[169] We find that section 30 has, in pith and substance, been validly enacted by virtue of Item 1 of the State List and/or Article 11(4) and it is not caught by the preclusion clause to Item 1 of the State List. Section 30 is not unconstitutional.

[170] For completeness, in addition to Items 3 and 4 of the Federal List that do not apply, the petitioners suggest that section 30 conflicts with Item 22 of the Federal List on censorship. With respect we disagree because as has been observed, section 30 can be justified on the basis of propagation under Article 11(4).

Section 31

[171] Section 31 provides as follows:



"Sexual harassment

31. Any person who sexually harasses a non-mahram person at any place with an act or word that can degrade the dignity of such person, that person commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding one thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding six months or to both."

[172] It is patently obvious that section 31, in pith substance, seeks to penalise the offence of sexual harassment. The pith and substance of it is clear irrespective of whether the commission of it is limited to a non-*mahram* or not.

[173] We can accept that sexual harassment per se could fall within the ambit of the precepts of Islam in its second broad category as we cannot find any permissible entry in Item 1 of the State List or anywhere else in the FC for the first broad category of precepts of Islam to apply.

[174] There is similarly no applicable entry in the Federal List other than Item 4 of the Federal List to suggest that the preclusion clause applies on this ground.

[175] We find that sexual harassment cannot be classified as a 'purely religious offence' given its general character as a criminal offence that is capable of general application in this country. It is quite clear that section 31 falls, in pith and substance, within the general category of 'criminal law' as employed in Item 4 of the Federal List, and is caught by the preclusion clause of Item 1 of the State List.



[176] In the circumstances we find and hold that the LSK and by extension the respondent had no power to make section 31 and it is therefore unconstitutional on that ground.

Section 34

[177] This is what section 34 says:

“Possessing false document, giving false evidence, information or statement

34. (1) Any person who has in possession false document, gives false information or falsifies evidence for the purpose of being used in any stage of court proceedings commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding three thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding two years or to both.

(2) Any person who knows or has reason to believe that an offence has been committed under this Enactment or under any written law relating to the religion of Islam, has in possession documents or provides any information relating to the offence which he knows or believes to be false commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding three thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding two years or to both.”.

[178] Section 34 deals with the possession and giving of false documents or information or aiding in such falsification of such documents or information and in pith and substance, deals with the obstruction of justice, perjury and false evidence specifically in relation to proceedings before the Syariah Courts (see definition of “court” in section 2(1)).



[179] Further, under Item 1 of the State List, the States are empowered to establish Syariah Courts and make laws in relation to such Courts by virtue of the following entry in Item 1 of the State List:

“... the constitution, organization and procedure of Syariah courts, which shall have jurisdiction only over persons professing the religion of Islam and in respect only of any of the matters included in this paragraph, but shall not have jurisdiction in respect of offences except in so far as conferred by federal law;...”.

[180] Item 1 of the State List creates the categories in which the States may enact laws and even create or punish offences against the precepts of Islam. However, the matters over which the Syariah Courts can have substantive jurisdiction is ‘*in respect only of any of the matters included in this paragraph*’ that is to say only in respect of Item 1 of the State List. And thus, there is no merit to the argument that the respondent can enact section 34 on the basis of it having to do with the ‘*constitution, organization and procedure of Syariah courts*’ because in order to punish the offences in section 34, the pith and substance of perjury and obstruction of justice must refer back to Item 1 of the State List either in the first or second broad category of those subject-matters.

[181] There is no referable entry in Item 1 of the State List to suggest that independently of the entry ‘*the constitution, organization and procedure of Syariah courts*’, there is any other entry that can justify the making of laws relating to perjury, false evidence or obstruction of justice.

[182] On the other hand, the Federal List does contemplate the act of obstruction of justice, perjury and false evidence as a specifically



identifiable field of offences in the following words in Item 4(e)(i) of the Federal List:

"4. Civil and criminal law and procedure and the administration of justice, including —

...

(e) subject to paragraph (ii), the following:

(i) ... the law of evidence;...".



[183] By section 34, the LSK created an offence with respect to which the Federal List already has demarcated for Parliament by virtue of the above entry in Item 4(e)(i) of the Federal List. It is therefore our view that section 34 is caught by the preclusion clause.

