



நீதி முரசு

Neethi Murasu 2005

Ignorantia non excusat legem

Suppressio veri suggestio falsi

Vincit omnia veritas

LAW STUDENTS' THAMIL MANTRAM
SRI LANKA LAW COLLEGE

சட்ட மாணவர் தமிழ் மன்றம் - இலங்கை சட்டக் கல்லூரி

நீதிமரசு

Neethi Marasu 2005





நீதிமுரசு

Neethi Murasu 2005

ஆட்சி - 56

முரசு - 41

வெளியீடு 04-08-2006

Editor

Jeyadevy Sivanandan

இலங்கை சட்டக் கல்லூரி
244, ஹல்ஃட்ரோப் வீதி,
கொழும்பு - 12.

Sri Lanka Law College
244, Hulftsdorp Street,
Colombo - 12.

Cover designed by Jeyadevy Sivanandan

The Three Phrases displayed on the cover page illustrate;

Ignorantia non excusat legem - Ignorance is no plea against the law

Suppressio veri suggestio falsi - Suppression of truth is the suggestion of a falsehood

Vincit omnia veritas - Truth conquers all things

Published by the Law Students' Tamil Mantram, Sri Lanka Law College

Disclaimer:

All views expressed in the Neethi Murasu are those of the individual author and are not to be attributed to the The Editor - Jeyadevy Sivanandan, Law Students' Tamil Mantram, Sri Lanka Law College. Unless expressly stated the views expressed are the author's own and not of any institution the author represents.

Reviews, responses and criticisms:

The Editor Jeyadevy Sivanandan, Law Students' Tamil Mantram welcomes any reviews, responses and criticism of the content published in this issue. (All communication can be made to the address given below).

Editor - Jeyadevy Sivanandan, Law Students' Tamil Mantram,
Sri Lanka Law College,
244, Hulftsdorp Street,
Colombo 12,
Sri Lanka.

வாழியவே

எங்கள் தமிழ் மன்றம்.

இனிதாக. புகழ்வீச. நிறைவாக வாழியவே!

குறளொடு. காப்பியம். தொகை எட்டும்

திருமுறை. பத்தொடு. பதினெட்டும்

உமறொடு. தேம்பா. பிரபந்தம்

உயரெழுத்துடையாள் பதந்தொட்டு. (எங்கள்)

நீதியுரைத்திடு நக்கீரன்

நிறைவுடை இறைபுரி எல்லாளன்.

தீதொழி வாதுரை செய்செல்வி.

திகழ்மனுச் சோழனின் புகழ்சொல்லி. (எங்கள்)

சட்டமுரைத்திடு நெறிகற்போம்.

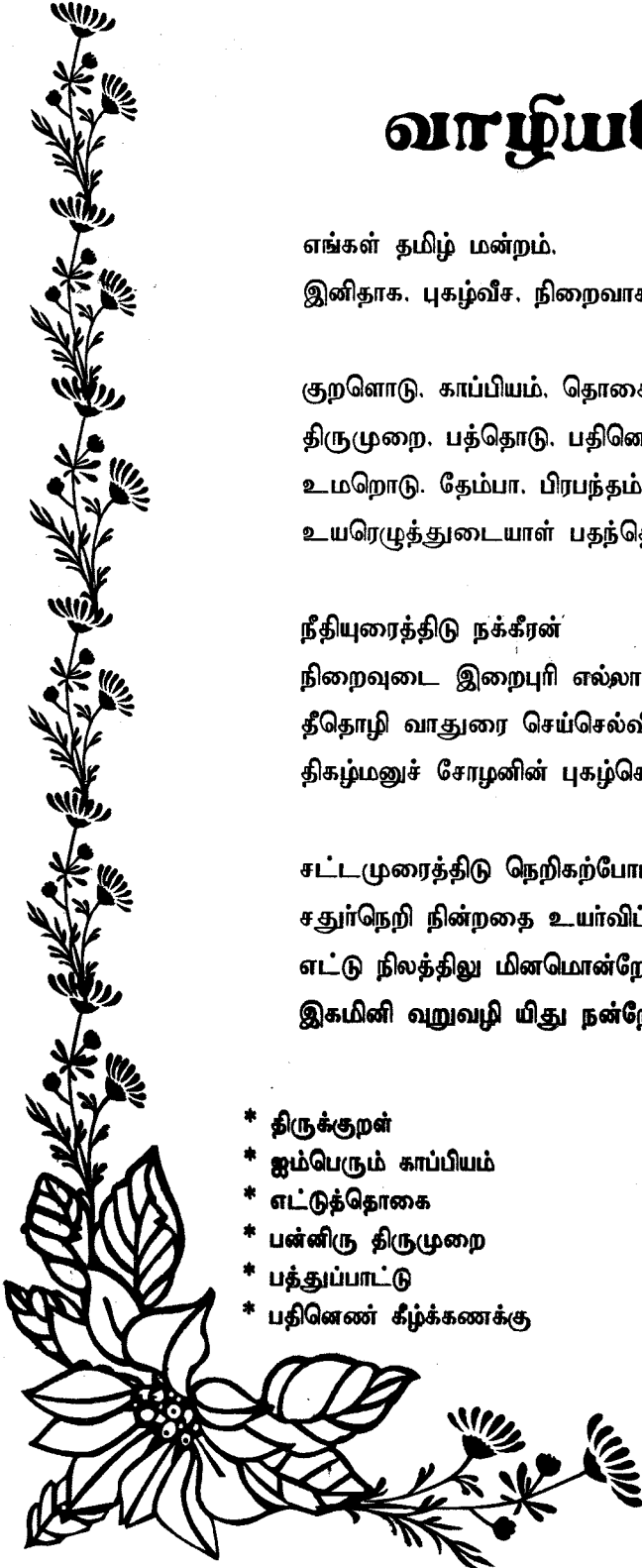
சதுர்நெறி நின்றதை உயர்விப்போம்.

எட்டு நிலத்திலு மினமொன்றே.

இகமினி வறுவழி யிது நன்றே! (எங்கள்)

- * திருக்குறள்
- * ஐம்பெரும் காப்பியம்
- * எட்டுத்தொகை
- * பன்னிரு திருமுறை
- * பத்துப்பாட்டு
- * பதினெண் கீழ்க்கணக்கு

- * சீறாப்புராணம்
- * தேம்பாவணி
- * பிரபந்தங்கள்
- * எழுத்து - இலக்கணம்
- * செல்வி - கண்ணகி
- * சதுர்நெறி - அறம்.
- பொருள். இன்பம். விடு



CHIEF JUSTICE'S CHAMBERS
SUPREME COURT
COLOMBO -12,
SRI LANKA.
Fax : 94 11 2437534
Tel : 94 11 2422142



අග්‍රාධිකරණයේ මාලිගාව
ශ්‍රේණිධායකරණය
කොළඹ 12,
ශ්‍රී ලංකාව.
ෆැක්ස් : 94 11 2437534
දුරකථනය : 94 11 2422142

Message from the Chief Justice

28th July 2006

It is with great pleasure that I write this felicitation message on the occasion of the publication of "Neethi Murasu" – the magazine of the Tamil Mantram of the Sri Lanka Law College. This is the 41st issue of the "Murasu", which shows commendable degree of commitment, consistency and dedication of succeeding groups of Law students who constituted membership of the Tamil Mantram.

This issue contains, as in the past, articles covering a variety of fields of the law and it is indeed a great benefit to law students, practitioners and Judges to have a publication of this type to keep their knowledge abreast of current development in the field of law.

Whilst commending the publisher I wish the Tamil Mantram every success and hope that the good work that has been done will be continued in the future too.

Sarath N Silva
Chief Justice

JUDGE'S CHAMBERS
SUPREME COURT OF SRI LANKA
COLOMBO - 12.



විනිශ්චයකාර නිලමැදිරිය
ශ්‍රී ලංකා ශ්‍රේෂ්ඨාධිකරණය
කොළඹ - 12.


Message from the Chief Guest

23rd July 2006

I take pleasure in issuing this felicitation message for the Annual Kalai Vizha and the launch of the "Neethi Murasu" magazine. The Tamil Mantram of the Sri Lanka Law College is publishing the 41st issue of the Neethi Murasu this year. This highlights the commendable degree of commitment and dedication on the part of the past and present office bearers of the Tamil Mantram.

It is remarkable that despite the small number of Tamil speaking students entering the Portals of the Sri Lanka Law College in recent times, the Tamil Mantram has succeeded in maintaining its high standards and also contributed largely to the development of Tamil legal literature. This issue as in the past, contains a variety of articles in the English and Tamil languages covering several aspects of the law, which will no doubt be of assistance to law students, practitioners and those who are interested in recent developments in the field of law.

I take this opportunity to express my sincere appreciation to the members of the Tamil Mantram for their untiring efforts in achieving this formidable task and hope that the goodwork will be continued in future too.


Justice Saleem Marsoof P.C.,
Judge of the Supreme Court.

Message from the Guest of Honour

25th July 2006

The word "Neethi" in tamil has several meanings contextually and when translated into English embraces , righteousness, justice, justness, and equity.

"Murasu" is drum.

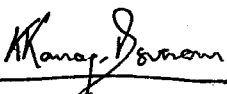
"Neethi Murasu" is the 'Drum of Righteousness' of the student members of the Sri Lanka Law College Tamil Mantram.

It is their voice, their message, their mission statement , through a series of articles covering varied areas of the law.

Launched in the year 1950 by the Late Mr. A. Amirthalingam ,Member of Parliament, the present issue sees the publication of the 41st Magazine in the 56th year after its birth., Fifteen years were lost due to various causes, but since the year 1982 , the publication of Neethi Murasu has been continuous except for the year 1996.

The dedication and commitment of the members of the Tamil Mantram admist, no doubt several constraints, including the paucity of its members in recent years is to be admired and highly commended. They have nevertheless made the 'Neethi Murasu' a repository of legal thought and knowledge.

I therefore take this opportunity to wish the present and future members of the Tamil Mantram every success in their endeavours and ask them to beat the 'Drum of Righteousness' loud and clear so that it might be heard through out the four corners of the globe.



K. Kanag-Isvaran

President's Counsel



ශ්‍රී ලංකා නීති විද්‍යාලය
இலங்கைச் சட்டக் கல்லூரி
SRI LANKA LAW COLLEGE

Message from the Principal

28th July 2006

It gives me great pleasure to send this message to the "Neethi Murasu" magazine published by the Law Students' Tamil Mantram.

The Magazine has been published over the years and this by itself speaks for the dedication and commitment shown by the executive committee and the members of the Tamil Mantram.

By providing a forum for student contributions the "Neethi Murasu" aims at encouraging research of the law and developing the language skills of writers who in the near future will be entering the legal profession of this country.

The Tamil Mantram deserves to be congratulated, for, it has proved itself a very viable student body characterized by enthusiasm in the achievement of its objectives. Its contribution to the life of the College is of immense value.

As the Principal of Law College I have great pleasure in congratulating its able leadership and office bearers. I also wish the Tamil Mantram all success in its future endeavours.

W.D.Rodrigo

Principal, Sri Lanka Law College

பெரும்பொருளாளரின் ஆசிச்செய்தி

நாட்டில் பல்வேறு "முரசுகள்" முழங்குகின்ற இவ்வேளையில் சட்டக் கல்லூரி தமிழ் மன்றம் தொடர்ந்து செயற்படுகின்றது என்பதை அறிவித்து "நீதிமுரசு" முரசு கொட்டுகின்றது.

போர் முரசும், வீரமுரசும் முழங்கும் சப்தத்தை ஒடுக்கி நீதியின் முரசு ஒங்கி ஒலிக்க வேண்டும். மோதி மோதி அழிவதை விடுத்து பேசித் தீர்த்து நாமெல்லாம் முடிவு காணவேண்டும். நம்மக்கள் விடிவு காணவேண்டும். நாட்டில் இந்நிலை தோன்ற வேண்டுமாயின் வீட்டில், சமூகத்தில், கல்விக் கூடங்களில், ஏன் தெருவெல்லாம் சாதி, மத, இன, மொழி வெறி ஒடுங்க வேண்டும்.

வேற்றுமையில் நாம் ஒற்றுமை காணவேண்டும்.

தமிழ் வாழவேண்டும்.

தமிழ்த் தாய் அமைதி காணவேண்டும் - நம் தமிழ் மன்றமும் அதன் வெளியீடு "நீதிமுரசு" என்றும் வாழ வேண்டும் என்ற பிரார்த்தனையுடன்.....

K. Meenakshi

கமலா நாகேந்திரா

பெரும்பொருளாளர்

சட்டமாணவர் தமிழ் மன்றம்

தலைவரிடமிருந்து

சட்டமாணவர் தமிழ் மன்றத்தின் ஐம்பத்தாறாவது அகவையில் பெற்றெடுக்கும் 41வது நீதிமரசு என்ற மகவை அகமிக மகிழ்ந்து வாழ்த்தி செய்தி வழங்குவதையிட்டு அளவில்லா ஆனந்தமடைகின்றேன்.

சட்டக்கல்லூரி மன்றம் வைத்து தமிழ் வளர்த்த சேதி கூறும் வரலாற்றுச் சுவடுகளில் இடம்பிடிக்க வைத்த என் கல்லூரி நாட்கள், தமிழ் மீது நான் கொண்ட ஆத்மார்த்தமான அன்புக்குக் கிடைத்த வெகுமதியாகவே கருதுகின்றேன். சட்டமாணவர் தமிழ் மன்றத்தின் வளமான முற்றத்து மண்ணில் வீழ்ந்த வித்துக்கள் வீண்போகவில்லை. அவற்றில் பல விருட்சமாக வியாபித்து தமிழின் மணம் வீசும் மலர்களை அவ்வப்பொழுது ஒவ்வொரு துறையிலும் தூவிக் கொண்டு தான் வருகின்றன.

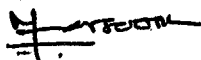
தமிழின் நாண் கொண்டு சட்டத்தின் விட்டங்களைத் தொட்டுப்பார்ப்பதற்கு வில் தந்திருக்கிறது தமிழ் மன்றம். அது பயிற்றுவித்த அர்ச்சனர்கள் அனேகர் இன்று குருச்சேத்திரத்தில் நின்று கொண்டு வித்தை காட்டிக் கொண்டிருக்கிறார்கள். எமது மன்றத்தின் வளர்ச்சிக்காக உழைத்த தலைமைகளையும் அவர்களது தொண்டுகளையும் இந்த பொன்னான தருணத்தில் ரம்மியமாய் நினைவு கூர்ந்து பெருமிதம் அடைகின்றேன்.

எமது வருடாந்த கலைவிழாவும் நீதிமரசு இதழ் வெளியீடும் செவ்வனே நடந்தேற ஒத்துழைப்பு நல்கிய அனைவருக்கும் எனது நன்றிப் பூக்களை காணிக்கையாகச் சமர்ப்பிக்கின்றேன்.

இலங்கைச் சட்டக் கல்லூரியின் சட்ட மாணவர் தமிழ் மன்றம் மென்மேலும் பொலிவுற்று எதிர்காலத்தில் சிறப்புறத் திகழ வேண்டும் எனப் பிரார்த்தித்து உங்களிடமிருந்து விடை பெறுகின்றேன்.

நன்றி

நீதிமரசு	உரத்து	ஒலிக்கட்டும்.
தமிழின் புகழ்	செறிந்து	மணக்கட்டும்.
தமிழ் மன்றம்	வளர்ந்து	சிறக்கட்டும்.

S.M.N.S.A. 

எஸ்.எம்.என்.எஸ்.ஏ.மர்சூம்

தலைவர்

சட்டமாணவர் தமிழ் மன்றம் 2005.

இதழாசிரியரிடமிருந்து

தமிழன்னையின் மகளாய் பிறந்த பேற்றினால் சட்ட மாணவர் தமிழ் மன்றத்தின் 41^ஆ முரசினை மலர வைப்பதற்கு இதழாசிரியையாய் எனக்கு கிடைத்த வாய்ப்பினால் பெரு மகிழ்ச்சியடைகிறேன்.

56 வருடங்களாய் 'வழி தொடர வகுத்தவர்களின் வழியில்' என் பணியை மிகவும் நேர்த்தியாய் நிறைவேற்றியுள்ளேன் என்ற பூரண மனத் திருப்தி எனக்கு கிடைத்திருக்கின்றது.

என்னுடைய முயற்சியும் உழைப்பும் நிச்சயமாய் எனது மலரை 'நீதிமுரசின் வரலாற்றுப் பதிவில்' எப்போதுமே முதலிடத்தில் நிலைநிறுத்தி வைக்கும் என்ற நம்பிக்கையும் எனக்குண்டு.

உளியின் பிடி கொடுக்கின்ற வலியில் சிற்பியின் கரங்கள் மரத்துவிட்டாலும் வடித்த சிற்பத்தின் உச்சி முதல் பாதம் வருடுகையில் வலி பஞ்சாய்ப் பறந்து போம் என்ற நிதர்சனமான உண்மையில் நம்பிக்கையுடையவளாய்; எனது மலருக்காய் சுமைகளை சுகமாய்த் தாங்க துணிந்தேன்.

என் முரசு ஒரு துணை நூலாக அமைந்து கற்றல் செயற்பாட்டிற்கு உதவ வேண்டும் என்ற ஆவல் எனக்கிருந்தது.

எனது மலரின் வாசனைக்காய் தமது நேரங்களை ஆகுதியாக்கி ஆக்கங்களை தந்துதவி நீதிமுரசை பெறுமதிமிக்க கருவூலமாய் மாற்றியிருக்கும் அனைத்து பெருமக்களையும் நண்பர்களையும்; என் நிதிச் சுமையை பகிர்ந்து கொண்டவர்களையும் நிறைந்த நெஞ்சுடன் மனங்கொள்கின்றேன்.

குறிப்பாய் என் மனக்கண்முன் விரிந்த நீதிமுரசு அட்டைப் படத்தை நிஜமாக்கி, நீதிமுரசின் அட்டையின் அழகுக்காய், என் மலரின் வாசனைக்காய் எனக்கு அனைத்து வழிகளிலும் உதவியாயிருந்த என் சகோதரன் சிவானந்தன் சிவபரன் அவர்களுக்கும் எனது உயிர்ப்புள்ள நன்றிகள்.

தடைகள் என்னை சிறைப்படுத்திய போதெல்லாம் அதன் கூண்டுகளை தகர்த்தெறிய வழிகாட்டிய இறைவனுடைய திருப்பாதங்களை வணங்கிப் பிரார்த்திக்கின்றேன்.

சட்ட மாணவர் தமிழ் மன்றம் தனது அரும் பணிகளை தொடர்ந்து நடாத்தி ஒவ்வொரு வருடமும் நீதிமுரசு மலரின் பவனி இடையூறுகள் இன்றித் தொடர வாழ்த்தி.....

S. Jayadevi

ஜெயதேவி சிவானந்தன்

இதழாசிரியர்

சட்டமாணவர் தமிழ் மன்றம் 2005.

Law Students' Tamil Mantram Executive Committee 2005

President	:	S.M.N.S.A.Marsoom
Vice President	:	F.Jehannara. M
General Secretary	:	Ajanthini Ramasamy
Asst. Secretary	:	R.Thillairajan
Treasurer	:	V.Subashini
Asst. Treasurer	:	M.Thiyagaraja
Editor	:	Jeyadevy Sivanandan
Committee Member	:	G.Abimanju R.Navodayam

Law Students' Tamil Mantram Executive Committee 2005



Standing Left to Right : Ms.Subashini Veerappan (Treasurer), Mr.G.Abimanju (Committee Member),
Mr. R.Navodayam (Committee Member), Mr. R.Thillairajan (Asst. Secretary),
Mr. M.Thiyagaraja (Asst. Treasurer), Miss. F.Jehannara. M (Vice President)

Seated Left to Right : Ms.Kamala Nagendra (Senior Treasurer), Miss. Ajanthini Ramasamy (Secretary)
Hon. Sarath N. Silva (Chief Justice), Mr. S.M.N.S.A.Marsoom (President)
Mr. W.D.Rodrigo (Principal) Miss. Jeyadevy Sivanandan (Editor)

Neethi Murasu 2005

- Contents -

Articles	Pages
The Right to a Fair Trial - A Fundamental Human Right Hon.Justice C.V.Wigneswaran	1
Ultra Vires - Its implications Hon.Justice Saleem Marsoof, P.C	6
The position of the State and Public servants viz a viz Fundamental Rights Mr.Faisz Musthapha, P.C	12
Banking Transactions in the Electronic Era Mr.K. Kanag - Isvaran, P.C	17
The Law governing Condominium Properties and some issues that frequently confront Lawyers in its application Mr.A.R.Surendran , P.C	24
Relations Between the Bench and the Bar-Some Random thoughts Mr.J .Viswanathan High Court Judge	37
Disappearances and International Human Rights Law Mr.M.Elancheleyan District Judge	42
இனம் அட்டத்தரணிகளுக்கு..... Ms.S.Ellengovan District Judge/Magistrate	52
உரிமை நிறுவல் வழக்கு (Rei Vindicatio action) Mr.B.T.Vigna Raja District Judge	54
கைத்தொழில் பிணக்குத் தீவுகளில் சான்றுக் கட்டளைச் சட்டத்தின் ஏற்புடையமும் நிழல் ஒப்புரணமதுமான கோட்பாடும் Mr.Mano Sridaran President, - Labour Tribunal, Additional Magistrate	59
Why Protect Trademarks Mr.J.M.Swaminathan	63
Emerging Issues and Sustainability in Engineering Education and Practice in the 21st Century : Broader Education of Civil, Water Resources and Environmental Engineers in the New Millennium Prof K. Vijayaratnam	67

Budgetary Relief Allowance Mr.V. Vimalarajah	72
Expert Witnesses Mr.Palitha Fernando	75
Criminal Sanctions against the Infringement of Copyright in Sri Lanka Dr. D.M.Karunaratna	86
Public Trust Doctrine (Power held in trust) Ms.F.R.C. Thalayasingam	93
The Rome Statute of the International Criminal Court - Some background reflections Mr.V.T.Thamilmaran	99
இலங்கைத் தீங்கியல் சட்டத்தில் அவதூறு Defamation in Law of Delict in Sri Lanka. Mr.G.M.Sivapatham	107
The Bhopal Mirror Asst. Prof. Tapan R. Mohanthy & Gaurav Kamal	114
Some observations on the prevention of cruelty to Animals Ordinance Mr.Jagath Gunawardane	120
From 'Hague' to 'Hamburg' via 'Visby' - Mapping out journey of International Commercial Convention Ms.Anomi Wanigasekera	124
வணிக பரஸ்திரவகாசத்திற்காக பிள்ளைகளைக் கடத்தல் Mr.S. Thurairaja	133
Role of Banks in Relation to the New Anti Money Laundering Legislation Ms.Janaki Kumaraguru & Ms.Priya Sivagananathan	138
A New Jurisdiction for Cyberspace? Mr.M. A. Sumanthiran	143
What is a salvage operation? Can every one claim salvage remuneration after salvaging the property? Ms.Nelun Senanayake	150
நுகர்வோர் உரிமைகளும் இலங்கையின் நுகர்வோர் பாதுகாப்புச் சட்டங்களும் Mr.M.A.M.Hakeem	156
Restrictions on Maximum Shareholdings contained in Articles Mr.K.V.S.Ganesharajan	165
Biometric Technology in Personal Identification and Verification Mr.Swarnarajah Nilakshan	170

பயராகுமன்ஶர் சட்டங்களின் அத்தல்தைப் பெற்ற சட்டவிதிகளை வலிதற்றவை எனத் தீர்ப்பளிக்கும் அதிகாரம் முதல்நிலை நீதிமன்றங்களுக்கு உண்டா? Ms.Safana Gul Begam Ziyath Ahamed	175
ஞுதிபேர் உரிமை. பாதுகாப்பு தொடர்பில் 2000ம் ஆண்டின் 9ம் இலக்க சட்டம் ஓர் நோக்கு.... Mr.Mohomed Sharik Kariyapper	179
The Perils of the Sea and the proximate cause under the English Marine Insurance Law. Ms.H.Vamadeva	183
ஶீட்டு வன்முறைகளைத் தடுப்பதற்கான சட்டம் ஒரு நோக்கு Ms.Arica Sharik Kariapper	187
Obscenity and Law: Critiquing Indian Cinema in Socio-Legal Quagmire Mr.Ankur Gupta	191
தண்டனைக் கொள்கைகள் மீது ஓர் கண்ணோட்டம் Mr.J.Kajanithibalan	197
ஶூக அபிவிருத்தியும் சட்டமும் Mr.Amalavalan Anandaraja	202
ஞுற்றவியல் நடவடிக்கை முறைச் சட்டத்தின் கீழ் ஞுற்றஞ்சாட்டப்பட்டவர் இல்லாத நிலைபரிளை விளக்கம்... Ms.Anuraji Selvanathan	205
நீதி அடையப்படுவதில் மருத்துவ சான்றுகளின் இயையுடமை Mr.A.M.Roshan Akthar	210
Safeguarding the Victims of Crime Ms.Laknadhi Perera	213
ஆதனவுழியரிமை தொடர்பில் வழக்கைத் துணைகளின் உரிமை Ms.Jeyadevy Sivanandan	221
அமைச்சரவை நிபமனங்களில் பின்பற்றப்படவேண்டிய ஜனநாயக விழுமியங்கள் Mr.S.M.N.S.A. Marsoom	232
Legal and Practical Perspectives of Traveller's Cheques Ms.Ajanthini Ramasamy	236
The Ship, International Trade and E-commerce: the Contemporary Trinity Revisited Mr.Prabhakar Singh	239

The Right to a Fair Trial - A Fundamental Human Right

Hon. Justice C.V. Wigneswaran
Retd. Judge of the Supreme Court

Generally a philosophical usage has grown up by which it is deemed that an outcome is "fair", if it was arrived at by a process in which all those concerned had a proper say. In day to day speech the adjectives "fair" and "just" are used more or less interchangeably. "Fairness" nevertheless is an essential component of the concept of Justice.

The right to a fair trial envisages four basic procedural requirements. There are

- (a) to be given notice of the *charge*
- (b) to be afforded an *opportunity to be heard* either by himself or by his lawyer
- (c) to be heard and determined by an *impartial tribunal and,*
- (d) to be entitled to a *public trial.*

These procedural requirements have been laid down in order to prevent unfairness to an accused in arriving at a verdict with regard to his alleged conduct.

An incident takes place. Someone is involved. Generally the victim and the aggressor would know what had taken place. There may be others who had seen the incident. Sometimes the parties themselves may *not* know how an incident had taken place. But a decision as to what took place has to be arrived at by an independent and competent tribunal set up by the society at large for the maintenance of law and order. A civilized society before arriving at a conclusion as to what

happened, grants the person suspected of the commission of the offence adequate opportunity to defend him or herself. The concept of a fair trial goes beyond the question of public order and the enforcement of the law and embodies the principle that every person however lowly or however guilty he or she may be, is entitled to an impartial trial in which he or she must be presumed to be innocent until proven guilty. Throughout the period such person stands his or her trial, the *presumption of innocence* would remain. It must be remembered that without a fair trial all the rights vouchsafed by the substantive law would be worthless. Thus it is a basic human right of an accused to have a fair trial.

It is to ensure such a right that procedural fairness has been insisted upon.

1. CHARGE

Procedural fairness requires real notice of the charge against him or her for which he or she is being tried. Conviction upon a charge not made known is deemed to be a denial of justice. The purpose why the accused has to be made aware of the charge sufficiently in advance of the trial, is to enable him to prepare his defence.

Section 164 of the Code of Criminal Procedure Act of Sri Lanka requires a Charge to state the offence by name if possible or by sufficient definiteness the offence with which a person is accused upon. The punishable law or section shall

be mentioned in the charge. Section 164(5) presumes that such references are equivalent to a statement that every legal condition required by law to constitute the offence charged had been fulfilled in the particular case. The charge must be read out to the accused in a language which the accused understands. There was a case in the High Court of Colombo where the charge was in Sinhala. The accused spoke no other language but Tamil. I wanted the charge to be framed in Tamil and read out. The State Counsel took Three months to prepare the charge sheet in Tamil during which period the accused had to languish in Remand under the provisions of the Prevention of Terrorism Act. The cause for delay given by the State was that there were no translators. After I told the State Counsel that I would do it myself if he had so much of difficulty, then only did the translation see light of day.

2. OPPORTUNITY OF BEING HEARD

Once charged properly, he or she could then confront the prosecution witnesses by cross examining them also while preparing to present his defence. Right throughout this process, the accused is presumed to be innocent until he is found to be guilty. The onus of establishing the guilt of the accused in Sri Lanka lies entirely on the prosecution. The accused has the right to remain completely silent, thus requiring the prosecution to prove the case against the accused, without any assistance from the accused himself or herself.

But if the accused needs legal advice and aid, the right of representation has been made part and parcel of our Law. Every person accused before any Criminal Court "... may of right be defended by an Attorney-at-Law..." says Section 260 of our Code of Criminal Procedure Act No. 15 of 1979. The earlier Section 287 of our old Criminal Procedure Code similar in many respects to the

present Section, came up for interpretation by our Supreme Court as far back as in 1965 in *Premaratne v. Gunaratne*¹ T.S.Fernando, J. observed that this right is ingrained in the Rule of Law. In that case, the accused had from the date of being charged by the Magistrate upto the date of trial, been on remand in connection with another charge. He was unrepresented at the trial and had therefore not cross - examined any of the prosecution witnesses. It was held that in the circumstances of that case the accused had not been in a position to exercise his "*right to representation*". The case was sent back for a fresh trial. Thus, the Section dealing with the right of representation under the earlier Criminal Procedure Code was held by the Supreme Court of Sri Lanka to have enacted not a mere permissive right but a right which if expressly or even by implication were to be denied to an accused, it had the effect of vitiating the trial. There are many cases which have recognized an accused's right to be defended as an ingrained right. For example, a reasonable request for time to engage a lawyer for the defence was held not to be refused in terms of the decision in *Jayasinghe v. Munasinghe*² It was held in *The Queen v. Peter*³ that a "lawyer who is retained must be given sufficient time for preparation". It was also held that a Magistrate should inform an unrepresented accused of his right to representation at the earliest opportunity and wherever necessary refer him to legal aid facilities.

We have gone even further. Justice Weeramantry who later became a member of the International Court of Justice at Hague, in *Subrarnaniam v. Inspector of Police, Kankasanturai*⁴ held that, if a lawyer retained by

¹ 71 N.L.R. pp. 113.

² (1959) 62 N.L.R. pp. 527.

³ (1961) 64 N. L. R. pp. 120.,

⁴ (1968) 71 N.L.R. pp. 204.

an accused is not permitted to cross examine a witness who had given evidence at a time when the accused was unrepresented, it would amount to denial of a fair trial. It was held that, a Magistrate must satisfy himself that the accused has had reasonable time to retain a lawyer.

Section 41 of our Judicature Act states as follows:

"(1) Every Attorney-at-Law shall be entitled to assist and advise clients and to appear, plead or act in every court or other institution established by law for the administration of justice and every person who is a party to or has or claims to have the right to be heard in any proceeding in any such court or other such institution shall be entitled to be represented by an Attorney-at-Law."

"(2) Every person who is a party to any proceeding before any person or tribunal exercising quasi-judicial powers and every person who has or claims to have the right to be heard before any such person or tribunal shall unless otherwise expressly provided by law be entitled to be represented by an Attorney-at-Law."

Article 13(3) of our Constitution states,

"Any person charged with an offence shall be entitled to be heard, in person or by an Attorney-at-Law, at a fair trial by a competent court."

On the basis of abovesaid decisions and statutory provisions a right to representation *must be* recognized as an ingrained right in the accused. Without the service of a Counsel an accused would be unable to exercise his constitutional rights - viz, The right to remain silent, to cross-examine witnesses, to present his case with skill and knowledge of the law. A layman is no match for the skilled prosecutor.

"The right to be heard would in many cases be of little avail if it did not comprehend the right to be heard by Counsel. Even the intelligent and educated layman has small and sometimes no skill in the science of law. If charged with crime, he is incapable generally of determining for himself whether the indictment is good or bad. He is unfamiliar with the rules of evidence; left without the aid of Counsel he may be put on trial without a proper charge, and convicted upon incompetent evidence or evidence irrelevant to the issue or otherwise inadmissible. He lacks both the skill and knowledge adequately to prepare the defence, even though he has a perfect one. He requires the guiding hand of Counsel at every step in the proceedings against him. Without it, though he be not guilty, he faces the danger of conviction because he does not know how to establish his innocence. If that be true of men of intelligence, how much more true is it of the ignorant and illiterate or those of feeble intellect!" per Douglas, J. in *Argersinger v. Hamlin*,⁵

But the question arises whether such ingrained right exists in theory only or whether there also exist effective opportunities for the exercise of this right in Sri Lanka.

Though every accused has the Constitutional right to engage a lawyer and secure his services for his defence, he may not be able to exercise this right of Counsel, on account of reasons such as poverty or indigence. Poverty is no ground for denying to one who is accused of serious crime, the option of being defended by Counsel. Hence arises the need for free legal assistance, where liberty is in jeopardy. Article 14(3) of the International Covenant on Civil and Political Rights guarantees to every one: "the right to be tried in his presence and to defend himself in person or through legal assistance of his own

⁵ (1972) 407 U.S pp. 25.

choosing, to be informed, if he does not have legal assistance, of his right; and to have legal assistance assigned to him in any case where the interests of justice shall require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it".

The Legal Aid Law 1978 provides for the grant of legal assistance to deserving persons and for the establishment of a Legal Aid Commission and a Legal Aid Fund. It is in the discharge of its obligation to provide free legal aid to an accused person charged with major offences that the Court assigns Counsel to such accused person. (vide also Section 353 of the Code of Criminal Procedure Act). Yet the poverty of most accused persons and the voluntary character of Free Legal Aid Services sometimes renders this right incapable of exercise. It is my view that this right be strengthened by institutionalized machineries solely directed towards protecting the substance of the right to representation. The Public Defender Departments, established in many American States are said to perform this function in a satisfactory manner. Their usefulness is not only at the trial stage but also in that important pre-trial stage when the accused is in police custody and is helpless to take necessary steps to establish his innocence before being charged or to obtain release on bail. Let me commit such a scheme for study by the Law students & Lawyers. The state could be persuaded to conform to your recommendations.

Apart from employment opportunities for young and energetic lawyers, such a Department installed in Sri Lanka might be able to check and prevent torture in Police Stations and delay in prosecutions apart from granting satisfactory legal aid.

3. RIGHT TO A FAIR HEARING

Lord Denning observed in *Kanda v. Government of Malaya* ⁶ "If the right to be heard

⁶1962 A.C. 322,

is to be a real right which is worth anything, it must carry with it a right in the accused man to know the case which is made against him. He must know what evidence has been given and what statements have been made affecting him; and then he must be given a fair opportunity to correct or contradict them".

The right to a fair hearing is an essential requirement of Natural Justice. The maxim "No one shall be condemned unheard" expresses a principle of Natural Justice. "*Audi alteram partem*" as a basic principle of law exhorts "hear the other side".

A fair trial envisages a fair hearing within a reasonable time. That means it postulates a speedy trial. Unreasonable delay is presumptively prejudicial.

The Privy Council in Bell v. D.P.P.,⁷ observed with reference to the Constitutional right to a fair hearing within reasonable time granted by the Constitution of Jamaica - "The Courts of Jamaica must balance the fundamental right of the individual to a fair trial within a reasonable time against the public interest in the attainment of justice in the context of the prevailing system of legal administration and the prevailing economic, social and cultural conditions to be found in Jamaica".

Thus the phrase "within reasonable time" may differ in content from country to country. In the dispatch of Criminal Justice, nevertheless, the necessity of avoiding unnecessary delay is manifest. Prisoners on remand are kept in captivity when they may be acquitted. In which event such incarceration becomes unnecessary. Even those on bail pending trial are subjected to the anxieties and inconveniences of such an impending trial. Thus justice must be achieved as swiftly as possible within the existing limitations but should not be

⁷1986 LRC (Constitution) pp. 392 at 401

achieved in a slipshod manner. It was stated in *Smith v. U.S*⁸ "while justice should be administered with dispatch, the essential ingredient is orderly expedition and not mere speed".

It is of fundamental importance that the Judge or tribunal be impartial and independent. A Judge must be able to decide a case without fear of reprisals whether from the Executive or from any other quarter. Article 10 of the Universal Declaration of Human Rights stresses,

"Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him"

"Justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done" said Chief Justice Lord Hewart in *Rex v. Sussex Justices ex p Mc Carthy*.⁹

A person can be deprived of his liberty only by a Court which is competent to try him. Therefore a court must have jurisdiction to try him or her before it can pass judgment. Competency of the tribunal is the threshold question at a trial.

4. PUBLIC TRIAL

Fair trial implies that a trial has to be held in public since it would be a safeguard against any form of persecution. Public trial protects an accused from secret proceedings where there would be no opportunity available to an accused to secure Counsel, to prepare his defence and cross-examine witnesses. It also restrains potential abuse of judicial power. The presence of the public at a trial would remind both witnesses and the officers of Court of their responsibilities. Justice

Stewart said in *Richmond Newspapers v. Virginia*¹⁰, "A trial court room is a place where representatives of the press and of the public are not only free to be, but where their presence serves to assure the integrity of what goes on".

Article 106 of the Constitution of Sri Lanka under Chapter XV on the Judiciary states as follows:

106 (1) The sittings of every court, tribunal or other institution established under the Constitution or ordained and established by Parliament shall subject to the provisions of the Constitution be held in public, and all persons shall be entitled freely to attend such sittings,

(2) A judge or presiding officer of any such court, tribunal or other institution may, in his discretion, whenever he considers it desirable

- (a) in proceedings relating to family relations
- (b) in proceedings relating to sexual matters
- (c) in the interest of national security or public safety, or
- (d) in the interests of order and security within the precincts of such court, tribunal or other institution,

exclude there from such persons as are not directly interested in the proceedings therein.

Thus a right to a fair trial is a fundamental human right recognized by all civilized jurisdictions and all obstacles in the way of the enjoyment of such a right must consciously be removed and steps taken to protect accused persons, specially those in indigent circumstances by conforming to those procedural safeguards herein before enumerated.

⁸ (1959) 360 U.S. pp. 1-10

⁹ (1924) 1 KB pp.256 at 259.

¹⁰ (1980) 448 U.S pp. 555

Ultra Vires - Its implications

Justice Saleem Marsoof, P.C
Judge of the Supreme Court of Sri Lanka

The doctrine of *ultra vires* has been utilized in many areas of the law. For instance, it has been described as the "central principle of administrative law"¹ Over the years this has been questioned by the likes of Lord Woolf of Barnes who described it as a "fairy tale"², and Sir John Laws who called it a "fig leaf"³, but the concept has somehow survived and still has vociferous defenders.⁴

Almost the same thing has happened in company law. Originally, the *ultra vires* doctrine applied only to 'statutory' companies incorporated by special Act of Parliament for the purpose of constructing railways, canals and other public works,⁵ and did not apply to 'deed of settlement' companies which were the forerunners of the

modern company. The decision in *Ashbury Railway Carriage and Iron Company Ltd. v. Riche*⁶ had the double effect of confirming that the doctrine applied to companies incorporated by registration under the Companies Act in the United Kingdom, and also that an *ultra vires* act of a company could not be validated even by a unanimous ratification. The rule was implicitly adopted, as much as it was almost universally in the rest of the world, by the legislation enacted in Sri Lanka (formerly Ceylon) with respect to companies.⁷ The Companies Act presently in force in Sri Lanka⁸ makes no explicit reference to the doctrine of *ultra vires*, but provides that a company is incorporated by the minimum number of persons required to constitute the company "subscribing their names to a memorandum of association"⁹ and lists the "objects of the company" as one of the matters that should invariably be set out in the memorandum of association.¹⁰ Section 4 of the Act distinguishes between 'primary

¹ Wade and Forsyth, *Administrative Law* (8th ed., 2000), p. 35 approved in *Baddington v. British Transport Police* [1999] 2 AC 143 at 171 *per* Lord Steyn.

² Lord Woolf of Barnes 'Droit Public-English Style' [1995] *Public Law* 57 at 66, adopting the phrase coined by Lord Reid in 'The Judge as Lawmaker' 1972] *The Journal of Public Teachers of Law* 22, to describe those who denied the judiciary any law making role.

³ Sir John Laws, 'Illegality: the problem of jurisdiction' in Supperstone & Goudie (eds), *Judicial Review* (1992) 67.

⁴ See, Christopher Forsyth, 'Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review, [1996] 55 CLJ 122.

⁵ See, *East Anglian Railways Co. v. Eastern Counties Railway Co.* (1851) 11 CB 775 and the general discussion by Lord Cranworth LC in *Shrewsbury & Birmingham Railway Co. v. North-Western Railway Co.* (1857) 6 HL Cas 113 at pp. 135-8.

⁶ (1875) LR 7 HL 653.

⁷ Section 3 of the Introduction of English Law Ordinance (Civil Law Ordinance) of 1861 made the English law relating to "corporations" applicable in general, and the Companies Ordinance No. 51 of 1938, which itself was fashioned on current English legislation, through its various provisions relating to the objects of the company, accommodated the doctrine of *ultra vires*.

⁸ Companies Act No. 17 of 1982.

⁹ *ibid.*, Section 2(1).

¹⁰ *ibid.*, Section 3(1).

objects', namely "the objects which the subscribers of promoters intend that the company should carry out during the period of 5 years from the date of the commencement of business by the company" and 'other objects' which obviously are objects which are not primary objects and can only be carried out with the prior sanction of a special resolution of the company. Section 4 also distinguishes between 'objects' and 'ancillary powers' which are necessary for carrying out the objects of the company. There is no express reference to the doctrine of *ultra vires* even in Section 34 of the Act which provides for the manner in which contracts may be made on behalf of the company, but it is clear from the case law that the doctrine is part of our law.¹¹

The effect and utility of the doctrine of *ultra vires* is best illustrated by reference to the facts of the classic decision of the House of Lords in *Ashbury Railway Carriage and Iron Company Ltd. v. Riche*.¹² The objects of the company in question were to make and sell, or lend on hire, railway carriages and wagons, and all kinds of railway plant, fittings, machinery and rolling stock, and to carry on the business of *inter alia* mechanical engineers. The directors of the company entered into a contract to buy a concession for the construction of a railway in Belgium, and purported to sub-contract the construction work to Mr. Riche. The House of Lords held that constructing a railway, as opposed to railway carriages and rolling stock, was not within the objects of the company and that the company did not have the capacity to enter into a contract to build a railway, and further that the

subsequent unanimous ratification of the contract by the shareholders was to no avail.

At first, the principle of the *Ashbury Railway* case had been followed consistently in almost all jurisdictions, and was justified mainly on three grounds. Firstly, it was acknowledged that the *ultra vires* doctrine served the state's interest in that it allowed the government to keep each corporation within the narrow bounds of specific activity. As Justice Brandeis explained in his dissenting judgment in *Liggett Co. v. Lee*,¹³ restricting corporations to enumerated activities was a way to limit their economic power and influence in society in general. Harry Rajak, argues that an aggressive *ultra vires* doctrine was "underpinned by concern for the possible social, economic and political damage which corporations might inflict."¹⁴ Secondly, the doctrine was said to protect the interests of the shareholder, or as Rajak puts it, "the investing public"¹⁵. As the Court asked in the first ever English case to apply the doctrine of *ultra vires*: "Do the powers.....to do all that is necessary for the purpose of carrying on and working the railroad, imply that the directors are to be at liberty to pledge the funds of the company for a completely different transaction, in the hope that it might turn out to be a profitable one.....?"¹⁶ Thirdly, the *ultra vires* doctrine was regarded as serving not only the interests of the state and shareholders but also the interests of others who had dealings with the firm, in particular those who contributed inputs to the business. As the company's ability to pay for goods and services supplied to it depended in part on the return on the activities for which such inputs were used and because business activities varied in risk and

¹¹ See, for instance the judgment of the Privy Council in *Jupiter Cigarette & Tobacco Co. Ltd. v. Soysa* 72 NLR 12 (SC) 72 NLR 241 (PC). See also, *Liyanage and Others v Gampaha Urban Council and Others* [1991] 1 Sri LR 1 and *Patrick Lowe & Sons v Commercial Bank of Ceylon Ltd.*, [2001] 1 Sri LR 80.

¹² (1875) LR 7 HL 653.

¹³ 288 US 517 (1933) at 554 to 555.

¹⁴ Harry Rajak, 'Judicial Control: Corporations and The Decline of Ultra Vires', (1995) 26 *Cambrian L. Rev.* 9.

¹⁵ *ibid.*, at 17.

¹⁶ *Colman v E. Counties Ry. Co.*, 50 Eng. Rep. 481 at 487.

return, those who contributed such inputs cared about the nature of the company's activities. Thus the doctrine of *ultra vires* was sought to be justified on the basis that it protected suppliers, creditors and other third parties.¹⁷

However, the latter part of the twentieth century saw the *ultra vires* doctrine going out of favour almost all over the world. Although the Law Lords in the *Ashbury Railway* case were convinced that they were protecting creditors by insisting on certainty about the extent of a company's capacity, in practice the *ultra vires* rule was very unfair to persons contracting with companies. It assumed that a person contracted with a company only after reading its memorandum of association to ascertain whether the contract was for a purpose within its objects. In practice, however, few persons have ever bothered to read the memorandum of a company they were contracting with, and drafters of objects clauses have tried to counter the *ultra vires* rule by producing lengthy and wide-ranging objects clauses. Apart from enumerating objects at great length and prolixity, drafters of memorandum of association adopted devices such as including clauses to ensure that none of the specified objects shall be construed restrictively,¹⁸ setting out what are essentially powers of the company as objects of the company,¹⁹ and authorizing the company or its directors to determine the limits to which the company's objects may from time to time be extended.²⁰

These drafting devices were received by the courts "with unfavourable comment but, on the

whole, grudging support,"²¹ and went a long way to mitigate the harshness of the rule while at the same time reserving its use in cases of blatant corporate wrongdoing. The judges, who had in the past fashioned various exceptions to the doctrine of *ultra vires*, such as the rule in *Royal British Bank v. Turquand*,²² were willing in some jurisdictions to invoke the rules of estoppel against companies that used the *ultra vires* doctrine to avoid their obligations. In the United States, the judges reasoned that corporations that held themselves out as having certain capacities and enticed others to enter into contracts on the basis of such representations should be estopped from pleading *ultra vires* as a defense to an action on such a contract.²³ If creditors were the only stakeholders who suffered from a strong *ultra vires* doctrine, the doctrine might have been saved by an increasing use of the estoppel exception. Both shareholders and the state, however, came to recognize that their interests, too, would be served by a weakening of the doctrine. In the United States various State legislatures began to compete for corporate charters by offering statutes that, first, allowed corporations to list any number of authorized activities and powers, and, later, that required no listing of specific powers at all. The passage of general incorporation statutes by these States was consistent with the increasingly popular intellectual and political argument that corporations were best seen as private entities rather than creatures of the state.²⁴ Similarly, a strong *ultra vires* doctrine decreasingly served shareholder interests. Once it was acknowledged that the shareholder is supreme in corporate

¹⁷ See, *British Equitable Assurance Co. Ltd v. Baily* [1906] AC 35.

¹⁸ *Cotman v. Brougham* [1918] AC 514.

¹⁹ *Re Introductions Ltd.*, [1970] Chancery 199; [1969] 1 All ER 887.

²⁰ *Bell House Ltd. v. City Wall Properties Ltd.* [1966] 2 QB 656.

²¹ L.S. Sealy, *Cases and Materials in Company Law*, (7th Ed 2001) 145.

²² (1856) 5 E. & B. 248.

²³ *Whitney Arms Co. v. Varlow* 63 New York 62 at 70 (1875).

²⁴ Kent Greenfield, 'Ultra Vires Lives! A Stakeholder Analysis of Corporate Illegality' (2001) 87 *Virginia Law Review* 1279 at 1294.

management and he could avail himself even of a derivative action to protect his interests²⁵, the shareholder no longer needed the *ultra vires* doctrine to protect them from managerial overreaching. Indeed, once managers were charged with a legal duty to protect shareholder interests, limiting the uses of shareholder capital could be counter-productive. These were the factors that led to agitation for the abolition of the doctrine of *ultra vires*.

In the United Kingdom, abolition of the *ultra vires* rule was first recommended in 1945 by the Committee on Company Law Amendment.²⁶ At the end of 1985 the Government appointed Dr. D. Prentice to conduct a study of the legal and commercial implications of abolishing the *ultra vires* rule.²⁷ The reform that was brought about in United Kingdom in 1989, took the form of a new Section 35 to the Companies Act of 1985.²⁸ Section 35(1) sought to abolish the *ultra vires* rule by providing that-

"The validity of an act done by a company shall not be called into question on the ground of lack of capacity by reason of anything in the company's memorandum."

However, even under the new legislation it remains the duty of the directors to observe any limitations on their powers flowing from the

²⁵ *Amarasekere v. Mitsui Co.Ltd. and Others* [1993] 1 Sri LR 22.

²⁶ Cmd 6659, para. 12.

²⁷ See Department of Trade and Industry, *Reform of the Ultra Vires Rule: A Consultative Document* (London: DTI, 1986), which includes Dr. Prentice's report. For comments on the report, see [1986] JBL 346; M. Stamp (1986) 136 NLJ 962; B. M. Hanningan, 'The reform of the *ultra vires* rule' [1987] JBL 173; S. N. Frommel, 'Reform of the *ultra vires* rule: a personal view' (1987) 8 Co Law 11; R. Pennington, 'Reform of the *ultra vires* rule: (1987) 8 Co Law 103.

²⁸ The new section was introduced by Section 108 of Companies Act of 1989.

company's memorandum²⁹ and a member of a company may bring proceedings to restrain the doing of an act in excess of those powers.³⁰ So, by applying the modern law in force in England to the *Ashbury Railway* case, the directors committed a breach of duty by making the contract and might have been restrained by action by a member, but once the contract was made its validity could not be questioned provided that the making of the contract was "an act done by the company." It might be objected that it was not such an act because the directors had no power to make the contract. This objection is met by section 35A(1) which provides that-

"In favour of a person dealing with a company in good faith, the power of the board of directors to bind the company, or authorise others to do so, shall be deemed to be free of any limitation under the company's constitution."

A person is presumed to have acted in good faith unless the contrary is proved and is not to be regarded as acting in bad faith merely because he knows the act is beyond the directors' powers. An *ultra vires* act by the directors may now be ratified, but only by special resolution which does not affect any liability incurred by the directors or any other person, and any such relief must be agreed to separately by special resolution. It must be observed that the Companies Act of 1989 did not follow exactly Dr. Prentice's recommendations and commentators have suggested that there may

²⁹ Section 35(3) of the Companies Act 1985 as amended by the Companies Act 1989.

³⁰ *ibid.*, Section 35(2). It is relevant to note that Section 3A of the Companies Act 1985 (also introduced in 1989) provided that "where the company's memorandum states that the object of the company is to carry on business as a general commercial company, the object of the company is to carry on any trade or business whatsoever, and the company has the power to do all such things as are incidental or conducive to the carrying on of any trade or business by it."

be difficulties with the new law.³¹ It is also relevant to note that in the United Kingdom, formerly a corporation's contracts were invalid unless made under the corporate seal but, since the UK Corporate Bodies' Contracts Act of 1960, a corporation may make contracts in the same manner as a natural person. The UK Companies Act of 1989 also abolished the doctrine of deemed notice of the contents of a company's memorandum and articles.

In Sri Lanka, the Advisory Commission on Company Law has been working since 1995 on company law reform, and has carefully considered the legislative changes introduced in the United Kingdom and the other parts of the world. On the basis of the recommendations of the Commission, the Draft Companies Act, 2005 has been prepared. It appears that the provisions of the draft bill somewhat differ from the legislation adopted in the United Kingdom, and are closer to the Canadian legislation. The Sri Lankan bill does not have any provisions for a memorandum of association, which altogether goes out of the company scene.

Under the Sri Lankan Bill, for incorporating a company all that is necessary is to file an application in the prescribed form signed by the initial shareholders together with the prescribed declaration and the consent of the initial directors and initial secretary.³² No memorandum of association is required, and even the articles of association signed by the initial shareholders has to be filed only if they wish to adopt something different from the articles set out in the First Schedule of the Draft Act.³³ The First Schedule does

³¹ See J. Poole, 'Abolition of the *ultra vires* doctrine and agency problems' (1991) 12 Co Law 43; E. Ferran, 'The reform of the law on corporate capacity and directors' and officers' authority' (1992) 13 Co Law 124 and 177.

³² Clause 4 of the Draft Companies Act, 2005.

³³ *ibid.*, Clause 4(1)(a).

not provide for an 'objects clause', but Clause 13 of the Draft Act provides that-

"The articles of association of a company may provide for any matter not inconsistent with the provisions of this Act other than the First Schedule hereto, and in particular may provide for-

- (a) the object of the company;
- (b) the rights and obligations of shareholders of the company; and
- (c) the management and administration of the company."

It is clear from this that including an 'object clause' in the articles is not generally compulsory³⁴, but articles could contain objects if the initial shareholders deem it necessary. The Draft Companies Act, 2005 seeks to mitigate the rigours of the doctrine of *ultra vires* by expressly providing that where the shareholders chose to include an 'objects clause' in the articles providing for-

"any restriction on the business or activities in which the company may engage -

(a) the capacity and powers of the company shall not be affected by such restriction; and,

(b) no act of the company, no contract or other obligation entered into by the company and no transfer of property by or to the company, shall be invalid by reason only of the fact that it was done in contravention of such restriction."³⁵

³⁴ except in regard to a company limited by guarantee, see Clause 32(1) of the Draft Companies Act, 2005.

³⁵ *ibid.*, Clause 17(2). The draft bill also dispenses with the need to enter into contracts under seal, and provides in Clause 19(1)(a) that any obligation which if entered into by a natural person is required to be in writing and notarially attested, may be entered into on behalf of the company in writing signed by the two directors, except where there is only one director, and notarially executed.

It is relevant to note that this provision does not altogether take away the doctrine of *ultra vires*, which is preserved as far as internal management is concerned. The Draft Act provides that where an 'objects clause' is found in the articles, the objects so set out "shall be deemed to be a restriction placed by the articles in carrying on any business or activity that is not within those objects, unless the articles expressly provide otherwise."³⁶ The Draft Act also preserves the right of a shareholder or director of a company to make an application to court under Clause 236 to restrain the company "from acting in a manner inconsistent with a restriction placed by the articles, unless the company has entered into a contract or other binding obligation to do so."³⁷ The Draft Act also expressly saves the liability of a director of a company for action in breach of the provisions of Clause 191.³⁸

The question arises as to whether the changes sought to be brought about by the Draft Companies Act, 2005 would have the effect of permitting a company to indulge in *any* activity if the articles so permit. In this context, it is relevant

to note that it has been suggested by a leading American academic that notwithstanding the global reforms-

"the *ultra vires* doctrine remains vibrant in one important way. Although corporations need not enumerate a single purpose for their existence and are not constrained to exercise only specifically identified powers, modern state statutes and articles of incorporation nevertheless charter corporations only for "lawful" purposes."³⁹

The above observation was made after a study of United States legislation which invariably required that corporations are incorporated for 'lawful' purposes. It is relevant to note that although the Companies Act of 1982 insisted on a "lawful purpose,"⁴⁰ the Draft Companies Act, 2005 does *not* expressly seek to impose such a requirement. Nonetheless, lawfulness of objectives may be inferred from provisions such as Clause 175 providing for an investigation where the business of a company is being conducted for an unlawful purpose. It is important to remember that companies may therefore be under a duty to obey the law.

³⁶ *ibid.*, Clause 17(1).

³⁷ *ibid.*, Clause 17(3).

³⁸ *ibid.*,

³⁹ Kent Greenfield, 'Ultra Vires Lives! A Stakeholder Analysis of Corporate Illegality' (2001) 87 *Virginia Law Review* 1279 at 1281.

⁴⁰ See, Section 2(1) of the Companies Act No.17 of 1982.

“The position of the State and Public servants viz a viz Fundamental Rights”

Faisz Musthapha
President's Counsel

An ordinary legal right is protected and enforced by the ordinary law of the land. A fundamental right is one which is protected and guaranteed by the Constitution. It is protected because it cannot be altered except by amending the Constitution itself. It is therefore in the nature of a right which an individual has against the State itself. The party bound by the Fundamental Right is the State. The State must necessarily act apart from the political hierarchy through State and public servants. So naturally State and public servants are called upon to answer petitions alleging the violation of Fundamental Rights. I propose to identify very briefly the more pertinent areas in which allegations of violations Fundamental Rights have been made and the guidelines worked out by the Supreme Court in such situations.

Initially the focus of Fundamental Rights litigations was on those Articles which deal with the Fundamental Rights of personal security and physical liberty. Principally they dealt with freedom from arbitrary arrest and detention, freedom from being subjected to torture or cruel inhuman or degrading treatment. In the main it dealt with coercive Police action and action taken under Emergency Regulations principally by the Secretary, Ministry of Defence and the Competent Authority appointed under the Emergency

Regulations to enforce censorship. However, the thrust of Fundamental Rights litigation now lies elsewhere. Traditional administration dealt principally with the maintenance of law and order and settlement of disputes. Development administration focuses on the process of development as distinguished from the administration of law and order. This system involves a complex of new agencies, management systems and processes whereby the citizen is drawn into dealing with the State acting as it does through its officers.

Hence this has resulted in expanding the horizons of Fundamental Rights and I shall endeavour to touch on those emerging areas in which the conduct of public officers has come under scrutiny in the Fundamental Rights jurisdiction and refer briefly to the guidelines laid down by the Supreme Court in certain frequently recurring situations.

Article 12(1) states that all persons are equal before the law and are entitled to the equal protection of the law. This is referred as the “*Equal protection clause.*”

There are two possible situations in which this clause could be invoked.

1. The obvious situation is that where, although two persons are similar, you treat them differently. For example, although A and B have

identical qualifications, you overlook A and appoint B to a post without any rational ground for the preference. Quite clearly this is violative of Article 12(1) as there is obvious discrimination.

2. But must you always have a comparison? What happens when it is the first occasion on which you discriminate. For instance, the Establishments Code has certain norms. If a public servant desires an extension of service, there is a certain procedure by which his application has to be determined. What would be the position if the appointing authority arbitrarily disregards all the provisions and refuses the application? Can it be said that there is discrimination on the footing that there has been a departure from the norm? If this argument prevails then even arbitrary and capricious exercise of power without a person being able to point to another person as being comparable would be violative of Article 12(1).

In India, the Supreme Court has held that where the State arbitrarily and capriciously departs from a prescribed norm or practice, there is a violation of the equal protection clause.

This point came up for consideration by our Supreme Court in what is referred as the '*Elmore Perera*' Case¹.

In this case a senior public servant who was a Deputy Surveyor-General, invoked Article 12(1) against the State. He complained that he had been compulsorily retired without any good grounds and without any consideration of his explanation purely because of the animosity which a particular Minister bore towards him. He complained that he had been discriminated because a particular circular had been wrongly applied to him and that the Establishments Code had not been followed. The Court held that the Public Administration

circular had been misapplied and the Establishments Code had not been followed. However, the majority took the view that although his retirement was in violation of the Establishments Code, since he was unable to compare himself with another person and therefore show that he had been discriminated against, there was no violation of Fundamental Rights. In another words, on this view there is no discrimination if in fact you arbitrarily depart from the norm prescribed. The minority view however was that Article 12(1) is intended to protect the citizen against arbitrary action and that therefore a capricious departure from existing rules is a violation of Article 12(1).

In that case it was unfortunate that although Court was of the opinion that there was a blatant abuse of power, it went on to hold that there was no violation of Fundamental Rights.

However, the Supreme Court has not followed this judgment in subsequent cases. There are subsequent decisions in which the Court has held that arbitrary decisions in the teeth of prescribed practices or regulations could be violation of Article 12(1). Hence in the present state of the law if established procedures are not followed and the act is arbitrary, a violation of Article 12(1) could be established.

Article 16 of the Indian Constitution provides for equality of opportunity in matters of public employment. Our Constitution does not have a like provision. Hence can the State act as it pleases in regard to public section employment in so far as our Constitution is concerned?

In this context, Article 12(1) has been successfully invoked in several cases to prevent abuse in regard to recruitment and promotion in public sector employment. The Supreme Court has rightly taken the view that Article 16 of the Indian

¹1985 (1) SLR 285

Constitution is only an instance of the application of general right to equality enshrined in Article 12(1) of our Constitution.

The Supreme Court has emphasized that as far as possible selection for appointment and promotion should be based on identifiable and objective criteria.

There are various concerns, all of which are legitimate which have to be reconciled. A dominant concern would be to get the best person for the job. You may honestly feel that X or Y is most suited. But on the other hand all eligible citizens have a right to be considered for employment although there is no fundamental right to an appointment as such. Experience has shown that in the area of promotions and appointments, political pressure exists. It is not unknown that schemes of recruitment are geared to favour a particular applicant. Or for instance, the interview mechanism is manipulated to favour a particular applicant. There are several cases where candidates who have fared badly when assessed objectively at a written examination and apparently have done brilliantly well at interview so that the shortfall in marks otherwise obtained is made up fully by the interview marks.

The Supreme Court has therefore laid down that, as far as possible, appointment and promotion should be based on identifiable and objective criteria.

In order to ensure objectivity the Court has placed great reliance on the existence of a scheme of recruitment or promotion as the case may be, which should be made known in advance. The Court has emphasized that it is highly desirable that the criteria for promotion should be made

known in advance so that all candidates will be able to advance their claims.

If for instance some special skill or quality is required a fair selection demands that this should be made known in advance. For example, if weightage is to be given for research done, the Supreme Court has held that this should be made known in advance.

A difficult issue is as to how much weightage should be given to seniority and how much for merit. Public Administration Circular 30/91 prescribes merit and seniority as criteria for promotion. The Supreme Court, whilst stating that promotion need not depend entirely on seniority, has taken the view that adequate weightage must be given for seniority. If the post does not call for some exceptional skill or ability then the greater the weight for seniority. The Court has struck down schemes of promotion where weightage for seniority was only 15 % in situations where public servants could legitimately have expected to be promoted on seniority, as such promotions by the nature of the posts, were regarded as routine. In a closed service where there are limited prospects of promotion, greater weightage must be given to seniority unless the post calls for some exceptional skill or ability.

The Court has also held that objective criteria must be set out. For instance, according to the Supreme Court, a selection board cannot decide ad-hoc on the criteria to be adopted. To cite an example, one cannot have such subjective criteria as "personality". For personality like beauty, would be in eyes of the beholder'. A selection based on such subjective criteria rendering ineffective the objective criteria would be struck down.

Once the criteria is laid down guidelines must be set out for determining the criteria. For instance, in regard to seniority, guidelines must

be set out as to how much weightage should be given for each year of service. Likewise where educational qualifications are taken into account the criteria must be set out for assessing the qualifications. The court has held that giving the same weightage to a degree in a relevant field and a lesser qualification would be violative.

If an interview is held guidelines should be set out for assessing performance at the interview. The questions should be relevant. In one case where a clerk of a State Bank who was interviewed for promotion was questioned on the air route to Madagascar, the court struck the selections down on the basis that the questions asked were uneven and unfair. If possible, a record should be kept of the questions which apart being relevant, should also have a degree of uniformity. The questions must be even.

Where there is a scheme of marking at an interview, the scheme should be clear and uniform. One must ensure that marks are allocated by the interviewer with some degree of uniformity. Thus the trend of the decision of the Supreme Court has been to narrow down the subjective criteria and to ensure that, as far as possible, identifiable and objective criteria are applied.

The Public Administration Circular which permitted promotions on an ethnic ratio was struck down by the Supreme Court as violative of the Constitution. As to whether recruitment is possible on the ethnic ratio has not been determined by the Supreme Court. However, the Attorney-General has conceded in a subsequent case that recruitment based on the ethnic ratio, would be violative. Indeed this is so for if you look at Article 12(4) you would notice that preferential treatment is possible by way of executive action only for the advancement of women, children or disabled persons. It is a moot point as to whether

a group such as the Indian Tamils on the estates could be regarded as a historically disadvantaged group who thereby qualify for special preference being afforded to them.

In the case of *Jayasinghe v. Attorney-General*² decided by the Supreme Court in November 1994, the court gave a new dimension to Article 12(1). The court held that unexplained and inordinate delay in commencing and concluding disciplinary proceedings against an employee was a denial of equal protection guaranteed by Article 12(1). Hence those of you who are in charge of setting in motion disciplinary proceedings should take note of this judgment.

Article 12(1) has also been applied in regard to tenders. Where a tender procedure is specified, a departure from the procedure would be regarded as violative unless it falls within the authorized deviations. Where a tender is open to specified categories of tenderers, the award of a tender to a person who is not qualified to tender would be violative of the Article 12(1). The evaluation must be based on a rational and intelligible footing for otherwise it may be regarded as capricious and violative of Article 12(1). In most tenders there is a reservation of the right to reject all tenders. Does it mean that where there is such a reservation the award of a tender is not open to challenge on the ground that there has been a violation of the tender conditions? The Supreme Court of India has held that such a reservation would not place the tender outside the umbrella of the Fundamental Rights jurisdiction if in fact the tender procedure or conditions are not observed.

Article 12(2) of the Constitution forbids discrimination on the ground of political opinion. There have been several applications complaining of the acquisition of land, cancellation of permits

²1994 (2) SLR 74

or licenses and other vindictive actions on the ground of political discrimination. Public servants should be guarded and refrain from any steps which cannot be justified on the basis of reasonableness. In the absence of a reasonable explanation for executive action, the court may well inclined to hold that the action has been motivated by extraneous considerations such as grounds of political expediency.

The traditional public service has not been able to cope with the complex of new agencies management systems and processes that the development process involves. The State has found in the mechanism of the public corporation an effective machinery.

The Supreme Court has held that public corporation are amenable to the Fundamental Rights jurisdiction of the Supreme Court.

The Conversion of Public Corporation and Government Owed Business Undertakings Act No 23 of 1987 provides for the creation of companies constituted under the Companies Act and the transfer of corporations to the companies so constituted. This is the initial step in the process of privatization. However, in the first instance the shares are vested in the Secretary to the Treaty.

The Supreme Court has held that so long as the Secretary holds the shares such companies would be subject to the Fundamental Rights jurisdiction.

The question has also arisen as to whether actions taken by the Provincial Councils could be reviewed by way of Fundamental Rights petitions. This question was considered by Supreme Court in *Parameswary Jayadevan v. The Attorney-General and others*.³ The matter was referred to a Bench of five Judges. The Court held that the impugned acts were executive or administrative action and therefore subject to review for violation of Fundamental Rights.

I have, referred to some of the issues relating to Fundamental Rights which may interest administrators involved in the process of development administration. It is by no means exhaustive. It is administrators who have the task in the first instance of bringing to the citizen freedom and justice consistent with orderly administration and development. This is by no means an easy task given the pressures of modern day administration and the pressing demands of the political hierarchy in a developing country such as ours.

³1992 (2) SLR 356

Banking Transactions in the Electronic Era

K. Kanag - Isvaran
President's Counsel,
Commissioner, Law Commission of Sri Lanka,
Chairman, Advisory Commission on Company Law

INTRODUCTION

The ability of computers to accurately manipulate masses of numerical data has obliged many banks, as indeed many firms, to enter the electronic world by applying computers to their administrative, financial and business systems.

How many of us are familiar or comfortable with the *bites and binary theory* underlying the computer revolution. Yet for the new generation of adventurers on the sea of automation, it is great fun.

The digital computer has brought about changes in our society which are in many ways as fundamental and far reaching as those affected by the Industrial Revolution. The essence of those changes is a move away from physical objects as the substance of commerce to information. The possession of information confers power and wealth, and it can be bought and sold easily, than physical property ever could. It has been said that we are now living in the 'Information Age.

Banks and other financial institutions have taken all possible advantages opened up by computers. Until recently information was embodied in physical objects- cheques, documentary credit etc. But now computers have freed information from these physical constraints. It is now possible to talk about "pure information"

divorced from the medium that carries it, which can be reproduced an infinite number of times and transferred across enormous distances, all at the speed very close to the speed of light.

Today Banks have made substantial investment in information technology in keeping up with the world of *paperless transactions*. The information pertaining to banking processes consist mainly of instructions to change the contents of information storage- for example, to credit one account and debit another- or instructions to perform physical actions.

The current electronic banking system falls into three types:

1. Inter - bank system
2. Customer banking transaction systems, and
3. Systems offering other financial services.

(1) Inter- Banking System

Inter bank systems are generally used for making Electronic Fund Transfers (EFTA's) between customer's accounts and between financial institutions themselves. Example Cheque Transactions.

In order to understand the general principles of law underlying EFT transactions, it is pertinent to note that,

(i) Banking nowadays is concerned more than with the management of information. In practical terms what EFT does is to transmit information from one bank to another, as result of which the respective banks can change the information in their own computers.

(ii) most of the money in the banking system is not real money at all. It is merely debts owed by one person to another-under contractual obligations, and the bank's records are merely evidence of the existence and extent of these obligations.

(2) Customer Banking Transactions systems

Increasingly bank's are offering customers the ability to control their account directly, either through direct access via a home Prestel terminal or an ATM, or via a telephone input using a tone dialing telephone to control the bank's own computers in response to artificially generated voice instructions.

Example:

NatWest Action Line system permits customers to use tone dialing to pay certain bills, transfer funds between their accounts, check balances etc.

Automated Teller Machines(ATM's) are the most visible face of electronic banking.

From the banks point of view the major advantages of ATM's are reduction of labour costs and in the volume of the paper crossing the counter, increase in the number of customers who can be served, and direct input of information into the record keeping system. Customer also finds advantages in using ATM's, i.e. quicker transactions, reduced costs, after- hour service and to some extent the psychological gain of impersonal service.

In spite of this wide usage there has so far been no direct legislation relating to ATM use. But this does not mean that no problems have arisen, for example, the question of '*phantom withdrawals.*'

Initially, a bank customer could use ATMs installed by his or her own bank. In the last decade however, various networks have been linked together to provide greater access to ATMs for the customer. And it is now possible to use certain credit cards in ATMs overseas. This facility is likely to be extended to ordinary ATM debit card in the near future.

In order to use ATM machines, each customer is issued with a PIN(Personal Identification Number). The combination of the PIN and card authenticates the customer to the ATM and is thus the customer mandate for withdrawal or the transactions requested at the machine.

PINs are not however, proof against fraud. The most common type of fraud is where a card is stolen along with the customer's record of the PIN. The contractual terms under which the card was issued makes the customer responsible for losses of this kind.

(3) Systems offering other financial services

Another trend in banking, is for banks to offer services direct to customers via terminals in their branches.

INTERNATIONAL TRADE TRANSACTIONS AND ELECTRONIC DATA INTERCHANGE (EDI)

EDI has replaced the multitude of paper documents involved in International trade and is the stepping stone to the era of 'paperless trading'

EDI is conducted by messages in formats agreed between the parties in advance of the actual communication which constitutes the trade agreements themselves. These advanced or

underlying agreements are known as "interchange" or "communication agreements" which EDI software can read and act upon without human intervention. For example, the message which concludes the sale contract can trigger the seller's software into producing automatically an electronic invoice message which on receipt by the buyer's software can trigger instructions to the buyer's bank to pay the seller's bank.

DOCUMENTARY CREDIT

Documentary credit is a set of contracts between a chain of banks under which they agree to pay their predecessor- in- line for the goods which have been shipped from seller to buyer. In a standard documentary credit the shipping documents play a vital role. Their function is to provide each link in the chain with security for the money which has been paid out, so that in the event of next link in the chain refusing to perform its obligations the goods may be resold to recover the loss.

Let us now examine some of the legal uncertainties likely to arise in the wake of EDI in the field of the business of banking.

In order to facilitate trade and to lessen the possibility of conflicts arising, there have been many attempts to seek uniformity in the law governing the relevant commercial procedures. Among the most, successful is Uniform Customs and Practices for Documentary Credit (UCP), with world wide recognition.

The UCP contains a detailed manual of procedure for those who deal in documentary credits. The UCP has no general legislative effect nor has it been adopted by any nation nor formed the basis of any convention or treaty, but it is normally given effect to by specifying in the application forms and documentary credit that the credit is "subject to the provisions of Uniform

Customs and Practice".... and becomes terms of the credit contract and enforceable against the parties to the transaction.

Article 2 (UCP 1993) defines documentary credit to mean,

"Any arrangement... whereby a bank... acting at the request and on the instructions of a customer....is to make payment.... against stipulated documents....."

Article 4 provides,

"In credit operations all parties concerned deal with documents, and not with goods, services and/ or other performance to which the documents may relate."

The accent continues to be on 'document' though article 2(b) states,

"Unless otherwise stipulated in the credit, banks will also accept as an original document, a document produced or appearing to have been produced:

- (i) By reprographic, automated or computerized systems;
- (ii) As carbon copies,

Provided it is marked as original, and where necessary appeared to be signed. A document may be signed by handwriting, by facsimile signature, by perforated signature, by stamp, by symbol, or by any authentication."

It is my submission that, even Article 20(b) does not appear to get over the problem of "paperless documents" where such documents are not only produced by automated or computerized systems but also transmitted by electronic data transmission. The continued use of the term "document" without any explanation as to what is included in this term, together with the use of the same term "document" in other Articles of the

UCP clearly directed to paper documents would confine its scope and exclude EDI.

Moreover, in the era of electronic transfer of documentation, codes for authentication must replace the traditional signature. In domestic banking systems the "PIN" operates as the electronic authentication.

Another area of concern arising as a consequence of electronic production and transmission of documents is the obligation of the bank to examine with reasonable care the documents to ascertain that they comply with the terms of credit.

Can the computer be programmed to automatically refuse certain documents such as a claused bill of lading?

BILL OF LADING

Documentation required to be tendered to the bank have important legal roles to play. In the carriage of goods by sea- it is the bill of lading. In the carriage of goods by air, it is the Air Way Bill. Where there is a combination of different modes i.e. multimodal transportation, there is a combined bill.

Carriage documents are customarily authenticated by autograph. Signatures perform several important functions. It can be the acknowledgement of authorship. It assigns an origin to the communication and personal responsibility for its preparation and contents. It distinguishes offer from contract. A signature may be relied upon as certifying the accuracy of the contents of the document. The carrier's signature on a bill of lading will be treated as his acknowledgement that the goods described have been received by him, until the contrary is proved.

On faith of these documents which in fact represents the goods and the title to the goods, bankers advance monies, grant loans and accept them as security. The paper takes on a symbolic role in place of the actual goods. The holder can pledge it and the bank acquires possessory control of them.

At the same time as radical advances in computer technology are taking place the transport industry has itself been making great strides technologically. This paper, BOL, has been replaced by electronic messages. But this innovation is not without its share of problems.

For example-

It is accused of being an easy prey for fraudsters.

Problems may be encountered in using electronic bills of lading in recovering insurance claims, and also a malfunction in a communication system could cause financial loss to any of the users, whether carrier, bank, seller or purchaser.

Apart from the practical considerations there are legal issues which arise from the use of electronic messages instead of paper. The main question is whether an electronic signature is to be treated as the equivalent of the manual one and whether an electronic message is a "document". The function of a signature is, not only to evidence an intention to be legally bound, but also one of authentication. But with electronic bills, how can banks, shippers and in the event of a dispute, courts verify who actually issued an electronic bill. There are systems already in use which are based upon digital cryptography. The sender has a secret numerical cipher which he uses to encrypt his message. Even though such system, may answer the need for authentication, it does not itself answer the question whether an electronically created signature would be held to be a signature

if the issue fell in a court of law. For the law requires a signature to be a *personal act* of authentication.

PROOF OF AUTOMATED TRANSACTIONS

The law of the evidence relating to the proof of bankers books is quite clear so long as one is dealing with paper documents. But computer records and communications are only machine readable. Though printout in human readable form may be had, they may be viewed at best as copies, not originals. It may well be that the computer output is the result of processing stored data into completely different material.

There are three dimensions to the problem of proof of an electronically processed transaction between a banker and a customer. They are discovery, admissibility and credibility.

Discovery, the provisions of the Civil Procedure Code are directed to the disclosure of the documents and the oral or written examination of persons involved in the matter in dispute. (See Sections 102 and 103 C.P.C.) Will it apply to electronic data? Amendments may be required.

Admissibility, the computer material sought to be put in evidence would include data files as well as hard copy printouts. The data bank in the computer system will be wanted as proof of its content, but obviously will have to be transcribed into human perception form before it can be presented. Will the law accept such machine readable material? How will law regard printouts of EDI?

There is the rule against hearsay. Computer printouts are hardly direct evidence. Attempts to produce computer data under the existing rules of evidence will definitely fail. Nothing short of statutory reform will do.

Attention must also be given to reliability of such evidence. There are recognized ways of determining the credibility of the contents of the paper document. If computer records are introduced, what probative force should be ascribed to them? They cannot be accepted or believed implicitly. Much can go wrong in a variety of different ways. Breakdown in hardware, faults in software, mistakes in programming and human errors in the operation of a computer may occur. This might result in printouts that are apparently normal but in fact are incorrect. Then there is the possibility of deliberate human interference with the computer's operation.

Therefore proving the security and the operational accuracy of the system of electronic data processing must be legislated for and set on a proper basis in our law. This has today been addressed by the Evidence (Special Provisions) Act No 14 of 1995 which became law on 31st June 1995. It provides for the admissibility of audio visual recordings of information contained in statements produced by computers in Civil and Criminal proceedings and matters incidental thereto.

How about the burden of proof with regard to ATM's? A bank which wishes to debit the customer's account should be able to prove not only that the customer's PIN was typed into the ATM, but also that this use was authorized. To prove that, the bank should produce the record of the key strokes entered by the customer. Do banks retain such records? If not, it should be possible for a victim of a "*phantom withdrawal*" to challenge the bank's assertion that it has its mandate for debiting his account.

One can think of different scenarios on his theme. What is the solution?

TRANSFERS EFFECTED THROUGH THE FRAUD OF A
THIRD PARTY

The fears aroused by the possibility of EFTA's being obtained through fraud have been one of the factors leading to the introduction of new criminal penalties for computer misuse. Fraud of this kind is generally divided into two categories: *input fraud*, where some person falsifies the information used as input to an EFT system; and program fraud, where the system itself is modified (usually in the software aspect) so that payments are misrouted or incorrect payments are made.

The effect of the Fraud depends on its effect on the underlying transaction. If it means that there was never any intention on the defrauded party's part to enter into that underlying transaction, the transaction is void, and the property in the subject matter of the transaction does not pass. If, on the other hand, the defrauded party intends to make the transaction, so that the effect of the fraud is to deceive him as to the status or probity of the other party, for example, its effect is only to make the transaction voidable, and not void. In such a case it is necessary to give notice to the other party to avoid the transaction, and thus regain ownership of the subject matter of the transaction. Where a transaction is merely voidable, its rescission by the defrauded party will not necessarily effect rights acquired by innocent third parties;

In *Byrne v. Van Tienhoven*¹, it was held that, "third parties (including the customer's bank) are entitled to treat the transaction as valid and effectual and also to treat derivative transaction (including instruction to make payments under the main transaction) as legally effectual until the main transaction is rescinded, and even then if they acted in good faith without knowledge or

¹(1880)5 CPD 344

suspicion of the fraud or misrepresentation, they cannot be prejudicially affected retrospectively by the rescission".

INTERNATIONAL PROBLEMS

Because of the existence of world wide telecommunications networks, there is no need for a hacker to be in any particular place in order to communicate with a computer. Indeed, in one recent case which received widespread attention, a hack into an American computer was discovered to have originated in Germany. This raises the problem of deciding where the offence was committed.

In *R v. Thompson*², the defendant worked as a computer programmer for a bank in Kuwait through misusing the computer he created a number of savings accounts in Kuwaiti banks and transferred money to them from other customers' accounts. He then returned to England and arranged for a telex transfer of this money to his bank account in England. He was charged with theft, and convicted on the ground that he actually obtained possession of the money in England so that the offence was committed there.

In *R v. Osman*³, the question was whether the defendant's conduct, committed in Hong Kong, would amount to the offence of theft in England so as to permit his extradition to Hong Kong. In that case he had allegedly sent a telex from Hong Kong to New York instructing a New York bank to effect and electronic funds transfer to the account of a Hong Kong company. The court held that the sending of the telex amounted to an appropriation of the money involved, even though the control of the money would not pass to the defendant until it reached Hong Kong.

²(1984) 3 AER 565

³(1988) Crim.LR 611

In general, therefore, the main problems of computer misuse across national boundaries will be those of detection and evidence rather than one of jurisdiction of the courts concerned.

FUTURE DEVELOPMENT IN ELECTRONIC FINANCE

The most interesting new products in this area are systems such as *Lloyds' Lloyd's Link* and *NatWest's Bank Line corporate information and management systems*. They are offered to all corporate customers and offer the highest number of facilities to customers, including access to on-line data bases of international financial information and a facility for making same day international EFTA's.

Automated Dealings

Computers are programmed to make decisions, and one of the decisions in the financial field which is increasingly being computerized is the decision to buy or sell securities and other financial instruments. This allows a computer to manage the relationship and the portfolio of actual stocks which the institution holds and a portfolio of futures options in the same stocks. If the gap between the current price and the futures price is sufficient to make a profit, the system automatically makes the deal in those stocks to release the profit.

Most interesting of all are those computers which replicate an entire market, such as the

Globex systems running on the *Chicago Financial futures Exchange*. This accepts buy and sell instructions from users, which may be produced manually or by other computer, systems, and matches them to form futures contracts. Instructions may be conditional, e.g., 'Buy at lowest price below \$X', and the system calculates a market price from the combination of sell and buy instructions it currently holds.

CONCLUSION

Electronic banking has moved from its experimental phase into a widely used technology which is increasingly accepted as a normal part of every day life.

All this and more remains to be solved when we enter the paperless world of electronic data interchange. Hopefully you may now have some idea of the magnitude of legal change- the legal revolution- which will have to take place under the pressure of practice of EDI.

As the second millennium unfolds and automation challenges us with the undoing of the whole documentary superstructure, we must be ready and willing to pass new legislation which will create the necessary pressure to accept EDT and smooth the course of international trade.

Will the recently certified, but as yet unavailable, "Electronic Transactions Act" meet the challenge?

The law governing Condominium Properties and some issues that frequently confront Lawyers in its application

A.R.Surendran
President's Counsel
LL.M (Brussels),

INTRODUCTION

The Apartment Ownership Law (AOL) which was enacted by the legislature in 1973 immediately after the untimely demise of its legislative predecessor, the Condominium Property Law No 12 of 1970 (CPL), introduced far reaching changes in the realm of the law governing condominium properties. Unlike its short lived legal ancestor, which had a fleeting existence of less than three years, the AOL has adorned our legal firmament for more than a third of a century, encompassing within its sweep a multitude of subjects. However, this horizontal expansion of the legal framework regulating condominium properties and its vertical extension to reach new entities have in their wake given rise to a plethora of problems which consumers and property developers are still grappling with. The cascade of legislations in this field, while on the one hand enhancing the scope of the law and enriching its contents, have on the other hand, provided a fertile ground for endless disputes.

In this paper it is proposed to deal with the salient features of the Apartment Ownership Law and connected legislations with particular reference to some of the vexed questions which often confront lawyers in the practical application of these statutes.

OWNERSHIP OF APARTMENTS IN A MULTISTOREYED BUILDING – THE COMMON LAW POSITION

The Roman Dutch Law recognizes the vertical dominium of an owner of a land from the bowel of the earth below to the sky above '*ad caelum*'. Based on this fundamental principle of our common law, our Courts have held that it is not possible for a person who is not the owner of a land to own a floor or a part thereof in a multistoried building. The rationale underlying this principle is that the entire building belongs to the person who owns the land and as such, the common law resolutely refused to recognize the separate ownership of a horizontal floor / a part thereof by any other person who had no dominium over the land.

As far as land was concerned, it was an absolute principle that structures and plantations acceded to the soil and ensured to the benefit of the owner of the soil. The rule that whatever is built or cultivated on land becomes part of the land, was received without modification in Roman-Dutch Law¹ and applied with equal force to the case of a person building on his land with the materials of another and to that of a person building on another's land with his own materials.²

¹(Grotius, 2.10.8, Van Leeuwen, 2.5.0.2.)

²(Huber, 2.5.2.).

Classical Roman Dutch Law refused to recognize the ownership of a building by a person other than the one who owned the land on which it stood.³ Wille states that consequently under the Roman Dutch Law it is not possible for different persons to own different portions in horizontal layers of a building.⁴ This hardened position of the common law which prevailed in Sri Lanka and South Africa (both being governed by the Roman Dutch Law) presented considerable difficulties. Consequently the legislatures in the respective jurisdictions were compelled to design new legislation in order to overcome the obstacles presented by the rigour of the common law.

STATUTORY INTERVENTION

Wille states that "In South Africa before 30th March 1973 it was not possible to register portions of property and the registration procedure was not concerned with the buildings on the registered land. With the coming into force of the Sectional Titles Act, there has been a significant change in the law. The Act introduced several new concepts into the South African Law and brought some innovations to our systems of land registration".⁵ Similarly, in Sri Lanka, a property in the form of horizontal layers was conceived of and recognized as a class of property originally by the Condominium Property Act No 12 of 1970 which was subsequently replaced by the provisions of the Apartment Ownership Law, No 11 of 1973.

THE BASIC STRUCTURE OF THE STATUTE

This statute and its subsequent amendments, particularly the Apartment Ownership (Amendment) Law No 45 of 1982 dealt

³ *Van Wezel v. Van Wezel's Trustees*, 1924 AD 417.

⁴ Wille, *Landlord and Tenant in South Africa*, 5th edn, at p. 25.

⁵ *Principles of South African Law*, 8th edn, at p.p 301.

in detail, inter-alia, with the rights of the owners of 'Units' in a condominium property, rights over the common elements and the role of the Management Corporation. As mentioned above the Apartment Ownerships Law No 11 of 1973 was subsequently amended by Act Nos 45 of 1982, 4 of 1999, 27 of 2002 and 39 Of 2003.

Act No 39 Of 2003 introduced sweeping changes to the existing legislative frame work in that it recognizes for the first time the concept of a **Semi Condominium Property** and a **Provisional Condominium Property**. This new dimension that was added by Act No 39 of 2003 and its impact on the law that had been in force prior to this amendment have been dealt with elsewhere in this paper. References to the expression 'Condominium Property' occurring in this paper would also include 'Semi Condominium Property' and 'Provisional Condominium Property' where applicable. Another important facet of the 2003 amendment is the vesting of far reaching powers in the Management Corporation and the Condominium Management Authority which replaced the Common Amenities Board by the amendment brought to the Common Amenities Board Law No 10 of 1973 by Act No 24 of 2003. Besides this the amending legislation has also introduced material amendments to the definition of expressions such as "*common elements*" and "*unit*"

WHEN DOES AN APARTMENT BECOME AN INDEPENDENT PROPERTY?

In terms of section 9(1) of the AOL, upon registration of the Condominium/Semi Condominium/Provisional Condominium Plan, the Condominium Property/Semi Condominium Property/ Provisional Condominium Property shall be deemed to be divided into parcels, i.e. Condominium Parcels. Thus it is the **registration of the Condominium Plan** that creates an

independent property in the form of 'condominium parcels'. In terms of section 9(1) read with section 9(3), upon the registration of the Plan, the person specified in the Plan as the owner of the relevant condominium parcel identified in the Plan shall be deemed to be the absolute owner of the said condominium parcel together with the common elements thereto. A question which often arises in this context is regarding the effect of a sale agreement pertaining to an apartment or unit entered into before the registration of the Condominium Plan.

THE LEGAL EFFECT OF AN AGREEMENT FOR SALE OF AN APARTMENT WHERE THE CONDOMINIUM PLAN HAS NOT BEEN REGISTERED

Lawyers often come across a situation where a developer who has no title to the apartments enter into agreements for the sale of the apartments with prospective purchasers prior to the registration of the condominium plan. Is a person who enters into such an Agreement entitled to impugn the same subsequently on the basis that the developer did not have title to the apartment as at the date of the Agreement?

Some time back this question arose in an interesting case. In this important case⁶ decided by the Colombo High Court, the question arose as to whether a sale agreement entered into by a property developer before the registration of the condominium property was a legally valid agreement. It was contented on behalf of the buyer, a conglomerate which occupied the basement of a multi-storeyed apartment complex in the heart of the city that as the condominium plan in respect of the property had not been registered as at the date of the sale agreement which it entered into with the developer the said agreement was illegal.

⁶ (H.C., Colombo Appeal No:20/91)

His Honour Mr.F.N.D.Jayasuriya (as he then was) in an erudite judgment held that though the property developer did not have title to the apartment as at the date of the agreement due to the non registration of the condominium plan such an agreement was countenanced by the Roman Dutch Law and was a perfectly valid one. The following extract from the judgment of the High Court⁷ which was subsequently affirmed by the Supreme Court⁸ sets out the legal position succinctly.

"The Petitioner argued that the 2nd Respondent company had not yet acquired legal title to the premises described in the schedule to the application and, therefore, could not lawfully and validly agree to sell the premises in question to the Respondent-Petitioner. This submission in the teeth of and is inconsistent with the fundamental principles governing a contract of sale or an agreement to sell in respect of immovable property in Roman Dutch Law. R.W.Lee in his introduction to the Roman Dutch Law (1952 Edition) sets out that in Roman Dutch Law relating to the contract of sale of immovable property, "that a man may contract to sell *res aliena* no less than *res sua* and cites in support of this proposition of law Grotius 3.14. 9".

It should be noted that in the said case before the Colombo High Court, the question whether an apartment in an unregistered condominium property constituted an 'independent property' capable of being the subject matter of a sale agreement was not considered by the High Court. This question was dealt with in a subsequent case *Mallika Fernando v. Nagesh Fernando*.⁹ In this case the Court of Appeal held that the law does not strip an unregistered condominium property of

⁷ (Case No:20/91)

⁸ (S.C. Appeal No:71/2002)

⁹ (CA 797/97)

its character as a property capable of being alienated.

It should be noted that though Jayawickrema, J. in the above case¹⁰ took the view that the condominium law does not strip an unregistered condominium property of its character as a property capable of being alienated, this judgment did not take it into account section 7A (3) of the AOL which postulates that only upon registration of a condominium plan the owner of a unit in the condominium shall be deemed to be the owner of the unit thereby emphasizing the need to register the condominium plan in order to confer ownership of the unit upon any person.

THE CIRCUMSTANCES IN WHICH THE REGISTRATION OF A CONDOMINIUM PLAN BECOMES MANDATORY UNDER THE AOL

Is registration of the Condominium Plan always imperative? Though the AOL proceeds on the basis that the registration of the condominium plan is required to divide the property into independent units, the law until 2003 did not mandate the registration of the condominium plan under any circumstances. Section 3 (1) of the Apartment Ownership Law which provided that "owner" may make an application for registration of a condominium plan, made this position explicit. This position was confirmed by the Judgment of the Court of Appeal in *Mallika Fernando v. Nagesh Fernando*¹¹. However the provisions of the Apartment Ownership Law as amended by Act No. 39 of 2003 mandate the registration of a condominium plan in the limited circumstances set out in section 3 (2) of the law. In terms of this section where a land parcel upon which a completed building capable of being subdivided and certified by the General Manager of the Condominium Management

Authority as being fit for occupation or use, stands, the owner of the land parcel is obligated to make an application for registration of a condominium plan where such owner has sold / entered into an agreement to sell any parcel of the building to any prospective purchaser. This section stipulates the time limits within which such application for registration should be made and prescribes heavy penal sanctions for non compliance therewith (section 3 (4)).

This provision shows that the policy of the statute is to compel registration where the owner had sold / entered into agreements for sale of units in an unregistered condominium property. However, even Act No:39 of 2003 does not expressly pronounce upon the legal status of an agreement for sale entered into prior to the registration of the condominium plan. In the circumstances it is submitted that the legal effect of such a sale agreement would be governed by the common law as laid down by the judgments of the High Court and the Court of Appeal referred to above.

Another question that is often posed to a lawyer by a prospective purchaser of an apartment is whether a non-notarial agreement to buy an apartment is enforceable in law.

THE LEGAL EFFECT OF NON- NOTARIAL SALE AGREEMENTS PERTAINING TO CONDOMINIUM UNITS AND THE DESTINY OF DEPOSITS MADE UNDER THEM

Our Supreme Court applying the provisions of section 2 of the Prevention of Frauds Ordinance (PFO) has in a long line of cases time and again held that no rights whatsoever would flow from non-notarial agreements for the sale of a land / interest in land and such agreements are unenforceable in law. Vide *Adaicappa Chetty v. Caruppan Chetty*,¹² *Arsecularatne v. Perera*.¹³

¹⁰ *Mallika Fernando v. Nagesh Fernando*

¹¹ (CA 979/97)

¹² 22 NLR 417 at 426

¹³ 29 NLR

As this provision of the PFO covers all immovable properties obviously, a unit in a condominium property also would be governed by section 2 of the PFO.

A payment made under an illegal contract cannot be recovered under our law except under very exceptional circumstances. Does this rule preclude a prospective purchaser of a condominium unit from recovering the deposit made to the seller under a non-notarial sale agreement? Though Section 2 of the PFO provides that informal agreements are void, unenforceable and of no force or avail in law, it does not render such agreement illegal.¹⁴ Thus it is clear that the stringent rules precluding the recovery of money paid under an illegal agreement would not be attracted in the case of a payment made under a void contract such as a non-notarial sale agreement.

Vide *Nagoorpitchai v. Yoosuf*¹⁵ where it was held that money paid under a non-notarial agreement relating to land could be recovered. Though Basnayake C.J. in a subsequent case¹⁶ doubted the correctness of this decision and opined that *Nagoor Pitchai v. Yoosuf*¹⁷ had been wrongly decided, in view of the fact that the above observations of Basnayake C.J. were contained in a dissenting judgment where the majority of the judges (Sansoni J, Gunasekera J, and PulleJ) held that a party who paid a deposit pursuant to an informal agreement could recover the same notwithstanding the provisions of section 2 of the PFO, it could be safely assumed that the principle laid down in the earlier case represents the correct position in law. Vide also *Mackeen v. Sallieh*¹⁸ where

H.N.G. Fernando J recognized the autonomous character of the terms and conditions regarding the deposit and its application and held that they are not governed by the PFO. Thus, the absence of a formal notarial document would not constitute a bar to an action to recover the deposit paid under the same. However, it is pertinent to note that the prospective buyer is not entitled to specific performance of a sale agreement which is non-notarial.

THE FACTORS THAT INHIBIT PROPERTY DEVELOPERS FROM ENTERING INTO VALID SALE AGREEMENT

This brings into focus the oft time repeated query by prospective buyers of apartments as to why the property developer is not prepared to enter into a legally valid sale agreement? Of course to venture an answer to this question would be to dabble in conjecture and hazard a surmise. Nevertheless as this unfortunate situation often arises as a result of certain legal impediments presented by the provisions of the AOL, it is proposed to set-out briefly the provisions of the statute that inhibit property developers from entering into legally valid agreements with prospective buyers of apartments.

The AOL as it stood before the amendment in 2003 contained the following provisions. Section 3 (1) of the AOL provides that any person claiming to be an owner of any condominium property may make application to the Registrar for the registration of the condominium property. For a person to be competent to apply for such registration, he should be able to claim ownership of the condominium property. It is only on the basis of such ownership that he is entitled to make the relevant application for registration, If the applicant does not have any valid claim to the

¹⁴ Dr.Tambiah, *Principles of Ceylon Law*, pp. 304

¹⁵ 20 NLR 01

¹⁶ See *Perera v Abeysekera*, 58 NLR 505 at 522

¹⁷ 20 NLR 1

¹⁸ 58 NLR 231 at 232

ownership of the condominium property, he lacks the necessary qualification or status to apply for registration of the Condominium Plan which, inter-alia, identifies the units into which each building is divided.

However, in most of the instances the property developer enters upon the land and starts construction pursuant to an agreement with the owner of a land, but without acquiring ownership of the land. Hence, the developer who does not possess title to the land will not be entitled to make an application for the registration of the Condominium Plan. As such the property developer who has no title to the land / apartment does not opt to enter into any formal legal agreement for the sale of the apartment, prior to the registration of the Condominium Plan. This is one of the reasons why parties enter into informal sale agreements of apartments before the registration of the Condominium Plan. To a large extent, the same position prevails even after the enactment of Act No 39 of 2003, in as much as, section 3 (1) of the AOL as amended by Act No 39 of 2003 postulates that the owner of any condominium property, semi condominium property, provisional condominium property may make an application for the registration of the relevant Plan. Thus, property developers who do not own the land at the stage of the sale agreement would continue to opt for informal agreements even after this amendment.

COMPARABLE PROVISIONS IN OTHER JURISDICTIONS

In this context it may be relevant to point out that certain legislations in other jurisdictions dealing with the subject of condominium properties expressly confer on a lessee of the land who constructs the building, the right to convey ownership of the units to the persons

who purchase them from such lessee. (Vide Section 2 of the Delhi Apartment Ownership Act of 1986 which contain a similar provision in the case of a lessee having an unexpired term of thirty years). However, significantly, our Act does not contain a similar provision.

It is also pertinent to observe that unlike the AOL which does not define or confers any legal recognition to a promoter or a property developer statutes governing condominium properties in many jurisdictions specifically defines and expressly recognizes a promoter / developer of a condominium property.

Maharashtra

Section 2 (c) of the Maharashtra Ownership Flats Act defines a promoter and includes within its scope not only a person who constructs a condominium building but also a person who sells such property.

Gujarat

Section 2 (c) of the Gujarat Ownership Flats Act too defines a promoter and includes within its sweep a person who sells such property.

Karnataka, Punjab and Andra Pradesh

Similarly sections 2(c), 2(y) and 3(m) of the relevant statutes in these states governing condominium properties define the term promoters and cast certain obligations on them.

MISDESCRIPTION OF THE APARTMENT IN ADVERTISEMENTS

Newspapers carry attractive advertisements offering multistoreyed apartments for sale. Gullible buyers who rely on such advertisements and make substantial payments often seek legal advice when the apartment turns out to be quite different from what the newspaper advertisement described.

In an interesting case, one of the prospective purchasers who had entered into an agreement for the purchase of an apartment with the property developer filed an action alleging, inter-alia, that though the developer advertised that the floor area of the apartment would be 1000 square feet, the completed apartment had a floor area of only 920 square feet. While the developer contended that the plinth area of the apartment when measured came to 1000 square feet, the prospective purchaser disputed this on the basis that it was the carpet area that should be taken into consideration when measuring the floor area of the apartment. As this case was dismissed by the District Court on certain preliminary objections the question regarding, the applicable yardstick for measuring the floor area of the apartment remained unresolved. In this context the stringent requirements regarding advertisements of apartments for sale embodied in the English statute (Property Mis-description Act of 1991) become very relevant for future legislative initiatives in this regard in Sri Lanka.

The English Property misdescription Act renders it an offence to make a false or misleading statement in the course of a property development business regarding matters such as,

- (1) the price of the property
- (2) the accommodation, measurement or size of the property
- (3) the availability and nature of services facilities and amenities.
- (4) the outlook or environment of the property
- (5) the grant or giving of any award for design or construction to the Developer
- (6) fixtures and fittings in the property.¹⁹

It is submitted that in the light of the spate of complaints which are frequently made by prospective purchaser / purchasers that what they

¹⁹ Vide: Financial Advertising and Marketing Law by Dennis Rosenthal page 130.

ultimately got was not that was originally promised and particularly in view of the painfully slow pace in which civil litigation moves, imposition of penal sanctions for false/ misleading advertisements regarding apartments as in the case of the English legislation would be a step in the right direction. It is also pertinent to note that in other jurisdictions such as in the state of Maharashtra (Bombay) specific provisions have been embodied in the statute regulating apartment ownership which specifically state that floor area would denote the carpet area.

Though it may not be possible to avoid all ambiguities or to legislate against every possible breach or contravention, it would be advisable to define clearly those vital descriptions such as 'floor area' regarding which controversies often arise.

SOME COMMON PROBLEMS CONCERNING COMMON ELEMENTS

Yet, another facet of the AOL that frequently gives rise to disputes concerns 'common elements'. In terms of section 9 (3), the owner of an apartment also becomes the absolute owner of his share of the common elements. However, this 'absolute' ownership is subject to certain qualifications. An important fetter placed on the rights of an owner of a condominium parcel is the prohibition against the alienation of his share in the common elements independent of the condominium parcel (Section 11 of the AOL).

Recently in an action before the District Court of Mount Lavinia, a person who was not the owner of any apartment in a condominium property claimed ownership of the strip of land which was adjacent to the ground floor apartment which belonged to another person. His claim for ownership for the strip of land

which is a 'common element' of the condominium property was based on the following facts :

(i) that one of his close relatives who originally owned the apartment in question permitted him into put up a structure in the said strip of land and occupy the same;

(ii) though the said relative subsequently sold the apartment to a third party she did not in the deed of transfer specifically convey her share of the common elements in the said strip of land;

(iii) in the absence of an express conveyance of the said share in the common element by the original owner, the new owner did not acquire any rights over the said strip of land; and that;

(iv) as he had acquired title to the said strip of land by adverse possession he is entitled to be declared as the owner of the said strip of land.

Based on this claim he sought to prevent the construction of a new apartment complex by a developer on the land where there existed an old condominium property before its demolition.

As the transfer of the said apartment took place before the 2003 Act came into force the question arose as to whether under the Apartment Ownership Law as it stood prior to the amendment it was permissible for a person (the Plaintiff) to claim prescriptive possession of a common element where such common element was not expressly conveyed to a third party along with the ownership of the apartment. The District Court held that in view of the prohibition against the alienation / transfer of a common element independent of the transfer of the ownership of the apartment, embodied in the Apartment Ownership Law, the Plaintiff was not

entitled to claim any prescriptive title to the said strip of land which was a common element.

However, it is significant to note that after the amendment brought in 2003 even where the deed of conveyance of a condominium parcel does not expressly convey the rights over the common elements such common elements are deemed to have been conveyed with the conveyance of the condominium parcel. Vide section 11 of the Apartment Ownership Act which states, that "No share in the common elements of a registered Condominium Property shall be disposed of or otherwise dealt with except as appurtenant to a unit of such Property, and any alienation of any unit shall be deemed also to convey the undivided share of the owner in the common elements appertaining to that unit, notwithstanding the fact that no specific or particular reference has been made thereto in the instrument or deed relating to such alienation".

One of the most crucial aspects of the law relating to condominium properties is the allocation of "common elements" as opposed to "condominium parcels or units". However, the haphazard manner in which the definition of the expression "common elements" has been framed in the legislations has unfortunately given rise to contentious issues.

What Constitutes Common Elements?

In one of the cases which came up in the District Court, the purchasers of certain apartments in a complex alleged that the property developer had originally promised that the building would consist only of residential units, but had contrary to this alleged undertaking proceeded to build a hall on the top floor of the building. When the matter came before court, one of the issues which arose was whether the hall could be given out on rent by the developer to

outsiders. It was not shown as a common element in the Condominium Plan. The purchasers contended that the hall should be treated as a common element in view of the omnibus clause under item b (vii) of the definition of 'common elements' in section 26 of the AO Law.

However in view of the fact that the word "halls" which occurred in the principal Act (Act No 11 of 1973) did not appear in the definition of the term "common elements" in the amended Act, it was contended by the developer that the "hall" on the top floor of the building did not constitute a "common elements". What gave rise to this dispute was in fact a 'printers devil' which has crept into item No b(i) of the definition of common elements where the word "walls" has been used instead of the word 'halls'. That it is an obvious error borne out by the fact that the words "main walls" appear in the 1st part of b (i) of section 26 and as such the repetition of the word "walls", is superfluous. This is confirmed by a comparison with the corresponding legislation in the U.S.A., the New York Condominium Act of 1964 which appears to have been adopted verbatim by our legislature where the word "halls" appear in the relevant part of the definition. Moreover, this position becomes crystal clear when one looks at the description of common element in the Common Amenities Board Law No. 10 of 1973.

POTENTIAL ISSUES PORTENDED BY THE LAW

The Apartment Ownership Law though a salutary piece of progressive legislation, is not completely free of its share of inconsistencies and contradictions which afflict many a modern statute. Though an exhaustive enumeration of all such instances does not fall within the scope of this paper it would be useful to point out a few glaring instances which, if not rectified, might severely hamper the attainment of some of the lofty objectives of the Law.

(i) The Use of Terminology Peculiar to the English Common Law in the Act

Tenants in Common

Section 9 (1) of the Act describe the position of the owner as regards the 'common elements' as that of 'tenants in common', which is an expression which belongs to the domain of English Common Law,²⁰ and does not form part of the RDL. Though the use of English Law concepts in statutes regarding Companies, Banking and Shipping are not foreign to our jurisprudence, such use of English Law concepts in the area of property law would lead to unnecessary confusions. Given the fact that the section confers absolute ownership of the common elements on the owners, and in the light of the definition which appeared in the Condominium Property Act No 12 of 1970 which provided that the owners would be deemed as co-owners of the common elements, the expression 'tenants in common' needs clarification.

Freehold Estate and Leasehold Estate

Moreover, the terms 'freehold estate' and 'leasehold estate' which occur in the definition of the term 'owner of a condominium parcel', also seek to introduce into the statute back, concepts which are alien to our common law. The terms 'freehold estate' and 'leasehold estate' stem from the basic tenet of the English land law that all English land is in the hands of the Sovereign, or is held of her by her subjects as tenants whose interests in the land are called either freehold estates or leasehold estates. Transplanting into our Law these concepts of the English land law which have their roots in the feudalizing of the land law after the Norman Conquest is totally unwarranted.

²⁰ Vide Crossley Vaines, *Personal Property*, 5th Edn., pp. 56.

(ii) The definition of the term 'condominium property'

The Apartment Ownership Law being a law regulating the ownership of apartments in a condominium property a precise definition of the term "condominium property" is essential. However while section 2 (a) of the Apartment Ownership Law describes "condominium property" merely as "any building on alienated land held as one land parcel and capable of being subdivided into parcels". Section 4 of the Condominium Management Authority Law as amended by Act No 24 of 2003 adds to this definition the words "and any building or buildings which have two or more storeys and building or buildings having *only one storey*". The addition of these words (which have been highlighted) in the provisions of the Condominium Management Authority Law a statute which is very much relevant to the Apartment Ownership Law, casts serious doubts regarding the exact parameters of the powers of the Condominium Management Authority in as much as the Condominium Management Authority Law seeks to include a **single storey building** also within the description "condominium property", while the definition of the term 'condominium parcel' appearing in section 26 of the Apartment Ownership Law as amended by Act No 39 of 2003 proceeds on the basis that there should be more than one storey in a building for the same to contain a 'condominium parcel. It is also pertinent to note that the Common Amenities Board Law No 10 of 1973 and the Apartment Ownership Law No 11 of 1973 as they stood prior to the amendments in 2003, excluded single storey buildings from the ambit of the term "condominium property".

(iii) The Definition of the term 'storey'

In one of the cases which was instituted by persons who had entered into sale agreements with the developer and deposited substantial part of the purchase price, alleged that the newspaper advertisements and the brochures put out by the developer had the picture of a high rise building containing a ground floor and six floors above the ground floor but the developer had proceeded to put up an additional floor in the Condominium Property. The gravamen of their case was that consequent to the construction of the additional floor, they had lost, inter-alia, their proportionate shares in the land and the common elements pertaining to the Condominium property. It should be noted in this context, that in terms of section 9 (i) of the Apartment Ownership Law, upon registration of a Condominium Plan each condominium parcel together with the common elements appurtenant thereto shall be deemed to be divided into units and thereupon the common elements are held by the owners of all the condominium parcels proportional to their respective share parcels.

However the developer argued that he did not represent anywhere in the brochures or advertisement that it was going to be a building with 6 floors above the ground floor, and that he had only described the building as a **multi-storeyed building**.

As the case was ultimately settled, there was no opportunity for a judicial pronouncement on this matter. In this connection it is significant to observe that the expression "storey" has been defined in the AOL to mean any part of a land consisting of a space of any shape below, on, or above the surface of the land parcel or partly below and partly above the surface of the land parcel, the dimension of which are delineated. In view of the fact that the expression "storey" includes

within its ambit even a space or shape below the surface of the land parcel, perplexing questions may arise where a property developer advertises a six storied or seven storied building for instance and contends after the completion of the building that be meant the "storey" below the surface of the land as well.

