

ISSN 2070-9196

RAJSHAHI UNIVERSITY LAW REVIEW

Vol. IX

RAJSHAHI UNIVERSITY LAW REVIEW Vol. IX



Department of Law



Department of Law
University of Rajshahi

Rajshahi University Law Review

ISSN 2070-9196

Vol. IX

December 2018

Editor in Chief

Professor Dr. Mohammad Abdul Hannan

Assistant Editor

Professor Dr. Sayeeda Anju

Editorial Board

Professor Dr. Begum Asma Siddiqua
Professor Dr. M Anisur Rahman
Professor Dr. M Ahsan Kabir
Professor Dr. M Hashibul Alam Prodhan
Professor Abu Naser Md. Wahid
Professor Dr. M Abdur Rahim Mia

[N.B. Editorial Board does not bear any responsibility for the views expressed by the authors in the articles published in this Journal.]

University of Rajshahi

Department of Law

Rajshahi University Law Review is a platform for the scholars, researchers, practitioners and judges to develop their research works, philosophies and ideas. It is a yearly printed (along with online version) journal devoted to Jurisprudence, International Law, Personal Laws, Constitutional and Administrative Laws, Human Rights, Corporate Laws etc. It is a double blind peer-reviewed journal with ISSN number.

Correspondence: All Manuscripts and editorial correspondence should be addressed to:

The Editor in Chief
Rajshahi University Law Review
Department of Law
University of Rajshahi
Rajshahi 6205
BANGLADESH
Tel: +880 721 711300
E-mail: rulawreview.raj@gmail.com

Published by	The Department of Law, University of Rajshahi
Price	Tk. 200.00 (Two hundred taka)
ISSN	2070-9196
Printed by	Sarkar Printing, Ranibazar, Rajshahi. Ph.: 0721-770608

[Published in December 2019]

CONTENTS

Mediation Process in the Code of Civil Procedure: Problems and Prospects Armin Khatun	1-13
Interpretation of Law of Tort by the Apex Court of Bangladesh ATM Enamul Zahir Dr. Sayeeda Anju	14-29
Spousal Privilege and the Right to Testify Dr. Begum Asma Siddiqua	30-39
Administrative Structure of Waqf Administration in Bangladesh: Problems and Perspective Dr. Shahin Zohora	40-58
Doctrine of Creamy Layer <i>vis-à-vis</i> the Quota System in the Recruitment in Public Services in Bangladesh: A Lesson from India Md. Asaduzzaman Saadi Md. Shahidul Islam	59-79
Role of SAARC in Protecting Human Rights in South Asia: Towards an Effective Enforcement Mechanism Md. Moniruzzaman	80-99
Rights and Realities of the Street Children in Bangladesh Mohammad Mahmudul Hasan	100-110
Legal Fragilities and Limitations of International Humanitarian Law (IHL) in Protecting Civilians during Armed Conflict Amdadul Haque Ehteshamul Hoq S M Shahidul Islam	111-126
Compatibility of the Child Marriage Restraint Act with International Law: Towards a Hermeneutic of "Benevolent Departure" Shaila Alam Asha	127-142
নারী ও শিশু নির্যাতন দমন আইন ২০০০ এর অপপ্রয়োগ বনাম প্রয়োগহীনতা বিতর্ক : একটি অনুসন্ধানী পর্যালোচনা Dr. Md. Abdur Rahim Mia	143-166
বাংলাদেশে হিজড়াদের অধিকারঃ রাজশাহী সিটি কর্পোরেশন এলাকায় বসবাসরত হিজড়াদের উপর একটি সমীক্ষা Dr. Md. Rafiqul Islam	167-178

Notes for Contributors

Rajshahi University Law Review is published by the Department of Law, University of Rajshahi usually in December every year. Scholarly articles relating to law and society and book reviews are considered for publication in the Journal.

The author(s) are requested to send two hard copies of manuscript to the correspondence address, and a copy by e-mail attachment to: rulawreview.raj@gmail.com.

Each manuscript must be accompanied by a statement (annexed with call for papers) that the manuscript has not been published elsewhere, that it has not been submitted simultaneously for publication elsewhere. Authors are responsible for obtaining permission to reproduce copyrighted material from other sources and are required to sign an agreement for the transfer of copyright. All accepted manuscripts will become the property of the journal. Manuscripts must not be more than 6000 words inclusive of abstract, reference pages, illustrations, acknowledgements, tables and figure. The abstract should not exceed 250 words. A short biography of each author has also to be included along with the manuscript. It is a peer-reviewed journal; the review board will have the right of reviewing the manuscripts with regard to both language and format.

Reference Style

Authors are instructed to use **Oxford University Standard for the Citation of Legal Authorities** (OSCOLA).

Link: <http://www.citethisforme.com/uk/referencing-generator/oscola>

The opinions, analysis and conclusions expressed or implied in the journal are those of the author(s).

Mediation Process in the Code of Civil Procedure: Problems and Prospects

Armin Khatun*

Abstract

This paper is aimed to focus on the lacunas with a narrative discussion about mediation as one of the most effective ways of dispute resolution mechanism, and providing some recommendations on how the problems can be solved by amending the existing provisions or by inserting a new one. The Code of Civil Procedure (CPC), 1908 of Bangladesh has introduced mediation in 2003 and made it mandatory in 2012. Reluctance of the lawyers to mediate and a few other flaws in the procedure affects a successful mediation. The purpose of this research is to find out the problems of mediation under the CPC of Bangladesh with an elaborate explanation and the way to solve those problems.

1. Introduction

Mediation is a basic or primary form of Alternative Dispute Resolution (ADR), a way of resolving disputes where a neutral third party assists to reach in a mediation agreement. In Bangladesh, the practice of ADR was present from time immemorial and now included in the justice system of Bangladesh. In 2003 and 2006 respectively, the Code of Civil Procedure, 1908 (CPC) incorporated mediation as an option to resolve dispute by section 89A at original stages of a suit and section 89C at appellate stage, and in 2012 CPC has made mediation mandatory at both level to reduce the backlog of cases, save time, money and to rebuild relationship between parties. Section 89A with 13 subsections discussed in detail about mediation process which are very much effective. The process is not successfully working out because of some problems with certain provisions. A successful mediation mostly depends on lawyer's and mediator's sentiment to motivate parties taking part in mediation, though some other factors are equally important. So, certain provisions needs amendment, some new rules

* Assistant Professor, Department of Law, Islamic University, Kushtia, Bangladesh.

and clauses are essential to be inserted in the relevant sections. It will serve the right purpose of the law and then the system will achieve its desired goal.

The study is mainly an analytical study and qualitative in nature. The Code of Civil Procedure, 1908, Legal Aid and Services Act, 2000, Family Courts Ordinance, 1985 other relevant Statutes are used as primary data. The write up also includes interviews and discussions with purposively selected persons on mediation issues. Secondary sources of information is obtained mainly from text books.

2. Mediation

Mediation is a voluntary and informal process in which the disputing parties select a neutral third party (as mediator) to assist them in reaching a mutually acceptable settlement.¹ In mediation the parties have the opportunity to describe the issues, discuss their interests, understandings, and feelings, provide each other with information and explore ideas for the resolution of the dispute. While courts can mandate that certain cases go to mediation, the process remains voluntary in the sense that parties are not required to come to an agreement. The mediator does not have the power to make a decision for the parties, but can help the parties find a resolution that is mutually acceptable.²

The Code of Civil Procedure(CPC)1908³ of Bangladesh provide a definition of mediation-

“Mediation” means flexible, informal, non-binding, confidential, non-adversarial, and consensual dispute resolution process in which the mediator shall facilitate compromise of disputes in the suit between the parties without directing or dictating the terms of such compromise.⁴

A successful mediation is thus dependent upon two inter-related factors:(1) Willingness of the parties to resolve their dispute, (2) The skill of the mediator in guiding the parties to the point where

¹ Halim, Md. Abdul, *ADR in Bangladesh: Issues and Challenges*, CCB Foundation 2nd Ed; 2011, p. 39

² *Ibid.*

³ Act no. V of 1908

⁴ Explanation 1, Section 89A of Code of Civil Procedure (CPC), Act No V of 1908

agreement is possible.⁵ So, mediation leads to a process in which an impartial third party called mediator helps disputed parties to resolve a dispute through mutually satisfactory agreement but does not impose any kind of decision.

3. Provisions of Mediation under CPC

The CPC, 1908 deals with the procedure of Civil Courts of Bangladesh. There are a lot of problems with civil courts and cases, like it is time consuming, expensive, complex in procedure in win-lose situation, dependent on lawyers; prone to biasness, political influence and corruption; rigid and it creates huge pending of cases etc. To reduce backlog of cases, to settle disputes in time, to build up reciprocal relationship, provisions of ADR have been included in sections 89A(mediation), 89B(arbitration) of the CPC in 2003 with an amendment by the Code of Civil Procedure (Amendment) Act, 2003, where both sections discuss the optional provisions of ADR at the pre-trial stage. Later, section 89C was inserted in the CPC by the Code of Civil Procedure(Amendment) Act, 2006 mentioning the provision of mediation during appeal. To make the provisions more effective, another amendment was made in 2012 by the Code of Civil Procedure (Amendment) Act, 2012. This amendment replaced the word 'may' with 'shall' in section 89A and 89C to make mediation mandatory in both trial and appeal stages. Here in this paper, mediation in CPC is the main concern of discussion.

3.1 Mandatory Mediation at pre-trial stage:

Section 89A deals with mediation at pre-trial stage. The following sub sections make a detailed discussion about mediation:

3.1.1 Appointment of Mediator:

Except suits under the Money Loan Court Act 2003, Section 89A directs the ways of appointing a mediator in all civil suits:

- a. **By the Judge himself:** Judge can himself be a mediator. After filing of written statement, with the presence of contesting parties in person or by their respective pleaders, the court shall, by adjourning the hearing, mediate [section-89A(1)].

⁵ Ali, Md. Rustam, *ADR A Mechanism to Get Quick Justice in Easy and Cheapest Way*, Bandhon Publications, Dhaka, 2009.

b. **Mediator selected by the pleaders of the parties:** If the judge doesn't conduct mediation, he shall refer the issue to the pleaders of the parties and ask them to undertake the process necessary to settle the dispute [section-89A(1)]. Once the party's pleaders are assigned to appoint a mediator, they will consult with their respective parties. A mediator is appointed upon parties' mutual consent. A mediator appointed through this process can be-

- i. A third party pleader
- ii. A retired judge
- iii. Any mediator from the panel of mediators or
- iv. Any other suitable person

This section allows more than one person to act as mediator.

c. **Mediator selected by the parties' choice:** Where no pleader or pleaders have been engaged by the parties in a suit, a judge shall ask parties to settle their dispute by a mediator of their own choice.

d. **Mediator from the panel of mediators⁶:** The concerned judges may refer the suit to a mediator listed in the panel of mediators [section-89A(1)] under section 89A(10) with a condition that any person listed in the panel shall not act as a mediator between the parties, if he had ever been engaged by either of the parties as a pleader in any suit in any court.

3.1.2 Persons incapable of being a mediator:

Following persons are not eligible to act as mediator

- (a) The pleader who is engaged by the parties in the suit must not work as a mediator.[section-89A(2)]

⁶ Section 89A(10) of CPC For the purpose of this section, the District Judge shall, in consultation with the president of the District Bar Association, prepare a panel of mediators(to be updated from time to time) consisting of pleaders, retired judges, persons known to be trained in the art of dispute resolution, and such other person or persons, except persons holding office of profit in the service of the Republic, as may be deemed appropriate for the purpose, and shall inform all the civil courts under his administrative jurisdiction about the panel:

Provided that, a mediator under this sub-section, shall not act as a mediator between the parties, if he had ever been engaged by either of the parties as a pleader in any suit in any court.

- (b) A person holding an office of profit in the service of the Republic shall not be eligible for appointment as a mediator.[section-89A(2)]
- (c) A person shall not act as a mediator between the parties, if he had ever been engaged by either of the parties as a pleader in any suit in any court.[section-89A(10)]

3.1.3 Fees and Procedure of mediation:

According to section 89A(3) when the court shall mediate, it shall determine the procedure to be followed, and shall not charge any fee for mediation, when the court shall refer a dispute or disputes to mediate, it shall be for the pleaders, their respective clients and the mediator to mutually agree on and determine the fees and the procedure to be followed for the resolution process. If they fail to do so, the court shall fix the fees and the fees so fixed shall be binding upon the parties.

3.1.4 Time Frame for completion of mediation:

Within ten days from the date of reference under section 89A(1), the parties shall inform the court in writing whom they have appointed as mediator, and if they fail to do so, the court shall, within seven days, appoint a mediator from the panel, and the mediation under this section shall be concluded within sixty days from the day on which the court is informed. On the basis of a joint petition of parties, the court may extend the time for a period of not more than 30 days [section-89A(4)].

3.1.5 Effect of the result of mediation proceeding:

The effect of the result of mediation under CPC varies depending on the success or failure of the mediation. Following are the effects of mediation under section 89A of CPC

- a) **If Mediation is Successful:** When mediation process is completed, the mediators have to submit a report of the result to the concerned court without violating the confidentiality of the parties. If the result is of compromise of a dispute, the terms of such compromise shall be reduced into writing in the form of an agreement which shall include signatures or left thumb impressions of the parties as executants, signatures of the pleaders

and the mediator as witnesses. The court shall, within 7 days of receiving the report of compromise agreement, pass an order or a decree in accordance with relevant provisions of Order XXIII of the CPC.⁷ When the court itself mediate and become successful, it shall prepare a report and pass an order in the same manner as stated in section 89A (5).⁸

b) **If Mediation Fails:** When the mediation process fails to reach in an amicable settlement, the court shall proceed with hearing of the suit from that stage at which it was referred for mediation. Then, the court shall proceed with hearing of the suit from the stage at which the suit stood before, in a manner as if there had been no decision to mediate.⁹ When a mediation initiative led by the court itself fails to resolve the dispute, the same court shall not hear the suit if it continues to be presided by the same judge who led. In that case, the suit shall be heard by another court of competent jurisdiction.¹⁰

c) **Inadmissibility of evidence:** Whatever be the result, the concerned mediation proceeding shall not be referred to and admissible in evidence in any subsequent hearing of the same suit or any other proceeding.¹¹

d) **Refund of court fees:** Whatever the provision of the Court Fees Act 1870¹², the parties to a suit whose case has been settled through mediation agreement, shall get refund of the court fees they have paid in respect of their plaint or written statement. The court shall issue such certificate directing the refund and the parties shall be entitled to such refund within 60 days of that issuance[section 89A (11)].

e) **No Appeal or Revision:** According to section 89A(12), no appeal or revision shall lie against any order or decree passed by the court in pursuance of settlement between the parties.

⁷ The Code of Civil Procedure 1908, Section 89A (5)

⁸ *Ibid.* Section 89A (6)

⁹ *Ibid.* Section 89A (7)

¹⁰ *Ibid.* Section 89A (9)

¹¹ *Ibid.* Section 89A (8)

¹² Act no VII of 1870

3.2 Mandatory Mediation at Appellate Stage:

A mandatory provision of mediation has been included at appellate stage in the CPC. Section 89C includes: 'An Appellate court shall mediate in an appeal or refer the appeal for mediation in order to settle the dispute(s) in that appeal, if the appeal is an appeal from original decree under order XLI, and is between the same parties who contested in the original suit or the parties who have been substituted for the original contesting parties [section 89C(1)]. To conduct mediation at appellate stage, the court shall, as much possible, maintain the provisions of mediation under section 89A with necessary changes (*mutatis mutandis*) as may think fit [section 89C (2)].

4. Problems with Mediation Process under CPC and Suggestions:

Following are the main shortcomings of the existing mediation system under CPC, which can be overcome as suggested:

4.1 No benefit for the lawyers:

Judicial officers at a lower civil court with original jurisdiction have to try and provide final judgment of at least 6-8 cases in a month. Settlement of a case adds credit point to the career performance of a judge for considering his or her Annual Confidential Report (ACR). If the settlement is a result of successful mediation resolution, then point reaches at 02(two). When the judge himself acts as a mediator in minimum 02(two) mediation processes and fails, such result carry value of 01(one) credit point. It will be clear from the following sketch.

Number of mediation processes conducted by the judge	Credit point(s)
01(one) successful mediation	02(two) credit points
02(two) unsuccessful mediation	01(credit) point

The lawyers who are engaged by the parties in a suit have no opportunity to get above facilities which would recognize them as a good mediator. Provisions of the CPC, 1908 has not provided any kind of benefit for the pleaders that encourages them to conduct mediation. The government of Bangladesh has not provided any type of financial

support for them as yet to mediate. Lawyers are the only person who can play an active role to bring the parties under the platform of ADR by motivating them highlighting the advantages of the process, and can reduce backlog of cases. That's why lawyers should be paid handsome amount of money by fixing it from government authority. Government can direct such amount by amending the provisions of the Legal Aid Regulations, 2015 or by amending the CPC, 1908 or can enact any new rules or regulations. The amount can be decided on the basis of the suit's value, or on the capacity of the parties. A separate committee can be formed headed by the president of concerned Bar Association to make it effective. They may be awarded as best lawyer of the month of concerned bar association, be recognized by all social media, NGO's and so on.

4.2 Second chance should be allowed:

If parties fail to inform the court within ten days from the date of reference to mediate,¹³ that they agreed to settle the disputes by mediation and mediator is appointed, then the reference of mediation is cancelled and the suit revives for hearing. It's unexpected that a process with a dignified purpose will finish just after ten days without getting any second chance. There may arise various unwanted facts and complexities in such cases. Parties may not be able to understand the proceeding and may fail to inform the court within first prescribed time which is 10 days, but it may be possible and hopefully very easy for the next time. After 10 days, parties should get at least 7 days more to inform the decisions to court.

4.3 Lack of proper training:

Proper training can produce skilled manpower. CPC 1908 has not mentioned about well-trained mediator for mediation. Lack of proper training on mediation process may misguide parties, may lose its appeal and purpose may be hampered. Proper training is needed for lawyers, connected court personnel and judges as mediator(s).

¹³ Section 89A (4) of the Code of Civil Procedure 1908

4.4 Absence of Judicial review:

There is no provision of judicial review when any mediation agreement or report of failure is submitted to the court. After getting the decision, the law directs to follow the next procedure. There may exist threat, coercion, force during the mediation process. It's not tested or examined by the court by exercising the power of judicial review. In absence of judicial review, the strong and powerful opponent may take undue advantages over weak and poor parties during the period of conducting mediation. Also mistakes of law and mistakes of fact may happen. The provision should be amended by including the power of judicial review.

4.5 No chance to mediate at pre-judgment stage:

Mediation is equally effective at pre- trial and post- trial stage of a suit as well as pre- judgment stage also. Family Court Ordinance, 1985 has introduced post-trial (pre-judgment) provision¹⁴ which is working successfully. The CPC, 1908 has not mentioned any such provision for post-trial stage or pre-judgment stage at the original suit. A dispute may not be mediated initially but may be mediated later on. After completion of the hearing of a suit and before pronouncement of the judgment, the court can offer parties to mediate. It can be more positive and effective. A provision of mediation at pre- judgment stage can be incorporated in section 89A to fulfill the purpose.

4.6 No provision to counsel:

To make mediation successful, it need to break the ice between the parties, need to inform them about the positive effect of mediation process, long time benefit of a healthy relationship and many more. Counseling is very much necessary to bring the parties under the same umbrella.

4.7 Mediate by a legal aid officer:

Legal Aid Act, 2000 has created the post of a Legal Aid Officer (LAO)¹⁵ who has jurisdiction to take necessary steps where parties want to settle amicably. The CPC 1908 has not yet been amended to fulfill the

¹⁴ Section 13 of the Family Court Ordinance 1985

¹⁵ Section 21A of the Legal Aid Act 2000

purpose of that very Act. It needs an amendment immediately by referring the process to that officer along with other options. The matter of hope is that a bill in this regard is under process to pass.

4.8 Government Monitoring:

Through amendment mandatory mediation process has been incorporated in the CPC 1908 with a good sense that the process will help judicial system to reduce the backlog of suits. In this regard the government should properly monitor the panel lawyers whether they are being engaged as mediator or not, working *bonafide* or not, or merely passing time. Overall monitoring and follow-up will help to make the process more active and operative.

4.9 No directions to follow and structures shown of an ideal mediation process:

An ideal mediation process has some definite shape or structure. The CPC 1908 does not fix any direction or structure to follow during conducting mediation. A mediator may not understand the ways to mediate because of lack of training, structure and knowledge. The person(s) appointed as mediator conduct mediation with their own style which creates a lot of confusion and misunderstandings between parties as well as witnesses too. As a result parties lose their interest to mediate. Many scholars and experts have articulated various stages of a mediation system. Moore, one of the prominent writers accepted twelve stage model of an ideal mediation process.¹⁶ Those are :

(1) **Establishing relationship with disputing parties:** The session begins with an opening statement by the mediator. The mediator's opening statement introduces the mediator and the parties. Then the parties each make an opening statement.

(2) **Selecting a strategy to guide mediation:** This stage describes the mediator's role, the mediation procedures including mediator neutrality, confidentiality, and the use of private caucuses, describes the meeting format, and suggests behavioral guidelines for the sessions.

¹⁶ Moore, Christopher, *The Mediation Process: Practical strategies for Resolving Conflict*, 2nd ed., 1996; Jossey-Bass, San Francisco. Also see in Dr. Chowdhury A. Jamila *ADR Theories and Practices*, London College of Legal Studies (South), 1st edition February 2013, pp. 98-99

- (3) **Collecting and analyzing background information:** This stage gathers facts of the dispute, history and other related background information.
- (4) **Designing a detailed plan for mediation:** This stage describes how the process will conclude through different proceedings like separate sessions; joint sessions to reach in an amicable settlement.
- (5) **Building trust and cooperation:** Parties in mediation always desire to see the successful end of the dispute. They want to keep the matter confidential. So, from the beginning to end, building trust and co- operation among parties and mediator(s) is essential.
- (6) **Beginning the mediation session:** This stage declares the formal starting of the proceedings. It can be held in a joint session or separate sessions.
- (7) **Defining issues and setting an agenda:** There may be variety of issues. Selecting issues and setting agenda is the basic task of this stage.
- (8) **Uncovering hidden interests of the disputing parties:** Mediation demands to disclose only that side of the dispute what is necessary to solve the problem and not more. Both parties have some hidden interests in a dispute, at this stage it needs to uncovering those interests.
- (9) **Generating options for settlement:** At this stage common options have to identify after selecting issues and interests to finalize the agreement.
- (10) **Assessing options for settlement:** If the mediator is not able to identify the common options, s/he may arrange another session to facilitate parties' negotiation to each other in order to identify a satisfactory position and to assess options.
- (11) **Final bargaining:** This stage expresses almost the end of dispute and brings the parties to sign their agreement when they are sure about their interests. At this stage parties are clear about the process and moves to the solution finally.

(12) **Achieving settlement:** At this stage everything becomes settled, mediator needs to check the solutions, have to write up the agreements with the consent of the parties, get signatures, read them out and declare the end of the proceedings.

So, from the scholar's theories and opinion on mediation, a mediation process can be shown by the following figure

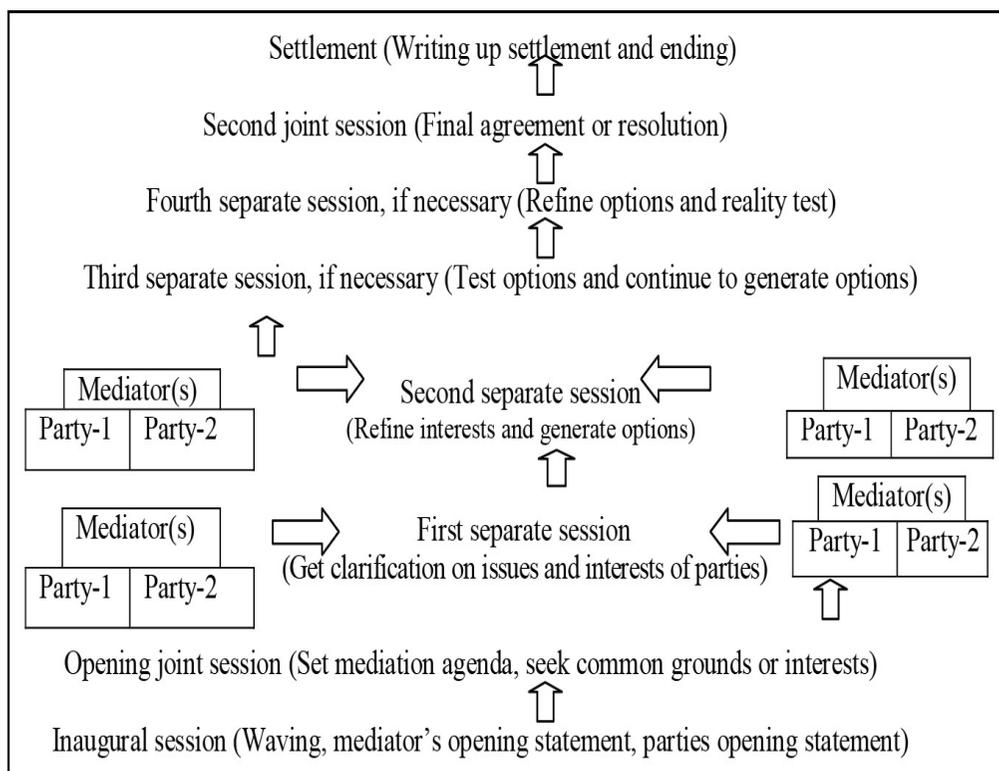


Figure: An ideal mediation process¹⁷

¹⁷ The diagram is made by the author. Basic idea has been taken from the book Dr. Chowdhury. A. Jamila, p.101 referring to Spencer, David, *Essential Dispute Resolution*, Cavendish Australia, 2005, p.61.

Illiterate and vulnerable people of rural areas who are continuously deprived of their right to access to justice due to economic constraints and lack of awareness, systematic mediation is a powerful means for them to ensure their legal rights.

5. Conclusion:

In Bangladesh, it's almost true especially for civil cases that 'justice delayed is justice denied'. Conducting mediation in a dispute has its noble purpose but it needs proper formation and implementation to make the purpose effective. In this respect, some amendments should be incorporated in the CPC, 1908 to quicken the process by avoiding long and unnecessary delay. It's a matter of reality that mediation under the CPC, 1908 will be considered just as legal proverb 'a law locked in the pages of law book' until the teething troubles is not getting special attentions to solve. Amending the law by taking considerations of the suggestions mentioned above with proper changes can make the mediation provision more successful, speedier, and less expensive. If mass people of the society are benefited from the mediation process, then the objectives of introducing existing mediation provisions will become a reality.

Interpretation of Law of Tort by the Apex Court of Bangladesh

ATM Enamul Zahir*
Dr. Sayeeda Anju**

Abstract

The paper aims to review the recent application of principles of tort - a law which, although applicable in the country, was left in the dark till now for unascertained reasons - in Bangladesh by the Supreme Court of Bangladesh in cases involving both constitutional matters as well as other legal matters. Applications of the tort law in recent landmark cases have re-opened the horizon of tort law in the legal sector. The successful outcome of the mentioned cases so long as it relates to the application of tort law principles in determining tortious liability in cases arising from varied legal spheres would have the impact of giving hope to the mass and paving a way for them to seek redress from the court in situations where their fundamental rights or private rights have been breached by concerned authorities or other lay persons.

1. Introduction

Tort Law - a sector widely practiced and revered in the United Kingdom both as separate proceedings and also intertwined with proceedings falling within other legal spheres - is not only not practiced in Bangladesh but is also neglected - leaving the law in black and white only. However, recent judgments pronounced by the Judiciary in landmark cases indicate a resurgence of the applicability of the principles of the law. The article purports to reflect on three cases, which symbolizes enlightened application of tort law by the judges in interpreting liability of different sectors. The cases in review concern application and interpretation of tort principles to determine vicarious liability in Bangladesh. An attempt has been made to substantiate prospects of tort in future. The article is based on documentary sources and written on applying case analysis method.

* Associate Professor, Department of Law, University of Rajshahi, Bangladesh.

** Professor, Department of Law, University of Rajshahi, Bangladesh.

The Court is playing a pioneering role in promoting and upholding the application of tort law through adopting a pro-people and beneficent constructive approach of interpretation of law and liability. In few current cases,¹ the higher judiciary relied on a liberal and beneficent constructive approach to promote justice and to prevent negligence on the part of various private and public authorities. The court, unlike the past, declined to insist on strict and rigid adherence to legal formalities, rather the higher judiciary used its tools of interpretation judiciously to ensure that justice is not defeated in the absence of specific statutory provisions in this regard and justice is provided² either by Constitutional law tort form or by private law tort.³ In case of private law tort, the defendant may be private individual or public official where the liability arises from common law norms whereas in Constitutional tort the defendant is always a public official and the liability arises from the breaches of Constitutional norms (breach of fundamental rights guaranteed under Part 3 of the Constitution).⁴

In some recent cases⁵ where tort remedies are ascertained similar kind of trend can be seen in the approach of the higher judiciary in Bangladesh. From among all the reported cases this article will mainly emphasize on

¹ *British American Tobacco Bangladesh Company Ltd vs Begum Shamsun Nahar* 66 DLR (AD) 2014, 80, *Catherine Masud and others vs Md. Kashed Miah and others* 70 DLR (HD) 2018 (Special Statutory Jurisdiction) 349 Transferred Misc. Case No. 01 of 2016, *CCB Foundation vs Bangladesh* 70 DLR (HD) 2018, 49, *Bangladesh Beverage vs Rowsan Aktar and Others* 69 DLR 129 etc.

² See, Mahmudul Islam, *Interpretation of Statutes and Documents*, Dhaka, Bangladesh, 2009; also see, Justice A. K. Yog, *Interpretation of Statutes*, Modern Law Publication, New Delhi, 2010.

³ See, speech of Dr. Ridwanul Hoque, Professor of Law, University of Dhaka in the Seminar on, 'the Rise of Constitutional Tort in South Asia' held in Dhaka on March 18, 2019 -available at, <http://futrlaw.org/rise-constitutional-tort-south-asia/> -accessed on 18.05.2019.

⁴ Sadman Rizwan Apurbo, 'Development of Tort Law in Bangladesh and Recent Cases Decisions' (Bangladesh Law Digest, May 23, 2018) <http://bdlawdigest.org/tort-law-in-bangladesh.html> accessed on 02.02.2019.

⁵ *Bangladesh Beverage vs Rowsan Aktar and Others* 69 DLR 129. For discussion on tort litigation of the case, see, Taqbir Huda, 'Vicarious Liability of Employers in the Law of Tort: Deciphering Bangladesh Beverage Industries vs Roswan Akhter and Others', available at: [http://www.biliabd.org/article%20law/Vol-16%20\(2\)/Taqbir%20Huda.pdf](http://www.biliabd.org/article%20law/Vol-16%20(2)/Taqbir%20Huda.pdf) accessed on 02.02.2019.

only three relating to three different areas or aspects of law – firstly, the case of *British American Tobacco Bangladesh Company Ltd vs Begum Shamsun Nahar*⁶ which involves question of tortious liability arising in cases of sexual harassment and bullying in the employment sector; secondly, the case of *Catherine Masud and others vs Md. Kashed Miah and others*⁷ wherein owner’s liability has been recognized as a form of tortious liability arising out of actions or inactions of persons working under him; and finally, the case of *CCB Foundation vs Bangladesh*⁸ which involves tortious liability arising from breach of fundamental rights guaranteed under the Constitution specifically recognizing and upholding the doctrine of vicarious liability.

2. Tortious Liability in Employment Sector in Cases of Sexual Harassment and Bullying

The case of *British American Tobacco Bangladesh Company Ltd vs Begum Shamsun Nahar* [hereinafter termed as *British American Tobacco Company case*] is a recent case dealing with the application of tortious damages in sexual harassment and bullying of female employee at her workplace. In this case the plaintiff-respondent claimed tortious damages along with interest alleging, *inter alia*, that she, while in employment, suffered continuous sexual harassment and bullying over a long period of time, caused by her colleagues; that when she reported it to her management the latter instead of taking any action against it remained silent; and that after a while she was terminated from her employment.

After institution of the case the defendant-petitioner (the Company) filed an application under Order VII Rule 11 (a) & (d) read with Section 151 of the Code of Civil Procedure, 1908 (CPC) contending, *inter alia*, that the averments made in the plaint gave rise to a defamation case against the harassers and bullies in person; that the employer company was not personally liable for any damages caused to her due to harassment and bullying at her workplace while in employment; and that the plaint falls prey to the defect of cause of action and therefore is liable to be rejected.

⁶ 66 DLR (AD) 2014, 80.

⁷ 70 DLR (HD) 2018 (Special Statutory Jurisdiction) 349 Transferred Misc. Case No. 01 of 2016.

⁸ 70 DLR (HD) 2018, 491.

Subsequently, the lower Court as well as the High Court Division (HCD) discharged the said application for rejection of plaint filed by the Company as well as the Revision filed there before against the rejection respectively. Thereafter, the Company filed a Civil Petition for Leave to Appeal before the Apex Court against the judgment and order of the HCD. The observations made by the Apex Court in the said Civil Petition for Leave to appeal are the subjects of this discussion.

In her (a female learned counsel)⁹ submission, the learned Advocate for the Company stated, *inter alia*, that the doctrine of vicarious liability cannot be applied in deciding the cause of action of this case in the absence of existence of two essential conditions - the co-existence of the relation of master and servant and the offence has not been committed "in the course of employment" i.e. the acts done by the employees having been authorized by the employment which are very much related with the affairs of the employment; that the Company cannot be held "vicariously liable for those acts committed by its employees only if it had authorised them to do for carrying on the business of the Company and that the offence as allegedly committed....and which is beyond the scope of service"; and that "no cause of action can lie against the Company even vicariously since after termination the plaintiff accepted all dues and benefits and left without any protest precluding her right to subsequent legal actions.

Finally, the Apex Court observed that in cases where the existence or non-existence of cause of action is dependent on factual evidence to be adduced during trial, the plaint cannot be rejected; that the question of vicarious liability is a question of fact; and (obiter) that an organization or establishment cannot be said to be not liable for Tort where it fails to prevent sexual harassment and bullying to a woman at her workplace.

The above discussion leads to the following observations:

- this was an outright claim for tortious remedy (damages).
- tort committed in employment by other employees.

⁹ Mrs. Sigma Huda, the learned Advocate appearing for the Company submitted that the High Court Division erred in law in applying the doctrine of the vicarious liability which cannot be applied in deciding the cause of action of the instant suit.

- termination as a result of complaint.
- civil petition for leave to appeal (CPFLTA) - plaint - defect of cause of action - rejection O VII R 11 -
- plaint not rejected - cause of action when factual no rejection.
- CPFLTA - no tort - only defamation - no observations made by court.
- submission - hilarious submission, against the core concept of common law justice. So, basically, as per the submission for the company to be held vicariously liable the company must have authorised the sexual harassment and bullying and that also for carrying on the business of the company (supposedly a 'but for' test of her own imagination); no submission as to definition of beyond scope of service
- that "no cause of action can lie against the Company even vicariously since after termination the plaintiff accepted all dues and benefits and left without any protest precluding her right to subsequent legal actions - observations made - but this is devoid of natural justice.
- institutional liability is obiter in this case.

3. Existing Laws regarding Tortious Liability

3.1 Private Law Tort Shined by asserting Owners Liability

In the case of *Catherine Masud and others vs Md. Kashed Miah and others*¹⁰ filmmaker Abu Tareque Masud (hereinafter Tareque), on 13.08.2011, after examining a shooting site for his upcoming film was travelling back home by road on a microbus along with his wife Catherine Masud (Claimant no.1) and his crew when a negligently and speedily driven passenger bus disastrously collided head on with them resulting in the death of the husband of the claimant along with four others. The Claimant, Catherine Masud and others originally instituted an application for compensation under Section 128 of the Motor

¹⁰ 70 DLR (2018) HD (Special Statutory Jurisdiction) 349 Transferred Misc. Case No. 01 of 2016.

Vehicles Ordinance, 1983 before the Motor Accidents Claims Tribunal, Manikganj.

Thereafter, the Claimants transferred their said case¹¹ [hereinafter Catherine transfer case] under Article 110 of the Constitution from subordinate court to the HCD which, recognising the 'general public importance' and potential to set a significant legal precedent accepted the transfer petition in 2014 (67 DLR 527) and subsequently claimed tortious damages for loss of income, loss of dependency suffered by the Claimants – the wife, the minor child and the mother of the deceased Tareque, loss of future advancement, loss of estate, loss of love and affection, medical expenses of the Claimant, funeral expenses and damage to the microbus.

Upon full and contested trial the Court, on issue of operation of the law,¹² held, applying Act no. 07 of 2013 promulgated on 21.01.2013,¹³ that the Motor Vehicles Ordinance was still in force (page 53-60). The Court then, considering the admissions made by the opposite-parties about the date, time and place of accident and to some extent the manner thereof and considering the Criminal Case pending against the driver of the bus under section 304 of the Penal Code, held that the cause of death of the deceased was in fact the road accident. Considering the depositions forwarded by all the parties concerned the Court found that the driver was driving the bus without a fitness certificate, without a valid driver's license and on top of that recklessly at a high speed through a wrong lane making him directly responsible for the death following the accident so caused and since he was engaged by the operators of the bus with an endorsement of the owner of the bus the same were held vicariously liable – thereby holding them jointly responsible. In holding the insurance company of the bus liable the court noted the policy under which the bus was insured and the terms contained therein and noting the non-payment of any additional amount by the owners of the bus as premium to imply a higher coverage limited the liability of the insurance company to the

¹¹ See, 67 DLR 2015, HD (Special Original Jurisdiction) 523.

¹² Objection was raised as to the fact that the Motor Vehicles Ordinance was declared as being unconstitutional in the 7th Amendment Case. *Siddique Ahmed vs Government of Bangladesh*, reported in 39 CLC (HD) Writ Petition No. 696 of 2010, also see, 2 LNJ (AD) 2013, p. 50, 33 BLD (HD) 2011, p. 84.

¹³ Validation Act 2013 [Act no. 07 of 2013].

contractual amount under the policy. Moreover, the liability of the Bank was negated on grounds that the bus was purchased by taking loan from the Bank by keeping it under mortgage and that the Bank was never in control and supervision thereof. Consequently, the Court awarded the Claimants an amount of Tk.4,61,75,452 for loss suffered under the heads of loss of dependency, loss of love and affection, funeral expenses, medical expenses and damage to property.

3.2 Constitutional Tort in Remediating Breach of Fundamental Rights

The case of *CCB Foundation vs Bangladesh* involved a Writ Petition under Special Original Jurisdiction of the HCD which was filed by Children's Charity Bangladesh Foundation (CCB Foundation) against Bangladesh and others.

On 26.12.2014 Zihad a minor of 4 (four) years from a poor and deprived background, while playing in the Shahjahanpur Railway Colony playground fell inside a narrow shaft left uncovered and abandoned by Bangladesh Railway and WASA. The concerned authorities of the Government including Fire Service and Civil Defense (Respondent no.3 & 5), Bangladesh Railway (Respondent no.4) and WASA, in order to remotely monitor the condition of the stuck child without taking any fruitful measures to rescue him, for about 10-12 hours used simple and damaged cameras before declaring the rescue mission abandoned holding that none was stuck in the pipe whereupon a group of lay people without training, modern gadgets or even any expertise in the matter pulled the by-that-time dead body of the child up using hand-made rescue device.

Subsequently, a Writ Petition under Special Original Jurisdiction of the HCD in the form of Public Interest Litigation (PIL) was filed and a Rule Nisi was obtained thereafter by CCB Foundation against Bangladesh and others alleging, *inter alia*, that the inaction and/or negligence and/or failure by Government of Bangladesh and its concerned authorities in rescuing the child was in violation of the law of the country as well as the child's fundamental rights guaranteed under Articles 31 and 32 of the Constitution of the People's Republic of Bangladesh (the Constitution); and that as a result of the tragic death due to the gross negligence of the Government and fundamental rights

violation the family members of the deceased were to be compensated by way of Tk.30,00,000/- (Thirty Lac) only in damages.

The defences forwarded by the Respondents were lack of maintainability on grounds that this was a Writ in the form of *Mandamus* and *Certiorari* and that the CCB Foundation was not a person aggrieved, lack of sufficient interest of CCB Foundation and *locus standi* thereof, and unsurprisingly and traditionally, lack of experience and expertise in handling unique situations such as this, of good faith, of statutory immunity¹⁴ and of sovereign immunity as well as tactically shifting liability on independent contractors and Engineer employed by the Government appointed to oversee the work of the former.

For the doctrine to apply it is sufficient that the affected person prove the accident complained of and not the means and methods of the accident – the accident itself being outside the claimant’s knowledge and within the knowledge of the defendant. In such cases the presumption then arises that the cause of mischief was under the control of the defendant when the thing causing the damage is in the control of the defendant, when the accident would not have happened without negligence and when there is no evidence of actual cause of the accident. In this case the falling in the pipe itself being a *prima facie* evidence of negligence.

Regarding the ‘maintainability’ of Writ in the form of PIL in the HCD, ‘sufficient interest’ and *locus standi* of CCB Foundation in this case, reaffirming the definition of ‘aggrieved person’ provided in established precedents.¹⁵ In essence, this has the effect of maintaining that a case of Constitutional Tort may be brought by Writ in the form of PIL by any

¹⁴ For example see section 25 of the অগ্নি প্রতিরোধ ও নির্বাপন আইন, 2003 which provides immunity to the Fire Service and Civil Defense Directorate and its employees from any sort of legal proceeding arising out of any harm or damage caused due to any act done in good faith.

¹⁵ *Dr. Mohiuddin Farooque vs Bangladesh* 49 DLR (AD) 1, *Kazi Mukhlesur Rahman vs Bangladesh and another* 26 DLR (SC) 44; *Kartic Das Gupta vs Election Commission of Bangladesh and others* 8 ADC 578; *Bangladesh Sangbadpatra Parishad (BSP) represented by its Secretary General Anwarul Islam vs The Government of the People’s Republic of Bangladesh represented by its Secretary, Ministry of Information and 4 others* 43 DLR (AD) 126.

public spirited person fighting for and on behalf of backward and downtrodden section of the society where their fundamental rights have been blatantly violated.

The Court then defining 'negligence',¹⁶ discussing standard and degree of care by persons with special skill, detailing the basic elements of negligence (duty of care towards the aggrieved, failure to perform the duty, proximity and causation) and the burden of proof¹⁷ and applying the doctrines of *res ipsa loquitur*¹⁸, of strict and vicarious¹⁹ liability held that lack of proper expertise is no defence in this case and it cannot absolve the Respondents from their statutory public duties and liabilities.²⁰

On a plain and simple reading of the judgment there is no discussion on the point where the defences forwarded in line of statutory immunity and of good faith was upheld or not. However, it may very well be implied from the judgment as a whole that those defences were not entertained and may not in the future be entertained in cases of Constitutional Tort for violation of fundamental rights.

Regarding the defence on the point of sovereign immunity the Court citing Article 300 of the Constitution of India observed that despite of the said Article the High Court of India awarded compensation to aggrieved in similar cases and compared that with the Constitution of Bangladesh which does not contain such immunity rightly rejecting the said defence plea maintaining power of the courts to grant compensation in cases of fundamental rights violation.

Although the Respondents contented that the alleged negligence was not of their own but on part of their independent contractors and engineers employed by the Government in supervising the formers work in keeping the entrance of the shaft open and abandoned (whereupon the licence of the contractors were cancelled and the

¹⁶ "Negligence" is defined as the breach of a duty caused by the omission to do something which a reasonable man would do or doing something which a prudent and reasonable man would not do – para 49

¹⁷ *Supra* note 8, para 49-53

¹⁸ *Supra* note 8, para 69. For more information See para 54-58; Cases Cited: *Scott vs London & St. Katherine Docks Co.* (1865 3 H&C 596)

¹⁹ *Supra* note 8 para 67 and 70

²⁰ *Supra* note 8 para 58

engineers were suspended from duty) the Court, applying the doctrine of 'vicarious liability' held the Respondents (Bangladesh Railway) vicariously negligent and responsible.²¹

4. Case Study on Current Prospect of Tort in Bangladesh

4.1. Jahalam,²² a worker of Bangladesh Jute Mills in Narsingdi's Ghorashal, mistakenly identified by Sonali Bank authorities, Anti-Corruption Commission (ACC) and Police for Abu Salek, a person accused in 33 cases filed over loan fraud and embezzlement of Tk18.5 Crore from Sonali Bank Limited, was arrested on 6th February, 2016 despite of his repeated pleas of innocence. Despite multiple attempts his bail pleas were time and again rejected by the Court wherein eventually Charge-Sheet was filed and proceedings were commenced. Following several media reports claiming Jahalam's innocence, the ACC, after carefully looking into the matter, found his claims of innocence to be true.

Subsequently, in a *suomotu* rule, the HCD summoned the ACC, Home Ministry and Law Ministry to explain the matter whereupon ACC, admitting the apparent mistake, claimed preparation of FIR based on Sonali Bank's and Bangladesh Bank's information and added that measures were being taken to exonerate Jahalam from the cases. The HCD, expressing its dissatisfaction on the matter and upholding constitutional fundamental rights observed that it does not support keeping an innocent person behind bars even for a minute and that in these circumstances the ACC or the Bank has to compensate the accused for his illegal imprisonment thereby directing the jail authorities to immediately release Jahalam.

It is clear as daylight that the HCD, by its observation, opened the doors for Jahalam to claim tortious remedies against the concerned authorities for breaching his fundamental rights by illegally imprisoning him for 03 (Three) long years. Whether the remedies will come from constitutional tort or general tort or otherwise is a matter of

²¹ *Supra* note 8 para 67 and 70

²² Staff Correspondent, 'Following HC order, wrongfully accused Jahalam released from jail after three years', *Dhaka Tribune* (Dhaka, 4 February 2019) available at: <https://www.dhakatribune.com/bangladesh/nation/2019/02/04/following-hc-order-jahalam-released-from-jail-after-three-years> [accessed on 26 June 2019].

academic debate. However, legally and practically, Jahalam has a valid claim for compensation and whether Jahalam decides to invoke such claim remains to be seen.

4.2 In case of the accident of US Bangla in Tribhuvan airport of Nepal,²³ huge confusion arises when the civil aviation claims that the aircraft was totally fit before take-off, the question arises whether mere technical fitness is enough or safe landing is also a prerequisite. For safe landing, overcoming the air traffic challenges is a must too. Whatever is the conclusion of those stories, the victims are entitled to get compensation. A question of fact still remains regarding the amount of compensation.²⁴ They are compensated by the insurance money as per International standard which is applicable to Bangladesh. Unfortunately the contemporary laws in Bangladesh are not duly updated and, therefore, the allotted compensation in Bangladesh is very much in contrast with and discriminatory to the other countries of the world.²⁵ Here the discussion is a different one; the victims are survivors and may be entitle to compensation from Tort law as well. In the case of the US-Bangla air crash, the 20 or so passengers who survived the accident but suffered injuries, as primary victim can file a tort claim for pain and suffering, medical bills and loss of past and future wages. For dead members, their next of kin are secondary victims whose cause of action in tort is for wrongful death as a result of negligence.²⁶ Negligence is defined by the Court in CCB Foundation Case. The victims can sue for loss of support and income, emotional distress and funeral expenses, etc. In Catherine case such a remedy is already approved by the Apex Court. Generally claims for personal injury or death resulting from an aviation accident concern to

²³ Fifty people, including 27 Bangladeshis, died when the flight from Dhaka crashed near the runway of Tribhuvan International Airport in Kathmandu on Mar 12, 2018.

²⁴ Sharifu Islam, US-Bangla plane crash in Nepal: Victims' families face long wait for compensation June 12th, 2018, Golam Mujtaba Dhruva, 'US-Bangla plane crash: Victims' families in the dark about compensation' bdnnews24.com 08, July 2018.

²⁵ Sayeeda Anju, (2018) 'Law on Carriage by Air: An Endeavour to focus on Bangladesh Position', *New Age*, published on March 24, 2018.

²⁶ Taqbir Huda, 'US-Bangla Air Crash: A Tort Law Perspective' *Law & Our Rights, The Daily Star*, March 27, 2018.

negligence or lacking of caution and product liability, or an amalgamation of the two.²⁷ Product liability would pertain to the manufacturer company of the airplane who may be outside the jurisdiction of Bangladesh. Vicarious liability would be claimed if US-Bangla failed to provide the pilot sufficient training to land in hilly terrain airport, for the sufferings of not only the passengers, but also the cabin crew members of the aeroplane.²⁸

Again it can be said that legally and practically, passengers have a valid claim for compensation in these regards and whether they decide to invoke such claim remains to be seen.

5. Findings and Suggestions

Before concluding the write up the author wants to highlight some issues:

5.1 Latest Developments in Tort Law Jurisprudence in Bangladesh

Application of doctrine of vicarious liability is seen in different cases. In *British American Tobacco* case the Court ascertained that it is the duty of a superior (manager, in this case) to keep his/her institution free from sexual discrimination otherwise he or she will be liable for the acts done by any employee. The case is a glaring precedent of the fact that failure by a superior in an institution to keep the same free from sexual harassment/discrimination caused/occasioned/acted by his or her subordinates while on duty regardless of the place of sexual discrimination imposes tortious liability upon that superior.

The *Catherine Case*, a suit between private parties for compensation, is an illustration wherein common law tort principles were applied (particularly negligence) in deciding for the claimant and awarding compensation against the unlicensed driver of a negligently driven bus along with its owners and the insurer of the bus. However, the Court in deciding the case did not comment on whether the outcome would have been the same if the driver had a valid licence.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.* Indeed the tortious implications of the US-Bangla air crash was recognised by Madam Justice Naima Haider in her lecture titled 'Development of Tort Law Regime in Bangladesh' hosted by Lex Oration on March 16, 2018.

Generally, in tort cases the court is often burdened with the task of calculating and awarding anticipatory damages²⁹– the *Catherine* case being a case where in damages were awarded for loss of dependency suffered, for loss of love and affections (the primary consideration herein being the proximity of relationship between the deceased and the plaintiffs especially having regard to the continuous and visible manifestation of love and affection as the basic criteria).

Consequently, it is possible, presumably, that tortious claims for compensation against private parties may successfully claim compensation in cases of breach falling under other areas of Tort Law – defamation, trespass and so on.³⁰

In *CCB Foundation* case tort arises from breach of fundamental rights occasioned by negligence of public officers in doing their duties applying principles of strict and vicarious liability.

Impact or aftermath of these latest tort judgments by the Supreme Court of Bangladesh will definitely lead to develop the currently underdeveloped tort remedies in Bangladesh as leading cases. The corpus of tort law cases is still not an ever-expanding one – often people still being in dilemma in claiming tortious damages.³¹

Evidently, Jahalam may be able to successfully claim for emotional harassment, humiliation or other kind of stresses that he and his family had to face due to the negligence of the concerned authorities.

Similarly heirs of the US Bangla Air crush passengers may be able to successfully claim compensation for loss of love and affection of close relatives and/or loss for potential earnings from earning members or shock or psychological trauma caused due to the premature death of the family members and so on.

The said judgments grossly laid down guidelines for heads of compensation for tortious damages and method of assessment thereof which has the potential of being authoritative reference in forthcoming tort cases.

²⁹ Khan Khalid Adnan, 'Assessing Tort Claims: Relevance of Catherine Masud Case' Law & Our Rights, Rights Corner, *The Daily Star* July 31, 2018.

³⁰ *Supra* note 3.

³¹ *Supra* note 26.

5.2 Application of Tort Law in Different Statutes of Bangladesh:

As seen above, Tort may arise between private parties where dispute arises in relation to breach of statutory obligations such as the Motor Vehicles Ordinance 1983, The Fatal Accident Act 1855. In addition with the statutory remedies loss of love and affection is calculated by the Court according to its analogy and remedying through tort. Moreover, Interpretation of Fundamental Rights of Bangladesh Constitution was found used to ascertain Constitutional tort. However entertainment of pure tortious claim is yet to be seen.

5.3 Scope of Application of Tort Law in the Sub-Ordinate Courts of Bangladesh:

The application of tort law is much limited in Bangladesh due to jurisdictional anomalies.

In *Catherine* case³², the claimants initially filed the case before the District Judge, acting as the Motor Accident Claims Tribunal, Manikganj. It was accepted by the Tribunal and registered as Miscellaneous Case and the case was contested by the opposite-party Nos. 1 and 2 who filed a joint written statement. To proceed, the Tribunal on 23.08.2012 framed issues to decide the merit of the case. Thereafter, the claimants filed Transfer Petition No. 01 of 2013 before the HCD under article 110 of the Constitution for transfer of the case from the Tribunal to the HCD whereupon a rule was issued on the matter and upon hearing the rule it was made absolute and recommended to be referred to an appropriately constituted Bench of the HCD on 29.10.2014. Consequently, Miscellaneous Case No. 01 of 2012 was withdrawn from the Tribunal re-numbered as Transferred Miscellaneous Case No. 01 of 2016. As a result a long period was over to ascertain the jurisdiction of the appropriate court to hear petition where exemplary damages were sought.

Dr. Kamal Hossain the learned Senior Advocate of Bangladesh Supreme Court stated that it is in general public importance that the

³² The case was the first case filed under section 128 of the Motor Vehicle Ordinance, 1983.

term 'just'³³ is supplemented by a proper set of guidelines, taking into account all relevant provisions including principle of law of torts applicable in Bangladesh or a framework under which compensation may be awarded by the tribunal. The judges of the HCD noted that the computation of damages claimed by the petitioners have been derived by calculations taking into account the deceased's age, income, assets, dependents and life expectancy. They felt that the Division Bench was in the best position to lay down a formula for the computation of damages in these cases and in case of negligence in general, specifying factors which may be taken into account.

It is worth noting here that in the pioneering and significant tort case, *Bangladesh Beverage vs Rowsan Aktar and Others* 69 DLR 129³⁴ the District Judge Court decreed in favour of the plaintiffs awarding them the amount claimed Taka 3,52,97,000 as compensation on the different heads of tortious claim. On appeal the HCD reduced the damages awarded to Tk.2,01,47,008 and further reduced in leave to appeal to Tk. 1,71,47,008. The trial court awarded the compensation against Bangladesh Beverage for the misdeed of its driver. In Catherine Transfer case it is stated by the Court that the HCD is the best place although there is a record found of awarding compensation against tortious liability in the trial court.

