

Technical Aspects While Dealing With Treaty-Related Files

Major issues

Power to conclude treaty (Constitution of Nepal)

Dal Bahadur Adhikari

Power to conclude treaty
(Constitution of Nepal)

अन्तरराष्ट्रिय सम्बन्धका आधारहरू (संविधानको धारा ५० र ५१)

- नेपालको स्वतन्त्रता, सार्वभौमसत्ता, भौगोलिक अखण्डता, स्वाधीनताको रक्षा,
- सार्वभौमिक समानताका आधारमा अन्तरराष्ट्रिय सम्बन्ध कायम,
- विश्व समुदायमा राष्ट्रिय सम्मान अभिवृद्धि,
- संयुक्त राष्ट्र संघको वडापत्र,
- असंलग्नता,
- पञ्चशीलको सिद्धान्त,
- अन्तरराष्ट्रिय कानून र विश्वशान्तिको मान्यता,
- राष्ट्रको सर्वोपरि हित,
- समानता र पारस्परिक हित,

सन्धि सम्पन्न गर्ने अधिकार (धारा २७८)

- सन्धि वा सम्झौता सम्पन्न गर्ने अधिकार संघमा निहित रहने,
- प्रदेशको अधिकार सूचीमा पर्ने विषयमा सन्धि वा सम्झौता गर्दा नेपाल सरकारले सम्बन्धित प्रदेशसँग परामर्श गर्नु पर्ने,
- प्रदेश मन्त्रिपरिषदले नेपाल सरकारको सहमति लिई आर्थिक तथा औद्योगिक विषयका करारजन्य सम्झौता गर्न सक्ने।

संघको अधिकार सूची(अनुसूची-५)

६. परराष्ट्र तथा कूटनीतिक मामिला, अन्तर्राष्ट्रिय सम्बन्ध र संयुक्त राष्ट्र संघ सम्बन्धी,
७. अन्तर्राष्ट्रिय सन्धि वा सम्झौता, सपुर्दगी, पारस्परिक कानूनी सहायता र अन्तर्राष्ट्रिय सीमा, अन्तर्राष्ट्रिय नदी,

सन्धि वा सम्झौताको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन
(धारा २७९)

•नेपाल राज्य वा नेपाल सरकार पक्ष
हुने सन्धि वा सम्झौताको अनुमोदन,
सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन संघीय
कानून बमोजिम हुने ।

संघीय संसदका दुवै सदनमा तत्काल कायम रहेका सम्पूर्ण सदस्य संख्याको दुई तिहाई बहुमतबाट अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन गर्नु पर्ने सन्धिहरू (धारा २७९)

१.राष्ट्रलाई व्यापक, गम्भीर वा दीर्घकालीन असर पर्ने शान्ति र मैत्री

२.सुरक्षा र सामरिक सम्बन्ध

३.नेपाल राज्यको सिमाना

४.राष्ट्रलाई व्यापक, गम्भीर वा दीर्घकालीन असर पर्ने प्राकृतिक स्रोत तथा त्यसको उपयोगको बाँडफाँड ।

प्रतिनिधिसभाको साधारण बहुमतबाट अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति
वा समर्थन गर्नु पर्ने सन्धिहरु:

१. राष्ट्रलाई व्यापक, गंभीर वा दीर्घकालीन असर नपर्ने साधारण प्रकृतिका शान्ति र मैत्री,
र प्राकृतिक स्रोत तथा त्यसको उपयोगको बाँडफाँड सम्बन्धी सन्धि वा सम्झौता (धारा
२७९),

२. अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन गर्नु पर्ने भनी व्यवस्था भएको सन्धि,

३. कुनै अन्तर सरकारी संगठनको स्थापना गर्ने वा त्यस्तो कुनै संगठनको सदस्यता
प्राप्त गर्ने सन्धि,