(iv) Garage space

Under the Apartment Ownership Law No 11 of 1973 as it stood before the amendment in 1982, Common Elements included "parking spaces" whereas the definition of "unit" in that Act included "accessory units such as a garage space"

However consequent to the amendment brought to the Apartment Ownership Law in 1982, the expression "garage space" was omitted from the definition of the term "unit". The uncertainty created by the above omission was further complicated by the omission of the definition "unit" altogether from the Apartment Ownership Law. It is respectfully submitted that remedial action in this regard by the authorities will help the effective enforcement of the provisions of the Apartment Ownership Law.

(v) The provisions regarding offences

It is significant to note that while section 21 (a) of the Apartment Ownership Law provides that the maximum fine that could be imposed for any offence under this law cannot exceed Rs.1000/- or Rs.100/- per day in the case of continuing offences. Section 3 (4) of the Apartment Ownership Law stipulates the imposition of a fine of Rs. 50,000/- for non registration of the condominium plan under certain circumstances and Rs.1000/- per day in the case of continuing offences. This leaves room for rules of construction to be called in aid to resolve a possible argument that the offence under section 3(4) would also

fall within the term 'any offence' in section 21 attracting only a fine of Rs.1,000/=.

OTHER IMPORTANT FEATURES OF THE LAW

(i) Servitudes created by the AOL

Section 13 of the Law creates a number of servitudes. These servitudes have been created for the purpose of ensuring the effective enjoyment of the rights conferred on the owners of the apartments or condominium parcels. These servitudes are created by statute and our common Law (RDL) recognizes the creation of a servitude by statute.²¹

The terms servitude has been explained by Roman Dutch Jurists in the following manner "It is a right of prohibiting something or doing something to or in house of another or upon his land for the benefit of another".²²

Accordingly the various servitudes that are created by the Apartment Ownership Law have as their singular objective the effective enjoyment of the rights conferred on the owner of an apartment/ condominium parcel without any let or hindrance from any other owner/ occupier. In sections 13 and 14, the term owner of a dominant tenement parcel denotes the condominium parcel in favour of which the servitude has been created. The term owner of a servient tenement refers to the owner of a condominium parcel over which the owner of the dominant tenement possesses the right of servitude.

It is significant to note that while section 13 (1) confers on the owner of a dominant tenement the unqualified right to enter on the servient tenement for the purpose of replacing, renewing or restoring any support enjoyed by him, section 14 requires the owner of a dominant tenement to obtain the permission of the

²¹ (Voet 8.4.2)

²² Wijeyadasa Rajapakshe, *Law of property*, Vol.I, pp. 189.

management corporation before entering the servient tenement to replace, renew or restore anything which the dominant tenement is entitled to.

It is submitted that notwithstanding the word anything in section 14 which would under normal circumstances mean that the permission of the management corporation is required even to enjoy the right of support in view of the specific provisions conferred in section 13 (2) regarding the right of support the dominant owner would be entitled to enter the servient tenement without the permission of the management corporation for the purpose of replacing, renewing, or restoring, any support.

It should also be noted that under the common law in the event of any controversy regarding a servitude, it would be resolved in favour of the owner of the servient tenement

(ii) The Management Corporation

The Management Corporation is charged with the authority and obligation to administer common elements for maintenance, repair, replacement or additions. It is based on this principle that the statute embodies elaborate provisions regarding the creation, power and duties of the Management Corporation. Apart from the wide-ranging powers vested in the Corporation, there are provisions empowering the corporation to act through a council elected by the members. It is also significant to note that a member of the Corporation will automatically lose his right to vote, if he fails to pay the contributions due to the corporation on account of services enjoyed by him.

(iii) Condominium Management Authority (CMA)

The Common Amenities Board which was established under Act No:10 of 1973 was renamed

as CMA by Act No 24 of 2003. The CMA has been vested with a wide amplitude of powers by Act No 24 of 2003. Important among its powers are the power to take control of the management and administration of common elements under certain circumstances,²³ the Condominium Management Authority (CMA) is also vested with the power to inquire in to the financial affairs of the Management Corporation by appointing another person to conduct such inquiry, where an application in this regard is made by a majority of the members of the Management Corporation or 1/3 of the owners of the condominium parcels or on its own motion.²⁴

Another area in which the CMA plays a pivotal role is with regard to the registration of Condominium Plans. In terms of section 3(2) of the Apartment Ownership Law the General manager of the CMA is empowered to issue a certificate confirming that a completed building is fit for occupation or use. The CMA has also been empowered to issue certificates regarding the condition of the building, the nature of the common elements, etc before the registration of the Condominium Plan/ Semi Condominium Plan/ Provisional Condominium Plan.

(iv) Provisional Condominium Plan (PCP)

In terms of Section 9 (A) upon the registration of the PCP, each provisional Condominium parcel depicted therein together with the Provisional Common Elements (PCE) appurtenant thereto shall be deemed to be absolutely owned by the person described in the relevant plan as the owner of Provisional Condominium Property and shall exercise such ownership. This has been made subject to inter-alia the following limitations.

²³ (Section 7 of the Condominium Management Authority Law as amended by Act No 24 of 2003)

²⁴ (section 9(1) of the CMA Law).

1. where a sale agreement in respect of an individual PC parcel has been registered with the Registrar the ownership right should be exercised without prejudice to the rights of a prospective purchaser who enters into such an agreement.

2. The owner is entitled to sell lease rent or dispose other than by way of mortgaging the land parcel where the *proposed building is to be erected*. However this limitation is applicable only until the said building is partly completed and registered as a semi-condominium property.

The provisions of section 3 (2) of the Apartment Ownership Law regarding the financial standing etc of the person applying for the registration of the PCP shows that this provision is aimed to cover property developers.

CONCLUSION

As mentioned elsewhere in this paper, the Apartment Ownership Law is a salutary piece of legislation which was designed to meet the needs of the society at large and serves to promote industry and commerce as well. However, the experience with regard to the application of its provisions demonstrate the wide gulf that exists between the laudable ideals of the statute and the application of its provisions to actual situations. Imprecise definitions and incongruous statutory language has often been an ideal breeding ground for disputes and dissensions. The manner in which some of core provisions of the statute have been drafted leaves much to be

desired. Moreover, the absence of adequate provisions regarding the rights and obligations of property developers who play a pivotal role in meeting the needs of the society and developing the national economy, is a matter that requires urgent legislative attention. In this regard it may be useful to adopt parallel legislative provisions from other parts of the world which prescribe heavy penal consequences for errant property developers.

The many crucial issues that have already come up before courts and the increasing number of persons who seek the aid of the law to obtain redress in order to resolve their disputes in this area of the law, underscores the need to have a statutory framework which is geared to grant speedy redress to the affected parties and to advance the cause of justice. Another feature which requires special attention is the prudence of incorporating into the statute English land law concepts, some of which are not consonant with our common law. Though Our legal system has enriched remarkably by the cross-fertilization of these two great legal systems, the haphazard manner in which this hybridization has been experimented in the statute, leaves much to be desired. It should be noted that despite the confluence of these two streams their waters never mixed. Thus legislative action is required to rectify this anomaly. It is fervently hoped that authorities would take necessary measures to remedy the mischief and would take corrective action in the not too distant future.

Relations Between the Bench and the Bar-Some Random thoughts

J.Viswanathan
High Court Judge.
Vavuniya

Administration of Justice is primarily concerned with discovering the true version between the two versions placed before the Court by the contending parties in a civil litigation or by the State and the accused in a criminal trial. Experience has conclusively shown that a Judge in his isolated glory is unable to do it. Lawyers sometimes fail to realize that they assist in the administration of justice as effectively as the Judges themselves. The Bar and the Bench are complementary to each other. In order that justice should be properly administered we need not only a competent Judge but also an efficient Lawyer. It is for this reason that the Legal Profession has always been looked upon as one of the most responsible of professions.

Judges have an extremely onerous and exacting task to perform. They have to do, daily and repeatedly and in the full gaze of an ever vigilant public, that which the rest of the community seeks to avoid: to take and then stand-by and live with-unless and until reversed by a superior tribunal- decisions which affect the members of the community.

Lord Taylor said the time a Judge spent in Court was merely the tip of the iceberg:

"People sometimes imagine we come in at 10.30 straight from the breakfast table and leave at 4.30 for tea, and that's the day's work. But there's a great deal to read beforehand, there's the

writing of judgments, there's keeping up to date with the law, to attend seminars and so on. So Judges really do work very hard, and usually at nights and weekends too."

About the Legal Profession, Lord Macmillan said:

"We call ourselves a learned profession. Let me remind you that we are also a liberal profession. The difference between a trade and a profession is that the trader frankly carries on his business primarily for the sake of pecuniary profit, while the members of a profession profess an art, their skill in which they no doubt place at the public service for remuneration, adequate or inadequate, but which is truly an end in itself. The professional man finds his highest reward in his sense of his mastery of his subject, in the absorbing interest of the pursuit of knowledge for its own sake, and in the contribution which, by reason of his attainments, he can make to the promotion of the general welfare. It is only by the liberality of our learning that we can hope to merit the place in public estimation which we claim, and to render to the public the services which they are entitled to expect from us'.

Character is vital in all professions and walks of life, and in the legal profession particularly the maintenance of the honesty of the lawyer is a matter of the first importance. There is in fact no other profession in which so many

temptations beset the path of the novice, enticing him to swerve from the line of strict integrity. There are snares and pitfalls at every step. High moral principle is his only, safe guide; the only torch to his way amidst darkness and destruction.

TOUTING PROHIBITED

In commercial or other walks of life, where there is competition, it may not be considered morally wrong to pay to a person who fetches you a customer a portion of the gain that you make through his help. But in the legal profession this is strictly prohibited. The tradition of the Bar is that the Lawyer must not seek business but that business must seek the Lawyer.

It rests on a Lawyer to preserve the purity of the legal system; to separate the chaff of fraud, exaggeration and doubt from the wheat of fact and truth. For if, from ignorance, dishonesty, or indifference to the effects of his action, he advises the commencement of an unjust suit, or the evasion or a denial of a legal claim, he defeats the objects of the law, he prostitutes its form, and brings its administration into contempt and disrepute. He poisons the fountain of justice at its source, and the evil effects are felt all through the body of law.

A lawyer should not undertake a cause which he knows or believes to be unjust. If the lawyer is aware of his client's motive and prosecutes a corrupt case, he becomes as bad as the client, or even worse. A lawyer should always fling away a knavish case. Chief Justice Gibson said,

"It is a popular but gross mistake to suppose that a lawyer owes no fidelity to any one except his client and that the latter is the keeper of his professional conscience. The high and honorable office of a lawyer (counsel) would be degraded to that of a mercenary, when he is

compelled to do the biddings of his client against the dictates of his conscience. It is also said that a lawyer should not undertake cases which he knows to be bad, having no chances of success."

A lawyer must secure the confidence of the Court and be trusted by the Judge. The life of a member of the Bar who is not trusted by the Bench must indeed be an unhappy one. The lawyer may not know the law; He may be incorrect in his statement of it; He may have overlooked a relevant authority; these are things which may happen to any one, but the Court should be assured that the lawyer is not misleading it.

LEGAL AID

It is well known that many litigants who appear before our courts are from the disadvantaged and the underprivileged section of the community. Over the years, the cost of litigation has increased.

There can be no question that for the fair, effective and proper administration of justice a widespread system of legal aid for the poor and the needy is a basic requirement. In the absence of a proper legal aid system, the justice system itself has little social relevance. It becomes alive and meaningful only when the doors of the temple of justice are open to the rich and the poor alike. The active co-operation and the unstinted support of the Bar is a *sine qua non* for the effective functioning of a legal aid scheme.

TRIALS AND APPEALS DEVOID OF MERIT

A lawyer has a duty by the client who retains him. The client is entitled to be properly advised as to the strength or weakness of his case. We have often seen unnecessary delays in trials and appeals devoid of merit being filed on frivolous grounds. A breach of the duty the lawyer owes to his client often results in prolonging the

agony of litigation. it is essential that proper standards of professional conduct be maintained not so much as a measure of imposing discipline from above, but as a means of self- discipline, discipline from within

Chief Justice Sansoni said the following about late H.V.Perera Q.C.

"A lawyer in the Appeal Court, as elsewhere, must have the confidence of the Judges. He must be frank and honest in everything he says. Mere cleverness will take him nowhere, for the relationship between the Bench and the Bar is so eminently one of intimate collaboration where mutual confidence is essential. I say without hesitation, that throughout his career, the Judges trusted Mr.Perera completely. They knew that he would never mislead or deceive them on any question of law or fact and that in every statement he made they could rely on him to be fair and honest. When you have found a man who is master of the law, an eloquent speaker with the gift of presenting a case attractively, a good debater with a razor-sharp intellect, you are on the way to finding a clever lawyer. But if that man also has, as Mr.Perera had, the moral qualities of honesty and fairness which will win for him the entire confidence of the Judges and his opponents, you have found the great lawyer. And this is precisely what he was."

Never attempt to deceive the Judge. Candor and frankness are precious qualities in judicial estimation.

LAWYERS AS PEACEMAKERS

Abraham Lincoln said "Discourage litigation. Persuade your neighbours compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner is often a real loser in fees, expenses and waste of time. As a peacemaker the lawyer has a superior opportunity of being a goodman. There will still be business enough.

Never stir up litigation. A worse man can scarcely be found than one who does this. Who can be more nearly a friend than he who habitually overhauls the register of deeds in search of defects in titles, whereon to stir up strife, and put money in his pocket? A moral tone ought to be infused into the profession which should drive such men out of it."

Mahatma Gandhi said "my experience has shown me that we win justice quickest by rendering justice to the other party". To be born a gentleman is an accident, but to die a gentleman is an achievement. I have never been able to accept that the duty of a lawyer to his client is in the unqualified terms in which it has been stated by some distinguished and great lawyers. This duty can never justify deceit or fraud. It can never set you free from the obligation which you owe to truth. It should never allow you to forget all that is bound up in the idea that a lawyer should die a gentleman.

The observation made by Lord Denning in *seaford Court Estates Ltd v. Asher*¹ could be followed as a trend setter for Judges in resolving complex conflicts in today's context. In Lord Denning's words;

"When a defect appears, a Judge cannot simply fold his hands and blame the draftsman. He must set to work on the constructive task of finding the intention of Parliament and then he must supplement the written word so as to give 'force and life' to the intention of the legislature. A judge should ask himself the question how, if the makers of the Act had themselves come across this ruck in the texture of it, they should have straightened it out? He must then do as they would have done. A judge must not alter the material of which the Act is woven, but he can and should iron out the creases".

¹ (1949) 2 All E.R. 155

A WORD OF CAUTION TO JUDGES

Litigants, witnesses and jurors alike get very much annoyed when a judge fails to come up on the Bench at the appointed hour. No single judicial fault, save lack of integrity, can do so much to create a bad impression. The failure of a Judge to appear in Court on time indicates to laymen not only a lack of interest in his judicial work and an unwillingness to conform to the rules of Court while insisting that others conform, but also a failure to appreciate the value of other people's time.

A judge who is up-to-date with his work is less likely to be irritable than one who is behind with his work. The bad habit of delaying decisions is not an easy one to break.

An eminent advocate of Bombay High Court, M.C.Chagla had this to say: "A lawyer must also study the atmosphere of the court. He must not only study his client but also, strange as it may seem, the Judge. Every Judge after all being human has his weaknesses and foibles. It is the primary duty of a lawyer to win his case fairly and I cannot understand lawyers who are always rubbing the Judge on the wrong side, so that the Judge has got to make a super-human effort to decide in their favour. I do not mean by this that a lawyer should pander to a Judge. There is nothing more important than the independence of the Bar and one of the first things that a lawyer should learn is to stand up to a Judge. He should not make concessions merely because the Judge wants him to do, nor must he put the case in the way the Judge wants him to do if he thinks that his client's interest would suffer thereby. But without sacrificing his independence surely a lawyer can bring about a pleasant atmosphere in the Court and keep the Judge pleased and smiling. It was said by Lord Macmillan that a lawyer should always remember that at the end of the case the Judge has to write a

judgment and the lawyer's duty is to help him to write the judgment. I think a lawyer also owes a duty to the witness who has come forward to testify. The witness has stepped into the witness-box in the interest of truth because he has received a summons from the Court. There is no reason why he should be treated as if he is a piece of dirt. More favourable replies have been elicited by being polite and courteous to the witness than otherwise. A clever lawyer by his cross-examination does not merely destroy the case of his opponent but also succeeds in building up the case of his own client."

So long as our country continues to be a democratic State, the rule of law must prevail, and so long as the rule of law prevails, Justice must be administered through the Courts of law and the best way of administering justice is by a happy combination of the advocate's skill and the Judges integrity. Sound arguments beget sound judgment.

No one can ensure a young man who is entering the Legal profession success at the Bar. The success must ultimately depend upon himself. There is no profession which requires such patience and perseverance. It was I think Lord Hewart who said that Life at the Bar is never a bed of roses. It is either all bed and no roses or all roses and no bed. The most difficult time in a lawyer's life is the time when it is all bed to him and no roses. It is at that time that he must maintain a stout heart. It is at that time that he must work and study. He must enter the profession with the zeal of a crusader. For years he may get no work, he may have to starve, he may feel that his talents are not being used, he may feel undeserving men getting on in the profession, but opportunity comes to everyone and when the opportunity comes, the young man must not be found wanting. It is then that he must

put into practice all that he has learnt in the long years of waiting and there is no success like the success in the profession of law. Whereas a successful doctor or a successful engineer can only do his specialized work, there is no subject a successful lawyer cannot tackle. The key to success is the art of distinguishing the relevant from the irrelevant, and that is a key that can open any door.

What His Lordship Justice Sarath N. Silva said when appointed as the President, Court of Appeal in 1994 is thought provoking. His Lordship said, "It is a fact that in a large percentage of civil appeals before the Court of Appeal, the party who has got judgment in his favour in the District Court is anxious to enjoy the fruits of his victory. On the other hand, the appellant against whom judgment has been given is equally anxious to delay the process. In fact some of these appellants seek comfort and solace in our vast backlog of cases and the fact that some appeals are more than ten years old and are yet to be heard. Our problem is the age old one, of separating the wheat from the chaff. Of separating the genuine grievance from the frivolous and the vexatious."

His Lordship continued "I have to read to you an extract from a letter sent to me by a Respondent to an application pending before the Court of Appeal for several years. He is a workman in whose favour an award has been made in an industrial arbitration. The enforcement of the award has been delayed due to an application filed by the employer to the Court of Appeal. The writer has examined the causes leading to the numerous postponements of the hearing of the application and states thus:

"It is a cardinal sin committed by those who are on oath to uphold justice, to harass a litigant by way of unbearable and intolerable postponements. Your Lordship, to me it is truly not a joke to feel dejected, tormented, depressed

and sad, every time I am told to go home by Court, and keep my fingers crossed awaiting the next date. I have written many letters. They may be in the file. This dispute started when I was 41 years in the prime of my life. Now I am sixty years and blind in my right eye, and cannot get a job due to age. Because of this case my working life has been ruined. My family life has been totally ruined. I am a ruined man trying to fight injustice'."

His Lordship's fervent plea to everybody concerned was,

"Not to tarry and allow things to slide;
Not to leave undone what you have
undertaken to do as a legacy to those
who may survive;
Not to be cursed for perpetrating an
injustice in the name of justice."

This hopeless situation was exposed by J.Mervyn Canaga Ratna, Attorney-at-law in the following words:

"It has been said that the law is an ass. However it is not the case in Sri Lanka. The ass is the gullible litigant who chooses to file action. There appears to be a crisis situation in Sri Lanka today as far as the law is concerned. It is so serious that events have overtaken the laws delays as the foolish litigant is not only left in absolute penury at the end of the litigation but he is in a much worse position than he was when he commenced it. After several dozen visits to the Courts on account of the numerous postponements for no fault of him or his lawyer, there is heaped upon him even more miseries and worse situations. It is an ass who will want to persist in such a hopeless situation".

May the cordial relations which now exist between the Bench and the Bar of this Island home of ours, long endure. May it long flourish.

Disappearances and International Human Rights Law

M.Elancheleyan

LL.B (Col), LL.M (Sri Lanka), LL.M (Hong Kong)
District Judge, Vavuniya.

Article 141 of the constitution Sri Lanka refers the 'jurisdiction to issue writ of *habeas corpus*' before the Court of Appeal of Sri Lanka. The provision is 'intended to safeguard the liberty' of the citizen. The habeas corpus application can be filed by the relatives of the person, who is under detention or has disappeared, to request the court to direct the authorities to produce the person before court or to make order to "find out the whereabouts". Preventive detentions or arbitrary detentions are root causes for disappearances. This is common practice not only in Sri Lanka, but also in the entire world. Persons are arrested not according to the procedure by law; detentions are in unauthorized detention camps. The officials who are responsible for the 'disappearances' deny their involvement with the disappearances.

Article 141 of the constitution refers to two issues,

(a) The jurisdiction of the Court of Appeal is to receive the writ application and make an order to the law enforcement officials to produce the suspect before court.

(b) If the officials have denied the involvement of arrest and detention, the Court of Appeal shall, make an order to the court of First Instance (Magistrate) to inquire into the allegation, to record the evidence and to report the "Findings" to Court of Appeal.

The Judge of the Court of Appeal will make an appropriate order for further action.

In the land mark Judgment of *Leeda Violet and others v. Vidana Pathirana OIC, Police Station Dilawella and others*, The Court expanded to analyze the legal issues with views of the Human Rights Committee, Special Rapporteur's Book; Working Group to inquire into enforced or involuntary disappearances; judgment of the Inter-American Court of Human Rights and followed the Indian Judgment to make an order for follow-up action.

The petitioners filed the writ of habeas corpus under Article 141 of the constitution. The law enforcement officials had denied the involvement of the arrest and detention. The court directed the Chief Magistrate to conduct the inquiry and forward the 'findings' to the Court of Appeal. The Magistrate has delivered the 'findings' that the 1st Respondent (Police Officer) is personally responsible for the disappearance of the persons, who were taken into custody by him (pp. 379, para 1)

The following legal principles were considered for the Judgment of the Court of Appeal.

a) Charter of Justice of 1833, Law of England.

The court observed that the writ of habeas corpus was introduced to this country from the Law of England by Charter of Justice 1833. The purpose of the Jurisdiction is 'intended to safeguard the liberty of the citizen.

b) Hongray Case (India)

The Court further followed the Judgment of *Sebastian. M. Hongray v Union of India. Desai, J.*, stated that the missing persons or disappearance can be inferred as an 'Unnatural death'.

It is an offence of murder; the perpetrators, those who were responsible for the arrest and detention, are responsible for their disappearances. The court further directed the Superintendent of Police of the state to proceed with the Criminal Investigation. The *Hongray* case shows, that the perpetrators those who have violated the right to liberty of the subject should be prosecuted before a court of law.

c) The Sri Lankan Court has focused on the Nazi practice regarding arrest, detention, night abductions, transferring from one place to another and finally no information to trace the whereabouts. Nigel Rodley has indicated about the Nazi practice in his book.

d) The Inter-American Court of Human Rights delivered several landmark Judgments regarding disappearances, and it is considered as 'jurisprudence'. In the instant case, the Court of Appeal of Sri Lanka has followed the judgment of *Velasques Rodriguez* case. The Court (IACHR) observed that "...their systematic and repeated nature and their use not only in causing certain individuals to disappear either briefly or permanently, but also as a means of creating a general state of anguish, insecurity and fear, is a recent phenomenon" (at page 237)

e) The Court further developed its judgment through the United Nations Commission on Human rights Res. 20 (xxxvi) of 29th Feb 1980, which established a working group to inquire into enforced or involuntary disappearances and views of the Human Rights Committee against Uruguay.

The Human Rights Committee has directed Uruguay, to take steps to find out the whereabouts; to prosecute the perpetrators before the court; to pay compensation and to take steps to prevent the future violations.

In the instant case (*Leeda Violet Case*) the court analyzed above- mentioned judgments, reports and views of the international regional and Indian Judgments. The court delivered judgment against the 1st respondent to pay 100000/= Exemplary cost and directed the Inspector-General of Police to proceed criminal investigation under Criminal Procedure Code; or according to the law.

I have observed that this is the first case in Sri Lanka to direct the follow-up action, regarding arbitrary arrest, detention and disappearances. I analyze the 'Legal issues' with the Art 13(1) and 13(2) of the constitutions of Sri Lanka. The following legal issues were identified by court; such as arbitrary arrest, arbitrary detention, possibilities of arbitrary execution and mental torture to the family of disappeared persons. The state has the responsibility to protect the citizen of the country. If a person has been disappeared, the state has the duty to find out the whereabouts; investigate and prosecute the perpetrators of such an offence before the court of law. It has been observed from the Judgment of the instant case that "...rule of law, freedom and safety of the subject would be completely nullified". (per. S.N. Silva, J., pp. 383, para 2)

The court has taken stern 'affirmative action' against the violation of disappearance. The several writers commented that it is a Landmark Jurisprudence in Sri Lanka.

a) Human Rights Committee

The Human Rights Committee (1995 Sri Lanka) stated that derogation of fundamental rights during the emergency situation, was not fulfilled the requirement of Article 4 of the ICCPR. The committee expressed its concern, that the Sri Lankan courts have no power to review the Emergency Regulations. The committee pointed out that to order of preventive detention which is issued by the Secretary, Defence, is violation of ICCPR. The committee criticized that the Government of Sri Lanka liberty in prisons and other places of detention under the Article 10 of the Covenant and the Magistrates have not visited the detention camps. The court has impliedly or indirectly expressed this issue in the *Vijayan Wimalenthiran's* case (above)

b) Special Rapporteur and Working Group

The Special Rapporteur Nigel Rodley (1996) criticized that the *Vijayan Wimalenthiran* (case discussed above) was detained in an unauthorized detention camp and that the person was not handed over to police custody within twenty four hours. The detainee was tortured and blindfolded for the most part of his detention.

The Special Rapporteur Mr. Bacre Waly Ndiaye (1997) stated on his Sri Lankan visit, that Emergency Regulation and the PTA allow 'incommunicado detention' for one year; and 18 months respectively without production before the court.

The Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances (1999) pointed out in its report (Sri Lanka) that the detainees were detained in secret detention camps. The

Government has not fully implemented the requirement of officially Gazetted detention camps, human rights safeguards such as registers of the detainees, Central Register etc.

I analyze the above-mentioned Reports with the judgment of '*Wimalenthiran*' case. The Supreme Court analyzed the basic requirements of the human rights safeguards in the case.

Now the Court discussed the Treaty Based Mechanism.

The Human Rights Committee plays a main role inquiring into violations of right to life and of disappearance, in Latin American countries through individual communication under the optional protocol of the Covenant (ICCPR). The General Comment No: 6 provides [General Comment No.6 (HRC)] that state parties should take specific and effective measures to prevent disappearances, promote investigation procedure and impartial inquiry into missing and disappeared persons.

The HRC declared in two communications¹ against Peru and Colombia in 1993 that the State parties were responsible for the disappearances. The committee expanded its jurisdiction to make Views and General Comments not only against violations of State parties but also against Para military and civilian armed groups.

The Committee delivered the '*Comments*'² on the second periodic report, which was submitted by Peru. The Committee condemned the atrocities, which were committed by insurgent groups and terrorists. The Committee ensures "excessive force and violence used by the military, the para-military, the police and armed civilian

¹ (Cases No.540/1993 *Celis Laurearo v. Peru* and No. 563/1993 *Bautista v Colombia*)

² (GAOR A/47/40 Report HRC, pp. 89., para 343.)

group". It is troubled by the great number of complains of extra-judicial executions and disappearances attributed to the security forces.

Article 2(3) of the Covenant states that to provide "an effective remedy", the perpetrators should be investigated for violation of rights and be punished. The Committee declares in its view that the case of disappearances in *Nydia Bautisca de Arellana v Colombia*³ that the state party is under an obligation and duty to investigate the violations and in particular the forced disappearances of persons.

J.D. Herrera Rubia stated on 2nd November 1987⁴; that

a) Colombia had not taken measures to prevent the disappearances and the death of the parents of the author of the communication and,

b) To undertake adequate investigations; and further the Committee stated under Article 2 of the Covenant to adopt effective measures of reparations and to proceed with the investigations, and to take measures to ensure that similar violations will not occur in future.

Art 9(1) of the Covenant guarantees everyone the right to liberty and security of person and provides that no one shall be subject to arbitrary arrest and detention.

What is the meaning of 'arbitrary'? The Committee's view⁵ is that arbitrariness is not to be equated with being against the law but must be interpreted more broadly to include elements of inappropriateness, injustice and lack of predictability and due process of law. What is the connection with right to life?

³ (Views in Communication No: 563/1993 *Nydia Bautisca de Arellana v. Colombia*- adopted on 27th October 1995, HRC Report, annex VII, section 19, para 8.6)

⁴ (HRC 1987 Report)

⁵ (HRC 1994 Report, Annex ix, Sec. AA, Para 9.8)

The arbitrary arrest and detentions are the foundation stones for torture and disappearance can lead to a violation of right to life, such as arbitrary execution.

In the case of *William Delgado Paez v. Colombia*⁶ the Committee interpreted the Article 9 of the Covenant with Article 3 of UDHR. The Committee further elaborates the meaning of "security of persons". The state parties are under an obligation to take reasonable and appropriate measures to protect people.

The Committee declared its views regarding "incommunicado detention and involuntary disappearances". The Committee concluded that the authorities have "either failed to take appropriate measures to protect the right to life during the custody of the person concerned⁷ or that the right to life and right to liberty and security in Article 9 have not been 'effectively protected'⁸". The Committee stated that the disappearance of persons is inseparably linked to treatment that amounting to a violation of Article 7.⁹

The Human Rights Committee has not limited itself within the barrier of disappearance of violation of right to life but expanded the interpretation to Article 7 of the Covenant.

According to the case of *Quinteros v. Uruguay*¹⁰, the HRC found that the anguish and stress caused to the mother by the disappearance of her daughter and by the continuing uncertainty of her whereabouts is a violation of Article 7 of the Covenant.

⁶ (Communication No: 195/1985 (HRC) , HRC 1990 Report, Annex ix, sec. D, para 5.5.)

⁷ (Comm. No: 84/1981, Views adopted on 21 October 1982 GAOR A/38/40)

⁸ (GAOR A/49/40 (II) Report HRC, pp. 31 at p35,36; para.11.)

⁹ (GAOR A/49/40 (ii) Report HRC. pp 142 at 144 para. 5.7.)

¹⁰ (Case No: 107/1981, HRC Report 1983, Annex XXII, Para 14.)

In the case of *Celis Laureano v. Peru*¹¹ the Committee stated that the disappearance of the girl and prevention of contact with her family members and the outside world constituted 'cruel and inhuman treatment' under Article 7 of the Covenant. In another case *Arhuacos v. Colombia*¹² the HRC stated that three indigenous leaders who disappeared and found dead is a violation of Article 7 of the Covenant.

The evidence shows that these victims were tortured before assassination. In the above-mentioned cases, the HRC interpreted that the disappearance constitutes a violation of the right to life and violation of torture, cruel and inhuman treatment. The disappearances indicate:

a) The violation of the right to life of the victim and violation of cruelty against victim under Article 7.

b) The violation of (mental) torture to family members under Article 7 of the Covenant.

Now the court discusses the charter based mechanism regarding 'Disappearance'.

The Commission on Human Rights resolution 20 (XXXVI) 29 February 1980, the first thematic mechanism established was the working group on enforced or involuntary disappearances. The special Rapporteurs collect information; seek permission to carry out visits on the spot, but this can only happen if permitted by the authorities and pronounce itself in the form of a resolution usually couched in critical terms.

In 1982, the Commission recommended the appointment of a Special Rapporteur on Summary and Arbitrary Executions. In 1995, the Special Rapporteur on Torture was established.

¹¹ Case No: 540/1983 (HRC)

¹² Case No: 612/1995 (HRC)

a) Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances (1980)

The disappearances of persons are well organized and executed by Governmental Authorities or state sponsored Agents. The practice of the 'disappearances' shows that victims are arrested, blindfolded, kept or detained in unauthorized detention centers, tortured; if the person died during the course of interrogation were buried in unauthorized places without judicial inquiry. Very few cases in International armed conflict such as Bosnia Herzegovina, and Rwanda and internal armed conflict such as Chile, Cyprus, Sri Lanka prove that dead bodies or human skeletons were found in the 'Mass Graves', It is well known State practice or disappearances during armed conflict.

The states are solely responsible for protecting the right to life, liberty, security and dignity of person. The illegal arrests, detentions, tortures finally end up with "disappearances". The State provides for the 'habeas corpus application' to be filed as the petition before competent court or tribunal to 'find whereabouts of the victim'.

Nevertheless, the State Organized disappearances are well planned or abolished the single piece of evidence, and totally deny charges of disappearances before court law. On the other hand, the innocent civilian has to establish and submit satisfactory evidence against the State officials before court. It is not only difficult to ask to bring the evidence before a court but also with fear, threats and danger to the life of witness during ongoing-armed conflict. The phenomenon of the 'disappearances' is a violation of right to life, liberty and security of person.

In this regard, the International NGO's like Amnesty International and Humanitarian Organization like ICRC and other related bodies

pressurized the UN to take prompt and preventive action against disappearances.

The working group on enforced or involuntary disappearances, which was initiated by the Commission on Human Rights 1980, has taken steps to prevent the violation of 'Disappearances'. The Resolution of the working Group on enforced or involuntary disappearances provides that:

a) To "examine questions relevant to enforced or involuntary disappearances".

b) To "seek and receive information from governments, governmental organization, humanitarian organization and other reliable sources" and;

c) "To bear in mind the need to be able to respond effectively to information that comes before it and to carry out its work with discretion."

The methods of work of the UN working group¹³ declared in its mandate that to assist the families of disappeared person; to find out his or her whereabouts; to establish channel between families of disappeared person and the government to investigate and clarify the missing person.

Several International Conventions on Human Rights and Regional Conventions provide the "protection against arbitrary deprivation of life".

The report of the working group on enforced or involuntary disappearances shows that the enforced or disappearance violates the provisions of Covenant on Civil and Political Rights and Covenant on Economic Social Cultural Rights as well.

¹³ (Commission on Human Rights Resolution 20. XXZXVI UN Doc. E/CN.4/1998/19 at 5-7 (1988))

The report further declared¹⁴ that the following rights are denied such as the right to liberty and security of person, right to human conditions of detention and freedom from torture, cruel or degrading treatment or punishment and right to life. The report further elaborated that the disappearances infringe the "standard minimum rules for the treatment of prisoners."¹⁵

Another important procedure is 'Urgent Action Procedure' followed by working group.¹⁶ This Urgent action procedure has proved in many cases to "find out the whereabouts" of the missing person and further it is effective method to "safeguard the human lives".

Now the court discusses the Regional Human Rights System.

The American Declaration¹⁷ stipulates that every human being has right to life, liberty, and the security of his person. The American Convention¹⁸ provides that;

'Every person has right to have his life respected. Law shall protect this right in general, from the movement of conception. No one shall be arbitrarily deprived of his life'.

The Inter-American Commission on Human Rights examined the case of "*Segment of the Nicaraguan Population of Miskito Origin*"¹⁹ and stated that;

a) Alleged killings of Miskitos by government forces in the villages of San Carlos and Leimus in December 1981;

¹⁴ [UN Doc. E/CN.4/1435 at 79,80 Para 184 (1981)]

¹⁵ (Supra para 185)

¹⁶ [UN Doc. E/CN.4/ 1985/15 at 23,24 Para 81 (1985)].

¹⁷ (Article I of the American Declaration)

¹⁸ (Article 4 of the Inter - American Convention on Human Rights)

¹⁹ (IACHR, Report on the situation of Human Rights of a Segment of the Nicaraguan Population of Miskito Origin OEA/SER.L/ZV/11.62, Dec. 10. 1983)

b) Forced displacement of 12,500 Miskitos from their villages around rivers.

(c) Imprisonment and trial of Miskitos and alleged disappearances.

(b) Right to property.

The commission found that it was a violation of Article 22 and 27 to the Inter - American Convention on Human Rights.

Another situation is that the Inter - American Commission on Human Rights delivered the report in respect of Guatemala²⁰ which clearly substantiated the allegation of massacres were carried out by the Guatemala security forces killing all the residents of the village.

The commission stated that the "violations of the right to life were committed in the course of Civil strife and Army had violated Article 3 of the Fourth Geneva Convention".

The analytical view of the Article 4 of the American Convention on Human Right provides that every person has the right to have his life "respected" and the rights be ensured by states. The states have an obligation to respect the right to life of an individual. The second sentence states that 'this right shall be protected by law'. It is a mandatory requirement to enact laws for the "protection of right to life". The state is responsible to prevent, protect and promote the right to life.

The dissenting judgment in *Gangaram panday*²¹ case observed that;

States cannot restrict right to life.

On the other hand, the court demands the states that they take all appropriate measures to

²⁰(see: IACHR 1983 Report on Guatemala pp 60-70)

²¹(Inter-American Court of Human Rights, *Gangaram pandey* case, Judgment of January 21 1994, IACHR annual report 1994 Annex I ,dissenting opinion of judge Picado Sotela aquiar Arabguren and Cand Ado Trindale, page 41 Para 3,4.)

prevent protect and promote the right to life. (Positive obligation)

The dissenting judgment further elaborates that the Article 4(1) of the Convention has a "preventive dimension "to act with "due diligence" to deal with illegal detentions. The due diligence pressurized the states to impose obligations to prevent violations. Article 4 of the Inter-American convention is not only the Preventive Mechanism but also Protective Mechanism.

Article 27 of the Inter-American convention on Human Rights states derogable rights and non-derogable rights in spite of emergency.

Most of the OAS countries are under Emergency Rule. The Art 27 of the Inter-American Convention is always applicable to nationals of the OAS countries. The state party can derogate rights to safeguard the life of the nation from danger. But Right to life is declared as non-derogable right under Article 27 (2) of the Inter-American Convention on Human Rights.

The United States Supreme Court delivered landmark judgment regarding suspension of "habeas corpus application". In the *ex parte Milligan* case²² USA Supreme Court stated that the military commission "jurisdiction could not be derived from the laws and usages of war".

The court further elaborated that the Martial Law destroys every guarantee of the constitution and shows its superiority to the civil power. Civil liberty and martial law cannot endure together thus the court concluded that;

"With the exception of the writ of habeas corpus, not one of the safeguards provided for in the written constitution could be disturbed by either the president, congress or judiciary".

²²(Wallace, *ex parte Milligan*, vol. IV, 1910 pp. 109)

This implied, that the constitution did not say after a writ of habeas corpus is denied a citizen, that he shall be tried otherwise than by the course of the Common Law. The Inter-American Court of Human Rights delivered an advisory opinion on habeas corpus on emergency situation²³ regarding Article 27(2), 25 (1) and 7(6). The court stated that:

"The habeas corpus applications to prove judicial determination of lawfulness of a detention; the corpus should be brought before competent court or Judge. The habeas corpus is ensuring the right to life of the corpus and physical integrity, preventing his disappearances; preventing secret detentions and 'protecting' him against torture, inhuman degrading treatment and punishment."

The court concludes its advisory opinion that:

The writs of habeas corpus and of 'amparo' are among these judicial remedies that are essential for the protection of various non-derogable rights mentioned in the Article 27 (2), and that serve oreo to preserve legality in a democratic society.

Important question before us is that the 'writ of habeas corpus' which comes under fair trial is a derogable right under Article 27(1) of the Inter - American Convention. The arrests and detentions are derogable rights in spite of Emergency. The disappearance of persons infringes the right to life unde Article 27(2) of the said convention.

During war, public danger or Emergency, the court may be closed down and fair trial may be suspended under Article 27(1), which declares derogatable rights. If the courts were closed down, how can the person file writ of habeas corpus for disappearance cases?

²³ (IACHR, habeas corpus in emergency situation [Art 27(2), 25(1), and 7(6), Advisory opinion, OC 8/87, Jan. 30 1987, Series A. no.8, pp.40, para 24 page 44, para 35 and pp. 48 para 42])

The advisory opinion of IACHR delivers the answer that;

"A temporary suspension of the rule of law, it does not authorize those in power to act in disregard to the principles of legality by which they are bound at all times, however no government can be deemed do have acquired absolute powers that so beyond the circumstances justifying the grant of such exceptional legal measures".

In the case of *Nieria Algeria et al*,²⁴ Inter-American Court of Human Rights delivered the judgment that Peru declared emergency rule in two provinces and three prisons were declared as restricted military zones. The Court held that the "implicit suspension of the writ of habeas corpus with regard to the control of the military forces over the prison, three victims were killed when the armed uprising in the prison". Court concluded that the Peru have violated Article 7(b) and Article 27 (2) of the Convention,

The several disappearances were reported in the OAS Region. Most of the countries are under military rule or Emergency rule and derogate the several Human Right provisions. In practices, the violation of non - derogable rights could not be investigated by OAS Region. No proper preventive methods are taken to protect and promote the 'right to life'; no proper investigation is carried - out on violation of disappearances. No proper of right to life is guaranteed; no protection records or evidence are available on disappearance cases. The agents of states commit several violations against 'non-derogable right' with or without the consent of the state. The right to life is under question mark in the OAS Region.

²⁴ (IACHR, Neira Algeria et al, case : Judgment 19 Jan. 1995, published in IA court H.R Annual Report 1995 ,Appendix IV, pp.41 at page 59-60, Para 77 and 82-84, cited in Anna - Lena Svenssion McCarthy, , the International Law of Human Rights and status of exception, Martinus Nijhoff publishers Netherlands 1998)

The Inter - American Court of Human Rights protects the rights, and delivered landmark judgments against states regarding disappearance cases. The Inter - American Court has established the "Jurisprudence" in disappearance cases.

In *Velasquez* case 25 the Inter - American Court stated that:

"The obligation of the state is "to respect" the rights guaranteed in the Convention and prevent, investigate, and punish any violation of the rights and provide compensation. The court further emphasized that the state has a legal duty to take reasonable steps to prevent human rights violations."

In this case the Court reminded the state parties regarding obligation and legal duty under the convention. Article 27 of the Vienna convention on the Law of Treaties enshrines the precept of Customary Law whereby state parties to a treaty may not invoke provisions or their domestic laws as a justification for failing to comply with a treaty.

In *Velasques Rodriguez* case, the Inter - American Court of Human Rights stated; that the state is responsible for acts of its agents in their official capacity and their commissions under international law.

The court further stressed that;

"the practice of disappearances often involves secret executing without trial followed by concealment of the body to eliminate any material evidence of the crime and to ensure the impunity of these responsible. This is a flagrant violation of right to life".

The Judgment shows the reality of disappearances organized by state agents. In our

²⁵ (IACHR, *Velasquez Rodriguez* Case, Judgment July 29, 1998 series, C No 4 P 150 Para 160)

experience, agents of the state have committed most of the violations of disappearances. It clearly demonstrates that the state is sole responsible and answerable to people.

Article II of the Inter - American Convention on Forced Disappearance of Persons (The Inter - American Convention on Forced Disappearances of the Persons - came into force on March 28, 1996) defines violations of this kind, for the purpose of the Convention forced disappearances is considered to be the act of depriving person or persons of his or their freedom in whatever way, perpetrated by agents of the state or by acting with the authorization, support or acquiescence of the state followed by an absence of information or a refusal to acknowledge that deprivation of freedom or to give information thereby impeding his or her or her recourse to the applicable legal remedies and procedural guarantees. The recent landmark (2000) judgment delivered by the Inter-American Court of Human Right in *Bamaca Velasquez* case²⁶ stated that the Forced or Involuntary disappearances constitutes

- a) arbitrary denial of freedom,
- b) endanger detainee's personal integrity,
- c) security and life of the detainee and;
- d) victim completely defenseless

The Court further elaborates the

- a) neglecting the duty of organizing the governmental apparatus,
- b) failing to properly investigate the allegations of forced or involuntary disappearances and;

²⁶ (In. Am. Ct. HR, *Bamaca Velasquez* case, Judgment of Nov. 25, 2000 IHRR, 2000P.131.132 Para 128 - 129)

c) no punishment against the violation.

The court finally concluded that;

“the states violate the duty of respecting the rights protected by the Convention and of ensuring their free and full exercise with respect to both the victim and his relatives, for identifying his whereabouts.”

The Inter - American Convention on Human Right has established the jurisprudence on disappearances. The comparison with charter based, Treaty based UN mechanisms and other Regional bodies, and the Inter American Courts delivered several landmark judgments on disappearances and delivered judgments against violation of the right to life.

Now the court discusses the statute of International war Crimes Tribunal Former Yugoslavia (ICTY) & Rwanda (ICTR) & the Judgment of ICTY and ICTR.

Is crime of disappearance developed as customary International Law?

There is no direct provision in the statute of ICTY and ICTR. But Article 5(1) of the statute of ICTY indirectly place the room to prosecute the crime of disappearance.

Article 5(1) of the statute of the ICTY refers “other inhumane acts.”

Article 31) of the statute of the ICTR refers “other inhumane acts.”

Article 4(g) of the statute of the ICTR refers that “the passing of sentences and the carrying out of extensions without pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized people.”

In the *Jelusic* case²⁷ the Trial chamber established the landmark jurisprudence. The chamber held; that

“It may also consist of the desired destruction of more limited number of persons selected for the impact that their disappearances would have upon the survival of the group as such”.

The Statute of International Criminal Court (ICC) clearly indicates that Article 7(1) (i) “enforced disappearances of person”.

The first time the ICC refers the provision of “enforced disappearances. The crime of disappearance is recognized as *regional jus cogen* in Inter - American system.

²⁷ (*Prosecutor v Jelusic* Judgment case No: IT - 95-10- T; 14th December 1999, Para 66)

இளம் சட்டத்தரணிகளுக்கு.....

Mrs.S.Ellengovan
District Judge/Magistrate
Mallakam.

இளம் சட்டத்தரணி என இங்கு குறிப்பிடப்படுவது ஒரு Unior Lawyer ஐ ஆகும். மாணவனாக இருந்த போதுள்ள விரிவுரைகளுக்கு செல்வதும், புத்தகங்கள் படிப்பதும், பரீட்சைகள் எழுதுவதுமாக வாழ்க்கை ஒரு தெளிந்த நீரோடை போல் இருந்திருக்கும். ஆனால் சட்டத்தரணியாக வெளிவரும் போது வித்தியாசமான, முற்றிலும் வேறுபட்ட உலகில் நுழைகின்றோம். ஒவ்வொரு சட்டங்கள் சட்ட நடவடிக்கைகள் முறைகள் என்பன பற்றி படித்தவை வேறு; நடைமுறையில் தொழில் பார்ப்பது என்பது வேறு. பிரத்தியேகமாக வங்கிகளில், வேறு தனியார் தொழில் ஸ்தாபனங்களில் சட்ட ஆலோசகராக (Legal Advisor) ஆக சேர்வது வேறு. அதிர்ஷ்டவசமாக சில சட்டத்தரணிகளுக்கு பெற்றோரில் ஒருவரோ அல்லது உறவினர்களோ அல்லது நெருங்கிய நண்பர்களோ சட்டத்தரணிகளாக தொழில் பார்த்தால் கை கொடுக்கத் தயாராக இருப்பார்கள். ஆனால் இப்படி எந்த உதவியுமற்ற பிரத்தியேகமாக தொழில் எதுவும் கிடைக்காத ஒருவருக்கு சட்டத்தரணி தொழிலான Bifurcated Profession இல் உதவியேதுமின்றி தொழிலைத் தொடங்க வேண்டிய நிலைமையில் இவர்கட்கு சிரேஷ்ட சட்டத்தரணிகள் சிலர் கைகொடுத்து உதவுகின்றனர். வழக்குகள் இருக்கின்றதோ இல்லையோ நீதிமன்றங்களுக்கு தொடர்ந்தும் நேரத்திற்கு செல்ல வேண்டும் வழக்குகள் நடக்கும் போது பொறுமையுடன் இருந்து பார்க்க வேண்டும். வழக்குகளை பதிவாளரின் அனுமதியுடன் வாங்கிப் பார்க்க வேண்டும் பிரேரணை (Motion) எப்படி எழுதுவது பிராது எப்படி எழுதுவது போன்றவற்றை அறிய வேண்டும். கூடுமானவரை

இவற்றில் பிரதிகள் எடுத்து வைத்திருத்தல் வேண்டும். சிரேஷ்ட சட்டத்தரணிகள் எப்படி கட்சிக்காரர்களுடன் ஆலோசனை (Consultation) செய்கிறார்கள் என்பதை அவதானிக்க வேண்டும். சனிக் கிழமை, ஞாயிற்றுக்கிழமைகளிலும் சிரேஷ்ட சட்டத்தரணிகளின் அலுவலகம் சென்று பார்க்கலாம்.

நீதிமன்றத்தில் நாம் எப்படி நடந்து கொள்ள வேண்டும், நீதிபதிகளுக்கு எப்படி வழக்கை எடுத்துரைப்பது போன்ற மிக முக்கியமானவற்றை அறிய வேண்டும். (The Most Important How to behave in Court and How to address judges, Court craft and many other essential skills of a lawyer must be learnt.) பல நாட்களுக்கு வழக்குகளோ உறுதிகளோ இல்லாமல் இருக்க வேண்டிய நிலையும் வரலாம். மனம் சலியாமல் நீதவான் நீதிமன்றம், மாவட்ட நீதிமன்றம், மேல் நீதிமன்றங்களில் வழக்குகள் விளக்கம் நடக்கும் போது இருந்து பார்க்க வேண்டும்.

கிடைக்கின்ற சந்தர்ப்பத்தை நன்றாக பயன்படுத்திக் கொள்ள வேண்டும். வழக்கு விளக்கத்திற்கு வரும் போது; வழக்கை நன்றாகப் படித்திருக்க வேண்டும். எந்தப் பக்கம் ஆக இருந்தாலும்; வழக்கில் கேட்க வேண்டிய கேள்விகளை நன்றாக எழுதி, ஆயத்தமாக வைத்திருக்க வேண்டும். வழக்கெழு வினாக்களை முன்கூட்டியே ஆயத்தப்படுத்தி வைத்திருத்தல் வேண்டும். The focus of mind must always of the case and not on the client must do the case to the best of our ability and then forget it whatever the result.

சாட்சியை குறுக்கு விசாரணை செய்யும் போது, மறுபக்க சட்டத்தரணி ஆட்சேபனை எழுப்பக் கூடும். அதற்கு தகுந்த பதிலிறுக்கத் தக்கதாக இருக்க வேண்டும். வழக்கமாக விடை தொனி வினா (Leading question) என ஆட்சேபனை எழுப்பப்படும். இதற்காக குடியியல் நடைமுறைக்கோவையிலும், சான்றியற் கட்டளைச் சட்டத்திலும் இவை பற்றி முழுமையாக அறிந்திருத்தல் வேண்டும்.

உதாரணமாக; முறைப்பாட்டாளர் தரப்பில், ஒரு சாட்சியை “உனக்கு எப்படி இந்த விடயம் பற்றித் தெரியும்” என ஒரு கேள்வி கேட்கப்படும் போது சாட்சி “எனது மைத்துனர் கூறினார் இப்படி” என பதிலிறுக்கும் போது எதிர்ப்பக்க சட்டத்தரணி இது ஒரு சொல்லக் கேட்ட சான்று (hear say evidence) என உடனே ஆட்சேபனை எழுப்புவார். இது ஒரு சொல்லக் கேட்ட சான்று அல்ல எனவும் நேரடி சான்று (Direct evidence) என்றும், மைத்துனருக்கு வேறொருவர் சொன்னதை அவர் எனக்கு சொல்லவில்லை என விளங்கப்படுகிறது, அந்த ஆட்சேபனைக்கு பதிலிறுக்கத் தக்கதாய் இருக்க வேண்டும்.

ஒரு சட்டத்தரணி தனக்கு கிடைத்த வழக்கை நன்றாக நடத்தினால் அந்த வழக்கின் கட்சிக்காரனே பல வழக்குகளை அந்த சட்டத்தரணிக்கு கொடுப்பதற்கு காரணமாகி விடுவார். Touting தேவையில்லை. உறுதிகள் விடயத்திலும், மாதாந்தம் எழுதிய உறுதிகளை அடுத்த மாதம் 15ம் திகதிதான் கொடுக்க வேண்டுமென்பதில்லை. முதல் மாதத்தில் எழுதிய முதல் உறுதிகளின் மூலப்

பிரதிகளை, எவ்வளவு சீக்கிரம் கொடுக்க முடியுமோ அவ்வளவு சீக்கிரம் பதிவுக்கு கொடுத்து விட்டு, மாத முடிவில் இணைப் பிரதிகளையும் கொடுத்து விட்டால் அடுத்த மாதம் 15ம் திகதிக்கு முன்னர் மூல உறுதிகள் கைக்கு கிடைத்துவிடும். கட்சிக்காரனிடம் அடுத்த மாதத்தின் 15ம் திகதிக்கு முன் மூல உறுதியை பெறும் கட்சிக்காரருக்கு ஒரு ஆச்சரியமாக இருக்கும். அந்தக் கட்சிக்காரனே பல உறுதிகளைக் கிடைக்கச் செய்வதில் முன் நிற்பான்.

கூடிய வரை வழக்குகளில் தவணை எடுப்பதைத் தவிர்க்க வேண்டும் தங்களால் முடியாத அல்லது கஷ்டமான வழக்கானால்; சிரேஷ்ட சட்டத்தரணிகளிடம் கொடுத்துவிட வேண்டும். மறுமொழிக்கு தவணைகள் எடுப்பதையும் தவிர்க்க வேண்டும். உரிய நேரத்தில் சாட்சி ஆவண நிரல் (List of Witnesses) தாக்கல் செய்ய வேண்டும். வழக்குகளில் வெற்றி தோல்வி சகஜம் ஆனால் அதற்காக ஒரு சட்டத்தரணியின் கவனயினத்தினால் வழக்கு தோற்கடிக்கப்படக் கூடாது. இது சில சமயங்களில் சட்டத்தரணிக் கெதிராக வழக்கு வைப்பதற்கான ஏதுவாகவும் இருக்கலாம்.

எனவே நேர்மை, திறமை, கண்ணியம், கடமையுணர்ச்சி, நேரம் தவறாமையுடன் தொழில் பார்க்கின்ற போது; தொழில் நிச்சயம் முன்னேற்றம் உண்டாகும். நீதிமன்றத்திற்கு நேரத்திற்கு வருதல் வேண்டும், ஒழுங்காக வரவேண்டும். இவையே முன்னேற்றத்திற்கான முதற்படிகள் ஆகும்.

உரிமை நிறுவல் வழக்கு (Rei Vindicatio action)

B.T.Vigna Raja
District Judge, Jaffna.

அசைவுள்ள அல்லது அசைவற்ற, புருப்பொருள் அல்லது பருப்பொருள் அல்லாத பிற பொருள் ஒன்றினிந்து ஒருவருக்குள்ள சொத்துரிமையை (the owner of anything mivable or immovable corporeal or incorporeal) வெளிப்படுத்தி, குறித்த சொத்தின் உடமை கொண்டுள்ளவரை வெளியேற்றி, சொத்தை மீள்பெறுவதற்கு தாக்கல் செய்யும் வழக்கு உரிமை நிறுவல் (Rei Vindicatio action) வழக்காகும். இவ்வழக்கில் சொத்துரிமை மீறப்பட்டுள்ளது என்பதே ஏக வழக்கெழு காரணம் (cause of action) ஆகும். வழக்கில் சம்பந்தப்பட்ட சொத்துக்கு வழக்காளி முற்றுரிமை (dominium) கொண்டுள்ளவர் என்பதும், சொத்தானது எதிராளியின் உடைமையில் உள்ளது என்பதும் நிரூபிக்கப்பட வேண்டும். சொத்தின் சொந்தக்காரன் முன் ஒரு போதும் உடைமையில் இல்லாதிருந்தமை உரிமை நிறுவல் வழக்கு தாக்கல் செய்ய தடையாக மாட்டாது.

ஆதனத்தில் உரித்துள்ள ஒருவர் முறையாக நிறைவேற்றிய உறுதி மூலம் ஆதனத்தின் உரித்து மாற்றம் செய்து வாங்குபவருக்கு ஒப்படைத்தால், சொத்து உரித்து இல்லாது அவ் ஆதனத்தின் உடமை கொண்டுள்ள மூன்றாம் ஆளுக்கு எதிராக வாங்குபவர் தனது உரித்தை வெளிப்படுத்தி நிவாரணம் பெற வழக்கு தாக்கல் செய்ய முடியும் என அப்புலாமி எதிர் அப்புலாமி¹ என்ற வழக்கில் தெரிவிக்கப்பட்டது.

வழக்கு தாக்கல் செய்ய முன்னரே உரிமை கோருபவர் ஆதனத்தில் முற்றுரிமை பெற்றிருக்க வேண்டும்² ஆதனத்திலிருந்து வெளியேற்றப்பட்ட நேரம் நல்லெண்ணத்துடன் உடைமை கொண்டிருந்ததாக (bona-fide possession) வழக்காளி வெளியேற்றல் வழக்கில் நிரூபித்தால், ஆதனத்தின் உரிமையை தான் கொண்டுள்ளேன் என எண்பிக்கும் பொறுப்பு எதிராளியுடையது என்றும், இதை எதிராளி எண்பிக்கத் தவறும் சந்தர்ப்பத்தில், வழக்காளி சொத்து உரித்தை நிரூபிக்காமலேயே தனது சார்பில் தீர்ப்புப் பெற உரித்துடையவர் என பிரதம நீதியரசர் Bernside அவர்கள் முதலிகாமி எதிர் அப்புலாமி³ என்ற வழக்கில் தீர்ப்பளித்தார்.

குத்தகையாக கொடுக்கப்பட்ட ஆதனத்தை நிலக்கிழார் (Landlord) உரித்து மாற்றம் செய்தால் வாங்குபவர் குத்தகை கடப்பாடுகளுக்கு கட்டுப்பட்டவராவார். இது உரோம டச்சர் சட்ட தத்துவப்படி "Hire goes before sale" ஆகும். அதாவது, a purchaser from a landlord of the property leased steps into the shoes of the landlord, and receives all his rights and become subject to all his rights, his obligations, so that he is bound to the tenant, and the tenant is bound to him, in relation of the landlord and tenant.⁴

² Voet 6.1.4

³ 1 CLR 67

⁴ Wille, *Landlord and Tenant in South Africa*, Pp. 221

சில்வா எதிர் சில்வா⁵ என்ற வழக்கில் பிரச்சினைக்குரிய ஆதனம் ஐவருக்கு சொந்தமாயிருந்தது. இவர்கள் ஐவரும் உறுதி மூலம் இவ் ஆதனத்தை எதிராளிக்கு குத்தகை கொடுத்திருந்தனர். ஐவரில் இருவர் ஆதனத்தில் தமது ஐந்தில் இரண்டு பாகத்தை வழக்காளிக்கு உறுதி மூலம் விற்போது குத்தகையிலுள்ள தமது நலன்களை வெளிப்படையாக சாட்டுதல் செய்யவில்லை. இவ் வழக்கில் எழுந்த கேள்வி, குறித்த குத்தகையிலுள்ள சீல உடன்பாட்டு உறுப்புகள் (Covenant) எதிராளியால் மீறப்பட்டமையால் ஆதன சொந்தக்காரருக்கு ஏற்பட்ட நஷ்டத்தில் ஐந்தில் இரண்டு பங்கை எதிராளியிடமிருந்து கோர வழக்காளி உரித்துடையவரா? என்பதாகும். நீதியரசர் De Sampayo அவர்கள் மேலே விபரிக்கப்பட்ட உரோம டச்சர் சட்ட கோட்பாட்டை அங்கீகரித்து, குத்தகை கொடுக்கப்பட்ட ஆதனத்தை ஆதன சொந்தக்காரன் விற்கும் பொழுது அக்குத்தகையின் நிமித்தம் ஆதன சொந்தக்காரனுக்கு உருவான உரிமைகள் அனைத்தும் ஆதனத்தை வாங்கியவருக்கு சென்றடையும் என வழக்காளி சார்பில் தீர்ப்பளித்தார்.

ஆதனம் ஈடு வைக்கப்பட்டால் கடன் பெற்றவர் நியாயமான காலத்திற்குள் கடனை செலுத்தி ஈடு வைக்கப்பட்ட ஆதனத்தை மீள் பெறாவிடின் ஆதனம் கடன் கொடுத்தவருக்கு சேரும் என ஏற்படுத்தப்பட்ட உடன்பாடு (Pactum Commissorium) சட்ட முரணானது என்பது உரோம டச்சர் சட்ட கோட்பாடு ஆகும்.⁶

காணாய் எதிர் நடராசா⁷ என்ற வழக்கில் "அ" என்பவர் பிரச்சினைக்குரிய ஆதனத்தை "வ. 1" மூலம் ரூபா 3,00,000/- வழக்காளிக்கு விற்பு உரித்து மாற்றம் செய்துள்ளார். அத்தாட்சிப்படுத்திய பகுதியில் ரூபா 50,000/- விற்பவருக்கு செலுத்தப்பட்டதாகவும், மிகுதிபணம் "வ. 3" என்ற ஈட்டுறுதி சாதனம் மூலம் பற்றுரிமை செய்யப்பட்டதாகவும் குறிப்பிடப்பட்டுள்ளது. அதே தினத்தில் வழக்காளியும் "அ" வும் மிகுதிக் கிரயப் பணத்தை குறிப்பிட்ட தினத்தில் அல்லது அதற்கு முன் செலுத்த தவறின் "வ. 1" உறுதி வெற்றும் வெறுதுமாகுமெனவும், வழக்காளிக்கு "வ.1" மூலம்

விற்பனை செய்யப்பட்ட ஆதனம் மீள்வம் விற்பவருக்கு முழுமையாக உரித்தாகும் என இணக்கம் கண்டு "வ.2" என்ற உடன்படிக்கையும் எழுதப்பட்டது. மிகுதிக் கிரயப் பணம் செலுத்தப்படவில்லை. "அ" ஆதனத்தை "எ.1" மூலம் "எஸ்" என்பவருக்கு உரித்து மாற்றம் செய்தார். "எஸ்" என்பவர் இறக்க, குறித்த ஆதனம் அவரது மனைவி பிள்ளைகளுக்கு வந்துறுத்தது (devolved). அவரது மனைவியும் பிள்ளைகளும் குறித்த ஆதனத்தை "எ.2" மூலம் எதிராளிக்கு உரித்து மாற்றம் செய்தனர்.

இவ்வழக்கில் வ.1, வ.2, வ.3 என்பன ஒரே செயற்பாடென்றும் வழக்காளி ஆதனத்தின் உரித்தை கொண்டிருக்கவில்லை என்றும் வழக்காளியின் வழக்கை தள்ளுபடி செய்து, எதிராளி சார்பில் மாவட்ட நீதிபதி தீர்ப்பளித்தார்.

நீதியரசர் Edussuriya அவர்கள் மேன்முறையீட்டில் மேலே குறிப்பிட்ட உரோம டச்சர் சட்டக் கோட்பாடு பரிசீலிக்கப்பட்டது. உரோம டச்சர் சட்டத்தின் பிரகாரம் கடன் செலுத்தப்படாவிடின் ஆதனம் பறிமுதலாமென்ற உடன்படிக்கை அனுமதிக்கப்படாமையால் "வ.2" என்ற உடன்படிக்கை சட்ட முரணானது சட்ட வலுற்றதும் என்றும்; ஆயினும் "வ.3" ஈட்டுறுதி சாதனம் இன்னும் இரத்துச் செய்யப்படவில்லை என்றும்; எனவே "எ.1" "எ.2" உறுதிகள் அறுதிபறுதிகளாக செயற்பாடென்றும், முதலில் "எஸ்" என்பவருக்கு "எ.1" மூலம் "வ.3" இன் பிரகாரமும், பின்னர் எதிராளி - எதிர் மனுதாருக்கு "எ.2" மூலமும் ஈட்டுக்கடன் கொடுத்தவரின் ("அ") உரிமைகள் சாட்டுதல் சாதனமாக கருதப்படும் என்றும், எனவே, வழக்காளி - மனுதாரர் மிகுதி கிரயப் பணத்தை வட்டியின்றி மீள் செலுத்துவதன் மூலம் ஆதனத்தை மீள் பெற உரித்துடையவர் என்றும் தீர்ப்பு அளிக்கப்பட்டது.

**பின்னர் உரித்துக்கொள்ளல்
(Subsequent acquisition of title)**

உரோம டச்சர் சட்டத்தின் பிரகாரம் ஆதனத்தை வாங்கியவர் வாங்கிய பின்னர் ஆதனத்தின் உரித்தை பெற்றால் உடைமை கோர முடியும். Voet இச் சட்டக் கோட்பாட்டை (de exceptio rei venditae et traditae) அங்கீகரித்துள்ளார்.⁸

⁵ 16 NLR 315
⁶ Lee, *Roman Dutch Law*, 5th edn., pp. 200
⁷ 1997 (2) SLR 337

⁸ (Voet 21.03.03).

போன்னம்பலம் எதிர் பாலகப்பிரமணியமும் ஏனையோரும் 99 (உயர் நீதிமன்ற மேன்முறையீடு 73 / 2003) என்ற வழக்கில் நீதியரசர்கள் Weerasuriya, Thilakawardena உட்பட நீதியரசர் Wigneswaran 19.10.2004 இல் வழங்கிய தீர்ப்பில்.

(அ) “விற்பனை ஒப்படைத்தாயிற்று என்ற தடக்கு” (Exceptio Rei Venditae Et Traditae) சட்டக் கோட்பாட்டின் படி, வாங்குபவர் உடைமையை விற்பவரிடமிருந்து பெற்ற நேரத்தில் ஆதன உரித்தை கொண்டிருக்காவிடின் பின்னர் உரித்துக் கொண்டிருந்தால் வாங்குபவர் அவ்வழித்தில் தங்கிருக்க முடியும் என்றும்,

(ஆ) இக்கோட்பாடு விற்பனையும் (Venditae) உடமை கையளித்தல் அல்லது ஒப்படைப்பு மாற்றம் என்பன நிகழ்ந்தாலேயே பயன்படுத்தப்பட முடியும் என்றும்,

(இ) மோசடி அல்லது வலோற்காரம் இன்றி உடமை கையளிக்கப்பட்டிருந்தல் வேண்டும் என்றும்,

(ஈ) விற்பவர் உரித்து உறுதியை (title deed) வாங்குபவருக்கு ஒப்படைத்தல் மூலம் கையளித்தல் நிறைவேற்றப்படலாம் என்றும் தீர்ப்பளித்தார்.

வழக்குத் தாக்கல் செய்யும் போது உரித்து இல்லாமை (absence of title at the commencement of the action)

வழக்கில் சம்பந்தப்பட்ட ஆதனத்திற்கு உரித்து இல்லாத ஒருவரால் உரிமை நிறுவல் வழக்குத் தொடரவோ அல்லது நடாத்தவோ (instituted or maintained) முடியாது. ஆயினும், உடைமையை மீள்பெறும் உரிமையுண்டு என எண்பித்தால் வெளியேற்றலுக்கும் நஷ்டத்திற்குமாக வழக்கை நடாத்தலாம்.

தலக்குனி எதிர் டி லிவேரா⁹ என்ற வழக்கில் மரணசாதனத்தின் நிறைவேற்றுபவர் (Executrix of the last will) என்ற கோதாவில் ஷரக்காளி ஆதன உரித்தை வெளிப்படுத்தி எதிராளியை வெளியேற்றுவதற்காக இவ்வழக்கை தாக்கல் செய்தார். Ceiling on Housing Property Law இன் பிரிவு 15 (2) இன்படி தேசிய வீடமைப்பு ஆணையாளரிடம் இவ் ஆதனம் உடைமையாக்கப் பட்டுள்ளமையால் நியதிச் சட்டத்தின்

பிரகாரம் ஆதனத்தின் மேலுறு உரித்து (title paramount) வழக்காளியின் ஆதன உரித்தை வெறிதாக்கி விட்டதென எதிராளி வலியுறுத்தினார். மாவட்ட நீதிமன்றம் வழக்காளி சார்பில் தீர்ப்பளித்தது. மேன்முறையீட்டில் நீதியரசர் Senanayake அவர்கள்,

(அ) 18.03.85 இல் பிராது தாக்கல் செய்யப்பட்டு உள்ளது என்றும், வழக்குத் தாக்கல் செய்யப்பட்ட பின் எழும் நிலைப்பாட்டின் அடிப்படையில் எதிர்வாதத்தை எதிராளி எடுத்துரைக்க குடியியல் நடவடிக்கை கோவையில் எவ்வித பிரமாணங்களும் இல்லை என்றும், தரப்பினரின் உரிமைகள் வழக்கு தாக்கல் செய்யப்பட்ட திகதியில் அமைந்திருந்ததன் அடிப்படையிலேயே தீர்ப்பு வழங்கப்பட வேண்டும் என்றும், இவ்வழக்கு தாக்கல் செய்யப்பட்ட திகதியில் ஆணையாளரிடம் இவ்வாதனத்தின் உரித்து உடமையாக்கப்படவில்லை என்றும்,

(ஆ) சொந்தக்காரனால் செய்யப்பட்ட மேன்முறையீட்டு மீளாய்வு சபை முன் முடிவுறாமல் இருப்பதாகவும், மேன்முறையீட்டு நீதிமன்றம் ஆணையாளரை உடமையாக்கல் தொடர்பில் மேலதிக நடவடிக்கை எதுவும் எடுக்க வேண்டாமென தடுத்துள்ளதென்றும், ஆகவே இவ் விவாகரத்தில் இறுதி முடிவு எதுவும் எடுக்கப்படாமையால் வழக்காளியின் உரித்து வசைகாட்டுபவரது (Plaintiff's title remains unimpeached) உள்ளது என்றும் தீர்ப்பளித்தள்ளார்.

அத்து மீறுபவர்களுக்கெதிராக உரிமை நிறுவல் வழக்கு தாக்கல் செய்ய கூட்டுச் சொந்தக்காரருக்குள்ள உரிமை

பிரிக்கப்பட்டாத ஆதனத்தின் கூட்டுச் சொந்தக்காரன் பிரிக்கப்படாத ஆதனத்தில் தனக்குள்ள உரித்தை வெளிப்படுத்தி ஆதனத்தில் அத்துமீறி உடமை கொண்டிருப்பவரை முழு ஆதனத்தில் இருந்தும் வெளியேற்றவும் உரிமை நிறுவல் வழக்குத் தாக்கல் செய்ய உரித்துடையவர் ஆவார். இது ஒவ்வொரு கூட்டுச் சொந்தக்காரனுக்கும் பிரிக்கப்படாத ஆதனம் முழுவதிலும் உள்ள சகல பகுதிகளிலும் பாகங்களிலும் உரித்து உண்டு என்ற கோட்பாட்டின் அடிப்படையில் ஆகும். கேவலிதாரன எதிர் டன்கன் றர் கோ லிட்டீட்¹⁰ என்ற வழக்கில் பிரதம நீதியரசர் Wood Ranton இக்கோட்பாடு வலியுறுத்தப்பட்டுள்ளது.

⁹ 1997 (1) SLR 253

¹⁰ 17 NLR 49

முடிக்குரிய கொடை (Crown grants)

பளிசேனா எதிர்ப்பு பெரோரா¹¹ என்ற வழக்கில், சப்ரகமுவ மாகாண அரசாங்க அதிபர் காணி அபிவிருத்தி கட்டளைச் சட்டத்தின் கீழ் முடிக்குரிய காணித்துண்டுக்கு 24.01.1947ல் அனுமதிப்பத்திரத்தை வழக்காளிக்கு வழங்கியுள்ளார். இக்காணியில் எதிராளி அத்துமீறிக் குடியேறியுள்ளார் என்றும், வெளியேற்றலுக்கும் வேறு நிவாரணங்களுக்குமேன இவ்வழக்கை வழக்காளி தாக்கல் செய்துள்ளார். குறித்த கட்டளைச் சட்டத்தின் கீழ் அனுமதிப்பத்திரம் பெற்ற ஒருவர் மூன்றாம் ஆளுக்கெதிராக இவ்வழக்கில் குறிப்பிட்ட நிவாரணங்களை கோர முடியாது என்பது உட்பட பல எதிர்ப்பு வாதங்களை தனது கோரிக்கைக்கு ஆதரவாக எதிராளி எழுப்பினார். அனுமதிப்பத்திரதாரர் அரசின் உத்தரவுச் சீட்டுமும் அனுமதிப்பதும் அரசு காணியில் உடமை கொண்டிருக்கலாம் என்றும், ஆகவே உடமை உரித்தோ அல்லது உடமையிலுள்ள மூன்றாம் நபரை காணியிலிருந்து வெளியேற்றவோ கோர வழக்காளி தகுதியற்றவர் என்ற நிலைப்பாட்டில் வழக்காளிக்கெதிராக கற்றறிந்த மாவட்ட நீதிபதி தீர்ப்பு வழங்கினார்.

நீதியரசர் Gratiaen அவர்கள், வழக்காளி கோரிய நிவாரணத்தை நீதிபதி தவறாக விளக்கிக் கொண்டார் என்றும், காணி அபிவிருத்திக் கட்டளைச் சட்டத்தின் கீழ் அனுமதிப்பத்திரதாரருக்குரிய உரிமைகளின் தன்மையைப் புரிந்து கொள்ள தவறியுள்ளார் என்றும், இது ஆதன உரித்து நிரூபிக்கப்படாது, உடமையை இழந்த நபர் ஒருவர், சட்ட பூர்வமற்ற வகையில் தனது உடமையை அபகரித்தவருக்கெதிராக தாக்கல் செய்த உடமைசார் வழக்கு அல்ல என்றும்; இது ஆதனத்தின் உரித்தை நிரூபித்து அவ்வாதனத்தை முழுமையாக அனுபவிக்க தகுதியுடையவர் எனக் கோரி, அத்துமீறி உடமை கொண்டுள்ளவருக்க எதிராக தன்னை உடமையில் அளித்துமாறு கேட்டு தாக்கல் செய்யப்பட்ட உரிமை நிறுவல் வழக்காகும் என்றும்; கட்டளைச் சட்டத்தினதும் வழக்காளிக்கு வழங்கப்பட்ட அனுமதிப்பத்திரத்தினதும் வாசகங்களின் பிரகாரமும் அனுமதிப்பத்திரம் செல்லுபடியாகக் கூடிய காலம் வரை அனுமதிப்பத்திர தாரர் அத்து மீறி உடமையிலுள்ளவரை குடியியல் நடைமுறை மூலம் வெளியகற்ற கூடிய

¹¹ (55 NLR 407)

வகையில் போதுமான உரித்தை கொண்டுள்ளதென்றும்; அத்துமீறியவர் வழக்காளியை ஆதனத்திற்குள் பிடிவேசீப்பதை தடுத்துள்ளார் என்ற நிகழ்வு எதிராளிக்கு எதிர்ப்பு வாதமாக செயற்பட முடியாது என்றும்; இது விரைவான நீதிமுறை தலையீட்டின் அவசியத்தையே அதிகரித்துள்ளதென்றும், மேன்முறையீட்டிற்கு உட்பட்ட மாவட்ட நீதிமன்றின் தீர்ப்பை புறம் வைப்பதாகவும்; பிரதில் கோரிய கோரிக்கைகள் எண்பிக்கப்பட்டால் சட்டத்தின் பிரகாரம் வழக்காளி கோரிய நிவாரணங்களை பெற தகுதியுடையவர் என்றும்; வழக்கு விளக்கத்தின் முடிவில் கற்றறிந்த நீதிபதி எல்லா வழக்கெழு வினாக்களுக்கும் முடிவுகளை பதிவு செய்யாது வருந்தத்தக்கதென்றும்; அது செய்யப்பட்டிருந்தால் சுமார் ஐந்து வருடங்களுக்கு முன் தாக்கல் செய்யப்பட்ட இவ்வழக்கில் எமது இறுதி முடிவை தெரிவிக்க முடிந்திருக்கமென்றும்; இந்நிலையில், இவ்வழக்குக் கோவையை கீழ் நிலை நீதிமன்றக்கு அனுப்பி மீண்டும் முதலிலிருந்து (De novo) வேறு ஒரு நீதிபதி முன் இவ்வழக்கு விளங்கப்பட வேண்டுமென பணிப்பதாகவும் தெரிவித்து தீர்ப்பளித்தார்.

எண்பித்தற் பொறுப்பு (Burden of Proof)

உரிமை நிறுவல் வழக்குகளில் வழக்காளி தனது சொத்து உரித்தை எதிராளிக்கெதிராக எவ்வாறு கோருகின்றார் என்பதை வெளிப்படுத்தி நிரூபிக்க வேண்டும் என பல வழக்குகளில் எமது நீதிமன்றங்கள் தீர்ப்பளித்துள்ளது. இவ்வாறான வழக்குகளில் எதிராளி எதையும் நிரூபிக்க வேண்டியதில்லை என்றும், எதிராளிக்கு பலவீனமான உரித்து உண்டு என்பதற்காகவோ அல்லது உரித்தை நிலைநாட்டவில்லை என்பதற்காக வழக்காளி தனது உரித்தை வெளிப்படுத்தி பிரகடனப்படுத்துமாறு கோர முடியாது என்றும்; வழக்காளி தனது சொத்து உரித்தை எண்பித்து நிலை நாட்ட வேண்டும் என்றும் உயர் நீதிமன்றம் வணிகரீட்சை எதிர்ப்பு அபிப்பிராயம்¹² என்ற வழக்கில் வலியுறுத்தியுள்ளார்.

கருணதாஸ் எதிர்ப்பு அபிப்பிராயம்¹³ என்ற வழக்கில் நீதியரசர் சான்சோனி அவர்கள் உரிமை நிறுவல் வழக்கில் முதலில் தரப்பினரின் ஆவணங்களை பரிசீலித்து சொத்து உரித்து உள்ளதா? என்பதை ஆராயாமல் ஆட்சி உரிமை தொடர்பாக ஆராய முற்படுவது மிகவும்

¹² (65 NLR 167)

¹³ (60 NLR 352)

பயங்கரமாகும் என குறிப்பிட்டுள்ளார். காணி நிருணய கட்டளைச் சட்டத்தின் (Land Settlement Ordinance) கீழ் விற்பனைத் திகதிக்கு பின் விற்றவர் நிருணய கட்டளையை பெற்று இருந்தாலும், விற்றவருக்கு எதிராக “விற்று ஒப்படைத்தாயிற்று என்ற தடக்கு”, என்ற சட்ட கோட்பாட்டில் தங்கியிருக்கும் உரிமை வாங்கியவருக்கு உண்டு என்றும் நீதியரசர் சான்சோனி தீர்ப்பளித்துள்ளார்.

குணசேகரா எதிரீ லத்தீவ்¹⁴ என்ற வழக்கில், வழக்காளி சொத்து உரித்தை வெளிப்படுத்தி எதிராளியை வெளியேற்றுவதற்கும் நட்ட ஈட்டுக்குமடிக வழக்கு தொடர்ந்திருந்தார். எதிராளி தான் இவ்வழக்கில் சம்பந்தப்பட்ட ஆதனத்தில் வாடகை குடியிருப்பாளர் என எதிரீவாதம் செய்தார். நீதியரசர் வீரூரிய வழமையாக வழக்குரைப்பதை ஆரம்பிக்கும் உரிமை வழக்காளிக்கு உரியது என்றும்; ஆனால் எதிராளி வழக்காளியின் நிலைப்பாட்டை ஏற்றுக்கொள்ளும் அதே நேரத்தில், வழக்காளி கோரிய நிவாரணங்களுக்கு உரித்து இல்லை என எதிரீவாதம் செய்யும் சந்தர்ப்பங்களில் வழக்குரையை ஆரம்பிக்கும் உரித்து எதிராளிக்கு உரியது என்றும்; ஒரு வழக்கில் வழக்குரையை முதலில் யார் ஆரம்பியது என்ற கேள்வி எண்பித்தற் பொறுப்பு எவருக்க உரியது

என்பதுடன் இணைந்துள்ளது என்றும்; சான்றுக் கட்டளைச் சட்டத்தின் பிரிவு 101ஐ பொறுத்த வரையில் முழு வழக்கினதும் எண்பித்தற் பொறுப்பின் கடமை தொடர்பாக குறிப்பிடுகின்ற போதும், சான்றுக் கட்டளைச் சட்டத்தின் பிரிவு 103 ஒரு குறிப்பிட்ட நிகழ்வின் எண்பித்தற் பொறுப்பை தேவைப்படுத்துகிறது என்றும்; எது எவ்வாறாயினும் பிரிவு 102 இரு பக்கத்தில் இருந்தும் குறித்த சாட்சியங்கள் எவையும் முன் வைக்கப்படாதுவிடின் எவர் வழக்கில் தோல்வி அடைவாரோ அவர் மீதே எண்பித்தற் பொறுப்பு உண்டு என தேவைப்படுகின்றது என்றும்; இவ்வழக்கில் சம்பந்தப்பட்ட ஆதனத்தின் சட்ட உரித்து வழக்காளியினுடையது என ஏற்றுக் கொள்ளப்பட்டிருக்கும் அல்லது நிரூபிக்கப்பட்டிருக்கும் நிலையில், தானே சட்ட பூர்வ உடமை கொண்டுள்ளார் என்பதை எண்பித்தற் பொறுப்பு எதிராளியுடையது ஆகையால் எதிராளியே வழக்குரையை ஆரம்பிக்க வேண்டும் என நீதியரசர் Weerasuriya அவர்கள் தீர்ப்பளித்தார்.

இதே கோட்பாடு நீதியரசர் Ameer Ismail அவர்களால் விஜயதுங்க எதிரீ தங்கராஜா¹⁵ என்ற வழக்கில் மீண்டும் வலியுறுத்தப்பட்டது.

¹⁴ (1999 (1) SLR 365)

¹⁵ (1999 (1)SLR 53)

கைத்தொழில் பிணக்குத் தீர்வுகளில் சான்றுக் கட்டளைச் சட்டத்தின் ஏற்புடமையும் நீதியும் ஒப்புரவானதுமான கோட்பாடும்

Mano Sridaran
President, Labour Tribunal,
Additional Magistrate, Colombo

கைத்தொழிற் பிணக்குகள் சட்டத்தின் 36 (4) ஆம் பிரிவின் பிரகாரம் "இச்சட்டத்தின்" கீழ் வழக்கு நடவடிக்கைகளை நடத்துகையில் ஏதேனும் கைத்தொழில் நீதிமன்றம், தொழில் நியாய சபை, நடுத்தீர்ப்பாளர் அல்லது அதிகாரமளிக்கப்பட்ட அலுவலர் அல்லது ஆணையாளர் சான்றுக் கட்டளைச் சட்டத்தின் ஏதேனும் ஏற்பாடுகளினால் கட்டுப்படுத்தப்படுதலாகாது." கைத்தொழிற் பிணக்குகளை கையாளுகின்றகின்ற நிறுவனங்கள் சான்றுக் கட்டளைச் சட்டத்தின் ஏற்பாடுகளினால் கட்டுப்படுத்தப் படவில்லையென இவ்வேற்பாடு கூறுகின்ற போதிலும்; இந்நிறுவனங்களின் முன்னருள்ள வழக்கு நடவடிக்கைகளில் சான்றுக் கட்டளைச் சட்டத்தின் ஏற்புடமை தொடர்பில் சில வழிகாட்டல்களை மேனிலை நீதிமன்றங்கள் வழங்கியுள்ளன.

சிலோன் யூனிவர்சிட்டி கிளறிக் கல் அன்ட் டெக்னிக்கல் அசோசியேஷன் எதிர் த யூனிவர்சிட்டி ஓஃப் சிலோன்¹ வழக்கில், தொழில் நியாய சபைகள் சான்றுக் கட்டளைச் சட்டத்தினால் கட்டுப்படுத்தப்படாத போதிலும் அவை அதில் உள்ளடக்கப்பட்டுள்ள மதி நுட்பத்தை நன்கறிந்தவையாக இருத்தலும் அதனைப் பாதுகாப்பான ஒரு வழிகாட்டியாகக் கொள்ளுதலும் அவற்றுக்கு அனுகூலமாக அமையும் என உயர் நீதிமன்றம் தெரிவித்தது.

சோமாவதி எதிர் பாக்சன்ஸ் டெக்ஸ் ரைல்ஸ் இன்டஸ்ரீஸ் லிமிடெட்² வழக்கில், நீதியரசர் ராஜரட்ணம் அவர்கள் பிரிவு 36 (4) சான்று விதிகளைத் தொழில்

நீதிமன்றங்களுக்கு அளிக்காதிருப்பதன் மூலம், சான்றுக் கட்டளைச் சட்டத்தின் விதிகளால் கட்டுப்படுத்தப்படும் சட்ட நீதிமன்றங்களின் கடமைக்கும்; நீதியானதும் ஒப்புரவானதுமான கட்டளைகளை ஆக்குவதற்குத் தத்துவமளிக்கப்பட்டுள்ள கைத்தொழில் நீதிமன்றங்களினதும் நடுத்தீர்ப்பாளர்களினதும் தொழில் நியாய சபைகளினதும் ஒப்புரவான நியாயாதிக்கத்துக்கும் இடையிலான வேறுபாட்டை முனைப்படுத்திக் காட்டுகின்றது. எனவே இக்காரணத்தினால் தான் தொழில் நியாயசபைகள் சான்று விதிகளினால் கட்டுப்படுத்தப்படவில்லை. அவை தமது சொந்த நடவடிக்கை முறையை கைக்கொள்ளலாம். அவை ஒரு நியாயமான கட்டளையை ஆக்குவதற்குச் சுதந்திரமாக நடந்து கொள்ளக் கூடியதாக, குற்ற ஒப்புதல்கள் மீதும் குற்றத் துணையாளிகளின் சான்றுரைகள் மீதும் செயற்பட முடியும்" என தீர்ப்பளித்தார்.

கைத்தொழிற் பிணக்குகளைக் கையாளுகின்ற ஒரு நியாயசபை, சான்று விதிகளால் கண்டிப்பாகக் கட்டுப்படுத்தப்படாததென்ற கருத்தில் ஒரு நீதிமன்றம் அல்லவென்பது உண்மைதான். எனினும் அது வெறும் ஊகத்திலும், சமூக நீதி பற்றிய அதன் விசித்திரமான கருத்தின் பேரிலும் செயற்படலாமென்பது அதன் பொருளாகாது." அது அதன் தரப்பில் நியாயதிக்கத்தினுள்ளும் பிணக்கிலுள்ள விடயத்துக்கு ஏற்புடைய சட்டத்துக்கிணங்கவும் செயற்பட வேண்டிய கட்டப்பாடுடையது³.

¹ 1970 NLR 84

² 79 1 NLR 204

³ Prevention and settlement of industrial Disputes in South Asia (I.L.O)

சான்றுக் கட்டளைச் சட்டம் பற்றிய அண்மைக்கால வளர்ச்சி கொலம்பேக எதிர் இலங்கைப் பெற்றோலியக் கூட்டுத்தாபனம்⁴ எனும் வழக்கில் காணப்படுகிறது.

1. ஒரு தொழில் நியாயசபை சான்றுக் கட்டளைச்சட்டத்தின் ஏற்பாடுகளினால் கட்டுப்படுத்தப்படவில்லை

2. எனினும் கைத்தொழிற் பிணக்குகள் சட்டத்தின் 36 (4) ஆம் பிரிவு, தொழில் நியாய சபையொன்று சான்றுக் கட்டளைச் சட்டத்தின் ஏற்பாடுகளுக்கு மூலாதாரமாயுள்ள அடிப்படைக் கோட்பாடு எதனையும் முற்றாக புறக்கணித்துச் செயற்படுவதற்கு அனுமதிக்கவில்லை.

3. ஏற்றுக்கொள்ள முடியாத கேள்வி அறிவுச் சான்று செவ்வையும் நீதியும் பற்றிய தெட்டத் தெளிவான காரணத்தினால் விலக்கப்பட்டுள்ளது. ஏனெனில் அது நம்பிக்கை வைக்க முடியாத ஒரு மூலம் ஆகும். ஒரு தொழில் நியாய சபை அதன் முன்னர் சமர்ப்பிக்கப்படும் சான்றாய் அமையும் விடயத்தை நீதியில் மதிப்பீடு செய்ய வேண்டிய தெளிவான கடமைக்குட்பட்டுள்ளது.

பிரதம நீதியரசர் முன்னாள் ஜி.பி.எஸ்த சில்வா அவர்கள் குறிப்பிட்டதாவது “எனது கருத்துப்படி தொழில் நியாய சபையானது சான்றுக் கட்டளைச் சட்டத்தின் ஏற்பாடுகளுக்கு மூலாதாரமாயுள்ள அடிப்படைக் கோட்பாடுகளில் ஒன்றையேனும் முற்றாகப் புறக்கணித்துச் செயற்படுவதற்கு இப்பிரிவு அனுமதிக்கவில்லை தொழில் நியாய சபையொன்று அதன் முன்னர் சமர்ப்பிக்கப்படும் சான்றாய் அமையும் விடயத்தை நீதியில் மதிப்பீடு செய்ய வேண்டிய தெளிவான கடமைக்குட்பட்டுள்ளது. இதனைத் தொழில் நியாய சபை செய்யத் தவறியுள்ளது. ஏனெனில் அது முற்று முழுதாக ஏற்றுக்கொள்ள முடியாத கேள்வி அறிவுச் சான்றின் மீது செயற்பட்டுள்ளது. ஏற்றுக்கொள்ள முடியாத கேள்வி அறிவுச் சான்று செவ்வையும் நீதியும் பற்றிய தெட்டத்தெளிவான காரணத்தின் நிமித்தம் விலக்கப்பட்டுள்ளது. ஏனெனில் அது நம்பிக்கை வைக்க முடியாத ஒரு மூலம் இவ்வழக்கில் முன்கொணரப்பட்ட ஆவணமான R.I இன் சான்றாயமையும் பெறுமதி பூச்சியம் ஆகும்.

⁴ 1999 (3) SLR 150

ஒல் சிலோன் கொமர்ஷல் அன்ட் இன்டஸ்ட்ரியல் வேக்கர்ஸ் யூனியன் எதிர் நெஸ்லே லங்கா லிமிடெட்⁵ வழக்கில், “சான்றினால் முழுமையாக ஆதரிக்கப்படாத முதனிலை நிகழ்வு பற்றிய காண்பொன்றைச் செய்துள்ளது அல்லது அதனால் காணப்பட்ட ஏதேனும் முதனிலை நிகழ்வினால் முழுமையாக ஆதரிக்கப்படாத அனுமானமொன்றுக்கு வந்துள்ள, முடிவு செய்யும் அதிகாரியொருவர் சட்டப் பிரச்சனையில் வழுவியவராகக் கொள்ளப்படுவாரெனத்” தீர்ப்பளிக்கப்பட்டது. சான்றுச் சட்டம் ஏற்புடையதல்ல என்ற விதி அது முழுமையாகச் சான்றுச் சட்டத்தை புறக்கணிப்பதாக பொருள் கோடலாகாது. ஒட்டு மொத்தமான சான்று நியாயமான முறையில் காண்புகளை அல்லது முடிவை ஆதரிக்க முடியாதிருக்கும் சந்தர்ப்பத்திலும் சான்று இல்லை என்பது அதே அளவில் ஏற்புடையது.

டேவிட் ஜே. அன்ட்ரீசன் எதிராக அஹமட் ஹஸ்னி⁶ வழக்கில் நீதியரசர் பெர்னான்டோ அவர்கள் பின்வருமாறு கூறுகின்றார். “நியாய சபை சான்றுக் கட்டளைச் சட்டத்தினால் கட்டுப்படுத்தப்படவில்லையென்பது உண்மையாயுள்ள அதே வேளையில் அச்சட்டவாக்கம் எந்தவொரு நியாய சபையினாலும் விளங்கித் தீர்ப்பதற்குப் பொருத்தமான நீதியும் செவ்வையான தன்மையும் பற்றிய சில அடிப்படைக் கோட்பாடுகளைக் கொண்டுள்ளது. இரு பக்கத்தினராலும் எவ்வித சான்றும் கொடுக்கப்படாவிட்டால் தோற்கக்கூடிய ஆளில் எண்பித்தற் பொறுப்புத் தங்கியுள்ளதென்ற ஒரு பொது அறிவுக் கோட்பாடு 102 ஆம் பிரிவில் காணப்படுகின்றது. அக் கோட்பாட்டிலிருந்து விலகுவதற்கு நல்ல காரணமெதுவும் இருக்கவில்லை” எனவே சான்றுக் கட்டளைச் சட்டத்தின் ஏற்பாடுகளினால் தொழில் நியாய சபைகள் கட்டுப்படுத்தப்படவில்லையென்று சட்டத்தின் 36 (4) ஆம் பிரிவு கூறுகின்ற போதிலும், தொழில் நியாய சபைகளின் முன்னருள்ள நடவடிக்கைகளில் சான்றுக் கட்டளைச் சட்டத்தின் ஏற்பாடுகளை முற்று முழுதாக நிராகரிப்பதிலுள்ள ஆபத்தை மேனிலை நீதிமன்றங்கள் சுட்டிக் காட்டுகின்றன. சுருங்கக் கூறின் அது சமூக நீதியை வழங்குவதில் பின்பற்றப்பட வேண்டிய ஒரு அதி சிறந்த வழிகாட்டியாய் அமையும்.

⁵ 1999 (1) SLR 343

⁶ 2001 (1) SLR 168

நீதியானதும் ஒப்புரவானதுமென்ற எண்ணக்கரு

இலங்கையில் கைத்தொழிற் பிணக்குகளைக் கையாள்வதில் நீதியானதும் ஒப்புரவானதுமென்ற கோட்பாடு முக்கிய பங்கு வகிக்கின்றது. நடுத்தீர்ப்பாளர் - களாலும் கைத்தொழில் நீதிமன்றங்களாலும் தொழில் நியாய சபைகளினாலும் நீதியானதும் ஒப்புரவானதுமான கட்டளைகள் வழங்கப்பட வேண்டுமென பிரிவு 17(1), பிரிவு 24(1) மற்றும் பிரிவு 31 (C) (1) என்பவை குறிப்பிடுகின்றன. 'நீதியானதும் ஒப்புரவானதும்' என்ற சொற்றொடரினால் கருதப்படுவது என்ன? சட்ட வரலாற்றில், சட்டத்தின் கண்டிப்பான பிரயோகத்தின் விளைவாக ஏற்படுகின்ற அநீதியைத் திருத்தவதற்குக் குறித்த சில முறைமைகள் தோன்றியுள்ள சந்தர்ப்பங்கள் உள்ளன. ஒப்புரவென்பது இயற்கைச் சட்டம் அல்லது, நீதி பற்றிய கோட்பாடுகளை விடக் கூடியதுமல்ல, குறைந்ததுமல்ல. சட்டவியல் புலனறிவுவாதச் சட்டத்துக்கும் இயற்கைச் சட்டத்துக்கும் இடையில் ஒரு வேறுபாட்டைக் காட்டுகின்றது. சுருங்கக் கூறுவதாயின் புலனறிவுவாதச் சட்டமென்பது, பாராளுமன்றத்தால் நிறைவேற்றப்பட்ட சட்டங்களைப் போன்ற, உண்மையாகக் காணப்படும் சட்டத்தைக் குறிக்கின்றது. வேறு வகையில் கூறுவதாயின் அது உள்ளவாறான சட்டமாகும். மறு புறத்தில் புலனறிவுவாதச் சட்டத்தை விட உயர்ந்த கருத்தியலானதொன்றுக்கான மனிதனின் தேடலை இயற்கைச் சட்டம் குறிக்கின்றது. சட்டம் நீதியின் உட்கருத்தாயிருக்க வேண்டுமென்பதை அது குறிக்கின்றது.

ஒப்புரவென்ற இக்கோட்பாடு எமது தொழிற் சட்டங்களுக்கு எவ்வாறு ஏற்படையதாகின்றது என்பதை நோக்குதல் பொருத்தமானதாகும். யுனைடெட் எஞ்ஜினியரிங் வேக்கர்ஸ் யூனியன் எதிர்தேவநாயகம்' வழக்கில் கைத்தொழில் பிணக்குச் சட்டத்தின் கீழ் நியமிக்கப்பட்ட நடுத்தீர்ப்பாளர்களும் கைத்தொழில் நீதிமன்றங்களும் தொழில் நியாய சபைகளும் வேலையாளின் சேவை ஒப்பந்தத்துக்குக் கட்டுப்படாமல் செயற்படலாமென்றும் நீதியானதும் ஒப்புரவானதுமான தீர்ப்புகளை அல்லது கட்டளைகளை வழங்கலாமென்றும் கொள்ளப்பட்டது. ஆயின் நீதி, ஒப்புரவு ஆசிய இந்த இரு பதங்களும் சார்பு நிலையானவையாகவும்

⁷ 69 NLR 289

அகவயத்திற்குரியனவாகவும் இருப்பதனால் பீரீஸ் எதிர் பொடிசிங்கோ⁸ வழக்கில், நேர்மையான உள்ளம் கொண்ட எவரேனும் ஆள், அக் கட்டளையை வாசிக்கின்ற போது வெளிப்படையாகத் தோன்றுகின்ற பண்புகளே நீதியானதும் ஒப்புரவானதுமான ஒரு கட்டளைக்கான சோதனையென்று கொள்ளப்பட்டது.

றீசாட் பீரீஸ் எதிர்தீர் விசேறிவார்தன்⁹ வழக்கில் ஆக்கமுறையான வழிகாட்டல்களுக்கிணங்க, நீதியானதும் ஒப்புரவானதுமான கட்டளையெதுவும் சட்டத்தின் கட்டமைப்புக்கு உட்பட வேண்டுமெனக் கொண்டது. நீதியும் ஒப்புரவும் சட்டத்தின் கட்டமைப்பினுள் மட்டும் மேற்கொள்ளப்படும் நடவடிக்கைகளாக இருக்கலா - மையன்றி ஓர் இரக்கமான இதயத்தின் தூண்டுதலுக்கு இணங்கிய நடவடிக்கையொன்றாக அமைதல் ஆகாது எனக் கொள்ளப்பட்டது.

ஹெய்லிஸ் எதிர்தீர் குறொசற் தம்பையர்¹⁰ வழக்கில் நீதியரசர் தம்பையர், அவர்கள் கைத்தொழில் பிணக்குச் சட்டத்தின் 24ம் பிரிவு நீதிமன்றத்துக்கு 'நீதியானதும் ஒப்புரவானதும்' என்று தோற்றக்கூடிய ஒரு தீர்ப்பை வழங்குவதற்குக் கைத்தொழில் நீதிமன்றத்துக்கு நியாயாதிக்கம் அளித்துள்ளதனால் அத்தகைய ஒரு நீதிமன்று நாட்டின் சட்டத்தை முழுமையாகப் புறக்கணிக்கலாமென்றும் தன்னிச்சையான முறையில் செயற்படலாமென்றும் கூறுவது விசித்திரமான ஒரு முன்மொழிவென்று கூறுகின்றார்.

இக்கோட்பாடு சுப்பிரிமீன்ரென்டன்ற் ஹை பொறன்ட் எஸ்ரேட் எதிர்தீர் மல்பேன ஸ்ரீ வங்கா வத்து கங்கறு சங்யம்¹¹ வழக்கில் மீண்டும் பின்பற்றப்பட்டது. அதில் நீதியரசர் ரிஎஸ். பெர்னான்டோ அவர்கள், ஒரு தொழிலாளி வேலை நீக்கக்ஞ செய்யப்பட்டதன் விளைவாகத் தொழில் தருநரால் சேவை ஒப்பந்தம் கட்டாயமான முறையில், முடிவுறுத்தப்பட்டுள்ள போது, கைத்தொழிற் பிணக்குகள் சட்டத்தின் 31 (C) (1) ம் பிரிவின் கீழ் தொழிலாளியின் வழக்கைத்துணைக்கு ஒப்புரவான நிவாரணம் வழங்குவதற்குத் தொழில் நியாயசபைக்குச் சுதந்திரமில்லையென்று கொண்டார். 'நீதியானதும் ஒப்புரவானதுமான' கட்டளையொன்றை வழங்குகையில் ஒரு நியாயசபை நீதி முறைப்படி செயற்பட வேண்டும்.

⁸ 78 CLW 46

⁹ 62 NLR 223

¹⁰ 63 NLR 248

¹¹ 66 NLR 44

நீதியரசர் வீரமந்திரி அவர்கள் இ.போ.ச எதிர் குணசிங்க¹² வழக்கில் வெளிப்படுத்திய கருத்தாவது “தேவநாயகம் வழக்கின் முடிவு தொழில் நியாயசபைகள் நீதி முறைப்படி செயற்படுவதில்லையென்றும், நீதி முறைப்படி செயற்படுமாறு தேவைப்படுத்தப்பட - வில்லையென்றும் கருதியதாக கொள்ளக்கூடாது என எனக்குத் தோன்றுகின்றது. ஒரு குறிப்பிட்ட அதிகாரி நீதி முறைப்படி செயற்படுவதற்கான கடிமைப் பொறுப்புடையவரா? என்ற கேள்வியும் வேறுபட்டதும் தனிவேறானதுமென்பதை இங்கு வலியுறுத்த வேண்டும். நியாயசபைகள் இயற்கை நீதிக் கோட்பாட்டைப் பின்பற்ற வேண்டுமெனத் தேவைப்படுத்தப்படுகின்றன. அதற்கிணங்க நீதியானதும் ஒப்புரவானதுமான கட்டளையை வழங்குகின்ற அவற்றின் முடிவுக்கு வருவதில் முக்கிய சான்றுகள் எல்லாம் கவனத்தில் கொள்ளப்பட வேண்டும்.”

ஒரு தொழில் நியாயசபையின் முன்னர் நிவாரணத்துக்கான ஊழியர்களின் விண்ணப்பம் அனுதாபத்துடனும் புரிந்துணர்வுடனும் விளங்கப்பட - வேண்டிய போதிலும், நியாய சபையானது நீதி முறைப்படி செயற்பட வேண்டும். ஊழியருக்கு உதவுகின்ற ஒரு முயற்சியாக, அது உண்மை எங்குள்ளதென்று வெட்ட வெளிச்சமாகக் காட்டுகின்ற தன்னுறுதியான சான்றின்பால் அதன் கண்களை மூடிக் கொள்ளலாகாது. அதன் கட்டளை நீதியானதாகவும் ஒப்புரவானதாகவும் இருக்க வேண்டுமென்பதுடன் அக்கட்டளைக்கான காரணங் - களையும் கொண்டிருக்க வேண்டும். அது பொருத்தமற்ற விடயங்களையும் தொடர்பற்ற பிரச்சனைகளையும் கவனத்திற் கொள்ளக்கூடாது. தொழில் நியாய சபையொன்று தன்னிச்சையான ஒரு கட்டளையைச் செய்வதற்கு நீதியும் ஒப்புரவும் பற்றிய கோட்பாடுகள் துணை நீற்கமட்டா.

மனேஜர் நாக்கியாகந்த குறுப் எதிர் லங்கா எஸ்ரேட் வேக்கர்ஸ் யூனியன்¹³ வழக்கில், நீதியரசர் கிறெட்சர் கூறியதாவது “நீதியானதும் ஒப்புரவானதுமான கட்டளையொன்றைச் செய்கையில் ஒருவர் ஊழியரின் நலனை மட்டுமன்றி தொழில்தருநரின் நலனையும் நாட்டின் பரந்த நலனையும் கருத்தில் கொள்ள வேண்டும். ஏனெனில் சமூக சட்டவாக்கத்தின் குறிக்கோள் மனநிறைவான தொழில்பெறுனரை மட்டுமன்றி மன நிறைவான தொழில்தருநரையும் கொண்டிருத்தவாகும். இவங்கையின் மேனிலை நிதிமன்றங்கள் நீதியானதும் ஒப்புரவானதுமான கட்டளையென்ற இக்கோட்பாட்டைப் பின்பற்றுவதற்குச் சில வழிகாட்டல்களை வழங்கியுள்ளன. அவையாவன;

1. நாட்டின் சட்டங்கள் பின்பற்றப்பட வேண்டும்
2. நியாயசபைகளும் நடுத்தர்ப்பாளர்களும் இயற்கை நீதிக் கோட்பாட்டினைப் பின்பற்றுவதன் மூலம் நீதி முறைப்படி செயற்பட வேண்டும்.
3. முக்கிய சான்றுகள் எல்லாம் கவனத்தில் கொள்ளப்பட வேண்டும்
4. தொடர்புடைய முக்கிய கேள்வி ஒவ்வொன்றும் கவனிக்கப்பட வேண்டும்.
5. கட்டளை அல்லது நடுத்தர்ப்பு அதற்குரிய காரணங்களைக் கொண்டிருத்தல் வேண்டும்.
6. நியாயசபைகளும் நடுத்தர்ப்பாளர்களும் தன்னிச்சையடி செயற்படலாகாது.
7. பொது மக்களின் நலன் கருத்தில் கொள்ளப்படல் வேண்டும்.

கைத்தொழில் பிணக்கு சட்டத்தின் ஏற்பாடுகளின் கீழ் செய்யப்படும் நடுத்தர்ப்பு அல்லது கட்டளைகள் நீதியானதும் ஒப்புரவானதுமென்ற எண்ணக்கருவின் கீழ் பரந்தளவில் உள்ளடக்கப்படுகின்றன.

¹² (1970) 72 NLR 76

¹³ (1969) 77 CLW 52

Why Protect Trademarks

J.M.Swaminathan

LL.B(Cey), LL.M, M.Phil(Col),

Attorney-at-Law,

Lecturer, Diploma in Intellectual Property Law - Sri Lanka Law College,

Member, Intellectual Property Advisory Commission.

In the modern world there is a desire by most manufactures to sell their products and offer their services by means of a mark or a brand. Before the industrial revolution, traders displayed marks of various kinds to distinguish their products. The Hallmarks of Goldsmiths and the marks of Sheffield's Cutlers have their own marks to distinguish their goods.

Most legal systems therefore developed registration to protect the imitation of marks and names.¹

Trademarks have variety of functions. Cornish summarize the functions into three broad categories:

1. **Origin Function** - marks deserve protection so that they may operate as indicators of the trade source from which goods or services come or are in some other way connected.
2. **Quality or Guarantee Function** - marks deserve protection because they symbolize quality associated by consumers and certain goods or services and guarantee that the goods or services measure up to expectation.
3. **Investment or Advertising Function** - marks are ciphers around which investment in the

¹ Cornish, *Intellectual Property*, 3rd edn. , pp. 516.

promotion of a product is built and that investment is a value which deserves protection as such, even when there is no abuse arising from misrepresentation either about origin or quality.²

Bainbridge observes that Trademark serve two main purposes. First to protect business reputation and goodwill and secondly to protect consumers from deception that is to prevent the public purchasing inferior goods or services in the mistaken belief that they originate from another trader. In regard to Consumer Protection the law becomes an effective weapon against counterfeit and inferior goods which is considerably strengthened by the criminal sanctions imposed in regard to the fraudulent applications of Trademarks. Another way of justifying the system of Trademark is that it gives effect to the concept of Unfair Competition which has in Sri Lanka been statutorily recognized. The overriding purpose of Trademark Law is to ensure that Trademarks serves to distinguish the goods or services of one undertaking from those of another and Consumer Protection however desirable it may be is only a little more than a by-product of Trademark Law.

² Cornish, *Op cit*, pp. 527; Schechter, F., *The Historical Foundations of the Law*; Ruston, *Original Trademarks*; (1955)45 TM Rep. pp.127. Diamond, *The Historical Development of Trademarks*; (1975)65 TM Rep. pp. 265.

This was emphasized by Lord Nicholls in *Scandcor Developments A B v. Scandcor Marketing A B*³ when he stated "inherent in this definition is the notion that distinctiveness as to business source (the goods of one undertaking) is the essential function of a Trademark".

The basis of a Trademark is to show a connection between the undertakings and their goods or services and to distinguish them from other undertakings. This concept has far reaching implications particularly in regard to Character Merchandising and in relation to *Memonbilla in Elvis Presley*⁴. In this case Laddie, J. "when a man buys poster or a cup bearing an image of his star he is buying a likeness, not a product from a particular source. Similarly the purchaser of any one of the myriad of cheap souvenirs of the Royal Wedding bearing pictures of Prince Charles and Diana Princesses of Wales wants mementoes with likenesses is likely to be indifferent to the sources."⁵

In the Common Law before the Trademark Registration Acts were introduced Trademarks were considered an aspect of property In *GETm*⁶ Lord Diplock observed:

"The right of property in a Trademark has special characteristics. One which it shared with Patents and Copyrights was that it was a monopoly, that is to say it was a right to restrain other persons from using the mark. But it was an adjunct of the goodwill of a business and incapable of separate existence dissociated from that goodwill since the only right of the proprietor of a Trademark was to prevent its use by other persons the original remedy for the protection of his right was an injunction to restrain infringement....."