In closing the point it may be helpful to recap a statement made by Justice Naima Haider on behalf of the HCD in granting the transfer petition in the Catherine transfer case: 'the time has come for this Division to give comprehensive interpretation of what constitute tort, how should the sub-ordinate court assess whether there is duty of care, what should be the standard of care, the application of the test of remoteness in the context of tortious claims, the manner in which compensation should be assessed etc.' Unfortunately, from the two judgments on Catherine case no guideline was prescribed for the sub-ordinate courts' jurisdiction for remedying tortious claim.

³³ In Catherine transfer case Dr. Kamal Hossain has pointed out that the 1983 Ordinance does not provide any criteria for the quantum of damages recoverable by the victims or their heirs, empowering the Tribunal constituted under it only to award an amount of compensation 'that appears to be just'. See, section 130 of the said Ordinance.

³⁴ *Supra* note 5.

6. Conclusion

The most striking part of the judgments is that the Court took seriously the sufferings of general people who fought for a long time to get remedy for negligence and for breach of duty. On the whole, these modern tort law judgments provide a wonderful example of creative and socially sensitive judgment. In consequence the judgments impel employers to be more careful about their employees' act or else it may result in their being held vicariously liable in tort which in turn will result in an immense order of compensation.

The judgments are glaring example that victims of negligence can be compensated. Compensation for love and affection are recognised as a legal right. Absence of due diligence in duty leads to breach of fundamental rights violation.

Tort remedies are entertained by the Apex judiciary of Bangladesh in different lines but in absence of a mechanism it seen as ineffectual. The aforesaid judgments will conceivably be of high educative value to the lower courts. Justice Naima Haider on behalf of the HCD in granting the transfer petition in the Catherine transfer case stated that law of tort is not integral part of the legal structure of Bangladesh primarily because the subordinate courts do not feel empowered to determine a tortious claim unless the tortious claim is purely statutory. She further stated that the Court is unable to provide guidelines since the Court was not called upon to review the issues relating to tort. She concluded that time has come to review the law of tort and it should be incorporated in Bangladesh law so that claims arising from negligence are properly dealt with.

People like Jahalam who has a valid tortious claim for compensation and the victims like the US-Bangla air crash do have important legal precedents, they can utilise to try and avail the compensation they may rightfully deserve that in turn would be a step forward in legal arena in the country.

Spousal Privilege and the Right to Testify

Dr. Begum Asma Siddiqua*

Abstract

The provision of spousal privilege in the Evidence Act was enacted to support marital confidence. The provision supports the cause until there is a marital discord between the spouses. With the change of contemporary public attitudes it has become necessary to rewrite the provision allowing a spouse to testify for a wrong or an offence of grave nature committed by the other spouse. Moreover, the article argues that divulging of a spousal communication to a representative in interest would extinguish the privilege.

1. Introduction

The Evidence Act, 1872¹ applicable in Bangladesh provides for privileged communications during marriage. There are two situations in the relevant section, one is spousal confidential communication privilege and the other is spousal right to testify in civil or criminal cases. The purpose of the relevant provision is to protect husband wife relationship, thereby to maintain the virtue and solicitude between the married partners in a family and *status quo* of the society. The communication may be relevant and vital to the case, yet it is not made admissible² thus denying the benefit of the evidence to the Court.³

With the marital privilege, the goal of free and open communication between spouses, which is believed to strengthen and further the marital relationship, is given greater weight than the need for evidence to resolve a legal dispute.⁴ Privileged communication is a universal rule of evidence in different countries of the world with certain variations in its application.

* Professor, Department of Law, University of Rajshahi, Bangladesh.

¹ Act No. I of 1872

² Professor Cedic D Bell, (Editor) *Evidence*, Old Bailey Press Ltd., London, 1997

³ BL Raisbeck (Editor), *Evidence*, 3rd Ed. HLT Publications, London, 1990 at p. 194

⁴ Marital Communications Privilege legal definition of Marital.....

<https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Marital+Communications+Privilege>
accessed on 7.2.2019

The aim of this article is to examine the relevant provision of the Evidence Act applicable in Bangladesh, suggest an amendment to the provision and propose for further reform to the provision to ensure justice. The article is analytical and descriptive in nature. There is a dearth of domestic materials on the issue of spousal privilege. Therefore references from other countries have been cited. This article does not endeavour to make any comparison with other countries but cites references from different countries which seems applicable to the situation in Bangladesh.

2. The Provisions in the Evidence Act, 1872

There are two provisions in the Evidence Act, 1872, one which protects spousal communication from disclosure and the other which gives access to such communication. One is communication during marriage and the other is a civil suit or criminal trial between spouses. The provisions are reproduced for a better understanding.

2.1 Communications during Marriage

Section 122 of the Evidence Act provides that, no person who is or has been married, shall be compelled to disclose any communication made to him during marriage by any person to whom he is or has been married; nor shall he be permitted to disclose any such communication, unless the person who made it, or his representative in interest, consents, except in suits between married persons, or proceedings in which one married person is prosecuted for any crime committed against the other.

2.2 Civil Suit or Criminal Trial between Spouses

Section 120 of the Evidence Act furnishes that in all civil proceedings the parties to the suit, and the husband or wife of any party to the suit, shall be competent witnesses. In criminal proceedings against any person, the husband or wife of such person, respectively, shall be a competent witness.

3. Spousal Confidential Communications Privilege

First part of section 122 of the Evidence Act deals with spousal confidential communication privilege. It imposes upon the Court to protect the inviolability of domestic confidence. This privilege applies

to communications made during the time of a valid marriage, whether either of the spouses had the knowledge of the privilege or not. Communications include from verbal to written expressions but does not include any act⁵ overheard communication or observation. Communication need not be confidential. The rule in section 122 applies to all kinds of communication.⁶ The Court will neither compel to testify nor permit the spouse who heard the communication to disclose the communication.

Once a communication is privileged it remains privileged throughout the life between the couple, even after divorce or death of any one of them. The provision does not use the words 'husband' or 'wife'. It means when the couple no longer continue with the relationship of a husband or wife, even then the privilege continues. The rule of privilege applies equally whether or not the witness or his/her spouse is a party to the proceeding. It extends to all cases whether the case is between strangers or a spouse is a party to the proceeding.⁷

The starting point of the privilege is from the date of marriage. It is the duty of the court to find out the actual date of privilege and the validity of the marriage. Any communication before marriage, or a couple living together is never privileged. A marriage which is not valid does not get the coverage of privilege. A child marriage is valid although subject to penalty under the Child Marriage Restraint Act, 2017.⁸ Therefore any communication between child spouses are also protected by section 122 of the Evidence Act.

The confidentiality loses its character if the communication is shared openly with other family members, friends, neighbours and even strangers. If it is overheard by any stranger the confidentiality is lost.

Second part of section 122 of the Evidence Act provides that in Court case the spouse who heard the communication will be permitted to disclose it only with the permission of the spouse who made it. The

⁵ *Bhalchandra Namdeo Shinde vs The State of Maharashtra*, 2003(2) MhLJ 580

⁶ PC Sarkar and Sudipto Sarkar, *Sarkar's Law on Evidence*, Standard Law House, New Delhi, 1992 at p.1156

⁷ *Ibid.*

⁸ Section 19, Child Marriage Restraint Act, 2017 is an exception against penalization of child marriage.

permission or the consent must be explicitly made by the spouse making the communication. It means that consent must be given in front of the Court by the spouse making communication to the spouse who heard it. Consent cannot be implied. The Court must ask whether the spouse communicating consents to the evidence being given.⁹

This part of the section also mentions that disclosure can also be made with the consent of the representative in interest of the spouse making communication. It is not clear how the representative in interest may give consent to disclosure. A representative in interest may be an executor, an administrator, an agent, a heir etc. Whoever that person may be, once the communication has been divulged to the representative in interest, it loses the character of confidentiality. There is a lack of literature on this issue. No case law or discussion is available to show in what manner and under what circumstances a representative in interest gives consent to the spouse at the receiving end to speak up.

It is probable that in compromise cases including mediation, conciliation, negotiation, arbitration process any admission made in front of the Judge¹⁰ or Magistrate must be kept confidential. This provision was added to the Code of Civil Procedure, 1908 (CPC) in 2003.¹¹ Accordingly same or a similar provision requires to be made in the Family Courts Ordinance, 1985 (FCO)¹² which is the venue for settlement of all kinds of marital disputes of civil nature. Besides, the FCO has a built-in provision for pre and post mediation for the married partners.¹³ It is possible that inadvertently this provision of confidentiality mentioned in the CPC did not find a place in the FCO. It

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Section 89A (8), of the Code of Civil Procedure, 1908 provides that, the proceedings of mediation under this section shall be confidential and any communication made, evidence adduced, admission, statement or comment made and conversation held between the parties, their pleaders, representatives, Legal Aid Officer and the mediator, shall be deemed privileged and shall not be referred to and admissible in evidence in any subsequent hearing of the same suit or any other proceeding. For appeal, 89(C) (2) of CPC 1908 shall follow this provision.

¹¹ Code of Civil Procedure (Amendment), Act, 2003 (Act No. IV of 2003)

¹² Ordinance No. XVIII of 1985

¹³ Sections 10 and 13 of the Family Courts Ordinance, 1985

is of utmost importance that the provision of confidentiality should be inserted in the FCO and also to other statutory laws which resolve disputes between spouses, both civil and criminal cases.¹⁴ Therefore in any civil or criminal case between the spouses, whether a compromise could be made or not, the judge presiding over the compromise is under a solemn duty not to divulge any communication which has been related to him/her by the spouses.¹⁵

If a privileged communication between the spouses is divulged negligently or accidentally, it will be removed from the part of evidence as soon as it is brought to or comes to the knowledge of the Judge. The detail procedure of removal is not clear. It may be decided by the Court *suomotu* or it may require a formal objection by the spouse making communication or even by a spouse interested in withholding the evidence.¹⁶

3.1 Right to Testify in a Suit or Proceeding between Spouses

The privilege is lost when there is a civil suit or a criminal proceeding between the spouses. One spouse may institute a civil suit against the other for matrimonial relief or for breaking fiduciary relationship; there may be criminal proceedings for domestic violence against the other. The law removes the bar to testify against the other. No consent of the spouse communicating is required for the other spouse to testify in an open court to assert his or her right against the other spouse. When a case is drawn up against one of the spouses by a third party the privilege continues.

For a witness in general, competence follows compellability. For spouses there is no compulsion and no permission to disclose communication. The spouses cannot be compelled or permitted to disclose any communication between them. From the language of section 122 read with section 120 it seems that when a civil or a criminal case is between the spouses the bar is removed, the spouses

¹⁴ For example, The Family Laws Ordinance, 1961, the Domestic Violence (Prevention and Protection) Act, 2010, the Dowry Prohibition Act, 2018

¹⁵ Developed from PB Carter, *Cases and Statutes on Evidence*, 2nd ed Sweet and Maxwell, London 1990 at p. 222

¹⁶ Developed from Christopher Allen, *Evidence*, Cavendish Publishing Ltd, 1994 at p. 218

become competent as a witness and the Court can compel or permit one to testify against the other.¹⁷ Competence generally includes compellability but specially in a criminal case when the charge involves an offence against the other spouse, if not compelled, a spouse may remain at the mercy of the other spouse to impart his/her trauma.¹⁸

It is most likely that if a spouse files a case against the other spouse for physical, psychological, sexual or economic abuse under the Domestic Violence (Prevention and Protection) Act, 2010,¹⁹ the spouses will be at liberty to disclose communication between them. Moreover the Court may compel testimony of a spouse. It should be same for a case under the Dowry Prohibition Act, 2018.²⁰ Since dowry offence is compoundable the provision of compellability by the Court or permitting the willing spouse to testify would be fitted in the framework of compoundable offence under the supervision of a Magistrate first class similar to compromise cases of civil nature.

3.2 Civil Suit or Criminal Proceeding against a Spouse

There is a serious concern when there is a case drawn up against one of the spouses by a third party, a civil suit or a criminal proceeding, which may affect adversely the other spouse. Civil suits relating to defamation, breach of contract, breach of promise to marry and many more of this kind is possible against a spouse. Similarly criminal proceeding involving rape, sexual assault, conspiracy, treason, human trafficking cases may affect the other spouse. The other spouse is not permitted by the Court neither s/he is allowed by the spouse making communication to speak his/ her mind.²¹ This may result in gross injustice to the society or even to the state.

¹⁷ Before 1984 in England a spouse was competent but not compellable to testify against his/her spouse in England; Adrian Keane, *The Modern Law of Evidence*, 7th ed. Oxford University Press, 2012 at p.127

¹⁸ AAS Zuckerman, *The Principles of Criminal Evidence*, Clarendon Press, Oxford, 1989 at p. 293

¹⁹ Act 58 of 2010

²⁰ Sections 7&8, The Dowry Prohibition Act, 2018 (Act No.39 of 2018)

²¹ IH Dennis, *The Law of Evidence*, Sweet and Maxwell, London, 1999 at page 121

Where an accused spouse is jointly charged with another person, it is not clear whether the other spouse can be compelled to testify for another person, or whether consent of accused spouse is needed, or s/he himself or herself may withhold incriminating evidence; or in a proceeding where the spouse has not been charged jointly or charged at all, but giving evidence by one spouse may lead to incrimination of the other spouse.²² Each of the situation mentioned here needs more clarification because it is morally incorrect and not justified to withhold incriminating evidence. For greater benefit of the society the evidence should be permitted and may be compelled by the Court. Argument for marital harmony may not bear value in these cases specially when a spouse is accused of child abuse. Protection of children is more important than promotion of marital harmony.²³

If both the spouse are in agreement to an act of treason, sedition, conspiracy, evade tax; confidential communication should not be protected. Most probably the Court will not allow privilege in any of the cases of this kind. There are various situations mentioned here all of which calls for careful consideration by the concerned authority of the government to justifiably amend this particular law.

A true fact of life which came to the knowledge of the author of this article will manifest the tip of the iceberg in subjugating a spouse from not only withholding information but forcing to become an accomplice. The spouse who puts pressure on another to act in a particular way do not only destroys the self esteem of that person but also demeans the self esteem of the children in the family. The fact is both alarming and distressful.²⁴ The sitting Additional District and Sessions Judge of Rajshahi in a day long programme shared an unfortunate fact with the participants. She said that there was a case of rape in her court. She heard both the parties including the victim of the rape. She was hesitant to give judgment because in her mind somewhere she felt that

²² Eric Coswill & John Clegg, *Evidence : Law and Practice*, Longman Group UK Ltd. 1990 at p. 103

²³ AAS Zuckerman, developed from arguments in pp. 291-293

²⁴ Key Speaker in a daylong workshop on the implementation of amended Repression of Women and Children Act, 2003 and the necessity of prevention of child prostitution and trafficking, organized by Bangladesh National Woman Lawyers' Association-BNWLA, Rajshahi, Bangladesh, 8 August, 2003.

the actual fact may not have been as presented in the court. She waited for sometime and somehow managed to hear the story of the victim women. The victim women revealed to the judge that her husband pushed her into the rape case to give a lesson to the opposite party for some enmity between him and them. She was left with no choice but to abide by her husband's choice to play the rape victim role otherwise he threatened to divorce her. She said that she did not want to leave her four children in the family and the financial secured life. At the same time she felt humiliated to play this victim role as it will remain a scar in her life forever. She will lose respect for her rape victim role from her children, in laws, neighbours and acquaintances. It hurts her both ways. This is a real fact life story. The woman in this case will not be allowed to reveal what communication took place husband. If it is considered as a conspiracy between the husband and the wife, even then she will not be allowed to disclose the fact. Here the husband threatened her to act under his direction, the case was by one spouse against a third party and had the women wanted to speak the truth she would not have been permitted to impart the bad scheme planned by her husband. This case was plainly not covered by aforementioned section 122.

Offences against the State or Conspiracy or revenge²⁵ are the areas which call for the waiver of this kind of privilege. The Legislature must meet the practical needs by making amendment in the law of spousal privilege considering the fact that there is a sharp decline of the contemporary ethics and values in the society.

4. Suggestion

The policy behind privileged communication between the spouses were to ensure conjugal confidence in a family. It appears that this provision of law must be amended for the purpose of easy access to justice. With the enactment of the Domestic Violence (Prevention and Protection) Act, 2010 any person belonging to a family or an acquaintance can complain of abuse mentioned in the Act. If a spouse comprehends a wrong or an offence towards a third person by the other spouse yet by virtue of section 122 s/he will be never heard by

²⁵ *Mr. Vilas Raghunath Kurhade vs The State Of Maharashtra*, High Court of Bombay, Criminal Appeal no. 82 of 2003, para 17

the Court. It is incumbent upon the Legislature to make an amendment to the law from saving people from gross injustice. It is suggested as follows.

1. That the words 'or his representative in interest,' from section 122 of the Evidence Act, 1872 should be deleted as according to the rules of privileged communication as soon as the knowledge of the communication is divulged or known to a third person, the privilege is lost. There is no question for the third person to extend consent to impart the expressions of the spouse making it.
2. Explanation one must be added to section 122 with the words, The privilege will be waived where a spouse has been charged with a serious offence, in private or public life.
3. Explanation two must be added to section 122 with the words, The privilege will be waived if both the spouses are engaged in any activity which amounts to a fraud or a criminal offence.
4. A few illustrations may be added to show, for example, if the person of the daughter or son from a previous marriage of one spouse is violated by the other spouse; or any form of child abuse, or there is a conspiracy or offence against the State.
5. The confidentiality rule added in the CPC by an amendment in 2003 should also be added to the statutes resolving disputes between spouses, such as the Family Laws Ordinance, 1961, the Family Courts Ordinance, 1985, the Domestic Violence (Prevention and Protection) Act, 2010 and the Dowry Prohibition Act, 2018.

5. Conclusion

Spousal Confidential Communication between husband and wife is considered privileged by statutory law against Court-room disclosure. The legal rule of evidence is based on the policy of marital harmony or marital confidence between the spouses. Conjugal confidence is undoubtedly of great significance but with contemporary contemptuous news headlines of everyday, it is of utmost importance that protection accorded to an accused spouse or both the accused spouses should not be invoked. Different kinds of abuse at home and in public have become a regular matter. It is therefore of urgent need that the said provision is amended with due attention being given to the statutory laws made in Bangladesh to punish those who abuse different persons of different age in different ways. The amendment should be made to allow a spouse to testify against the other spouse who is at wrong and no privilege should be tendered for an accused couple engaged in a criminal offence.

Administrative Structure of Waqf Administration in Bangladesh: Problems and Perspective

Dr. Shahin Zohora*

Abstract

Waqf as a religious, charitable institution, has been in existence in this country for centuries. This article is designed to elucidate the Waqf Administration and its structure, the working procedure and contribution of waqf committee constituted under the Waqf Ordinance 1962. There is a critical analysis about the powers and functions of the Waqf Administrator which is governed by the Waqf Ordinance 1962. At the conclusion of this article some observation and suggestions are made with a view to strengthen the activities of the Waqf Administration and overcoming the existing lacunas and problems relating to the administrative structure of it.

1. Introduction

Bangladesh Waqf Administration (WA) is a self governed religious, social welfare, charitable and service oriented organization under the Ministry of Religious Affairs of the Government of the People's Republic of Bangladesh.¹ The main objective of this organization is to manage, control, administer, supervise and audit every waqf estate all over the country. During British rule waqf estates used to be administered under Shariah law. Chief Qazi was the trustee of waqf estates in the district of his jurisdiction. In the absence of a governing legislative guidelines waqf institution had fallen down in a miserable condition. The Bengal Wakf Act 1934 (BWA 1934) was enacted to give foster supervision and protection to WA. It was first established as an autonomous institution under the BWA 1934 and the first waqf office was set up at Writer's Building in Calcutta.² The BWA 1934 was introduced in undivided

* Associate Professor, Department of Law, University of Rajshahi, Bangladesh

¹ S. Ather Hossain and S. Khalid Rashid, *Waqf Laws and Administration in India*, Eastern Book Company, 34 Lalbag, Lucknow, 2nd edition, 1973, p.30

² Information have been collected from the Documents and Papers preserved in Central Waqf Office of Dhaka.

Bengal comprising the province of Assam, East and West Bengal.³ After the partition of the sub-continent the administration of waqf estates was still conducted by the BWA 1934. Later in the affection of the partition a huge quantity of waqf property was abandoned by the mutawallis⁴ and beneficiaries when they fled to Pakistan and East Bengal (presently Bangladesh) in the wake of communal disturbance. Consequently an anomalous situation was dispersed in the field of WA. In this situation several Muslim organizations in India notably Anjuman Himayat-e-Islam and Jamiat-al-Ulema-al-Hind evolved during the period with the concern to preserve waqf institution and presented a detailed report to Prime Minister Jawharlal Nehru regarding the chaotic circumstances of waqf of that time. He was convinced with the importance and gravity of an immediate response on the issue and as a result Central Waqf Act 1954 came into being. This Act gave all waqfs in India a central administrative framework and the anomalous situation of abandoned waqf property was brought into a considerable good form.⁵ Since this study is not concerned with the administration of waqf in India, the study will not discuss in this regard. After partition the waqf office had been shifted from Calcutta to Dhaka for governing the administration of waqf in East Pakistan (at present Bangladesh) as well as the original files and other papers of waqf affair had been transferred to this office.

In order to strengthen the activities of the WA and to control the waqf property smoothly according to the need of time a new ordinance, the Waqf Ordinance 1962 (WO 1962)⁶ was promulgated. After the independence of Bangladesh in 1971, the aforesaid ordinance is still enforced for administering the waqf estate in the country. In this study overall infrastructure of WA along with existing shortcomings, lacunas and inadequacies have been discussed as well as some suggestions have been made to overcome the said complicacies.

³ S. Khalid Rashid, *Waqf Administration in India*, Vikash Publication House Pvt Ltd, New Delhi, 1978 p. 44

⁴ Misspelled as mutwalli in the Mussalman Wakf Act of 1923 and the Bengal Wakf Act, 1934 passed by the Legislative Assembly under the British rule.

⁵ Dr. Amir Afaque Ahmad Faizi, *Waqf Record Management in India*, Centre for Rural Studies LBSNAA, Mussoorie, New Delhi, p.25

⁶ Preamble of the Waqf Ordinance 1962.

2. Administrative Structure of Waqf Administration in Bangladesh

The WA in Bangladesh is highly centralized and managed by the Administrator, Deputy Administrators, Assistant Administrators and number of other officers and staffs throughout the country in the District and Thana (Police station) levels⁷. The divisional and district level officers do not have to make decision and pass order. The power to make decision and give orders lies solely with the Administrator, head of the waqf in Bangladesh sitting at the Headquarter in Dhaka.⁸ He is a Government employee in the rank and status of a Joint Secretary.

2.1. Appointment of Waqf Administrator

In 1947 after establishing the autonomous institution of waqf under the BWA 1934, an attempt was taken for leaving the supervision of waqf in the hand of the Waqf Commissioner appointed by the Government for East Pakistan (at present Bangladesh). In this line the first Waqf Commissioner was appointed by the Government in 1947 for governing the overall administration of waqf in the country, who performed his duties from 1947 to 1954⁹.

Thereafter while the Waqf Ordinance 1962 was promulgated the designation of Waqf Commissioner was replaced by Waqf Administrator (WAR) at that time S.M. Rizvi (CSP Administration) was performing his duties as a head of the said institution of waqfs (1961-1962).¹⁰ As per the provision of WO 1962 Government shall appoint a WAR for five years and he shall be eligible for reappointment. There is no specific indication in the WO 1962 as to the qualification of the WAR and also no indication is found that he will be a learned person of

⁷ Section 7 of the Waqf Ordinance 1962.

⁸ Muhammad Fazlul Karim, *Problems and Prospects of Awqaf in Bangladesh: A Legal Perspective*, p.4 available at <http://waqfacademy.org/wp-content/uploads/2013/02/Problems-And-Prospects-Of-Awqaf-In-Bangladesh-A-Legal-Perspective-Muhammad-Fazlul-Karim.pdf> accessed on 30 October 2019

⁹ Information collected from the list of Waqf Administrator, preserved in the Central Office of Waqf Dhaka.

¹⁰ Section 7 of the Waqf Ordinance 1962.

Muslim law and theology. As a result, the WAR only after being appointed as an Administrator can acquire knowledge about the WA and waqf laws. So he may need some time for taking right step in this matter.

In addition to this it appears from the wooden board kept in the central office of administration of waqf that after passing of the WO 1962 till now no Administrator could fulfill the duration of his post prescribed by the Ordinance.¹¹ This is one of the serious bar for making the institution of waqf a dynamic and welfare institution.

Apart from these, sometimes retired Government officers are appointed as WAR thinking that due to their experience, they would prove to be more useful. In due course of time however the retired persons due to health and other factors are found to be less useful and took no interest whatsoever in their services.¹² Emoluments of the WAR are determined by the prescribed rules.¹³ The WAR do not get the fringe benefits of a Joint Secretary.

2.2. Power and Function of Administrator

One of the important function of the Administrator is to appoint, promote and grant leave to officers and staffs mentioned in section 15 of the Waqf Ordinance and reduce, suspend or dismiss them for misconduct.¹⁴ Generally the Administrator may direct an order to the mutawalli to submit account of waqf estates annually. In this respect a field survey was carried out by the author into the waqf estates in Rajshahi district and to the divisional waqf office at Rajshahi. It was identified from this survey that in most of the cases mutawallis were less interested to submit report of account due to lack of proper audit. Regular audit will never be possible for insufficient manpower appointed by the WA in the divisional office of waqf. The divisional office at Rajshahi is run only by an Assistant WAR, a Waqf Inspector and a peon. In view of section 27(a) one of the powers of the

¹¹ Information collected the Board preserved in the Central Office of the Administrator Waqf, Dhaka.

¹² Information collected from personal interviews of the office staff of WA Central office of Waqf Dhaka.

¹³ Section 8 of the Waqf Ordinance 1962.

¹⁴ *Ibid.* Section 9.

Administrator is to investigate and determine the nature and extent of waqf properties calling from time to time for accounts, returns and information from mutawallis. Under section 52(a), the Administrator is given ample authority to call for accounts of the waqf estates from the mutawalli either present or past.¹⁵ By a decision of the High Court Division in *Md. Abdul Jabbaros Asia Khatun*, Administrator can also revise any provision of a waqf deed.¹⁶ Section 29 read with section 30 of the Ordinance empowers the Administrator to revise any provision of the waqf deed which has become inoperative owing to efflux of time and changed conditions. At present most of all disputes relating to waqf deed go to civil court.

2.2.1. Removal of Mutawalli

The authority to remove an erring mutawalli is the most important power in the hands of WAr. Section 32 provides that the WAr may, on his own motion, or on an application of any person, remove a mutawalli on some specified grounds such as breach of trust, mismanagement, malfeasance or misappropriation of the waqf estates etc. The section also includes a proviso that no such order for removing the mutawalli shall be made without giving him an opportunity of being heard.

Section 32(2) gives the aggrieved person a right of appeal to the District Judge but no such appeal lies unless the mutawalli has made over charge of the waqf estate to the new mutawalli and according to sub section (4) a revision also lies to the High Court Division.

The removal of a mutawalli by the WAr amounts to imposing a penalty on the mutawalli for his alleged misdeeds. Provisions of a statute which takes away a right and imposes penalties should be construed strictly to give the penalized person a fair opportunity to defend himself.

Although the Administrator is empowered to remove a mutawalli he does not have any power to suspend the erring mutawalli by replacing temporarily any person in his place. A case reference of a High Court

¹⁵ *Yar Ali Khan Chowdhury vs Administration of Waqf* 20 DLR 535.

¹⁶ 28 DLR 33.

Division makes it more clear, the petitioner's case¹⁷ is that he is the present mutawalli of a waqf estate bearing, E.C.No 157/79 of the office of the WA. The waqif of the suit property died childless. In accordance with the waqf deed the waqif remained the mutawalli during his life and the petitioner became the first mutawalli after his death. Two of waqif's relations, filed an application to the Ministry of Religious Affairs, on 23.7.90 for removing the petitioner from the office of the mutawalliship on the allegations of breach of trust and mismanagement. The office of the Ministry had forwarded it to the WAR who directed the petitioner to submit his written statement, stating that the allegations brought against him are all false, concocted and malafide. He has been performing his duty honestly and diligently and there is no question of any breach of trust and mismanagement on his part.

The two relatives of the waqif also lodged a complaint to the WAR which he later forwarded to the Deputy Commissioner (Revenue) for taking legal steps. Accordingly the DC(R) heard both the sides but before he could give his decision the respondent filed the above mentioned application before the Ministry on the same grounds and ultimately impugned order was issued by the WAR which was as follows

"On the basis of the report of the local enquiry on a complaint against the mutawalli of the above mentioned estate, the mutawalli is excluded from mutawalliship and for the good administration of the waqf estate a committee of five members¹⁸ is approved temporarily for two years and charge should be taken over from the outgoing mutawalli."

The ambiguity and vagueness of the order is such that one cannot be sure whether the impugned order is meant for suspension or removal of the mutawalli or the taking over of the waqf estate by the WAR, for

¹⁷ *Tabarak Ali Sikderos Administrator of Waqf* 35 DLR (1993) 79.

¹⁸ Committee members are-

- | | |
|---|------------|
| i. Additional DC (Rev) Dhaka | - Chairman |
| ii. Assistant waqf Administrator (Administration) | - Member |
| iii. Janab Md. Ishaq (Babul), 375 Elephant Road Dhaka | - Member |
| iv. Jamb Md Ezaz, 39L Elepphant Road Dhaka | - Member |
| v. Jabab Md. Anwar Husain. 375 Elephant Road Dhaka | - Member |
- also see *Tabarrak Ali Sikderos Administrator of Waqf* 35 DLR (1993) 81.

the purpose of good administration. If the impugned order is inserted to be a suspension of the mutawalli and a temporary appointment of a committee to look after the management of the waqf estate, then the order is without any lawful authority and is of no legal effect, as there is no such provision in the WO, 1962 that the WAR may issue an order to suspend mutawalli from mutawalliship and at the same time approve a committee on temporary basis to look after the management of waqf. The relevant sections in this regard are 32, 34, 37, 38 and 39. Section 32 lays down the grounds and the procedure for removal of a mutawalli. Provision of section 37 gives the WAR an option either to remove a mutawalli or to take any other action as he deems fit that is for removal of a mutawalli. Section 37 requires that an application by an interested person is supported by an affidavit. In this case the application filed by the two relatives for the removal of mutawalli is not supported by an affidavit. Section 34 deals with taking over of a waqf estate by the WAR overriding the terms of the waqf deed. Section 34 provides-

"Notwithstanding anything contained elsewhere in this Ordinance or in any other law for the time being in force or in any decree or in any deed or instrument the Administrator may by notification in the official Gazette, takeover and assume the administration, control, management and maintenance of any waqf property, including any Shrine, Dargah, Imambarah or other religious institution appertaining to such waqf property."

It has been held by the High Court Division in the case of *Makbulal Haq vs Administrator of Waqf*,¹⁹ if sections 37 and 39 are read together carefully, the only meaning that appears is that section 34 only gives the powers to the Administrator to take over possession of any waqf property. According to section 39 the power of the Administrator is that -

"If, after making an enquiring under sections 37, the Administrator is of opinion that the affairs of any waqf have been mismanaged to such an extent as to make it desirable for the protection of the waqf property or in the interest of the beneficiaries that the waqf should be subjected to greater control and supervision, he may take over and assume the administration, control, management and maintenance of such waqf property under the provisions of section 34 or he may subject the waqf property to such provisions of this Ordinance of such specified period as he deems fit."

¹⁹ 17 DLR 30.

If the impugned order is intended for taking over and assumption of the administration, control, management and maintenance of the waqf estate by the Administrator, he is to proceed in accordance with the provisions of either section 34 or section 37. Under section 34 he may do so, by notification in the official Gazette but there is no such Gazette notification of the taking over in the instant case, and then again according to sub section (3) of the said section the Administrator after taking over the waqf estate may manage it through any officer subordinate to him or by an agent or official mutawalli.

According to the decision of the High Court Division in *Tabarak Ali Sikder vs Administrator of Waqf*,²⁰ the concerned waqf estate is neither a Shrine nor a Dargah nor an Imambarah²¹ nor any other religious institution but a private waqf. The WAR has acted beyond the scope of the Ordinance by excluding the mutawalli from mutawalliship and appointing a committee of five members temporarily for two years.

2.2.2. Declaration of Property as Waqf

Other important functions of the WAR is to decide whether a property is waqf or not. Though the WAR shall decide all question as to whether a particular property is waqf property or not, his decision is not final anymore. The aggrieved person has a remedy not in any civil court but in the court of the District Judge within whose jurisdiction the particular property is situated. The aggrieved person will file a petition to District Judge, claiming declaration of waqf character of the property; this petition is indistinguishable from civil suit. The District Judge will try this petition in the same manner as provided in the Code of Civil Procedure, but if he prefers to try the petition summarily, he will give reasons, the person who will be aggrieved by the decision of the District Judge shall have a right of appeal to the High Court Division. The decision of the District Judge and where there is an appeal, the decision of the High Court Division, shall be final.

In the Case of *Syed Shah Mohammad Osman Gani vs Bangladesh*²² it contends that jurisdiction of civil court has not been ousted by the WO

²⁰ 45 DLR (1993) 79.

²¹ Imambarah is a sacred hall built by Shia sect of Muslim for observing Muharram; Natural Momen, *Muslim Ain* Bangla Academy, Dhaka, Bangladesh, 1994, p. 386.

²² 39 DLR (1987) 451

1962. There is no express ouster of jurisdiction of civil court, and an application before the Administrator under section 50 are parallel, alternative and cumulative remedies. It appears that the Administrator should be seized with the preliminary determination of the limited question of the waqf character of a property and if any person is aggrieved by the decision or order of the Administrator, he can go to the District Judge and thereafter to the High Court Division as provided by section 35.

In other words it is held that the provisions of section 50, from its very nature, would be superfluous and useless, if it did not receive a construction which made it compulsory, not optional, to proceed by application to the Administrator.²³

2.2.3 Power of Enrolment of Waqf Properties

Waqf properties in Bangladesh can either be registered or unregistered.²⁴ On the application of mutawalli or any person interested in a waqf or on his own motion for the enrolment or registration of such waqf the Administrator may take step for the enrolment of said waqf property. Before enrolling any property as waqf, Administrator may send a copy to the Deputy Commissioner for the ascertainment whether such property is the *khas* property of Government. After receiving the information as to the waqf property that whether it belongs to the Government the WAr may either take step for, or reject the application for enrolment. Before the enrolment of any property as waqf the Administrator may examine the record, documents, witnesses and others particulars relating to it, under section 38 and he also may take decision about the nature and character of the property.

The High Court Division took a decision in the case of *Surat Ali Vs Administrator of Waqf*²⁵ that in absence of enrolment of a property as waqf under section 47 of the Ordinance, the Administrator cannot take

²³ *S.S.M Osman Ganius Bangladesh* 39 DLR (1987) 460.

²⁴ Rashedul Hasan and Siti Alawiah Siraj, 'Complexities of Waqf Development in Bangladesh', *Journal of Emerging Economics and Islamic Research*, 2016, Vol.4, no. 3 p. 3.

²⁵ 45 DLR (1995) 227.

the same as "a waqf by user"²⁶ though the Administrator is an authoritative person for declaration whether any property is waqf or not under section 50. So, the mutawalli or any person interested in waqf in the case of waqf by user should file any application under section 47 (2) for enrolment of the property as waqf.

Thus in many cases it is observed that the mutawalli or a person interested in waqf fraudulently makes an application for the enrolment of property as waqf for their own selfish motives.²⁷

In addition to this for want of proper record about waqf property, valuable properties of waqf are often neglected and leased out with nominal charges or sold out for small prices²⁸.

2.2.4 Power to Transfer of Property

Waqf Administrator can transfer waqf property for the welfare interest and legal necessities of waqf estates on the basis of application of the mutawalli of the concerned estates and he can also constitute a special committee of 9 members for executing this transfer smoothly and appropriately.²⁹

2.2.5 Power of Inquiry and Eviction of Trespasser

Among other problems relating to waqf one of the serious problems is illegal occupation of waqf properties by trespassers. The Administrator is empowered to evict the trespassers from said illegal occupation through Deputy Commissioner who shall evict the trespasser or take such steps for preventing disturbance or obstruction on the waqf properties as he deems fit.³⁰

If any person is aggrieved by the eviction order of the Deputy Commissioner, he may appeal to the District Judge against such order of eviction within three months from the date of his eviction and the

²⁶ Where there is no formal deed on the waqf estate but the owner of the estate has for long allowed the estate to be used for some religious or charitable purposes, such waqf are known as waqf by user; Syed Ameer Ali, *Mahmmedan Law*, (4thed) vol. 1, 1985 Ketub Bhawan, New Delhi, p. 276.

²⁷ *Syed Masud Ali vs Md Asmatullah* 32 DLR (AD) 40.

²⁸ M.M. Ahmed & M Safiullah, *Management of Waqf Estates in Bangladesh: Towards a sustainable policy formulation*, 2012, pp.11, 31

²⁹ Section 7 of the Amendment Act 5 of 2013 of the Waqf Ordinance 1962.

³⁰ Section 64(i) of the Waqf Ordinance 1962.

decision of the District Judge on such appeal shall be final.³¹ There is no doubt in the case of an application under the provisions of section 64(1) of the WO 1962, the determination of the waqf character of the land is very much material before passing any order of eviction or rejection and there is provision under section 50 of the Waqf Ordinance to determine the character of the property in dispute. Without examining the waqf character of the properties rejection of an eviction application against the illegal occupiers from the waqf properties may bring upon serious miscarriage of justice.³²

2.2.6 Advisory Function of the Administrator

On the application of mutawalli, Administrator may give his opinion, advice or direction on any question relating to the management or administration of waqf property or a deed of waqf requiring clarification and if the Administrator cannot suitably dispose of the question he may refer the mutawalli to the court of the District Judge and the court shall give its opinion, advice and direction in the manner provided in the Ordinance.³³

Apart from the above mentioned power and function of the Administrator he is also empowered to appoint a mutawalli in which there is no mutawalli or where it appears to the Administrator to be an impediment to the appointment of a mutawalli in terms of deed of waqf or where the successor to the office of mutawalli is a minor, a person of unsound mind or a person adjudged insolvent by a competent court of law, the Administrator, may for such period as he deems fit appoint a person to act as mutawalli with notice to all the person interested in the waqf. Any person aggrieved by such appointment may within three months from the date of receipt of the notice appeal to the District Judge.³⁴

2.2.7 Magisterial Power of Waqf Administrator

Waqf Administrator has the power of executive Magistrate for due administration, management, maintenance and protection of properties

³¹ *Ibid.* 64(2).

³² *Afazuddin Mollah vs Moburak Ali Munshi* 46 DLR (1994) 59; 514 BLD (HC) 242.

³³ Section 40 of Waqf Ordinance 1962.

³⁴ *Ibid* section 43.

of a waqf estate. Waqf Administrator may also delegate this power by notification in the Official Gazette with approval of the Government to any Deputy Administrator and Assistant Administrator. Deputy Administrator and Assistant Administrator may exercise this power of Executive Magistrate within the territorial Jurisdiction of their district.³⁵

2.3 Constitution of Waqf Committee

The Ordinance provided that the Government shall establish a waqf committee for assisting and advising the Administrator in administering the waqfs and their funds.³⁶ The waqf committee is constituted with ten members to be appointed by the Government of whom one shall be a mutawalli of Shia Sect and three shall be mutawallis of the Sunni Sect and the rest six shall be the prominent, respectable and benevolent citizen of the Muslim Community, well-versed in Muslim Law. WAR is the chairman of said committee. Every member of the committee is to be appointed for five years³⁷ and be eligible for reappointment. The WAR face difficulties in constituting the waqf committee due to the procedural complicity. The procedure is, the Ministry of Religious Affairs call for a list from the waqf office to constitute a waqf committee. The list submitted by the waqf office may remain pending in the Ministry for a long time. As a result the activity of the WA is hampered.³⁸

2.2.3. Working of the Waqf Committee

The waqf committee is performing its duty as an advisory body of the WA³⁹ It assists WAR in case of taking any decision about waqf and WA. The important functions of the waqf committee are in the absence of any directions by the waqif or any lawful authority, declaring what proportions of the income of waqf or other property of the waqf shall

³⁵ Section 31A of the Amendment Act 18 of 2013 of the Waqf Ordinance 1962.

³⁶ Section 19 of the Waqf Ordinance 1962.

³⁷ *Ibid.* Section 20.

³⁸ Memo no. account 14/85/245(9) and also the proceedings of the meeting of the Waqf Committee.

³⁹ S.B.Abdul Karim, 'Contemporary Sharia Compliance Structuring for the Development and Management of Waqf Assets in Singapore', *Kyoto Bulletin of Islamic Area Studies*, 3(2), pp.143-164.

be allocated, any particular object of the waqf and also in what manner the surplus income of a waqf shall be utilized.⁴⁰ Apart from these, the waqf committee does the setting, altering or revising schemes for the proper administration of a waqf in a manner not inconsistent with the terms and conditions of the waqf deed or the wishes of the waqif. Though the waqf committee plays an important role for administering the administration of waqf estates, the single waqf committee for the whole country cannot make frequent and thorough inspections to prevent the mismanagement of waqf properties⁴¹.

3. Certain Problems Relating to Waqf Administration

The problems which have been identified by this study are the following.

3.1. Administrative Problems

Most of the serious problems of the waqf administration is inadequacy of staff. In comparison with the total number of enrolled waqf estates throughout the country, manpower of WA is so insufficient that it is not possible to administer and supervise those estates properly.

After analyzing the administrative structure of waqf administration it is also observed that there is a close relation between the WA and district administration as regards the enrolled waqf estates, eviction of trespassers, handover of the charge of the estate to the new mutawalli, recovery of the waqf contribution, annuity of acquired land etc. Administrator is alone not capable to control all the activities relating to waqf from the central waqf office and so for this reason he may delegate his power as to the matters mentioned above to the Deputy Commissioner concerned as per the provision of the Waqf Ordinance. Since Deputy Commissioner concerned is busy with different kind of administrative responsibilities in district, they exhibit apathy to perform the said responsibilities relating to waqf. Consequently religious and charitable work of waqf is hampered. On the other hand

⁴⁰ Section 24 of the Waqf Ordinance 1962.

⁴¹ Sadequr Rahman, 'Waqf Shompotti Proshonge' (An appraisal of Waqf Properties) an article published in six installments from 17.06.2003 to 24.06.03 in *the Daily Sangram* (A Daily Bengali Newspaper published from Dhaka) available at See <http://www.dailysangram.com> accessed on 30 October, 2019

WA is an autonomous institution under the Ministry of Religious Affairs. So Ministry of Religious Affairs is involved in exotically with the different malts of WA.⁴²

It is really sad that in some cases Ministry of Religious Affairs exert influence on the work of the WA violating its own jurisdiction which affects the entire religious purpose of the WA e.g. on the basis of the approval of the said Ministry a huge quantity of landed properties of Faizunnesa waqf Mirpur, Dhaka and Hamdurd Laboratories, Bangladesh were leased out for a long term by the registered waqf deed. The members of waqf committee raised serious objection against this approval. They expressed their dissatisfaction saying that-

"There is no jurisdiction of the Ministry of Religious Affairs to lease out waqf property for a long term, without pre discussion with the waqf committee because it is of course the Jurisdiction of the waqf committee."

Having very noble objectives hidden behind the dedicated, properties of waqf, for fulfilling these objects both the said Ministry and waqf committee should be conscious about their own duties and responsibilities relating to waqf.⁴³

3.2 Legal Problems

The WAr does not have enough power under the Waqf Ordinance to make the institution a welfare and development organization e.g. if any mutawalli misappropriates the property of waqf, Administrator is empowered to remove the erring mutawalli but he does not have any power for recovering the grabbed money or dispossessed property without intervention of the civil court. Administrator cannot prevent the harmful work against the waqf estate by suspending dishonest mutawalli.

Due to dearth of necessary legal power, WAr could not punish the convicted person who illegally transferred the property of waqf, misappropriated the money by selling the waqf property, illegally recorded the waqf property as a secular property, causing extreme

⁴² Memo No-Account 14/85/104 (21) 11-21, Dated, 27-01,1997 on Waqf Affairs; also the Annual Report available in the Central office of Waqf p.3.

⁴³ Memo No- Account 14/88/248(9) Dated 5.5.98.

allegation against the waqf estates.⁴⁴ Apart from these a lot of waqf cases are pending in the District Judge Court, High Court Division and Appellate Division of the Supreme Court for a long time but no provision is found in the Waqf Ordinance for quick disposal of cases. Consequently mutawallis, beneficiaries and interested persons in waqf face serious trouble.⁴⁵ Initiatives had been taken by the Administrator and Ministry of Religious Affairs for making the Waqf Ordinance a comprehensive and suitable piece of legislation. WAR had also taken decision for compiling opinion from the general public, mutawalli, beneficiaries and interested person on waqf for amendment and enlargement of certain provisions of WO 1962.⁴⁶ All amendment have not been made in this regard. A few amendments which have been made has been discussed.⁴⁷

3.3 Financial Problems

The machinery provided under the Waqf Ordinance to supervise the administration of waqf is financed by fee or contribution (ranging) realized from every waqf.⁴⁸ The Waqf Ordinance empowers the WAR to remove a mutawalli if he fails to pay contribution without any reasonable excuse and if any mutawalli refuses to pay the waqf contribution it shall be deemed to be his personal liabilities and be realized from his personal properties in the prescribed manner. In cases of arrears of waqf contribution it will be recoverable as arrears of land revenue under the Public Demand Recovery Act 1913. Despite this provision huge amounts of arrears pile up every year as is eminent from the table given below⁴⁹

⁴⁴ Memo No C/A-23/67/604-sem Dated 21.4.99.

⁴⁵ Proceedings of a 'Waqf of Experience in South Asia' A Seminar held in may, jointly organized by the Institute of Objective Studies, New Delhi, The Islamic Development Bank, Jeddah, the Kuwait A waqf of Public Foundation, Kuwait and Ta'awun Trust New Delhi, 1999, pp. 10, 67.

⁴⁶ The Amendment Proposal of WO submitted by the Parliamentary Standing Committee of the Ministry of Religious Affairs dated- 09.03.1999. Said proposal is available in the Central Waqf Office, Dhaka, 1962.

⁴⁷ 2.2.4 Power to Transfer of Property and 2.2.7 Magisterial Power of Waqf Administrator. Section 7 of the Amendment Act 5 of 2013 of the Waqf Ordinance 1962, Section 31A of the Amendment Act 18 of 2013 of the Waqf Ordinance 1962.

⁴⁸ Section 71 of the Waqf Ordinance 1962.

⁴⁹ Statistic have been collected from the file preserved in the office of waqf Dhaka file no. Memo no Waqf Admin/26/2017/2267 on Dated 20.05.2017.

Table - 1.2**Realization and arrears of waqf contribution all over Bangladesh
from 2014-2015 July to 2015-2016 March**

Division	Current Demand 2015-2016	Arrears 2014-2015 July	Total Demand 2015-2016	Realization of waqf Contribution 2015-2016 March
Dhaka	70,49,588.00	1,06,72,657.00	1,77,22,245.00	30,31,333.00
Chittagong	31,25,198.00	75,29,642.00	1,03,54,840.00	15,57,170.00
Sylhet	7,90,903.00	15,10,515.00	23,01,418.00	2,30,418.00
Rajshahi	32,35,571.00	81,09,991.00	1,23,45,562.00	18,76,360.00
Khulna	4,39,755.00	21,63,706.00	26,03,461.00	2,08,286.00
Barisal	8,25,171.00	52,53,123.00	60,78,294.00	6,97,346.00
Grand Total=	1,54,66,186.00	3,62,39,634.00	51,405,820.00	76,00,913.00

On the another point of view through the spot inspection of different *Tahsil* office and the waqf estates concerned it is identified that a huge amount of land development tax is due and for recovering this arrears of land revenue, a notice of certificate cases have been issued. It is learnt from the AC land that due to illegal transfer of waqf land and for want of right direction as to the homestead of the beneficiary it is difficult to issue a notice of certificate case. Apart from these there are two more reasons for not issuing the notice of certificate case.⁵⁰

- i) Eternal rivalry between the mutawalli and beneficiary for the post of mutawalli and
- ii) Management shortcomings of Waqf Administration.

Thus government is deprived of a huge amount of land development tax every year. The 5% contribution coming to the WA from the income of the waqf estate is too inadequate to meet the expenditure. On the other hand heavy expenses on litigation drains the financial resources

⁵⁰ Information have been collected from personal interview of AC Land Rajshahi, dated 06.07.2016.

of WA. It is not possible to meet all the expenses of WA only by the 5% contribution coming from the waqf estate because the tasks of WA are many while the hindrance are no fewer. The Assistant WAR told the author that there is a law cell under the WA for giving legal aid to the waqf disputes and the existing cell is nominal and not very effective. There is an Attorney General for directing the waqf litigation on behalf of the WA. He is paid a monthly honorarium amount of tk. 5000/- along with extra law charge for some individual cases. There is scope to develop many waqf estates within the fold of WA so steps have to be taken to overcome these financial strains.

4. Step to overcome the crisis relating to Waqf Administration and Administrative structure of waqf

It is expected that it will be possible to overcome the difficulties and crisis of WA and administrative structure of waqf by taking some important steps -

- (a) The WO 1962 should be amended so that an efficient administrative set up of WA with adequate skilled manpower may be established;
- (b) Proper audit of accounts of waqf estate may be ensured, problems of complicated waqf estates may be identified, waqf estates may be enrolled, proper survey of all waqf estates throughout the country may be carried out, list of grabbed waqf lands and the statistics of illegally transferred waqf properties may be reinstated, trial of waqf disputes pending in Supreme Court as well as different district courts may be speedily done and 80% waqf contribution may be ensured, effected and realized by making an amendment to the WO 1962. The concerned Ministries such as Ministry of Religious Affairs, Ministry of Finance, Ministry of Establishment should be persuaded to appoint sufficient manpower and take necessary steps in this regard. Besides the authorized persons from concerned Ministries should be included into the committee of the WA and they should be informed from time to time of the crisis so that they can adopt necessary steps urgently.
- (c) Provisions for the training of the staffs of the WA should be incorporated into the Employee Service Rules of WA 1979 to increase efficiency of the staffs of the WA. Pensions and social

security scheme are to be introduced to provide incentives to its employees. The WA should also take initiative for group Insurance for their employees.

- (d) A specific provision must be inserted in the Waqf Ordinance as to the qualification of the WAR. The WAR must be a resource person of Muslim Law and theology. There should be a definite pay scale and standard salaries for the WAR and other young talented and deserving employees so that they may not be tempted to become corrupt and dishonest.
- (e) The WAR must be empowered to function as a District Judge in judicial matters. Under the Waqf Ordinance the WAR is required to exercise some quasi judicial powers relating to the appointment and removal of the mutawalli, enrolment, eviction of illegal trespassers, declaration of the nature of waqf property and adjudication in respect of the control of the waqf estates, so a provision may be inserted in the Waqf Ordinance empowering the WAR to perform his function. Under this provision appeal or writ against that order or decision may be allowed only to lie before the High Court Division. It is expected that if such provision is added in the Waqf Ordinance legal complicity in the management of waqf property will be solved. In case of a writ there will be great chance to contest the suit on behalf of the WA. Moreover dilatoriness in suit proceedings will be minimized.
- (f) In each district where the number of waqf estate is more than hundred, waqf office should be established.
- (g) Under section 71 of the Waqf Ordinance 5% rate of waqf contribution is provided, but it is inadequate to run an efficient office and field staff, so the rate of waqf contribution should be increased to 10% instead of 5%.
- (h) Waqf Tribunal should be established to dispose of waqf disputes speedily and cheaply. Since tribunal is subject to the supervisory jurisdiction of High Court Division according to the constitutional provision, it is expected to decide cases coming before them judicially and in accordance with law and not arbitrarily or capriciously. It may be mentioned that there are many waqf disputes which may not be purely legal, such disputes may be

submitted for conciliation instead of being normal judicial process. Provisions may be inserted in the WO 1962 for settling disputes through an alternative dispute resolution.

5. Conclusion

Many hopes were raised when the WO 1962 elevated the waqf institution from being mere instrument of administrative supervision to the level of creative agencies for educational, social, economic development of the community. The functioning of the WAr is far from satisfactory. The WAr fails to play any significant role in the socio economic resurrection of the community, the internal dissensions and compliance amongst their members, to list only few of the maladies, prove that they have failed in justifying confidence reposed in them by the community. Necessary initiative has to be taken for removing administerial shortcomings of WAr. In order to fulfill this object additional manpower should be appointed quickly and a system should be developed for keeping in view to check and balance the performance of the staffs and officials of WA. Waqf properties consist of cultivable and uncultivable agricultural land, forest, hillocks, lands and lands buildings. There is scope to develop waqf estates within the fold of WA to undertake development schemes on land of waqf. There is a huge wealth of waqf properties that could be utilized to bring out the poor segment of the population out of the ocean of poverty. This can be done by bringing the necessary changes in the administration of waqf in order to make it suitable to the present day need.

Amidst all difficulties, administerial, financial and otherwise, Waqf Administration of Bangladesh will seek to go ahead with its mission for alleviation of poverty and all round improvement of social condition.

Doctrine of Creamy Layer *vis-à-vis* Quota System in the Recruitment in Public Services in Bangladesh: A Lesson from India

Md. Asaduzzaman Saadi*
Md. Shahidul Islam**

Abstract

State-run affirmative action designed to upgrade the status of the backward section is considered non-violative of the equality clause. The doctrine of creamy layer aims to exclude that part of the backward section which has come out of the bottom of poverty and social backwardness due to state-sponsored affirmative action programme. Under this doctrine, India disqualifies the comparatively developed and educated members of the backward segment from government-sponsored beneficial programmes. It is because perpetual flow of reservation benefit is violative of equality clause. In parallel, State-run affirmative programme in Bangladesh also offers some benefits including quota in public services to the backward classes. Recently, quota has been abolished in the wake of public protest. This article argues that the Indian model of doctrine of creamy layer could better be adopted than total abolition of quota in the public services in Bangladesh.

1. Introduction

Reservation of quota in the appointment of public services as a part of the reservation scheme, as an exception to the equality clause envisaged in article 27 of the Constitution of Bangladesh, receives its seal of legitimacy under provisions of clause (4) of article 28 and the provisions of clauses (3) (a), (3) (b) and (3) (c) of Article 29. Article 28(4) mandates the State to adopt special programme for women or children including the backward section of the citizens. In a similar vein, the Constitution through the provisions of clauses (3) (a), (3) (b) and (3) (c) of Article 29 empowers the State to take special steps for the backward section to ensure their adequate representation in the State, to give effect to any

* Associate Professor, Department of Law, Jagannath University, Dhaka.