[184] For that reason, we agree with the petitioner that the respondent had no power to make section 34 and it is thus unconstitutional on that ground.



Section 36

[185] Section 36 is worded as follows:

"Anything intoxicating

36. (1) Any person who uses any intoxicating substance commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding five thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding three years or to whipping not exceeding six strokes.



(2) Any person who causes another person to use or attempt to use any intoxicating substance commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding five thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding three years or to whipping not exceeding six strokes or to any combination thereof.

(3) For the purposes of this section, "uses" includes eats, chews, sucks, swallows, drinks, inhales, smells or inserts such substance into the body by any means whatsoever or by using any tool whatsoever.

(4) If the court has convicted any person of the offence, the court, if it is satisfied, in addition to any punishment prescribed for the offence, may order any appropriate order."

[186] In order to determine whether section 36 is constitutionally valid, we must first understand what the section exactly entails. From our analysis of it, the words 'intoxicating substance' are not defined anywhere in the section or Enactment 2019.

[187] To gain some indication of its meaning, we refer to section 35 which is not under challenge and it provides:

"Intoxicating drinks

35. (1) Any person who, in any opened or closed place, drinks any intoxicating drink which is not liable to the punishment of *hadd* according to *hukum syarak* or attempt to drink it commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding five thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding three years and to whipping not exceeding six strokes.

(2) Any person who causes someone else to attempt to drink any intoxicating drink commits an offence and upon conviction shall be liable to a



fine not exceeding five thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding three years or to whipping not exceeding six strokes or to any combination thereof.

(3) Any person who makes, sells, offers or exhibits for sale, keeps or buys or has in his possession or manufactures, imports, exports, stores, conceals, buys, sells, gives, receives, stocks, handles, transports, carries, delivers, sends, obtains, supplies, distributes, controls or maintains any intoxicating drink commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding five thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding three years or to both.

(4) For the purposes of this section, "drink" includes when a person is tested positive in intoxication detection.

(5) If the court has convicted any person of the offence, the court, if it is satisfied, in addition to any punishment prescribed for the offence, may order any appropriate order.”.

[188] Given that section 35 deals specifically with ‘intoxicating drinks’, it stands to reason (applying general canons of statutory construction) that ‘anything intoxicating’ or ‘intoxicating substance’ in section 36 means anything intoxicating other than intoxicating drinks dealt with by section 35. But even with that distinction, it is clear that section 36 is too vague in language for us to demarcate a clear enough parameter within which it can be deemed to operate.

[189] As there is hardly any form of definition in section 36, we think the breadth of what can fall within the definition of ‘anything intoxicating’ is endless. What we can conclude, after attempting to limit the scope of



section 36 is that its intent is to criminalise and punish the consumption of virtually anything intoxicating, by Muslims.

[190] In this regard, we determine whether the provision can be considered as dealing with 'the precepts of Islam'. There is no referable entry in Item 1 of the State List that we can find or that we have been referred to. We now have to consider whether the preclusion clause applies.

[191] We ask ourselves whether the criminalisation of 'anything intoxicating' or 'intoxicating substances' carries any element of 'criminal law' in Item 4 of the Federal List by reference to any of the other Items in the Federal List. In this regard, we observe that Item 14 of the Federal List, in particular paragraphs (c) and (d), provide thus:

"14. Medicine and health including sanitation in the federal capital, and including —

...

(c) poisons and dangerous drugs; and

(d) intoxicating drugs and liquors; manufacture and sale of drugs."

[192] Reading the entry 'intoxicating drugs and liquors' in Item 14(d) with the rest of the phrases quoted above, it is apparent that in general, it is within Parliament's purview to enact laws that deal with such matters including the passing of laws that create and punish offences in relation to them.



[193] Having considered the pith and substance of section 36, and the fact that it is too broad to be read down, we find that section 36 deals, in pith and substance with matters included in Item 14 of the Federal List read with Item 4 of the Federal List. Hence, we find that section 36 is caught by the preclusion clause.

[194] It follows that the respondent had no power to make section 36 and it is unconstitutional on that ground.

Section 37

[195] Section 37 stipulates thus:

"Gambling

37. (1) Any person who –

- (a) gambles or found to be in a gambling place, whether he gambles or not; or
- (b) organizes, provides place or permits any gambling activity in any premises under his possession or control,

commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding three thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding two years or to both.

