

Sosyal Hakların Anayasa Mahkemelerince Korunması

Kalyan Shrestha
Nepal Yüksek Mahkemesi Kıdemli Hâkimi

Sayın Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi ve AAMB Başkanı,

Sayın Başkanlar,

Oturum Başkanları,

Sayın Hâkimler,

Değerli Temsilciler,

Baylar Bayanlar,

İzin verin sözlerime Asya Anayasa Mahkemeleri ve Muadil Kurumlar Birliği'nin (AAMB) İkinci Kongresine beni davet etmelerinden ötürü bu Kongreyi düzenleyenlere teşekkür etmekle başlayayım. Nepal yargı camiasının Kongrenin başarısına dair en iyi dileklerini sizlere iletmek isterim. Aynı zamanda Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin 52. Yıldönümü olduğu için, Mahkemenin Sayın Başkanı Haşim Kılıç ve üyelerini Anayasa'yı korumak ve anayasal değerleri geliştirmek üzere yıllar boyunca gerçekleştirdikleri fevkalade çalışmalardan dolayı tebrik etmek isterim.

Bugünkü sunumumda, öncelikle Nepal Anayasasında yer alan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların durumuna ilişkin kısa bir değerlendirmede bulunacağım. Ardından, Nepal Mahkeme sisteminin yapısı ve görevinden söz edeceğim. Sonrasında ise ekonomik, sosyal ve kültürel hakların uygulanması ve kullanılması bağlamında karşılaşılan sorunların bir değerlendirmesini yapacağım. Son olarak, hakların uygulanması için nasıl daha iyi bir ortamın oluşturulabileceği ve yargının, aynı derecedeki diğer organların ve paydaşların bireysel olarak ve kolektif

olarak nasıl en iyi şekilde hakların uygulanmasına katkıda bulunacakları hakkında konuşacağım.

Bize uluslararası insan hakları kaynaklarının yayılmasını hatırlatan 2007 Nepal Geçici Anayasası, yalnızca medeni ve siyasi hakları değil aynı zamanda ekonomik, sosyal ve kültürel hakları da içeren çok geniş bir haklar çerçevesini sunmaktadır. Ortaöğretim düzeyine kadar parasız eğitim hakkı, dokunulmazlığın önlenmesine ilişkin hak, sosyal adalet ve güvenlik hakkı, sağlıklı bir çevre hakkı, temel sağlık hizmetlerini masrafsız elde etme hakkı, gıda egemenliği hakkı, mülkiyet hakkı, çocuğun kimlik, güvenlik hakkı ve çalışma hakkı gibi birçok ekonomik, sosyal ve kültürel hak da Anayasa'da uygulanabilir haklar olarak güvence altına alınmaktadır. Tüm bu hakların temelinde eşitlik ve ayrımcılık yapmama hakkı ve onurlu bir yaşam hakkı yatmaktadır. Nepal'de çok yaygın olan insan hakları söylemi şudur ki hakların kapsamı giderek genişlemektedir.

Hepimizin bildiği üzere, hakları uygulama yükümlülüğü Devlete düşer. Şüphesiz, üç organdan biri ve Devletin bir aracı olan Yargının yükümlülüğü, hakların uygulanması yönünde mümkün olan en iyi rolü üstlenmektir. Bunun bir sebebi de şudur ki anayasal yükümlülüğün ihlali Devletin eylemi ya da eylemsizliği nedeniyle olduğu zaman, Anayasa zarar gören kişilere ve vatandaşlara uygulanabilir bir hak olan dava açma hakkını öngörür. Başvuru hakkı kapsamı (*locus-standi*) öyle bir şekilde genişletilmiştir ki kamu yararına çalışan herhangi bir vatandaş, Anayasa'nın güvence altına aldığı hak ve yetkilerden yararlanmayı etkileyen ya da ihlal eden herhangi bir anayasal, hukuki veya siyasi uyuşmazlığın çözümü için Yüksek Mahkemeye kamu yararına yönelik bir başvuru yapabilir.

