निर्णय नं. ७५८८ - नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ८८(१) बमोजिम संविधानसंग बाझिएको कानून अमान्य एवं बदर घोषित गरिपाऊँ ।

भागः **४७** सालः **२०६२** महिनाः **पौस** अंकः **९**
फैसला मिति :२०६२/०८/३० ३००२

निर्णय नं.७५८८ ने.का.प.२०६२ अङ्क ९

सर्वोच्च अदालत, विशेष इजलास
माननीय न्यायाधीश श्री मीनबहादुर रायमाझी
माननीय न्यायाधीश श्री बद्रीकुमार वस्नेत
माननीय न्यायाधीश श्री कल्याण श्रेष्ठ

संवत् २०६१ सालको विशेष रिट नं. .३४

आदेश मितिः २०६२।८।३०।५

विषयः–नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ८८(१) बमोजिम संविधानसंग बाझिएको कानून अमान्य एवं बदर घोषित गरिपाऊँ।

निवेदकः मानवअधिकारको लागि महिला, एकल महिला समूह र आफ्नो तर्फबाट समेत का.जि. का.म.न.पा. वडा नं. ४ बस्ने लिली थापा समेत

विरुद्ध

विपक्षीः श्री प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय, सिंहदरबार समेत

§ ***स्वामित्व भनेको कुनै वस्तुमाथि व्यक्तिको नियन्त्रण, प्रयोग र उपभोगको अधिकार हो । स्वामित्व अन्तर्गत सम्पत्ति प्रयोग गर्ने, व्यवस्थापन गर्ने, उपभोग गर्ने र अरुलाई पनि दिनसक्ने सम्पूर्ण अधिकारनिहित हुन्छन् । सम्पत्तिको भोग वा नियन्त्रण, उपभोग वा परिचालन, हकहस्तान्तरण गर्ने अधिकार स्वामित्वको अवधारणासँग अन्तरनिहितरूपमा जोडिएका विषय हुनाले सम्पत्तिसँग स्वामित्वको अन्योन्याश्रित सम्बन्ध रहने ।***

§ ***कन्या, सधवा वा विधवा स्वास्नीमानिसले अंशको रूपमा प्राप्त गरेको सम्पत्तिमा त्यस्ता स्वास्नीमानिसको स्वामित्व निहित भएपछि स्वामित्वको आधारभूत सिद्धान्त प्रतिकूल हुने गरी कानूनी व्यवस्था गर्न वाञ्छनीय नहुने ।***

(प्रकरण नं. १९)

§ ***स्वामित्व र सम्पत्तिसम्बन्धी मान्यताको समेत विपरीत रहेको र विवादित प्रावधानको निरन्तरताले लैङ्गिक न्यायको प्रवर्द्धनमा समेत प्रतिकूल असर पार्ने देखिएकोले स्त्री अंशधनको २ नं. को प्रावधान नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ११ र ८८(१) बमोजिम अमान्य र बदर घोषित हुने ।***

(प्रकरण नं. ३६)

निवेदक तर्फवाटः विद्वान अधिवक्ताहरू श्री प्रकाशमणी शर्मा, राजुप्रसाद चापागाई, रमा पन्त खरेल, कविता पाँडे, शर्मिला श्रेष्ठ

विपक्षी तर्फबाटः विद्वान् नायव महान्यायाधिवक्ता श्री नरेन्द्रप्रसाद पाठक

अदालतको सहयोगीको रूपमाः विद्वान् अधिवक्ताद्वय श्री हरिप्रसाद उप्रेती र श्रीमती शुष्मा वास्कोटा बराल

अवलम्वित नजीरः ने.का.प.२०५२, पृष्ठ ४६२, ने.का.प.२०६१, पृष्ठ ३७७, ने.का.प.२०५३, पृष्ठ ५३७, ने.का.प. २०५३, पृष्ठ १०५, ने.का.प.२०५७, पृष्ठ ३७६

आदेश

न्या.मीनबहादुर रायमाझीः नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा २३ र ८८(१) बमोजिम यस अदालतमा दायर हुन आएको प्रस्तुत रिट निवेदनको संक्षिप्त टिपोट र यस अदालतको आदेश यसप्रकार छः-