(2) In this section, "gamble" includes any game or competition in which a bet is placed.



(3) In this section, "gambling place" means any premise, including room, office or stall, or any opened or closed place, which is used or kept for the purpose of any game which its decision is based on luck or a combination of skill and luck whether permitted by any other law or otherwise for obtaining money or value of money.

(4) The court may order any device, item or thing used in the commission of or related to the offence mentioned in subsection (1) to be forfeited and destroyed, albeit no one is convicted of the offence.

(5) If the court has convicted any person of the offence, the court, if it is satisfied, in addition to any punishment prescribed for the offence, may order any appropriate order."

[196] Section 37 deals with two different offences that relate to gambling as can be gleaned from paragraphs (a) and (b) of subsection (1). Paragraph 37(1)(a) deals with the act of engaging in gambling and the petitioners have withdrawn their challenge against this paragraph. We therefore make no comment on the validity of this paragraph. That only leaves us with the question on paragraph 37(1)(b).

[197] While we make no comment on paragraph 37(1)(a), we do nonetheless refer to it to understand paragraph 37(1)(b). In our view paragraph 37(1)(b) deals, in contrast to paragraph 37(1)(a), with the situation of organising gambling activity within a place in the person's possession or control, or providing a place or permitting such activity in such premises. It is distinct from paragraph 37(1)(a) in that this paragraph deals distinctly with the act of engaging in gambling irrespective of whether the place of gambling is a lawful gaming house and also irrespective of whether the game itself is lawful.



[198] We take notice that in most jurisdictions, including Malaysia, gambling is a regulated leisure activity. It is considered a vice and can certainly fall within the banner of something against the precepts of Islam within its second broad category as there is no clear referable entry in Item 1 of the State List. This necessitates asking the question whether the preclusion clause applies.

[199] What we must ask is if there is any Item or entry in the Federal List against which Parliament can enact laws for the purposes of criminalising or punishing offences in relation to those Items or entries.

[200] As submitted by the petitioners, betting and lotteries is a subject-matter under the Federal List which is clearly spelt out by Item 4(I) of the Federal List which states:

"4. Civil and criminal law and procedure and the administration of justice, including –

...

(I) betting and lotteries."

[201] We take the view that 'betting and lotteries' can clearly and reasonably be taken to include gambling. The organisation of gaming houses and the regulation of betting and lotteries, as well as the creation of offences and their punishments are within the jurisdiction of Parliament. We find that section 37(1)(b) purports to deal with a matter that is included in Item 4(I) of the Federal List which should be read together with the



general header of Item 4 on 'criminal law'. The subject matter of section 37(1)(b) is thus caught by the preclusion clause.

[202] We accordingly hold that section 37(1)(b) is unconstitutional on the ground that the respondent did not have the power to make it.

Section 39

[203] Section 39 stipulates:

"Reducing scale, measurement and weight

39. (1) Any person who scales, measures or weighs in any matter related to property transaction and fraudulently makes a reduction in scale, measurement or weight commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding three thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding one year or to any combination thereof.

(2) If the court has convicted any person of the offence, the court, if it is satisfied, in addition to any punishment prescribed for the offence, may order any appropriate order."

[204] The petitioners submit that the subject-matter of section 39 in pith and substance relates to Item 8(f) of the Federal List which enumerates the following field:

"8. Trade, commerce and industry, including —

...

(f) establishment of standards of weights and measures; ...".



[205] We agree the above would also attract Item 4 of the Federal List in relation to 'criminal law' because federally promulgated criminal legislation includes offences in relation to any of the other matters enumerated in the Federal List. It is our view that section 39, even upon a simple reading, quite clearly, in pith and substance, deals with matters that fall within the ambit of Item 8(f) of the Federal List.

[206] Given this line of reasoning, section 39 is therefore caught by the preclusion clause. For that reason, we find that section 39 is unconstitutional on the ground that the respondent had no power to make it.

Sections 40 and 41

[207] We take the view that sections 40 and 41 can be dealt with concurrently. They generally relate to financing matters.