Nepal'de, Yüksek Mahkemenin başkanlık ettiği mahkemeler; basit, üç kademeli sistem içinde faaliyet gösterir. Yüksek Mahkeme hem en yüksek Temyiz Mahkemesi hem de Anayasa Mahkemesidir. Bu şekilde, adaletin nihai hakemi ve aynı zamanda Anayasa'nın koruyucusudur. Parlamento tarafından çıkarılan kanunlara ve Anayasa'ya ilişkin yorumu kesindir.

Tarihi nedenlerle, Nepal, Anayasa Mahkemesi olmasını tercih etmemiştir. 60 yıldan fazla bir süredir Yüksek Mahkeme ile çalışmaktayız. Böylece, bu bir kolaylık ve fiili gereklilik meselesidir çünkü insan henüz kat edilmemiş bir yoldan ziyade işlek bir yolda yürümekten dolayı rahat hisseder. İkinci olarak, Nepal'deki Yargı, zamanın zorluklarını atlatmış, sürekli gelişme

arz eden bir kurumdur. Ve daima, çoğunlukçuluğa karşı olma özelliğini muhafaza etmiştir. Bu şekilde, ortak içgüdü, onun korunmasını kolaylaştırır. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi olması yönünde tercih yapılmamasının daha temel bir sebebi, maliyet ve zamanı etkin kullanma ile ilgilidir. Çünkü bir insan, mahkemedeki günlük işlerde bazı yasal ya da anayasal sonuçları olmayan bir ihtilafı nadiren karşılar. Eğer asıl mahkemedeki ihtilaf askıya alınarak, yasal ve anayasal meselelerin öncelikle Anayasa Mahkemesince çözümlenmesi gerekiyorsa, bu durum davaların sonuçlandırılmasında gereksiz bir gecikmeye neden olabilir. Son olarak, canlı olarak izlenen bir dava, kanunun uygunluğunu (mantığını), adaleti ve doğruluğu görmek üzere eşsiz bir fırsat sunar. Eğer olgular ve kanunlar farklı organlarca ele alınıp ayrı tutulurlarsa, insan bazen kanunun ve Anayasa'nın yanlış anlaşılmasına yol açacak bir durumla karşı karşıya kalabilir. Böyle bir kavrayış biçimi, insanların genel anlamda kavrayışının ve beğenisinin de ötesine gidebilir. Bunlar en azından bizim neden Anayasa Mahkemesi olmasını tercih etmediğimizin kendi bağlamımızda kuramsal nedenleri olarak gördüğümüz nedenlerdir. Kurucu Mecliste Anayasa Mahkemesinin kurulması yönünde bazı sesler olmasına rağmen, Nepal muhtemelen en üst Temyiz Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi olarak iki işlevi yerine getiren Yüksek Mahkeme şeklinde mevcut yapıyla devam edecektir.

Sosyal hakların uygulanmasına gelince, haklara ilişkin uzun bir listenin olmasının başlı başına büyük bir başarı olmadığı kanaatindeyim. Hakların beyanının biraz normatif değeri olabilir, ancak bunları yasal bir biçime dönüştürme, faaliyete geçirme ve insanların bunların farkına varmalarına yardımcı olma, olağanüstü önem taşır. Bu bağlamda, hakların sahiplerine ilişkin bir durum analizi elzemdir. İnsanların farklı hayat tecrübelerinin, kapasitelerinin ya da yetersizliklerinin olduğu dikkate almaya değer. İnsanların hayat tecrübeleri, kapasiteleri ve yetersizlikleri kabul edilmezse, insanlar haklarını hayata geçirecek bir durumda olmayabilirler. Böylelikle normatif düzeyde, eşitlik ve ayrımcılık yapmama hakkına ilişkin kapsamlı ve bağlamsal bir kavrayış, hakların uygulanması için bir ön koşul olur. Bu, Nepal Anayasası'nın ve aynı zamanda Nepal'in taraf olduğu uluslararası insan hakları belgesinin açık bir mesajıdır. Belki bunu dikkate alarak, 2009'da *Mohan Sashankar*¹ davasında Nepal Yüksek Mahkemesi, Kadınlara Karşı Her Tür