³[2001] U.K. H L pp. 21.

⁴(1997) RPC 543

⁵Bainbridge, *Intellectual Property*, 5th edn. pp. 532.

⁶[1972] 2 All E.R. pp. 507 at 518 - 519

"The right of property of this character calls for an accommodation between the conflicting interest of the owner of the monopoly, of the general public as purchasers of goods to which the Trademark is affixed and of other traders".

"The interest of the general public requires that they should not be deceived by the Trademark. It ought not to tell a lie about the goods. Two main kinds of deception had been the subject of consideration. They were misrepresentation (a) of the character of the goods to which the Trademark was attached and (b) as to the origin i.e. that they were the product of some other manufacturer".

The basic assumption in a competitive economy is that the consumer benefits by being able to choose among a wide variety in the quality and price of the goods and services. However when there is a range of products offered a consumer could only choose rationally if he knows the relevant differences between the goods. For this purpose it would be necessary to acquire all the appropriate information which would be weary and time consuming and costly as far as the consumer is concerned. Furthermore the consumer may not be able to check or test the qualities before he purchases and may have to purchase the goods on trust. The seller may emphasize the various qualities of the price which differentiate from one product of those of the competitors but a seller could always exaggerate such qualities. As the consumer cannot always trust the information which he receives he may buy things of lower quality. However the law of trademarks gives the State some control over the quality in the market and the efficiency and genuineness of the goods in the market.⁷

Cornish, *Opict*, pp. 528. ; UNCTAD Secretariat "impact of Trademarks on the development process in developing countries" DT/B/C, 6A/C3.3 (1977) pp.266.

As we have seen earlier, historically traders applied marks to indicate the origin of marks.⁸ Such marks were proprietary or possessory marks. For instance farmers branded their sheep to identify their life stock. In Medieval time marks were used in the guild structure to ensure that goods were of a satisfactory quality. With the demise of the guild and advent of the industrial revolution it was realized that marks indicated a particular manufacture which in turn guarantee goods of a certain standard. In the Twentieth century marks changed from being indicates of origin to become valuable assets in their own rights.⁹ The mark itself attracted custom not as a result of any assumption of origin or quality but as a result of "advertising" quality.¹⁰ A trademark therefore changed its function from a "signal" to a "symbol". As a signal a Trademark triggered an automatic response to identify the producer of the goods whilst as a symbol trademarks evoke a broader set of association and identifies the product or gives a product the identity. In recent times it has been suggested by Drescher that a Trademark has acquired a "mythical status".¹¹

Three important reasons are given as a justification for the protection of Trademarks they are-

⁸ Schechter, *The Historical Foundation of the Law relating to Trademarks* (1925)

⁹ *Eastman Photographic Material Company v John Griffith Cycle Corporation* [1898] 15 RPC 105

¹⁰ Brown, *Advertising and the Public Interest; the legal protection of Trade Symbols*; (1948) 57 Yale Law Journal 1165; generally Bently and Sherman, *Intellectual Property* ch.31.

¹¹ Drescher, *The transformation and evolution of Trademarks - from signals to symbols to myth*; (1992) 82 Tm Rep. pp. 301.

1. Creativity

2. Information

3. Ethical justification (Bently and Sherman, *opcit*, pp. 662.)

1. Creativity

It is argued that one of the justifications for the protection of intellectual property rights is the protection of labour which is involved in the creation of such rights. This is also one of the basis of the concept of unfair competition. However in regard to trademarks it may be difficult to contend that there is creation as in the case of patents or copyright. However this argument may be somewhat weak in that a trademark is nurtured not only by the trader but by the customer and the public as well. It is also argued as stated by Justice Breyer in the US Supreme Court in the case of *Qualitex v. Jacobson Products*¹² "that trademark law (helps to assure a producer that it (and not an imitating competitor) will reap the financial reputation related awards associated with a desirable product.

2. Information

It is argued that trademarks are a shorthand way of communicating information that purchasers need in order to make informed decisions. Information provided by trademarks is particularly important in relation to goods that a consumer cannot inspect. Trademarks also encourage the manufacturer to maintain consistent quality standards.¹³ In a leading article Brown maintains that "advertising depends on the remote manipulation of symbols, most importantly of symbols directed at a mass audience through mass media or imprinted on mass protected goods"¹⁴.

¹² 115 SCT 1300 (1995)

¹³ (N. Economides, *The Economics of Trademarks* (1988) 78 TM Rep. pp. 523.; Landes, W. and Posner, R., *The Economics of Trademark Law* (1998) 78 TM Rep. pp. 267.

Brown drew a distinction between persuasive and informational advertising and maintained that the only justification for advertising was informational and persuasive functions of marks is of dubious social utility.

3. Ethical justification

It is argued that by adopting another's trademark, person is taking advantage of the goodwill generated by the original trademark owner and therefore on the principle that, "a person should not reap what he has not sown", trademarks should be protected. It is on this basis that objections were made in respect comparative advertising and the principle of dilution of trademarks justified.

TRADEMARKS AND ANTI-COMPETITION

Sometimes it is said that trademarks confer monopolies. In *York Tm*¹⁵ it was observed; "traders could not obtain a monopoly in the use of such words". In *Re Coca Cola Trademark*¹⁶ the court observed "this raises a spectre of a total and perpetual monopoly in containers and articles"¹⁷. In defending trademark rights Pattishal in his leading article "Trademarks and the monopoly phobia"¹⁸ argues that Rush to destroy monopolies and promote free competition in which the means and basis for competition are destroyed too.

Trademarks do not exist to provide incentives to create new words but instead are creatures of commerce arising through necessity and protected as such. Trademarks are analogous to the persons name and signature and forgery of one's signature or defaming one's character is actionable and as such trademarks also should be protected. This view has also been expressed by the Chicago Law Review article "The Anti-competitive aspects of trade name protection and policy against consumer deception."¹⁹

However a hostile view has been expressed by authors who are sometimes referred to as the Haward School which stems mainly from the work of E.H. Chamberlin; 'the Theory of monopolistic competition' Cambridge Mass (1962) 8th Edition. He argues "the protection of trade marks from infringement and of business generally from the imitation of their products..... is the production of monopoly to permit such infringements would be to purify by competition by eliminating monopoly elements.

The attack based on monopoly appears to aspire to the classical model of perfect competition and the perceived benefits such as state even though it is entirely divorced from reality.²⁰

¹⁴ Brown, R., *Advertising and the public interest The Legal protection of Trade Symbols* (1948) 57 *Yale Law Journal* 1165

¹⁵ Th [1982] 1 WLR

¹⁶ [1986] 2 AER 274.

¹⁷ pp. 275 - 7.

¹⁸ [1952] 50 Michigan LR. 1967.

¹⁹ [1962] 29 U chicao LR. 371.

²⁰ *Pickering Trademarks Theory and Practise*, pp. 83.

Emerging Issues and Sustainability in Engineering Education and Practice in the 21st Century : Broader Education of Civil, Water Resources and Environmental Engineers in the New Millennium

Prof K. Vijayaratnam,

DSc(Eng), MEng, MSc(Eng)London, DIC(London), CEng, BSc (Eng) Hons
MICE, MCIWEM, MIWRA, MIWA, MIHA

Dean, London Engineering School for Engineering Management, Environment and Public Policy,
Adjunct Faculty, American University of London

Engineers play a key role in creating infrastructure and wealth. Civil Engineering future challenges has to be seen in this context if we are to bring the best minds into the profession. Civil Engineering infrastructure such as roads, dams, reservoirs and hydropower projects interfere with the natural environment and forest resources.

Failure of civil engineers by confining their contributions within technical aspects and not take into account the broader holistic as well as technological policy aspects of water resources development over the past several decades has resulted in considerable undesirable impact not only on the natural environment but also indigenous populations in and around the projects. This has resulted in the emergence of environmental pressure groups to champion the cause of affected population and ecology. It has intensified in recent years as a result of, climatic change, shrinking forest resources, threat to wildlife and poorly implemented resettlement schemes.

United Nations conference on Environment and Development in 1992 (Earth Summit) brought to the attention of civil , hydropower and dam engineers the extent to which the society expects of them in developing the scarce water resources while taking care of the depleting natural forest resources for the sustainable environmental development.

Inadequate understanding of the broader aspects of river basin development schemes resulted in failure of many reservoirs with considerable silt than originally envisaged. Failure to manage the watershed for the benefit of the reservoir through erosion control measures and proper maintenance of the catchment areas in a sustainable way, inadequate understanding and significance given to the resettlement of indigenous people must be a thing of the past .21st century must produce engineers with vision, wider view and deeper technical skills.

Piecemeal approach to water resources, land use and environmental education and

practice resulted in cities of Asia, Africa and Latin America with environmental degradation such as unsanitary urban slums, increasing air pollution, river and ground water pollution, haphazard industrial development, and coastal water pollution. This undesirable situations call for a fresh look at the way engineers are educated and trained so that in the new millennium a shift in public perception of civil, water and environmental engineers become a reality.

At present civil and environmental engineers are seen as mere technical specialists providing the necessary physical infrastructure. The technological policy aspects are in the hands of non-engineers with little or no understanding of engineering but guided by short term expediencies.

A broadly educated Civil Engineer will not only skilled in the analysis and design of physical infrastructures such as roads, dams ,pipelines, hydropower and reservoirs but also appreciates and have profound understanding of the broader implications and benefits of the relevant aspects of water and environment to the society. This approach includes an understanding of interdisciplinary nature of water resources development in an integrated and sustainable way.

Professor Edward Kuiper ,author of "Water Resources Projects Economics "stated that the ultimate aim of resources development is social wellbeing, welfare of the people and improved standard of living . The water resources development will have multiple objectives to include not only social and economical but also sustainable environment so that the present society will not endanger the survival of the future generation.

Uncertainties in the future must be incorporated with risk assessment , modelling and management so that the society is made to become aware when calamity or catastrophe occur. professionals must not become know it all experts when the uncertainties are all too evident with lack of data and unpredictability of future events with certainty.

Future must see civil, hydropower and dam engineers not only skilled in advanced analysis in hydraulics ,geo-technical and structural aspects of hydropower and dams for the efficient functions and safety but also broader aspects such as social, economical, environmental, ecological, health, institutional, financial, human settlements and other related aspects of water resources development. Water resources has to be planned and developed in a holistic or sustainable way so that the future generations are left with the planet earth worthy of our vision.

Civil engineers must take it on themselves the responsibility to articulate the need for development of renewable resources such as hydropower and hence the dams and reservoirs for the future water and energy requirements while at the same time allay the fears of the public impact of these infrastructures bring to indigenous people and the natural environment. Forest resources must be managed ,conserved and replenished in a sustainable way so that water catchments are not depleted.

Civil engineering education must not only be technical but also include technological policy and be broaden to include environmental management, aesthetic aspects of engineering structures, ecological system, impact assessment and sustainable development, physical planning and information technology. Ability of civil engineers to work with and lead multidisciplinary

teams not only of engineers but also architects, **financiers** and policy specialists is vital for the **future**.

Future civil engineers will have to be **skilled** in the several innovative subjects in **addition** to the traditional core subjects such as **hydraulics**, soil mechanics, structural, and **surveying**. Architectural Engineering, Information **system** and Technology, Computer Applications and Software. Risk and Reliability, Non-linear **dynamics** and Chaos, fuzzy logic, neural networks and artificial intelligence. Urban Environmental **Management**, Business Administration, Public Decision making and Administration will have to be included as specialist fields within Civil Engineering. Economic, legal, financial and institutional aspects are of special importance if civil engineers are to win the argument for infrastructure policy formulation, public consultation and implementation.

Failure to properly implement the resettlement schemes associated with hydropower projects in the past has given bad publicity to the whole concept of large water power development. In fact reductionism principle which guided the human civilisation and scientific advancement for the past two hundred years is reaching a turning point. The eminent scientists from around the world including Nobel prize winning scientists are realising the damage done to the very survival of the human and bio-diversity.

Now they are discovering new concepts of emergence and complexity theory. This means that we cannot say that whole is sum of its parts and it is much more than the some of its parts. Properties of the whole cannot be drawn from the properties of the parts. What they failed to discover is that the dam engineers have been applying this concept of large dam instead of large number of small

dams for more than a hundred years in storing and supplying water, controlled floods, enabled food production, generate electricity and other recreational benefits. No doubt lessons had to be learned along the way in terms of technical progress, use of economic concepts, sociological aspects, environmental impacts and in the future on sustainable development..

The answer to the outcry of pressure groups is to accommodate their concern and make sure that the resettlements of affected people are carried out to the properly with standard to match building of dams. This is where the engineers have to learn non-technical aspects with utmost commitment. Engineers have responsibility to society in terms of use of their skills for the betterment of community not just the urban population but every one on the planet. I realised this when I was a project engineer building a large concrete dam in 1974.

Resettlement schemes must to be made part of the packages of hydropower schemes. I can say with reasonable confident that if the public is made to understand and demystify engineering and any project that involve large scale impact to the environment, benefit to the larger community will be appreciated and the sacrifice of the minority of people and environment will see the project approved. Reforestation, relocation of archaeological and preservation of bio-diversity are to implemented where necessary.

Civil Engineers must not be content with or confine their contribution to society within civil engineering industry. Pressure groups can bring the concern of engineering projects of the past but it is the responsibility of the engineering community to address the problem through public debate and mutual consent so the past mistakes are rectified in the future.

Civil engineers broadly educated will be in demand outside current civil engineering such as banking, finance, management consultancy, local & central government policy formation, building and architectural firms. Environmental Protection Agency must be able to approach problems of land, water and air pollution in an integrated and sustainable way, hence demand the skills of civil engineer broadly educated with a knowledge of physical and biochemical as well as planning and policy issues.

Civil Engineers must be interested in PEOPLE as well as THINGS. Communications for Engineers are also important. Failure may result in less appreciation of civil engineering profession by the society. It does not mean that some one expected to analyse dynamical aspects of earthquake at dam site or finite analysis of dam should be an expert communicator. In this case the technical problem solving skill is more vital than the verbal skill. This means that a team of several civil engineering specialists are required for proper project planning, design implementation and maintenance. Project manager must be a systems engineer as well as a civil engineer with project management skills.

Education is a life long process. Continuing education has to be a part of working life. Foreign Languages, Value Engineering, Management Science or Operations Research, Philosophy, History and culture and cross -cultural communication are important.

Public must be educated to understand that Civil Engineers shoulder heavy responsibility for health (namely potable water, sanitation, and pollution control) and safety of the public as well as improve and conserve the environment in a sustainable way. Civil Engineers with broad education will be able to extend this responsibility to other sphere of activities.

There will be considerable scope for civil and dam engineers to play a major role in building dams and reservoirs around the world in the future. Many may not materialise or delayed if the engineers fail to broaden the outlook and articulate to the government and public bodies of their knowledge on sustainable integrated development of environment. Decisions taken now will have to be such that Civil Engineers not only lead other professionals in Built Environment but also well respected in the new millennium.

Human resources is much under valued. Clients, Consultants and Contractors must be able to work with mutual trust to reduce cost burden on the society while producing a quality service. Engineering Institutions, Government, Universities and schools have to make a concerted effort to improve the image of engineers as well as the importance of engineers for the creation of wealth of future generation and sustainable development of infrastructure, so that the welfare of the needy and unfortunate can be taken care of.

Civil engineering Institutions must set up "THINK TANK" of broadly educated civil and dam experts to advice the government and the related bodies on Water resources and sustainable environmental engineers have to be specialists as well as have a good understanding of several disciplines. In many developing countries of Asia, Africa and Latin America majority of the population live in rural environment and a humanistic approach to community development is essential. Engineers must be able to work with a variety of professionals to bring about integrated rural development.

Developing countries have to be brought into sustainable development through better financial and technical assistance. Civil Engineers with broad education working in Banking would be in a position to bring about financing and

implementing Civil Engineering projects. Civil Engineers can play a pivotal role if they are equipped with techniques of water & public health, transportation, Environmental & Structural Engineering.

It is predicted that the future war may be about water because of population increase,

depleting resources, lack of water conservation, deteriorating water quality, lack of finance to long distance transfer water from resources to demand areas and unwillingness to share the water resources. This must be avoided and compassion and wisdom must guide us in the next century.

Budgetary Relief Allowance

V. Vimalarajah

Retd. President - Labour Tribunal, Attorney-at-Law

ABSTRACT

I notice that there is a certain amount of misunderstanding or misapprehension in the mind of employers, employees and Trade Unions in relation to the Budgetary Relief Allowance. It is considered appropriate to clear the cloud surrounding the Budgetary Relief Allowance.

PURPOSE

The Budgetary Relief Allowance of Workers Act No. 36 of 2005 provides for payment of Budgetary Relief Allowance by EMPLOYERS to workers. This came into operation on August 01, 2005.

COMPETENT AUTHORITY

The Commissioner of Labour is the Competent Authority for the purposes of this Act. He may delegate to any officer of the Department of Labour any power function or duty conferred or imposed on or assigned to him by this Act.

WHO IS ENTITLED TO THIS ALLOWANCE?

According to Section 3(1) of this Act with effect from August 01, 2005, every employer in any trade shall in respect of each month pay to every worker employed by him a Budgetary Relief Allowance calculated as follows -

(a) in the case of a worker whose monthly remuneration is Rupees Twenty Thousand or below the allowance payable shall be one thousand rupees.

(b) in the case of a worker who does not work for the required number of days prescribed by any written law or contract of employment, the allowance payable shall be in proportion to the number of days he has worked during this month but it shall not exceed One Thousand rupees.

(c) in the case of a worker who is paid a daily rate the allowance payable shall be a sum of Rs.40/- (forty only) per day for each day he had worked during the month but the total allowance payable for a month shall not exceed Rs.1000/- (one thousand only).

(d) in the case of a worker who is employed on a piece - rate basis the allowance payable in respect of a month shall not be less than 10% of the wages or salary for that month but the total allowance payable for a month shall not exceed Rs.1000/- (one thousand only).

PAYMENT OF THIS ALLOWANCE TO A WORKER WHOSE SALARY/WAGE EXCEEDS Rs.20,000/-

According to Section 3(1)(2), a worker whose salary or wage for a month exceeds twenty thousand rupees but does not exceed twenty one

thousand rupees, shall be paid an allowance equivalent to the difference between twenty one thousand rupees and the amount drawn by such worker, as wages for that month.

PAYMENT OF THIS ALLOWANCE TO A WORKER WHO HAS RECEIVED A WAGE OR SALARY INCREASE

According to Section 3(3), a worker who has received a wage or salary increase during the month of October 2004 or thereafter shall be entitled to an allowance of the amount equivalent to the difference between one thousand rupees and the amount of such wages or salary increase for eg. if a salary increase of Rs.400/- had been given in October 2004 or thereafter, he will receive Rs.600/- (six hundred only) as Budgetary Relief Allowance.

MAINTENANCE OF A REGISTER BY EMPLOYEE IN RESPECT OF THIS PAYMENT

According to Sec.(5) of the Act, it shall be the duty of the employer to keep and maintain a Register setting out -

- (a) the name of each worker employed by him
- (b) the class of work performed by him
- (c) the amount paid to each such worker as allowance

This Register will have to be preserved for a period of (06) six years.

PAYMENT OF THIS ALLOWANCE TO CONSTITUTE PART OF WORKER'S WAGE OR SALARY

This payment would be reckoned as salary/wage for the purpose of -

- (i) Contributions to Employees' Provident Fund
- (ii) Contributions to Employees' Trust Fund
- (iii) Annual holiday remuneration
- (iv) Overtime remuneration
- (v) Maternity benefit payments and
- (vi) Gratuity

WHEN THIS PAYMENT HAS TO BE MADE?

This payment will have to be made by every employer to the worker within the period within which such employer is required to pay the wages or salary of such worker. The law requires that salary/wage shall be paid on or before the 10th of the following month Eg. May salary will have to be paid on or before 10th June.

EXEMPTION FROM THIS PAYMENT

A worker who is covered by a Collective Agreement or on order under Subsection (2) of Section (10) of the Industrial Disputes Act (Chapter 131) extending the application of a Collective Agreement in respect of such worker is not entitled to payment of this Allowance.

A domestic servant or an employee's personal chauffeur is not entitled to this payment. This payment according to Section 3(1) shall be paid by every employer in any TRADE. The word 'Trade' according to Section (12) of the Act does not include any industry business or undertaking which is carried on by any Corporation, Board or other body which was or is established by or under any written law where the government holds a majority of the share capital with funds or capital wholly or partly provided by the Government by way of grant loan or otherwise.

MEANING OF "WAGES" OR "SALARY"

According to Section 12 of the Act "Wages" or "Salary" means any earnings including -

- (a) the contractual wage or salary of the worker or the wage prescribed by the relevant Wages Board for the Trade to which the worker belongs.
- (b) any amount payable to the worker under the Interim Devaluation Allowance of Employees Act No. 40 of 1968.

POWERS OF THE COMPETENT AUTHORITY

According to Section (6) of the Act, the Commissioner of Labour (Competent Authority) shall have power to -

i. Enter and inspect at all reasonable hours of the day or night at any place in which workers in any Trade are employed to ascertain whether the provision of the Act are complied with.

ii. Question any person he finds in such place

iii. Direct in writing any employer or worker employed in any Trade to furnish him a Return relating to workers.

Any person who fails to furnish the information called for by the Competent Authority or obstructs the Competent Authority in the exercise of its powers and functions or furnishes false information shall be guilty of an offence punishable with a fine not exceeding ten thousand rupees or to imprisonment for a term not exceeding six months or to both such fine and imprisonment.

FAILURE TO PAY THIS ALLOWANCE

According to Section (9) failure to pay this Allowance to workers is a punishable offence. The employer shall be liable on conviction before a Magistrate to a fine not exceeding ten thousand rupees or to imprisonment of either description for a term not exceeding six months or to both such fine and imprisonment.

DEFERMENT OF THE OPERATION OF THE PROVISIONS OF THIS ACT

According to Section 3(5) of the Act, the Minister may, taking into consideration the relevant economic conditions prevailing in relation to any Trade defer, by order published in the Gazette the operation of the provisions of this Act. Such order for deferment shall not extend

beyond a period of six months from the date of making such order. The Minister by an order published in the Government Gazette Extraordinary No. 1417/22 dated November 03, 2005 deferred the operation of this Act until 31 Dec. 2005 in respect of the workers and employers governed by the Wages Boards established under the Wages Boards Ordinance (Chapter 136) in respect of the following Trades.

(i) Government Manufacturing Trade

(ii) Security Service Trade

From 01.01.2006, the two Trades referred to above are required to comply with the provisions of this Act.

CONCLUSION

The employers in general, were unhappy with this law which is mandatory. The Chairman of I.E Group of Companies which manufactures items such as TV antennas, voltage stabilisers, transformers and electronic components required by Telecoms and Computer Manufacturing Companies from its factory in Panadura with 700 employees has stated inter alia that -

(i) This law was a bolt from the blues to the company which has a monthly turnover of Rs.20 million.

(ii) It badly affected the company's cash flow

(iii) The monthly salary bill went up by nearly one million rupees.

(iv) The increase had a knock-on effect on EPF - ETF payments

(v) We can easily double the number of employees if not for this law.

Be it as it may, it is relevant to state that an increase in salary/wage is absolutely necessary for the reason that the cost of living is spiralling sky-high.

Expert Witnesses

Palitha Fernando
Deputy Solicitor General

I was delighted when the organizers of the Ranjith Abesuriya felicitation dinner requested me to write an article for the magazine due to be published in connection with the felicitation dinner. However, even at the time I accepted the invitation, I was aware that I would not be able to find time for such an important task due to pressure of work and constraints on time. Nevertheless, the love and respect I have for Mr. Ranjith Abesuriya compelled me to devote some time to the writing of this article, amidst all other work. However I was not able to complete the article on time and the publication went to print without my article. I completed it whenever I had time and waited for an opportunity to have it published. The Members of the *Thamil Mantram of the Sri Lanka Law College* have now given me an opportunity to have it published as they have now come to me for an article to be published in their annual magazine, *Neethi Murasu*. I thank them profusely for this opportunity.

Selection of a topic for the article was as or more difficult as the finding of time to write it. I consulted many people and finally decided on the topic "expert witness." I believe my connections with the Medico Legal Society of Sri Lanka had some influence on me when writing this article.

An "expert witness" is a special category of witness who quite often testifies before our courts.¹ Our courts have defined the term expert as a person who has superior and practical knowledge of the subject.² The Judicial Medical Officer, the Government Analyst, the Examiner of Questioned Documents and the Registrar of Finger Prints are all witnesses who fall into this special category. They are described, as witnesses who fall into a special category as they, unlike other witnesses, are entitled to express opinions on matters that fall within the purview of their expertise. They should never seek to express opinions outside their field of expertise.³ However, court is expected to analyze the evidence of an

expert witness in the same way the evidence of any other witness is analyzed and the evidence of an expert witness will not be treated with any special sanctity.⁴

Experts in Forensic Science get involved in the investigation in criminal cases at a very early stage. However, due to numerous reasons, we in Sri Lanka do not make use of scientific and technological evidence to the degree they should be used in the 21st century. In Sri Lanka such evidence led through expert witnesses is used only to supplement other evidence in a weak case for the prosecution. Identifying this deficiency, the

¹ Section 45 of the Evidence Ordinance

² *Solicitor General v. Podisara* 67 NLR 502

³ *Regina v. Pinhamy* 57 NLR 169

⁴ *Jayalathpedige Amal Srikantha and others v. AG* Appellate Court unreported judgments 1999 Bar Association publication at page II. See also the case of *Amarathunga Arachchige Nimal Sarathchandra v. AG* reported at page 20 of the same publication.

Medico Legal Society of Sri Lanka has recommended that criminal investigations, at least in cases that generate a great deal of public interest, should be conducted by a team consisting of expert witnesses. This would undoubtedly pave the way to Forensic Experts playing a more dominant role in criminal investigations. As I have previously pointed out, we have now reached a stage of looking towards obtaining the assistance of expert witnesses more than ever before, since lay witnesses have shown reluctance to testify before courts of law, especially in criminal cases, due to various reasons.

Expert witnesses are considered impartial and independent witnesses. They have been treated with such respect, that they are permitted to remain in court when other witnesses of the same case testify. It has been considered necessary for such expert witnesses to be permitted to remain in court to facilitate their role in assisting court. As a very junior State Counsel I have witnessed many instances where defence Counsel were taken to task by judges when they objected to a question from the prosecutor to an expert witness on the basis that it was a leading question. On one such instance I recall the late Justice Tissa Dias Bandaranaike stating from the Bench that it is an insult to the expert witness if it is suggested that the State Counsel could lead him.

On numerous occasions, in recent times, I have observed Senior Consultant Judicial Medical officers standing outside court until the conclusion of the evidence of other witnesses. We in the Attorney General's Department have discouraged this practice and have instructed State Counsel prosecuting in the various High Courts, to take upon themselves the task of getting down the expert witness when his evidence is needed. If not, the expert witness would be wasting time in court, when he could spend his time more usefully for the benefit of the State. When I was a young State

Counsel, I have never seen expert witnesses sent out of court when other lay witnesses give evidence. The judges, before whom we prosecuted held the view that an expert witness should be present in court when lay witnesses give evidence so that they could assist court better as independent experts. I believe this has been a practice followed in England and absorbed into our Criminal Procedure. Therefore, I think an expert witness should never be sent out of court like the other witnesses even if his or her evidence is not taken first. I cite the following passage from Dias in support of this position.

"Expert witnesses such as medical witnesses are permitted to remain court during the trial of an accused. The ordinary practice is that all witnesses should leave the court when the trial commences. Under the English law an exception is made in the case of witnesses who have come to give evidence of purely expert character. These witnesses except under special circumstances are allowed to be present in court and hear the whole of the evidence in the case. The Code being silent on the point, the English practice is followed here."⁵

The Code of Criminal Procedure Act provides that the evidence of an expert cannot be led at a Non Summary Inquiry without the sanction of the Attorney General. Instead the report of the expert is marked and filed of record at the Non Summary Inquiry. This apparently is a provision designed to save time by not permitting the evidence of an expert witness unless it is essential for the purpose of the committal or discharge.⁶

⁵ Reginald F Dias, Commentary on the Ceylon Procedure Code, at page 23

⁶ Section I 48 (I) Code of Criminal Procedure Act.

The evidence of an expert witness is generally led for various reasons. Such evidence is led to establish an ingredient of an offence such as the cause of death in a murder case. Expert evidence would also be useful in providing strong items of circumstantial evidence that could either support or contradict a witness who testifies before court. Establishing the identity of an accused is also an important use to which expert evidence can be put. However before the evidence of an expert becomes relevant it would be the duty of the party calling the witness to establish the expertise of the witness in the relevant field in which he is called upon to comment. The expert is expected to confine himself to his field of expertise.

An expert is expected to give reasons for his opinion. If no reasons were given court would not be able to decide whether the opinion expressed by the expert could be accepted or not. The judge is expected to educate himself so that he could himself decide whether the opinion expressed by the expert is valid. It is therefore the duty of both judge and counsel to question the expert witness and elicit the reasons upon which he bases his opinion. The Evidence Ordinance provides that whenever an opinion of a person is relevant, reasons on which such opinion is based is also relevant.⁷ In the case of *Jayalath Pedige Amal Srikantha and others v. AG*, quoted above, Justice Jayasuriya, referring to the duty on the part of the expert to give reasons for his opinion stated as follows:

"The judge must equip himself and conclude with sufficient knowledge gained by questioning the doctor, in regard to medical grounds and reasons for the doctor's opinion and thereafter decide the issues assisted by the doctor's testimony, but independently of it."⁸

⁷ Section 51 of the Evidence Ordinance.

⁸ At page 12

Therefore, a medical officer testifying in a case of murder will have to express an opinion as to how he concluded that the injury in question resulted in the death of the deceased. It would not be sufficient for him to say, "In my opinion, death was due to the stab injury".

An expert witness is an independent witness. His expertise could be made use of for many purposes in a criminal trial. Quite often the evidence of an expert is necessary to establish an important ingredient of an offence. The cause of death in a murder case, the fact that an object was an offensive weapon, or the substance was a narcotic substance the possession of which has been prohibited by law are established through the evidence of expert witnesses. In addition, evidence of an expert can be used for the purpose of corroborating or contradicting the evidence of witnesses. Medical evidence provides corroboration from an independent source that was thought necessary to support the version of a prosecutrix in a case of rape. Similarly the Government Analyst provides valuable evidence in a case of shooting. A prosecutor who wishes to make use of the evidence of an expert witness for the purpose of corroborating a prosecution witness, should have a good idea of the whole case for the Prosecution at the time he leads the evidence of the expert witness. If not, he may miss valuable evidence of corroboration. In the rest of the article I wish to discuss some important items of evidence that could be led through expert witnesses.

From a Medical officer who has examined a patient or who has performed a Post Mortem Examination, the prosecutor or defense counsel, as the case may be, could seek to elicit several important items of evidence. In a case of rape, the medical officer could express a view as to whether there has been vaginal penetration. He could also

express a view regarding the other injuries he observed on the patient's body and state how old the injuries are, in his estimation. In doing so, it is necessary that the medical officer explain as to how he estimated the age of each injury. In a recent unreported rape case,⁹ the Medical officer's evidence cut across the evidence of the prosecutrix, and the Court of Appeal thought it unsafe to let the conviction stand.

Justice Kulatilake, in his judgment referred to the medical evidence in the following words:

"Medical expert Dr. Hemamali Wimalasiri has testified to court what she had observed when she examined Dilrukshi on 24th August 1998. At that point of time she was aware of the history narrated to her by Dilrukshi, to the effect that she was ravished by the accused appellant on 22nd August 1998. The medical expert had observed a tear of the hymen but she boldly and categorically expressed the opinion that the tear of the hymen had taken place Eight days or more prior to her examining the prosecutrix. Neither the learned prosecuting State Counsel, nor the learned trial judge had invited her to elucidate her opinion any further or elaborate the grounds upon which that opinion was based."

Thus the medical evidence put the date of offence on a date beyond the date on which the prosecutrix said she was raped. As a result the Court of Appeal acquitted the accused convicted by the High Court.

It is customary for a judicial medical officer to record a short history from the injured person he examines. Any medical officer treating a patient is expected to record a history that might be helpful for the diagnosis and treatment. Similarly, the purpose of recording a short history by a medical officer is for the purpose of ascertaining

whether the officers observations are consistent with the version of the injured regarding the manner in which the injury was caused. However, it should be noted that a judicial medical officer is not expected to confine his examination to history given by the patient or to be depend on the history given by the patient in drawing his conclusions.¹⁰

The case of *Indratilake v. The State*¹¹ can be cited as case where the Medical evidence was made use of to supplement the evidence of an eyewitness. In this case a knife was recovered consequent to a statement made by the accused, and that part of the statement which led to the recovery of the knife was led in evidence in terms of section 27 of the Evidence Ordinance. In appeal it was argued that this part of the statement had been improperly led, as the knife, said to have been recovered, had not been shown to and identified by the eyewitness at the time he gave evidence. However court held that since the medical officer had identified the knife as a weapon with which the injury on the deceased could have been caused, it was held that the statement relating to the recovery of the knife had been properly led.

As stated earlier, medical evidence can provide valuable circumstantial evidence in a criminal case. A medical expert could also provide corroborative evidence. In a case where injury has been caused to a person by several persons, the medical officer may be able to confirm that injuries have been caused with more than one weapon. On the other hand if a person is charged with murder, and the medical evidence is that more than one weapon has been used on the accused, the charge will fail, unless the charge is based on the ground that the accused before court committed the offence with several others

⁹ *Premadasage Priyantha Kumara v. The State* CA 15/99 decided on 6th July 2000

¹⁰ *Amal Sudath v. IP Police* 1989 (2) SLR page 119

¹¹ *Indratilake v. The State* 1981 (2) SLR 357

unknown to the prosecution. It is also necessary to bear in mind that the same weapon: especially a sharp cutting weapon could be used to cause injuries of various shapes and sizes. Where one accused is been charged the prosecutor should elicit from the medical expert that the weapon recovered from the accused or seen by the witnesses could have caused all those injuries. If not, at a latter stage of the trial if the defence adduces the argument that the shapes and sizes of the injuries suggests that more than one weapon has been used and therefore there should have been more than one assailant, it would not be possible to convict the accused of homicide, unless he had charged on the basis that he committed the offence with others unknown to the prosecution.

If the case for the prosecution is based on a dying deposition made by the deceased, it is imperative that the prosecuting officer gets the medical expert to confirm that the deceased could have spoken after he received the injuries in question. If the deceased had walked some distance before making the dying deposition, the medical officer could confirm that the deceased could have walked and also remained conscious for some time after receiving the injuries.

The evidence of a Medical Expert quite often becomes important in cases where the cause of death is complicated. As pointed out earlier, medical evidence is used to establish the chain of causation in a case of homicide. However, where the chain appears to have been breached by a condition that has arisen out of the injury caused by the suspect himself, the medical officer has to play an important role in unraveling the confusion surrounding the cause of death. Where there is a supervening condition arising out of the injury, the question arises as to whether it amounts to the breach of the chain of causation. (*Novus actus interveniens*)

The important issue that has to be resolved through the medical expert in such cases is whether the supervening condition has breached the chain of causation so as to prevent criminal liability being imposed on the accused for homicide. If court holds that the chain of causation has been breached, then the accused can only be held responsible for whatever injuries caused by him and not for the resulting position. Depending on the injury, criminal liability may be imputed on the accused for voluntarily causing hurt or grievous hurt, or even attempted murder or attempted culpable homicide.

The issue of a supervening condition arising out of the injury itself has been discussed in several cases. In the case of *King v. Herashamy*,¹² at the time of the death, the injuries caused by the accused had healed at the time of death and the death had resulted from septic absorption due to bedsores. In the case of *Mendis v. The Queen*¹³ also, death was not due to the direct result of the injuries caused by the accused, but was as a result of toxæmia from gas gangrene following a compound fracture. In both these cases, court held that the issue of criminal responsibility for death should be decided on the probability of the supervening condition arising out of the injury caused by the accused. If there was great antecedent probability of the supervening condition arising out of the injuries inflicted by the accused, then the supervening condition will not be considered to have breached the chain of causation. On the other hand, if according to the medical evidence, there was only a mere likelihood of the supervening condition arising out of the injuries inflicted by the accused, Then the chain of causation would be considered breached by the supervening condition and the accused will not be held responsible for the death of the deceased.

¹² *King. v. Herashamy* 47 NLR 83

¹³ *Mendis v. The Queen* 54 NLR 177

At the annual scientific sessions of the College of Forensic Pathologists held in 2004, I presented a paper at on "injuries endangering life" and during the course of the Panel discussion, I raised the issue as to whether a medical officer should take into consideration the conditions of the Hospitals in Sri Lanka, when expressing an opinion on the issue of the probability of a supervening condition such as toxæmia arising out of the injuries caused by the accused. I recall Dr. L.B.L de Alwis, Judicial Medical Officer, Colombo strongly suggesting that we should not take into consideration the condition of the Hospital in which the injured was treated when expressing an opinion on this issue.

The case of *Sumanasiri v. The Attorney General*¹⁴ is a more recent case in which the issue of a supervening condition arose for consideration. This is a case in which Mr. Ranjith Aheysuriya appeared for the appellant and raised the issue of *novus actus interveniens*. The deceased in this case had suffered a serious injury as result of an assault with a heavy blunt weapon. The injury had caused laceration of the brain, and the victim had undergone surgical treatment, which had necessitated the infliction of a surgical wound. The issue of the injured dying due to surgery was left UN resolved at the trial before the original court.

Justice Jayasuriya dealing with this submission distinguished the case from the facts of the case of *Queen v. Mendis*, On the basis that the medical evidence clearly established that the death in the instant case was due to the direct injury inflicted by the accused and was not due to a supervening condition arising out of the injury caused by the accused. Referring to the argument of the possibility of a supervening condition intervening, Justice Jayasuriya stated, that "an accused person is liable not only for the direct

consequences of his act but he is Equally liable for the consequences of any supervening condition which is directly traceable to his act... At the trial, no attempt was made by the learned counsel who appeared for the defence to urge and elicit material that the operation performed by the surgeon was in any way abnormal or that it was inappropriate... The case which has been presented before the trial judge is one of the performance of a normal and proper operation performed with due diligence and adequate skill."

Justice Jayasuriya cited with approval the following passage of a judgment of Lord Parker CJ¹⁵ as setting out the legal position applicable where a supervening condition has resulted in the death even though cause created by the accused was still the dominant cause:

"It seems to the Court that if at the time of the death the original wound is still an operating cause and a substantial cause, then death can properly be said to be the result of the wound, albeit that some other cause of death is also operating. Only if it can be said that the original wound is merely the setting in which another cause operates, can it be said that death does not result from the wound. Putting it in another way, only if the second cause is so overwhelming as to make the original wound merely parts of its history can it be said that death does not flow from the wound."

I shall now make a very brief reference to the Government Analyst as an expert witness. It is an accepted fact that delays in criminal prosecutions is due to delays at the Department of the Government Analyst more than any reason. The sad part of it is that the delay is due to reasons far beyond the control of the Government Analyst. The Department of the Government Analyst is a department that is heavily under staffed. A large

¹⁴ *Sumanasiri v. The Attorney General* 1991 SLR 309

¹⁵ *Rex v. Smith* 1959 2 AER 1 93

number of vacancies for scientist remain unfilled. The Medico Legal Society expressed grave concern about this situation and has urged the authorities to remedy this situation as early as possible. The Government Analyst is an essential witness in cases where offensive weapons are used, and also where persons are accused of having prohibited Narcotic drugs in their possession. In addition, in cases of shooting and poisoning the Government Analyst's assistance is sought for the purpose of identifying the weapon and also the poisonous substance used. In cases of shooting and bomb explosions, it is helpful if the Government Analyst could visit the scene. Investigating officers from the police department may not have the expertise to do a thorough examination of the scene of offence and may miss valuable items of evidence. In leading the evidence of the Government Analyst, it would be necessary, like in the case of the Judicial Medical Officer, to lead his expertise in the particular field of activity. In cases of shooting and deaths caused by explosions, it was customary for the Judicial Medical Officer to forward a copy of the Post Mortem Report to the Government Analyst for his examination. This is a useful practice that has gone into disuse. In my view, it is necessary that the Government Analyst be privy to the findings of the Judicial Medical Officer at the time he testifies before court. An officer of the Government Analyst should be able to assist court by expressing opinions regarding the direction of shooting, the weapon that has been used and distance from which the shot has been fired. For this purpose, the prosecutor should let the Government Analyst peruse the Post Mortem Report of the Medico Legal Report as the case may be, before he testifies in court.

The evidence of the Government Analyst is also used for the purpose of identifying the weapon that has been used and also for the

purpose of identifying the weapon from which a spent cartridge found at the scene has been fired.

For the purpose of identifying a fire arm that has been used for the purpose of firing a spent cartridge found at the scene, the Government Analyst would use the fire arm for the purpose of firing a live cartridge at the firing range of the department and compare the marks made upon it by various parts of the gun such as the firing pin, extractor, the barrel of the gun etc, with those marks found on the spent cartridge found at the scene. Comparison is done with the aid of special equipment at the laboratory. Thus it would be necessary for court to believe the Government Analyst's evidence on that issue as it is not possible to produce photographs of those marks for comparison by court. In the case of the Registrar of Finger Prints, the similarities of the finger or palm impression as the case may be is photographed and produced in court for the perusal of court. In case of the comparison of marks on a cartridge, there is no facility for photographing the marks with the equipment available in the Government Analyst's Department. Therefore, like in the case of any other eyewitness, it would be open to court to examine the evidence of the Analyst in order to conclude whether reliance could be placed on the evidence of the Analyst. This is similar to the observation of a Medical officer who states that he observed a stab injury that had penetrated into the ventricle of the heart. Photographs are not produced in court to establish that there was such an injury. It would be a case of belief or disbelief of the evidence of the expert who states that he observed the identifying characteristics.

The Examiner of Questioned Documents (EQD) and the Registrar of Finger Prints (RFP) are two other expert witnesses we meet quite often in our courts. The evidence of the EQD is used for

the purpose of identifying the handwriting in a document. Specimen handwriting should be collected for this purpose, and it would be necessary to establish that the specimens compared with the questioned document were in fact the handwriting of the EQD. A typewriter, photocopying machine, or a computer printer can be identified by the EQD taking into consideration the defects of the machine. I believe the science is now advanced enough even to identify the texture of the paper and even to decipher erased writings.

Though the evidence of the Government Analyst is led in terms of section 45 of the Evidence Ordinance as an expert witness, where court wishes to form an opinion as to the person by whom any document was written or signed, the opinion of a person who is acquainted with the writing of the person in question can be led and under those circumstances, it would be permissible for such person to express an opinion regarding the handwriting.¹⁶ Where the evidence of the EQD is led any case, it would be the duty of the EQD to draw the attention of Court to the similarities he observed and explains the basis for his conclusions. The trial judge is not bound to accept the conclusions of the EQD. He is entitled to disregard the expert opinion.

The Registrar of Finger Prints (RFP) is the only Expert witness attached to the police department in Sri Lanka. No attention has been paid to equip the police department with forensic skills. It is rather unfortunate that our police officers have been looked at with jaundiced eyes from time immemorial commencing from the era of our colonial masters. I have listened with a lot of disgust when counsel refers to police officers as partial witnesses. In fact they should be disinterested impartial witnesses. The duty of a police witness is not to collect or fabricate evidence

¹⁶ Section 47 of the Evidence Ordinance.

to secure a conviction against the person whom they suspect. They should conduct an impartial investigation to ascertain the true offenders. Probably due to distorted reputation the police enjoy, all experts save the RFP are outside the police department. Recently when discussions were held to establish a DNA unit, I am aware that there was lot of agitation that it should not be established within the police department. However, in most countries, the police department is equipped with technical and forensic skills to deal with investigations.

Representatives of the RFP could be summoned to crime scenes for the purpose of inspection of the scene. Once prints are deciphered they are photographed by a photographer attached to the same office. The photographer generally prints and enlarges the prints for the purpose of comparison. It is the duty of the local police to take into their custody whatever items on which the officers of the RFI deciphered prints. The prosecuting team had a experience in the Hokandara case where the productions on which prints were found had not been taken into custody by the local police and therefore, they were not available as productions in the case. In order to lead the evidence of the RFP it would be necessary to have the evidence of several persons. They are as follows:

1. The officer who visited the scene and deciphered the prints
2. The officer who photographed the prints
3. The officer who compared the prints
4. The officer who took the prints of the accused and sent for comparison.
5. The officers who guarded the scene until the officers of the RFP came to examine the scene for prints

There are also several productions associated with the evidence of the RFP:

1. The photograph of the object on which the print was found depicting the deciphered print
2. The object itself as a production
3. The finger print form on which the prints of the accused were taken
4. The enlarged photograph of the print found on the object
5. The enlarged photograph of the part of the palm or finger

Print of the accused that matched the print found on the object.

Where the RFP is summoned to give evidence, it would be necessary to get him to explain to court the similarities he observed on the two specimens. It would not be sufficient to get him to give his final conclusion. It is the duty of court to compare the similarities pointed out by the expert witness and decide whether the conclusion of the expert witness is correct. If a fingerprint or a palm-print of an accused were found at a scene of crime, court would be entitled to convict the accused of the offence committed at the scene if the accused does not offer a satisfactory explanation.¹⁷ It should however be noted that like any other expert, the prosecution should establish the expertise of the RFP before his evidence becomes admissible in terms of section 45 of the Evidence Ordinance.¹⁸ When leading the evidence of the RFP it is the duty of the prosecution to establish that the finger and palm prints compared by the RFP with the prints found at the scene were in fact the prints of the accused. In the case of *Bandappu v. Ekanayake* cited above, T.S Fernando

¹⁷ *Singho appu v. The King* 46 NLR 49

See also *Martinus v. Dole* 44 NLR 215 and *King v. Logus* 34 NLR 255

¹⁸ *Bandaappu v. Ekanayake* 61 NLR 187

J, pointed out that in the absence of such evidence, it would not be open to court to convict an accused on the basis of a finger or palm print found at the scene of the offence.

The evidence regarding the behavior of a police dog also involves the leading of some expert evidence. Trained dogs are used for the purpose of detecting criminals. It is believed that they are capable of picking up the scent peculiar to individuals. Thus in most instances, police dogs are used to pick up such scent from some thing believed to have been left behind by an offender at the scene of crime. It has been held that before leading evidence of the behavior of a police dog, it would be necessary to lead evidence regarding the conduct of the dog and the experience of the handler. Evidence regarding the handler's experience should also be led. Though it is referred to as expert evidence, I believe it provides only some valuable circumstantial evidence. That leads to a clue helpful in identifying an offender. Evidence on the admissibility of the behavior of a police dog, sometimes referred to as a Tracker dog has been discussed in two decided cases.¹⁹ It has been held in these cases that the behavior of the tracker dog would be relevant in terms of section 11 of the Evidence Ordinance on the basis that it makes a relevant fact in a criminal trial highly probable or improbable. However, before reaching that stage, it would be open to the prosecution to establish the expertise of the handler and also the reliability of the behaviour of the dog.

DNA evidence is the latest category of evidence relied upon by our courts as scientific evidence for the purpose of establishing criminal charge.²⁰ It is however regrettable to note that we are far behind the rest of the world in this respect. A DNA laboratory has been set up by Dr. Maya

¹⁹ *Goonewardena v. The Republic* 1981 (2) SLR 315, *Kanapathipillai v. The Queen* 56 NLR 397

Gunasekera, for the purpose of DNA examination and she has testified at two trials as a DNA expert.²¹ There are also provisions to conduct DNA testing at the Teaching Hospital at Ragama. However, DNA testing is not done in any organized manner in connection with criminal investigations.

For the purpose of a proper DNA analysis it would be necessary to collect samples properly and also to preserve them so that the samples would be fit for analysis. Police investigators have not been given adequate training regarding the collection of samples, though Dr. Maya Gunasekera has conducted many training programmes and seminars for investigating officers to give them at least some basic knowledge on this aspect. DNA finger printing has been accepted as a very accurate method of identifying an individual as it is accepted that the DNA profile is unique to each individual. DNA is the genetic material contained within the nucleus of cell. The letters DNA stand for deoxyribonucleic acid. It is a giant molecule consisting of two strands wound around each other like the railing of a spiral staircase. It is part of the chromosome found in the nucleus of a cell. For the purpose of comparison, DNA profiling should be done in laboratory. DNA will have to be extracted for this purpose from samples containing human cells. Blood, saliva, sperms. Nail scrapings are few examples from which such samples could be obtained. The original Code of Criminal Procedure Act did not have provisions permitting the extraction of a sample of blood for examination on a court order from a suspect who refuses to provide such a sample.²² Therefore previously,

²⁰ See Article on DNA Evidence - Palitha Fernando Attorney Generals Law Journal 2004

²¹ The Hokandara Trial-at-Bar and the Trial-at-Bar in respect of the murder of Justice Sarath Ambepitiya (He was promoted to the Court of Appeal posthumously)

²² Section 123 of the Code of Criminal Procedure Act

where a blood sample was needed for the purpose of examination during the course of an investigation, it was obtained with the consent of the suspect. Nothing could have been done if the suspect refused to give a sample of blood. This position has now been corrected by the Criminal Procedure (Amendment) Act No. 14 of 2005, which has now included blood also in the list of samples set out in section 123 of the Code of Criminal Procedure Act.²³

DNA evidence has now been accepted by our courts as a science upon which expert evidence could be led in terms of section 45 of the Evidence Ordinance. Investigating officers however could falter on any aspects rendering it impossible for the expert to express an opinion. Collection and preservation of a sample is an important area in which training is required. If the samples are not collected with due care, there is the possibility of destruction and adulteration. The prosecution should also exclude the possibility of introduction.

The leading of DNA evidence for the first time in the Hokandara case involved a great deal of difficulties. The prosecutors and the judges had to undergo a lot of difficulty educating themselves. It consumed a lot of time. I think it is necessary that we formulate a procedure by which DNA evidence could be led with less difficulty.

I have discussed above the importance of Scientific and Technological evidence. In a previous interview with the press, I very strongly stated that now it is time to consider the necessity of strengthening the arm of law enforcement with scientific evidence. That statement of mine was based on statistics forwarded to me by the various

²³ It was assumed by many that there were provisions permitting a Magistrate to make an order to obtain blood from an unwilling suspect under the original provisions of the Code of Criminal Procedure Act. There are two judgments of the Supreme Court where that erroneous assumption is apparent, 1993 (1) SLR page 61 at page 67 judgment of Tia Bandaranayake J. 1999 (1) SLR pg. 372 at 381 judgment of Dheeraratne J

Counsels conducting prosecutions in Non Summary cases. A careful perusal of those statistics shows that suspects are unknown in most of the cases of murder committed by organized gangs in the Colombo area. Even in cases where there are suspects, witnesses come to court and go back on the statements made by them to the police. I saw this as a very dangerous trend and I have on many occasions attempted to alert the police and others about the necessity of arresting this trend before it assumes acute proportions. Witnesses do not testify before court due to fear of reprisal. There is a sense of insecurity that pervades the whole judicial process as far as the lay witnesses are concerned. In these circumstances, it appears that the law enforcement authorities have succumbed to the pressures of the criminals who are a negligible minority armed with deadly weapons. The police have reported that there are no eyewitnesses even where persons have been gunned down in crowded places. Witnesses do not come forward to give evidence.

In the background of the events I have discussed above, it is necessary that the expert witnesses take over the burden of establishing cases in the absence of eyewitnesses. A coordinated effort from all the law enforcement officers would be required. It is necessary that a group consisting of experts conduct investigations. Chief Justice Sarath N Silva suggested this when he was the President of the Medico Legal Society. It is difficult to put this into practice due to lack of resources. If this is put into practice, a team consisting of the Magistrate, Judicial Medical Officer, a representative of the Government Analyst, the RFP and perhaps the DNA expert will visit the scene of offence for the purpose gathering samples. It was suggested that initially this method be followed in cases that generate some public interest. As time passes by, if the method of entrusting the investigation of crime to a team of experts who assist the police is implemented, we could rest satisfied that our criminal investigations have reached an appreciably high professional standard.

Criminal Sanctions against the Infringement of Copyright in Sri Lanka

Dr. D.M.Karunaratna

LL.B.(Hons), M.Phil, Ph.D., Attorney at Law

Director General, National Intellectual Property Office, Sri Lanka

INTRODUCTION

The protection of the rights of the authors of literary and artistic works cannot be duly achieved in the absence of an effective enforcement mechanism. Thus, the Intellectual Property Act No. 36 of 2003 provides for a comprehensive enforcement regime including civil litigation, criminal sanctions, customs control and dispute resolution. The infringement of copyright adversely affects the public interests. It is therefore advisable to provide for criminal sanctions as a deterrent measure.

This article refers to the provisions of the Intellectual Property Act relating to the criminal sanctions against the infringement of copyright.

COPYRIGHT

The copyright law protects all the original, literary, artistic and scientific works. The protected works include all writings including the computer programs, oral works such as speeches and lectures, dramatic, dramatic - musical works, pantomimes, choreographic works and other works created for stage production, stage productions of such works, musical works, audio visual works, works of architecture, works of drawing, painting, sculpture, engraving, lithography, tapestry and other works of fine arts, photographic works, works of applied arts,

illustrations, maps, plans, sketches and three dimensional works relative to geography, topography, architecture or science.

These works are protected by the sole fact of their creation and irrespective of their mode or form of expression as well as of their content, quality and purpose.

The derivative works such as translations, adaptations, arrangements and other transformations or modification of works and collection of works and data bases whether in machine readable or other form provided they are original by reason of the selection, coordination or arrangement of their contents, are also protected.

Any idea, procedure, system, method of operation, concept, principle, discovery or mere data are not protected. Moreover, any official texts of a legislative, administrative or legal nature as well as the news of the day are not protected.

The copyright law embraces two kinds of rights- economic and moral rights. The economic rights cover the rights relating to the areas such as reproduction, translation, adaptation or transformation, public distribution including sale, rental, export or otherwise, rental of the original or a copy of an audio visual work, a work embodied in a sound recording, a computer

program, a database or a musical work in the form of notation, irrespective of the owner of the copy or the original or concerned, importation of the copies of the work, public display, public performance, broadcasting and other communication to the public. The moral rights encompass mainly the right to claim authorship and the right to object to any distortion or mutilation etc. These rights are generally protected during the lifetime of the author and 70 years after his death. The copyright protection is accorded without any formality such as registration. The protected rights are also subject to various limitations including 'fair use.'

The author who created the work is generally the owner of the copyright. Certain different principles are applicable to the works of joint authorship, collective works and works created during the employment etc. The physical person whose name is indicated as the author on a work is presumed to be the owner of copyright. The economic rights can be assigned or licensed under a written agreement

INFRINGEMENT

The term 'infringement' means, according to section 05 of the Intellectual Property Act, an act that violates any of the protected rights.

OFFENCES

The Act recognizes, under Part II and Part XI, the following offences involving the infringement of copyright and related rights.

(i) Infringement of copyright and related rights.

Section 178 (1) of the Act declares that any person who willfully infringes any of the rights

protected under the provisions relating to copyright shall be guilty of an offence¹.

It further declares that such a person is liable on conviction after trial before a Magistrate to a fine not exceeding five hundred thousand rupees or to imprisonment for a term not exceeding six months or to both such fine and such imprisonment. In the case of second or subsequent conviction, the fine or the term of imprisonment or both may be doubled.

The 'willfulness' is the mental element of the offence of infringement of the protected rights. With regard to the meaning of the word 'willful' there exist conflicting judicial opinions in the English law. In certain cases it has been expressed that 'willfully' requires no *mens rea* other than that involved in committing the forbidden act intentionally, even without the knowledge of the circumstances making it forbidden.² The other view is that a person does not commit an offence 'willfully' unless he had not only the intention to commit the act but also full knowledge of the circumstances which render his act criminal.³

In view of the provisions of Section 72 of the Penal Code, it is logical to propose that the latter construction is better and valid in the law of Sri Lanka.

Section 22(2) (g) provides: " Any person who infringes or attempts to infringe any of the rights protected under this part shall be guilty of an offence and on conviction be liable to any penalty as provided for in Chapters XXXVIII and XLI of the Act." Thus, the infringement of copyright and related rights is an offence under Section 22 (2) (g) as well. However, this Section does not refer to the requirement of *mens rea* as a constituent element of the offence. Consequently, the question as to whether this section recognizes the strict liability arises. It is a well-settled principle in the Criminal Law in Sri Lanka that *mens rea* is always a constituent element of any offence unless the particular statute directs otherwise. See for details the discussion on 'attempted infringement'.

² Cotterill v. Penn (1936) 1 KB 53. Liability of Sri Lanka- 2nd Ed. P. 25.

³ Wilson v. Inyang (1951) 2 KB 799. See G.L. Peiris. General Principles of Criminal Liability of Sri Lanka - 2nd Ed. P. 25.

(ii) Sale, display for sale and possession.

Any person knowing or having reasons to believe that copies have been made in infringement of the protected rights sells, displays for sale or has in his possession for sale or rental or for any other purpose of trade is, under Section 178(2), guilty of an offence. Such offender is liable on conviction by a Magistrate for a fine not exceeding five hundred thousand rupees or to imprisonment for a term not exceeding six months or to both such fine and such imprisonment. In the case of second or subsequent conviction, the fine or the term of imprisonment or both may be doubled.

(iii) Use of computer programs

Any person knowing or having reasons to believe that he is in possession or has access to a computer program infringing the rights of another person, and willfully makes use of such program for commercial gain is, under Section 178(3), guilty of an offence and is liable on conviction by a Magistrate for a fine not exceeding five hundred thousand rupees or to imprisonment for a term not exceeding six months or to both such fine and imprisonment.

(iv) Attempted infringement

Section 22 (2) (g) declares that any person who attempts to infringe any of the protected rights shall be guilty of an offence and on conviction be liable to any penalty as provided for in Chapters XXXVIII and XLI of the Act. Consequently, any act of attempted infringement of copyright constitutes a punishable offence. In terms of Sections 22(2)(g) and 178 (1) of the Act the offence of attempted infringement carries the punishment of the fine not exceeding Rupees five hundred thousand or the imprisonment for a period not exceeding six months or both such fine and imprisonment. In the case of second or

subsequent conviction, the fine or the term of imprisonment or both may be doubled. This is the only offence recognized outside the provisions of Part XI of the Act.

Section 22(2)(g) is silent about the mental element of both the offences of infringement of rights and attempted infringement of rights. Thus it is relevant to examine whether this section does not require the establishment of *mens rea* as a constituent part of these offences.

A number of domestic judicial decisions have firmly established the application of Chapter IV⁴ of the Penal Code to all the penal statutes in Sri Lanka⁵. These decisions give effect to the 'doctrine of error'⁶ as a ground of relief from criminal liability in all the offences. Consequently, the legal system of Sri Lanka recognizes *mens rea* as an essential ingredient of all the penal offences unless the particular statute provides otherwise.

JURISDICTION

The Magistrate's Court has the jurisdiction in respect of the offences involving the infringement⁷ of copyright.

INFRINGEMENT IS A CONTINUING ACT

Every act of infringement constitutes a distinct and separate offence. For example, a person who sells two pirated copies of a protected work to two buyers commits two offences. As the

⁴ Which deals with general exemptions from criminal liability.

⁵ *Perera v. Munaweera* (1955) 56 NLR 433. *Munasinghe v. Peiris* (1969) 74 NLR 542 and *Thasthakeer v. Jayasekera* (1972) 75 NLR 358

⁶ This principle is embodied in Section 72 of the Penal Code. It states: "Nothing is an offence which is done by any person who is justified by law, or who by reason of a mistake of fact and not by reason of a mistake of law in good faith believes himself to be justified by law in doing it."

⁷ S 178 and S 22(2) (g) of the Act, S. 53 of the Judicature Act (as amended) and S. 9 of the Code of Criminal Procedure Act (as amended)

Supreme Court has decided in *St. Regis Packaging (Pvt) Ltd. v. Ceylon Paper Sacks Ltd.*⁸ the infringement of intellectual property rights is a continuing act. Even though this case deals with a matter of injunction involving a patent, the decision of the Supreme Court to the effect that the infringement of intellectual property rights is a continuing act should be applicable to all the areas of Intellectual Property and to both civil remedies and criminal sanctions.

TWO WAYS

There are two ways by which criminal proceedings can be instituted in the Magistrate's Court.- private complaint and prosecution by police. They are applicable to all the offences recognized under the Intellectual Property Act.

PRIVATE COMPLAINT

Section 136(1)(a) of the Code of Criminal Procedure Act allows every person to make a complaint of an offence to a Magistrate's Court. The Magistrate's Court has jurisdiction to inquire into or try such complaint.

PROSECUTION BY POLICE

The police are empowered, under Section 136(1)(b) of the Code of Criminal Procedure Act, to institute criminal prosecution in a Magistrate's Court.

COMPLAINANT

The complainant in criminal proceedings can be the owner of the rights. Otherwise, a duly appointed agent of the owner could be the complainant. Similarly, any member of the public may make a complaint to the police. There can be instances where the police can act on their own even without a complaint or first information.⁹

⁸ (*Supra*). See also *Holiday Inn Inc. v. Annemalai Mutthappa* (1986) Colombo Appellate Court Law Reports (Vol 1 P III 336.)

⁹ *Arumugam v. OIC, Police Station, Mirihana* (1969) 72 NLR301- the commission of the offence in the presence of a police officer.

ACCUSED

The accused can be the person or persons who allegedly committed the offence. If the offender is a body corporate, every person who at the time of the commission of the offence was a Director, General Manager, Secretary or of similar position is, in terms of Section 187 of the Act, liable.

PROVISIONS RELATING TO EVIDENCE AND PROCEDURE

The Act contains certain provisions dealing with evidentiary and procedural matters relating to criminal sanctions. They may be briefly stated as follows:

(i) Rules as to evidence

In any prosecution for an offence referred to in Part XI of the Act,

(a) an accused, and his or her spouse, as the case may be, may, if the accused thinks fit, be called as a witness, and, if called, must be sworn and examined, and may be cross-examined and re-examined in like manner as any other witness; and

(b) in the case of imported goods evidence of the port of shipment is *prima facie* evidence of the place or country in which the goods were made or produced.¹⁰

(ii) Costs

In any prosecution under Part XI of the Act, the Court may order costs to be paid to the accused by the prosecutor or to the prosecutor by the accused, having regard to the information given by, and the conduct of, the accused and prosecutor respectively, and the sum so awarded as costs is recoverable as if it were a fine.¹¹

¹⁰ S. 195. These provisions are not applicable to the offence of attempted infringement which is recognized outside Part XI.

¹¹ S. 198. These provisions are not applicable to the offence of attempted infringement which is recognized outside Part XI

(iii) Limitation

No prosecution under the Act can be commenced after the expiration of three years after the commission of the offence charged or two years after the discovery thereof by the prosecutor, whichever expiration first occurs.¹²

(iv) Offences are cognizable and bailable

All the offences referred to in Part XI of the Act, are declared to be 'cognizable' and 'bailable' within the meaning of the Code of Criminal Procedure Act No. 15 of 1979 (as amended).¹³

(v) Application of the Code of Criminal Procedure Act

The Code of Criminal Procedure Act No. 15 of 1979 is applicable to all offences recognized in Part XI of the Act.¹⁴ Thus, its provisions relating to investigation, arrest, search, trial, judgment, appeals and revision are applicable to the offences involving the copyright as well.

MISCELLANEOUS MATTERS

There is a set of provisions dealing with certain miscellaneous matters in the Act. They are referred to below.

(i) Offences by bodies corporate

Section 187 declares that where an offence under the Act has been committed by a body corporate, every person who at the time of the commission of the offence was a Director, General Manager, Secretary or other similar officer of that

¹² S. 202.

¹³ S. 201. The cognizable offence means an offence for which a peace officer may in accordance with the First Schedule of the Code of Criminal Procedure Act arrest (S 2 of the Code of Criminal Procedure Act) Peace Officer includes a police officer (S 2 of the Code of Criminal Procedure Act) These provisions are not applicable to the offence of attempted infringement which is recognized outside Part XI

¹⁴ *Ibid.* These provisions are not applicable to the offence of attempted infringement which is recognized outside Part XI

body is deemed to be guilty of such offence, unless he proves that the offence was committed without his consent or connivance and that he exercised all due diligence to prevent the commission of the offence.

(ii) Punishment by accessories

Any person who, being within Sri Lanka, abets the commission outside Sri Lanka of any act which, if committed within Sri Lanka, would under the Act be an offence, is deemed to be guilty of that offence, and is liable to be indicted, proceeded against, tried and convicted in any district or place in Sri Lanka in which he may be as if the offence had been committed therein.¹⁵

(iii) Savings

(a) The provisions of Part XI of the Act which deals with proceedings before the Director General and Court do not exempt any person from any action, suit, or other proceedings which might, but for the provisions of Part XI, be brought against him.

(b) Nothing in Part XI entitles any person to refuse to make a complete discovery, or to answer any question or interrogatory in any action, but such discovery or answer shall not be admissible in evidence against such person in any prosecution for an offence under Part XI.

(c) Nothing in Part XI is construed so as to make any servant of a master resident in Sri Lanka liable to a suit or prosecution due to disclosure of information regarding the servant of a master, when required by or on behalf of the prosecutor,

¹⁵ S. 196. S. 196 further provides that for the purpose of Section 196 the word 'abet' has the same meaning as in Section 101 of the Penal Code.

who *bona fide*, acts in compliance with the instructions of such master.¹⁶

SEARCH, SEIZURE AND DISPOSAL OF COUNTERFEIT GOODS.

Section 197 of the Act makes provisions *inter alia* with regard to search, seizure and disposal of counterfeit or pirated goods in certain circumstance. They can be briefly mentioned as follows:

(i) Summons and warrant for arrest.

Upon the receipt of information of an offence being committed under Part XI of the Act, a Magistrate may, in terms of Section 197 (1) (a), issue either a summons requiring the person alleged to have committed such offence to appear in Court and show cause or where such person fails to appear issue a warrant for the arrest of such person.

(ii) Warrant for seizure.

A Magistrate is empowered to issue a warrant for seizure of counterfeit or pirated goods. Section 197 (1) (b) provides: "The Magistrate may upon being satisfied by information on oath that there are reasonable grounds to believe that any goods or things by means of, or in relation to, which such alleged offence has been committed are in any house or premises of the person charged on the basis of such information, or in his possession or under his control, in any place, such Magistrate may issue a warrant under his hand." The information must be placed before the court on oath. The provision of such information may be best carried out in this instance by way of affidavit and not by way of evidence *viva voce*.

¹⁶ S. 200. Compare Section 169 of the repealed Code of Intellectual Property Act. Section 200 is a verbatim reproduction of it. However section 200 (3), which seemingly corresponds to section 169 (3), is confusing and meaningless. This appears to be a drafting error. Even the other texts are similarly confusing and meaningless.

Section 197 (1) (c) provides for seizure of such goods in the following words: "It shall be lawful for any Police Officer, or other person named or referred to in the warrant, to enter such house, premises, or place at any reasonable time of the day, and to search therefor and seize such goods or things; and any goods or things seized under any such warrant shall be brought before the Magistrate's Court for the purpose of determining whether such goods are liable to forfeiture under this Part."

(iii) Forfeiture.

The provisions relating to the forfeiture of such goods can be found in Section 197(2) of the Act. They are referred to under two headings,

Notice

Section 197 (2) (a) provides for notice of forfeiture as follows: "If the owner of any goods or things which, if the owner thereof had been convicted, would be liable to forfeiture under this Part, is unknown or cannot be found, any information or complaint may be led for the purpose only of enforcing such forfeiture, and a Magistrate may cause notice to be published requiring reasons to be shown to the contrary at the time and place named in the notice, as to why such goods or things should not be forfeited."

Showing cause and forfeiture

The provisions for showing cause and forfeiture are made under Section 197 (2) (b) which states: "If the owner or any person on his behalf, or other person interested in the goods or things, fails to show sufficient cause to the contrary at the time and place named in the notice, Magistrate may order such goods or things or any of them to

be forfeited." It further provides that every such order is subject to appeal.¹⁷

(iv) Disposal of forfeited goods.

With regard to the disposal of forfeited goods or things Section 197 (3) makes the following provisions: "Any goods or things forfeited under this section, or under any other provisions of this Part, may be destroyed or otherwise disposed of, in such manner as the Magistrate who ordered the forfeiture may direct, and the Magistrate out of any proceeds which may be realized by the disposition of such goods (all marks and trade descriptions being first obliterated), may make an award to an innocent party for any loss he may have sustained in dealing with such goods."

(v) Copies, plates and implements

Section 178 (4) empowers the Magistrate to order, whether the alleged offender is convicted

or not, that all copies of the work and all implements used for the infringement, or all plates in the possession of the alleged offender, which appear to him to be infringing copies, or plates or implements used for the purpose of making infringing copies, shall be destroyed or delivered up to the owner of the right, or otherwise dealt with in such manner as he may think fit.

TERRITORIAL LIMITS

The Act has no extra-territorial effect.¹⁸ Thus, the owner of the protected rights can enforce his rights under the Act only within the territory of Sri Lanka¹⁹

IMMUNITY OF THE PUBLIC OFFICIALS

Any prosecution does not, in terms of Section 170 (11) of the Act, lie against any official for any act, which is done in good faith and in pursuance of any provisions of the Act.

¹⁷ The Provisions of the Code of Criminal Procedure Act are applicable to such appeals.

¹⁸ *Stassen Exports Ltd v. Hebtulabhoy & Co Ltd* (SC Appeal 20/89 unreported)

¹⁹ Being a national of a member country of the Berne Convention or the TRIPS Agreement, a Sri Lankan owner may enforce his rights in any member country of the Berne Convention or the TRIPS Agreement under the laws of the particular country.

Public Trust Doctrine (Power held in trust)

F.R.C. Thalayasingam
LL.M., Attorney-at-Law
Deputy Legal Draftsman,
Lecturer, Sri Lanka Law College

*"God has created mother nature to fulfill
the needs of mankind and not its greed"*

-Mahathma Gandhi-

The ancient Roman Empire developed a legal theory known as a Doctrine of Public Trust. It was founded on the idea that certain common properties such as rivers, seashores, forests and air were held by the Government in Trusteeship for the free and unimpeded use of the general public

Under the English law however the sovereign could own those resources but the ownership was limited in nature. The State could not grant these properties to private owners if the effect was to interfere with the public interests in navigation or fishing. Resources that were suitable for these uses were deemed to be held in trust for the benefit of the Public.

The Public Trust Doctrine primarily rests on the principle that certain resources like air, sea, water and the forests have such a great importance to the people as a whole that it would be wholly unjustified to make them subject to private ownership. The said resources being a gift of nature should be freely available to everyone irrespective of status in life.

The Doctrine emphasis the obligation on the part of the Government to protect the resources for the enjoyment of the general public and not to permit it for the use of private individuals.

According to Professor Sax¹ the Public Trust Doctrine imposes the following restrictions on government authority.

Firstly, the property subject to Trust must not only be used for public purpose, but it must be held available for use by the general public.

Secondly, the property may not be sold even for a fair cash equivalent; and thirdly the property must be maintained for particular types of uses.

The Supreme Court of California (USA) in *National Audubon Society v. Superior Court of Alpine County*² popularly known as "*the Mono Lake Case*" has summed up the powers of the State as follows:-

"Thus the Public Trust is more than an affirmation of State power to use public property for public purposes. It is an affirmation of the duty of the State to protect the people's common heritage of streams, lakes, marshland and tidelands surrendering the right of protection only in rare cases when the abandonment of that right is consistent with the purposes of the Trust...."

¹ Joseph Sax 'Public Trust Doctrine in natural resources law effective judicial intervention' *Mitchigan Law Review* Vol. 68, Part 1, p. 473

² 33 Cal 3d 419 cf (1997) 1 SCC 388 at p.410

This case was filed against the Los Angeles Division of Water Resources for granting permission to appropriate the entire flow of four of the five streams flowing into the Mono Lake which is the second largest lake in California. This lake supports a large population of Brine Shrimp, which feed vast numbers of nesting and migrating birds. Islands in the lake protect a large breeding Colony of California Gulls. As a result of the diversion of the four of the five streams flowing into the lake, the level of the lake dropped, the surface area diminished, the gulls were abandoning the lakes and the scenic beauty and the ecological values of Mono Lake were imperiled.

The public trust doctrine is closely linked to the principle of inter-generation equity and is in fact a part of it. The doctrine is an expression of the principle that the present generation of humankind does not have total rights over the earth or its natural resources but holds it in trust for the others to come.

PUBLIC TRUST DOCTRINE IN THE INDIAN CONTEXT

The Supreme Court's decision in *Metha v Kamal Nath*³ is an excellent exposition of the Public Trust Doctrine. In this case, the Court took notice of an article which appeared in the Indian Express stating that a private company, Span Motels Pvt Ltd., to which the family of Kamal Nath, a former Minister of Environment and Forests, had a direct link, had built a Motel on the bank of the River Beas on land leased by the Indian Government in 1981. Span Motels had also encroached upon an additional area adjoining the leasehold land. Later this area was leased to the said Span Motels when Kamal Nath was the Minister in 1994. The Motel used earthmovers and bulldozers to turn the course of the River Beas, create a new channel and divert the river's flow.

³ 1997 (1) SCC 388

The course of the river was diverted to save the Motel from future floods.

The Supreme Court of India held that prior approval for the additional leasehold land, given in 1994, is quashed and the Government shall take over the area and restore it to its original condition. Span Motels shall pay compensation to restore the environment, and the various construction on the bank of the river Beas shall be removed or reversed. The Motel was asked to show cause as to why a pollution fine should not be imposed pursuant to the polluter pays principle. The Motel was also ordered to construct a boundary wall around the area covered by the lease in order to prevent any kind of encroachment.

The ruling in this case was based on Public Trust doctrine, under which the Government is the trustee of all natural resources, which are by nature meant for public use and enjoyment. Relying on the earlier cases the court ruled that the Government committed breach of public trust by leasing the ecologically fragile land to Span Motels, when it was purely for commercial uses.

THE DOCTRINE OF PUBLIC TRUST IN SRI LANKA

The Constitution of the Democratic Republic of Sri Lanka has recognized this doctrine. In the landmark judgment of Supreme Court in the case of *Bulankulama and Others v. Secretary Ministry of Industrial Development and Others*⁴ (Eppawala case) this doctrine was relied on both the Petitioners and the Respondents. This is a case where the Government of Sri Lanka was intending to enter into an agreement for exploration and mining of phosphate in the Eppawala area in Anuradhapura, with a foreign Company which had a branch in Sri Lanka (with a low share capital).

⁴ [2000] 3 S.L.R. 243

The proposed agreement granted the sole and exclusive right to the Company

(a) to search and explore for phosphate and other minerals in the Exploration area

(b) to conduct test or pilot operations in any location within the Contract area and;

(c) mine and develop and mine under the Mining License any phosphate deposit including associated minerals found in the Exploration Area.

The proposed agreement did not provide for an Environmental Impact Assessment as required by the National Environmental Act, but provided only for a feasibility study. Project proposal and exploration plan were not approved by any appropriate project approving agency. Strict confidentiality was maintained in the whole process in order to extinguish public protests. There was disregard to the provisions of the National Environmental Act and Mines and Minerals Act.

By the said agreement the Government was intending to give away, for a nominal sum of money, the phosphate mineral which is non-renewal and valuable, which belongs to the present and future generation of the people of this country. If the proposed project was implemented, the said mineral would be exhausted within a period of thirty years. This is an arbitrary act on the part of the Government which has not taken into consideration the benefits of the people. The Supreme Court referred to Principle 1 of the *Rio Declaration* too in this regard.

"Human beings are at the center of concern for sustainable development. They are entitled to a healthy and productive life in Harmony with nature."

Dr. A.R.B. Amarasinghe J., explained the application of the said doctrine of public trust in

Sri Lanka. He stated that the Constitution declares that sovereignty is in the People and is inalienable. (Article 3.) Being a representative democracy, the powers of the People are exercised through persons who are for the time being entrusted with certain functions.

He went on to further state that the organs of State are guardians to whom the people have committed the care and preservation of the resources of the people. This accords not only with the scheme of government set out in the Constitution but also with the high and enlightened conceptions of the duties of our rulers, in the efficient management of resources in the process of development, which the Mahavamsa, 68.8-13 sets forth in the following words:

"Having thus reflected, the King thus addressed his officers:-

In my Kingdom are many paddy fields cultivated by means of rain water, but few indeed are those which are cultivated by perennial streams and great lands. By rocks, and by many thick forests, by great marshes is the land covered.

In such a country, let not even a small quantity of water obtained by rain, go to the sea without benefiting man.

There was also reference made in this case, to a sermon of *Arahat Mahinda*, son of the Emperor Asoka of India preached to *King Devanampiya Tissa* relating to guardianship, which is in the following words:-

"O Great King, the birds of the air and the beasts have as equal a right to live and move about in any part of the land as thou. The land belongs to the people and all living beings; thou art only the guardian of it."

Therefore it is very clear that the doctrine of public trust has been practiced from ancient times in Sri Lanka. Our ancient rulers were duty

bound to protect and preserve the natural resources for the benefit of the people including the future generations.

Later in the year 2002, the Supreme Court of Sri Lanka in *Re the Nineteenth Amendment to the Constitution*⁵ applied the public trust doctrine. The Sovereignty of the people as set out in Articles 3 and 4 of the Constitution was discussed at length.

“Sovereignty which ordinarily means power more specifically power of the State as proclaimed in Article 1 is given another dimension in Article 3 from the point of the people, to include

- (1) the powers of Government;
- (2) the fundamental rights; and
- (3) the franchises.

While fundamental rights and franchise are directly exercised by the people, under Article 4 the legislative power of the people shall be exercised by Parliament; the executive power of the people shall be exercised by the President and the judicial power of the people shall be exercised by Parliament through Courts. The specific reference to the power of the people in each sub paragraph which relates to the organs of the Government demonstrates that the power remains and continues to be reposed in the People who are sovereign and its exercise by the particular organ of government being its custodian, for the time being is for the people.”

It is well evident from the above that the all organs of the government are trustees and the people are the only beneficiaries. Therefore the government of the day is under an obligation to carry out its functions in a manner that the general public would benefit. The People in whom sovereignty is reposed have entrusted the organs

⁵ 2002(3) S.L.R. p. 85

of government, being the custodians of the exercise of the power as delineated in the Constitution.

Fundamental duties are set out in Article 28 of the Constitution which reads thus:-

“The exercise and enjoyment of rights and freedoms is inseparable from the performance of duties and obligations and accordingly it is the duty of every person in Sri Lanka”

- (a) to uphold and defend the Constitution and the law;
- (b) to further the national interest and to foster national unity;
- (c) to work conscientiously in his chosen occupation;
- (d) to preserve and protect public property and to combat misuse and waste of public property;
- (e) to respect the rights and freedoms of others; and
- (f) to protect nature and conserve its riches”.

Though Article 28 (Fundamental Duties) and Article 27 (Directive Principles of State Policy) are not justifiable, they have been recognized in many cases in Sri Lanka, especially in cases Fundamental Rights, for example. The *Eppawala* case. In the case of *Gunaratne v. Ceylon Petroleum Corporation*,⁶ there is a dicta which refers to the public trust doctrine. The Court stated;

“It is now well settled that powers vested in the State, public officers and public authorities are not absolute or unfettered, but are held in trust for the public to be used for the public benefit and not for improper purposes.”

Similarly in *Premachanra and Dodangoda v. Jayawickrema and Bakkeer Markar and Others*,⁷ which related to the exercise of power under the Constitution, the Court referred to a quotation which states that,

⁶ 1996 (1) S.L.R.315 at 324

⁷ 1993 (2) S.L.R. 294 at 306

“There are no absolute or unfettered discretions in public law, discretions are conferred on public functionaries in trust for the public, to be used for public good and the propriety of the exercise of such discretions is to be judged by reference to the purposes for which they are entrusted.”

Therefore it is very clear from the above that the doctrine of public trust has gained importance in the legislative and administrative fields in Sri Lanka too. Though the title was not given by our ancient rulers they applied this doctrine in the exercise of their powers and carrying out their duties in order to achieve human development. Time has come to stress the importance of this doctrine in today's context, as the modern law thinks in terms of rights rather than duties. The entire emphasis seems to be on rights, whereas traditional legal system accentuated duties.

In the case of *Priyangani v. Nanayakara and Others*,⁸ Fernando J. referring to Article 12 of the Constitution, stated that this Article provides safeguards against arbitrary and unreasonable discretionary power and stated as follows”:-

“It is excellent to have giant's power, but it is tyrannous to use it like a giant, especially the ultimate victim is State's children.”

He stated that such power is held in trust to be used for the benefit of the public and for the purpose for which they have been conferred and not at the whim and fancy of officials for political advantage or personal gain.

Accountability, fairness, reasonableness and transparency are the goals of achieving human development. This involves the public trust doctrine and the inter-generational equity which pave way to formulate policies and schemes for

the benefit of the present generation as well as the future generations. Therefore power held by public officers and public functionaries should always be used for the benefit of the general as they are only the trustees and guardians of all resources, natural or otherwise.

The said Public Trust Doctrine was given recognition in the Fundamental Rights application filed by the Environmental Foundation Ltd, in the public interest against the Urban Development Authority and Others⁹, which is commonly known as the *Galle Face* case. This case relates to a purported Management Agreement or Lease entered into by the Urban Development Authority (UDA) and EAP Networks (Pvt) Ltd (EAP Ltd) whereby it was sought to hand over the management and control of the 14 acre seaside promenade of Colombo - the Galle Face Green to EAP Ltd for the purpose of turning the Green into a mega entertainment and leisure park with food stalls with hawker-street style theme.

The Petitioner alleged that there was infringement

(a) of Article 12(1) of the Constitution by the UDA as it acted arbitrarily and without any power; and

(b) 14 (1) (a) of the Constitution by the UDA in the refusal to disclose information in respect of the Agreement

Galle Face Green is in certain respects a '*landmark in the history of our nation*'. National, social, cultural and political events have taken place at the Galle Face Green. The words firmly engraved on a rock tablet and a plaque, found at the sea-ward edge and at the Galle Road end are noteworthy. The rock tablet well preserved up to date, has the following inscription:-

⁸1996 (1) S.L.R. 399 at 407.

⁹(S.C.F.R. Application No. 47/2004)

"GALLE FACE WALK
Commenced by Sir Henry Ward
1856
Completed 1859

And recommended to his successors in the interest
Of the Ladies and Children of Colombo"

The inscription reflects the immense toil that would have gone into the construction of the above. The "recommendation to his successors" by the Governor, which would include the Government of the Republic of Sri Lanka, ascribes to it the character of dedication in perpetuity and it is the duty of the Government of Sri Lanka to maintain the Galle Face Green in the manner as laid down by Sir Henry Ward.

The above words also reflect "Public Trust Doctrine" which imposes a duty on all organs of the Government to exercise their powers and functions for the benefit of the general public. They are only trustees. The public functionaries have been conferred power to exercise such power for the common good of the public. The resources of the country natural or otherwise cannot be exploited by public functionaries in order to obtain personal benefits, disregarding interest of public.

The above words also emphasize the importance of the inter-generation equity which means all natural resources of this country should be utilized for the benefit of the present generations and future generations.

The Supreme Court made reference to Article 4(d) of the Constitution which sets out the manner in which the sovereignty of the People shall be exercised in relation to the fundamental rights which is as follows:-

"the fundamental rights which are by the Constitution declared and recognized shall be respected, secured and advanced by all the organs of government, and shall not be abridged,

restricted, save in the manner and to the extent hereinafter provided"-

The UDA is an organ of the Government and is required by the provisions of Article 4(d) of the Constitution to secure and advance the fundamental rights that are guaranteed by the Constitution.

In this case the UDA

(a) Did not have any power to enter into any Agreement with any person in relation to the Galle Face Green as it was not vested with UDA;

(b) misled the public by publishing paper notice stating that all transactions were transparent (*More Transparent than Glass*);

(c) denied the Petitioner access to information regarding the Agreement; and

(d) acted in violation of :-

(i) Article 12(1) - in an arbitrary manner

(ii) Article 14(1) (a)

(iii) Article 27(1) (14) Directive Principles of State Policy;- and

(iv) Article 28 - Fundamental duties

The Supreme Court held that the acts on the part of the UDA are clearly ultra vires and the Petitioner's rights under Articles 12(1) and 14(1)(a) of the Constitution have been infringed.

The Supreme Court afforded standing to the Petitioner in this case though the Petitioner was not a natural person. The fact that the Court interpreted the word "person" in Article 126 to include a legal person is noteworthy.

Where one's duties are performed and the rights of the others are respected litigation in Sri Lanka will be minimized to a great extent and a bright future can be expected in the country.

The Rome Statute of the International Criminal Court - Some background reflections

V.T.Thamilmaran

Lecturer, Faculty of Law, University of Colombo

'I lift my eyes and look to the horizon. I see fire and flame, the fields lay waste, the towns put to sack. Monsters! I hear a hideous noise. What a tumult and what cries! I draw near; before me lies a scene of murder, ten thousand slaughtered, the dead piled in heaps, the dying trampled under foot by horses bearing the image and agony of death. And that is the fruit of your peaceful institutions! Pity and indignation rise up from the very bottom of my heart. Yes, heartless philosopher! Come and read us your book on a field of battle!'

- Jean - Jacques Rousseau (circa 1752)

INTRODUCTION

Although much of the writings appearing from late 1990s on the powers and functions of the International Criminal Court (ICC) heavily focus on discussing the legal implications of the provisions of the Rome Statute, only a few has attempted to discuss the historical background of the establishment of the ICC and its jurisdiction in the context of modern political order.¹ This paper attempts to address this particular concern, albeit very briefly, by approaching it from a standpoint of politico-legal background analysis.

International Humanitarian Law (IHL), probably the oldest branch of International Law, is generally understood as consisting rules designed to regulate the treatment of the individual whether civilian, military, wounded or active in international armed conflicts.² However,

¹ Knut Dormann,, *Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the ICC (Sources and Commentary)*, International Committee of the Red Cross, Cambridge University Press, UK, 2003

² Dieter Fleck, ed., *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, 1995. at p.09

with the development of treaty law in this area it becomes clear that there is no significant difference in treating the individuals affected whether in international or internal armed conflicts. Further, the keen interest shown by the international community in adopting treaties on arms control leads to the argument by some scholars that some areas of international humanitarian law overlap with arms control treaties. They take up the position that treaties relating to international humanitarian law that limit or prohibit weaponry could also be classified as arms control treaties. The Ottawa Convention on landmines, for example, could be cited as having the characteristic of falling into the category of either a humanitarian law treaty or that of arms control. The legal implication here is that these treaties have increasingly become part of the law that wouldn't make any distinction in its application to international as well as internal armed conflicts.

It is also interesting to note that laws governing the conduct of war are much older than those seeking to prevent such war initiated by

States. Legal codes limiting or prohibiting the means of war had existed in ancient societies of various civilizations. These codes had consisted similar provisions that we find in contemporary humanitarian law. Rules imposing obligations on belligerent States to distinguish combatants from civilians were observed as far as back in the second millennium B.C. during the wars fought between Egypt and Sumeria.³ Similarly, the Laws of Manu, the most revered Hindu Code, prohibited Hindus from using poisoned arrows.⁴

The codification process of these customary practices which had commenced in the nineteenth century culminated in introducing the modern international humanitarian law consisting of two streams. Rules pertaining to limitations or prohibitions of specific means of warfare and methods are called as the Hague Laws. The other stream that deals with the protection of civilians and those no longer take part in hostilities is called as Geneva Laws. However, it is maintained that since the adoption of the 1977 Additional Protocols to the Geneva Conventions of 1949 the distinction has become nothing much of significance.

The other fundamental principle directly relevant to the issues of individuals' and States' liability for 'excessiveness' is the *principle of military necessity*. According to this principle 'only that degree and kind of force, not otherwise prohibited by the law of armed conflict, required for the partial or complete submission of the enemy with a minimum expenditure of time, life, and physical resources may be applied.'⁵ This principle had its origin in the St. Petersburg Declaration of 1868.⁶

³ Chris Jochnick and Roger Normand, *The Legitimation of Violence: A Critical History of The Laws of War*, *Harvard International Law Journal* 35, no.01 (Winter 1994), pp.49 -65 , at p.60

⁴ Roberts and Guelff, *Documents on the Laws of War*, p.29

⁵ "Fundamental Rules of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts", as reprinted in *ibid.*, p.05

⁶ *Ibid.*, pp.30-31.

INTERNATIONALIZING WAR CRIMES

Well before the adoption of these 'consent-based' multilateral approach to excessiveness, recorded precedent is available to show that regional practice of prosecuting commanding officers and making individuals liable for such military excessiveness actually existed. The 1474 trial of the Burgundian governor of Breisach, Peter von Hagenback is cited as the earliest sitting of an international criminal court or tribunal.⁷ The governor was brought before the court of twenty-eight judges drawn from Alsace, Switzerland, and other States within the Roman Empire. He was accused of allowing his troops to rape and kill innocent civilians and pillage their property during the occupation of Breisach. Hagenback took up the defense of 'superior command' i.e., he just followed the orders of his superiors. He was sentenced to death as his defense was totally rejected by the judges. Since then, it took nearly four centuries, to make a formal proposal to set up a permanent international criminal court and, eventually, it came from the founder of the Red Cross, Gustave Moynier.⁸

Also, attempting to prosecute perpetrators of mass atrocities is not free from ideological battles either over its objective and prudence. Some commentators are of the view that individuals should not be punished for the failure of the system. It may lead to ending up with, in some sense, punishing the victims instead of the offenders.⁹ However, the overwhelming view is that this prosecution can further the goals of justice by passing on specific, individual guilt and

⁷ Christopher Keith hall, "The First Proposal for a Permanent International Criminal Court", *International Review of the Red Cross* 322, March 1998, pp.57-74

⁸ *Ibid.*

⁹ Mark J.Oseil, " Why Prosecute? Critics of Punishment for Mass Atrocity", *Human Rights Quarterly* 22,no.01, 2000, pp.118-147.

avoiding collective guilt. An individual perpetrator can't be allowed to escape from the responsibility for his criminal action by simply denying any personal gain for him/her in committing it. By insisting on punishing individuals not only crimes are acknowledged, but, as many believe, that seeing justice done enables a society's healing and facilitates it moving forward while putting the bitter past behind. The only way in which the nature of the crimes committed, and responsibility for them are better recorded and credibility established is to have traditional trial process according to a set of rules recognized and accepted by a fair number of States. "Without the thousands of pages of documents and tribunal judgments, the suffering of the victims and the horrific deeds of the killers will be swept under carpet of revisionists. The perpetrators would be happy to see that all memory of the victims is erased."¹⁰

Initial attempts to establish an international criminal court were made in the aftermath of World War I.¹¹ The Treaty of Versailles contained specific provisions mandating the establishment of an international war crimes tribunal¹² and it was followed by various subsequent peace treaties.¹³ As the political will to push for strict enforcement of these provisions was weak, even Germany was able to convince the victorious Western allies that there was no harm in trying its own war criminals by its Supreme Court. Although the allies identified 900 German war criminals 888 of them were either acquitted or had the charges dismissed

without trial.¹⁴ Although a serious attempt was made by the League of Nations in 1937 to adopt a convention for the establishment of such a court with jurisdiction to try persons accused of crimes defined in the convention, the treaty never entered into force due to the same political reasons.¹⁵

Immediately after World War II, the Nuremberg International Military Tribunal and the International Military Tribunal for the Far-East were established (under Nuremberg Charter and Tokyo Charter respectively) as *ad hoc* tribunals. These tribunals have been criticized as tools used for achieving 'victorious justice'.¹⁶ The tribunals had been entrusted with the task of judging people for crimes that had not existed as legally defined ones at the time of the actions.¹⁷ However, the principle established is that individuals, whether government officials or otherwise, are accountable for acts deemed unacceptable to common standards of international norms and morality.

The principles and precedents created by the Nuremberg Charter and the judgments of the tribunal served as the basis for the further codification of international law in the area of war crimes. The UN General Assembly in its 95th Resolution (UN Doc.A/236/1946) endorsed this view and two years later requested the International Law Commission (ILC) to examine the possibility of setting up a permanent international criminal court. The ILC, accordingly, decided in 1950 that 'setting up a judicial organ

¹⁰ Howard Ball, *Prosecuting War Crimes and Genocide: The Twentieth Century Experience*, Lawrence, University Press of Kansas, 1999, at p, 225.

¹¹ Benjamin B.Ferencz, "An International Criminal Code and Court: Where They Stand and Where They are Going", *Columbia Journal of Transnational Law*, 30 (1992), pp.375 -399 at 382.

¹² Sections 227-230 of the Treaty of Versailles, 1919.

¹³ See Nussbaum, *Law of Nations*, pp.251-290

¹⁴ See James F. Willis, *Prologue to Nuremberg: The Politics and Diplomacy of Punishing War Criminals of the First World War*, Westport, Ct., Greenwood, 1982.

¹⁵ Michael P. Scharf, "The Jury is Still Out on the Need for an International Criminal Court", *Duke Journal of Comparative and International Law* 1, 1991, pp.135-168, at p.137

¹⁶ See Richard H. Minear, *Victor's Justice: The Tokyo War Crimes Trial*, Princeton, NJ., Princeton University press, 1971.

¹⁷ Robert E. Conot, *Justice at Nuremberg*, New York, Harper & Row, 1983.

for the trial of persons accused of genocide and other crimes over which jurisdiction will be conferred upon it by international convention is highly desirable'.¹⁸ It was followed by the resolution of the UN General Assembly in December 1952 which established a committee to prepare the draft instruments and proposals for the establishment of an international criminal court. Although a draft statute was ready by 1953, disagreements over the definition of the crime of aggression had blocked the progress towards adopting the same.

INTERNATIONAL CRIMES IN THE POST-COLD WAR PERIOD

During the Cold War period, the fear of compromising on their national sovereignty prevented many States from agreeing to the birth of the international criminal court having jurisdiction to punish the crime of aggressive warfare. However, with the end of the Cold War came the blessing for the resumption of work by the UN toward an international criminal court. In fact, when the idea was mooted again, Trinidad and Tobago proposed that efforts to restart the drafting so as to create an international judicial institution with jurisdiction to deal with the increased international drug trafficking be resumed. Following the request by the UN General Assembly in 1992 and prompted by the large scale atrocities committed in the war in the former territory of Yugoslavia, the ILC had come under severe pressure to quicken its process.

In the meantime, the Security Council, acting under Chapter VII of the UN Charter, passed the 'famous' Resolution of 827 adopting the Secretary-General's report on the establishment of a criminal court for the former Yugoslavia. The Resolution contained an annexure

¹⁸ *Year Book of the International Law Commission*, 1950, Vol.01, p.23

which has come to be known as the Statute of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991 (ICTY). The Statute gives jurisdiction to prosecute individuals who have committed grave breaches of the 1949 Geneva Conventions, violations of the laws or customs of war, genocide, or crimes against humanity in the territory of former Yugoslavia.¹⁹ The Security Council, through Resolution 827, requested that all States shall cooperate fully with the International Tribunal and its organs in accordance with the present Resolution and the Statute of the International Tribunal. So far, 66 alleged war criminals have appeared before the ICTY during the first decade from its inception. The most notable one of them was Slobodan Milosevic, the former President of Yugoslavia, against whom the trial began in 2002. He died on 12th March 2006 in the UN prison in The Hague. He had faced a total of 66 counts of crimes ranging from genocide to ethnic cleansing. Most of his alleged crimes committed in Croatia (1991), Bosnia (1995), and Kosovo (1999) carry a life sentence, the most serious penalty the tribunal may impose.

Again, the Security Council by its Resolution 955 of November, 1994 set up the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). It was established for the sole purpose of prosecuting persons responsible for genocide and other serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for genocide and other such violations committed in the territory of neighbouring States, between 01 January 1994 and 31 December 1994.²⁰ The Security Council by Resolution 977 (Feb.22, 1995) decided

¹⁹ S/Res./827 (1993) May 25, 1993.

²⁰ S/Res/955 (1994), November 08, 1994.

that the seat of the ICTR would be Arusha in the United Republic of Tanzania. The ICTR commenced its work in 1998 and in the same year it convicted a former mayor, Jean-Paul Akayesu, of genocide and crimes against humanity for his encouragement of the rape of Tutsi women in Rwanda and the conviction was upheld by the Appeals Chamber in 2001.²¹ This was the first case in which the offence of rape was recognized as constituting an act of genocide. Based on this decision there were many prosecutions for sexual crimes brought before both the ICTR and the ICTY.

In the cases against Kunarac, Kovac, and Vukovic, the ICTY, as an international tribunal, for the first time focused entirely on war-time crimes of sexual violence and came out with convictions for sexual enslavement recognizing it as a crime against humanity. Jean Kambanda, who was the Prime Minister of Rwanda during the genocide, was the first head of government to have been indicted and subsequently convicted for genocide.²²

THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 1998

While the proceedings of these two *ad hoc* tribunals were in progress, the ILC submitted a draft statute for an International Criminal Court to the UN General Assembly in 1993. Following the comments and concerns expressed by governments, a revised draft was submitted again in 1994. Based on the recommendation of the ILC, a preparatory committee was created by the UN General Assembly and the committee had six very lengthy sessions in 1996-98. Negotiations mainly centered around the court's relationship to national courts, to the Security Council, powers of its prosecutor, the scope of its subject matter

²¹ "Human Rights Watch Applauds Rwanda Rape Verdict", Press release, September, 1998 at www.hrw.org/press98/sept/rrape902/htm.

²² For full proceedings see website of the tribunal - www.icttr.org.

jurisdiction, and the obligation of States to cooperate with it.

After a five-week deliberation in Rome, the Rome Statute was adopted by the UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on July 17, 1998. 120 States voted for it and 07 voted against while 21 States abstained from voting.²³ In fact, three diverse interests surfaced during the negotiations and were actively supported by three different groups at the discussions. The first group, largely drawn from middle powers and developing nations, promoted the establishment of the ICC and supported a strong and independent court. The second group which consisted of the permanent members of the Security Council insisted on a strong role for the Council and wanted to exclude nuclear weapons from the types of weapons prohibited by the Rome Statute. On the other hand, the third group, including India, Mexico, and Egypt, argued that nuclear weapons be included in the prohibited category of weapons. NGOs while supporting the position maintained by the first group asked for independent prosecutor and jurisdiction over internal armed conflict.²⁴

By any standard, the most contentious and sensitive issue during the negotiations was the relationship of national courts to the ICC. The concerns expressed by many States in this regard have been addressed by the ILC and solution has been incorporated into the preambular paragraph 10, and in articles 1, 17, and 18 of the Statute.²⁵ As a compromise the principle of *complementarity* has been introduced and according to which the Court operates only if a national jurisdiction is reluctant or unable to carry out an investigation

²⁴ As cited in Philippe Kiesch and John T. Holmes, "The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process", *American Journal International Law* 93, no.02, 1999, pp.2-12.

²⁵ *Supra.*, note 22.

or prosecution. Thus the Rome statute makes it clear that the Court is not intended to have primacy over national courts but rather to be complementary to national criminal jurisdiction.²⁶

The jurisdiction of the Court is limited to individuals, not States, with respect to four crimes, i.e., genocide, crimes against humanity, war crimes, and aggression. Crimes against humanity, for this purpose, include murder, extermination, enslavement, deportation, or forcible transfer of the population, imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law, torture, sexual violence and so on *when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population*. Likewise, war crimes include most of the serious violations of international humanitarian law embodied in the 1949 Geneva Conventions and their Protocols such as rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, and other forms of sexual violence *whether committed during an international or internal conflict*.²⁷ Article 5 of the Statute defers the definition of aggression due to incompatible interests of different States in agreeing for such definition. The definition of aggression, for the jurisdictional purpose of the ICC yet to be adopted in accordance with articles 121 and 123 of the Rome Statute.²⁸ However, noting that the crime has been already recognized by the Nuremberg and Tokyo Charters as crimes against peace, its criminality still remains as the same and can't be expected to be excluded from the jurisdiction of the ICC.

²⁶ See Leila Nadya Sadat, "Redefining Universal Jurisdiction", *New England Law Review*, Vol.32,no.02, 2001, pp.241-263.

²⁷ Articles 5-8 of the Rome Statute.

²⁸ Machteld Bood, *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes and the International Criminal Court*, School of Human Rights Research Series, Vol.12, Oxford, 2002.

Another notable omission in the list of crimes over which the Court is to have jurisdiction is drug trafficking which had provided the momentum for the renewed efforts in creating the ICC. Many delegates of the conference took the view that it was not of the nature as that of other crimes to be included and that it could eventually flood the Court.²⁹ Similarly some States were very keen in seeing terrorism included within the jurisdiction. However, fearing it could have unduly politicized the Court, particularly because of the absence of widely accepted definition of the crime it was omitted from the list.³⁰

A case, according to article 13, can be brought before the Court by invoking one of the three 'trigger mechanisms': (a) a State party can refer the matter to the prosecutor, (b) on the initiative of the prosecutor with the authorization of the pretrial chamber, or (c) the Security Council can refer the matter to the prosecutor acting under Chapter VII of the UN Charter. Article 12 lays down preconditions for exercising the jurisdiction of the Court in a case initiated by either of the first two triggers. The State on the territory of which the crime was committed and /or the State of which the accused is a national must be a party to the Statute or have accepted the jurisdiction of the Court.

Article 11 of the Statute rules out retrospective jurisdiction to the Court. A State may declare, on becoming a party to the Statute, that for a period of seven years it does not accept the jurisdiction of the Court with respect to war crimes *when a crime is alleged to have been committed by its nationals or on its territory*. According to article 86, State parties are under obligation to cooperate with the Court, if requested so, by assisting in relation to its investigation and

²⁹ *Supra.*, note 23.

³⁰ *Ibid.*

prosecution is sought. Assistance may be sought, for example, in taking of evidence, the provision of records, the protection of victims and witness, or the arrest and surrender of an individual on its territory. The Court, which situated in The Hague, may order imprisonment for up to thirty years, fines, and forfeiture of the proceeds of a crime.

UNITED STATES' DISCERNMENT OF THE ICC

The United States, despite having been active in the preparation of the treaty text, voted against the adoption of the text. However, the absence of any common ground for their opposition to the treaty was very much evident given their diverse interests in the whole affair. The other partners of the 'unholy alliance' include Israel, China, Iraq, Yemen, Libya, and Qatar.³¹

The United States' objection was mainly rooted in its concern over the ability of the Court assuming jurisdiction without the express permission of the Security Council.³² It has been contended by the United States that since maintaining international peace and security is the primary responsibility of the Security Council, making arrangements for an independent court capable of interfering with the Council's efforts to contain threats to the peace is highly undesirable and dangerous. It has also argued that the ICC is taking jurisdiction over non-States parties in violation of article 34 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969 as the ICC has jurisdiction over a listed crime if it is committed

on the territory of a State party even if the State of which the accused is a national is not a party.³³ However, it has been pointed out that when an alien commits a crime on the territory of another State, prosecution of that person is never dependent on the consent of the State of nationality.³⁴ Territorial jurisdiction over crimes is firmly established in international law.³⁵

Furthermore, the United States has ratified a number of treaties which empower States parties to investigate and prosecute perpetrators, irrespective of nationality, found within their territory. However, the serious concern of the most powerful super-power of the world was based on the fact that the Rome Statute in its present form would allow politicized prosecutions of its peacekeepers and thus greatly undermine its involvement in the maintenance of international peace and security.³⁶

Having voted against the adoption of treaty text, a change of heart took place by December 31, 2000, the deadline for signing the treaty, and the United States finally signed it. The reason, apparently, seems to be that by signing the Statute, they would be in a position to influence the evolution of the Court rather staying outside and looking for excuses for not accepting the Court. With the governmental change, again, the United States reconsidered its earlier commitment and announced that it is not going to accept the treaty and hence that it has no legal obligation arising from its signature in December 2000.³⁷

³¹ For another perspective see Kenneth Roth, "The Court The US Doesn't Want", *New Yorker Review Books*, November 19, 1998, at p. 45 as cited in Henry J. Steiner and Philip Alston, *International Human Rights in Context : Law, Politics , Morals*, 2nd ed., Oxford University Press, 2000.

³² David J. Scheffer, "The United States and the International Criminal Court", *American Journal of International Law* 93, 1999, pp.12-22.

³³ See Antonio Cassese, "The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections", *European Journal of International Law (EJIL)* 10, 1999, pp.144- 171.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ See Malcolm N. Shaw, *International Law*, 4th edition, 1997, at p. 458.

³⁶ For detail analysis of this concern see Marten Zwanenberg , "The Statute for an International Criminal Court and the United States: Peacekeepers Under Fire?", *EJIL*, 10, 1999, pp.124-143

³⁷ See, Curtis A. Bradley, "US Announces Intent Not to Ratify International Criminal Court Treaty", *American Society of International Law Insight*, May 2002, available at www.asil.org/insights/htm.

The UN General Assembly by its Resolution of December 08, 1999 established and mandated the Preparatory Committee for finalizing the draft texts of the rules of procedure and evidence and of the elements crimes.³⁸ The Rome Statute entered into force on July 01, 2002 following the 60th ratification. Immediately, as a precautionary measure, the United States started to negotiate what is called as 'impunity agreements' with intended State parties for the purpose of preventing its nationals accused of crimes within the jurisdiction of the ICC from being surrendered to the ICC. Human Rights scholars, activists and many international human rights organizations have condemned this move and warned that those States which enter into such agreements with the United States would be violating their legal obligation under international law and undercutting jurisdictional regime established in the Rome Statute.³⁹

However, it is interesting to note that the United States has successfully persuaded entered

into such agreements with Sri Lanka and India in the Asian region.

The ICC has commenced its first ever formal trial proceedings on 20th March 2006 when Thomas Lubanga of Congo was produced before it on three counts and the defence requested the Court to give them time till end of June to prepare the defence.⁴⁰

Although the creation of the ICC has been considered as one of the most significant developments not only in international humanitarian law but also in public international law as a whole, given the peculiar nature of the international legal system, the practice adopted by powerful States would definitely affect the effectiveness of these developments either way. Unfortunately, even the very first international institution set up in the 21st century also remains no exception in this regard.

³⁸ For details see *Compilation of Core Document of the International Criminal Court*, a publication of the NGO Coalition for the International Criminal Court, Philippines, 2003.

³⁹ www.hrw.org/campaigns/icc/docs/art98analysis.htm

⁴⁰ AFP Wire Service, 20 March 2006

இலங்கைத் தீங்கியல் சட்டத்தில் அவதூறு Defamation in Law of Delict in Sri Lanka.

G.M.Sivapatham

LL.B(Hons), M.Phil(Col), Attorney-at-Law
Senior Lecturer, Faculty of Law, University of Colombo.

அறிமுகம் (Introduction)

தனிமனித உரிமைகளைப் பாதுகாக்கும் நோக்கில் கடப்பாடுகள் பற்றிய குடியியல் உரிமைகளை ஆளும் பொருள்சார் சட்டமாக தீங்கியல் சட்டப்பரப்பு காணப்படுகிறது. சட்டவழித் தவறு தீங்கு ஆகும். அதாவது உரிமைத்தலையீடு அல்லது கட்டமைப்பிழை தீங்கியல் கடப்பாட்டுக்கு இட்டுச் செல்கிறது. தீங்கு மனத்துடன் (Delus) அல்லது கவனயினத்துடன் (Culpa - Negligence) செய்யப்படும் தவறானது செயல் அல்லது செய்யாமையால் ஊறு (Injury) ஏற்படும் வேளைகளில்; பொருளாதாரச் சேதம் (Patrimonial Loss) ஏற்படுகையில் எங்களுடைய பொதுச்சட்டமாகிய உரோமன் டச்சர் சட்டத்தின் கீழ் அக்கூலியன் வழக்கு நடவடிக்கை மூலம் (Lex Aquilia B.C 287) நட்புடு பெறமுடியும். அந்த ஊறு, உயிர், உடல், உடமை தொடர்பானதாக அல்லது தூய பொருளாதார சேதமாகவும் அமையலாம். இங்கு பணரீதியான நட்டம் ஏற்பாடாதபோது (Non - Pecuniary loss) உணர்வுகளுக்கு சேதம் ஏற்படும் தறுவாயில், அதற்கான பொருள் சட்டப்பரப்பை இலங்கையின் பொதுச் சட்டமாகிய உரோமன் டச்சர் சட்டம் மற்றும் ஆங்கிலச் சட்ட முறைமைகளுடன் ஒப்பிட்டு இலங்கைக்கு இன்று பொருத்தமான சட்டமுறைமையைச் சுட்டிக் காட்டுவதே இக்கட்டுரையின் நோக்கமாகும்.