२. यस अदालतले मीरा ढुंगाना समेत विरुद्ध मन्त्रिपरिषद् सचिवालय समेत (ने.का.प. २०५२ अंक ६ पृष्ठ ४६२) एवं चन्दा बज्राचार्य विरुद्ध मन्त्रिपरिषद् सचिवालय समेत (ने.का.प. २०५३ अंक ७ पृष्ठ ५३७) का मुद्दामा देखाएको न्यायिक सक्रियाता समेतको परिणामस्वरूप मुलुकी ऐन, २०२० मा एघारौं संशोधन भयो । उक्त संशोधनले नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ एवं नेपालले अनुमोदन गरिसकेको महिला अधिकार सम्बन्धी महासन्धि (CEDAW) लगायतका अन्य मानवअधिकार सम्बन्धी दस्तावेजहरूले निर्देश गरे बमोजिम अभेदभावको सिद्धान्त (Principle of non discrimination) लाई आत्मसात गरी पूर्ववत विभेदपूर्ण कानूनी व्यवस्थामा परिमार्जन गरिनु पर्नेमा त्यसो हुन सकेको छैन । विभेदपूर्ण कानूनहरूमा आंशिक रूपले परिमार्जन गरिएता पनि संविधान र महासन्धिका प्रावधानको प्रतिकूल केही विभेदपूर्ण कानूनहरूलाई निरन्तरता दिइराखिएको छ । खासगरी महिला भएकै कारणले पुरुष सरह साम्पत्तिक अधिकारको पूर्णतः उपभोग गर्नमा प्रतिबन्ध लगाउने गरी मुलुकी ऐन स्त्री अंश धनको महलको २ नं.मा "भिन्न भएको कन्या, सधवा वा विधवा स्वास्नीमानिसले आफ्नो अंशहकको चलमा सबै र अचलमा आधासम्म कसैको मंजूरी नभए पनि आफ्नो खुश गर्न पाउँछन् । कन्याले बाबु आमा भए बाबु आमाको र सधवा वा विधवाले उमेर पुगेको छोरा तथा अविवाहित छोरी भए त्यस्ता छोरा छोरीको मंजूरी लिई अचल पनि सबै आफ्नो खुश गर्न पाउँछन ।"

भन्ने व्यवस्था गरिएको छ । उक्त कानूनी व्यवस्थाले महिलालाई अनौचित्यपूर्ण किसिमले वर्गीकरण गरी अंशहकको रूपमा प्राप्त स्त्री अंश धन (Women's exclusive property) लाई समेत आफूखुश गर्नमा प्रतिबन्ध तथा ब्यवधान खडा गर्ने गरी मानवमात्रको सम्मानपूर्ण जीवनयापनका लागि अपरिहार्य समानता, स्वतन्त्रता, मर्यादा, आत्मनिर्णय, आत्मसम्मान, सह अस्तित्व लगायतका आधारभूत एवं नैसर्गिक अधिकारहरूको वर्खिलाप भई नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को प्रस्तावना, धारा ११, १२ र १७ संग बाझिएको हुंदा धारा ८८(१) अन्तर्गत अमान्य वा शुन्य घोषित गरी पाउन निम्न जिकिर सहितको रिट निवेदन लिई यस अदालतमा उपस्थित भएका छौं ।