1 Mohan Sasankar karşı Hükümet, Başbakan ve Bakanlar Kurulu ve Diğerleri, no 3416, yıl

Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi'ni (CEDAW) hatırlatarak, ayrımcılığın tanımını, hakların inkâr edilmesine ve hükümsüz kılınmasına yol açan kısıtlamaları, dışlanmaları ve yasakları kapsayacak şekilde yapmıştır. Benzer şekilde, *Prakash Mani Sharma ve diğerlerin*² davasında eşitliği şekli eşitlikten esasa ilişkin eşitliğe dönüştürme ihtiyacını vurgulayarak, Mahkeme şunu gördü ki eğer farklı grupların ve toplulukların tecrübeleri dikkate alınmazsa, herkes bu tür haklardan eşit yararlar göremeyecektir. Uluslararası insan hakları hukukunu uygulamadaki amaç, iç hukuk ortamında bu hakları faaliyete geçirme ve de anayasal olarak kabul edilmiş normlara güç sağlama olarak görünmektedir.

Hakların uygulanması için ikinci bir ön koşul, uygun alt yapının oluşturulması ve sorumlu devlet ve devlet dışı aktörlerce gerçekleştirilecek hızlandırma/kolaylaştırma. Sağlık, eğitim, kirliliğe yol açmayan çevre hakkı gibi birçok hak, uygun altyapı yerleştirilmeden uygulanamaz. Bu, hukuki altyapıyı da içermektedir. Örneğin, eğer çalışma hakkı "*kanunca öngörüldüğü üzere*" güvence altına alınır denirse, kanun yapma gerekli bir ön koşul haline gelir. Ne var ki, hükümet uygun hukuki belgeyi düzenleme yükümlülüğünü ihmal ederse, Mahkeme öne çıkar ve bunun düzenlenmesi için talimat verir. *Prem Bahadur Khadka*³ davasında, Nepal Yüksek Mahkemesi bunu yaptı ve hükümetten çalışma hakkının uygulanması için Anayasa'nın öngördüğü kanunu çıkarmak üzere kanun tasarısını Parlamento'ya getirmesini istedi.

Bunun doğal sonucu, sosyal haklar ve medeni ve siyasi haklar arasındaki bağ olmuştur. Bu itibarla, tüm haklar birbirine bağlıdır; uygulama hakların organik/bütünleyici bir yorumunu gerektirir. Bu açıdan Nepal Yüksek Mahkemesi, yine *Prem Bahadur Khadka* davasında çalışma hakkını onurlu yaşama hakkının temeli olarak yorumladı ve bunu eşitlik hakkı, dokunulmazlığın ve ırk ayrımcılığının önlenmesine ilişkin hak, çevre ve sağlık hakkı, eğitim ve kültür hakkı, kadın hakları, sosyal adalet hakkı ve çocuk hakları gibi birçok hakla ilişkilendirdi. Hükümetten bu açıdan bakmasını ve çalışma hakkını hayata geçirmek için kanun çıkarmasını istedi.

2063, 2066/3/3 tarihli Karar.

- 2 Prakash Mani Sharma ve Diğerleri karşı Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu ve Diğerleri, (sağır kişilerin davasında eğitim hakları) no 0283, yıl 2063, 16 Nisan 2008 tarihli Karar.
- 3 Prem Bahadur Khadka ve Diğerleri karşı Hükümet, Başbakan ve Bakanlar Kurulu, (çalışma hakkı ile ilgili dava) (no 066-WO-07193, 2065/9/23/4 tarihli Karar)