** Assistant Professor, Department of Law, Jagannath University, Dhaka.

law that aims to reserve appointments to any religious or denominational institution. Besides, this article provides reservation of appointments for members of one sex to any class of employment or office on the ground of non-suitability to opposite sex respectively. So under the mandate of these provisions, the Government of Bangladesh has introduced quota system in the recruitment of public services immediately after independence allocating posts for Bangladesh citizens under different categories. The consequence of this allocation of reservation of posts in public services has taken the lion share for the quota holders and has resultantly generated longstanding grievance among all walks of public service aspirants. The recent countrywide massive quota reformation movement is the result of this grievance. Given this background, the Prime Minister of Bangladesh made a declaration for abolition of all kinds of quota from public services of Bangladesh leading to the anguish of many. Accordingly, the Government of Bangladesh on 04 October 2018 declared abolition of quota from 9th Grade (former Class I) and from 10th to 13th Grades (former Class II).¹

On the other hand, the Government of India with similar enabling provisions in the Constitution also has reserved posts under the reservation scheme for those who suffer from social, educational and economic backwardness.² However, the Indian scheme of reservation, unlike the Bangladesh counterpart, does not permit the entitlement of reservation for the generations to come rather it has introduced the doctrine of creamy layer which eliminates those members of the backward section from the reservation scheme who have come out of the poverty level under the benefit of state-sponsored reservation scheme. Under this doctrine, the upper layer of the backward section is taken away and the reservation scheme is reserved for those who are really backward from social, educational and economic point of view. Thus, under this doctrine, there runs a system to treat the equal equally

¹ Circular No. 05.00.0000.170.11. 07.18-176; available at: www.mopa.gov.bd; accessed on 16.11.2018.

² Article 14 of the Constitution stipulates the quality clause and equal protection clause while articles 15(4) and 16(4) and 16(4A) mandate the State to take special programme for the upgradation of backward classes. For details see, articles 15 and 16 of the Constitution of India.

and the unequals unequally. In this backdrop, this paper argues that total abolition of quota system in the recruitment of public services is not a viable solution and inclines to the adoption of the Indian model of reservation scheme coupled with the application of the doctrine of creamy layer. This article further contends that introduction of the doctrine of creamy layer better serves the reservation scheme of the government as this doctrine will help removal of the affluent segment from the list of the backward so as to help the really backward to enjoy the benefit of state-run reservation scheme. With these arguments at hand, this article draws its conclusion by tendering some suggestion to the effect.

2. Doctrine of Creamy Layer Explained

The doctrine of creamy layer is another exception to, and an important facet of, the general concept of the equality clause. Generally the term 'creamy layer' is used to mean a small section of people that occupies the top of a marginalised community's socioeconomic hierarchy due to reservation and other affirmative action programme of the government.³ In the context of India, creamy layer refers to the exclusion of the forward and better educated segment of the backward classes from state-sponsored beneficial scheme. Thus the members who fall within the category of creamy layer are not considered to be eligible for the governmental patronage and reservation scheme. In other words, the doctrine of creamy layer denotes a tool to specify criteria to identify those who are relieved of their social and economic backwardness thereby rendering them ineligible for governmental affirmative action and reservation in public employments.

Once a backward is always a backward is not acceptable. The objective of the application of the doctrine of creamy layer is to sort out those who have achieved economic wellbeing or educational advancement under the social welfare and reservation scheme of the government and to exclude them from this scheme. It is because, unless it is out listed from the beneficial scheme, it would be 'unreasonable and arbitrary' that would lead to 'reverse discrimination'.⁴

³ Available at: <https://scroll.in/article/896276/explainer-what-is-creamy-layer-and-why-applying-it-to-caste-reservation-is-controversial>; accessed on 16.11.2018.

⁴ Creamy Layer: The Mandal Commission View; available at:

3. Quota System in the Recruitment of Public Services in Bangladesh

Bangladesh inherited the culture of quota system in the recruitment of public services from its predecessor Pakistan which would allocate posts in the government services in order to bring parity among the provinces.⁵ After independence the Government of Bangladesh continued to hold the legacy of its predecessor for the purpose of upgrading the socially, educationally and economically backward classes of citizens. The Government issued its interim recruitment policy through Order No. Estt./RI/R-73/72-109 (500) on 05 September 1972.⁶ This Order of the Government allocated 20%, 30%, 10% and 40% of the posts in the Class I service respectively for merit, freedom fighters, affected women and district.⁷ In 1976, the Government revised this Order and reallocated the reservation as 40% for merit, 30% for freedom fighters, 10% for affected women and 20% for the district quota.⁸ However, a further revision of the quota allocation in 1985 provided that appointments to the posts of Class I and Class II of the public services shall be made reserving 45% for merit, 30% for freedom fighters, 10% for women, 5% for tribal and 10% for other general candidates.⁹ In 1997, another revision is made in the reservation system providing no change in the services comprising the Class I and Class II posts.¹⁰

The Government through an order fixed the district-wise quota in 2009 repealing the district quota allocated on 21 March 1993.¹¹ The Government on 16 February 2010 ordered for application of the freedom fighters'

<http://www.legalservicesindia.com/article/535/Creamy-Layer:-The-Mandal-Commission-View.html>, accessed on 17.11.2018.

⁵ Nuzhat Yasmin, *Quota System in Bangladesh Civil Service: An Appraisal*; A dissertation paper submitted to the Department of Governance Studies, BRAC University, Dhaka; available at: <http://dspace.bracu.ac.bd/bitstream/handle/10361/2085/Quota%20System%20in%20Bangladesh%20Civil%20Service%20An.pdf?sequence=1>; accessed on 16.11.2018; p 17.

⁶ *Ibid*, p. 20

⁷ *Ibid*.

⁸ *Ibid*.

⁹ *Ibid*.

¹⁰ *Ibid*, p. 21.

¹¹ For details, see the circular No. SM (Bidhi-1) S 09/2009-442; available at: <http://www.mopa.gov.bd/uploads/2015/archive/file105/quota.pdf>; accessed on 16.11.2018.

quota in the recruitment to the posts of Judicial Services in Bangladesh.¹² The Government on 16 January 2011 included the sons and daughters of the sons and daughters of the freedom fighters in the quota reservation for the recruitment in the public services.¹³ It reads that in case there is an unavailability of the competent freedom fighter candidates and the competent sons and daughters of the freedom fighters, the post so reserved for them shall be filled up by the grandchildren of the freedom fighters as stated.¹⁴ On 12 January 2012 the Government issued an order for reservation of 1% post in Class I and Class II in public services for the physically challenged people.¹⁵

On 27 June 2013 the Government issued for reservation of post in the public services for tribal people in consonance with the provisions of section 18 of Part D of the Chittagong Hill Tracts Accord 1997.¹⁶ Therefore, currently as per the different circulars of the Government, 45% of the posts are allocated on merit basis and 55% posts are allocated on quota.¹⁷ Quota constitutes 30% for freedom fighters, their children and grandchildren, 10% for women, 5% for tribal population and the rest 10% for general on district/division.¹⁸

¹² Order No. 05.170.022.07.01.020.2010-59; available at: http://www.mopa.gov.bd/uploads/2015/archive/file105/bidi-1-170.20_2010_60_.PDF; accessed on 16.11.2018.

¹³ Order No. 05.170.022.07.01.124.2010-26; available at: http://www.mopa.gov.bd/uploads/2015/archive/file105/bidi-1-170.20_2010_60_.PDF; accessed on 16.11.2018.

¹⁴ Available at: <http://www.mopa.gov.bd/uploads/2015/archive/acts/reg1-2011-26-1.PDF>; accessed on 17.11.2018.

¹⁵ Circular No. 05.00, 0000.170.07.057.11-15; available at: <http://www.mopa.gov.bd/uploads/2015/archive/file105/reg1-2012-15.PDF>; accessed on 16.11.2018

¹⁶ Circular No. 05.170.022.09.00.133.2010-226; available at: <http://www.mopa.gov.bd/uploads/2015/archive/file105/reg1-2013-226.PDF>; accessed on 16.11.2018.

¹⁷ Available at: <http://www.bpsc.gov.bd/site/page/4bc95017-18d6-412b-8c4f-76d3e1599d8e/%E0%A6%AC%E0%A6%BF%E0%A6%B8%E0%A6%BF%E0%A6%8F%E0%A6%B8-%E0%A6%AA%E0%A6%B0%E0%A7%80%E0%A6%95%E0%A7%8D%E0%A6%B7%E0%A6%BE>; accessed on 16.11.2018.

¹⁸ *Ibid.*

4. **Application of Creamy Layer Doctrine in the Recruitment of Public Services in India**

The Government of India, after independence, adopted some beneficial scheme to upgrade the status of socially, educationally and economically backward class of Indian citizens. However, to study the true condition of the backward classes, it took several initiatives including appointment of commission conferring power on it to conduct study on the condition of backward classes and to provide recommendations to the Government of India. The following discussion makes a brief presentation on it.

4.1 **The Kaka Kalelkar Commission and Its Recommendations**

The first Backward Class Commission known as *Kaka Kalelkar Commission* was formed on 29 January 1953 under article 340 of the Indian Constitution to investigate the causes for their social and educational backwardness.¹⁹ This Commission was also tasked with the duty to find out the difficulties under which they labour and to recommend steps to be taken by the Union or any State to remove those difficulties in order to better their conditions.²⁰ While classifying the backward sections, the Commission considered the traditional occupation and profession, the percentage of literacy or the general educational advancement, the size of population of the community and the distribution of different groups all over the state or their density in certain areas.²¹ The Commission further was of the opinion that the caste hierarchy, representation in the government service or in the industrial sphere of community were to be given proper consideration while identifying the causes of backwardness.²² In view of the Commission, traditional apathy for education, poverty and lack of means for education, educational institutions and residential facilities were some of

¹⁹ Article 340 of the Constitution of India empowers the President to appoint commission with the power to investigate any matter referred to it. For details see Constitution of India, article 340.

²⁰ Report of the Backward Classes Commission, Vol. I; available at: <https://dspace.gipe.ac.in/xmlui/handle/10973/33678>; accessed on 17.11.2018.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

the major causes for their lagging behind in education.²³ Similarly, living in inaccessible areas, scarcity of adequate educational aids, unemployment among the educated section and defective education system unsuitable for appropriate occupations and social profession also were other grounds for educational backwardness.²⁴

The undesirable features, of the Hindu social system, were found to be the causes of social backwardness of many communities of the backward class group.²⁵ For removal of social backwardness, the Commission tendered ten specific recommendations to ensure adequate representation in the Government services and government controlled industrial establishments.²⁶ However, Chairman of the Commission suggested for total avoidance of caste principle in order to facilitate the extremely poverty-stricken people and the deserving members of all the communities.²⁷ Meanwhile, the traditionally neglected social classes should be given priority.²⁸

4.2 The Mandal Commission and its Recommendations

The Government of India established the Mandal Commission on 01 January 1979 headed by Bindheswari Prasad Mandal with the mandate to identify the people who are socially or educationally backward.²⁹ This Commission considered the question of seat reservations and

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid*, pp. 197-198.

²⁵ *Ibid*, p. 195.

²⁶ These recommendations include (i) enunciation and implementation of policy of solidarity and national progress;(ii) adoption of laws on marriage and inheritance; (iii) prohibition of social disabilities; (iv) production and distribution of literature on social problems; (v) liberal use of media for social reforms; (vi) prohibition of activities that promote caste feelings; (vii) re-organisation of educational system; (viii) full educational assistance for backward classes; (ix) adequate representations in the government services and (x) encouragement in art and literature. *Ibid*, pp. 196-97.

²⁷ *Indra Sawhney vs Union of India*, AIR 1993 SC 477, para 9.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Report of the Commission on Backward Classes (Mandal Commission Report 1980) 1980, pp. 52-53; available at: <http://www.ncbc.nic.in/Writereaddata/Mandal%20Commission%20Report%20of%20the%201st%20Part%20English635228715105764974.pdf>; accessed on 17.11.2018

quotas for the people to redress caste discrimination. For this purpose, the Commission used eleven social, economic and educational indicators to determine backwardness.³⁰

After a thorough analysis of data and examination of the existing system of reservation, the Commission found that the population of Other Backward Classes (OBCs,) both Hindu and non-Hindu, was around 52% of the total population of India.³¹ Accordingly, they deserve a reserve of 52% of all the posts under the Central Government but this could not be done as it militate against the rulings of the Supreme Court in its various judgments restricting quantum of reservation below 50% under clause (4) of articles 15 and 16 of the Constitution.³² Consequently, the Commission recommended a reservation of 27% only though it was almost half of the size of the OBCs.³³

However, the Commission opined that reservation by States exceeding 27% before publication of the Mandal Commission Report would not be affected.³⁴ Then the Mandal Commission proceeded to make an overall scheme of reservation for the OBCs in the following manner:³⁵

- (i) Those from OBCs recruited on merit in an open competition should not be adjusted against their reservation quota of 21%.
- (ii) The above percentage should also be applicable to promotion quota at every hierarchy.
- (iii) If the reserved seats remain unfilled, it should be carried forward for three years and de-reserved thereafter.
- (iv) Upper age limit relaxation for direct recruitment is to be extended to the candidates of OBCs in the same manner.
- (v) The concerned authority should adopt a roster system for each category of posts as is presently done for Scheduled Casts (SC) and Scheduled Tribes (ST) candidates.

³⁰ *Ibid*, pp. 52-53.

³¹ *Ibid*, p. 58.

³² *Ibid*.

³³ *Ibid*.

³⁴ *Ibid*.

³⁵ *Ibid*.

The Commission further observed that the above reservation scheme should be applied to recruitments in all public bodies.³⁶ Moreover, private banks which have received any form of financial assistance would come under this recruitment policy.³⁷

4.3 Indian Supreme Court on Creamy Layer

The doctrine of creamy layer came up for consideration before the Supreme Court of India in the case of *Indra Sawhney vs Union of India*³⁸, following Mandal Commission's recommendations asking for 27% reservations for the backward classes in the recruitment in public bodies. In this case, the Court observes that a matter which is constitutional in nature or has the potential constitutional implications comes under the judicial review power of the Supreme Court.³⁹ The Court further observes that identification of backward class by using the tool of 'occupation cum social cum educational cum economic criteria ending in caste may not be invalid'.⁴⁰ The top Court of the country makes the following specific observations on the issue of reservation:⁴¹

- (i) The scope of social and educational backward class under article 340 is narrower than backward class envisioned in article 16(4) as article 16(4) also envisages educationally backward class;
- (ii) Reservation under article 16(4) shall be universal in nature covering all communities of people;
- (iii) Reservation or affirmative action should be confined to minority of seats not exceeding 50%;
- (iv) Reservation in promotion is not permissible under constitutional scheme as it treats the equals unequally;
- (v) State may reserve seats on economic backward criteria but it should find out mechanism to determine inadequacy of representation of such class;

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.* pp. 57-58.

³⁸ AIR 1993 SC 477.

³⁹ *Ibid.* para 696.

⁴⁰ *Ibid.* para 697.

⁴¹ *Indra Sawhney vs Union of India*, AIR 1993 SC 477, para 697.

- (vi) Creamy layer from the backward class of citizens shall be outlisted using proper income, property or status criteria and
- (vii) Periodic review of reservation should be made for its further continuity.

In *Indra Sawhney vs Union of India*⁴², the Supreme Court of India issues some directions regarding identification to exclude creamy layer from the governmental reservation scheme. However, the case of *Indra Sawhney vs Union of India* (1999)⁴³ raises the common issues concerning identification of creamy layer in the State of Kerala including the implementation of the law declared and directions issued in the *Indra Sawhney vs Union of India*, AIR 1993 SC 477.⁴⁴ The apex Court of India has dealt with the issue of creamy layer in a good number of cases and approved the application of this doctrine on the basis of occupation, income and landholdings as the parameters of creamy layer.⁴⁵ The question of justification of creamy layer comes up for consideration before the Supreme Court in the case of *Indra Sawhney vs Union of India*.⁴⁶ In this case, the highest Court observes that reservation would prevail until they cease to be backward and it would not continue indefinitely.⁴⁷ The Court articulates its argument in the following words:

Society does not remain static. The industrialisation and the urbanisation which necessarily followed in its wake, the advance on political, social and economic fronts made particularly after the commencement of the Constitution, the social reform movements of the last several decades, the spread of education and the advantages of the special provisions including reservations secured so far, have all undoubtedly seen at least some individuals and families in the backward classes, however small in number, gaining sufficient means to develop their capacities to compete with others in every field.⁴⁸

⁴² *Indra Sawhney vs Union of India*, (1992) Supp (3) SCC 217.

⁴³ WP (C) No.-000930-000930 of 1990; decided on 13 December 1999; available at: <https://www.sci.gov.in/jonew/judis/16589.pdf>; accessed on 15.03.2019.

⁴⁴ *Ibid.* p 1.

⁴⁵ *Ashoka Kumar Thakur v Union of India* (2008), Writ Petition (Civil) No. 265 of 2006, decided on 10 April 2008; available at: <https://www.sci.gov.in/jonew/judis/31353.pdf>; accessed on 16.03.2019, per Justice Dalveer Bhandari, para 233.

⁴⁶ *Indra Sawhney vs Union of India*, (1992) Supp (3) SCC 217.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

Thus they cease to be identified as backward in the eye of law and are not entitled to the benefit of reservation scheme.⁴⁹ The Court disagrees to accept the contention that once backward is always backward. If so it would defeat the very foundation of the constitutional mandate in this regard.⁵⁰

The majority of the judges in the *Indra Sawhney vs Union of India* (1992) *Supp* (3) SCC 217 agree that creamy layer should be identified and excluded from the system of reservation.⁵¹ In the opinion of the Court, the thread that connects a class of people through article 16(4) of the Constitution breaks down when some of its members are too advanced socially and educationally.⁵² In such circumstance it is beneficial to exclude such advanced segment for the benefit of the truly backward class.⁵³

The standing of the Court concerning non-exclusion of creamy layer appears to be more stringent in the case of *Indra Sawhney vs Union of India*.⁵⁴ In this case, the Supreme Court strikes down sections 3, 4 and 6 of the *Kerala State Backward Classes (Reservation of Appointments or Posts in the Services under the State) Act 1995* (Kerala Act 1955) as these sections are found to be violative of articles 14, 16(1) and 16(4) of the Constitution and the laws laid down by this Court.⁵⁵ Moreover, the Supreme Court terms the doctrine of creamy layer as a basic feature of the Constitution.⁵⁶ In addition, it holds that the legislature is not empowered to provide for non-exclusion of creamy layer even by amending the Constitution.⁵⁷ The Court constructs its reasoning in the following wordings:

Whether the creamy layer is not excluded or whether forward castes get included in the list of backward classes, the position will

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Indra Sawhney vs Union of India*, (1999), at note 43.

⁵² *Indra Sawhney vs Union of India*, at note 46, para 792.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Indra Sawhney vs Union of India* (1999), at note 43.

⁵⁵ *Ibid.*, p.19; Section 3 of the *Kerala Act 1955* protects the socially and educationally advanced sections in any backward classes who have acquired capacity to compete with forward class from exclusion as creamy layer.

⁵⁶ *Indra Sawhney vs Union of India* (1999), at note 43, p. 20.

⁵⁷ *Ibid.*

be the same, namely, that there will be a breach not only of Article 14 but of the basic structure of the Constitution ... Such an illegality offending the root of the Constitution of India cannot be allowed to be perpetuated even by constitutional amendment.⁵⁸

The Supreme Court of India thought that non-exclusion of creamy layer from the governmental reservation and beneficial scheme would not only violate the right to equality within the purview of article 14 of the Constitution but also infringe the basic structure of the Constitution.⁵⁹ Thus non-exclusion of creamy layer and inclusion of forward castes in reservation scheme violates the right to equality in articles 14, 15 and 16 of the Constitution.⁶⁰ Furthermore, inclusion of creamy layer robs off the share of the poor in the reservation programmes initiated by the government and confers the same to the rich. Hence non-exclusion of creamy layer is to make the rich richer and the poor poorer.⁶¹ The Court is of the view that the scope of article 16(4) dealing with backward class is wider than that of article 15(4) and 15(5) trading with social and educational backwardness and consequently there cannot be a socially and educationally backward class without removing the creamy layer.⁶² So continuation of the government-sponsored reservation upon the advanced section amounts to treat the 'equals unequally'.⁶³ At the same time, labeling them with the rest of the backward class, is to treat the 'unequals equally'.⁶⁴ Further, the Court observes that equality of opportunity of

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ashoka Kumar Thakur vs Union of India*, at note 45, per Justice Dalveer Bhandari, para 30.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.* paras 36-37; also see *State of Kerala vs NM Thamas*, 1976 SCC (2) 906, para 124; *KC Vasanth Kumar vs State of Karnataka*, 1985 (Supp) SCC 714, paras 2, 24 and 28; *Indra Sawhney vs Union of India* (1992) Supp (3) SCC 217, paras 520, 793 and 859(3)(d); *Ashoka Kumar Thakur vs State of Bihar* (1995) 5 SCC 403, paras 3, 17 and 18 (two-Judge Bench); *Indra Sawhney vs Union of India* (2000) 1 SCC 168, paras 8-10, 27, 48 and 65-66; *M Nagaraj vs Union of India*, (2006) 8 SCC 212, paras 120-124; *Nair Service Society vs State of Kerala*, (2007) 4 SCC 1; paras 31 and 49-54.

⁶² *Ashoka Kumar Thakur vs Union of India*, at note 45, per Justice RV Raveedran, para 12

⁶³ *Indra Sawhney vs Union of India* (1999), at note 43, p. 9.

⁶⁴ *Ibid.*

education is to be ensured to all.⁶⁵ Therefore, the doctrine of creamy layer is not applicable and appropriate in the education sector.⁶⁶

However, the Supreme Court of India does not take a blind view of the affirmative action criteria. In its observation, affirmative action has to go through judicial scrutiny to show that it is 'narrowly tailored'.⁶⁷ At the same time, it has to establish that its object is to serve the 'most compelling interests'.⁶⁸ Regarding the inclusion of the backward class in the affirmative action scheme, the Supreme Court observes that it should not be made mechanically without extracting adequate data from the relevant field.⁶⁹ Moreover, the Court directs for a periodic examination of the backward class as the same leads to its exclusion if it gets rid of social and educational backwardness.⁷⁰ It faces similar consequences in the event it gets adequate representation in the public services.⁷¹

The highest Court of the country makes a note of caution against non-review of affirmative action programme. In view of the Court, an action programme intensifies the caste division in the society permanently if it runs indefinitely without a review for a reasonable length of time.⁷² Consequently, the Supreme Court reiterates, the State fails to develop a caste free united society with diversity and the nation ends up in a fractured society for ever to remain suspicious to each other.⁷³ The Supreme Court emphasises on the necessity of review of reservation scheme in the following words:

While affirmative discrimination is a road to equality, care should be taken that the road does not become a rut in which the vehicle of progress gets entrenched and stuck. Any provision for reservation should not become crutches which themselves create a permanent

⁶⁵ *Ashoka Kumar Thakur vs Union of India*, at note 45, per KG Balakrishnan, para 56.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid*, para 183.

⁶⁹ *Indra Sawhney vs Union of India* (1999), at note 43, p.4.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ashoka Kumar Thakur vs Union of India* (2008), at note 45, per Justice RV Raveedran, p. 385.

⁷³ *Ibid*, p. 384.

disability. They should merely be temporary aid to achieve normalcy.⁷⁴

Reservation scheme of the government carries some drawbacks with it. In the case of *State of Kerala vs NM Thamas*,⁷⁵ the Court observes that reservation involves three dangers.⁷⁶ In the first place, it allows the top creamy layer of the backward caste or class to snatch away the benefits and keeps the weakest among the weak always weak.⁷⁷ Contrarily, it leaves the fortunate layers to consume 'the whole cake'.⁷⁸ In the second place, reservation permits the 'vocal groups' to make an extravagant overplay of backwardness that has been 'substantially lightened by the march of time' and 'measures of better education and more opportunities of employment'.⁷⁹ This allows them to wear a 'weaker section label' as a means to 'score over their near-equals'.⁸⁰ Finally, the higher backward groups keep it hidden in a calculative manner with a vested interest in the 'plums of backwardism'.⁸¹

4.4 Formation of the National Commission for Backward Classes and Publication of the Creamy Layer List

The conclusive approach of the Court is there shall be no reservation in the governmental beneficial programme for the creamy layer.⁸² To implement the direction of the Court, the Government of India has formed the National Commission for Backward Classes (the Commission)⁸³ under section 3 of the *National Commission for Backward*

⁷⁴ *Ibid*, pp. 384-385.

⁷⁵ 1976 SCR (1) 906.

⁷⁶ *State of Kerala vs NM Thamas*, 1976 SCR (1) 906, p. 973.

⁷⁷ *Ibid*, p. 972.

⁷⁸ *Ibid*.

⁷⁹ *Ibid*, pp. 972-973.

⁸⁰ *Ibid*, pp.

⁸¹ *Ibid*, p. 73.

⁸² *Ibid*, para 35.

⁸³ The Commission consists of the following Members nominated by the Central Government: (a) a Chairperson, who is or has been a Judge of the Supreme Court or of a High Court; (b) a social scientist; (c) two persons, who have special knowledge in matters relating to backward classes; and (d) a Member-Secretary, who is or has been an officer of the Central Government in the rank of a Secretary

Classes Act 1993 to recommend the Ministry of Personnel, Public Grievances and Pensions about the individuals and families which will fall in the creamy layer. Following this recommendation, the Department of Personnel and Training of the Ministry of Personnel, Public Grievances and Pensions publishes a list of the creamy layer from time to time. It started its function in 1993 and published a list of the creamy layer in 1993. Then following the recommendation of the Commission, the Ministry of Personnel, Public Grievances and Pensions, Government of India, revised this list and published another list of creamy layer on 27 May 2013.

4.5 Creamy layer status published by the Ministry of Personnel, Public Grievances and Pensions in 2013

The 2013 list of creamy layer excludes the sons and daughters of parents both of whom or either of whom are given direct appointment as Class I/Group A Officers.⁸⁴ Under this list, sons and daughters of parents both of whom or either of whom are/is a directly recruited Class I/Group A Officer but one of whom dies or suffers permanent incapacity.⁸⁵ This list of creamy layer disqualifies from the benefit of reservation scheme the sons and daughters of parents both of whom are directly appointed as Class I/Group A officers and both of them die or suffer from permanent incapacity.⁸⁶ This disqualification is applied if the parents before their death or incapacitation were employed in international organisation for a period of not less than 5 years.⁸⁷

This ban is also applicable to the sons and daughters of parents of whom only the husband is a directly recruited Class II/Group B officer and he gets into Class I/Group A at the age of 40 or earlier.⁸⁸ This list of 2013 excludes the sons and daughters of parents, both of whom are directly recruited Class II/Group B officers and one of them dies or

to the Government of India; see *National Commission for Backward Classes Act 1993*, section 3.

⁸⁴ Available at:

<http://www.ncbc.nic.in/Writereaddata/dopteng.pdf>; accessed on 01.11.2018.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*

suffer permanent incapacitation and either of them has had the benefit of employment in any international organisation for a period of not less than 5 years from the government-sponsored programmes.⁸⁹ To mention further, under this list, sons and daughters of parents of whom the husband is a Class I/Group A officer and the wife is a directly recruited Class II/Group B officer and the wife dies or suffers permanent incapacity, are incapable of claiming benefit to arise out of reservation scheme.⁹⁰ Finally, the sons and daughters of parents of whom the wife is a Class I/Group A officer and the husband is a direct appointee to Class II/Group B officer and husband dies or suffers permanent incapacitation, are treated as falling in creamy layer.⁹¹

However, the list of 2013 does not apply to the sons and daughters of parents either of whom or both of whom are given direct appointment as Class I/Group A officer(s) and such parent(s) dies/die or suffers/suffer permanent incapacity.⁹² Moreover, the children of parents both of whom are appointed directly as Class II/Group B officers and one of them dies or suffers permanent incapacity, are not disqualified from enjoying the benefit of reservation scheme.⁹³ Lastly under this list, sons and daughters of parents both of whom are direct recruits as Class II/Group B officers and both of them die or suffer permanent incapacity, even though either of them has had the benefit of recruitment in any international organisation for a period of not less than 5 years before their death or permanent incapacity, are not considered to be included in the list of creamy layer.⁹⁴

The list of creamy layer published by the Ministry of Personnel, Public Grievances and Pensions, Government of India on 9 September 1993 is based on the parameters holding constitutional posts, positions in governmental services including the Armed Forces and Paramilitary Forces, wealth and properties.⁹⁵

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ For details see: Schedule TO G.I., Dept. of Per. &Trg., O.M. No.36012/22/93-Estt.(SCT) dated 8-9-1993; available at:

Under the constitutional posts, the sons and daughters of the President and Vice President of India, Judges of the higher judiciary, Chairman and Members of the Union and State Public Service Commission, Chief Election Commissioner, Comptroller and Auditor General and persons who hold constitutional post of the like nature are included in the creamy layer and thereby excluded from government sponsored schemes.⁹⁶ Then, creamy layer list include the sons and daughters of persons who hold government services both at Union and State level. Under this list, sons and daughters of parents both of whom or either of whom are/is Class I officer.⁹⁷ Under this category, sons and daughters of parents both of whom are Class I officers, but one of them dies or permanently incapacitated and has had the benefit of recruitment in any international organisation for a period of not less than 5 years are included in the creamy layer.⁹⁸

Moreover, sons and daughters of those parents who are Class II officers and parents of whom only the husband is a Class II officer but promoted to Class I at the age of 40 or earlier, are included in the list of creamy layer.⁹⁹ This list also include the children of parents who recruited as Class II officers and one of them dies or suffers permanent incapacity and either one of them has had the benefit of employment in any international organisation for a period of not less than 5 years.¹⁰⁰ Besides, sons and daughters of parents of whom the husband is a Class I officer and the wife dies or suffers from permanent incapacity; and parents, of whom the wife is a Class I officer and the husband is a Class II officer and the husband dies or become a victim to permanent incapacity are also enlisted as creamy layer.¹⁰¹ However, the rule of exclusion shall not apply in the cases where the sons and daughters of parents both of whom are Class II officers and one of them dies or suffers from permanent incapacity.¹⁰² Moreover, children of parents both of whom are Class II officers and both of them die or suffer

<http://www.bcmbcmw.tn.gov.in/obc/download.pdf>; accessed on 01.11.2018.

⁹⁶ *Ibid*, p.1.

⁹⁷ *Ibid*, p.1.

⁹⁸ *Ibid*, p.1.

⁹⁹ *Ibid*, p.2.

¹⁰⁰ *Ibid*.

¹⁰¹ *Ibid*.

¹⁰² *Ibid*.

permanent incapacitation, even though either of them has had the benefit of employment in any international organization for a period of not less than 5 years before their death or permanent incapacitation.¹⁰³ These criteria will apply *mutatis mutandis* to officers holding equivalent or comparable posts in Public Sector Undertakings, Banks, Insurance organisations, Universities, etc.¹⁰⁴ The equivalent or comparable posts and positions under private employment are under the coverage of these criteria.¹⁰⁵

The 1993 creamy layer list includes the sons and daughters of Colonel and above in the Army and to equivalent posts in the Navy and the Air Force and the Paramilitary Forces.¹⁰⁶ However, if the wife of an armed forces officer is herself in the armed forces, the rule of exclusion will apply only when she is promoted to the rank of Colonel.¹⁰⁷ Further, in case of the service ranks below Colonel of husband, wife shall not be clubbed together for this purpose.¹⁰⁸ Besides, if the wife of an officer in the armed forces is in civil employment, this will not be taken into account to apply the rule of exclusion unless she falls in the service category under item No. II.¹⁰⁹ Under this list, are included sons and daughters of a doctor, lawyer, chartered accountant, income-tax consultant, financial or management consultant, dental surgeon, engineer, architect, computer specialist, film artists and other film professional, author, playwright, sports person, sports professional, media professional or any other vocations of like status having an annual income of 6 lakh.¹¹⁰

The creamy layer list of 1993 includes the sons and daughters of persons who own irrigated land which is equal to or more than 85% of

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid*, p. 3.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ The initial limit has been 1 lakh which has subsequently raised to 2.5 lakh, 4.5 lakh, 6 lakh and 8 lakh in 2004, 2008, 2013 and 2017 respectively; available at: <http://documents.doptirculars.nic.in/D2/D02adm/36036-2-2018%20Estt%20ResSNCMw.pdf>; accessed on 02.11.2018.

the statutory ceiling area.¹¹¹ The rule of exclusion applies to sons and daughters of persons who have both irrigated and unirrigated land if the irrigated area is 40% or more of the statutory ceiling limit.¹¹² In the absence of this pre-condition of not less than 40%, the area of unirrigated land will be considered.¹¹³ This is accomplished by converting the unirrigated land into the irrigated type under the existing rule in this regard.¹¹⁴ In the event the total amount of irrigated land with the clubbing of unirrigated land stands 85% or more of the statutory ceiling limit for irrigated land, the rule of exclusion applies and disentitlement occurs.¹¹⁵ This category also applies to the sons and daughters of persons who cultivate coffee, tea, rubber, mango, citrus etc.¹¹⁶

5. Applicability of Creamy Layer in the Recruitment of Public Services in Bangladesh

Bangladesh became independent some fifty years back and since then the quota holders have been enjoying the fruit of reservation scheme introduced by the Government of Bangladesh in the recruitment of all categories of public services. As it appears from the historical background of introduction of quota in Bangladesh, it has been in vogue since 1972 until 04 October 2018 when the Government of Bangladesh declared abortion of this system in the recruitment of Class I and Class II jobs in the public services. However, the system of reservation under quota is still in force in the recruitment in the posts other than Class I and Class II. The adverse impact of unrevised and uninterrupted reservation of posts in the services of the Republic is that the rich becomes richer while the opposite happens to the poor. This can best be picturised by drawing some hypothetical examples: suppose, a man of tribal origin is admitted to the Department of Law of a public university on tribal quota. After graduation, he is recruited as an Assistant Judge

¹¹¹ Schedule TO G.I., Dept. of Per. & Trg., O.M. No.36012/22/93-Estt.(SCT) dated 8-9-1993; available at:

<http://www.bcmbcmw.tn.gov.in/obc/download.pdf>, p.4 accessed on 01.11.2018

¹¹² *Ibid*, p. 4.

¹¹³ *Ibid*.

¹¹⁴ *Ibid*.

¹¹⁵ *Ibid*.

¹¹⁶ *Ibid*.

under the reservation scheme and subsequently becomes the Chief Justice of Bangladesh. Then there remains no question of his being a member of backward community either socially, economically or educationally. Yet his sons and daughters are entitled to the benefit of the reservation scheme in the appointment of public services in the country. The resultant consequence is that the reservation scheme widens the door for the more affluent members among the backward class. Similar kind of proposition can also be drawn in cases of all the quota holders. Had there been the application of creamy layer in Bangladesh like the Indian one, this group of people who have come out of the bottom of backwardness would have been excluded from the reservation scheme. As a result, there would have been a gradual shrink in the quantum in reservation while an increase in the merit in the recruitment of public services in Bangladesh. This would definitely have augmented the strength of the public officials in administration of public affairs.

6. Suggestions

In the light of the above discussion it can be argued that application of the doctrine of creamy layer excludes the more advanced segment from the educationally and economically backward class from the benefit of the reservation scheme which serves the purpose of the very introduction than its abolition altogether. To this end, the following suggestions can be taken into consideration by the Government of Bangladesh:

- (i) There should be specific legislation like the Indian one to deal with the issue of sorting out the creamy layer by conducting survey using some specific parameters including educational advancement and economic solvency;
- (ii) To carry out this duty, the legislation should provide for the establishment of a commission to be comprised of members from different target groups and headed by a retired Judge of the Appellate Division of the Supreme Court of Bangladesh;
- (iii) There should be a periodic review of the impact of reservation scheme at some regular interval and the creamy

layer should be excluded from the benefit of such reservation scheme;

- (iv) Reservation in the affirmative scheme for backward classes should not be made mechanically without extracting adequate data from the relevant field.

7. Conclusion

From the above discussion, it appears that there has been created a compelling reason on the part of the Government of Bangladesh to think over the issue of reservation scheme which has been introduced some five decades ago. The initial purpose based on the august intent was to eliminate extreme poverty from the society by providing some special benefits under the reservation scheme in the recruitment of public services. However, five decades is quite a significant length of time which has already alleviated many from extreme poverty and has elevated their social and economic position to such height which requires them to be excluded from further benefit of the reservation scheme. It is the doctrine of creamy layer which can perfectly be applied to this purpose. It is expected that if the creamy layer from the backward section of the society is brought out of the reservation scheme, the real and true backward class of the society will appropriately and suitably be patronized by the state-run reservation scheme. It is to be noted that all the state-sponsored programmes including the reservation schemes are run with the money of the citizens of Bangladesh irrespective of their social and economic status. This money should not be reserved for those who really do not deserve it. Besides, application of creamy layer doctrine in the recruitment of public services will help the Government to consider whether there is any compelling need to continue with the quota scheme any more. Finally, it is expected that a periodic review of reservation scheme with the help of the application of creamy layer will suitably help the Government of Bangladesh to implement the objectives of reservation scheme in a significant level.

Role of SAARC in Protecting Human Rights in South Asia: Towards an Effective Enforcement Mechanism¹

Md. Moniruzzaman*

Abstract

Failure of the United Nations in protecting human rights has swung the focus of researchers towards the regional mechanisms. Despite the success of regional mechanisms, South Asia remains the only region without any form of regional human rights mechanism. In this article, the present status of SAARC in protecting and promoting human rights in South Asia has been highlighted. A thorough study on the SAARC Charter has been done to figure out the possibility of using its existing structure in establishing a regional human rights mechanism. Again, a comparative study on the existing regional human right systems of the world was conducted to figure out the best possible mechanism, and lastly, a roadmap on how a regional system for SAARC can be established and what should be its infrastructural framework have been suggested.

1. Introduction

Since World War II, there has been a significant elevation in the standard of human rights. The world community has come a long way forward in setting a universal standard for human rights, rights which every human being is entitled to enjoy irrespective of their colour, sex, nation, race, culture, religion and so on. The first cornerstone in this regard was when the United Nations (UN) adopted the Universal Declaration of Human Rights (UDHR). Since then many instruments regarding fundamental human rights have been adopted to complement and complete the universal standard of human rights.

¹ This article is an updated version of the Research Monograph which was submitted as a part of LL.M. degree.

* Lecturer, Primeasia University and Advocate of Dhaka Judge Court. He can be reached at advmmonir@gmail.com.

However, the world is facing a stumbling block in finding an effective implementation mechanism. The UN-led existing universal mechanisms have time and again failed to live up to the expectations. In response, many countries, with geological and political proximity, have developed regional enforcement mechanisms of their own. Compared to the global system, the regional human rights system is proving to be much more effective and practical.

However, the South Asian Association for Regional Co-operation (SAARC) is the only regional organization² without any regional mechanism for human rights protection. Taking into consideration the gross violation of human rights throughout the South Asian region, an effective enforcement mechanism for human rights can go a long way in protecting and promoting human rights in the region. SAARC can be the perfect platform from which this regional human rights system can be launched.

2. Enforcement Mechanism and Enforcement of Human Rights

The word enforcement has different implications and implementations in national and international law. Unlike national law, enforcement in international human rights law is not used in the strict sense.³ Even monitoring or supervision without any real binding effect can be a part of the enforcement mechanism. *Douglas Donoho* described enforcement as “one of the many ways in which State compliance and implementation of human rights might be induced.”⁴

Human rights enforcement mechanisms can be divided into three broad categories, namely national, regional and international.⁵ Among

² If we consider Asia as a region, then South Asia becomes as sub-region and SAARC becomes a sub-regional organization. However, for the purpose of this Article I have considered South Asia as a region.

³ International law is considered and defied as soft law because of being the lack of binding effect of its rules and regulations.

⁴ Douglas Donoho, 'Human Rights Enforcement in the Twenty-First Century' [2006] 35(1) *Georgia Journal of International and Comparative Law* pp.3-52; Douglas Donoho is a Professor of Law at Nova Southeastern University.

⁵ Dr. Abdullah Al Faruque, 'Towards A Human Rights Mechanism in South Asia' *The Daily Star* (2012) available at <https://www.thedailystar.net/law/2012/03/04/index.htm> accessed on 19 March 2019.

the three categories, the international level enforcement mechanism works as a complementary device to the national level mechanism. Regional mechanisms, on the other hand, can work both as a complementary mechanism⁶ and as an independent mechanism having superiority over the national level mechanisms.

Enforcement through human right mechanisms may work in two ways, namely, immediate enforcement and gradual enforcement. These mechanisms can be divided into three broad categories; i.e. adjudicative-type mechanisms, reporting mechanisms, and monitoring mechanisms.⁷

Adjudicative-type mechanisms refer to the human rights courts which are established by various treaties. Reporting mechanisms are generally followed by most UN treaty bodies in case of appointing a special rapporteur. Monitoring mechanisms are most recognised among all the mechanisms as human rights bodies follow this mechanism, where States Parties are required to submit reports regarding human right conditions with additional reporting from a neutral third party, which is then reviewed by an external monitoring body.

The primary responsibility of enforcing human rights is mostly on the domestic institutions, whereas the international human right bodies monitor and supervise the implementation and application of international human rights standards by States. This is in line with the principle that “the most effective form of law enforcement is not the imposition of external sanction, but the inculcation of internal obedience.”⁸ The domestic institutions always work under the immense political pressure of the government, and as such in cases where the government is responsible for human rights violation, redress is hard to get. In such situation an international or regional enforcement mechanism is necessary to apply pressure on the government to preserve human rights.

⁶ *Ibid.*

⁷ Pammela Quinn, ‘The Integrated Enforcement of Human Rights’, [2012] 45(97) *International Law and Politics* p.99

⁸ Harold H. Koh, ‘How Is International Human Rights Law Enforced?’ (1999) 74(4)*Indiana Law Journal* Article 9

The rising graph of human right violation throughout the world is a clear indication that the existing enforcement mechanism is failing miserably. The present international human rights mechanism is designed around the false presumption that despite not having any binding effect the States would voluntarily comply with the recommendations given by human right bodies in case of any violation. Even in cases where some treaty bodies create some binding obligations for the States to follow, the final discretionary power about the implementation always rests on the will of the State. The enforcement of human rights in most part of the world relies on the domestic enforcement capacities and goodwill of the domestic governments.⁹

3. Development of Regional Mechanisms

Regional human rights systems are the by-products of the global initiative for protecting human rights. However, the regional initiatives developed outside the auspices of the UN. When the UN Charter was formed, no provision for any regional system was inserted. Only provisions for the regional organization in order to keep peace and security in regional levels were approved.¹⁰ In fact, at first, the UN was skeptical about regional human right systems as it felt that development of such would undermine the universality of human rights.¹¹ With the success of the regional initiative, the UN also has started to support the regional system for human rights protection.

The universal human rights regime is weak compared to regional initiatives.¹² The global system does not have any judicial body like the regional court system of Europe, America, and more recently Africa. Actually, the failure of the UN-sponsored human rights system paved the way for the development of the regional system. There has been a

⁹ *Supra note 4*

¹⁰ The Charter of the United Nations 1945, Art 52

¹¹ Fekadeselassie Kidanemariam, (2006) 'Enforcement of Human Rights under Regional Mechanisms: A Comparative Analysis', LLM Thesis, University of Georgia School of Law, available at http://digitalcommons.law.uga.edu/stu_llm/80 accessed on 6 May 2018

¹² Erik Voeten, 'Competition And Complementarity Between Global And Regional Human Rights Institutions' (2017) 8 *Global Policy*.

growing frustration at the long-stalled effort of UN to formulate an effective enforcement mechanism and it became clear that regional level mechanisms are the last hope for human right enforcement.¹³

Moreover, with the UN General Assembly Resolution 32/127(1977) and Commission on Human Rights Resolution 24 (XXX- IV) (1978), the UN started to promote the idea of establishing regional mechanisms. Apart from that the Vienna Declaration and Plan of Action (1993) also endorsed region-based systems all over the world.¹⁴ With resolution A/HRC/32/L.4, the Advisory Committee of the Human Rights Council was tasked with preparing reports for the development of regional mechanisms of human right.¹⁵

4. Advantages of Regional Mechanisms for Human Rights

Regional human right mechanisms hold theoretical, practical and historical advantages over other available global human right mechanisms. Theoretical in the sense that, the likelihood of similarity in culture, economics, politics and also in the life-style will always make regional mechanisms much stronger. A regional mechanism works from a regional context, with the benefit of having a historical, cultural and religious root with the people of the region.¹⁶ Although it is generally accepted that human rights are universal,¹⁷ there are dissenting opinion on the ground of cultural relativism.¹⁸ One way of expressing cultural relativism is to develop regional mechanism for

¹³ Dinah Shelton and Paolo Carozza, *Regional Protection of Human Rights* (Oxford University Press 2013) p.12

¹⁴ Vienna Declaration and Programme of Action, available at <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx> (Accessed 6 May 2018)

¹⁵ https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/AdvisoryCommittee/Session19/Documents/A_HRC_AC_19_2_EN.docx

¹⁶ *Supra note 5*

¹⁷ George William Mugwanya, 'Realizing Universal Human Rights Norms Through Regional Human Rights Mechanisms: Reinvigorating The African System' [1999] 10(1) *Indiana International & Comparative Law Review* p.35

¹⁸ According to Oxford dictionary Cultural relativism means, the theory that beliefs, customs, and morality exist in relation to the particular culture from which they originate and are not absolute.

human rights which fits into the philosophical, political and religious distinctiveness of a particular region.¹⁹

Regional mechanism is also more practical in the sense that most States feel less susceptible towards regional initiative than the international ones in the matter of outside interference.²⁰ Accessibility is another advantage of regional organizations as these systems are better placed to be more effective than systems with universal scope.²¹ These systems have also become more effective because not only they can reflect on regional particularities;²² they can also play a supplementary role to the UN system or other global systems in promoting and protecting human rights.²³

Regional enforcement mechanisms also hold the upper hand in the historical context. In one place the global enforcement mechanisms, led by UN have completely failed to complete its promise in protecting human rights for all, while regional mechanisms in Europe, Africa, and America are doing exemplary works.

5. Current Human Rights Mechanism in South Asian Countries

All SAARC countries have shown their commitment towards the protection of human rights by becoming parties to various international human rights treaties. Among the South Asian Nations, Bangladesh has ratified the maximum number of treaties.²⁴ However, most of the countries have failed miserably to implement the commitments towards protection of human rights.

¹⁹ Dr. Abdullah Al Faruque, 'Universalism versus Cultural Relativism in Human Rights Discourse: An Introduction-Human Rights and Religion.' in Dr. Mizanur Rahman and Dr. Md. Rahmat Ullah (eds), *ELCOP Yearbook of Human Rights* (ELCOP 2014) p.1

²⁰ Rhona K M Smith, *International Human Rights* (New York edn, Oxford University Press 2003) p. 85

²¹ *Supra* note 17

²² e.g. the needs, priorities and condition of the region

²³ Hidetoshi Hashimoto, *The Prospects for a Regional Human Rights Mechanism in East Asia (RLE Modern East and South East Asia)* (Reprint edn, Routledge 2015)

²⁴ See Asian Human Rights Defender, (2010), 'A Human Rights Mechanism for South Asia, 6:1, p.10, available at https://www.forum-asia.org/uploads/wp/2010/10/ahrd-12_final.pdf [accessed on 27 July 2016]

Asian countries have generally favoured the national-level efforts than the regional ones.²⁵ Apart from Bhutan, all the South Asian nations have established National Human Rights Commission in terms of the United Nations General Assembly Resolution No 48/134 adopted on December 20, 1993. The last of which was established by Pakistan on December 21, 2011. The effectiveness of all the Commissions is not up to the mark and these institutions have limited power for implementation and have to work under immense political pressure.

5.1 Charter of SAARC and Enforcement of Human Rights

The SAARC Charter was adopted and signed by heads of the States of South Asian Nations on 8th December 1985 at the end of the 1st SAARC summit held in Dhaka, Bangladesh. Like the European Union, SAARC too was modelled as a trade block.

The Charter is comprised of 10(ten) Articles. Article I set out the objectives of the association, Article II describes the principles upon which the organization will be based, Article III to IX refers to the management structure and Article X discusses general provisions for the association.

Human rights were not included as a part of the SAARC Charter's listed goals. The human right issues and social issues were ignored for the most part and were not a main theme of the cooperation.²⁶ It's only emphasis was on the economic cooperation.

However, in case of liberal interpretation, the scope of the SAARC Charter can be expanded and human rights can be covered by the Charter. The Charter was framed with the intention of promoting peace, stability, amity and progress. And true peace, stability and process are only possible in an atmosphere conducive to the protection of human rights. Again, the member States also wanted to incorporate the principles of the UN Charter and which is only possible when human rights of the people in the region are endorsed.

Moreover, among the objectives mentioned in Article I of the Charter, achieving aims such as "to promote the welfare of the people of South

²⁵ Carolyn M. Shaw, 'The Evolution of Regional Human Rights Mechanisms: A Focus On Africa' (2007) 6 *Journal of Human Rights*.

²⁶ Tae-Ung Baik, *Emerging Regional Human Rights Systems in Asia* (New York edn, Cambridge University Press 2012) p. 208

Asia and to improve their quality of life” and “to provide all individuals the opportunity to live in dignity and to realize their full potential” are only possible by upholding the human rights of individuals. Another objective which is to improve the collective self-reliance of the region should also be true for self-reliance in solving the human right issues of the region.

The principle set out in Article II describes that this “cooperation shall not be a substitute for bilateral and multilateral cooperation but shall complement them.” And “such cooperation shall not be inconsistent with bilateral and multilateral obligations.” This is in line with the principles upon which regional organizations work. Regional organizations do not substitute or contradict the international human right mechanisms. It also complements the already existing global enforcing mechanisms led by the UN.

Nevertheless, Article II of the Charter outlines the principle of non-interference in the internal affairs of other Member States, which is a stumbling block towards realizing any meaningful regional human right enforcement mechanism. Besides, as long as the general provision under Article X regarding the rule of excluding bilateral and contentious issues from the deliberations exists, true implementation of human rights in this region through SAARC will never be possible.

5.2 Role played by SAARC in Protecting Human Rights in South Asia

SAARC for the first time vowed their commitment to human rights through *Malé Declaration* in 1990 and the *Colombo Declaration* in 1991.²⁷ In 2002, SAARC adopted the SAARC Convention on Preventing and Combating Trafficking in Women and Children and the SAARC Convention on Regional Arrangements for the Promotion of Child Welfare in South Asia. These two regional treaties have many implications on enjoyment of human rights.²⁸ With the adaptation of the *Social Charter 2004* in Twelfth SAARC Summit in Pakistan, a new dawn for human rights in South Asia started its journey.

²⁷ Jina Kim, 'Development of Regional Human Rights Regime: Prospects for and Implications to Asia' (*Sylff Association*, March 2009) <https://www.sylff.org/wp-content/uploads/2009/03/sylff_p57-1022.pdf> accessed on 22 April 2018

²⁸ *Supra note 5*

The Social Charter 2004 was adopted with a view to address social issues relating to empowerment of women, protection of children, promotion of health and nutrition etc.²⁹ Unlike the Secretary-General of the EU, the Secretary-General of SAARC does not enjoy the powers to implement the Social Charter and also there is no complaint authority.³⁰ There are some initiatives regarding Food Security Reserve, Democracy and Environmental issues which are closely connected with human rights.³¹

5.3 Initiatives Taken by NGOs in development of a human rights mechanism in South Asia

Despite lack of willingness of the head of the States of SAARC nations to formulate any human right system for this region, the efforts of the NGOs are praiseworthy. In December 1990 at the World Congress on Human Rights, the first attempt was made to foster co-operation and solidarity between the NGOs and civil society,³² which paved the way for the establishment of the South Asian Forum for Human Rights (SAFHR). Among SAFHR's short term goal is to create a platform for discussing the trans-border human rights violation issues and its long-term goal is to establish a regional human rights mechanism.³³ The South Asia Human Rights Documentation Centre (SAHRDC) is another forum working to advance human rights in the region.

The organization that has been most vocal in advocating for a regional system is Asian Forum for Human Rights and Development (FORUM-ASIA).³⁴ FORUM-ASIA works as the secretariat for the forum of civil society, the Regional Initiative for a South Asia Human Rights Mechanism (RI-SAHRM). A Task Force comprising of six eminent persons, including ex-human rights commissioner of Bangladesh Dr. Mizanur Rahman was created by SAHRM to carry out future national

²⁹ Muhammad Iqbal, 'SAARC: Origin, Growth, Potential and Achievements' (2006) XXVII *Pakistan Journal of History & Culture*.

³⁰ S.D. Muni, *The Emerging Dimensions of SAARC* (Foundation Books 2010).

³¹ *Supra note 5*

³² Madhavi Basnet, 'Trends: South Asia's Regional Initiative on Human Rights.' (1997) 4 (2) *Human Rights Brief* pp.10-11

³³ *Ibid.*

³⁴ Official website: <http://www.forum-asia.org/>

level advocacy for regional protection.³⁵ FORUM-ASIA is responsible for conducting studies on regional mechanism for South Asia including SAARC & Human Rights: Looking Back & Ways Forward³⁶ and the main feature of Asian Human Rights Defender newsletter: A regional human rights mechanism for South Asia.³⁷ Before RI-SAHRM was created two successful workshops were held to create conducive environment for the creation of a regional mechanism.³⁸

5.4 Obstacles of SAARC in Becoming an Effective Regional Force

The member States of SAARC are culturally and geographically very integrated with each other. Despite this, there exist a lot of issues in establishing a human rights system in the region. Some of those issues are:

- **Political Problem:** There exists a lot of political tension among the States of SAARC. As India is the most powerful State in the region, all other States always fear India's unwanted interference in their internal matters. The conflicts between the members of SAARC, especially between India and Pakistan, have halted the progress of SAARC since its inception³⁹.
- **Dearth in Charter of SAARC:** The Charter of SAARC itself presents few problems in establishing a human rights system. The Charter clearly defines that all contentious issues are outside the scope of the organization, which created a problem for it to deal with any human rights issues. Decision making of the Organization is taken

³⁵ Dhaka Consensus: concluding document by the Regional Initiative for a South Asian Human Rights Mechanism, Adopted on 4 December 2012 at Dhaka, Bangladesh, available at <http://www.forum-asia.org/uploads/statements/2012/December/Dhaka-Consensus-FINAL.pdf> [accessed on 5 May 2018]

³⁶ Available at http://www.forum-asia.org/uploads/books/SAARC_PR_body_final.pdf [accessed on 5 May, 2018]

³⁷ Available at https://www.forum-asia.org/uploads/wp/2010/10/ahrd-12_final.pdf [accessed on 01 July 2016]

³⁸ Regional Human Rights Mechanisms, available at <https://www.forum-asia.org/uploads/wp/2015/05/VIII.-Regional-Human-Right-Mechanism-.pdf> [accessed on 02 July 2016]

³⁹ Sidney Jones (1996) 'Regional Institutions for Protecting Human Rights in Asia', *Australian Journal of International Affairs*, 50:3, pp. 269-277

on the basis of unanimity,⁴⁰ which makes consensus on political issues even more difficult.