३. प्राकृतिक एवं जैविक रूपले व्यक्ति जुनसुकै लिङ्गधारी भएपनि उत्तिकै स्वतन्त्र, सम्मानित, सक्षम र मर्यादित व्यक्तिको रूपमा राज्यव्दारा मान्यता पाउनु पर्ने कुरालाई नैसर्गिक हकको रूपमा नेपाल अधिराज्यको संविधानले आत्मसात गरेको छ । धारा ११ को समानताको हक भेदभावको अस्वीकार्यताको सिद्धान्त (Inadmissibility of Discrimination) मा आधारित भएको कारण राज्यले लिङ्गको आधारमा कुनै व्यक्ति वा नागरिकलाई अरु व्यक्ति वा नागरिकले पाए सरहको स्वतन्त्रता तथा अधिकारहरूको उपभोग गर्नमा बाधा व्यवधान तथा प्रतिबन्ध खडा गर्ने गरी कानून निर्माण गर्न सक्ने अधिकार प्रदान गर्दैन । स्त्री अंश धनको २ नं. मा रहेको कानूनी व्यवस्थाले महिलाको सह अस्तित्व एवं स्वनिर्णयको क्षमतालाई अवमूल्यन गरी महिलालाई तल्लो दर्जाको व्यक्तिको रूपमा प्रस्तुत गरेको छ । महिलालाई पुरुष सरह स्वतन्त्र र सक्षम व्यक्तिको रूपमा मान्यता नदिई जन्मदेखि मृत्युसम्म कसैको अधिनस्थ राख्नु पर्छ भन्ने पितृसत्तात्मक मान्यतालाई वैधानिकता दिने काम गरेको छ । यो कानूनी व्यवस्था संविधानको धारा ११(१) व्दारा प्रत्याभूत कानूनको अगाडि समानता एवं समान कानूनी संरक्षण जस्ता आधारभूत समानताको हक विपरीत छ । यसै गरी धारा ११(३) ले राज्यले नागरिकका बीच धर्म, वर्ण, लिङ्ग, जात जाति वा वैचारिक आस्था वा ती मध्ये कुनै कुराको आधारमा विभेद नगर्ने कुराको प्रत्याभूति गर्दै सोही उपधाराको प्रतिबन्धात्मक वाक्यांशमा राज्यले महिला वर्गको संरक्षण र विकासका लागि कानूनव्दारा विशेष व्यवस्था गर्न सक्ने समेत व्यवस्था भएको छ । यस व्यवस्थाले महिला वर्गलाई पनि पुरुष सरह समान स्थितिमा पुऱ्याई विकासमा लैङ्गिक सन्तुलन कायम गर्नका लागि महिला वर्गको पक्षमा थप कानूनी व्यवस्था गर्न सक्ने गरी राज्यलाई अधिकार र दायित्व प्रदान गरेको छ । सो व्यवस्थालाई गलत अर्थ लगाएर मुलुकी ऐनको एघारौं संशोधन हुँदा समेत स्त्री अंश धनको उपरोक्त व्यवस्थालाई निरन्तरता दिइनु धारा ११(३) को प्रतिबन्धात्मक व्यवस्थाको विपरीत छ । रिना बज्राचार्य समेत विरुद्ध मन्त्रिपरिषद् सचिवालय समेत भएको मुद्दामा यस अदालतबाट सो प्रतिबन्धात्मक वाक्याँशको व्याख्या गर्दै यो व्यवस्था बन्देजात्मक नभई सकारात्मक प्रकृतिको महिलाहरूको विकास र संरक्षण गर्नको लागि कानूनव्दारा अतिरिक्त थप व्यवस्था गरी कानून बनाउन सक्ने व्यवस्था हो । यो सामान्य समानताको व्यवस्थाको अपवादात्मक व्यवस्था हो अर्थात् महिला उपर असमान व्यवहार गर्न छुट दिने व्यवस्था होइन भन्ने उल्लेख गरिएको छ ।

४. संविधानको धारा १२(१) ले कुनै पनि व्यक्तिलाई वैयक्तिक स्वतन्त्रता अपहरण विरुद्धको हकको ग्यारेन्टी गरेको छ । यस अन्तर्गत सम्मानपूवर्क बाँच्न पाउने अधिकार पनि सन्निहित रहेको भनी यस अदालतबाट पटक पटक व्याख्या एवं विवेचना भएको छ । सम्मानपूर्ण जीवन यापनको लागि सबै नागरिकले समान रूपले सम्पत्ति आर्जन गर्ने, बेचविखन गर्ने र चाहे अनुसार उपभोग गर्ने अधिकारको महत्वपूर्ण भूमिका रहन्छ । धारा १७(१) ले प्रत्येक नागरिक