४. प्रचलित कानूनको प्रतिकूल हुने सन्धि ।

माथि लेखिए देखि बाहेकका सबै प्रकारका सन्धि/सम्झौताहरुको नेपाल पक्ष हुन नेपाल
सरकार, मन्त्रिपरिषद्बाट निर्णय हुनुपर्छ ।

सन्धि वा सम्झौता गर्न प्रतिवन्ध

नेपालको भौगोलिक अखण्डतामा
प्रतिकूल असर पर्ने गरी कुनै सन्धि
वा सम्झौता नगरिने ।

Major issues

Name of State

- Federal Republic of Nepal
- Federal Democratic Republic of Nepal
- Republic of Nepal
- Nepal
- State vs. Province

Audit issue

- The Auditor General of Nepal is/shall be recognized as an independent auditor acceptable to the International Development Association (Association) or Asian Development Bank(ADB).
- The Auditor General of Nepal is/shall be recognized as an independent auditor acceptable to the ADB. If it fails to carry out such an audit in time, the ADB may appoint an independent auditor. However, it shall not affect the constitutional jurisdiction of the Auditor General of Nepal.
- It is understood that does not affect the jurisdiction of the Office of Auditor General.

CIAA issue

- reserves the right to carry out investigation on any fraudulent or corrupt case committed in the course of awarding contract.
- It is understood that does not affect the jurisdiction of the Commission for Investigation of Abuse of Authority as provided for in the Constitution of Nepal.

Foreign Consultant issues (प्रस्तावित विकास सह्यता परिचालन नीति, २०८१)

- परामर्शदाता परिचालन गर्दा उपलब्ध र सम्भव भएसम्म नेपाली नागरिक वा संस्थालाई प्राथमिकता दिने,
- प्रविधि तथा ज्ञानको हस्तान्तरण गर्ने र राष्ट्रिय स्तरमा उपलब्ध नभएको विज्ञताका लागि मात्र अन्तरराष्ट्रिय परामर्शदाता परिचालन गर्ने,
- परामर्श सेवाका लागि आयोजना दस्तावेजमा स्पष्ट सीमा, सर्त र कार्यविवरण संलग्न हुनु पर्ने,
- नेपाल सरकारको पूर्व स्वीकृति बिना पूर्वाधार आयोजनाको लागतको ५ प्रतिशत भन्दा बढी रकम परामर्श सेवामा खर्च नगर्ने

Key Program Personnel Recruitment Issue

- Frequent transfer
- Not to transfer for project period
- Key personnel to be acceptable to the Donor
- No objection to be received from the Donor
- Project to recruit those personnel

Entry into force

- This Agreement shall enter/come into force upon its signature.
- This Agreement shall enter into force upon receipt of the latter note confirming that the internal legal requirements of the Party for its entry into force have been fulfilled.
- This Agreement is/shall be subject to ratification.

Governing Law

- This Agreement shall be governed by the Nepali law.
- This Agreement shall be governed by the English law.
- This Agreement shall be governed by New York law.
- This Agreement shall be governed by

कर छुट दिने सम्बन्धी विषय

- अख्तियार दुरुपयोग अनुसन्धान आयोगले आयोजनाको लागत व्यहोर्ने श्रोत नेपाल सरकारको वा वैदेशिक सहायता जुनसुकै भए पनि ठेक्का प्रशासन तथा आयोजना सञ्चालन वा कार्यान्वयन गर्ने निकायले कर, भन्सार, अन्तःशुल्क, मुल्य अभिवृद्धि कर लगायतका सबै कर, दस्तुर तथा महशुल तिर्ने व्यवस्था मिलाउने।
- आगामी दिनमा द्विपक्षीय, बहुपक्षीय ऋण वा सहायता स्वीकार गर्ने सम्झौता गर्दा आयोजनामा लाग्ने कर, दस्तुर, महशुल छुट दिने प्रावधान नराखी उक्त कर, दस्तुर, महशुल नेपाल सरकारले व्यहोर्ने व्यहोरा उल्लेख गर्न अर्थ मन्त्रालयलाई पत्राचार भएको।