- **Structural and Financial Challenges:** Because of the lack of political will and policy there are structural and financial challenges for establishment of a regional system.⁴¹ For a Human Rights Commission or Court to function properly a huge budget is required and for SAARC countries arranging the required budget might be a problem.
- **Lack of Stable Democratic Practice:** There is a lack of democratic practice in South Asia. Only India has continued its democratic practice continuously since its independence. Other nations have failed to do the same, as military regimes have time and again disrupted the culture of democracy. As democratic societies are most conducive to human rights, an absence of the practice is creating a hindrance.

6. Lessons from Existing Regional Enforcement Mechanisms

Regional mechanisms around the world have been termed as an immediate success in advancing human right. All human right systems have their own identity, which is a testament to the fact that regional mechanisms were established mainly to give due consideration towards regional values and conditions. Despite the technical differences, structurally these systems follow the same formula.

6.1 The European Human Rights Mechanism

The European human rights mechanism is the most successful enforcement mechanism in the world. It has practically shown the way and set an example to follow for all other regions of the world.

The European Convention on Human Rights, 1950 (ECHR) was the most important and primary human rights instrument in case of the European human rights system. It established two bodies namely,

⁴⁰ Charter of the South Asian Association for Regional Cooperation, Art. 10(1)

⁴¹ Changrok Soh, 'Draft Report on Regional Arrangements for The Promotion And Protection Of Human Rights' (Human Rights Council Advisory Committee Nineteenth Session 2017).

European Commission and a European Court of Human Rights⁴² for observance and enforcement of human rights among the High Contracting Parties to the Convention.⁴³ The civil and political rights are enforced under the court system while the social and economic rights generally come under a supervisory system.⁴⁴ When Protocol No. 11 of the ECHR⁴⁵ came into force in 1998, the two bodies which were established by the ECHR were abolished and a permanent court with compulsory jurisdiction was established. It abolished the former commission and overtook all the powers as a permanent court for human rights.⁴⁶ Since then all allegations relating to human rights are referred to this court which is situated in Strasbourg, France.

6.1.1 The European Court of Human Rights (ECHR)

The ECHR is the first of its kind and this Court is the only one functioning on a permanent basis.⁴⁷ This court oversees that all Contracting Parties comply with the Convention and its proper implementation. This is a supranational body and can declare any law or decision given by the courts of member state void for being inconsistent with the ECHR.⁴⁸

The ECHR recognizes inter-state complaints procedure. Any State can file a complaint against another state for the violation of human rights in the region. Under the European human rights system, this mechanism is mandatory and not optional. This mechanism is used to advance public order in Europe, self-interest of the States is not

⁴² The European Convention of Human Rights 1950, Art 19

⁴³ United Nations and Office of the High Commissioner for Human Rights International bar association, Human Rights in The Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors And Lawyers (United Nations Publications 2003) 95

⁴⁴ Liaquat A. Siddiqui, 'Recent Developments in the European System of Human Rights' (2001) 12(1) *Dhaka University Law Journal* p. 15

⁴⁵ Policy Department DG External Policies, The role of regional human rights mechanisms, European Parliament, [2010] available at [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2010/410206/EXPO-DROI_ET\(2010\)410206_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2010/410206/EXPO-DROI_ET(2010)410206_EN.pdf) [accessed on 5 May 2018]

⁴⁶ *Supra note 44*

⁴⁷ *Supra note 45*

⁴⁸ *Supra note 44*

relevant in this case. Compliance of the States Parties can also be ensured through this procedure. Moreover, ECHR receives application from individuals living in the States Parties for any violation of fundamental human rights as well. The Court has jurisdiction to entertain matters relating to-

- State parties;⁴⁹ and
- applications from individuals, non-governmental organizations and group of individuals whose rights guaranteed by the Convention or its Protocols are violated.⁵⁰

6.1.2 Organisation for Security and Co-operation in Europe (OSCE)

Another organisation which addresses human rights issues in Europe is the OSCE. The mandate of this organization is to monitor and report on the human rights situation in each of its 56 participating States.

Other important instruments adopted by the Council of Europe are the European Social Charter(1961), European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1987) and the Framework Convention on National Minorities (1995).

6.2 The Inter-American Human Rights Mechanism

The Inter-American human rights mechanism is centered around the Organization of American States (OAS). OAS is a charter based regional international organization whose headquarter is in Washington, DC, United States. The membership for OAS is open to all American States. The Inter-American system has two main components working to advance human rights in the Region, the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights.

⁴⁹ The European Convention of Human Rights 1950, Art 33.

⁵⁰ Soren C Prebensen, 'Inter-State Complaints under Treaty provisions-The Experience under the European Convention on Human Rights' [1999] p.20 *Human Rights Law Journal* 449; this procedure used to be a voluntary undertaking in the pre-protocol 11 system. However, with the introduction of protocol 11 now it has become mandatory.

The two most important instruments for the mechanism are the American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948) and the American Convention on Human Rights (1969). The human rights mechanism in this region was adopted by the American Declaration of the Rights and Duties of Man. The American mechanism for human rights work under two interrelated frameworks, one is charter based and the other based on the convention.⁵¹

6.2.1 The Inter-American Commission on Human Rights

The Inter-American Commission of Human Rights plays the most vital role in protecting and promoting human rights in America. It has both quasi-judicial and promotional mandate.⁵² It was established for the very purpose of promoting and defending human rights in the region and also work as a consultative organ for OAS in matters relating to human rights violation.⁵³

The Inter-American Commission on Human Rights entertains petitions for human rights violations from:

- any individual, group of individuals, non-governmental organizations recognized by law,⁵⁴
- State parties, provided such competence of the Commission has been recognized by the concerned parties.⁵⁵

The Commission tries to resolve the petition in peaceful manner and if needed it can give recommendations as well. It has the power to investigate any matter within its jurisdiction. The Commission can also refer a case to the American Court of Human Rights if it feels necessary.

6.2.2 The Inter-American Court on Human Rights

The Inter-American Court of Human Rights, which was established by the American Convention of Human Rights has both contentious and advisory jurisdictions. Only State Parties and the Commission can

⁵¹ *Supra* note 11

⁵² *Supra* note 45

⁵³ Statute of the Inter-American Commission on Human Rights 1960, Art. 1

⁵⁴ The American Convention on Human Rights 1969, Art. 44

⁵⁵ *Ibid.* Art. 45

submit a case before the Court, but no individual petition is entertained. However, before a case is submitted, it has to be considered by the Commission first.⁵⁶

The Court is responsible for interpreting and enforcing the American Convention of Human Rights. It hears and adjudicates specific case on human rights violations which are referred to it and interprets relevant questions on legal issues submitted by States Parties or the Commission.

6.3 The African Human Rights Mechanism

The adoption of African Charter on Human and Peoples' Rights in 1981 was a huge breakthrough for the promotion of human rights in Africa. Although the Charter is highly influenced by other international human rights instruments, it has its own distinctive character with unique features. This is the first human rights document to include a wide range of civil, political, social, cultural and economic rights as well as people's rights otherwise known as 'solidarity or collective' rights.⁵⁷ These collective rights focus on building communal harmony which reflects the will and culture of Africa.

6.3.1 The African Commission on Human and Peoples' Right

The African Charter on Human Rights created the African Commission on Human and Peoples' Rights, "to promote human and peoples' rights and ensure their protection in Africa."⁵⁸ Some of the major functions of the Commission are:

- to promote human and peoples' rights;
- to protect human and peoples' rights;
- to interpret the African Charter on Human and Peoples' Rights; and
- to implement the Charter.

The African Commission, in order to promote human rights, undertakes various awareness programs to ensure the protection of human and peoples' rights. It can receive complaints regarding any alleged violation of human rights from-

⁵⁶ *Ibid.* Art. 61

⁵⁷ *Supra note 17*

⁵⁸ The African Charter 1981, Art 30

- communications between State parties;
- communications of the non-states parties; and
- periodic reports submitted by the States parties.

6.3.2 The African Court on Human and Peoples' Rights

With the entry into force of Article 1 of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights, the African Court on Human and Peoples' Rights was established.

Like the Inter-American system, this Court has two types of jurisdictions: contentious and advisory. Article 3 of the Charter gives the Court exclusive jurisdiction, whereas Article 4 gives the Court power to provide advisory opinions over matters relating to the interpretation and the application of the Charter and other human rights instruments in the region.⁵⁹

The Court can only exercise its jurisdiction against States that have ratified the Court's protocol. Under Article 5(1) of the Protocol, the Commission, State parties and African Intergovernmental Organizations can raise disputes before the Court. However, any individuals or NGO also have access to the Court, but the defendant state must accept the competence of the Court under Article 5(3) of the Court's Protocol.⁶⁰

6.4 The ASEAN Human Rights Mechanism

The Association of South-East Asian Nations (ASEAN) is the latest regional organization trying their luck with regional human rights mechanism. The first regional initiative by ASEAN for regional protection of human rights was introduced back in 1990s, however only in recent years giant strides towards realizing an effective enforcement system for South-East Asia has been taken.

A declaration was made in the 26th ASEAN Ministerial Meeting (AMM) in Singapore in July 1993 regarding the establishment of a regional initiative after discussions regarding the potential of a regional mechanism for human right protection were held.⁶¹

⁵⁹ Available at <http://en.african-court.org/index.php/about-us/jurisdiction> [accessed on 05 May 2018]

⁶⁰ Available at <https://www.achpr.org/afchpr/> [accessed on 05 May 2018]

⁶¹ Available at <http://bangkok.ohchr.org/programme/asean/> [accessed on 09 July 2016]

As a follow-up to their commitment ASEAN Charter was signed in 2007 with special reference to regional protection of human rights. Under Article 14 of the ASEAN Charter, the ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights (AICHR) was established with a mandate to promote and protect human rights in the region.⁶²

ASEAN has also taken other initiatives such as establishing the ASEAN Commission for the Promotion and Protection of the Rights of Women and Children (ACWC) and ongoing drafting process of an ASEAN instrument on the protection and promotion of the rights of migrant workers (AIMW) making everyone hopeful of a bright future for human rights in the region. Perhaps the most notable initiative in the region is the Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions (APF). The APF's primary role in the region is to support the establishment of National Human Rights Institution (NHRI) in member countries with minimum standard contained in the Paris Principles. The APF also work for to increase the capacity of existing national institutions.⁶³ According to Professor Muntarbhorn the APF and its network of NHRIs are the closest the South-East Asian region has come in realizing a regional mechanism for the protection of human rights.⁶⁴ However a survey done by Hao Duy Phan showed that majority of the respondents think that the recent changes in human rights system in ASEAN will not have any fundamental impact and it is necessary to establish the South East Asian Court of Human Rights to have a positive impact.⁶⁵

⁶² Cha-am Hua Hin Declaration on the Intergovernmental Commission on Human Rights, available at <http://www.aseansec.org/documents/Declaration-AICHR.pdf> [accessed on 15 July 2016]

⁶³ Andrea Durbach and others, 'A tongue but no teeth?: The emergence of a regional human rights mechanism in the Asia Pacific region' [2009] 31(2) *Sydney Law Review* pp.211-238

⁶⁴ Cited in United Nations Commission on Human Rights, Effective Functioning of Human Rights Mechanisms: National Institutions and Regional Arrangements E/CN.4/2005/107 (2005), available at [http://www.reliefweb.int/rw/lib.nsf/db900sid/LHON6AJCLE/\\$file/Human_Rights_ECOSOC_Jan_2005.pdf?openelement](http://www.reliefweb.int/rw/lib.nsf/db900sid/LHON6AJCLE/$file/Human_Rights_ECOSOC_Jan_2005.pdf?openelement) [accessed on 9 May 2009.]

⁶⁵ Hao Duy Phan, 'Institutions for the Protection of Human Rights in Southeast Asia: A Survey Report' (2009) 31 *Contemporary Southeast Asia*.

7. Establishment of a SAARC Human Rights Mechanism

The social, economic and political realities of South Asia suggest that establishing a SAARC human rights mechanism has a lot of challenges. On the other hand, as various established regional human right systems exist, setting the structural framework would be easier with help from other region's experience.

7.1 Using the Structure of SAARC in establishing a Regional Human Rights System

Because of the cultural differences a regional Asian mechanism for the protection of human rights is not feasible⁶⁶ for the time being and as such a sub-regional framework can be the best solution. The five-tier institutional framework of SAARC, which includes Meetings of the Heads of the States,⁶⁷ Council of Ministers,⁶⁸ Standing Committee,⁶⁹ Technical Committees⁷⁰ and Secretariat;⁷¹ "give a notion of a mature and strong institutional framework."⁷² However, many factors including political objectives and poorly drafted functions of different forums have made SAARC's framework weak and incompetent in many cases.⁷³ The framework still holds a lot of potential to be useful and in case of establishing a regional human rights mechanism, this framework can be the base upon which a structure may be built.

In order to establish a regional system, a council of the head of the States is one of the most essential elements, which can work as a platform for the mechanism. For example, Council of Europe and Organization of American States have provided the institutional framework for regional mechanisms to develop efficiently. In the matter of SAARC, it already has a Council of Head of the States. Other forums of SAARC such as Council of Ministers and Secretariat can also

⁶⁶ *Supra note 39*

⁶⁷ SAARC Charter, 1985 Art. III

⁶⁸ *Ibid.* Art. IV

⁶⁹ *Ibid.* Art. V

⁷⁰ *Ibid.* Art. VI

⁷¹ *Ibid.* Art. VII

⁷² Dr M Shah Alam, *Selected Writings on International Law, Constitutional Law and Human Rights* (Dhaka: New Warsi Book Corporation 2015) p. 75

⁷³ *Ibid.* p. 32

provide useful hands in establishing a regional human rights mechanism.

7.2 Adoption of a Human Rights Charter

Adopting a regional human rights convention is the first step towards realizing the dream of a regional mechanism. It lays down the legal foundation of the system.⁷⁴ A regional convention also portrays the real values and aspirations by incorporating rights which are realistic and relative to the region.

Again, if the convention is adopted in accordance of the Vienna Convention on the Law of Treaties,⁷⁵ it will create a broader binding capability regarding enforcement of human rights. In this case the Council of Heads of States of SAARC can play the leading role, where only the head of government can sign and create such treaty.

7.3 Formation of a Commission on Human Rights for South Asia

A commission on human rights is usually the first body created to deal with human rights violation in the region. The commission is responsible for reviewing human rights situation by investigating and creating reports regarding human rights violations. The legal base of the commission is generally provided by the convention itself. However, the commission is to be an independent and separate body from government.

Inter-American system might be a good role model to follow for South Asia for early stages of establishing an implementation mechanism. Before the establishment of the Court, a Commission with soft mandate was established in the region.⁷⁶ This attempt made the region ready for further implementation mechanisms with binding effect. Because before the binding mechanisms to have effect, States must recognize

⁷⁴ Anurag Devotka, (2013) 'Prospect of European Mechanism of Human Rights Protection in South Asia: A Comparative Analysis of European Model with the SAARC', available at luc.edu/media/lucedu/prolaw/documents/volume3/A_Devkota.pdf [accessed on 05 March 2018]

⁷⁵ Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Art.26

⁷⁶ MÜcahit Aydın, 'The Potential Role of Turkey Toward A Regional Human Rights Arrangement in Asia' [2016] 2(3) *International Journal of Political Studies* p.23

that the human rights institutions are for their interest.⁷⁷ The Commission followed the principle of non-interference but yet played an eminent role for the development of human rights in the region by its supervisory activities.

7.4 Establishing a Human Rights Court for the Region

Without a judicial organ of its own, a separate regional human rights convention has limited benefits. A regional court with wide jurisdiction to accept complaints from states and individuals should be the ultimate goal. The human rights court should be conferred with the duty to implement and interpret the convention. Moreover, like the commission, a regional court also finds its legal basis in the convention.

7.5 Creating a Network of National Human Rights Institutions of the Region

ASEAN has been accounted for the creation of a unique type of forum for human rights protection. This network of human rights institution can be very useful, especially to strengthen the national structure of human rights system and establish NHRI where there is none.

8. Conclusion

When rights are violated, the aggrieved firstly seeks redress from the domestic institutions. When these institutions fail to work independently and impartially, it becomes necessary to look beyond domestic jurisdiction for access to justice. Regional mechanism might be the perfect answer in this kind of situations. Regional systems can strengthen the protection of human rights with its observatory and regulatory powers while taking into consideration the shared regional customs, values, culture, and practices, which makes it much more effective than the universal system.

The civil societies of this region have been very vocal about a regional human rights mechanism; however, without the goodwill of the political leaders no effective solution can be achieved. The civil society must also continue its effort in creating awareness and pressuring the governments in taking visible steps for protecting human rights by establishing a regional mechanism for human rights.

⁷⁷ *Supra* note 25

Rights and Realities of the Street Children in Bangladesh

Mohammad Mahmudul Hasan*

Abstract

Social workers in Bangladesh deal with a range of challenges and dilemmas in providing services to the street children, especially when these children are involved in child labour. They often have to compromise between international legal demands and intra national realities in promoting the rights of street working children. By focus group discussions with the social workers and by reviewing national and international publications, this article brings about a critical analysis of the problems of serving the children on the streets in Bangladesh. It concludes that the global instruments for child rights and child protection should practically realize the local contexts and realities. Social workers must have the scope to set priorities of needs and rights for the street children. This can be done by giving street children a voice to speak for themselves.

1. Introduction

The relationship between children and adults in the social structure is hierarchical. Generally, adults are thought to have the authority to decide about the needs and interests of the children. The superior position of the adults over the children as a social group obstructs their dignity, social justice, equity, and rights.¹ Even the social workers who deliver welfare services to the children and promote their rights are also adults.² Except for some recent changes in some countries, children are not heard to know about their own lives, desires, difficulties and how they want their problems to be solved. In this context, it is a growing concern for policymakers to listen to the children to better understand their realities and needs. On the other hand, social workers

* Assistant Professor, Department of Social Work, National University, Gazipur, Bangladesh

¹ William A Corsaro, *The Sociology Of Childhood* (2nd ed, Pine Forge Press 2005).

² Nigel Parton, *Governing The Family* (St Martin's Press 1991).

are one of the main actors who promote and implement the rights of vulnerable children during their everyday practices. They have to work within certain organisational, national, and international frameworks to provide services to the children. Acknowledging their practice experiences, dilemmas, and challenges are, therefore, very important in setting up service strategies and framing domestic and international documents, so that those documents can properly be translated into actions.

Street children are considered as one of the most marginalized and socially excluded groups,³ who are 'in need' of recognition and promotion of their rights, and they are 'at risk' due to violation of their fundamental rights.⁴ They are seen as a problem by other members of society because their situations go directly against the established social conceptions and dominant social and moral codes of society.⁵ They are negatively associated with vagrancy, delinquency, begging, drug addiction, stealing and other anti-social behaviours. However, the opposite picture can also be seen in some recent studies conducted with the participation of the street children. Researchers show that these children have love, commitment, responsibilities, cooperation, creativity, choices, dreams, and strong feelings for others.⁶

2. The Situation in Bangladesh

A significant number of socially vulnerable children live on the streets of the urban areas in Bangladesh. According to the Bangladesh Institute of Development Studies (BIDS), the estimated number of street children in 2015 was 1.5 million.⁷ Policymakers in Bangladesh

³ P. Ray, C. Davey and P. Nolan, 'Still On The Street - Still Short of Rights: Analysis of Policy And Programmes Related To Street Involved Children' [2011] Plan International & Consortium for Street Children.

⁴ Lorenzo I. Bordonaro and Ruth Payne, 'Ambiguous Agency: Critical Perspectives On Social Interventions With Children And Youth In Africa' (2012) 10 Children's Geographies.

⁵ *Ibid.*

⁶ A. L. Meincke, 'Nothing About Us, Without Us' (Office of the High Commissioner for Human Rights 2011).

⁷ Mohammed Norulalam Raju and Mahfuja Sharmin, 'Editorial' (*Street children in Bangladesh: A life of uncertainty* | *theindependentbd.com*, 2016)

have not adequately addressed the problems of the street children as the most endangered categories of children. The main attention has been given to other socially disadvantaged groups like the slum-dwelling children. Though the issues of the street children are more serious than the other groups, their rights are repeatedly violated just because of their homeless situation. This is because of not realising the necessity of listening to the street children in policy research.

Street children live on the margins of Bangladesh society without minimum protection, education, healthcare, food, security, recreation, and guidance. These children suffer growing risks to their safety and well-being. In Bangladesh, extreme poverty is one of the main reasons that push children to come to the streets. Some children live on the street with their families. Most of the street living families are not in a position to provide appropriate care to their children.⁸ Many of them have migrated from villages to find a livelihood and cannot afford to rent a house for the family. Some of them have ended up in the city streets after losing everything due to natural calamities. They have to struggle a lot to bring regular food for all family members. As a result, street living children have to find ways to earn money for food. Street children are either involved in child labour or in illegal or immoral activities like pickpocketing, snatching, stealing, smuggling, commercial sex work and carrying drugs and weapons.⁹ Deprived of the support system, they are vulnerable to victimization by the adults in general and by the law enforcing agents in particular. Due to their inferior social and physical positions, they suffer the most when taken into custody and detained by the police. Sometimes, street children are involved in some income-generating activities that are allowed by the lawmen e.g. garbage picking and vending flowers, newspapers, chocolates and many other things on the streets.¹⁰ Many of them are

<http://www.theindependentbd.com/printversion/details/32932>, accessed on 27 April 2018.

⁸ Sarah C. White, 'From The Politics Of Poverty To The Politics of Identity? Child Rights And Working Children In Bangladesh' (2002) 14 *Journal of International Development*.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Imam M. Alam, Shahina Amin and Janet M. Rives, 'Occupational Choices Of Working Children In Bangladesh' [2015] *Applied Economics*.
Mohammad Ali Khan, *Child Labour In Dhaka City* (Hakkani Publishers 2001).

involved in hazardous and low-wage jobs to support themselves and sometimes to provide their families.¹¹ Most of them never attended any formal or informal school. These children ultimately become trapped in a cycle of low-skilled, low-wage occupation that pushes them into the vicious cycle of inter-generational poverty.¹²

The main objective of the article is to discuss specific situations experienced by the social workers, who work for the street-working children in Bangladesh, during their professional practice which are particularly challenging. Another objective is to analyse the child-right issues involved in street living children and child labour with a focus on the problems raised by that situation. The third objective of this article is to find some reasonable solutions to the problem.

The main research question is to analyse: what are the main challenges for the social workers to implement the rights of the street living and working children in Bangladesh and how those problems can be solved? The article employs a qualitative approach to know the problems of the social workers in implementing the rights of the street children in Bangladesh. Four Focus Group Discussions (FGDs) have been conducted with the social workers who work with the street-working children in different government and non-government organisations in Bangladesh. Group discussants were also the participants of the training program of the Protection of Children at Risk (PCAR) project run by the Government of Bangladesh and the United Nations International Children's Emergency Fund (UNICEF). The training and research program was conducted during September 2008 at the Department of Social Welfare, Dhaka, Bangladesh. A total of 40 social workers attended four discussion sessions. Each session was participated by 10 social workers. They joined in oral discussions moderated by the researcher. To understand the local realities in Bangladesh, social workers were asked to discuss their experiences and the challenges they face during their practice with the street children. They were also requested to share their opinion on how to overcome

¹¹ Sharmin Aktar and Abu Syead Muhammed Abdullah, 'Protecting Child Labour In Bangladesh: Domestic Laws Versus International Instruments' (2013) 10 Bangladesh e-Journal of Sociology.

¹² *Supra note 8*; UNICEF Bangladesh, 'Protection Of Children Living On The Streets' (UNICEF 2009).

those challenges. In addition to the primary data about local realities in Bangladesh, secondary sources have been searched, collected and reviewed to understand and analyse the dimensions of the problem and international perspectives of the situation.

3. The Dimensions of the Problem

In 1989, Bangladesh has ratified the United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC). UNCRC recognises the entitlement to a standard of living adequate for the child's physical, mental, spiritual, moral and social development. According to this Convention, the rights of thousands of street children are being denied in Bangladesh. Bangladesh has also ratified several International Labour Organization (ILO) Conventions including article 182 that concerns the elimination of the worst forms of child labour. Several articles of the Constitution of Bangladesh and four government laws especially speak about the needs, rights, protection and making special provisions for the benefit of children. The Primary Education Act 1993 established the compulsory primary education for children aged 6 and above. According to the Bangladesh Labour Act 2006, the minimum age to get access to work is 14 years, and 18 years for hazardous work. Light work for children between the ages of 12 - 14 years is permitted and defined as non-hazardous work that does not hamper education.¹³ In spite of such legal prohibition, child labour still exists on a large scale in Bangladesh. In reality, from the giant garment industries to the small motor car workshops, underage children are working in a hazardous environment. This problem has many dimensions. From the children's point of view, the unmet basic needs of the street living children push them to go to work for their survival. They are somehow forced to go to work with no education and skill. On the other hand, employers prefer to hire children as they are cheaper, their working hours can be long and their bargaining power is non-existent. The third dimension is the outlook of the government agencies towards the working children. They want to hide the problem of child labour in Bangladesh from the international communities. This is due to the government's

¹³ *Supra note 11*; Foundation for Research on Educational Planning and Development (FREPD), 'A Baseline Survey Of Street Children In Bangladesh' (The Bangladesh Bureau of Statistics 2003).

commitment to different conventions and treaties. The failure of the government in this regard will impact international business, mainly on the export of Bangladeshi products in the western world.

4. The Problem of Setting up the Priorities and Ensuring Rights

Social workers have regular activities to identify children living on the street, contact them, establish a relationship with them, and encourage them to attend non-formal educational programs and to use services available in drop-in-centres. These programs and services are provided by several organisations in Bangladesh, for example, Aparajeyo-Bangladesh and Dhaka Ahsania Mission. Social workers feel that bringing the children to education and keeping them attached to educational services should be the focus of all interventions and also the ultimate challenge for the children's sustainable development. In the context of a violation of the rights of the street children, as stated in the UNCRC, it appears very difficult to prioritise their needs and ensure their rights. Which need is to be fulfilled first, when almost all needs are unmet? Which right to be ensured first, when all rights are being violated? Doing this difficult job, social workers have to deal with multiple conflicting realities associated with the real situation and the welfare of the children. While identifying children working in a hazardous environment, social workers have to ignore the violation of laws promoting the rights of the children. If they become critical to the employers or go to the police, they would lose their access to those workplaces or the children might lose their job. The job seems essential for their survival. If they bring out those children from their job and admit them into schools, their dropouts would be obvious. It is because of ignoring their survival needs. Sometimes, a street child has to take responsibility for his/her whole family.

While contacting the children who are involved in immoral or illegal or criminal activities, social workers face more difficulty to motivate the children for education and ignoring the issue of their criminalization. On the other hand, without addressing their survival issue, expecting them into educational facilities is almost absurd. It seems better to motivate them to look for lawful work or to be involved in street vending and have an education. At the organisational level, social

workers need to set their values, goals, and programs considering the national and international norms and documents. This job is nothing but compromising between the government's image, international expectations and the betterment of the children.

5. International Perspectives

International conventions and treaties, designed and implemented by UN organisations like UNICEF and ILO, mainly focus on the role of states and international companies. On the state level, it becomes legitimate to boycott or put pressure on countries where laws on child labour are not consistent with international policies.¹⁴ Another approach targeting to ban every form of child labour leads to create different forms of labels on the consumption of goods or codes of conduct for the cooperation of western companies with their local partners. These initiatives are seen as goodwill initiatives, willing to take into account the responsibility of companies and consumers in the economic conditions under which child labour takes place.¹⁵ The actors in the western world have to adapt their activities to international treaties and laws, though, this act of awareness aimed to protect their very own interests toward a public opinion that would no longer accept unethical business.

According to the social workers, the reality of the countries like Bangladesh, where child labour exists, need to be taken into greater account. International actors usually keep these countries in pressure to eliminate child labour, which ultimately forces the social workers not to focus on the children's needs, interests, voices, and dreams. There have been gaps and tensions between global calls and local situations. Boycotting these economies leads to a situation where the global state economy can be affected because of trade sanctions. Child

¹⁴ Manfred Liebel, 'On The Problem Of Social Clauses And Seals Of Quality In The Fight Against Child Labor (Original In German: Zur Problematik Von Sozialklauseln Und Gütesiegeln Im Kampf Gegen Kinderarbeit)' (*Resist the ethical reflex (Original in German: Dem gesinnungsethischen Reflex widerstehen*), 2005) <http://www.pronats.de/assets/Uploads/liebel-dem-gesinnungsethischen-reflex-widerstehen.pdf>, accessed on 27 April 2018.

¹⁵ Paul Vandenberg, Anne-Brit Nippierd and Sandy Gros-Louis, *Eliminating Child Labour* (Bureau for Employers' Activities, International Labour Office and the International Organisation of Employers 2007).

labour turns into illegality and working children become invisible from the public eye. It would be difficult for social workers to reach them.¹⁶ In Bangladesh, this is also true as stated by the social workers. The cut of earnings affects the working children and their poor families who live on the streets. It aggravates their health and living conditions and reduces their chances to improve their social status.¹⁷ Therefore, the ethical responsibility of international action has to focus on how to improve the lives of this population within the given conditions. Implementing a policy that counteracts the weak position of street working children would not be ethical as well.¹⁸ Social workers think that children need to be protected in and outside their workplaces. Their access to education has to be fitting with their situation and need.¹⁹ Providing a higher income to the working parents and the provision of free schooling for the children is the best way to improve their economic and social position.²⁰ Even though it seems to be the best way to secure the health and education of the children, it generates too much cost to set on the top agenda of internationally acting companies, leaving this action to the responsibility of already bankrupt states or to the generosity of donors.²¹ Social workers also think that the dependency on international aid makes local acting organisations adapt their approaches according to the donors' interests, which leads to what can be called 'a reflex of an ideology of ethics' and fades out every pragmatic help to improve the working and living conditions of the street children.²²

6. Social Interventions

According to the UNCRC, the legal obligations for all state parties is to protect the children from all form of violence and exploitation and also

¹⁶ *Supra note 14.*

¹⁷ F. L. Tabassum and A. Baig, 'Child Labour A Reality: Results From A Study Of A Squatter Settlement Of Karachi' (2002) 81 *Journal of Pakistan Medical Association.*

¹⁸ *Supra note 10.*

¹⁹ *Supra note 14.*

²⁰ K. Basu, 'The Global Child Labor Problem: What Do We Know And What Can We Do?' (2003) 17 *The World Bank Economic Review.*

²¹ *Supra note 15.*

²² *Supra note 14.*

to listen to the children, respect their views and respond to them directly.²³ Social programs, intending to empower street children in their working contexts, have to consider the life-world of the target group in the foreground. In Bangladesh, social workers can aware the street-working children to become organized to speak for themselves. Lessons can be learned from working children's movements in Latin America such as Bolivia, Peru, Venezuela, Paraguay, Ecuador, Guatemala and Colombia, where working children aged 6-18 organise themselves in child unions aiming to have a common approach to defend their interests as working population.²⁴ Sharing the experiences of the street children would help to formulate a common approach to their problems and allow them to advocate for themselves.²⁵

Working children, who work to support their families living on the streets or in slums, are taken for granted in many developing countries including Bangladesh. It is seen as an economic necessity for the disadvantaged population. However, the risks child labour often brings along with are important, as it may take place in very oppressive and harmful conditions. For employers, children represent an easily exploitable labour force, since they are less aware of what is acceptable in terms of working conditions. Children receive lower wages than adults. Sometimes they are satisfied with a meal only. These conditions make them a very vulnerable population, completely dependent on the employer's mercy.²⁶

Banishing the local companies, who are involved in these kinds of malpractices, may worsen the condition of children in labour. Many activists, therefore, advocate for stronger recognition of the conditions and identity of working children.²⁷ Social workers emphasises to set

²³ Chris Beckett, Andrew Maynard and Peter Jordan, *Values & Ethics In Social Work* (SAGE 2005).

²⁴ *Supra note 14*; Andressa Curry-Messer, 'Working Children's Movements in Latin America' <https://www.childsrights.org/en/news/editorials/822-working-children-s-movements-in-latin-america>, accessed on 25 February 2019.

²⁵ *Supra note 11*.

²⁶ *Supra note 10*.

²⁷ Per Miljeteig, *Creating Partnerships With Working Children And Youth* (The World Bank 2000)

focus on what street children want and do. Working children have human rights and child rights in general, and special rights as a vulnerable group in particular. But they are not aware of the rights and laws. They are driven by their existential needs and agencies. In addition to their survival needs, they have hopes and dreams. They have freedom and autonomy, and they love to choose, decide and participate. When children move to the street and involve themselves in earnings, they just do these as active social agents.²⁸

Working-children and their lives of the streets have a variety of conditions in the context of Bangladesh. The main indicator of the appropriateness and ethical legitimacy for it should be the will and the self-perceived condition of the child.²⁹ Social interventions can mainly target to improve these conditions by giving a voice to the children in labour. It is the responsibility of the social workers to convey the voices and realities of these children to their employers, decision-makers, and mainstream society. Child labour cannot be seen as unacceptable. Rather, the conditions where it takes place deserve high attention to avoid exploitation.³⁰ It is to be ensured that it happens for the best of the child's development, making possible education and leisure time for the child.

<https://www.pronats.de/assets/Uploads/miljeteig-creating-partnerships.pdf>, accessed on 11 November 2014.

²⁸ *Supra note 8.*

²⁹ *Supra note 10.*

³⁰ *Supra note 17.*

7. Conclusions

Based on what social workers encounter and feel in the field, it can be concluded that the realities of the street children have a strong connection with the issues of child labour and child rights in Bangladesh. We have to review the way we decide what would be the rights and priorities for the children, and how are those rights to be implemented. The international legal frameworks are based on western realities that do not reflect on local realities and culture. Social and legal interventions for the street and working children have to reverse from a top-down approach to a bottom-up approach. Instead of setting up the goals by the governments and other international actors from the top, street children must get a voice to set up their own needs and concerns. It is the responsibility of the social workers to convey the voice of the street children to the decision-makers. To deal with the realities of the street children in Bangladesh, advocacy should be done on three dimensions: (i) living and working conditions for the street children should be appropriate to their abilities, needs, choices, and rights; (ii) poverty must be reduced to prevent street migration and child labour; and (iii) child rights must be understood within the realities of respective contexts.

Legal Fragilities and Limitations of International Humanitarian Law (IHL) in Protecting Civilians during Armed Conflict

Amdadul Hoque*

Ehteshamul Hoq**

S M Shahidul Islam***

Abstract

It is one of the mandates of the International Humanitarian Law to protect the civilians from the hostility of war. In this respect, a number of different international instruments are in place like the Geneva Conventions to keep away the civilian people, civilian objects, *hors de combat* and other people having no connection with the warring parties, from the devastating consequences of armed conflict. In spite of these numerous provisions and their almost universal acceptance by world communities, people both civilian and *hors de combat* are facing unnecessary sufferings during armed conflict. This reality either in international or non-international armed conflict urges critical review of the legal provisions of IHL to ascertain the weakness of the laws. While doing the critical review of the relevant legal provisions, this article is kept limited to general fragilities of overall legal provisions, specific fragilities of the legal provisions relating to the laws of occupation, means and methods of warfare and enforcement. While doing the critical review, opinions of scholars in their scholarly books, journal articles, newspaper report are consulted. To a little extent web data on relevant issues by reputed international organizations is also taken into consideration.

1. Introduction

History of war is as old as human life on earth. Throughout the history, war caused massacre and devastating consequences to the concerned parties. International law on this subject never dared, albeit for some

* Assistant Professor, Department of Law & Justice, Southeast University

** Assistant Professor, Department of Law & Justice, Southeast University

*** Assistant Professor, Department of Law, EXIM Bank Agricultural University Bangladesh

well established pragmatic reasons, to prohibit the war it rather provides rules governing the conduct of war. Irrespective of the legitimacy of armed conflict international humanitarian law seeks to minimize the superfluous and unnecessary sufferings to all human beings who are exposed to the effects of war. The legal provisions of International Humanitarian Law (IHL) are based on the fundamental promise of protecting civilians who are not or no longer contributing to the acts of hostilities. IHL has also the promise of protecting the *hors de combat*. This law has no concern for legality of any armed conflict and is rather restricted to eliminating, eradicating and at least reducing worst consequences of armed conflict. It aims at providing every possible humanitarian assistance to the belligerents, without any predilection towards any party to the conflict, and especially to the civilians who are in no way connected with the hostilities. In spite of the urge of humanity to save civilians, legal fragilities of concerned provisions have turned this noble desire, to a large extent, into nightmare.

2. **Fragilities of the General Provisions of IHL in Protecting Civilians**

There are two sets of rules governing laws of armed conflict. One set of rules known as *jus ad bellum* determines the legitimacy of a particular armed conflict and another set of rules known as *jus ad bello*, subject matter of IHL, deals with the rights and duties of the warring parties during and after the end of war. During armed conflict international humanitarian law seeks to strike a balance between two contrary demands of military necessity in one hand and the need of humanitarian consideration on the other hand.¹ Several legal principles to enhance constant protection of civilians and civilian population during armed conflict and some rules of classifying armed conflict are laid down which are sometimes found to be very weak to provide the intended protection to the civilians.

¹ Dieter Fleck (ed), *The Handbook of International Humanitarian Law* (3rdedn, Oxford University Press 2014)pp. 36-37.

2.1 Concept of Civilian and Deficiencies of the Definition of Civilian Population

Article 50(1) of the Additional Protocol I to the Geneva Conventions of 1949² defines the term 'civilian' referring to those who do not belong to certain categories of person mentioned under different provisions of Geneva Conventions of 1949.³ This definition of civilian, apparently seeming to be advantageous of being conclusive, creates difficulty of distinguishing between fighters and non-fighters particularly in case of non-international armed conflicts.⁴ Again it is said that 'the presence within the civilian population of individuals who do not come within the definition of civilians does not deprive the population of its civilian character.'⁵ This provision is, no doubt, intended to extend the protection of civilians or civilian population when combatants or other legitimate militarily targetable persons are within them. However, question remains as to the situation when there may be fifty percent or more populations got mixed with those who are legitimate military target. Doctrine of proportionality may be an answer to this situation but, obviously, it increases the risk of excessive civilian casualties. Ultimately this protection depends on 'the degree to which civilians are keeping separate from combatant activities, whether geographically or in a material sense'.⁶

2.1.1 Status of Contractors

In modern warfare many people are, with a wide range of degree or level, connected with conduct of hostilities. The black and white classification of those people into civilian, being no legitimate military target, and combatants, being legitimate military target, sometimes creates confusion as to the status of contractors including engineers, weapon specialists, food suppliers and construction workers. The

² Hereinafter referred to Additional Protocol and Geneva Convention respectively.

³ A civilian is any person who does not belong to one of the categories of persons referred to in Article 4A (1), (2), (3) and (6) of the Third Convention and in Article 43 of the Protocol I.

⁴ *Supra note 1*, p.233.

⁵ Article 50(3) of Additional Protocol I of 1977.

⁶ Fits Kalshoven and Liesbeth Zegveld, *Constraints on the Waging of War an Introduction to International Humanitarian law*, (4thedn, Cambridge University Press, 2011) p.102.

Montreux⁷ document holds the view that these people will retain their civilian character until or unless they do not take direct participation in hostilities.⁸ Keeping the status of these people depending on their direct participation in hostilities where direct participation itself is not clear makes their protection also unclear. Provision should be made either allowing them to participate in hostilities or prohibiting their participation at all times. It creates excessive practical difficulty for military operations that someone within combatants sometimes may and sometimes may not attack and be attacked.

2.1.2 Private Military Security Companies

Different armed actors in modern warfare varies in terms of their level of organizations, command structures, training and knowledge of international humanitarian law. Due to the prolonged nature of armed conflicts it often becomes difficult for a government to bear the expenses of the regular armed forces and with a view to reducing the budget, it resorts to outsourcing military services to private military companies. These military security companies, although typically perform the support functions, at times take part in hostilities.⁹ 'While the involvement of private companies and citizens in warfare is not a new phenomenon, the extent of their involvement in modern conflicts has implications for the protection of the civilians'.¹⁰

2.1.3 Status of Other Persons Accompanying the Armed Forces

Some other persons including war correspondents, members of labour units and civilian members of military aircraft crews or crews of merchant ships are not entitled to take direct part in belligerent

⁷ Montreux Document on Pertinent International Obligations and Good Practices for States Related to Operations of Private Military and Security Companies during Armed Conflicts 2008.

⁸ Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2ndedn, Cambridge University Press 2010, p.122.

⁹ NOREF Report by Camilla Waszink, *Protection of Civilian under International Humanitarian Law: Trends and Challenges*, 2011, 6
available at:

<http://www.peacebuilding.no/var/ezflow_site/storage/original/application/438a236102331b1407f36084477cdc25.pdf> accessed on 2 December 2015.

¹⁰ *Ibid.*

activities. At the same time they are considered to be civilians and in case of capture they are treated as prisoners of war.¹¹ If the promise of the IHL to keep the civilians away from the effects of war to the fullest possible extent is taken to be true, absence of any prohibition on the parties to the conflict to employ some people having the civilian character and not having the right to participate in belligerent actions makes that promise futile or to a great extent impracticable. All those who engage in war should have the right to attack and be attacked and all those who do not engage in war should at all times be spared. While the military aircraft is a legitimate military object but the civilian members within it, because of the absence of any prohibition to employ civilian members, are not, the requirement of distinction between civilians and combatants get blurred.

2.1.4 Status of *Levee en Masse*

To give protection to the prisoners of war who are originally civilian population are known as *levee en masse*, it is provided that:

Inhabitants of a non-occupied territory, who on the approach of the enemy spontaneously take up arms to resist the invading forces, without having had time to form themselves into regular armed units, provided they carry arms openly and respect the laws and customs of war.¹²

Entitlement of the protection of prisoners of war to some originally civilian population is made dependent upon numerous conditions. Non fulfillment of any of these conditions, obviously simple in practical situation, ultimately negates the protection to the civilians. The conditions of spontaneity in taking up arms, time crisis to join into regular armed units, carrying arms openly and importantly respecting the laws and customs of war, by those who can hardly be expected to know the laws and customs of war, ultimately provide little protection to these populations. Again this category of protection is in a non-occupied territory and there is no application of it in the occupied territory.¹³

¹¹ Geneva Convention III of 1949, Article 4 A (4), (5).

¹² *Ibid.* Article 4 A (6).

¹³ *Supra note 8*, p.48.

2.1.5 Status of Civilian Population under the Doctrine of Revolving Door¹⁴

‘Civilians shall enjoy the protection afforded by this the provisions of Article 51(3) of Protocol I unless and for such time as they take a direct part in hostilities’.¹⁵ The words ‘this Section’ here indicates the protection under Article 51 of Additional Protocol I. IHL is built upon the assumption that the civilians do not take part in hostilities and at the same time such participation is neither prohibited nor it is a crime under international law.¹⁶ Similar provision with almost identical wording is made for situations of non-international armed conflict¹⁷ Although, neither the Geneva Conventions nor the Protocols provide any guidance on what is a direct participation in hostilities, International Committee of the Red Cross (ICRC), in consultation with academicians and experts, provide three cumulative criteria to be met for an act to be qualified as a direct participation.¹⁸ These criteria are:

1. the act must be likely to adversely affect the military operations or military capacity of a party to an armed conflict or, alternatively, to inflict death, injury, or destruction on persons or objects protected against direct attack (threshold of harm);
2. there must be a direct casual link between the act and the harm likely to result either from the act, or from a coordinated military operation of which that act constitutes an integral part (direct causation); and
3. the act must be specifically designed to directly cause the required threshold of harm in support of a party to the conflict and to the detriment of another (belligerent nexus).¹⁹

¹⁴ This doctrine emanates from Article 51(3) of Additional Protocol I and termed as such because of allowing dual status for same person with certain conditions. It is like revolving door because when the door of civilian status is opened the door of military status is closed and *vice versa*.

¹⁵ Additional Protocol I, Article 51(3).

¹⁶ *Supra note 1*, p. 255.

¹⁷ Additional Protocol II, Article 13(3).

¹⁸ *Supra note 1*, p.255.

¹⁹ *Ibid*, pp. 255-256.

The interpretation of ICRC of 'direct participation' by using the terms 'harm, direct causation and belligerent nexus' is on the one hand not binding upon the parties to the conflict and on the other hand still suffers from ambiguity and thereby keeping civilian protection not well founded. The psychological aspect of the doctrine of revolving door on the belligerents which goes a step further in deteriorating the protection of civilian should also not be overlooked. When the belligerents of a party to a conflict knows that a particular group of persons may be farmer during day time and fighter at night and thereby at times legitimate military target and at times not, definitely it creates practical difficulty as to the time when such persons are and are not entitled to the protection and it also weakens the level of respect of protection in the mind of the belligerents. Allowing the civilian to change their character frequently and giving them theoretical protection as soon as they lay down their arms, in reality, jeopardize the spirit of respect towards civilian population as a whole.

2.2 Distinction between Combatant and Non-Combatant Status

Members of the armed forces consist of combatants as well as non-combatants.²⁰ While the combatants are entitled to directly participate in hostilities non-combatant members of armed forces are not.²¹ Again mere fact of fighting by the combatant members is not punishable but direct participation by non-combatant members of the armed forces can be criminally prosecuted.²² There is no separate uniform for such non-combatant members of armed forces and they are legitimate military target but still they have no combat function because of national policy. This situation aggravates protection of this particular class of armed forces and creates practical difficulty for the belligerents in distinguishing who are and are not combatants. Sometimes soldiers may be employed to protect the civilian objects but legitimacy of attack on them endangers what they are employed to protect.²³ Provisions should be made prohibiting attack on such forces so long they are exclusively in the duty of protecting the civilian objects.

²⁰ Article 3 of Hague Regulation; Article 43(2) of Additional Protocol I.

²¹ *Supra* note 1, p. 80.

²² *Ibid.* pp. 82-83.

²³ *Supra* note 1, p. 247.

2.3 Principle of Distinction

Article 48 of the Additional Protocol I of 1977 provides that

"The parties to the conflict shall at all times distinguish between the civilian population and combatants and between civilian objects and military objectives and accordingly shall direct their operations only against military objectives".²⁴

This principle although considered to be 'the heart of the law of armed conflict'²⁵ but its application is dependent on the determination of who and which are and are not combatants and military objectives respectively. Military objectives are defined as those which 'by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage'.²⁶ Not giving a non-exhaustive illustrative list with the definition of military objectives is criticized for the terminologies used as abstract, generic, open to diverse interpretations and misuse.²⁷ It is the subjective satisfaction of the concerned parties whether any particular object generally considered civilian is by their nature, location use or purpose making any *effective*(emphasis supplied) contribution to their military action. Misuse of the vagueness of the term also arises from the nature of the advantage, whether military or political, gained or to be gained by armed activities.²⁸

2.4 Principle of Proportionality

Attack on the civilian population and civilian objects are prohibited under IHL. This does not mean that IHL provides a watertight protection to any sort of civilian casualties during armed conflict. Incidental damage or harm to civilian during military operation is not, so long it is not 'excessive to the concrete anticipated military

²⁴ Adam Roberts and Richard Guelff (eds), *Documents on the laws of war* (3rdedn, Oxford University Press 2000) p. 447.

²⁵ Daniel Thurer, *International Humanitarian Law: Theory, Practice, Context* (Hague Academy of International Law 2011) p.86.

²⁶ Additional Protocol I, Article 52(2).

²⁷ *Supra* note 8, p.90.

²⁸ Eritrea-Ethiopia Claims Commission's determination in 2005 is relevant on this point.

advantage',²⁹ a violation of the laws of armed conflict rather it is considered to be a pragmatic acceptance of the reality of war.³⁰ The concepts of anticipated military advantage and the potential civilian casualties are tinged with subjectivity and excessive discretion of those who will be in charge of military operations.³¹ Proportionality of civilian damage will be measured in terms of anticipated not achieved military advantage. Since there is no question of reasonableness of anticipation, one can claim excessive civilian casualties proportional by reference to one's much higher level of anticipation of military advantage. The principle of proportionality sets no limits to acceptable level of civilian casualties rather calculates a ratio between two quantities and therefore the greater the military advantage, the greater the acceptable level of civilian casualties and destruction.³² There is no yardstick to measure the excessiveness and a balance between civilian casualties and anticipated military advantage.³³ It is also maintained that the problem of the principle of proportionality remains as to what it means *in concreto* and how it is to be applied.³⁴

2.5 Principle of Precaution

Under the principle of precaution applicable in armed conflict the belligerents are under an obligation to take all feasible precautions at and during armed engagements to avoid or minimize incidental civilian casualties.³⁵ This principle suffers the criticism of ambiguity of the term 'feasible' for there, apparently, seems to have scope of justifying the military act without precaution by reference to non-feasibility. Feasibility is taken to mean which is practicable or practically possible taking all relevant circumstances in consideration.³⁶ Determination of feasibility is also dependent on the information available to the concerned parties not on the information reasonably available.³⁷ In order to verifying the attack ability of the target, the requirement of doing everything feasible raises the question of

²⁹ Additional Protocol I, Article 51(5).

³⁰ *Supra* note 1, p.244.

³¹ *Ibid.* p.245.

³² *Ibid.*

³³ *Supra* note 8, pp.130-131.

³⁴ *Supra* note 25, p.75.

³⁵ Additional Protocol I, Article 57(2).

³⁶ *Supra* note 1, p.247.

³⁷ *Supra* note 8, p.139.

available means of verification.³⁸ The provisions of precautionary principle are so intricate 'both in language and in train of thought, that full implementation may probably be expected only at higher levels of command.'³⁹

2.6 Civilian Shield

In a number of ways⁴⁰ civilians may be used to shield the military objects from attacks of the adversaries. Parties to the conflict are duty bound not to use civilians as a shield to render certain points or areas immune from military attack.⁴¹ Neither the Geneva Conventions nor the Additional Protocols made specifically the violation of this rule as grave breaches and as such endangers the protection of civilian population. The term 'using' refers to doing something positively or directly and as such allowing the civilian indirectly or by circumstantial pressure to shield military objectives are not prohibited. Important question remains as to the protection of civilians if there is voluntary shielding of military objects by civilians.⁴²

2.7 Present Trends Critic on the Concept of the Armed Conflict

To give protection under IHL first and foremost condition is the existence of an international or non-international armed conflict.⁴³ If a situation of violence cannot be brought into the periphery of either international or non-international armed conflict there is, at least theoretically, no protection for the civilians or any other persons concerned. International Armed Conflicts (IACs) are defined to be an armed conflict between two or more states or between one or more states in one side and one or more non-state actor on the other side or where people are fighting for national liberation against colonial or racist domination to establish right of self determination.⁴⁴ All other

³⁸ *Supra note 6*, p.114.

³⁹ *Ibid.* p.115.

⁴⁰ Placing the protected persons strategically in some significant locations or making civilian assemble blocking important military roads etc.

⁴¹ Additional Protocol I, Article 51(7); Geneva Convention IV, Article 28.

⁴² *Supra note 8*, pp.153-155.

⁴³ Elizabeth Wilmshurst (ed), *International Law and the Classification of Conflicts* (1st edn, Oxford University Press 2012) p.32.

⁴⁴ Additional Protocol I, Articles 1(4), 96(3).

cases of declared war are covered by the laws of IACs.⁴⁵ The black and white approach in classifying armed conflict, might be effective at the time when it was made, seems to provide no convincing answer as to the status of many modern types of armed engagement and therefore provides no protection. Modern modes of insurrection, insurgency, guerilla warfare, complex and advance or hybrid warfare seem to be outside the contemplation of laws of armed conflict.⁴⁶ Foreign intervention in support of non-state armed group fighting against a state and such intervention with the consent or in support of a state fighting against non-state armed forces, very often, creates cloud of confusion which strike at the root of protection of the civilian population and other concerned.⁴⁷

2.8.1 Elements of Intensity, Duration and Organization

As per the explanation of common Article 3 of the Geneva Conventions by Jean Pictet⁴⁸ any difference between two states leading to armed forces intervention, irrespective of the duration or intensity and recognition by states concerned, is an international armed conflict.⁴⁹ This approach has been called into question recently and certain level of intensity and duration of violence is considered to be constituent elements of IACs and as such sporadic inter-state use of armed forces and clashes do not qualify as IACs.⁵⁰ Provisions for protecting civilians in such situation are yet to be devised. The situations of armed engagement between a state and one or more armed groups or between the armed groups must qualify as Non International Armed Conflicts (NIACs), there must have been protracted confrontation, certain level of intensity and a minimum level of organization among

⁴⁵ Common Article 2 of the Geneva Conventions of 1949.

⁴⁶ *Supra note 43*, pp.21-23.

⁴⁷ *Ibid.* pp.57-63.

⁴⁸ Jean Simon Pictet was a Swiss citizen, jurist, legal practitioner working in international humanitarian law.

⁴⁹ Commentary on 3rd Geneva Convention, 23.

⁵⁰ The Red Cross and the Red Crescent Report of the 31st International Conference on International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflict (2011) p.7, <<https://www.icrc.org/eng/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-en.pdf>> accessed on 2 December 2015.

the non-state actors.⁵¹ There may be a situation of massacre within one day between a state and non-state actor which, as per the current approach, will not qualify to be an international armed conflict for it is not protracted. This type of definition of armed conflict seems to overlook the capacity of modern and scientifically advanced weapons to cause massacre within a minute.

2.8.2 Asymmetrical Conflicts

There are a number of so called asymmetrical conflicts where the contesting parties are significantly unequal in terms of military strength and technological capacity. Typically such conflicts arise when a state is fighting against a non-state armed group or when coalition of several states fight against a state or one or more non-state actors and in such situation 'the consequences for civilians are devastating, as the weaker party seeks to compensate for its military inferiority by resorting to tactics prohibited by IHL, in turn leading the militarily-superior party to respond by relaxing its own implementation of the rules'.⁵² This type of situation places the civilian at the center of the conflict and increased risk, specially, when this take place in or near civilian areas.⁵³

3. Legal Fragilities as to the Means and Methods of Warfare during Armed Conflicts

One of the fundamental principles of the laws of armed conflict is to limit the options of the belligerents in choosing the means and methods. According to IHL 'in any armed conflict, the right of the parties to the conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited'.⁵⁴ Restrictiveness on or banning of certain categories of weapons, not justified for their potentiality of causing unnecessary sufferings, goes at the heart of the rules of humanitarian laws.⁵⁵ These provisions limiting the choice of means and methods of warfare are not free from lacunas.