चाहे महिला होस् वा पुरुष उत्तिकै रूपमा सम्पत्ति आर्जन गर्ने, भोग गर्ने, बेचविखन गर्ने र सम्पत्तिको अन्य कारोवार गर्ने मौलिकहक समान रूपले प्रत्याभूत गर्दै सार्वजनिक हितको लागि बाहेक राज्यले त्यस्तो सम्मत्ति अपहरण नगर्ने समेतको पूर्ण प्रत्याभूति गरेको छ। उपरोक्त मौलिकहक तथा स्वतन्त्रता सम्बन्धी प्रत्याभूति लैङ्गिक विभेदको गन्ध समेत नआउने गरी व्यवस्था भएको अवस्थामा महिलाले आफ्नो एकलौटी हक तथा स्वामित्वमा रहेको सम्पत्ति आफूखुश गर्नमा बन्देज लगाउने वा अक्षमता थोपर्ने गरी व्यवस्था गरिएको स्त्री अंशधनको २ नं. को व्यवस्था संविधानको धारा १२(१) र १७ प्रतिकूल छ।

५. प्रचलित कानूनका अन्य व्यवस्थाहरू जस्तै करार ऐन, २०५६ को दफा ३, मुलुकी ऐन लेनदेन व्यवहारको १८ नं., दानबकसको १ नं., अंशवण्डाको १९(४) ले महिलालाई तत्सम्बन्धी कारोवारमा सक्षम बनाएका छन्। त्यसबाट समेत स्त्री अंश धनको २ नं.को आफूखुश गर्न पाउने सम्बन्धी ब्यवस्था विभेदपरक, अनुचित र अमान्यपूर्ण भएको पुष्टि हुन्छ।

६. राष्ट्रिय मानवअधिकार आयोग ऐन, २०५३ को दफा २ ले संविधान, मानवअधिकार सम्बन्धी सम्झौता एवं प्रचलित नेपाल कानून्वदारा संरक्षित व्यक्तिको जीवन, स्वतन्त्रता, सम्पत्ति एवं मर्यादासंग सम्वन्धित अधिकारहरूलाई मानवअधिकार भनी परिभाषित गरेको एवं संन्धि ऐन, २०४७ को दफा ९(२) ले नेपाल पक्ष राष्ट्र भएका सन्धि सम्झौता अन्तर्गतका प्रावधानहरू नेपालको प्रचलित कानून सरह मान्य हुने र प्रचलित नेपाल कानूनका प्रावधानहरू सन्धिको प्रावधानसंग बाझिएमा बाझिएको हदसम्म मान्य नहुने व्यवस्था छ। मानवअधिकारको विश्वव्यापी घोषणा पत्र, १९४८ को धारा १,२,७, आर्थिक, सामाजिक र साँस्कृतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अनुवन्ध, १९६६ को धारा १,२,३, नागरिक तथा राजनैतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अनुबन्धको धारा २६ अन्तर्गत कानूनको दृष्टिमा सबै व्यक्ति समान हुने, सबैलाई समान कानूनी संरक्षणको हक प्राप्त हुने, राज्यले साम्पत्तिक अधिकारको संरक्षण प्रदान गर्नुपर्ने, कुनै पनि व्यक्तिको मर्यादा, स्वनिर्णय, आत्मसम्मान लगायतका अधिकारहरू अनतिक्रम्य हुने व्यवस्था गरिएको छ। यस अवस्थामा सम्पत्ति सम्बन्धी हकको उपभोगमा लिङ्गको आधारमा विभेद गर्नु उक्त महासन्धिका प्रावधान विपरीत भएको प्रष्ट हुन्छ। त्यसै गरी महिला विरुद्धका सबै प्रकारका विभेद उन्मूलन सम्बन्धी महासन्धि, १९७९ को धारा १ ले भेदभावको परिभाषा गर्दै धारा २ र ३ ले विद्यमान विभेदपूर्ण कानूनको परिमार्जन गर्नुपर्ने दायित्व राज्यको हुने स्पष्ट व्यवस्था गरेको छ। सोही महासन्धि कै धारा १६ को उपधारा १ को खण्ड (ज) ले महिला पनि सम्पत्तिको प्राप्ति, व्यवस्थापन, परिचालन, उपभोग एवं स्वामित्व हस्तान्तरणका सम्बन्धमा पुरुष सरह समान रूपले हकदार हुने कुराको व्यवस्था गरेको छ। यसरी एकातर्फ समानताको आधारमा सम्पत्ति र करार सम्बन्धी अधिकारको पूर्ण प्रत्याभूति गर्नुको साथै महिला विरुद्धका कानूनी ब्यवस्थाहरूहरूलाई परिमार्जन गर्नुपर्ने दायित्वाधनी रहेको राज्यले परम्परागत पितृसत्तात्मक मूल्य र मान्यतालाई पृष्ठपोषण गर्ने कानूनी व्यवस्थालाई निरन्तरता प्रदान गर्नुले महासन्धिप्रतिको राज्यको प्रतिबद्धता झुठ्ठा बन्न पुगेको छ। महिला जीवनभर कसै न कसैको नियन्त्रणमा वस्नु पर्छ र कहिल्यै स्वतन्त्र हुनु हुँदैन भन्ने मनुको कानूनी सिद्धान्तकै अनुशरण गरेको उक्त कानूनी व्यवस्थालाई २१ औं शताब्दिको विधिशास्त्रले स्वीकार गर्न सक्दैन।