Sosyal hakların uygulanmasında daha önemli bir mesele, kapasite geliştirmedir. Bu, sosyal adaleti temin etmek için gereklidir. Ötekileştirilmiş bir topluluğun pozitif ayrımcılık yoluyla bütüne dâhil edilmesi, katılması ve entegre edilmesi, bunun çok önemli unsurlarıdır. Nepal’de bölgeler ve sosyal gruplar arasındaki büyük fark ve de Nepal’in insani gelişmişlik endeksinde çok düşük olan genel performansı (Dünya ortalaması 0.534 iken Nepal’de 0.509) dikkate alınır, kapasite artırmaya yönelik politika oluşturma istenir hale gelmiştir. İnsanlar bilgisizse demokrasi aydınlık olamaz. İnsanların insani gelişmişlik endekslerinde son derece yetersiz kalıp yine de ekonomik, sosyal ve kültürel haklar açısından zengin olmaları mümkün olamaz. Böyle bir durum sosyal haklar ve sosyal adalet safatası anlamına gelir. Haklar ciddiye alınacaksa, Devletin hakları koruma, haklara saygı gösterme ve hakların gerçekleştirilme düzeyini artırma yükümlülüğünü almaları gerekir. Bu bağlamda, Mahkemenin, duruma göre, hakların açıklayıcı, koruyucusu ve kolaylaştırıcı olma rolünü üstlenmesi gerekir. Hal böyle olunca, insanların katılımının nasıl artırılacağı ve hakların gerçekleştirilme düzeyinin nasıl yükseltileceği, bir milyar dolarlık bir sorudur.

Her hukuk, altyapı ve kaynaklar gerektirir. Ayrıca sorumlu (hesap vermede sorumlu) kurumlar da gerektirir. Altyapı ve kaynaklar sağlanmamışsa, mahkeme müdahale edebilir ve kurumların kendi aralarında (*inter-se*) düzenlemeler yapması yönünde yönergeler çıkarabilir. Bu tür durumlarda yargı müdahalesi, yetkiden ziyade sorumluluk nedeniyle olur. Belirli bir durum ya da meselenin ivediliği bunu gerektirebilir. *Prakash Mani Sharma ve Diğerleri*⁴ davasında Nepal Yüksek Mahkemesi, hakların uygulanmasının altını çizerek, üreme haklarının gerçekleştirilebilmesi için sağlık/spor tesisleri ve altyapısının oluşturulması yönünde talimat verdi. Benzer şekilde, *Baajuddin Minya ve Diğerleri*⁵ davasında, Mahkeme, ürünleri Park hayvanlarınca tahrip edilmiş olan insanların gıda hakkını tanımanın yanında, tazminat işlemleri için yönerge çıkardı.

Ancak çıkarılan kanunlar eksik olduğunda ya da anayasal beklentileri karşılamadığında ya da kolaylaştırmak yerine, haklardan yararlanmaya

4 Prakash Mani Sharma ve Diğerleri karşı Hükümet, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu ve Diğerleri, no 064-WO-0230.

5 Bajuddin Minhya ve Diğerleri karşı Hükümet, Başbakan ve Bakanlar Kurulu, (Koshi Tappu Tabiat Alanındaki hayvanlarca ürünlerin tahrip edilmeleri) no WO-0338, yıl 2064, 2065/11/5/2 tarihli Karar.

engel teşkil ettiğinde veya mevcut anayasal ya da yasal normlara ters düştüğünde, bir başka durum ortaya çıkar. Böyle bir durumda, Mahkeme ek rehber ilkeler yayınlar veya kanunun yetkiyi aştığını (*ultra vires*) beyan eder. Birçok durumda Mahkeme, anayasal ve yasal normlara saygıyı temin ve hak sahiplerinin haklarından yararlanmaları için izlenecek talimatlar ya da uygunluk kararları yayınlar.