⁵¹ *Ibid.* p.9.

⁵² *Supra note 9*, p.5.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Additional Protocol I, Article 35(1).

⁵⁵ *Supra note 25*, p.95.

3.1 Cyber Warfare

By virtue of Article 36 of Additional Protocol 1 provisions of IHL applies to new weaponry system but question remains as to the clarity and suitability of pre existing rules to the new characteristics of advanced weapons.⁵⁶ Cyber warfare, where cyberspace as virtual space provides worldwide inter-connection, does not know about the national boundaries. Anonymity assurance in cyber operations creates problems of attributability of military conduct, determination of the starting point of military operations and many more. These modern aspects of warfare are not covered by sufficiently effective and clear provisions of IHL.

3.2 Remote Controlled Weapon System

Remote controlled weapon system allows the combatants to conduct military operations remaining physically absent from the ground of attack. Although, theoretically it could reduce the civilian casualties by directing the operations at specific military objectives, however, its excessive opportunity to numerous military attack increases the number of incidental civilian casualties as well.⁵⁷

3.3 Nuclear weapons

Neither any express provision of international law nor any customary international law explicitly prohibits the use of nuclear weapons.⁵⁸ Although there are some limitations provided by customary international law in the use nuclear weapons in some specific situations but, it cannot be deduced that such limitations are comprehensive prohibition on the means and methods of warfare.⁵⁹ Advisory opinion of International Court of Justice (ICJ) 'regarded the use of nuclear weapons as 'scarcely reconcilable' with respect for the requirement of distinction and for the prohibition against unnecessary suffering'.⁶⁰ Criticizing the advisory opinion of ICJ about nuclear weapon it is also maintained by some writer that 'the bonding of nuclear weapons with extreme circumstance of self-

⁵⁶ *Supra* note 50, p.36.

⁵⁷ *Ibid.* p.39.

⁵⁸ *Supra* note 1, p.154.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.* p.155.

defence, in which the very survival of the state is at stake, is hard to digest.⁶¹ 'Nuclear weapons cannot discriminate between combatants and non-combatants'⁶² and therefore, absence of any clear and unambiguous prohibition of nuclear weapons' use, development, stockpiling or trading strikes at the very heart of humanity concept of international humanitarian law.

4. Protection of Civilians during Occupation

Belligerent occupation, commonly misunderstood or misconstrued to be a violation of the laws of armed conflict, has been a very common phenomenon during armed conflict.⁶³ A good number of provisions of IHL are in place to regulate the rights and duties of occupying power, occupied civilian and other population and protecting power but these provisions, in some cases, prove to be inadequate or ineffective for various reasons.

4.1 Limited Scope of Protection

The periphery of protection to the civilian population by Geneva Convention IV is far narrower than that of Hague Regulations, the words 'in the hands of a party to a conflict or occupying power of which they are not nationals' in the first paragraph, first sentence of the second paragraph, the second sentence of the second paragraph and the fourth paragraph of Article 4 of the Geneva Convention IV exclude the nationals of occupying power, nationals of a state not bound by the convention, nationals of neutral state and person protected by Geneva Conventions I to III respectively from the umbrella of protection during occupation. Although the perception of the Convention about protected person goes beyond the pale of inhabitants for absence of any differentiation between domiciled residents and temporary visitors or tourists, however, the catalogue of protected person in the Convention fails to cover all the inhabitants of occupied territory.⁶⁴ Again the limitation of the law of occupation in protecting civilian also arise from the absence of any clear guideline on the starting and ending point of occupation.⁶⁵ The term 'definite suspicion of activity hostile to the security of the occupying power' in connection with a spy or

⁶¹ *Supra* note 8, p.85.

⁶² *Supra* note 25, p.107.

⁶³ *Supra* note 8, p.1.

⁶⁴ *Ibid.* p. 62.

⁶⁵ *Supra* note 50, pp.26-27.

saboteur carries with it the risk of abuse. The consent requirement under Article 11 of Geneva Convention IV creates serious obstacle in the way of providing humanitarian assistance by any protecting power or humanitarian organization.⁶⁶

4.2 Deportation or Transfer of own Civilian Population to the Occupied Territory

Article 49 of the Geneva Convention IV requires the occupying power to transfer its own civilian population into the occupied territory. Breach of this duty is not mentioned by the Convention as grave breach and the Additional Protocol listed it within grave breaches.⁶⁷ Although Rome Statute of International Criminal Court counts such transfer either *directly or indirectly* (emphasis supplied) as war crime but, no such wording is present even in the Additional Protocol I.⁶⁸ Such insertion by the Rome Statute is a reminder that 'not only a compulsory transfer into the occupied territories counts, but also one based on acts of inducement and facilitation'.⁶⁹ Article 49 of Geneva Convention IV does not also prohibit nationals of occupying power, co-belligerent state or neutral state from privately settling in the occupied territory in their own initiatives.⁷⁰

5. Suggestions and Conclusion

Suggestions in order to fulfill the lacuna of IHL regarding the protection of civilian it must be acknowledged that as long as there is armed conflict of any nature, watertight protection to the civilian population is nothing but an unreal utopia. At the same time honest desire of the global community for the appraisal of the existing rules of IHL in protecting the civilian population as well as extensive examination of the current legal framework followed by necessary modification can, definitely to a great extent, achieve the crave of humanity. While doing the examination and modification of existing legal framework, need for humanity should, in no case, be outweighed by the so called need of military necessity. Implementation of the rules

⁶⁶ *Supra* note 8, pp.65-66.

⁶⁷ Additional Protocol I, Article 85(4)(a).

⁶⁸ Rome Statute of International Criminal Court 1998, Article 8(2)(b)(viii).

⁶⁹ *Supra* note 8, p. 238.

⁷⁰ *Ibid.* p.240.

of IHL takes different forms including the dissemination of humanitarian law, national implementing measures, international fact finding, by diplomatic activities as well as by the intervention of United Nations and ICRC or other humanitarian organizations.⁷¹ To make the implementation mechanisms effective special provisions should be made to protect the journalists and media personnel working in the conflict zones. Clear and unambiguous interpretation of those core terms should be in place to make the civilian protection well grounded. Provisions are there for protection of civilian objects, civilian population and of persons not directly taking part in the acts of hostilities. However, a proper balance between military necessity and civilian protection has not been struck. In the name of cogent military necessity, the respect for lives and properties of civilians is overlooked or lightly measured. Rules should be framed following zero tolerance to any preventable harm to civilian population and civilian objects. Any kind of means and methods of warfare that has the minimum potentiality to cause preventable harm to civilian should be declared illegal. Under the doctrine of revolving door civilians should not be allowed to change their status frequently and as many times as they wish importing cloud of doubt on the status of other innocent civilian and thereby causing damage to their protection. Above all, protection of civilians and civilian object should be of prime and paramount consideration in every military engagement and should in no way be compromised on the basis of military necessity or other justifications of like nature.

⁷¹ *Supra* note 1, pp. 649-699.

Compatibility of the Child Marriage Restraint Act with International Law: Towards a Hermeneutic of “Benevolent Departure”

Shaila Alam Asha*

Abstract

While Bangladesh—being a signatory of CEDAW as well as CRC—has obligations to put absolute prohibition on the child marriage, the new Child Marriage Restraint Act of 2017 allows marriage of the adolescent or the child, albeit as an exception. Keeping this exception in the new law may therefore seem to be a clear violation of Bangladesh’s obligation under international law, particularly the CEDAW and the CRC, as far as it disregards the recommendations made by the Committee on Equality in Marriage and Family Relations. This work is an attempt to examine the extent to which the exception clause in the Act can be argued to be compatible with relevant regime of international law, and in particular with the obligations of Bangladesh in that regard. In so doing, this work is designed to locate the permissibility of such exception clause within the paradigm of CEDAW, while interpreted in terms of its purpose as well as its parity with the CRC.

1. Introduction

Bangladesh recently passed the Child Marriage Restraint Act 2017 (hereinafter, The Act of 2017), with a special provision that allows a boy or a girl to get married before reaching the statutory age limit in some exceptional cases. While the government maintained the legal marriage age for children 18 for girls and 21 for boys, there is a new provision in the Act which would allow child¹ marriage to take place under ‘special circumstances’ with parental consent and with

* Assistant Professor, Department of Law & Justice, Jahangirnagar University, Bangladesh.

¹ “A child means every human being below the age of 18 years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier.”— Convention on the Rights of the Child 1989, Article 1.

permission from the courts, deemed in the 'best interest of the underage female or male'.² Though more strict punishments have been adopted for offences under the new law, the special provision has been a bone of contention, being thought, in particular, to be a violation of the norms and obligations of international law.

In this respect, the CEDAW—one of the most relevant regimes of international law—requires the member states to prohibit child marriage and specify a minimum age of marriage in their domestic legislation as well as to protect the rights of the women in different aspects. The Committee on the Elimination of Discrimination against Women has specified that 'the minimum age for marriage should be 18 years for both men and women'.³ So the Act of 2017 allowing child marriage in special circumstances and without specification of any minimum age of marriage in such 'special circumstances' is deemed to be a direct violation of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) 1979.

Moreover, based on the United Nations (UN) Convention on the Rights of the Child of 1989, child marriage refers to marriage under the age of 18.⁴ Marriage before the age of 18 is a fundamental human rights violation. It particularly affects young girls who are much more likely to be married as children than young boys.⁵ The most pressing concern is that every girl child is said to be underage in the special provision and there is no age limit. Along with that, 'best interests of the child' are mentioned here but there is no clear explanation of what that means. Different government sources have brought up the issue of pre-marital impregnation or elopement of girls and boys as arguments, but these events are very few in number in our country. So 'marriage' is

² The Child Marriage Restraint Act 2017, s 19.

³ General Recommendation of The Committee on the Elimination of Discrimination against Women (1994) on Equality in Marriage and Family Relations, No. 21- Paragraph 36
<<https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=22920>> accessed on 19 December 2017.

⁴ Convention on the Rights of the Child (CRC) 1989, Article 1.

⁵ Mamun Kazi; 'Child Marriage and the evolution of its legal perspective' <<https://www.worldpulse.com/en/community/users/mamun-kazi/posts/70685>> accessed on 19 December 2017.

not a solution to this problem. It is not even clear at what age marriage of children may be permitted by the court.

However, this paper truly aims to scrutinize the compatibility of the special provision of the newly enacted Child Marriage Restraint Act 2017 with the obligation mentioned in International Law, especially in CEDAW and CRC. In doing so it tries to find out the existence of any sort of exception clause under the international obligation of Bangladesh which will be preceded by locating the standard for marriageable age under International Law. Later on this article examines the nature and coherence of Bangladesh initiative, of incorporating this exception clause in the very Act of 2017, with the concerned international obligation which is the prime concern of this paper. This is a non-empirical, doctrinal and qualitative research. The very term 'hermeneutic' is synonymous to 'interpretive'. It does not analyze any data or cover any field survey rather it observes and interprets the text of law i.e. relevant official documents (both national and international) as well as the social context related to child marriage. Thus the paper is basically based on descriptive observational method.

2. Standard for Marriageable Age under International Law: CEDAW and CRC in context

The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) 1979 is one of the most ratified human rights treaties in the world. It has special importance with respect to the recognizing rights of women and prohibiting practice of child marriage. Therefore CEDAW can be claimed as the single global human rights instrument that overtly prohibits child marriages.⁶

According to CEDAW, child marriages shall have no legal effect. Moreover, it creates obligations on the state parties to take required

⁶ Anne Wijffelman, 'Child Marriage and Family Reunification, an Analysis under the European Convention on Human Rights of the Dutch Forced Marriage Prevention Act' (2017) 35 Netherlands Quarterly of Human Rights 104-121, <<http://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0924051917708384>> accessed on 8 December 2017.

actions to specify a minimum age for marriage and to nullify child marriages.⁷ The Convention itself does not specify a minimum age for marriage, but it does not mean that it permits child marriage. The CEDAW monitoring committee pleads on countries to promulgate a minimum marriageable age of 18 years for both men and women.⁸ Moreover, the Convention on the Rights of the Child, 1989 provides that every human being below the age of 18 years is a child.⁹ Although the CRC did not specify the age of 18 as the minimum age for marriage, in defining 'a child', it provided both the CEDAW and CRC Committee the legal basis for declaring the minimum age of marriage to be 18 years.¹⁰ Thereby as per CEDAW, the marriage of a child shall have no legal effect.¹¹ So it is now clear that though the CEDAW and CRC does not specify the minimum marriageable age, it expressly prohibits child marriage or the marriage before attaining the age of 18 years. This practice can also be ensured by obligations mentioned in other provisions of both the CEDAW and the CRC¹², as well as in general comments of both treaty-monitoring committees.

⁷ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) 1979, Article 16 Paragraph- 2 says- "The betrothal and the marriage of a child shall have no legal effect, and all necessary action, including legislation, shall be taken to specify a minimum age for marriage and to make the registration of marriages in an official registry compulsory."

⁸ *Supra note 6.*

⁹ CRC 1989, Article 1.

¹⁰ Nkosana Maphosa, 'Putting An Old Head On A Child's Shoulders: A Critical Appraisal Of Child Marriages In Zimbabwe Through The Lens Of Mudzuru & Another vs. Minister Of Justice, Legal & Parliamentary Affairs N.O & Others', *Prolaw Student Journal of Rule of Law for Development* 9 <<https://www.luc.edu/media/lucedu/prolaw/documents/volume4/G.%20PUTTING%20AN%20OLD%20HEAD%20ON%20A%20CHILD%E2%80%99S%20SHOULDERS-2.pdf>> accessed on 28 April 2018.

¹¹ CEDAW 1979, Article 16 Paragraph- 2.

¹² CRC 1989, Article 2 prohibits "discrimination" of any form against children including on the mental violence, injury, abuse, maltreatment or exploitation; the right to health; the right to education; ... and the right to protection from all forms of exploitation prejudicial to the child's welfare. This article can be used as a shield against child marriage, as all the mentioned form of discriminations and exploitations are the prospective outcome of child marriage which are expressly prohibited by CRC. Moreover Article 24 (3) of CRC provides that States Parties shall take measures to abolish "traditional practices prejudicial to the health of

Bangladesh has ratified CEDAW and CRC respectively in 1984¹³ and 1990 without any reservation on the concerned provisions. Thereby, being a signatory of the Conventions, Bangladesh has the responsibility to adhere to the obligations, particularly to specify a minimum age of marriage and prohibit marriage of persons below the age of 18 years, and to implement those obligations set up by the Conventions.

3. Child Marriage as “Special Marriage”: Assessing the existence of any exception in international law

Child marriage goes beyond the ultimate essence of the CEDAW 1979, the CRC 1989 and Sustainable Development Goals (SDGS)¹⁴ as in target 5.3 SDGS aim to ‘eliminate all harmful practices, such as child, early and forced marriage’.¹⁵ Therefore over 190 countries, adopting the sustainable development goals (SDGS), has committed to end child marriage by 2030.

Article 16(2) of the CEDAW imposes on Member States an obligation not to give legal effect to child marriages. This legally binding State obligation can be interpreted as an obligation not to recognize child marriages.¹⁶ The Committee on the Elimination of Discrimination

children”. Child marriage prohibition can also be inferred and ensured from this provision as it has a long term adverse impact upon the health of children.

¹³ Md Nur Khan and Tamanna Hoq Riti, ‘Rights of our girls and women’, *The Daily Star*, (Dhaka, 27 February 2017), <<http://www.thedailystar.net/towards-just-and-inclusive-society/rights-our-girls-and-women-1367620>> accessed on 8 December 2017.

¹⁴ SDGS means a policy increasing ability to make development sustainable. It ensures the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs. [World Commission on Environment and Development (WCED), *Our Common Future* (New York: Oxford University Press, 1987), 8]. At the UN in New York the Open Working Group, created by the UN General Assembly, proposed a set of global Sustainable Development Goals (SDGs) which comprises 17 goals and 169 targets. Further to that, a preliminary set of 330 indicators was introduced in March 2015.

¹⁵ Staff Correspondent, ‘Anti-child Marriage Law: HC questions spl provision’, *The Daily Star*, (Dhaka, 11 April 2017)<<http://www.thedailystar.net/frontpage/anti-child-marriage-law-hc-questions-spl-provision-1389418>> accessed on 8 December 2017.

¹⁶ *Supra* note 6.

against Women¹⁷ has specified that 'the minimum age for marriage should be 18 years for both men and women'.¹⁸ It also has recommended the prohibition and annulment of these marriages, which violate the dignity of women, and calls for safeguards and guarantees to protect the rights of women and girls living in such families.

According to the United Nations (UN) Conventions and Resolutions 'child, early, and forced marriage' are the rudimentary violation of human rights.¹⁹ Marriage before 18 years is considered to be a harmful practice as it negates girls' rights to the maximum achievable standard of general, sexual, and reproductive health, and to a violence free life.²⁰ Again according to CEDAW, women have equal rights like men of freely choosing a spouse and entering into marriage only with their free and full consent.²¹ Both the CEDAW and CRC Committees have stressed the importance of additional legal safeguards to protect the right of all individuals to freely enter into marriage, even in plural legal systems which include both customary and statutory law.²² 'Free and full consent' of spouses to marriage is also the primary requirement of UDHR before solemnizing a marriage.²³ Unfortunately this requirement only can be met by the bride and groom attaining at least 18 years of age as legally a child, below the age of 18, being a minor, is incapable of giving a free, fair and full consent and consequently to enter into marriage freely.

¹⁷ *Supra* note 3.

¹⁸ Internal Communication Clearance Form; Mandates of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health; <<https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=22920>> accessed on 19 December 2017.

¹⁹ Akanksha A. Marphatia, Gabriel S. Ambale and Alice M. Reid, 'Women's Marriage Age Matters for Public Health: A Review of the Broader Health and Social Implications in South Asia' (2017) 5 *Frontiers in Public Health* <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5651255/>> accessed on 19 December 2017.

²⁰ *Ibid.*

²¹ CEDAW 1979, Article 16(1) (b).

²² *Supra* note 18.

²³ The Universal Declaration of Human Rights 1948, Article 16(2).

The right to health for all is enshrined in the CEDAW obligation also as it states that 'States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the field of health care in order to ensure, on a basis of equality of men and women, access to health care services, including those related to family planning'.²⁴ Whereas, under-age marriage constraints healthy development of physical, emotional, and personal maturity required to safe and successful transition to adulthood. In addition it restricts women's ability to fully participate in family, socio-cultural, and civic activities. Collectively, these consequences have major implications for public health²⁵ as according to the World Health Organization (WHO) health can be considered as 'a state of complete physical, mental, and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity' and 'the enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic, or social condition'.²⁶

The African Charter on the Rights and Welfare of the Child (ACRWC), adopted in 1990, directly prohibits child marriage and advocates to take proper initiative to specify the minimum marriageable age as 18.²⁷ The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, in its General Comment No. 14, has stressed the need to adopt effective and appropriate measures to abolish harmful traditional practices affecting the health of children, particularly girls, including early marriage.²⁸

²⁴ CEDAW 1979, Article 12(1).

²⁵ *Supra note 19.*

²⁶ Azra Abdul Cader, 'Ending Child, Early, and Forced Marriage: SRHR as Central to the Solution', (2017) Kuala Lumpur: Asian-Pacific Resource & Research Centre for Women (ARROW), <<http://arrow.org.my/wp-content/uploads/2017/08/Thematic-Paper-on-Ending-Child-Early-and-Forced-Marriage.pdf>> accessed on 19 December 2017.

²⁷ One of the unique features of ACRWC was the entrenchment of Article 21(2) which provides that 'child marriage and the betrothal of girls and boys shall be prohibited and effective action, including legislation, shall be taken to specify the minimum age of marriage to be 18 years and make registration of all marriages in an official registry compulsory'.

²⁸ *Supra note 18.*

UNICEF defines child marriage as a marriage before 18 years of age and considers this practice as a violation of human right.²⁹

In *Z. H. and R. H. v. Switzerland*³⁰ the applicants, who had a religious marriage in Iran at the ages of 14 and 18, had made an application before the European Court of Human Rights regarding the refusal by the Swiss authorities to recognize their marriage as valid and to take it into account for their asylum application. The Court held that there had been no violation of Article 8 (right to respect for private and family life) of the Convention, finding in particular that the Convention could not be interpreted as requiring a State to recognize a marriage entered into by a child of 14.

In *Mudzuru & Another v Ministry of Justice, Legal & Parliamentary Affairs (N.O.) & Others*,³¹ the applicants, young women of 18 and 19 years of age, applied to the Constitutional Court for a declaratory order that the effect of s 78(1), as read with s 81(1), of the Constitution of Zimbabwe 2013 is to set 18 as the minimum age for marriage; that no person under that age may enter a marriage union; and that the Customary Marriages Act [Chapter 5:07] is unconstitutional, in that it does not provide for a minimum age limit of 18 years. Thereby, giving the order, the honourable court held that

...[c]hild marriage infringed the fundamental rights of the girl-child guaranteed by the CRC particularly; the right to education; the right to be protected from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, including sexual abuse... right to protection against all forms of exploitation affecting any aspect of the child's welfare. Where child marriage was practiced, it was evidence of failure by the State to discharge its obligations under international human rights law to protect the girl child from the social evils of sexual exploitation,

²⁹ 'Child Marriage India', <<http://www.childlineindia.org.in/child-marriage-india.htm>> accessed on 20 December 2018.

³⁰ (60119/12) [Article 8] 8 December 2015 <<http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/zh-and-rh-v-switzerland-no-6011912-article-8-8-december-2015>> accessed on 22 December 2017.

³¹ Const. Application No. 79/14, CC 12-15;[2015] ZWCC 12 (20 January 2016) <<https://www.zimlii.org/node/6799>> accessed on 24 December 2017.

physical abuse and deprivation of education, all of which infringed her dignity as a human being.

Eventually after exploring the concerned provisions of international conventions, general comments of some international forums and some related judgments as well, it has become clear enough that everywhere child marriage is strictly prohibited and it is expected also to maintain the minimum or standard marriageable age. Moreover there is no indication of derogation also, either express or implied, in any of the concerned legal instruments. Therefore it can be claimed that international law does not envision any kind of exceptional circumstances permitting or legalizing a child marriage as 'special marriage'.

4. The hermeneutic of child marriage in Bangladesh: Appraising child marriage as "permissible exception" or a "benevolent departure"

From the previous segment now it has become crystal clear that both international law and various international forums are sternly against child marriage and do not envision any sort of exception clause. In our neighboring country India also there is no sign of statutory permission or derogation in the law though child marriage is conditionally permitted as religious sacrament by the principle of *Factum Valet*.³² As per the Prohibition of Child Marriage Act, 2006³³, applicable in India, child marriage means marriage between a boy and a girl who has not completed twenty-one years and eighteen years of age respectively. Unlike Bangladesh there is no existence of any 'permissible exception' for child marriage in Indian statute and in no circumstances child marriage is statutorily permitted there.

Thus the initiative taken by Bangladesh of validating child marriage in 'special circumstances' is not compatible with the concerned international obligations and thereby a clear derogation or departure rather than a 'permissible exception'. Though the Act of 2017 has maintained the minimum marriageable age of 18 and made child

³² *Venkatacharyulu vs Rangacharyulu* [1891] IRL 14 Mad. 316.

³³ The Prohibition of Child Marriage Act 2006, s 2 (a) (b).

marriage highly punishable,³⁴ by keeping such exceptional clause the marriageable age has been brought into 'zero' in practice.³⁵ So this sort of 'roll-back' can also be claimed as against our constitutional goal of 'progressive development'.

Hence there is no doubt regarding the incompatibility and derogating character of this provision in the Act of 2017 from those of relevant international obligations, to ascertain whether this derogation is a 'benevolent departure'³⁶ or not is a matter of query. To meet this demand the ensuing points need to be considered keenly.

Firstly, the incorporation of such exceptional clause in the Act of 2017 was really backed by a good reason. In most of the western countries, like UK, USA, Switzerland etc., there were many under-aged mothers who did not face any problems of nurturing and admitting their children to school without naming the fathers. But what will happen in country like Bangladesh where it is a must to mention the names of

³⁴ See The Child Marriage Restraint Act 2017, ss 5,7,8,9 and 11.

³⁵ NHRC Chief: 'Section 19 of Child Marriage Restraint Act 2017 is frustrating,' First Post(Dhaka, 25 April 2017) <www.firstpost.com/world/bangladeshs-fight-against-child-marriage-is-stymied-by-child-marriage-restraint-act-2017-3331070.html/> accessed on 19 May 2017.

³⁶ The very term 'benevolent departure' means such a deviation which is backed by a good purpose or philosophy. Though this is a derogation from real text (black letter) of law but it contains a message or keeps law in a flexible position so that it can be interpreted and used in case of 'necessity' for the betterment of its beneficiaries. For instance, Bangladesh Labour Act, 2006 defines 'child', in section 2 (LXiii), as a person who has not completed his fourteenth year of age and put an 'absolute bar' on employment of child in section 34 of the very Act, 2006. Whereas the Act, 2006 has mentioned an intermediary category between a child and major (between 14 to 18 years) i.e. 'adolescent' and has put a 'qualified prohibition' on employment of adolescent. According to this Act they can be employed only under 'certain circumstances' and after complying some requirements. Here a 'benevolent departure' can be inferred. Even though putting absolute bar to child labour, this Act has shown a flexible stand to the adolescent labour only to face some real social context of Bangladesh. As most of the people live here below the poverty line, an adolescent member can, in many cases, be the sole earning source of a family. Therefore absolute bar to their employment also can cause so many other social problems. Keeping these circumstances in concern, legislatures have taken this sort of 'benevolent' approach here just like legalizing child marriage in 'special circumstances' under Child Marriage Restraint Act, 2017.

both the parents of a child? Prime Minister has very appropriately supported the want for flexibility in dealing with child pregnancies before marriage. Considering the socio-cultural and religious values of Bangladesh, the very special provision does indeed offer a legal avenue for the marital rehabilitation of the child mother and recognize the institution of fatherhood and responsibility on the child father thereby.³⁷ It will be more clear from the explanation of the term 'special circumstances', as given by the Prime Minister Sheikh Hasina, when she said: "[w]e've fixed the minimum age for girls to marry at 18. But what if any of them becomes pregnant at 12-13 or 14-15 and abortion can't be done? What will happen to the baby? Will society accept it?"³⁸ To assist it further, Bangladesh lawmaker and chair of the Parliamentary Children and Women Affairs Committee, Rebecca Momin claimed that the new legislation had been misunderstood.³⁹ She further argued that those who are opposing the idea are likely to be unaware of the harsh reality of the grass-roots society of Bangladesh where a child born from unwanted pregnancy requires an identity.⁴⁰ These explanations are followed by the argument that the minor girl could go for marriage with her 'parents' consent' in such circumstances in order to give the baby 'legal status' in society. Moreover Muslim Personal Law philosophy also permits child marriage by taking parents or guardian's consent along with the option of puberty. Under Muslim Law, in case of legal incompetency, like minority or unsoundness of mind, the guardians may enter into a marriage contract on behalf of their wards.⁴¹ The *Hedaya* states, '[I]nfants may be

³⁷ Mo Chaudhury, 'Child Marriage Restraint Act Undermining the welfare of children', *The Daily Star*, (Dhaka, 03 March 2017) <<http://www.thedailystar.net/opinion/human-rights/undermining-the-welfare-children-1369828>> accessed on 20 December 2017.

³⁸ Afrose Jahan Chaity, 'Chumki: Special provision of Child Marriage Act necessary', *Dhaka Tribune*, (Dhaka, 8 March 2016) <www.dhakatribune.com/bangladesh/law-rights/2017/03/08/state-minister-chumki-defends-child-marriage-provision/> accessed on 20 May 2017.

³⁹ Medhavi Arora and Ben Westcott, 'Human rights groups condemn new Bangladesh child marriage law', CNN (USA, 3 March 2017) <edition.cnn.com/2017/03/02/asia/bangladesh-child-marriage-law/> accessed on 20 May 2017.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Asaf.A.A.Fyzee, *Outlines of Muhammadan Law*, (Oxford et al 1964) 88.

contracted to marriage by their guardians'.⁴² Therefore, having conformity with the Muslim personal law even, the philosophical basis of the, widely debated, exceptional clause in the Act of 2017 can claim it as a benevolent departure despite its incompatibility with the international obligation.

Secondly, the Act of 2017 is planned with several constructive attributes like, forming child marriage restraint committee,⁴³ submitting reliable documents to prove the age of brides and grooms,⁴⁴ inflicting stronger punishments to the perpetrators, giving compensation to the injured parties⁴⁵ etc. Undoubtedly the Act of 2017 is comparatively better than the Act of 1929 in terms of imposing punitive measures and ensuring the administration of enforcement. In supporting the recent enactment, Rebecca Momin has thus claimed by arguing that, "[b]esides, such (special circumstances) will be monitored and probed by the court and local administration. I'm sure they will have the best judgment before providing permission for marriage."⁴⁶ The same point was also emphasized by Meher Afroze Chumki, the honourable State Minister of the Ministry of Women and Children Affairs, when she opined that

No one will get the special provision opportunity on wish only. In case of unwelcome distances, approval of parents or legitimate guardian along with the court will be needed. No one will be able to marry (in "special circumstance") without court's authorization.⁴⁷

Even court will hear the view of the girls if it thinks fit. In *Anika Ali, daughter of late Kazi Haider Ali vs. Rezwatul Ahsan, son of Monjurul Ahsan Munshi*⁴⁸ view of child is emphasized where court held that child will freely express her view if she is capable to express. If the authority aptly ensures the cautious inspection of every case, this provision might be helpful in locating many co-related social problems. So the

⁴² C. Hamilton, *The Hedaya*, (London 1870) 36.

⁴³ The Child Marriage Restraint Act 2017, s 3.

⁴⁴ *Ibid*, s 12.

⁴⁵ *Ibid*, s 13.

⁴⁶ *Supra note* 39.

⁴⁷ *Supra note* 38.

⁴⁸ [2013]2 LNJ 25 (AD);civil petition for leave to appeal no 527 of 2011.

presence of this threefold filtering process⁴⁹ of determining the existence and seeking the benefit of 'special circumstance' in the Act of 2017 also ventures its benevolent nature.

Thirdly, in Bangladesh most of the basic human rights, incorporated in Part II of the Bangladesh Constitution, are not judicially enforceable⁵⁰ so courts are reluctant to enforce these rights as well. In the case of *Kudrat E-Elahi vs Bangladesh*⁵¹ Justice Mustafa Kamal rightly commented that these are not laws and to term it as law will be unconstitutional. According to him

[I]t is the Law of the Constitution itself that the fundamental principles of state policy are not laws themselves but "principles" and to equate "principles" with "laws" is to go against the Law of the Constitution itself.⁵²

Many scholars disclaim its nature as law, accordingly Government has no duty to provide food, educational facility, shelter, medical facilities etc. which are inherently important for the development of a human being. It is also true that government cannot provide the basic needs to all the people. So when there is a mandatory minimum age of marriage without exception it will have bad impacts for the family living below the poverty line as it will create a great hardship to provide the basic needs to all the issues till their age of 18 without any assistance from the Government. Seeking the advantage of this 'special circumstance', poor father who cannot provide the basic needs of his girl can marry her off or her better life. This rational behind such departure in the Act of 2017 can also be termed as benevolent in nature.

Fourthly, 'flexibility' is one of the utmost admitted characteristics of a good law. There must be provisions to deal with special or unwanted situations in every law otherwise society will face disaster. To uphold the flexibility of law judges, in deciding cases, are not simply deducing legal conclusions with inexorable, machine-like logic but being influenced by ideas of fairness, public policy, and other personal,

⁴⁹ Section 19, Act of 2017, three fold filtering process includes parents' or guardian's consent, court's order and following due process of law mentioned in the Act of 2017.

⁵⁰ Constitution of the People's Republic of Bangladesh, Article 8(2).

⁵¹ 44 DLR (AD) 319, p. 346 para 84.

⁵² *Ibid.*

conventional values as well. Section 19 has been inserted in the Act of 2017 as a major outcome of this aim of maintaining flexibility of law through which parents and judges can give consent for marrying off the girl for her 'best interest' after considering the 'special circumstance'. If there was no such exceptional provision, the sufferings of the victims, in reality, would increase more and more as they might suffer double jeopardy of physical, mental and social pressure along with formalistic approach of legal dogma. So, it can be concluded that 'it is far better to have effective flexible law than ineffective rigid law'. And section 19 is the perfect instance of this. Notably, such tractability in the marriage law is not very unusual. A 2012 UNFPA study reveals that around 146 countries of the world admits the child marriages under 18 years due to 'specific circumstances'.⁵³ Thus finally it can be concluded that, this pejorative provision in the Act of 2017 cannot be considered as 'permissible exception' rather a departure from the international obligation, which is practically capable to increase the child marriage rate, but the underlying philosophy mentioned above sufficiently proves the subsistence of this exceptional clause as a benevolent departure.

⁵³ For instance, in Myanmar 18 for girls and boys, but 14 for girls with parental consent; Laos 18 for girls and boys, but 15 under special circumstances; Australia 18 for girls and boys, but between 16 and 18 with court special consent; Japan 20 for girls and boys, but 18 for boys and 16 for girls with parental consent; Marshall Islands 18 for girls and boys, but 16 for girls with parental consent; Cambodia 18 for girls and 20 for boys, but 16 with parental consent if the other party is 18, or regardless of age in the case of pregnancy; Sri Lanka 18 for girls and boys, but under 18 with parental consent or court order for Muslims; Singapore 18 for girls and boys, but under 18 with special marriage license or age of puberty under customary law; Nepal 20 for girls and boys, but 18 with parental consent; Malaysia 21 for girls and boys for non-Islamic marriages, but 16 with court order; Indonesia 21 for girls and boys, but 16 for girls and 19 for boys with parental consent; Thailand 21 for girls and boys, but 17 with parental consent or under 17 with court order; Kiribati 21 for girls and boys, but 18 with parental consent; California is one of just a few states lacking a minimum age for marriage. However, minors under the age of 18 must obtain both parental consent and a court order before they may legally tie the knot etc. See, Elisa Scolaro, Aleksandra Blagojevic, Brigitte Filion, Venkatraman Chandra-Mouli, Lale Say, Joar Svanemyr & Marleen Temmerman; 'Child Marriage Legislation in the Asia-Pacific Region', (2015)13 *The Review of Faith & International Affairs* 23-31.

5. Conclusion

Mankind owes to the child the best it has to give.⁵⁴ Keeping this concern there are many international agreements and national laws prohibiting child marriage, but it is still very common worldwide and affects millions of people. The social forces at play protracting child marriage are as much as rigid to combat, deep-rooted and disheveled. Perhaps it is more miserable to know that laws in Bangladesh prohibiting child marriage are flawed and contributing to the problem. The newly legislated Child Marriage Restraint Act 2017 has actually given the legal permission to child marriages (between male below 21 and female below 18) in 'special circumstances' only when it will be considered for the 'best interests' of the children and which is also subject to a court order obtained by the parents or guardians in this regard. The Act of 2017 containing this special provision does not specify any minimum age for marriage in special circumstances which ultimately opens the gateway for child marriage and thereby comes to a contradiction with the CEDAW and CRC obligation. This contradiction cannot be termed as true violation of international obligation as it does not unmake the border of marriageable age directly rather curtails it as an exception clause. Though this exceptional provision cannot be claimed as violation, it is a clear derogation from international obligation of Bangladesh as most of the international instruments, especially CEDAW and CRC, lack any sort of intention of addressing such exception in the guise of 'special circumstance' to validate child marriage on the ground of their 'best interest'.

In spite of being widely criticized for such retreat, still it can be focused that the motivation behind such inclusion was really good as it considers the socio-economic condition of a country like Bangladesh where poverty, social insecurity and female vulnerability is extensively prevalent. Moreover this Act of 2017 has made certain thresholds mandatory like taking permission of parents or guardians, obtaining

⁵⁴ Extracted from the preamble to the Declaration on the Rights of the Child (1959) United Nations General Assembly Resolution 1386 20 November 1959.

court order, following due process of law etc. before invoking the benefit of 'special circumstance'. If these conditions can be fulfilled substantially then this exception clause can be used as a shield to guard against some unwanted, unexpected and uncertain situations. Consequently this departure of Bangladesh from concerned international obligation is actually a benevolent departure, though it is tainted with so many hitches, the true aim of which is not only to combat with some unwelcomed social reality but also to uphold child right thereby.

নারী ও শিশু নির্যাতন দমন আইন ২০০০ এর অপপ্রয়োগ বনাম প্রয়োগহীনতা বিতর্ক :
একটি অনুসন্ধানী পর্যালোচনা

ড. মো. আব্দুর রহিম মিয়া*

Abstract

The numbers of occurrences against women and children in Bangladesh are very high but the suits are very few in number. Despite the small number of cases filed against the repression of women and children, only a few of them result in conviction. The Prevention of Women and Children Repression Act, 2000 (PWCRA) is considered as one the most effective law addressing violence against women and children. This Act has been seriously misused or not implemented properly from the time of its enactment. The PWCRA has failed to usher in the expected results in punishing actual criminals for committing violence. There are many factors in the criminal justice system, such as, the loopholes and ineffectiveness of the PWCRA, the complicated court procedure, delay in disposal of cases, the expensive and time consuming judicial process, insincerity of the stakeholders, threatening by the offenders, lack of family support, corruption of different entities etc. which create a negative attitude in the mind of the aggrieved women and as a result they decline to seek remedy or discontinue to carry the cases. Though there is an argument that most of the cases under the PWCRA are false but it is also well argued that the criminal justice system of Bangladesh fails to address the problems of women's access to justice. This debate has been examined in this article. This article looks at how the PWCRA has responded to protect women's rights. It focuses on the weaknesses of legal framework, structural difficulties of the criminal courts and role of the different entities of criminal justice system of Bangladesh in this respect.

* প্রফেসর, আইন বিভাগ, রাজশাহী বিশ্ববিদ্যালয়, রাজশাহী-৬২০৫। Email: arahimlaw@yahoo.com. This article is a modified chapter of a research project submitted at the University of Rajshahi in 2017. The author wishes to thank the University of Rajshahi for the assistance received during work on this project and acknowledge the contribution of Mr. Jainul Abedin as research associate for collecting data.

১. ভূমিকা

বাংলাদেশে নারী ও শিশু নির্যাতনের ঘটনা বৃদ্ধি পাওয়ায় নারী ও শিশু নির্যাতন কঠোরভাবে প্রতিরোধ করতে এবং ট্রাইব্যুনালে মামলার সংখ্যা বৃদ্ধি পাওয়ায় ট্রাইব্যুনালের মামলাগুলো দ্রুত নিষ্পত্তির মাধ্যমে মামলার জট কমাতে ২০০৩ সালে নারী ও শিশু নির্যাতন দমন আইনে সংশোধনী আনা হয়। তারপরেও বিদ্যমান আইনটির অনেক আইনগত ত্রুটি বা অসম্পূর্ণতা রয়েছে। আইনটির মাধ্যমে প্রধানতঃ আটটি অপরাধের জন্য কঠোর শাস্তি নির্ধারণ করা হলেও ২০০০ সাল থেকে অদ্যাবধি নারী ও শিশু নির্যাতনের ঘটনা কোনভাবেই নিয়ন্ত্রণ করা সম্ভব হচ্ছে না। বাংলাদেশে আইনটি কার্যকর থাকা সত্ত্বেও ক্রমবর্ধমান হারে নারী ও শিশু নির্যাতন বৃদ্ধির কারণ হলো আইনটির নিজস্ব ত্রুটি, বাস্তবায়নগত সীমাবদ্ধতা ও আইনটির প্রয়োগ-পদ্ধতিতে দুর্বলতা। বর্তমানে নির্যাতনের বহুমাত্রিক রূপের সাথে বাংলাদেশের নারী ও শিশুদের পরিচয় ঘটছে প্রতিদিন। এমতাবস্থায় নির্যাতনের গতি প্রকৃতি বিবেচনায় আইনটিকে আরো ব্যাপক করার পাশাপাশি আইনটির বাস্তবায়ন নিশ্চিত করা একান্ত প্রয়োজন। বাংলাদেশে যে পরিমাণ নারী ও শিশু নির্যাতনের ঘটনা ঘটে সে পরিমাণ মামলা দায়ের হয়না। যদিও বা মামলা দায়ের করা হয়, অধিকাংশ মামলার আসামীরা খালাস পেয়ে যায়। ফলে ২০০০ সালের আইনের অপপ্রয়োগ হচ্ছে নাকি প্রয়োগই হচ্ছেনা বিষয়টি নিয়ে মত পার্থক্য সৃষ্টি হয়েছে। এই বিতর্কের সমাধান খোঁজার পাশাপাশি নারী ও শিশু নির্যাতন দমন আইনটির আইনগত দুর্বলতা ও প্রায়োগিক প্রতিবন্ধকতাসমূহ অনুসন্ধান করে তা হতে উত্তরণের সম্ভাব্য উপায় নির্দেশ করা হয়েছে অত্র প্রবন্ধে। বর্ণনামূলক ও সাক্ষাৎকার ভিত্তিক এই প্রবন্ধে প্রাথমিক বা মৌলিক উৎস হিসেবে সংবিধান, সাক্ষাৎকার লব্ধ তথ্য এবং গৌণ উৎস হিসাবে বই, জার্নাল, ইন্টারনেট, উচ্চ আদালতের রায়, পত্রিকা প্রভৃতি ব্যবহার করা হয়েছে। এছাড়াও রাজশাহীর ২টি নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইব্যুনালে নিষ্পত্তিকৃত মোট ২০টি মামলার^১ যাবতীয় নথিপত্র পর্যালোচনা করা হয়েছে। প্রবন্ধকার গবেষণার স্বার্থে নারী ও শিশু নির্যাতন মামলার সাথে সংশ্লিষ্ট রাজশাহী বিভাগের মোট ৫০ জন ব্যক্তির^২ সাক্ষাৎকার গ্রহণ করেছেন। সাক্ষাৎকার লব্ধজ্ঞান বিষয় ভিত্তিক প্রয়োজন অনুসারে আলোচ্য প্রবন্ধে ব্যবহৃত হয়েছে।

^১ রাষ্ট্র বনাম মইদুল হক ও অন্যান্য, ২১/২০০৩, ৬৫৮/২০০৪, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইব্যুনাল ২; রাষ্ট্র বনাম রবিউল ইসলাম, ৬৮৬/২০০২, ৮৭১/২০০৪, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইব্যুনাল ২; রাষ্ট্র বনাম আবুল হাসেম, ৩/২০০৩, ৫১৩/২০০৪, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইব্যুনাল ২; রাষ্ট্র বনাম মোঃ আব্দুল করিম অন্যান্য, ৪৬৫/২০০৪, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইব্যুনাল ২; রাষ্ট্র বনাম মোঃ জহুরুল, ৫৭/২০০৪, ৮৪৮/০৩, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইব্যুনাল ২; রাষ্ট্র বনাম ময়েন, ৮৩৯/২০০৩, ৭৪৭/২০০৪, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইব্যুনাল ২; রাষ্ট্র বনাম বিলকিস বিবি, ৩৫/২০০৭, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইব্যুনাল ২; রাষ্ট্র বনাম জামাল উদ্দীন, ২২৫/২০০৬, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইব্যুনাল ২; রাষ্ট্র বনাম জামাল উদ্দীন, ২২৫/২০০৬, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইব্যুনাল ২; রাষ্ট্র বনাম মোঃ শহিদুল হক, ৬৩/২০০২, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইব্যুনাল ১; রাষ্ট্র বনাম মোঃ মহর আলী ও অন্যান্য, ৮৮৬/২০০৩, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইব্যুনাল ১; রাষ্ট্র বনাম মতিউর রহমান, ৬৮৯/২০০১, ১০৩৯/২০০৪, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইব্যুনাল ১; রাষ্ট্র বনাম মাইবুল ও অন্যান্য, ১৫০/২০০২, ১১৯৭/২০০৪, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইব্যুনাল ১; রাষ্ট্র বনাম মোঃ কাজিমুদ্দীন ২০১/২০০৩, ১২৮/২০০৪, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইব্যুনাল ১; রাষ্ট্র বনাম মকহেদ আলী, ৭৩/২০০৬, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইব্যুনাল ১; রাষ্ট্র বনাম আনোয়ারুল, ২২০/২০০৬, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইব্যুনাল ১; রাষ্ট্র বনাম ইয়াকুব আলী, ৪৮৬/২০০৩, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইব্যুনাল ১; রাষ্ট্র বনাম মোঃ একরাম, ২৩৩/২০০৫, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইব্যুনাল ১; রাষ্ট্র বনাম মোঃ আমজাদ হোসেন, ৭৪৬/২০০৩, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইব্যুনাল ১; রাষ্ট্র বনাম মোঃ মমিনুল হক, ৬৭/২০০৩, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইব্যুনাল ১।

^২ ৫০ জন ব্যক্তির মধ্যে ১০ জন পুলিশ অফিসার, ১০জন আইনজীবী, ১০ জন বিচারক, ১০ জন ডাক্তার ও ট্রাইব্যুনালের মামলার অভিযোগকারীনি ১০ জন ভিকটিম।

২. বাংলাদেশে নারী ও শিশু নির্যাতন পরিস্থিতি এবং মামলার পরিসংখ্যান

বাংলাদেশে সম্প্রতি নারী ও শিশু নির্যাতন ভয়ানক রূপ নিয়েছে। এগুলোর মধ্যে কিছু ঘটনা পত্রিকায় প্রকাশিত হলেও বেশির ভাগ ঘটনা লোকলজ্জার কারণে ধামাচাপা পড়ে যায় বা মীমাংসা হয়ে যায়; আদালত পর্যন্ত গড়ায় না।^{১০} বাংলাদেশ পরিসংখ্যান ব্যুরোর রিপোর্ট অনুসারে, বাংলাদেশে প্রতি ১০০ জনের ৮০ জন নারীই জীবনে কোনো না কোনোভাবে নির্যাতনের শিকার হন।^{১১} অর্থাৎ পত্র-পত্রিকার মাধ্যমে আমরা নির্যাতনের যে ঘটনাগুলি দেখি তার চেয়ে অনেক বেশি নির্যাতনের ঘটনা ঘটছে। বাংলাদেশের একটি বেসরকারী মানবাধিকার সংস্থা ‘অধিকার’ এর রিপোর্ট অনুযায়ী প্রতিবছর নারী ও শিশু নির্যাতনের সংখ্যা বাড়ছে।^{১২} পুলিশ সদর দপ্তরে সংকলিত নারী ও শিশু নির্যাতনের মামলার সংখ্যা পর্যালোচনা করে দেখা যায় ২০১৪ সালে ২০৯৯৮ টি মামলা হলেও ২০১৫ সালে ২২২২০ টি মামলা রেকর্ড হয়েছে, যা অন্তত ৪% মামলা বৃদ্ধির ইঙ্গিত দেয়।^{১৩} ২০০১ থেকে ২০১৫ সাল পর্যন্ত ওসিসির^{১৪} হিসেবে দেখা গেছে, নয়টি মেডিকেল কলেজ হাসপাতালে ধর্ষণসহ নারী নির্যাতনের ঘটনায় ২২৩৮৬ জন চিকিৎসা নিয়েছেন।^{১৫} বেসরকারি সংস্থা ব্র্যাক এর জরিপ মতে ২০১৬ সাল থেকে ২০১৭ সালে নারী নির্যাতন বেড়েছে প্রায় ৫৮ শতাংশ।^{১৬} বাংলাদেশে প্রতিদিন ৬০টি নারী ও শিশু নির্যাতনের ঘটনায় মামলা দায়ের হয়।^{১৭} বাংলাদেশ জাতীয় মহিলা আইনজীবী সমিতির বিভিন্ন আইনী সেবা কেন্দ্রে ২০১৫ সালে ১৭৬৮৪ জন নির্যাতনের শিকার নারী ও শিশু আইনগত সহায়তার জন্য আবেদন করেছেন, যা বিগত কয়েক বছরের তুলনায় সর্বাধিক।^{১৮} নারী ও শিশু নির্যাতনের মধ্যে বিশেষ করে উদ্বেগজনকভাবে বেড়েছে ধর্ষণের ঘটনা। মানবাধিকার সংগঠন অধিকারের তথ্যমতে, ২০০৭-২০১৭ সালের ফেব্রুয়ারি পর্যন্ত সময়ে ৬৬৪৭ জন ধর্ষণের শিকার হয়েছিল; এর মধ্যে নারী ছিল ২৫২৫ জন, শিশু ৩৯৬১ জন এবং ১৬১ জনের লিঙ্গ শনাক্ত করা যায়নি।^{১৯} বাংলাদেশ মহিলা পরিষদের দেয়া তথ্যানুযায়ী, শুধু ২০১৬ সালে ১০৫০ জন নারী ধর্ষণের শিকার হন।^{২০} মানবাধিকার সংগঠন আইন ও সালিশ কেন্দ্রের তথ্য অনুযায়ী, ২০১৭ সালে ৮১৮ নারী ধর্ষিত হয়েছেন।^{২১} বাংলাদেশ শিশু অধিকার ফোরামের রিপোর্ট মতে ২০১৭ সালে মোট ৫৯৩ শিশু ধর্ষিত হয়েছিল এবং ২০১৮ সালের প্রথম তিন মাসে সারাদেশে ১৭৬ জন শিশু ধর্ষিত

^{১০} জাকের হোসেন, ‘নারী ও শিশু নির্যাতন মামলার প্রক্রিয়া ও শাস্তি’, *এন টি ভি অনলাইন*, ২৯ মার্চ ২০১৫।

^{১১} ‘ভায়োলেন্স এগেইনস্ট উইমেন সার্ভে ২০১৫’ শীর্ষক দ্বিতীয় জরিপ, বাংলাদেশের পরিসংখ্যান ব্যুরো রিপোর্ট ২০১৬, ঢাকা।

^{১২} তথ্য ইউনিট, অধিকার, ঢাকা, বাংলাদেশ।

^{১৩} তথ্য ইউনিট, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন সেল, বাংলাদেশ পুলিশ সদর দপ্তর, ঢাকা।

^{১৪} বাংলাদেশ জাতীয় মহিলা আইনজীবী সমিতি, বাংলাদেশে নারীর প্রতি সহিংসতা পরিস্থিতি ২০১৫-১৬, ঢাকা, পৃষ্ঠা. ১৬; মহিলা ও শিশু বিষয়ক মন্ত্রণালয়ের নেতৃত্বে নারী ও শিশু নির্যাতন রোধে মাল্টি সেক্টরাল প্রোগ্রাম ওয়ান স্টপ ক্রাইসিস সেন্টার (ওসিসি) পরিচালনা করছে। ওসিসি নির্যাতনের শিকার নারী ও শিশু চিকিৎসা, আইনগত সহায়তা ও পুনর্বাসন সহায়তা দিয়ে থাকে।

^{১৫} শাহরিয়ার শরীফ, ‘নারী ও শিশু নির্যাতন বেড়েই চলেছে, আইনের প্রয়োগ যথেষ্ট নয়’, *www.benarnews.org*, ২৮ অক্টোবর ২০১৬।

^{১৬} বার্ষিক প্রতিবেদন ২০১৭, ব্র্যাক, ঢাকা; নারী ও শিশু নির্যাতন কমেছে না কেন?, *দৈনিক আমাদের সময়*, ৩০ মার্চ ২০১৮।

^{১৭} *Ibid.*

^{১৮} বাংলাদেশ জাতীয় মহিলা আইনজীবী সমিতি, বাংলাদেশে নারীর প্রতি সহিংসতা পরিস্থিতি ২০১৫-১৬, ঢাকা, পৃষ্ঠা. ১৬।

^{১৯} অধিকার রিপোর্ট ২০১৭, ঢাকা, বাংলাদেশ।

^{২০} তাসকিনা ইয়াসমিন, ‘ঝুলে আছে দেড় লাখ নারী নির্যাতন মামলা’, *দৈনিক মানব কণ্ঠ*, ৮ আগস্ট ২০১৭।

^{২১} তথ্য ইউনিট, আইন ও সালিশ কেন্দ্র, ঢাকা।

হয়।^{১৫} বিভিন্ন সংগঠনের দেয়া তথ্যে সংখ্যার তারতম্য থাকলেও নারী ও শিশু নির্যাতনের এই চিত্র ভয়াবহ এবং প্রচণ্ডভাবে নারী ও শিশু নির্যাতন আইনের ব্যর্থতার পরিচয় বহন করে।

২০০১ থেকে ২০১৫ সাল পর্যন্ত ওসিসির হিসেবে দেখা গেছে, ধর্ষণসহ নির্যাতনের ২২৩৮৬ টি ঘটনার মধ্যে মামলা হয়েছিল মাত্র ৫০০৩টি, রায় ঘোষণা হয়েছিল ৮২০টি মামলার এবং শাস্তি হয়েছিল ১০১ টি মামলায়। শতকরা হিসেবে রায় ঘোষণার হার ছিল ৩.৬৬ শতাংশ এবং সাজা পাওয়ার হার ছিল .৪৫ শতাংশ।^{১৬} ঢাকা জেলার পাঁচটি ট্রাইব্যুনালের বিচারিক নিবন্ধন খাতা থেকে দৈনিক প্রথম আলো ২০০২ থেকে ২০১৬ সালের অক্টোবর পর্যন্ত আসা ছয় অপরাধের^{১৭} ৭৮৬৪টি মামলার প্রাথমিক তথ্য সংগ্রহ করেছিল। প্রথম আলোর এই অনুসন্ধান অনুযায়ী তখন পর্যন্ত নিষ্পত্তি হয়েছিল ৪২৭৭ টি মামলা; সাজা হয়েছিল মাত্র ১১০টি মামলায়; বিচার হয়েছিল ৩ শতাংশের কম ক্ষেত্রে এবং বাকি ৯৭ শতাংশ মামলার আসামি মামলা থেকে অব্যাহতি ও খালাস পেয়েছিল।^{১৮} ১লা জানুয়ারী ২০১৩ সাল থেকে ৩১ ডিসেম্বর ২০১৭ সাল পর্যন্ত ৫ বছরে রাজশাহীর দুইটিনারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইব্যুনাল ৩৫০৮টি মামলার মধ্যে নিষ্পত্তি করেছে ২০৬৮টি মামলা। দুইটি ট্রাইব্যুনালে ৩১ ডিসেম্বর ২০১৭ সাল পর্যন্ত মামলা বিচারাধীন ছিল ১৪৪০টি।^{১৯} নিষ্পত্তি করা ২০৬৮টি মামলার মধ্যে ট্রাইব্যুনাল শাস্তির রায় দিতে পেরেছে মাত্র ৭৫টি মামলায় এবং খালাসের রায় দিয়েছে ১৯৯৩টি মামলায়। এক্ষেত্রে আদালতের সাজা দেয়ার শতকরা হার হলো ৩.৬৩ শতাংশ। অর্থাৎ ৯৬.৩৭ শতাংশ মামলায় আদালত খালাস বা ডিসচার্জের রায় প্রদান করেছেন। অন্য অর্থে বলতে গেলে ৯৬.৩৭ শতাংশ মামলা প্রমানিত হয় নাই বা মিথ্যা প্রমানিত হয়েছে। বাংলাদেশের নারী ও শিশু নির্যাতন সংক্রান্ত যে ভয়াবহতা ও নির্মমতার চিত্র দৈনিক পত্রিকাগুলোর মাধ্যমে জানা যায় তাতে নির্যাতনের ঘটনাগুলোকে মিথ্যা বলার কোন সুযোগ নেই কিন্তু আদালতের বিচারিক প্রক্রিয়ায় অধিকাংশ মামলায় তা সত্য হিসেবে প্রমানিত হচ্ছেনা কিংবা আসামীদের বিরুদ্ধে তা প্রমান করা যাচ্ছেনা। অর্থাৎ ফৌজদারী বিচার কার্যক্রমের আওতায় প্রসিকিউশন ঘটনা কিংবা আসামীদের সংশ্লিষ্টতা প্রমান করতে পারছেন।