[208] Section 40 reads:

"Executing transactions contrary to hukum syarak

40. Any person who executes any transaction of –

- (a) buying and selling;
- (b) *ijarah*;
- (c) *rahn*;
- (d) *syarikah* or *musyarakah*;



- (e) *mudharabah*;
- (f) *qardh*;
- (g) *ju'alah*;
- (h) *hiwalah*;
- (i) *'ariyah* or *i'arah*;
- (j) *wakalah*;
- (k) *dhaman*;
- (l) *hibah*;
- (m) *will*;
- (n) *istisna*";
- (o) *wadi'ah*;
- (p) *luqatah*;
- (q) *syuf'ah*;

contrary to *hukum syarak* or any fatwa or any official decision of the Syariah Advisory Council of the Bank Negara Malaysia or the Syariah Advisory Council of the Securities Commission of Malaysia or recognized by written laws in force commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding two thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding one year or to both and in the case of a continuing offence, a further fine not exceeding one thousand ringgit or imprisonment for period not exceeding six months or any appropriate order or any combination thereof."



[209] Section 41 in turns reads:

"Executing transactions via usury, etc.

41. Any person who executes any transaction of –

- (a) usury;
- (b) ghisyy;
- (c) gharar;
- (d) ghasb;
- (e) illegal disposal of property;
- (f) ihtikar;

contrary to *hukum syarak* or any fatwa or any official decision of the Syariah Advisory Council of the Bank Negara Malaysia or the Syariah Advisory Council of the Securities Commission of Malaysia or recognized by written laws in force commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding five thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding three years or to both and in the case of a continuing offence, a further fine not exceeding one thousand ringgit for each day the offence continues or imprisonment for a term not exceeding one year and any appropriate order."

[210] The petitioners submit that both sections 40 and 41 pertain specifically to Item 4(k) of the Federal List or generally to Item 7 of the Federal List. Item 4(k) states:



"4. Civil and criminal law and procedure and the administration of justice, including –

...

- (k) ascertainment of Islamic law and other personal laws for purposes of federal law; ...".

[211] Item 7 provides quite extensively as follows:

○ "7. Finance, including —

- (a) currency, legal tender and coinage;
- (b) national savings and savings banks;
- (c) borrowing on the security of the Federal Consolidated Fund;
- (d) loans to or borrowing by the States, public authorities and private enterprise;
- (e) public debt of the Federation;
- (f) financial and accounting procedure, including procedure for the collection, custody and payment of the public moneys of the Federation and of the States, and the purchase, custody and disposal of public property other than land of the Federation and of the States;
- (g) audit and accounts of the Federation and the States and other public authorities;



- (h) taxes; rates in the federal capital;
- (i) fees in respect of any of the matters in the Federal List or dealt with by federal law;
- (j) banking; money-lending; pawnbrokers; control of credit;
- (k) bills of exchange, cheques, promissory notes and other similar instruments;
- (l) foreign exchange; and
- (m) capital issues; stock and commodity exchanges.”.

[212] The petitioners’ submission is that because banking and financing matters appear to be governed solely by federal law, the States cannot enact laws on the same matter. More specifically on the subject of Islamic banking and Islamic law, Item 4(k) specifically empowers Parliament, via federal law, to ascertain Islamic and other personal law for the purposes of federal law. We agree with this submission.

[213] Islamic banking is a matter which relates strictly to finance and is caught by Item 7 of the Federal List. For purposes of ascertaining principles of Islamic banking and for ensuring uniformity and congruity in this field, Item 4(k) specifically empowers Parliament to ascertain Islamic law and other personal laws for use in federal laws. The federal law in this regard and with respect to Item 4(k) would be Islamic finance laws and regulations.

[214] The scope of Item 4(k) of the Federal List differs from Item 1 of the State List. The former allows for the ascertainment of Islamic law



principles for the creation of federally legislated matters such as Islamic banking and finance. The latter relates to the enactment of laws that actually concern personal law and are matters which only the States can enact.

[215] We find that sections 40 and 41 quite patently deal with matters that fall within Items 4(k) and 7 of the Federal List. It must also be read with Item 4 of the Federal List generally specifically the words 'criminal law' because the making of 'criminal law' can be referenced to other entries in the Federal List which in this case would be Items 4(k) and 7 read together.

[216] Even if sections 40 and 41 deal with offences which relate to the precepts of Islam in any of its two broad categories, the States are nevertheless precluded from legislating such laws by virtue of the preclusion clause to Item 1 of the State List.