Privileges and Immunities

- कूटनीतिक प्रतिनिधि, UN, SAARC जस्ता संगठनका प्रतिनिधिहरूले मात्र Privileges and Immunities पाउने ।
- कतिपय सम्झौतामा “The GoN shall take necessary measures to ensure that the *Korean* experts, and KOVs have privileges, immunities, exemptions, and benefits not less favourable than those granted to the experts of other countries performing similar missions in accordance with laws and regulations of the GoN” भन्ने व्यवस्था राख्ने गरेको ।
- भारतसँग विभिन्न विषयमा यस अघि गरिएका सम्झौताहरूमा “The personnel of GOI and the Indian deployed by the consultant and the contractor(s) working on the project in Nepal will, at all times, respect the laws of Nepal. However, no suit, proceedings, except in the case of gross negligence or willful misconduct, will be instituted against any such person for anything done or purported to be done in good faith, in the course of discharging their official duties for the successful and expeditious implementation of the project.” उल्लेख गर्ने गरिएको ।

भगिनी सम्बन्ध कायम गर्ने

- स्थानीय सरकार संचालन ऐन, २०७४ को दफा ११ को उपदफा (द) मा स्थानीय तहले प्रदेश सरकारको परामर्शमा नेपाल सरकारको पूर्व स्वीकृति लिई विदेशका कुनै स्थानीय सरकारसँग भगिनी सम्बन्ध कायम गर्न सक्ने व्यवस्था रहेको ।
- प्राविधिक ज्ञान, विकास अनुभव, सांस्कृतिक र पर्यटन क्षेत्रसँग सम्बन्धित ज्ञान तथा सीप आदान प्रदान गर्ने उद्देश्यले भगिनी सम्बन्ध कायम गर्नु पर्नेमा प्रत्यक्ष वैदेशिक लगानी भित्र्याउने लगायतका विषयहरू समावेश गरी सम्झौता प्रस्ताव भई आउने गरेको ।

अधिकार प्राप्त अधिकारीबाट सम्झौता स्वीकृत गर्ने र हस्ताक्षर गर्ने निर्णय हुनुपर्ने

- संगठित संस्थाको तर्फबाट सम्झौता (खासगरी आयोजना सम्झौता) गर्दा सम्बन्धित ऐन बमोजिमको अधिकार प्राप्त अधिकारीको सम्झौता स्वीकृत गर्ने र हस्ताक्षर गर्न अख्तियारी दिने निर्णय विना नै हस्ताक्षर गर्ने परिपाटी रहेको ।

Memorandum of Understanding

- दुई पक्षहरू बिचको समझदारीलाई बुझाउन यसको प्रयोग गरिन्छ । यो सन्धि भन्दा कम औपचारिक प्रकृतिको सम्झौता हो । कहिले काँही कार्यविधि वा प्राविधिक विषयहरू समेटेको विस्तृत व्यवस्थालाई बुझाउन पनि यसको प्रयोग गरिन्छ । अन्तरराष्ट्रिय प्रचलनमा यसलाई बन्धनकारी लिखतको रूपमा मानेको पाइंदैन । तथापि, नेपालको सर्वोच्च अदालतले समझदारीपत्रलाई बन्धनकारी लिखत मानेको छ ।

Terminology for MoU

- Have reached the following understanding instead of Have agreed as follows
- Paragraph instead of article
- Accepted, approved, decided or consented instead of agreed
- Covered by instead of bound to
- Continue to apply to instead of constitute an obligation
- Come into operation or effect instead of enter into force
- Jointly decided instead of mutually agreed
- Conditions, terms or duties instead of obligations, etc.

Brainstorming

- While protecting legitimate interest under this Article, the Contracting Parties shall adopt the least transit and trade restrictive measures.
- This Agreement shall be amended by the mutual consent of the Parties.
- Done on in..... in duplicates of Nepali, Chinese and English languages, all the text being equally authentic. (In case of discrepancy in interpretation, the English text shall prevail.)

Treaty and Domestic law ?