Kısacası, Nepal yargısı sosyal hakların uygulanmasına yönelik olarak hukuki çareler üretme hususunda çok yönlü bir strateji benimsemiştir. Bir kanun haklara ters düştüğü zaman, Mahkeme kanunun yetkiyi aşan (*ultra vires*) bir kanun olduğunu beyan eder. Kanun yokluğunda, kanunda eksik hususlar olduğunda veya kanunu uygulayacak kurumların yokluğunda ya da mesele eğitim veya farkındalık meselesi olunca, Mahkeme eksikliği gidermek için yönerge niteliğinde kararlar da vermiştir. İzleme ve geri bildirimde bulunma mekanizmasına yönelik devam eden mahkeme emirleri niteliğindeki hükümler, adalete başvuruyu kolaylaştıracak geçici yardım/telafi temin etmeye yönelik kararlar, Mahkemenin izlediği diğer stratejilerdir. Ağır bir ihlal meydana geldiğinde mağdura zararının veya kaybının iade edilmesinin gerektiği anlaşılmaktadır; yalnızca hakkın beyanı sözde bağlılık (riyakârlık) anlamına gelir.

Günümüzde, sosyal hakların korunması hususunda Nepal Yüksek Mahkemesinin olumlu rolüne rağmen, ne var ki, sosyal adalet hukuku örneğin şu sorunların sıkıntısını çekmektedir:

- Aynı düzlemdeki grupların zihniyetindeki direnç;
- Kaynak kıtlığı;
- Uygun iletişim, bilgi yayma ve inanç eksikliği;
- İlgili görevlinin hesap vereceğine dair bir endişesinin, korkusunun olmaması; ve
- Uygulama aşamasında sivil toplum aktörlerinin tarafında kışkırtılmama/rahatlık.

Her ne sebeple olursa olsun mahkeme kararının uygulanmamasının çok tehlikeli bir olay olduğu kanaatindeyim. Hâkimler doğal olarak kararlarının uygulandığını görmek isterler. Bu onların ortak psikolojisidir. Ve kararlarının uygulanmayacağını anladıklarında, talimat/emir vermekte tereddüt ederler.

Uymama, böylelikle, hâkimler arasında bir oto sansür ortamına yol açar. Bu, aynı zamanda yargı müessesesinin etkinliğine yönelik şüpheli bir yaklaşıma sebep olur. Bu, sosyal hakların korunması ile ilgilenen herkes için ortak bir kaygıdır.

Son olarak, benim açımdan, Mahkemenin sosyal hakların korunmasındaki rolü, anayasal yükümlülüğü ve oynaması beklenen rolü bağlamında anlaşılması gerekir. Meselenin ivediliği müdahaleyi gerektirdiğinde, yargıyı yürütme erkinin yerine geçtiği ya da yürütme erkiyle rekabet ettiği şeklinde görmek anlamsızdır. Çünkü yargı müdahalesi genelde yürütmenin eylemsizliği yüzünden oluşan boşluğu doldurmak için vardır. Eğer demokrasi uygun şekilde işlerse, böyle bir durum en aza indirgenebilir. Ne var ki, günümüzdeki mevcut duruma göre, demokrasi doğum sancısı çekmektedir ve hakların kullanılması halen kurulan bir hayaldir. Demokratik kurumlar olgunlaşma sürecindedir. Eğer demokrasi kalkınma ile desteklenir ve eğer demokrasi ve kalkınma karşılıklı olarak birbirini güçlendirir ve birbirine güven verirse, esasen eylemsizlik nedeniyle oluşmuş kurumlar arası baskı en aza indirgenecektir. Böylece, Devletin aynı derecedeki kolları arasında performansa dayalı diyalojik ilişki daha istenir durumdadır. Bu bağlamda, Parlamento, anayasal olarak güvence altına alınmış hakların ruhuna uyan kanunlar çıkararak süreci başlatabilir. Yürütme, kaynakları tahsis ederek ve kanunları uygulayan kurumları oluşturarak; Yargı ise insanlara ekonomik refahı ve sosyal adaleti temin etme yönündeki anayasal amaçları karşılamak üzere kanunları uyumlu bir biçimde yorumlayarak katkıda bulunabilir. Anlıyorum ki bu şekilde, hakların pratiği için daha iyi bir çerçeve oluşturulabilir ve de yargı, onunla aynı derecedeki diğer erkler ve paydaşlar bireysel olarak ve kolektif olarak bunların uygulanmasına katkıda bulunabilirler.

Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Protection of Social Rights by Constitutional Courts

Kalyan Shrestha
Justice at the Supreme Court of Nepal

Hon. President of the Turkish Constitutional Court and the AACC,

Hon. Chief Justices,

Chairpersons,

Hon. Justices

Distinguished Delegates

Ladies and Gentlemen,

May I begin by thanking the organizers for inviting me to the Second Congress of the Association of Asian Constitutional Courts (AACC). I have brought with me the best wishes of the Nepali judiciary for the success of the Congress. As it also happens to be the 52nd Anniversary of the Turkish Constitutional Court, I would like to congratulate its president Hon. Hasim KILIC and member justices for the wonderful work you have done over the years to protect the Constitution and foster its values.

In my presentation today I will first give you a quick view of the landscape of economic, social and cultural rights encapsulated in the Nepali Constitution. Then I will discuss about the structure and function of the Nepali court system. This follows a review of the challenges facing implementation and enforcement of economic, social and cultural rights. Finally, I will also argue how a better situation for the enforcement of rights can be created and how best the judiciary, other coordinate branches and stakeholders individually and collectively contribute to their enforcement.

Echoing to the spread of international human rights instruments, the Interim Constitution of Nepal 2007 embodies a very bold framework of rights that includes not just civil and political rights, but also economic, social and cultural rights. A host of ESC rights such as the right to free education up to secondary level, the right against untouchability, the right to social justice and security, the right to a healthy environment, the right to basic health services free of cost, the right to food sovereignty, the right to property, the right of the child to identity, security and the right to employment and appropriate labor exercise are also guaranteed as enforceable rights in the Constitution. At the root of all these rights lie the right to equality and non-discrimination and the right to a dignified life. So much popular is the human rights discourse in Nepal that the canvas of rights seems ever expanding.

As we all know, the obligation to enforce rights lies with the State. Being one of the three organs, and an instrumentality of the State, it is no doubt the obligation of the Judiciary to play the best possible role for the enforcement of rights. This is so also because the Constitution provides affected persons and citizens an enforceable right to file the case where breach of constitutional obligation occurs due to action or non-action of the State. The *locus-standi* is widened in such a way that any public spirited citizen may bring a public interest petition to the Supreme Court for the resolution of any constitutional, legal or policy related disputes that violates or affects the enjoyment of right and entitlements guaranteed by the Constitution.

Nepal operates under a simple three-tiered system of courts headed by the Supreme Court. The Supreme Court is both the highest Court of Appeal and the Constitutional Court. That way, it is the final arbiter of justice as well as the custodian of the Constitution. Its interpretation of the Constitution and laws enacted by the Parliament is final.

For historical reasons, Nepal has not opted for a Constitutional Court. It is more than 60 years now that we have been working with the Supreme Court. Therefore, it is a matter of convenience and practical exigency, for one feels comfortable to walk on the beaten path rather than a path not yet taken. Secondly, the Judiciary in Nepal is a continuous organization that has survived the vicissitudes of times. And all along, it has maintained its counter majoritarian trait. So, common instinct favors its protection. However, a more fundamental reason for not switching over to Constitutional Court

pertains to cost and time efficiency. Because, in everyday court business one hardly comes across any dispute that does not have some legal or constitutional ramifications. If legal and constitutional issues are to be first resolved by a Constitutional Court by keeping the dispute in regular court in abeyance, it may cause unnecessary delay in the resolution of cases. Finally, a live case provides a unique opportunity to examine justness, fairness and reasonableness of the law. If fact and law are segregated and handled by different organs, one may sometimes come across a situation that gives rise to inaccurate understanding of law and the Constitution. A compartmentalized understanding may also go beyond general comprehension, affordability and liking of the people. This is at least what we feel in our context to be the theoretical reasons for not switching over to the Constitutional Court. Despite the fact that there are some murmurings in the Constituent Assembly for its establishment, Nepal is likely to work with the current structure headed by the Supreme Court that performs the twin function of the highest Court of Appeal and the Constitution Court.