[217] For the above reasons, we accept that both in outward form as well as in pith and substance, sections 40 and 41 are laws the subject-matter of which deal with matters with respect of which only Parliament can make. We accordingly find that sections 40 and 41 are unconstitutional because the respondent had no power to make them.

Section 42

[218] Section 42 reads as follows:



S/N jMEyxPjs1EC95dfJZh02uQ

**Note : Serial number will be used to verify the originality of this document via eFILING portal

"Abuse of halal label and connotation

42. (1) Any person who displays any form of halal label on non-halal food, drink, goods or service for the purpose of deceiving or misleading Muslims that such food, drink, goods or service is halal commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding five thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding three years or to both.

(2) For the purposes of this section, "any person" includes any Muslim who at the time the offence is committed is the director, manager or secretary of the company or otherwise responsible for the management of the company also commits the offence unless he proves that –

- (a) the offence is committed by the company without his consent or connivance; or
- (b) he has taken all reasonable effort to prevent the occurrence of the offence as he ought to have exercised having regard to the nature of his office or of his duties in the company and all the circumstances."

[219] The petitioners submit that section 42 is unconstitutional because in pith and substance it pertains to matters which fall within Item 8 of the Federal List read with Item 4 of the Federal Law on 'criminal law'. Item 8 provides, in relevant part:

"8. Trade, commerce and industry, including —

- (a) production, supply and distribution of goods; price control and food control; adulteration of foodstuffs and other goods;

...



S/N jMEyxPjs1EC95dfJZh02uQ

**Note : Serial number will be used to verify the originality of this document via eFILING portal

- (e) patents; designs, inventions; trade marks and mercantile marks; copyrights;”.

[220] Item 8 of the Federal List makes it clear, especially from the above entry that food control, which when interpreted broadly and including the phrase that appears after it in ‘*adulteration of foodstuffs and other goods*’, would include food standards and safety. Accordingly, reading Item 8 of the Federal List with Item 4 of the same, any offence that can capture the essence of Item 8 would also include Parliament’s power to legislate on ‘criminal law’. These entries must also be read in light of Item 4(k) of the Federal List which, as explained above, allows Parliament to ascertain Islamic law for federal law purposes. In this regard, as food safety and adulteration of food safety is a matter for Parliament, the use and abuse of the halal logo would also constitute a matter included in the Federal List.

[221] We find that the pith and substance of section 42 deals with matters that fall within the Federal List specifically Items 8 and 4.

[222] Section 42 is thus caught by the preclusion clause to Item 1 of the State List which means that the respondent had no power to make it. We therefore hold that section 42 is unconstitutional on that ground.

Sections 43, 44, 45 and 48

[223] In our analysis, sections 43, 44, 45, and 48 can be dealt with together as they principally deal with similar subject-matter.

[224] Section 43 reads:



"Offering or providing vice services"

43. (1) Any person who offers or provides vice services commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine of five thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding three years or to whipping not exceeding six strokes or to any combination thereof.

(2) Any person who does any act preparatory to –

(a) prostitute his wife or child or any person in his custody or care; or

(b) cause or permit the husband, wife or child or any person in the custody or care to prostitute ownself, commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding five thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding three years or to whipping not exceeding six strokes or to any combination thereof.

(3) If the court has convicted any person of the offence, the court, if it is satisfied, in addition to any punishment prescribed for the offence, may order any appropriate order."

[225] Section 44 provides:

"Preparatory act of offering or providing vice services"

44. (1) Any person who performs any act in any way in preparation for prostituting ownself or in preparation for offering vice services or providing vice services for ownself commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding five thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding three years or to whipping not exceeding six strokes or to any combination thereof.



(2) If the court has convicted any person of the offence, the court, if it is satisfied, in addition to any punishment prescribed for the offence, may order any appropriate order.”.

[226] Section 45 reads:

“Preparatory act of vice

45. (1) Any person who performs any act for preparation of committing vice commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding five thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding three years or to whipping not exceeding six strokes or to any combination thereof.

(2) If the court has convicted any person of the offence, the court, if it is satisfied, in addition to any punishment prescribed for the offence, may order any appropriate order.”.

[227] What the above sections have in common is the penalising of ‘vice’ in one form or another. Section 2(1) defines vice as follows:

“ (1) In this Act, unless the context otherwise requires –

“vice” for the purposes of Part VI, means vice matters containing sexual element;”.