சட்டத்தின் கீழ் பொறுப்புச் சுமத்தத்தகு பிறழ்பகர்வுகள் நான்கு வகைப்படும். அவையாவன மேசடியான பிறழ்பகர்வு, அப்பாவித்தனமான பிறழ்பகர்வு,

கவனயினமான பிறழ்பகர்வு¹ அவதூறான பிறழ்பகர்வு என்பனவாகும். இவற்றுள் முதலிரண்டு வகையும் பொதுவாக கடப்பாட்டுச் சட்டமான ஒப்பந்தச் சட்டத்தாலும் இறுதியிரண்டும் தீங்கியல் கடப்பாட்டுச் சட்டத்தாலும் ஆளப்படும். அவதூறு தொடர்பான தீங்கியல் கடப்பாட்டை ஆராய்வதே இக்கட்டுரையின் நோக்கம் ஆகும். ஆங்கிலச் சட்டத்தில் அவதூறு (Defamation) என அழைக்கப்படும் தீங்கு (tort), உரோமன் டச்சர் சட்டத்தில் இன்ஜூரியா (Injuria) எனும் உணர்வுகளுக்கு சேதம் விளைவிக்கும் தீங்கொன்றாக (Delict) கருதப்படுகின்றது.

இலங்கையின் பொதுச் சட்டத்தாலேயே இச்சட்டப்பரப்பு ஆளப்படுவதால் அதன் நிலை பற்றி சுருக்கமாக முதலில் ஆராய்வோம்.

உரோமன் டச்சர் சட்டத்தின் கீழ் இன்ஜூரியா எனும் தீங்கு (Delict of Injuria under Roman Dutch Law)

உரோமன் டச்சர் சட்டத்தின் அடிப்படைக் குடியியல் சட்டமான XII பட்டயத்திலே (The XII Tables. B.C.450) இல் இன்ஜூரியா எனும் தீங்கு அறிமுகமாகி பல்லாண்டு கால பரிணாம வளர்ச்சியினூடாக உரோம டச்சர் சட்டத்திலும் இத்தீங்கு உள்வாங்கப்பட்டு இன்று நடைமுறையிலுள்ளமை குறிப்பிடக் கூடிய அம்சமாகும். இவ் உணர்வுகளுக்கு தீங்கு விளைவித்தல் எனும் இன்ஜூரியா பின்வருமாறு வரைவிலக்கணப் படுத்தப்படுகிறது. "ஆளொருவருக்கு உரித்தான புகழ்

¹ Neethi murasu, Sri Lanka Law College, 2003.

கௌரவம், மாணம், எனும் உரிமைகளில் 'அனிமுஸ் இன்ஜுரியான்டி' (Animus injuriandi) எனும் ஊறு ஏற்படுத்தும் எண்ணத்துடன் சட்டத்திற்கு முரணாக தலையீடு செய்தல்" ஆகும்.²

சட்ட எழுத்தாளர் புட் (Voet) இன் கருத்துப்படி கீழ்க்காணும் நான்கு தேவைப்பாடுகளை வாதி நிறுவுவதன் மூலம் (Actio Injuriarum) எனும் இன்ஜுரியாவுக்கான வழக்கினை கொண்டு வந்து சேதவீட்டினை பெற்றுக் கொள்ள முடியும். எதிர்வாதியால் மேற்கொள்ளப்பட்ட தவறான செயல் சட்டத்தின் கீழ் நியாயப்படுத்த முடியாததாக இருக்க வேண்டும். வாதியின் உணர்வுக்கு பங்கம் ஏற்படுத்தும் விதத்தில் செய்யப்பட்டிருந்தல் வேண்டும்; இன்ஜுரியா ஏற்படுத்தும் எண்ணத்துடன் (Animus Injuriandi) அத்தவறான செயல் செய்யப்பட்டிருக்க வேண்டும். மக்கள் மத்தியில், வாதியின் புகழ், கௌரவத்திற்கு உணர்வு ரீதியான மானபங்கம் ஏற்பட்டிருந்தல் வேண்டும் எனவும் எடுத்துக் கூறி உள்ளார். மேலும் இன்ஜுரியா எனும் தீங்கை மெய்யானது (real injuria), வாய் மூலமானது (Verbal), எழுத்து மூலமானது (Literal / Written), மன இசைவு மூலமானது என நான்கு வகையாக வகுத்துள்ளார்.³

இன்ஜுரியா எனும் உணர்வுச் சேதத்திற்கான வழக்கு (Actio Injuriarum) கொண்டு வர Animus Injuriandi எனும் உளக்கருத்து, வெளிப்படையாகவும், தனியாகவும் வாதியால் எண்பிக்கப்பட்டால் மட்டும், உரோமன் டச்சு சட்டமுறைமையின் கீழ் நிவாரணம் பெறமுடியும் என்பதை இலங்கை,⁴ தென்னாபிரிக்க⁵ தீர்ப்புச் சட்டங்கள் எடுத்தியம்புகின்றன.

ஆங்கிலச் சட்டத்தின் செல்வாக்கினால், உரோமன் டச்சுச் சட்ட அடிப்படைக் கோட்பாடுகள் மாற்றமடைந்து வந்துள்ளதனால், ஆங்கிலச் சட்டத்தில் 'அவதூறு' எனும் தீங்கின் (Tort) நிலையை சுருக்கமாக ஆராய்வோம்.

²Wille, *Principles of South African Law*, 4th edn, at pp.483.

³Voet 47.10.1 and Voet 47.10.22.

⁴*Appuhamy v. Appuhamy* 21 NLR 436 & *Alwis v. Ahangama*, 2000 (3) SLR 225

⁵Voet 47.10.22, *Minister Justice v. Hoj meyer*, (1963) 3 SA 131 (AD)

ஆங்கிலச் சட்டத்தில் அவதூறு (Defamation in English Law)

அவதூறு எனும் தீங்கு (Tort of defamation) ஆங்கிலச் சட்டத்தின் கீழ் பின் வருமாறு வரைவிலக்கணப்படுத்தப்படலாம்.

"சமூகத்திலுள்ள நியாயமான அறிவுள்ள அதாவது சரியாகச் சிந்திக்கும் உறுப்பினர்களின் கணிப்பில், ஒருவரைத் தாழ்த்தி எடைபோடத் துண்டுகின்ற அல்லது அவரை ஒதுக்கி நடக்க அல்லது புறக்கணிக்கச் செய்கின்ற கூற்று எதனையும் சட்டத்தின் கீழ் நியாயமான காரணமின்றி வெளிப்படுத்துதல்"⁶ எனலாம்.

பிறர் ஒருவரின் புகழுடன், கௌரவத்துடன், மானத்துடன் வாழும் உரிமையை மாகபடுத்தும் வன்மத்துடன் (Malice) எழுத்து அல்லது சொல்லால் வெளிப்படுத்தி, அவர் மீது வெறுப்பு, ஏளனம் அல்லது அவமரியாதையை ஏற்படுத்துதல் அவதூறாகிறது. அவ்வெளிப்படுத்துகை அல்லது பிரசுரிப்பு பொய்யாக இருக்க வேண்டும் என்பது அவசியமில்லை என்பதுடன் அவை உண்மையானவை என்பது மட்டும் உரோமன் டச்சுச் சட்டத்தில் எதிர்வாதமாகவும் கொள்ளப்பட மாட்டாது. அவதூறை ஏற்படுத்தும் உளக்கருத்தான, வன்மம் ஊகிக்கப்படுவதால் (Presumption of Malice), பிழை (Mistake) என்பது ஆங்கிலச் சட்டத்தில் எதிர்வாதமாகவும் மாட்டாது.

அவதூறு ஆங்கிலச் சட்டத்தில், நிலைவாடிவ அவதூறு (Libel) நிலையாவடிவ அவதூறு (Slander) என இருவகைப்படும். நிலைவாடிவ அவதூறு குற்றமாக⁷ அல்லது தீங்காக இருக்கலாம். நிலைவாடிவ அவதூறு சேதத்தை நிரூபிக்காமலே, தன்னளவிலேயே வழக்கிடக் கூடிய தீங்காகும். ஆனால் நிலையா வடிவ அவதூறுக்கு கீழ்க்காணும் நான்கு சந்தர்ப்பங்களைத் தவிர ஏனைய எல்லா சந்தர்ப்பங்களிலும் சேதம் நிரூபிக்கப்பட வேண்டியது அவசியம்.

அந்நான்கு விதிவிலக்கான சந்தர்ப்பங்கள் பின்வருமாறு.

(i) சிறைத் தண்டனை விதிக்கத்தகு குற்றமொன்றை புரிந்திருந்தார் எனக் கூறல்,

⁶Winfield and Jolowicz, *Tort*, 12th edn., chap. I.

⁷R.V Lemon (1977)

(ii) தொற்று நோய்க்குட்பட்டவர் எனச் சார்த்துகை செய்தல்,

(iii) பெண்ணொருத்தியின் கற்புக்கு களங்கம் கற்பிக்கும் கூற்று. இது அவள் தன்னினச் சேர்க்கைப் பிரியர் என்பதையும் உள்ளடக்கும்,⁸

(iv) குறித்த தொழிலாண்மை, வர்த்தகம், பதவிக்கு தகுதியற்றவர் எனக் கூறல்.⁹

நிலைவடிவ¹⁰ அவதூறு, நிரந்தரத் தன்மை கொண்டமைவதால் முகத் தோற்றமளவில் இனம் கண்டறிவதில் சிக்கலிருக்காது. பெரும்பாலும் எழுத்துருவில், திரைப்பட உருவில்,¹⁰ வானொலி மூலம் ஒலிபரப்புதல்,¹¹ தொலைக்காட்சி மூலம் ஒளிபரப்புதல்,¹² ஒருவரின் உருவப்பொம்மையை பயங்கரவாதிகளின் பொம்மைகளின் மத்தியில் காட்சிக்கு வைத்தல்,¹³ கொடும்பாவி எரித்தல், தொங்கவில்,¹⁴ மேடைநாடகம் மூலம் அவதூறை பகிரங்கமாக மேடை ஏற்றுதல்,¹⁵ பெண்ணொருத்தியின் வீட்டுக்கு வெளியில் சிவந்த ஒளிவீசும் விளக்கை எரியவைத்தல்,¹⁶ ஆளொருவரின் நல்லொழுக்கக் குணவியல்புகளுக்கு களங்கம் கற்பித்தல்¹⁷ போன்ற சந்தர்ப்பங்களில் ஆங்கில் நியதிச்சட்டத் தீர்ப்புச் சட்ட வாயிலாக ஏற்றுக் கொள்ளப்பட்டுள்ளன. சொல்லுருவிலான, ஒலிப்பதிவு நாடாவினாள் (அழிக்கப்படத்தகு) அவதூறு, நிலையாவடிவ அவதூறாக கருதப்படும்.¹⁸

மேலும் வெளிப்படையான, மறைமுக அவதூறு (innuendo) எனவும் இது வகுக்கப்படும். எதிர்வாதியின் செயல் அல்லது கூற்று முதன்மைக் கருத்தின்படி (Primary Meaning) அவதூறாக அமையாத போதிலும், அது செய்யப்பட்ட நேரம், இடம் போன்ற செயற்கோர்வையின் பின்னணியில் அதாவது இரண்டாந்தரக் கருத்தில்¹⁹ (Secondary Meaning)

8. Slander of Women act of 1891(English).

9. Defamation Act of 1952.

10. *Yousouppoff v. M.G.M Pictures Ltd.*1(934).

11. Defamation Act of 1952 and Broadcasting Act of 1990.

12. Ibid

13. *Monson v. Tussuds* (1894).

14. note 11 Supra-Defamation Acts of 1952 & 1996(English).

15. Sec.4 of the Theatres Act 1968

16. Ebris Turner, *Law of Tort*, 2nd edn., 2005, pp. 99.

17. *Stark v. Simpdlay People*. (1988).

18. Note 16 Supra., pp. 99.

19. Note 13 Supra., and *Cosmos UB.B.C* (1996) & see also

Nissanlia P. Wijeratne case

அல்லது குழுக்குறிச்சி வேடைக்கருத்தில்²⁰ அல்லது நீதிமன்றில் முன்கொணரப்பட்ட ஏனைய நிகழ்வுகளின் அடிப்படையில்²¹ மறைமுக அவதூறுக்கு²²(innuendo) பொறுப்புச் சுமத்தலாம்.

ஆங்கில் சட்டத்தின் கீழ், வாதியால் கீழ் காணும் மூன்று காரணிகளான

(1) சம்மந்தப்பட்ட சொற்கள் அவதூறானவை

(2) அந்த அவதூறு வாதி தொடர்பானதாக இருக்கவேண்டும்

(3) பிரசுரிக்கப்பட்டிருக்க வேண்டும் என்பவற்றை நிரூபித்து நட்புடைய பெற்றுக் கொள்ள முடியும்.²³ இதனடிப்படையில் இச்சட்டம் தொடர்பில் இலங்கைச் சட்டத்தின் நிலைமையை சுருக்கமாக அவதூறியபோம்.

இலங்கைச் சட்டத்தின் நிலைமை(Position of Sri Lankan Law)

இன்றைய இலங்கையில் சட்டப் பரப்பானது உரோமன் டச்சுச் சட்ட, ஆங்கில் சட்டக் கலப்பு முறையினாலே ஆளப்படுகிறது.²⁴ உரோமன் டச்சு சட்டம் உணர்வுகளை(Feeling) பாதுகாக்கும் 'இன்ஜூரியாவின்' (injuria) கூறாக விளங்கும் அவதூறு (defamation) கௌரவத்தைப் (reputation) பாதுகாப்பதே ஆங்கில் சட்டம் குறிக்கோளாக கொண்டு விளங்குகிறது.²⁵

இலங்கையில் மேற்படி கலப்புச் சட்ட முறையின் கீழ் அவதூறுக்குட்பட்டவர் கீழ்க்காணும் நான்கு தேவைப்பாடுகளையும் எண்பிக்கும் போதே நிவாரணத்தை பெறக்கூடியதாக இருக்கும் அவையாவன

1) அக்கூற்று அவதூறானதாக இருக்க வேண்டும்.

2) அது வாதியைக் குறிப்பிடுவதாக அமைய வேண்டும்,

3) அது பிரசுரிக்கப்பட்டிருக்க வேண்டும்,

20. *Tolly v. Fry & Sons Ltd.*(1931).

21. *Cassidy v. DailyMirror.*(1929).

22. *Allsopp v. Church of England Newspapers Ltd.* (1972).

23. Note 06 Supra.

24. Lalith W. Athulathmuthaly, *Law of Defamation in Ceylon*,(1964) ICLQ, pp. 1368 - 1405.

25. Ibid., pp.1369.

4) எதிர்வாதி மீது இன்ஜுரியா விளைவிக்கும் எண்ணம் (Animus Injuriandi) இருக்கவேண்டும்.²⁶

மேலே உள்ள மூலகங்களுள் முதல் மூன்றும் ஆங்கிலச் சட்டத்தின் செல்வாக்கினாலும், நான்காவதும் மன எண்ணம் (Animus) பற்றியதுமான மூலகம் உரோமன் டச்சர் சட்டத்திலிருந்தும் எடுக்கப்பட்டதாகும். இந்த நான்கு மூலகங்களின் பரிணாம வளர்ச்சியினை ஒப்பீட்டடிப்படையில் சுருக்கமாக தனித்தனியே ஆராய்வோம்.

(1) அந்தக் கூற்று அவதூறானதாக இருக்க வேண்டும் (The Statement must be defamatory.)

எதிர்வாதியால் கூறப்பட்ட அச்சொற்கள், வழக்காளி மீது வெறுப்பு, ஏளனம், அவமானம் என்பவற்றை ஏற்படுத்தின் அல்லது வாதியின் புகழை மாசுபடுத்தினை எனவும், அது சமூகத்தில் சரியாகச் சிந்திக்கும் மக்கள் மத்தியில் தன் கௌரவத்தை இழிவுபடுத்தியுள்ளது என எண்பித்தல் வேண்டும்.²⁷ உரோமன் டச்சர் சட்டப்படி ஒருபடி மேலே சென்று ஒருவரின் நற்குணவியல்புக்கு களங்கம் கற்பிக்கும் பாங்கின்றியே, அவரை ஒதுக்கி வைக்கத்தகு, ஏளனப்படுத்தத்தகு விதத்தில் வேண்டுமென்று, உண்மையான நிகழ்வைக் கூட, பொது நன்மைக்கு புறம்பாகக் கூறும் கூற்றுகளுக்கும் அவதூறுக்கு பொறுப்புச் சுமத்தப்படலாம்.²⁸

தொழிலாளர் மையாளர் (Professionals) ஒருவரின் தொழிற்சாலை மற்றும் வர்த்தகம் (trade), வியாபாரம் (business) தொடர்பில் அகௌரவப்படுத்தும் விதமாய் வெளியிடப்படுகையையும் அல்லது தரம் குறைந்த புத்தகத்தை வெளியிடுபவர், எழுதுபவர் என்பவற்றின் மீதும் ஆங்கிலச் சட்டத்தில், புறவயநோக்கில் அவதூறாகலாம்.²⁹ தென் ஆபிரிக்கச் சட்டத்தில் அகவயக்கோட்பாடும் கருத்திலெடுக்கப்பட்டு, அக்கூற்று வெளியிடப்பட்ட நேரம், சூழ்நிலை மற்றும் ஆள்சார் காரணிகளும் தீர்மானிக்கும் காரணிகளாகலாம். வெள்ளை இனத்தவனை கறுப்பன் என்றோ அல்லது ஒருவனை கம்யூனிசவாதி (Communist) என்றோ அழைப்பது அவதூறாகும் என தென்னாபிரிக்கச்³⁰ சட்டம் எடுத்தியம்புகிறது.

²⁶ Law of Delict, oust, Block III(1991), pp.95.

²⁷ John.G.Flemming, The Law of Torts, (1972), 12th edn., p. 498.

²⁸ Mc.Kerron, Law of Delict, 7th edn., pp.172.

²⁹ Note (27), Supra., pp. 503.

³⁰ Note(26), Supra., pp. 97.

இலங்கையைப் பொறுத்த மட்டில் இரு சட்ட முறைகளின் அடிப்படையிலும் புறவயக் கோட்பாட்டுடன் இணைந்த அகவயக் கோட்பாட்டின் படி, கலப்பு அணுகுமுறையே பொருத்தமானதாகும்.

(2) அவை வாதி தொடர்பானவையாக வேண்டும் (It must refer to the Plaintiff)

சமுதாயத்தில் வாழ்கின்ற சரியாகச் சிந்திக்கும் ஆற்றல் மிக்க (right thinking people of the society) அதாவது நியாயமான அறிவுள்ள மனிதன் எனும் புறவயக் கோட்பாட்டிடைப்படையில், எதிர்வாதியால் சொல்லப்பட்ட அவதூறான கூற்று வாதியைச் சுட்டி நின்றது என்பதை வாதியே நிரூபிக்கவேண்டும். வாதியைப் பற்றி எவ்வித அறிவை எதிர்வாதி கொண்டிராத வேளைகளிலும், வாதியின் உண்மையான பெயரை, கற்பனைப் புனைபெயராகச் சித்தரித்து கட்டுரை எழுதியவர் மீது அவதூறுக்கு ஆங்கிலச்சட்டம் புறவயக் கோட்பாட்டிடைப்படையில் பொறுப்பு சுமத்தியது.³¹ மேலும் ஒரே பெயரை உடைய பலர் இருக்கலாம் என்பதை அறியாது, ஒருவரைப் பற்றி பத்திரிகையில் எழுதிய உண்மையான விடயம், பிற்தொருவருக்கு அவதூறாக மாட்டாது என எதிர்வாதி வாதாடிய போதும், அவ் அகவயக் கோட்பாட்டு வாதம் மறுக்கப்பட்டு, வாதி தொடர்பானது என்பது புறவயக் கோட்பாட்டின் அடிப்படையில் பொறுப்பு சுமத்தப்பட்டது.³²

தென்னாபிரிக்கச் சட்டத்தின் நிலைமை கணிசமான அளவில் வேறுபட்டிருந்தாலும், வாதியை அறிந்திராத பிரசாரம், அப்பாவித்தனமானது என்பது எதிர்வாதமாகக் கொள்ளப்படும். எனினும் வேறொருவருக்கு நிலைவடிவ அவதூறு ஏற்படுத்தும் கருத்தில் செய்யப்பட்ட பிரசாரத்தால் வாதிக்கும் ஊரின் பொறுப்புச் சுமத்தப்படும்.³³

இங்கிலாந்தில், 1952ம் ஆண்டு அவதூறுச் சட்டத்தின் மூலம் "அப்பாவித்தனமான அவதூறு" ஏற்படும் வேளையில் மன்னிப்பு கோருதல் மூலம் சேதவிடு செலுத்தும் பொறுப்பில் இருந்து விடுபடலாம் எனும் ஏற்பாட்டின் மூலம் உரோமன் டச்சர் சட்ட நிலைமைக்கு இணக்கம் செய்யப்பட்டுள்ளனம் அவதானிக்கற்பாலது.³⁴

³¹ Holton v. Johans, (1940)1.K.B., pp. 377.

³² News Lead v. London Expres News PapersLtd (1940).

³³ Note(6), Supra., pp. 101.

³⁴ Section 4 of the Defamation Act (1952)- England, See also Defamation Act (1996)- England

குழுவொன்றை (Group) அல்லது வகுப்பு (class) ஒன்றைச் சேர்ந்த அங்கத்தவர்க்கெதிரான அவதூறு தொடர்பில் "அதன் அளவு" (அதாவது உறுப்பினர்களின் எண்ணிக்கை) பெரிதாகக் காணப்படும் வேளையில் இறுகிய கடும் தன்மையும் (Narrow & Strict)³⁵, சிறியதாயின் தாராளமயக் கொள்கை (Liberal Policy) பின்பற்றப்பட்டு வாதி சார்ந்த வகுப்பினர் நிவாரணம் வழங்கப்பட்டுள்ளமை கருத்தில் கொள்ளப்படத்தக்கதோர் அம்சமாகிறது.³⁶

(3) அது பிரசுரிக்கப்பட்டிருந்தால் வேண்டும் (It must be Published)

அவதூறானதும் வாதிடொடர்பானதுமான அந்தக் கூற்று 'பிரசுரம்' செய்யப்பட்டிருந்தால் வேண்டும் எனும் ஆங்கிலச் சட்டப்படியான இன்றியமையாத தேவைப்பாடு இன்று உரோமன் டச்சர் சட்டத்திற்குள்ளும் உள்வாங்கப்பட்டிருப்பதுடன் அதன் பொருள் கோடல் அத்தகவல், வாதிதவிர்ப்பு குறைந்தது, பிறிதொரு நபருக்கேனும் தெரிவிக்கப்பட்டிருந்தாலே, இந்நிபந்தனை பூர்த்தி செய்யப் போதுமானது என தீர்ப்புச் சட்டங்கள் வாயிலாக அறியக் கிடைக்கிறது.³⁷

வாதியின் கௌரவத்தை மாசுபடுத்தும் வகையில் கழகமொன்றின் அறிவித்தல் பலகையில், சிலேடையில் எழுதப்பட்ட வாசகத்தை அழிக்காத காரணத்தால் அக்கழக முகாமையாளர் மீதும்,³⁸ மனைவி பற்றிய அவதூறான கூற்றினை கணவனுக்கு தபால் மூலம் அனுப்பிய எதிர்வாதி, பிரசுரத்தை செய்திருந்தார் எனவும்³⁹ அவதூறுக்கு பொறுப்புச் சுமத்தப்பட்டது.

அவதூறான கட்டுரையொன்றை வெளியிடுபவர் மட்டுமல்ல, மீள்பதிப்பாளர், மீள்பரப்புபவர், பதிப்பாசிரியர், அச்சிடுபவர், விநியோகிப்பவர், அப்பத்திரிகை நிறுவனத்தின் உரிமையாளர், அப்பிரசுரத்தை வீதியில் விற்கும் நபர் ஆகியோர் மீதும் அவதூறு உள்ளது எனும் அறிவுடன், கவனயீனமாகச் செயற்படின் பொறுப்பு சுமத்தப்படும்.⁴⁰ மேலும், பிரசுரமொன்றில் அவதூறு உள்ளடக்கப் -

35. Kanunotter v. London Express News Paper Ltd., compare with per LJ Atken(1944) 1 AER 495(H.L)

36. Le Fanu v. Dreame(1848)

37. Independent News Paper Ltd. v. Niussanka wijeratne 1995 (2) SLR. 253,

38. Byrne v. Dreave (1937)

39. Theaker v. Richardson (1962) 1 WLR 151,

40. Winsfield & Jolwicz (op.cit) pp. 317.

பட்டுள்ளமை தெரிவிக்கப்பட்டு, அப்பத்திரிகையை பிரசுரத்தை நூலகத்தில் பொதுமக்கள் வாசிப்பதற்கு வைக்கவேண்டாம் எனக் கேட்டுக் கொண்டதன் பின்னரும் கூட அதை உதாசீனப்படுத்திய, நூலகப் பொறுப்பாளரை அவதூறுக்கு பொறுப்புடையவர்⁴¹ எனத் தீர்க்கப்பட்டுள்ளமை, தனிநபர் ஒருவரின் புகழ் கௌரவம், ஆளுமையை கட்டிக்காப்பதில் சட்டத்தின் அக்கறை தெளிவாகின்றது.

இதுவரை ஆங்கிலச் சட்டத் தேவைப் - பாடுகளாகிய முன்றைச் சுருக்கமாக அவதானித்தோம் இப்போது உரோமன் டச்சர் சட்டத்தின் கீழே தென்னாபிரிக்காவிலும் இலங்கையிலும் இன்ஜூரியா எனும் தலைப்பின் கீழ் மனித உணர்வுகளைப் பாதுகாக்க இன்றியமையாத தேவைப்பாடாகக் கருதப்படும் "உணர்வுச்சேதம் ஏற்படுத்தும் எண்ணம்" (Animus Injuriandi) வாதியால் வெளிப்படையாகவே எண்பிக்க வேண்டும் எனும் நான்காவதும் இறுதியானதுமான காரணியைச் சுருக்கமாக ஆராய்வோம்.⁴²

(4) அனிமுஸ் இன்ஜூரியான்டி (Animus Injuriandi) - உணர்வுச் சேதம் ஏற்படுத்தும் மன எண்ணம் எதிர்வாதி மீது இருத்தல் வேண்டும் (There Must be Annimus Injuriadi on the part of the defendant)

மனித உணர்வுகளை (feelings) பாதுகாத்து நிற்கும் உரோம டச்சர் சட்டமும், கௌரவத்தை (reputation) கட்டிக்காக்கும் ஆங்கிலச் சட்டமும் இணக்கம் செய்யப்பட்டு முன்னைய சட்டத்தின், இன்ஜூரியா (injuria) எனும் தீங்கின் (Delict) பரப்பெல்லைக்குள் உள்ளடக்கப்படுகின்ற ஆங்கிலச் சட்டத்தில் அவதூறு (defamation) எனும் தீங்கு (Tort) கருதப்படுவதுடன், முன்னையதற்கு அத்தியாவசியமாக வாதியால் எண்பிக்கப்பட வேண்டிய மனநிலை தொடர்பான மூலகம் Animus Injuriandi எனவும்; பின்னைய சட்டமுறையில் உட்கிடையாக ஊகிக்கப்படும் ஒத்த மூலகத்தை 'வன்மம்' எனவும் இலங்கைச் சட்டத்தில் கொள்ளப்படுகிறது.⁴⁴

இலங்கை வழக்கான⁴⁵ கோமறைக்கழகத் தீர்ப்பில் உட்கிடையான வன்மம் (Implied Malice) பிரசுரம்

⁴¹ Vitzelly v. Meindies select library Ltd. (1900)10.TLR.pp. 388.

⁴² Dr. C.F. Amarasinghe, *Concept of Animus Injuriandi*,

⁴³ Ibid

⁴⁴ Lalith W. Athulathmuthaly (op.cit.), pp.1369.

⁴⁵ Perera v. Peris (P.C) Per Lord Ultwatt 50 NLR 158

போன்ற நிகழ்வுகளில் இருந்து வன்மம் பற்றிய ஊகத்திற்கு (Presumption of Malice) இட்டுச் செல்கின்ற; அதே வேளையில் வெளிப்படையான வன்மம் (Express malice), Animus Injuriadi க்கு ஒத்ததாகவும் கொள்ளப்பட்டது.⁴⁶ உரோமன் டச்சர் சட்டத்தின் அடிப்படையில் Animus Injuriandi வாதியால் வெளிப்படையாகவும் எண்பிக்க வேண்டிய நபந்தனை, ஊர்திகள் வகுப்பினர்க்கு பாதகமானதாயினும் ஆங்கிலச் சட்ட முறையில் அவதூறை ஏற்படுத்தும் வன்மத்தை ஊகித்து, கடும் பொறுப்பிடைப்படையில் பொறுப்பை சுமத்துதல், வாதிசார் வகுப்பினரைப் பாதுகாக்கும் சமூக பொருளாதாரக் கொள்கையின் அடிப்படையில் சிறந்ததே. ஆங்கிலச் சட்டப்படி எதிர்வாதி மீது வன்மம் இருக்கவில்லை என்பதன் அடிப்படையில் எதிர்வாதம் செய்வதன் மூலம் பொறுப்பில் இருந்து விடுவித்துக் கொள்ள முடிகிறது. இது கொள்கை அடிப்படையில் வரவேற்கக் கூடியதாயினும் B.C 450 தொடக்கம் நிலவி வருகின்ற குடியியற் சட்ட கோட்பாடு ரீதியில் ஏற்றுக் கொள்ளப்பட முடியாததாகின்றது.

மேற்படி ஆங்கிலச் சட்ட கடும் பொறுப்பு (Strict Liability) உரோமன் டச்சர் சட்ட தவறுடமைப் பொறுப்புடமையை (Fault Liability) சிதைவுறுச் செய்துள்ளமையை அண்மைக்கால இலங்கை,⁴⁷ தென்னாபிரிக்கத்⁴⁸ தீர்ப்புச் சட்டங்கள் எடுத்தியம்புகின்றன.

இன்றைய இலங்கை,⁴⁹ தென்னாபிரிக்க⁵⁰ தீர்ப்புச் சட்டங்கள் கடும் பொறுப்பிடைப்படாமலான வாதிக்கு சார்பான கொள்கையடிப்படையில் வன்மம் ஊகிக்கப்படும் நிலையிலேயே விரும்புவதாக தென்படுவதுடன்,⁵¹ சமூக பொருளாதார கொள்கையடிப்படையில் வரவேற்கப்பட வேண்டியதே.⁵²

மேலே கூறிய நான்கு மூலகங்களையும் வாதி எண்பித்த போதிலும், எதிர்வாதி தனக்கேயுரிய சட்டத்தால் ஏற்றுக்கொள்ளப்பட்ட எதிர்வாதங்களை முன்வைப்பதன் மூலம் பொறுப்பில் இருந்து எவ்வாறு விலகிக் கொள்ள முடியும் என்பதை மிகச் சுருக்கமாக அவதானிப்போம்.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ De Costa v. Times of Ceylon 65 NLR 217

⁴⁸ Maisel v. Vem Naeren 1960 (4) SLR 836,

⁴⁹ Rattnayake v. Dasanayake 2003(1) SLR 170

⁵⁰ Craig v. Voortrekker, (1963) 4 SA.149(AD)

⁵¹ Note (45), Supra.

⁵² Jordan v. Van Biljon (1962) 1 SA. 266;

De Costa v. Times of Ceylon 65 NLR 217;

Times of Ceylon v. Srimavo.D.Bandaranayake 1991 (1) SLR 263

5. எதிர்வாதங்கள் (Defence)

எதிர்வாதி நேர்மையான கருத்துரை (Fair comment), பூரண சிறப்புரிமை (Absolute Privilege) மட்டுப்படுத்தப்பட்ட சிறப்புரிமை (Qualified Privilege), இசைவு (Consent), மன்னிப்பு கோரல் போன்ற எதிர்வாதங்களை முன்வைத்து; அவற்றை எண்பிப்பதன் மூலம் பொறுப்பிலிருந்து தன்னை விடுவித்துக் கொள்ள முடியும்.

வன்மம் ஊகிக் கப்படுவதால் அதை மறுதலிக்கத்தகு பிழை (Mistake) ஆங்கிலச் சட்டத்தில் எதிர்வாதமாக ஏற்றுக் கொள்ளப்படமாட்டாது. ஆனால் உரோமன் டச்சர் சட்டத்தில் ஏற்கப்பட்டவாம். எனினும் உண்மை (Truth) என்பது மட்டும் உரோமன் டச்சர் சட்டத்தில் எதிர்வாதமாகாது. பொது நன்மை என்பதையும் சேர்த்து நிரூபிப்பதன் மூலம் எதிர்வாதி வெற்றி பெறலாம்.⁵³

நேர்மையான கருத்துரை (Fair Comment) நிகழ்ச்சி பற்றிய தகவலாக அமையக் கூடாது என்பதுடன், அக்கருத்துரை நேர்மையானதாகவும் பொது நலனுக்கு உகந்ததாகவும் அமைதல் அவசியமாகிறது. நாடக விமர்சனம் தொடர்பான வழக்கொன்றில்,⁵⁴ தீய நோக்குடனான கருத்துரை செய்த எதிர்வாதி, அவதூறுக்குப் பொறுப்பாக்கப்பட்டார்.

கருத்து வெளியிடலுக்கான உரிமை, பிரசுரம் செய்வதற்கான உரிமை என்பன அடிப்படை உரிமையாக இன்றைய அரசியல் அமைப்பில்⁵⁵ ஏற்றுக் கொள்ளப்பட்டுள்ள போதிலும், அதன் பிரயோகமானது சட்ட மட்டுப்பாடுகளுக்கு அமைவாகவே⁵⁶ செயலுருப்பெறுகின்றன.

பூரண சிறப்புரிமை எனும் எதிர்வாதம் பாராளுமன்ற நடவடிக்கை, நீதியியல் நடவடிக்கை, நிறைவேற்றுத்துறை நிர்வாகத்துறை நடவடிக்கைகளுக்கும், கணவன்-மனைவிக் கிடையே இடம் பெறும் தகவல் பரிமாற்றங்களுக்கும் ஏற்புடையதாகும். மட்டுப்படுத்தப்பட்ட சிறப்புரிமை எனும் எதிர்வாதம், ஒருவர் தனது நலனைப்

⁵³ London Artist Ltd. v. Litter (1969)

⁵⁴ Mercide v. Carson; Gragory v. Duke & Brumstick

⁵⁵ Article 14(1) (a) of the Constitution

⁵⁶ Article 15(7) of the Constitution; See also Defamation Act of England (1996) & For Criminal Defamation Sec. 479 - 482 of Penal Code

பேண அல்லது பிறரது நலனைப் பேணும் வேளைகளில் பயன்படுத்தப்பட முடியும். மேலும் அப்பாவித்தனமான அவதூறு தொடர்பில் ஊகிக்கப்பட்ட வன்மம் மறுதலிக்கப்பட்டு, பொறுப்பு நீக்கப்பட்டவாம்.⁵⁷

முடிவுரை (Conclusion)

சட்டமொன்றின் வெற்றிகரமான நிலைபேறானது, அச் சட்டப்பரப்பினுள் நிலவும் முரண்படுகின்ற அக்கறைகளை துல்லியமாகவும் செம்மையாகவும் இணக்கம் செய்யப்படுதலிலேயே தங்கி உள்ளது. இச்சட்டப் பரப்பில் முரண்படு அக்கறைகளாக அமைவன, ஒன்று வாதியின் வகுப்பைச் சார்ந்தவர்களின் உணர்வியல் நியமங்களான புகழ், கௌரவம் என்பனவும் மற்றையது, எதிர்வாதியின் வகுப்பை சார்ந்தோரின் அடிப்படை உரிமைகளான பேச்சு சுதந்திரம், கருத்து வெளியிடும் சுதந்திரம் மற்றும் பிரசாரம் செய்வதற்கான உரிமை ஆகும்.

எதிர்வாதி தனக்குரிய வரம்பெல்லையை மீறி செயல்படும் போது; வாதி அக்டியோ, இன்ஜூரியா (Actio Injuria) எனும் வழக்கின் மூலக் ஏற்பட்ட உணர்வுச் சேதத்திற்கு (Injuria) நட்ட ஈட்டை உரோமன் டச்சுச் சட்டத்தின் கீழ் அல்லது உணர்வுச் சேதத்தின்

அங்கமாகத் திகழும் கௌரவத்தைக் காத்து #டுசெய்ய அவதூறு வழக்கு தொடரமுடியும்.

கோட்பாட்டளவில் உரோமன் டச்சுச் சட்டமும், கொள்கையளவில் கடும் பொறுப்பை சுமத்துகின்ற ஆங்கிலச் சட்டமும் சிறந்தனவாகும். உரோமன் டச்சுச் சட்டத்தை பொதுச் சட்டமாகக் கொண்ட, பல்வின சமூகங்களையும் சட்ட முறைமைகளையும் கொண்ட இலங்கைக்கு, ஒப்பீட்டளவில் உரோமன் டச்சுச் சட்டமே சால்பு பொருத்தமானது. கோட்பாடா? கொள்கையா? என்ற வினாவிற்கு மிகப் பொருத்தமான விடையை காண வேண்டிய பாரிய கடமை சட்டத் துறையினரினதும் நீதித்துறையினரினதும் கரங்களிலேயே தங்கி உள்ளது. உரோமன் டச்சுச் சட்டக் கோட்பாட்டு வரம்பெல்லைக்குள் ஆங்கிலச் சட்டக் கொள்கைகளை உள்வாங்கத்தகு விதத்தில் அமையும் இங்கிலாந்து⁵⁸ தென்னாபிரிக்க⁵⁹ சட்டத்தின் பரிணாம வளர்ச்சிப் பாதையை அனுசரித்து; உசிதமான நியதிச்சட்ட ஏற்பாட்டினை இலங்கைக்கு⁶⁰ அறிமுகப்படுத்துவதன் மூலம் குறளோவியமான

“யாகாவார் ஆயினும் நாகாக்க, காவாக்கால் சோகாப்பர் சொல்லிழுக்குப் பட்டு” என்பதற்கு உயிருட்டியவர்களுமாவோம்.

⁵⁷ Defamation Act (1996) (England)

⁵⁸ Defamation Acts of 1952 & 1996 (England)

⁵⁹ J.C.V. Watt, *Delict- Principles & Cases*, 2nd edn., Vol. I, Strict Liability for Actio Injuriarum, Para. 23.; *Cosmos (Pvt) Ltd. v. Phillipoon* (1968) 3 SA 121

⁶⁰ *Thirukkural*, Chapter 13, self control, Kural 127

“Whatever else thou vein not in, vein in thy tongue; for an untrided tongue will utter foolish things and will lead thee unto grief”

The Bhopal Mirror

Tapan R. Mohanthy,

Asst. Prof. (Socio.), National Law Institute University, Bhopal,

Gaurav Kamal,

Research Assistant to Supreme Court of India.

ABSTRACT

This article, keeping in touch with the recent developments in World, has highlighted the relevance of the Bhopal Gas tragedy. Bhopal Gas Disaster is touchstone on which the social, economic, political and legal pulse of this nation can be judged. The struggling victims have seen two decades of continuous tragedy. However, with the passage of time, this tragedy has also taught them various life-lessons. The tragedy has revealed the nexus of old sovereign state and neo-sovereign multi-nationals. The tragedy has also highlighted that powerful civil-society with participative citizenry is the basic framework to stop exploitation and road to good governance in a democratic set-up. Various positive impacts of this unprecedented disaster have to be identified and highlighted. The continuing struggle of the victims has transformed into a civil society movement against the powerful actors and shown considerable impact in curtailing the harmful activities of the non-state actors.

INTRODUCTION

*"Bhopal is like a window. You can see the whole country through it."*¹

Nobody had an idea that a quiescent small city of the central India, which was till known for its numerous lakes and *nawabi* hangover, would become the powerful symbol of *mêlée* between the Civil-Society, the leviathanic State and goliath Multinational Corporations. Call it by any name, whether *Bhoposhima*², *Industrial Hiroshima*³,

*Chemical-Criminal*⁴ or *macabre*⁵ tragedy, the mixture of deadly gases, which leaked from the chemical plant of an Indian subsidiary of the Union Carbide Corporation, turned this city of *Begums* as a touchstone and a central location of people's enviro-socio movement, after that *chilly-windy-deadly* night. Moreover, with the numerous ironies associated, legal skirmishes and travesties of justice, an indifferent third-world *parens patria* and the never say die spirit of few of the victims, have made the entire setting as a miniature of the life itself. This unprecedented holocaust had taught many life-lessons like strengthening of civil society with the latest movements *vis-a-vis* right to information, medical/health care, need of

¹ Rette J., *Out of Sight, Out of Mind*, The Guardian, March 14, 1994, in Rosencraz *et al*, *Environmenta Law and Policy in India: Cases, materials and statutes*.

² Justice V.R. Krishna Iyer had compared the Bhopal catastrophe with the atomic bombing of the Hiroshima and gave the disaster a symbolic name Bhoposhima. See, V.R.Krishna Iyer, *Union Carbide's 'Bhoposhima' And Indian Justice In Somnocomo*, in Law, Science and Environment pp. 193-219 (R.P. Anand et. al. eds., New Delhi, Lancers Books, 1987).

³ Surya Deva, *From 3/12 To 9/11: Future of Human Rights?*, December 4, 2004, *Economic & Political Weekly*.

⁴ *Supra* note 2

⁵ Sukumar Muralidharan, *Bhopal: Continuing Institutional Crisis*, December 4, 2004, *Economic & Political Weekly*.

disaster management⁶ and set the legal impact in the fields of mass-torts⁷, environment-laws and fixation of corporate responsibility. This article is an attempt to highlight the lessons learnt from the traumatic waves of Bhoposhima in various spheres of life and law with the current scenarios at the centre stage.

PEOPLE'S MOVEMENT

When I, the People, learn to remember, when I, the People, use the lessons of yesterday and no longer forget who robbed me last year, who played me for a fool-then there will be no speaker in all the world say the name: "The People," with any fleck of a sneer in his voice or any far-off smile of derision.

The mob-the crowd-the mass-will arrive then.

-Carl Sandburg-

Much before the buzzword globalisation, the advent of Union Carbide to Indian scene was an outcome of the green revolution, which had suddenly made the Indian soil dependable on the fertilizers. The multinational set its deadly plant in the middle of the city as Indian government was

⁶ Bhopal Disaster was an unprecedented event and unprepared Indian sectors failed on each front to cope with it. Hence, need was long felt for the disaster management to improve reactive responses to surprises to offer better opportunities for coping with them. The recent events like Tsunami, Katrina & Wilma hurricanes and Earthquakes all round the world have further shown the need of the Disaster Management. The government of India has recently introduced the Disaster Management Bill in Lok Sabha.

⁷ Some of the Bhopal victims are still waiting for the distribution of the compensation money. Though, the Public Liabilities Insurance Act, 1991 came into existence, case-law show that speedy justice is still not available to the victims of the mass torts. For example, the victims of *Tata Case* (2001) got compensation after a lengthy 12 years despite of all the best efforts on behalf of the Supreme Court. In *M. S. Grewal & Another v. Deep Chand Sood & others*, 2001(8) S.C.C. 151, the Supreme Court blessed the more effective procedure followed by the High Court and increased the compensation. Still, the process took 6 long years. Similarly, despite the writ application, the *Uphaar Cinema Case* took 6 years in High Court. See, Rajeev Dhawan, *Ex gratia justice*, The Hindu, 23.7.2004.

ever ready with the red carpet. The stage for another betrayal was set- the vote politics, compulsion of a third world nation and profit driven capitalist - as deadly mixture as the leaked gases on the fateful day of 3rd December. Betrayals from not only alien capitalists but also from its own state which is the creation of the Constitution proclaiming the supremacy of '*We, the People*'. However, the Bhopal victims had started to learn from the past betrayals. Whether it was the early stages of the trial at District Court Bhopal⁸ or *class action suit*⁹ at United States or distribution of compensation amount on *pro-rata* basis¹⁰, the victims themselves played the leading roles.

Several victims¹¹ along with the active support of the non-governmental organizations, a section of media and other common citizens from

⁸ The Union of India never proposed for the interim relief to the gas victims. The proposal came from the NGOs as the interveners who moved the Court under sections 94 and 151 of the Code of Civil Procedure on 27-11-1986 for grant of interim relief in order to do minimal justice to the victims.

⁹ Haseena Bi and several organizations in Bhopal representing survivors were plaintiffs in a class action suit against UCC in March 2003 in district Court, New York and sought damages and injunctive relief for the severe pollution of their land and drinking water. Though, their claim was rejected by the District Court, the U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, New York approved injunctive environmental remediation against UCC to clean up the pollution it caused in Bhopal. For further details, See, V. enkatesan, *A historic ruling*, Vol:21, Iss:09, URL:<http://www.flonnet.com/fl2109/stories/20040507001708600.htm>.

¹⁰ A writ petition was filed by 36 representatives of victims in the Apex Court on March 5, 2003 and Supreme Court directed the welfare commissioner, appointed under the Bhopal Gas Disaster (Processing of claims) Act, 1985 to disburse the money which was initially Rs. 86 crores. See, HT Correspondent, *Disburse Carbide relief*: SC, Hindustan Times, (New Delhi), July 20, 2004, at p. 1. See also, Lalit Shastri, *All-Round Jubilation in Bhopal*, The Hindu, July 20, 2004; *Courts orders Bhopal victim ayouts*, <http://www.cnn.com/2004/world/asiapcf/07/19/bhopal.compensation/index.html>.

¹¹ Rasheeda Bee and Champa Devi Shukla, recipients of what is also known as the 'Nobel prize for the Environment', are a part of the 20-year-long struggle by survivors of the gas disaster not just for relief for themselves, but for establishing social accountability of the multinationals.

the various parts of the civil society emerged to advocate the environmental issues. This movement has also put impact of the other spheres of neo-generational civil rights like right to information¹² and right to health¹³ as they have found support in local and distant geographies, which has helped to translate their collective complaints into a cause to keep alive the pursuit of justice. Furthermore, the above-mentioned *injunctive environmental remediation*, which dealt with contamination of soil and water¹⁴ in and around the plant in the late nineties, gave this mass movement a special space as an unique struggle of the poor masses with the powerful actors.

For example, the Right to information Act has come into existence in 2005 after much debate in the Indian democratic set-up. The products of colonialism like official secrecy and lack of accountability of the government are considered as the major reason for the Bhopal Tragedy and its after affects leading to the suffering of victims in a corrupt and insensitivity system. The new Act has been an attempt to ensure greater participation, transparency and also bring about truly citizen-focused good governance. The decision of Supreme Court in *L.I.C. v. Manubhai D. Shah*,¹⁵ where Doordarshan's attempt to reject a award winning documentary film '*Beyond Genocide*', which was critical of the government's incompetence under the garb of official secrecy, is considered as one of the starting points of the struggle which culminated into the new Act. Another example can be seen in the context of the

¹² See, Jariwala C.M., *The Directions of the Environmental Justice: An Overview of the Fifty Years' contribution of the Supreme Court of India*; Jariwala C.M., *The Emerging Indian Environmental Law Vision: Environmental Education and Information*, Vol. XXIII (3&4), Ind. Bar. Rev. 117 (1996); Jariwala C.M., *An Emerging Frontier of Speech and Expression: Freedom of Doordarshan*, 38 J.I.L.I. 149, 161-163; See also, SATHE S.P., *The Right to know* at pp. 40-52 (Bombay, N.M. Tripathiti).

¹³ See, *Supra* note 5.

development of right to health. The victims of the tragedy have been suffering from respiratory illness, immune system impairment, neurological damage, neuromuscular damage, cancers, gynaecological disorders as well as mental and psychological problems as non-intellectual personality disturbances, changes in mood, readiness for affective reactions, neuroticism and the dimension of extroversion/ introversion. The human right activists and victims have advocated for the right to health and despite a slow progress, Bhopal tragedy has resulted into good amount of research work in the medical sphere. The Bhopal case is also a good example to show the benefits of the linkages between the right to health and right to information as most of the research works were kept in the official secrecy for a long time.

CORPORATE RESPONSIBILITY

The Mythical character, Ravana - the King of demons, was considered as unconquerable because he had ten heads. The legal character, a multinational

¹⁴ In 1994, pressure exerted by victims' organisations compelled the State government to order an inspection of the closed UCIL. This revealed that 44 tonnes of tarry residues generated during the manufacture of Sevin and 2.5 tonnes of another chemical, alpha naphthol, collected in drums, troughs and bags, had been stored in open areas within the plant premises. In October 1997, a three-member committee with representatives from Neeri and the Madhya Pradesh Pollution Control Board visited the factory and warned that during the rainy season the hazardous waste that had spilled might contaminate water and spread to other areas. See, V. Venkatesan; *Disaster by Design*, Vol:19, Iss:26 URL:<http://www.flonnet.com/fl1926/stories/20030103002309600.htm>; See, *Proof from Carbide itself*, Vol:19, Iss:26 URL: <http://www.flonnet.com/fl1926/stories/20030103003809800.htm>. See also, Lalit Shahtri, *A city still gasping for breath*, *The Hindu*, Dec. 3, 2002. 15The Editorial, *Fixing Corporate Liability*, *ECONOMIC & Political Weekly* August 26 - September 2, 2000 16 See also, *A.P. Pollution Control Board v. Prof. M.V. Nayadu*, A.I.R. 1999 S.C. 812.17 Karsten Newport, *New approaches to the International legal responsibility of Multinational Corporations towards a rebuttable presumption of normative responsibilities*, available at, www.esil-sedi.org/english/pdf/Nowrot.PDF

¹⁵ (1992) 3 S.C.C. 637,

corporation has hundreds of heads of which a few can be seen and the rest remain in the flux of ownership patterns with capital flowing in place of blood.

Armed with the mantra of globalisation, these multinationals have further gained strength as ever growing hunger for capital and technology across the globe among the poor nations, has given them new empires to conquer. Ironically, these poor countries are not able to monitor these transnational entities in their respective countries due to the technology lags, which often results into legal ones. The strength of these transnational entities could be gathered from the fact that throughout the last century not a single transnational corporation - from the one that caused the Cordoba, Djakarta or the DES tragedy to the chemical giants responsible for the devastation of Minamata, Seveso, Toulouse or Bhopal - has willingly acknowledged its liability for causing harm and breach of trust of its workers, governments and people.¹⁶

However, the Bhopal has shown its considerable impact on the issue of corporate responsibility. Both at the national as well as the international front, a new wave emerged to identify these *mayavi* identities and fixing corporate responsibility on them. Initial response of Indian judiciary could be seen in *M.C. Mehta v. Union of India*,¹⁷ where a new principal of absolute liability came into the existence. The *Mehta Doctrine* states:

“...that an enterprise which is engaged in hazardous or inherently dangerous industry which poses potential threat to the health and safety of the persons working in the factory and residing in the surrounding areas owes an absolute and non-delegable duty to the

community to ensure that no harm results to anyone on account of hazardous or inherently dangerous nature of the activity which it has undertaken. The enterprise must be held to be under an obligation to provide that the hazardous or inherently dangerous activity in which it is engaged must be conducted with the highest standards of safety and if any harm results on account of such activity, the enterprise must be absolutely liable to compensate for such harm and it should be no answer to the enterprise to say that it had taken all reasonable care and that the harm occurred without any negligence or its part...the enterprise is strictly and absolutely liable to compensate all those who are affected by the accident and such liability is not subject to any of the exceptions which operate vis-à-vis the tortious principle of the strict liability under the rule of *Ryland v. Fletcher*.” (emphasis supplied)

Subsequently, the Apex court in *Indian Council for Enviro-Legal Action & Ors. v. Union of India & Ors.*,¹⁸ held that *Mehta doctrine* was not obiter as expressed in *Union Carbide Corporation v. Union of India*,¹⁹ In *Vellore Citizen's Welfare Forum v. Union of India*,²⁰ Justice Kuldeep Singh after referring to the principles evolved in various international Conference and to the concept of 'sustainable Development', stated that the *precautionary principle*, the *polluter pays principle* and the special concept of onus of Proof have now merged and govern the law in our country too, as is clear from Article 47, 48-A and 51-A (g) of our Constitution. The Court also mentioned that even otherwise these principles are accepted as part of the *Customary International Law* and hence there should be no difficulty in accepting them as part of our domestic law. Recently, the Supreme Court has once again

¹⁶ The Editorial, *Fixing Corporate Liability*, Economic & Political weekly August 26 - September 2, 2000

¹⁷ AIR 1987 SC 1086

¹⁸ (1996) 3 S.C.C.212

¹⁹ (1991) 4 S.C.C. 584.

²⁰ (1996) 5 S.C.C. 647,

applied this doctrine along with the *polluter pay principle* and *precautionary principle*²¹ in the *Research Foundation For Science Technology & Natural Resources Policy v. Union of India*,²²

The issue of corporate social responsibility has gained much momentum as these *non-state actors* have significant role to play in the various stages of globalisation with respect to the *common goods* of the earth along with the issue of the future of human rights.²³ In 1987, the World Commission on Environment and Development observed in its report called *Brundtland Report*, observed:

“Large industrial enterprises and transnational corporations in particular, have a special responsibility. They are repositories of scarce technical skills, and they should adopt highest safety and health protection standards practicable and assume responsibility for safe plant and process design and for staff training. The transnationals should also institute environmental and safety audits of their plants measured against standards at other subsidiaries, not just against those of other local companies, which may have less stringent requirements. These audits and their follow-up should be made available to governments and other interested parties.”

The endorsement of the ‘Norms on Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights’ by the UN Sub-Commission on Human Rights has been another significant step. Hence, slow but genuine steps have been taken to make these multinationals, as part and parcel of the

²¹ See also, *A.P. Pollution Control Board v. Prof. M.V. Nayadu*, A.I.R. 1999 S.C. 812.

²² J.T. 2005 (11) S.C. 135.

²³ Karsten Newport, *New approaches to the International legal responsibility of Multinational Corporations towards a rebuttable presumption of normative responsibilities*, available at, www.esil-sedi.org/english/pdf/Nowrot.PDF

international legal regime, and with the passage of time, these *soft laws* would surely crystallize into hard.

CONCLUSION

No doubt, Bhopal symbolizes the nexus of powerful to take out, if possible, even the life from the poor and fix the cost of that life, however, it also symbolizes many positive aspects. Bhopal also symbolizes the importance of the right to life, its linkages with the environment, health, livelihood, corruption -free good governance and the interlinkages between all of them. The lessons learnt from the Bhopal are numerous and has a continuing significance. Bhopal is a hope and it is true that Bhopal is like a window, but is also like a mirror in which one can really see himself.

References

- *Courts orders Bhopal victim payouts*, <http://www.cnn.com/2004/world/asiapcf/07/19/bhopal.compensation/index.html>.
- HT Correspondent, *Disburse Carbide relief: SC*, Hindustan Times, (New Delhi), July 20, 2004, at p.1.
- Jariwala C.M , *An Emerging Frontier of Speech and Expression: Freedom of Doordarshan*, 38 J.I.L.I. 149, 161-163,
- Jariwala C.M., *The Directions of the Environmental Justice: An Overview of the Fifty Years' contribution of the Supreme Court of India*
- Karsten Newport, *New approaches to the International legal responsibility of Multinational Corporations towards a rebuttable presumption of normative responsibilities*, available at, www.esil-sedi.org/english/pdf/Nowrot.PDF
- Krishna Iyer, *Union Carbide's 'Bhoposhima' And Indian Justice In Somnocomo*, in Law, Science and Environment pp. 193-219 (R.P. Anand et. al. eds., New Delhi, Lancers Books, 1987).
- Lalit Shahtri, *A city still gasping for breath*, The Hindu, Dec. 3, 2002.

- Lalit Shastri, *All-Round Jubilation in Bhopal*, The Hindu, July 20, 2004
- *Proof from Carbide itself*, Vol:19, Iss:26 URL:<http://www.flonnet.com/fl1926/stories/20030103003809800.htm>.
- Rajeev Dhawan, *Ex gratia justice*, The Hindu, 23.7.2004.
- Rettie J., *Out of Sight, Out of Mind*, The Guardian, March 14, 1994, in Rosencranz *et al*, *Environmental Law and policy in India: Cases, Materials and Statutes*.
- Sathe S.P. , *The Right to know* at pp.40-52 (Bombay, N.M. Tripathi).
- Sukumar Muralidharan, *Bhopal: Continuing Institutional Crisis*, December 4, 2004, Economic & Political Weekly.
- Surya Deva, *From 3/12 To 9/11: Future of Human Rights?*, December 4, 2004, Economic & Political Weekly.
- The Editorial, *Fixing Corporate Liability*, Economic & political Weekly August 26 - September 2, 2000
- V. Venkatesan , *Disaster by Design*, Vol:19, Iss:26 URL:<http://www.flonnet.com/fl1926/stories/20030103002309600.htm>

Some observations on the prevention of cruelty to Animals Ordinance

Jagath Gunawardane
Attorney-at-Law

Animals have been treated with kindness, compassion and consideration in Sri Lanka since ancient times. The basis for this outlook is the acceptance of the sanctity of life, and is something that can never inculcated by a law. However, a law can, compel the carrying out of types of activities and prohibit still others and try to create a balance. It is basically a deductive approach, based on the belief that preventing cruelty and ensuring some good actions would lead to the human treatment of animals. This kind of a legal regime has been necessitated due to the cruelties inflicted on animals by certain people although the majority of people still treat animals fairly well.

The first enactment that was brought in to ensure that animals are treated in a human manner and curb abusive practices is the Cruelty to Animals Ordinance, No 07 of 1862. This law was repealed and replaced by the Prevention of Cruelty to Animals Ordinance, No 13 of 1907 which is in force up to the present. It enlarged the scope and expanded the range of preventive measures. This law, which is nearly a century old, has been amended Eight times. But, it has not been amended for more than half a century, the last amendment being the Act No 22 of 1955. In addition to this enactment, the Police Ordinance, No: 16 of 1865 has provided in section 63(c) that it is a cognizable offence to treat animals with cruelty or torture them within the limits of towns.

The Prevention of Cruelty to Animals Ordinance can be applied in respect of all who fell within the term "animal" as defined. According to Section 14, an animal defined to mean "any domestic or captured animal and includes any bird, fish or reptile in captivity. It is clear that the scope of this enactment is not confined to domestic animals only but is broad enough to cover all wild animals kept in captivity or under human control and all the fish kept in tanks and ponds. Unlike a domestic or tame animal, a wild animal can fall within the purview of this act if it has been captured. This is an important fact that needs to be proved expect in cases involving domestic animals.

This has been made clear in the case of *Madawela v. Rawther*¹ where it was held that the provisions of this ordinance applies to a captured Dugong (*Dugong dugong*). This is a marine mammal that is a wild animal. In this case, it has been captured and kept in a market in Puttalam. This position is further clarified by the decision of Inspector, Society for the Prevention of Cruelty to Animals, *Nawalapitiya v. Punchirala*². In this case, a number of people has chased after and surrounded an Elk (Sambhur), beaten it with sticks and one of them has ripped open the belly of the pregnant Elk when it has fallen down. Although it was held that it was Cruelty, the accused were discharged because the offence was committed on

¹ 17 NLR 302

² 24 NLR 202

a wild animal and there was no evidence to prove that it has been captured.

This Ordinance has stated the following as offences.³

1. Cruelty beat, ill-treat, over-drive, over-ride, abuse or torture any animal or cause or procure such actions.

2. Causing unnecessary pain or suffering to any animal by an act or by omission.

3. Convey or carry on animal in such manner or position that may subject it to unnecessary pain or suffering.

4. Keeping an animal to suffer from pain due to starvation, mutilation or other ill-treatment.

5. Killing animal in an unnecessarily Cruel manner.

6. Uses an animal unfit for work or labour due to any disease, infirmity, wound, sore or other cause.

7. Permits any diseased or disabled animal owned by the person to die in any street.

It is seen that some of the key terms cannot be definitely stated and have to be determined by an examination of facts. For instance,

a) beating of an animal is not an offence, but if it is cruelly beaten, it is an offence under Section 2(1) (a). It is necessary to determine whether the animal was beaten (as is practiced in driving cattle for instance) or was beaten in such manner to be cruel.

b) The cause of pain and suffering is not an offence. But causing unnecessary pain is, under Section 2(1) (b). It is therefore need to decide whether a pain or suffering is necessary (in Cattle branding for instance) or has been unnecessary.

c) Killing of animals is not an offence but is an offence to kill animals with unnecessary cruelty (Section 4)

These can be no common set of yardsticks or guidelines to determine whether an activity causes pain or suffering necessarily or unnecessarily. Such things have to be decided on subjective criteria and in relation to the usual and available practices. It may also be relative to the views held by the perpetrator, the law enforces the judiciary. One possible yardstick may be to evaluate two or more probable courses of actions and decide. For instance, barding of cattle was traditionally carried out with a red-hot iron that caused much pain and suffering to cattle. At present this could be done with chemicals that would cause no pain at all. This raises a number of issues, Can a traditional practice become an offence if and when other, less painful practices are developed what will happen to these who have been following a traditional practice without having recourse to a new innovation? What about the other factors such as technical knowledge (in this instance to handle and use chemicals) and cost factors. Or, the decision has to be viewed purely and only from the question of suffering inflicted on animal.

There are number of cases where this issue whether a certain practice is cruel or causes unnecessary pain or suffering has been addressed and assessed. In *Mendis v. Humucumbura*⁴ a person who shot and wounded a cow trespassing on his land was found guilty of causing unnecessary pain or suffering to the animal. It was held that the person could have easily driven away the cow belonging to his neighbour from his land. In this instance, it was wholly unnecessary to shoot the animal for the purpose of compelling it to move out. The case of *Saibov Perera*⁵ provides some

³ Sections 2,3,4,5, 7

⁴ 29 NLR 380

⁵ 24 NLR 65

valuable insights although not filed under this Ordinance, but for mischief. The accused was charged for killing fowl that damaged the crops. It has been decided that it is necessary to consider such matters such as the nature of the damage, the kind of animal and other factors such as the value of the animal. It has been observed that unlike cattle, it is not as easy to keep out pigeons and fowls out of a plantation. Here again, the facts considered were the nature of the animal and whether the action was reasonable under the circumstances, taking possible alternatives and their feasibility.

The case of *Madawela v. Rawther* is one where a Dugong was kept alive out of water for more than a day without food and bleeding and there a few killed it by driving pegs into the nostrils and cutting the neck. The fishmonger had been charged for keeping the animal in starvation, mutilation and killing at an unnecessarily cruel manner, and convicted for these. However, in the appeal it was held that since the meet of a Dugong is considered a delicacy. When one is brought it is kept for some time for people to come and take advantage of a rare chance and that although it would have bled, it would have happened from the process of capture. It was also held that it is not usually possible to feed a Dugong and keeping without food is not an offence as feeding it would have been beyond the powers of the person and the manner of killing was said to be the usual method of killing Dugongs. Hence the sentence was set aside and the accused appellant was acquitted.

There are several issues that stem from this case. One is that an extremely painful and cruel method of slaughter has been condoned as it was shown as the usual method and if so, a cruel method could become acceptable due to a passage of time. The other is whether the end result and

the probable benefits could justify cruelty. This is because the judgment says that the merit of all animal food is freshness and the animal ought to be kept alive within a measurable period of time before service at the table and that these things should be looked at with a certain degree of practical common sense. If this reasoning is applied as a yardstick, then even the cutting off of flesh from live animals would also be allowed and condoned as they all intend to provide fresh flesh for the table. It is no secret that traits such as cruelty and compassion are subjective to a greater or lesser degree, dependent upon religion, culture and the thinking of an individual. Thus, a practice such as fox-hunting in Great Britain is abhorrent to Sri Lankans as senseless pointless cruelty would be perceived as a great fen and sport by these who engage in it.

The main strength in the Prevention of Cruelty to Animals Ordinance is the broad outlook that can be used to cover a wide range of activities against animals, and the fact that all offences are deemed as cognizable (Section 12) that makes it possible to make an arrest without a warrant. The main disadvantage is the low penalties for the offences, the highest penalty being a fine of one hundred rupees. It would have been a sufficient deterrent at the time but is so small to have any effect at present. It is strange that even the Increase in Fines Act, No 12 of 2005 has also not increased the penalties in this enactment.

A frequent problem that arises after a conviction is the disposal of the animals. Unlike in the case of wild animals, it is necessary to keep a domestic animal in captivity. According to the provisions of Section 9, a Magistrate can direct the destruction of a suffering animal if the opinion is that the sufferings are such as to render it proper. However, neither this Section, nor any other has any provision that empowers the magistrate to

hand over such animals to third parties. There are several organizations who take care of such rescued animals and it may be that no such bodies existed during the time this law was last amended, which would have made such provisions unnecessary at the time.

It may be of interest to note how the provisions of this Ordinance may apply to several of current practices carried out in Sri Lanka at present. One is the eye ablation of brooder prawns, practice carried out in prawn hatcheries. One of the eyes of mature, egg-laden female Tiger prawns is cut off to induce them to spawn, and after some time the spawning ceases and then the other eye is also cut off making the prawn blind. Thereafter, when it has no more use for spawning. It is used for food. The removal of the eyes is a mutilation that can be charged under Section 3 of the ordinance and can also be a cause of unnecessary pain and suffering. It is possible that a person may claim that it is the usual practice, which is true as this was a standard method practiced in these ventures since 1980's. However, it has to be pointed out that it is possible to add

chemicals (hormones) to water that induce prawns to spawn. One can argue that hormones cost money. But again eye ablation requires a lot of labour which too costs money. Thus, it can be argued that this is unnecessary pain and suffering as a human alternative is available.

Another is the so called "Cut - flower fishes" in ornamental fish trade. This term is used for eleven species of marine fish known as Butterfly fishes, renowned for their beauty. They are exported and are destined to die of starvation as they feed only on coral polyps. A person can replace a butterfly fish at a lesser cost than providing them with sustenance. The name "Cut -flower" denotes the practice of keeping them for a short time till their demise, like cut-flowers kept in a vase. Starving an animal to death is an offence under Section 3, and the cost factor and the claim that it was a long time practice will be brought in as defenses. The simple questions are whether the starvation to death of animals can be justified by the facts such as earnings for a few people (who catch and export these species) and pleasure for a few people who keep and watch them.

From 'Hague' to 'Hamburg' via 'Visby' – Mapping out journey of International Commercial Convention

Ms. Anomi Wanigasekera,
Attorney-at -Law, Partner, Messrs Julius & Creasy

INTRODUCTION

A contract of carriage of goods by sea is between the shipper and the ship owner or carrier. The terms of the contract of carriage are generally evidenced by a document called a bill of lading. This is a receipt issued by the ship owner acknowledging that goods have been delivered to him for the purpose of carriage and the terms of the contract are incorporated in the bill of lading. This document is generally issued only after the contract of carriage is well on its way to performance.

Under the common law the parties to contract of carriage of goods by sea covered by a bill of lading or similar document had complete freedom to negotiate their own terms. This led the carrier to a stronger bargaining position. Ship owners/carriers went on incorporating exclusion clauses in the bills of lading, which provoked the cargo owners. Most shippers were expected either to ship on terms dictated by the carrier or not to ship at all. In England, these considerations led to the promotion of model bills of lading, which attempted to achieve a fairer balance between carriers, shippers and consignees. In other countries cargo owners were powerful enough to obtain legislation in order to adjust the balance in their favour. The first codification of the law

concerning the carriage of goods by sea is the Harter Act 1893 of U.S A., which was followed by the Australian Sea Carriage of Goods Act of 1904 and Canadian Carriage of Goods by Water Act of 1910. These Acts influenced the formulation of Hague Rules of 1924.

At the International Conference on Maritime Law held at Brussels in October 1922, the delegates at the conference, agreed unanimously to recommend their respective government to adopt as the basis of a convention a draft convention for the unification of certain rules such as responsibilities, liabilities, rights and immunities attaching to carriers under the bills of lading.

In Great Britain the Draft Convention of 1923 was given statutory effect by the Carriage of Goods by Sea Act 1924. Subsequently the Draft Convention of 1923 was signed at Brussels on the 25th of August 1924.

The United States adopted the Hague Rules subject to some modifications, in the Carriage of Goods by Sea Act of 1936. This Act did not replace the Harter Act.

In 1963 after study by the Comité Maritime International, (C.M.I.)¹ at Visby on the Swedish

¹ A representative body of National Maritime Law Associations, whose main object is the unification of maritime laws.

Island of Gotland adopted the text of a draft Protocol intended to make limited amendments to the 1924 Convention. This draft was considered at the 12th session of the Brussels Diplomatic Conference on Maritime Law in 1967 and 1968.

The U.K. Carriage of Goods by Sea Act of 1971 was passed to give effect to the protocol. The 1971 Act was brought into force in June 1977 and it repealed the 1924 Act and re-enacted the Hague Rules in their amended Hague Visby form.

Although the 1968 Protocol made important changes, it did not radically alter the compromise between the demands of the carriers on the one hand and cargo interest on the other which was embodied in the Hague Rules.

A report requesting for the revision of Hague Rules by the secretariat of United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) was published by the United Nations in 1971. The movement for reform, which began with the UNCTAD report, culminated at the United Nations Conference on the Carriage of Goods by Sea at Hamburg in 1978, with the adoption of a new convention of the Carriage of Goods by Sea "the Hamburg Rules". The Hamburg Rules became effective on 1st November 1992. Although there are already 25 parties to the convention it has so far had no major impact on world trade.

COMPARISON OF HAGUE RULES AND HAGUE-VISBY RULES

The object of Hague Rules and Hague-Visby Rules was to protect cargo owners from widespread exclusion of liability by sea carriers. This objective was achieved by incorporating standard clauses into the bills of lading, defining the risks which must be borne by the carrier and specifying the maximum protection he could claim from exclusion and limitation of liability clauses.

Hague Rules and Hague-Visby Rules are substantially the same except in the areas discussed below:

Applicability

Hague Rules was restricted by the Carriage of Goods by Sea Act 1924 to bills of lading issued in respect of outward voyages from the U.K.

Article X of the Hague-Visby Rules has extended it to a wider ambit.

The wording of Art X clearly envisages an international contract of carriage 'between ports in different states', although Section 1 (3) of the Carriage of Goods by Sea Act 1971 extends the operation of the Rules, so far as the United Kingdom is concerned, also to cover the coastal trade. Under Section (1) (6) (B) of the 1971 U.K. Act, the Rules are given the force of law in relation to any receipt which is a non-negotiable document marked as such, if the contract contained in or evidenced by it is a contract of the Carriage of Goods by Sea which expressly provides that the rules are to govern that the contract as if the receipt were a bill of lading.

In the case of *The European Enterprise*² it was held the legal effect of a clause in a negotiable receipt expressly incorporating the rule rather than any attempt to delimit the circumstances in which the Rules will be applicable to such a document.

The Hague Rules did not use the expression "contracting State" but named a country in which the law was enacted and usually provided. The bill was to contain an express statement (paramount clause) that the bill was subject to the Rules:

The Hague-Visby Rules used the words "contracting States" so that no conflict of law situations would arise.

² (1989) 2 Lloyds Report (185)

The Hague-Visby Rules will apply to a contract of carriage covered by a document of title similar to the bill of lading. It was seen in *Kum v. Wah Tat Bank Ltd*,³ how a mate's receipt by virtue of custom and trade usage could be treated as document of title. The burden of proof however is not light for the party alleging that fact.

Limitation of Liability

Limitation of Liability in respect of Hague Rules was £ 100 per package coupled with the provision that it was to be "gold value". [This in practice was not satisfying any objections being achieved by a limit of liability in an international convention.

The amendments to the limitation of liability are contained in Article 4 Rule 5(a) of the schedule of the 1971 U.K. Carriage of Goods by Sea Act. Article 4 Rule 5 (a) provides 10,000 francs per package or unit or 30 francs per kilo.⁴

Problems have arisen in many countries in interpreting the term 'package and unit' as used in the formula.

A further problem that arose in applying the Hague Rules formula was to containers, pallets and other devices for the consolidation of goods and the rules limited the liability of the carrier to U.S. \$ 500/ – for the entire contents of the container.

In the case *The Mormaclaynx*⁵ the cargo was described in the bill of lading as one container said to contain 99 bales of leather, it was held that each bale constituted a separate package. Conversely in the case of *Standard Electrica S/A v Hamburg Sudarmercaniche*,⁶ it was held that the

³ (1971) 1 Lloyds Report 439

⁴ A Francs is not a unit of currency but unit of gold

⁵ (1971) 2 Lloyds Report 476

⁶ (1967) 2 Lloyds Report 193

bill of lading merely referring to the container without listing its contents then the container itself will be treated as a package. In the case of *Kulmerland*⁷ where a consignment of adding machines had been shipped inside a container in individual corrugated cartons sealed with thin paper tapes were considered as individual packaging.

The Hague-Visby Rules retained the "package or unit" limitation of liability for individual items of cargo of high value but also introduced an alternative formula based on the weight of the cargo, the shipper being entitled to invoke whichever ever alternative produced the higher amount [Article IV Rule 5 (a)]

There was some controversy as to whether the Hague Rules package or formula was applicable to bulk cargo.

The problem of the conflict of opinion surrounding the container test has been solved as far as U.K. and the States which are implementing Hague-Visby Rules by the incorporation of Article VI Rule (5) (c).

The value of the goods is fixed according to the value of the goods at the relevant time and place at which they were discharged or should have been discharged according to the contract.

Article IV rule 5 recognizes a right in the cargo owner to override the aforementioned limitations of liability by declaring, before shipment the nature and the value of the goods shipped, and having that declarations recorded on the bill of lading. Such a declaration puts the ship owner carrier on notice of the precise nature of the goods and their value.

⁷ (1973) 2 Lloyds Report 428

COMPARISON AND CONTRAST OF HAGUE -VISBY RULES AND HAMBURG RULES

The Hamburg Rules constitute a new Convention on maritime transport agreed under the auspices of the United Nations at a conference at Hamburg on 31st March 1978. Their official title is the United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea 1978. The Rules were devised with the intention that they should supersede the 1924 Hague Rules together with the 1968 Visby amendments.

Applicability

Hague - Visby Rules

The Hague - Visby Rules apply to contracts for the carriage of goods by sea that are evidenced by a bill of lading or a similar document of title between ports in different States (Article I).

The rules applies to all outward shipments from the U.K., but to imports only if the carriage is from one of the states has referred to above or the bill of lading was issued in one of those states or clause paramount in the bill of lading expressly applies them.

If no bill of lading is issued the carrier is not legally bound to apply them and can be subject to the applicability of national law.

These rules does not apply to charter parties (Article V).

Hamburg Rules

Hamburg Rules applies to all contracts for the carriage of goods by sea between two states (Article 11).

It can be seen that the application of rules does not depend on issue of bill of lading and it is

likely to apply for imports as well as exports. The Hamburg rules too are not applicable to charter parties [Article 2 (3)].

Documents

Hague - Visby Rules

Hague - Visby Rules come into operation where a bill of lading or similar document of title covers the contract of carriage by sea [Article I(b)].

Section 1(b) of the U.K. Carriage of Goods by Sea Act 1971 provides that the rules will have the force of law where the bill of lading concerned expressly provides that the rules shall govern the contract.

The Rules are not designed to cover contracts of carriage which envisage the issue of a way bill or other non negotiable document since they are not considered documents of title.

In the case of *Pyrene Co. Ltd., v. Scindia Navigation Co. Ltd.*,⁹ it was established that if the parties envisaged that the contract of carriage will be covered by a bill of lading, it would appear that the Rules will take effect even though, in the event, no such documents is in fact issued.

Hamburg Rules

Hamburg Rules apply to the contract of carriage and not to the bill of lading but the Hamburg Rules still envisage that the carrier should issue a bill of lading. Provision has been made for facsimile and electronic transmission of bills of lading.

Types of Cargo

Hague - Visby Rules

Hague - Visby Rules provides in Article (1) (c) that Rules are applicable to all goods, wares, merchandise and articles of every kind except *live animals* and *deck cargo*.

⁹ (1954) 2 QB 402

In respect of both these cases parties are free to negotiate their own terms of carriage. The exclusion is justified due to the peculiar risk attached to the carriage by both categories of cargo.

Deck Cargo

If the cargo is actually stowed on deck and this factor is clearly stated in the bill of lading deck cargo can be excluded from the Rules.

In the case of *Svenska Traktor v. Maritime Agencies*,⁹ a consignment of tractors had been shipped from Southampton under a bill, which conferred a liberty on the carrier to stow the cargo on deck. When one of the tractors was washed overboard during the voyage the ship owners sought to rely on a clause in the bill of lading excluding his liabilities for loss or damage to the deck cargo. The Court held that he was unable to do so, since a mere general liberty to carry goods on deck is not, a statement in the contract of carriage that the goods in fact carried on deck.

In the case of *Encyclopedia Britannia v. Hongkong producer*,¹⁰ it was held that a clause in a bill of lading providing that the carrier is entitled to carry deck cargo is not within the specific reference to the carriage of goods on deck.

Live Animals

The carrier is at liberty to negotiate the terms of carriage of such cargo.

The carriage may be made subject to Hague - Visby Rules through express stipulation.

Hamburg Rules

Hamburg Rules cover all kinds of cargo including live animals.

⁹ (1953) 2QB 295

¹⁰ (1969)

Live Animals

Article 5 (1) of the Hamburg Rules refers to the carriage of live animals subject to the general obligations of care outline in the said article and the carrier will not be liable for loss resulting from any special risk inherent in that kind of carriage.

Deck Cargo

Article 9 of Hamburg Rules provides for deck cargo. The carrier is entitled to carry the goods on deck only if it is in accordance with an agreement/undertaking with the shipper or is in accordance with the usage, rules or regulations.

Such an agreement between the carrier and shipper must be included in the bill of lading.

Dangerous Cargo

Article 4 Rule 6 defines the liability for the shipment of dangerous cargo

This reinforces the implied term at common law that the shipper will not ship dangerous goods without the consent of the carrier.

Rule 6 provides that when such goods are shipped without the knowledge or consent of the carrier, not only he is entitled to neutralize them at the expense of the shipper, and without any obligation to compensate the cargo-owner, but the shipper is also liable for any loss or damage resulting from their shipment.

Hamburg Rules introduced Three new requirements for the shipment of dangerous goods.

(a) There should be an indication in the cargo that it is dangerous.

(b) The dangerous character of the goods has to be informed to the carrier

(c) Necessary precaution to be taken and the bill of lading must include an express statement that the goods are dangerous.

Period of Coverage

The Hague - Visby Rules apply to the contract of carriage under Article (1) (c) from the time when the goods are loaded on to the time they are discharged from the ship (Tackle to Tackle).

The Hamburg rules covers the period during which the carrier is in charge of the goods at the port of loading, during the carriage, and at the port of discharge. Carrier is deemed to be in charge of the goods at the time of receipt of goods to the time of delivery.

The Rules in fact cover the entire period of carriage even during transshipment Under the Hamburg Rules the carrier is in greater responsibility for deck cargo. In the absence of a statement in a bill of lading that deck carriage is permitted the carrier has unlimited liability if it in fact carries on deck having the burden of providing permission. Where the carrier is authorized to carry on deck it has the same liabilities as in the case of under deck carriage. This differs from the Hague-Visby Rules when there is no mandatory application of those Rules of deck carriage.

In the case of *Pyrene Co. Ltd., v Scindia Navigation Co. Ltd.*,¹¹ it was held that although the damage was caused before the goods had crossed the ship rails this did not essentially mean the exclusion of the rules. In the said judgment it was stated that no special significance should be placed on the phrase "loaded on".

Carrier's Covered

Hague -Visby rules

Under the Hague -Visby rules carrier includes the owner or charterer who enters into a contract of carriage with a shipper [Article 1(a)].

¹¹ (1954) 2QB 402

Hamburg Rules

Under the Hamburg Rules carriers conclude a contract of carriage of goods by sea with a shipper. These Rules also cover actual carriers, which include any person entrusted by the carrier to perform all or part of the carriage of the goods.

Carriers duties and liabilities

Hague -Visby rules

Under the Hague -Visby rules the carrier must exercise due diligence to (Article III).

(a) make the ship seaworthy

(b) properly man, equip and supply ship

(c) make the parts of the ship in which goods are carried fit and safe for the receipt, carriage and preservations of the goods [Article (III) Rule (1)].

The carrier shall properly load, handle, stow, carry, keep, care for and discharge the goods carried (Article (III) Rule 2).

Hamburg Rules makes a distinction between the "carrier" and the "actual carrier".

Hamburg Rules

Under the Hamburg Rules the carrier is liable for loss, damage, or delay in delivery of goods, if the loss occurred while the goods were under the carriers charge, unless the carrier proves that he, his servant or agents took all measures that would reasonably be required to avoid the occurrence and its consequences (Loss or damage) [Article 5(1)].

Article 5(2) defines delay as occurring when the goods have not been delivered at the port of discharge within the time expressly agreed in the Contract of Carriage.

Carrier Immunities

Hague - Visby Rules

The Hague - Visby Rules provide a wide list of exceptions in favour of the carrier. Loss or damage resulting from Article IV (I) (i) - (xviii).

Whenever loss or damage has resulted from un-seaworthiness the burden of proving the exercise of due diligence shall be on the carrier.

In the case of *Riverstons Meat Co. Ltd., v Lancashire Shipping Co. Ltd.*,¹² the defendants had engaged a firm of reputable repairers to repair the ship before sailing. The repairers were negligent and caused water to enter the ship's hold damaging the claimants' goods. Lord Radcliffe held that the carrier must answer for anything that has been done a miss in the repairs. Their duty is to exercise due diligence in ensuring that the ship is seaworthy, and not due diligence in securing the services of a reputable and competent professional to fulfill that task.

By contrast to the Hague - Visby Rules, the Hamburg Rules do not have an extensive list of exception clauses.

There are three main exceptions which operate in the carriers favour.

(i) Live Animals

(ii) Deviation

(iii) Fire

(i) Live Animals

Under Article 5(5) where live animals are carried, the carrier is not liable if he can show that he has complied with the shipper's special instructions and the loss or damage was caused by special risks inherent in the kind of cargo carried.

¹² The Muncaster Castle (1961) AC 807

(ii) Deviation

Under Article 5(6) of the Hamburg Rules provides that the carrier is not liable, except in general average, where loss, damage or delay in delivery resulted from measures to save life or from reasonable measure to save property at sea. However in the event of deviations, the carrier will still be liable for all loss, damage or delay in delivery that results after deviation.

In contrast Article 4 Rule 4 of Hague - Visby Rules a carrier will not be liable for loss resulting from any deviation in saving or attempting to save life or property at sea or any reasonable deviation.

(iii) FIRE

Under Article 5(4) (i) (a) if a carrier is liable, if a claimant can prove that the fire arose from the fault or negligent on the part of the carrier, his servants or agents. The carrier must prove that he, his servants or agent took all measures that could reasonably be required to avoid the occurrence and its consequences.

Limitation of Carriers Liability

Hague - Visby Rules - Liability limits for loss or damage: 666.67 SDRs per package (approx. \$ 970.00) or 2 SDRs per kilogram (approx. \$ 1.32 per pound), whichever is higher and in terms of the Hamburg Rules 835 SDRs per package or (approx. \$1,210 00) or 2.5 SDRs per kilogram (approx. \$1.65 per pound), whichever is higher.

Liability limit for delay

Hague/Visby Rules

no applicable provision

Hamburg Rules

2.5 times freight payable for goods delayed but the recovery may not exceed the total freight payable under the contract of carriage.

Apportionment of Liability

Hague - Visby Rules

no applicable provision.

Hamburg Rules

Where fault or neglect on the part of the carrier, his servants or agents combines with another cause to produce loss, damage or delay in delivery, the carrier is liable only to the extent that the loss, damage or delay in delivery is attributable to its fault or neglect, provided that the carrier proves the amount of the loss, damage or delay in delivery not attributable to its fault or neglect.

Notification of loss or damage

Hague - Visby Rules

Notice of loss or damage must be given in writing to the carrier or his agent at the port of discharge before or at the time of delivery, or where the loss or damage is latent, within 3 days of delivery.

A failure to give such notice is *prima facie* evidence of delivery in accordance with the Bill of Lading.

Hamburg Rules

Notice of loss or damage must be given in writing by the consignee or carrier no later than 1 working day after the goods were delivered to consignee, or where the loss or damage is latent, within 15 consecutive days after delivery to the consignee (Article 19).

A failure to give such notice is *prima facie* evidence of delivery in accordance with the document of transport, of if no such document have been issued in good condition.

Compensation for loss resulting from delay in delivery may not be provided unless notice has been given in writing to the carrier within 60 consecutive days after delivery to the consignee.

FILING OF LOSS OR DAMAGE SUIT/ARBITRATION

Hague - Visby Rules

A civil suit must be brought within one year of the date of delivery of the goods, or the date when the goods should have been delivered.

Hamburg Rules

A civil action or arbitration proceeding related to the carriage of goods must be commenced within two years of the date delivery of the goods, or where no delivery, on the last day on which the goods should have been delivered.

CONCLUSION

The Hamburg Rules has been strongly opposed by ship owning interests as it is feared that they would tend to increase carrier's liability and therefore affect the cost of insurance through the P & I clubs.

They have been equally strongly supported by shipper interests who believe they set a fairer balance between the responsibilities of carrier and shipper.

Freight forwarders' interests have moved to a position of broad support, seeing the Hamburg Rules as offering the potential for greater uniformity between the liability regimes for the different transport modes, and also reducing the gaps in liability which can be a source of difficulty at present for the forwarder who acts as a principal. The Hamburg Rules came into force on 1 November 1992 and although there are already 25 parties to the Convention it has so far had no major impact on world trade.

In recent years a number of States have unilaterally adopted a hybrid of Hague-Visby - Hamburg Rules and the application differ from state to state. These countries include Australia, Japan, China and the Scandinavian States.

The respective approaches of both the Australian and U.S. draft Bill are similar and are broadly in line with developments elsewhere.

While substantive law relating to carrier liability follows the Hague -Visby pattern the Scope of application of these provisions is expanded in line with Hamburg Principles. The overall result of these developments is a further step away from the ultimate objective of international uniformity.

In an attempt to prevent further fragmentation the CMI in conjunction with UNCITRAL, has launched a project seeking to gain international agreement on a new updated liability regime capable of meeting the requirements of modern commerce to promote a great degree of uniformity as possible.

வாணிப பாலியல் துஷ்பிரயோகத்திற்காக பிள்ளைகளைக் கடத்தல்

S. Thurairaja

LL.B, LL.M (London), DFMS

Senior State Counsel, Lecturer- Sri Lanka Law College

இலங்கையில் முதல் முறையாக 1995 ஆம் ஆண்டு 22 ஆம் இலக்க கட்டளைச் சட்டத்தின் கீழ் சிறுவர் துஷ்பிரயோகம் தடுக்கப்பட்டு குற்றவியல் சட்டத்தின் கீழ் குறிப்பாக தண்டனைச் சட்டக் கோவையின் கீழ் கடும் தண்டனை பெறக்கூடிய பாரிய குற்றமாக வரைவிலக்கணப் படுத்தப்பட்டு சட்டமாக்கப்பட்டது. சிறுவர் துஷ்பிரயோகம் தொடர்பாக கடந்த பல இதழ்களில் ஆராய்ந்தோம். எனினும் அச் சட்டத்தினுள் வரும் ஒரு குறித்த பகுதியை இன்றைய காலத்தின் தேவைக்கேற்ப பிரித்து ஆராய்தல் உசிதமாகும். சிறுவர்களுக்கான முதலாவது உலக உச்சிமாநாட்டில் வாணிப பாலியல் துஷ்பிரயோகம் கீழ்வருமாறு வரைவிலக்கணப்படுத்தியது.

வயது வந்த ஒருவரினால் பணத்திற்காகவோ அல்லது வேறெதேனும் இலாபத்திற்காக ஒரு பிள்ளையை பாலியல் துஷ்பிரயோகத்திற்கு உட்படுத்தினால் அது வாணிப பாலியல் துஷ்பிரயோகமாகக் கருதப்படும். மேலும் சிறுவர் உரிமை பட்டயத்தின் கீழ் 18 வயதிற்கு குறைந்த அனைத்து மனித உயிர்களும் பிள்ளைகளாகக் கருதப்படும்.

இதனடிப்படையில் இலங்கை தண்டனைச் சட்டக்கோவையில் 1982 ஆம் ஆண்டின் 22 ஆம் இலக்க, 1988 ஆம் ஆண்டு 29 ஆம் இலக்க, 2006 ஆம் ஆண்டு பாராளுமன்றத்தினால் நிறைவேற்றப்பட்டு இலக்கமிடப்படாத புதிய சட்டத்தின் கீழ் கீழ்வரும் பிரிவுகள் இந்த வாணிப பாலியல் துஷ்பிரயோகத்தின் கீழ் உள்ளடக்கப்படலாம்.

286 (அ) சிறுவர்கள் தொடர்பிலான ஆபாசமான வெளியீடு, கண்காட்சி முதலியன

288 (அ) (1) உடலுறவுக்குக் கூட்டி விடுபவர்களாகச் செயற்படுவதற்கும், பிள்ளைகளை வாடகைக்கு அல்லது ஊழியத்துக்கு அமர்த்துதல்

360 (ஆ) "குழந்தை விபச்சாரம்"

363. கற்பழிப்பு

364 (அ) முறையில்லாப் புணர்ச்சி

365 (அ) ஆட்களுக்கிடையிலான மிக்க இழிவான செயல்கள்

365 (ஆ) பாரதூரமான பாலியல் துஷ்பிரயோகம்

ஆட்கடத்துகை தொடர்பாக இலங்கையின் ஆரம்பகால சட்டங்கள் விசேடமான ஏற்பாடுகளை கொண்டிருக்கவில்லை. 1995 ஆம் ஆண்டு 22 ஆம் இலக்க சட்டளைச் சட்டத்தின் கீழ் 360 (இ) தொடர்பாக புதிய வரைவிலக்கணம் தரப்பட்டது. ஐக்கிய நாடுகள் சபையின் ஆட்கடத்துகை தொடர்பான வரைவிலக்கணத்துடன், சார்பு நாடுகளின் ஆட்கடத்துகை பட்டயத்தின் வரைவிலக்கணத்தினை ஒப்புநோக்கும் போது அது மிகக் குறுகிய செயற்பாட்டு பரப்பினை கொண்டிருந்தது. நீதிமன்றங்களினாலும் சட்ட வல்லுனர்களாலும் ஆராயப்பட்ட போது 2006 ஆம் ஆண்டு பாராளுமன்றத்தில் தண்டனை சட்டக்கோவை திருத்த மசோதாவின் மூலம் திருத்தப்பட்டது.

இந்த கட்டுரை எழுதப்படும் தினத்தில் பாராளுமன்றத்தில் இச் சட்டம் அனைத்து

வாசிப்புகளும், குழு நிலையையும் தாண்டி நிறைவேற்றப்பட்டுள்ளது. எனினும் சபாநாயகரின் கையெழுத்திடப்பட்டு அச்சிடப்படாத காரணத்தால் சட்ட இலக்கம் தரப்படவில்லை என்பது குறிப்பிடத்தக்கது.

2006 ஆம் ஆண்டு தண்டனை சட்டக் கோவையின் திருத்தச் சட்ட பிரகாரம் ஆட்கடத்துகை கீழ்வருமாறு அமைகின்றது.

360 (இ) - விலைப்படுத்தல்

(அ) பணத்திற்காக அல்லது வேறு ஏதேனும் பிரதிப் பயனுக்காக வேறோர் ஆளை வாங்குகின்றாரோ விற்பனை செய்கின்றாரோ அல்லது பண்டமாற்றுச் செய்கின்றாரோ அல்லது எவரேனும் ஆளை வாங்குவதற்கு, விற்பதற்கு அல்லது பண்டமாற்றுச் செய்வதற்குத் தூண்டுகின்றாரோ அல்லது அத்தகைய ஆளை வாங்குவதனை, விற்பதனை அல்லது பண்டமாற்றுச் செய்வதனை ஊக்குவிப்பதற்கு, வசதியளிப்பதற்கு அல்லது தூண்டுவதற்கு எதனையும் செய்கின்றாரோ

(ஆ) எவரேனும் ஆளை அத்தகைய ஆளின் சம்மதத்துடனாயினுஞ்சரி சம்மதமில்லாமலாயினுஞ்சரி வலோத்காரமான அல்லது கட்டாய ஊழியத்தை அல்லது சேவைகளைப் பெறுகின்ற அல்லது அடிமைத்துவத்தின், சேவகத்தின், உறுப்புகளை அப்புறப்படுத்துதலின், விபச்சாரத்தின் அல்லது வேறு விதங்களிலான பாலியற் பயன்புகள் நோக்கத்திற்காக ஆட்திரட்டுகின்றாரோ, ஏற்றிச் செல்கின்றாரோ, இடமாற்றுகின்றாரோ, அடைக்கலமளிக்கின்றாரோ அல்லது ஏற்றுக்கொள்ளுகின்றாரோ அல்லது அச்சுறுத்தலை, வலுக்கட்டாயத்தை, மோசடியை, ஏமாற்றுதலை அல்லது தூண்டுதலைப் பயன்படுத்தி வேறேனும் செயலைச் செய்கின்றாரோ அல்லது

(இ) பிள்ளையொன்றை அத்தகைய பிள்ளையின் சம்மதத்துடனாயினும் சரி சம்மதமில்லாமலாயினுஞ்சரி, வலோத்காரமான அல்லது கட்டாய ஊழியத்தை அல்லது சேவைகளைப் பெறுகின்ற அல்லது அடிமைத்துவத்தின், சேவகத்தின் அல்லது உறுப்புகளை அப்புறப்படுத்துதலின், விபச்சாரத்தின்

அல்லது வேறு விதங்களிலான பாலியற் பயனுகள் நோக்கத்திற்காக ஆட்திரட்டுகின்றாரோ, ஏற்றிச் செல்லுகின்றாரோ, இடமாற்றுகின்றாரோ, அடைக்கலமளிக்கின்றாரோ அல்லது ஏற்றுக்கொள்ளுகின்றாரோ அல்லது வேறு ஏதேனும் செயலைச் செய்கின்றாரோ,

உலகில் ஏனைய நாட்டு சட்டங்களுடன் இலங்கை குற்றவியல் சட்டத்தினை ஒப்பிட்டு நோக்கும் போது அது எந்த விதத்திலும் சளைத்ததாக காணப்படவில்லை என்பது எனது தாழ்மையான அபிப்பிராயம். எனினும் ஏன் இலங்கையில் சிறுவர் துவ்பிரயோகம் அதிகளவில், மேலும் கூறுவதாயின் கட்டுக்கடங்காமல் இருக்கின்றது என்ற கேள்வி எல்லோருக்கும் எழலாம். இந்த கட்டுரையில் சட்டத்தை ஆராயும் அதே நேரத்தில் சில நடபடிமுறைகளையும் ஆராய வேண்டியுள்ளது.

இங்கு ஆராயும் விடயங்கள் தொடர்பாக எனது பதவி நிலையோ அல்லது எனது தொழில் நிலையோ ஏற்புடையதாகாமல் ஒரு ஆய்வாளர் அல்லது சட்ட மாணவன் என்ற முறையில் அணுகி உள்ளேன் என்பதனை தாழ்வாக பதிவு செய்ய விரும்புகின்றேன்.

இந்த விடயம் தொடர்பான வழக்கொன்றினை ஆராய்தல் பொருத்தமானதாகும்.

தென்னிலங்கையில் மிகப் பிரபலமான மாணவர்கள் பயிலும் கல்லூரியொன்றில் நடைபெற்ற சம்பவம் தொடர்பான வழக்கினை முதலில் ஆராய்வோம்.

இந்த கல்லூரியில் சுமார் 4,000 மாணவர்கள் கல்வி பயில்கின்றார்கள். இந்த கல்லூரியின் ஒழுக்க நடபடிகளுக்கு பொறுப்பான ஒரு ஆசிரியரும் உணவு சிற்றுண்டிச்சாலைக்கு பொறுப்பான ஒரு சிற்றுழியரும் இந்த வழக்கில் சம்பந்தப்பட்டிருந்தனர். சம்பவத்தினை சுருக்கமாக பார்ப்போம்.

இந்த மாணவர்கள் 8 ஆம் வகுப்பில் கல்வி பயிலும் 13 வயது நிரம்பியவர்கள். இச் சிறுவர்கள் ஓய்வு பாடநேரத்தில் அல்லது இடைவேளையின் போது சிற்றுண்டிச் சாலைக்கு சென்ற போது அங்கிருந்த உணவு பரிமாறுபவர் சிறுவர்களுக்கு

ஹெரோயின் போதைப் பொருளை இலவசமாக வழங்கி அதனை பாவிக்கும் முறையையும் சொல்லிக் காட்டினார். சிறுவர்களுக்கு சுமார் 1 மாத அளவில் இலவசமாக ஹெரோயின் போதைப் பொருள் ஒன்று அல்லது இரண்டு பக்கட் வீதம் வழங்கப்பட்டது. சுமார் 15 - 20 வரையான சிறுவர்கள் இவ்வாறு பழக்கத்துக்கு உட்படுத்தப்பட்டார்கள். பின்பு பணம் கொடுத்து வாங்கும்படி சிற்றுண்டிச்சாலை ஊழியர் கூறியபோது சிறுவர்கள் வீட்டிலிருந்து பணத்தினை களவாடிக் கொண்டு வந்து கொடுத்தார்கள். கால்ப் போக்கில் பணம் கிடைக்காத போது பிள்ளைகள், பெற்றோர் மற்றும் சகோதர சகோதரிகளின் பொருட்களை திருடி வந்து விற்று போதைப் பொருளுக்கான பணத்தினை செலுத்தினர். இந்த காலகட்டத்தில் சிறுவர்கள் பாடசாலை நேரங்களில் சிற்றுண்டிச்சாலையின் பின்புறத்தில் போதைப் பொருள் பாவித்துக் கொண்டிருக்கும்போது இந்த ஆசிரியர் அங்கு வந்தார். சிறுவர்கள் பயத்தினால் எழுந்து ஓட முற்பட்டபோது சிற்றுண்டிச்சாலை “ஊழியர் ஓடாதீர்கள்! ஆசிரியருக்கு எல்லாம் தெரியும். நீங்கள் தொடருங்கள்” என்று அறிவுறுத்தினார். பல தடவைகள் ஆசிரியர் அங்கு வந்து வகுப்பு நேரங்களில் மாணவர் சிற்றுண்டிச்சாலையின் பின்புறத்தில் இருப்பதனை பார்த்து சிரித்து முதுகில் தட்டிவிட்டு சென்றுள்ளார்.

அந்த காலகட்டத்தில் கிரிக்கட் நேரடி ஒளிபரப்பினை பாப்பதற்காக பாடசாலை பூமியில் இருக்கும் தனது விடுதிக்கு வருமாறு அக் குறித்த ஆசிரியர் மாணவர்களை அழைத்தார். மாணவர்கள் 2, 3 தடவைகள் அவரது வீட்டுக்கு சென்று கிரிக்கட் ஆட்டத்தினை தொலைக்காட்சியூடாக பார்த்தார்கள். இந்த வேளையில் ஆசிரியர் சிறுவர்களுக்கு வெளிநாட்டவர்கள் இலங்கை சிறுவர்களுடன் தகாத முறையில் உடலுறவு கொள்ளும் ஆபாச வீடியோ படங்களை காட்டியுள்ளார். ஓரிரு திணைக்களின் பின்னர் மாணவர்கள் போதைப் பொருள் வாங்குதவிற்கு பணம் இல்லாது தவித்த போது சிற்றுண்டிச்சாலை ஊழியர் ஆசிரியரிடம் கேட்குமாறு தூண்டினார். இரு தடவைகள் ஆசிரியர் பணம் கொடுத்துள்ளார். பிறகு மாணவர்களுக்கு வீடியோ படத்தில் உள்ளது போன்று

வெளிநாட்டவர்களுடன் இருந்தால் பணம் கிடைக்கும் என்று கூறி அவர்களை சம்மதிக்க வைத்துள்ளார். பாடசாலையின் சுற்றாடல் திணை கொண்டாடப்பட்டு கொண்டிருந்தபோது மாணவர்கள் பின்புற வாயிலாக வாகனத்தில் ஏற்றப்பட்டு சுமார் 8 மைல் தூரத்தில் இருக்கும் உல்லாச விடுதி ஒன்றுக்கு அழைத்து செல்லப்பட்டார்கள். அங்கு வெளிநாட்டவர்கள் (வெள்ளை தோல் நிறத்தவர்கள்) இந்த மாணவர் - களுடன் தகாத உடலுறவு கொண்டுள்ளார்கள். இதன் போது ஆசிரியரும் அந்த சிற்றுண்டிச்சாலை ஊழியரும் அங்கு இருந்தது மாத்திரமல்லாது இரண்டு சிறுவர்களுடன் தகாத உறவு கொண்டுள்ளார்கள். சிற்றுண்டிச்சாலை ஊழியர் வீடியோ கெமராவின் மூலமாக இந்த ஆபாச நடடிவழிக் கைகளை ஒளிப்பதிவு செய்துள்ளார்.

வீடயம் பொலிசாருக்கு அநாமேதயமாக தெரிவிக்கப்பட்டது. பாடசாலை மிகவும் பிரபல்யமானதாகவும் அந்த ஆசிரியர் மிகவும் பலமிக்வார் என்பதாலும் இந்த செயல் வெளிச்சத்துக்கு வரவில்லை. பிறகு கொழும்பில் மீண்டும் அழுத்தங்கள் தரப்பட்டதன் காரணமாக ஒரு விசாரணை அதிகாரி நியமிக்கப்பட்டார். இந்த விசேட விசாரணை அதிகாரி இதற்கு முன்னர் எந்தவொரு விசாரணை பிரிவினும் இடம் பெறவில்லை என்பது குறிப்பிடத்தக்கது. இந்த விசாரணை அதிகாரி கொழும்பில் இருந்து அனுப்பப்பட்டு அங்கு விசாரணையை மேற்கொண்டார். இங்கு யார் மீதும் நான் குற்றம் சுமத்தவில்லை. நடந்த தவறினை எதிர்கால படிப்பினைக்காக ஆய்வாளன் என்ற ரீதியில் முன்வைக்கின்றேன். இந்த விசாரணை அதிகாரி குறித்த சம்பவம் நடைபெற்ற வீட்டுக்கு அதாவது ஆசிரியரின் உத்தியோகபூர்வ வாசஸ்தலத்துக்கு சென்று அங்கு பிள்ளைகளால் வர்ணிக்கப்பட்ட ஆபாச திரைப்படத்தை தேடியுள்ளார். அந்த தேடுதல் அறிக்கையில் பின்வருமாறு குறிப்பிடப்பட்டுள்ளது. “பிள்ளைகள் குறிப்பிட்ட ஆபாச வீடியோ திரைப்படத்தை இங்கிருக்கும் வீடியோ நடாக்களில் நன்றாக தேடிப் பார்த்தேன். கிடைக்கவில்லை.”

இவரை நேரடியாக எவ்வாறு தேடினீர்கள் என கேட்ட போது பின்வருமாறு கூறியுள்ளார்.

“வீடியோ நாடாக்கள் அங்கிருந்தது. அதன் பெயர்களை வாசித்து பார்த்து அது ஆபாச திரைப்படம் அடங்கியதல்ல என்ற முடிவுக்கு வந்தேன்.” இந்த ஒரு திறமையான புலனாய்வு சான்று இந்த வழக்கு தொடர்பான புலனாய்வை உங்களுக்கு விளக்கி இருக்கும் என்பதனை கூறிக்கொள்ள விரும்புகின்றேன்.

எந்தவொரு ஆபாச படத்திலாவது அது ஆபாசம் என்று முகப்பு அட்டையில் எழுதியொட்டி இருப்பதனை யாரும் காண முடியாது. சிறு குழந்தைக்குக் கூட தெரிந்த இவ் விடயம், விசேட புலனாய்வுத் துறைக்கு தெரியாமல் போனது தான் மிகவும் வியப்பானதொன்றாகும். இவ்வாறான “திறமையான” விசாரணையின் போது இவருக்கு உதவிக்காக நியமிக்கப்பட்ட குறித்த பிராந்தியத்தைச் சேர்ந்த பொலிஸ் உத்தியோகத்தர்கள் ஏறத்தாழ ஒவ்வொரு வாரமும் இலங்கையின் கிழக்கு மாகாணத்திற்கும் ஏனைய பகுதிக்கும் மாற்றப்பட்டமையும் இங்கு குறிப்பிடத்தக்கது.

இந்த விசாரணையின் போது சிறுவர்கள் தங்களை அழைத்துச் சென்ற உணவு விடுதிகள், வேறு இடங்கள், சம்பந்தப்பட்ட வெளிநாட்டவர் தொடர்பான விபரங்கள் தந்திருந்த போதும் எந்தவொரு வெளிநாட்டவரும் விசாரணைக்குட்படுத்தவோ, கைது செய்யப்படவோ இல்லை.

குறித்த தினத்தில் குறித்த விடுதியில் பல ‘வெளிநாட்டு பொலிசாரின் தகவலின்படி’ சிறுவர்களை துஷ்பிரயோகத்துக்கு உட்படுத்தும் ஒரு ஜேர்மன் நாட்டவரும் அங்கிருந்துள்ளார். எனினும் அவர் தொடர்பான எந்தவொரு தகவலும் பெறப்படவில்லை என்பது கவலைக்குரியது.

இந்த விசாரணையின் அடிப்படையில் ஆசிரியருக்கும் சிறுமணிச்சாலை ஊழியருக்கும் எதிராக மேல் நீதிமன்றத்தில் 11 குற்றப்பகர்வுகள் முன்வைக்கப்பட்டன.

வழக்கின் போது 3 சிறுவர்கள் மாத்திரமே சாட்சியமளிக்க முன்வந்தார்கள். பின்பு கிடைக்கப் பெற்ற இரகசிய தகவல்களின் அடிப்படையில் சுமார் இருபதிற்கும் மேற்பட்ட சிறுவர்கள் இவ்வாறு

பாதிக்கப்பட்டிருந்தார்கள். சில மாணவர்களின் பெற்றோர்கள் சட்டத்தரணிகள், வைத்தியர்கள், அரசு உயர் அதிகாரிகள் தரத்தில் இருந்த போதும் “பிள்ளைகளுக்கு பாதிப்பு ஏற்படும்” என்று கூறி பொலிசாருக்கு வாக்குமூலம் அளிப்பதற்கோ அல்லது நீதிமன்றத்துக்கு வருவதற்கோ தங்கள் பிள்ளைகளை அனுமதிக்க இல்லை என்பது குறிப்பிடத்தக்கது.

வழக்கு விசாரணையின் போது மிகத் திறமை வாய்ந்த சிரேஷ்ட சட்டத்தரணிகள் எதிரிகளுக்காக தோன்றி வாதிட்டார்கள். எவ்வாறாயினும் வழக்கின் முடிவில் இருவரும் குற்றவாளிகளாக காணப்பட்டு 18 வருட சிறைத் தண்டனை விதிக்கப்பட்டார்கள்.

இந்த வழக்கின் சம்பவத்தை மீள் பரிசீலனை செய்வோமாயின் இது வாணிப பாலியல் துஷ்பிரயோகத்துக்குள் உள்ளடக்கக்கூடிய சிறந்த உதாரணமாகும். எனினும் இந்த வழக்கில் ஆட்கடத்துகை தொடர்பான எந்தவொரு குற்றப்பகர்வும் முன் வைக்கப்படவில்லை என்பது கவனிக்கத்தக்கது. மேலும் பிள்ளைகள் பாலியல் துஷ்பிரயோகத்திற்காக விழ்பனை செய்யப்பட்டதற்கான எந்தவொரு குற்றச்சாட்டும் முன்வைக்கப்படவில்லை.

வழக்கின் புலன் விசாரணை, குற்றப்பகர்வு, வழக்கு விசாரணை போன்றவைகளை மீண்டும் நோக்குமிடத்து சில விடயங்களை கவனிக்க வேண்டியுள்ளது. சட்டத்தின் ஏற்பாடுகளில் மிகவும் சிறிய குறைபாடே காணப்படுகின்றது. அந்தக் குறைபாடு அதாவது ஆட்கடத்துகை தொடர்பான சட்டம் 2006 ஆம் ஆண்டு மீண்டும் திருத்தப்பட்டு நிவர்த்திக்கப்பட்டது என கருதலாம். எனினும் ஏனைய விடயங்கள் கவனத்தில் எடுக்கப்பட்டுள்ளதா? என்று நோக்கும் போது இல்லை என்றே பதில் அளிக்கக்கூடிய சாத்தியம் உண்டு.