Treaty and domestic laws

नेपाल सन्धि ऐन, २०४७

९. सन्धि व्यवस्था कानून सरह लागू हुने: (१) संविधान सभाबाट अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन भई नेपाल वा नेपाल सरकार पक्ष भएको कुनै सन्धिको कुरा प्रचलित कानूनसँग बाझिएमा सो सन्धिको प्रयोजनको लागि बाझिएको हदसम्म प्रचलित कानून अमान्य हुनेछ र तत्सम्बन्धमा सन्धिको व्यवस्था नेपाल कानून सरह लागू हुनेछ ।

Treaty and domestic laws

(२) संविधान सभाबाट अनुमोदन, स्वीकृति वा समर्थन नभएको वा सम्मिलनको स्वीकृति नपाएको तर नेपाल वा नेपाल सरकार पक्ष भएको कुनै सन्धिबाट नेपाल..... वा नेपाल सरकार उपर कुनै थप दायित्व वा भार पर्न जाने र त्यसको कार्यान्वयनको लागि कानूनी व्यवस्था गर्नु पर्ने रहेछ भने त्यस्तो सन्धि कार्यान्वयनको लागि नेपाल सरकारले यथासम्भव चाँडो कानून बनाउने कारबाही चलाउनु पर्दछ ।

दिनेश कुमार शर्माको मुद्दा, नि.नं. ७७५७, ने.का.प.
२०६३, अंक ९

नेपाल पक्ष भएका सन्धिहरु कानून सरह लागू हुन सक्छन्, तर कानून नै भनी हालन नमिल्ने ।

कानून हुनु र कानून सरह लागू हुनु दुई पृथक कुरा हुन् । कुनै कुरा कानून सरह लागू हुन्छ भन्दैमा सबै सन्दर्भमा सबै प्रयोजनको निमित्त त्यसलाई वैधानिक प्रक्रियाद्वारा निर्मित कानूनको रूपमा ग्रहण गर्न नमिल्ने । सन्धि र राष्ट्रिय कानून बाझिएको-नबाझिएको भन्ने प्रश्नको निरूपण संविधानको धारा ८८(१) अन्तर्गत हुन सक्ने अवस्था नदेखिने ।

अधिवक्ता रमा पन्त खरेल समेतको मुद्दा, नि.नं.
७९५१, ने.का.प. २०६५, अंक ४

- नेपाल पक्ष भएको अन्तर्राष्ट्रिय सन्धिद्वारा राज्य उपर सिर्जित दायित्व राज्यले पूरा गर्दै जाने कुरा हो । अन्तर्राष्ट्रिय सन्धिको व्यवस्था राष्ट्रिय कानून सरह हुने र राष्ट्रिय कानून बाझेमा अन्तर्राष्ट्रिय सन्धिको व्यवस्था नै मान्य हुने व्यवस्था भएपनि अन्तर्राष्ट्रिय सन्धिमा उल्लेखित प्रावधानको विपरीत राष्ट्रिय कानून रहे नरहेको भनी तत्कालीन संविधानको धारा ८८(१) र हालको संविधानको धारा १०७ (१) अनुसार न्यायिक पुनरावलोकन गर्न नमिल्ने ।

सपना प्रधान मल्ल समेतको मुद्दा, नि.नं. ८१८७, ने.का.प. २०६६, कार्तिक

- नेपाल सन्धि ऐन, २०४७ को दफा ९ को उपदफा (१) मा संसदबाट अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन भई नेपाल राज्य वा नेपाल सरकार पक्ष भएको कुनै सन्धिको कुरा प्रचलित कानूनसँग बाझिएमा सो सन्धिको प्रयोजनको लागि बाझिएको हदसम्म प्रचलित कानून अमान्य हुनेछ र तत्सम्बन्धमा सन्धिको व्यवस्था नेपाल कानून सरह लागू हुनेछ भन्ने प्रावधान समेटिएको देखिन्छ । उक्त कानूनी व्यवस्था हेर्दा नेपाल सरकार पक्ष भएको तथा संसदबाट अनुमोदन समेत भएको सन्धि सिधै लागू हुने मात्र होइन नेपाल कानून भन्दा पनि उपल्लो स्तरको हुने देखिन्छ ।