[228] Given the strict definition above, we find that the offences stated above are strictly limited to vice relating to anything containing a sexual element.

[229] Finally, section 48 reads as follows:



"Muncikari

48. (1) Any person who acts as a muncikari commits an offence and upon conviction shall be liable to a fine not exceeding five thousand ringgit or to imprisonment for a term not exceeding three years or to whipping not exceeding six strokes or to any combination thereof.

(2) If the court has convicted any person of the offence, the court, if it is satisfied, in addition to any punishment prescribed for the offence, may order any appropriate order."

[230] Section 2(1) defines "muncikari" as follows:

" (1) In this Act, unless the context otherwise requires –

"Muncikari" means a person who acts as an intermediary between a woman and a man or between the same gender for any purpose infringing Part VI of this Enactment;".

[231] Section 43 deals with a situation where a person offers or provides vice services. Subsection (2) deals specifically with a situation where a husband provides or offers his child, wife or a person in his custody for vice services. It also deals with a situation where anyone caused the aforementioned persons to offer or provide such services.

[232] Section 44 effectively makes it an offence to attempt to offer vice services. Section 45 on the other hand, from our interpretation of it, is targeted at a person engaging in vice activities. In other words, while sections 43 and 44 deal with the offer and provision of vice services, section 45 deals with persons who take up such vice services.



[233] Section 48, which deals with *muncikari*, relates to a situation where a person acts as a middleman to enable another man or woman to engage in vice activities with other men or women. This would include a situation where one acts either as a procurer or procuress.

[234] The petitioners submit that sections 43, 44, 45 and 48 deal with matters of general criminal law which falls within 'criminal law' in Item 4 of the Federal List. We can accept that each of these four provisions relate to criminal offences that fall within the precepts of the religion of Islam not in the first broad category (as we cannot ascertain a specific applicable entry in Item 1) but in the second broad category of it.

[235] We move to determine if there is any specific Federal List entry that can reasonably been interpreted to deal with vice services. In our assessment, there is none.

[236] Hence, these conditions warrant considering whether sections 43, 44, 45 and 48 can, in pith and substance, be deemed as 'purely religious offences' that cannot be included within the ambit of 'general criminal law' in the second broad category of 'criminal law' in Item 4 of the Federal List.

[237] It is our view that sections 43, 44, 45 and 48 does in pith and substance, collectively deal with the offence of solicitation of prostitution in one form, shape or another. We take the view that prostitution is a general offence that falls within Parliament's purview to legislate upon under Item 4 of the Federal List. The solicitation of vice services and prostitution is a crime that affects not just persons professing the religion of Islam but any person in this country. In that sense, it is not a 'purely religious offence' as it is a matter of 'general criminal law' relating to public



order, safety, health, morality, etc., in a manner similar to the reasoning concerning sections 14, 16, 17 and 47 above.

[238] We therefore find that sections 43, 44, 45 and 48 are caught by the preclusion clause. Sections 43, 44, 45 and 48 are thus unconstitutional on the ground that the respondent had no power to make them.

CONCLUSION

[239] We thank all the parties, amici curiae, and watching briefs that have made submissions on the legal issues that have arisen in this case. We have read all these submissions and considered them in arriving at our conclusions. In large part, the law in this area is very much settled upon in the judgments of this Court in *Iki Putra* and *SIS Forum*. We did not therefore consider that there was much dispute in the interpretation and applicability of the law in this area. Because it concerned more the application of law to the facts of this case, we paid greater attention to the submissions of the parties, namely the petitioners and the respondent.

[240] For the avoidance of doubt, we have not expressed any view on the validity of sections 5 and 37(1)(a) as the petitioners, in the course of oral argument withdrew their challenge against these provisions. Sections 5 and 37(1)(a) should therefore continue to be presumed constitutional. Further, for reasons stated in this judgment, we have found that the respondent did have the power to make sections 13 and 30. Sections 13 and 30 are therefore not unconstitutional.