புலன் விசாரணையாளர்கள், வழக்கு தொடுநர்கள், நீதிமன்றங்கள், சட்டத்தரணிகள் போன்றவர்களுக்கு இந்த வாணிப பாலியல் துஷ்பிரயோகம் தொடர்பான சிறுவர் கடத்தல் தொடர்பான சட்டங்கள், தண்டனைகள் பூரணமாக உணர வைக்கப்படவோ அல்லது அது தொடர்பான

விடயங்கள் பயிற்றுவிக்கப்படவோ இல்லை என்பது ஆய்வாளரது முதற் கருத்து.

இவ்வாறான வழக்குகளை விசாரிக்கும் விசாரணைத் திறன் இன்னும் பூரணமாக ஏற்படுத்தப்படவில்லை. விசாரணைக்கு அல்லது ஏனையோருக்கும் அதற்கேற்ற உபகரணங்கள், ஆளணி பூரணமாக வழங்கப்படவில்லை என்பதும் குறிப்பிடத்தக்கது.

கிடைக்கும் தரவுகளின் அடிப்படையில் பார்க்கும் போது வாணிப பாலியல் துஷ்பிரயோகத்திற்கான சிறுவர் கடத்தல் இல்லை

அல்லது மிகக் குறைவு என்று குறிப்பிட்டாலும் வழக்கின் நிகழ்வுகளை எடுத்துப் பார்க்கும் போது இந்த குற்றங்கள் மிக அதிகளவில் நிகழ்ந்துள்ளமை தெரிய வந்துள்ளது.

இது தொடர்பாக கூடிய கவனம் எடுத்து ஒருங்கிணைக்கப்பட்ட குற்றத் தடுப்பு செயல் திட்டம் ஆக்கப்பட்டு நடைமுறைப்படுத்தப்படாவிடில் எமது பிள்ளைகள் கடுமையான பாதிப்புக்கு உள்ளாக நேரலாம். அந்த பாதிப்பு நாட்டின் எதிர்காலத்தையே இருளடையச் செய்யும் என்பதில் எவ்வித சந்தேகமுமில்லை.

Role of Banks in Relation to the New Anti Money Laundering Legislation

Ms Janaki Kumaraguru,
Attorney-at-Law, Partner, Messrs Julius & Creasy,

Ms Priya Sivagananathan,
LL.B (Lond), Barrister-at-Law(Lincoln 's Inn),
Attorney-at-Law, Associate, Messrs Julius & Creasy

INTRODUCTION

Money laundering is considered to be one of the most serious issues troubling the international financial community today. According to the World Bank, US\$ 1 trillion is being laundered around the world. Sri Lanka too has realized the increasing importance of introducing effective anti money laundering legislation and the fact that globalization is compelling the need to apply prevention strategies. The Financial Action Task Force (the international body set up to look after the fight against money laundering) has stated that "all countries must participate-and participate enthusiastically-or the money being laundered will flow quickly to the weakest point in the international system." Two Acts have been enacted recently to deal with this problem of money laundering in Sri Lanka, these Acts are:

- (1) Prevention of Money Laundering Act No 5 of 2006 and;
- (2) Financial Transactions Reporting Act No 6 of 2006.

These two Acts cast several onerous obligations particularly on banks and other financial institutions and this article will deal with the impact of such legislation on the financial industry.

It is important to firstly understand what is meant by the term money laundering. Several definitions have been put forward by scholars however it can be defined simply as the procedure used by offenders to conceal the origins of criminal proceeds so that they appear to have originated from legitimate sources i.e. the criminals cleanse the "dirty money" in order to avoid detection and reduce the risk of prosecution.

Money laundering is the criminals' way of ensuring that in the end crime pays. It is a serious problem as it provides fuel for drug dealers, terrorists, arms dealers etc to operate and expand their criminal activities. These illicit funds allow criminals to finance a range of additional criminal activities. Moreover, money laundering abets corruption, distorts economic decision-making, aggravates social ills, and threatens the integrity of financial institutions.¹

Money laundering generally involves a series of transactions used to conceal the source of financial assets so that those assets may be enjoyed without compromising the criminals who are seeking to use them. These transactions typically fall into three stages:

¹ John McDowell, *The Consequences of Money Laundering and Financial Crime*

(1) Placement

the process of placing unlawful proceeds into financial institutions. Examples include depositing cash at a bank (intermingled with clean funds to obscure any audit trail) and converting this cash to a readily recoverable debt; physically moving cash between jurisdictions and purchasing high value goods for either personal use or as gifts,

(2) Layering

process of separating proceeds of criminal activity from their origin through the use of layers of complex financial transactions. Examples include rapid transfers of funds between banks and/or other jurisdictions; use of cash deposits as collateral security in support of legitimate transactions and transferring cash through a network for legitimate and "shell" companies,

(3) Integration

proceeds are integrated back in to the economy in such a way so as to appear legitimate. Examples include- false or inflated invoices.

It is through these processes that the criminal tries to transfer the money derived from criminal activities (such as drug trafficking, arms dealing, terrorism and organized crime) into funds with an apparently legal source.

PREVENTION OF MONEY LAUNDERING ACT No 5 OF 2006

Section 3(1) of the Act sets out the definition of the offence of Money Laundering:

"Any person, who-

(a) engages directly or indirectly in any transaction in relation to any property which is derived or realized directly or indirectly *from any unlawful activity or from the proceeds of any unlawful activity;*

(b) receives, possesses, conceals, disposes of or brings into Sri Lanka, transfers out of Sri

Lanka or invests in Sri Lanka any property which is derived or realized directly or indirectly *from any unlawful activity or from the proceeds of any unlawful activity*

knowing or having reason to believe that such property is derived or realized directly or indirectly from any unlawful activity or from the proceeds of any unlawful activity shall be guilty of an offence of money laundering...."

This section also sets out the penal sanctions of person who are found guilty of the offence of money laundering.

The term "*unlawful activity*" has been defined as any act which constitutes an offence under any of the laws specified in the Act and includes Poisons, Opium & Dangerous Drugs Ordinance; law or regulations relating to the prevention and suppression of terrorism; bribery act; any other offence punishable with death or imprisonment of seven years or more whether committed within or outside Sri Lanka etc.²

To describe it simply any person who transacts or handles property that is derived from unlawful activity and is aware that such property has been so derived will be culpable of the offence of money laundering. The intention behind this offence is to deter criminals from handling and enjoying the proceeds of crime and ensure that their crime does not pay.

The Act is applicable to

(1) a person who commits an offence under the Act whilst being resident in Sri Lanka

(2) an Institution incorporated or registered in Sri Lanka or any branch of a bank incorporated or registered outside Sri Lanka which is used for the commission of an offence

²Section 35 Prevention of Money Laundering Act

(3) an act which constitutes an offence which is committed in Sri Lanka.³

An Institution is defined under the Act as any person or body of persons engaged in or carrying out any finance business or designated non finance business and this, inter alia, includes banks, finance companies and leasing companies.⁴

The Act casts a duty on any person who knows or has reason to believe from information obtained by him in the course of any trade, business etc carried on by him that any property has been derived from any illegal activity, to disclose such knowledge or belief to the Financial Intelligence Unit (FIU). This provision would also cover banks and calls upon banks to disclose information even if they only have a reason to believe that the money has been laundered. Failure to comply with this provision would result in the commission of a punishable offence under the Act.⁵

The Act provides for a police officer, not below the rank of Superintendent of Police, where there are reasonable grounds to believe that any person is involved in any activity relating to money laundering and it is necessary for preventing further acts being committed, to issue "freezing orders" in relation to any account, property etc which may have been used in connection with the offence.⁶ Freezing orders may be issued on banks requesting the banks to freeze monies in certain accounts. Confirmation of the freezing order must be obtained from the High Court within seven days of the making of such order. Freezing orders would also prevent laundered money from being transferred to another account or out of the country.

³ Section 2 Prevention of Money Laundering Act

⁴ Section 35 Prevention of Money Laundering Act

⁵ Section 5 Prevention of Money Laundering Act

⁶ Sections 7,8,9, 10, 11,12 Prevention of Money Laundering Act

The Act also provides that where a person is found to be guilty of money laundering the Court may make an order that the property which was derived for the unlawful activity be forfeited to the State.⁷

FINANCIAL TRANSACTIONS REPORTING ACT (FTRA)

The more important Act to be examined carefully in relation to banks is the FTRA. The Act creates the establishment of a FIU which is to be responsible for monitoring, investigating and taking action against money laundering transactions. At present the Central Bank of Sri Lanka has been appointed as the FIU. The FTRA also imposes many restrictions and obligations on banks and other institutions covered by the Act. In accordance with the FTRA such institutions are:

(1) prevented from opening, operating or maintaining accounts where the account holder cannot be identified including anonymous/fictitious/numbered accounts⁸

(2) bound to identify each customer and verify customer identification data⁹

(3) prevented from proceeding with the transaction in the event satisfactory evidence of identity is not provided to them unless directed by the FIU and shall report the attempted transaction to the FIU as a suspicious transaction¹⁰

(4) bound to main records of transactions correspondence and reports furnished to the FIU for a period of six years from the date of the transaction¹¹

(5) bound to conduct ongoing due diligence on the business relationship with its customer and conduct ongoing scrutiny of customers'

⁷ Section 13 Prevention of Money Laundering Act

⁸ Section 2(1) Financial Transactions Reporting Act

⁹ Section 2(2) Financial Transactions Reporting Act

¹⁰ Section 3 Financial Transactions Reporting Act

¹¹ Section 4 (1) Financial Transactions Reporting Act

transactions including its knowledge of source of funds of customer to ensure that the transactions undertaken by the customer are consistent with the information and business profile of the customer¹²

(6) bound to report transactions exceeding certain amounts specified in Gazettes to the FIU, unless the recipient and the sender is a bank licensed by the Central Bank¹³

(7) bound to report:

-any transaction relating to the commission of any unlawful activity or any criminal offence to the FIU and

-any information it has that may be relevant to an act preparatory to an offence under the Convention on the Suppression of Financing of Terrorism Act No 25 of 2005 or to an investigation of a person under the Money Laundering Act¹⁴

(9) bound to report existence of any property which is or it suspects to be property derived from commission of any terrorist activity¹⁵

(10) bound to appoint a compliance officer to ensure its compliance with the requirements of the Act¹⁶

(11) implement customer identification requirements; procedure for record keeping and retention; process of monitoring and reporting requirements; make its officers and employees aware of the laws relating to money laundering and financing of terrorism and screen all persons before hiring them as employees; establish an audit function; train its staff to recognize suspicious transactions.¹⁷

¹² Section 5 Financial Transactions Reporting Act

¹³ Section 6 Financial Transactions Reporting Act

¹⁴ Section 7 (1) Financial Transactions Reporting Act

¹⁵ Section 8 Financial Transactions Reporting Act

¹⁶ Section 14(1) Financial Transactions Reporting Act

¹⁷ Section 14(1) Financial Transactions Reporting Act

POTENTIAL PROBLEMS ARISING OUT OF THE ACT

Although the introduction of the Acts was necessary in order to combat money laundering, the Acts raise certain issues and problems. With regard to banks it could be said that the FTRA imposes many onerous duties and responsibilities which will be difficult to implement. The bank will have to bear the burden and costs of implementing special monitoring procedures and training staff. The bank would have to install advanced technological equipment and computer systems to screen customers' transactions. The fact that they have to maintain records and correspondence in relation to reports made to the FIU may also prove to be cumbersome. It is possible that bankers may object to the Acts by stating that they are unnecessarily being made to take on the roles of policemen and law enforcers by the requirement of constant scrutiny and monitoring of banking transactions. It also increases the administrative and bureaucratic procedures within a bank which may result in reduced efficiency and speed in banking transactions. At a time when the banking industry is very competitive and aiming to capture the market by providing fast services they may be slowed down by the obligations of the Acts. As much as anti money laundering legislation is required to encourage investment the increased regulation and monitoring procedures may also deter potential investors.

The duty of banker's secrecy which is one of the oldest principles of banking is also being compromised by the Acts which mandate the banks to provide information and report suspicious transactions with regard to its customers. Both Acts provide that the provisions of the Acts shall take precedence over any secrecy obligations contained in the law or elsewhere and the Bank may face difficult situations where they will have to report customers whom they suspect

to be involved in money laundering but may not actually have confirmed evidence of such fact. Furthermore the FTRA prohibits the disclosure of the fact that a report has been made to the FIU to any person other than those permitted in the Act which means that the bank cannot inform its customer that it has reported the customer to the FIU.

The effectiveness of the Act would also heavily depend on the efficiency and resources of the FIU in conducting investigations and taking action against the offenders. Whether Sri Lanka has the expertise to run the FIU and whether it

will be able to co-ordinate with the police and institutions such as banks whilst handling investigations are questions which will need to be considered in the near future.

CONCLUSION

In conclusion, however, it can be said that Sri Lanka has taken a step forward in the right direction in acknowledging the need to tackle the ever increasing problem of money laundering and as with most enactments only time and the Courts will be able to test the true effectiveness of such legislation.

A New Jurisdiction for Cyberspace?

M. A. Sumanthiran

LL.M (Internet and Electronic Law), BSc (Physics)

Attorney-at-Law

INTRODUCTION

The phenomenal growth in the use of the Internet over the last two decades has resulted in a variety of activities in a virtual space called cyberspace. Whenever human interactions take place in a particular sphere, law becomes necessary there to regulate their conduct and to provide a system for the prevention and remedy from wrongs. In cyberspace the traditional notions of law have proved to be inadequate to meet these requirements. This is mainly because laws by design are for geographically defined boundaries and cyberspace does not easily fit into such an arrangement. The Internet can be best described as a network of networks, which has no central place of existence. A virtual space is created through computer links, which cannot be viewed in terms of physical locations or measured as in the case of physical area. This novel idea of 'Space'¹ has called into question the role of positive law as understood traditionally. Virtual space is beyond the comprehension and reach of such law. This paradigm shift has in recent years raised the

question as to whether the cyberspace ought to be viewed, at least in conception, as an actual area that exists outside all national jurisdictions. The object of this paper is to discuss the prospect of developing such an exclusive body of law and a distinct jurisdiction for cyberspace.

THE NATURE OF THE INTERNET AND CYBERSPACE

The only tangible objects in the Internet and cyberspace are the telecommunication lines and the computers connected to each other by means of those lines. In a sense it is very much like the telecommunication system itself in that it uses electronic impulses and signals to transport messages. The only difference is that the Internet can cater to the sensory stimulus of sight as well in addition to that of hearing. Modern telecommunication facilities too can link people located in diverse parts of the globe together at the same time like the Internet. But the ability of the computer to translate the electronic messages into vision images has moved what is now described as the Information Technology in the computer world to a different plane altogether. The advancement of voice communication did not seriously affect the '*paper world*' where documentation is of paramount importance. It is unimaginable that voice recorded contracts could ever eliminate the contracts written on paper. The

¹ It is generally agreed that William Gibson, a science fiction writer, originally coined this phrase in his novel, *Neuromancer* (1984). Although it meant an environment he describes as a "consensual hallucination" where people connect their nervous systems to a device, this term now exclusively refers to the 'place' in which people interact using computers and a telecommunication network.

acoustic medium of speech and hearing somehow do not lend themselves to such an eventuality. But it is a totally different proposition when one considers the medium of cyberspace, where it is possible for the eye also to participate and actually read writings and see other images on 'pages'. There is also the further possibility to write or create images on those pages for others to see. It is perhaps because of this difference that in telecommunication technology there was never any real problem with regard to the identity of the person at the other end and similar issues. But in respect of a medium that more than lends itself to substituting itself in place of existing modes of communication due to its higher versatility, several crucial issues arise that are unique to electronic medium in general and the Internet in particular. One basic problem that arises is the applicable law for this area of human interaction, given the 'borderless' nature of the Internet. The Internet is but one feature of the larger phenomenon of globalization. But it is also the one factor that accelerates that process. Once a person enters the cyberspace through the intermediaries of Internet Service Providers (ISP) and System Operators (sysops), there are no national boundaries any more. The interaction takes place in an area that can be reasonably considered to be outside territorial jurisdictions of nation states. Consequently the question as to what laws applies to this interaction has become an important, if not the most important issue in relation to cyberspace today.

TRADITIONAL APPROACHES TO OTHER CROSS-BOARDER ISSUES

Private international law or conflicts of law is concerned with the choice of law rules in matters where the question as to which municipal law applies arises. Rules of private international law are applied to resolve complex problems as to the

applicable substantive law, procedure and forum. Progressively the efficacy of these rules is being tested in areas such as intellectual property, torts and contracts where interaction at an international level takes place. In many instances Treaties and Conventions have superseded the applicable choice of law rules. Traditional private international law analysis looks to geography in deciding the applicable law and determining jurisdiction. For instance Article 4(1) of the Rome Convention poses the question, 'Where did the injury occur?' National borders are an essential element in the resolution of these problems. *Lex loci* (law of the country of origin) and *lex fori* (law of the country of protection) are private international law considerations that will be applied in intellectual property matters. Even if Treaty Law is applied, the principles of *national treatment* will be the rules by which a decision is made. Thus, axiomatic to the whole dispute of choice of laws is geographic locations, and in particular the national territories. This has remained so even when the considerations based on geographic locations was stretched and often proved insufficient. The reason for that is the recognition that laws are to be made by sovereigns having the authority to enact and enforce them. In a world in which political boundaries are very much the defining lines of authority, it is understandable that all conflicts of law issues were sought to be solved within that framework. It was then that the laws, and the rules carried with them authority and sanctions for non-compliance.

UNIQUE PROBLEMS OF THE INTERNET AND CYBERSPACE

Presently though the Internet and cyberspace have seriously challenged the notion that solutions must be within the framework of authority of the nation states. The moment a person enters the cyberspace, his location or that

of the web pages he accesses at that point in time become irrelevant. Although the 'up-loading' of the pages can be from a variety of jurisdictions, and the viewers or the 'down loading' can be from another set of different countries, all of them interact at the same time at the same 'place'. The possibility for such a feature makes the Internet and cyberspace unique from all other trans-border legal issues.

It is this unique feature that renders all other methods of resolving cross-border legal issues almost redundant in the case of the Internet and Cyberspace. A private international law analysis for the Internet in most cases will not result in any useful discovery since the relevant 'place' might be cyberspace. It is to be noted here that over the few years of its existence, the Internet has also developed a loose code of practice adhered to by its users, without which it may not have flourished to this extent. However this voluntary code or custom is not definite and in any case does not have force or even legitimacy since it is not enforceable as law. There have also been attempts at codifying these rules that are now adhered to by the users of the Internet. This set of rules is loosely called the Netiquette. Some commentators argue that Netiquette is fast becoming the customary law for the cyberspace. Arlene Rinaldi states²,

When I first started working on the Internet in 1990, there were fewer people interfacing with the Internet, and of course, fewer resources. Originally, there was an unspoken "agreement" among users to act and respond in a certain way while working on the Internet. If this agreement was broken, the user could expect to be "flamed" (a net term meaning to receive an argumentative or belligerent response via email) or possibly even

lose Internet access depending upon how flagrantly the "rules" had been abused. The rules have not changed even though resources are greater now and the people coming on-line (onto the Net) are more diverse and understandably unfamiliar with nebulous "agreements".

Rinaldi has developed the document, "The Net: User Guidelines and Netiquette"³. It is titled "The Ten Commandments for Computer Ethics" and lists ten dos and don'ts in relation to the computer.

THE ANOLOGY OF THE LAW MERCHANT

Apart from these guidelines for the use of the computer, there is a plethora of unwritten cyberspace rules. Many commentators have compared this to the *lex mercatoria* or the Law Merchant, which was a set of customs that developed in the Middle Ages between the international merchants. This collection of customary practices hardened into a common law applicable to international trade and enforceable in all commercial countries in the civilized world. This body of law comprised of the several legal principles in extant in all the countries. Matthew Burnstein⁴ says that just as much as the Law Merchant proceeded on the basis that the merchants knew the customs and usages of the Law Merchant, so should the Internet users also be assumed to know the customs and usages of the online environment. And therefore when they interact in Cyberspace, they ought to be bound by the customs and usages of the Internet. The question is as to how far this rule can be stretched

³ <http://www.fau.edu/faahr/netiquette.html>; for another example, see Sally Hambridge, "RFC 1855: Netiquette Guidelines" at <http://arganet.tenagra.com/tenagra/rfc1855.html>

⁴ Matthew Burnstein, *A Global Network or a Compartmentalised Legal Environment*, K Boele-Woelki and C Kessedjan (eds), *Internet, Which Court decides? Which Law Applies?* (Kluwer Law International, 1998) p 28.

² Internet Guidelines and Culture, 1995

and whether the custom will assume the role of law in Cyberspace. Even if it does, how will conflicts between the substantive laws of copyright or defamation from different jurisdictions and the custom on the Internet be resolved? Should the users then rely on the unpredictable and inconsistent behaviour of national courts to recognize these customs and usage as applicable law? If not, can there be a process of formalization of these customs into an international instrument of some kind, with enforcement mechanisms also specified?

THE APPROACHES OF COURTS IN DIFFERENT JURISDICTIONS

Courts in different countries have reacted very differently to the complex issues posed by the Internet and Cyberspace. Some have tried to merely superimpose the rules adopted in the other areas of cross-border conflicts of law. This attempt has ignored the unique features of the Cyberspace and thus the judgments are blind to the rapid development of the technology as well. The problem has usually arisen in the area jurisdiction where there has been diversity in the approach in different cases. Even in the United States of America diverse choice of law rules seem to have been applied. In *Playboy Enterprise v. Chuckleberry*⁵ and *Compuserve v. Patterson*⁶ the applicable law was held to be the destination of the Internet transmission. But in *Religious Technology Centre v. Netcom On-Line Communication Services, Inc.*⁷ the applicable law was the law of the place where the Internet transmission originated. Interestingly in both line of case, the courts held to assume jurisdiction over the cases, albeit applying opposite principles of choice of law! This approach was followed in

⁵ 939 F. Supp. 1032 (S.D.N.Y. 1996)

⁶ 89 f. 3D 1257 (6TH Cir. 1996).

⁷ 923 F.Supp. 1231 N.D.Cal.,1995.Sept. 22, 1995.

*Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*⁸, where a Californian resident was held to be subject to the jurisdiction of the court in Pennsylvania since court found that there were significant activity involving the Internet in Pennsylvania and that the residents there were actually targeted by the Defendant. However, in *BensusanRestaurant Corporation v. King*⁹ and *Hearst Corporation v. Goldberg*¹⁰ jurisdiction was refused on the facts of the cases that mere presence of a web site will not attract the court's jurisdiction. The same approach that if there was 'targeting' of some kind within jurisdiction, even if the 'up loading' was from a place outside jurisdiction, the court would assume jurisdiction over the case, has been followed in a number of cases to date. This seems to have been followed in Canada in *Kitakufe v. Oloya Ltd.*¹¹ in a defamation suit; on the basis that the material placed in Uganda was available in Ontario, Canada.

In Australia the approach has been rather different. In *Macquarie Bank Ltd. v. Berg*¹² the injunction sought by the Australian Bank under the defamation laws of New South Wales against a resident of the United States of America from publishing material against its reputation on the Internet was refused.

Both approaches have different sets of problems. If courts are to decline jurisdiction in cases where the Defendant is outside jurisdiction for whatever reason, infringements can take place with impunity since all that is required to do is locate the server outside the country and ensure that there can be no evidence of targeting. And if the remedy is to sue the 'infringer' in the

⁸ 952 F. Supp. 1119 (W. D. Pa. 1996)

⁹ 937 F. Sup.295 (S.D.N.Y. 1996)

¹⁰ 1997 WL 97097 (S.D.N.Y. Feb 27, 1997)

¹¹ quoted by Richard Garnett, *Are Foreign Infringers beyond the reach of the law?* UNSW Law Journal Vol23(1) 2000 p 111.

¹² [1999] NSW SC 526.

jurisdiction where he or she is located, then the question as to the applicable substantive law would arise. The principle of *lex fori* is that the law of the forum will apply in the absence of any other intervening consideration. On the other hand if courts are to assume jurisdiction on the basis that a web site is 'down loadable' within jurisdiction, then the danger is that the moment a web page is 'up loaded', the server or the owner of the web site becomes liable to be sued in numerous jurisdictions. Such an eventuality will stifle the growth of the Cyber world. There will be no certainty as to what is permissible on the Internet and what is not. It is always desirable that some comity be attained in cyber transactions, so that all who enter that world will live in it with equality. According to Johnson and Post¹³ the very clear dividing line between the real world and the virtual world is the strongest basis for the proposition that Cyberspace be treated as a separate space with a distinct legal regime. The conflicting approaches by different compels the legal community of the world to consider solutions that will suit this unique medium.

POSSIBLE SOLUTIONS

Comon heritage of mankind

One way of solving this private international law problem is by approaching it from a public international law perspective. The idea that Cyberspace is a Common Heritage of Mankind, in much the same way as the High Seas, the Moon, the Outer Space etc., is not a new one. It certainly fits well into the definition of a Common Heritage of Mankind in international law.

¹³ David R Johnson and David Post, *Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, (Stanford Law Review Vol.48:1367 – May 1996)

Conventional approach to the concept of Common Heritage of Mankind lays down five elements, viz.,

- (1) it could not be appropriated,
- (2) it required a system in which all users have a right to share,
- (3) it implies an active sharing of benefits, including the transfer of technology,
- (4) it implied the reservation for peaceful purposes and,
- (5) it implied the reservation for future generations¹⁴.

The non-appropriation principle laid down as the first element is on the basis that if ownership has vested in "mankind", no State can assert its sovereignty over that space in derogation of that right. This applies to Cyberspace with so much more force than it does to other areas designated as Common Heritage of Mankind in public international law today, for the simple reason that Cyberspace is in any case not amenable to be appropriated by any State or individual. Therefore it would be the 'true' Common Heritage of Mankind more than any other. If one examines the trends in public international law with regard to the concept of Common Heritage of Mankind, it may be seen that this is fast emerging into an international legal norm, although it is still not considered an international law principle *erga omnes*.¹⁵

Treating the Cyberspace also as a Common Heritage of Mankind will serve the dual purpose of accelerating the process of establishing the

¹⁴ A Pardo, *The Common Heritage: Selected papers on Ocean and World Order*, (Malta university Press, Malta, 1975) quoted by Kemal Buslar, *The Concept of Common Heritage of Mankind in International Law*, (Martinus Nijhoff Publishers, UK) p 81.

¹⁵ Christopher C Joyner, *Legal Implications of the concept of the Common Heritage of Mankind*, (International and Comparative Law Quarterly, Vol 35 – 1986), p 199.

concept of Common Heritage of Mankind as part of *jus cogens*, while at the same time finding a common system of law for the Cyberspace.

(1) UNCLOS and other treaties

One example of the Common Heritage of Mankind is the United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 (UNCLOS). The preamble to the Convention states *inter alia*,

“the area of the seabed and ocean floor and the subsoil thereof, beyond the limits of national jurisdiction, as well as its resources, are the common heritage of mankind..”

Article 1 of UNCLOS states,

1. For the purposes of this Convention:

(1) “Area” means the seabed and ocean floor and subsoil thereof, beyond the *limits of national jurisdiction*; (emphasis added).

And Article 136 clearly pronounces that “[t]he Area and its resources are the common heritage of mankind”. Thus it may be seen that the Convention applies to an area of the sea that is outside the territorial jurisdictions of the nation-states, which is recognized as the Common Heritage of Mankind. This convention is an example of the treatment of a specific physical territory in the world that is deemed “borderless” for certain purposes. Even prior to the UNCLOS, the 1958 Geneva Convention on the High Seas accepted the principle that this area was not subject to any national sovereignty.

(2) The law of the outerspace

The other examples of such supra-national territories may be seen in the several Treaties and Agreements governing the law of the Outer Space, particularly the Treaty on Principles Governing the Activities of States in the exploration and Use of Outer Space, including the Moon and other

Celestial Bodies, of 27th January 1967 (Outer Space Treaty) and the Agreement Governing the Activities of States on the Moon and other Celestial Bodies, of 18th December 1979 (Moon Agreement). There are other Agreements and Conventions that were entered into between these two, viz., the Rescue Agreement, the Liability Convention and the Registration Convention. The basic principles in the Law of Outer Space are also non-appropriation by States and the use for all and for peaceful purposes. The recent visit to a Space Station by American Space Tourist Denis Tito illustrates this right of every person to enter into and explore the Outer Space. It was interesting that Tito, an American national was transported into the Outer Space by a Russian Space craft. This analogy is comparable with what happens in the Cyber world. Those who enter Cyberspace may do so through an ISP located in another part of the world. The only difference seems to be that those who want to enter the Cyberspace can do so with negligible cost, compared to what Tito had to bear. And so, the argument for a separate jurisdiction for Cyberspace is stronger if one compares the utility value (in terms of immediate benefits) of the Cyberspace with that of the Outer Space.

(3) The sale of goods convention

The United Nations Convention on the International Sale of Goods of 1980¹⁶ is a good example of a common law being codified. This essentially codifies the principles of the Law Merchant. The usefulness of such an intervention by a Convention or a Treaty is that it brings a level of certainty with regard to the law and the forum so far as a dispute is concerned. Such a coherent set of rules will result in unambiguous mindsets among the users and avoid inconsistent legal obligations arising from identical behaviour and

¹⁶ Matthew Burnstein, op cit, p 29.

the undesirable practice of forum shopping. In order to invoke the provisions of the Sale of Goods Convention, one will necessarily have to establish that the transaction was of an international character and that therefore domestic jurisdiction or law will not apply. At times this can become a difficult exercise. But in the case of Cyberspace, there will not be any such confusion or difficulty, since the dispute itself emerges from interaction in Cyberspace. In other words, there is more certainty as to when an interaction takes place in the Cyberspace, than when a contract moves from domestic to international character.

A NEW JURISDICTION FOR THE INTERNET

Like the High Seas and the Outer Space, the Cyberspace is also a *res communis*, in that it belongs to the whole mankind irrespective of national affiliations. It is also a space that it is truly outside the territorial jurisdictions of all nation states. Both the Law of the High Seas and the Law of the Outer Space provides that the applicable law for those spaces is the International Law as seen in the customary principles. The conduct of affairs on the Internet and the Cyber world in general is now loosely governed by a set of voluntary codes of practice. The UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, of June 1996¹⁷ is a good first step towards unifying a substantive law for Cyberspace based on those codes of practice. Such codified law in turn can recognize the customary practices on the Internet, so that the users then would directly participate in the evolution of a law for the Cyberspace. The Report of the Director-General of UNESCO on the International Experts Meeting on Cyberspace Law¹⁸ has laid down that 'every citizen should have the right to meaningful participation in the

¹⁷ <http://www.uncitral.org/en-index.htm>

¹⁸ Reproduced in *The International Dimensions of Cyberspace Law*, (Ashgate publishing Ltd. UK., 2000), Appendix.

information society' will be a principle that will be promoted. In this context, they have also affirmed that 'the right of communication is a fundamental human right'. This Report states as an International Co-operation Principle, that the 'States shall co-operate at an international level and seek to harmonize national law to resolve jurisdictional or conflict of laws differences'. In this process of harmonization, it is suggested that a separate jurisdiction for Cyberspace would eventually become a necessity rather than an option.

If a separate jurisdiction emerges for the Cyberspace the prospects of establishing a public international court for Cyber disputes also will become a reality. Present trend in public international law would show that special courts for the enforcement of international law is a preferred option amongst the members of the United Nations. The passage of the Rome Statute for the establishment of the International Criminal Court in 1998 is a case in point. If such a court is established for the Cyberspace, all Cyber disputes can be referred to that court for determination. Presently there are a number of such private 'courts' available on the Internet as an Alternate Dispute Resolution mechanism. If an International Court is set up, with enforcement powers through national courts agreed on the Convention or Treaty, that court can actually function on the Internet and be easily accessible to all users. This will reduce the time and cost of accessing another private ADR mechanism, and will have the added advantage of enforceability.

CONCLUSION

The time has indeed arrived for the United Nations to take an initiative under the auspices of one of its member bodies to move towards a Convention or a multilateral Treaty for the use of Cyberspace. Since UNESCO has already stepped into this area, perhaps it can take the appropriate further steps in that regard.

What is a salvage operation? Can every one claim salvage remuneration after salvaging the property?

Nelun Senanayake

B.Sc. (Hons), A.I.C.M., M.B.A, Attorney-at-Law

Word "Salvage" is explained in English law as "a person acting voluntary to preserve or contribute to preserve at sea any vessel, cargo, freight or other recognized subject of salvage from damages".

There are number of important and different essential factors in a salvage operation and hope to discuss some of these salient features.

In a salvage operation there need not be an agreement for the payment for salvaging the vessel. Upon the property being salvaged and brought to a place of safety the salvors are entitled to be remunerated not exceeding the value of the property that has been saved. In case if the salvors do not restore the property and bring it to safety, the person who rendered such service do not become entitled to any reward. This is the principle of "no - cure- no-pay" theory.

The basic elements in civil salvage is very interesting. Voluntariness, real or apprehended (or Peril) danger, salvage services success and benefits are the four essential elements that have to be fulfilled in a salvage operation. In Explaining these elements in a more detailed manner one could understand whether every one can claim salvage after salvaging the property.

Before going any further, one should consider whether the two words General Average

and salvage have the same meaning. Both of these terms have a very close relation ship. What is General Average?

General Average could be explained as it was said in 1801,

"all losses which arises in consequence of extra ordinary sacrifices made or expenses incurred for the preservation of the ship incurred for the preservation of the ship and cargo comes within general average and must be born proportion ably by these who are interested."

General Average is also explained in the following manner in the Marine Insurance Act of 1906 Section 66 (2).

"There is a general average act where any extra ordinary sacrifice is voluntariness and reasonably made or incurred in time of peril for the purpose of preserving the property imperiled in the common adventure."

What happens to the position in general average when the shipowner has paid for salvage services. This position is explained in Rule VI of the York-Antwerp rules.

(a) Expenditure incurred by the parties to the adventure in the nature of salvage, whether under contract or otherwise, shall be allowed in general average provided that the salvage

operations were carried out for the purpose of preserving from peril the property involved in the common maritime adventure.

Expenditure allowed in general average shall include any salvage remuneration in which the skill and efforts of the salvors in preventing or minimizing to the environment such as is referred to in Article 13 paragraph 1 (b) of the International Convention on Salvage, 1989 have been taken into account.

(b) Special compensation payable to salvor by the shipowner under Article 14 of the said Convention to the extent specified in paragraph 4 of that article or under any other provision similar in substance shall not be allowed in general average.

What it means is in a salvage award, whether or not made under a salvage contract is ordinarily allowed in and adjusted in general average.

There are two points to be noted in comparison of salvage and general average. These are :-

(1) The salvor's lien attaches at the time and place where the salvage services terminate, but the ship owner's lien in general average arises on arrival at the contemplated destination unless there is a prior termination of the adventure.

(2) In salvage, salvaged values are assessed at the time and place where the salvage services terminate, whereas in general average, they are generally assessed when and where the common adventure ends.

In General Average if cargo is forwarded to destination- even in continuation of a voyage- the common adventure ceases when the original carrying vessel and her cargo part company; thus all allowances in the general average to the ship

owner under Rule XI (b) for crew wages, daily port charges during repairs will cease at that time. The cargo cannot be called upon to contribute to the general average expenses incurred after leaving the ship. One of the items of expenditure is "expenditure incurred by the parties to the voyage on account of salvage.... Undertakes for the purpose of preserving from peril the property involved in the common maritime adventure." Rule VI.

In order to overcome this there is standard form called Non Separation Agreement that you get the parties enter into. The object of this agreement is to place the parties to the adventure in the same position with regard to their rights and liabilities in General Average as if the cargo had been retained at the port of refuge and carried to destination in the original carrying vessel after repairs.

Also there is another service that is rendered called "Wreck removal". Wreck removal operation does not normally confer a right to salvage; it is no more than a contract to remove property, which is not worth salvaging. But this situation must be distinguished from that where a salvor removes a wreck with the object of preserving it so as to obtain a salvage reward.

Now we will consider the essential elements in a salvage.

(a) Voluntariness.

The property that is saved should be done by a voluntary act, and not due to a pre-existing contractual or other legal duty to avoid the requirement of voluntariness and not to award a salvage claim, it must be shown beyond doubt that there existed a duty to render the service wholly and completely and, secondly, that the duty was owed to the owners of the property saved.

But any salvage services that are rendered, out of a sense of moral obligation to rescue those in distress does not debar a claim for salvage. Even if there is self interest on the part of the salvor in under taking salvage operation, it is not barred in recovery of the salvage remuneration.

The crew of the same ship cannot claim any salvage claim by salvaging their own vessel unless their contract of employment has been actually or constructively terminated before the salvage service has commenced.

In the case of *The San Demetrio*¹ A tanker was severely damaged in the North Atlantic by gunfire from a German warship. She was fully loaded with a cargo of petrol. The Master ordered the crew to abandon the ship. The whole crew left in three lifeboats. Subsequently, the tanker caught fire after being hit again. The following day the tanker, still on fire, was sighted again by one of the lifeboats. Under command of the second officer, the boats' crew reboarded the ship and, with great skill and courage, brought the vessel several hundred miles through bad weather to safety on the Clyde. The crew claimed salvage awards. It was held that, the vessel had been properly abandoned under the orders of her Master. Therefore, under the circumstances the vessel's own crew were entitled to claim salvage.

Langton J. held that the four prerequisites to the recovery of salvage were that the abandonment;

(1) must take place at sea and not upon a coast;

(2) be *sine spe revertendi*;

(3) be bona fide for the purpose of saving life; and

(4) be by order of the master in consequence of danger by reason of damage to ship and state of elements.'

¹(1941) 69 L.L. Rep 5,

In the *The Albionica* a vessel caught fire in bad weather, the master and part of the crew, were able to abandon ship but the chief officer and others later declined the service of a lifeboat agreeing to remain on board and it was held that the relevant contract of employment was not had not been terminated because there had been no abandonment of the ship on the orders of the master nor was his conduct sufficient to amount to that..

Statute law and International conventions (such as Article 11 of the Brussel Convention, 1910, Article 10 of London Salvage Convention 1989) impose on Masters a legal duty to go to the rescue of others in distress situation. Though there is a statutory duty still the master can claim for salvage because some statutes expressly preserve the right to claim salvage.

Once the ship's crew has salvaged the vessel (after they have been discharged) the whole crew is entitled to share the remuneration even though some individuals have performed no more than their ordinary duties. Normally the award of the master is made separately because he is mostly responsible during his service. Therefore his award is markedly greater than that of any one else on the vessel.

A ship owner has no right to claim remuneration in respect of services rendered by him to his own vessel. If, however, the vessel rendering the services is not owned but merely time or voyage chartered by the owner of the casualty (i.e. the salvaging vessel remains in different ownership) the owner of the chartered vessel may recover salvage. Also when the salvaging ship is in different ownership, but in common management with the salvaged ship, salvage remuneration is payable by the owners of the salvaged ship for the services rendered to that ship.

Not only the navigational crew on board the vessel will be entitled to salvage claim, the non-navigational crew too have a right to share the salvage remuneration but it has been decided that non-seaman receives a reduced share when dividing.

The case, *Newman v. Walters*,² shows that salvage claim could be totally received even by a passenger in the ship. In this case a sailing ship was stranded on shoals off the English coast and was abandoned by her Master and the bulk of the crew. The pilot was too intoxicated to be capable of any action. The ship was brought to safety by the effects of a passenger who happened to be a qualified Merchant Marine Captain and who acceded to the request of the vessel's chief officer to take control.

It was held that in acting so he ceased to be a passenger altogether and certainly did more than what was expected of him under the circumstances.

In an instance where the salvaged and the salvaging vessels both belonging to the same ship owner, and if the salvaged ship was damaged due to the fault of the ship owner then the crew of the salvaging ship could claim for the salvage remuneration.

If the Ingredient of Voluntariness is satisfied, there is no artificial restriction on who may or may not be a salvor.

In *The Sava star*³ A fire took place on board a ship carrying fertilizer in bulk in course of a voyage across the North Sea. Salvage services were performed by professional salvors who brought a claim against the owner of ship and cargo. However the cargo owners themselves brought a

²(1804) 3 Bos & P 612

³(1995) 2 Lloyd's Rep 134,

claim for salvage against the ship on the basis that they had put on board specialists and specialized equipment for fighting fertilizer fires and had acted in a manner wholly beyond that which would be expected of a cargo owner. This claim by a cargo owner was unprecedented.

However it was held by Clark J. that in principle on the above special facts such a claim could succeed if the services provided by the cargo owner go beyond a claim which would succeed of the services provided by the cargo owner go beyond those which would ordinarily be expected of a cargo owner.

(b). Real Danger

Salvage can be only claimed where lives and property has been saved from a real and appreciable danger. The burden of proving that there was a real danger from which the lives and property has been saved rests on the salvor.

In *The Cythera*⁴

Plaintiff, the Master of the *Colorado del Mar* went to save the *Cythera* from thieves and at that point *Colorado del Mar* collided with *Cythera* and as a result the thieves were thrown into the water. And latter they were taken on board *Colorada del mar*. Later on, with the help of government the *Cythera* was brought into Cascade Bay.

There after the plaintiffs, the owner of *Colorado del Mar*, claimed a salvage reward on the grounds that they had recovered the *Cythera* from pirates. But the defendants denied such a right and filed a counter-claim for damages caused by the collision.

It was however held that the plaintiffs were entitled to a reward because *Cythera* was in danger and the plaintiffs endeavors were

⁴(1965) 2 Lloyd's Rep 454

voluntarily undertaken. The act of collision had no sufficient evidence of negligence.

The danger must be real and appreciable, it need not be immediate or absolute.

In *The Smarged*⁵ there had been a sudden escape of steam from the boiler of the salved ship. The crew of the vessel left as soon as the steam escaped from the boiler believing that their ship might blow up. The salvor that went to the assistance of salvage of the ship exhibited great courage. But it was infact understood later that there was not real danger, from the steam and it was held that, in these circumstances, where the ship was even abandoned by crew the salvors were entitle for salvage remuneration.

In the case of *The Tres*⁶ salvage is awarded when a vessel or her cargo is in danger, damage or destruction or when there is a reasonable fear of such damage or destruction.

In this case the defendant's ship had been involved in a collision, those on board apparently believed that she was thereafter anchored in a safe position where as in fact they were labouring under a misapprehension as she was in danger. The plaintiff understood the situation and helped to move the vessel into a safe place.

It was held; that the plaintiffs should be awarded salvage.

In *The little Joe*⁷ though the salvors bona fide belived that there was a danger existing but it was not so, as it was a mistaken belief.

It was held that since it was only a mistaken belief the salvage claim was dismissed.

Today we can find a more liberal interpretation of the concept of danger. If a ship

and/ or its cargo is beyond the point where it is able to save it self or bring itself to a place of refuge and needs outside assistance then it is in a situation of real danger. This means that danger need not be immediate.

If a ship is in danger it will usually imply that the cargo is also in danger. But there are instances where it doesn't have to be so. For example, there may be damage to the ship alone or the ship may be grounded, but their cargo is not in physical damage. Nevertheless there can be an opposite situation too, where the ship is stranded but there are no physical damages to the vessel nevertheless part of the cargo that is on the vessel is perishable and the other part of cargo is not.

Even though one part of the property is in peril, then the whole adventure is treated as being in peril and will pay the salvage remuneration ratably to the salved value.

In *the Vandyck*⁸ Court of Appeal has recognized, in collusion where salvors render their service to one ship, but it confers benefit on the other vessel. According to the judgment Salvors can recover salvage from both vessels.

(3).Salavage service must be successful

Success need not be in total, even a partial success is sufficient. That is if there is some measure of preservation to the owners, it will be sufficient for them to claim salvage up to the work that had been done.

The ultimate out come must be successful in some degree before a reward can be paid is based on the simple idea that a reward is paid out of fund preserved as a result of the property have been saved.

⁵(1927) 27 L1LR 302

⁶(1936) 55 L1 LR 16,

⁷(1860) 167 ER 46,

⁸(1882) 5 Asp,

LLOYD'S FORM OF SALVAGE AGREEMENT

Any topic on salvage would not be completed if it has not discussed the Lloyds Open form salvage agreement - the No cure- no pay document.

This was originally designed in the first decade of the 20th century and it changed many times before what we see today. The document provides that the contractor (the salvor) shall use his best endeavors to save the property and then to take it to a place of safety as agreed. Also the owners agree that they, their servants and agents will cooperate fully with the contractors in and about the salvage and shall promptly accept redelivery of the salvaged property at the place, which the contractor is entitled to the said property.

The remuneration, which is to be paid for salvage services under this form is usually agreed upon, after the task is completed. Unless the parties have agreed on the sum to be paid, the remuneration is to be fixed by arbitration in London, which will be mentioned in the agreement as a condition. Any person who is a party to this agreement can initiate these arbitration proceedings. But until the question of payment is satisfactorily resolved the salvors are granted a lien for the services they have rendered to salvaged the property and this property cannot be moved from the place without the salvors' written consent unless adequate security has been furnished for their claim of remuneration.

நுகர்வோர் உரிமைகளும் இலங்கையின் நுகர்வோர் பாதுகாப்புச் சட்டங்களும்

M.A.M.Hakeem

LL.B.(Hons) Col., Attorney- at- Law

Lecturer - Faculty of Law, University of Colombo

நுகர்வோர் உரிமைகளின் தோற்றம், அவற்றுக்கு கிடைத்த அங்கீகாரம் மற்றும் அவற்றின் வளர்ச்சி உட்பட, நுகர்வோர் பாதுகாப்புத் தொடர்பான இலங்கைச் சட்டங்களின் பின்னணியை ஆராய்வதுடன் அடிப்படையான தகவல்களைத் தருவதுமே இக்கட்டுரையின் நோக்கமாகும்.

அறிமுகம்

பொருட்களையும் சேவைகளையும் நுகரும் அல்லது அனுபவிக்கும் எவரும் நுகர்வோரென பொதுவாக அழைக்கப்படுகின்றனர். நுகர்வோர், பாவனையாளர் அல்லது நுகர்வுக்காக கொள்வனவு செய்வோர் என்போர் அனைவரும் ஒரே கருத்தில் நோக்கப்படுகின்றனர். உலகிலுள்ள அனைத்து மனிதர்களும் சமூகத்தில் எத்தகைய அந்தஸ்தினை தாம் வகித்த போதிலும் ஒவ்வொருவரும் நுகர்வோரே ஆவர். பதினெட்டாம் நூற்றாண்டின் பிரபல பொருளியல் அறிஞரான அடம் ஸ்மித் 'அனைத்து விதமான உற்பத்திகளினதும் ஒரேயொரு இறுதி நோக்கம் நுகர்வு ஆகும்' (the sole and end purpose of all production is consumption) என்று தனது ஆக்கமொன்றில் குறிப்பிட்டுள்ளார். அதாவது உற்பத்தி செய்யப்பட்ட எப்பொருளும் அல்லது சேவையும் நுகர்வில் முடிவடைவதனால், அவை இறுதியாகச் சென்றடைகின்றவர் எதிர்பார்க்கும் நோக்கத்திற்கு உகந்ததாக அல்லது தேவையை நிறைவு செய்வதாக அமைந்திருந்தல் வேண்டும் என்பது புலனாகின்றது.

பண்டமாற்று முறைமை நிலவிவந்த யுகத்தில் பொருளாதாரத்தின் அடிப்படையான பரிமாற்றம்

நேருக்குநேராக பொருளுக்கு பொருள் என்ற அடிப்படையில் கைமாற்றம் நடைபெற்றது. ஆனால் பொருளாதாரத்தின் வேகமான வளர்ச்சி பண்டமாற்றுக்கு பதிலாக பரிமாற்று ஊடகத்தை அல்லது கைமாற்றல் சாதனங்களை வழக்கத்திற்கு கொண்டு வந்தமையினால், பரிமாற்றத்தில் ஈடுபடுகின்ற மக்கள் தாம் கைமாற்றும் அல்லது பெற்றுக் கொள்ளும் பொருட்கள் சேவைகளின் தராதரம் தொடர்பில் உடனடி மதிப்பீடொன்றைச் செய்வதற்கான சந்தர்ப்பங்கள் குறையத் தொடங்கின.

மக்களின் தேவையில் ஏற்பட்ட அதிகரிப்பு, புதிய கண்டுபிடிப்புகள், உற்பத்தி, வர்த்தகம் என்பவற்றில் உருவான பாரிய முன்னேற்றங்கள், திறந்த சந்தையமைப்பு முறைமை, சர்வதேச வர்த்தகத்தின் அபிவிருத்தி மற்றும் கட்டற்ற ஏற்றுமதி இறக்குமதிகள் என்பவற்றின் காரணமாக உற்பத்திப் பொருட்களினதும் வழங்கப்படுகின்ற சேவைகளினதும் தன்மை தராதரம் என்பவற்றில் நுகர்வோரின் பாதுகாப்பைவிட பொருளாதார ரீதியிலான அக்கறையே மேலோங்கி நின்றது. உற்பத்தியாளர்களும் வர்த்தகர்களும் நுகர்வோர்களை விட அறிவில் திறனில் மிகையானவர்களாக காணப்பட்டதுடன் இலாபத்தை நோக்கியதாக மட்டுமே அவர்களது இலக்கு இருந்தது. வளர்ச்சி கண்டுவருகின்ற

பொருளாதார அமைப்பில் குறைபாடுகளையுடைய அல்லது பாதுகாப்பற்ற பண்டங்கள் சேவைகள் தொடர்ந்து வந்து குவிவதனால், அவற்றைக் கட்டுப்படுத்தவும் தடுக்கவும் பொருத்தமான தர நிர்ணய செய்முறை முறைமைகளையும் ஒழுங்கமைப்புக்களையும் பற்றி ஆராய வேண்டிய நிலை உருவானது.

மனித உயிர் வாழ்வுக்குத் இன்றியமையாத பண்டங்கள் சேவைகள், அவற்றின் குறைபாடுகள் காரணமாக மனித உயிருக்கு அச்சுறுத்தலை ஏற்படுத்துகின்ற போது, மனிதனது உயிர் வாழ்கின்ற உரிமை மீறப்படுவதாகக் கருதப்பட்டது. ஆகையால் சிறந்த வாழ்க்கைத் தரமொன்றை அடைந்து கொள்வதற்கு சிறந்த பொருட்கள் சேவைகளை மக்கள் அனுபவிக்க வேண்டும் என உணரப்படலாயிற்று.

நுகர்வோரின் உரிமைகள் இனங்காணப்பட்டமை

நுகர்வோர் தொடர்பான இந்த அக்கறையினை ஒரு தேசிய அக்கறையாக கருதிய அமெரிக்க முன்னாள் ஜனாதிபதி ஜோன் எப். கெனடி, உலக வரலாற்றில் நுகர்வோரது உரிமைகளை முதன் முதலாக அடையாளங்கண்டு 1962ஆம் ஆண்டு அமெரிக்க காங்கிரஸில் நுகர்வோர் உரிமைகள் சட்டமூலத்தை சமர்ப்பித்தார். அதில் நுகர்வோரின் உயிருக்கு அல்லது ஆரோக்கியத்துக்கு தீங்கு விளைவிக்காத பொருட்களைக் கொள்வனவு செய்வது பற்றிய நுகர்வோரின் பாதுகாப்புக்கான உரிமை, நேர்மையான எமற்றும் இயல்பினைக் கொண்டிருக்கும் விளம்பரங்களிலிருந்து பாதுகாப்பு பெறும் உரிமையை நிலை நிறுத்துவதுடன், பண்டங்கள் தொடர்பான உண்மையான தகவல்களைப் பெற்றுக் கொள்வதற்கான நுகர்வோரின் தார்மீக தகவலைப்பெறும் உரிமை, எந்தவொரு வியாபாரியும் நுகர்வோரின் தெரிவுரிமையைத் தடுத்து பொருட்களை வாங்குமாறு அவர்களை நிர்ப்பந்திக்க முடியாத வகையில் நுகர்வோர் தனது விருப்பரிமைக்கேற்ற விதத்தில் பண்டங்களை நுகர்வதற்கான தெரிவு செய்யும் உரிமை, நுகர்வோர் உள்ளாக் கப்படக் கூடிய அநீதிகள் அக்கறைகளின் பிரதிநிதித்துவம் ஆகிய விடயங்களை நுகர்வோர் உரிமைகளாக அமெரிக்க ஜனாதிபதி ஜோன் எப். கெனடி சுட்டிக்காட்டினார். அச்சந்தர்ப்பத்தில் அவர் தெரிவித்ததாவது,

“தரக்குறைவான பொருட்கள் நுகர்வோர் ஒருவருக்கு வழங்கப்பட்டால், விலைகள் அசாதாரணமானதாக இருந்தால், மருந்துப் பொருட்கள் பாதுகாப்பற்றதாக அல்லது பெறுமதியற்றதாக இருந்தால், தகவலற்ற நிகையில் பொருட்களைத் தேர்ந்தெடுக்க இயலாதவனாக இருந்தால், அப்பொழுது அவனது பணம் வீணாகின்றது, அவனது ஆரோக்கியமும் பாதுகாப்பும் அச்சுறுத்தலுக்குள்ளாகின்றன, மொத்தத்தில் தேசிய அக்கறை பாதிப்புக்குள்ளாகின்றது.”

இக்கூற்றின் மூலமாக அமெரிக்க ஜனாதிபதி நுகர்வோரின் பாதுகாப்பினை தேசிய அக்கறையுடன் ஒப்பிட்டுள்ளதுடன், அரசாங்கம் தான் வகுக்கும் தேசியக் கொள்கையிலும் நுகர்வோருக்கு கிடைக்க வேண்டிய விரைவான நிவாரணங்கள் தொடர்பிலும் நுகர்வோர் உரிமைகளுக்கு வழங்க வேண்டிய முக்கியத்துவத்தினை எடுத்துக் காட்டினார். நுகர்வோர் உரிமைகள் பற்றி முதன் முதலாக அவரது இச்சொற்பொழிவு 1962 ஆம் ஆண்டு மார்ச் மாதம் 15ஆம் திகதி நிகழ்த்தப்பட்டமையினால், இத்தினமே உலக நுகர்வோர் தினமாக இன்றும் அனுஷ்டிக்கப்படுகின்றதுடன், பல நாடுகளில் தேசிய நுகர்வோர் தினமாகவும் இத்தினமே கருதப்படுகின்றது.

சர்வதேச ரீதியாக நுகர்வோர் உரிமைகள் முக்கியத்துவம் பெற்றமை

நுகர்வோர் உரிமைகளின் வளர்ச்சிக் கட்டத்தின் மற் றொரு சாதனை அது சர்வதேச ரீதியான கவனத்திற்குட்பட்டதாகும். இன்று நுகர்வோர் சர்வதேசம் (Consumer International) என்ற பெயரில் அழைக்கப்படுகின்ற, நுகர்வோர் சங்கங்களின் சர்வதேச அமையம் (IOCU) 1978ஆம் ஆண்டு பின்வரும் எட்டு வகையான உரிமைகளை நுகர்வோர் உரிமைகளாகக் கருதி சர்வதேச ரீதியான தராதரமாக வெளியிட்டது.

1. அடிப்படைத் தேவைகளுக்கான உரிமை (The Right to Basic Needs)

நுகர்வோரின் வாழ்க்கை முறையை உறுதிப்படுத்தும் அடிப்படையான பொருட்கள் சேவைகளை அதாவது உணவு, நீர், வாழிடம், உடை, சுகாதாரம், கல்வி, மற்றும் கழிவுகற்றும் வசதிச் சேவைகள் என்பவற்றை போதுமானளவு பெற்றுக்கொள்வதற்கான உரிமை.

2. பாதுகாப்புப்பெறும் உரிமை (The Right to Safety)

உயிருக்கும் உடல் ஆரோக்கியத்திற்கும் பாதிப்பை ஏற்படுத்தக் கூடிய பொருட்கள் சேவைகளிலிருந்து நுகர்வோர் தம்மைப் பாதுகாத்துக் கொள்வதற்கான உரிமை.

3. தகவல் அறிவிக்கப்படுவதற்கான உரிமை (The Right to be Informed)

நேர்மையற்ற அல்லது தவறாக வழிகாட்டும் தகவல்களிலிருந்து அல்லது விளம்பரங்களிலிருந்து நுகர்வோர் தம்மைப் பாதுகாத்து புத்தி சாதுரியமாக சரியான தெரிவுகளைச் செய்வதற்கான தகவல்களைப் பெற்றுக்கொள்வதற்கான உரிமை.

4. தெரிவு செய்வதற்கான உரிமை (The Right to Choose)

போட்டியான விலையில் சிறந்த தரநிர்ணயங்களைக் கொண்டதும் வெவ்வேறான தரமான பொருட்களையும் பயனுள்ள சேவைகளையும் தெரிவுசெய்வதற்கான உரிமை.

5. விளங்கப்படுவதற்கான உரிமை (The Right to be Heard)

அரசாங்கம் தனது பொருளாதார மற்றும் இதர கொள்கைகளைத் திட்டமிடும் போது நுகர்வோரின் தேவைகள் நலன்கள் தொடர்பான கருத்துக்களை விளங்கிக் கொள்ளவும் அவற்றை ஏற்றுக்கொள்ளும் வகையில் அரசாங்கத்தை கட்டாயப்படுத்துவதற்கான உரிமை.

6. பரிசாரம் பெறுவதற்கான உரிமை (The Right to Redress)

பிழையான அல்லது தவறான தகவல்கள், குறைபாடுள்ள பொருட்கள் திருப்தியற்ற சேவைகள் என்பவற்றின் காரணமாக நுகர்வோருக்கு ஏற்பட்ட இழப்புக்களை ஈடு செய்து கொள்வதற்கான பரிகாரங்களை அல்லது நிவாரணங்களைப் பெற்றுக்கொள்வதற்கான உரிமை.

7. நுகர்வோர் கல்விக்கான உரிமை (The Right to Consumer Education)

நுகர்வோர் தமது வாழ்வில் பொருட்கள் சேவைகள் தொடர்பிலான முடிவுகளை எடுப்பதில் திறமையுள்ளவராக செயற்படுவதற்கான அறிவு மற்றும் திறன்களைப் பெற்றுக்கொள்வதற்கான உரிமை.

8. ஆரோக்கியமான சூழல் (The Right to Healthy Environment)

உயிர்வாழ்வுக்கு ஆபத்தை ஏற்படுத்தாததும் அச்சுறுத்தலற்றதுமான வாழ்க்கைத் தரம் ஒன்றிற்கான ஆரோக்கிய சூழலைப் பெற்றுக்கொள்வதற்கான உரிமை.

ஆகியவற்றை நுகர்வோர் உரிமைகளாகக் கருதி அவற்றை அரசாங்கங்கள் பாதுகாத்தல் வேண்டுமென சர்வதேச ரீதியாக முதன்முதலாக நுகர்வோர் சங்கங்களின் சர்வதேச அமையம் குரல் கொடுக்கத் தொடங்கியது.

நுகர்வோர் உரிமைகள் தொடர்பான ஐக்கிய நாடுகள் சபையின் அவதானம்

சர்வதேச ரீதியில் முக்கியத்துவம் பெறத்தொடங்கிய நுகர்வோர் உரிமைகளானவை, ஐக்கிய நாடுகள் சபையினது கவனத்தையும் ஈர்க்கத் தவறவில்லை. அந்த வகையில், ஐக்கிய நாடுகள் சபை 1985ஆம் ஆண்டு ஏப்ரல் மாதம் 9ஆம் திகதி நுகர்வோர் பாதுகாப்புக்கான வழிகாட்டி நெறிமுறைகளின் தொகுதியொன்றினை ஏற்றுக்கொண்டது. அரசுகளின் பொருளாதார அக்கறைகள், கொள்கைகள் மற்றும் சர்வதேச வர்த்தகத்தின் வியாபகத்தன்மை என்பவற்றைக் கவனத்திற் கொண்டு சமவாய அல்லது ஒப்பந்த வடிவிலன்றி வழிகாட்டி நெறிகள் என்றளவில் நுகர்வோர் பாதுகாப்பு அம்சங்கள் உருவாக்கப்பட்டிருப்பது குறிப்பிடத்தக்கதாகும். அவை 1999ஆம் ஆண்டில் பல்வேறு முன்னேற்றகரமான திருத்தங்களுக்கு உட்பட்டதுடன், சர்வதேச ரீதியாக நுகர்வோரின் தேவைகளை கவனத்திலெடுத்து, சர்வதேச சமூகம் குறிப்பாக வளர்முக நாடுகளைச் சேர்ந்த அரசாங்கங்கள் நுகர்வோர் கொள்கைகள் மற்றும் சட்டவாக்கங்கள் என்பவற்றை பலப்படுத்திக் கொள்வதற்கானதும் சிறந்த முறையில் ஆக்கப்பட்டதுமான கட்டமைப்பினை வழங்குகின்றன.

இவ்வழிகாட்டி நெறிமுறைகள் பின்வரும் அம்சங்களின் அடிப்படையில் நுகர்வோரின் பாதுகாப்பை

வழங்குவதற்கும், உறுதியானதொரு நுகர்வோர் கொள் கையை விருத்தி செய்வதிலும், உறுதிப்படுத்துவதிலும் அல்லது பராமரிப்பதிலும் தேவையான நடவடிக்கைகளை எடுக்குமாறு வேண்டுகின்றது.

1. உடல் ரீதியான பாதுகாப்பு (Physical Safety)
2. பொருளாதார அடிப்படையிலான அக்கறை (Economic Interests)
3. தரநியமம் (Standard)
4. அத்தியாவசிய பொருட்களும் சேவைகளும் (Essential Goods and Services)
5. பரிசாரம் (Redress)
6. கல்வியும் தகவலும் (Education and Information)
7. ஆரோக்கியம் (Health)

இத்தகைய அம்சங்களினூடாக நுகர்வோர் உரிமைகளை பாதுகாப்பதற்கான பல்வேறு வழிமுறைகளைப் பின்பற்றுமாறு ஐக்கிய நாடுகள் சபை தனது உறுப்பு நாடுகளைத் தூண்டி வருகின்றது. அதேபோன்று ஐக்கிய நாடுகள் சபையின் நுகர்வோர் பாதுகாப்புக்கான வழிகாட்டி நெறிகள் பின்வரும் குறிக்கோள்களை அடிப்படையாகக் கொண்டவையாக உள்ளன.

(i) நுகர்வோர் பாதுகாப்பு வழிமுறைகளைப் பராமரித்து வருவதற்கு அரசுகளுக்கு உதவுதல்.

(ii) நுகர்வோரின் தேவைகள் மற்றும் முன்னுரிமைகள் என்பவற்றுடன் இணைந்த விதத்தில் உற்பத்தி விநியோக ஆழவென்றை அபிவிருத்தி செய்தல்.

(iii) உயர் தரத்திலான தார்மிக நெறிகளைப் பின்பற்றுமாறு உற்பத்தியாளர்களையும் விநியோக-தர்களையும் தூண்டுதல்.

(iv) தேசிய மற்றும் சர்வதேச நுகர்வோருக்கு தீங்கை ஏற்படுத்தக்கூடிய ஒழுங்கற்ற வர்த்தக நடவடிக்கைகளை தடுத்துக்கொள்ள உதவுதல்.

(v) சுதந்திரமான நுகர்வோர் குழுக்களை உருவாக்கும் தேவையை விரிவாக்குதலும் நுகர்வோர்

பாதுகாப்புத் தொடர்பில் சர்வதேச ஒத்துழைப்பையும் ஒருமைப்பாட்டையும் ஏற்படுத்தல்.

(vi) நுகர்வோர் இறைமையின் அடிப்படையில் சந்தைப் பொருளாதாரத்தின் பாதுகாப்புக்கு உத்தரவாதமளித்தல்.

இக்குறிக்கோள்களை அடைந்து கொள்வதற்காக பல சர்வதேச நிறுவனங்கள் நுகர்வோர் உரிமைகளின் முக்கியத்துவத்தில் அக்கறை செலுத்தி பல்வேறு தேசிய சர்வதேச நுகர்வோர் விழிப்புணர்வு நடவடிக்கைகளில் ஈடுபட்டு வருகின்றன. அது மாத்ரிமன்றி தேசிய சட்டங்களில் காணப்படுகின்ற குறைபாடுகளை நீக்குவதற்கான சட்டச் சீர்திருத்தப் பரிந்துரைகளையும் செய்து வருகின்றன.

இலங்கையின் நுகர்வோர் பாதுகாப்புச்சட்டம்

இலங்கையின் நுகர்வோர் பாதுகாப்பு தொடர்பான சட்டத்தினை இரண்டு வகையான சட்டப் பரப்புக்களின் கீழ் நோக்கலாம். ஒன்று பொதுவான சட்டத்தின் கீழான நுகர்வோர் பாதுகாப்பும் நிவாரணங்களும், மற்றையது நுகர்வோர் உரிமைகளின் பாதுகாப்புக்கென விசேடமாகக் கொண்டுவரப்பட்ட நியதிச் சட்டங்களின் கீழான பாதுகாப்பும் நிவாரணங்களும் ஆகும். இவற்றை பின்வருமாறு பொதுச் சட்டத்தின் கீழான நுகர்வோர் பாதுகாப்பு மற்றும் நியதிச் சட்டத்தின் கீழான நுகர்வோர் பாதுகாப்பு ஆகிய இரண்டு தலைப்புகளில் நோக்கலாம்.

அ) பொதுச் சட்டத்தின் கீழான நுகர்வோர் பாதுகாப்பு

பொதுச் சட்டத்தின் கீழ் நுகர்வோர் எத்தகைய பாதுகாப்புக்களைக் கொண்டுள்ளனர் என்பதனை ஆராயும் போது, கடப்பாடுகள் சட்டம் மாத்ரிமே விற்பனையாளனின் அல்லது உற்பத்தியாளனின் பொறுப்புடைமைக்கு போதுமான ஏற்பாடுகளைக் கொண்டுள்ளது. கடப்பாடுகள் சட்டத்தின் கீழ் ஒன்றில் ஒப்பந்தக் கடப்பாடாக அல்லது/அத்துடன் தீங்கியல் கடப்பாடாக அமையும் ஏற்பாடுகளின் கீழ் பாதிப்புக்குள்ளாகும் நுகர்வோர் நிவாரணத்தை நாடக்கூடிய வாய்ப்பு உள்ளது. விற்பனையாளனுக்கும் கொள்வனவாளனுக்கும் இடையில் இணங்கிக் கொள்ளப்பட்ட நியதிகளுக்கு முரணாக பொருட்களின் தன்மை, இயல்பு அல்லது பெறுமதி காணப்படின்,

அல்லது பொருட்களின் வழமையான தன்மைக்கு மாற்றமாக நுகர்வோருக்கு ஏதாவது தீங்கு ஏற்படின் அங்கு ஒப்பந்தம் மீறப்பட்டதாகக் கருதப்படும். அத்தகைய மீறல், ஒப்பந்த மீறலாக அல்லது தீங்கியல் அடிப்படையிலான மீறலாக அமையலாம். உதாரணமாக 1896ஆம் ஆண்டின் பொருட்கள் விற்பனைக் கட்டளைச் சட்டத்தின் கீழ் உட்கிடையான ஒப்பந்த விதிகள் பற்றிய ஏற்பாடுகள் கொள்வனவாளன் என்றவகையில் நுகர்வோருக்கு நிவாரணம் பெறக் கூடிய வழிவகையினைக் கொண்டுள்ளது. தீங்கியல் சட்டத்தின் கீழ் உற்பத்தியாளர் பொறுப்புடைமை போன்ற பல தீங்கியல் முற்தீர்ப்புக்களும் நுகர்வோர் பாதுகாப்பை உறுதிப்படுத்துவனவாக உள்ளன.

இருந்தபோதிலும் நுகர்வோரின் அக்கறைகளை வெளிப்படையாகப் பாதுகாக்கும் ஏற்பாடுகளின் மீறல் தொடர்பான நிவாரண பொறுப்புகளையும் கொண்ட சட்டத்தின் தேவை மிக நீண்ட காலமாக உணரப்பட்டே வந்தன.

ஆ) நியதிச் சட்டத்தின் கீழான நுகர்வோர் பாதுகாப்பு

இலங்கையின் நுகர்வோர் அக்கறைகளின் பாதுகாப்பு தொடர்பான நியதிச் சட்ட பரிபாலனத்தை ஆராயும் போது அது காலனித்துவ காலப்பகுதிவரை செல்கின்றது. காலனித்துவ அரசாங்கங்கள் நுகர்வோர் பாதுகாக்கப்படுவதில் அக்கறை கொண்டவர்களாக, உணவு ஆணையாளர் திணைக்களம் மற்றும் பலநோக்குக் கூட்டுறவுச் சங்க முறைமை போன்ற பல்வேறு நிறுவனக் கூட்டமைப்புக்களை இலங்கையில் அறிமுகம் செய்து வைத்திருந்தனர். 1925ஆம் ஆண்டின் வியாபாரக் குறிகள் கட்டளைச் சட்டம், 1929ஆம் ஆண்டின் விஷம், அபின் மற்றும் அபாயகரமான ஓடைதங்கள் கட்டளைச் சட்டம், 1939ஆம் ஆண்டின் விலைகள் கட்டுப்பாட்டுச் சட்டம் மற்றும் 1946ஆம் ஆண்டின் அளவைகள் நிறுவனங்கள் சட்டம் என்பன காலனித்துவக் காலப்பகுதியில் உருவாக்கப்பட்ட நுகர்வோரின் அக்கறைகளையும் பாதுகாக்கும் ஏற்பாடுகளைக் கொண்டிருந்த சட்டங்களுக்கு உதாரணங்களாகும்.

சுதந்திரத்திற்குப் பின்னர் ஆட்சிக்கு வந்த அரசாங்கங்களும் தமது பொருளாதாரக்

கொள்கைகளுக்கேற்ப பல்வேறு சட்டங்களையும் அவ்வப்போது உருவாக்கி வந்தனர். 1949ஆம் ஆண்டு கொண்டுவரப்பட்ட உணவு மற்றும் ஓடைதங்கள் சட்டம் தொடக்கம் 1997ஆம் ஆண்டின் நியாயமற்ற ஒப்பந்த நியதிகள் சட்டம் வரை பதினைந்திற்கும் அதிகமான சட்டங்கள் நுகர்வோரின் நலன்களைப் பாதுகாக்கும் நோக்கில் கொண்டுவரப்பட்டன. ஆயினும் அச்சட்டங்களின் வெற்றிகரமான நடைமுறைப் பிரயோகம் தொடர்பில் திருப்தி காண முடியவில்லை. 1977ஆம் ஆண்டு தொடக்கம் ஆட்சிக்கு வந்த அரசாங்கங்கள் திறந்த சந்தைப் பொருளாதார முறையையினையே பின்பற்ற வேண்டிய கடுமையான செல்வாக்கிற்கு உட்பட்டமையினால், அவ்வப்போது நுகர்வோர் அக்கறைகளுடன் சேர்த்து வர்த்தகர்களின் நலன்களும் கவனத்திற் கொள்ளப்பட்ட சட்டங்களையே உருவாக்கி வந்தன. உதாரணமாக 1979ஆம் ஆண்டின் புலமைச்சொத்துக்கள் சட்டம், 1982ஆம் நுகர்வோர் கடன் சட்டம் மற்றும் நியாய வியாபார ஆணைக்குழுச் சட்டம் என்பன நுகர்வோர் அக்கறைகளின் பாதுகாப்புக்கு செய்த பங்களிப்பு தொடர்பில் திருப்பதியான நிலை காணப்படவில்லை.

இலங்கையில் நுகர்வோர் நியாயமற்ற வர்த்தக நடைமுறைகள் மூலம் சுரண்டப்படுவதனை பாதுகாக்கும் பொருட்டு பல்வேறு சட்ட வழிமுறைகள் இருந்து வந்திருக்கின்றன என்பதனைக் காணமுடிகின்றது. இவற்றில் 1979 ஆம் ஆண்டின் 1 இலக்க நுகர்வோர் பாதுகாப்புச் சட்டம் இது தொடர்பான முதன்மையான சட்டவாக்கமாக இருந்துவந்ததுடன், அது உள்ளாட்டு வர்த்தக ஆணையாளர் ஊடாக அவரது திணைக்களத்தினால் செயற்படுத்தப்பட்டு வருகின்றது. இச்சட்டத்திற்கு குறைநிரப்புச் செய்யும் சட்டமாகவே 1987ஆம் ஆண்டின் 1 ஆம் இலக்க நியாய வர்த்தக ஆணைக்குழுச் சட்டமும் கொண்டுவரப்பட்டது.

1979ஆம் ஆண்டின் நுகர்வோர் பாதுகாப்புச் சட்டத்தின் மீது அதிக எதிர்பார்ப்பிருந்த போதிலும் அது நிறைவேறவில்லை. இச்சட்டம் உள்ளாட்டு வர்த்தக ஆணையாளர் ஒருவரின் நியமனத்திற்கும், பரந்த அதிகாரங்களுடன் அவர் செயற்படுவதற்குமான ஏற்பாடுகளைக் கொண்டிருந்தது. சட்டம் செயற்பாட்டிற்கு வந்த காலம் மிகவும் பிரபலம் பெற்ற பல அமைப்பு

முறைமைகள் தாபிக்கப்பட்ட போதிலும், கால்போக்கில் இச்சட்டத்தின் பிரயோகம் சுருங்கிவிட்டது.

இத்தகைய குறைபாடுகளை நீக்கி நுகர்வோர் தொடர்பான சர்வதேச தராதரத்தை பேணுவதற்காக 2003ஆம் ஆண்டு ஜனவரியில் பாராளுமன்றத்தினால் 09ஆம் இலக்க சட்டமாக பாவனையாளர் அலுவல்கள் அதிகாரசபை சட்டம் கொண்டுவரப்பட்டது.

2003ஆம் ஆண்டின் 09 இலக்க பாவனையாளர் அலுவல்கள் அதிகாரசபை சட்டம்

இப்புதிய நியதிச்சட்டமானது பாவனையாளர் அதிகார சபையொன்றினை தாபிப்பதற்கும் விளைத்திறமையான போட்டியையும் பாவனையாளர் பாதுகாப்பையும் முன்னேற்றுவதுடன் உள்நாட்டு வியாபாரத்தை ஒழுங்கு படுத்துவதனையும் பாவனையாளர் அலுவல்கள் பேரவையொன்றனைத் தாபிப்பதனையும் குறிக்கோள்களாகக் கொண்டு இச்சட்டம் கொண்டுவரப்பட்டது. அத்துடன் முன்னர் வலுவிலிருந்த 1979ஆம் ஆண்டின் 1ஆம் இலக்க நுகர்வோர் பாதுகாப்புச் சட்டம், 1950ஆம் ஆண்டின் 29ஆம் இலக்க விலைகள் கட்டுப்பாட்டுச் சட்டம் மற்றும் 1987ஆம் ஆண்டின் 1ஆம் இலக்க நியாய வியாபார ஆணைக்குழுச் சட்டம் ஆகிய நியதிச்சட்டங்கள் நீக்கஞ்செய்யப்பட்டு, அவற்றின் நோக்கங்களை உள்ளடக்கியதாக இப்புதிய சட்டம் கொண்டு வரப்பட்டுள்ளது.

பாவனையாளர் அலுவல்கள் அதிகாரசபைச் சட்டமானது 77 பிரிவுகளையும் அட்டவணை ஒன்றினையும் உள்ளடக்கிய ஏழு பாகங்களாக ஆக்கப்பட்டுள்ளது. முதலாம் பாகம், பாவனையாளர் அலுவல்கள் அதிகாரசபையின் குறிக்கோள்கள், பணிகள் மற்றும் அதன் உள்ளடக்கம் என்பவற்றையும், இரண்டாம் பாகம் அதிகாரசபையின் பணிகள் தொடர்பான ஏற்பாடுகளைக் கொண்டிருப்பதுடன் வியாபாரிகளினதும் உற்பத்தியாளர்களினதும் கூடமைகள் மற்றும் கடப்பாடுகள் தொடர்பான ஏற்பாடுகளையும் கொண்டுள்ளது. மூன்றாம் பாகம் போட்டியெதிர்ப்பு நடைமுறைகளை வரையறுப்பதுடன் அது தொடர்பான புலனாய்வுகள் மேற்கொள்ளப்படுகின்ற அதிகாரங்கள் பற்றியும் குறிப்பிடுகின்றன. நான்காம் பாகமானது, பாவனையாளர் விவகார பேரவையின் உள்ளடக்கம், அதிகாரங்கள் மற்றும்

பணிகள் என்பவற்றை ஏற்பாடு செய்வதுடன், ஐந்தாம் பாகம் அதிகார சபையின் நிதியம் மற்றும் உள்ளக செயற்படுமுறைமைகள் பற்றியும் ஆறாம் பாகம் பணிப்பாளரின் நியமனம் மற்றும் ஏனைய ஆளணியினரின் நியமனம் என்பவற்றுக்கும் ஏற்பாடு செய்கின்றன. இறுதியாக ஏழாம் பாகமானது, நிறைவேற்றல், விடுபாட்டுரிமை, பரிசூதியம், ஒழுங்கு விதிகளை ஆக்கும் அதிகாரம், நிலைமாறு கால முன்னேற்பாடுகள் உட்பட உபயோகிக் கப்பட்டுள்ள பதங்களுக்கான வரைவிலக்கணங்களையும் உள்ளடக்கியுள்ளன.

இச்சட்டத்தின் பாயிரத்தில் இரண்டு கொள்கைக் கூற்றுக்கள் முன்வைக்கப்பட்டுள்ளன. முதலாவது, நியாயமற்ற வியாபாரப் பழக்கவழக்கங்கள் மற்றும் மட்டுப்படுத்தப்பட்ட வியாபாரச் செயற்பாடுகள் என்பவற்றுக்கு எதிராக வியாபாரிகளையும் உற்பத்தியாளர்களையும் பாதுகாத்தல். இரண்டாவது, பண்டங்களினதும் சேவைகளினதும் வியாபாரத்தையும் விலைகளையும் ஒழுங்குபடுத்துவதன் மூலம் பாவனையாளர்களின் சிறந்த பாதுகாப்பிற்கு ஏற்பாடு செய்தல் என்பன இலங்கை அரசாங்கத்தின் கொள்கைகளாக வெளிப்படுத்தப்பட்டுள்ளது. அத்துடன் போட்டி விலைகுறித்தலை மேம்படுத்திப் பண்டங்கள் சேவைகளினது வியாபாரிகள் மற்றும் உற்பத்தியாளர்களுக்கிடையில் ஆரோக்கியமான போட்டியை உறுதிப்படுத்தும் தனத விருப்பத்தையும் இச்சட்டத்தின் மூலம் வெளிப்படுத்தியுள்ளது.

இச்சட்டம் பாராளுமன்றத்தில் சட்டமூலாக இருந்த போது, பாவனையாளர் பாதுகாப்பு அதிகாரசபை என்ற பதங்களே உபயோகிக்கப்பட்டிருந்தது. ஆனால், சட்டமாக ஆக்கப்பட்டு வெளிவரும்போது பாவனையாளர் பாதுகாப்பு என்ற பதத்திற்குப் பதிலாக பாவனையாளர் அலுவல்கள் என்ற பதம் பாவிக்கப்பட்டது. இதன் மூலம் இச்சட்டம் தனிமை நுகர்வோர் பாதுகாப்பு என்பதற்கு மேலாக நுகர்வோர் பாதுகாப்புடன் நேரடியாகத் தொடர்புபட்ட வேறு விடயங்களான வர்த்தக ரீதியான போட்டிச் சட்டம் (Competition Law); உள்நாட்டு வர்த்தகத்தை ஒழுங்குபடுத்தல் மற்றும் விலைகள் பற்றிய கொள்கை ஆகியவற்றை உள்ளடக்க சட்டவாக்கசபை எண்ணியுள்ளதனை தெளிவாகக் காட்டுகின்றது. எது

எவ்வாறிருப்பினும் இலங்கை போன்ற வளர்முக நாடுகளில் இந்தியாவின் 1986ஆம் ஆண்டின் நுகர்வோர் பாதுகாப்புச் சட்டம் போன்ற சட்டமே பொருத்தமானது என்பது சட்டவியலாளர்களின் கருத்தாகும். ஏனெனில், தனியே நுகர்வோர்களின் அக்கறைகளைப் பாதுகாக்கும் ஏற்பாடுகளையும் நுகர்வோர் பிணக்குகளுக்கு நிவாரணத்தையும் தீர்வையும் வழங்கும் நியாயமன்றங்கள் என்பவற்றைத் தாபிக்கும் சட்டமாக இருக்கும் போதே நுகர்வோருக்கு அடிப்படையான பாதுகாப்பு கிடைப்பதற்கு வழி பிறக்கும்.

இப்புதிய சட்டம் நுகர்வோர் அல்லது பாவனையாளரை வரையறுக்கும் போது பிரதி பயனுக்கு கொள்வனவு செய்பவரை மாதிரிமே இனங்கண்டுள்ளது. அதாவது பிரிவு 75 - "ஏதேனும் உற்பத்தியாளரால் அல்லது வியாபாரியால் பிரதியனுக்காக கிடைக்கச் செய்யப்படும் எவையேனும் பண்டங்களின் அல்லது சேவைகளின் உண்மையான அல்லது எதிர்காலப் பயன்படுத்துநர்" என நுகர்வோரினை வரையறுக்கின்றது. பணஞ் செலுத்தி நுகரும் பொருட்கள் மற்றும் அனுபவிக்கும் சேவைகள் தொடர்பில் மட்டுமே நுகர்வோர் இச்சட்டத்தின்கீழ் நோக்கப்படுகின்றனர். ஆனால், இலங்கை போன்ற நலன்புரி அரசுகளில் அரசாங்கத்தினால் வழங்கப்படுகின்ற வறுமை நிவாரணம், வரட்சி அல்லது அணர்த்த நிவாரணம் மற்றும் கஷ்டமான நிலைமைகளில் வாழுகின்ற மக்களுக்கு வழங்கப்படுகின்ற உணவுப் பொருட்களும் மற்றும் சேவைகளும் குறைபாடுடையதாக அல்லது நியாயமான தரத்தைக் கொண்டதாக இல்லாத போது இச்சட்டத்தின் கீழ் கேள்விக்குட்படுத்த முடியாது. உதாரணமாக, குறைபாடுள்ள உலர் உணவுப் பொருட்கள் அல்லது அரசாங்க வைத்தியசாலைகளில் வழங்கப்படுகின்ற வைத்திய சேவைகள் தொடர்பில் ஏற்படுகின்ற ஏதாவது கவனயீன ஊறுகள் தொடர்பில் நிவாரணம் கோரமுடியாத நிலை காணப்படுகின்றது. ஆனால், தேசிய நீர்வழங்கல் வடிகாலமைப்புச் சபை மற்றும் இலங்கை மின்சாரசபை என்பவற்றின் குறைபாடான சேவைகள் தொடர்பில் நிவாரணம் பெறக்கூடிய சந்தர்ப்பம் ஏற்பட்டுள்ளது. அதுபற்றி பாவனையாளர் அலுவல்கள் அதிகாரசபைக்கு முறைப்பாடு செய்யவும் முடியும்.

பாவனையாளர் அலுவல்கள் அதிகாரசபை

இச்சட்டத்தின் கீழ் தாபிக்கப்பட்டுள்ள பாவனையாளர் அலுவல்கள் அதிகாரசபை மற்றும் பாவனையாளர் அலுவல்கள் பேரவை என்பன நுகர்வோரின் முறைப்பாடுகள், நியாயமான போட்டிக்கு எதிரான நடவடிக்கைகள் உட்பட பல விடயங்களில் ஆய்வுகளையும், புலனாய்வுகளையும், பறிமுதல்களையும் தோதான கட்டளைகளையும் ஆக்குவதற்கு அதிகாரம் கொண்டுள்ளன.

பாவனையாளர் அலுவல்கள் அதிகாரசபையின் குறிக்கோள்களாக பிரிவு 7 பின்வருமாறு ஏற்பாடு செய்கின்றது. நுகர்வோரின் உயிருக்கும் ஆதனத்துக்கும் தீங்கை ஏற்படுத்தும் பொருட்களின் வழங்கல் அல்லது சேவைகளின் சந்தைப்படுத்தல் என்பவற்றுக்கு எதிராக நுகர்வோர்களைப் பாதுகாத்தல், நியாயமற்ற பழக்கவழக்கங்களுக்கு எதிராக நுகர்வோரைப் பாதுகாத்தலும் நலன்கள் தொடர்பில் கவனஞ்செலுத்தப்படுவதற்கான உத்தரவாதமளித்தல், நியாயமான விலைகளில் பண்டங்கள் சேவைகள் நுகர்வோரால் போதியளவு பெற்றுக்கொள்ளப்படுவதனை உறுதிப்படுத்தல், வர்த்தக முறைகேடான விடயங்களினால் நுகர்வோர் சுரண்டப்படுவதிலிருந்து பாதுகாத்தல் என்பவற்றை பாவனையாளர் அதிகாரசபை தனது நோக்கமாகக் கொண்டுள்ளது. இந்த நோக்கங்களை அடைந்து கொள்வதற்காக இச்சபையிடம் ஒப்படைக்கப்பட்டுள்ள பணிகளுள் நேரடியாக நுகர்வோர் பாதுகாப்பை உறுதிப்படுத்துகின்ற ஏற்பாடுகளுக்கு உதாரணமாக,

அ) விலை, தன்மை, தரம், வகைகள் என்பவற்றில் நுகர்வோர் நலன்களையும் உரிமைகளையும் பாதுகாத்தல்,

ஆ) பொருட்களினதும் சேவைகளினதும் தரம், அளவு, ஆற்றல், தூய்மை, தராதரங்கள் மற்றும் விலை என்பன தொடர்பில் பாவனையாளர்களுக்கு அறிவுறுத்தல்,

இ) சந்தை நிலைமைகள் பற்றிய கற்கைகளை மேற்கொண்டு பொதுமக்களுக்கு தகவல்களை வழங்குதல்,

ஈ) நுகர்வோரின் உடல்நலன், காப்பு மற்றும் தொடர்பில் நுகர்வோர் கல்வியை ஊக்குவித்தல்

என்பவற்றைக் குறிப்பிடலாம். இப்பணிகளை நிறைவேற்றியதன் மூலமாக நிர்ணயிக்கப்பட்ட விதிகளை மீறச் செயற்படுகின்ற எத்தகைய விற்பனையாளர் அல்லது உற்பத்தியாளருக்கும் எதிராக நுகர்வோர் முறைப்பாடுகளைச் செய்யலாம். தரம் மற்றும் உத்தரவாதம் அல்லது கட்டுறுத்து பற்றிய பிரச்சினைகளாக இருப்பின், குறிப்பிட்ட அத்தேதியிலிருந்து மூன்று மாதங்களுக்குள் முறைப்பாடுகள் செய்யப்படல் வேண்டும். அத்தகைய முறைப்பாடுகள் நியாயமான விசாரணையொன்றை நடாத்தியதன் பின்னர் தனது கட்டளையை வழங்கும். இங்கு இத்தகைய கட்டளையை எவ்வளவு காலத்திற்குள் வழங்க வேண்டும் என்பது குறிப்பிடப்படவில்லை.

பொருட்களை விற்பனை செய்ய மறுத்தல், நிபந்தனைக்கமைய விற்பனை செய்தல், மற்றும் பொருட்களைப் பதுக்கிவைத்தல் என்பனவும் இச்சட்டத்தின் கீழ் குற்றமொன்றாகக் கருதப்படுகின்றது.

வியாபார விலைப்பட்டியலை வெளிக்காட்டி வைத்தல், அதிகாரசபையில் வியாபாரிகளைப் பதிவுசெய்தல், கொள்வனவுக்காரரினால் கோரப்பட்டவுடன் பற்றுச்சீட்டுக்களை வியாபாரிகள் வழங்குதல், வியாபாரி அறிவித்தல் பலகையொன்றை ஏற்பாடு செய்துவைத்தல், ஏமாற்றும் வியாபார நடத்தைகள், பொய்யான திரித்துக்காட்டல்கள் முதலிய விடயங்களிலும் வழிகாட்டல்களும் விதந்துரைகளும் இச்சட்டத்தின் கீழ் கூறப்பட்டுள்ளன.

பொருட்கள் சேவைகள் தொடர்பான நியாயமானதும் உட்கிடையாக கருத்திக் கொள்ளப்பட்ட கட்டுறுத்துக்கள் தொடர்பில் நியாயமற்ற தன்மை காணப்படின் அதுபற்றி இடருற்ற நுகர்வோர் ஒருவர் அத்தகைய மீறல் ஏற்பட்டதிலிருந்து ஒரு மாதத்திற்குள் அதிகார சபைக்கு முறையிடுவதன் மூலமாக நிவாரணத்தைப் பெற்றுக்கொள்ளலாம்.

பாவனையாளர் அலுவல்கள் பேரவை

இப்புதிய சட்டத்தின் கீழ் பாவனையாளர் அலுவல்கள் பேரவை ஒன்றும் உருவாக்கப்படுவதற்கான ஏற்பாடுகள் காணப்படுகின்றன. இப்பேரவையானது போட்டி எதிர்ப்பு நடைமுறையொன்று தொடர்பாகவும் அது பொதுமக்களின் அக்கறைகளுக்கும்

எதிரானவையல்ல என்பதனை தீர்மானத்து அதிகாரமளித்தல், அத்தகைய நடைமுறைகள் பொதுமக்களுக்கெதிராக தொழிற்படுகின்றது தொடர்பில் தடுக்கும் அல்லது மாற்று நடைமுறைகளுக்கான கட்டளைகளை ஆக்குதல் என்பன பேரவையின் கடமைகளாதல் வேண்டும். இப்பேரவைக்கு கட்டளைகளை ஆக்குவதற்காக ஒப்படைக்கப்பட்டுள்ள விடயங்கள் நேரடியாக நுகர்வோர் பாதுகாப்புடன் தொடர்பற்றதாயினும் நுகர்வோரின் அக்கறைகளைப் பேணுவதில் இன்றியமையாதவைகளாகும். நுகர்வோர் நேரடியாக எத்தகைய முறைப்படுகளையும் பாவனையாளர் அலுவல்கள் பேரவைக்குச் செய்யமுடியாது.

பொதுவான விடயங்கள்

இச்சட்டத்தின் மற்றொரு முக்கிய அம்சமாகக் கருதப்படுவது, நுகர்வோர் அனுபவிக்கும் அல்லது பெற்றுக் கொள்ளும் சேவைகளின் விரிவான உள்ளடக்கமாகும். பிரிவு 75 இல் வரைவிலக்கணப் படுத்தப்பட்டுள்ள சேவை என்பதனுள் பொதுவாக நியாயமான நுகர்வோர் பெற்றுக்கொள்ளக்கூடிய அல்லது அனுபவிக்கக் கூடிய சேவைகள் அனைத்தும் உள்ளடக்கப்பட்டுள்ளன.

பல்வேறு சட்டச் சிக்கல்களையும் இப்புதிய சட்டம் ஏற்படுத்தத் தவறவில்லை. பொருட்களை வழங்குகின்றவர்களை உற்பத்தியாளர் மற்றும் வியாபாரி ஆகிய வரைவிலக்கணங்கள் மூலமாக ஆராய்கின்றது. ஆனால் சேவைகள் என்பதனுள் அடங்குபவை பற்றிக் குறிப்பிடப்பட்டுள்ளதே தவிர, உயர்தொழில் புரிகின்றவர்கள் என்ற பெயர் உள்ளடக்கப்படவில்லை.

பாவனையாளர் அலுவல்கள் பேரவை மட்டுப்படுத்தப்பட்ட அதிகாரத்துடன் செயற்படுவது மாத்திரமன்றி, அதிகார சபையின் ஏதாவது முடிவுகளை மீளாய்வு செய்யும் அல்லது மேன்முறையீடு செய்வதற்கான ஏற்பாடுகள் செய்யப்படவில்லை.

நுகர்வோர் மத்தியில் விழிப்புணர்வை ஏற்படுத்தக்கூடிய சுயாதீன நுகர்வோர் சங்கங்களுக்கும்

அவற்றின் வளர்ச்சிக்கும் ஊக்கமளிக்கும் ஏற்பாடுகள் காணப்படாததும் ஒரு குறைபாடாகக் கருதப்படுகின்றது.

ஆகவே, நுகர்வோர் உரிமைகளின் அல்லது அக்கறைகளின் பாதுகாப்பு மாதிரிமன்றி நுகர்வோர் பிணக்குகளுக்கான தீர்வுகளையும் நிவாரணங்களையும் கூடிய இலகுவில் பெற்றுத்தரக்கூடிய நிவரணப் பொறிமுறைகளின் தேவை இப்புதிய சட்டம் கொண்டுவரப்பட்ட பின்னரும் கூட எஞ்சியே உள்ளது. கடந்த காலங்களில் இலங்கையில் காணப்பட்ட சட்டங்களையிட முன்னேற்றகரமான புதிய பல ஏற்பாடுகளை இச்சட்டம் கொண்டிருந்த போதிலும் சாதாரண நுகர்வோர் நிவாரணங்களை மிகக்கூடிய விரைவில் பெறக்கூடியதான வாய்ப்பு குறைவாகவே உள்ளது. சாதாரண மட்டத்திலுள்ள நுகர்வோருக்கு நிவாரணமளிக்கும் நியாயசபைகள் முறைமை, சிறிய பெரிய கோரிக்கைகளை விளங்கும் நுகர்வோர் நீதிமன்ற

அமைப்புகள், நுகர்வோர் மேன்முறையீட்டு நீதிமன்றங்கள் என சிறப்பான பதவணியொன்றின் தேவையும் உணரப்பட்டு வருகின்றது.

எது எவ்வாறிருப்பினும் இப்புதிய சட்டம் சிறப்பான முறையில் அமுல்படுத்தப்படுகின்ற பொறுப்பு நுகர்வோருக்காகவே உருவாக்கப்பட்டுள்ள அமைச்சையே சார்வதுடன், பாவனையாளர் அலுவல்கள் அதிகாரசபையும் பாவனையாளர் அலுவல்கள் பேரவையும் தனது தீர்மானங்களை எடுப்பதில் மிகவும் சிரத்தையுடனும் தீர்க்க தரிசனத்துடனும் செயற்பட வேண்டிய கடமையும் காணப்படுகின்றது.

“கொள்வனவாளனுக்கு நூறு கண்கள் தேவை, விற்பனை செய்பவனுக்கு ஒன்றுமே தேவையில்லை” – ஜேம்ஸ் ஹெல்பர்ட்—

Restrictions on Maximum Shareholdings contained in Articles

K.V.S.Ganesharajan
Attorney-at-Law

Articles of Association of a Company often contain an Article which specify the maximum percentage of shares that could be held in that company by any share holder. This Article usually embody the following provisions:

"The Directors shall refuse the allotment of any ordinary share to any individual either on his own name and / or in the names of any of his dependents holds or will upon allotment holds more than..... (percentage) in the of the issued share capital of the company for the time being"

"The Directors shall refuse the allotment of any ordinary share to any company or corporate body incorporated under the Companies Act if such company or corporate body either in its own name and / or in the name of its subsidiary or holding company holds or will upon allotment holds morethan(percentage) of the issued share capital of the Company for the time being"

While a Company's right to stipulate such a ceiling on its shareholding by a shareholder is un questionable in the normal circumstances, the validity of such restrictions embodied in the Articles of a Public Quoted Company has been a matter of controversy in recent times. This is due to the special provisions applicable to a Public Quoted Company which aim at the free transferability of shares of a listed Company.

The purpose of this paper is to examine the legal effect of such restrictions imposed by the Article of a Public Quoted Company. I have also dealt with the effect of such restrictions in the Articles of a Public Quoted Banking Company in as much as many of the disputes in this area have arisen in relation to the between to Articles of a Banking Companies while usually impose such restrictions. It is proposed to deal in the first instance with the provisions of the law applicable to public Quoted Company.

RULES APPLICABLE TO A PUBLIC QUOTED COMPANY

It is trite law that fully paid shares of a listed company are freely transferable. Vide: **Palmer's Company Law**¹ which states that if the shares of a public company are listed on the stock Exchange, fully paid shares have to be free from any restrictions on the right to transfer. vide also **Gower-principles of modern Company Law**² and **Gore-Browne on Companies**³. The above principle has been incorporated in to the **Rules of the Securities and Exchange Commission and the Colombo Stock Exchange**. The legal regime regulating the sale and purchase of the shares of a listed/ public quoted Company is contained

¹ 23rd edn., vol.I, pp. 475

² 6th edn., pp. 88

³ 43rd edn., para. 16-2

mainly in the Rules of Securities and Exchange Commission. Can the Articles of Association of a Company / Bank listed in the Stock Exchange restrict the maximum number of shares that could be held in it by a share holder. The rules made by the Securities and Exchange Commission of Sri Lanka (Securities Council, as it was earlier referred to in the Securities Council Act No. 36 of 1987) under section 53 of the Securities Council Act No.36 of 1987 as amended by Act No.26 of 1991 were published in Gazette No:625.3 of 27.8.90. Rule 4 of the said Rules requires every company seeking a listing to comply with the listing requirements in schedule II of the said Rules. Article 2(1) of schedule II referred to above requires the Articles of Association of a listed Company to embody the following provisions as regards transfer and registration of its shares:-

(a).....

(b) That fully paid shares shall be free from any restrictions on the right of transfer and to the extent to which in its opinion shall also be free from all lien. When and if necessary to do so to enable a company to comply with any statutory or governmental requirement affecting its business, the committee may permit a modification or variation of this requirement.

RESTRICTIONS IN ARTICLES ARE CONTRARY TO LAW

The restrictions on transfers of shares, are contrary to and/or at variance with, the provisions of the Rules of the SEC. While it is indisputable that an article which is contrary to a statute is void and unenforceable. vide - *Halsbury's Laws of England*⁴, *Vide also Greene v. Greene and others*⁵. The question arises as to whether it will suffer the same fate when it contravenes, not an Act of Parliament, but an instrument such as the SEC Rules?

⁴ 4th edn., vol. 7, Para 123

⁵ 1949 (1) All ER 167

SEC RULES HAVE THE FORCE OF LAW

The rules of SEC have been published in the Government gazette, the effect of such publication in the Gazette has been spelt out in section 17(1)(e) of the Interpretation Ordinance, which states that, "all rules shall be published in the Gazette and shall have the force of law as fully as if they had been enacted in the enactment of the legislature." Lord Hershell succinctly explained the effect of this provision in the case of institute of patent *Agents v. Lockwood*⁶. He said that the provisions in a statute declaring that rules or regulations shall be of the same effect as if they were contained in an Act of Parliament, had only one meaning, namely, that "you shall for all purposes of construction or obligation or otherwise treat them (the rules) exactly as if they were in the Act". Vide also *Roberts v. Ratnayake*⁷ where our supreme Court held that the by law enacted under the Municipal Council Ordinance, upon publication in the Gazette, became as valid and effectual as if contained in the principal enactment, and should be treated as part of the Municipal Councils Ordinance itself.

Thus, by virtue of section 17(1) (e) of the interpretation ordinance the Rules of the SEC are vested with the force of an Act of parliament and therefore restrictions contained in the Articles of a listed company would be in contravention of these rules and as such is void and unenforceable.

DOES RESTRICTION ON REGISTRATION OF SHARES WOULD TANTAMOUNT TO RESTRICTION ON TRANSFER OF SHARES?

Another question that arises in this context is whether an Article in a Company's Articles of Association which does not expressly restrict the right to transfer the shares but seeks such transfers as in the case of the article cited in paragraph 01

⁶ (1894) AC at 360

⁷ 1986 (2) SLR 36

above could be construed as an article restricting transfers of shares. In the case of *Lyle & Scott Ltd v. Scott Trustees*⁸, the House of Lords, when interpreting the expression 'transfer of shares' occurring in the articles of a company, held that it denoted the whole of the steps involved in parting with the ownership of shares including the registration of the transfer. Hence, it cannot be contended that the rules of the SEC postulating free transfer of shares did not extend to the registration of such transfers. Therefore any restriction on registration would be tantamount to restriction on transferability of shares. Hence, the restriction on registration in the Articles is in contravention of the SEC Rules, and as such, void in law. It should be noted further that as the provisions of the Article restricting the registering shares are void, the directors will not become liable for any purported violation of the Articles of Association. ?

SPECIAL PROVISIONS APPLICABLE TO BANKS

8. Though it is clear from the above that the Article cannot seek to restrict the number of shares that could be held in a listed company by a share holder, the position regarding Licensed Commercial Banks requires further examination in view of the provisions of the Banking Act. in this regard.

Do the provisions of section 12(1)(d) of the Banking Act derogate from the provisions of section 46(1)(d) of the Banking Act. ?

9. It is a cardinal principle of interpretation that the meaning of a Statute and the intention of the legislature can only be properly derived from a consideration of the whole enactment and every part of it in order to arrive if possible at a consistent

⁸ 1959 (3)WLR 133(at page142)

⁹ vide *Heron v. Fruit Growers Co-operative Association Ltd* 30 CLR 315 at 337

plan¹⁰ cited by *Sharvananda J in Perumal v. Dharmalingam*.¹¹ These words were echoed by *Lord Devey in Canada Sugar refining Co v. R*¹² His Lordship held that every clause of a statute should be construed with reference to the context and other clauses of the Act, so as far as possible, to make a consistent enactment of the whole statute. As succinctly stated by *Sharvananda J in Nandasena v. Senanayake*¹³ where the language of a statute in its ordinary meaning and grammatical construction leads to manifest contradiction of the apparent purpose of the enactment, or to cause inconvenience or absurdity, presumably not intended, a construction may be put upon it which modifies the meaning of the word and even the structure of the sentence.

10. Our Supreme Court has adopted the same approach in other cases involving similar situations. Dealing with a cases where a literal construction of a statutory provision was found to be manifestly absurd, **Mark Fernando J** held¹⁴ "I am satisfied that the language of the statute, in its ordinary and grammatical construction, leads to a manifest contradiction of the apparent purpose of the enactment and to inconvenience, an absurdity which could hardly have been intended" Citing *Maxwell*¹⁵ His lordship declared "where the Language of the statute, in its ordinary and grammatical constructions, leads to a manifest contradiction of the apparent purpose of the enactment or to some inconvenience, an absurdity which could hardly have been intended, a construction may be put upon it which modifies the meaning of the words and even the structure of the sentence" and held that the Court in such

¹⁰ *Odgers, Construction of deeds and statutes*, 5th edn, pp. 237

¹¹ 1981 (1) SLR 26 at 32

¹² 1898 AC 735 at 741

¹³ 1981 (1) SLR 238 at 246

¹⁴ S.C.7/89(Spl) S,C Minutes of 22.2,1990

¹⁵ 12th edn., pp. 228 to 232)

circumstances has to give effect to the real intention of the parliament by modifying careless language or mistakes whether of the draftsman or of the translator even to the extent of substituting another word. Vide also Halsbury¹⁶ which states that to avoid manifest absurdity or injustice, Courts can supply omitted words or interpolate words.

Such a course has been countenanced by our Supreme Court as well as by high judicial authority in England. Lord Reid declared that "to achieve the obvious intention and produce a reasonable result, we must do some violence to the word" *Luke v. Inland Revenue Commissioner*¹⁷. Sharvananda J postulated this doctrine in more emphatic terms in *Nandasena v. Senanayake*.¹⁸ His Lordship held that "A Court of Justice will in order to avoid the purpose of the legislation being rendered nugatory, be justified in adopting a purposive construction by even rendering into a section, words which are not expressly included in it"-(pg 247). Thus, it is clear that the Courts would lean against a construction, which would render the very purpose of the statute being rendered nugatory.

Applying the above principle of interpretation to the present case, it could be concluded that the provisions of section 12 cannot derogate from or circumscribe the higher limit of specifically prescribed by the directions issued by the Monetary Bond in terms of section 46(1)(d).

SECTION 46 (1) (d) IS THE LEADING PROVISION

Even assuming that the provisions in section 12(1) are inconsistent with the provisions of section 46(1) (d), then the conflict should be resolved according to the well known canons of construction. Halsbury¹⁹ states "A Statute should

be construed as a whole so as, so far as possible, to avoid any inconsistency or repugnancy either within the section to be construed or as between that section and other parts of the Statute". Where there is an irreconcilable inconsistency between two provisions in the same statute, the courts must determine which is the leading provision and which the subordinate provision, and which must give way to the other. In resolving such inconsistency, the fact that section 12(1) is one of the provisions embodied in the Act itself, while the directions issued by the Monetary Board are rules or directions issued under the powers conferred by section 46 (1) (d), and not contained in the body of the statute itself, is of no consequence as they too enjoy legislative status in terms of section 17 (1) (e) of the Interpretation Ordinance.

To determine which of these provisions is the leading provision, the following matters are very relevant. While a licensed commercial Bank, under section 46(3) of the Banking Act has been expressly vested with the power of directing a person who holds shares in excess of the maximum percentage of shares permitted in terms of section 46(1) ,to reduce his share holding .no such power have been vested in a licensed commercial Bank to request/direct the reduction of a person's share holding when it is in excess of the 10% stipulated by section 12(1). Further, while section 46(4) of the Act renders non-compliance with directions issued under section 46 (3) a punishable offence, no such sanctions have been stipulated in respect of any non-compliance with the provisions of section 12 of the Act. The fact that the Legislature has spelt out certain sanctions for non-compliance with section 46(1) (d), where no such consequences have been spelt out in respect of a violation of section 12 would be the determining factor in deciding that section 46 (1) (d) is the leading provisions in the statute.

¹⁶ 4th edn., Vol. 44, Para 862

¹⁷ [1963] 1 AER 655 at 664

¹⁸ Supra 1981 (1) SLR 238

¹⁹ Vol.44, pp. 532, Para 872

15. This apart, direction No.3 issued by the Monetary Board dated 2nd October 1998 states that "in order to ensure compliance with the direction contained in paragraph 2, a licensed commercial Bank shall not enter the name of any company, incorporated body or individual referred to in paragraph 2 in the register of members of the Bank as the holder of such number of shares as is in excess of the percentage specified in that paragraph". On the other hand, no such provision exists in respect of share holding in excess of the 10% referred to in section 12. Thus, any

inconsistency between the provisions in question, should be resolved in favour of section 46 (1)(d) which is the leading provision.

CONCLUSION

In these circumstances it is clear that the restrictions on maximum share holdings contained in Articles of Association of a Public Quoted Company is not permissible in law and that the aforesaid restrictions on maximum share holdings contained in Articles of Association of a Public Quoted Company are devoid of any legal effect.

Biometric Technology in Personal Identification and Verification

Swarnarajah Nilakshan
MBA (Colombo), Attorney -at-Law
Dip-in-Journalism (Colombo)

INTRODUCTION

Enormous developments have taken place in the corporate sector since the invention of computers and introduction of Information Technology in business activities. A recent phenomenon that has arrested the attention of many in this millennium is the usage of biometric information. Biometrics has now entered the business sector-particularly the service sector-and contributes to a greater extent in fraud detection and transaction security. This article discusses the use of biometric information in the service sector which includes public and private institutions.

WHAT IS BIOMETRICS?

Biometrics is an automated method of identifying a person or verifying the identity of a person based on a physiological or behavioural characteristic. Biometrics measures unique individual characteristics, thus can authenticate identities. Fingerprints, hand geometry, retina, iris recognition and facial characteristics are some of the physiological traits that are used as biometric information. Learned or acquired traits are called behavioural characteristics. Dynamic signature verification, speaker verification and key stroke dynamics are commonly used behavioural characteristics.

COMMONLY USED BIOMETRIC TECHNIQUES

Fingerprints

The pattern of friction ridges and valleys on an individual's fingerprints, which are unique to that individual.

Face recognition

Identification of a person by his/her facial image in different ways such as by capturing an image of the face in the visible spectrum using an inexpensive camera or by using the infrared patterns of facial heat emission.

Speaker recognition

Uses acoustic features (based on anatomical aspects such as size and shape of the throat and mouth and behavioural aspects such as voice pitch and speaking style) of speech that have been found to differ between individuals.

Iris recognition

This method uses the iris of the eye which is the coloured area that surrounds the pupil and which are unique to each individual.

WHY SHOULD WE USE BIOMETRICS?