৩. নারী ও শিশু নির্যাতন দমন আইন, ২০০০ এর প্রয়োগহীনতা বনাম অপপ্রয়োগ

২০১৬ সালের জাতীয় বিচার বিভাগীয় সম্মেলনে সারা দেশের ৪০ টির বেশি ট্রাইব্যুনালের বিচারকগন মামলা নিষ্পত্তি না হওয়ার এক নম্বর কারণ হিসেবে মিথ্যা মামলাকে চিহ্নিত করেছিলেন এবং ব্যাপকভাবে এই আইনের অপপ্রয়োগ হচ্ছে বলে মতামত ব্যক্ত করেছিলেন।^{২০} এ কথাও সত্যি

^{১৫} তথ্য ইউনিট, শিশু অধিকার ফোরাম, ঢাকা।

^{১৬} শাহরিয়ার শরীফ, 'নারী ও শিশু নির্যাতন বেড়েই চলেছে, আইনের প্রয়োগ যথেষ্ট নয়', www.benarnews.org, ২৮ অক্টোবর ২০১৬।

^{১৭} ধর্ষণ, গণধর্ষণ, ধর্ষণের জন্য হত্যা, যৌতুকের জন্য হত্যা, আত্মহত্যায় প্ররোচনা এবং যৌন পীড়নের মতো গুরুতর অপরাধ

^{১৮} আসাদুজ্জামান ও গোলাম মর্তুজা, 'নারী ও শিশুরা বিচার পায় না', *দৈনিক প্রথম আলো*, ০৮ মার্চ ২০১৮; ছয় অপরাধে ১৫ বছরে নিষ্পত্তি হওয়া মামলাগুলোর ৪১ শতাংশের ক্ষেত্রে আসামিরা বিচার শুরু আগের অব্যাহতি পেয়েছে। আর ৫৫ শতাংশ মামলায় সাক্ষ্য-গুনানির শেষে আসামিরা বেকসুর খালাস পেয়েছে। কিছু মামলা নিষ্পত্তির কারণ নিবন্ধন খাতায় লেখা নেই, কয়েকটির নিষ্পত্তি হয়েছে আসামির মৃত্যুতে। এভাবে ৯৭ শতাংশ মামলার আসামির বিরুদ্ধেই এসব গুরুতর অভিযোগ প্রমাণিত হয়নি।

^{১৯} ট্রাইব্যুনালের দেয়া তথ্যানুসারে গবেষক কর্তৃক প্রস্তুতকৃত।

^{২০} প্রতিবেদন, জাতীয় বিচার বিভাগীয় সম্মেলন, বঙ্গবন্ধু আন্তর্জাতিক সম্মেলন কেন্দ্র, ২৪-২৫ ডিসেম্বর, ২০১৬।

যে প্রসিকিউশন পক্ষের ব্যর্থতা ও আপসের বাস্তবতার সঙ্গে মিলেমিশে আসে এই সাধারণ অভিযোগ যে নারী ও শিশু নির্যাতন দমন আইনে করা অধিকাংশ মামলাই মিথ্যা কিংবা অভিযোগের ঘটনা সত্য কিন্তু আসামীদের বিরুদ্ধে তা প্রমানিত হয়নি। প্রসিকিউশন পক্ষ তাদের ব্যর্থতার জন্য যদি মামলা প্রমান করতে সক্ষম না হয় এবং একারণে মামলা খারিজ হয় বা আসামী খালাস পায় তার জন্য মামলা মিথ্যা তা সত্যি হয়ে যায়না। তবে এও সত্যি যে অপর পক্ষকে ঘায়েল করার জন্য এই আইনের অধীন মিথ্যা মামলা দায়ের হচ্ছে কিন্তু তার চেয়ে দায় প্রসিকিউশন পক্ষের বেশী কারণ তাদের কারণে সত্য মামলা মিথ্যা হয়ে যাচ্ছে। বাংলাদেশে ক্রমবৃদ্ধিশীল নারী ও শিশু নির্যাতনের ঘটনা সেটাই প্রমান করে। রাজশাহীর ২টি নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইবুনালে দায়েরকৃত ২০টি মামলার নথি (যা ট্রাইবুনাল কর্তৃক ইতিমধ্যে নিষ্পত্তিকৃত) পর্যালোচনা করে দেখা যায় মামলাগুলোর মধ্যে ৯৬.৩৭ শতাংশ মামলা মিথ্যা ছিল কিংবা আসামীদের সংশ্লিষ্টতা প্রমানিত হয়নি। সাক্ষাৎকার গ্রহনকালে অধিকাংশ বিচারক এ ব্যাপারে মন্তব্য করতে গিয়ে বলেছিলেন মিথ্যা ঘটনা সাজিয়ে প্রতিপক্ষকে হয়রানী করার জন্য অধিকাংশ মামলা দায়ের করা হচ্ছে। বিচারকদের মন্তব্য তাদের দৃষ্টিকোণ থেকে সম্পূর্ণ সঠিক। কারণ ৯৬.৩৭ শতাংশ মামলা যেক্ষেত্রে মিথ্যা প্রমাণিত হচ্ছে সেক্ষেত্রে ট্রাইবুনাল মিথ্যা মামলার আধিক্য রয়েছে মনে করাই স্বাভাবিক। কিন্তু গবেষকের অনুসন্ধানী যুক্তি বিচারকদের মতের সম্পূর্ণ বিপরীতে। যখন কোন মামলায় ফরিয়াদী ও আসামীদের পক্ষের মধ্যে প্রবল যুক্তিতর্ক ও আসামীদের হয়রানীর মধ্য দিয়ে দীর্ঘ সময় অতিক্রান্ত হওয়ার পর আদালত খালাসের রায় দেন তখন আসামীপক্ষ কর্তৃক মিথ্যা মামলা দায়ের করে হয়রানী করার জন্য ২০০০ সালের আইনের অধীনে ফরিয়াদীর বিরুদ্ধে পাল্টা মামলা করার কথা কিংবা ফরিয়াদী পক্ষের উচ্চ আদালতে আপীল দায়ের করা কথা। ট্রাইবুনালের ১৫টি খালাস প্রদানকৃত মামলা অনুসন্ধান করে দেখা যায় যে, শুধুমাত্র ১টি মামলায় আসামীপক্ষ ফরিয়াদীর বিরুদ্ধে পাল্টা মামলা করছিলেন।^{২১} ১৪টি মামলায় কোন পাল্টা মামলা হয়নি। অন্যদিকে মামলায় হেরে যাওয়ার পরেও ফরিয়াদী বা রাষ্ট্রপক্ষ সংক্ষুব্ধ হিসেবে ট্রাইবুনালের রায়ের বিরুদ্ধে কোন আপীলও দায়ের করেনি। মামলাগুলোর রায় পর্যালোচনা করে জানা যায় ১২টি মামলায় ফরিয়াদী আদালতে সাক্ষ্য দিলেও পূর্ব শত্রুতার জের ধরে মামলা করেছিলেন বলে আদালতকে জানিয়েছিলেন এবং সাক্ষীরও আসামীকে বাঁচাতে সেভাবে সাক্ষ্য দিয়েছিলেন। অন্য ৩টি মামলায় দীর্ঘদিন সাক্ষীর ও ফরিয়াদী সাক্ষ্য দেয়ার জন্য আদালতে উপস্থিত না হওয়ায় আদালত আসামীদেরকে খালাস দিয়ে মামলা খারিজ করে দিয়েছিলেন। প্রসিকিউশন পক্ষের মামলা প্রমাণে ব্যর্থতা, ফরিয়াদী ও সাক্ষীদের মিথ্যা সাক্ষ্য প্রদান ও খালাসের রায়ের পরে পাল্টা মামলা না হওয়া প্রকৃতভাবে পক্ষগণের মধ্যকার আপোষ মীমাংসাকে নির্দেশ করে। নারী ও শিশু নির্যাতন দমন আইনের অধীনে আপোষ-মীমাংসার সুযোগ না থাকায় পক্ষগণ এভাবেই মামলার চূড়ান্ত পরিনতীতে পৌঁছে। ফরিয়াদীদের সাথে সাক্ষাৎকারকালে তারা স্বীকার করেন যে, পুলিশকে ম্যানেজ করে তারা অনেক ক্ষেত্রে এমনভাবে তদন্ত রিপোর্ট তৈরী করে নেন যাতে আসামীদের বিরুদ্ধে ঘটনা প্রমাণিত না হয় এবং মামলাটি খারিজ হয়ে যায়। অনেকক্ষেত্রে পুলিশ আসামীপক্ষের দ্বারা প্রভাবিত হয়েও এমন রিপোর্ট প্রদান করে; অনেকক্ষেত্রে সাক্ষীদের আদালতে উপস্থিত হওয়ার ক্ষেত্রে তারা বাঁধা প্রদান করে; অনেকক্ষেত্রে আসামীদের পক্ষ নিয়ে তাদের সাথে ফরিয়াদীকে নানারকম ভয়ভীতি প্রদর্শন করে ইত্যাদি নানারকম তথ্য উঠে

^{২১} রাষ্ট্র বনাম বিলকিস বিবি, মামলা নং ৩৫/২০০৭, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইবুনাল ২, রাজশাহী।

এসেছে সাক্ষাৎকারের মাধ্যমে। সহজ সরল গরীব ভিকটিমরা প্রভাবশালী আসামীপক্ষ ও পুলিশের ইচ্ছার বিরুদ্ধে অবস্থান নিয়ে একটি মামলার সুদীর্ঘ যাত্রায় উত্তরোত্তর অসহায়ত্বের দিকে ধাবিত হয়। এক সময় তারা মামলা পরিচালনায় আগ্রহ হারিয়ে ফেলে, ফলশ্রুতিতে তাদের মীমাংসার রাস্তা খুঁজতে হয়। আর এ কারণে ঘটনা সত্য হলেও মিথ্যাকে আশ্রয় করে একটি মামলা চূড়ান্ত পরিণতীতে পৌঁছায়। তবে সাক্ষাৎকার গ্রহনকালে একজন পুলিশ কর্মকর্তা বলেছিলেন,

‘নারী ও শিশু নির্যাতনের মামলা প্রমাণ করা খুব কঠিন। আমরা তদন্ত করলাম, সাক্ষ্যপ্রমাণ জোগাড় করলাম, কাগজপত্র ঠিক করলাম এক পর্যায়ে দেখা যায় বাদী ঠিকমতো যোগাযোগ করছেন না, কারণ বাদী-বিবাদী আপস করে ফেলেছে। মাঝখানে আমাদের অনেক সময় নষ্ট হয়। নির্যাতনের শিকার নারীদের সহযোগিতা করা আমাদের দায়িত্ব, তথাপি নানা অব্যবস্থাপনা ও অসহযোগিতার জন্য আমরা সব সময় প্রতিকার দিতে পারি না।’

সুতরাং বিচারকদের ভাষায় আইনের অপপ্রয়োগ হচ্ছে নাকি গবেষকের ভাষায় আইনের প্রয়োগই হচ্ছে না এটি একটি বিবাদমান বিষয়। পূর্বেই উল্লেখ করা হয়েছে, যে সংখ্যক নির্যাতনের ঘটনা ঘটে সে সংখ্যক মামলা দায়ের হয় না। কিংবা সব নির্যাতনের ঘটনা পত্রিকায় আসেনা। রক্ষণশীল সমাজ ব্যবস্থায় মেয়েদের প্রতি সমাজের নৈতিবাচক দৃষ্টিভঙ্গি, মামলা করার ক্ষেত্রে মেয়েদের অনাগ্রহ, মহিলা বান্ধব বিচার ব্যবস্থা না থাকা ইত্যাদি কারণে অনেক ঘটনা প্রকাশিত হয়না কিংবা গ্রাম্য সালিশের মাধ্যমে মামলা দায়েরের পূর্বেই মীমাংসা হয়ে যায়। বাংলাদেশের নির্যাতিত নারী ও শিশুরা নিরাপত্তাহীনতার ভয়ে কিংবা পুলিশ কর্তৃক হয়রানীর শিকার হবার ভয়ে অথবা সামাজিকভাবে হয়ে হবার ভয়ে কিংবা ব্যয়বহুল ও সময়সাপেক্ষ বিচার ব্যবস্থায় অর্থ খরচ ও সময় নষ্ট না করতে অনেক সময় মামলা করা থেকে বিরত থাকে।^{২২} তাছাড়া আদালত প্রাপ্তগণুলো নারীদের জন্য মোটেই সহায়ক নয়। তাঁদের বসার জায়গা নেই, আলাদা কোন টয়লেট নেই। এসব অব্যবস্থাপনার জন্য নারীরা বিচার প্রাপ্তে অস্বস্তিবোধ করেন। তারপরেও যে সংখ্যক মামলা হয় তা খুবই কম সংখ্যক এবং এক্ষেত্রে মামলার বিভিন্ন পর্যায়ে প্রায় ৮০% নির্যাতিতা মামলাকারী মহিলা মামলা চালিয়ে নেয়ার ক্ষেত্রে আগ্রহ হারিয়ে ফেলেন কিংবা আদালতে আর যাননা কিংবা আসামীদের সাথে আপোষ করে ফেলেন।^{২৩} এর পিছনে যে সকল কারণ রয়েছে এবং অভিযোগকারীনি নির্যাতিতাদের সাক্ষাৎকার গ্রহন কালে প্রাপ্ত ধারণা নিম্নে আলোচনা করা হলো:

^{২২} BNWLA, *A Research on Rape and Burden of Proof*, Bangladesh National Women Lawyers Association, Dhaka, 1999, p.102; Md Abdur Rahim Mia, ‘Sexual Harassment in Bangladesh: Law and Realities’, *Rajshahi University Law Journal*, Faculty of Law, Rajshahi University, Vol-5, 2008, p.117; Sharmeen A. Farouk, ‘Violence Against Women: A Statistical Overview, Challenges and Gaps in Data Collection And Methodology and Approaches for Overcoming them’, Paper Prepared for the Expert Group Meeting Organized By: UN Division for the Advancement of Women in Collaboration With Economic Commission for Europe and World Health Organization, 11-14 April, 2005, Geneva, Switzerland; Asif, ‘Violence against Women and Children: Legal Process Needs Adjustment’, *The Daily Star*, 19 June 2005, Editorial page.

^{২৩} ভিকটিমদের সাথে সাক্ষাৎকার কালে প্রাপ্ত।

৩.১ আপোষ মীমাংসার প্রভাব

আদালতে যাতায়াত, বিচার কার্যক্রমের সঙ্গে জড়িত বিচারক, পুলিশ, আইনজীবী ও ডাক্তারদের আচরণ, আদালতের পরিবেশ, সামাজিক ও পারিবারিক দৃষ্টিভঙ্গি প্রভৃতি বিষয়ে ১০ জন নির্যাতিতা অভিযোগকারীকে জিজ্ঞাসাবাদ করা হয়। দুইটি বিষয়ে মহিলাদের দৃষ্টি আকর্ষণ করা হয়েছিল যেমন: (১) মামলা না করার ক্ষেত্রে ভিকটিমের অনগ্রহের কারণ কি এবং (২) মামলা করার পর মহিলা কি কি বাধা বা সমস্যার মুখোমুখি হয়। তাদের ভাষ্য মতে, বেশীর ভাগ ঘটনার জন্য মামলা হয় না কারণ মামলা না করার জন্য পরিবারের চাপ থাকে এবং এর সাথে জড়িত থাকে পরিবারের সম্মান। সমাজ আপোষ মীমাংসার উদ্দেশ্য নেয় এবং সমাজে চলতে গেলে তাদেরকে সালিশি সিদ্ধান্ত মানতে হয়। প্রভাবশালী ব্যক্তিদের চাপসহ সকল বিষয় এড়িয়ে যখন তারা থানায় মামলা করতে যান তখন থানা পুলিশ মামলা গ্রহণ না করে অজানা কোন কারণে বিষয়টি মীমাংসা করার চেষ্টা করে অথবা আপোষ করার জন্য ভিকটিমের পরিবারকে চাপ দেয়। অন্যদিকে নিজ পরিবার সাপোর্ট না দিলে ডাক্তারী সার্টিফিকেট ম্যানেজ করা, সাক্ষী ম্যানেজ করা, আইনজীবী নিয়োগ করা, থানায় যাতায়াত, থানায় মামলা না নিলে আদালতে যাওয়া, মামলা দায়েরের পর আবার পুলিশকে ম্যানেজ করা (আসামী ধরার জন্য, তদন্ত রিপোর্টের জন্য) ইত্যাদির জন্য পুরুষশাসিত সমাজ ব্যবস্থায় একজন মহিলা সামাজিক ও আর্থিকভাবে অযোগ্য ও অসহায়। তাদের মতে সবচেয়ে বড় সমস্যা হলো অর্থ সংকট ও নিরাপত্তাহীনতা। পরিবার সাপোর্ট না দিলে একজন নির্যাতিত মহিলা এত কিছু ম্যানেজ করার জন্য অর্থ পাবে কোথায়? উচ্চ আদালতে আপিল নিষ্পত্তিসহ অন্যান্য প্রতিষ্ঠানিক বিলম্বের কারণে মামলা দায়ের করা থেকে চূড়ান্ত নিষ্পত্তি পর্যন্ত প্রত্যেকটি মামলায় প্রায় ১৫ থেকে ২০ বছর সময় লেগে যায়।^{২৪} অন্যদিকে মামলা না করার জন্য আসামীপক্ষ সব সময় তাদেরকে ভয়ভীতি ও হুমকির মধ্যে রাখে, ফলে তারা সব সময় নিরাপত্তাহীনতায় ভোগেন। তারা আরো বলেন যৌতুক সংক্রান্ত নির্যাতন পারিবারিক সম্মানহানীর ভয়ে অনেক মহিলা প্রকাশই করতে চায় না; জনসম্মুখে আসতে দেয় না। তারা মনে করেন ৮০% নির্যাতনের ঘটনায় উপরোক্ত কারণে কোন মামলা হয়না বা মামলা দায়েরের পূর্বেই মীমাংসা হয়ে যায় অথবা ঘটনা ধামা চাপা পড়ে যায়। মামলা করার পর মামলা চালানো বা এগিয়ে নিয়ে যাওয়ার ক্ষেত্রে ভিকটিমের অনগ্রহের কারণ বিষয়ে জিজ্ঞাসা করা হলে তারা নিম্নলিখিত বিষয়গুলোকে চিহ্নিত করেনঃ

- i. পুলিশের খারাপ, পক্ষপাতমূলক আচরণ ও হয়রানী
- ii. আসামীপক্ষের ভয় বা হুমকি ও আসামী কর্তৃক পুলিশকে প্রভাবিত করণ
- iii. মামলা সংক্রান্ত যাবতীয় খরচ^{২৫}

^{২৪} Md. Nur Islam, 'Justice Delivery System: Internal Component for Delay Should be Eliminated', *The Daily Star*, 1 July 2003, p.22; Ferdous Jahan and Mohammed Bin Kashem, 'Law and Order Administration in Bangladesh', Working Paper, Center for Governance Studies, BRAC University, Dhaka, Bangladesh. 2006.

^{২৫} There are various expenses as regards maintaining a suit or a case. The major items of expenses are as Court fees; Fees for advocates; and fees for PP, APP to examine state's witnesses, though they are paid by the Government; Cost of *wakalatnama*, notices/summons/warrant form, envelop, postage, photocopies etc;

- iv. মামলা শেষ হওয়া বিষয়ে অনিশ্চয়তা
- v. পুলিশের সঙ্গে যোগাযোগের মাধ্যম হিসেবে প্রভাবশালী ব্যক্তিদের অসহযোগিতা
- vi. বিভিন্ন কারণে সরকারী আইনজীবিকে অর্থ প্রদান
- vii. আইনজীবীদের মামলা শেষ করার চেয়ে শুধু দিন ধার্য করার প্রতি আগ্রহ
- viii. মামলাকারীনি হিসেবে আদালতে যাতায়াতের জন্য সামাজিকভাবে হয়ে প্রতিপন্ন হওয়া
- ix. আদালতের ভিতর আইনজীবীদের নোংরা প্রশ্নের মুখোমুখি হওয়া

অভিযোগকারীনি মহিলাদের মামলা বিষয়ে অনাগ্রহ তৈরী হলে তারা মূলত তিনটি কাজ করেন:

- i. আদালতে যাওয়া বন্ধ করেন; মামলার খোঁজ খবর রাখেন না এবং আইনজীবীদের সাথে যোগাযোগ করা থেকে বিরত থাকেন।
- ii. সাক্ষীদের আদালতে যাওয়ার ক্ষেত্রে নিরুৎসাহিত করেন।
- iii. আদালতের বাহিরে মামলা বিষয়ে আসামীদের সাথে আপোষ মীমাংসা করেন।

উপরোক্ত কারণের ফলশ্রুতিতে আদালত খালাসের রায় দিতে বাধ্য হন। ভিকটিমদের বক্তব্যানুসারে আদালতের কার্যক্রম কোনভাবেই নারীবান্ধব ছিল না। পুলিশ, ডাক্তার, আইনজীবী, আদালতের কর্মচারী কর্তৃক নানা রকম হয়রানীর মুখোমুখি তাদেরকে হতে হতো প্রতিনিয়ত। একটি গবেষণায় দেখা যায় মামলা দায়ের হওয়ার পর ৫১% মামলা আনুষ্ঠানিকভাবে গ্রাম্য সালিশের মাধ্যমে বা অন্যভাবে মীমাংসা হয়ে যায়।^{২৬} বিচারিক কার্যক্রমের বিভিন্ন পর্যায়ের দূর্নীতি, অসদাচরণ, প্রতিকূল পরিবেশ, হয়রানী, প্রভূতি কারণে মামলার মাধ্যমে প্রতিকার চাইতে এসেও অনেক নির্যাতিত মহিলা মামলার প্রতি আগ্রহ ও বিচার বিভাগের প্রতি আস্থা হারিয়ে ফেলছেন। সঙ্গতকারণে আদালতে বাহিরে থাকাই তারা শ্রেয় মনে করছেন এবং বিভিন্নভাবে আপোষের দিকে মনোযোগী হচ্ছেন। নির্যাতিতা মহিলা ও শিশুদের ন্যায়বিচার প্রাপ্তির ক্ষেত্রে পুলিশ, আইনজীবী ও ডাক্তারদের আন্তরিক পেশাদারিত্ব গুরুত্বপূর্ণ ভূমিকা পালন করে। এই তিনটি Stakeholder এর মধ্যে যে কোন একটির কারণে একজন নির্যাতিতা ন্যায়বিচার থেকে বঞ্চিত হতে পারে। নিম্নে পুলিশ, আইনজীবী, বিচারক ও ডাক্তারদের নারী ও শিশু নির্যাতন মামলার ক্ষেত্রে বাস্তব ভূমিকা আলোচনা করা হলো।

৩.২ পুলিশের বাস্তব ভূমিকা

পুলিশের FIR, কেস ডকেট, রিপোর্ট তৈরীতে এবং আসামী গ্রেপ্তারে ব্যর্থতা ও দায়িত্বহীনতা মামলাটিকে দুর্বল করে ফেলে নতুবা অনির্দিষ্ট কালের জন্য মামলা নিষ্পত্তিতে বিলম্ব ঘটায়।^{২৭} নারী ও শিশু নির্যাতন মামলায় পুলিশের ভূমিকা বিষয়ে ২০১৮ সালের ৩০ এপ্রিল পর্যন্ত রাজশাহী জেলার ১০ জন পুলিশ পরিদর্শকের সাক্ষাৎকার গ্রহণ করা হয়েছিল। ভিকটিমদের সাক্ষাৎকার গ্রহণকালে ভিকটিমরা পুলিশের বিরুদ্ধে মামলা না নেওয়ার অভিযোগ করেছে। ভিকটিমরা মামলা করতে থানায়

Traveling cost and cost of food; Typing cost, if any; Costs, which are paid to the Peshkars known as Bakshish, ie bribe; Cost payable to Dalal, if applicable.

^{২৬} D.M. Siddiqi, 'One Step Forward, Two Steps Back? Women Rights in 2005', Ain O Salish Kendra, 2006; Hameeda Hossain, Ed., 'Human Rights in Bangladesh 2005', Ain O Salish Kendra, Dhaka, 2006, p. 209.

^{২৭} Asif Nazrul, 'Malpractices Relating to Bail', The Daily Star, 4 March 2006, p.18.

এলে পুলিশ সাধারণত আন্তরিকভাবে বিষয়টিকে নেয়না।^{২৮} সরাসরি ট্রাইব্যুনালে মামলা হওয়ার এটা একটা কারণ। নারী ও শিশু নির্যাতনের ঘটনার তুলনায় মামলা কম হওয়ার ক্ষেত্রে পুলিশ কোন ভাবেই তাদের দায় এড়াতে পারেনা। নির্যাতিত নারী ও শিশুদের সাথে কেমন আচরণ করেন জিজ্ঞাসা করা হলে ১০০% অফিসার উত্তর দিয়েছিলেন বন্ধুসুলভ যা ভিকটিমের বক্তব্যের সাথে সামঞ্জস্যপূর্ণ নয়। পুলিশের ব্যবহার সম্পর্কে ভিকটিমদের কে জিজ্ঞাসা করা হলে ৮০% ভিকটিম জানান তারা পুলিশের কাছে হয়রানী ও ভীতিমূলক আচরণ পেয়েছেন। মামলা দায়ের করার প্রাক্কালে পুলিশ বিরোধটি মীমাংসা করতে চেয়েছেন কিনা জিজ্ঞাসা করা হলে ৪০% ভিকটিম বলেছিলেন যে পুলিশ বিষয়টি মীমাংসার করার জন্য প্রস্তাব করেছিলেন মাত্র কিন্তু ৬০% ভিকটিম বলেছিলেন যে পুলিশ আসামীদের দ্বারা প্রভাবিত হয়ে তাদেরকে হুমকি দিয়েছিলেন বিষয়টি মীমাংসার করার জন্য। কিন্তু তারা পুলিশের হুমকিতে ভয় পাননি, পুলিশ মামলা না নিলেও তারা আদালতে যেয়ে মামলা দায়ের করেছিলেন। কোন ভিকটিম যখন থানায় মামলা করতে আসে তখন তারা থানায় কি কি সমস্যার মুখোমুখি হয় জিজ্ঞাসা করা হলে পুলিশ অফিসারগন নিম্নোক্তভাবে বিষয়গুলো সমর্থন করেন:

থানায় মামলা করতে আসা মহিলাদের জন্য সমস্যাসমূহ

সমস্যা	শতকরা হার
পুলিশের ভিকটিমের প্রতি নেতিবাচক দৃষ্টিভঙ্গি	৫০%
পুলিশ কর্তৃক মীমাংসার উদ্যোগ	৪০%
মামলা গ্রহন না করে তাকে মেডিকেল রিপোর্ট আনতে বলা	৩০%
ঘুষ ছাড়া মামলা গ্রহণে উদাসীনতা	০০%
ভিকটিমকে দীর্ঘক্ষণ বসিয়ে রাখা	০০%
ভিকটিমকে আপত্তিকর ও বিব্রতকর প্রশ্ন করা	২০%
দূর্বল FIR তৈরী করা বা GD হিসেবে গ্রহণ করা	২০%
আসামীপক্ষের ভয়ভীতি ও হুমকি	৪০%
কোন সমস্যা নাই	১০%

ভিকটিমরা থানায় উপরোক্ত সমস্যাগুলোর মুখোমুখি হলেও পুলিশ তা পুরোপুরি স্বীকার করতে রাজী ছিলেন না। বিশেষ করে ঘুষ অথবা প্রভাব ছাড়া মামলা গ্রহণে পুলিশের উদাসীনতা ভিকটিমরা বারবার উল্লেখ করলেও পুলিশ পরিদর্শকগণ তা স্বীকার করেনি। অন্যদিকে একটি গবেষণাকর্মে পুলিশকে সাধারণভাবেই দূনীতিগ্রস্থ বলে উল্লেখ করা হয়।^{২৯} ভিকটিমদের বক্তব্য অনুযায়ী,

^{২৮} Shaheen Akhter Munir, *An Annual Research Report on Violence Against Women in Bangladesh 2005*, BNWLA, Dhaka, 2006, p.137; BNWLA, *A Research on Rape and Burden of Proof*, Bangladesh National Women Lawyers Association (BNWLA), Dhaka, 1999, p.80; Md. Saidul Islam and Abu Saleh Md. Tofazzal Haque, 'The Role of Police in Strengthening Criminal Justice: Bangladesh Perspective', *Rajshahi University Law Review*, Vol-VII, 2007, Department of Law and Justice, Rajshahi University, Rajshahi, Bangladesh, p.137.

^{২৯} Narripokkho, *Gender and Judges: A Pilot Study in Bangladesh*, Narripokkho, Dhaka, 1997, p.15.

-প্রভাবশালী ব্যক্তির পুলিশকে অপব্যবহার করে;^{১০} নারী নির্যাতনের মামলায় অনেক ক্ষেত্রে পুলিশ স্বইচ্ছায় বা প্রতিপক্ষের প্রভাবে প্রভাবান্বিত হয়ে আপোস মীমাংসা করার জন্য উদ্যোগী হয়; পুলিশের যদিও আপোষ মীমাংসায় উদ্যোগী হবার কোন আইনগত অধিকার নাই তথাপি অনেক সময় পুলিশ স্বইচ্ছায় বা প্রতিপক্ষের প্রভাবে প্রভাবান্বিত হয়ে আপোস মীমাংসা করার বিষয়ে উদ্যোগী হয় এবং এই কারণে মামলা নেওয়া থেকে বিরত থাকে, যার ফলে অনেক সময় নারী নির্যাতনের ঘটনা ঘটলেও মামলা দায়ের হয় না; অনেক সময় চাহিদামত টাকা ভিকটিমের নিকট থেকে না পাওয়া গেলে থানাতে মামলা নেওয়া হয় না; নির্যাতিতা নারীরা অনেক সময় পুলিশ কর্তৃক হয়রানির শিকার হবার ভয়ে মামলা করা থেকে বিরত থাকে।^{১১}

ক্রটিপূর্ণ তদন্ত রিপোর্ট ও সাক্ষ্য প্রমানের অভাবে ৯৫% মামলায় আসামীরা খালাস পায়।^{১২} তদন্তের মাধ্যমে পুলিশ ঘটনার পরিচয় ও প্রমাণাদি আদালতের সামনে উপস্থাপন করে। কিন্তু এ কাজটি পুলিশ অনেক সময় যথার্থভাবে করে না। অপরাধীদের দ্বারা প্রভাবিত হয়ে কখনো কখনো পুলিশ তদন্ত শুরু করতে অথবা সাক্ষীদের বক্তব্য রেকর্ড করতে অস্বাভাবিক দেরী করে।^{১৩} কখনো কখনো পুলিশ প্রভাবশালী ব্যক্তি বা ক্ষমতাসীন দলের কোন ব্যক্তির বিরুদ্ধে তদন্ত করতে বিব্রত অনুভব করে এবং দেরী করে অথবা পক্ষপাত মূলক রিপোর্ট দেয়^{১৪} অথবা তাদের নাম তদন্ত রিপোর্ট থেকে বাদ দেয়।^{১৫} কখনো কখনো পুলিশ গুরুত্বপূর্ণ সাক্ষীদের পরীক্ষা করেনা বা গুরুত্বপূর্ণ তথ্য বা সাক্ষ্য

^{১০} প্রতিপক্ষ প্রভাবশালী হলে প্রতিপক্ষের নিকট থেকে টাকা নিয়ে পুলিশ ভিকটিমের মামলা নিতে চায় না। রাজশাহী জেলার পুঠিয়া থানার গরীবের মেয়ে হামিদা বেগম এবং তার বয়স ২২ বছর। গ্রামের প্রভাবশালী শরিকুল ইসলাম কর্তৃক ধর্ষণের শিকার হয়। শরিকুল ইসলাম প্রভাবশালী হওয়ার কারণে পুলিশ তার বিরুদ্ধে মামলা খানায় গ্রহণ করেনি। অতঃপর ট্রাইবুনালের হস্তক্ষেপের ফলে মামলা হয় (রাষ্ট্র বনাম শরিকুল ইসলাম, মামলা নং ৪৯১/২০০৫, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইবুনাল, রাজশাহী)।

^{১১} পটুয়াখালীর দশমিনায় ধর্ষণের দায়ে ধর্ষন চেষ্টাকারী মোঃ সামছুল হকের বিরুদ্ধে পটুয়াখালী নারী ও শিশু দমন ট্রাইবুনালে মামলা করলে, বাদীনার স্বামী মোঃ মাসুম হাওলাদার এর গাড়ী তল্লাশী চালিয়ে ৫ পিচ ইয়াবা উদ্ধারসহ তাকে গ্রেফতার করে। আর এই জন্য বাদীনী মোসাঃ রুমানা আক্তার অভিযোগ করে জানান, পুলিশের নিষেধ উপেক্ষা করে তিনি মামলা করার কারণে তার স্বামীকে ইয়াবা দিয়ে গ্রেফতার করানো হয়েছে (আল-আমিন খান, 'ধর্ষণের দায়ে নারী ও শিশু নির্যাতন মামলা দিলে বাদীনীর স্বামীকে ইয়াবা দিয়ে গ্রেফতার', <http://bn.timeline-bangladesh.com>, ২৬ মে ২০১৮)।

^{১২} Shaheen Akhter Munir, *An Annual Research Report on Violence Against Women in Bangladesh 2005*, BNWLA, Dhaka, 2006, p.137; BNWLA, *A Research on Rape and Burden of Proof*, Bangladesh National Women Lawyers Association (BNWLA), Dhaka, 1999, p.80; Afroza Begum, 'Rape: A Deprivation of Women's Rights in Bangladesh', in *Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law* 2004 (1/1-48): 2; Justice Md. Hamidul Haque, 'Trial of Criminal Cases: Loopholes and Deficiencies in the Existing Laws', 58 DLR 2006.

^{১৩} Md. Tajul Islam, 'Causes of Delay in Disposing Criminal Cases in the Criminal Justice System of Bangladesh: An Analytical Study', available at <http://www.lawjournalbd.com>, Published on 26 November 2015 [Vol. 3, Jul - Dec, 2015], accessed on 6 May 2016

^{১৪} Motiur Rahman, 'Human Rights in Bangladesh: Women Perspective', in 'State of Human Rights in Bangladesh: Women's Perspectives', Women For Women, Dhaka, 2002, p. 28.

^{১৫} Ferdous Jahan and Mohammed Kashem, *Law and Order Administration in Bangladesh*, working paper, Centre for Governance Studies, BRAC University, Dhaka, 2005.

নষ্ট করে বা ঘটনার স্থান পরিদর্শন না করেই তদন্ত রিপোর্ট প্রদান করে।^{১৬} সত্য উদঘাটনের জন্য যথেষ্ট সাক্ষ্য প্রমাণ পাওয়া স্বত্বেও কখনো কখনো পক্ষদের নিকট থেকে টাকা নেয়ার উদ্দেশ্যে পুলিশ তদন্ত রিপোর্ট আদালতে পেশ করতে অনেক দেবী করে।^{১৭} অনেক সময় দক্ষতার অভাবে ও অবহেলার কারণে গুরুত্বপূর্ণ সাক্ষীকে সাক্ষীর তালিকায় অন্তর্ভুক্ত করেনা, বাদী পক্ষের সাক্ষীর তালিকায় আসামী পক্ষের লোকদের ঢুকিয়ে দেয়, গুরুত্বপূর্ণ আলামত জন্ম বা সংরক্ষণ করেনা এবং আসামীদের গ্রেফতার করে না। যথাযথভাবে তদন্ত না করে তদন্ত রিপোর্ট প্রদান করার অন্যতম উদাহরণ বহুল আলোচিত সীমা চৌধুরীর ধর্ষণ মামলা।^{১৮} এই মামলার রায়ে বিচারক বলেন-“এ মামলাটি যেভাবে তদন্ত করা হয়েছে তাতে অভিযোগটি প্রমাণ করার পরিবর্তে তা যাতে প্রমাণ না হয় সেভাবে তদন্ত করে চার্জশীট প্রদান করা হয়েছে।”

আসামীদের আটকের ক্ষেত্রে পুলিশের ব্যর্থতা ফৌজদারী বিচার প্রক্রিয়াকে বিলম্বিত করে তোলে।^{১৯} অভিযোগ রয়েছে যে নারী নির্যাতন মামলায় পুলিশ ইচ্ছাকৃতভাবে আসামীকে গ্রেফতার করেনা কিংবা আসামীকে গ্রেপ্তারের ক্ষেত্রে সময়ক্ষেপণ করে। প্রভাবশালী কারো দ্বারা প্রভাবিত হয়ে অথবা ক্ষমতাসীন দলের তদবীরের কারণে পুলিশ অনেক মামলায় আসামীরা প্রকাশ্যে ঘুরে বেড়ালেও গ্রেফতার করে না।^{২০} একজন পুলিশ অফিসার বলেন ক্ষমতাসীন দলের নেতাকর্মীদের গ্রেফতার করা

^{১৬} BLAST, *Seeking Effective Remedies: Prevention of Arbitrary Arrest and Freedom of Torture and Custodial Violence*, Bangladesh Legal Aid and Services Trust (BLAST), Dhaka, 2005, p. 5

^{১৭} Taslima Monsur, *Management of Gender Relations: Violence Against Women and Criminal Justice System of Bangladesh*, British Council, EWLK, Dhaka, 2008, p.51; AHRC, ‘Rape victim receives serious threats due to the alleged corruption of the investigating officer of the Paikgachha police in Khulna’, ASIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION - URGENT APPEALS PROGRAMME, 14 September 2006, available at <http://www.ahrchk.net/>, accessed on 29 December 2010.

^{১৮} *State vs Uttam Kumar and Others*, Case no-21/97, Raozan Thana; Nusrat Amin, ‘Dowry in Bangladesh: How Many More Deaths to Its End’, *The Dhaka University Studies*, Faculty of Law, Part- F, Vol-VIII (i), 1997, p. 42; BNWLA, *A Research on Rape and Burden of Proof*, Bangladesh National Women Lawyers Association, Dhaka, 1999, p.123-128. ৯/১০/৯৬ ইং তারিখ দিবাগত রাতে রাউজান থানায় পুলিশ হেফাজতে গার্মেন্টস কর্মী সীমা চৌধুরী পুলিশ কর্তৃক ধর্ষণের শিকার হয়। ৭/২/৯৭ ইং তারিখ সীমা চৌধুরী মামলা তদন্তকালে কারাগারে নিরাপদ হেফাজতে থাকা অবস্থায় চিকিৎসা না পেয়ে মারা যায়। ধর্ষণের ঘটনা ঘটার প্রায় পাঁচ দিন পর ১৪/১০/৯৬ ইং তারিখ রাউজান থানায় কর্তব্যরত চার পুলিশকে আসামী করে মামলা দায়ের করা হয়। এই মামলার অভিযোগকারী একজন পুলিশ কর্মকর্তা, আসামী পুলিশ বিভাগের লোক, তদন্তকারী অফিসারগণও পুলিশ। নারী ও শিশু নির্যাতন দমন বিশেষ আদালত ১৩/৭/৯৭ ইং তারিখ সীমা চৌধুরীর ধর্ষণ মামলার রায়ে প্রদান করে। এই মামলার রায়ে উল্লেখ আছে- “ভিকটিমকে হাসপাতালে জরুরী বিভাগে চিকিৎসা করানোর রেজিস্ট্রেশনের প্রমাণ তদন্তকালে জন্ম করার কোন প্রমাণ নাই। ডাক্তারের কাছে সীমার দেওয়া ঘটনাবলীর বর্ণনা অভিযোগ প্রমাণের জন্য আসেনি। ঘোলা পানি খাওয়ানোর কথা সীমা ডাক্তারের নিকট বলেছে, ডাক্তার সে কথা ও.সি কে বলেছে কিন্তু ও.সি সাক্ষ্যদানকালে আদালতে তা বলেনি। তদন্ত রিপোর্টে সীমার শরীরে “মার্ক অব ভায়োলেন্স” পাওয়া যায়নি বলে উল্লেখ রয়েছে। সীমার পরিধেয় বস্ত্র, রক্ত, বীর্ষ বা প্রস্রাব পরীক্ষার জন্য সংরক্ষণ করা হয়নি।”

^{১৯} Motiur Rahman, ‘Human Rights in Bangladesh: Women Perspective’, in ‘*State of Human Rights in Bangladesh: Women’s Perspectives*’, Women For Women, Dhaka, 2002, p. 28.

^{২০} Md. Tajul Islam, ‘Causes of Delay in Disposing Criminal Cases in the Criminal Justice System of Bangladesh: An Analytical Study’, available at

তাদের জন্য কঠিন, কারণ বদলী কিংবা কখনো কখনো তাদের চাকুরী হারানোর ভয় কাজ করে। রাজশাহীর দুর্গাপুর থানার জাহেদা খাতুন ১৪/০২/২০০৩ তারিখ নিজবাড়িতে কয়েকজন যুবক কর্তৃক ধর্ষণের শিকার হয়। মামলাটি তদন্তকালে ভিকটিম পুলিশকে বলেন, নির্যাতনের ঘটনার সাথে জড়িত যুবকদের নাম ঠিকানা জানে না কিন্তু দেখলে চিনতে পারবেন। ডাক্তারী পরীক্ষায়ও ঘটনা প্রমাণিত হয়। কিন্তু পুলিশ আসামী শনাক্তকরণ মহড়া অনুষ্ঠান না করে আসামীর নাম ঠিকানা অজ্ঞাত বলে তদন্ত রিপোর্ট চূড়ান্ত প্রতিবেদন (সত্য) দাখিল করে।^{৪১} পুলিশ উদ্দেশ্যপ্রণোদিত ভাবে গ্রেফতার না করার বিষয়ে নাইমা ধর্ষণ মামলার কথা বলা যায়। ১০/০৬/৯৫ ইং তারিখ ঢাকার মোহাম্মদপুর রিং রোডে ফজলুর রহমান তার বাড়িতে ৮ বছর বয়সী মেয়ে নাইমাকে মুখে গামছা চাপা দিয়ে ধর্ষণ করে। পুলিশের সাথে আসামীর অসৎ যোগসাজস থাকার কারণে আসামীকে গ্রেফতার করা হয়নি।^{৪২}

প্রথম আলোর অনুসন্ধান অনুযায়ী নিষ্পত্তি হওয়া মামলাগুলোর মধ্যে ৪২ শতাংশ মামলায় রাষ্ট্রপক্ষ আদালতে সাক্ষী হাজির না করায় ফৌজদারি কার্যবিধির ২৬৫(জ) ধারায় বিচারকের আদেশে অভিযুক্ত ব্যক্তির খালাস পেয়েছেন।^{৪৩} রাষ্ট্রপক্ষের প্রমাণ দেখে শুনে এবং অভিযুক্ত ব্যক্তিকে পরীক্ষা করে বিচারক যদি নিশ্চিত হন যে অভিযোগের কোনো প্রমাণ নেই তাহলে তিনি খালাসের আদেশ দিতে পারেন। নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইবুনাল, রাজশাহীর ২০টি মামলার নথিতে দেখা যায়, ১২ টিতে কোন সরকারি কর্মকর্তা সাক্ষ্য দেননি। আদালতে ৬ টি মামলায় একজনও সাক্ষ্য দেননি; একটিতে তারিখ পড়েছিল ৮৫টি। অত্যন্ত ১১ টি মামলার আদেশ বলছে, সাক্ষী হাজির করতে ট্রাইবুনাল বছরের পর বছর গ্রেপ্তারি পরোয়ানা জারি করে গেছেন। সাক্ষাৎকারের সময় ৪ জন পাবলিক প্রসিকিউটর অভিযোগ করে বলেন যে পুলিশ সাক্ষী হাজির না করাতেই খালাসের রায় হচ্ছে। সাক্ষী হাজির করার ব্যাপারে সাক্ষাৎকারের সময় ১ জন পুলিশ কর্মকর্তা বলেন,

‘আদালতের সমন তাঁরা ফেলে রাখেন না। কিন্তু বিচার শুরু হলে সাক্ষীদের খুঁজে পাওয়া যায় না। এজাহারকারীসহ সাধারণ মানুষ সাক্ষ্য দিতে আগ্রহী হয় না। নিজের খরচে আসতে হয়, সারা দিন থাকতে হয়। বসার কোনো জায়গা নেই। পুলিশ সাক্ষীর অধিকাংশই বদলি হয়ে যান। নানা রকম কাজের চাপ থাকে। কখনো হয়তো বিচারক থাকেন না, ফিরে যেতে হয়। সাক্ষী এলেও অনেক সময় পিপিরা হাজির নেন না। আসামিপক্ষের প্রভাব আর লেনদেনের একটা বিষয় থাকে। তবে সাক্ষী না আসার সবচেয়ে বড় কারণ হল দুই পক্ষের মধ্যে আপস হয়ে যাওয়া।’

<http://www.lawjournalbd.com>, Published On - November 26, 2015 [Vol. 3, Jul - Dec, 2015], accessed on 6 May 2016

^{৪১} রাষ্ট্র বনাম ইয়াকুব আলী, মামলা নং ৪৮৬/২০০৩, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইবুনাল, রাজশাহী।

^{৪২} আছমা আক্তার জাহান, *বাংলাদেশে নারী নির্যাতন এবং আইনগত কাঠামো: আইন প্রয়োগকারী প্রতিষ্ঠানসমূহের ভূমিকা*, এফ ডব্লিউ এস আই এ, ঢাকা, ২০০৫, পৃষ্ঠা. ৫৬।

^{৪৩} বিয়ের প্রলোভন দেখিয়ে গণধর্ষণের অভিযোগে করা মিরপুর থানার ১৯৯৬ সালের একটি মামলা ২০০৩ সালে ঢাকার ৫ নম্বর ট্রাইবুনালে যায়। মামলাটির নিষ্পত্তি হয় ২০১৫ সালের নভেম্বরে। ৯৭টি তারিখে সমন পাঠানোর পর রাষ্ট্রপক্ষ মাত্র একজন সাক্ষীকে হাজির করেছিল এবং কোন সরকারি সাক্ষী আসেননি (আসাদুজ্জামান ও গোলাম মর্তুজা, ‘নারী ও শিশুরা বিচার পায়না’, *দৈনিক প্রথম আলো*, ০৮ মার্চ ২০১৮)।

৩.৩ পাবলিক প্রসিকিউটর ও আসামীপক্ষের আইনজীবীদের বাস্তব ভূমিকা

সাক্ষাৎকার হতে প্রাপ্ত তথ্য অনুসন্ধান করে জানা যায়, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন আইনের অপপ্রয়োগ হচ্ছে বলে মনে করেন ৪০% আইনজীবী কিন্তু আইনের প্রয়োগই হচ্ছেনা বলে মনে করেন ৬০% আইনজীবী। বাংলাদেশে নারী ও শিশু নির্যাতনের সংখ্যা কেন বাড়ছে জানতে চাওয়া হলে তারা নিম্নোক্তভাবে কারণগুলো উল্লেখ করেন :

কারণ	শতকরা হার
২০০০ সালের আইনের যথাযথ প্রয়োগের অনুপস্থিতি	৮০%
পুলিশ কর্তৃক ক্ষমতার অপব্যবহার	৬০%
মামলা নিষ্পত্তিতে বিলম্ব	৪০%
ফৌজদারী কার্যবিধি ও নির্যাতন দমন সম্পর্কিত আইনসমূহের দুর্বলতা	১০%

মহিলারা ন্যায়বিচার থেকে বঞ্চিত হচ্ছে স্বীকার করে আইনজীবীগণ তার পিছনে নিম্নোক্তভাবে কারণসমূহ উল্লেখ করেন,

কারণ	শতকরা হার
আইনজীবীদের অবহেলা ও দায়িত্বহীনতা	২০%
ত্রুটিপূর্ণ ও বিলম্বিত পুলিশ রিপোর্ট	৯০%
সাক্ষীদের মিথ্যা সাক্ষ্য অথবা অনুপস্থিতি	৯০%
দুর্বল ও পক্ষপাতমূলক মেডিকেল রিপোর্ট	৮০%
বিচারকদের পক্ষপাতমূলক আচরণ	১০%

শুধুমাত্র ২০% আইনজীবী মনে করেন নারীরা ন্যায়বিচার থেকে বঞ্চিত হওয়ার পিছনে অনেকগুলো কারণের মধ্যে তাদের দায়িত্বহীনতাও একটি। রূপালী বেগম^{৪৪} নামের একজন ভিকটিম সাক্ষাৎকারকালে বলেন যে ‘নির্যাতিতদের জন্য আইনজীবীদের কোন সহানুভূতি নাই, তারা শুধু টাকাকে চেনেন, মামলা দ্রুত নিষ্পত্তির চেয়ে তারা শুধু নতুন নতুন দিন ধার্য করতেই বেশী আগ্রহী’। বাংলাদেশের একটি বেসরকারী প্রতিষ্ঠান Bangladesh Institute of Law and International Affairs (BILIA) কর্তৃক পরিচালিত একটি গবেষণা কর্মে উল্লেখ করা হয় আদালতে মামলার কার্যক্রমের ৫০% বিলম্ব শুধুমাত্র ‘মূলতবী’র কারনেই সংঘটিত হয়।^{৪৫} আদালত কার্যক্রমের এই মূলতবী ঘটে বেশীরভাগ ক্ষেত্রে আইনজীবীদের স্বার্থেই।^{৪৬} অকারণে উচ্চ আদালতে

^{৪৪} মামলা নং ৬৭/২০০৮, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইবুনাল, রাজশাহী।

^{৪৫} M Zahir, *Delay in Courts and Court Management*, Bangladesh Institute of Law and International Affairs (BILIA), Dhaka, 1998, pp.8-9.

^{৪৬} Frequent adjournment and lawyer's tendency to drag a case are also major reasons for delay in disposing litigations. There are thousands of cases where parties are litigating against interlocutory/interim orders leaving their original case pending. (Dr. Rashid Askari, ‘Effects of Legal Congestion in Bangladesh’, *The Dhaka Courier*, 29 October 2015); Lawyers are known to take adjournments on frivolous grounds. The reasons range from death of the distant relative to family celebrations. With

রিভিশন করার জন্য, রায় প্রভাবিত করতে বিচারককে দেয়ার জন্য, তদন্ত রিপোর্ট পক্ষে নেয়ার উদ্দেশ্যে তদন্তকারী অফিসারকে দেয়ার জন্য আইনজীবীগণ তাদের মক্কেলদের নিকট থেকে অতিরিক্ত টাকা গ্রহণ করেন বলে সাক্ষাৎকার গ্রহনকালে অভিযোগ করেছেন ভিকটিমরা। একটি মামলার জন্য যত দিন ধার্য হয় আইনজীবীদের আয় তত বাড়ে। একারণে সাধারণত আইনজীবীগণ মামলা দ্রুত নিষ্পত্তি করার চেয়ে বিলম্বিত করার চেষ্টা বেশী করেন।⁸⁹ অনেক সময় আসামীদের আইনজীবীগণ যুক্তিতর্কের জন্য বা শুনানীর জন্য প্রস্তুত থাকেননা, ফলে তারা সময় আবেদন করেন।⁸⁹ বেশীরভাগ সময় পক্ষগণের নিকট থেকে টাকা না পেলে আইনজীবীগণ মামলার শুনানী করেননা বা আদালতে ঐ মামলায় উপস্থিত হননা বা ঐ মামলার ক্ষেত্রে তাদের আগ্রহ থাকেনা ফলে বিচারক নতুন দিন ধার্য করতে বাধ্য হন।⁸⁹

অভিযোগ রয়েছে বাদী, সাক্ষী, আসামী এই তিনটি পক্ষকেই পাবলিক প্রসিকিউটরদের (পিপি) সন্তুষ্ট রাখতে হয়।⁹⁰ পাবলিক প্রসিকিউটর ও সহকারী পাবলিক প্রসিকিউটরগণ পক্ষদের নিকট থেকে বিভিন্ন সুবিধা প্রদানের প্রতিশ্রুতিতে ও আদালতে উপস্থিতির জন্য টাকা গ্রহন করেন কিনা জানতে চাইলে ৫০% আইনজীবী তা সত্য বলে স্বীকার করেন কিন্তু বাকী আইনজীবীগণ কোন মন্তব্য করা হতে বিরত থাকেন। বিব্রতকর ও আপত্তিজনক প্রশ্ন ভিকটিমদেরকে যুক্তিতর্কের সময় করা হয় কিনা জানতে চাইলে ৭০% আইনজীবী বলেন আইনানুযায়ী সত্য উদঘাটনের জন্য কিছু প্রশ্ন করা হয় কিন্তু তা আপত্তিজনক বলে তারা মনে করেন না। অন্যদিকে ৪ জন পাবলিক প্রসিকিউটরকে পক্ষগণের নিকট থেকে টাকা গ্রহন করেন কিনা জানতে চাইলে তারা ইহাকে মিথ্যা ও বানোয়াট বলে আখ্যায়িত করেন। শুনানী না করে সাক্ষীদের আদালত থেকে ফিরিয়ে দেয়া হয় কিনা জানতে চাইলে পাবলিক প্রসিকিউটরগণ বলেন ‘অনেকসময় আমরা অন্যকাজে ব্যস্ত থাকি; আদালতে উপস্থিত থাকতে পারিনা, একারণে যদি সাক্ষীর ফিরে যায় তবে সে দোষ আমাদের নয়’। অথচ ভিকটিমরা সাক্ষাৎকারকালে বলেছেন যে মাঝে মাঝে ভিকটিমসহ সাক্ষীদেরকে শুনানী হবে না বলে ফিরে যেতে বলেছেন পাবলিক প্রসিকিউটর। অনেক সময় পিপি আসামী পক্ষের নিকট হতে টাকা নিয়ে সাক্ষীর

every adjournment the process becomes costly for the court and for the litigants; but the lawyers get paid for their time and appearance. More often than not, lawyers are busy in another court. They have taken up more cases than they can handle, hence, adjournments are frequently sought. (Ikhteder Ahmed, ‘Delay in Case of Disposal: Problems and Solutions’, *The Daily New Age*, 3 February 2012).