सरोज राईको मुद्दा, नि.नं. ८२४२, माघ २०६६

- कुनै कानूनी हकको प्रभावकारी उपचारको व्यवस्था नभएमा संविधानले व्यवस्था गरेका मौलिक हकको हनन भएमा वा नेपालले प्रतिवद्धता जनाएका मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय सन्धिले व्यवस्था गरेका न्यूनतम मानव अधिकारको हनन भएको अवस्थामा सोको उपचारको लागि नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ को धारा १०७(२) को असाधारण अधिकार क्षेत्रको प्रयोग हुने ।
- अनुमोदन गरेको मितिदेखि नेपाल सन्धि ऐन, २०४७ को दफा ९ अनुसार उक्त महासन्धिका प्रावधानहरू नेपाल कानून सरह लागू गर्न बाध्य हुन्छ । दफा ९ अनुसार नेपालले अनुमोदन गरेको कुनै convention र नेपाल कानून बाझिएमा नेपाल कानून स्वतः अमान्य भै convention का प्रावधानहरू लागू हुन्छन् ।

Treaty and domestic laws

Pacta Sunt Servanda (Article 26 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties)

"Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith."

2. Internal law and observance of treaties (Article 27 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties):

"A party may not invoke the provision of its internal law on justification for its failure to perform a treaty..."

Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001

- *Article 3. Characterization of an act of a State as internationally wrongful*
- The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law.

Internal law and observance of treaties

Treatment of Polish Nationals case

“according to generally accepted principles, a State cannot rely, as against another State, on the provisions of the latter’s Constitution, but only on international law and international obligations duly accepted ... [C]onversely, a State cannot adduce as against another State its own Constitution with a view to evading obligations incumbent upon it under international law or treaties in force”

Greco-Bulgarian “Communities”, Advisory Opinion, 1930, P.C.I.J., Series B, No. 17, p. 32.

“it is a generally accepted principle of international law that in the relations between Powers who are contracting Parties to a treaty, the provisions of municipal law cannot prevail over those of the treaty”

Internal law and observance of treaties

Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Order of 6 December 1930, P.C.I.J., Series A, No. 24, p. 12; and ibid., Judgment, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 46, p. 96, at p. 167

“it is certain that France cannot rely on her own legislation to limit the scope of her international obligations”

Treaty and domestic laws

- संयुक्त राष्ट्र सङ्घीय सुरक्षा परिषद्का पारित प्रस्तावहरू

सुरक्षा परिषद्का पारित प्रस्तावहरू सबै राष्ट्रहरूका लागि बन्धनकारी हुन्छन्। अर्को शब्दमा सुरक्षा परिषद्का पारित प्रस्तावहरूको पालना गर्नु सबै राष्ट्रहरूको कर्तव्य हुन्छ। अन्तर्राष्ट्रिय शान्ति र सुरक्षा कायम गर्नका लागि बल प्रयोग गर्ने अधिकार सुरक्षा परिषद्लाई दिइएको छ ।

Treaty and domestic laws

UN Charter: Article 103

In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail.

नेपाल सन्धि ऐन, २०४७ को दफा ९ मा संशोधन गर्ने हो की?