There are certain unique advantages in using biometrics for identifying human beings. It is as simple as "identifying you as you". Tokens,

such as magnetic stripe cards, photo ID cards, physical keys and smart cards, could be lost, stolen, duplicated or left at home. Similarly, passwords could be forgotten, shared, observed or hacked. Moreover, if people are to remember passwords and Personal Identification Numbers (PIN) for each and every cards they carry, that itself would become a huge burden on them. The solution to this is biometrics, which will always be there with the person concerned and which is easy to use, accurate, unique, reliable, and less expensive authentication for a variety of applications. Hence, these special features make the use of biometric technology in personal identification and authentication very significant in today's world.

HOW DOES BIOMETRICS WORK?

Biometrics involves a dual process. First step is the enrolling or registering process. A particular biometric information relating to an individual is captured and processed by a computer for later comparison purposes. The second step is either the identification or verification process. In the identification mode, the biometric system identifies a person from the entire enrolled population by searching a database for a match based solely on the biometric. This is also called 'One to Many' matching. The system can also be used in verification mode. In this mode, a person's claimed identity is authenticated by the system through comparison with the previously enrolled pattern. This is also referred to as 'One to One' matching.

IDENTIFICATION MODE — "WHO IS THE PERSON?"

This mode is mainly used to search from an entire database if a particular individual has already claimed an entitlement benefit or whether he is applying for the first time or whether he has made multiple claims under different names.

A practical example which is available in Sri Lanka is the use of Biometrics in the visa application process by a foreign diplomatic mission. This particular Diplomatic Mission introduced the use of biometrics in its visa application process as a pilot run in Sri Lanka and later extended the measure to several other countries as it proved to be a success.

At the time of an individual submitting his/her visa application form, the applicant's fingerprints are also enrolled into a storage system. This storage will hence consist of the fingerprint data of all the applicants who had submitted an application for a visa at the Mission in Colombo. Therefore, this procedure ensures that a particular applicant does not apply for a visa under another name with forged details. A spokesperson for the particular diplomatic mission that uses biometrics in Colombo confirmed that the asylum claims made by Sri Lankan visa applicants submitting forged documents has drastically come down following the implementation of biometric technology at the time of issuing visas. The number of asylum claims made by Sri Lankan in the respective country was 705 in 2003 whereas it dropped to 245 after the biometrics was well established in the Mission in Colombo. The head of special projects at the immigration control of this particular country deduced that this was a success for biometrics.

Other examples of the use of biometric identification mode in the western countries are mostly in the field of law enforcement, health and social services sector.

The United Kingdom government is contemplating the introduction of an identification card system, like the national identity cards in Sri Lanka, but with the person's biometric characteristic endorsed in the identification card. UK's former Home Secretary David Blunkett's

words are very much apposite here. He said: "We have a right to live in a free and open society, and we are used to taking people at face value-trusting them to be who they say they are. However, recent events have brought home how the need for trust and confidence actually require us to move beyond this".¹

A 2004 survey done for the U.K Home Office has revealed that around 8 in 10 of the general public saying they were either 'very much in favour' or 'in favour' of providing their biometric sample to be included in the identity cards.

This stands evidence for the growing awareness among the decision makers and general public of the use of biometrics and the increased readiness of the public to provide their biometric traits for their betterment.

POTENTIAL AREAS WHERE BIOMETRIC IDENTIFICATION MODE COULD BE USED IN SRI LANKA

The Sri Lankan Government has faced several challenges in eliminating frauds and corruption in the public sector. A very recent example is the exorbitant claims made by people in the tsunami affected areas seeking aid for relief and rehabilitation. Government officials have faced a lot of problems in verifying the actual victims and ensuring that the same person is not applying for a benefit in different names in different areas. This problem is not only an issue after the tsunamis but has been there in several benefit schemes such as Samurdhi and Mahapola scholarships.

Hence, introduction of biometric technology to trace the applicant's past history of making claims would greatly help reduce frauds and corruption in the public sector, thus paving

the way for a reduction in public expenditure. However the limitation in introducing biometrics will be the high costs involved.

VERIFICATION MODE - "IS THE PERSON WHO THEY CLAIM TO BE?"

This mode is used when a person's claimed identity has to be verified against their previously enrolled pattern. In most computer access or network access environments, verification mode would be used. A user enters an account, user name, or inserts a token such as a smart card, but instead of entering a password, a simple touch with a finger or a glance at a camera is enough to authenticate the user.

Biometric technologies are expected to play a key role in personal authentication in the near future. It has already formed its roots in developed countries such as the U.S and European countries. Utilized alone or integrated with other technologies such as smart card, encryption keys and digital signatures, biometrics are anticipated to pervade nearly all aspects of the economy and daily lives in the west. For example, biometrics is used in schools such as in lunch programmes in Pennsylvania, and a school library in Minnesota. They are also used in verification of annual pass holders in amusement parks, speaker verification for television home shopping, internet banking and users' authentication in a variety of social services.

Access to bank records, starting automobiles and unlocking apartments are also areas which are gaining prominence in attracting the use of biometric verification technology.

POTENTIAL AREAS WHERE BIOMETRIC VERIFICATION MODE COULD BE USED IN SRI LANKA

Given the nature and extent of frauds and misappropriations of funds taking place in the

¹ Jay Lyman, "UK Looks to Biometrics in New National ID", 2004, at <www.TechNewsWorld.com>, 27.04.2004.

financial sector, it becomes of paramount importance to concentrate on curtailing such activities even at a higher cost. This is necessary in order to retain the customers and their confidence in the institution concerned. A very recent incident at the Colombo office of an international bank, where millions of rupees were fraudulently withdrawn by the production of identification documents similar to that of the actual account holders, is a good justification for the necessity to introduce biometric verification methods, in order to control frauds. Concerns of high costs involved in the initial implementation of biometric database and verification system could not stand in the way of opting for the introduction of biometric technology as the losses suffered by the bank were enormous.²

Another potential area which has to be taken into consideration in Sri Lanka on introducing biometric verification technology is the electoral procedure. Sri Lanka has stood accused for a high level of election related malpractices and abuses in the past few decades. To restore the image as a peaceful and democratic Republic, Sri Lanka needs to take a giant leap forward to eliminate all election related malpractices and impersonations. This could be done through matching the biometric characteristic of a voter at the time of casting his or her vote with the use of an already stored biometric information database of the registered voters. Better the image of the country, more the chances of attracting foreign investors and business sectors, hence this will indirectly help Sri Lanka's economic prosperity.

OVERCOMING THE MAJOR LIMITATIONS ON THE USE OF BIOMETRIC TECHNOLOGY IN PERSONAL IDENTIFICATION AND VERIFICATION

Cost factor

Jack M. Germain states that "biometric security, at least in theory, has been around for a

² (Sudar Oli newspaper, Iss. Monday 21 February 2005, page 1).

decade. But the use of biometrics for computer security and user authentication has failed to attract much practical interest to date because the clunky devices were costly, inconvenient and intrusive".³ However Germain's article features the IBM made *fingerprint reader* built into its newest ThinkPad laptop. "A finger scan is required to gain log-on access to the portable computer and its contents, delivering simplified access to password-protected personal and financial information, websites, documents and email" states Germain.

As per IBM's program director for security and wireless devices in the Personal Computing division Claim Anderson, most add-on security devices cost from US\$ 150 to \$200 but IBM was packaging the finger scanner and software for \$50. This stands evidence that the cost factor would no longer deter the widespread use of biometric technology for identification and verification.

Author Peter DiMaria states that "when new technology becomes available it tends to be expensive and low on features. However, some adopters see the benefits of the technology and take advantage of it early on. Thanks to them, the price comes down and the features go up over time. The early adopters of new technology are not afraid because they know the advantage in terms of satisfaction or cost savings will justify upgrading or purchasing subsequent generations".⁴

Perception that biometric information could be hacked and stolen

There is a perception among laymen that once they provide their biometric information and

³ Jack M Germain, "IBM Introducing Fingerprinting Reader into Laptop", 2004, at <www.TechNewsWorld.com>, 04.10.2004.

⁴ Peter DiMaria, "Biometrics Keeps Your Borders Secure Today", *Business Solutions*, Iss. June 2003, at <www.businesssolutionsmag.com>

stored in a database, those information could be hacked and stolen and could be abused anywhere and everywhere. However the solution is that actual biometric identifiers such as fingerprint images, handprints or voice recordings are not stored or even actually used in the matching process; each biometric image or reading is converted into a mathematical value, called a *template*, which is compared against the template of file. Although the template on file could be stolen, it is mathematically impossible to recreate the original fingerprint or voice recording from the template. Therefore, a biometric identifier cannot be stolen for re-use.

Concerns on individual privacy

It is a common phenomena that human beings have strong perceptions against giving out their personal information. People think that biometric identification undermine their individual privacy and they don't want their every movement being watched by someone else. However, the emerging security threats and advantages over disadvantages would gradually make people realize that use of biometric technology is a must. In any event, biometrics will be deployed in application scenarios that already require people to identify themselves, for example at the airline counter, in a bank, at a credit card center or over the phone to a customer service representative, which will effectively eliminate the privacy issue.

CONCLUSION

With identity theft on the rise, and after incidents such as the September 11th interest in biometrics is becoming very high. Though biometric technology may not be a solution at optimum cost for all personal identification and verification issues, at least in theory, it proves to be the best solution available out of all other methods currently in use. However, with growing technology and industry needs, the cost factor may take the second stage and pave the way for an unprecedented development and expansion in the use of biometric technology in personal identification and verification.

References

- Allen Weinberg, "Biometrics in Financial Services", 2003, www.glenbrook.com
- Biometric Consortium Website, www.biometrics.org
- National Security Agency website, www.nsa.org
- The Biometrics Resource Centre Website, www.itl.nist.gov/div893/biometrics/
- Biometrics Institute Website, www.biometricsinstitute.org
- Biometrics - A Journal of the International Biometric Society www.tibs.org/biometrics/
- Biometrics Research, www.biometrics.cse.msu.edu/
- Identity Cards 2004, COI Communications on behalf of the (UK) Home Office, Sep. 2004

பாராளுமன்றச் சட்டங்களின் அந்தஸ்தைப் பெற்ற சட்டவிதிகளை வலிதற்றவை எனத் தீர்ப்பளிக்கும் அதிகாரம் முதல்நிலை நீதிமன்றங்களுக்கு உண்டா?

Safana Gul Begam Ziyath Ahamed
Attorney-at-Law

சட்டவரம்பு மீறல் (ultra vires) கோட்பாடு

சட்ட விதிகளை (Regulation) உருவாக்குவதற்கு, நியூதிச் சட்டங்களின் மூலம் அதிகாரம் வழங்கப்பட்ட அமைச்சர்களும் அதிகாரசபைகளும் தங்களுக்கு நியூதிச் சட்டங்களினால் வழங்கப்பட்ட அதிகாரத்தினுள் ளடங்கலாகவே, சட்டவிதிகளை ஆக்குதல் வேண்டும் என்பது எமது சட்டத்தின் அடிப்படைக் கோட்பாடாகும். தமக்கு வழங்கப்பட்ட அதிகாரத்திற்குப்பால் சென்றோ அல்லது சட்டவிதிகளை உருவாக்க வேண்டிய நோக்கத்திற்கு முரண்பாடாகவோ அல்லது விரோதமான வகையிலோ, அமைச்சர்களாலும் அதிகாரசபைகளினாலும் உருவாக்கப்படும் சட்டவிதிகள் சட்டவரம்பு மீறியவையாக (ultra vires) அமைந்து விடுமென்பதும் ஒரு அடிப்படைச் சட்டக்கோட்பாடாகும். இந்த அடிப்படையில் சட்டவரம்பு மீறியவையென்று நீதிமன்றங்களினால் தீர்மானிக்கப்பட்ட பல சட்டவிதிகள் அல்லது துணைச்சட்டங்கள் வலிதற்றவையென்று எமது உயர்நீதிமன்றமும் மேன்முறையீட்டு நீதிமன்றமும் பல வழக்குகளில் பிரகடனப்படுத்தியுள்ளன.

இந்தக் கட்டுரையில் முக்கியமாக எடுத்து நோக்கவிருக்கும் விடயத்தை இரண்டு பிரிவுகளாக வகுக்கலாம்.

1. பாராளுமன்றச் சட்டத்தின் அந்தஸ்தைப் பெற்ற சட்டவிதிகளுக்கும் இந்த வரம்பு மீறல் கோட்பாடு ஏற்புடைத்தாகுமா என்பது முதலாவது விடயம்.

2. அவ்வாறான அந்தஸ்தைப் பெற்ற சட்டவிதிகளை வலிதற்றவையென்று தீர்ப்பளிக்கும்

அதிகாரம் முதல் நிலை நீதிமன்றங்களுக்கும் (Court of first instance) உள்ளதா? என்பது இரண்டாவது விடயம்.

பாராளுமன்ற அந்தஸ்தைப் பெற்ற சட்டவிதிகள் யாவை?

இங்கு எழுகின்ற முதலாவது கேள்வி சட்டவிதிகள் எச்சந்தர்ப்பங்களில் பாராளுமன்ற சட்டத்தின் அந்தஸ்தைப் பெறும் என்பதாகும்.

இது தொடர்பில் பொருள் கோட்கள் சட்டத்தின் (Interpretation ordinance) பிரிவு 17 (1) (e) ஒரு ஏற்பாட்டைக் கொண்டிருக்கின்றது. இப்பிரிவின் பிரகாரம் வர்த்தமானியில் பிரசுரிக்கப்பட்ட சட்டவிதிகள் யாவும் பாராளுமன்றச் சட்டத்தின் முழு வலுவையும் பெறுகின்றது.

எமது அரசியலமைப்புச் சட்டத்தின் உறுப்புரை 124ன் பிரகாரம் பாராளுமன்றத்தினாலாக்கப்பட்ட சட்டங்கள் எதுவும் உயர்நீதிமன்றம் உட்பட எந்தவொரு நீதிமன்றத்தினாலும் கேள்விக்குட்படுத்தப்பட முடியாதவை என்பது தெளிவு. அப்படியாயின் பாராளுமன்ற அந்தஸ்தைப் பெற்ற துணைச்சட்டங்களும் சட்டவிதிகளும் கூட நீதிமன்றங்களினால் கேள்விக்குட்படுத்தப்பட முடியாதவையா? என்ற கேள்வி இங்கு எழுகின்றது.

இக்கேள்வி சம்பந்தமாக பிரிவுக்கள் சபையினால் (House of Lords) வழங்கப்பட்ட மிக முக்கியமானதொரு தீர்ப்பான *Institute of Patents Case*¹ என்ற வழக்குத் தீர்ப்பை எடுத்து நோக்குவது இங்கு மிகவும் பொருத்தமானதாக இருக்கும். இந்த வழக்கிலே

¹(1984) A.C. 347

“வர்த்தமானியில் பிரசுரிக்கப்பட்ட சட்டவிதிகள் அவ்வாறு பிரசுரிக்கப்பட்டவுடன் பாராளுமன்றத்தினாலியற்றப்பட்ட சட்டமாகக் கருதப்படும்” என்ற சட்ட வாசகங்கள் பிரபுக்கள் சபையினால் ஆராயப்பட்டு; Lord Herschell LJ பின்வருமாறு தீர்ப்புக் கூறினார். “வர்த்தமானியில் பிரசுரிக்கப்பட்ட சட்டவிதிகள் அவ்வாறு பிரசுரிக்கப்பட்டவுடன் சகல நோக்கங்களுக்கும் பாராளுமன்ற சட்டத்தின் ஒரு பகுதியாகவே கருதப்படும்” (for all purposes enactly as if they were in the act.)

இந்தத் தீர்ப்பைப் பின்பற்றி *De Silva v. De Silva*² என்ற வழக்கிலே எமது உயர் நீதிமன்றமும், பாராளுமன்ற-த்தினாலியற்றப்பட்ட சட்டமாகக் கருதப்படும் (as if enacted in the act) என்ற வாசகங்கள் சட்டவிதிகளும் அப்பாராளுமன்ற சட்டத்தின் ஒரு பகுதியாகவே கருதப்படும் என்று தீர்ப்பு வழங்கியது.

பின்னர் தீர்க்கப்பட்ட *Roberts v. Ratnayake*⁴ என்ற வழக்கிலும் எமது உயர் நீதிமன்றம் மாநகர சபையினால் உருவாக்கப்பட்ட சட்டவிதிகள் வர்த்தமானியில் பிரசுரிக்கப்பட்டவுடன் பாராளுமன்ற-த்தினால் இயற்றப்பட்ட சட்டத்தின் அந்தஸ்தைப் பெறும் என்றும்; அதன் பிரகாரம் அரசியலமைப்புச் சட்டத்தின் 170வது உறுப்புரையின் கீழ் “சட்டம்” (Law) என்ற பதம் வர்த்தமானியில் பிரசுரிக்கப்பட்ட மாநகர சபையின் உபவிதிகளையும் உள்ளடக்கும் என்று தீர்ப்பளித்தது.

சில சந்தர்ப்பங்களில் சட்டவிதிகள் “பாராளுமன்றத்திற்குச் சமர்ப்பிக்கப்பட வேண்டுமென்றும் அவ்வாறு சமர்ப்பித்த பின்பு அதைப் பாராளுமன்றம் அங்கீகரித்தவுடன் அவை பாராளுமன்றத்தினால் இயற்றப்பட்ட சட்டமாகக் கருதப்படும்” என்ற வாசகங்கள் சட்டத்தில் கூறப்பட்டிருக்கும். இவ்வாறான சந்தர்ப்பங்களில் அச்சட்டவிதிகளை வலிதற்றவை என்று கூறும் அதிகாரம் நீதிமன்றத்திற்கு உண்டா என்ற விடயம் தொடர்பில் *Ceylon Workers Congress Superintendent v. beragala Estate*⁵ என்ற வழக்கில் நீதியரசர் சிவசுப்பிரமணியம் அவர்கள் வழங்கிய சிறப்பான தீர்ப்பொன்றில் மிகக் காத்திரமான வகையில்

தீர்ப்பளிக்கப்பட்டது. இக்கேள்வி எழுந்துள்ளது. இவ்வழக்கில் கைத்தொழிற் பிணக்குகள் சட்டத்தின் பிரிவு 39 (2) கேள்விக்குட்படுத்தப்பட்டது. இப்பிரிவு பின்வருமாறு கூறுகின்றது. “அமைச்சரினாலாக்கப்படும் சட்டவிதிகள் அரசாங்க வர்த்தமானியில் வெளியிடப்பட்ட சட்டங்களாகக் கொள்ளப்பட வேண்டும்” ஆகவே இதன் பிரகாரம் அமைச்சரினாலாக்கப்பட்ட சட்டவிதிகள் பாராளுமன்றத்தினாலாக்கப்பட்ட சட்டங்களின் அந்தஸ்தைப் பெறுவதனால் கேள்விக்குட்படுத்தப்பட முடியாதவையென வாதாடப்பட்டது. இதனை நிராகரித்த உயர் நீதிமன்றம் தனது தீர்ப்பில் பின்வருமாறு கூறியுள்ளது. “பிரிவு 39 (2) ஆனது, பிரிவு 39(1)ன் எல்லைக்குள் விதியாக்கப்பட்ட சட்டவிதிகளுக்கு மாத்திரமே ஏற்புடையவை. பிரிவு 39(1)ன் எல்லைக்கப்பால் உருவாக்கப்பட்ட சட்டவிதிகள், அவை பாராளுமன்றத்தினால் அங்கீகாரம் அளிக்கப்பட்டவை என்ற காரணத்தைக் கொண்டு மாத்திரம் வலிதுத் தன்மையைப் பெற்று விடமாட்டாது. அடிப்படையிலேயே வலிதற்றதாகக் கருதப்படும் சட்டவிதிகள், செனட் சபையினால் அல்லது பாராளுமன்றப் பிரதிநிதிகளினால் அங்கீகாரம் வழங்கப்பட்டுள்ளது என்ற காரணத்தைக் கொண்டு மட்டும் வலிதுத்தன்மை பெற்று விடமாட்டாது. பாராளுமன்றத்தினால் அங்கீகாரம் வழங்கப்பட்டாலும் சட்டவரம்பு மீறலாக அமையாத சட்டவிதிகள் அல்லது துணைச்சட்டங்கள் மாத்திரமே வலிதானவையாகக் கொள்ளப்படும். சட்டவரம்பு மீறலை ஏற்படுத்தக் கூடிய சட்டவிதிகள் பாராளுமன்றத்தினால் அங்கீகாரம் வழங்கப்பட்டவை என்ற காரணத்தைக் கொண்டு மட்டும் வலிதான சட்டவிதிகளாகக் கருதப்படமாட்டாது. இதே போன்று வழங்கப்பட்ட அதிகார எல்லைக்குள் ஆக்கப்பட்ட சட்ட விதிகள் மாத்திரமே வலிதுத்தன்மை பெற்றவை என்று *Pinikahana Kahaduwa Cooperative Society Ltd. v. Herath*⁶ என்ற வழக்கில் பிரதம நீதியரசர் பஸ்நாயக்க தீர்ப்பளித்துள்ளார்.

இந்த அடிப்படையிலே *Ram Banda v. The River Valleys Development Board*⁷ என்ற வழக்கில் “கைத்தொழில்கள் பிணக்குகள் சட்டத்தின் பிரிவு 39ன் கீழ் 1958ம் ஆண்டு அமைச்சரினால் உருவாக்கப்பட்ட

² 49 NLR 337

³ at pp. 340.

⁴ 1986 (2) SLR 36

⁵ 76 NLR 1

⁶ 59 NLR 145

⁷ 71 NLR 25

கைத்தொழிற் பிணக்குகள் சட்டவிலிகளின் விதி 16ஐ சட்டவரம்பு மீறலாகவும், வலிதற்ற விதியாகவும் நீதியரசர் வீரமந்திரி பிரகடனப்படுத்தியுள்ளார்.

மேலும் கூட்டுறவு சபைச் சட்டத்தின் (Cooperative Societies Ordinance) பிரிவு 46(2) (t)ன் கீழ் அமைச்சரினால் உருவாக்கப்பட்ட சட்டவிலி, சட்டவரம்பு மீறலாகையினால் வலிதற்றது என்று *S.M. Don Nereus v. Halpe Katana Cooperative Society Ltd.*⁸ என்ற வழக்கில் உயர் நீதிமன்றம் தீர்ப்பு வழங்கியுள்ளது.

1978ம் ஆண்டின் 1ம் இலக்க விவசாய சேவைகள் சட்டவிலிகளின் (Agrarian Services Act) சட்டவிலி 13(3), விவசாய சேவைகள் சட்டத்தின் பிரிவு 66ன் கீழ் அமைச்சரினால் உருவாக்கப்பட்டது. *Gambewa v. Maggie Nona*⁹ என்ற வழக்கில், அச்சட்டவிலியானது சட்டவரம்பு மீறலாகையினால் வலிதற்றது எனத் தீர்ப்பு வழங்கப்பட்டுள்ளது.

அதே போன்று *Hussain v. Tribunal of Appeal under Licencing of Traders*¹⁰ என்ற வழக்கிலும் அமைச்சரினால் உருவாக்கப்பட்ட சட்டவிலியானது சட்டவரம்பு மீறலாக இருந்ததனால் வலிதற்றது என நீதிமன்றம் தீர்ப்பளித்துள்ளது.

பின்பு *A.F. Jones (Exporters) Ceylon Ltd. v. Balasubramaniam*¹¹ என்ற வழக்கிலும் கைத்தொழிற் பிணக்குகள் சட்டத்தின் பிரிவுகள் 10(2), 10(3) ஆகியவற்றில், கூட்டு ஒப்பந்தம் சார்ந்த விண்ணப்பம் தொடர்பில், சில மாற்றங்களைக் கொண்டு வரும் வகையில், அமைச்சரினால் உருவாக்கப்பட்ட சட்டவிலிகள் சட்டவரம்பு மீறல் என இனங்காணப்பட்டு வலிதற்றவையென நீதிமன்றம் தீர்ப்பு வழங்கியுள்ளது.

இவ்விடயத்தை வலியுறுத்தும் விதத்தில் *Gunasekera v. Municipal Revenue Inspector*¹² என்ற வழக்கில் நீதியரசர் கிரேசியன் பின்வருமாறு கூறியுள்ளார், “ஆக்கப்படுகின்ற துணைச் சட்டங்கள் சட்டவரம்புக்கு உட்பட்டது (Intra vires) என்று கருதப்பட்டால் மாதிரிமே அவை சட்டவலிதுத் தன்மையைப் பெற்றவையாகக் கருதப்படும்.

⁸ 57 NLR 505

⁹ 1989 (2) SLR 250

¹⁰ 65 NLR 63

¹¹ 1982 (2) SLR 793

¹² 53 NLR 229

மேலே கூறப்பட்ட வழக்குத் தீர்ப்புக்களில் இருந்து சட்டவிலிகள் பாராளுமன்றச் சட்டத்தின் அந்தஸ்தைப் பெற்றிருந்தாலும் கூட அவை வரம்பு மீறியவையாக இருந்தால் வலிவற்றவையாகக் கொள்ளப்படும் என்பது தெளிவாகின்றது.

இனி ஆரம்பத்தில் குறிப்பிடப்பட்ட மற்றொரு விடயத்தை நோக்குவோமானால் இவ்வாறு வலிதற்றவை என்று தீர்மானிக்கும் அதிகாரம் மாவட்ட நீதிமன்றம் அல்லது நீதவான் நீதிமன்றம் போன்ற முதல்நிலை நீதிமன்றங்களுக்கு உண்டா? என்ற கேள்வி எழுகின்றது.

வலிதற்றவை என்று பிரகடனப்படுத்துவதற்கு நீதிமன்றத்திற்குள்ள அதிகாரம்

மேற்குறிப்பிடப்பட்ட வழக்குகளின் *Ceylon Workers Congress Superintendent v. Beragala Estate*¹³, *Ram Banda v. The River Valleys development Board*¹⁴ போன்ற வழக்குகளை நாம் ஆராயும் போது கேள்விக்குட்படுத்தப்பட்ட சட்டவிலிகள் வலிதற்றவை என்ற தீர்ப்பை உயர் நீதிமன்றமே வழங்கியிருந்தாலும் கூட; அந்தச் சட்டவிலிகள் வலிதற்றவையாகையினால் முதல்நிலை நீதிமன்றமே அவ்விலிகள் வலிதற்றவை என்ற ரீதியில் தீர்ப்பினை வழங்கியிருக்க வேண்டும் என்பதை உயர்நீதிமன்றம் தெளிவாகக் குறிப்பிட்டிருக்கின்றது. அதாவது இந்தச் சட்ட விலிகள் வலிதானவை என்ற ரீதியிலே முதல் நிலை நீதிமன்றங்கள் வழங்கிய தீர்ப்பு பிழையானது என்று உயர்நீதிமன்றம் கூறுகின்ற வேளையில் அவ்விலிகள் வலிதற்றவை என்ற ரீதியிலேயே முதல்நிலை நீதிமன்றம் தனது தீர்ப்பை வழங்கியிருக்க வேண்டும் என்பது தெளிவாகத் தெரிய வருகின்றது.

இதே போன்று *Abusally v. Price Controller Kandy*¹⁵, *Thirunavukkarasu v. Jayawardana*¹⁶, *Cassim v. Pfficer in charge*¹⁷ போன்ற வழக்குகளில் நீதவான் நீதிமன்றத்திலே விலை மதிப்புக் கட்டுப்பாட்டுச்சட்டம் (Price Control Act) போன்ற சட்டங்களின் கீழ் உருவாக்கப்பட்ட சட்டவிலிகளின் பிரகாரம் குற்றஞ்சாட்டப்பட்ட நபர்கள்

¹³ 76 NLR 1

¹⁴ 71 NLR 25

¹⁵ 72NLR 69

¹⁶ 71NLR430

¹⁷ 73NLR 227

உயர் நீதிமன்றத்தினால் விடுதலை செய்யப்படுவதற்கு மூலகாரணமாக இருந்த விடயம், எந்தச் சட்டவிதிகளின் கீழ் அந்த நபர்கள் மீது வழக்குத் தொடுக்கப்பட்டதோ அந்தச் சட்டவிதிகள் சட்டவரம்பு மீறியவை என்று உயர் நீதிமன்றம் தீர்ப்பளித்ததேயாகும். இவ்வழக்கினை கூர்ந்து நோக்கினால் குற்றஞ்சாட்டப்பட்டவர்கள் குற்றவாளிகளாக காணப்பட்டமை பிழை என்று உயர் நீதிமன்றம் கொடுத்த தீர்ப்பிலே தொக்கு நிற்கும் விடயம் என்னவென்றால்; அந்நபர்கள் குற்றஞ்சாட்டப்பட்ட நீதவான் நீதிமன்றம் குறிப்பிட்ட சட்டவிதிகளை வலிதற்றவையென்று பிரகடனப்படுத்தி அவர்களை அந்த நீதவான் நீதிமன்றமே விடுதலை செய்திருக்க வேண்டும் என்பதுதான். இவ்வாறு

நீதவான் நீதிமன்றம் அவர்களை விடுதலை செய்யும் போது நிச்சயமாக எச்சட்ட விதிகளின் கீழ் அவர்கள் குற்றஞ்சாட்டப்பட்டனரோ அச்சட்டவிதிகள் வலிதற்றவை என்று முதலில் அந்த நீதவான் நீதிமன்றமோ அல்லது ஏனைய முதல் நிலை நீதிமன்றமோ தீர்மானிக்க வேண்டும் என்பது மிகவும் வெளிப்படையாகத் தெரிகின்றது. எனவே சட்டவிதிகளை அதுவும் பாராளுமன்ற அந்தஸ்தைப் பெற்ற சட்டவிதிகளை வலிதற்றவை என்று தீர்மானிக்கும் அதிகாரம் மாவட்ட நீதிமன்றங்கள், நீதவான் நீதிமன்றங்கள் போன்ற முதல்நிலை நீதிமன்றங்களுக்கு உண்டு என்பது தெளிவாகத் தெரிகின்றது.

முதியோர் உரிமை, பாதுகாப்பு தொடர்பில் 2000ம் ஆண்டின் 9ம் இலக்க சட்டம் ஓர் நோக்கு....

Mohomed Sharik Kariyapper
LL.B.(Col), Attorney-at-Law,
Cordinator, Legal Aid Commission, Kalmunai

இன்றைய உலகில் பொதுவாக முதியோர்களின் முக்கியத்துவம் உணரப்படுவதில் சற்று தயக்கம் காணப்படுவதனை எமது கண் முன்னே காணக்கூடியதாக இருக்கின்றது. முதியோர் என்னும் போது அவர்களை வெறுமனே வயது சென்றவர்கள் என்ற பார்வையிலேயே நோக்கப்படுகின்றது. ஆனால் அவர்கள் இந்நாட்டின் மூத்த பிரஜைகள், அனுபவசாவிகள், செல்வமிக்கவர்கள், செல்வாக்குள்ளவர்கள், மனித வளங்கள் (Human Resources) என்ற அடிப்படையில் நோக்கப்படுவதில்லை. இதனை ஒரு துரதிவழ்வசமான நிலை என்றே கூற வேண்டும்.

21ம் நூற்றாண்டானது முதியோருக்கான நூற்றாண்டாக ஆய்வாளர்களால் பிரகடனப்படுத்தப்பட்டுள்ளது. 18ம், 19ம் நூற்றாண்டுகளில் கைத்தொழில் மயமாக்கல் (Industrialization) காரணமாக உடல் வலிமை மிக்க இளைஞர்களுக்கு முக்கியத்துவம் அளிக்கப்பட்டு, அந்நூற்றாண்டுகளில் செல்வாக்குகள் அதிகம் பதிக்கப்பட்டு இருந்ததுடன் எதனையும் தீர்மானிப்பவர்களாகவும் அவர்களே இருந்தனர்.

இலங்கையில் இன்று சுமார் 2 மில்லியன் முதியோர் வசிப்பதுடன் இது உலகத்தில் ஐப்பான், சிங்கப்பூருக்கு அடுத்ததாக 3 ஆவது இடத்தை வகிக்கின்றது. இலங்கையின் முதியோர் தொகையானது இன்னும் பத்து வருடங்களில் இருமடங்காகிவிடும் எனவும் எதிர்பார்க்கப்படுகின்றது. இன்னும் சில நாடுகளில் ஜப்பானை போலவே மொத்த சனத்தொகையில் முதியோர் தொகை 20 சதவீதத்தை விட மேலாக காணப்படும் என

எதிர்பார்க்கப்படுகின்றது. 2050ம் ஆண்டளவில் உலகின் மொத்த சனத்தொகையில் முதியோர் தொகை 50 வீதமாக இருக்கும். இத்தகைய முதியோர் சனத்தொகை அதிகரிப்புக்கான பிரதான காரணங்களில் ஒன்று பிறப்பு வீதத்தில் ஏற்பட்டிருக்கின்ற வீழ்ச்சியாகும். 1971ம் ஆண்டளவில் எமது சனத்தொகையில் 20 வயதுக்குட்பட்டவர்கள் 50 வீதமாக காணப்பட்டனர். 1981 இல் 41 வீதமாக வீழ்ச்சியடைந்து பின்னர் 2002இல் 32 வீதமாக காணப்படுகின்றது.

இன்று இலங்கையில் உள்ள 2 மில்லியன் முதியோர் தொகையானது மொத்த வாக்காளர் எண்ணிக்கையில் 1/6 பங்காகும். இவர்களில் 90 சதவீதமனோர் பொதுத் தேர்தல்களில் வாக்களிக்கின்றனர். எனவே எமது நாட்டின் பொருளாதார, சமூக அரசியல் கொள்கை தீர்மானங்களில் இவர்களின் பங்களிப்பு இன்றியமையாத ஒன்றாக இருப்பதுடன்; இவர்களது உரிமைகள், நலன்கள், பாதுகாப்பு தொடர்பிலும் அரசு முக்கிய கவனம் எடுக்க வேண்டும் என்பதும் முக்கியமானதாகவும் காணப்படுகின்றது.

எமது நாட்டில் 86 சதவீதமான முதியோர் தங்களது பிள்ளைகளுடனும் உறவினர்களுடனும் வாழ்ந்து வருகின்றனர். ஆனால் மேற்கத்திய நாடுகளில் சுமார் 18 வீதமனோர் மட்டுமே தங்களது பிள்ளைகள் உறவினர்களுடன் வாழ்ந்து வருகின்றனர். அபிவிருத்தி அடைந்த நாடுகளில் முதியோர்கள் என்னும் போது அவர்கள் வெறுமனே வயதினை மட்டும் அடைந்து இருப்பினும் முதுமை அடைவதில்லை. ஆனால்

அவர்கள் சமூகத்தில் செல்வமிக்கவர்களாகவும், செல்வாக்கு உள்ளவர்களாகவும் ஆகிவிடுகின்றனர். ஆனால் எமது நாட்டில் இவ்வாறு இடம் பெறுவது குறைவாகவே காணப்படுகின்றது எனலாம். இன்று எத்தனையோ முதியோர்கள் பிச்சை எடுப்பதையும் அனாதரவாக விடப்பட்டிருப்பதையும் காண்கிறோம். இவர்களிடம் நாம் அணுகி நாம் இவர்களின் வரலாற்றைக் கேட்டால் அவர்களின் பிள்ளைகள், உறவினர்கள் நல்ல நிலையில் இருப்பதனையும் அறியலாம்.

இதன் காரணமாகத்தான் இலங்கையின் வரலாற்றில் முதற் தடவையாக முதியோர்களின் உரிமைகளையும் நலன்களையும் பாதுகாப்பதற்காக இலங்கை பாராளுமன்றமானது 2000ம் ஆண்டின் 9ம் இலக்க முதியோர் உரிமைகள் பாதுகாப்புச் சட்டத்தை ஆக்கியது.

இச்சட்டத்தின் மூலம் ஏழை மற்றும் கைவிடப்பட்ட முதியோர்களை பாதுகாப்பதையும் பராமரிப்பதையும் கொண்ட பொறுப்புடைமையை தாழ்ப்பதன் மூலம் உள்மனம் டச்சுச் சட்ட விதிமுறைக்கும் நியதிச் சட்ட அங்கீகாரம் வழங்கப்பட்டுள்ளது என்பதும் முக்கியமானதொரு அம்சமாகும்.

இச்சட்டத்தின் ஏற்பாடுகளின் மூலம் ஏழை முதியோர்களின் பாதுகாப்பினையும் நலனையும் உறுதிப்படுத்துவதற்காகவும் உதாசீனப்படுத்தும் பிள்ளைகளிடமிருந்து அடிப்படை வசதிகளான உணவு, உடை, தங்குமிடம் போன்றவற்றைப் பெற்றுக் கொள்வதற்கும் வசதி வாய்ப்பளிக்கின்றது.

அதே போன்று அத்தகைய முதியோர் கௌரவமாகவும், கண்ணியமாகவும், சுதந்திரமாகவும் வாழ்வதற்கும் இடமளிக்கின்றது. இச்சட்டத்தின் கீழ் முதியோர் பாதுகாப்பு தொடர்பான கொள்கைகளை வகுப்பதற்கும், முதியோர்களுக்கு உதவுவதன் மூலம் அதில் சொல்லப்பட்ட நோக்கங்களை அடைவதற்குமென ஒரு கருவியாக முதியோர்களுக்கான தேசிய பேரவை (National Council for Elders) தாபிக்கப்பட்டுள்ளது.¹ இப்பேரவையில் 15 உறுப்பினர்கள் இடம் பெறுவதுடன் இவர்கள் முதியோர் நலன், பாதுகாப்பு தொடர்பிலான

¹ Section 2

மேம்பாட்டுக்காக கடைமையாற்றுகின்றனர்.² இப்பேரவையானது மூன்று வருட ஆயுட் காலம் கொண்டதாகும்.³

இச்சட்டத்தின் பிரகாரம் முதியோர் என்பவர் 60 வயதை பூர்த்தி செய்தவர் என பொருள்கோடல் செய்கின்றது.⁴ ஆனால் சர்வதேச விதி (Norms) முறைகளின் கீழ் முதியோர் என்னும் போது 65 வயதைத் தாண்டியவர் என்றே குறிப்பிடப்படுகின்றது.

மேலும் பிள்ளைகள் தங்களது பெற்றோர்களை வேண்டுமென்றே உதாசீனம் செய்யக்கூடாது என்பதுடன் அவர்களை கவனிப்பதும், பராமரிப்பதும், அவர்களின் தேவைகளை பூர்த்தி செய்வதும் பிள்ளைகளது கடமையும் பொறுப்பு என்ற பொறுப்புடைமையை சுமத்துவதுடன்,⁵ பிள்ளைகள் இல்லாத அல்லது அநாதரவாக கைவிடப்பட்ட பெற்றோர்களைப் பொறுத்தவரையில் அவர்களுக்கு தேவையான உரிய வசதிகளை செய்து கொடுக்க வேண்டுமென அரசின் மீது கடப்பாட்டை சுமத்துகின்றது.⁶

மேலும் அதன் உபபிரிவு (3) ன் பிரகாரம் எந்தவொரு முதியோரும் ஏதேனும் இடம், கட்டடம், நிறுவனம் என்பவற்றினை உபயோகிக்க அல்லது நுழைய அவரின் வயதின் காரணமாக ஏதேனும் பொறுப்புடைமைக்கு கட்டுப்பாட்டுக்கு அல்லது நிபந்தனைக்கு உட்படுத்த முடியாது என்கிறது.

எனவே பிரிவு 15க்கமைய பிள்ளைகள் தங்கள் பெற்றோர்களை பராமரிக்க தவறுகின்ற போது அவர்களுக்கு எதிராக முறைப்பாடு செய்து பராமரிப்புத் தொகையினை சட்ட ரீதியாக பெற்றுக்கொள்வதற்கும் ஏற்பாடு செய்யப்பட்டுள்ளது. அத்தகைய நோக்கத்திற்காக பராமரிப்பு நிர்ணய சபைகள் (Board for Determaination of Claims for Maintenance) தாபிக்கப்பட்டுள்ளது.⁷ இச் சபையானது கொழும்பிலும் ஒரு சில இடங்களிலும் மட்டுமே இன்றுவரை தாபிக்கப்பட்டுள்ளது. ஏனைய இடங்களில் எதிர்காலத்தில் தாபிக்கப்படலாம்.

² Section 3

³ Section 4

⁴ Section 44

⁵ Section 15 (1)

⁶ Section 15 (2)

⁷ Section 24

எனவே ஒரு முதியோர் தன்னை பராமரிக்க முடியாத நிலையில் இருந்து; அவருக்கு பிள்ளைகள் இருந்து, அவர்கள் தன்னை கவனிக்கவில்லை என்றால் அவர்களிடமிருந்து பராமரிப்பினை பெறுவதற்கான முறைப்பாட்டினை, மேற்கொள்ள சபைக்கு விண்ணப்பவாயிலாக செய்ய முடியும்.⁸ இச்சபையானது செய்யப்பட்ட முறைப்பாட்டினை கருத்திற்கொண்டு விசாரணை செய்து உரிய வகையில் தீர்மானங்களை மேற்கொள்ளும். மேலும் ஏதேனும் ஒரு நபர் விண்ணப்பம் செய்து அந்நபர் இச்சட்டத்தில் சொல்லப்பட்ட “முதியோர்” என்ற வரைவிலக்கணத்தினுள் வராவிட்டாலும்; அவருக்கு பிள்ளைகள் இருந்து அவர் ஏதேனும் உடல் உள ரீதியான ஏதேனும் பாதிப்புகளை அனுபவித்து வந்தால் அவர் தொடர்பிலான நலனை பாதுகாப்பதற்காக உரிய நடவடிக்கைகளையும் எடுக்கும்.⁹

ஆகவே ஒரு முதியோர் முறைப்பாடு ஒன்றை செய்து உரிய விசாரணையின் பின்னர் நிர்ணய சபை பொருத்தமான தொகையொன்றை தார்பரிப்பாக செலுத்தவேண்டுமென பிரதிவாதிக்கான பிள்ளைகளுக்கு எதிராக கட்டளையிடும்¹⁰. இக்கட்டளையானது அவர்களால் நிறைவேற்றப்படாவிடின் பிரிவு 32க்கமைய அக்கட்டளையினை அமுலாக்கம் செய்யவென அவ்வலயத்தின் / பிரதேசத்தின் நியாயத்திற்குள் உள்ள நீதவான் நீதிமன்றத்தில் கோரப்படும். இதன் மூலம் அத் தொகையானது நீதிமன்றத்தின் மூலம் பிரதிவாதிகளிடமிருந்து அறவிட்டுக் கொடுக்கப்படும். பிரதிவாதிகள் செலுத்த தவறும் பட்சத்தில் நீதிமன்றம் கருக்க முறையான விசாரணையின் பின் அவர்களுக்கு எதிரான தண்டனையாக ரூபா 100,000,00 மேற்படாத தண்டப்பணமும் அல்லது 1 வருடத்திற்கு மேற்படாத சிறை இல்லது இரண்டும் அளிக்க முடியும்.¹¹

மேலும் பராமரிப்புத் தொகையானது நிர்ணய சபையினால் குறிப்பிட்ட ஒரு காலப்பகுதிக்கு செலுத்தப்பட வேண்டும் என பிரதிவாதிக்கு எதிராக கட்டளையிடப்பட்டால் அன்றி; அப்பிரதிவாதி அல்லது விண்ணப்பதாரி இறக்கும் வரை அக்கட்டளையானது

அமுலில் இருக்கும். எவ்வாறாயினும் ஏனைய எவராயினும் ஒரு பிரதிவாதி உயிரோடிருப்பின் அவர் தொடர்ந்து பராமரிப்புத் தொகையினை விண்ணப்பதாரிக்குச் செலுத்த வேண்டியிருக்கும்.¹²

இச்சட்டமானது முதியோருக்கான தேசிய பேரவையொன்றினை ஸ்தாபிப்பதனையும் முதியோர்களின் நலன்களை மேம்படுத்துவதையும் உரிமைகளைப் பாதுகாப்பதனையும் நோக்கமாகக் கொண்டுள்ளது. இச்சட்டத்தின் பிரிவு 12 ஆனது இத்தேசிய பேரவையின் பிரதான பணியினை விளக்குகின்றது. இதன்படி இப்பேரவையானது இலங்கையில் வாழும் முதியோர்களின் நலன்களை மேம்படுத்துவதும் உரிமைகளைப் பாதுகாப்பதுமாகும். மேலும் அத்தகைய முதியோர்கள் கௌரவமாகவும், கண்ணியமாகவும், சுதந்திரமாகவும் வாழ்வதற்கு உதவி செய்தலுமாகும்.

ஏனைய பணிகளை பிரிவு 13 எடுத்துரைக்கின்றது. அதன் பிரகாரம் முதியோர் நலன் உரிமைகள் தொடர்பாக மேம்பாட்டு நடவடிக்கைகள் தொடர்பில் அரசாங்கத்திற்கு ஆலோசனை வழங்குதல், அரசாங்கத்திற்கும் ஏனைய உரிய சமூக சேவை அமைப்புகளுக்கும் நிகழ்ச்சித் திட்டங்களை பரிந்துரை செய்தல், இலங்கையின் கவர்ச்சார விழுமிய அடிப்படையில் குடும்ப அலகு ஒற்றுமையைப் பேணுதலை பல்படுத்தல், முதியோர்களின் நலன்களையும், உரிமைகளையும் பாதுகாப்பதற்கு தேவையான உரிய அரச மற்றும் அரச சார்பற்ற நிறுவனங்களுடன் இணைந்து மேற்கொள்ளல் முதியோர்களுக்காகச் செய்ய வேண்டிய கடமைகளை உணர்த்துவதற்காக வேண்டி இளம் சந்ததியினருக்கு அறிவுட்டல் விழிப்புணர்வுக் கருத்தரங்குகள், கூட்டங்கள், போன்றவற்றை பாடசாலைகள் மற்றும் பொருத்தமான இடங்களில் நடாத்துதல், முதியோர்தொடர்பில் சர்வதேச சமவாயங்கள் மற்றும் பிரகடனங்களை அரசு ஒப்புறுதிப்படுத்துவதனை உறுதிப்படுத்துதல், முதியோர் தொடர்பில் சரியான தரவுகளைப் பேணுதல், முதியோர் தொடர்பிலான பிரச்சினைகளை அடையாளங்காண்பதற்கு தேவையான ஆய்வு, கற்கை என்பவற்றை மேற்கொள்வதற்கான நடவடிக்கை எடுத்தல், அனாதரவாக விடப்பட்டுள்ள முதியோர்களுக்காக நலன் புரிநிலையங்கள், பாதுகாப்பு இல்லங்கள் போன்றவற்றை

⁸ Section 25

⁹ Section 25 (4)

¹⁰ Section 27 (1), (2)

¹¹ Section 41

¹² Section 29

தாபித்து அவர்களுக்குத் தேவையான வசதிகளைச் செய்து கொடுப்பதை ஊக்குவித்தல், முதியோர்களின் தராதரத்தை உயர்த்தும் நோக்குடன் அரசினால், அரச சார்பற்ற நிறுவனங்களினால் செயற்படுத்தப்படும் செயற் திட்டங்களை மேற்பார்வை செய்தல், முதியோர்களுக்கான சுகாதார காப்புறுதி நலன் திட்டத்தை அறிமுகப்படுத்தி அமுல்படுத்தல், முதியோர்களுக்குள்ள வசதி வாய்ப்புக்கள் தொடர்பிலான தகவல்களை வழங்குதல், முதியோர்களுக்கு சட்ட உதவிகளை வழங்குதல் என்பனவாகும்.

முதியோர் தேசிய பேரவையானது, தனது நிர்வாகத் தொழிற்பாடுகளையும் கடமைகளையும் செய்யவென தேசிய செயலகம் ஒன்றை நிறுவிவுள்ளதுடன் இச் செயலகத்திற்கே முறைப்பாடுகள் அனுப்பப்படல்

வேண்டும் என அறிவித்திருக்கின்றது. இத்தேசிய பேரவையின் தலையாய தொழிற்பாடாக இலங்கை முதியோர்களின் நலன்கள், உரிமைகள் மேம்படுத்தலையும் கொண்டிருப்பதுடன் முதியோர் மதிப்புடனும் சுதந்திரமாகவும், கௌரவமாகவும் வாழ வசதி செய்து கொடுக்கின்றது.

எனவே 2000 ஆம் ஆண்டின் 9 ஆம் இலக்க முதியோர் உரிமைகள் பாதுகாப்புச் சட்டமானது இலங்கையில் சட்டமாகக் கொண்டுவரப்பட்டமையானது இலங்கையின் முதியோர்கள் வரலாற்றில் மிக முக்கியமானதொரு நிகழ்வாகும். இச்சட்டமானது முதியோரின் நலன்களையும், உரிமைகளையும் பேணுவதில் மிக அக்கறை செலுத்தும் என்பதில் எவ்வித ஐயமுமில்லை என்று கூறலாம்.

The Perils of the Sea and the proximate cause under the English Marine Insurance Law.

Ms.H.Vamadeva
LL.B,Attorney-at- Law

INTRODUCTION

The analysis of Marine Insurance Law casts uncertainties in certain areas and relatively certainty in other spheres of the subject. The dictum of Lord Bacon¹ reveals the fact that perils of the sea and the *rule of causa proxima, non remota spectator*² are better established than any other principle in Marine Insurance Law. The burden of proof employed in identifying the cause has gone through a complexed growth. Further more if the presumption of loss by "perils of the sea" is invoked; the burden of proof rests with the parties alternatively, which raises much discussion in this sphere. In the light of the Marine Insurance Act³ of England, an evaluation of the averments of "perils of the sea" would unveil the intricacies of this subject.

IS ANY EVENT AT SEA "A LOSS BY PERILS OF THE SEA"?

"Maritime perils" is defined in the MIA⁴ as "perils consequent on, or incidental to the navigation of the sea"⁵ which include fire, war

¹ It is infinite... for the law to judge the causes of the causes, and their impulsion one of another; therefore it contenteth itself with the immediate cause. - *Greenock SS Co v. Maritime Insurance Co* [1903] 1KB at 374.

² The most efficient and dominating cause.

³ 1906. Hereafter referred to as MIA.

⁴ S.3 [2] [c].

⁵ From the MIA S.3[2][c] also found in cl 6.1 of the ITCH[95] and cl 4.1 of the IVCH[95].

perils, pirates, rovers, barratry..... either of the like kind or which may be designated by the policy. Moreover *Rule 7 for the rules of construction*⁶ explains that perils of the seas are "fortuitous accidents or casualties of the seas" and "does not include the ordinary action of the wind and the waves". A dearth of case law has substantiated the fact that "*fortuity*" is an essential element of the perils of the sea.

Therefore, the claimant who applies perils of the sea would not suffice the judiciary by pointing to a mere sinking by the perils insured. In addition, they should refer to an accident at sea and not a normal event. In the case of *Pandorf v. Hamilton*, Lopes LJ states that "in a seaworthy ship damage to goods caused by the action of the sea during transit not attributable to the fault of anybody; is a damage from a peril of the sea"⁷. The dictum of the case '*Xantho*'⁸ further elaborates that "there must be some casualty, something which could not be foreseen as one of the necessary, incidents of the adventure".

The facts of the case of *Popham and Willett*⁹ explains what fortuity means by allowing

⁶ MIA 1906.

⁷ Further summarised as "all perils, losses and misfortunes of a marine character, or of a character incident to a ship as such.

⁸ *Wilson, Sons and Co v. Owners of Cargo per 'Xantho'* [1887] 12 App Cas 503 HL.

⁹ *Popham and Willett v. St.Petersberg Insurance CO.* [1904] 10 Com Cas 31.

the claim under 'a peril of the sea' for encountering ice in the area at the time of the year when it would not have been expected. Statutory law and judicial thinking indisputably coincide with the definition of "perils of the sea" to consist of an unusual happening in the waters. If the event is deprived of the 'fortuity' then a claim based on that would invariably fail. Therefore, it is conclusive that sinking of a ship should be as a result of the unexpected peril.

The discussion above sums up that if the claimant avers a claim under "perils of the sea" it should suffice the legal requirements that the peril is insured under the policy and the accident must be fortuitous sea adventure. If these elements fail then the claimant would also fail in the claim.

WHO INVOKES THE PERIL OF THE SEA?

The claimant or the assured would invoke perils of the sea which is included in his policy. Therefore as the famous maxim "*one who asserts should prove*", the burden is on the assured to make a positive case. This principle is reiterated in the case of *Banco De Barcelona and others*¹⁰, where Justice Greer proclaims that "it is indisputable that Marine Insurance cases afford no exception to the general rule that before a plaintiff can become entitled to judgement he must prove his case... he must establish his cause of action to the reasonable satisfaction of the tribunal".

STANDARD OF PROOF

In case of a loss by perils of the sea the plaintiff or assured should prove the loss on a balance of probabilities. It is settled law through the *Popi M*¹¹ case that the plaintiff should show a

¹⁰ *Banco De Barcelona and others v. Union Marine Insurance Co. Ltd* [1925] 30Com Cas 316 at p317. The same principle was adopted in the *Vainqueur* [1973] 2 Lloyd's rep 275 USDC - "Generally the burden of proof in an action on Marine Insurance is to show that a loss arose from a peril covered by the policy is on the plaintiff".

¹¹ *Rhesa, Shipping Co SA v. Edmunds, 'Popi M'* [1985] 2 Lloyd's Rep, HL.

prima facie case to prove that the loss was in fact caused by the peril of the sea. Moreover when a claim is made for a loss by perils of the seas the burden of proof remains with the plaintiff throughout.

It is clear that a maritime peril attracts civil remedy and the burden of proving the event is on a balance of probabilities. It appears that it is a conflict free area and there is no room for rebuttal. The reality is slightly different and the intricacies are to be critically evaluated in the process of the analysis. Though initially the burden is on the assured, there are instances where it shifts to the insurer. Furthermore, the sole domain of burden that rests with the insurer in certain instances shifts to the assured. A perusal of this study will reveal the contemporary position.

DOES PERIL OF THE SEA COVER EVERY MATTER INCIDENT TO NAVIGATION?

The act that perils of the sea are consequent and incidental to the sea voyage has its exclusions as well. Before arresting this area of study Sec.55[1] of the MIA¹² should be scrutinised to understand the whole idea. The section provides that "unless the policy otherwise provides, the insurer is liable for any loss proximately caused by a peril insured against.... he is not liable for any loss which is not proximately caused by the peril....". This clearly enunciates that the loss should be attributed to the peril under the policy and if otherwise the claimant would fail.

PROXIMATE CAUSE RULE

Judicial thinking has brain wrecked to come to a conclusion as to what is a proximate cause of loss. The evolution of this principle has crystallised into settled law after many years of dispute. Proximate literally means '*immediate*' and the analysis of case law would reveal whether the interpretation of courts tows in line with the

¹² 1906

dictionary. In an early case¹³ where the policy covered collision and not perils of the sea the court decided that the assured was entitled to the claim as the efficient and predominant cause for the loss was collision. This means that "proximate is that which is proximate in efficiency" which was later affirmed in the *Leyland*¹⁴ case, by Lord Shaw of Dufermlin¹⁵.

This decision eliminated all the doubts as to the proximate nature in time. Early law reasoned out that the last accident was the cause of the loss and not otherwise. As per Lord Shaw's statement, "to treat proximate cause as if it was the cause which is proximate in time is... is out of the question". This is the affirmed principle now as could be seen through the latest decision of *Gray*¹⁶ where Lord Denning MR summarised the position as follows. "Ever since that case [the *Leyland case*] in 1918, it has been settled in insurance law that the 'cause' is that which is the effective or dominant cause..... even though it is more remote in time".¹⁷ There are many decisions¹⁸ to this effect though earlier in time to this dictum.

The task of identifying the proximate cause is comparatively easy when the dominant cause is single. But in the case of two or more equally dominant causes, one being the initial breach of contract and the other an intervening act by another party the situation becomes complex. The difficulty has been settled by judge made law by applying a mechanism. In case of

¹³ *Reischer v. Borwick* [1894] 2 QB 548 CA.

¹⁴ *Leyland Shipping Co.Ltd. v. Norwich Union Fire Insurance Society Ltd* [1918]AC 350HL

¹⁵ At p.368 of the above case.

¹⁶ *Gray v. Barr* [1971] 2 Lloyd's Rep 1, CA.

¹⁷ *ibid.*

¹⁸ *Board of Trade v. Hain SS Co.Ltd* [1929] AC 534, HL; *Yorkshire Dale SS Co.Ltd v. Minister of War Transport, The Coxwold* [1942] 73 LIL rep 1 HL; *Ashworth v. General Accident Fire and Life Assurance Corporation* [1955] IR 268. 20 Lloyd[JJ] *Instruments Ltd v. Northern Star Insurance Co.Ltd.*

two or more proximate causes where there is no express exclusion as to both or all the causes in the policy, the assured can claim under the insured peril. This is clearly elaborated in the famous "*Miss Jay Jay*"¹⁹ case that "when there are two or more proximate causes of loss, the insurer is only liable if there is no express exclusion in the policy".²⁰

When there are two or more proximate causes and one cause expressly excluded by the policy the assured fails in his claim. The rationale for this was clearly illustrated in *Samuel v. Dumas*²¹ by Lord Sumner: "where a loss is caused by two perils operating simultaneously at the time of loss and one is wholly excluded because the policy is warranted free of it, the question is whether it can be denied that the loss was so caused for if not the warranty operates". This was re-assured in *Wayne Tank and Pump Co. Ltd*²² case as two dominant causes one expressly excluded the insurers are not liable under the policy.

The area of loss caused by the apprehension of a peril is alleged to be the most unfair and unjust one. It is settled law, that where there is apprehension of a peril and action is taken to avoid that peril, the assured cannot recover under the head of that peril, if a subsequent loss occurs. The principle is that the proximate cause of the loss is no longer the peril which is substantiated by Sec.55 [1] of the MIA²³ as the indemnity for the loss must be proximately caused by the peril insured against. The idea emphasised in the case of *Kacianoff*²⁴ by Lord Alvanley CJ as:

¹⁹ '*Miss Jay Jay*' [1987] 1 Lloyd's Rep 32, CA.

²⁰ *ibid*

²¹ *Samuel V Dumas* [1924] 18 LIL Rep 211

²² *Wayne Tank and Pump Co.Ltd V Employers Liability Insurance Corporation Ltd* [1973] QB57CA.
²³ 1906

²⁴ *Kacianoff V China Traders Insurance Co.Ltd* [1914] 3KB 1121, CA

"It must be a peril acting upon the subject insured immediately and not circuitously".

CRUX OF THE ANALYSIS

It is for the assured to prove the fortuity of the accident on a balance of probability for a loss by perils of the sea. Here the plaintiff has to establish a prima facie case. Subsequently the defendant would invoke the defence of unseaworthiness or excluded losses as the proximate cause of loss. However, in the instance where the assured invokes the presumption of unascertained peril of the sea the duty is on the assured to prove sea worthiness, on a balance of probability. The reason is to eliminate all other probable causes of loss and thereby prove peril of the sea.

CONCLUSION

Measures should be taken to unify the law of perils of the sea under the umbrella of the MIA. A revision is warranted to give more certainty and more authority to the provisions of the Act. In case of inconsistencies in the clauses with the Act, the Act should be made to prevail. This move would lead to the growth of the area in a more stable, clear and constructive path.

Commercial aspects of law should also be viewed from the pecuniary perspective to render a smooth flow of trade and practice. Nevertheless, it should be reiterated that the loss by perils of the sea and the proximate cause of the loss are comparatively understandable principles which are rich with a dearth of case law to substantiate. The analysis is an effort to view the pros and cons of this area of law for greater comprehension. The task is completed to a certain extent by going into the MIA and the thinking of judges and experts.

வீட்டு வன்முறைகளைத் தடுப்பதற்கான சட்டம்

ஒரு நோக்கு

Arica Sharik Kariapper
Attorney-at-Law

Legal Adviser, Norwegian Refugees Council

வீடுகளில் நடைபெறும் வன்முறைகளினால் அதிகளவு பாதிக்கப்படும் தரப்பினராக பெண்களை உள்ளனர். பெண்கள் மீதான உடலியல் ரீதியான, உள ரீதியான, பொருளாதார, கலாச்சார ரீதியான வன்முறைகள் உலகளாவிய ரீதியில் அதிகரித்துக் கொண்டும்; அதேவேளை அவற்றை ஒழிப்பதற்கான முயற்சிகளும் நடைபெற்றுக் கொண்டிருக்கையில் இலங்கையில் வீட்டு வன்முறைகளைத் தடுப்பதற்கான சட்ட ஏற்பாடுகள் இல்லாமை ஒரு பாரிய குறைபாடாகவே இருந்து வந்தது.

இக்குறைபாட்டை நிவர்த்திக்கும் முகமாக இலங்கைப் பாராளுமன்றம் 34ம் இலக்க வீட்டு வன்முறைகளைத் தடுப்பதற்கான சட்டத்தை 2005ம் ஆண்டில் இயற்றியுள்ளது. இச்சட்டத்தின் முகவுரையானது "எத்தகைய வீட்டு வன்முறைகளையும் தடுப்பதற்கான சட்டம்" என ஏற்பாடு செய்கின்றது. இச்சட்டத்தில் வீட்டு வன்முறை என்றால் உடல் ரீதியான வன்முறைகள் [(உ+ம) தண்டனைச் சட்டக் கோவையின் குற்றங்களான ஆட்கொலை, கொலை, கொலைமுயற்சி, கொலைச்சதி, அச்சுறுத்தி அபகரித்தல், குற்றமுறையான தடுத்துவைப்பு, காயமேற்படுத்தல் போன்றன] உளவியல் ரீதியான வன்முறைகள் என்பன வீட்டில் அல்லது வீட்டிற்கு வெளியில் பாதிக்கப்பட்ட நபருக்கும் தாக்கும் நபருக்கும் இடையிலான உறவு முறை காரணமாக மேற்கொள்ளப்படுவனயாகும்.¹

இங்கு உளவியல் ரீதியான வன்முறை எனும் போது பாதிக்கப்பட்ட நபருக்கெதிராக மேற்கொள்ளப்படும் மனிதாபிமானமற்ற, கொடுமையான, கீழ்த்தரமான, பாரதூரமான செயற்பாடுகள் எனக் குறிப்பிடப்படுகின்றது.

இத்தகைய வன்முறைகள் ஒரு நபருக்கெதிராக மேற்கொள்ளப்படுகையில்; அந்நபர் குறித்த நியாயாதி-க்கமுள்ள நீதவான் நீதிமன்றத்தை நாடி பாதுகாப்புக் கட்டளையை (Protection order) பெற்றுக் கொள்ள

முடியும். இத்தகைய பாதுகாப்புக் கட்டளைகளானது குற்றவியல் சட்டத்தில் இல்லாத ஒரு விசேட ஏற்பாடாகும்.

ஒரு நபருக்கெதிராக வீட்டு வன்முறை மேற்கொள்ளப்படுகையில் அல்லது மேற்கொள்ளப்படும் சாத்தியம் நிலவுகையில் அந்த நபர் அதனைத் தடுப்பதற்கான பாதுகாப்புக் கட்டளையை நீதவான் நீதிமன்றில் பெற்றுக் கொள்ளலாம்.² இங்கு அக்கட்டளையை பெறுவதற்கான விண்ணப்பமானது பாதிக்கப்பட்ட நபரால் அல்லது பாதிக்கப்பட்ட நபர் சிறுவராக இருக்கையில் பெற்றோர் அல்லது பாதுகாவலர் அல்லது பிள்ளை எந்த நபருடன் வசிக்கின்றதோ அந்த நபர் அல்லது சிறுவர் பாதுகாப்பு அதிகார சபையினால் எழுத்து மூலம் அதிகார-மளிக்கப்பட்ட நபர் அல்லது பாதிக்கப்பட்ட நபர் சார்பில் உத்தியோகத்தினரால் செய்யப்பட முடியும்.³

இங்கு குறிப்பிட்டுக் காட்ட வேண்டிய விசேட அம்சம் என்னவெனில் இச்சட்டத்தின் பிரகாரம் பாதுகாப்புக் கட்டளையை பெண்கள் மட்டுமே பெற முடியும் என்றில்லை. பாதிக்கப்பட்ட நபராக ஆண்கள் மற்றும் சிறுவர்களும் இருக்க முடியும். அதாவது கணவனால், தகப்பனால், சகோதரனால் தனது பாட்டனால், மகனால் அல்லது ஆண் உறவினர்களால் பாதிப்புக்குள்ளாகும் பெண்கள் நீதிமன்றத்தை நாடி பாதுகாப்புக் கட்டளையை குறித்த நபர்களுக்கெதிராகப் பெற்றுக் கொள்ளவும்; அதே வேளை தனது மனைவியரால், தாயினால், பாட்டியினால் சகோதரிகளினால், பிள்ளைகளால் அல்லது தனது பெண் உறவினர்களால் மேற்போந்த வகையில் நெருக்கடிகளுக்குள்ளாகும் ஆண்களும் அத்தகைய நபர்களுக்கெதிராக பாதுகாப்புக் கட்டளையைப் பெற்றுக்கொள்ள முடியும்.

² பிரிவு 2 (1)

³ பிரிவு 2 (2)

¹ பிரிவு 23

வீட்டு வன்முறைச் சட்டத்தின் படி விண்ணப்பமானது பாதிக்கப்பட்ட நபர் அல்லது பாதிப்பை உண்டு பண்ணும் நபர் தற்காலிகமாக அல்லது நிரந்தரமாக வசிக்கும் இடத்தின் நியாயாதிக்கத்- திற்குரித்தான நீதவான் நீதிமன்றத்திற்கு அல்லது குறித்த வீட்டு வன்முறை நடைபெற்ற அல்லது நடைபெறப்போகும் இடத்திலுள்ள நியாயாதிக்கத்திற்குரிய நீதிமன்றிற்கு செய்யப்பட முடியும்.⁴

பாதுகாப்பு கட்டளையைப் பெறுவதற்கான விண்ணப்பத்தை நீதிமன்றிற்குச் செய்வதற்கு முன் பொலிசாரிடம் முறைப்பாடு செய்ய வேண்டும் எனும் தேவைப்பாடு இல்லை. இருப்பினும் குற்றத்தின் பாரதூரத் தன்மையைப் பொறுத்து பொலிசாரிற்கு முறைப்பாடு செய்வது, பாதிக்கப்பட்டவருக்கு ஒரு பாதுகாப்பாக இருக்க முடியும். பொலிசாரிற்கு முறைப்பாடு செய்வதானது பாதுகாப்புக் கட்டளை பெறுவதின்றும் பாதிக்கப்பட்டவரைத் தடுக்காது.

பாதுகாப்புக் கட்டளைகளுக்கான விண்ணப்பம் செய்யப்பட்ட பின்பு நீதவான் அவ்விண்ணப்பத்தைக் கவனத்தில் எடுத்து; அவசியம் எனக் கருதும் பட்சத்தில் விசாரணை முடியும் வரைக்குமாக இடைக்கால பாதுகாப்புக் கட்டளையொன்றை வழங்க முடியும்.⁵ அவ்வாறான பாதுகாப்புக் கட்டளையானது குறித்த வீட்டு வன்முறையைத் தடுப்பதற்கான அவசியத்தையும், பாதிக்கப்பட்ட நபரின் பாதுகாப்பை உறுதிப்படுத்த- துவதற்கான அவசியத்தையும் கருத்தில். கொண்டே, வழங்கப்படலாம்.⁶ இடைக்கால பாதுகாப்புக் கட்டளையை வழங்கியதன் பின்பு வழக்கினை விளங்குவதற்கு அன்றிலிருந்து 14 நாட்களுக்குள்ளாக திகதி குறிக்கப்படலாம், ஆனால் இடைக்கால கட்டளை அவசியமில்லை என நீதிமன்று கருதினால் நேரடியாகவே விசாரணைக்காக வழக்கு நியமிக்கப்படலாம். இடைக்காலப் பாதுகாப்புக் கட்டளையும் பாதிக்கப்பட்ட நபரை அவசியப்படிச் சத்தியத்தின் மீது விசாரணை செய்த பின்பு வழங்கப்படக் கூடும். 14 நாட்களுக்குள்ளாக பிரதிவாதி நீதிமன்றில் தோன்றி ஏன் அவருக்கெதிராக பாதுகாப்புக் கட்டளை வழங்கக் கூடாது என்பதற்குக் காரணம் காட்ட வேண்டும்.

இடைக்கால கட்டளையானது பிரதிவாதியைக் குறித்த வீட்டு வன்முறையைப் புரிவதினின்றும் தடுப்பதுடன் நீதிமன்றம் குறிப்பிடும் வேறு தடையுத்தரவுகளையும் கொண்டிருக்கும்.⁷ இக்கட்டளை- யானது பாதுகாப்புக் கட்டளை நீதிமன்றினால் வழங்கப்படும் வரை அல்லது இடைக்கால கட்டளை நீதிமன்றினால் அகற்றப்படும் வரைக்கும் அமுலிலிருக்கும்.

⁴ பிரிவு 2 (3)

⁵ பிரிவு 4 (1) (a)

⁶ பிரிவு 4 (2)

⁷ பிரிவு 5 (1) (a), (b)

இச்சட்டமானது வீட்டு வன்முறைகளைத் தடுப்பதற்கான ஒரு ஆயத்தமாகக் கொண்டு வரப்பட்ட போதிலும் குடும்ப ஒற்றுமையையும் குடும்ப சமாதானத்தையும் சீர்ப்படுத்துவதை நோக்கமாகக் கொண்டுள்ளதை அவதானிக்கக் கூடியதாக உள்ளது. அதாவது இடைக்காலக் கட்டளை வழங்கியதன் பின்பு நீதிமன்றமானது குறிப்பிட்ட திறத்தவர்களை குடும்ப ஆலோசகரிடம் அல்லது சமூக சேவை உத்தியோகத்தரிடம் ஆற்றுப்படுத்தி, அவர்களுக்கு ஆலோசனை வழங்குமாறு கட்டளையிடுவார். அத்துடன் திறத்தவர்களை அத்தகைய நிகழ்வுகளில் பங்கெடுக்குமாறு கட்டளையிட முடியும். அத்துடன் நீதிமன்றம் அவசியமெனக் கருதினால் இடைக்காலக் கட்டளை உரிய முறையில் அமுல்படுத்தப்படுகின்றதா. என அவதானித்து நீதிமன்றற்கு அறிக்கை சமர்ப்பிக்குமாறு குடும்ப ஆலோசகரை, சிறுவர் பாதுகாப்பு உத்தியோகத்தரை பணிக்க முடியும்.⁸

இச்சட்டத்தின்படி பாதுகாப்பு கட்டளையை வழங்குவதற்கான விசாரணை சற்று வித்தியாசமானது. பிரதிவாதியானவர் சட்டத்தரணி மூலம் நீதிமன்றத்தைப் பிரதிநிதித்துவப்படுத்தாதவிடத்து பாதிக்கப்பட்டவர் கோரினால் அல்லது நீதிமன்றம் தானாகவே சாட்சிகளையும் பாதிக்கப்பட்டவரையும் பிரதிவாதி விசாரணை செய்வதைத் தடுக்க முடியும் அல்லது பிரதிவாதி தான் கேட்க வேண்டிய வினாக்களை நீதிமன்றிடம் கூற நீதிமன்றம் அக்கேள்விகளை உரிய சாட்சிகளிடம் வினவ முடியும்.⁹ இத்தகைய ஏற்பாடானது நேரடியான குறுக்கு விசாரணை மூலம் பிரதிவாதி மற்றய தரப்பினரை அச்சுறுத்துவதினின்றும் தடுக்கின்றது. ஆனால் பிரதிவாதி சட்டத்தரணி மூலம் தோன்றுகையில் வழமையான விதத்தில் விசாரணை நடைபெறும். பிரதிவாதி மன்றில் சமூகமளிக்காத விடத்தும் பிரதிவாதிக்கு அறிவித்தல் கிடைத்துள்ளது என நீதிமன்றம் திருப்திப்பட்டால்; கிடைக்கப் பெற்ற சாட்சியங்களைக் கொண்டு கட்டளையை ஆக்கும்.

விசாரணைகளின் பின்பு நீதிமன்றம் திருப்திப்படுமிடத்து பாதுகாப்புக் கட்டளை வழங்கப்படும். அப்பாதுகாப்புக் கட்டளையின் காலமானது நீதிமன்றினால் தீர்மானிக்கப்படும். இருப்பினும் ஆகக் கூடியதாக 12 மாத காலப்பகுதிகே அக்கட்டளை ஆக்கப்படலாம்.¹⁰ அக்காலப் பகுதியினுள் அக் கட்டளையானது திறத்தவர்கள் விண்ணப்பிக்கும் போது நீடிக்கப்படலாம்.

பாதுகாப்புக் கட்டளையானது வழங்கப்படு- கையில் பிரதிவாதியின் குற்றத் தன்மை நிரூபிக்கப்பட வேண்டும் அல்லது குற்றத்தை பிரதிவாதி ஒத்துக்கொள்ள

⁸ பிரிவு 5 (2)

⁹ பிரிவு 6 (2) (a), (b)

¹⁰ பிரிவு 10 (2)

வேண்டும் என்ற அவசியமில்லை. பிரதிவாதி குற்றத்தை ஒத்துக்கொள்ளாத போதிலும் பாதுகாப்புக் கட்டளை வழங்குவதை எதிர்க்காதவிடத்து அவருக்கெதிராகப் பாதுகாப்புக் கட்டளை வழங்கப்பட முடியும்.¹¹ மேற் கூறப்பட்ட கட்டளையானது பிரதிவாதிக்கு அனுப்பப்படுவதுடன் அக்கட்டளையின் அத்தாட்சிப்படுத்தப்பட்ட பிரதியானது பிரதிவாதியும் பாதிக்கப்பட்ட நபரும் வசிக்கின்ற பிரதேச நிலையப் பொறுப்பதிகாரிக்கும் அனுப்பப்பட வேண்டும்.¹² அதாவது அக்கட்டளையானது அமுல்படுத்தப்படுகின்றதா என்பதை அவதானிக்கும் கடமை பொலிஸ் நிலையப் பொறுப்பதிகாரிக்கு உரித்தாக்கப்படுகின்றது.

வீட்டு வன்முறைகள் தடுப்புச் சட்டத்திற்கு அமைவாக வழங்கப்படும் பாதுகாப்புக் கட்டளையானது பிரதிவாதிக்கெதிராக பின்வரும் தடையுத்தரவுகளைக் கொண்டிருக்க முடியும்.

1. பாதிக்கப்பட்ட நபரும் பிரதிவாதியும் வசிக்கின்ற வீட்டினுள் அல்லது அதன் பகுதியினுள் பிரவேசிப்பதை தடை செய்தல்.

2. பாதிக்கப்பட்டவரின் வீட்டிற்கு அல்லது வேலைத் தளத்திற்கு அல்லது பாடசாலைக்கு செல்வதை தடை செய்தல்.

3. பாதிக்கப்பட்ட நபர் தற்காலிகமாக வசிக்கும் வசிப்பிடத்திற்குச் செல்வதைத் தடை செய்தல்

4. இருவரும் வசித்த வீட்டில் வசிப்பதை தடை செய்தல்.

5. பிள்ளையின் சிறந்த நலன் எனக் கருதி நீதிமன்றம் அனுமதித்தால் தவிர பாதிக்கப்பட்டவரின் பிள்ளைகளுடன் எவ்விதத் தொடர்பையும் கொண்டிருப்பதைத் தடை செய்தல்.

6. பிரதிவாதியும் பாதிக்கப்பட்டவரும் வழமையாகப் பாவித்து வந்த அசையும் அசையா ஆதனங்களைப் பாவிப்பதை தடை செய்தல்.

7. பாதிக்கப்பட்ட நபரை இக்கட்டான நிலைமைக்கு இட்டுச் செல்லும் வகையில் திருமண இல்லத்தை கையுதிர்ந்தல், கைமாற்றுதல் அல்லது விற்பனை செய்தல் போன்றவற்றிலிருந்தும் தடை செய்தல்.¹³ இருப்பினும் இத்தகைய தடையுத்தரவுகளை வழங்குகின்ற போதிலும் நீதிமன்றம் பாதிக்கப்பட்ட நபரினதும் பிள்ளைகளதும் பிரதிவாதியின் பிள்ளைகளதும் வதிவிடத் தேவைகளையும் கருத்திற் கொண்டே கட்டளையாக்கும். அத்துடன் இப்பாதுகாப்புக் கட்டளையினால் பிரதிவாதிக்கு அல்லது வேறு ஒரு

நபருக்கு ஏற்படக் கூடிய சங்கடங்களும் கஷ்டமான நிலைமைகளும் கவனத்திலெடுக்கப்படும்.

வீட்டு வன்முறைச் சட்டத்தின் படியான பாதுகாப்புக் கட்டளை வழங்கப்படுகையில் நீதிமன்றமானது பாதிக்கப்பட்டவரின் உடனடியான பாதுகாப்பு, சுகாதார நலனைக் கவனத்திலெடுத்து பிரதிவாதியிடமிருக்கும் ஆயுதங்களைக் கைப்பற்றமாறு பொலிசாருக்குக் கட்டளையொன்றை விடலாம். அத்துடன் பாதிக்கப்பட்ட நபரதும், பிள்ளைகளதும் தனிப்பட்ட உடன்களை பெற்றுக் கொள்ளும் முகமாக அவர்களைக் கூட்டிச் செல்லுமாறு பொலிசாரைப் பணிக்க முடியும். இக்கட்டளைகளுக்கு மேலதிகமாக பாதிக்கப்பட்ட நபரையும், பிரதிவாதியையும் குடும்ப நல ஆலோசனை பெறுவதற்கு அல்லது புனர்வாழ்வு நடவடிக்கைகளில் ஈடுபடுத்தல், பாதிக்கப்பட்டவர் கோரினால் அவர். இரகசியமான தற்காலிகத் தங்குமிடத்தில் தங்க வைத்தல் போன்றவற்றிற்கு ஏதுவான கட்டளைகளையும் நீதிமன்றம் எடுக்க முடியும்.¹⁴ இத்தகைய ஏற்பாடுகள் பாதிக்கப்பட்டவர் மேலும் பாதிக்கப்படாமல் தடுக்கும் நடவடிக்கைகளாகவே அமைந்துள்ளன.

இச்சட்டத்தின் பிரகாரம் பாதிக்கப்பட்ட நபர் பிரதிவாதியில் தங்கி வாழும் நபராக இருக்கின்ற போது பிரதிவாதியானவர் பண உதவி செய்ய வேண்டிய கூட்பாடு பாதுகாப்புக் கட்டளையின் மூலம் ஏற்படுத்தப்படுகின்றது. இருப்பினும் இயற்கை நீதிக் கோட்பாடுகளுக்கேற்ப திறத்தவுரும் நீதிமன்றனால் விசாரிக்கப்பட்டு பிரதிவாதியின் நிதி நிலைமை கவனத்திற் கொள்ளப்பட்டே கட்டளையாக்கப்படும். இந்த பண உதவிக்கான கட்டளையானது எந்தவொரு நபரும் தாபரிப்புக் கோரி நீதிமன்றிற்கு விண்ணப்பம் செய்யும் உரிமையைத் தடுக்காது.¹⁵

வீட்டு வன்முறைப் பாதுகாப்புக் கட்டளையுடன் திருப்பதிப்படாத எந்தவொரு நபரும் அரசியலமைப்புச் சட்டத்தின் உறுப்புரை 15 யின் கீழ் தாபிக்கப்பட்ட மேல் நீதிமன்றங்களுக்கு மேல் முறையீடு செய்ய முடியும்¹⁶ அத்துடன் பாதிக்கப்பட்ட நபருக்குள்ள வேறு வழக்கிலும் உரிமைகளையும் இக்கட்டளை தடை செய்யாது (அதாவது விவாகரத்து வழக்கிடுதல்..... போன்றன)

பாதுகாப்பு கட்டளையைப் பெற்றுக் கொள்வதற்கான திறத்தவர்களின் பெயர்களையோ அல்லது வேறு விடயங்களை அல்லது அடையாளங்களைப் பிரகரிப்பது அல்லது வழக்கு நடவடிக்கை விபரங்களைப் பிரகரிப்பது இரு வருட காலத்திற்கு மேற்படாத சிறைத்தண்டனைக்குரிய

¹¹ பிரிவு 6 (4)

¹² பிரிவு 9

¹³ பிரிவு 11

¹⁴ பிரிவு 12 (1)

¹⁵ பிரிவு 12 (1)

¹⁶ பிரிவு 17

குற்றமாகும். ஏற்கனவே குறிப்பிட்டது போன்று இவ்வேற்பாடும் எமது சமூக, கலாச்சார விழுமியங்களை பாதுகாப்பதற்கானதாகவே உள்ளது என்று கூற முடியும்.

இச்சட்டத்தின் கட்டளையை அமுல்படுத்துவதை உறுதிப்படுத்துபவர்களாக சமூக சேவைப் பணியாளர்கள், குடும்ப நல ஆலோசகர், சிறுவர் நன்நடத்தை உத்தியோகத்தர், குடும்ப சுகாதாரப் பணியாளர்கள் உள்ளனர். இவர்களில் ஒருவருக்கு நீதிமன்றம் பணிக்குமிடத்து, பாதிக்கப்பட்ட நபருக்கும் பிரதிவாதிக்கும் இடையில் வழங்கப்பட்டுள்ள பாதுகாப்புக் கட்டளையின் அமுல்படுத்துகையை அவதானித்து, மூன்று மாதத்திற்கொரு தடவை நீதிமன்றிற்கு அறிக்கை செய்ய வேண்டும். பாதுகாப்புக் கட்டளையை ஏற்று பிரதிவாதி இயங்காதவிடத்து, அவர் குற்றஞ் சாட்டப்பட்டு நீதவான் நீதிமன்ற விசாரணைகளின் பின்னர் ஒரு வருடத்திற்கு மேற்படாத சிறைத் தண்டனைக்கு அல்லது

பத்தாயிரம் ரூபாவிற்கு மேற்படாத தண்டப் பணம் அல்லது இரு தண்டனைகளையும் அனுபவிக்க வேண்டி ஏற்படலாம்.

பொதுவாக இச்சட்டத்தை எடுத்து நோக்குகின்ற போது வீட்டு வன்முறைகளைத் தடுப்பதற்கான ஒரு காப்பாகவே இதனை அவதானிக்க முடிகின்றது. இருப்பினும் இச்சட்டத்தினை வீட்டு வன்முறைகளை தடுப்பதற்கான பாரியதொரு உபகரணமாகக் கொள்ள முடியாது. ஏனெனில் நமது நாட்டைப் பொறுத்தவரையில் குடும்பக் கட்டமைப்பு மிகவும் அவசியமான ஒன்றாக இருக்கின்றது. எனவே சிறுசிறு விடயங்களுக்கெல்லாம் பாதுகாப்புக் கட்டளையை நாடுகின்றபோது, அங்கு பாரிய சீரழிவுகள் நடைபெற இடமுண்டு. ஆகையினால் பாரிய வன்முறைகளைத் தடுப்பதற்கான ஒரு கருவியாக இதனை உபயோகிப்பது சாலச் சிறந்தது.

Obscenity and Law: Critiquing Indian Cinema in Socio-Legal Quagmire

Ankur Gupta

B.A.LL.B (Hons.) *National Law Institute University*, (NLIU) Bhopal, India, 462044.

ABSTRACT

The Essay entitled *Free Cinematic Expression: in Socio-Legal Quagmire* is an attempt to show how obscenity in cinema is a very muddled and confused concept. The essay tries to highlight the legal and extra-legal considerations that affect the definition and scope of obscenity. These considerations include not just imprecise definitions of vulgarity, obscenity, imprudence, but are much more deep rooted as they include myths about sexuality, more specifically mal formed notions about women. The blame, if it can be laid upon any one cause, is to be laid on the patriarchal discourses that are ingrained in the warp and woof of Indian society. The only way out, in my opinion, is to nip the root cause in the bud. Education, more specifically sex education at school levels, is a seemingly radical, but effective solution.

INTRODUCTION

Western as well as non-western societies have grappled and struggled with obscenity occurring in varying forms, through different media. The notion of obscenity is slippery and subjective to define. However, what is of importance is to analyze the kaleidoscope through which one looks at obscenity. A conservative group may have very high benchmarks in judging obscenity, they may deem even the slightest cursing, or the show of bare skin as obscene. On the other hand a liberal society may display greater tolerance and not condemn acts mentioned above as obscene.

To judge whether the material under scrutiny is being judged through a 'liberal' or a 'conservative' kaleidoscope is a task that would involve a multi-disciplinary study of the target audience as well as the supposed 'group' judging for obscenity. An example, pertinent to Cinema, of such a 'group' would be the censor boards.

Almost all nations have some sort of mechanism to check videographic content (films, TV programs etc) for so called 'explicit content'. These censor boards apply numerous parameters before clearing the decks for airing of a program. In addition to censor boards, there may be other fora responsible for scrutinizing videographic material for 'objectionable material' and suggesting cuts, alterations etc before the final cut is released. Coming back to the issue of judging the censors, it would be an exercise in futility to label the censor as liberal or conservative or moderate. The state sponsored censors comprise a diversity of persons from different backgrounds-Artists, Filmmakers, Musicians, Politicians, Bureaucrats, etc-thus attempting a labeling of the censor board as a whole will not be realistically possible. Moreover, the censor boards may not be the only agency checking for obscenity, quite often matters regarding media censorship come up before the courts. In fact, there are cases in common law nations where the courts had to decide upon

whether passages of certain best-selling novels were obscene and thus whether the novel be banned or not¹.

Apart from trying to analyze the proclivities, mores, aspirations of people one may also consider the media thorough which the material in question is projected. Prior to electricity, the only media through which information could be disseminated was print media. Books, newspapers, periodicals etc were within the reach of a educated few who could read. This remains to be the case in many developing nations, including India, where a large mass of the population are illiterate. With the advent of electricity, radio, TV and more recently an array of Information Communication Technologies, disseminating knowledge and ideas has not only become easier, but these ideas penetrate to greater depth thus reaching the grassroots level of societies that may have been barred due to barriers such as illiteracy. To argue inefficacy of TV and Radio in proliferation of knowledge to the poorest section of society because of the relatively high costs (purchasing as well as running costs) would be open to challenge on many counts, one being that having one TV for a village would be more efficacious in spreading information than having the entire village subscribe to a regional language newspaper, even if such a paper is gratis, because illiteracy would be the real barrier not poverty. Hence medium of projection of ideas becomes the paramount consideration in judging whether content is obscene or not.

Another angle to look at this is to see the kind of psychological impact media has on one subjected to it. Will a *"Playboy"* or a *"PentHouse"* containing mostly explicit photographs provide a

¹ DH Lawrence's controversial classic *"Lady Chatterley's Lover"*, created ripples in UK, upon it's release and over 200 years later it had the same effect in India.

stronger drive to one's prurient tastes than say a black and white, un-abridged, un-censored version of the DH Lawrence's classic *"Lady Chatterley's Lover"*? Electronic media, capable of bringing live, vivid images, can influence the audience instantly and leave impressions that are long-lasting. This holds true, I feel, in context of cinema. A full length feature film is capable of impacting the audience instantly and probably more effectively than when the same ideas are projected through print. However the argument that books have a far more long-lasting impact, if not instant impact, would find many supporters and would surely hold water in a society where literacy rates are high and a culture of reading is imbibed by people.

Cinema is a very powerful media, providing a very powerful and effective platform for projection of ideas. Movies quite often teach us how to behave in a particular social setting. Movies are not just entertainment, but a way of absorbing the ways of the world. In India, cinema gained popularity with the canvas of Nationalism in the background. Cinematographic works were a complex fabric of social, religious, political ideas all imbued with a sense of nationalism. Though movie making was not really an industry then, and movie watchers were far fewer, cinematic creativity did catch on. Post-independence the Indian movie industry really bloomed, both in terms of volumes of movies made and also the variety & diversity in the quality of movies. This spurt in cinema culture could be attributed primarily to the easier availability of movie-making technologies, affordability and availability of means to watch movies and also the realization of efficacy of cinema as medium to spread ideas.

The reasons for cinema's overwhelming efficacy in proliferating ideas are also the reasons why so many agencies would like to control the

content. Arguably, the state agencies are the most prominent one's when it comes to control of cinema. The main tool for control is censorship. But power, as Foucault reminds us, is not a possession, but a relation². Censorship involves more players than just the state. In the theatre of censorship, power is exercised by the state, the film industry and the citizenry in relation to one another. This play of power is not simply repressive. Rather, it (re)produces rules, practices parameters of debate, categories and subjects; in short, it produces the discourse of censorship³. Other factors, such as technology, also determine act to curb censorship. For instance audio cassettes, which can carry potentially 'subversive' messages, escape state scrutiny with much ease. No better instance can be cited than that of the brouhaha created by the song *Choli Ke Peeche Kya Hai* from Suhash Ghai produced *Khalnayak* (1993). A multi-pronged attack was launched against the song by numerous cultural policeman on the grounds of being visually and audibly inconsistent with the sensibilities of Indian society.

The essay highlights the frictions between Obscenity and Indian society, considering specially court decisions to demonstrate that concepts such as *imprudence* and *indecent* lack definitional and conceptual clarity. Further, an analysis of the development of Indian cinema and its evolution is evidence of its power in shaping India society and thus the premium placed on censorship by multiple actors, state and non-state. A glancing look at the laws reveals that they remain divorced from the changing realities of an organic society.

² Foucault, Michel. *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*. Trans. Alan Sheridan. New York: Pantheon Books, 1977.

³ Mehta, Monika *What is Behind Film Censorship? The Khalnayak Debates*, available at <<http://social.chass.ncsu.edu/jouvert/v5i3/mehta.htm>>

OBSCENITY, IMPRUDENCE, INDECENCY
ANCHORED IN CONFUSION, ENVELOPED IN SUBJECTIVITY

It's the proverbial bad penny that won't disappear. Obscene content pervades media and a spate of incidents triggering debate has thrown up more questions than answers. Does the solution lie in amending the law? Or can the problem be nipped in the bud by initiatives to impart widespread and meaningful sex education? One thing that is clear that there is no single answer to it. Obscenity is being dished out because there is a market for it and this market is constantly growing. But then what are the limits of obscenity? Are there any limits? Is there a need for restricting the scope of obscenity? Is it practicable to impose restriction on obscenity? And then the trump, who should impose limits on obscenity? These complexities will continue to fuel the fire and fury of the debate on obscene content unless we look at them in a level headed fashion. A possible starting point may be to examine and re-examine the concept of Obscenity itself.

Obscenity, Indecency, promiscuity is visceral concepts which can't be constricted into definitions. This may be a reason why it is difficult to apply provisions of law that define obscenity or lay down yardsticks for courts to measure content for obscenity. Obscenity is hardly a measurable concept. The Indian Penal Code, 1861 terms as 'obscene' anything that is 'lascivious or prurient' and therefore likely to disturb moral sentiments⁴. Morality is an individual trait, at best a societal trait. Nor is it possible or expected that judges, while deciding what is obscene content, gauge individual traits of the accused. The Indecent Representation of Women's' Act, 1989,

⁴ Section 292, Indian Penal Code, 1861; Prohibits 'obscurity,' which it defines as any visual or written material that is "lascivious or appeals to prurient interests" or which has the effect of depraving or corrupting persons exposed to it.

which was a ploy, as argued by some, to depict the Rajiv Gandhi government as a pro-women government, covers visual material. The *Cinematography Act, 1952* is aimed at ensuring 'healthy entertainment', providing numerous guidelines governing the depiction of sexuality. These vague and imprecise legislations have suffered implementation problems since their inception. Different groups of Indian society have come to accept laws in different ways. A study of the sociology of law relating obscenity would be very apt, but lies outside the scope of this paper. However, to understand the lacunas in the law, it would be helpful to see how the courts have dealt with the issue of obscenity in certain cases.

Traversing back into the annals of common law, the offence of obscenity first surfaced when one Sir Charles Sedely exposed his person to public gaze from the balcony of a tavern over three hundred years ago⁵. Obscenity in books, however, was made punishable only before the spiritual courts when it was so held in a case in 1708⁶. The first legislative measure against obscenity came only in 1857 when Lord Campbell enacted a statute. This was interpreted by his successor, Cockburn, C.J. in *Queen v. Hicklin*⁷. The Hicklin test has become a standardized yardstick, employed by the Indian courts, to judge whether matter charged is obscene or not. It has become *in pari materia* with Section 292 of the Indian Penal Code, 1861 barring minor deviations in the language. However, this has had a very adverse effect, it has turned courts into a board of censors. In one such verdict, the court opined that "obscenity without a preponderating social purpose or profit cannot have constitutional protection of free speech...Obscenity is treating with sex in a manner appealing to the carnal side of human nature, or

having that tendency"⁸. The novelty of the court's interpretation of 'obscene' lay in the fact that it went beyond the textual confines of Section 292. The court reflected upon certain social considerations too. The judges pointed to resurgence of regional languages after a deadening impact of English and the phenomenon of copying of English smut into regional lingo so as to cash in on non-English speaking readers. The court highlighted this dangerous trend in Indigenous literature and called for a balanced scrutiny of indigenous literature.

This analysis would not be complete without delving into the evolution of Indian cinema and how it has molded Indian society over the decades.

INDIAN CINEMA: THE ULTIMATE IDEOLOGICAL APPARATUS, SHAPING MASS MENTALITY FOR DECADES:

While sexuality is nothing new to Indian Culture, numerous ancient texts such as *Kamasutra* depict it. However, many opine that sexuality in a lascivious form, appealing to the carnal side has found expression in cinema only recently. Edgy sexuality, traditionally associated with independent cinema of the west is finding definitive expression in Asian cinema as well. Critics argue that the lines of distinction between pornography, obscenity and art are fading fast. Nonetheless certain supporters of free speech aver that representation of sexuality is a part of Indian tradition. However, there are two broad categories of films, those in which sexuality is defined in a political, social, religious, and cultural context of the nation and those that are downright libidinous, pandering to the baser instincts of the audience. The so-called 'art' movie genre as opposed to mainstream cinema in India, has been influenced by "bold unusual films" which project "Audacious

⁵ *Samaresh Bose v. Amal Mitra* AIR 1986 SC 467

⁶ *Queen v. Read* 11 Mod 205 QB : 88 ER 953

⁷ 1868 LR 3 QB 360

⁸ *Mamta Kulkarni v. Additional Chief Metropolitan Magistrate & Ors.* Cri. Appln. No. 461 of 1997

Themes"⁹. Yet some see them as attempts to turn pornography into art¹⁰. But there's much more to opposing obscenity in Indian cinema than what meets the eye.

Certain assumptions about sexuality, forming part of the patriarchal mindset, are too striking to ignore when discussing obscenity in India. Firstly, it is ingrained in our societal fabric that sexuality is obscene. The second assumption forming the centrality of patriarchal discourse, that sexual references dishonor women. And the third is that sexuality's entry into public space disrupts social boundaries¹¹. Such assumptions have plagued mindsets of the lay public as well as people holding offices of importance. For instance, an analysis of verdicts by Indian courts in cases relating rape, portends malformed considerations about sexuality, fortifying notions of patriarchy and male dominance¹². Cinema has, only too often, been in the line of fire for spreading anti-social messages and corrupting the minds of the public. However, the irony of the matter is that when a controversial text enters public domain, it becomes marketable property due to its lure as a forbidden object. It's status as a forbidden act is constructed by the deliberate act of censorship¹³. Censorship fuels this desire rather than 'shielding' 'innocent minds' in 'cultured' society from vices such as sexuality.

Cinema, as the clichéd expressions goes, is a reflection of society, of reality, but it also supplies what reality denies. The repression of sexuality, in the name of Indian tradition, has led to alternative conduits of display of sexuality. The hoopla raked up by the controversial song *Choli Ke Peeche Kya Hai* in Subhash Ghai's hit

Khalnayak provides an apt example of commodification of female sexuality. Not only that, but it also shows how such a salacious display was lapped up millions and made Madhuri Dixit, the female lead in the movie, an instant hit in the eyes of men and women. Middle class Indian women began to idealize Dixit for her stunning performances. These women have been given gender training by families (private sphere) and by society at large (public sphere) on deportment. For most part, they are cautioned against any public display of sexuality on their part, as it'll lead to sexual violation. Whether women abide by these 'precautionary' measures or not doesn't matter as they are subject to sexual harassment, overt or covert, in any case. In a milieu where the most oblique sexual expression may lead to sexual harassment, many middle-class female fans of Dixit find her performances pleasurable as they associate sexual agency with her performance¹⁴. The erotic undertone of the song becomes a mirror that reflects the orthodoxy and hypocrisy of our society.

The turbulent relationship between censorship and cinema is influenced by, as shown numerous socio-legal considerations. What really strikes one is the thin lines of distinction between related, but distinct concepts. Without any adequate conceptual understanding, judges, lawyers, activists (proponents, opponents), film makers muddle up concepts such as pornography, erotica, art and thus testing for obscenity becomes all the more difficult. Thus debating obscenity in the courtroom, with a partial understanding of the underlying concepts becomes an exercise in futility having the potential to foster myths about sexuality. The debate has to be conducted on a platform involving all parties including law

⁹ Joshi, Namrata, *Kiss' N Tell*, Outlook, Aug 1, 2005.

¹⁰ *Ibid*

¹¹ *Supra* Note 3 at para 8.

¹² Trivedi, Shukti & Gupta, *Ankur Flaws in the Rape Adjudication Process*, MAINSTREAM, Mar. 12th, 2005.

¹³ Kuhn, Annette, *Censorship, State and Sexuality 1909-1925*. New York: Routledge, 1988.

¹⁴ *Supra* Note 3 at para 30. Also See Puri, Jyoti, *Women, Body, Desire in Postcolonial India: Narratives of Gender and Sexuality* (New York: Routledge, 1999).

enforcers, law makers, film makers, Women's Rights Activist, actors, and members of the law public. It cannot be confined to the chambers of censor board officials or to the hallowed halls of our courts.

CONCLUSION

Cinema, like literature, is at the heart and soul of India's societal fabric. In this age of information and knowledge revolutions, cinema has assumed a role more important than ever before. Obscenity in cinema has is certainly not an advent of post-liberalization. It has always been there. It has been depicted in the form of violence and sexually explicit scene. Not all films containing explicit sexual content can be classified as obscene, while at the same time, it would be detrimental to be so liberal so as to treat every piece of erotica or porn as art. What is required is a balancing act, by the censor board, and by all members of society who pass judgments on cinematic content. But before taking stands, there

must be awareness and understanding of the underlying reasons as to why certain imagery may be treated as obscene. Education is the only way out, and unfortunately we don't even introduce it to college students let alone school students. The aim of this essay is not to denounce censorship, in the name of free expression, but to consider varied socio-psychological factors and orthodox ideologies which continue to shape Indian society.

No one would want to live in a degenerated society which craves for anything that is lewd, or caters to the baser instincts. But allowing senseless censorship and having antiquated laws, which are divorce from reality is equally damaging. If there ought to be a code of ethics, then let it be an internal code of ethics, where the film industry becomes it's own watchdog, guarding against denigrating obscenity in cinema. Clear lines should be drawn between non-exploitative sexual depictions and such that is libidinous.

விழுமியத்தில் விழுந்துவிடக் கூடிய மாசு என்பனவெல்லாவற்றினையும் கவனத்திற் கொண்டு சில கொள்கைகளின் அடிப்படையில் தண்டனைத்தன்மை வேறுபடுகின்றன அவையாவன,

1. அச்சுறுத்துவது தண்டனைக் கொள்கை, (Deterrent Theory of Punishment)

2. பழிவாங்குவது தண்டனைக் கொள்கை, (Retributive Theory of Punishment)

3. குற்றங்களை தடுப்பது தண்டனைக் கொள்கை, (Preventive Theory of Punishment)

4. சீர்திருத்துவது தண்டனைக் கொள்கை, (Reformation Theory of Punishment)

1. அச்சுறுத்துவது தண்டனைக் கொள்கை

இக்கொள்கையின் அடிப்படையான யாதெனில் குற்றம் செய்வோரை அல்லது குற்றம் செய்யத் தூண்டுவோரை அல்லது எத்தனிப்போரை வழங்கப்படுகின்ற தண்டனைகள் அவர்களை அச்சுறுத்தவதாக அமைதல் வேண்டும். இதன் மூலம் குற்றங்களைத் தடுக்க அல்லது குறைக்க எத்தனிக்கின்ற கொள்கையே இதுவாகும்.

குற்றவியற் சட்டத்தில் குற்றங்களும், தண்டனைகளும் வரையறுக்கப்பட்டிருக்கும். இவ்விதம் தண்டனைகளை வரையறுப்பதன் மூலம் குற்றங்கள் புரியப்படாமல் தடுக்க முனைகின்றது. மறுபக்கத்தில் இவ்வாறான ஏற்பாடுகளை கவனத்திற் கொள்ளாமல் கோபம், பேராசை போன்ற உணர்ச்சிமேலட்டால் செய்யப்பட்ட அல்லது செய்ய எத்தனிக்கின்ற குற்றங்களுக்கு தண்டனை விதிக்க நேரிடுகின்றது. மேற்படி குற்றம் செய்தவரைத் தண்டிப்பதன் மூலம் இரண்டு வகையான அச்சுறுத்தல்களை சமூகத்தினை நோக்கி வழங்குகின்றது. தண்டனை அளிக்கப்பட்டால் அதனை அனுபவிப்பவர்கள் தமது மனதாலும் உடலாலும் வேதனை அனுபவிப்பதனால் எதிர்காலத்தில் அவ்வாறான குற்றச் செயல்களைச் செய்ய அஞ்சுவார்கள். அதுமட்டுமன்றி குற்றம் செய்தவன் அனுபவிக்கும் தண்டனையின் பக்கவிளைவு சமூகத்தில் வாழ்பவர்களை அது போன்ற குற்றச்செயல்களைச் செய்வதில் இருந்து தடுக்கும். எனவே இவ்வாறான தண்டனைகள் குற்றச்செயல்களைச் செய்தவன் அனுபவிப்பதனாலும்

அனுபவிப்பவனை ஏனையவர்கள் கண்ணுறுவதன் மூலம் அச்சம் ஏற்படுகின்றது. இவ்வாறு அச்சுறுத்துவதன் ஊடாக குற்றச்செயல்களைத் தவிர்த்து சமூகக் கட்டுப்பாட்டினை, ஒழுங்கு முறையினை பேணுகின்ற ஓர் வழிமுறை. இதனை "அச்சுறுத்துவது தண்டனை என்ற கொள்கை" எனலாம்.

இலங்கையைப் பொறுத்தவரை தண்டனை முறையை உற்று நோக்கினால் பாலியல் துஷ்பிரயோகம், சிறுவர் துஷ்பிரயோகம், ஆபாசப்படங்களை பிரசுரித்தல் போன்ற தண்டனைச் சட்டக்கோவையில் அடங்கியுள்ள குற்றங்களுக்கும் ஏனைய நியதிச் சட்டக் குற்றங்களான விலை, தரக்கட்டுப்பாடு, சுகாதாரம், இயற்கை வளங்கள், வரி, சுங்கம் போன்ற விடயங்களைக் கையாளுகின்ற சட்டங்களிலும் காண முடியும்.

மேலும் "அச்சுறுத்துவது தண்டனை என்ற கொள்கை" முறையின் கீழான தண்டனை வழங்கும் குற்றங்கள் தொடர்பில் பொது மக்கள் நோக்கிய விழிப்புணர்வு நடவடிக்கைகள் மேற்கொள்ளப்பட வேண்டும். இத்தண்டனைத் தன்மை தொடர்பில் ஓர் பரந்தளவில் விளக்கம் வழங்கப்படவில்லையாயின் இக்கொள்கையின் முழுமையான பலனை சமூகம் அனுபவிக்க முடியாததுடன் சமூகத்தில் அதன் எதிரொலிப்பின் சார்புத் தன்மையை கண்முன் காணமுடியாது என்பது மட்டுமல்லாமல் எதிரான பலாபலன்களையும் கொடுக்க விளையலாம்.

உதாரணமாக, 16 வயதுக்குக் குறைந்த பெண்ணை சம்மதத்துடனோ சம்மதமின்றியோ பாலியல் வல்லுறவிற்கு உட்படுத்தினால் அது பாலியல் வல்லுறவாகவே கருதப்படுகின்றது. இக்குற்றத்தின் தண்டனை அச்சத்தினை ஏற்படுத்தக் கூடியவை ஆனால் கிராமப்புறங்களில் வாழும் இளைஞர்களுக்கு இத்தண்டனையின் பாரதூரம் இன்னும் புரியவைக்கப்படவில்லை. அவ்விளைஞர்கள் தாங்கள் காதலியதாகவும் திருமணம் செய்து கொண்டவர்கள் என எண்ணி பாலியல் உறவுகளில் ஈடுபடுகின்றார்கள். அதன் விளைவு நீண்டகால மறியற் தண்டனைகளை சிறைக்கதவுகளின் பின்னால் அனுபவிக்கின்றார்கள். இன்றும் சில சிக்கலான வழக்குகள் நீதிமன்றங்களில் இருக்கின்றன. அதாவது குற்றபகர்வு பத்திரம்

வழங்கப்படும் போது யாரைப்படிபடிவியல் வல்லுறவுக்குப்படுத்தினார்களோ அவர்கள் பிள்ளையுடன் கணவன் மனைவியாக இருப்பது.

சட்டங்களில் குற்றத்திற்கான ஆகக் குறைந்த தண்டனை என வரையறுப்பது கூட ஓர் அச்சுறுத்துவது தண்டனை என்ற கொள்கையின் பார்ப்பட்டது.

2. பழிவாங்குவது தண்டனை என்ற கொள்கை

ஒருவன் ஒரு குற்றச் செயல் செய்தால் அக்குற்றச் செயலினால் சமூகத்தில் இன்னொருவன் எவ்வாறு பாதிக்கப்பட்டானோ துன்ப துயரங்களுக்கு உள்ளாக்கப்பட்டானோ அவ்வாறே, அதே பாதிப்பினை, துன்பத்தினை, துயரத்தினை குற்றம் புரிந்தவனும் அனுபவிக்க வேண்டும் என்பது மனித இயல்பின் பார்ப்பட்டது. இம்மனித உணர்வினைச் சூருக்கமாக "பழிக்குப்பழி வாங்குதல்" என்பர். வினை விதைத்தவன் வினை அறுக்க வேண்டும், தீமை அகற்றப்படவேண்டும், தீயோரை ஒறுக்கவேண்டும், குற்றம் செய்தவன் தண்டனையிலிருந்து தப்பி விடக்கூடாது. என ஆதங்கப்படுவதும் அவ்வாறு தீச் செயல் புரிந்தவன் தண்டனை அடைந்தால் திருப்தி அடைவதும் மனிதப்பண்பாகும். மனித இனத்துக்கு மட்டுமன்றி மிருகங்களிற் கூட இவ்வுணர்வு மேலோங்கியிருக்கின்றது. இவ்வுணர்வுகளைத் திருப்திப்படுத்தும் வகையிலும், குற்றத்தினைச் செய்தவனைப் பழிவாங்கும் அடிப்படையிலும் தண்டனையின் அளவும், தாக்கமும் அமைத்திருக்கும். ஒருவர் செய்கின்ற குற்றச்செயலால் பாதிக்கப்பட்டவர் தனியொரு நபராக இருப்பினும் அரசு அக்குற்றம் அரசுக்கெதிராக செய்யப்பட்ட குற்றமாகவே கருதும் எனவே அரசு அக்குற்றவாளிக்குத் தண்டனை அளித்து வஞ்சம் தீர்த்துக்கொள்ளும். எனவே குற்றவாளியைப் பழிவாங்கும் வகையில் தண்டனை வழங்கும். இவ்வாறான தண்டனைக் கொள்கை முறை "பழிவாங்குவது தண்டனைக் கொள்கை" எனப்படும்.