७. विधायिकाको कानून बनाउने अधिकार निरपेक्ष होइन। संविधानको अधिनमा रहेर यसले कानून निर्माण गर्नु पर्छ। समानताको हक लगायत मौलिक मानवअधिकारको प्रतिकूल हुने गरी विधायिकाले कानून निर्माण एवं संशोधन गर्न सक्दैन। संविधानको धारा १ ले संविधानलाई मूल कानून मान्दै मूल कानूनसंग बाझिने कानून बाझिएको हदसम्म अमान्य हुने व्यवस्था गरी संविधानवाद र संवैधानिक सर्वोच्च ताको सिद्धान्तलाई आत्मसात गरेको छ। संविधानबादलाई जीवन्त राख्न र विधायिकी अधिकारको दुरूपयोगलाई रोक्न धारा ८८(१) मा संविधान प्रतिकूलको कानूनलाई न्यायिक पुनरावलोकन गर्न सक्ने गरी यस अदालतलाई अधिकार प्रदान गरिएको छ। यसै अधिकारक्षेत्रको प्रयोग गरी विभिन्न मुद्दामा संविधानसंग बाझिने कानूनी व्यवस्थालाई अमान्य वा बदर घोषित गर्दै नागरिकका मौलिकहकको संरक्षण गर्दै आएको सर्वविदित छ। यस स्थितिमा समानताको हकको स्पष्ट प्रतिकूल देखिएको स्त्री अंशधनको २ नं. को अस्तित्वलाई पनि निरन्तरता दिइनु संवैधानिक तथा मानवअधिकारको दृष्टिले उचित हुंदैन।

८. अतः माथि उल्लेख गरिए बमोजिम स्त्री अंशधनको २ नं. नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को प्रस्तावना, धारा ११,१२,१७ एवं महिला अधिकार सम्बन्धी महासन्धि (CEDAW) लगायतका मानवअधिकार सम्बन्धी दस्तावेज अन्तर्गतका प्रावधानहरू समेतसंग बाझिएको हुंदा संविधानको धारा १,२३ र ८८(१) अन्तर्गत अमान्य या शुन्य घोषित गरी लैङ्गिक न्यायको प्रवर्द्धन गरिपाऊँ। साथै प्रस्तुत विषय लैङ्गिक न्यायको गंभीर विषय समाविष्ट सार्वजनिक कल्याण सम्बन्धी मुद्दा भएकोले अग्राधिकार दिई पेश गर्नु भन्ने आदेश जारी गरिपाऊँ भन्ने व्यहोराको रिट निवेदन।

९. विपक्षीहरूबाट १५ दिनभित्र लिखितजवाफ मगाई आएपछि वा अवधि नाघेपछि पेश गर्नु भन्ने यस अदालतको एकल इजलासको आदेश।