[241] As for the rest of the Impugned Sections, and in terms of the sole remedy that can be granted in this case, for the reasons contained in this judgment, we hereby grant the following declaration:

"Sections 11, 14, 16, 17, 31, 34, 36, 37(1)(b), 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 47 and 48 of the Kelantan Syariah Criminal Code (I) Enactment 2019 [*Enactment 14*] are invalid on the ground that they make provision with respect to matters with respect to which the Legislature of the State of Kelantan has no power to make laws and the said provisions are accordingly null and void by virtue of Clauses (1) and (3) of Article 4 of the Federal Constitution."

[242] There shall be no order as to costs in light of section 83 of the Courts of Judicature Act 1964.

Dated: 9 February 2024

- sgd -

(TENGKU MAIMUN BINTI TUAN MAT)

Chief Justice,
Federal Court of Malaysia.

List of Counsel

Parties

For the petitioners:

Malik Imtiaz Sarwar (with him Surendra Ananth and Lim Yvonne)
[Messrs. Surendra Ananth]



S/N jMEyxPjs1EC95dfJZh02uQ

**Note : Serial number will be used to verify the originality of this document via eFILING portal

For the respondent:

Dato' Idham Hj Abd Ghani (with him Adam Mohamed, Tuan Mohd Syazwan Muhsin Negara, Dato' Kamaruzaman Muhammad Arif, Dato' Nik Suhaimi Nik Sulaiman, Arham Rahimy Hariri and Muhammad Izzat Dzulkafli)

[Kelantan State Legal Advisor's Office]

Amici Curiae

Jabatan Hal Ehwal Agama Islam Kelantan

Yusfarizal Yusoff (with him Mohd Faizi Che Abu)

[Messrs. Faizi & Associates]

Majlis Agama Islam dan Adat Istiadat Melayu Negeri Kelantan (MAIK):

Tabian Tahir (with him Noor Amalina Mursiedy)

[Messrs. Hashim Amran Tabian Ahmad]

Majlis Agama Islam Wilayah Persekutuan (MAIWP):

Datuk Adnan Seman @ Abdullah (with him Muhammad Rafique Rashid Ali)

[Messrs. Adnan Sharida & Associates]



Sisters in Islam (SIS):

New Sin Yew (with him Siti Summaiyah Ahmad Jaafar)
[Messrs. Amerbon]

Watching BriefsMalaysian Bar

Roshalizawati Muhamad
[Messrs. Shaliza & Partners]

Md Faiez Md Suhaimi
[Messrs. Faiez & Co.]

Fahri Azzat
[Messrs. Fahri, Azzat & Co.]

Badan Peguam Syarie Wilayah Persekutuan

Mohd Tajuddin Abd Razak (with him Majdah Muda)
[Messrs. Hasshahari & Partners]

Persatuan Peguam-Peguam Muslim Malaysia (PPMM)

Haniff Khatri (with him Dato' Zainul Rijal Abu Bakar and Aidil Khalid)
[Messrs. Chambers of Zainul Rijal]



Persatuan Peguam Syarie Malaysia (PGSM)

Dato' Hanif Hassan

[Messrs. Hanif Hassan & Co.]

Datin Rosfinah Dato' Hj Rahmat)

[Messrs. Rosfinah & Co.]

Majlis Agama Islam dan Adat Istiadat Melayu Perlis (MAIPs)

Fakhrul Azman bin Abu Hassan (with him Ahmad Edham Abdulwani
Mohamad)

[Messrs. Azaine & Fakhrul]

Majlis Agama Islam Negeri Islam Negeri Sembilan (MAINS)

Dato' Hanif Hassan

[Messrs. Hanif Hassan & Co.]

Majlis Ugama Islam Sabah (MUIS)

Zakaria Ahmad

[Messrs. Zakaria Ahmad & Co.]

Majlis Agama Islam dan Adat Melayu Perak (MAIPK)

Adham Jamalullail Haji Ibrahim (with him Norazali Nordin)

[Messrs. Adham & Associates]



Majlis Agama Islam dan Adat Melayu Terengganu (MAIDAM)

Sallehudin Harun (with him Yusfarizal Yusoff)

[Messrs. Sallehudin & Partners]

Majlis Agama Islam Melaka (MAIM)

Datuk Haji Mohd Adli bin Ithnin (with him Datin Hajah Rosfinah Dato' Hj Rahmat)

[Messrs. Adli & Co.]



S/N jMEyxPjs1EC95dfJZh02uQ

**Note : Serial number will be used to verify the originality of this document via eFILING portal