இலங்கையில் பல வகையான தண்டிக்கும் முறைகள் இருந்தாலும் அவை குற்றங்களுக்கு ஏற்ற வகையில் சில சில மாறுதல்களுடன் வழங்கப்படுகின்றன. இவ்வாறு தண்டனை வழங்கும் முறையில் சில மாறுதல்கள் அறிமுகப்படுத்தப்பட வேண்டுமென்பது உண்மை. இருந்தாலும் நடைமுறையிலுள்ள தண்டனை

முறையினை சற்று உற்று நோக்கினால் மனித உடலுக்கும், உயிருக்கும் பாரியளவில் தீங்கினை ஏற்படுத்துகின்ற குற்றச் செயல்களுக்கு அதாவது ஏற்படுகின்ற பாதிப்புக்களுக்கேற்ப பாதிப்பினை ஏற்படுத்திய குற்றவாளியினை வஞ்சம் தீர்க்கும் வகையில் தண்டனை வழங்கக்கூடிய ஏற்பாடுகளைச் சட்டத்தில் காணலாம். உதாரணமாக கொலைக்குற்றத்திற்கு மரணதண்டனை வழங்குதல் அது போன்று போதைவஸ்து தொடர்பான குற்றங்களுக்கும் அத்தண்டனை வழங்கப்படமுடியும். மேலும் பயங்கர ஆயுதங்கள் தொடர்பான சட்டம், இயற்கை வளங்களை மாசுபடுத்தலுக்கு எதிரான சட்டங்கள் இவை எல்லாம் பழிக்குப் பழிவாங்கும் அடிப்படையில் அமைத்திருப்பதனைக் காணலாம். இத்தண்டனைகள் நேரடியாகவோ அல்லது மறைமுகமாகவோ தண்டனை பெற்றவரைப் பழிவாங்குகின்றது.

3. குற்றங்களை தடுப்பது தண்டனை என்ற கொள்கை

பொதுவாக அரசினுடைய நோக்கம் குற்றங்களைத் தடுத்து சமூகத்தில் மக்களின் வாழ்க்கையினைச் சீர்ப்படுத்திப் பேணுதலாகும். தண்டனையால் குற்றவாளிகளுக்குப் பயம் ஏற்படுகின்றது என்பது உண்மை. குற்றவியல் சட்டங்கள் பெரும்பாலானவை குற்றங்களைத் தடுத்தல் தொடர்பிலேயே செயற்படுகின்றன.

குற்றம் செய்யாமல் தடுப்பது எவ்வாறு, குற்றம் செய்த ஒருவரை அவர் மீண்டும் அக்குற்றத்தினைச் செய்ய இயலாத நிலைக்கு கொண்டு வரவேண்டும் அல்லது குற்றம் செய்ய எத்தனிக்கும் போதே அதனைத் தடுக்க வேண்டும்.

உதாரணமாக திருடியவனைச் சிறையில் அடைந்தால் சிறையில் இருக்கும் காலத்தில் அவனுக்குத் திருடுகின்ற வாய்ப்பு கிட்டாது. அதுமட்டுமன்றி சிறையில் இருக்கின்ற காலத்தில் அவன் அனுபவித்த பாடம் அவனுடைய மனதை திருத்தி மீண்டும் திருடாதவாறு தடுக்கின்றது.

நாம் நம்முடைய நலனுக்காக விளைவிக்கின்ற பயிர் வகைகளுக்கிடையில் முளைக்கின்ற களைகளை நாங்கள் பிடுங்கி எறிகின்றோம். அதுபோலவே சமுதாய

நலனைக் காப்பதற்காக கேடு விளைவிக்கும் குற்றவாளிகளை சமுதாயத்திலிருந்து பிரித்து எடுத்தல் வேண்டும்.

எனவே இவ்வாறு குற்றங்களால் விளையும் கேடுகளை தடுப்பதற்காக குற்றத்தைத் தடுக்கும் தண்டனை வழங்குகின்றோம். இது குற்றங்களைத் தடுப்பது என்ற கொள்கை எனப்பட்டது.

இலங்கையின் தண்டனைச் சட்டக் கோவையில் மனிதனின் உடமைக்கு ஏற்படும் தீங்கிற்கும், மேலும் நம்பிக்கையின் அடிப்படையில் செய்யப்படும் செயல்களின் அடிப்படையில் ஏற்படும் தீங்குகளிற்கும் குற்றம் தடுக்கும் கொள்கையின் அடிப்படையிலேயே தண்டனை வழங்கப்படுகின்றது.

மேலும் குற்றத்துக்கான தண்டனையில் ஆகக் குறைந்த தண்டனையின் அளவினை வரையறுப்பதன் உள்நோக்கமும் ஓர் எச்சரிக்கை முறையே. அதாவது குறிப்பிட்ட குற்றச்செயலினை செய்தால் குறிப்பிட்ட காலத்திற்கு தண்டனை அனுபவிக்க வேண்டும் எனச் சமூகத்திற்கு வழங்கப்படுகின்ற எச்சரிக்கை நடவடிக்கையேயாகும்.

4. சீர்திருத்துவது தண்டனை என்ற கொள்கை

இன்றைய காலகட்டத்தில் பலராலும் ஏற்றுக் கொள்ளப்படுகின்ற மனிதாபிமானமுடைய ஏற்பு என்னவென்றால் ஓர் குற்றத்தினை புரிகின்ற நபருக்கு தண்டனை விதிக்கின்ற போது, அத்தண்டனை அவனின் உடலினை வருத்துவதை விட அவனின் உள்ளத்தினைப் பதப்படுத்துவதாக இருக்க வேண்டும் என்பதாகும். இதில் இன்றைய நாகரிக சமூகம் அதிக அளவில் ஆர்வம் செலுத்துகின்றது என்பதற்கு அடையாளமாகச் சட்டப்பரப்பில் தண்டனைக் கொள்கையில் பாரிய மாற்றம் ஏற்பட்டு வருவதைக் கூறலாம்.

ஆரம்ப காலங்களில் குற்றச் செயல் நடந்தால் மட்டும் போதுமானது அதற்குரிய தண்டனையை வழங்கிவிடலாம். இது பழிவாங்குவது என்ற கொள்கையின் பாற்பட்டது. ஆனால் பின்னர் ஏற்றுக்கொள்ளப்பட்ட முக்கியமான கோட்பாடு *Actus non facit reum nisi mens sit rea* "குற்றமணியல்லாச் செயல் குற்றமாகாது" அதாவது ஒரு குற்றம் குற்ற

மனதுடன் செய்யப்படவில்லையாயின் அக்குற்றம் குற்றமாகக் கொள்ளப்பட முடியாது என இலத்தீன் முதுமொழியில் கூறப்படுகின்றது. இக்கோட்பாடு தண்டனைச் சட்டத்தின் அத்திவாரமாக விளங்குகின்றது என்பதனை நாம் அறிவோம்.

ஒரு தீய கருத்து இன்றித் தீச் செயல் எழுவதில்லை என்பது இவ்விலத்தீன் முதுமொழியின் கூறுத்து. எனவே தண்டனையின் நோக்கம் ஒரு தீய எண்ணத்தை தோற்றுவிக்காது தடுப்பதாக இருக்க வேண்டும் என்பது ஓர் உட்கிடையுண்மை அதாவது தண்டனையின் குறிக்கோள் குற்றவாளியின் உடலை வருத்துவதாக இன்றி அவனுடைய உள்ளத்தை செம்மைப்படுத்துவதாக அமைதல் வேண்டும் ஆகவே பழிவாங்குவது தண்டனை முறைக் கொள்கை, எச்சரிப்பது தண்டனை முறைக் கொள்கை என்கின்ற முறைகளை விடவும் சீர்திருத்துவது தண்டனை முறைக் கொள்கை என்பது இதற்கு மிகப் பொருத்தமானதாகக் காணப்படுகின்றது. உடலை வருத்துவதனால் மட்டும் உள்ளம் திருந்துதில்லை என்பதைக் காணுகின்றோம். உதாரணமாக திருட்டுக் குற்றமொன்றுக்கு சிறைவாசம் அனுபவித்தவன் அத்தண்டனையை முடித்து வந்தவுடன் மீண்டும் திருடுகின்றான். இவ்வாறு பல சிறைகளைக் கண்டவர்கள் தொகை எண்ணிலடங்கா. இதற்கான காரணம் ஓர் உடலை வருத்துகின்ற சிறை மட்டும் அவனுடைய மனத்தை திருத்திவிடாது. அதற்காக மனதை சீர்படுத்துகின்ற நடவடிக்கையும் எடுக்கப்பட வேண்டும்.

இத்தண்டனை முறை அச்சுறுத்துவதாக மட்டுமன்றி அறிவுறுத்துவதாகவும், பழிவாங்குவதாக மட்டுமன்றிப் பண்பினை ஊட்டுவதாகவும் அமைகின்றது. இதுவே குற்றவியல் சட்டத்தின் குறிக்கோளுக்கு உகந்த முறையாகும். இவ்வாறு குற்றவாளியைச் சீர்திருத்தும் அடிப்படையில் தண்டனை அமைவது "சீர்திருத்துவது தண்டனைக் கொள்கை" எனப்படும்.

இலங்கையில் அண்மைக் காலங்களில் சீர்திருத்தம் நோக்கிய தண்டனைச் செயற்பாடு மிக கவனமாக எடுக்கப்படுகின்றது என்பதில் ஜயம் இல்லாதிருப்பினும் அது போதியளவானதா? என்பது கேள்விக்குறியே. இருப்பினும் குற்றவியல் நடமுறைச் சட்டத்தின் அத்தியாயம் XXV, XXVI போன்ற ஏற்பாடுகள் இதன் பாற்பட்டது.

மேலும் 46ம் இலக்க 1999ம் ஆண்டு சமுதாயம்சார் சீர்திருத்தச் சட்டம் என்ற சட்டம் இக் கொள்கையை உள்வாங்கியுள்ளது. 2005ம் ஆண்டின் 23ம் இலக்கச் பிரம்படித் தண்டனை ஒழிப்புச் சட்டமானது பிரம்படியை இல்லாதொழித்திருப்பது மனித உடலுக்கு தீங்கு ஏற்படுத்துவதை விட மனங்களை சீர்திருத்துகின்ற ஓர் எண்ணப்பாடாகவே அமைகின்றது. அதாவது சித்திரவதையின் மூலம் மனத்தினை மாற்றவிட முடியாது என்ற உண்மையினை நாகரிக சமூகம் ஏற்றுக் கொண்டுள்ளதை இச்சட்ட மாற்றம் காட்டுகின்றது.

முடிபுரை

இன்றைய விஞ்ஞான தகவல் தொழில் நுட்ப மற்றும் சனத்தொகை வளர்ச்சியிலும் பார்க்க, குற்றங்களின் வளர்ச்சி மிகப் பன்மடங்காக அதிகரித்திருப்பதுடன் குற்றங்கள் நடைபெறுகின்ற மட்டங்களின் வீஸ்தீரணமும் அகன்று விரிந்து செல்கின்றன. உதாரணமாக கொள்ளை,

திருட்டு, ஏமாற்றுதல், நம்பிக்கைத்துரோகம், கொலை, பாலியல் வல்லுறவு, பாலியல் துஷ்பிரயோகம், போன்ற குற்றச் செயல்கள், குடும்ப உறவுகளுக்கிடையில், நெருங்கிய இரத்த உறவுகளுக்கிடையில் ஊடுருவியிருப்பதானது சமூகத்துக்கு ஓர் வளமிகு எதிர் காலத்தை காட்டவில்லை. அதுவும் ஒழுக்கத்தினையே சட்டமாகப் பின்பற்றி போற்றிப் பாதுகாத்து வந்த சமூகத்தில் இவ்வாறானதொரு பரம்பல் ஆரோக்கியமானதல்ல. எனவே தகுந்த தண்டனைக் கொள்கை கவனத்தில் கொள்ளப்பட வேண்டும். அத்தோடு நீதிபதிகளுக்கு தண்டனையை வழங்குவதிலுள்ள தத்துணிவு அதிகார வரம்பு எல்லை விரிவாக்கப்பட்டு; சமூகக் குழுமங்களின் தன்மைக்கேற்ப தண்டனை வழங்குகின்ற நியாயாதிக்கம் வழங்கப்பட வேண்டும். அத்துடன் நியாயமான தண்டனையை தவறாளிகளுக்கு பெற்றுக்கொடுப்பதில் சட்டத்தரணிகள் மிகுந்த கரிசனை கொண்டிருக்கவேண்டும்.

சமூக அபிவிருத்தியும் சட்டமும்

Amalavalan Anandaraja
Apprentice
Sri Lanka Law College

கற்களை உரசித் தீயைக் கண்டதில் ஆரம்பித்த மனிதனின் ஆராய்ச்சி இன்று அணுவைப்பிளந்து வலுவைப் பிறப்பிக்குமளவிற்கு முன்னேற்றம் கண்டுள்ளது. கற்காலம் முதல் இன்றைய கணணியுகம் வரை மனித சமூகத்தின் அபிவிருத்திக்கு மனிதனின் சிந்தனைதிறன், கடின உழைப்பு, விடாமுயற்சி, விஞ்ஞான தொழில்நுட்பம் என்பன எவ்வளவு காத்திரமான பங்களிப்பை வழங்கியனவோ அதே அளவு பங்காற்றிய பெருமை சட்டத்திற்கும் உண்டு. மனித முன்னேற்றப்பாதை ஒரு யுகத்தில் இருந்து இன்னொரு யுகத்திற்குள் நுழைந்தவேளைகளிலும் சரி, புதிய அபிவிருத்திப் பாதைகளில், மனிதன் பயணித்த போதும் சரி, புதிய விஞ்ஞான தொழில்நுட்ப கண்டுபிடிப்புக்களை புழக்கத்தில் விட்ட போதும் சரி, சட்டம் அச்சந்தர்ப்பங்களில் அவ்விடங்களில் தன்னிச்சையாக நுழைந்து அவை அனைத்தையும் நெறியாள்கை செய்தமையே இன்றைய உச்சக்கட்ட அபிவிருத்திக்கான அடிப்படைக் காரணமாகும்.

ஆரம்பத்தில் ஒழுக்க நெறிகள், பின்னர் சமயச் சிந்தாந்தங்கள், தற்போது நியதிச்சட்டங்கள் என காலத்தின் தேவைக்கேற்ப சட்டமும் தன்னிலை மாற்றி மனித வாக்கத்தைப் போஷித்து வருகிறது. அதே போல் சட்டத்தின் தற்காலப் பரிணாம வளர்ச்சிக்கு மனித சமூகத்தில ஏற்பட்ட சடுதியான பல மாற்றங்களே உந்து சக்திகளாக இருந்துள்ளன. இன்னொரு வகையில் கூறுவதென்றால் சமூக அபிவிருத்திக்கும் முன்னேற்றத்திற்கும் சமந்தரமாகச் சட்டம் பயணித்ததே இன்றைய விஞ்ஞானத் தொழில்நுட்ப வெற்றிகளிற்கும், நவநாகரீக மனித வாக்கத்தின் தோற்றத்திற்கும் அடிப்படைக்காரணியாகும்.

கற்கால மனிதரிடம் கூட சில கட்டுப்பாடுகோப்புகள் மற்றும் சிலநெறி முறைகள் இருந்தன என்பது ஆய்வுகள் மூலம் உறுதி செய்யப்பட்டுள்ளன. இன்றும் எம்மிடம் நிலவிவரும் சில வழக்காறுகள், மற்றும் குடும்ப உறவு என்பன அன்றே தோற்றம் பெற்றுவிட்டன என்பது சில ஆராய்ச்சியாளர்களின் கருத்தாகும். ஆயினும் சமயங்களே மனிதனை முதலில் நெறிப்படுத்திய வினைத்திறனான சட்டங்கள். விவசாயத்தை அடிப்படையாகக் கொண்டு குழுக்களாக வாழ ஆரம்பித்த மனிதரிடம், சுய ஒழுக்கக் கோட்பாடுகளைத் தோற்றுவித்து, மனிதனுள் புதைந்திருந்த மனிதத்தை ஆன்மீகம் என்ற கருவி மூலம் வெளிக்கொணரும் முயற்சியில் சமயங்கள் ஈடுபட்டன. கடவுளை அனைத்திலும் வல்லவராகக் கி ஆன்மசுத்தத்துடனே இறைவனை அணுகலாம் என்று விபரித்தன. மனிதனது ஒழுக்கத்திற்கு விரோதமான தவறுகளையும், மனிதத்தை மாசுபடுத்தும் குற்றங்களையும் பாவங்கள் என்று வரையறை செய்து, இறைவனை ஆத்மார்த்தமாக அடைய பாவங்களே தடைக்கற்கள் என்று விபரித்ததன் மூலம் சமயங்கள் அக்காலத்தில் முற்றுமுழுதாக சமூகத்தை ஆக்கிரமித்தன. சமய நூல்களில் சட்டங்கள் பொதிந்துகிடந்தன. மதத்தலைவர்கள் பாவங்களிற்குப் பரிகாரங்களை சமய நூல்களினூடு அமுல்படுத்தினர். இன்றும் எத்தனையோ எதிப்புகள், விஞ்ஞானத் தொழில்நுட்ப வளர்ச்சிகளின் பின்னும் கூட சமயங்கள் நிலைத்து நின்று தனித்துவமான வழியில் பயணிப்பதற்கான பிரதான காரணம் சமயங்கள் மனிதனது உள்ளுணர்வுடன் உறவாடுவதே ஆகும்.

சமயம் சட்டமாக இருந்த நிலை படிப்படியாக மாறியது கடவுள் என்பது நிரூபணமாக ஒரு யாழை என்று கூறி நாஸ்தீகவாதிகளும், விஞ்ஞான கண்டுபிடிப்புகள்,

ஆராய்ச்சிகள் மூலம் சமய நம்பிக்கைகள் பல பொய்யானவை என்று கூறி விஞ்ஞானிகளும் ஆரம்பத்தில் சமய நெறிகளை கடுமையாகச் சாடினர். இதே வேளையில் வர்க்கப் பேதங்களை களைந்து, வகுப்பு பேதமற்ற சமூகத்தை உருவாக்க வேண்டுமென்ற காலமாக்ளின் சிந்தனையும், அதிலிருந்து தோன்றிய கொமினிஸ்டும் உலகில் பரவ ஆரம்பித்தது. மறுமலர்ச்சி காலத்தில், மாட்டின் லூதர், சவிங்கின் போன்றவர்கள் ஐரோப்பாவில் பலம் பெற்றிருந்த கிறிஸ்தவ மதத்திலிருந்து பிரிந்து சென்று புரட்டஸ்தாந்து மதத்தை உருவாக்கினர். இவ்வாறாக பல பிரிவினர் பல்வேறு அடிப்படையில் தனித்தனியே செயற்பட ஆரம்பித்தமை அவ்வவ் துறைகளில் பாரிய வளர்ச்சிக்கு உதவியது. எனவே நாளாக நாளாக மக்களிடையே தோன்றிய இப்பிரிவுகள் எவ்வித கட்டுப்பாடுகளும் இன்றி பயனிப்பதை விரும்பாத சில மேதைகள், தத்துவஞானிகள் அனைத்துத்துறையினையும் கட்டுப்படுத்தும் பொதுவான கூறாகவும் அதே வேளையில் எத்துறையையும் பாதிக்காதவகையிலான ஒரு நடுநிலைக்கூறாகவும் சட்டத்தை உருவாக்கினர். இதுவே நவீன சட்டத்துறையின் தோற்றத்திற்கான மூல காரணமாகும்.

சட்டத்துறையின் வளர்ச்சியின் ஆரம்பத்தில் சட்டவியலாளர்களின் பங்களிப்பு மிக முக்கியமானதாகும். சட்டம் தனிமனித ஒழுக்க வகுதிக்குள் தலையிடக் கூடாது என்று கூறின சமயங்கள் கடுமையாகப் பின் பற்றிய பல ஒழுக்க நெறிகளைச் சட்டம் புறந்தள்ளியது. அதே வேளை சட்டத்தின் முன் சகலரும் சமம் என்ற கோட்பாட்டை அடிப்படையாகக் கொண்டு, ஒவ்வொரு மனிதனதும் உரிமைகள் பேணப்பட வேண்டும், அவனது சுதந்திரம் மதிக்கப்படவேண்டும் என்ற கோஷங்களுடன் மனித உரிமைக் கொள்கைகள் பிறந்தன. இவற்றின் மூலம் அடிமைகள் என்ற வர்க்கம் அழிக்கப்பட்டது. மனித உரிமைகளின் தோற்றமே பெண் உரிமைகளிற்கான போராட்டத்திற்கும் வழி வகுத்தது. ஆணுக்கு பெண் சமம் என்ற கோட்பாட்டையும் தோற்றுவித்தது. பின்னர் தோன்றிய இனவெறி, நிறவெறி என்பனவற்றிற்கு எதிரான போராட்டம் முதல், சுதந்திரப் போராட்டங்கள் மற்றும் பல விடுதலைப் போராட்டங்கள் என்பவற்றிற்கு அடிப்படையாக அமைந்தவை இந்த மனித உரிமைக் கோட்பாடுகளின் பிறப்பே ஆகும்.

அரசனை மையமாகக் கொண்டு இயங்கிய பல இராச்சியங்கள் வீழ்த்தப்பட்டு ஜனநாயக முறையிலான மக்களாட்சி உருவானது. இன, மத, கலாச்சார, பாரம்பரிய அடிப்படையில் நாடுகளை வரையறை செய்து, அந்நாட்டு மக்களது சுயநிர்ணயத்தை உறுதி செய்து ஆள்பலத்தை வரையறை செய்ததுடன் மட்டுமன்றி நாடுகளிற்கிடையே சமூக உறவுகளைப் பேண பல சர்வதேச நியமங்கள் உருவாக்கப்பட்டன.

இவ்வாறு மனிதனை தனித்துவமாகச் செயற்பட சுதந்திரமளித்தமையானது, மனித சமூகத்தின் பல வெற்றிகளிற்கு அனுமதித்தது. கைத்தொழில் புரட்சி, பசுமைப் புரட்சி, விஞ்ஞானத் தொழில் நுட்ப வளர்ச்சி என்பன இவ்வுரிமைகளை அனுபவித்ததால் பெறப்பட்ட வெற்றிகளாகும். இதேகாலத்தில் தோன்றிய இன்னொரு உரிமை கருத்துச் சுதந்திரமாகும். மக்கள் தமது எண்ணத்தை வெளிப்படுத்த அவர்களிற்கு இருந்த உரிமைகள் உறுதிப்படுத்தப்பட்டன. தனிமனிதனின் சிந்தனையை பிறருடன் பகிர் வாய்ப்பு வழங்கப்பட்டது. தட்டச்சுக் கண்டுபிடிப்பும் அதைத் தொடர்ந்த அச்ச இயந்திரக் கண்டுபிடிப்பும் கருத்துச் சுதந்திரத்திற்குத் தீனிபோடுபவையாக இருந்தன. மனித சிந்தனைகள் எழுத்துருவம் பெற்று பலரது கைகளில் தவழ்ந்தது. பல தத்துவங்கள், கொள்கைகள், கோட்பாடுகள் என்பன மட்டுமன்றி கலை, இலக்கியத்துறையின் வளர்ச்சிக்கும் அது உதவியது. இவ்வாறாக ஒவ்வொரு துறையும் தனது போக்கில் செழிப்புற்று வளர்ந்து கொண்டிருக்கும் போது, சட்டம் வெறுமனே அமைதிக்காக்கவில்லை, ஒரு துறையின் அபரிமிதமான வளர்ச்சி மற்ற துறையையோ அல்லது இயற்கைச் சூழலையோ அல்லது தனிமனித உரிமையையோ அல்லது மனித உணர்வையோ கலாச்சாரத்தையோ பாரம்பரியத்தையோ பாதிக்காத வண்ணம் சட்டம் எல்லாத்துறைகளையும் பாதுகாத்து நெறியாள்கை செய்தது. விஞ்ஞானத்துறையின நோக்கின் அணு ஆயுதத்தின் மூலம் மேலும் அழிவுகள் தொடராமல் இருக்க சட்டம் இன்றும் கடும் முயற்சி மேற்கொள்கிறது. மரபணு பரிசோதனைகள், குளோனிங் என்பவை மனித மாண்புகளிற்கு மாசு ஏற்படாதவகையில் மட்டுமே நடைபெற வேண்டுமென சட்டம் கட்டுப்பாடு விதிக்கிறது. தொழில் நுட்பக் கழிவுகளை அகற்றும்போது அது இயற்கைக்கும், மனிதனுக்கும் ஏன் பிரதேசங்களிற்கும்

பாதிப்பையோ, மாசுபடுத்தலையோ உண்டு பண்ணாமல் சட்டம் தடுக்கிறது. சாதாரண வியாபாரங்கள் முதல் சர்வதேச வர்த்தகங்கள் வரை சட்டத்தினால் நெறிப்படுத்தப்படுகின்றன. ஏன் ஒரு மனிதனது சிந்தனைக்கும், அவனது புலமையின் மூலம் உருவான படைப்புகளிற்கும் கூட இன்று சட்டம் பாதுகாப்பு வழங்குகிறது. புலமைச் சொத்துச் சட்டம் மூலம் இன்று ஒருவனது புலமையினால் உருவான படைப்புகள் யாவும் அவனது சொத்து என்று சட்டம் பிரகடனப்படுத்துவதனால், மற்றவர்கள் நியாயமற்றமுறையில் ஒருவரது திறமையினால் நன்மையடைவது தடுக்கப்படுகிறது.

இதன்மூலம் தான் நாம் சட்டத்தினதும் சட்டவியலாளரதும் சிறப்புத்தன்மையை அல்லது தனித்துவத்தை அறிந்துகொள்ளலாம். மற்றபடி துறைகளைப் பொறுத்தவரை அவை தம்மை மட்டும் கருத்தில் கொண்டு தமது முன்னேற்றப்பாதையில் அபரிமிதமான வேகத்தில் பயணிக்கலாம். ஆனால் சட்டம் அவ்வாறு பயணிக்க முடியாது. அனைத்துத் துறைகளையும் சீராக நெறிப்படுத்துவதுடன் அத்துறைகளிற்கிடையேயான இடைத்தாக்கங்கள், என்பவற்றை சீராக்குவது மட்டுமன்றி மனித உரிமைகள், உணர்வுகள் என்பவற்றையும் கருத்திற் கொள்வதோடு, இயற்கைச் சூழலையும் பாதுகாக்க வேண்டிய பாரிய கடமை சட்டத்திற்கு உண்டு. எனவே சட்டம் என்பது சமூகத்தை ஆளும் விதிகளின் தொகுப்பு என்பது இதுவருந்து புலனாகிறது. ஒரு சமூகத்தின் அபிவிருத்திக்கும் சமூக அமைதிக்கும் சட்டத்தின் காத்திரமான பங்களிப்பு அவசியம். சட்டத்தை இயற்றும்பவர்கள் கூட பல துறைகளில் அனுபவம் வாய்ந்தவர்களாகவும் பன்னாட்டு, தூரநீராக்கு உடையவர்களாகவும் இருக்க வேண்டும். அப்போதுதான் அச்சட்டங்கள் சமூகத்தை ஆளும் அச்சட்டங்களால் சமூகமும் பலனடையும். அல்லது சட்டங்கள்

பயனற்றவையாக, மக்களால் வெறுக்கப்பட்டவையாக மாற்றம் பெறும்.

சமூகத்தில் ஒரு சட்டத்தின் வெற்றியின் அடிப்படையிலேயே ஏனைய அபிவிருத்திகள் தங்கியுள்ளன. சட்டம் மக்களைச் சென்றடைய வேண்டிய வகையில் உருவாக்கப்பட வேண்டும். ஏனைய துறைகளில் அத்துறைசார் விடயங்களைப் பெருமூலம் கையாள்ப்பவர்கள் அத்துறையில் மட்டும் நிபுணத்துவம் பெற்றவர்களாக இருப்பது போதுமானது. ஆனால் சட்டத்துறையை முற்றுமுழுதாக கையாள்பவர்கள் அல்லது சட்டத்துறையினால் கையாளப்படுபவர்கள் சாதாரண பிரஜைகளே. எனவே சட்டம் உருவாக்கப்படும் போது அவை அக்குறிப்பிட்ட சமூக மக்களின் கல்வியறிவு, பொருளாதாரநிலை, பாரம்பரியம், விஞ்ஞான தொழில்நுட்ப அறிவு என்பவற்றைக் கருத்திற் கொண்டு உருவாக்கப்பட வேண்டும். அவ்வாறு இல்லாவிடின் சட்டங்கள் வெறுமனே தண்டிக்கும் சட்டங்களாகவோ அல்லது பயனற்று வெறும் காகிதங்களுக்குள் மட்டும் முடக்கப்படும் சட்டங்களாகவும் மட்டுமே இருக்கும். எனவே ஒரு சட்டத்தின் வெற்றி அச்சட்டத்தினால் ஆளப்படும் சமூகத்தின் உள்ளார்ந்த கூறுகளிலேயே தங்கியுள்ளது. எனவே முன்னேற்றமடையாத ஒரு சமூகத்தின் மீது அமுல்படுத்தப்படும் வினைத்திறான சட்டமே அல்லது சட்டத்தினால் ஆளப்படாத ஒரு அபிவிருத்தி என்பன ஒன்றில் ஒன்று தங்கி வாழ வேண்டும் என்பதுடன் அவை சமர்ந்தரமாகப் பயணிக்கவும் வேண்டும். அப்போதுதான் ஒரு சமூகம் உச்சக்கட்ட அபிவிருத்தியடைந்த தன்னிறைவுச் சமூகமாக மாறும். எனவே சமூக முன்னேற்றத்திற்காக உழைக்கும் ஒவ்வொருவரும் இவ்விடயங்களை உள்ளத்தில் இருத்தி ஒரு வினைத்திறான சமூகத்தை உருவாக்க உழைக்க வேண்டும். அப்போதுதான் அவர்களது உழைப்பின் உண்மைப் பலனை எட்டமுடியும். அல்லாவிடின் அவ் உழைப்புகள் யாவும் விழலுக்கிறைத்த நீரே.

குற்றவியல் நடவடிக்கை முறைச் சட்டத்தின் கீழ் குற்றஞ்சாட்டப்பட்டவர் இல்லாத நிலையிலான விளக்கம்...

Anuraji Selvanathan
Apprentice
Sri Lanka Law College

“இரு திறந்தவரும் கேட்கப்பட வேண்டும்” என்பது இயற்கை நீதிக் கோட்பாட்டின் அடிப்படையான கோட்பாடாகும். நீதி பரிபாலன முறைமை உலகில் தோன்றுவதற்கு முன்பு கூட இக்கோட்பாடு கடுமையாகப் பின்பற்றப்பட்டு வந்துள்ளதை வரலாற்றுக் குறிப்புகள் மற்றும் சமூகநூல்கள் என்பவற்றினூடாக நாம் அறிந்து கொள்ளலாம். இக்கோட்பாட்டை இன்னும் விரிவாகப் பொருள் கோடல் செய்தால் “பிணக்குடன் தொடர்புடைய ஒவ்வொரு திறந்தவரும் தமது வாதத்தை எடுத்துரைப்பதற்கு உரிமை உடையவர்கள்” என்றவாறு அர்த்தம் கொள்ளலாம். இந்த அடிப்படைக் கோட்பாட்டைப் பின்பற்றாமல் நடாத்தப்படுகின்ற எவ்வித நீதிமன்ற நடவடிக்கைகளோ, நியாயசபை விளக்கங்களோ, மற்றும் நிர்வாக, நிறைவேற்றுத்துறை மட்டத்திலான விசாரணைகளோ சட்டவலுவற்றவை என்கின்றன உயரிய நீதிமன்றங்கள்.

எமது குற்றவியல் நடவடிக்கை முறைச் சட்டத்தை எடுத்துக் கொள்வோமானால் அங்கும் குற்றம் சாட்டப்பட்ட சந்தேக நபர் அல்லது எதிராளி தனக்கு எதிராகச் சுமத்தப்பட்ட குற்றங்கள் தொடர்பில் பதிலளிக்கவும், தனக்கெதிராக முன்னிறுத்தப்பட்ட சாட்சிகள் தொடர்பில் குறுக்கு விசாரணை செய்யவும் உரிமை உடையவர், எதிராளிகள் ஒன்றுக்கு மேற்பட்டு இருக்கும் போது அவர்கள் ஒவ்வொருவரும் தனித்தனியே தமது வழக்குகளை எதிர் கொள்ள உரிமை உடையவர்களாவர். இயற்கை நீதிக் கோட்பாடான இரு திறந்தவரும் கேட்கப்பட வேண்டும் என்ற அடிப்படைக் கோட்பாட்டைப் பின்பற்றியே இவ் உரிமை எமது குற்றவியல் நடவடிக்கை முறைக் கோவையில் உட்புகுத்தப்பட்டுள்ளது என்றால் அது மிகையாகாது.

குற்றம் சாட்டப்பட்டவர் தனக்குள்ள இவ் உரிமையைத் தானே அனுபவிக்கலாம் அல்லது ஒரு சட்டத்தரணியை தனக்காகப் பிரதிநிதித்துவப்படுத்துவதன் மூலம் அனுபவிக்கலாம். உரிமை எவ்வாறு அனுபவிக்கப்பட்டாலும் குற்றம் சாட்டப்பட்டவரின் பிரசன்னம் நீதிமன்றில் இல்லாமல் அவரிற்கு எதிரான எவ்வித விளக்கத்தையும் நடத்த முடியாது, நடத்தக்கூடாது என்பதே பொது விதியாகும்.

எமது குற்றவியல் நடவடிக்கை முறைச் சட்டத்தின் (1979ம் ஆண்டு 15ம் இலக்க) பிரிவு 272இல் இப்பொது விதி உட்புகுத்தப்பட்டுள்ளதைக் காணலாம். அப்பிரிவின் பிரகாரம்;

“வேறு வகையாக வெளிப்படையாக ஏற்பாடு செய்யப்பட்டிருக்கிற விடத்து தவிர இச் சட்டக்கோவையின் கீழான விசாரணைகளில் அல்லது விளக்கங்களில் பெற்றுக்கொள்ளப்படும் எல்லா சான்றுகளும் குற்றம் சாட்டப்பட்டவர் சமூகமாயிருக்கையில் பெற்றுக்கொள்ளப்பட வேண்டும் அல்லது அவரது நேர்முகமான சமூகம் தேவைப்படுத்தப்படாது விட்டு விடப்பட்டுள்ள போது அவரது வழக்குரைப்பவர் சமூகமாயிருக்கையில் பெற்றுக் கொள்ளப்படுதல் வேண்டும்.”

சான்றுகள் குற்றம் சாட்டப்பட்டவரின் சமூகத்தில் பெறப்படாத போது அவை சட்ட வலிதற்றன எனப் பொருள் கொள்வதற்கு எமது நீதி மன்றங்கள் கூறி; குற்றம் சாட்டப்பட்டவரின் சமூகமில்லாத போது பதியப்பட்ட சான்றுகளை குற்றம் சாட்டப்பட்டவரிற்கு எதிராகப் பயன்படுத்த முடியாது என்று பல தீர்க்கப்பட்ட வழக்குகளில் ஆதாரப்படுத்தியிருக்கின்றன.

இன்னொரு வழக்கில் வன்டென்ரிஸன் V. ஓயன்' குற்றம் சாட்டப்பட்டவர் சமூகமில்லாத போது சான்றுப் பொருள் சில உடைக்கப்பட்டு மீண்டும் பொதி செய்யப்பட்டமை சரியான நடவடிக்கை அல்ல எனக் கூறப்பட்டது.

ஆகவே இப்பிரிவின் பிரகாரம் குற்றம் சாட்டப்பட்டவரின் சமூகம் இல்லாமல் அவரிற்கு எதிராக எந்தவொரு சாட்சியின் சாட்சியத்தைப் பதிவு செய்வதோ அல்லது எந்தவொரு சான்றுப்பொருளை சான்றாக அணைப்பதோ தடுக்கப்பட்டுள்ளது.

இவ்வாறாக எமது குற்றவியல் நடவடிக்கை முறைசட்டம் குற்றம் சாட்டப்பட்டவரின் உரிமையைப் பாதுகாப்பதில் அத்த கவனம் செலுத்தியுள்ள அதே வேளையில்; குற்றம் சாட்டப்பட்டவர் தனக்கு வழங்கப்பட்டுள்ள இவ் உரிமையை தனது அனுசூலத்திற்காகப் பயன்படுத்தி அவ் உரிமையைத் துஷ்பிரயோகம் செய்வதில் இருந்து தடுப்பதற்காக ஏற்படுத்தப்பட்டுள்ள முறைமையே "ஆளில்லா விளக்க முறைமையாகும்."

ஆளில்லா விளக்கம் என்பது குற்றம் சாட்டப்பட்டவரது சமூகம் இல்லாத நிலையில் அவரிற்கு எதிராக விளக்கம் நடாத்துதல் ஆகும். குற்றம் சாட்டப்பட்டவர் தொடர்ச்சியாக மன்றில் தோற்றாது விடுவதனால் ஏற்படும் காலதாமதமானது வழக்குதொடர் தர்ப்பு சாட்சிகள் மற்றும் சான்றுப் பொருட்களினால் பாதிக்கக்கூடும். மேலும் நீண்ட கால தாமதமானது சாட்சிகள் நிகழ்வுகளை மறந்துபோக வழிவகுக்கலாம். சில சாட்சிகள் உயிரோடு இல்லாமலும் போகலாம். அத்துடன் சான்றுப் பொருட்களும் இயல்பு மாற வாய்ப்புண்டு.

எனவே குற்றம் சாட்டப்பட்டவரிற்கு வழங்கப்படுகின்ற உரிமை அல்லது பாதுகாப்பானது வழக்கு தொடர் தரப்பினை பாதிக்குமாயின் அப்பாதிப்பையும் சரி செய்ய வேண்டியது சட்டத்தின் கடமையாகும். எனவே குற்றம் சாட்டப்பட்டவர் மன்றில் தோன்ற கணிசமான காலத்தை வழங்கி அக்காலப்பகுதியில் அவர் மன்றில் தோன்றாதுள்ள போது விளக்கமானது ஆளில்லா விளக்க முறைமைக்கு நிர்ணயிக்கப்பட்டு வழக்கு நடவடிக்கைகள் ஆரம்பமாகும். குற்றம்

சாட்டப்பட்டவர் இல்லாத போது சான்றுகள் பதியப்படுவதற்கான காரணங்கள் குற்றவியல் நடவடிக்கை முறைச் சட்டத்தின் பிரிவு 416 இல் கூறப்பட்டுள்ளது.

பிரிவு 416 இன் படி குற்றஞ்சாட்டப்பட்ட - வரொருவர் தலைமறைவாக இருக்கின்றாரெனவும் அவரைக் கைது செய்வது உடனடியாகச் சாத்தியமானதல்லவெனவும் எண்பிக்கப்பட்டால் மூறைப்பாடு செய்யப்பட்ட தவறுக்காக அத்தகைய குற்றஞ்சாட்டப்பட்டவரை விளங்குவதற்கு அல்லது விளக்கத்திற்காகப் பாரப்படுத்துவதற்குத் தகுதி வாய்ந்த நீதிமன்றம், அவர் இல்லாதிருக்கும் போதே, வழக்குதொடர் தர்ப்புக்குச் சார்பாகக் கொண்டு வரப்பட்ட சாட்சிக்காரர்களை (எவரேனுமிருப்பின்) விசாரணை செய்து அவர்களது வாக்கு மூலங்களைப் பதிவுசெய்யுமாடி அத்தகைய ஏதேனும் வாக்குமூலமானது; அவ்வாக்கு மூலம் அளிப்பவர் இறந்து விட்டால் அல்லது சான்றளிக்க இயலாதவராகினால் அல்லது அவ்விடயத்தின் சூழ்நிலைகளில் நியாயமற்றதாகவிருக்கும் அளவினதான தாமதம், செலவு அல்லது வசதியீனம் இல்லாமல் அவரது வருகையைப் பெற முடியாவிட்டால், அத்தகைய குற்றஞ்சாட்டப்பட்டவர் கைது செய்யப்பட்டதன் மேல் அவர் குற்றஞ்சாட்டப்பட்ட தவறுக்கான விசாரணையில் அல்லது விளக்கத்தில் அவருக்கெதிராகச் சான்றாகக் கொடுக்கப்படலாம் என்றுள்ளது.

பிரிவு 416 இன் கீழ் சான்றுகள் பதியப்பட முன்பு அதாவது வழக்கு ஆளில்லா விளக்கத்திற்கு நிர்ணயிக்க முன்பு நீதிமன்றம் எதிராளி தலைமறைவாக உள்ளார் அல்லது நாட்டில் இல்லை என்பதில் நீதிமன்றம் திருப்தியடைய வேண்டும் எனப் பல தீர்க்கப்பட்ட வழக்குகளில் கூறப்பட்டுள்ளன.

சாதாரணமாக நீதிமன்றங்களில் ஒரு வழக்கை ஆளில்லா விளக்கத்திற்கு நிர்ணயிக்க முன்பு அழைப்பாணைக்கு சமூகமளிக்காத எதிராளிக்கு பிடியாணை பிறப்பிக்கும். பிடியாணையை நிறைவேற்ற முடியாதுள்ள போது எதிராளிக்குப் பிணை நின்றவர்கள், எதிராளி வசிக்கும் பிரிவின் கிராமசேவையாளர் ஆகியோரது சான்றுகள் மூலம் எதிராளி தலைமறைவாகிவிட்டார் அல்லது கண்டுபிடிக்க முடியாததாக உள்ளார் என்பதை உறுதிசெய்த பின்பே

நீதிமன்றம் பகிரங்கப் பிடியாணையை எதிராளிக்கு எதிராகப் பிறப்பித்து வழக்கை எதிராளி இல்லாத விளக்கத்திற்கு நிர்ணயிக்கும்.

எமது குற்றவியல் நடவடிக்கைச் சட்டம் நீதவான் நீதிமன்றில், மேல் நீதிமன்றில் எச்சந்தர்ப்பத்தில் ஆளில்லா விளக்கம் நடாத்தப்படலாம் என்று பின்வருமாறு கூறியுள்ளது.

நீதவான் நீதிமன்றில் இவ்விளக்கம் தொடர்பில் பிரிவுகள் 144, 148 (4), 192 ஆகியன கூறுகின்றன. இதில் பிரிவு 144இன் கீழ் நீதவான் ஒருவர் தனது தந்துணியின் மீது குற்றம் சாட்டப்பட்டவர் மன்றில் தோன்ற வேண்டும் என்பதை இல்லாததாக்கி வழக்குரைப்பவர் மூலம் தோன்ற (குற்றம் சாட்டப்பட்டவர் இல்லாது) அனுமதிக்கலாம். ஆயினும் எச்சந்தர்ப்பத்திலும் நீதவான் குற்றவாளியை மன்றில் மன்றில் தோற்றும்படி பணிக்கலாம்.

இப்பிரிவின் கீழ் *Seram v. Marikar*,² *Punchi Appuhamy v. Wijesinghe*,³ *Fernando v. Muthalithamy*⁴ போகின்ற தீர்க்கப்பட்ட பல வழக்குகளில் நீதிமன்றம் அவ்வாறு ஒரு வழக்குரைப்பவர் தோன்றுவதை அனுமதித்தாலும் குற்றத்தைப் பகிரங்க மன்றில் தோன்றி ஒப்புக்கொள்ள வேண்டும் என்று கூறப்பட்டுள்ளது.

இனி பிரிவு 148(4) ஆனது நீதவான் நீதிமன்றில் நடைபெறுகின்ற சுருக்க முறையற்ற விசாரணை தொடர்பாக அமைகின்றது. இப்பிரிவு பின்வருமாறு கூறுகின்றது.

குற்றஞ்சாட்டப்பட்டவர்

அ. தலைமறைவாகவுள்ளவிடத்து அல்லது இலங்கைத் தீவை விட்டுச் சென்றுள்ளவிடத்து அல்லது சுகவீனத்தால் நீதிமன்றத்துக்கு வருவதற்கு இயலாதவராக இருப்பதோடு; அவர் சமூகமாக இல்லாமலே விளக்கத்தை தொடங்குவதற்கு அல்லது தொடர்ந்து நடாத்துவதற்கு சம்மதித்துள்ளவிடத்து அல்லது சுகவீனம் காரணமாக நீதிமன்றத்திற்கு வருவதற்கு அல்லது நீதிமன்றத்திற்கு வந்திருப்பதற்கு இயலாதவராக இருப்பதோடு; அவருக்கு பங்கம் எதுவும் ஏற்படாமல் அவர் சமூகமாக இல்லாது அத்தகைய விளக்கம் தொடங்கி நடைபெற அல்லது தொடர்ந்து நடைபெறக்

கூடியதாக இருக்கின்றவிடத்து அல்லது நீதிமன்றத்தில் அவரது நடத்தை காரணமாக விசாரணை தொடர்ந்து நடாத்தப்படுவதைத் தடை செய்கின்றவிடத்து; நீதவான் இந்நிகழ்வுகள் பற்றித் திருப்திப்பட்டால், குற்றஞ்சாட்டப்பட்டவர் இல்லாமலே விசாரணையைத் தொடர்ந்து நடத்தலாம்.

ஆ. குற்றஞ்சாட்டப்பட்டவர் சமூகமளிக்காவிடின் சமூகமளித்திருக்கும் அத்தகைய குற்றம் சாட்டப்பட்டவருக்காகச் சட்டத்தரணியொருவர் தோன்றலாம்.

இ. விசாரணையானது சாத்தியமானவரை இவ்வத்தியாயத்தின் ஏற்பாடுகளுக்கு இணங்கத் தொடர்ந்து நடாத்தப்பட வேண்டும் என்பதுடன், மேல் நீதிமன்றத்தில் குற்றஞ்சாட்டப்பட்டவர் சமூகமாகவிருப்பினுள் சரி, சமூகமாகவில்லாவிடினும் சரி, மேல் நீதிமன்றத்தில் குற்றப்பகர்வின் மேல் விளக்கம் நடைபெறுமிடத்து, பதியப்படும் வாக்குமூலங்களுக்கு 416ம் பிரிவு ஏற்புடையதாலும் வேண்டும் என்று கூறுகின்றது.

பிரிவு 192 ஆனது சுருக்க முறையான விசாரணை ஒன்று நடைபெறும் பொழுதான சந்தர்ப்பத்தில், குற்றம் சாட்டப்பட்டவரின் சமூகமின்மை பற்றிக் கூறுகின்றது. இப்பிரிவின்படி குற்றஞ்சாட்டப்பட்டவர் தலைமறைவாக இருக்கின்றவிடத்து அல்லது இலங்கையை விட்டுச் சென்றுள்ளவிடத்து சுகவீனம் காரணமாக நீதிமன்றத்திற்கு வருகை தருவதற்கு இயலாதவராக இருப்பதோடு ஒன்றில் அவர் சமூகமாகாமலே விளக்கமானது தொடங்குவதற்கு அல்லது தொடர்ந்து நடாத்தப்படுவதற்குச் சம்மதம் அளிப்பு அல்லது அவர் சமூகமாகாமலே விளக்கமானது அவருக்குப் பங்கமெதுவும் ஏற்படாத முறையில் தொடங்கி தொடர கூடியதாக அல்லது அவரது நடத்தை காரணமாக விளக்கம் தொடர்ந்து நடாத்தப்படுவதற்கு அவர் முட்டுக்கட்டையாக இருக்கின்றவிடத்து நீதவான் இந்நிகழ்வுகள் பற்றித் திருப்தியடைந்தால் குற்றஞ்சாட்டப்பட்டவர் சமூகமில்லாதிருக்கும் போதும் விளக்கத்தைத் தொடங்கி தொடர்ந்து நடாத்தலாம்.

192 (2) இன் படி குற்றம் சாட்டப்பட்ட ஒருவரின் விளக்கம் நடைபெறும் போது அவ்விளக்கம் முடிவடைந்த பின்னர் நியாயமான காலத்திற்குள் குற்றஞ்சாட்டப்பட்ட ஆள் நீதிமன்றத்தில் தோன்றி விளக்கம் முடிவதன் போதும் அல்லது பாகத்தின் போது நீதிமன்றத்தில்

² 4 NLR 154

³ (49 NLR 216)

⁴ 1932 (1) CLW 297

சமூகமாகாதிருந்தது நல்லெண்ணத்துடன் தான் என நீதிமன்றத்தை திருப்பிப்படுத்துமிடத்து; அவ்விளக்கம் முடியாததுள்ளவிடத்து, குற்றஞ்சாட்டப்பட்டவர் நீதிமன்றத்தின் முன்னர் தோன்றினால் அவருக்கெதிராகச் சமர்ப்பிக்கப்பட்ட சான்றுகளை அவருக்கு வாசித்துக்காட்டப்படுதல் வேண்டும் என்பதுடன் அத்தகைய சான்றை அளித்த சாட்சிக்காரர்களை விசாரணை செய்வதற்கு அவருக்கு வாய்ப்பளித்தலும் வேண்டும். அத்துடன் அவ்விளக்கம் முடிவடைந்துள்ளவிடத்து, நீதிமன்றத் தீர்ப்பையும் தண்டனைத் தீர்ப்பு எதுவும் இருப்பின் அத்தண்டனைத் தீர்ப்பையும் தள்ளிவைத்து குற்றஞ்சாட்டப்பட்டவர் புதிதாக விளங்கப்படுதல் வேண்டுமெனக் கட்டளையிடுதல் வேண்டும் ஆனால் குற்றஞ்சாட்டப்பட்டவர் விளக்கத்தில் சமூகமாகவிருக்கும் போது அவருக்காக எதிர்வாதிச் சட்டத்தரணியொருவர் இருந்திருப்பின் மேற் போன்ற ஏற்பாடுகள் ஏற்படையாகாது.

அடுத்து மேல் நீதிமன்றத்தில் விளக்கம் நடைபெறும் போது குற்றம் சாட்டப்பட்டவர் சமூகமளிக்காது உள்ள நிலைமை தொடர்பில் பிரிவு 241 பின்வருமாறு கூறுகின்றது. யூர் சபையுடனோ யூர் சபை இன்றியோ எவரேனும் ஆளின் குற்றப்பகர்வின் மீதான விளக்கமானது நீதிபதியானவர் பின்வரும் விடயங்கள் தொடர்பில் திருப்பிட்டால் அத்தகைய ஆள் சமூகமாகவில்லாத போதும் தொடங்கித் தொடர்ந்து நடைபெறலாம். அதாவது அத்தகைய ஆளுக்கு குற்றப்பகர்வு சேர்ப்பிக்கப்பட்டதென்றும் அத்துடன் அவர் தலைமறைவாகவுள்ளாரெனவும் அல்லது இவங்கையை விட்டு வெளியேறியுள்ளாரெனவும் சுகவீனம் காரணமாக அவர் நீதிமன்றத்திற்கு வருவதற்கு இயலாதவராகவுள்ளாரெனவும் அவர் இல்லாதிருக்கும் போது விளக்கத்தைத் தொடங்குவதற்கு அல்லது தொடர்ந்து நடாத்துவதற்கு சம்மதித்துள்ளார் எனவும் அல்லது சுகவீனம் காரணமாக நீதிமன்றத்திற்கு வருவதற்கு அல்லது நீதிமன்றத்தில் வருவதற்கு இயலாதவராயிருக்கின்றார் எனவும் நீதிபதியின் அப்பிராயப்படி அவர் இல்லாதபோது விளக்கத்தைத் தொடங்குவதற்கு அல்லது தொடர்ந்து நடத்துவதனால் அவருக்குப் பங்கமேதும் ஏற்படாது எனவும் அல்லது நீதிமன்றத்தினான அவரது நடத்தை காரணமாக விளக்கம் தொடர்ந்து நடைபெறுவதை தடைசெய்கின்றார் எனவும்

அல்லது அத்தகைய ஆள் தலைமறைவாக இருக்கிறார் அல்லது இவங்கையை விட்டு வெளியேறியுள்ளார் எனவும் குற்றப்பகர்வை அவருக்குச் சேர்ப்பிக்க முடியாமல் போய்விட்டது எனவும் நீதிமன்றமானது திருப்பிட்டால் அவ்விளக்கம் தொடங்கித் தொடரப்படலாம் அல்லது தொடர்ந்து நடாத்தப்படலாம். இப்பிரிவின் கீழ் விளக்கமொன்றைத் தொடங்குதல் அல்லது தொடர்ந்து நடாத்துதல், அத்தகைய விளக்கத்தினை சட்டத்தரணியொருவரை எதிர்வாதம் செய்வதற்கு அத்தகைய ஆளுக்குள்ள உரிமையைப் பாதிப்பதாக பொருள்கொள்ளப்படுதல் ஆகாது. ஆயினும்;

பிரிவு 241 (3) இன்படி குற்றஞ்சாட்டப்பட்ட ஆளொருவரின் விளக்கத்தின் போது அல்லது அவ்விளக்கம் முடிந்த பின்னர் அவர் நீதிமன்றத்தின் முன் தோற்றி முழு விளக்கத்திற்கும் அல்லது ஏதேனும் பாகத்திற்கு நீதிமன்றத்திற்கு வராதிருந்தமை நல்லெண்ணத்துடனேயே என அதனைத் திருப்பிப்படுத்துமிடத்து; விளக்கம் முடிவானதுள்ளவிடத்து குற்றஞ்சாட்டப்பட்டவர் நீதிமன்றத்தின் முன்னர் தோன்றும் வரை அவருக்கெதிராகக் கொடுக்கப்பட்ட சான்று அவருக்கு வாசித்துக் காட்டப்பட்டு அத்தகைய சான்றைக் கொடுத்த சாட்சிக்காரர்களைக் குறுக்கு விசாரணை செய்வதற்கு அவருக்குச் சந்தர்ப்பம் அளிக்கப்படுதல் வேண்டும். அத்துடன் அவ்விளக்கம் முடிவு பெற்றிருக்குமிடத்து நீதிமன்றமானது குற்றத்தீர்ப்பையும் தண்டனைத் தீர்ப்பு ஏதேனாயிருப்பின் அதனையும் தள்ளிவைத்து; குற்றஞ்சாட்டப்பட்டவர் புதிதாக விளங்கப்படுதல் வேண்டுமெனக் கட்டளையிடுதல் வேண்டும் குற்றஞ்சாட்டப்பட்டவர் விளக்கத்தின் போது இல்லாதிருந்தபோது, அவர் தரப்பில் எதிர்வாதிச் சட்டத்தரணியொருவர் தோன்றியிருப்பின் 3ம் உட்பிரிவின் ஏற்பாடுகள் ஏற்படையனவாகாது.

இதன் கீழ் பார்க்குமிடத்து குற்றம் சாட்டப்பட்டவரின் சமூகமின்மை நல்நோக்கு உள்ளதாக அமைந்தால் அவர் கூறும் காரணத்தில் நீதிமன்றம் திருப்தி கொண்டால் மட்டும் அவ்வழக்கை மீள விளங்கும் உரிமை அவரிற்கு உண்டு.

தீர்க்கப்பட்ட வழக்கொன்றில் குற்றம் சாட்டப்பட்டவர் தொடர்ந்து தலைமறைவாக இருந்தால் வழக்கு ஆளில்லா விளக்கத்திற்கு நிர்ணயிக்கப்பட்டு

குற்றத்தீர்ப்பும் அளிக்கப்பட்டது. பின்பு குற்றம் சாட்டப்பட்டவர் கைது செய்யப்பட்டு நீதிமன்றத்தின் முன் நிறுத்தப்பட்டார். அதன்போது அவர் தனது வழக்கை மீள ஆரம்பிக்க உரிமை கோரியது தொடர்பில் மேன்முறையீட்டு நீதிமன்றம் மீளவழக்கை ஆரம்பிக்க வேண்டுமாயின் எதிராளி இரண்டு நிபந்தனைகளைத் திருப்திசெய்ய வேண்டும்.

1. எதிராளி நீதிமன்றில் தானாகவே தோன்ற வேண்டும் (அதாவது கைது செய்யப்பட்டு மன்றின் முன் நிறுத்தப்படக்கூடாது)

2. வழங்கு விளக்கத்தின் போதான அவரது காரணம் நல்லெண்ணத்தின் அடிப்படையில் அமைந்தது என்று கூறி மன்றினை அவர் திருப்திப்படுத்தவேண்டும் என்று கூறியது.

BASL NEWS 4/1/98⁵ இல் நீதிமன்றம் எதிராளியின் காரணத்தில் திருப்திப்படுமாயின் வழக்கை புதிதாக ஆரம்பிக்க அல்லது நிறுத்தப்பட்ட இடத்திலிருந்து மீளத் தொடர எதிராளிக்கு குற்றவியல் நடவடிக்கை முறைச் சட்டத்தின் கீழ் உள்ள உரிமையை அவர் பயன்படுத்தி மீண்டும் தனது தரப்பு வாதத்தை முன்வைக்கும் உரிமையினை அனுபவிக்கலாம். அதன் பின்னர் வழக்கு சாதாரண நடவடிக்கை முறைக்கு ஏற்ப நடைபெறும் குற்றம் சாட்டப்பட்டவர் இவ்வாறு ஆளில்லா விளக்கம் நடைபெற்றாலும் கூட விளக்கம் குற்றவியல் நடவடிக்கை முறைச்சட்ட ஏற்பாடுகளிற்கு அமைவாகவே

நடாத்தப்படல் வேண்டுமென பிரிவு 242 கூறுகின்றது.

எனவே எதிராளி சமூகமளிக் காதுவிடின் அவருக்கு எதிரான எந்த சாட்சியங்களும் பதிப்படக்கூடாது என்று பிரிவு 272 இன் கீழ் எதிராளிக்கு வழங்கப்பட்டுள்ள உரிமை ஆயுட்காலமும் அனுபவிக்கக்கூடிய ஒரு பூரண உரிமை அல்ல பிரிவு 272 ஆனது தொடர்ச்சியாக நீண்ட நாட்களிற்கு எதிராளி மன்றில் தானோ அல்லது வேறொரு சட்டத்தரணி மூலமோ தோற்றாவிடின் அப்பிரிவு ஏற்படையதாகாது. பின்னர் வழக்கு ஆளில்லா விளக்கத்திற்கு நிர்ணயிக்கப்பட்டு பிரிவு 416 ஆனது வலுப்பெற ஆரம்பிக்கும் எனவே தீய நோக்கத்தோடு பிரிவு 272 இனைப் பயன்படுத்த முயலும் எதிராளிகள் பின்னர் வழக்கினை மீள ஆரம்பிக்கவும் முடியாது. ஏனெனில் எமது குற்றவியல் நடவடிக்கை முறைச் சட்டம் மற்றும் வழக்குத் தீர்ப்புகளின் அடிப்படையில் எதிராளி தானாக முன்வந்து நீதிமன்றில் சரணடைய வேண்டும். அத்துடன் மன்றில் தோற்றாமைக்கு அவர் கூறும் காரணம் நல்லெண்ணம் காரணமாக இருக்க வேண்டும். அத்துடன் அக்காரணத்திற்கான சான்றுகளை நிரூபித்து நீதிமன்றைத் திருப்திப்படுத்த வேண்டும் அப்போது தான் நீதிமன்றம் அவரிற்கு வழக்கு நடாத்தும் உரிமையை மீள வழங்கும். சட்டத்தால் வழங்கப்பட்டுள்ள உரிமையை வேண்டுமென்றே தீய எண்ணத்துடன் மீற முற்படும் போது அதனால் ஏற்படும் பாதிப்பு மிகப் பாரதூரமானது என்பதற்கு இது ஓர் உதாரணமாகும்.

⁵ (Court of Appeal No: 6995)

நீதி அடையப்படுவதில் மருத்துவ சான்றுகளின் இயைபுடமை

A.M.Roshan Akthar
Apprentice
Sri Lanka Law College

ஏதாவது புறத்தாக்கத்தால் பாதிப்பும் பிரஜை நீதி மன்றத்தின் முன்பாக தோன்றும் வழக்குகளில் சான்றுகள் தொடர்பாக எழும் பிரச்சினைகளை விஞ்ஞான ரீதியாக அணுகி, மருத்துவத்தின் ஊடாக தீர்வு காணும் முறை "சட்ட" மருத்துவமாகும்."

அண்மைக்காலங்களில் அதிகரித்து வரும் குற்றங்களை தடுப்பதற்கும் குற்றவாளிகளைக் கண்டறிவதற்கும் மருத்துவச் சான்றுகள் பெரிதும் பங்களிப்பு செய்கின்றன. நீதிபதிகளையும் யூரர்களையும் சிந்திக்க வைத்த பல வழக்குகளில் சட்ட மருத்துவமானது நீதியான தீர்வினை பெறுவதற்கு பெரிதும் பங்காற்றியுள்ளதை எளிதில் புறந்தள்ள முடியாது. நேரடிச் சான்றுகளில் பெரிதும் தங்கியிருந்த நீதிமன்றங்கள் விஞ்ஞான ரீதியாக மருத்துவம் அடைந்துள்ள முன்னேற்றம் காரணமாக அதனை கருத்திற் கொள்ள வேண்டிய நிலைக்கு வந்துள்ளன.

பாதிக்கப்படும் பிரஜைக்கு அதற்கான நிவாரணங்களை எமது சட்டங்கள் எடுத்துக் கூறுகின்றன. ஆனால் எவ்வாறு நீதிமன்றங்களுக்கு வருகின்றவர்கள் அதனை முறையாக அடைகின்றனரா? என்ற உள்ளார்ந்த வியர்ச்சம் எழுப்பப்படுகின்றது. தவிரவும் சட்டத்துறைக்கு வெளியில் உள்ள சாதாரண மக்களின்; குற்றம் சாட்டப்பட்ட ஒருவர் பிரபலமான சட்டத்தரணியின் வாதம் முலமாகவும் சான்றுகளை திரித்துக் கூறுவதன் முலமாகவும் விடுவிக் கப்படுகிறார்கள் என்ற கருத்துக்களை மெய்யாகவே சட்ட மருத்துவம் கேள்விக்குட்படுத்துகிறது என்றே சொல்ல வேண்டும்.

குற்றவியல் வழக்குகளில் தாக்குதல், கற்பழித்தல், கொலை, தற்கொலை, கருச்சிதைவு போன்றவற்றில் மருத்துவச்சான்றுகள் முதன்மை பெறுகிறது. மரணம் ஏற்பட்ட நேரம், உடல் அடைந்துள்ள மாற்றங்கள், பயன்படுத்தப்பட்ட ஆயுதம், என்பவற்றையும். துப்பாக்கிச் சூட்டினால் : மரணமடைந்திருந்தால் அது மேற்கொள்ளப்பட்ட துரம் பயன்படுத்தப்பட்ட துப்பாக்கியின் வகை என்பவற்றை அறிந்து கொள்ளமுடியும்.

குற்றவியல் வழக்குகளில் தற்போது மரபணு DNA பரிசோதனை மிக முக்கியமான இடத்தினை பெறுகிறது. இலங்கையில் இடம்பெற்ற பிரபலமான வழக்குகளில் இது பயன்படுத்தப்பட்டுள்ளது.

சுனாமிப் பேரலை அனர்த்தத்தின் பின்னதாக உலகின் கவனத்தை கிழக்கிலங்கை பக்கம் திருப்பியதும், கல்முனை நீதவான் நீதிமன்றத்தின் முன்பாக வந்த சுவாரஸ்யமான வழக்கான *Tsunami Baby 81* இணைக் குறிப்பிடலாம். சுனாமி அலைத் தாக்குதலின் பின் காப்பாற்றப்பட்ட குழந்தையின் உண்மையான பெற்றோர் யார்? என்பது தொர்பில் கேள்வி எழுந்தது. குறித்த குழந்தை தங்களுடையது என்று பலர் உரிமை கோரியிருந்தமை அனேகரிகரின் கவனத்தை ஈர்த்தது. இதற்கு தீர்வு காண்பதற்கு மரபணு பரிசோதனைக்கு நீதவான் உத்தரவிட்டார். இதனூடாக உண்மையான பெற்றோரிடம் இக் குழந்தை ஒப்படைக்கப்பட்டது. சிறு குழந்தை என்பதால் வேறு சான்றுகள் மூலம் நிரூபிப்பதில் தடைகள் இருந்தன. இலங்கை சட்ட வரலாற்றில் இது முக்கியமாக பதிவு என்பதில் சந்தேகமில்லை.

சட்ட மருத்துவம் தொடர்பில் அனேகரின் கவனத்தை ஈர்த்த *The Queen v. M.Sathasivam*¹ வழக்கில் சதாசிவம் தனது மனைவியுடன் கருத்து முரண்பாடுகளைக் கொண்டிருந்தார். இது தொடர்பில் அவரது மனைவி தன்னை கணவன் கொலை செய்யக்கூடும் என தான் அஞ்சுவதாக பொலிசுக்கு கடிதம் எழுதியிருந்தார். சில நாட்களின் பின் 1951.10.08ம் திகதி அவருக்கு மனைவியிடமிருந்து விவாகரத்திற்கான பத்திரங்கள் அனுப்பப்பட்டன அந்த நாள் இரவை மனைவி வீட்டில் கழித்தார்.

இந்த வழக்கில் சதாசிவம் 1951.10.09ம் திகதி காலை 9.50 மணிக்கு முன்னர் தனது மனைவியை கொலை செய்ததாக குற்றம் சாட்டப்பட்டார். இதில் கொலை இடம் பெற்ற நேரம் முக்கிய காரணியாக விளங்குகிறது. ஏனெனில் சதாசிவம் காலை 10.35 மணிக்கு வாடகை வண்டியில் வீட்டை விட்டு வெளியே சென்றார் என்பது நிரூபிக்கப்பட்டிருந்தது. காலை 10.35 மணிக்கு பின்னர் கொலை இடம் பெற்றிருக்குமானால் அதனை சதாசிவம் செய்திருக்க முடியாது.

கொலை நடைபெற்று 10 நாட்களின் பின்னர் வேலைக்காரன் வில்லியத்தை பொலிஸார் கண்டு பிடித்தனர் அவனது குற்ற ஒப்புதல் பின்வருமாறு அமைந்திருந்தது.

1. காலை 9.00 மணிக்கு முன்னர் கொலை செய்வதற்கு தனது எஜமானுக்கு உதவி புரிந்ததாகவும்,

2 கொலையானது மாடியிலுள்ள படுக்கை அறையில் இடம் பெற்றதாகவும் திருமதி சதாசிவம் கட்டிலில் அமர்ந்திருந்த போது, கணவன் தலைமயிரை இடது கையினாலும் தொண்டையை வலது கையினாலும் பிடித்து இழுக்க, நிலத்தில் முகம் மேற்புறத்தை நோக்கும் வண்ணம் விழ, கழுத்தை நெரித்து, பின்னர் சப்பாத்துக் காலினால் தொண்டையை மிதித்ததாகவும், அப்போது குரற் பெட்டி உடைகிற சத்தம் கேட்டதாகவும் பிறகு உடலை சமையலறையினூடாக கராஜிக்கு கொண்டு சென்றதாகவும் ஒப்புக் கொண்டான்.

பிரேதப் பரிசோதனை நடாத்திய பேராசிரியர் டி. சேரம் தனது அறிக்கையில் மரணம் தொடர்பாக மற்றய காரணிகளுடன் மரணம் ஏற்பட்ட நேரத்தை காலை 10.00

மணிக்கும் 11.30 க்கும் இடையில் கணித்துள்ளார். இது தொடர்பில் பிரதிவாதி சார்பாக சான்று பகர உலகப் புகழ் பெற்ற நியூனரான சேர் சிட்னி சிமித் இலங்கைக்கு அழைக்கப்பட்டார். மருத்துவ ரீதியாக இறப்பு ஏற்பட்ட நேரத்தைக் கணிப்பதற்கு முக்கியமாக மூன்று காரணிகள் கவனத்தில் கொள்ளப்படும்.

1. உடலின் வெப்பநிலை
2. உடல் விறைப்பு அடைந்துள்ள அளவு
3. இரைப்பையில் உள்ள உணவின் நிலை.

திருமதி சதாசிவம் இறப்பதற்கு சிறிது நேரத்திற்கு முன்னர் காலை உணவை உண்டிருக்க வேண்டும் என அறியப்பட்டுள்ளது. காரணம் பிரேத பரிசோதனையில் அவரது இரைப்பையிலும், குடலிலும் பகுதி சமீபாடு அடையாத இடியப்பத் துண்டுகள் காணப்பட்டன. எனவே உணவானது மரணம் ஏற்படுவதற்கு மூன்று மணித்தியலங்களுக்கு முன்னர் எடுக்கப்பட்டிருக்க வேண்டும் என தான் கருதுவதாக டி. சேரம் சமீபாடு தொடர்பான தனது சான்றில் கூறியுள்ளார். டி. சேரம் அவர்களின் கூற்று சரியாக இருப்பின்; காலை 11.15 மணிக்கு முன் மரணம் ஏற்பட்டிருக்க முடியாது என சேர் சிட்னி சிமித் கூறியுள்ளார். பிரேத பரிசோதனையில் டி.சேரம் அவர்கள் பிண விறைப்பை அவதானித்து மரணம் ஏற்பட்ட நேரத்தை கணித்திருந்தார். இது இவர் முன்னர் கணித்த நேரத்தினை ஊர்ஜிதம் செய்வதாக அமைந்தது. இவர் மாலை 6.00 பரிசோதித்த போது பிரேதத்தின் கை விரல்களையும் கால் விரல்களையும் தவிர்த்து மற்றய பகுதிகள் முற்றாக விறைத்திருந்தன. உடல் காணப்பட்ட சூழ்நிலையில் இவ்வாறு விறைப்படைய ஆறு அல்லது எட்டு மணித்தியாலங்கள் தேவைப்படும் எனவும்; இதன்படி மரணம் ஏற்பட்ட நேரம் காலை 10.00-12.00 மணிக்கு இடைப்பட்டதாக அமைகிறது என சே. சிமித் தெரிவித்தார்.

மற்றய காரணியாக பிரேத பரிசோதனையில் திருமதி சதாசிவம் கழுத்து நெரித்துக் கொல்லப்பட்டார் எனவும் அவரது குரற்பெட்டி (Voice Box) உடைந்திருந்ததும் நிரூபிக்கப்பட்டது. ஆனால் குரற்பெட்டி உடைகின்ற சத்தத்தை அருகில் நிற்பவரால் கேட்கமுடியாது. வெறும் பாதத்தினால் மிதிக்கும் ஒருவரால் தான் அதனை உணர முடியும் எனவும் கூறியுள்ளார்.

¹55 NLR 255

இந்த வழக்கு சட்ட மருத்துவம் தொடர்பில் அதிகம் சிலாகித்து பேசப்பட்டதற்கு முக்கிய காரணம் வில்லியத்தின் சாட்சியத்தினால் மரணதண்டனை விதிக்கப்பட்ட சதாசிவம் மேன்முறையீட்டில் மருத்துவ சான்றுகள் மூலம் விடுதலை செய்யப்பட்டதாகும். இதற்குக் காரணம் வேலைக்காரன் வில்லியம் அளித்த சான்றுகளுக்கும் மருத்துவ சான்றுகளுக்கும் இடையே முரண்பாடுகள் காணப்பட்டதாகும். கொலையானது காலை 10.35 மணிக்கு பின்னர் தான் இடம்பெற்றது என்பதை மருத்துவ சான்றுகள் நிரூபித்தன.

இதனைப் போலவே ஏனைய சான்றுகளுக்கும் மிடையில் அதிக முரண்பாடுகள் காணப்பட்டதை அவதானிக்க முடிகிறது. நீதிமன்றங்கள் சாதாரணமாக ஏற்கின்ற சான்றுகள் மூலம் மரணதண்டனை விதிக்கப்பட்டதை கூட மருத்துவம் காப்பாற்றியது சிறப்பம்சமாகும்.

மருத்துவச் சான்றுகள் தொடர்பில் எடுக்கப்பட்ட *Tsunami 81* மற்றும் *The Queen v. M.Sathasivam* என்பவற்றில் முடிவில் நீதி நிலை நாட்டப்படுவதில் மருத்துவச் சான்றுகள் எந்தளவுக்கு செயற்பட்டுள்ளது என்பதை புரிந்து கொள்ளலாம். “கண்ணால் கண்டேன்” என்றதைக் கூட இது கேள்விக்குட்படுத்தியுள்ளது.

பொய் சாட்சியங்கள் மூலமும் பிரபலமான வழக்கறிஞர்களின் வாதத்தின் மூலம் கிடைக்கவேண்டிய நீதி ஒரு மனிதனுக்கு மறுக்கப்படுகின்றது. நீதியானது கிடைக்க வேண்டிய நேரத்தில் உரியவருக்கு கிடைக்க வேண்டுமானால் சந்தேகம் தோன்றுகின்ற வழக்குகளில் மருத்துவ சான்றுகளை தாராளமாக நீதிமன்றங்கள் அனுமதிக்க வேண்டும் என்பதே எனது தாழ்மையான கருத்தாகும்.

Safeguarding the Victims of Crime

Laknathi Perera
LL.B(University of Colombo)

ABSTRACT

This article seeks to identify the prevalent procedural laws aimed at upholding the rights of victims of crime and to analyze whether they have been successful. Secondly the article will proceed on to analyze the international instruments governing the area of rights of victims of crime and finally recommendations will be made as to what needs to be done in order to improve the position of victims of crime in Sri Lanka.

WHO IS A VICTIM OF CRIME?

A victim of crime, in a broader sense is a person whose rights or interests have been violated by another person or a group of persons who have themselves violated the law. Under the UN Declaration on the Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of power, which is the most important international document concerning this area, a victim of crime is defined as, "persons who, individually or collectively, have suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering economic loss or substantial impairment of their fundamental rights through acts or omissions that are in violation of criminal laws operative within Member States, including those laws proscribing criminal abuse of power."¹

Under the Declaration the ambit of the definition of a victim has been extended to include, where appropriate, the immediate family or dependants of the direct victim and persons who have suffered harm in intervening to assist victims in distress or to prevent victimisation.²

A victim as a human being is entitled to have and be protected of his fundamental rights as laid down by the constitution of his country. A 'victim of crime' itself connotes the idea that he or she has already been deprived of some right, perhaps the right to liberty, safety, property, dignity etc. As State is the protector of its people, upholder of law and order, it has an obligation to make an additional effort in protecting the rights of the victims of crime because they have already suffered as a result of breach of law. Therefore the State has an inherent obligation to provide for the well-being and safety of these victims and to uphold their rights.

This brings one's attention as to whether there is any legal framework to defend the rights of victims of crime in Sri Lanka. The immediate answer would be, no. There is no separate mechanism, which has a legal force affording any sort of consolation to the victims of crime, let alone defend their rights. However it is important and encouraging to note that the Ministry of Justice, Law Reform and National Integration have in fact considered under its bills under preparation, a victims of crime Legislation to provide for the rights of victims of crime and to provide an effective mechanism to enable such victims to

¹ UN Declaration on the Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of power, *article 1* in part A

² *ibid.*, *article 2* in part A

receive compensation.³ Since there is no enacted law on this subject this assignment will proceed on the basis of the legal framework existent at present.

Although it is a State obligation, which most countries have accepted and in fact have implemented various regulatory mechanisms, successive Sri Lankan governments have blatantly ignored this particular aspect of criminal justice in the justice system.

WHY ARE SUCH PROCEDURAL LAWS LACKING?

As pointed out above, there no government initiated legislation that deals exclusively with defending the rights of victims of crime. This can be considered as a lacuna in the criminal justice system because although victims play a crucial role in it, their needs and concerns have been given a cold shoulder.

As a country whose Court structure is based on the adversarial system, criminal justice has become nothing but a tug of war between the prosecution and the defence. Primary objective is to find or prove whether the accused is guilty or not and not to find the truth or what actually happened, which in turn has largely contributed to the lesser recognition of the victim as a party to the case.

WHAT ARE THE CONSEQUENCES OF SUCH INADEQUACY?

It has to be noted that the victim does not enjoy the recognition an accused gets when it comes to defending their rights. Starting on that premise we can observe many instances where the victim of a crime have been ignored our justice system.

First and foremost the most evident weakness in our system is also the worst hardship a victim can face. A victim comes before the justice system in search of justice and fairness. But when that person is made to wait for years to get relief, which sometimes is of course not adequate, he or she is victimized again by the system itself. Because of this lack of expediency most victims lose faith in the system. For example in the case of rape victims, when they are made to appear in court after several years during which time they get married and have children, they have to face many difficulties all over again.

Sometimes police is uncooperative and their attitude is unsympathetic.⁴ This is mainly because they are concerned about keeping criminal records at a lower level within their jurisdiction. For example when someone complains to the police of a theft, they do not take it seriously and delays it. But later when the thief is caught then only they record it. Sometimes the police write records the way they want, making the victims quite helpless.

Victims also face the problem of not being informed of the Court proceedings or the progress of their own case. For example most of the time victim is not informed whether the suspect has been bailed out or not, this can have dangerous consequences to the safety or to the life of that particular victim. Further in this context it can be added that in criminal cases under section 260 of the Criminal Procedure Code⁵ the aggrieved party only has the right to be 'represented' in Court by an Attorney-at-Law. They cannot have dialog with the police or the State prosecutor who is appearing for them in Court, where as the accused has the right to be defended by an attorney. But in

³ Ministry of Justice, Law Reform and National Integration, <http://www.justiceministry.gov.lk>

⁴ Wijeratne, S.S., *Dispensation of Justice To victims of Crime in Sri Lanka*

⁵ Act no.15 of 1979

Jagathsena v Bandaranaike,⁶ it was stated that "an Attorney-at-Law is entitled also to appear, plead or act on behalf of his clients" In my opinion this is still not sufficient representation.

Further an accused can, before the trial, have access to a duly certified copy of the first information relating to the charge and of statements made by the direct victim.⁷ If the Magistrate may allow "in the interests of justice" accused can in the course of the trial peruse any statement by the witnesses.⁸ These privileges are not granted to the aggrieved party on the reasoning that there is no need because they already know the truth and should not be coached.

Another difficulty faced by the victims is that except in the case of rape, victims are not awarded compensation. That is possible through a separate civil case filed within two years after the decision is given in the criminal case. Apart from that the victim is not given any compensation for the harm that has been caused to him/her. However this is not the case of a torture victim because compensation is granted according to the graveness of the case in a Fundamental Rights application.

The above are only few instances where the victim is victimized again, but this time by the justice system itself. Therefore the justice system needs to address these problems, rather secondary victimizations, in order to acknowledge the rights of the victim.

However, it cannot entirely be said that the whole system is totally devoid of any sort of protection to the victim. When carefully perusing the certain legislations, it can be found that there are certain provisions that can be used to afford protection to victims of crime. Following are such provisions.

⁶ (1984) 2 S.L.R. pp. 397 at 404.

⁷ Criminal Procedure Code no.15 of 1979, Section 444(1)

⁸ *ibid*, section 444(3)

PROCEDURAL LAWS THAT CONCERN VICTIMS OF CRIME.

1. The Second Republican Constitution of 1978.

Although these provisions cannot be regarded as procedural law, they are indeed rights of victims.

* The primary source of our law provides the base for the rights of victims of crime. Article 12(1) lays down that all persons are equal before the law and are entitled to the equal protection of the law. This is a fundamental right. Therefore if an accused's rights are protected then should not there be an equal right of protection to the victim? Even more so because victim's rights to life, safety etc. Has already been violated? Therefore a victim has a constitutional right to be entitled to equal protection as the accused.

* Article 106(2) provides for the judge in his discretion whenever he considers it desirable in proceedings relating to family relations and sexual matters, exclude such persons who are not directly interested in the proceedings. This provision, especially in sexual abuse and rape cases, prevents the victim from uncomfot and embarrassment which she or he might feel in public hearings.

2. Criminal Procedure Code No. 15 of 1979

* Section 17(4) states that whenever any person is convicted of any offence or where the Court holds the charge to be proved but proceeds to deal with the offender without convicting him, to pay the aggrieved party compensation. This provision is not very commonly used in criminal proceedings, except in rape and road accident cases. However it provides some sort of relief to the victim who will have to otherwise file a separate civil action for damages (within two years of conviction). For example in the *Kamal Addararachchi case*, the High Court granted

compensation of one million for the alleged raped victim (although the Appeal Court acquitted the defendant and there are doubts about the discreteness of the victim's statements and behaviour).

* Section 109(1) provides that information relating to an offence may be given in writing or orally. This facilitates an illiterate person/victim to give an oral statement to the police officer or inquirer. Further if the victim uses a different language than that of the police officer or inquirer, a written statement can be given.

* Section 110(1) further adds that when examined orally by such officer or inquirer, it shall be reduced to writing and such record shall be shown or read to such victim or informant and shall have the liberty to explain or add to his statement. This is undoubtedly a provision that encourages victims to go to the police and report the offence. But the problem lies in the fact whether the police will allow this because it is common knowledge that police are sometimes less bothered to follow procedures. It is also a common fact that certain police officers are influenced by powerful outsiders and that as a result they try to persuade innocent victims to drop charges.

* Section 189 provides that before a judgment is given if the complainant satisfies the Court that there are sufficient grounds for permitting him to withdraw the charge, he or she can do so. Although this provision too is favourable for the victim, Court must be careful in permitting this readily because sometimes a victim may be influenced to do so by an influential opponent.

* (Amendment) Act no.11 of 1988 supplementing section 124 of the principle enactment with its section 2, gives powers to the magistrate to make or issue appropriate orders

and processes of Court in allowing a witness to make his or her identification from a concealed position. This amendment is very tactical because it protects the victim or other witnesses from being identified by the suspect. Thus, in case if the suspect is released for lack of evidence or is bailed out, then the witness's safety or even life would not be at risk.

* (Amendment) Act no. 21 of 1988 is a significant Act because it introduced the Trial-at-Bar proceedings. The relevancy of it to the subject of victim's rights is that under 450(5) (a) it is said that the trials before the High Court at Bar shall be held as speedily as possible. Usually these trials are held throughout five days of the week and are concluded within six months. This very favorable from the victim's point of view because it saves time, money and gives speedy relief as well whereas in a normal trial it takes years to arrive at a closure.

3. Penal Code No.2 of 1883

* (Amendment) Act no. 22 of 1995 together with Criminal Procedure Code (Amendment) Act no. 20 of 1995 too brought about significant changes to the criminal proceedings in Sri Lanka. While introducing a number of new offences for which victims previously did not have any remedy under the law,⁹ section 21 inserted a new section 365(C)(1) that makes it an offence for whoever prints and publishes the name or any matter which may make known the identity of victims¹⁰ and shall be punished with imprisonment for a term extending to two years or fine or with both. This is a crucial development from the victim's point of view because it safeguards the identity and

⁹ section 286(A)- obscene publication, exhibition &c. relating to children, Section 308(A)- cruelty to children, section 345- sexual harassment etc.

¹⁰ against whom an offence under section 345, 360A, 360B, 363, 364A, 365, 365A or 365B is alleged or found to have been committed.

details of victims. This was very much needed when the offence concerned children and women who have been sexually abused because it seeks to safeguard the victim's reputation from being harmfully exploited by the mass media.

4. Evidence Ordinance No.14 of 1895

* Section 149 states that no question can be asked unless the person asking it has reasonable grounds for thinking that the imputation which it conveys is well founded.

* Section 151 states that the Court may forbid any questions or inquiries, which it regards as indecent or scandalous.

* Section 152 states that Court shall forbid any question which appears to it to be intended to insult or annoy or which appears to the Court needlessly offensive in form.

The above three provisions are important to victims as they prevent the victim from being verbally humiliated or made uneasy before Court.

* (Amendment) No. 32 of 1999 inserted a section 163A (I), which facilitates video recorded interviews to be led as evidence. This is a very progressive change because it uses new technology. From the point of view of child victims too is a very good piece of legislation because this helps the child to be comfortable and less afraid which in turn increases the effectiveness of the statement given.

Although above procedural laws are there, lack of legislation concerning Victim's rights is a serious failure in the Sri Lankan Justice system. Therefore the need for legislation in this area is very much apparent. In order to draft a comprehensive legal document on protecting the rights of victims of crime we can borrow some ideas from international instruments governing victim protection.

WHAT ARE THE PROTECTIONS AFFORDED TO VICTIMS OF CRIME UNDER INTERNATIONAL INSTRUMENTS?

The main document in this regard is the *United Nations Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power* of 1985. Although this does not have a binding effect as it is a general assembly resolution, the member states have a commitment to the Basic Principles.¹¹ Its main principles are as follows:

- The provisions relating to the victims shall be applicable to all without distinction of any kind, such as race, color, sex, age, language, religion, nationality, political or other opinion, cultural beliefs or practices, property, birth or family status, ethnic or social origin and disability.

- Victim should be treated with compassion and respect for their dignity, protect privacy, minimize inconvenience, ensure safety from intimidation and retaliation.

- victim is entitled to have access to the mechanisms of justice and to prompt redress and should be informed of their rights

- judicial and administrative mechanisms should be established and strengthened where necessary enabling victims to obtain redress through formal and informal procedures that are expeditious, fair, inexpensive and accessible.

- informing the victims of their role and the scope, timing and progress of the proceedings and of the disposition of their cases.

- allowing views and concerns of the victim to be presented and considered at appropriate stages of the proceedings where their interests are affected, without prejudice to the accused and consistent with the relevant national criminal justice system.

¹¹ *Commonwealth Guidelines for the Treatment of Victims of Crime-Best Practice*, Commonwealth Secretariat, 2002. <http://www.thecommonwealth.org>

Further, the Basic Principles provide for assistance for victims,

-to receive the necessary material; medical; psychological and social assistance through governments, voluntary, community-based and indigenous means

- to be informed of the availability of health and social services and those with special needs to be attended with additional attention.

-In addition to the above, police, justice, health, social services and other personnel concerned should receive training to make them sensitize them to the needs of the victims.

Thus it is quite clear that even if half of the above protections were given to victims of crime in our country they would not be subject to secondary victimization as they have been for decades.

Another international instrument regarding the protection of victim's rights is the *Commonwealth Guidelines for the Treatment of Victims of Crime-Best Practice*. This document too has been drafted in line with the *United Nations Declaration of Basic Principles*, thus containing almost the same principles, but more comprehensively. These guidelines describe what assistance and treatment, as a minimum, victims of crime should expect from the criminal justice system, including the mandatory service standards expected of the criminal justice agencies and related government agencies.¹²

Fundamental principles of these Guidelines include that a person may be considered a victim regardless of whether the perpetrator is identified, apprehended, prosecuted or convicted and at the same time excludes those victims who were subjected to political abuse of power. Also

emphasizes that rights of victims should not conflict with the rights of the accused.

Then, going into different agencies in the criminal justice system, (in addition to the general provisions) it has been recognized as a duty of *law enforcement officials* to allow the victim to add or to amend their initial statement or to make a further statement. (However in my opinion this duty must be exercised with care because victim might tend to exaggerate the incident intending to penalize the offender more to seek vengeance)

In the case of sexual offences and crimes involving life-threatening diseases, HIV/AIDS or Hepatitis B, officials must immediately assist the victim to obtain medical testing and preventive medical measures and inform them of any appropriate counseling facilities.

Further, must take all reasonable measures to protect victims from violence, intimidation or harassment by informing the victim should an alleged offender escape from lawful custody, abscond whilst on bail or otherwise be released from official custody.

With regard to prosecutors, they must at all stages of the criminal process ensure that the privacy of the victim is protected and scrupulously ensure that the laws and practices protecting the victim as a complainant or witness are observed. Prosecutors must take into consideration the views of the victim when considering whether a prosecution is in the public interest and allow the victim to make representations in writing about any matter and to receive a written reply giving reasons for the decision taken.

Further prosecutors must inform, prior to the commencement of the trial, of the final charges to be preferred against the accused and the reasons for any amendment to the original charges. e.g.:- where rape complaint is reduced to a final stage

¹² *ibid.*, pp. 5.

of assault. In serious cases, a prosecutor must inform the victim that she/he has a right to make or provide information for the making of a Victim Impact Statement.

The *United Nations Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power* and the *Commonwealth Guidelines for the Treatment of Victims of Crime-Best Practice* are the two main instruments concerning victims of crime. But many countries such as United Kingdom (Victim Charter), United States of America, Australia have adopted legislation dealing with this aspect and some countries have at least government-funded victim support systems.

In *Rules of Procedure and Evidence of the Statute of the International Criminal Court*, an area of significance is the special status awarded to victims both in terms of their participation in prosecutions and in the remedies that are especially tailored to meet victim's needs. Rights afforded through this instrument are same as those of the other two instruments apart from the fact that it provides for the establishment of a Trust Fund for victims.¹³

In Sri Lanka no protection is allowed in a separate legal document nor have any government funded victim support centres have been put up. The only institution that looks after the interests of victims of crime is the National Centre for victims of crime. One of the objectives of the Centre is to launch an advocacy program to convince the lawmakers to adopt similar legislation. The functions of the Centre includes providing legal aid to defend the interests of victims of crime during Court proceedings with dignity and

compassion in addition to providing all necessary information to obtain compensation and restitution and ensure protection from intimidation from perpetrators while not affecting the basic rights of the offender.

Even then, the need to address the needs and concerns of victims still remain as of critical importance.

WHAT NEEDS TO BE DONE? - RECOMMENDATIONS

Although rights guaranteed by the international instruments are invaluable, enforcing them in Sri Lanka could be difficult because of lack of resources and most importantly lack of statutory guidelines.

First of all Sri Lanka should adopt a Victim Charter in order to provide a solid basis for future laws relating to victim's rights. This Charter need not have specific laws as such but should be an all encompassing document using the international instruments as guides. It should also include guidelines for the police officials, prosecutors, judicial officers and the judicial system. Emphasizing each of their roles in protecting the rights of victims of crime.

Police officials, prosecutors and every one who comes into contact with a victim of crime needs to be sensitized so as to make them understand the plight of victims. This will in turn reduce secondary victimization to a great extent.

Victims should be given a chance to air their views and concerns before and after a trial, because they are the actual victims and not the whole society. Although this should not affect the rights of the accused or the presumption of innocence, it cannot be said that justice was served when the victim is totally ignored in the process.

These are ways in which victims' rights can be protected without incurring much cost. But

¹³ Seneviratne, L., *Victim Satisfaction: Judicial Response in Sri Lanka*, Victims Rights, Remedies and Reality, Vol. 13, Iss. 184, February 2003. Law and Society Trust Review.

setting up victim support schemes, trust funds would require substantial resources. Even if the government would not have funds to set up such institutions, it should either support centres which have already been established.

Therefore it can be said that without trying to achieve unattainable goals, the Sri Lankan criminal justice system can at least engage in some of the above procedures in order to protect the rights of victims and assure them of a fair trial:

CONCLUSION

Sri Lankan criminal justice system does not entertain any statutory guarantee of rights for victims of crime. But there are a number of references made in connection of protecting the victims. However when compared to international instruments governing this area, it is quite clear as to how meagre our laws in this regard are. Therefore a lot needs to be done in order to successfully defend the rights of victims of crime because they are a group of people, in my opinion, who needs justice more than their victimiser.

References

- Code of Criminal Procedure No.15 of 1979, Code of Criminal Procedure (Amendment) No.11 of 1988, Code of Criminal Procedure (Amendment) No.21 of 1988, Code of Criminal Procedure (Amendment) No.20 of 1995, Penal Code (Amendment) Act No.22 of 1995
- Jayamanna, S., *Victims Rights and Role of Victims in Criminal Justice System*, at the National Law Conference, 25.1.2003
- Wijeratne, S.S., *Dispensation of Justice To victims of Crime in Sri Lanka*
- Fernando, R., *Post-Traumatic Stress Disorder in Victims of Crimes*
- Seneviratne, L., *Victim Satisfaction: Judicial Response in Sri Lanka*, *Victims: Rights, Remedies and Reality*, Vol. 13, Iss. 184, February 2003, Law and Society Trust Review.
- *Criminal Justice System- Fundamentally Flawed*, Features, Daily News, 26.8.2003.
- Range, I., *Foundation to protect victims of crime opens in Ahangama*, Daily News, and 1.10.2003.
- *Sri Lanka: There is a lack of concern for victims of offences*, <http://www.ahrchk.net>.
- Fernando, C., *Women and Children as victims of crime*, <http://www.acpf.org>.
- Samath, F., *Public anger grows against defense lawyers*, <http://www.atimes.com>.
- *BASL sets up centre for crime victims*, <http://www.dailymirror.lk>, 16.5.2002.
- *Ministry of Justice, Law Reform and National Integration*, <http://www.justiceministry.gov.lk>
- *Commonwealth Guidelines for the Treatment of Victims of Crime-Best Practice*, Commonwealth Secretariat, 2 002, <http://www.thecommonwealth.org>

ஆதனவழியுரிமை தொடர்பில் வாழ்க்கைத் துணைகளின் உரிமை

Jeyadevy Sivanandan,
Final Year
Sri Lanka Law College

மனிதனாய் ஜீவன் கொண்ட நாள் முதலாய் இயற்கையாய் அமைந்த உரிமைகளே மனித உரிமைகளாகும். மனித இனத்தின் அங்கத்தவன் என்ற முறையில் உரித்தாக்கப்பட்ட உரிமைகளை அனுபவிக்கும் உரிமையை ஒவ்வொரு மனிதனும் கொண்டிருக்கின்றான். இவ்வாறு இயற்கையாய், உத்தரவாதமளிக்கப்பட்ட உரிமைகளை இல்லாதொழிக்கவோ அல்லது மட்டுப்படுத்துவதற்கோ யாருக்கும் அதிகாரம் கிடையாது. மாறாக எல்லா உரிமைகளையும் அனைவரும் பாகுபாடுகளின்றி அனுபவித்தலை நிச்சயப்படுத்த வேண்டிய கடப்பாடு ஒவ்வொரு அரசாங்கத்தின் மீதும் சுமத்தப்பட்டுள்ளது என்பதுடன், அவற்றைப் பேணுதல் ஒவ்வொரு தனி மனிதனும் சமூகத்தினதும் பொறுப்பாக அமைகிறது.

சர்வதேச மனித உரிமைகள் பிரகடனத்தின் முகப்புரையிலே “மனித குடும்பத்தினை சேர்ந்த சகலரினதும் உள்ளார்ந்த கௌரவத்தினையும் அவர்கள் யாவரும் சமமான பாராதிப்படுத்த முடியாத உரிமைகளையும் அங்கீகரித்தல் வேண்டும்” எனவும், அதனது உறுப்புரை 1 ஆனது “உலகத்தில் பிறந்த அனைவரும் இன, மத, மொழி, பால், நிற, அரசியல்/மற்றைய கருத்துக்கள், தேசிய/சமூக ஆரம்பம், அவர்களின் பிறப்பு/மற்றைய அந்தஸ்து போன்ற எந்த வேறுபாடுகளையின்றி, பிரகடனத்தில் ஏற்பாடு செய்யப்பட்டுள்ள எல்லா கந்திரங்களையும் உரிமைகளையும் அனுபவிப்பதற்கு உரித்துடையவர்களாவர்” என உத்தரவாதமளித்துள்ளது.

இதே உத்தரவாதத்தினையே எமது அரசியலமைப்பின் உறுப்புரை 12 ஆனது உள்வாங்கியுள்ளது என்பதும் கவனிக்கப்படக்கூடியது.

இவ்வாறு பிறப்பு ஆண், பெண் என்ற வேறுபாடுகளின்றி உரிமைகளை அளித்திருந்தாலும் இன்றைய நூற்றாண்டில் வாழ்வில் அனுபவங்கள் மாறுபட்ட கருத்தினையே வெளிப்படுத்தி நிற்கின்றன. இதற்கு சமூக கட்டமைப்புகளினால் நிர்ணயிக்கப்பட்ட வேறுபாடுகளே காரணமாகின்றது. ஆதி காலம் தொடர்பே பெண்கள் ஆண்களிலும் குறைந்தவர்களாகவும், இரண்டாந்தர பிரஜைகளாகவும் கருதும் நிலையே இருந்து வருகின்றது. தமது ‘உரிமைகளை அனுபவிப்பதில் பெண்கள் எல்லா சமுதாயங்களிலும் அனைத்து சமூக மட்டங்களிலும் அடக்குமுறைகளுக்கு உள்ளாகின்றனர்.

இயற்கையாய் அமைந்த உயிரியல் வித்தியாசங்களை காரணமாக்கி, ஆணாதிக்க சமுதாயம் பெண்களை தமது அடிமை வலையில் சிக்கவைத்து கொண்டது. இன, மத அடிப்படையான கொள்கைகளின் போக்கால் பெண்கள் மேலும் மேலும் கட்டுப்படுத்தப்பட்டனர். அத்துடன் அரசியல், பொருளாதார மாற்றங்களும் பெண்களின் வாழ்க்கையில் ஆழ்ந்த விளைவுகளை ஏற்படுத்தி அவை பெண்களின் உரிமைகளை முழுமையாக அனுபவிப்பதில் கட்டுப்பாடுகளை விதித்து, அவர்களுக்கு எதிரான பாகுபாட்டையும் பல்படுத்தியுள்ளது.

பெண்களும் தமது ஆன்மீக ரீதியான பலத்தை மறந்து, வெறுமனே உடல் ரீதியான பலத்தை அளவுகோலாக்கி தம்மை தாமே அவ் அடிமை வலையில் விரும்பியோ விரும்பாமலோ உள்வாங்கிக் கொண்டார்கள். இவையே காலமாற்றத்தில் பரிணமித்து சமூக பாரம்பரிய கட்டுப்பாடுகளாகவும் நியமங்களாகவும்

மாறிவிட்டது என்பதே யதார்த்தமாகும். இத்தகைய சமூக வேலிகளை பெரும்பாலான பெண்கள் தாண்ட விரும்புவதில்லை என்பதுடன் குடும்ப நலன் கருதி அவை பற்றி பெரிதும் அக்கறை செலுத்துவதில்லை என்பதும் அதைவிட முக்கியமானதாகும்.

பாரம்பரியமாக குழந்தை வளர்ப்பும் வீட்டு நிர்வாகமும் பெண்ணின் தலையிலேயே விழுக்கின்றது. இவ்வாறு கடமைகளை பெண்கள் மீது சுமத்தும் சமூகம், உரிமைகளை வழங்க மறுத்தமையே இன்றைய பெண்ணியவாதத்தின் எழுச்சிக்கான காரணமாகும்.

பெண்களும் மனித இனத்தின் அங்கத்தவர்களே என்றும் எவ்விதத்திலும் குறைந்தவர்கள் அல்ல என்றும் சிந்தனை வலுப்பெற்றபோது, ஆண்கள் துய்க்கும் எல்லா உரிமைகளையும் பெண்களும் துய்க்க வேண்டும் என்ற கோரிக்கை வலுப்பெற்றது.

ஆணாதிக்க சமூகத்தின் கோரப்பிடியினுள் சிக்குண்டிருந்த பெண்மை தன் விடுதலைக்காக, தமது உரிமைகளுக்காக தொடுத்துள்ள உரிமைப் போராட்டமானது வரவேற்கத்தக்க முன்னேற்றங்களை புகுத்தியிருப்பினும், போராட்டத்தின் இலக்கினை அடைவதற்கு நாம் இன்னும் மிக தொலைவிலேயே நின்று கொண்டிருக்கிறோம் என்பதை யாராலும் மறுக்க முடியாது.

பெண்களின் உரிமைகள் என்பது; பெண்களை அடக்கி ஒடுக்காத, அவர்களின் விருப்பங்களையும் தேவைகளையும் நகக்காத அனைத்துமாகும். எனவே பெண்ணிலை வாதம் என்னும் போக்கில் சம அந்தஸ்து நிலைநாட்டும் முயற்சியானது,

(i) பெண்களின் முக்கியத்துவத்தை அங்கீகரிக்கச் செய்தலும் ஆண்களோடு பெண்களுக்குள்ள சமத்துவத்தை அங்கீகரித்தலும்,

(ii) கோரப்படுவது சலுகையோ அல்லது விருப்போ அல்ல என்றும் ஒரு உரிமையே என்ற உணர்வை ஏற்படுத்தலும்

இதனோடு மட்டும் நின்றவிடாது;

(iii) சட்டவாக்கத்தினூடு இத்தகைய விடயங்களை உள்வாங்கியதாக, நிரந்தர பாதுகாப்பினை எய்துவதனை உறுதிப்படுத்தலும் ஆகும்.

உயிரியல் ரீதியான பலவீனம் காரணமாக சமூக கட்டமைப்புகள் பெண்ணை ஒரு ஆணைச் சார்ந்து வாழ்வளாகவே ஏற்படுத்தியிருக்கின்றன. இது தவிர்க்க முடியாததும் கட்டாயமானதும் கூட. இதனை மையமாக வைத்தே வாழ்வியல் மரபுகளையும் பாரம்பரியங்களையும் ஏற்படுத்தியிருக்கின்றனர். ஆனால் கூடவே சில கண்முடித்தனமான வரையறைகளையும் நிர்ணயித்து விட்டனர். இத்தகைய கண்முடித்தனமான வரையறைகள்தான் இன்றைய பெண் இனம் எதிர்நோக்கும் தீமைகளுக்குக் காரணமாயிற்று எனலாம்.

ஆனால் இங்கு பெண்ணிலைவாதிகள் (Feminist) உரிமைப்போராட்டம் என்ற தோரணையில் முன்வைக்கின்ற; நிலைபெற்றுள்ள சமுதாயத்தின் சீரழிவுக்கே வழியமைத்து விடக்கூடியதான கோரிக்கைகள் வேறுபடுத்தப்பட வேண்டிய அவசியம் ஏற்பட்டுள்ளது. பெண்ணிலைவாதிகள் என தம்மை கூறிக்கொள்கின்ற சில பெண்களின் இத்தகைய தவறான போக்கு காரணமாகவே பெண்களின் சாதாரண உரிமைப் போராட்டமும் கூட நலிவடைந்து விடுகின்றது.

இத்தகைய சில பெண்ணிலைவாதிகளின் அதி முற்போக்கான சிந்தனைகளும், சமுதாயத்தின் கட்டுக்கோப்பையே சிதைக்கக் கூடியதான உரிமைப் போராட்டங்களும்; தனியே "ஆண்களின் வக்கிர குணம்" தான் இன்றைய பெண்ணடிமைத்தனத்திற்கு காரணம் என்ற சமூக சித்தரிப்புகளும் விர்சனங்களும் தான் பெண்ணிய வாதம் தன் இலக்கினை அடைவதை தாமதப்படுத்தும் காரணிகளாக அமைகின்றன.

எனவே உரிமைகளின் போராட்டமானது; நிலைபெற்றுள்ள சமுதாயத்தின் நெடுந்தூர பயணத்திற்கு வழிவகுக்கக் கூடியதான இசைவைத் தோற்றுவிக்க வேண்டுமெயொழிய, அதனை அழித்துவிடக் கூடியதாக அமையக்கூடாது.

பெண்களும் சில்லறைத்தனமான கோரிக்கைகளுக்காக போராடுவதை விடுத்து; தமது வாழ்வியல் பாதுகாப்பு தொடர்பில் அதீத அக்கறை செலுத்த வேண்டும். இன்றுவரை சில உரிமைகள் அடையப்பட்டிருப்பினும் இன்னும் பல உரிமைகள் இனம்காணப்பட வேண்டி இருப்பதுடன் சட்டமாக்கப்பட வேண்டியும் உள்ளது.

அவற்றில் முக்கியமானது தான் கணவன் இறந்ததன் பிற்பாடு ஆதன வழியுரிமை தொடர்பில் விதவை

மனைவிக்குள்ள உரிமைகளில் காணப்படுகின்ற மட்டுப்பாடுகளாகும். வழியுரிமை தொடர்பில் இலங்கையின் சட்ட ஏற்பாடுகளிடையே ஒரு பொதுவான தன்மை காணப்படாமல் இதற்கான முக்கிய காரணமாகும்.

இலங்கையானது பன்மைத்துவமிக்க தேசியங்கள் வாழும் நாடாக இருப்பதனால் முரண்பாடான மரபுகள் பலவற்றிலிருந்து பெறப்பட்ட பலவகையான சட்டங்களைக் கொண்ட ஒரு மூலமாக இலங்கையின் சட்ட முறைமை காணப்படுகின்றது. Roman Dutch Law (RDL), ஆங்கிலப் பொதுச் சட்டம், முஸ்லிம் சட்டம் (Muslim Law) போன்றவற்றுடன் சதேச சட்டங்களான கண்டியச் சட்டம் (Kandyan Law), தேசவழமை (Tesawalamai) என்பன எமது சட்ட முறைமையில் காணப்படுகின்ற சட்டங்களாகும்.

இத்தகைய சட்டமுறைமையிலுள்ள பல்வகைத் தன்மையின் காரணமாக; ஒரு நாட்டின் பிரஜைகளுக்கு கிடையிலேயே, அவர்கள் அனுபவிக்கின்ற தான உரிமைகளிடையே சமத்துவத் தன்மை காணப்படாமையானது, மனித உரிமைகள் தொடர்பிலான சமத்துவக் கோட்பாட்டிற்கு எதிரானதாகவே காணப்படுகின்றது.

இடம் சார்பாகவோ ஆள் சார்பாகவோ, வாழ்வியல் மரபுகளையும் கலாச்சார விழுமியங்களையும் ஆதாரமாகக் கொண்டு தோற்றுவிக்கப்பட்ட வழக்காறுகளுக்கு சட்டவடிவம் வழங்கப்பட்டதே வழக்காறு சட்டங்களாகும். அவ் வழக்காறு சட்டங்கள் அச்சமுதாயத்தின், பாரம்பரிய சங்கிலிக் கணுக்களுக்கு வலிமை சேர்த்து, அச்சமுதாயம் தன் எதிர்கால இருப்பினை உறுதிப்படுத்தி நிலைபெறச் செய்வதில் பெரும்பங்காற்றியது என்பது நாம் அறிந்த உண்மை.

வழக்காறுகள் சட்டமாக எமது சட்டமுறைமையில் உள்வாங்கப்பட்ட காலப்பகுதியில், சட்டவியலாளர்களும் தாம் வாழ்ந்த கால எல்லையின் சிந்தனைப் போக்குகளுக்குட்பட்டும் மக்களின் சமூக நடத்தைகளை கருத்திற்கொண்டும் தமது பகுத்தறிவிற்குட்பட்ட சட்டவியல் சிந்தனைகளை முன்வைத்தனர். எனவே ஆரம்ப காலத்தில் வழக்காற்று சட்டங்களினூடாக பெண்களது உரிமைகளுக்கு விதிக்கப்பட்டதான மட்டுப்பாடுகளில் நியாயம் இருக்கவே செய்கின்றன.

எனவே வெறுமனே வழக்காற்று சட்டங்களில் ஆண்களுக்குக் காட்டப்படுகின்ற அதி மிகுதியான உரிமை

அந்தஸ்துப் பற்றி கண்டனங்களைத் தெரிவிப்பதை விடுத்து அதிலுள்ள நியாயபூர்வமான காரணங்களை சீர்தூக்கிப் பார்ப்போமேயானால், நவீன சிந்தனைகளுக்கேற்பவும் காலமாற்றங்களுக்கேற்பவும் சட்டங்கள் மாற்றம் பெற வேண்டிய அவசியத்தை விளங்கிக் கொள்ள முடியும்.

உண்மையில் வழக்காறுகள் சட்டமாக எமது சட்டமுறைமையில் உள்வாங்கப்பட்ட காலத்தில் குடும்ப அலகுகளில், பொருளாதாரத்தில் பெண்களின் பங்களிப்பு மிகக் குறைவாகவே இருந்தது. உழைப்பு, வருமானம் என்பன முற்று முழுதாக, குடும்பத்தின் ஆண் அங்கத்தவர்களின் மீதே சுமத்தப்பட்டிருந்தது. அத்துடன் குடும்ப நலனிலும் சமூக அபிவிருத்தியிலும் பெண்களினால் வழங்கப்பட்ட பங்களிப்பு உணரப்படாமலும் மதிப்பளிக்கப் படாமலும் இருந்தது. குடும்பத்தின் ஆதாரமான இயக்கியாக கணவனே இருந்தான். இதன் காரணமாக ஆதன வழியுரிமைகளில் பாராபட்சம் காணப்பட்டிருக்கலாம்.

ஆனால் இப்போது முற்றிலும் மாறுபட்ட சமூக நிலையே காணப்படுகின்றது. சமூகத்தின் செயற்பாடுகள் விரிந்து செல்லச் செல்ல தேவைப்பாடுகளும் அதிகரித்தன. பெண்களும் தமது மரபு வேலிகளைத் தாண்டி சமூகத்தின் அனைத்து மட்டங்களிலும் ஆண்களுக்கு சமணாக பங்கு பற்றியிருப்பதுடன், குடும்ப நலனிலும் சமூக அபிவிருத்தியிலும் ஆண்களுக்குச் சமணாக பங்களிப்பை செய்திருக்கின்றனர், செய்கின்றனர். எனவே ஆண்களுக்கு சமணாக எவ்வித பாராபட்சமும் இன்றி ஆதன உரிமைகளில் தமது பங்குகளைப் பெற்றுக் கொள்வதை உறுதிப்படுத்த வேண்டிய தேவை தற்போது ஏற்பட்டுள்ளது எனலாம்.