Coming to the enforcement of social rights, I am of the view that having a long list of rights in itself is no big achievement. The declaration of rights may have some normative value but transforming them into a legal format, operationalizing and helping people to realize them are of paramount importance. It is in this context that a situation analysis of bearers of rights is essential. It is worth noting that people have different life experiences, capacities, or disabilities. They may not be in a position to realize the rights unless their life experiences, capacities and disabilities recognized. At the normative level therefore, an expansive and contextual understanding of the right to equality and non-discrimination becomes a pre-requisite for the enforcement of rights. This is the clear message of the Nepali Constitution as well as international human rights instrument of which Nepal is the party. Perhaps taking note of this, the Supreme Court of Nepal in *Mohan Sashankar¹ in 2009*, echoing CEDAW gave the definition of discrimination to include prohibitions, exclusions and restrictions leading to denial and nullification of rights. Similarly, in *Prakash Mani Sharma and others²* emphasizing the need

1 Mohan Sasankar v GoN, Prime Minister and Council of Ministers and Others, Writ no 3416 of the year 2063, decision dated 2066/3/3.

2 Prakash Mani Sharma and Others v Office of the Prime Ministers and Council of Ministers and Others, (education rights of deaf persons case) Writ no 0283 of the year 2063, Decision

to transform equality from formal to substantive equality, the Court observed that if experiences of different groups and communities were not adjusted, not all would be able to take equal benefits of such rights. The objective of invocation of international human rights law submittedly seems to transform and operationalize them in the domestic legal setting, and also provide vitality to constitutionally inscribed norms.

A second pre-requisite for enforcement of rights is the creation of suitable infrastructure and facilitation by responsible state and non-state actors. A host of rights such as the right to health, education, pollution-free environment etc. cannot be enforced without suitable infrastructure being in place. This also includes legal infrastructure. For instance, if the right to employment is guaranteed “*as provided by law*” the enactment of the law is a necessary precondition. However, if the government of the day neglects to fulfill its obligation to enact suitable legal instrument, the Court comes forward and issues orders for its enactment. In *Prem Bahadur Khadka*³ the Supreme Court of Nepal did the same and asked the government to introduce the Bill in the Parliament to enact the law envisaged by the Constitution to enforce the right to employment.

A corollary to this is the inter-linkage between social rights and civil and political rights. As such, all rights are interlinked; enforcement demands an organic/integrative interpretation of rights. Looking into this aspect, the Supreme Court of Nepal in the same case of *Prem Bahadur Khadka* interpreted the right to employment as constitutive of the right to live with human dignity and linked it with a host of rights such as the right to equality, the right against untouchability and racial discrimination, the right to environment and health, the right to education and culture, the right of women, the right to social justice and the right of the child. It asked the government to look into this aspect and enact the law to operationalize the right to employment.

A more fundamental question in the enforcement of social rights is capacity building. This is essential for ensuring social justice. Inclusion, participation and mainstreaming of the marginalized community through

dated 16, April 2008.

3 Prem Bahadur Khadka and Others v GoN, Prime Minister and Council of Ministers, (case relating to the right to employment) (Writ no 066-WO-07193, decision dated 2065/9/23/4)

positive discrimination are its vital components. Given the huge disparity existing in Nepal between regions and social groups, and a very low overall performance of Nepal in the human development index (i.e. 0.509 whereas the global average is 0.534) policy formulation for capacity building is desirable. Democracy cannot be literate if people are illiterate. People cannot be rich in terms of ESC rights and yet remain abjectly poor in the human development indices. Such a situation amounts to a mockery of social rights and social justice. Therefore, if rights are to be taken seriously, the State institutions should take the obligation to protect, respect and increase realization level of rights. In this context, the Court, depending on the situation, should play the role of explainer, protector and facilitator of rights. This being so, how to increase the participation of the people and how to enhance the realization level is a billion dollar question.