⁸⁹ Generally, in the subordinate judiciary lawyers are paid on the basis of days of appearance. This means a lawyer can take the greatest benefit by simply lingering on a case. Apart from that, many cases are concentrated among a handful of lawyers, and these lawyers adjourn cases simply because it is not practically possible for them to deal with all cases on the same day. See for more- Osman F, *Problems of Formal Justice Systems in Bangladesh*, BRAC Research and Evaluation Division, Dhaka, 2006.

⁸⁹ সাক্ষাৎকারকালে একজন বিচারক মন্তব্য করেছিলেন।

⁸⁹ ‘Bangladesh: SC moves to reduce backlog of cases’, *The Daily Star*, 12 January 2011.

⁹⁰ সালমা আলী, নারী ও শিশু নির্যাতন আইন, ২০০০ এর প্রয়োগ ও মূল্যায়ন, বাংলাদেশ জাতীয় মহিলা আইনজীবী সমিতি, ঢাকা, ২০০২, পৃষ্ঠা. ৭৫।

হাজিরা পেয়েও সাক্ষী উপস্থাপন করেন না। অধিকাংশ মামলায় ‘রুদ্ধদ্বার কক্ষে’ বিচার বা ক্যামেরা ট্রায়াল করার জন্য পাবলিক প্রসিকিউটর আবেদন করেন না বা এ বিষয়ে নীরব থাকেন।^{৫১} রাজশাহী জেলার মোহনপুর থানার লতিফা বিবি তার প্রতিবেশী মকছেদ আলী কর্তৃক ধর্ষণের শিকার হয় এবং এ বিষয়ে নারী ও শিশু নির্যাতন দমন আইন ২০০০ এ মামলা করা হয়। যখন প্রকাশ্য আদালতে ভিকটিমের জবানবন্দি শুরু হয় তখন ভিকটিম কাপড় দিয়ে মুখ বন্ধ করে কান্নাকাটি শুরু করে। সে সহজভাবে তার বক্তব্য দিতে পারছিলেন না। কিন্তু এ অবস্থায়ও পিপি ক্যামেরা ট্রায়াল বা রুদ্ধদ্বার কক্ষে বিচারের ব্যবস্থা করার জন্য আবেদন করেন নাই।^{৫২} যৌন অপরাধের শিকার নারীকে জেরার সময় আসামীপক্ষের আইনজীবীগণ দ্বারা পূর্বতন যৌন অভিজ্ঞতা সম্পর্কে কিংবা সংঘটিত অপরাধটি সম্পর্কে অপ্রাসঙ্গিক ও রসাত্মক প্রশ্ন করার ফলে নির্যাতিত নারী আদালতে এসে আবার মানসিক নির্যাতনের শিকার হন। অনেক ক্ষেত্রে এরকম পরিস্থিতিতে অনেক নারীই নীরব থাকেন অথবা অনেক প্রশ্নের উত্তর দেয়া থেকে বিরত থাকেন। এমনকি এরকম পরিস্থিতিতেও পাবলিক প্রসিকিউটর আসামীপক্ষের আইনজীবির বিপক্ষে কোন প্রতিবাদ না করে নীরব থাকেন। ফলে মামলায় প্রকৃত সত্য উদঘাটিত হয়না এবং মামলার রায় নির্যাতিতার বিপক্ষে চলে যায়।

৩.৪ বিচারকগণের বাস্তব ভূমিকা

সাক্ষাৎকারকালে সকল বিচারকগন বলেছেন যে আইন অনুযায়ী তারা বিচারকার্য পরিচালনা করেন এবং নারী ও শিশু নির্যাতন সংক্রান্ত মামলায় অপরাধীদের শাস্তি না হওয়ার ক্ষেত্রে তাদের কোন দায় নেই; তাদের সামনে যা উপস্থাপন করা হয় তার ভিত্তিতেই তারা রায় দেন। *State vs Nur Muhammad*^{৫৩} মামলার রায়ে আত্মপক্ষ সমর্থন করে একজন বিচারক বলেন:^{৫৪}

‘-----only having the option of harsh punishment like the death sentence or life imprisonment makes the Act of 2000 harder for justice to be served. Much of the time there is a lack or reliable witnesses, lack of eyewitnesses, lack of proper investigation, lack of proper collection of evidence and lack of submission of proper reports by experts. Due to these factors, as well as inefficiency, lack of accountability, intimidation of witness and complaints and so on, Judges often have no option but to acquit the accused, many of whom are actually guilty.

তারপরেও এ কথা সত্যি যে, যেকোন বিচার প্রক্রিয়ায় বিচারকদের প্রজ্ঞা, ন্যায়বিচার নিশ্চিত করার মানসিকতার উপর সুষ্ঠু বিচার নির্ভর করে। বিদ্যমান নারী ও শিশু নির্যাতন দমন আইনে ট্রাইবুনালের বিচারককে পুলিশ ও ডাক্তার কর্তৃক কৃত দূর্নীতি, অবহেলা ও উদ্দেশ্যে প্রণোদিতভাবে ভুল রিপোর্ট

^{৫১} আহমা আজার জাহান, *Op.cit*, পৃষ্ঠা. ৭২।

^{৫২} লতিফা বিবির সাথে সাক্ষাৎকার কালে প্রাপ্ত। *রাইজ বনাম মকছেদ আলী*, মামলা নং ৭৩/২০০৬, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইবুনাল, রাজশাহী।

^{৫৩} *State vs Nur Muhammad*, 38 DLR (1986) 349.

^{৫৪} UNDP, *Human Security in Bangladesh: In Search of Justice and Dignity*, United Nations Development Program (UNDP), Bangladesh, 2002, p. 101.

প্রদানের জন্য যে নিয়ন্ত্রণের ক্ষমতা দেয়া হয়েছে তা প্রয়োগের জন্য তারা অনেক সময় সচেষ্ট হননা। এ ক্ষেত্রে সীমা চৌধুরীর মামলার কথা বলা যায়।^{৬৬} সীমা চৌধুরীর মামলার সাক্ষ্য ও প্রমাণ পর্যালোচনার পর আদালতের নিকট যদিও প্রতীয়মান হয়েছিল যে, পুলিশ তদন্তকালে মামলা প্রমাণের জন্য অত্যাব্যশ্যকীয় তথ্যাদি সংগ্রহ করেনি, গুরুত্বপূর্ণ সাক্ষ্য ও প্রমাণ গোপন রেখেছে এবং মামলা যেন না প্রমাণিত হয় সেভাবে তদন্ত করে তদন্ত রিপোর্ট দাখিল করেছে। তথাপি বিচারক নারী ও শিশু নির্যাতন দমন আইন ২০০০ এর ১৮(৩)(৫) ধারানুসারে তদন্তকারী পুলিশ অফিসারের বিরুদ্ধে ব্যবস্থা গ্রহণের জন্য তার নিয়ন্ত্রণকারী কর্তৃপক্ষকে লিখেন নাই বা তদন্তকারী কর্মকর্তা পরিবর্তনের নির্দেশ দেন নাই। যৌন নির্যাতনের মামলার ভিকটিম ও সাক্ষীরা তাদের বক্তব্য রাখার মতো পরিবেশ পাচ্ছে কিনা, সে বিষয়টিও বিচারকগণ অনেক সময় নিশ্চিত করেন না বা সে বিষয়ে ভূমিকা রাখেন না। অনেকক্ষেত্রে বিচারকদের মধ্যেও নারীদের প্রতি নিরপেক্ষ মনোভাব নিয়ে কাজ না করার অভিযোগ পাওয়া যায়।^{৬৭} নারী ও শিশু নির্যাতন দমন আইনের ২০(২) ধারায় উল্লেখ আছে যে, মামলার শুনানী শুরু হলে প্রতি কর্মদিবসে একটানা ১৮০ দিনের মধ্যে ট্রাইব্যুনাল বিচারকার্য সমাপ্ত করবে। কিন্তু বাস্তব অবস্থা সম্পূর্ণ অন্যরূপ। নারী ও শিশু নির্যাতন দমন আইনের আওতায় বিশেষ ট্রাইব্যুনালের সংখ্যা প্রয়োজন থেকে কম হওয়ায়, ট্রাইব্যুনাল গুলোতে সবসময় ধারণ ক্ষমতার অতিরিক্ত মামলার চাপ থাকে। যার ফলে আইনে নির্ধারিত ১৮০ দিনের মধ্যে বিচার কার্য সম্পাদন করা সম্ভব হয় না বরং মামলা বছরের পর বছর চলতে থাকে। একটি মামলার^{৬৮} নথি পর্যবেক্ষণে জানা যায় সমন বা ওয়ারেন্ট যথাযথভাবে কার্যকর না হওয়ার কারণে এবং সাক্ষী উপস্থিত না হওয়ার কারণে মামলাটি প্রায় আট বছর ধরে নিষ্পত্তি হয়নি। মামলাটির বিচার কার্যক্রমে ডাক্তার ও তদন্ত কর্মকর্তার সাক্ষীর জন্য প্রায় দেড় থেকে দুই মাস সময়ের ব্যবধান রেখে ৫৫ টি তারিখ পড়েছিল। প্রতি তারিখেই বিচারক লিখেছেন সাক্ষীদের প্রতি ওয়ারেন্ট ইস্যু করা হোক। অথচ বিচারক সংশ্লিষ্ট থানার দায়িত্বপ্রাপ্ত কর্মকর্তার বিরুদ্ধে কোন কার্যক্রম গ্রহণ করেছেন এ মর্মে কোন আদেশ সংশ্লিষ্ট মামলার আদেশ নামায় নাই। বাংলাদেশের প্রচলিত সাক্ষ্য আইনের সুযোগ নিয়ে ধর্ষণের মামলায় বা যৌন নির্যাতনের মামলায় জেরা করার সময় ধর্ষণের শিকার নারীকে অনেক সময় অনভিপ্রেত ও আপত্তিকর প্রশ্নের মাধ্যমে চরিত্র হনন করা হয়। এ কারণে ধর্ষণের শিকার ব্যক্তি ও তাঁর পরিবার মামলা করতে নিরুৎসাহিত হন ও ন্যায়বিচার থেকে বঞ্চিত হন। রাষ্ট্র বনাম ইস্রাফিল,^{৬৯} মামলায় দেখা যায়, জেরার সময় অবৈধ সহবাস ব্যাখ্যা করতে ভিকটিমকে বাধ্য করেছিলেন আইনজীবীরা কিন্তু বিচারক সেই বিব্রতকর পরিস্থিতি নিয়ন্ত্রণ করার চেষ্টা করেননি। অধিকাংশ বিচারকগণের মতে আদালত কক্ষে ভিকটিমের বিরুদ্ধ পরিবেশের জন্য, আইনজীবীদের নোংরা ও আপত্তিকর ভাষা ব্যবহারের জন্য ও ক্যামেরা ট্রায়ালের অনুপস্থিতির জন্য ভিকটিমরা স্বাধীনভাবে তাদের বিরুদ্ধে সংঘটিত ঘটনা বর্ণনা করতে পারেননা। অথচ আদালতকক্ষে নারীবান্ধব পরিবেশ তৈরি করার দায়িত্ব সংশ্লিষ্ট বিচারকের কিন্তু বিচারক এই পরিবেশ তৈরি করার ব্যাপারে কখনই সচেষ্ট থাকেননা। অথচ ২০০০ সালের আইনের ২০ (৬) ধারায় স্পষ্ট উল্লেখ আছে যে কোন

^{৬৬} BNWLA, *A Research on Rape and Burden of Proof*, Bangladesh National Women Lawyers Association, Dhaka, 1999, p. 52.

^{৬৭} আহমা আজার জাহান, *Op.cit*, পৃষ্ঠা. xvi.

^{৬৮} রাষ্ট্র বনাম ফজলুল হক, মামলা নং ৩০/৯৬, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন বিশেষ আদালত নং-১, ঢাকা।

^{৬৯} *State vs Israfil*, Case no. 58/95, Cantonment Thana, Dhaka; See more- Naripokkho, *Gender and Judges: A Pilot Study in Bangladesh*, Naripokkho, Dhaka, 1997.

ব্যক্তির আবেদনের প্রেক্ষিতে কিংবা ট্রাইব্যুনাল স্বীয় বিবেচনায় উপযুক্ত মনে করিলে এই আইনের ধারা ৯ এর অধীন অপরাধের বিচার কার্যক্রম রুদ্ধদ্বার কক্ষে (trial in camera) অনুষ্ঠান করিতে পারবে।

৩.৫ মেডিক্যাল পরীক্ষা সংক্রান্ত বিষয়ে ডাক্তার ও অন্যান্য ব্যক্তিবর্গের বাস্তব ভূমিকা

আঘাত, ধর্ষণ, এসিড মামলার জন্য ডাক্তারের সার্টিফিকেট ও রাসায়নিক পরীক্ষকের রিপোর্ট খুব গুরুত্বপূর্ণ। এ সব বিষয়ে মেডিক্যাল পরীক্ষা যথাসময়ে ও যথার্থভাবে না করা হলে আলামত প্রমাণে আসে না এবং মামলা গুরুত্ব হারায়। ১০ জন ভিকটিমের মধ্যে ৮ জন ডাক্তারী পরীক্ষা করিয়েছিলেন। ডাক্তারদের সম্পর্কে তাদের অনুভূতি সর্বদাই ছিল অসন্তোষজনক। একজন ডাক্তার^{৬৪} বলেন অধিকাংশ ক্ষেত্রে এরকম পরীক্ষা করতে মহিলা ডাক্তাররা আগ্রহী হননা ভবিষ্যতব্য কিছু আইনগত হয়রানীর ভয়ে সেক্ষেত্রে পুরুষ ডাক্তারদেরকে দিয়ে পরীক্ষাগুলো করা হয়। সাক্ষাৎকারকালে ৮০% ভিকটিম জানিয়েছিলেন যে তারা পুরুষ ডাক্তার কর্তৃক ডাক্তারী পরীক্ষা করতে বাধ্য হয়েছিলেন কারণ মহিলা ডাক্তার ছিলনা। ডাক্তারদের আচরণ কেমন ছিল প্রশ্ন করা হলে উত্তরে ৮০% বলেছিলেন ডাক্তারগণ হয়রানী ও ভীতিমূলক আচরণ করেছিলেন। ২০১৬ সালের ২০ মার্চ কুমিল্লা ভিক্টোরিয়া সরকারি বিশ্ববিদ্যালয় কলেজের ছাত্রী ও নাট্যকর্মী ১৯ বছর বয়সী সোহাগী জাহান তপুর লাশ কুমিল্লা ক্যান্টনমেন্টের এক জঙ্গলে পাওয়া যায়। এ ঘটনায় এপ্রিল মাসে প্রথম ময়না তদন্তের প্রতিবেদন দেয়া হয়। প্রতিবেদনে মাথার পেছনের জখমের কথা গোপন করা হয় এবং গলার নিচের আঁচড়কে পোকাকামড় বলে উল্লেখ করা হয়। এই নিয়ে ব্যাপক বিতর্ক ও প্রতিবাদের কারণে মেডিকেল বোর্ড গঠন করে দ্বিতীয় দফা লাশের ময়না তদন্ত করার নির্দেশ দেয় আদালত। এরপর দ্বিতীয় দফায় ময়না তদন্তের সময় ডিএনএ পরীক্ষা করে ধর্ষণের আলামত পাওয়া গেছে বলে মামলার তদন্তকারী কর্মকর্তা কুমিল্লা সিআইডি'র বিশেষ পুলিশ সুপার নিশ্চিত করেন। তবে দ্বিতীয় দফা ময়না তদন্ত প্রতিবেদনটিও মৃত্যুর কারণ ও ধর্ষণ বিষয়ে অস্পষ্টতা রেখে জমা দেয়া হয়। তথু হত্যাকাণ্ডের মতো আলোচিত ঘটনার দুই রিপোর্টের মধ্যে গরমিল থাকায় স্বাভাবিকভাবেই অন্যান্য ধর্ষণ হত্যার ঘটনাগুলোর ময়নাতদন্ত সঠিকভাবে ও বাহ্যিক চাপ বহির্ভূতভাবে হচ্ছে কি না এই নিয়ে প্রশ্ন উঠেছে।^{৬৫} এই ধরনের স্পর্শকাতর বিষয়গুলোর ক্ষেত্রে ময়না তদন্তকারী অনেক ডাক্তারের বিরুদ্ধে ঘুষ গ্রহণের মাধ্যমে বা উর্দ্ধতন কর্তৃপক্ষের চাপের কারণে ময়না তদন্ত রিপোর্ট পরিবর্তনের অভিযোগ রয়েছে, যা ন্যায়বিচার পাওয়ার ক্ষেত্রে বড় বাধা হিসেবে কাজ করছে।^{৬৬} সাক্ষাৎকার হতে প্রাপ্ত তথ্য অনুসন্ধান করে জানা যায় নারী নির্যাতনের মামলার টেস্ট করাতে গেলে ভিকটিমরা নিম্নোক্ত সমস্যার সম্মুখীন হয়:

^{৬৪} Interview with Dr. Rosy Ara Khatun, Medical Officer, Medical Sub-dipo, Divisional Office, Rajshahi.

^{৬৫} দৈনিক প্রথম আলো, ১৭ মে ২০১৬।

^{৬৬} Odhikar, *Human Rights and Police: Bangladesh Perspectives*, Odhikar, Dhaka, 2002; Afroza Begum, *Protection of Women Rights in Bangladesh: A Legal Study in an International and Comparative Perspective*, Unpublished Ph.D thesis submitted to the Faculty of Law, University of Wollongong, Australia, 2004, p.327.

- ডাক্তাররা ম্যাজিস্ট্রেটের অনুমতি ছাড়া নির্যাতনের মামলার রোগীকে দেখতে চায় না; মেডিক্যাল পরীক্ষার রিপোর্ট প্রদানের জন্য ৮ টাকা মূল্যমানের স্টাম্প প্রয়োজন হয় এবং হাসপাতাল কর্তৃপক্ষ এ স্টাম্প সময়মত সরবরাহ করেনা; নারীদের প্রতি পুরুষ ডাক্তারের নেতিবাচক দৃষ্টিভঙ্গি কাজ করে।^{৬২} রোগী এবং রোগীর আত্মীয় স্বজনের সাথে, নার্স, আয়া ও অন্যান্য চতুর্থ শ্রেণীর কর্মচারীরা নিয়মিত দুর্ব্যবহার করে। জরুরি বিভাগে আগত নিরীহ রোগীরা হাসপাতালে কর্মচারীদের খপ্পরে পড়ে নানাভাবে প্রতারণা ও হয়রানির শিকার হয়।

ডাক্তারদের বক্তব্য অনুযায়ী সাক্ষী দিতে গেলে তাদেরকে আদালতে আসামী পক্ষের আইজীবীদের আবাস্তর ও অপ্রাসঙ্গিক প্রশ্নের সম্মুখীন হতে হয়; নির্যাতনের মামলার বিষয়ে কাজ করতে ও সাক্ষী দিতে তারা নিরাপত্তা হীনতায় ভোগেন; সাক্ষী দিতে গেলে ডিএ বাবদ তারা মাত্র পাঁচ টাকা পান এবং এই টাকা উঠানো একটি জটিল বিষয়; ফরেনসিক টেস্টের জন্য অতিরিক্ত দায়িত্ব হিসেবে কোন ভাতা দেয়া হয় না; আদালতে বসার ব্যবস্থা নাই বিধায় সাক্ষী দিতে গিয়ে এক বিব্রতকর অবস্থার মধ্যে তাদেরকে পড়তে হয়; ধার্য তারিখে আদালতে সকাল ভাগে হাজির হলেও সাক্ষ্য দেওয়ার জন্য পুরোদিন থাকতে হয়; সাক্ষী দিতে গেলে তাদের দিনের অন্যান্য গুরুত্বপূর্ণ কাজ অসম্পাদিত থেকে যায়; অনেক সময় সাক্ষী দিতে গেলেও সাক্ষ্য গ্রহণ করা হয়না, ইত্যাদি কারণে ডাক্তাররা আদালতে সাক্ষী দিতে অনগ্রহ প্রকাশ করে। সাক্ষাৎকারকালে তারা আরো বলেন, ফরেনসিক বিভাগে নারী ডাক্তার নাই। পুরুষ ডাক্তারের কাছে অনেক ধর্ষণের শিকার ভিকটিম ফরেনসিক টেস্ট করতে চায় না।^{৬৩} একটি গবেষণায় দেখা যায় হাসপাতালে চিকিৎসা ও টেস্ট করাতে আসা ৮৬টি মামলার ভিকটিমকে জরুরি বিভাগে ভর্তি করা হল ৭০% রুগীকে পুরুষ ডাক্তার দেখে এবং ৩০% রুগীকে নারী ডাক্তার দেখে। গাইনীতে ৮৮% রোগীকে নারী ডাক্তার দেখে এবং ফরেনসিক বিভাগে ১০০% রোগীকে পুরুষ ডাক্তার দেখে।^{৬৪}

^{৬২} পুলিশের মত ডাক্তারদের অনেকে নারী নির্যাতনের ভিকটিমকে নেতিবাচক দৃষ্টিভঙ্গি নিয়ে দেখে। ঢাকা মেডিক্যাল কলেজের এক ডাক্তার তার এক সহকর্মীকে বলেন “তোমরা হয়ত শুনলে মনক্ষুণ্ণ হবে ধর্ষণ কেসে যারা টেস্ট করাতে আসে তারা অধিকাংশ অভ্যাসগত থাকে। এর বেশিরভাগই আসে গার্মেন্টস থেকে।” গোপালগঞ্জের মকসুদপুর এলাকার ফাতেমা, বয়স ১২ বছর। তাকে এলাকার কয়েকজন লোক অপহরণ করে বণ্ডুড়ায় নিয়ে যায় এবং সেখানে তাকে প্রায় এক মাস আটক করে রাখে এবং ধর্ষণ করে। সেখান থেকে তাকে উদ্ধার করার পর আসামীদের বিরুদ্ধে মামলা করা হয় এবং ডাক্তারী পরীক্ষাতে দেয়া হলে ডাক্তার যৌন কাজে অভ্যাসগত বলে রিপোর্ট দেয়। অথচ আসামীরা তাকে আটক করে রেখেছিল তা ডাক্তারের বিবেচনায় ছিল না। বিস্তারিত দেখুন, আছমা আক্তার জাহান, *Op.cit.*

^{৬৩} ধর্ষণের শিকার রুনা লায়লাকে ফরেনসিক টেস্টের জন্য যখন ডাক্তারের কাছে নিয়ে যাওয়া হয় তখন মেয়েটি পুরুষ ডাক্তারের কাছে পরীক্ষা করাবে না বলে মতামত ব্যক্ত করে। তাকে যখন বুঝিয়ে পরীক্ষা করাতে সম্মত করা হয় এবং পরীক্ষা করার জন্য ডাক্তারের কাছে নিয়ে যাওয়া হয় তখন ডাক্তার ও আয়া বেশ চিৎকার করে বলছিল “তোমাকে পরীক্ষা করার সময় জামা কাপড় খুলে আমাকে দেখাতে হবে। তুমি পরীক্ষা করাতে রাজি আছো কি-না?” তখন মেয়েটি পরীক্ষা না করিয়ে বের হয়ে আসে। ঢাকা মেডিক্যাল কলেজের ফরেনসিক বিভাগে ২৫/০৩/২০০১ ইং তারিখে মিরপুর থানা থেকে তিনটি মেয়েকে মেডিকোলিগ্যাল পরীক্ষা করাতে নিয়ে আসা হয়। ২৪/০৩/২০০১ তারিখে রাত ১০ টার সময় গার্মেন্টস থেকে ফেরার পথে ৭/৮ জন সন্ত্রাসী পথরোধ করে অস্ত্রের মুখে মীরপুর থানার কাছে প্রাথমিক জেলা শিক্ষা অধিদপ্তরের মাঠে নিয়ে মেয়ে তিনটিকে গণধর্ষণ করে। মেডিকোলিগ্যাল পরীক্ষা করতে এসে যখন শুনল যে পুরুষ ডাক্তার পরীক্ষা করবে তখন তারা পরীক্ষা করাবে না বলে জানায়। কান্নাকাটি শুরু করে এবং বলে “পুরুষ ডাক্তার পরীক্ষা করালে আমাদের লাশ নিয়ে যেতে হবে।” বিস্তারিত দেখুন, আছমা আক্তার জাহান, *Op.cit.*

^{৬৪} *Ibid.*

৩.৬ নারী ও শিশু নির্যাতন দমন আইন, ২০০০-এর আইনগত দুর্বলতা

আইন যদি হয় ত্রুটিপূর্ণ তবে তা অপরাধীকে নিয়ন্ত্রন করতে পারে না; ভিকটিমের ন্যায় বিচার প্রাপ্তিতে বাধা হয়ে দাঁড়ায়; ভিকটিমের ভোগান্তিকে আরো বাড়িয়ে দেয়। এই আইনে যাবজ্জীবন কারাদণ্ড ও মৃত্যুদণ্ডের মতো কঠোর শাস্তির বিধান থাকায় ‘সন্দেহাতিতভাবে প্রমানিত হয়নি’ এর সুবিধা নিয়ে আসামী অপরাধের সাথে সংশ্লিষ্ট থাকা স্বত্ত্বেও খালাস পেয়ে যায়।^{৬৫} অপরাধের গুরুত্ব বিবেচনায় সর্বোচ্চ শাস্তি হতে ন্যূনতম শাস্তি প্রদানের বিধান থাকলে এরকম খালাসের আদেশ কম হতো। আইনে পুলিশ কর্তৃক রিপোর্ট দাখিল করার জন্য সময়সীমা নির্ধারিত থাকলেও^{৬৬} ডাক্তারী পরীক্ষার রিপোর্ট বা রাসায়নিক পরীক্ষার রিপোর্ট দাখিল করার জন্য নির্ধারিত সময়সীমা আইনে উল্লেখ করা হয়নি। তদন্তকারী কর্মকর্তা এবং ডাক্তার সাক্ষী সমন পেয়েও আদালতে উপস্থিত না হলে তার বিরুদ্ধে শাস্তির বিধান কি তা আইনে উল্লেখ নেই। ফলে তদন্তকারী কর্মকর্তা এবং ডাক্তার সাক্ষীর জন্য মামলা বছরের পর চলতে থাকে। চিকিৎসকের বা তদন্তকারী পুলিশ কর্মকর্তার বিরুদ্ধে কর্তব্যে অবহেলা বা অসৎ কর্মকাণ্ডের জন্য ট্রাইবুনাল শুধু নিয়োগকারী কর্তৃপক্ষকে ব্যবস্থা নেয়ার কথা বলতে পারেন কিন্তু আইন এক্ষেত্রে ট্রাইবুনালকে সরাসরি শাস্তি প্রদানের ক্ষমতা দেয়নি। সাক্ষ্য আইনের ১৫৫(৪) ধারানুসারে বাদী বা সাক্ষীদের অতীত চরিত্র বিশ্লেষণের প্রবণতা বিচারিক প্রক্রিয়ায় আসার জন্য বাদী বা সাক্ষীদের মধ্যে মামলার বিষয়ে অনাগ্রহ তৈরী করে।

৩.৭ বিলম্বিত ফৌজদারী বিচার কার্যক্রম

বাংলাদেশে একটি ফৌজদারী মামলার প্রাথমিক তথ্য বিবরণী দাখিল থেকে শুরু করে মামলাটি শেষ হওয়া পর্যন্ত গড়ে ১০ থেকে ২০ বছর পর্যন্ত সময় লেগে যায়।^{৬৭} এতে মামলাকারী ব্যাপকভাবে আর্থিক ক্ষতির মধ্যে পড়ে।^{৬৮} কখনো কখনো সাক্ষীরা মারা যাওয়ার কারণে সাক্ষ্য প্রমান বিনষ্ট হয় বিধায় যে ন্যায়বিচার পায়না। বর্তমানে দেশের ৪৬টি জেলায় ৫৪টি নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইবুনাল রয়েছে। ১৮টি জেলায় জেলা ও দায়রা জজগণ নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইবুনালের অতিরিক্ত দায়িত্ব পালন করেন।^{৬৯} নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইবুনালের হিসাব অনুযায়ী গত ৩১ মার্চ ২০১৭ পর্যন্ত ১৫৮৮-৬৯ টি মামলা বিচারার্থীন রয়েছে।^{৭০} ৫৪জন বিচারকের পক্ষে এই মামলার জট কমানো কোনভাবেই সম্ভব নয়। মামলা নিষ্পত্তিতে দেরী হওয়ার আর একটি অন্যতম কারণ

^{৬৫} Justice Md. Hamidul Haque, ‘Trial of Criminal Cases: Loopholes and Deficiencies in the Existing Laws’, 58 DLR 2006, Jr p. 9.

^{৬৬} ধারা ১৮, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন আইন, ২০০০.

^{৬৭} M Faiz Ud-Din and M Abdul Hannan, *Protection of Human Rights in Criminal Justice: Bangladesh Perspective*, Research Project 1998, Rajshahi University, Bangladesh, 2000, p.147; *State vs. Deputy Commissioner of Shatkhira*, 45 DLR (1993) 643; Md. Nur Islam, ‘Justice Delivery System: Internal Component for Delay Should be Eliminated’, *The Daily Star*, 1 July 2003, p.22; Z Hossain, ‘One and a Half Thousand Forgotten Detainees in Dhaka Jail’, *The Daily Prothom Alo*, Dhaka, 03 February 2002; Sultan Mohammad Wohid, ‘Justice Delayed is Justice Denied’, *The Daily Star*, 01 July 2008, p.23.

^{৬৮} Dr. M. Shah Alam, *Problems of Delay and Backlog Cases*, *The Daily Star (Supplements)*, 19 February 2010.

^{৬৯} প্রতিবেদন, জাতীয় বিচার বিভাগীয় সম্মেলন, বঙ্গবন্ধু আন্তর্জাতিক সম্মেলন কেন্দ্র, ২৪-২৫ ডিসেম্বর, ২০১৬।

^{৭০} *Ibid.*

মামলার কার্যক্রম স্থগিতকরন। আইনানুযায়ী বিচারক পক্ষগনের সুবিধার জন্য এই আদেশ প্রদান করতে পারেন। নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইবুনাল, রাজশাহীর ২০ টি মামলার নথি পর্যালোচনা করে জানা যায় যে, ৪০% মামলায় সাক্ষী উপস্থিত না হওয়ার কারণে, ১০% মামলায় আসামী উপস্থিত না হওয়ার কারণে, ১০% মামলায় বেঞ্চ অফিসারের অনুপস্থিতির কারণে এবং ৪০% মামলায় পিপির অনুপস্থিতি ও আইনজীবীদের আদালতে সময় আবেদনের পরিপ্রেক্ষিতে আদালত কার্যক্রম মুলতবী করেছিলেন। নজরুল ইসলাম বনাম রাষ্ট্র^{১১} মামলায় আসামী ট্রাইবুনালের রায় ঘোষণা হওয়ার পূর্বে ৯.৫ বছর ঐ মামলায় আটক ছিলেন এবং অহেতুক Adjournment –এর কারণে এমনটি ঘটেছিল। নতুন আইনজীবী নিয়োগ, পক্ষগনের কেউ অসুস্থ, আইনজীবী অসুস্থ, সাক্ষীর অনুপস্থিতি, হরতাল অথবা অ্যাডভোকেটদের মনমতো অন্য যুক্তি দেখিয়ে তারা মামলার শুনানীর জন্য সময় আবেদন করে। অনেক সময় ট্রাইবুনালের কোন পক্ষ ট্রাইবুনাল কর্তৃক প্রদত্ত অন্তর্বর্তী কোন আদেশ, ট্রাইবুনালের অপরাধ আমলে গ্রহন, চার্জগঠন প্রভৃতি বিষয় চ্যালেঞ্জ করে হাইকোর্টে আবেদন করে। উক্ত আবেদনের সাথে তারা ট্রাইবুনালের মামলার কার্যক্রমের উপর স্থগিতাদেশ চায় এবং হাইকোর্ট তা মঞ্জুর করে তাদের আবেদন নিষ্পত্তি না হওয়া পর্যন্ত। একাধিক আইনজীবী বলেন ক্ষেত্রে অনেক মামলায় পক্ষগন আর হাইকোর্টে মামলার তদবীর করেন না; দিনের পর দিন শুনানীর জন্য দিন ধার্য হয় কিন্তু আবেদন নিষ্পত্তি হয়না; অন্যদিকে ট্রাইবুনালে মামলার স্থগিতাবস্থা থেকে যায়। মামলার প্রক্রিয়া দীর্ঘ হওয়ার এটিও অন্যতম একটি কারণ। যেসকল আবেদন হাইকোর্ট বিভাগ নিষ্পত্তি করে সেক্ষেত্রেও অনেক সময় লেগে যায়। হাইকোর্টের একজন আইনজীবী বলেন^{১২} যখন কোন ব্যক্তি তার বিরুদ্ধে আনা ক্রিমিনাল চার্জ Quashment এর জন্য হাইকোর্টে আসেন, তখন তার আইনজীবী সর্বপ্রথম ট্রাইবুনালের মামলাটির কার্যক্রম স্থগিত করার জন্য Stay order চান। Stay order এর নির্দিষ্ট সময় অতিবাহিত হলে ঐ আইনজীবী সময় বৃদ্ধি করার জন্য আবেদন করেন কিন্তু Quashment এর আবেদন নিষ্পত্তি করার জন্য চেষ্টা করেন না। ফলে তার আবেদনটি ঝুলে থাকে কিন্তু Stay order বর্ধিত হতেই থাকে। এক্ষেত্রে ঐ ব্যক্তি জানেন Quashment এর আবেদন নিষ্পত্তি হলে ট্রাইবুনালে মামলা চলমান হবে এবং রায় তার বিপক্ষে যাবে। সঙ্গত কারণে আইনজীবীকে দিয়ে সুকৌশলে হাইকোর্টের নিকট থেকে Stay order বর্ধিত করে নিয়ে তিনি ট্রাইবুনালের মামলা দীর্ঘায়িত করেন। মামলা দীর্ঘায়িত হলে সাক্ষ্য প্রমাণ যেমন হারিয়ে যাওয়ার সম্ভাবনা তৈরি হয় তেমনি সাক্ষীদের স্মরণশক্তিও মরিচা ধরে যায়। ফলশ্রুতিতে মামলার ঘটনা প্রমানিত হয়না, আসামীরা খালাস পেয়ে যায় এবং নির্যাতিতরা প্রতিকার পাওয়া থেকে বঞ্চিত হয়।

৩.৮ দূর্নীতি

নির্যাতিতাদের জন্য ন্যায়বিচার নিশ্চিত করার ক্ষেত্রে দূর্নীতি একটি বড় বাঁধা এবং বাংলাদেশে এটি একটি প্রাতিষ্ঠানিক ব্যবস্থায় পরিনত হয়েছে। একটি গবেষণায় উল্লেখ করা হয় যে একটি ফৌজদারী মামলার প্রতিটি স্তরে দূর্নীতি বিস্তার করে।^{১৩} ২০১৭ সালে টি আই বি কর্তৃক পরিচালিত

^{১১} 66 DLR (AD) (2014) 199.

^{১২} Advocate Md Sultan Mahmud, High Court of Bangladesh.

^{১৩} M S Islam, *Corruption Nexus in Bangladesh: An Empirical Study of the Impacts of the Judicial Governance*, Asian Legal Resource Centre, Hong Kong, Chap. III, 2010, P.23.

'Household Survey on Corruption in Service Sectors' গবেষণায় উল্লেখ করা হয়, বাংলাদেশের বিচার বিভাগ অন্যতম দুর্নীতিগ্রস্ত একটি প্রতিষ্ঠান।^{৯৪} এই গবেষণায় তথ্যমতে ৭৩% অভিযোগকারী আদালতের কর্মকর্তা/কর্মচারীকে ঘুষ দিতে বাধ্য হয় এবং ৮৮.৫% অভিযোগকারী মনে করেন অর্থ খরচ অথবা প্রভাব ছাড়া ন্যায় বিচার পাওয়া অসম্ভব। UNDP পরিচালিত অন্য একটি গবেষণায় দেখা যায় দেশের ৩১% মানুষ মনে করে বিচারিক ব্যবস্থায় ঘুষের টাকার লেনদেন হয়।^{৯৫} অন্যদিকে টিআইবি পরিচালিত গবেষণাকর্ম 'State of Subordinate Courts in Bangladesh: Governance Challenges and Way Forward' এ বলা হয় নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইবুনাল সহ সকল আদালতে মামলা দীর্ঘ করার চেষ্ঠায় দুর্নীতি জড়িত এবং আদালতের রায়কে প্রভাবিত করার জন্য বিশ হাজার থেকে দশ লক্ষ পর্যন্ত ঘুষের টাকার লেনদেন হয়। এই গবেষণায় আরো বলা হয় সরকারী আইনজীবী মামলা প্রত্যাহার কিংবা সাক্ষ্যগ্রহনসহ অন্যান্য কাজের জন্য পক্ষগণের নিকট থেকে দুইশত থেকে ষাট হাজার পর্যন্ত টাকা গ্রহন করে।^{৯৬} উক্ত গবেষণামতে ঘুষের সংস্কৃতি এমন ভাবে ছড়িয়ে পড়েছে পক্ষগণ ঘুষ না দিলে হয় মামলা নিষ্পত্তিতে দেরী হবে নয়তো তাদেরকে নানারকম হয়রানীর মধ্যে পড়তে হবে এবং এই ঘুষের টাকার পরিমাণ সুনির্দিষ্টভাবে উল্লেখ করা যায়না কারন এটা নির্ভর করে মামলার অবস্থা, জামিনের গুরুত্ব, আসামীদের সংখ্যা, অভিযোগ কারীর অবস্থা প্রভৃতি বিষয়ের উপর।^{৯৭} সাক্ষাৎকার গ্রহণকালে আইনজীবীদের দুর্নীতি সম্পর্কে ভিকটিমদের জিজ্ঞাসা করা হলে ৪০% ভিকটিম জানিয়েছিলেন যে সরকারী আইনজীবীকে কোন টাকা পয়সা তাদের দিতে হয়নি কিন্তু ৬০% ভিকটিম জানিয়েছিলেন যে দ্রুত তারিখ ফেলানো, পুলিশকে ম্যানেজ করা, মামলার রায় প্রভাবিত করতে বিচারককে দেয়ার জন্য সরকারী আইনজীবী তাদের নিকট থেকে বিভিন্ন সময়ে বিভিন্ন অংকের টাকা গ্রহন করেছিলেন। তাদের মতে কখনো কখনো আসামী পক্ষের আইনজীবীগণও আসামীদের নিকট থেকে বিচারককে, সরকারী আইনজীবীকে অথবা পুলিশকে দেবেন বলে ঘুষের টাকা গ্রহন করেন।^{৯৮} দুর্নীতির বিষয়ে Court Official দের বিরুদ্ধেও তাদের বিভিন্ন রকম অভিযোগ ছিল। ৫০% ভিকটিম জানিয়েছিলেন যে বিভিন্ন কারণে Court Official দেরকে টাকা দিতে হয়েছিল। লতিফা বিবি^{৯৯} নামের একজন ভিকটিম বলেন, পেশকারের নিকট থেকে মামলার পরবর্তী তারিখ জানতে হলে, প্রয়োজনীয় কাগজপত্র বা আদেশের ফটোকপি নিতে হলে টাকা ছাড়া কোন বিকল্প নেই। পেশকাররা কেইসের তারিখ নির্ধারণ এবং আদালতে কোন কেইস আগে কোন কেইস পরে শুনানী হবে, সাক্ষীদের প্রতি সমন প্রেরণ করা বিষয়ে পক্ষদের কাছ থেকে টাকা নেয়।^{১০০} পুলিশী কার্যক্রমেও ঘুষ

^{৯৪} TIB, *Subordinate Court System of Bangladesh: Governance Challenges and Ways Forward*, Transparency International Bangladesh (TIB), Dhaka, 30 November 2017, p.7

^{৯৫} UNDP, *A Challenge for Change Timely Justice for All in Bangladesh: Court Processes, Problems and Solutions*, Supreme Court of Bangladesh & United Nations Development Programme, 2015.

^{৯৬} See, 'Governance deficit in lower judiciary', *The Daily Asian Age*, 01 December 2017.

^{৯৭} TIB, *Op.cit*, p.7.

^{৯৮} সাক্ষাৎকার থেকে প্রাপ্ত।

^{৯৯} মামলা নং ৭৩/২০০৬, নারী ও শিশু নির্যাতন দমন ট্রাইবুনাল ১, রাজশাহী।

^{১০০} আছমা আজার জাহান, *Op.cit*, পৃষ্ঠা. ৬৯।

একটি অন্যতম উপসর্গ। অভিযোগ রয়েছে ঘুষ ছাড়া পুলিশ এক ইঞ্চিও সামনে এগোয় না।^{৮১} অভিযোগকারীনি victim দের সাক্ষাৎকার গ্রহনকালে তারা অকপটে পুলিশের ও ডাক্তারের দুর্নীতির কথা স্বীকার করেন। তাদের মতে প্রাথমিক অভিযোগপত্র দাখিলের প্রাক্কালে অভিযোগ গ্রহনের জন্য, আসামী ধরার জন্য, আসামীকে রিমাণ্ডে নেয়ার জন্য, চার্জশীটে অভিযুক্তদের নাম রাখার জন্য, সমন ও ওয়ারেন্ট কার্যকর করার জন্য, সাক্ষীদের হাজির হতে বাধ্য করার জন্য তদন্তকারী পুলিশ কর্মকর্তাকে ঘুষ দিতে হয়েছে।^{৮২} অন্যদিকে ডাক্তারদের প্রসঙ্গে তারা বলেন ঘুষ ছাড়া ডাক্তারী সার্টিফিকেট পাওয়া অসম্ভব ব্যাপার। মেডিক্যাল রিপোর্ট প্রদান করার ক্ষেত্রে ভিকটিমদের মধ্যে ২০% বলেছিলেন ডাক্তারগণ টাকা ছাড়া সঠিক ও সময়মতো রিপোর্ট দিয়েছিলেন, ৬০% বলেছিলেন যে ডাক্তারগণ টাকা চেয়েছিলেন এবং টাকা পাওয়ার পর রিপোর্ট প্রদান করেছিলেন এবং ২০% টাকা না দেয়ার জন্য পক্ষপাতমূলক রিপোর্ট পেয়েছিলেন।

৪. সুপারিশ ও উপসংহার

উপরোক্ত আলোচনার পরিপ্রেক্ষিতে বলা যায় বাংলাদেশের নির্যাতিত নারী ও শিশুরা নিরাপত্তাহীনতার ভয়ে, পুলিশ কর্তৃক হয়রানীর শিকার হবার ভয়ে, সামাজিকভাবে হেয় হবার ভয়ে, অর্থ সংকটের কারণে, পারিবারিক চাপের কারণে কিংবা পরিবারের সম্মান রক্ষার্থে অনেক সময় মামলা করা থেকে বিরত থাকে বা মামলা করতে নিরুৎসাহিত হয়। অনেকসময় আপোষ মীমাংসার কারণে নির্যাতিত নারী ও শিশুরা মামলা করেনা। ফলে দেখা যায় যে সংখ্যক নারী ও শিশু নির্যাতনের ঘটনা ঘটছে সে সংখ্যক মামলা দায়ের হচ্ছে না। তারপরেও যে সংখ্যক মামলা হয় তা খুবই কম সংখ্যক। বাংলাদেশের বিচার ব্যবস্থা ব্যবহুল ও সময়সাপেক্ষ হবার কারণে নির্যাতিতা নারী ও শিশুরা মামলা করলেও পরবর্তীতে মামলা চালাতে আগ্রহ হারিয়ে ফেলে এবং অধিকাংশ মামলার ক্ষেত্রে আসামীদের সাথে আপোষ করে ফেলেন। এরপরেও যে সকল মামলা বিচারের জন্য থেকে যায় আইন প্রয়োগের সাথে জড়িত পুলিশ, ডাক্তার, আইনজীবী ও বিচারকদের কৃতকর্মের ফলে সেই মামলাগুলোর মধ্যে অনেক মামলায় নির্যাতিতা নারী ও শিশুরা আইনের সুফল থেকে বঞ্চিত হয় তথা অধিকাংশ মামলায় ঘটনা প্রমাণিত না হওয়ায় খালাসের রায় হয় এবং খুব নগন্য সংখ্যক মামলায় আসামীরা শাস্তি পায়। বাংলাদেশের আইন কমিশনের রিপোর্ট অনুযায়ী নারী ও শিশু নির্যাতনের ঘটনায় ১০% এর কম আসামী নারী ও শিশু নির্যাতন দমন আইন, ২০০০ এর অধীনে শাস্তি পায়।^{৮৩} মামলার অনুপাতে ট্রাইবুনাল ও বিচারক সংকট, নারী পুলিশ অফিসার, আইনজীবী ও ডাক্তারের অপ্রতুলতা, ফরেনসিক বিভাগের অপ্রতুলতা, বিভিন্ন ক্ষেত্রে প্রয়োজনীয় জনবলের অভাব, সমন ইস্যুতে অনিয়ম এবং আইন প্রয়োগকারী প্রতিষ্ঠানসমূহে জড়িত ব্যক্তিবর্গের দুর্নীতি বাংলাদেশের ফৌজদারী বিচার ব্যবস্থায় নির্যাতিত নারী ও শিশুদের ন্যায়বিচার প্রাপ্তির ক্ষেত্রে

^{৮১} TIB, *Op.cit*, p.7.

^{৮২} Md. Saidul Islam and Abu Saleh Md. Tofazzal Haque, 'The Role of Police in Strengthening Criminal Justice: Bangladesh Perspective', *Rajshahi University Law Review*, Vol-VII, 2007, Department of Law and Justice, Rajshahi University, Rajshahi, Bangladesh, p.137.

^{৮৩} The Law Commission of Bangladesh, 'A Report on the Amendment of Certain Sections of the Nari-o-Sishu Nirjatan Daman Ain 2000', available at www.lawcommission bangladesh.org, last accessed on 25 August 2010.

নারী ও শিশু নির্যাতন দমন আইন, ২০০০ কে অকার্যকর তথা প্রয়োগহীন করে তুলেছে। নারী ও শিশু নির্যাতন দমন আইন, ২০০০-এ নারী নির্যাতন বিষয়ক অপরাধের কঠোর শাস্তির বিধান থাকা স্বত্বেও তা ক্রটিমুক্ত না হওয়ার কারণে এবং আইনটির প্রয়োগজনিত দুর্বলতা থাকার কারণে অনেকক্ষেত্রেই এর যথাযথ প্রয়োগ হচ্ছেনা।

আইন প্রয়োগকারী কর্তৃপক্ষের কার্যক্রম নিয়ন্ত্রণ ও জবাবদিহিতা নিশ্চিত করার জন্য যথার্থ নিয়ন্ত্রণ কাঠামো না থাকায় তারা অনেক ক্ষেত্রে তাদের দায়িত্ব ও কর্তব্য যথার্থভাবে সম্পাদন করছেন না। শাস্তি না পাওয়ার কারণে অপরাধীরা পুনরায় নির্যাতনের ঘটনা সংঘটনে উৎসাহিত হচ্ছে এবং নারী নির্যাতনের ঘটনা নিয়ন্ত্রণ করা সম্ভব হচ্ছেনা। সঙ্গতকারণে নারী ও শিশু নির্যাতনের সংখ্যা না কমে বরং দিন দিন বৃদ্ধি পাচ্ছে। নারী ও শিশু নির্যাতন দমন আইন, ২০০০ এর প্রয়োগ নিশ্চিত করতে হলে এর আইনগত দুর্বলতার পাশাপাশি প্রয়োগিক সমস্যাগুলো দূরীভূত করা প্রয়োজন। এজন্য যা করণীয়, তা হলো-

১. পুলিশের জন্য একটি স্থায়ী পুলিশ কমিশন হওয়া উচিত যা পুলিশের সকল সমস্যা, সুযোগ ও কার্যক্রম বিষয়ে প্রয়োজনীয় নীতিমালা প্রণয়ন করবে। পুলিশের দুর্নীতি, অন্যায়, ক্ষমতার অপব্যবহার প্রভৃতির বিরুদ্ধে সাসপেন্ড, ক্লোজ বা ডিপার্টমেন্টাল প্রসিডিওরের মধ্যে সীমাবদ্ধ না থেকে বরং তার বিরুদ্ধে ফৌজদারী মামলা দায়ের করার বিধান আইনে সংযুক্ত করা প্রয়োজন। পুলিশ কর্তৃক ঘটিত অপরাধের তদন্ত পুলিশের হাতে না দিয়ে বিচার বিভাগীয় তদন্ত হওয়া প্রয়োজন। নারী নির্যাতন মামলা সূষ্ঠাভাবে পরিচালনার জন্য দেশের সকল থানায় বিদ্যমান তদন্ত ইউনিটের অধীনে 'নারী নির্যাতন প্রতিরোধ সেল' গঠন করা দরকার। এই সেল নারী নির্যাতন সংক্রান্ত আইনের অধীনে মামলা রঞ্জু, তদন্ত ইত্যাদির দায়িত্বে থাকবেন। বাংলাদেশের প্রতিটি থানায় অধিক সংখ্যক নারী পুলিশ ও কর্মকর্তা নিয়োগ দেয়া প্রয়োজন। পাশাপাশি পুরুষ পুলিশের সংখ্যাও বাড়াতে হবে। প্রতিটি থানায় আলামত সংরক্ষণের জন্য ফ্রিজ ও তথ্য সংরক্ষণের জন্য কম্পিউটার রাখতে হবে এবং থানা স্বাস্থ্যকেন্দ্রে ফরেনসিক বিভাগ স্থাপন করে সেখানে নির্যাতিতার ছবি তোলার স্থায়ী ব্যবস্থা রাখতে হবে। ঘটনার আলামত প্রমাণে আনার জন্য এবং নির্যাতনের শিকার ব্যক্তির দ্রুত চিকিৎসার জন্য বা ডাক্তারী পরীক্ষার জন্য ম্যাজিস্ট্রেটের অনুমতি লাগবেনা মর্মে আইনে বিধান রাখা প্রয়োজন। তদন্তকারী কর্মকর্তা এবং ডাক্তার বা বিশেষজ্ঞ সাক্ষী সমন পেয়েও আদালতে উপস্থিত না হলে সেক্ষেত্রে শাস্তির বিধান কি তা ২০০০ সালের আইনে উল্লেখ করতে হবে।

২. বাংলাদেশে একটি স্বাধীন ও স্বতন্ত্র প্রসিকিউশন সিস্টেম চালু করতে হবে। রাজনৈতিক বিবেচনায় পাবলিক প্রসিকিউটরদেরকে নিয়োগ প্রদান না করে বরং প্রতিযোগিতামূলক পরীক্ষার মাধ্যমে নিয়োগ প্রদানের ব্যবস্থা করতে হবে। তাদের দুর্নীতি, অসদাচরণ, অবহেলা প্রভৃতির বিরুদ্ধে যথার্থ প্রমাণ সাপেক্ষে ট্রাইবুনালের বিচারক সরাসরি শাস্তিমূলক ব্যবস্থা গ্রহণ করতে পারবেন মর্মে বিধান আইনে সংযুক্ত করতে হবে। আইনজীবীদের আচার আচরণ নিয়ন্ত্রণ ও অপ্রাসঙ্গিক প্রশ্ন করা থেকে বিরত রাখার জন্য আইনে নিয়ন্ত্রণমূলক বিধান রাখা উচিত। সরকারি পক্ষের পিপিিকে 'রুদ্ধদ্বার কক্ষে' বিচারের ব্যবস্থা করার জন্য আবেদন করার জন্য বাধ্যতামূলকভাবে দায়িত্ব আরোপ করার বিধান আইনে থাকা উচিত।

৩. মেডিক্যাল রিপোর্ট প্রদানের জন্য ডাক্তারের জন্য নির্ধারিত সময়সীমা এবং নির্ধারিত সময়ের মধ্যে রিপোর্ট প্রদানে ব্যর্থ হলে কর্তব্যে অবহেলার জন্য শাস্তির বিধান নারী ও শিশু নির্যাতন দমন আইনে রাখা প্রয়োজন। নারী ডাক্তার দ্বারা ধর্ষণের মেডিক্যাল পরীক্ষা বাধ্যতামূলক করা উচিত এবং প্রয়োজনে বিশেষ বি.সি.এস পরীক্ষার মাধ্যমে নারী ডাক্তারগণকে ফরেনসিক বিভাগের ডাক্তার হিসেবে নিয়োগের পদক্ষেপ গ্রহণের মাধ্যমে ফরেনসিক টেস্টে নারী ডাক্তারগণের অপ্রতুলতা দূরীকরণের ব্যবস্থা নেয়া যেতে পারে। ফরেনসিক ডাক্তারদের ফরেনসিক পরীক্ষার জন্য ভাতা/পারিশ্রমিক বৃদ্ধি এবং তা নিয়মিত প্রদানের ব্যবস্থা করা প্রয়োজন। ফরেনসিক বিভাগে বিশেষজ্ঞ ডাক্তার সৃষ্টির জন্য ফরেনসিক সাইন্স ইন্সটিটিউট স্থাপন করা প্রয়োজন। নির্যাতনের শিকার রোগীর প্রতি ডাক্তার ও নার্সদের সহানুভূতিশীল করার জন্য বিশেষ প্রশিক্ষণ প্রয়োজন।

৪. নারী ও শিশু নির্যাতনের মামলা দ্রুত নিষ্পত্তির জন্য ট্রাইবুনালের এবং বিচারকের সংখ্যা বাড়ানো প্রয়োজন। বিচারকের স্বল্পতা দূর করার জন্য রিটার্ডার্ড জজদের ট্রাইবুনালে নিয়োগ করা যেতে পারে। নারী ও শিশু নির্যাতন দমন আইন, ২০০০ এর ২৬(১) ধারা অনুযায়ী অপরাধ বিচারের জন্য প্রত্যেকটি জেলা সদরে একটি করে ট্রাইবুনাল স্থাপন এবং যে জেলার জনসংখ্যা বেশি সে জেলায় দুটি নারী ও শিশু নির্যাতন দমন বিশেষ ট্রাইবুনাল স্থাপন নিশ্চিত করতে হবে। পাশাপাশি শিশুদের জন্য আলাদা আদালত প্রতিষ্ঠা করতে হবে। মহিলা বিচারক ও আইনজীবির সংখ্যা বৃদ্ধি করার জন্য সরকারকে যাবতীয় পদক্ষেপ গ্রহণ করতে হবে। আদালতে প্রশাসনিক কাজ সুষ্ঠুভাবে পরিচালনার জন্য প্রশাসনিক কর্মকর্তার পদ সৃষ্টি করা প্রয়োজন। তিনি বেঞ্চ সহকারীর কাজের তদারকী করবেন। সমন বা ওয়ারেন্ট যথাযথভাবে ইস্যু করা হয়েছে কিনা বা জারী হয়ে ফেরত এসেছে কিনা, ধার্য তারিখের রেকর্ড যথার্থভাবে উপস্থাপিত হয়েছে কিনা প্রভৃতি বিষয় দেখাশুনা করবেন এবং ট্রাইবুনালের নিকট জবাবদিহি করতে বাধ্য থাকবেন।

৫. দূর্নীতি দমন কমিশনের অধীনে নারী ও শিশু নির্যাতন প্রতিরোধকল্পে বিচার বিভাগীয় দূর্নীতি প্রতিরোধ সেল গঠন করা যেতে পারে যার কাজ হবে নারী ও শিশু নির্যাতন সংক্রান্ত মামলাগুলো তদারকী করা এবং মামলার প্রতিটি স্তরে দূর্নীতিকে তালাশ করা, রিপোর্ট করা ও ব্যবস্থা গ্রহণ করা। দূর্নীতিকে প্রতিরোধ করাসম্ভব না হলে নির্যাতিত নারী ও শিশুদের অধিকার সুরক্ষায় যত পদক্ষেপই সরকার গ্রহণ করুক না কেন ন্যায়বিচার নিশ্চিত করা সম্ভব নয়।

উপরোক্ত সুপারিশসমূহ বিবেচনায় নিয়ে যদি আইনটি সংশোধন করা হয় তবে নারী ও শিশু নির্যাতনের ঘটনা অনেকাংশে যেমন কমে আসবে তেমন নির্যাতিত নারী ও শিশুরা আইনটির সুফল পরিপূর্ণভাবে ভোগ করতে পারবে।

বাংলাদেশে হিজড়াদের অধিকার : রাজশাহী সিটি কর্পোরেশন এলাকায় বসবাসরত
হিজড়াদের উপর একটি সমীক্ষা

ড. মো: রফিকুল ইসলাম*

Abstract

A large number of transgendered (Hijra) people of Bangladesh are deprived from their fundamental rights in the arena of education, health, and housing and from work because for being a marginal group. They are always depressed of enjoying family and social rights and which often lead them to commit smuggling, chadabazi and immoral activities. Thus, the situation has been getting worse day by day. The Constitution of Bangladesh recognizes equal rights and equal protection of law for all citizens without any discrimination on grounds of religion, race, caste or sex. The Government of Bangladesh also officially recognized the transgendered people as a third gender named 'Hijra' in 2013. This recognition enabling them to identify their gender as 'Hijra' in all Government documents including passports and voter lists. The study tries to analyse the situation of transgendered (Hijra) persons and to focus on their rights in Bangladesh. The aim of this article is to examine or determine whether and how the rights of transgendered (Hijra) persons are being violated and what social challenges have to be faced by them being only transgendered (Hijra) person. Another important aim of this article is to examine how far the rights of transgendered (Hijra) persons are recognized in the existing laws of Bangladesh.