ஆகவே ஆதன வழியுரிமை தொடர்பில் விதவை மனைவியின் உரிமைகள் தொடர்பில் வழக்காறு சட்டங்களிற்கிடையிலும் பொதுச்சட்டமான உரோமன் டச்சுச் சட்டத்திலும் காட்டப்படுகின்ற பாராபட்சம் நீக்கப்படவேண்டிய கட்டாயம் ஏற்பட்டுள்ளமை தெளிவாகின்றது. இதனை பின்வரும் 3 காரணிகளின் அடிப்படையில் ஆதாரப்படுத்தலாம்

(1) சட்டம் என்பது சமூகத்தை ஆளும் விதிகளின் தொகுப்பாகும். ஒரு சட்டத்தின் வலு அச்சட்டத் தொகுதியில் பிரதிபலிக்கின்ற சமூக பெறுமானங்களின் அளவிலேயே தங்கியுள்ளது எனலாம். சட்டத்தின் அடித்தளமாக "சமூக தனிமனித நீதியுணர்வு" அமைந்து, நவீன உலக மாற்றங்களுக்கு ஈடு கொடுக்கும் வகையில் சட்டமானது

உருவாக்கப்பட்டிருக்க வேண்டும். அதனைப் பிரதிபலிக்கத் தவறுமிடத்து, அத்தகைய சட்டமுறை நிச்சயமாக அச்சமூகத்தை ஆதாரப்படுத்தும் சக்தியை இழந்துவிடும். இதனாலேயே ஏற்கனவே உள்ள சட்டங்கள் பின்வந்த காலத்தை சேர்ந்தோர்களால் காலப் பொருத்தம் கருதி, நிராகரிக்கப்பட்டும் விரிவாக்கப்பட்டும், சீராக்கப்பட்டும் வந்திருப்பதைக் காணக்கூடியதாக உள்ளது. ஆதலால் நட்பு உலகின் சமூக அக்கறைகளையும் சேம நலன்களையும், மனிதனின் தனிப்பட்ட பெறுமானம், உரிமைகள் என்பவற்றை உள்வாங்கியதாக சட்டம் மாற்றம் காண வேண்டும்.

இதற்கு சிறந்த உதாரணமாக 1889ம் ஆண்டில் பராமரிப்புக் கட்டளைச் சட்டம் (Maintenance Ordinance) நீக்கப்பட்டு, கொண்டுவரப்பட்ட 1999ம் ஆண்டின் 37ம் இலக்க பராமரிப்புச் சட்டம் (Maintenance Act) ஐ குறிப்பிடலாம். பெண்களின் பொருளாதார பங்களிப்பு மாற்றம் கண்டதன் விளைவாக பரஸ்பர ஆதாரம் வழங்கும் கூட்பாட்டின் அடிப்படையில் இயலாதிருக்கும் கணவனைப் பராமரிக்க வேண்டிய கடப்பாடு மனைவியின் மீது சுமத்தப்பட்டமை இதன் விசேட அம்சமாகும். இதே அடிப்படையிலேயே இன்றும் விதவை மனைவி ஒரீவர். கணவன் இறந்ததன் பின்னர் பெறுகின்ற ஆதன உரிமைகளில் காட்டப்படும் வேறுபாடு களையப்படவேண்டும்.

(2) அத்துடன் ஒரு நாட்டின் சட்டமுறையையானது சமநிலையாக இயங்கக்கூடியதாக இருப்பின் மட்டுமே, அங்கு வாழும் சமூகங்கள் நிலைபெறும். எங்கெல்லாம் தனி நபரது உரிமைகள் பாதிக்கப்படுகின்றதோ அங்கெல்லாம் தனிப்பட்ட சமூக மற்றும் பாரம்பரிய வழக்காறுகளின் நிலைபேறை உறுதிப்படுத்துவதிலும் பார்க்க, தனி நபர்களின் உரிமைகளுக்கு முக்கியமளிக்க பாடுபடுவது ஒரு அரசின் தலையாய கடமையாகும்.

அதாவது அதனது தேசிய எல்லைக்குள் வாழும் அனைத்து மக்களும் சமமான உரிமைகளை அனுபவிக்கின்றனர் என்பதை அரசு உறுதிப்படுத்த வேண்டும். இதே காரணங்களின் மீதே இலங்கைவாழ் அனைத்து பிரஜைகளுக்கும் பொதுவான சட்டங்கள், குற்றவியல் விடயங்களிலும் பெரும்பாலான குடியியல் விடயங்களிலும் ஏற்றுக் கொள்ளப்பட்டுள்ளது. மிக குறுகியளவான விடயங்களில் மட்டுமே வழக்காறு சட்டங்கள் செல்வாக்குச் செலுத்துகின்றன.

(3) மேலும் ஒவ்வொரு மனிதனும் தன்னுடைய உரிமைகளின் தரங்களை தன்னைச் சார்ந்த மற்றையவரி் அனுபவிக்கின்ற நியாயப் பரிமாண உரிமைகளுடன் ஒப்பிட்டுப் பார்க்கவும் அதனை எய்துவதற்காக பாடுபடவும் உரித்துடையவனாகின்றான். சர்வதேச தரத்துடன் ஒப்பிட்டு நோக்கி போராடுவதற்கு முயல்கின்ற வேளையில், ஒரு நாட்டின் எல்லைக்குள் வே வாழுகின்ற சகோதர சமூகத்தினருக்கிடையில் வழக்காறு சட்டங்களின் அடிப்படையில் வழங்கப்படுகின்ற உரிமைகளுக்கிடையிலேயே பாடுபாடு காணப்படலானது நிச்சயமாக எவராலும் ஏற்றுக்கொள்ளப்பட முடியாததாகும்.

இலங்கையில் ஆதனவழியுரிமை தொடர்பில் கண்டியச் சட்டம், முஸ்லீம் சட்டம், தேசவழமை போன்ற வழக்காறு சட்டங்களும் பொதுச் சட்டமான உரோமன் டச்சு சட்டமும் தூண்ப்படுகின்றன. இச் சட்டங்கள் ஒவ்வொன்றையும் தனித்தனியாக ஆராய்வேமோமானால், கணவன் இறந்த பின்னர் ஒவ்வொரு சட்டங்களின் கீழும் விதவை மனைவி ஒருவர் பெறுகின்றதான உரிமைகளுக்கு இடையில் காட்டப்படுகின்ற பாரபட்சம் பற்றி அறியமுடியும்.

பொதுச்சட்டமான உரோமன் டச்சு சட்டத்தின் கீழ் ஒருவர் இறுதி விருப்பாவணம் இன்றி இறக்கும்போது, பால் வேறுபாடுகளின்றி கணவன், மனைவி ஆகியோர் சமணான உரிமைகளையே பெற்றுக்கொள்கின்றனர்.

பொதுச்சட்டத்தின் கீழ் இறுதி விருப்பாவணம் இன்றி ஒருவர் இறக்கும்போது ஆதன வழியுரிமை தொடர்பான ஏற்பாடுகளை 1876ம் ஆண்டு 15ம் இலக்க திருமண உரிமைகள், வழியுரிமைகள் கட்டளைச் சட்டம் (Matrimonial Rights and Inheritance Ordinance) கொண்டுள்ளது.

இதன் பிரிவு 22 இன் பிரகாரம், நபர் ஒருவர் இறுதி விருப்பாவணம் இன்றி இறக்கும் போது, அவரது ஆதனத்தின் அரைப் பகுதி உயிருடன் இருக்கும் வாழ்க்கைத் துணையை வந்தடையும். மிகுதி அரைப் பகுதி ஆதனம் பிள்ளைகள் அல்லது அப்பிள்ளைகளுக்கு குழந்தைகள் இருப்பின், பிள்ளைகள் தலைமுதலாகவும் குழந்தைகள் பிரதிநிதித்துவ முறையிலும் அடுத்துறுவர். ஒருவர் பிள்ளைகள் இல்லாது இறப்பின் இறந்தவருடைய பெற்றோர், சகோதரர், சகோதரர்களுடைய பிள்ளைகள், பாட்டன், பாட்டி, மாமன், மாமி என்றவாறு சுமார் 10 தலைமுறைவரை அடுத்துறல்

நிகழும், அவ்வாறு எவரேனும் அவ் ஆதனத்தை அடுத்தற இல்லையேல், அவ் அரைப் பகுதி ஆதனமும் உயிருடன் இருக்கும் வாழ்க்கைத் துணையையே வந்தடையும்.

எனவே இவற்றிலிருந்து உரோமன் டச்சர் சட்டத்தினைப் பொறுத்தவரையில் பால்நிலை சமத்துவம் பேணப்பட்டுள்ளது என்பது தெளிவாகிறது.

தேசவழமைச் சட்டம்

தேசவழமைச் சட்டத்தை எடுத்து நோக்குவோமாயின் ஆதனவழியிமை தொடர்பில் பால்நிலை சமத்துவம் பேணப்பட்டுள்ளது என்றே கூற முடியும்.

தேசவழமைச் சொத்தை 3 வகையாக பிரிக்கலாம்.

(1) முதுசம்

(2) சீதனம்

(3) தேடிய தெட்டம்

1) முதுசம்

யாழ்ப்பாண திருமண வழியரிமைகள் கட்டளைச் சட்டம் (Jaffna Matrimonial Rights & Inheritance Ordinance No 58 of 1947) மரபுவழி ஆதனத்தை முதுசம் என்றும் உரிமை என்றும் 2 வகையாக பாகுபாடு செய்கிறது.

அதன் பிரிவு 15 ஆனது ஒருவரது அல்லது ஒருத்தியினது பெற்றோர் அல்லது முதாதையர் இறக்கும்போது வழிவழியாக அவரை வந்தடையும் ஆதனம் முதுசம் எனக் கூறுகிறது.

பிரிவு 16 இன் பிரகாரம், பெற்றோர் அல்லது முதாதையர் தவிரந்த வேறு வரிசையிலுள்ள உறவினர் ஒருவர் இறக்கும் போது ஒருவரின் மீது வழிவழியாக வந்தடையும் ஆதனம் உரிமை எனப்படும்.

கணவனுடைய முதுச அல்லது உரிமை ஆதனத்தில் மனைவிக் கோ அல்லது மனைவியினுடைய முதுச அல்லது உரிமை ஆதனத்தில் கணவனுக்கோ பங்கு எதுவும் கிடையாது.

முதுச சொத்தை ஒருவர் விட்டு இறக்கும்போது அது அவரது பிள்ளைகளையே சென்றடையும். வாழ்க்கை துணை அதில் உரிமை கோர முடியாது. அது அவர்களது தனிப்பட்ட ஆதனமாகவே கருதப்படுகிறது.

(2) சீதனம்

திருமணத்தை முன்னிட்டு; பெற்றோர்களால் அல்லது அவளை சார்ந்தோர்களால் கொடுக்கப்படுகின்ற ஆதனமாகும். அது திருமணத்தின் போதோ அல்லது திருமணத்தின் முன்னரோ அல்லது பின்னரோ கூட கொடுக்கப்படலாம்.

இச் சீதனமானது பெற்றுக்கொண்ட பெண்ணின் தனிப்பட்ட ஆதனமாகவே கருதப்படும். சீதன உறுதியில் எவ்வாறு எழுதப்படலும் அவற்றில் கணவனால் எவ்வித உரிமையும் கோர முடியாது. சீதன ஆதனமானது அப்பெண்ணால் கைமாற்றம் செய்யப்படாது இருப்பின், அது அவரது பிள்ளைகளையே சென்றடையும். பிள்ளைகள் இல்லாது இருப்பின், சீதனம் எவ்வழியில் வந்ததோ அவ்வழிக்கே ஆதனம் சென்றடைந்துவிடும். சீதனத்தைக் கொடுத்தவர் களும் இறந்திருப்பின் அவர்களது சகோதரர்களுக்கு சம பங்காக செல்லும். இல்லையெனில் தொடர்ந்து முதுசம் அல்லது உரிமை தொடர்பிலான வழியரிமை முறையில் சென்றடையும்.

(3) தேடியதெட்டம்

திருமணம் நிலைபெறாய் இருக்கும்போது கணவன் அல்லது மனைவியினால் பெறாமதியான பிரதிபலனைக் கொண்டு கொள்வனவு செய்யப்பட்ட ஆதனமே தேடிய தெட்டம் ஆகும். இவ் ஆதனமானது வாழ்க்கைத்துணை இருவரில் எவரேனும் ஒருவரின் பெயரில் கொள்ளப்பட்டிருந்தாலும் அவ் ஆதனமானது வாழ்க்கை துணைகள் இருவரினதும் பொதுவான ஆதனமாகவே கருதப்படும்.

யாழ்ப்பாண திருமண வழியரிமைகள் கட்டளைச் சட்டத்தின் பிரிவு 20 இன் பிரகாரம் இறந்துபோன வாழ்க்கைத்துணைக்கு உரியதாயிருந்த தேடியதெட்ட ஆதனத்தின் அரைப் பகுதி (1/2) உயிருடன் இருக்கும் வாழ்க்கைத் துணையை வந்தடையும் என்றும் மிகுதி அரைப் பகுதி இறந்துபோனவரின் வழியரிமையாளர்களைச் சென்றடையும் என ஏற்பாடு செய்கிறது.

இதன் பிரகாரம் உயிருடன் இருக்கும் வாழ்க்கை துணைக்கு சொந்தமாயிருந்த தேடிய தெட்டம் மற்ற வாழ்க்கைத் துணையின் இறப்பினால் பாதிப்படையாமல் அப்படியே இருக்கும். எனவே ஒருவர் இறப்பின் இறந்த

வாழ்க்கைத் துணைக்கு உரித்தான தேடியதெட்ட ஆதனத்தில் அரைப்பகுதி (1/2) அரைப் பங்கானது [முழு ஆதனத்தில் கால்பகுதி (1/4)] உயிருடன் இருக்கும் வாழ்க்கைத் துணைக்கு சொந்தமாகின்றது. ஆதலால் முழு ஆதனத்தில் கால் ப்பகுதி (1/4) மட்டுமே இறந்தவரின் மரபரிமையாளர்களுக்கு சென்றடையும்.

இதற்கமைய உயிருடன் இருக்கும் வாழ்க்கை துணைக்கு முழு தேடியதெட்ட ஆதனத்தில் 3/4 பங்கு சொந்தமாகின்றது.

இவற்றிலிருந்து தேசவழமைச் சட்டமானது பெண் என்ற பால் வேறுபாட்டினை ஆதன வழியரிமைகள் தொடர்பில் காட்டவில்லை என்பதை அவதானிக்க முடிகிறது.

முஸ்லிம் சட்டம்

உலக முஸ்லிம்களை பொறுத்த வரையில் அவர்கள் 'ஷரீ ஆ' சட்ட வரம்புக்குள் வாழ வேண்டும் என்பதாகும். திருக்குர் ஆன், நபி பெருமானார் மொஹமடானார் முஹம்மது நபி (ஸல்) அவர்களது அறிவுரைகள் மற்றும் நடைமுறைகள், அன்னாரது தோழர்களின் ஒருமித்த கருத்துக்கள், நீதி வல்லுனர்களின் கருத்துக்கள் என்பவற்றை கொண்ட கலவை தான் 'ஷரீ ஆ' சட்டமாகும்.

முஸ்லிம்கள் இந் நாட்டில் வாழ ஆரம்பித்த காலம் முதலே முஸ்லிம்களின் தனியார் சட்டம் நடைமுறையில் இருந்து வந்துள்ளது. ஆனால் இந்நாட்டு முஸ்லிம்களைப் பொறுத்தவரையில் 'ஷரீ ஆ' சட்டம் முழுமையாக செயற்படுவதில்லை எனலாம்.

எமது நாட்டு முஸ்லிம்களுக்கென 3 வகையான தனியார் சட்டக் கோவைகள் அமுலில் இருக்கின்றன. அவையாவன

1. 1951ம் ஆண்டு 13ம் இலக்க முஸ்லிம் விவாக விவாகரத்து சட்டம்

2. 1931ம் ஆண்டு 10ம் இலக்க முஸ்லிம் வாரிசு சட்டம்

3. 1956ம் ஆண்டு 51ம் இலக்க முஸ்லிம் பள்ளிவாசல் தர்ம நம்பிக்கை நிதியம் / வக்ப் (waki) சட்டம்

எனவே இலங்கை முஸ்லிம்களுக்கு மேற்குறிப்பிட்ட 3 விடயங்களுக்கு மட்டுமே 'ஷரீ ஆ' சட்டம்

ஏற்படையதாகின்றது. ஏனைய விடயங்களில் பொது சட்ட வரம்புக்குள் முஸ்லிம்கள் உள்ளாக்கப்படுகின்றனர்.

1931ம் ஆண்டு 10ம் இலக்க முஸ்லிம் வாரிசு கட்டளை சட்டத்தின் (Muslim Intestate Succession Ordinance) பிரிவு 2 ஆனது "இறுதிவிருப்பாவணம் இன்றி முஸ்லிம் ஒருவர் மரணிக்கும் போது சொத்துக்கள் பங்கிடும் முறையானது 'ஷரீ ஆ' சட்டத்தின் படி அமுல்படுத்தப்படும் என்று கூறுகிறது.

இதன் மூலம் இவ்விடயம் தொடர்பில் 'ஷரீ ஆ' சட்டம் முழுமையாக அமுல்படுத்தப்படுகிறது.

இதற்கமைய முஸ்லிம் சட்டம் ஏற்படையதாகும் நபர் மரணிக்குமிடத்து; அவரது இறுதிச் சொத்திலிருந்து (estate) பின்வருவன தரப்பட்ட ஒழுங்கில் முறையாக கழித்துக் கொள்ளப்படும்.

1. மரணச் சடங்கிற்கு செலவாகும் தொகை

2. வழக்கமாக அவர் செலுத்தக் கடமைப்பட்டதான 'Zakat'.

3. அவர் தனது வாழ்க்கைக் காலத்தில் கடமைப்பட்டுக் கொண்டதான கடன் தொகை

4. திருமணத்தின் போது மனைவிக்கு செலுத்தப்பட கடமைப்பட்டதான மகர் (Mahar)

5. அவர் எவரேனும் நபருக்கு, இறுதி சொத்திலிருந்து கொடுப்பனவு செய்வதாக அறிவித்திருப்பின் அக் கொடுப்பனவு.

இவ்வாறாக மேற்குறித்த அனைத்து பணக் கொடுப்பனவுகளும் ஒழுங்கு முறையாக கொடுத்துத் தீர்த்த பின்னர் எஞ்சும் சொத்தே "மரணச் சொத்து" என கருதப்பட்டு வாரிசுகளிடையே பங்கிடப்படும்.

முஸ்லிம்களது மரணச் சொத்துக்கு முதலில் ஆண்களே வாரிசுகளாக கணிக்கப்படுவர். இத்தகைய ஆண் வாரிசுகளாக பின்வருவோர் கருதப்படுகின்றனர்.

(i) மகன்

(ii) மகனின் மகன்

(iii) தந்தை

(iv) தந்தையின் தந்தை

(v) சகோதரன் (Brother, Half brother, step brother)

- (vi) சகோதரனின் மகன்
- (vii) தந்தையின் சகோதரன்
- (viii) தந்தையின் சகோதரனின் மகன்
- (ix) கணவன்

(x) இறந்தவருக்கு சொந்தமான விடுவிக்கப்பட்ட அடிமைகள்

அவ்வாறு ஆண்கள் யாரும் மரபரிமையாளர்களாக அமையாதவிடத்து மட்டுமே பெண்கள் வாரிசுகளாகக் கணிக்கப்படுவர். அவர்கள்

- (i) மகள்
- (ii) மகளின் மகள்
- (iii) தாய்
- (iv) தாயின் தாய்
- (v) சகோதரி (Sister, Half Sister, Step Sister)
- (vi) மனைவி

(vii) இறந்தவருக்கு சொந்தமான விடுவிக்கப்பட்ட அடிமைகள் என்போராவர்.

மேற்கூறியவர்கள் எவரும் இறந்தவருக்கு இல்லையெனில் வழியரிமையானது மரபரிமையாளராக அமையாத சொந்தக்காரர்களை - non inheriting relations of the deceased (Arham) சென்றடையும். இவ் வழியரிமை மரபரிமையாளர்களாக அமையாத சொந்தக்காரர்களாக பின்வருவோர் அமைவர்.

(i) பெண் பிள்ளைகளின் பிள்ளைகள் (children of the daughters)

- (ii) சகோதரிகளின் பிள்ளைகள்
- (iii) ஆண் சகோதரர்களின் பெண் பிள்ளைகள்
- (iv) தந்தையின் ஆண் சகோதரர்களின் பெண் பிள்ளைகள்

(v) தாயின் ஆண் சகோதரர்கள்

(vi) தாயின் பெண் சகோதரிகள்

(vii) தந்தையின் பெண் சகோதரிகள்

(viii) தாயின் தந்தை

(ix) தாயின் தந்தையின் தந்தை

(x) தாயின் பெண் சகோதரிகளின் பிள்ளைகள்

'ஷர் ஆ' சட்டத்தின் படி கணவன் இறுதிவிருப்பாவணம் இன்றி இறந்தால் பிள்ளைகள் இல்லாதவிடத்து உயிருடன் இருக்கும் மனைவி சொத்தின் 1/4 பங்குக்கு உரித்துடையவராவார்.

ஆயின் பிள்ளைகள் இருப்பின் மனைவி 1/8 பங்கு உரித்துடையவராவார்.

இங்கு எத்தனை மனைவியர் இருக்கின்றார்கள் என்பது கவனிக்கப்படாது. எனவே ஒன்றுக்கு மேற்பட்ட மனைவியர் இருப்பினும் அவர்கள் 1/8 பங்குக்கே உரித்துடையவராகின்றனர்.

எனவே ஒன்றுக்கு மேற்பட்ட மனைவியர் இருந்து, ஆணாக ஒரே ஒரு பிள்ளை மட்டுமே அவருக்கு இருப்பினும் அம் மனைவியர் முழு சொத்தின் 1/8 பங்கை மட்டுமே உரிமை கோர முடியும் என்பது நியாய பூர்வமற்றதாகும்.

அவ்வாறே ஒரே ஒரு மகன் இருக்கின்ற சந்தர்ப்பத்தில் அம் மகன் முழு சொத்தின் 7/8 பங்கை உரிமைபெற; மனைவியர் 1/8 பங்கை மட்டுமே உரிமை கோர முடிகிறது என்பது கவனத்தில் கொள்ளப்பட வேண்டும்.

மேலும் பிள்ளைகள், பேரபிள்ளைகள் இல்லாதிருப்பினும் மனைவி முழு சொத்தின் 1/4 பங்கை மட்டும் பெற முடிவதுடன்; மிகுதி 3/4 பங்கு சொத்தும் அல் குர் ஆனில் விதிக்கப்பட்டவாறு துரத்து உறவினர்களையே சென்றடைகிறது. இது ஒரு பெண்ணுக்கு, விதவை மனைவிக்கு பாரிய அநீதியை விளைவிப்பதாகவே கருத வேண்டியுள்ளது.

இறுதி விருப்பாதனம் முழுவதும் திருமணம் நிலைத்திருக்கும் காலப்பகுதியில் சேர்க்கப்பட்டதாய் இருந்தாலும் கூட அச்சொத்தில் சிறிய பாகத்தையே மனைவி உரிமை கொள்ள முடிகின்றது என்பது திருமணத்தின் பரஸ்பர ஆதாரம் வழங்கும் கூடப்பாட்டையும் கணவன்-மனைவி ஆகிய இருவரும் ஒன்றுசேர்ந்து உழைப்பதன் பொருளாதார விளைவு என்ற அடிப்படையிலும் தாற்பரியத்தையும் உணரத் தவறிவிட்டனர் என்பதையே சுட்டிக் காட்டுகின்றது.

இது தொடர்பாக தேசவழமைச் சட்டமோ அல்லது பொதுச் சட்டமான உறோமன் டச்சர் சட்டமோ முன்மாதிரியாக விளங்குகின்றன எனலாம். அவை பால் வேறுபாடு காட்டாமல் அரை (1/2) பங்கினையே உரிமையளித்திருக்கின்றன.

ஆயின் முஸ்லிம் சட்டத்தின் பிரகாரம் ஒரு மனைவி இறக்கின்றவிடத்து பிள்ளைகள் இல்லாதிருப்பின் கணவன் சொத்தின் 1/2 பங்கையும்; பிள்ளைகள் இருப்பின் கணவன் சொத்தின் 1/4 பங்கையும் அடுத்துறுகின்றான். இது

வெளிப்படையாகவே ஆதன வழியுரிமை தொடர்பில் பாலியல் சமத்துவமின்மையை வெளிக்காட்டுகின்றது.

ஒரு நாட்டின் தேசிய எல்லைக்குள் வாழும் மக்கள் வழக்காறுகளின் காரணத்தால் மாறுபட்ட அளவில் உரிமைகளை அனுபவிக்கின்றனர் என்பதற்கு இதைவிட வேறு சிறந்த உதாரணம் தேவையில்லை.

எனவே இன்றைய நவீன சிந்தனைகளுக்கும் சமூக கட்டமைப்பு மாற்றங்களுக்கு ஏற்பவும் பெண்களது உரிமைகளைத் திட்டப்படுத்தும் முகமாக; முஸ்லிம்களின் ஆதன வழியுரிமை தொடர்பான சட்டமும் மாற்றம் காண வேண்டிய தேவை எழுந்துள்ளது.

இதன் போக்கில் ஏனைய விடயங்களில் பொதுச்சட்ட வரம்புக்குள் முஸ்லிம்கள் உள்வாங்கப்பட்டது போல் ஆதன வழியுரிமை தொடர்பிலும் முஸ்லிம்களுக்குப் பொதுச் சட்டம் ஏற்படுத்தப்பட வேண்டியது அவசியமாகியுள்ளது.

இது முஸ்லிம் சமூக ஆர்வலர்கள் சிவரால் ஏற்றுக்கொள்ளப்பட முடியாததாக இருக்கலாம். ஆயின் கால் மாற்றத்தினூடு முஸ்லிம் தனியார் சட்டத்தை இசைவாக்கிக் கொள்ளவேண்டும் என்பதுடன்; அவ்வாறு பல விடயங்களில் “ஷரீ ஆ” சட்டத்துக்கு முரணான அல்லது மாறுபட்டான ஏற்பாடுகள் இன்று முஸ்லிம்களால் அங்கீகரிக்கப்பட்டுள்ளது என்பதும் கவனத்திற் கொள்ளவேண்டும்.

அதாவது அமுலிலிருக்கும் முஸ்லிம் தனியார் சட்டம் “ஷரீ ஆ” சட்டத்துக்கு முரணாக அமைந்துள்ளதை அவதானிக்கலாம். உதாரணமாக, “ஷரீ ஆ” சட்டப்படி, முஸ்லிம் ஒருவர் இறுதிவிரும்பாவணம் எழுதும் போது; தனது சொத்தில் 1/3 பங்கை மட்டும் தான் தனது பிள்ளைகளையும், மனைவியையும் தவிர்த்து வேறு யார் பெயரிலாவது எழுதி வைக்கலாம்.

தனது சொத்தில் பங்கில்லாமல் தன் மனைவியையும், பிள்ளைகளையும் தவிக்க விடக்கூடாது என்ற உன்னத நோக்குடனேயே இவ் ஏற்பாடு “ஷரீ ஆ” சட்டத்தில் உள்வாங்கப்பட்டுள்ளது.

ஆயின் பொதுச்சட்டத்தில் இம் மட்டுப்பாடு புகுத்தப்படவில்லை. எனவே ஒருவர்; தனது சுயவிரும்பின் பேரில் தான் விரும்பிய எந்நபருக்கும் தனது முழுச் சொத்தையும் எழுதி வைக்கலாம். ஆகவே பொதுச் சட்டப்படி

ஒருவர் அவரது மனைவி, பிள்ளைகள் இருக்கக்கூடியவாறு அவர்களைத் தவிர்த்து தனது சொத்தை வேறு நபர்களுக்கு எழுதி வைக்கலாம்.

எனவே “ஷரீ ஆ” சட்டத்தில் உள்வாங்கப்பட்டுள்ள ஏற்பாடு நியாயமானதாக இருப்பினும், அது இலங்கை முஸ்லிம் தனியார் சட்டத்தில் உள்வாங்கப்படவில்லை என்பதை அவதானிக்கலாம்.

ஆதலால் இலங்கையில் வாழுகின்ற முஸ்லிம் ஒருவர், தாம் விருடியபடி “ஷரீ ஆ” சட்டத்தில் கூறப்பட்டுள்ள இறுதிவிரும்பாவணம் பற்றிய வரையறைகளைக் கவனிக்காது; பொதுச் சட்டத்திற்கைய தமது முழுச் சொத்தையும் எவருக்கு வேண்டுமானாலும் எழுதி வைக்கலாம்.

எனவே “ஷரீ ஆ” சட்டம் அனுமதிக்காத ஒன்று முஸ்லிம்களின் பழக்க வழக்கங்களால் உறுதியாகி, சட்டமாக விளங்குகின்றது. இது *Sariba Umma v. Ahmad*¹ வழக்கில் ஏற்றுக்கொள்ளப்பட்டது.

இவ்வாறே பிள்ளைகள் தத்தெடுத்தலை “ஷரீ ஆ” சட்டம் ஒருபோதும் அனுமதிக்கவில்லை. ஆயின் பொது சட்டப்பிரகாரம் பிள்ளைகளைத் தத்தெடுக்க முஸ்லிம் ஒருவர் வாய்ப்பளிக்கப்பட்டுள்ளார். இது *Gouse v. Gouse*² வழக்கில் ஆராயப்பட்டது.

இவற்றிலிருந்து முஸ்லிம்களின் நலன் கருதி “ஷரீ ஆ” சட்டத்தின் வரையறைகள் தளர்த்தப்பட்டுள்ளமையை அவதானிக்க முடிகிறது. அதாவது சட்டம் என்பது சமூகத்தின் அபிவிருத்திக்குப் பிரதிபலிக்க வேண்டும் என்ற யதார்த்தம் புலனாகிறது. இதன் போக்கிலேயே முஸ்லிம்களைப் பொறுத்தவரையில் மரணசாதனமற்ற சொத்து விடயங்களுக்கும் பொதுச்சட்டத்தைப் பின்பற்ற வாய்ப்பளிக்க வேண்டும் என்பது தெளிவாகிறது.

கண்டியச் சட்டம் (Kandyan Law)

1952ம் ஆண்டு 14ம் இலக்க கண்டிய திருமண விவாகரத்து சட்டத்தின்படி கண்டியரிடையே நடைபெறும் திருமணம் 2 வகைப்படும்.

1. Diga
2. Binna

Diga திருமண முறைப்படி மனைவி தனது வீட்டை விட்டுச் சென்று கணவனின் வீட்டில் வசிப்பாள். எனவே திருமணம் நிலைக்கும் வரை கணவனே மனைவியைப் பாதுகாத்துப் பராமரிக்க வேண்டும். மேலும் மனைவி

¹33 NLR 8

²1988 SLR Part 1

கணவனின் வீட்டில் ஓர் உறுப்பினராவதால் அவனது ஆதனங்களுக்குச் மரபரிமையாளராகிறான்.

ஆனால் Binna முறை திருமணத்தின் போது; கணவன் தனது வீட்டை விட்டு வந்து மனைவியின் வீட்டில் வாழ்வான். மேலும் கண்டியச் சட்டத்தின் கீழ் ஆதனம் ஆனது பரவணி ஆதனம் (Paraveni Property) கைக்கொண்ட/கொள் எடப்பட்ட ஆதனம் (Acquired Property) என்று 2 வகைப்படும்.

இன்றைய கண்டியச் சட்டத்தில் பரவணி உடமைகள் எவை? கைக்கொண்ட உடமைகள் எவை? என்பது 1938ம் ஆண்டின் 39ம் இலக்க கட்டளைச் சட்டமான சட்ட விளம்பரமும், திருத்தமும் (Kandyan Law Declaration & Amendment Ordinance) இல் விபரிக்கப்பட்டுள்ளது.

அதன் பிரிவு 10 இற்கமைய பரவணி சொத்து என அழைக்கப்படுவது மரணமானவர் பின்வரும் முறைகளுள் ஒன்றினால் உரித்துப் பெற்ற அசையாச் சொத்தாகும்.

(அ) விருப்பாவணம் இன்றி இறந்தவர் ஒருவரிடமிருந்து அடுத்தமைவு மூலம் பெற்ற சொத்து,

(ஆ) கொடை கொடுப்பவர் கொடை உறுதியை ஆக்கும் முன் இறுதி விருப்பாவணம் இன்றி இறப்பாராயின், அவருடைய சொத்துக்கு மரணமானவர் வழியரிமையாளராக வரக் கூடியவராக இருந்திருப்பின், அக் கொடை கொடுப்பவரால் மரணமானவருக்கு உறுதி மூலம் அளிக்கப்பட்ட கொடை,

(இ) இறுதி விருப்பாவணம் எழுதுபவர் மரண சாதனமின்றி இறந்திருப்பின் மரணமானவர் அவருடைய சொத்துக்கு உரிமை பெற்றவராக இருந்திருப்பின்; இருதிவிருப்பாவணம் எழுதுபவரால் அவ்விருப்பாவணத்தின் மூலம் மரணமானவருக்கு கொடுக்கப்பட்ட சொத்து.

எனவே திருமண முறைக்கமையவும் ஆதனத்தின் வகைக்கேற்பவும் கண்டியச் சட்டத்தின் கீழ் ஆதன வழியரிமை மாறுபடும்.

1938ம் ஆண்டின் 39ம் இலக்க கட்டளைச் சட்டமான சட்ட விளம்பரமும், திருத்தமும் கட்டளைச் சட்டத்தின் (Kandyan Law Declaration & Amendment Ordinance) பிரிவு 11 இற்கமைய இறுதிவிருப்பாவணம் இன்றி கணவன் இறந்திருப்பின்; கணவனை இறந்த Diga முறைப்படி விவாகம் செய்த விதவை மனைவி,

a) Acquired Property இல் ஆயுட்கால நலவுரித்தினைப் (Life Interest) பெறலாம்.

அத்துடன் Acquired Property இல்லாதவிடத்து அல்லது அவை அவளது பராமரிப்புக்குப் போதவில்லை எனில் கணவனின் Paraveni Property இலிருந்து பராமரிப்புப் பெறலாம்.

Unguhamy v. Kittiya Unnanse வழக்கில் இது ஏற்றுக்கொள்ளப்பட்டது. பரவணி ஆதனத்தில் பராமரிப்பு கோரும் போது அவ் ஆதனத்தின் உறுதியின் பலன்களை தற்காலிக உடமையுடன் பயனல உரித்தையும் கொடுக்கலாம் என தீர்மானித்தது.

எனினும் கணவனுக்கு முன்னைய திருமணம் மூலம் பிள்ளைகள் அல்லது சந்ததி இருப்பின் Acquired Property இல் மனைவி 1/2 பங்கை மட்டுமே சீவிய உரித்து கோரலாம்.

மேலும் பின்வரும் சந்தர்ப்பங்களில் விதவை மனைவி Acquired Property இன் சீவிய நலவுரித்து மூலம் தனது கணவனின் legitimate பிள்ளைகளைப் பராமரிக்கக் கூடும்பட்டுள்ளாள்.

(i) பராயமடையாதவர் களாகவும், பராமரிப்பு அவசியமானவர்களாகவும்

(ii) இறந்தவர் பரவணி சொத்துக்களை விட்டு செல்லாதவராக / பரவணி ஆதனமானது பிள்ளைகளைப் பராமரிக்க போதாதவராக இருப்பின்

(b) Diga முறையில் திருமணம் செய்த மனைவி மீண்டும் Diga முறைப்படி மறுமணம் செய்து கொள்வாளாயின்; அவள் கணவனின் Paraveni Property இலிருந்து பெற்ற சீவிய நலவுரித்து முடிவுக்கு வரும் ஆயின் Acquired Property இலிருந்து தொடர்ந்தும் சீவிய நலவுரித்தினை உடையவராவர்.

Menika v. Heratate வழக்கில் மறுதிருமணம் செய்தாலும் கூட, முதல் திருமணத்தின் கொள்ளப்பட்ட ஆதனத்தில் அவள் கொண்டுள்ள ஆயுள் நலவுரித்து நீக்கப்படாது என தீர்மானிக்கப்பட்டது.

மேலும் பிரிவு 11(d)இன் பிரகாரம்; இறந்த கணவனுக்கு வழியரிமையாளர்கள் (heir) எவரும் இல்லாவிடின்; அவரது பரவணி, கொள்ளப்பட்ட ஆதனம் அனைத்தும் விதவை மனைவியைச் சேர்ந்தடையும்.

மேலதிகமாக பிரிவு 16 ஆனது; diga அல்லது binna முறையில் திருமணம் செய்த ஒருவர் மனைவியோ, பிள்ளைகளோ இல்லாது இறப்பின்; அவருக்குரியதான Acquired Property அவரது சகோதரர்கள்; பெற்றோர் போன்ற வழியினையாளர்களைச் சென்றடைவது பற்றி ஏற்பாடு செய்கிறது.

இதனை பிரிவு 11 (d) உடன் இணைத்து நோக்குவோமேயானால்; இறந்த கணவனின் Acquired Property ஐ பொறுத்தவரையில் பிள்ளைகள் அல்லது பேரப்பிள்ளைகள் (பின்னுகையாளர்கள்) இல்லாதவிடத்து Acquired Property அனைத்துக்கும் விதவை மனைவியே உரித்துடையவராவார். (as remote heir)

அவ்வாறே பிரிவு 11 (d) இன் பிரகாரம் கணவனுக்கு வழியினையாளர்கள் (heir) எவரும் இல்லாவிடின் அவரது பரவணி ஆதனம் அனைத்தும் விதவை மனைவியையே சாரும். அதாவது பிரிவு 16 (6)க்கமைய தகப்பன்வழி, பரவணி ஆதனமானது பிள்ளைகள் அல்லது பேரப்பிள்ளைகள் போன்ற பின்னூற்றோர் இல்லாதவிடத்து தந்தைக்கும்; அவர் உயிருடன் இல்லாத சந்தர்ப்பத்தில் அவரது வழியினையாளர்களையும் சென்றடையும். தந்தை வழியில் உரிமை கோர மரபினையாளர்கள் எவரும் இல்லையேல் அது தாய்க்கும் தாய் வழி மரபினையாளர்களுக்கும் செல்லும்.

இவ்வாறே தாய்வழி பரவணி ஆதனமும் அடுத்தறும்.

ஆனால் இவ்வாறு தந்தை வழி, தாய் வழி பரவணி ஆதனங்களை அடுத்தற எவரும் இல்லையேல்; பிரிவு 11 (d) இன் பிரகாரம் பரவணி ஆதனம் முழுவதையும் விதவை மனைவியே அடுத்துறவார்.

மேலதிகமாக இறந்தவருக்கு பின்னூறுவோர் இல்லையெனில் இறந்தவரின் பரவணி ஆதனத்தில் (Paraveni property of the deceased). பெற்றோரின் Acquired property மூலமாக கிடைத்த Paraveni ஆதனம்; இறந்தவரின் Acquired property போன்று கருதப்பட்டு அடுத்தறும். எனவே இறந்தவரின் Paraveni ஆதனத்தில், இறந்தவரின் பெற்றோரின் Acquired property இனை நேரடியாக பிரிவு 11(d) க்கமைய விதவை மனைவி அடுத்துறக் கூடியதாக உள்ளது.

எனவே பொதுவாக நோக்குமிடத்து, ஏனைய சட்ட முறைமைகளில் விதவை மனைவிக்கு ஆதன வழியினமைகளில் வழங்கப்பட்டதான உரிமைகளிலும் பார்க்க

கண்டியச் சட்டத்தில் கூடுதலான உரிமைகள், பாதுகாப்பு வழங்கப்பட்டுள்ளது என்பதை அவதானிக்க முடிகிறது.

பொதுச் சட்டத்தில் அல்லது தேசவழமைச் சட்டத்தில் இறந்த கணவனது சொத்தில் மனைவி நேரடியாக உரிமை கோருகின்றதான 1/2 பகுதியை விட மிகுதி 1/2 பகுதியானது, குறைந்தது 10 தலைமுறை வழியினமைகளை தொடர்ந்து யாரும் உரிமை கோர இல்லாதவிடத்து மட்டுமே, விதவை மனைவி அதனை remote heir ஆக உரிமை பெறுகிறார். ஆனால் கண்டியச் சட்டத்தில் இல் Acquired Property இனை பொறுத்தவரையில் பிள்ளைகள் அல்லது பின்னூறுவோர் (descendants) இல்லாதவிடத்து; விதவை மனைவி அவ் ஆதனத்தை அடுத்துற முடிகிறது. அதாவது Ascendants அல்லது Colateral இனைக் காட்டிலும் விதவை மனைவி முன்னுரிமை பெறக்கூடியதாக உள்ளது இது முக்கியமான அம்சமாகும்.

அதே போன்று தேசவழமைச் சட்டத்துடன் எடுத்து நோக்குவோமேயானால்; கணவனது முதுச அல்லது உரிமை ஆதனத்தில் மனைவிக்கு எவ்வித உரிமையும் கிடையாது. ஆயின் கண்டியச் சட்டத்தில் தன்னை பராமரிக்கப் போதிய Acquired Property ஆதனம் இல்லாதவிடத்து, கணவனின் முதுச அல்லது உரிமை ஆதனமான பரவணி ஆதனங்களில் சீவிய நலவழித்து பெற முடிகிறது.

மேற்கூறியவற்றிலிருந்து பல சமூகங்களிலும் ஆதன வழியினமை தொடர்பில் பெண்களுக்கெதிராக தெளிவான பாரபட்சம் காணப்படுவதை அவதானிக்கலாம்.

இவற்றில் மாற்றங்களை கொண்டுவருவதன் மூலம் பெண்களுக்கு நிரந்தர பாதுகாப்பை ஏற்படுத்த வேண்டியதன் அவசியம் உணரப்பட வேண்டும்.

ஐக்கிய நாடுகள் சபையானது சர்வதேசத்தினால் ஏற்றுக்கொள்ளப்பட்ட மனித உரிமைகளை உரிமை ஒப்பந்தங்களாக செயற்படுத்துகின்றது. பெண்களினதும் ஆண்களினதும் கௌரவம் மற்றும் சமத்துவம் பற்றிய சர்வதேச பிரகடனங்கள் பல இருந்த போதிலும் பெண்களுக்கெதிரான பாரபட்சங்கள் தொடர்ந்த வண்ணம் இருந்தன. இதனால் பெண்களுக்கு எதிராக செயற்படுகின்ற எல்லா வகையான பாரபட்சங்களையும் அகற்றுதல் பற்றிய சமவாயம் (CEDAW) 1981 இல் அங்கீகரிக்கப்பட்டது. இதில் இலங்கை அரசும் திறந்தவராகி உள்ளமை முக்கிய அம்சமாகும்.

ஒரு அரசு உரிமை உடன்படிக்கைக்கு சம்மதிக்குமிடத்து; அதனைப் பாதுகாக்கவும், மதிப்பளிப்பதற்கும், நிறைவேற்றுவதற்கும் கூடமைப்பட்டுள்ளது. இந்த நோக்கில் பெண்களுக்கெதிரான பாரபட்சங்களை அகற்றுதல் முகமாக உசிதமான எல்லா வழிகளிலும் தாமதமின்றியும் பாகுபாட்டுச் சட்டங்களை நீக்கவும், தமது தேசிய சட்டவாக்கங்களில் சமத்துவம் செயற்படுவதை உறுதிப்படுத்தவும் அரசு கூடமைப்பட்டுள்ளது எனலாம்.

அத்துடன் சமூகத்தில் அனைத்துப் பெண்களும் தமது உரிமைகள் பற்றி விழிப்புணர்வுடனான முன்மாதிரியாக செயற்பட்டு தமது உரிமைகளை வென்றெடுக்க முயல வேண்டும்.

மேலும் பெண்ணிய உரிமை என்பதற்கு தெளிவான வரையறை கொடுத்து சமுதாயத்தை கேலிக்குள்ளாக்கக்

கூடிய அதி முற்போக்கான சிந்தனைகளைத் தவிர்ந்து; வளங்களை அனுபவிப்பதில் தீர்மானம் எடுப்பதில் பெண்களின் பங்கை கட்டுப்படுத்துகின்ற, பலகீனமான பால் என்ற போர்வையில் பெண்களின் உரிமைகள் மீறப்படுகின்ற போது அல்லது மனிதாபிமானமற்ற அல்லது இரக்கமற்ற நடத்துகைக்கு உள்ளாக்கப்படுகின்ற நிலைமையை மாற்றுவதில் முன்னின்று உழைக்க வேண்டும் என்பதுடன், கட்டுக்கோப்பான பாரம்பரியம் மிக்க சமுதாயம் ஒன்றை நிலைபெற செய்வதில் பங்களிப்பு செய்வவராக வேண்டும்.

இத்தகைய தெளிவானதும் நியாயமானதுமான கோரிக்கைகளின் போராட்டமாக பெண்ணிலை வாதம் மாற்றம் காணுமாயின்; விரைவிலேயே பாகுபாடற்ற சமுதாயம் ஒன்றை உருவாக்கிக் கொள்ள முடியும்.

அமைச்சரவை நியமனங்களில் பின்பற்றப்பட வேண்டிய ஜனநாயக விழுமியங்கள்

S.M.N.S.A. Marsoom
Final Year
Sri Lanka Law College

இலங்கை ஜனநாயக சோசலிசக் குடியரசின் 1978ம் ஆண்டில் அறிமுகப்படுத்தப்பட்ட அரசியல் யாப்பில் அத்தியாயம் VIII நிறைவேற்றத்துறையின் பிரதான அம்சமான அமைச்சரவை அல்லது மந்திரிமர்சனைப் பற்றிய உறுப்புரைகளை விளக்குகின்றது.

இலங்கை அரசியலமைப்பில் காணப்படுகின்ற குறைபாடுகளும் சமகால வினைத் திறனற்ற அமைச்சர்களை உருவாக்குவதற்கான பிரதான காரணிகள் முதன்மையானதாகும். எமது அரசியலமைப்பில் காணப்படுகின்ற நிறைவேற்று அதிகாரம் கொண்ட ஜனாதிபதிமுறைமை வலுப்படுத்துகின்ற விதத்தில் அல்லது சர்வாதிகார நோக்கிலான வழிமுறைக்கு இட்டுச் செல்கின்றன என்பது ஒரு பரிந்துரைக் குற்றச்சாட்டாகும்.

வலுவேறாக்கக் கோட்பாட்டின் விளைவாக நிறைவேற்றத்துறை விளங்கினாலும் நிறைவேற்றத்துறை சட்டவாக்கத்துறைக்கும் நீதித்துறைக்கும் பொறுப்புக்கூற கடமைப்பட்டிருக்கிறது. அரசியல் யாப்பில் பல் உறுப்புரைகள் இதுசார்பான விடயங்களை உள்ளடக்கி இருந்தாலும் முக்கியமான ஜனநாயக மரபு ஒன்றை பின்பற்றத் தவறியமையால் இந்த உறுப்புரைகள் வெறும் வசனங்களாக வழிசமைக் காதவையாக தோற்றமளிக்கின்றன.

உதாரணமாக அரசியல் யாப்பின் உறுப்புரைகள் 42 உம் 43 உம் முறையே ஜனாதிபதியும் அமைச்சரவை உறுப்பினர்களும் பாராளுமன்றத்திற்கு பொறுப்புக்கூறவும் வகை சொல்லவும் கடமைப்பட்டிருக்கிறார்கள் என்று கூறுகின்றன. ஆனால் அமைச்சரவை உறுப்பினர்களின்

நியமனங்கள் தொடர்பில் பாராளுமன்றத்திற்கு எவ்வகையிலான தொடர்பு அல்லது அதிகாரம் வழங்கப்பட்டுள்ளன என்பது பற்றிய தெளிவு எமது அரசியலமைப்பில் குறிப்பிடப்படவில்லை. உறுப்புரை 43 (3) இன்படி ஜனாதிபதி அவரது சொந்த கருத்தின்படி பாராளுமன்றத்தில் பெரும்பான்மையினரின் நம்பிக்கையை வென்றவர் யார் என்று கருதுகிறாரோ அவரை பிரதமராக நியமிக்கலாம் என்று கூறுகிறது. (Who in his opinion is most likely to command.....) என்று குறிப்பிடப்படுகின்ற வார்த்தைகளை ஒரு விதத்தில் தெளிவற்ற வசனப்பிரயோகம் என்றோ ஜனாதிபதியின் கட்டுப்பாட்டினை தன்வசம் வைத்திருக்க வேண்டும் என்பதற்காக உருவாக்கப்பட்ட சர்வாதிகாரத் தோரணையிலமைந்த வாசகங்கள் என்றோ வாதிடலாம். ஏனெனில் இலங்கையின் கடந்தகால மற்றும் நிகழ்கால அரசியல் வரலாறுகள் ஜனாதிபதியின் பூரண கட்டுப்பாட்டுக்குள் அமைச்சரவையை வைத்திருக்கவே அரசியல் தலைமைகள் வழிகோலிவந்துள்ளன என்பதை பறைசாற்றுகின்றன. அவ்வாறு பிரதமரையும் அமைச்சரவை அங்கத்தவர்களையும் தன்னகத்தே கொண்டுவருவதற்கான சிறந்த உதாரணங்களாக முன்னாள் ஜனாதிபதி பிரேமதாஸ அன்றைய ஜக்கிய தேசியக்கட்சிக்குள்ளேயே பெரும் ஆதரவை பெற்றிராத ஒருவரை பிரதமராக நியமித்தார். அவரை பாராளுமன்றத்தின் பெரும்பான்மையினரின் நம்பிக்கையை வென்றவர் என்று எவ்வாறு கருத முடியும்? அதே போன்றுதான் முன்னாள் ஜனாதிபதி ஜே. ஆர். ஜயவர்த்தன அவரது ஆட்சிக்காலத்திலும் அமைச்சரவை அவரது பூரண கட்டுப்பாட்டிலேயே இருந்தது.

எல்லாவற்றிற்கும் மேலாக மிக அண்மைக்காலத்தில் இவங்கை வரலாற்றில் ஒரு பெரும் திருப்புமுனையாக அமைந்த ஜனாதிபதியும் பிரதமரும் இருவேறு அரசியல் கட்சியிலமைந்த ஒரு அரசாங்கம் முன்னாள் ஜனாதிபதி சந்திரிக்கா பண்டாரநாயக்க மற்றும் முன்னாள் பிரதமர் ரணில் விக்கிரமசிங்க ஆகியோரின் தலைமைகளில் உருவாக்கப்பட்டது. அனைத்து ஜனநாயக சக்திகளாலும் அரசியல் ஆய்வாளர்களாலும் மிகவும் விமர்சிக்கப்பட்ட அப்போதைய ஜனாதிபதியின் பாராளுமன்ற கலைப்பு ஜனநாயகத்தின் அடித்தளத்தினையே ஆட்டி வைத்தது.

இத்தகைய குளறுபடிகளுக்கெல்லாம் பிரதான காரணம் முறையான ஜனநாயக மரபுகள் பிரதமர் மற்றும் அமைச்சரவை நியமனங்களின் போது பின்பற்றப்படாமையே ஆகும்.

உறுப்புரை 44(1) (b) இன்படி ஜனாதிபதி காலத்திற்கேற்ப பிரதமரின் ஆலோசனை தேவைப்படும் பட்சத்தில் அத்தகைய ஆலோசனைகளுக்கேற்ப தீர்மானிக்கப்பட்ட அமைச்சுப் பொறுப்புகளை பாராளுமன்ற அங்கத்தவர்களிலிருந்து தேர்ந்தெடுத்து நியமனம் செய்கிறார். அதேவேளை உறுப்புரை 4(a) இன்படி மக்களுடைய இறைமையில் சட்டவாக்க அதிகாரம் மக்களால் தெரிவு செய்யப்பட்ட பிரதிநிதிகள் கொண்ட பாராளுமன்றத்தாலும் மக்கள் தீர்ப்பு மூலம் நேரடியாகவே மக்களாலும் அனுபவிக்கப்பட வேண்டும். இவ்விரண்டு உறுப்புரைகளையும் இணைத்துப் பார்க்கும் போது அமைச்சரவை பாராளுமன்றத்தினால் அங்கீகரிக்கப்பட்ட அரசாங்கத்தின் பிரதிநிதிகள் என்றே ஜனநாயக ரீதியில் எமது அரசியலமைப்பின் படியும் வரைவிலக்கணப்படுத்த வேண்டும். ஆனால் துரதிஷ்டவசமாக எமது அரசியலமைப்பிலே அல்லது இதர சட்டங்களிலே பாராளுமன்றம் அமைச்சரவை உறுப்பினர்களை அங்கீகரிப்பதற்கான ஏற்பாடுகள் தெளிவாக இல்லை. உறுப்புரை 4(b) இன்படி நிறைவேற்று அதிகாரம் எனும் மக்களின் இறைமை மக்களால் தெரிவு செய்யப்பட்ட ஜனாதிபதியால் செயற்படுத்தப்படுவதால் அமைச்சரவையும் நிறைவேற்றுத்துறையில் அடங்குகிறார்கள் என்கின்ற வாதமும் முக்கியத்துவம் பெற முடியாது. ஏனெனில் அமைச்சரவையை மக்கள் நேரடியாகத் தேர்தல்

ஒன்றின் மூலம் தேர்வு செய்வதில்லை. எனவே மக்களுடைய இறைமையின் பிரதான அதிகாரமான சட்டவாக்க அதிகாரத்தினை செயற்படுத்துகின்ற பாராளுமன்றத்தினுடாக அமைச்சரவை நியமனங்களுக்கான அங்கீகாரம் பெறப்பட்டு ஈற்றில் ஜனாதிபதி நியமனம் செய்கின்ற ஒரு முறை கொண்டுவரப்பட வேண்டும். அதாவது;

1. ஜனாதிபதி அமைச்சுப் பொறுப்பொன்றிற்கு அல்லது பொறுப்புக்களுக்கு பாராளுமன்ற உறுப்பினர் ஒருவருடைய பெயரை பிரேரித்தல்.

2. பாராளுமன்ற வாக்கெடுப்பிற்கு அது விடப்பட்டு எளிய பெரும்பான்மை மூலமாக சிபாரிசு அல்லது பாராளுமன்ற அங்கீகாரம் பெறப்படல்.

3. பாராளுமன்ற அங்கீகாரத்தினைப் பெற்று அதற்கிணங்க ஜனாதிபதி குறித்த பாராளுமன்ற உறுப்பினரை அமைச்சுப் பொறுப்பிற்கு அல்லது பொறுப்புக்களுக்கு நியமித்தல்.

இத்தகைய நடைமுறை ஒன்றே அமைச்சரவை நியமனங்களில் முறையான ஜனநாயகப்போக்கினை உத்தரவாதப்படுத்தும். நிறைவேற்று அதிகாரம் கொண்ட ஜனாதிபதி முறைக்கு மேன்மேலும் உறுதி சேர்க்க முனைகின்ற விதத்தில் கருத்துக்கள் தொனிக்கின்ற உறுப்புரைகள் அரசியலமைப்புச் சட்டத்தின் ஆய்வுகள் மூலம் மறுசீரமைக்கப்பட வேண்டிய ஒரு காலத்தறுவாயில் எமது தேசம் இருக்கிறது. பாராளுமன்றத்தின் அதிகாரங்களை முக்கியத்துவம் வாய்ந்ததாக வெறும் வார்த்தைகளால் நிச்சயப்படுத்துவது போல் எமது அரசியலமைப்பின் உறுப்புரைகள் விளங்கிய போதிலும் அமைச்சரவை நியமனம், பிரதமர் நியமனம் போன்ற நடைமுறை பொறிமுறையில் பாராளுமன்றத்தின் அதிகாரங்களை மட்டுப்படுத்தும் வகையிலேயே வாசகங்களைக் கொண்டிருக்கின்றது. இது ஒரு சர்வாதிகாரப் போக்கினை ஜனநாயகப் போர்வைக்குள் புதைக்கின்ற ஒரு செயன்முறை எனலாம்.

மேலும் துறைசார் விற்பனர்களை உள் வாங்குகின்ற நடைமுறை அமைச்சரவை நியமனங்களில் அறிமுகப்படுத்தப்பட வேண்டும். அமைச்சு அலுவலகங்களின் மற்றும் அரசாங்கத் திணைக்களங்களின் வினைத்திறனை அதிகரிக்க இது

அவசியமாகின்றது. யதார்த்தமாக தலையாய அமைச்சர்களான நிதி, நீதி, சுகாதார, பாதுகாப்பு, மற்றும் விவசாய, உள்ளூராட்சி போன்ற சிவில் நிர்வாகக் கட்டமைப்பில் அதிகம் தாக்கம் செலுத்துகின்ற துறைகளில் தொழில்சார் தகைமைகள் அல்லது அனுபவங்கள் கொண்ட பாராளுமன்ற உறுப்பினர்களுக்கு முக்கியத்துவம் வழங்கும் முறையை பாராளுமன்றம் உருவாக்குதல் வேண்டும். இது நடைமுறையில் எமது நாட்டுக்கு முற்றாகப் பொருந்தாவிடினும் (Shadow Cabinet) நிழல் அமைச்சரவை போன்ற சில முறைகளாவது அறிமுகப்படுத்தப்பட வேண்டும். இதில் எதிர்க்கட்சி உறுப்பினர்களது சேவையும் அனுபவமும் பயன்படுத்தப்பட முடியும். இதன்மூலம் பாராளுமன்ற உறுப்பினர்களின் ஒட்டுமொத்த அனுபவங்களும் ஆளுமைகளும் பொதுமக்களின் இறைமைக்கு கௌரவம் வழங்கும் வண்ணம் செயற்படுவதற்கான வாய்ப்புக்கள் ஏற்படும்.

பிரதியமைச்சர் பதவிகள் நடைமுறை சௌகரியத்தினைக் கருத்திற் கொண்டு ஜனாதிபதியால் நேரடியாக நியமிக்கப்படுவது சற்று ஏற்றுக்கொள்ளப்படக் கூடியதாக இருந்தாலும் பாராளுமன்ற அதிகாரத்தினை வென்ற அமைச்சரவையின் சிபாரிசின் பேரில் ஜனாதிபதி நியமிப்பது அதிகாரப் பகிர்வின் ஜனநாயக மரபுகளையும் கருத்திற் கொண்டதாக அமையும்.

முன்னர் பரிந்துரைக்கப்பட்ட அமைச்சரவை நியமனம் நடைமுறையில் இருக்குமானால் அது பல்வேறு பிரச்சினைகளுக்குத் தீர்வாக அமையும். 1994ம் அண்டு பொதுத் தேர்தலுக்குப் பின்னர் விகிதாசாரத் தேர்தல் முறையின் பெறுபேறாக இலங்கையில் தொங்கு பாராளுமன்றமும் கூட்டரசாங்கமும் இன்றியமையாத விளைவுகளாக மாறிவிட்டன. தேர்தல் காலங்களில் ஒரு விஞ்ஞாபனத்தை தயாரித்து மக்களை தம்வசப்படுத்தி அக்கொள்கைகளை மக்கள் அங்கீகரிப்பதற்காக மக்கள் ஆணையை பெற்ற அரசியல் கட்சிகளின் தலைமைகள் பின்னர் அமைச்சுப் பொறுப்புக்களை கைப்பற்றிக் கொள்வதற்காக ஜனாதிபதியுடன் பேரம் பேசி அதில் வெற்றி கண்டு தங்களது இலக்குகளை அடைந்து கொள்கின்றனர். அதிகாரம் குவிக்கப்பட்ட ஜனாதிபதி தனது கட்சியை பாராளுமன்றத்தில் பெரும்பான்மையாக மாற்றுவதற்காக அல்லது ஸ்திரீப்படுத்திக் கொள்வதற்காக

தங்களுக்கிடையில் அமைச்சரவை பொறுப்புக்களை தன்னிச்சையாக நிர்ணயித்துக் கொள்வது ஜனநாயகத்தின் அடித்தளத்தினையே ஆட்டம் காணச்செய்கிறது. இதன் போது தேர்தல் விஞ்ஞாபனங்களைப் பார்த்து வாக்களித்து தமது ஆணையை வழங்கிய மக்களின் எதிர்பார்ப்புகளை வீணடித்து விடுகின்றனர். அரசியல் கட்சிகளின் இந்த செயற்பாடுகளால் ஒரு ஜனாதிபதியின் விருப்பு வெறுப்புக்களுக்காக மக்களின் ஆணையை மக்களே சமரசம் செய்து கொள்ள வேண்டும் என்கிற நிலைக்கு இது இட்டுச் செல்கிறது. 2000/2001 பொதுத் தேர்தல் முடிவுகள் இந்நிலைமையை மேலும் மோசமாக்கி 2004ம் ஆண்டு சிறுபான்மை அரசாங்கமும் உருவாக்கப்பட்டது. 2005 இல் நடந்து முடிந்த ஜனாதிபதித் தேர்தல் முடிவுகள் கட்சித் தாவல்களையும் பேரம் பேசும் நடவடிக்கைகளையும் இன்னும் உத்வேகப்படுத்தியது. இந்த வரலாறுகளின் படி சுருக்கமாக கருத்துக் கூறுவதாயின் ஜனாதிபதியின் கைகளில் தீர்மானங்கள் எடுக்கத்தக்கதாக பாராளுமன்ற அதிகாரங்கள் வடிவமைக்கப்பட்டுள்ளன. மேலே கூறப்பட்டது போல் ஒரு சிறுபான்மை அரசாங்கம் ஜனநாயக மரபுகளின் படி தனது அதிகாரத்தை இயல்பாகவே இழப்பதன் மூலம் பாராளுமன்றம் கலைக்கப்பட வேண்டிய நிலைமற்றி ஜனாதிபதித் தேர்தல் திடுமென்று நடத்தப்பட்டு ஜனாதிபதி தேர்வு செய்யப்பட்டதைத் தொடர்ந்து அந்த அதிகாரத்தைப் பயன்படுத்தி அந்த அதிகார அலையில் நனைந்து கொள்வதற்காக அரசியல் கட்சிகளும் எதிர்க்கட்சிகளைச் சேர்ந்த பாராளுமன்ற உறுப்பினர்களும் முண்டியடித்துக்கொண்டு செயற்படுகின்ற நிலை உருவாகியது.

இத்தகைய கட்சித்தாவல்களும் அரசியல் மாற்றங்களும் ஈற்றில் அமைச்சரவை அங்கத்துவம் என்கின்ற நிறைவேற்றத்துறையின் பிரதான பாகத்தினையே பாதிப்புறச் செய்கின்றன. ஜனாதிபதி தனது அரசாங்கத்தினை காக்க எதிர்க்கட்சி உறுப்பினர்களை உள்வாங்குவது, பிற்தொரு வகையில் ஜனநாயகத்தினதும் விகிதாசாரத் தேர்தல் முறையினதும் ஆணிவேரான கட்சியின் செல்வாக்கினை அல்லது மக்கள் ஆணை வழங்கிய கட்சி அங்கத்தவர்களின் முக்கியத்துவத்தினை மவினப்படுத்துகின்றது. இதன்மூலம் ஜனாதிபதியின்

அதிகார ஒடுக்குமுறைக்குள் அவரது கட்சி அங்கத்தவர்களின் நலன்கள் சிறைவைக்கப்படுகின்றன என்பதும் ஒரு பிரதான விம்சனமாகும். ஏனெனில் ஒரு அமைச்சரின் நியமனம் இன்று பல்வேறு கசப்புணர்வுகளுக்கு மத்தியில் இடம் பெறுவதை நாம் காண்கின்றோம். யதார்த்தமாக இந்நியமனங்கள் பாராளுமன்ற அங்கீகாரத்தினைப் பெறுவதற்கான வாக்கெடுப்புக்களுக்கு விடப்படுமாக இருந்தால் சட்டவாக்க உறுப்பினர்களின் அதாவது எதிர்க்கட்சி மட்டுமல்லாது ஆளுங்கட்சி உறுப்பினர்களினதும் குறித்த அமைச்சரை நியமிப்பது தொடர்பான கருத்துக்களை தெரிவிக்க ஒரு களமாக அமைவதோடு ஆரோக்கியமான வாதப்பிரதி வாதங்களையும் ஜனநாயக ரீதியில் பாராளுமன்றமும் ஜனாதிபதியும் உள்வாங்க வேண்டிய நிலை ஏற்படும். இதன் போது பாராளுமன்ற அதிகாரம் அமைச்சரவை நியமனம் தொடர்பில் கண்காணிப்புச் செலுத்துகின்ற ஆரோக்கியமான சூழ்நிலை உருவாகும்.

கட்சித்தாவல்கள் தொடர்பான தெளிவான சட்டங்கள் அல்லது நடைமுறைகள் பற்றி எமது அரசியலமைப்பு உறுப்புரைகளை கொண்டிராதபடியால் நினைத்த நேரம் தங்களுக்கேற்ற கவர்ச்சியான அழைப்புகள் அல்லது சமீக்களுக்கள் தோன்றும் போது அமைச்சப் பதவிகளுக்காக கரணம் போடுகின்ற மூன்றாந்தர அரசியல்வாதிகள் பெருகிக் கொண்டு

வருவதால் அமைச்சரவை நியமனங்கள் தொடர்பான ஆழமான சீர்திருத்தங்கள் மறு பரிசீலிக்கப்பட வேண்டியுள்ளன.

எமது நாட்டின் அரச இயந்திரத்தில் (Long term policies) நீண்டகாலக் கொள்கைத் திட்டங்களை வடிவமைக்காமல் இருப்பதற்கு இத்தகையான சடுதியான அமைச்சரவை மாற்றங்களுக்கான தீர்மானங்களும் ஒரு முக்கிய இடத்தை வகிக்கின்றது. ஏனெனில் இந்நியமனங்கள் பாராளுமன்ற அங்கீகாரத்திற்கு விடப்படும் போது அமைச்சப் பதவியின் தன்மை, நியமிக்கப்பட இருப்பவரின் தகைமை மற்றும் செயற்திறன், அது தொடர்பான பாராளுமன்றத்தினால் இயற்றப்பட்ட சட்டங்கள் (Written laws), குறித்த அமைச்சு தொடர்பான பாராளுமன்றத்தின் மறுசீரமைப்பு ஆலோசனைகள் என்று பல்வேறு விடயங்கள் பற்றி ஆய்வதற்கு சந்தர்ப்பம் வழங்கப்படுகின்றது.

அரசாங்கத்தினைப் பிரதிநிதித்துவம் செய்வது அமைச்சரவை; ஆனால் மக்களை பிரதிநிதித்துவம் செய்வது பாராளுமன்றம் என்பதால் ஜனநாயக மரபுகளுக்கேற்ப அமைச்சரவை நியமனம் தொடர்பாக பாராளுமன்றத்திற்கு கண்காணிப்புச் செலுத்தும் அதிகாரம் வழங்கப்பட வேண்டும். இது வலு வேறாக்கல் கொள்கையினை செம்மைப்படுத்துவதாயும் அமையும்.

Legal and Practical Perspectives of Traveller's Cheques

Ajanthini Ramasamy
Final Year
Sri Lanka Law College

INTRODUCTION

Traveller's Cheque is one of the convenient modes of payment among travellers around the world. Traveller's Cheque has many uses. Firstly, Traveller's cheque can be easily converted into any currency in any country around the world. Secondly, travellers when they want to carry a big amount of cash, they can take one or a few traveller's cheques instead of carrying a bulk amount of cash. Thirdly, when the cash is lost or stolen, it cannot be got back; however such inconvenience can be avoided when they carry Traveller's Cheque due to the refund provision in it.

There are many companies in the world which issue traveller's cheques, but the most popular traveller's cheques among the travellers are American Express Traveller's Cheque and Thomas Cook Traveller's Cheque. Visa Traveller's cheque is also available. There are other financial institutions also issuing them, however, they are not readily acceptable.

USABILITY OF TRAVELLER'S CHEQUES

Traveller's cheque can be encashed only after entering the name of the payee and sign the cheque in front of the cashier. The cashier will anyway check the identity of the person who is encashing the cheque by perusing the Passport of

the holder of the Traveller's Cheque. Thereby, the holder of Traveller's Cheques are safeguarded and they can make a claim of refund against loss or stolen traveller's cheques from the issuer of Traveller's Cheques.

IS TRAVELLER'S CHEQUE NEGOTIABLE?

Traveller's Cheque is not a bill of exchange for two reasons, viz. firstly the drawer and drawee are the same, secondly, the payment order is conditional, because the direction is to pay only after the instrument has been countersigned¹

Although Traveller's Cheques are not bills of exchange or promissory notes, they have probably acquired the status of negotiability by mercantile usage. They have been held negotiable in USA². If traveller's cheques were held negotiable under English Law, a holder in due course will obtain a good title against issuer notwithstanding that, unknown to him, the instrument has been stolen before he became holder.

Traveller's Cheque has a considerable advantage over cash so far as the public are concerned because of the refund provisions. However, in practice, the refundable provisions are used much to the advantage of seller than the buyer. The following case laws will illustrate this position.

¹ Paget, *Law of Banking*, 12th Edn., pp. 276.

² Paget, *Law of Banking*, 12th Edn., pp. 77.

Shiford v. Thomas Cook & Son (Banker's) Ltd. (1970)
Pac Rep. (2d) 531 at 533 ; see also *State v. Katsikaris*
1980 (3) SA 580 at 592.

In *Elawadi v. Bank of Credit and Commerce International SA*,³ the plaintiff purchased £50,000 worth of Traveller's Cheques from the defendant bank. The agreement covering the purchase contained a clause which stated that "Any claim for a refund of a lost or stolen cheque shall be subject to approval by the Issuer and to presentation of the Issuer of the Purchaser's copy of this Agreement". And it also contained a clause which stated "Safeguard Cheques as cash". The plaintiff signed the cheques before taking them away, having been informed by the bank that if the cheques were taken away unsigned he would not be covered in the event of their loss. A few days later the cheques were stolen from the plaintiff's car, largely as a result of his own negligence, and £40,700 worth were subsequently encashed. The bank refused to refund to the plaintiff the full value of the stolen cheques agreeing only to refund the sum of £9,300 in respect of those cheques which had not been encashed. The plaintiff brought an action against the bank claiming, *inter alia*, a refund of £40,700. The Court held that where a contract for the sale and purchase of traveller's cheques contained an express term obliging the issuing bank to refund the value of lost or stolen cheques, that obligation was subject to a discretion not to pay where the purchaser had broken one of his contractual obligations, but it was not (in the absence of any express provision) subject to an implied term precluding recovery by the purchaser where the loss resulted from his own negligence or recklessness.

In view of the above, the clause ".....safeguard each cheque against loss or theft as a reasonable person would safeguard a similar amount of cash" does not cover a situation, in the absence of express term, where the loss resulted from purchaser's own negligence or recklessness. However, it is clear from this case

³ 1989 (1) All ER 242

that though the purchaser of Traveller's cheque is negligent, one could recover the lost amount when those Traveller's cheque had not been encashed. Therefore, the above clause is not a total bar for a negligent purchaser to recover lost or stolen cheques.

However, very often the claim by the traveller's cheque holders get rejected even for slightest negligence by the issuer of traveller's cheque based on the clause "safeguard the cheque as cash". Sometimes, the seller reject the claim of lost or stolen traveller's cheque even where the cheque had not been encashed by anyone. Therefore, the purchaser of traveller's cheque should aware of the current legal position relating to traveller's cheque and also they should know as what amounts to 'negligence'.

The facts of the cases of *Elawadi v. Bank of Credit and Commerce International* and *Braithwaite v. Thomas Cook Traveller's Cheques Ltd*,⁴ clearly explain the degree of care a reasonable man should exercise in order to safeguard a traveller's cheque. In the case of *Elawadi*, the plaintiff had put the cheques in his office safe and had then decided to take them to Amsterdam to give to a client to take them to Cairo. On the evening, the plaintiff had put the cheques in a plastic bag which he put in his car. He had then made a number of business calls, during which he left the plastic bag unattended in the car. When he returned home that evening he had parked the car in open parking space adjoining his home and had left the plastic bag in it overnight. The following morning he drove to his shop and parked his car. Sometime later during the day he remembered the cheques but when he looked for them in his car they were missing. He had then contacted the police. And in the case of *Braithwaite*, the plaintiff wished to transfer £50,000 worth of traveller's cheques from Jersey to

⁴ 1989 (1) All ER 235,

London. He got up at 4 am, flew to Jersey, collected the traveller's cheques, put them in a brown envelope, which he placed in a transparent plastic bag, supplied at Jersey Airport and containing 200 cigarettes which were visible through the bag. Having arrived at King's Cross he then spent the evening socialising with his friends which, in his case, took the form of drinking several pints of beer. He stayed at a public house until the closing time and he left the last the public house. He then caught the Underground train at Baker Street, put the bag on his lap but fell asleep promptly. Sometime later he was nudged by a fellow passenger. He woke up. He realised that he has overshot his destination, namely King's Court. He leapt out of the train. He caught another one back to King's Cross. He changed trains to Oakwood, on the Piccadilly Line, and reached there shortly after midnight. He stepped off the train and as it moved away he realised that he no longer had the bag although he still had the newspaper originally had concealed it. He looked around for London Transport staff but could find none. He walked home, a five minute journey. He then took his car to Cockfasters at the end of the Piccadilly Line, found the station master and explained his predicament. Thereafter he did all that could be done to recover the situation.

In the above two cases, though the purchasers were grossly negligent they were not deprived the right to recover the lost or stolen amount that is not encashed.

STOP PAYMENT

Once the traveller's cheque is lost or stolen, the purchaser of traveller's cheque should immediately inform the seller from whom they have bought the traveller's cheque of the incident and also the numbers of lost Traveller's Cheques. The issuer of Traveller's Cheque may replace it after an inquiry. However, if the cheque had been

signed twice by the purchaser, he loses the right to replace the traveller's cheque.

JURISDICTION

At present, there are a very few companies in the world which issue traveller's cheques. Most of these companies are situated in well-developed countries like USA and UK. However, they have their travel agencies worldwide. For an example, there are 3200 American Express travel agencies and representations and they are situated in over 135 countries. Though, the sale and purchase takes place in these travel agencies, when it comes to a refund of lost or stolen cheque and/or other matters related to it, it is generally dealt by the officers in the head office.

Furthermore, these companies have strong bargaining position over their customers. They exclude any liability arising to them by way of exemption clauses. In the same manner, they used to have a clause in their terms and conditions in relation to jurisdiction. The jurisdiction to resolve any dispute arising out of the transaction, loss or stolen traveller's cheque or other matters shall be in the Court of Law where the principal company is situated. For an example, if it is a claim arising out of American Express Traveller's Cheque the jurisdiction shall be the respective court in USA and if it is a Thomas Cook Traveller's Cheque the jurisdiction shall be the respective court in UK.

By this clause, the purchaser who live in developing country or under developed country may be perhaps deprived of his/her right to recovery though he/she has a valid claim against the seller due to his/her inability to file an action in the Court of Law where the principal company which issued the traveller's cheque is situated. These types of commercial practices prevail from early days. Therefore, the purchasers should aware of these practices and legal issues relating to it which would help them to be cautious when using the traveller's cheques.

The Ship, International Trade and E-commerce: the Contemporary Trinity Revisited

Prabhakar Singh*

Final year Student, National Law Institute University(NLIU), Bhopal,
Currently a Law Intern at Messrs Julius & Creasy, Colombo,

ABSTRACT

The world today, is driven by International Trade and Ship is the true carrier of this business. There has existed, in the past, a well organized system of documentary credit exchange during the transportation of shipped goods across the world. But the boom in Information Technology has changed, both the 'face' and the 'fate' of International Trade. There is a clarion call for switch to paperless EDI and increased use of Internet medium. The developing countries have so far lagged behind in using both EDI and Internet in this business. Because of a simultaneous call for letter 'logistics' in Asian region, this may turn out to be the defining moment. This paper seek to examine the important contemporary link between Ship, International Trade and E-Commerce.

PROLOGUE

It goes without saying that a 'ship' is the carrier of 'international trade'¹. Also, the readers will acknowledge the fact that, the development of international trade is the only route to prosperity of a nation, particularly the poor and developing countries². When we read these two sentences together we come to the inevitable conclusion that the e-commerce is the link between the 'carrier of the international trade' and a nation's prosperity in the days to come.

* The author is a final year student at National Law Institute University (NLIU), Bhopal, India & he can be contacted at <prabhakar_singh@hotmail.com>; He is currently a law intern at M/S Julius & Creasy, Colombo, Sri Lanka. He is indebted to his fellow "Voet-Inners"; particularly Daham Binduhewa and Kapila Priyantha Whaidyathilake for extending kind support and providing the required recourses and environment for presenting his research in the form of this article.

¹ Prabhakar Singh (2005) 'The Political Economy of the Law of the Seas in the era of Absentee Colonialism', Nakkeeram, Vol. 7, Sri Lanka Law College HMS Publication, Colombo, pp 223-233

² Prabhakar Singh (2006) 'The Green Apartheid: WTO/GATT Regime, Trade & Environment; The Southern Determinant', (Manuscript with the Lead Journal), London & New Delhi

I therefore need not overemphasize the contemporariness of this topic and come straightaway to the aim and scope of the paper. As the name suggests, my research seeks to unearth the inextricable connection between the abovementioned names and carry forward the debate ahead. The approach of my article is something of a curate's egg; as it is both localised and comprehensive.

The article approaches the topic in an interdisciplinary fashion, taking into account the economics and law behind the functioning of the 'international trade'.

Statistics are the evidence of the fact that the traffic on the internet doubles every hundred days³. E-commerce is about obtaining information on product availability, quality, quality and price via the internet medium – identifying alternative

³ Jayantha T. Fernando (1999) 'E-Commerce, Electronic Signature and Certification Authorities-Some Legal Aspects', The Sri Lankan Bar Association Law Journal, 8(1), Colombo

sources of supply and obtaining information on the reliability and reputation of alternative suppliers.⁴ "It is about placing orders and tracking product delivery and being secure in knowing that your electronic contract, signature and payment are beyond compromise".⁵

Today, the private players of the international trade, all over the world are trying to speed up the logistics scenario by introducing one reform after another. The recent development towards the 'fourth party logistics'⁶ as against the conventional 'third party logistics' is one such example of step taken to pace up the supply and demand of the shipped goods.

The E-commerce is a quadrant where industrial age companies transpose their existing business processes into the digital domain. In the process, the core value proposition does not change; what really changes is the means by which communication companies interface with their customers and suppliers- namely, through an 'electronic interface'⁷.

The tangible goods apart, the whole world of intangible property or the intellectual property too, has a whole set of connection with the e-commerce with the disputes in Trademark and domain name cases on the rise in every part of the world.⁸

The countries like US have passed legislations like the Uniform Electronic Transactions Act (UETA) to combat the surge in

the use of internet for the consummation of commercial transactions.⁹

SHIPPING OF GOODS AND E- COMMERCE

The area of transportation of goods by ship is facing twin problems namely: keeping up with the rapid development of e-commerce industry and pressure for replacing the paper documents like 'bills of lading' etc. by electronic and paperless documents. But achieving this is easier said than done as this has given rise to new dimension to commercial laws.

The electronic transactions are not fully covered by existing laws and rules on the formation and enforcement of contracts. Legal issues like the validity and enforceability of online contracts have come up. "Negotiability", according to Adv. JM Swaminathan is the main cause of concern.¹⁰ The current laws are unclear about "when" will the contract be enforced if it is electronic? "What" qualifies as evidence in legal proceedings, "what" constitutes acceptance of an offer to enter into contract and "what" is the form of electronic signature required, in order to have a legally binding agreement?

THE LEGALITY OF ELECTRONIC TRANSACTIONS

Evidentiary conclusiveness

The questions raised in the preceding paragraph lead us to the issues of "electronic signature" and "certification". In a dispute where the transaction has been electronic, establishment of "authenticity" and "accuracy" of electronic message become the moot point. An international transaction runs into billions of dollars and therefore the authenticity of signature lends security to the business.

⁹ David Schumacher (2000) 'US Addresses Legal Issues raised by Electronic Trading', International Financial Law Review, April, 19 (4), Hon Kong, p 19

¹⁰ JM Swaminathan (2006) 'Recent Developments in Shipping Laws', spoke in seminar held on 23rd May, Hilton, Colombo

⁴ *ibid* at 1

⁵ *id*

⁶ Prabhakar Singh (2006) 'International trade, Fourth party Logistics and E-commerce: A vision for Future', Indian Economic Panorama, July-October issue, New Delhi.

⁷ Arthur Anderson (1999) 'The Internet Reinvents the Communications Industry', the E-Guide, The Euromoney Publication, Hong Kong, p 117

⁸ Lori Faye Fischler (2003/04) 'How to solve Country code domain disputes', Managing Intellectual Property, Euromoney Publication, New Jersey

An electronic record is delivered when it is addressed properly to the information system designed by the recipient of the electronic record and from which the recipient can retrieve the record, the electronic record is sent in a form that can be processed by the recipient's system, and it enters a system that is "out of the control of the sender or under the control of the recipient".

An electronic record is received when it enters the recipient's designated system and from which the recipient is able to retrieve the electronic record, and the electronic record is in a form capable of being processed by that system. These rules may be relevant to determine whether an offer has been properly sent and received.

As per Justice Laddie¹¹, "once it is accepted that the close physical linkage of hand, pen and paper is not necessary for the form to be signed, it is difficult to see why some forms of non-human agency for impressing the mark on the paper should be acceptable while others are not". In *Goodman v Eban*¹² the Court of appeal held that a Solicitor satisfies the requirement under the Solicitor's Act of 1932, that bills be signed, by using a rubber stamp embossed with the name of his firm.

The issue of e-commerce is how to build confidence in electronic transactions on open networks between parties that have no pre-existing relationship. Electronic signature provides one means of achieving these goals¹³. This issue shall be dealt in detail later in this article.

We can identify four basic rules for the validity of e-transaction¹⁴. They are

(1) a record or signature may not be denied legal effect or enforceability solely because it is in electronic form.

(2) A contract may not be denied legal effect or enforceability solely because an electronic record was used in its formation.

(3) If a law requires a law to be in writing, an electronic record satisfies the law; and

(4) if a law requires a signature, an electronic signature satisfies the law.

What is a valid Signature?

Many things can qualify to become an electronic signature. The UETA of US defines the term as an "electronic sound, symbol, or process attached to or logically associated with a record and executed or adopted by a person with the intent to sign record.

The electronic signature provides a mechanism to reliably and securely prove the origin, receipt and integrity of information, to identify the parties involved and to associate those parties with the contents of the communication transacted over the electronic media¹⁵. The 'digital signature' is the most common and time tested technology, among other available options. Many other countries have enacted or drafted legislation to facilitate the use of electronic signature, like the US.

But the proof of the electronic commercial transaction is still a very important area of concern. The legislators all across the world have been fighting the odds of balancing the security of a transaction and popularising the use of electronic internet medium in the international trade business. Under the Sri Lankan law computer evidence was not admissible under Evidence Ordinance and therefore it only recognised handwritten signatures.

¹¹ it was said in *In Re Debtor* (No.2021 of 1995)

¹² [1954] Q B 550

¹³ Jayantha, *Supra Note 3* at 79

¹⁴ see generally David, *Supra Note 9* at 19

¹⁵ Jayantha Fernando (2000) *Legal Reforms for Information and Communication Technologies*, Sri Lanka Bar Association Law Journal, 8 (2), p M 131

But the Evidence (Special Provisions) Act of 1995 of Sri Lanka provides for 1) the admissibility of information produced by computers and b) facts recorded by other electronic devices. As the abovementioned act does not provide for admissibility of man made documents transacted through the electronic medium or human representations made through the electronic medium, Jayantha Fernando argues that law of evidence in Sri Lanka does not contain provisions to facilitate e-commerce¹⁶. However, today the emphasis in many jurisdictions is shifting from 'admissibility of information' to the 'accuracy and reliability' of information¹⁷.

THE EDI & ELECTRONIC COMMERCE

The EDI falls under the category of business to business kind of e-commerce which refers to a company selling or buying from other companies. A company communicates with the other company by electronic means. This has been in use since 1980s¹⁸.

EDI transactions include sending/receiving of orders, invoices and shipping notices. This is a method of extending the organisation's computing power beyond its boundaries. But its high cost of maintenance of the networks made this method out-of-reach for small and medium sized businesses. To add to this is the inflexibility of the system. This is one of the reasons why an IT superpower like India could not make the full use of this technology in the port and shipping sector¹⁹. Therefore years of prolonged and protracted

efforts to bring in EDI system to the port community has not yielded satisfactory results. "There are localised examples of data exchanges taking place, but compared to the sophisticated, integrated, comprehensive system operating in Europe, and some major Asian ports, EDI has hardly taken off"²⁰.

The INCOTERMs and E-Commerce

The international community has been, for years now, trying to harmonise the international trade terms so that the international trade becomes an easier job. The purpose of INCOTERMs is to provide a set of international rules for the interpretation of most commonly used terms in foreign trade. Only then can the uncertainties of different interpretations of such terms can be avoided or at least can be reduced to a considerable degree.

Regarding the electronic communication in INCOTERMs, when both the parties agree to that effect then the 'documents' could be replaced by its equivalent EDI message²¹. But the point to be noted is that A8 of INCOTERMs 2000 categorically adds the 'no obligation' clause to the 'proof of delivery' of EDI message.

Initiatives in India

Balancing the conflicting goals of safeguarding electronic commerce and encouraging technological development has been a real challenge for the law makers in India.²² At the WTO level, all the member countries are trying to work out the scheme as to how will the WTO deal with E-commerce issue.

The Indian Electronic Commerce Support Act seeks to amend various central Acts like the

¹⁶ *ibid* at M 132

¹⁷ *id*

¹⁸ Parag Diwan & Shammi Kapoor (2000) *Cyber and e-commerce Laws*, Bharat Publishing House, New Delhi, p 222

¹⁹ see for a detailed discussion; Prabhakar Singh (2005) *Indian ports-New Paradigms*, Times Journal of Construction and Design, 5(3), Mumbai, p 44

²⁰ *ibid* at 44

²¹ International Chamber of Commerce (1999) *INCOTERMs 2000*, p 19

²² Parag Diwan et al, *Supra Note* 18 at 226

IPC, 1860; The Indian Evidence Act, 1872; the Contract Act, 1872; the Indian Telegraph Act, 1885; the Banker's Books Evidence Act, 1891 & the Reserve Bank of India Act, to facilitate e-commerce. The information technology act addresses contractual issues, computer crime and data protection with a section dealing with digital signature.

WTO & E-Commerce

In a Declaration for '*Global Electronic Commerce*' on 20th May 1998, the WTO recognised that electronic commerce is growing and creating new opportunities for trade²³.

It further declares²⁴:

"The General Council shall, by its next meeting in special session, establish a comprehensive work programme to examine all trade-related issues relating to global electronic commerce, including those issues identified by Members. The work programme will involve the relevant World Trade Organization ("WTO") bodies, take into account the economic, financial, and development needs of developing countries, and recognize that work is also being undertaken in other international fora. The General Council should produce a report on the progress of the work programme and any recommendations for action to be submitted at our third session. Without prejudice to the outcome of the work programme or the rights and obligations of Members under the WTO Agreements, we also declare that

Members will continue their current practice of not imposing customs duties on electronic transmissions" ..

E- Commerce is the tool which leads to 'enterprise integration' for a company for an industry and ultimately for the vast network of small businesses, government agencies, trade corporations and independent businessmen.

In the WTO there is a broad consensus that products that are bought and paid for over the internet but delivered physically would be subject to existing WTO rules on trade in goods. But the situation is more completed for products that are delivered as digitised information over the internet.

EPILOGUE

The business to business e-commerce transaction has grown by grown from \$43 billion to \$ 1 trillion in five years (1998-2003). As the commercial transactions continue to be completed through the use of electronic records and signature, it is important that the law develops in a manner that it covers the legality without leaving any chink in its armour.

When the matter comes to the developing countries like India, Sri Lanka etc the well drafted rules are the need of time, to promote the trade. These laws should have enough clarity and force so that it develops confidence in the business users and encourage them to use this medium without slightest suspicion of any malpractices.

²³ WTO (1998) '*The Geneva Ministerial Declaration on global electronic commerce*' available at <http://www.wto.org/english/tratop_e/ecom_e/mindecl_e.htm> (visited on June 13th 2006)

²⁴ *ibid*

**குமாரசுவாமி வினோதன் ஞாபகார்த்த பதக்கத்திற்கான அரசியல், சமய, சமூக
சம உரிமைக்கான பேச்சுப் போட்டிப் பதக்கங்கள்**

தங்கம்	வெள்ளி	வெண்கலம்
2000 ஏ.எம்.எம்.றியாழ்	சபாணா ஜுனைதீன்	ஐ.பயஸ் ரெஸ்ஸாக்
2001 க.ஜெயநிதி	ஏ.எம்.எம். றியாழ்	-
	ஐ.பயஸ் ரெஸ்ஸாக்	
2002 எம்.எம்பஹீஜ்	ஏ.எம்.ரோஷன் அக்தார்	ஏ.தீபன்
2003 எம்.எம்பஹீஜ்	ஏ.எம்.எம்.றியாழ்	ஏ.எம்.ரோஷன் அக்தார்
		ஏ.ஆரிகா
2004 எம்.எம்பஹீஜ்	ஏ.எம்.ரோஷன் அக்தார்	கே.சயந்தன்
2005 கே.சயந்தன்	ஏ.எம்.ரோஷன் அக்தார்	யூ.ஏ.றாஸி

**விவாத அணிப் பேச்சாளர்களுக்கான அமரர் பாக்கீர் மாக்கார்
ஞாபகார்த்த பதக்கங்கள்**

தங்கம்	வெள்ளி	வெண்கலம்
2000 சபாணா ஜுனைதீன்	ஐ.பயஸ் ரெஸ்ஸாக்	எம்.எம்.ஹனீபா
2001 க.ஜெயநிதி	ஐ.பயஸ் ரெஸ்ஸாக்	எம்.எம்பஹீஜ்
2002 எம்.எம்பஹீஜ்	யூ.ஏ.றாஸி	ஏ.எம்.ரோஷன் அக்தார்
2003 எம்.எம்பஹீஜ்	ஏ.எம்.எம்.றியாழ்	ஏ.எம்.ரோஷன் அக்தார்
2004 ஏ.எம்.ரோஷன் அக்தார்	கே.சயந்தன்	எம்.எம்பஹீஜ்
2005 கே.சயந்தன்	ஏ.அமலவளன்	ஏ.எம்.ரோஷன் அக்தார்

**எம்.சுவாமிநாதன் ஞாபகார்த்தப் பதக்கத்திற்கான எழுந்தமான
பேச்சுப் போட்டிப் பதக்கங்கள்**

தங்கம்	வெள்ளி	வெண்கலம்
2000 ஐ.பயஸ் ரெஸ்ஸாக்	ஏ.எம்.எம்.றியாழ்	எம்.எஸ்.எம்.சுமசுதீன்
2001 ஐ.பயஸ் ரெஸ்ஸாக்	எம்.எம்பஹீஜ்	ஏ.எம்.எம்.றியாழ்
2002 எம்.எம்பஹீஜ்	ஏ.தீபன்	எஸ்.சாநந்தினி
2003 எம்.எம்பஹீஜ்	ஏ.அமலவளன்	ஏ.எம்.எம்.றியாழ்
2004 எஸ்.எம்.என்.எஸ்.ஏமர்சூம்	எம்.எம்பஹீஜ்	ஏ.எம்.ரோஷன் அக்தார்

தமிழ் மன்ற விவாத அணி 2005

தலைவர் : கே.சயந்தன்
 உ.ப தலைவர் : ஏ. அமலவளன்
 உறுப்பினர்கள் : ஏ.எம்.ரோஷன் அக்தார்
 யூ.ஏ.றாஸி

திருச்செல்வம் ஞாபகார்த்தப் புலமைப் பரிசு (ஆரம்ப ஆண்டு)

1990 யூ.அப்துல் மௌஜத்	1997 சந்திரவதனி அருச்சுனராஜா
1991 சம்மிளா குணநாதன்	1998 ஐ.பயஸ் றெஸ்ஸாக்
1992 பாஹிமா தாஹா	1999 ரஜிகா செல்வரத்தினம்
1993 எஸ்.எம்.எம்.அமீன்	2000 ஏ.எம்.எம்.றியாழ்
1994 எஸ்.எம்.ஏ.ரீட்	2001 ஆரிக்கா ஆதம்பாவா
1995 --	2002 ஏ.அமலவளவன்
1996 ப.ச.மௌலீஸ்வரன்	2003 இரா.அஜந்தினி

செல்வநாயகம் ஞாபகார்த்தப் புலமைப் பரிசு (இடைநிலையாண்டு)

1990 கா.லிங்கேஸ்வரி	1997 விநிம்மலகுகன்
1991 யூ.அப்துல் மௌஜத்	1998 சுவர்ணராஜா நிலக்ஷன்
1992 சம்மிளா குணநாதன்	1999 ஐ.பயஸ் றெஸ்ஸாக்
1993 பாஹிமா தாஹா	2000 ரஜிகா செல்வரத்தினம்
1994 எஸ்.எம்.எம்.அமீன்	2001 ஏ.எம்.எம்.றியாழ்
1995 --	2002 ஆரிக்கா ஆதம்பாவா
1996 உருத்திராணி கதிர்காமத்தம்பி	2003 ஐ.ரீப்கா அன்வர்

**அமிர்தலிங்கம் ஞாபகார்த்தப் புலமைப் பரிசு
(இறுதியாண்டு)**

1990 கா.பேரீன்பராஜா	1997 உருத்திராணி கதிகாமத்தம்பி
1991 கா.லிங்கேஸ்வரி	1998 விழிம்மலகுகன்
1992 சந்திரகி சிவதாசன்	1999 ரொஷானா றஷீட்
1993 பவானி கதிகாமத்தம்பி	2000 எஸ்.மஞ்சு
1994 பாஹிமா தாஹா	2001 ரஜிகா செல்வரட்ணம்
1995 --	2002 ஏ.எம்.எம்.றியாழ்
1996 எஸ்.எல்.ஏ.ரசீட்	2003 ஆரிக் கா ஆதம்பாவா

**சகல துறைகளிலும் சிறந்து விளங்கியமைக்கான
"மன்றம் 90" விருது**

1991 கா.லிங்கேஸ்வரி	1996 ---
1992 விதுரைராஜசிங்கம் யூ.அப்துல் மெஜீத்	1997 ஆனந்தி கனகரத்தினம்
1993 சர்மிளா குணநாதன் இந்துமதி இலட்சுமணன்	1998 சுவர்ணராஜா நிலக்ஷன்
1994 சின்னத்துரை யயூரன் வாககி நடராஜா	1999 சுவர்ணராஜா நிலக்ஷன்
1995 சிவா திருக்குமரன் எஸ்.எம்.எம்.அமீன்	2000 ஐ.யயஸ் நெஸ்ஸாக்
	2001 ஏ.எம்.எம்.றியாழ்
	2002 எம்.எம்.பஹீஜ்

மன்ற வரலாற்றில் மறக்க முடியாதோர்

தலைவர்	செயலாளர்	இதழாசிரியர்
1950 அப்பாப்பிள்ளை அமிர்தலிங்கம்	கே.வி.சண்முகநாதன்	
1963 எஸ்.கனகரட்ணம்		
1964 கே.சிவகுமார்		
1965 கே.குணரட்ணம்	டி.எம்.சுவாமிநாதன்	
1966 டி.எம்.சுவாமிநாதன்	எஸ்.பேரின்பநாயகம்	
1967 ஏ.பி.சேதுராமன்	விமல் சொக்கநாதன்	
1968 சி.வி.விவேகானந்தன்	கே.கே.பத்மநாதன்	
1969 கி.ஆ.ஜெகதீஸன்	---	
1970 டி.போல் டொமினிக்	இ.இரவீந்திரா	
1971 செ.அம்பிகைபாலன்	சா.சச்சிதானந்தன்	
1972 வீ.எல்.சச்சிதானந்தன்	ஏ.இராஜேந்திரா	
1973 குமாரசுவாமி விநோதன்	ஆர்.டி.ரத்னசிங்கம்	
1975 கே.ராஜகுலேந்திரா	எஸ்.சுரேந்திரன்	க.உ.மாசங்கர்
1976 தழீமதி	இரா.வசந்தசேனன்	
1977 அ.இராஜகாரியார்	ஏ.ஸ்ரீகரன்	
1978 ஆர்.சி.கருணாகரன்	எஸ்.எம்.எப்.ஹலித்	ஜ.ஞானதாசன்
1979 கே.விதவராஜா	கே.எஸ்.பாலகிருஷ்ணன்	
1980 ஆர்.செல்வஸ்கந்தன்	சண்முகராஜா	
1981 ---		
1982 ஏ.றவ்ய ஹக்கீம்	எஸ்.குமாரநாதன்	
1983 ஏ.பாலசுப்பிரமணியம்	ஆர்.ராஜேஸ்வரன்	
1984 எஸ்.அசோகன்	எஸ்.தனஞ்சயன்	
1985 ஈ.எஸ்.ஹரிச்சந்திரா	எஸ்.முத்துலிங்கம்	நவந்தன் நேமிநாதன்
1986 எஸ்.அப்பாசி	ந.இரவிராஜ்	
1987 மா.நல்லரத்தினம்	திலீப் நவாஸ்	இ.நிஸாம் ரெஸ்ஸாக்
1988 சிக்கான் கனகசூரியம்	பாலேந்திரன் சசி மகேந்திரன்	கா.பாலகுமாரன்
1989 ஆ.ஜெகசோதி	எம்.ரி.அப்துல் அசிஸ்	
1990 விபுவிதரன்	ந.இரத்தின சிவா	மதியாபரணன் சுமந்திரன்
1991 எஸ்.எம்.எம்.நிலாம்	கா.லிங்கேஸ்வரி	ஏ.எம்.மொஹமட் றஹீப்
1992 வி.எம்.எஸ்.ஜோன்சன்	அப்துல் மௌஜத்	கி.துரைராஜசிங்கம்
1993 எம்.வை.எம்.இர்சுடன்	வி.தேவதாஸ்	எம்.பஸ்லின் வாஹித்
1994 பெ.ராஜதுரை	மரினா மன்கூர்	சின்னத்துரை மயூரன்
1995 சிவா திருக்குமரன்	ஏ.எம்.கமருடன்	எம்.யூ.முகம்மது முன்தீர்
1996 ---		
1997 தயாள் சி.செபநாயகம்	இரா. மணிவண்ணன்	எம்.நிஸ்வி ஜவஹர்ஷா
1998 எம்.நிஸ்வி ஜவஹர்ஷா	கே.விபுலீ கணேசராஜன்	விவேகானந்தன் சசிதூன்
1999 சபாணா ஜி. பி ஜுனைதீன்	ராஜபாலினி ராஜசுந்தரம்	கருணாநிதி ஜெயநிதி
2000 கருணாநிதி ஜெயநிதி	முஹம்மத் மிஹான்	இ.பயஸ் ரெஸ்ஸாக்
2001 நகாண்ட்பன்	ரஜிகா செல்வரத்தினம்	ஏ.எம்.எம். நியாழ்
2002 ஏ.எம்.எம்.நியாழ்	ஹம்ஸுகனாம்பிகா வாமதேவா	ஜெயசிங்கம் ஜெயரூபன்
2003 எஸ்.ஏ.எம்.உபைதுல்லா	ஏ.தீபன்	அன்பு முகைதீன் நோஷன்
2004 ஏ.அமலவளன்	அன்பு முகைதீன் நோஷன்	ஜெ.கஜநிதிபாலன்
2005 எஸ்.எம்.என்.எஸ்.ஏ.மர்கும்	இரா.அஜந்தினி	ஜெயதேவி சிவானந்தன்

விவாத அணி

தலைவர்

- 1968 கி.ஆ.ஜெகதீஸன்
 1969 ஆ.தம்பாபிள்ளை
 1970 எம்.எச்.எம்.அஷ்ரப்
 1971 க.வேமகாதேவன்
 1972 ந.ஸ்ரீகாந்தா
 1973 ந.ஸ்ரீகாந்தா
 1975 சு.கமகேந்திரன்
 1976 கு.இராஜகுலேந்திரா
 1977 த.ஸ்ரீபதி
 1978 சீ.எஸ்.சோமசுந்தரம்
 1979 வி.ருத்திரகுமாரன்
 1982 ஆர்.செல்வஸ்கந்தன்
 1983 என்.நவந்தன்
 1984 எஸ்.ஸ்ரீகந்தராஜா
 1985 சீ.நிஜாமுடன்
 1986 ஐ.நிஸாம் றெஸ்ஸாக்
 1987 மொஹமட் லபார்
 1988 என்.எம்பிஸ்ருல் அமீன்
 1989 ம.அ.சுமந்திரன்
 1990 ம.அ.சுமந்திரன்
 1991 கி.துரைராஜசிங்கம்
 1992 கி.துரைராஜசிங்கம்
 1993 மரினா மன்கூர்
 1994 இந்துமதி இலட்சுமணன்
 1995 எச்.எம்.எம்பஸீல்
 1996 ---
 1997 நரேன் இரத்தினசிங்கம்
 1998 சுவர்ணராஜா நிலக்ஷன்
 1999 சுவர்ணராஜா நிலக்ஷன்
 2000 சபானா ஜி.பி.ஜீனைடன்
 2001 க.ஜெயநிதி
 2002 எம்.எம்பஹீஜ்
 2003 எம்.எம்பஹீஜ்
 2004 ஏ.ம்.நோன் அக்தார்
 2005 கே.சயந்தன்

உபதலைவர்

- சாந்தினி லோகராஜா
 க.நீலகண்டன்
 ந.ஸ்ரீகாந்தா
 கனக மனோகரன்
 கு.வினோதன்
 பூ.ஞானகரன்
 கனக மனோகரன்
 கனக மனோகரன்
 மனோ ஸ்ரீதரன்
 கௌரி சங்கரி
 எஸ்.செல்வஸ்கந்தன்
 வி.விமலேஸ்வரன்
 எஸ்.ஸ்ரீகந்தராஜா
 எஸ்.நவந்தன்
 எஸ்.அப்பாஸி
 திலீப் நவாஸ்
 என்.எம்பிஸ்ருல் அமீன்
 மொஹமட் லபார்
 எஸ்.எம்.எம்.நிஸாம்
 விங்கேஸ்வரி காசிப்பிள்ளை
 எம்.எச்.எம்.சீராஜ்
 மரினா மன்கூர்
 ஏ.எம்.எல்.லாபீர்
 வாசுகி நடராஜா
 யோகேஸ்வரி ராமையா

 சபானா ஜி.பி.ஜீனைடன்
 சபானா ஜி.பி.ஜீனைடன்
 ஐ.பயஸ் றெஸ்ஸாக்
 ஐ.பயஸ் றெஸ்ஸாக்
 ஐ.பயஸ் றெஸ்ஸாக்
 யூ.ஏ.நாஸி
 ஏ.எம்.எம்.றியாழ்
 கே.சயந்தன்
 ஏ.அமலவளன்

அறங்கூறும் அவையத்தோருக்கு உரைத்தற் போட்டி

முதலாம் இடம்

- 1968 எஸ்.சுந்தரலிங்கம்
 1969 தே.ம.சுவாமிநாதன்
 1970 ஆ.தம்பாப்பிள்ளை
 1971 கி.ஆ.ஜெகதீசன்
 1972 பூ.ஞானகரன்
 1973 சா.லோகிராஜா
 1976 ஏ.ஸ்ரீதரன்
 1978 ஐ.ஞானதாசன்
 1979 ஐ.ஞானதாசன்
 1985 எஸ்.பாலகிருஷ்ணன்
 1986 திலீப் நவாஸ்
 1987 ஆ.ஜெகதீசோதி
 1988 சுரமயா பாலச்சந்திரன்
 1989 மொஹமட் லபார்
 1990 எம்.எம்.என்.பி.அமீன்
 1991 எஸ்.எம்.எம்.நிலாம்
 1992 இந்திரவேஜினி இராஜகோபாலன்
 1993 சிவா திருக்குமரன்
 1994 குமாரசுவாமி சாந்தகுமார்
 1995 பி.வில்லியம் கென்னடி
 1996 ---
 1997 நரேன் இரத்தினசிங்கம்
 1998 சிவா திருமகள்
 1999 சுவர்ணராஜா நிலக்ஷன்
 2000 சபாணா ஜுனைதீன்
 2001 ஏ.எம்.எம்.றியாழ்
 2002 எம்.எம்பஹீஜ்
 2003 எம்.எம்பஹீஜ்
 2004 ஏ.எம்.ரோஸன் அக்தார்

இரண்டாம் இடம்

- தே.ம.சுவாமிநாதன்
 செ.அம்பிகைபாலன்
 க.சி.கமலசபேசன்
 இ.இராஜநாயகம்
 வ.செல்லையா
 எம்.எச்.எம்.அஷ்ரப்
 சா.லோகிராஜா
 வி.ருத்திரகுமார்
 வி.ருத்திரகுமார்
 எஸ்.துரைராஜா
 ஐ.நிலாம் ரெஸ்ஸாக்
 ஐ.நிலாம் ரெஸ்ஸாக்
 எம்.எம்.என்.பி.அமீன்
 எம்.இளஞ்செழியன்
 கி.துரைராஜசிங்கம்
 யூ.அப்துல் மௌஜத்
 யூ.அப்துல் மௌஜத்
 ஏ.எம்.எல்.லாபீர்
 வாசுகி நடராஜா
 கீதா தாமோதரம்பிள்ளை

 ஆனந்தி கனகரத்தினம்
 கருணாநிதி ஜெயநிதி
 கருணாநிதி ஜெயநிதி
 ஐ.பயஸ் ரெஸ்ஸாக்
 ஐ.பயஸ் ரெஸ்ஸாக்
 எம்.ஆர்.எம்.தைலி
 அன்பு முகைதீன் ரோஷன்
 அனுறஜ் செல்வநாதன்

நன்றிகள்

அனைத்தும் சிறக்க அருள் புரிந்த இறைவனுக்கும்

நீதிமுரசு மலருக்கு ஆசியுரை வழங்கிய அனைத்து பெருந்தகைகளுக்கும்

நீதிமுரசு மலர் வெளியீட்டு விழாவில் பிரதம விருந்தினராக கலந்து கொண்டு எம்மை
கௌரவப்படுத்திய உயர் நீதிமன்ற நீதியரசர் மாண்புமிகு Saleem marsoof அவர்களுக்கும்

கௌரவ விருந்தினராக கலந்து எமக்கெல்லாம் பெருமை சேர்த்த
ஜனாதிபதி சட்டத்தரணி K.Kanag-Isvaran அவர்களுக்கும்

சட்ட மாணவர் தமிழ் மன்றத்தின் அனைத்து செயற்பாடுகளிலும் அக்கறையுடன் கலந்து கொண்டு
எமக்கு என்றும் உறுதுணையாக இருந்த எமது ஓய்வு பெற்ற அதிபர் H.J.F.Silva அவர்களுக்கும்,
எமது புதிய அதிபர் W.D.Rodrigo அவர்களுக்கும்

மன்றத்தையும் எம்மையும் வழிநடத்தி செல்லும் பெரும் பொருளாளர்
திருமதி Kamala Nagendra அவர்களுக்கும்

எமது மன்றத்தின் வளர்ச்சிக்காக வேண்டிய ஆலோசனைகள் வழங்கி
ஊக்கப்படுத்தும் ஏனைய விரிவுரையாளர்களுக்கும்

தமது ஆக்கங்களால் முரசை அலங்கரித்த அனைத்து ஆக்குனர்களுக்கும்

விமர்சனப் பணியை ஏற்றுக் கொண்ட சிரேஷ்ட சட்டத்தரணி
Kandaia Neelakandan அவர்களுக்கும்

முரசை அழகுற செம்மையாக வடிவமைத்த Apex Solution நிறுவன உரிமையாளர்
திரு.T.Ajanthan அவர்களுக்கும், அச்சிட்டுத் தந்துதவிய Look Media Solution உரிமையாளர்
திரு.A.C.D.Vinoth அவர்களுக்கும் மற்றும் அங்கு பணிபுரியும் ஊழியர்களுக்கும்

மலரை வெளியிடுவதற்கு வாரி வழங்கிய அனைத்து சட்டத்தரணிகளுக்கும்

எம்முடன் கைகோர்த்து செயற்பட்ட சகோதர இன மாணவர்களுக்கும்

மற்றும் அனைத்து வழிகளிலும் உதவிய அனைவருக்கும்

பெயர் குறிப்பிட மறந்தோருக்கும்

இதயத்திலிருந்து இயம்புகின்றோம்
என்றும் உயிர்ப்புள்ள நன்றிகள் பல்பல_____