Every law requires infrastructure and resources. It also requires accountable institutions. Despite the law being in place, if infrastructures and resources are not provided, the court may intervene and issue guidelines for making inter-se arrangements. The judicial intervention in such situations comes by way of responsibility rather than authority. A specific situation or an urgency of the matter may call for this. The Nepali Supreme Court in *Prakash Mani Sharma and Others*⁴(uterus prolapse case) highlighting the enforcement of rights, issued order for the creation of infrastructure and physical facilities so that reproductive rights could be realized. Similarly, in *Bajuddin Minya and Others*,⁵the Court, while recognizing the right to food of the people whose crops were destroyed by Park animals, issued guidelines for processing compensation.

Yet another situation occurs when enacted laws are incomplete, or when they do not meet constitutional expectations, or instead of facilitating, obstruct the enjoyment of rights or go against existing constitutional or legal norms. In such a situation, the Court issues supplementary guidelines or declares laws *ultra vires*. In several cases, the Court also issues compliance orders or follow up orders so that constitutional and legal norms are abided by and the right holders enjoy their rights.

4 Prakash Mani Sharma and Others v GON, Office of the Prime Minister and Council of Ministers and Others, Writ No 064-WO-0230.

5 Bajuddin Minhya and Others v GoN, Prime Minister and the Council of Ministers, (destruction of crops by wild animals from Koshi Tappu Wildlife Reserve)Writ no WO-0338 of the year 2064 decision dated 2065/11/5/2.

In a nutshell, the Nepali judiciary has employed multi-pronged strategy in designing remedies for the enforcement of social rights. Where a law goes against the rights, the Court declares the law *ultra-vires*. In case where law is absent or where it is incomplete or institutions to implement the law is absent, or where education or awareness is the question, the Court has issued directive orders to make up the deficiency. Orders such as continuing mandamus for monitoring and report back mechanism, orders for providing interim relief/compensation to facilitate recourse to justice are other strategies followed by the Court. It is felt that where gross violation occurs, the victim should be compensated; mere declaration of right would only amount to be a lip service.

Today, despite the positive role of the Supreme Court of Nepal in the protection of social rights, however, the social justice jurisprudence suffers from challenges such as:

- Resistance mindset of the coordinate wings;
- Scarcity of resources;
- Lack of proper communication, information dissemination and lack of faith;
- Lack of fear that the concerned official will be made accountable; and
- Complacency on the part of civil society actors in implementation.

I am of the view that non-enforcement of the decision of the court, for any reason whatsoever, is a very dangerous phenomenon. The judges naturally want to see their decisions implemented. It is their common psychology. And, when they feel that the decisions will not be implemented they hesitate to issue orders. Non-compliance, thus, engenders an environment of self-censorship among the judges. This also gives rise to skepticism of the effectiveness of the institution of the judiciary. It is a common worry for all of us involved in the protection of social rights.

Finally, in my view, the role of the Court in the protection of social rights needs to be understood in the context of its constitutional obligation and the role it is supposed to play. When urgency of the matter calls for intervention it is futile to view judiciary as competitor or displacer of executive authority. This is because judicial intervention generally comes to fill the void created

by executive inaction. If democracy works properly such a situation may be minimized. However, as the situation exists today, democracy is passing through natal pain; and the enjoyment of rights is still a cherished dream. Democratic institutions are in the process of getting maturity. If democracy is supplemented by development, and if democracy and development become mutually reinforcing and reassuring, inter-organ pressure created mainly due to in-action will be minimized. Therefore, a performance based dialogic relation between coordinate wings of the State would be more desirable. In this context, the Parliament can start the process by enacting laws in tune with the spirit of constitutionally guaranteed rights. The Executive can contribute by allotting resources and creating institutions that implement laws and the Judiciary by harmoniously interpreting them to meet constitutional aspirations of securing to the people economic well being and social justice. I feel, this is how a better situation for the enforcement of rights can be created and the judiciary, other coordinate branches and stakeholders individually and collectively contribute to their enforcement.

I thank you for your kind attention.