১. ভূমিকা

সৃষ্টির সেরা জীব মানুষ। এই মানুষ সমাজে নারী ও পুরুষ এর বাইরে 'হিজড়া' পরিচয়ে কিছু মানুষ জীবন যাপন করে। মানব সমাজে বসবাসরত হিজড়াদের সমাজজীবন একেবারেই আলাদা। এই সমাজের রীতি-নীতি, আচার-আচরণ, ধর্মীয় অনুশাসন-সবই ভিন্ন।^১ আপাতদৃষ্টিতে তাদের আচার-আচরণ কখনও পুরুষ আবার কখনও নারীর ন্যায় মনে হলেও প্রকৃতপক্ষে হিজড়ারা পরিপূর্ণ একজন পুরুষও নয় আবার নারীও নয়। চিকিৎসা বিজ্ঞানের মতে, সেক্স ক্রোমোজোমের সমস্যা ও

* সহযোগী অধ্যাপক, আইন বিভাগ, রাজশাহী বিশ্ববিদ্যালয়, রাজশাহী, Email: rafikul.rulaw@gmail.com.

^১ মজুমদার, অজয় ও বসু নিলয় (১৯৯৭), ভারতের হিজড়ে সমাজ, বিধান সরণী: কলকাতা, পৃষ্ঠা.৫৪।

হরমোনের তারতম্যের কারণে একটি শিশু হিজড়া হয়ে জন্মাতে পারে।^২ বাংলাদেশে বসবাসরত হিজড়ারা সর্বক্ষেত্রে বৈষম্যের শিকার হয়ে মানবেতর জীবন যাপন করছে-তাদেরকে সব সময় হীনদৃষ্টিতে বিবেচনা করা হয়।^৩ সাধারণ মানুষহিজড়াদেও এড়িয়ে চলে। প্রতিনিয়ত হিজড়ারা মানব সমাজের গালিগালাজ, নিন্দা ও অপপ্রচার সহ্য করে থাকে।^৪ তাদের আচার-আচরণ ও চাহিদা প্রকৃতিগত হলেও বৃহত্তর সমাজের অন্য সদস্যগণ তা সহজে মেনে নিতে চায়না এবং সামাজিকভাবে তাদেরকে বিচ্ছিন্ন করে রাখে।^৫ মানবাধিকার ও মৌলিক অধিকার উপভোগ করা হতে তারা বঞ্চিত হচ্ছে। এই গবেষণায় রাজশাহী সিটি কর্পোরেশন এলাকায় বসবাসরত হিজড়াদের অধিকারও সমস্যা তুলে ধরার চেষ্টা করা হয়েছে।

বর্তমান বিশ্বে জাতি-বর্ণ-লিঙ্গ নির্বিশেষে যখন সকল বৈষম্য দূর করার নিরলস প্রচেষ্টা চলছে তখন বাংলাদেশে হিজড়ারা চরম বৈষম্যের শিকার হয়ে মানবেতর জীবন যাপন করছে। বাংলাদেশের মানুষের জীবন মানের সার্বিক উন্নয়ন সাধিত হলেও এখনও পুরোপুরি বিজ্ঞান মনস্ক হয়ে উঠতে পারেনি; তারা নানা রকম অন্ধবিশ্বাস ও কুসংস্কারে আচ্ছন্ন।^৬ এ সমাজের অনেকেই হিজড়াদের উপস্থিতিকে অশুভ হিসেবে গণ্য করেন।^৭ শিশু বয়সে মা-বাবা তাদের অন্য সন্তানদের মত হিজড়া সন্তানদেরকেও ভালবাসে কিন্তু বয়স বাড়ার সাথে সাথে তারা পৃথক হয়ে যায় এবং হিজড়াদের অন্তর্ভুক্ত হয়।^৮ এই বিচ্ছিন্নতার কারণে সমাজের নিকট থেকে তারা কোন স্নেহ-মমতা, সম্মান ও নিরাপত্তা পায় না। এমনকি সম্পত্তির উত্তরাধিকার হতে বঞ্চিত হয়।^৯ এই প্রেক্ষিতে আলোচ্য গবেষণার মূল উদ্দেশ্য হচ্ছে রাজশাহী সিটি কর্পোরেশন এলাকায় বসবাসরত হিজড়া জনগোষ্ঠীর অধিকার প্রতিষ্ঠার ক্ষেত্রে সমস্যা সমূহ চিহ্নিত করা ও প্রতিকার খুঁজে বের করা। আলোচ্য গবেষণার প্রকৃতি ও উদ্দেশ্যসমূহকে সামনে রেখে গুণগত ও সংখ্যাগত উভয় ধরনের তথ্য সংগ্রহ করা হয়েছে। গবেষণার স্বাধে রাজশাহী সিটি কর্পোরেশন এলাকায় বসবাসরত ২৫(পঁচিশ) জন হিজড়ার সাক্ষাৎকার গ্রহণ করা হয়েছে। ২৫(পঁচিশ) জনের মধ্যে কেবলমাত্র একজন এসএসসি পাশ, অন্যদের মধ্যে ১২ (বার) জন লিখতে বা পড়তে জানে এবং ৭ (সাত) জন কেবলমাত্র স্বাক্ষর জ্ঞান সম্পন্ন। যাদের স্বাক্ষাৎকার গ্রহণ করা হয়েছে তাদের মধ্যে একজন রাজশাহীতে বসবাসরত হিজড়া কমিউনিটির আহবায়ক হিসেবে দায়িত্ব পালন করছেন এবং তিনি পেশায় একজন সেবিকা। ৮ (আট) জন ব্যবসার সঙ্গে জড়িত এবং তারা নিজেদের আয়ে জীবিকা নির্বাহ করে এবং বাকী ১১ (এগার) জন ট্রেন, বাসস্ট্যান্ড ও বাসা-বাড়ীতে চাঁদা-বাজি করে জীবিকা নির্বাহ করে। এই

^২ *Ibid.*

^৩ হুসাইন, এস,এ,এম (২০০৫), তৃতীয় প্রকৃতি: বাংলাদেশের হিজড়াদের আর্থ সামাজিক চিত্র, ষড়ঋতু: ঢাকা, পৃষ্ঠা.১০।

^৪ Deeba(2005), *An Introduction to Transgender in Bangladesh*:Lund University:Sweden, p.15.

^৫ Nanda, Serrena (1999) *NeitherMen nor Women: the Hijras of India*. 2nd ed. Belmont, California: Wadsworth Publishing Company.p.12.

^৬ মজুমদার, নীহার (২০০৭), *হিজড়ে সমাজ-মানবিক অনুসন্ধান*, সাহিত্য প্রকাশ: কলকাতা, পৃষ্ঠা.২০।

^৭ *Ibid.*

^৮ Lal, Vinay (1999), *Not this, Not that. The Hijras of India and the Cultural Politics of Sexuality. Social Text*.17(4),p.17.

^৯ মনি, খান্দকার আজিজুল হক(২০০৬),*হিজড়াদের জীবন ও সংস্কৃতির সমস্যা: তাদের জীবন বিকাশের জন্য আত্মঅনুসন্ধান*,রিসার্চ ইনিশিয়েটিভ বাংলাদেশ (রিইব):ঢাকা,পৃষ্ঠা.১৭।

সাক্ষাৎকারের জন্য নির্দিষ্ট প্রশ্নমালা ব্যবহার করে হিজরাদের মৌখিক উত্তর যতদূর সম্ভব লিপিবদ্ধ করার চেষ্টা করা হয়েছে। এই প্রবন্ধটি মূলত: সাক্ষাৎকার ভিত্তিক সমীক্ষা। অত্র গবেষণায় প্রাসঙ্গিকভাবে হিজরাদের নিকট থেকে তাদের আর্থ-সামাজিক, মনস্তাত্ত্বিক, ধর্মীয় বিষয়াবলী ও অধিকার সম্পর্কিত বিভিন্ন প্রশ্নের উত্তর গ্রহণ করা হয়েছে এবং সে অনুযায়ী গবেষণাকার্য পরিচালিত হয়েছে। গুণগত তথ্য সংগ্রহের জন্য একাধিক বিজ্ঞ আইনজীবীর সাথে মত বিনিময় করা হয়েছে। এছাড়াও গবেষণার বিষয়বস্তু নিয়ে চিকিৎসক, সুশীল সমাজের ব্যক্তিবর্গ, সাংবাদিক, কলামিস্ট, পুলিশ, সমাজসেবা কর্মকর্তা ও বিচার বিভাগীয় কতিপয় ব্যক্তিবর্গের সাথে মত বিনিময় করা হয়েছে এবং প্রাসঙ্গিকভাবে তা গবেষণায় উল্লেখ করা হয়েছে। গবেষক রাজশাহী সিটি কর্পোরেশন এলাকায় বসবাস করায় তথ্য সংগ্রহের সুবিধার্থে ও গবেষণা কর্মটির পরিধি ঠিক রাখতে কেবলমাত্র রাজশাহী সিটি কর্পোরেশন এলাকাকে নির্ধারণ করা হয়েছে। হিজরাদের অধিকার নিশ্চিত করণে বাংলাদেশ সরকার অনেক কার্যক্রম হাতে নিয়েছে ও এর বাস্তবায়ন সবোমাত্র শুরু হওয়ায় পুরোপুরিভাবে এই গবেষণায় নিয়ে আসা সম্ভব হয়নি। তথাপি এ গবেষণা কর্মটি হিজরাদের অধিকার প্রতিষ্ঠায় প্রতিবন্ধকতা দূরীকরণে অবদান রাখবে।

২. হিজরাদের অধিকার

অধিকার বলতে সাধারণত: পারিবারিক, সামাজিক ও রাজনৈতিক অধিকারকে বোঝায়। এ গবেষণায় বাংলাদেশে হিজরাদের পারিবারিক, সামাজিক ও রাজনৈতিক অধিকারের মধ্যে শিক্ষা, স্বাস্থ্য ও চিকিৎসা, বাসস্থান, চাকুরীসহ সম্পত্তিতে উত্তরাধিকারকে বেশী গুরুত্ব দেয়া হয়েছে। বাংলাদেশ সংবিধানের ২৭নং অনুচ্ছেদে বলা হয়েছে, সকল নাগরিক আইনের দৃষ্টিতে সমান এবং আইনের সমান আশ্রয় লাভের অধিকারী। সংবিধানের ২৮(১) অনুচ্ছেদ অনুযায়ী কেবল ধর্ম, গোষ্ঠী, বর্ণ, নারী পুরুষভেদ বা জন্মস্থানের কারণে কোন নাগরিকের প্রতি বৈষম্য প্রদর্শন করার কোন সুযোগ নেই। বাংলাদেশ সরকার ২০১৩ সালে নারী পুরুষের মত হিজরাদের ‘হিজড়া’ হিসেবে স্বীকৃতি দিয়েছে, ফলে তারা এখন ভোটার হতে এবং পাসপোর্ট করতে পারছে। বাংলাদেশ সরকার পিছিয়ে পড়া ও অনগ্রসর জনগোষ্ঠীর জন্য চাকুরীতে কোটা পদ্ধতি প্রবর্তন করেছেন নারী-১০% উপজাতী-৫% ও প্রতিবন্ধী-১%।^{১০} হিজড়ারা উল্লিখিত কোটার আওতাভুক্ত নয়। এছাড়াও সরকার পশুপালন, কম্পিউটার, টেইলারিং ইত্যাদি বিষয়ে হিজরাদের প্রশিক্ষণ দিচ্ছে এবং বয়স্ক ভাতা প্রদান করছে। তবে তা তাদের প্রয়োজনের তুলনায় অপ্রতুল।

মুসলিম আইন অনুযায়ী হিজড়ারা পৈত্রিক জমি বা অন্যান্য সম্পত্তিতে উত্তরাধিকার সূত্রে মালিকানা প্রাপ্ত হয়। তবে ইসলামে বিভিন্ন মাজহাব যেমন-শিয়া ও সুন্নী(হানাফি, মালিকি, শাফি ও হাম্বলী) মতবাদ অনুযায়ী উত্তরাধিকার পাওয়ার ক্ষেত্রে তারতম্য পরিলক্ষিত হয়।^{১১} এখানে উল্লেখ্য যে, হিজড়ারা ছেলেও নয় আবার মেয়েও নয় ; বরং দুই বৈশিষ্ট্যকেই ধারণ করে। এক্ষেত্রে তাদের ছেলের বৈশিষ্ট্য বেশি পরিলক্ষিত হলে একজন ছেলে হিসেবে এবং মেয়েদের বৈশিষ্ট্য বেশি পরিলক্ষিত হলে একজন মেয়ে হিসেবে সম্পত্তি প্রাপ্ত হয়।^{১২} তবে একটি সমস্যা হল ছেলে বা

^{১০} Website: www.mopa.gov.bd/en/home/content/1/38/105, accessed on 15 June 2018.

^{১১} Hossain Dr. A (2005), *The Islamic Law of Succession*, Dr. Abdul Ahad (Eds), Maktaba Darus Salam, Riyad, pp.263-267.

^{১২} *Ibid.*

মেয়ের বৈশিষ্ট্য কোনটি বেশি পরিলক্ষিত হয় তা নির্ধারণ করা বা নির্ণয় করার কোন সুনির্দিষ্ট মাপকাঠি বাংলাদেশে নেই। এমনকি বাংলাদেশ সরকারের পক্ষ থেকেও সুনির্দিষ্ট কোন নীতিমালা এখনও প্রণয়ন করা হয়নি। মুসলিম আইনানুসারে সম্পত্তিতে হিজড়াদের উত্তরাধিকার পাবার বিধান থাকলেও বাস্তব চিত্র ভিন্ন। হিজড়ারা সাধারণত: ১০-১৫ বৎসর বয়সের মধ্যেই পরিবার হতে বিচ্ছিন্ন হয়ে হিজড়াদের দলে যোগ দেয় এবং অধিকাংশ ক্ষেত্রে পরিবারের সাথে যোগাযোগ বিচ্ছিন্ন হয়ে যায়। বাংলাদেশে পিতা মাতা জীবিত থাকা অবস্থায় সন্তানদের মধ্যে সম্পত্তি বন্টন খুব কম ক্ষেত্রেই হয়। এক্ষেত্রে পিতা-মাতার মৃত্যুর পর অন্যান্য উত্তরাধিকারীরা হিজড়ার জন্য বরাদ্দকৃত সম্পত্তি নিজেদের মধ্যে ভাগ করে নেয়।^{১৭} মাঠ জরিপকালে যারা পরিবারভুক্ত থাকে, তারাই ভাগ করে নাম পত্তন করে।^{১৮} সে কারণে হিজড়ারা সম্পত্তিচ্যুত হয়। বাংলাদেশে সম্পত্তি দখলের জন্য বাটোয়ারা মামলার আইনগত সুযোগ থাকলেও হিজড়াদের ক্ষেত্রে প্রয়োগ খুবই কম। এছাড়াও তাদের বৈবাহিক ও যৌন সম্পর্ক সৃষ্টিতেও নেই কোন আইনগত স্বীকৃতি বরং ১৮৬০ সালের দণ্ডবিধি আইনের ৩৭৭ ধারা অনুযায়ী তা অপরাধ হিসেবে গণ্য হয়।

২.১ হিজড়াদের অধিকার প্রাপ্তিতে বাধা সমূহ

মানুষ সামাজিক জীব হলেও হিজড়ারা সমাজের অপরাপর মানুষের মত সমাজবদ্ধ জীবন যাপন করে না। সমাজের রীতি নীতি সমাজের চোখে ভাল-মন্দ দেখা না দেখার তোয়াক্কা হিজড়ারা করে না। সমাজও এদের সামাজিক কর্মকাণ্ডের বাইরে রাখতেই বেশী আগ্রহী। ফলে একদিকে তারা যেমন সামাজিক ও রাজনৈতিকভাবে অবহেলার শিকার হচ্ছেন অপরদিকে বঞ্চিত হচ্ছেন সম্পত্তির উত্তরাধিকার হতেও।

৩. হিজড়া ও তাদের শ্রেণী বিন্যাস

বাংলাদেশ সরকারের সমাজ কল্যাণ মন্ত্রণালয়ের ২০১৩ সালের এক জরীপে প্রাপ্ত তথ্য অনুযায়ী বাংলাদেশে আনুমানিক ১০,০০০ (দশ হাজার) হিজড়া বসবাস করে। হিজড়াদের দেয়া তথ্যানুযায়ী গবেষণাধীন এলাকায় স্থায়ী বা অস্থায়ীভাবে বসবাস করে আনুমানিক ২৫০ (দুইশত পঞ্চাশ) জন হিজড়া। এছাড়াও তাদের সাথে কথা বলে জানা যায় রাজশাহীতে প্রধানত: দুই ধরনের হিজড়া বসবাস করে। যথা:

৩.১ প্রকৃতিগত বা জন্মগত হিজড়া

আপাতদৃষ্টিতে এদের আচার-আচরণ কখনও পুরুষ আবার কখনও নারীর ন্যায় মনে হলেও প্রকৃতপক্ষে এরা পরিপূর্ণ একজন পুরুষও নয় আবার নারীও নয়। এরা জন্মগতভাবে যৌন প্রতিবন্ধী।

৩.২ ছদ্মবেশি হিজড়া

এরা জন্মগতভাবে যৌন প্রতিবন্ধী না হলেও প্রকৃতিগতভাবে হিজড়ার ন্যায় জীবন যাপনে অভ্যস্ত বা অধিক স্বাচ্ছন্দ বোধ করে। ছদ্মবেশি হিজড়াদেরকে চারভাগে ভাগ করা যায়। যথা:

^{১৭} মনি, খোন্দকার আজিজুল হক(২০০৬),পৃষ্ঠা.১৭-১৮।

^{১৮} *Ibid.*

আকুয়া

হিজড়াদের মধ্যে এক ধরনের পুরুষ আছে যারা মেয়েদের ন্যায় সাজতে বা মেয়ে হিসেবে থাকার মধ্যে পরম মানসিক পরিতৃপ্তি বোধ করে।

জেনানা

সাধারণ: যে সব হিজড়া নারীর পোষাক-পরিচ্ছদ পরতে ও নারীর ন্যায় আচরণ করতে স্বাচ্ছন্দ্য বোধ করে সেসব হিজড়া জেনানা বলে বিবেচিত হয়।

ছিবিড়ি

বাহ্যিকভাবে দৈহিক কাঠামোর দিক থেকে নারীর ন্যায় হিজড়া খুবই কম দেখা যায়। এ সকল নারীর ন্যায় হিজড়া তাদের সমাজে 'ছিবিড়ি' নামে পরিচিত।

ছিন্নী

হিজড়াদের মধ্যে আকুয়া বা জেনানারা কখনো কখনো তাদের পুরুষাঙ্গ ছেদন করে একজন পূর্ণাঙ্গ ও প্রকৃত হিজড়া হিসেবে পরিচিতি পেতে চায়- এরাই ছিন্নী নামে পরিচিত।

৪. হিজড়াদের ব্যক্তি পরিচয়

হিজড়ারা ছেলেও নয় আবার মেয়েও নয়; বরং দুই বৈশিষ্ট্যকেই ধারণ করে। গবেষণাধীন এলাকায় হিজড়াদের অধিকাংশই নিজেকে মেয়ে হিসেবে পরিচয় দিতে পছন্দ করে। তারা মনে করে যে, নিজেকে মেয়ে হিসেবে পরিচয় দিলে তাদেরকে সমাজের মানুষ একটু গুরুত্ব দেবেন এবং বাঁধায়, ছল্লা, ব্যবসা ও বিয়ের অনুষ্ঠানে নাচ-গানের মাধ্যমে অর্থ উপার্জনের পথ প্রশস্ত হবে।

সারণী ০১ঃ উত্তরদাতাদের ব্যক্তি পরিচয় সংক্রান্ত তথ্যের বিন্যাস

উপস্থাপনের ধরণ	গণসংখ্যা	শতকরা হার (%)
মেয়ে হিসেবে	২০	৮০%
ছেলে হিসেবে	০২	০৮%
৩য় লিঙ্গ (হিজড়া) হিসেবে	০৩	১২%
মোট	২৫	১০০%

প্রাপ্ত তথ্যানুসারে দেখা যায়, উত্তরদাতাদের মধ্যে ৮০% নিজেকে মেয়ে হিসেবে পরিচয় দিতে পছন্দ করে। এর কারণ হলো- তারা অতিরিক্ত স্ত্রীসুলভ আচরণ করে এবং মেয়ে হিসেবে পরিচয় দিলে তাদের নবজাতক নাচানো ও বিয়ের অনুষ্ঠানে নাচগানের মাধ্যমে ও অসদুপায়ে অধিক উপার্জনের বাড়তি সুবিধা পাওয়া যায়। অন্যদিকে উত্তরদাতাদের মধ্যে ১২% নিজেকে ছেলে হিসেবে পরিচয় দিতে পছন্দ করে। এর কারণ হলো- তার পরিবার ও আত্মীয় স্বজনরা তাকে ছেলে হিসেবে দেখতে বেশি পছন্দ করেন। এছাড়াও উত্তরদাতাদের মধ্যে ০৮% নিজেকে ৩য় লিঙ্গ (হিজড়া) হিসেবে পরিচয় দিতে পছন্দ করে এবং তারা নিজেদের স্বকীয়তা বজায় রাখতে চায়।

৪.১ হিজড়াদের জীবন ও সামাজিক মর্যাদা

হিজড়াদের জীবন সাধারণ মানুষের কাছে অজানা ও অপরিচিত বলেই বৃহত্তর জনগোষ্ঠীর অনেকেই তাদের নিম্ন মর্যাদার, অশুভ ও অকল্যাণকর হিসেবে বিবেচনা করে। খুব কম ক্ষেত্রেই এদেরকে একজন সাধারণ মানুষ ও দেশের নাগরিক হিসেবে বিবেচনা করা হয়। আবার এক শ্রেণীর মানুষ এদেরকে এড়িয়ে চলে অথবা রাস্তাঘাটে দেখলে নানাভাবে উত্থাপন করার চেষ্টা করে। হিজড়ারা শুধু মানসিক ও শারীরিক দিক থেকেই আলাদা না, তাদের জীবন-যাপন প্রণালী এবং সামাজিক নিয়ম-শৃঙ্খলা সমূহ বৃহত্তর সমাজ থেকে ভিন্ন। তাই তারা নিজস্ব রীতিনীতি অনুযায়ী জীবন অতিবাহিত করে।^{১৫} হিজড়াদের মধ্যে কেউ জন্মগতভাবে হিজড়া আবার কেউ কেউ ছদ্মবেশী হিজড়া। তবে তাদের মধ্যে ছদ্মবেশী হিজড়ার সংখ্যাই বেশি। কেউ জন্মগত ভাবে হিজড়া হয়ে জন্মালে কিংবা কোন চক্রের ফাঁদে পড়ে কিংবা স্বেচ্ছায় হিজড়ায় পরিণত হলে পরিবার, সম্প্রদায় তথা বৃহত্তর সমাজ তাকে নেতিবাচক দৃষ্টিতেই দেখে থাকে এবং কোন কাজে তাকে সহযোগিতা করে না। ফলে বাধ্য হয় সে হিজড়াদের দলে যোগদান করতে এবং এক সময় পরিবার থেকে বিচ্ছিন্ন হয়ে যায়।^{১৬} রাজশাহী সিটি কর্পোরেশন এলাকায় বসবাসরত হিজড়াদের সঙ্গে সাক্ষাৎকারের মাধ্যমে তাদের আর্থ-সামাজিক, মনস্তাত্ত্বিক, ধর্মীয় বিষয়াবলী ও অধিকার সম্পর্কিত বিভিন্ন প্রশ্নের উত্তর গ্রহণ করা হয়েছে এবং সে অনুযায়ী নিম্নরূপ তথ্যবিন্যাস করা হয়েছে।

সারণী-০২ঃ উত্তরদাতাদের জীবন ও সামাজিক মর্যাদা সংক্রান্ত তথ্যের বিন্যাস

পরিবার থেকে বিচ্ছিন্ন কি না	গণসংখ্যা	শতকরা হার (%)
পরিবার থেকে বিচ্ছিন্ন	২১	৮৪%
পরিবারের সাথেবসবাস	০৪	১৬%
মোট	২৫	১০০%

উপরোক্ত সারণী থেকে দেখা যায় যে, উত্তরদাতাদের বেশিরভাগ অর্থাৎ ৮৪% পরিবার থেকে বিচ্ছিন্ন। এর কারণ হিসেবে তারা বলেন, পরিবারের অন্যান্য সদস্য, প্রতিবেশী কিংবা আত্মীয়স্বজন তাদের প্রতি ইতিবাচক মনোভাব পোষণ করেন না এবং বিভিন্ন ক্ষেত্রে অসহযোগিতা করেন। ফলে, তারা নিরুপায় হয়ে মানসিক প্রশান্তির আশায় হিজড়াদের দলে ভিড়ে যায়। এছাড়া বাকি ১৬% পরিবারের সাথেই বসবাস করেন। এর কারণ হলো এদের সাথে পরিবারের সম্পর্ক অনেক ভাল এবং প্রতিবেশী ও আত্মীয় স্বজনরা তাদের প্রতি যথেষ্ট সহানুভূতিশীল মনোভাব পোষণ করেন।

৪.২ হিজড়াদের কর্মক্ষেত্রে সমস্যা

বাংলাদেশে হিজড়ারা পরিবার ও সমাজ থেকে আলাদা হয়ে বসবাস করে। জীবিকা নির্বাহের জন্য তারা সাধারণত: বাঁধায়^{১৭}, ছল্লা^{১৮}, ব্যবসা, কৃষিকাজ ও বিয়ের অনুষ্ঠানে নাচ-গান করা ইত্যাদি

^{১৫} *Ibid*, পৃষ্ঠা.৩১-৩২।

^{১৬} *Ibid*, পৃষ্ঠা.১৮।

^{১৭} বাঁধায় হল হিজড়াদের ঐতিহ্যবাহী পেশা। এক্ষেত্রে কোন এলাকায় সন্তান জন্ম নিলে বা বিয়ের কোন অনুষ্ঠান হলে তারা নাচ-গান করে এবং বিনিময়ে কিছু অর্থ গ্রহণ করে। তারা বাঁধায়ের মাধ্যমে সন্তানের অবস্থা, সন্তানের স্বাস্থ্য এবং ভবিষ্যতের উন্নতি কামনা করে।

পেশায় নিয়োজিত থাকে। তবে তারা যে পেশায়ই নিয়োজিত থাকুক না কেন, তাদের কর্মও কর্মক্ষেত্রে সমস্যা সংক্রান্ত প্রশ্নের উত্তর নিম্নোক্তভাবে বিন্যস্ত করা যেতে পারে:

সারণী-০৩ঃ হিজড়াদের কর্মক্ষেত্রে সমস্যা সংক্রান্ত তথ্যের বিন্যাস

বৈষম্যের ধরণ	গণসংখ্যা	শতকরা হার (%)
কাজ দিতে চায় না	১০	৪০%
খারাপ চোখে দেখে	০৫	২০%
অবহেলা করে	০৫	২০%
উপহাস করে	০৫	২০%
মোট	২৫	১০০%

উত্তরদাতাদের মধ্যে ৪০% হিজড়া বলেন সমাজের লোকজন তাদেরকে কাজ দিতে চায় না। এর কারণ হিসেবে তারা তাদের আচার-আচরণ, শিক্ষা ও কর্মদক্ষতার অভাবকে চিহ্নিত করেন। উত্তর দাতাদের মধ্যে ২০% বলেন যে তারা কর্মক্ষেত্রে অবহেলার শিকার হন। এর কারণ হিসেবে তারা মতামত ব্যক্ত করেন, তাদের প্রতি সমাজের অধিকাংশ মানুষের খারাপ দৃষ্টিভঙ্গি বিদ্যমান আছে। অন্য দিকে উত্তরদাতাদের ২০% উপহাসের শিকার হন এবং ২০% মনে করেন সমাজের লোকজন তাদেরকে খারাপ চোখে দেখে এর কারণ হিসেবে তারা মতামত ব্যক্ত করেন যে, তাদের আচার-আচরণ, চলাফেরা ও পোশাক-পরিচ্ছদ অস্বাভাবিক এবং তাদের সহকর্মীদের তুলনায় ভিন্ন। এছাড়াও উত্তরদাতাদের মধ্যে প্রায় সবাই বলেন অন্যদের তুলনায় তারা একই কাজে কম পারিশ্রমিক পান।

৪.৩ সরকারী সাহায্য প্রাপ্তিতে প্রতিবন্ধকতা

একজন নাগরিকের নাগরিক অধিকার গুলোর মধ্যে খাদ্য, বস্ত্র, বাসস্থান, শিক্ষা ও চিকিৎসা সেবা অন্যতম। বাংলাদেশ সংবিধানের ২৮(১) অনুচ্ছেদ অনুযায়ী কেবল ধর্ম, গোষ্ঠী, বর্ণ, নারী পুরুষভেদ বা জন্মস্থানের কারণে কোন নাগরিকের প্রতি বৈষম্য প্রদর্শন করার কোন সুযোগ নেই। তথাপিও এদেশের হিজড়াদের কেউ কেউ সরকারী সাহায্য পাবার ক্ষেত্রে লাঞ্ছনার শিকার হন, কেউ কেউ নির্যাতিত হন, আবার কেউবা পক্ষপাতিত্বের শিকার হন। এসব সমস্যা মোকাবিলা করতে না পেরে তাদের মধ্যে অনেকেই সরকারী সাহায্য থেকে বঞ্চিত হয়।

সারণী-০৪ হিজড়াদের সরকারী সাহায্য প্রাপ্তিতে বাধা/ প্রতিবন্ধকতা সংক্রান্ত তথ্যের বিন্যাস

সরকারী সাহায্য	গণসংখ্যা	শতকরা হার (%)
পাই	১০	৪০%
পাই না	১৫	৬০%
মোট	২৫	১০০%

^{১৮} ছল্লা হিজড়াদের ঐতিহ্যবাহী পেশা। হিজড়ারা বাজার থেকে দ্রব্য চাঁদা তোলে। এক্ষেত্রে তাদের যুক্তি হল সমাজে তারা অসহায়। এ জন্য তাদের দিতে হবে।

উপরোক্ত তথ্যানুসারে দেখা যায় ৬০% উত্তরদাতা বলেন যে, তারা সরকারী সাহায্য পান না। তারা সরকারী সাহায্য প্রাপ্তির ক্ষেত্রে পক্ষপাতিত্বের শিকার বলে মনে করেন। অন্য দিকে সরকারী সাহায্য পান উত্তরদাতাদের মধ্যে ৪০%। এর কারণ হিসেবে তারা সংশ্লিষ্ট কর্তৃপক্ষ, স্থানীয় জনপ্রতিনিধি ও প্রভাবশালী ব্যক্তিদের সাথে সুসম্পর্কের কথা বলেন।

৪.৪ হিজড়াদের স্বাস্থ্য সেবা

মানুষের মৌলিক অধিকার সমূহের মধ্যে অন্যতম হল চিকিৎসা সেবা। কিন্তু এই অধিকার থেকে হিজড়াদের মধ্যে অনেকেই বঞ্চিত হচ্ছেন। একদিকে তাদের প্রতি পরিবার ও সমাজের অধিকাংশ মানুষের খারাপ দৃষ্টিভঙ্গি ও তাদের আর্থিক দৈন্যতা অপরদিকে সরকারী সুযোগ-সুবিধার অভাব। এছাড়াও তাদের প্রতি চিকিৎসকদের পক্ষপাতমূলক আচরণ ও অবহেলা অন্যতম।

সারণী ০৫ঃ উত্তরদাতাদের স্বাস্থ্য সেবা গ্রহণসংক্রান্ত তথ্যের বিন্যাস

স্বাস্থ্য সেবা গ্রহণে বৈষম্যের ধরণ	গণসংখ্যা	শতকরা হার (%)
চিকিৎসক পক্ষপাতিত্ব করেন	১০	৪০%
চিকিৎসক অবহেলা করেন	০৫	২০%
চিকিৎসক খারাপ চোখে দেখেন	০৫	২০%
চিকিৎসক ভাল আচরণ করেন	০৫	২০%
মোট	২৫	১০০%

উপরোক্ত সারণী থেকে দেখা যায় যে, উত্তরদাতাদের ৪০% স্বাস্থ্যসেবা গ্রহণের ক্ষেত্রে চিকিৎসকের কাছে পক্ষপাতিত্বের শিকার হন এবং সাধারণ রোগীর তুলনায় তাদেরকে কম গুরুত্ব দেন। উত্তরদাতাদের ২০% অবহেলার শিকার হন এবং ২০% বলেন চিকিৎসকরা তাদের খারাপ চোখে দেখেন। এর কারণ হিসেবে তারা মনে করেন তাদের উপস্থিতির বিষয়টি চিকিৎসক ভাল চোখে দেখেন না এবং অশুভ মনে করেন। অন্যদিকে উত্তরদাতাদের ২০% বলেন চিকিৎসক তাদের সাথে বন্ধুত্বসুলভ আচরণ করেন। এর কারণ হিসেবে তারা চিকিৎসককে চিকিৎসার বিনিময়ে ফি প্রদানের কথা বলেন।

৪.৫ স্থানীয়, জাতীয় ও সামাজিক আচার-অনুষ্ঠানে অংশগ্রহণ

হিজড়ারা স্থানীয়, জাতীয় ও সামাজিক আচার-অনুষ্ঠানে কখনো স্বেচ্ছায় অথবা কখনো আমন্ত্রিত হয়ে অংশগ্রহণ করেন। স্থানীয় ও সামাজিক আচার-অনুষ্ঠান গুলোর মধ্যে পূর্জা-পার্বণ, মিলাদ মাহফিল, বিবাহ, জন্মদিন ও জাতীয় দিবস সমূহ প্রভৃতি অন্যতম। এসব অনুষ্ঠানে হিজড়াদের উপস্থিতিকে সাধারণ মানুষ অস্বাভাবিক মনে করেন এবং কেউ কেউ নেতিবাচক দৃষ্টিতে দেখেন।

সারণী ০৬ঃ উত্তরদাতাদের স্থানীয়, জাতীয়ও সামাজিক আচার অনুষ্ঠানে অংশগ্রহণ সংক্রান্ত তথ্যের বিন্যাস

সমস্যার ধরণ	গণসংখ্যা	শতকরা হার (%)
কেউ মিশতে চায় না	১০	৪০%
অবহেলা করে	০৬	২৪%
উপহাস করে	০৫	২০%
উত্তেজিত করে	০৪	১৬%
মোট	২৫	১০০%

উপরোক্ত তথ্যানুসারে উত্তর দাতাদের মধ্যে ৪০% বলেন স্থানীয়, জাতীয় ও সামাজিক আচার অনুষ্ঠানে তাদের সাথে কেউ মিশতে চায় না। এর কারণ হিসেবে বলেন স্থানীয় আচার-অনুষ্ঠানে তাদের অংশগ্রহণকে সাধারণ মানুষ অশুভ মনে করেন। অন্যদিকে উত্তরদাতাদের ২৪% বলেনসাধারণ মানুষ তাদের অবহেলা করে এবংসাধারণ মানুষের দ্বারা উপহাসের শিকার হওয়ার কথা বলেন ২০%। এছাড়াও ১৬% উত্তরদাতা বলেনসাধারণ মানুষ তাদেরকে বিভিন্ন অঙ্গভঙ্গির মাধ্যমে উত্তেজিত করেন। এর কারণ হিসেবে তারা মনে করেন, তাদের আচার-ব্যবহার, চাল-চলন, পোষাক-পরিচ্ছদ সাধারণ মানুষেরচেয়ে আলাদা এবং সাধারণ মানুষের কাছে অস্বাভাবিক মনে হওয়া।

৪.৬ হিজড়াদের শিক্ষা

শিক্ষাই জাতির মেরুদণ্ড। তথাপিগবেষণাধীন এলাকায় দেখা যায়, বেশির ভাগ হিজড়াই নিরক্ষর। হিজড়ারা ছোট বেলায় সাধারণত:স্কুলে যায় কিন্তু একটু বড় হবার পর যখন তাদের মধ্যে হিজড়াদের বৈশিষ্ট্যফুটে উঠতে শুরু করে ঠিক তখন থেকেই তার সহপাঠীরা তাদের অবহেলা ও উত্তেজিত করতে শুরু করে এবং এক সময় তারা স্কুল ছেড়ে দিতে বাধ্য হয়। এছাড়াও স্কুল ছাড়ার অন্যতম কারণ হলো তাদের দারিদ্রতা,যাতায়াতে সমস্যা ও শিক্ষকদের পক্ষপাতমূলক আচরণ।

সারণী ০৭ঃ উত্তরদাতাদের পড়াশোনা করা সংক্রান্ত তথ্যাবলীর বিন্যাস

সমস্যার ধরণ	গণসংখ্যা	শতকরা হার (%)
সহপাঠীদের অবহেলা	১৫	৬০%
আর্থিক সমস্যা	০৭	২৮%
যাতায়াত সমস্যা	০২	০৮%
শিক্ষকদের পক্ষপাতমূলক আচরণ	০১	০৪%
মোট	২৫	১০০%

উপরোক্ত সারণী থেকে দেখা যায় যে, উত্তরদাতাদের মধ্যে ৬০% বলেন তারা তাদের সহপাঠীদের দ্বারা অবহেলার শিকার হন। উত্তরদাতারা মনে করেন, সহপাঠীরা তাদের উপস্থিতিকে ইতিবাচক দৃষ্টিতে দেখে না এবং তাদের আচার-আচরণকে কৌতুহলের বিষয় মনে করেন। উত্তরদাতাদের মধ্যে ২৮% আর্থিক সমস্যা ও ০৮% যাতায়াত সমস্যার কথা বলেন। অন্যদিকে উত্তরদাতাদের মধ্যে ০৪% বলেন শিক্ষক সাধারণ শিক্ষার্থীদের তুলনায় তাদের কম গুরুত্ব দেয়। এ ছাড়াও হিজড়া হিসেবে পরিচিতি পাওয়ার পর সেই হিজড়ার ওপর তার পরিবারের সদস্যরা শিক্ষার ক্ষেত্রে আগ্রহ হারিয়ে ফেলে।

৪.৭ হিজড়াদের উত্তরাধিকারিত্ব

বাংলাদেশে প্রচলিত আইনে স্বাবর ও অস্বাবর সম্পত্তিতে তার উত্তরাধিকারীরা অংশ পেয়ে থাকে। কিন্তু অন্যান্য নাগরিকের মত হিজড়াদের উত্তরাধিকার সূত্রে সম্পত্তিতে মালিকানা প্রাপ্ত হওয়ার ক্ষেত্রে বাস্তবতা ভিন্ন। হিজড়ারা যেহেতু ১০-১৫ বৎসর বয়সের মধ্যেই পরিবার হতে বিচ্ছিন্ন হয়ে নিরুদ্দেশ হয়ে যায়। পরবর্তীতে একটি দীর্ঘ সময় পরে হিজড়ারা বাড়িতে ফিরে এসে তাদের সম্পত্তি সহজে ফেরত পায় না।

সারণী ০৮ঃ উত্তরদাতাদের উত্তরাধিকার সূত্রে সম্পত্তি প্রাপ্তি সংক্রান্ত তথ্যের বিন্যাস

সমস্যার ধরণ	গণসংখ্যা	শতকরা হার (%)
উত্তরাধিকার সূত্রে সম্পত্তি পায়নি	২২	৮৮%
উত্তরাধিকার সূত্রে সম্পত্তি পেয়েছে	০২	০৮%
উত্তরাধিকার সূত্রে সম্পত্তি নিতে আগ্রহী নয়	০১	০৪%
মোট	২৫	১০০%

প্রাপ্ত তথ্যানুসারে উত্তরদাতাদের মধ্যে ৮৮% উত্তরাধিকার সূত্রে সম্পত্তি পায়নি। তারা মনে করে, পৈত্রিক সম্পত্তিতে উত্তরাধিকারী হলেও ছোট বেলায় বাড়ী ছেড়ে যাওয়া, পরিবার, পাড়া-প্রতিবেশী, আত্মীয় স্বজন এর নিকটে নিরুদ্দেশ থাকা এবং পরিবারের সাথে যোগাযোগ না থাকার কারণে তারা উত্তরাধিকার সূত্রে সম্পত্তি পাচ্ছে না। বঞ্চিত হচ্ছে পৈত্রিক সম্পত্তি হতে। অপরদিকে উত্তরদাতাদের মধ্যে ০৮% পৈত্রিক সম্পত্তি পেয়েছে, পরিবারের সাথে সুসম্পর্ক ও একই পরিবারে বসবাস করার কারণে। অপরদিকে ০৪% পৈত্রিক সম্পত্তি গ্রহণে আগ্রহী নয়। কারণ হিসেবে তারা মনে করেন, তারা যেহেতু বিবাহ বন্ধনে আবদ্ধ হতে পারে না ও সন্তান জন্মদানে অক্ষম।

হিজড়াদের সম্পর্কে তথ্যানুসন্ধান করতে গিয়ে একাধিক বিজ্ঞ আইনজীবীর সাথে মত বিনিময় করা হয়েছে। মর্মান্তিক অপারেশনের মাধ্যমে হিজড়া হওয়ার বিষয় নিয়ে কথা বলা হয়েছে চিকিৎসকদের সাথে। সুশীল সমাজের ব্যক্তিবর্গ, সাংবাদিক ও কলামিস্টদের সাথেও মত বিনিময় করা হয়েছে। কথা বলা হয়েছে প্রশাসন, পুলিশ ও সমাজসেবা কর্মকর্তা এবং বিচার বিভাগীয় ব্যক্তিবর্গের সাথে। রাজশাহী বারের ৫ (পাঁচ) জন আইনজীবী রাজশাহীতে বসবাসরত ৪ (চার) জন চিকিৎসক তাঁর মধ্যে রাজশাহী মেডিকলে ৩ (তিন) জন এবং ক্লিনিকে ১ (এক) জন কর্মরত আছেন; রাজশাহীতে কর্মরত সাংবাদিক ২ (দুই) জন, কলামিস্ট ১ (এক) জন, পুলিশ কর্মকর্তা ৩ (তিন) জন, সমাজসেবা কর্মকর্তা ১ (এক) জন, বিচার বিভাগীয় কর্মকর্তা ২ (দুই) জন এই সকল ব্যক্তিবর্গের

সাথে মত বিনিময় করা হয়েছে। তাঁদের সাথে মত বিনিময়ের ফলে যে বিষয়টি স্পষ্ট হয়েছে তা হল, সমাজের এক শ্রেণীর স্বার্থান্বেসী গোষ্ঠী হিজড়াদের নিয়ন্ত্রণ করে এবং তাদের বিপথগামী করে অর্থ উপার্জন করে। এছাড়াও হিজড়ারা যখন নিজেদের মধ্যে দ্বন্দ্ব লিপ্ত হয় তখন সন্ত্রাসীদের একটি অংশ তাদের কোন এক পক্ষকে সহায়তা করে। আমাদের দেশে প্রচলিত আইনে নারীর ক্ষেত্রে নারী নির্যাতন মামলা আমলে নিয়ে আসামীকে কঠোর বিচারের সম্মুখীন করা হয়। কিন্তু হিজড়াদের সম্পত্তি বন্টনসহ অন্যান্য অধিকার প্রতিষ্ঠা ও তা কার্যকরী করার ক্ষেত্রে প্রশাসনিক জটিলতা সৃষ্টি হয়-যেহেতু তারা না নারী না পুরুষ। এছাড়াও কোন হিজড়া মারা ত্রুক অসুস্থ হলে তাকে হাসপাতালে নেওয়ার পর মহিলা ওয়ার্ডে না পুরুষ ওয়ার্ডে রাখা হবে সেক্ষেত্রে প্রশাসনিক জটিলতা দেখা দেয়। ফলে অধিকাংশ ক্ষেত্রেই তারা সরকারী চিকিৎসা সেবা থেকে বঞ্চিত হয়। তদ্রূপ সমস্যা দেখা দেয় মুসলিম আইনে উত্তরাধিকার সূত্রে সম্পত্তি বন্টনের ক্ষেত্রেও। বিষয়টি আরও আলোচনায় এসেছে বাংলাদেশ সরকার কর্তৃক ২০১৩ সালে নারী ও পুরুষের মত হিজড়াদের ‘হিজড়া’ হিসেবে স্বীকৃতি প্রদানের ফলে। এখন তারা না ছেলে না মেয়ে-কোন দিকেই যেতে পারছে না। ফলে তারা ছেলে বা মেয়ে হিসেবে যেসকল সুযোগ-সুবিধা রয়েছে তার কোনটিই পুরোপুরি পাচ্ছে না।

তাদের সাথে মতবিনিময়ের ফলে আরও জানা যায় যে, বাংলাদেশে কিছু NGO হিজড়াদের স্বাস্থ্য, চিকিৎসা ও যৌন বিষয়ে কাজ করছে। রাজশাহীতে লাইট হাউজ^{১৯} হিজড়াদের HIV ও AIDS প্রতিরোধে সচেতনতামূলক প্রশিক্ষণ দিচ্ছে, তাদের স্বাস্থ্য পরীক্ষাসহ ঔষধ প্রদান করছে। সরকারীভাবেও পশুপালন, কম্পিউটার, টেইলারিং ইত্যাদি বিষয়ে হিজড়াদের প্রশিক্ষণ সহ বয়স্কভাতা প্রদান করা হচ্ছে-যা তাদের প্রয়োজনের তুলনায় অনেক কম। হিজড়াদের বসবাসের জন্য রাজশাহীর কাশিয়াডাঙ্গায় ভূমি বরাদ্দ দেয়া হয়েছে। এখনও তাদের বসবাসের জন্য সেখানে বাড়ি নির্মাণের কাজ শুরু হয়নি।

৫. উপসংহার

বাংলাদেশ সরকার ২০১৩ সালে নারী ও পুরুষের মত হিজড়াদের ‘হিজড়া’ হিসেবে স্বীকৃতি প্রদান করেছে ফলে তারা এখন ভোটার হতে এবং পাসপোর্ট করতে পারছে। এই গবেষণায় দেখা যায়, হিজড়ারা শিক্ষা, স্বাস্থ্য ও চিকিৎসা, বাসস্থান এবং চাকুরীসহ অন্যান্য নাগরিক অধিকার ও সুযোগ-সুবিধা প্রাপ্তির ক্ষেত্রে বঞ্চিত হচ্ছে। সমাজের এক শ্রেণীর স্বার্থান্বেসী গোষ্ঠী হিজড়াদের বিপথগামী করে অর্থ উপার্জন করে। হিজড়ারা নারী ও পুরুষ দুই বৈশিষ্ট্যই ধারণ করায় তাদের অধিকার প্রতিষ্ঠা ও তা কার্যকরী করার ক্ষেত্রে প্রশাসনিক জটিলতা সৃষ্টি হয়। হিজড়ারা মারা ত্রুক অসুস্থ হলে তাকে হাসপাতালে নেওয়ার পর মহিলা ওয়ার্ডে না পুরুষ ওয়ার্ডে রাখা হবে সেক্ষেত্রে প্রশাসনিক জটিলতা দেখা দেয়। তদ্রূপ সমস্যা দেখা দেয় মুসলিম আইনে উত্তরাধিকার সূত্রে সম্পত্তি বন্টনের ক্ষেত্রেও। বিষয়টি আরও আলোচনায় এসেছে বাংলাদেশ সরকার কর্তৃক ২০১৩ সালে নারী ও পুরুষের মত হিজড়াদের ‘হিজড়া’ হিসেবে স্বীকৃতি প্রদানের ফলে। এখন তারা না ছেলে না মেয়ে। হিজড়াদের মধ্যে ছেলে বা মেয়ের বৈশিষ্ট্য কোনটি বেশি পরিলক্ষিত হয় তা নির্ণয় করার সুনির্দিষ্ট

^{১৯} লাইট হাউজ সুপরিচিত অলাভজনক স্বেচ্ছাসেবী সংগঠন যা গ্রামীণ ও শহুরে সম্পদের উন্নয়নে দরিদ্র ও প্রান্তিক এবং উচ্চশিক্ষার জনসংখ্যা, বিশেষ করে ভূমিহীন, গৃহহীন, যৌনকর্মী, মাদকদ্রব্য সেবনকারী, হিজড়া, আদিবাসী এবং শিশুদের স্বাস্থ্য, পুষ্টি, চিকিৎসা ও এইচআইভি প্রতিরোধে ১৯৮৮ সাল থেকে বাংলাদেশে কাজ করছে।

কোন মাপকাঠি নেই এবং বাংলাদেশ সরকারের পক্ষ থেকেও এ ব্যাপারে সুনির্দিষ্ট কোন নীতিমালা প্রণয়ন করা হয়নি। তাদের এ সকল অধিকার প্রতিষ্ঠায় সরকারী ও বেসরকারী প্রতিষ্ঠানসমূহ কিভাবে কাজ করতে পারেন সে বিষয়েও সরকারী নীতিমালা প্রণয়নসহ দিক নির্দেশনা প্রদান অতীব জরুরী।

বাংলাদেশে হিজড়ারা পারিবারিক ও সামাজিক ভাবে সুস্থ ও স্বাভাবিক জীবন যাপন করতে পারছেন না। কেননা এদেশে হিজড়াদের বিবাহ ব্যবস্থা ও পারিবারিক জীবন নিয়ে কোন ধরনের লিখিত আইন নেই। এ বিষয়ে আইন প্রণয়ন করা যেতে পারে। হিজড়াদের কর্মসংস্থানের ব্যবস্থা করতে ও দেশের সার্বিক উন্নয়নে কাজে লাগাতে বৃহত্তর জনগোষ্ঠীর সাথে তাদেরকে সম্পৃক্ত করতে হবে। এক্ষেত্রে পরিবার, সমাজ ও সরকারকে এগিয়ে আসতে হবে। মুসলিম আইনসহ অন্যান্য আইনে সম্পত্তিতে হিজড়াদের উত্তরাধিকার নিশ্চিত করনের লক্ষ্যে নতুন আইন প্রণয়ন করতে হবে। এছাড়াও হিজড়াদের শিক্ষা, স্বাস্থ্য ও চিকিৎসা, বাসস্থান এবং চাকুরীসহ অন্যান্য নাগরিক অধিকার ও সুযোগ-সুবিধা নিশ্চিত করতে তাদের জন্য বিশেষ কোটার ব্যবস্থা করতে হবে। এক্ষেত্রে প্রতিবন্ধী ব্যক্তির অধিকার ও সুরক্ষা আইন, ২০১৩ এ হিজড়াদের যৌন প্রতিবন্ধী হিসেবে অন্তর্ভুক্ত করা যেতে পারে।