- नेपाल सन्धि ऐन, २०४७ को दफा ९ मा देहायको उपदफा (१क) थप गर्ने की-

“उपदफा (१) बमोजिम कुनै सन्धिको व्यवस्थासँग बाझिएको प्रचलित कानूनलाई अमान्य गरी सन्धि व्यवस्था लागु गराउनका लागि नेपाली नागरिकले सर्वोच्च अदालतमा निवेदन दिन सक्नेछ र त्यस्तो निवेदन परेमा सन्धिको व्यवस्थासँग प्रचलित कानून बाझिएको देखिएमा सो हदसम्म प्रचलित कानून अमान्य घोषित गरी सन्धि व्यवस्था लागु गर्ने अधिकार सर्वोच्च अदालतलाई हुनेछ ।”

Other matters

- सम्बन्धित Line Agency ले Agreement अध्ययन नै नगरी राय माग गर्ने देखिएको ।
- रायको लागि पठाउने Document लाई endorse गर्ने गरेको नदेखिएको ।
- रायको लागि पत्र मात्रै आउने तर टिप्पणी लगायतका कागजातहरू सँधै पछि मगाउनु पर्ने । सम्बन्धित निकायको राय/सहमति कुरेर बस्नुपर्ने अवस्था रहेको ।
- Project Agreement मा सम्बन्धित अधिकार प्राप्त अधिकारीको अधिकार विना नै हस्ताक्षर गर्ने गरेको देखिएको ।

Other matters

- वार्ताका लागि कागजात कम्तीमा एक हप्ता अगाडि पठाउनु पर्ने र Pre-negotiation meeting गर्न उपयुक्त हुने ।
- सार्वजनिक ऋण व्यवस्थापन ऐन, २०७९ को दफा ४ को खण्ड (ठ) र सार्वजनिक ऋण व्यवस्थापन नियमावली, २०८० को नियम ३९ बमोजिम सार्वजनिक ऋण व्यवस्थापन कार्यालयले अर्थ मन्त्रालयबाट स्वीकृत सर्त समेतका आधारमा सहायक ऋण सम्झौता गर्न सक्ने विषय ।

Other matters

- दोहोरो कराधान मुक्ति, हवाई सेवा, द्विपक्षीय लगानी (BIT), प्रत्यक्ष विदेशी लगानी (FDI), BOOT, FIDIC Rules, Dispute Settlement, Governing Law, वाणिज्य व्यापार (पारवहन), उर्जा, जस्ता विषयहरूका सन्धि सम्झौताका वार्तामा सहभागी हुनु पर्ने कर्मचारीहरूलाई ती विषयहरूका आधारभूत कुराहरूको जानकारी दिने गरी तालिम दिन सकिएको अवस्था छैन।
- वार्ताको सीप सम्बन्धी तालिम समय समयमा हुन सकेको छैन।
- आन्तरिक गृहकार्य गरी आफ्नो BATNA, WATNA, Bottom Line, Stand and Position के हुने हो स्पष्ट हुने र अर्को पक्षका BATNA, WATNA, Bottom Line, Stand and Position को जानकारी लिई strategy बनाउने गर्न सकिएको छैन।

Other matters

- अन्तरराष्ट्रिय कानूनका बारेमा व्यापक र गहन छलफल हुने संयुक्त राष्ट्र संघको महासभाको 6th Committee, UNCTAD, HECH मा कानून मन्त्रालयको सहभागिता हुन सकेको छैन ।
- सबै जसो महासन्धिमा Conference of Parties ले पक्ष राज्यका लागि कानूनी रूपमा बन्धनकारी हुने निर्णयहरू गर्ने भए तापनि ती Conference हरूमा कानून मन्त्रालयको प्रतिनिधित्व भएको छैन ।

Other matters

- वार्तामा सम्बन्धित कर्मचारीको निरन्तरता दिन नसकिएको ।
- छिटो छिटो हुने सुरूवा हुने गरेको ।
- कर्मचारी विज्ञतामा भन्दा पनि Incentive कहाँ छ भनेर बढि लालायित हुने गरेको ।
- आन्तरिक गृहकार्य कमै हुने गरेको ।
- सन्धि सम्झौताका सक्कल प्रति प्राप्त नहुने गरेको ।
- कार्य जिम्मेवारी सम्बन्धी नवीनतम अभ्यासबारे अभिमूखीकरण तथा सीप-क्षमता विकास सम्बन्धी कृयाकलापको कमी, learning by doing गर्नुपर्ने अवस्था रहेको ।

धैर्यताको लागि धन्यवाद