१०. नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को मर्म र सामाजिक परिवेश समेतलाई दृष्टिगत गरी मुलुकी ऐन, स्त्री अंशधनको महलको २ नं.मा समेत संशोधन भएको यथार्थ हो। के कस्तो ऐन निर्माण वा संशोधन गर्ने भन्ने विषय विधायिकाको अधिकारक्षेत्र भित्र पर्ने भएकोले विधायिका (संसद्) व्दारा संशोधन गरिएको ऐनमा रहेको प्रावधानलाई लिएर यस मन्त्रालयलाई विपक्षी बनाउनुपर्ने कारण नै छैन। यस मन्त्रालयको के कुन कामकारबाहीबाट निवेदकको संवैधानिक एवं कानूनी हकमा आघात पुगेको छ भन्ने विषयमा पुष्टाई सहितको कारण खुलाउन सक्नु भएको पनि छैन। यसरी बिनाकारण मनोगत तर्कमा आधारित भएर यस मन्त्रालय समेतलाई विपक्षी बनाई दायर भएको रिट निवेदन खारेजभागी हुँदा खारेज गरिपाऊँ भन्ने महिला, बालबालिका तथा समाज कल्याण मन्त्रालयको लिखितजवाफ।

११. रिट निवेदकले यस कार्यालयको के कस्तो कामकारबाहीबाट निजको के कस्तो हक अधिकारको हनन भएको हो ? त्यसको स्पष्ट जिकिर नलिई बिना आधार र कारण यस कार्यालय समेतलाई विपक्षी बनाई दिएको रिट निवेदन खारेजभागी हुंदा खारेज गरिपाऊँ भन्ने व्यहोराको प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालयको लिखित जवाफ।

१२. स्त्री अंशधनको महल महिलाको अंशधनको सम्बन्धमा व्यवस्थित गर्न बनेको र उक्त महलको २ नं. ले महिलाको सम्पत्ति माथिको अधिकारमा प्रतिबन्ध लगाएको नभै भिन्न भएकी कन्या, सधवा वा विधवा स्वास्नीमानिसलाई आफ्नो अंशहकको चलमा सबै र अचलमा आधासम्म कसैको मन्जूरी नलिइकन आफूखुशी गर्न

पाउने हक प्रदान गरेको छ भने कन्याले बाबुआमा भए बाबु आमाको र सधवा वा विधवाले उमेर पुगेको छोरा तथा अविवाहित छोरी भए त्यस्तो छोरीको मन्जूरी लिई अचल समेत सबै आफ्नो खुशी गर्न पाउने गरी महिलालाई साम्पत्तिक अधिकारको पूर्णतः उपभोग गर्नमा प्रतिबन्ध लगाएको भनी लिइएको जिकिर तर्कपूर्ण देखिँदैन । अंशवण्डाको १९ नं. को देहाय १ को व्यवस्थालाई हेर्ने हो भने पुरुषलाई समेत चलमा सबै र अचलमा आधिसम्म व्यवहार चलाउनलाई स्वास्नी, छोरा, अविवाहित छोरी वा विधवा बुहारीको मंजूरी नभए पनि आफूखुशी गर्न पाउने तर आधी भन्दा बढी आफूखुशी गर्न निजहरूको मंजूरी लिनु पर्ने गरी व्यवस्था गरेकोले आधिभन्दा बढी खर्च गर्न महिला पुरुष दुवैलाई हाम्रो कानूनले सम्वन्धित व्यक्तिको मञ्जूरी बिना नपाउने गरी व्यवस्था गरेकोले स्त्री अंश धनको २ नं.को व्यवस्थाबाट महिला पुरुष बीच साम्पत्तिक अधिकारको उपभोगमा असमानता भयो भन्ने जिकिर कानून र तर्क संगत देखिंदैन। तसर्थ रिट खारेज गरिपाऊँ भन्ने व्यहोराको कानून, न्याय तथा संसदीय व्यवस्था मन्त्रालयको लिखितजवाफ।

१३. प्रस्तुत रिट निवेदन र साथै पेश भएको ०६१ सालको रिट नं. ३१ को रिट निवेदन सुनुवाई हुने दिन छलफल गर्नको लागि अदालतको सहयोगीको रूपमा महिला कानून व्यवसायी समेतको प्रतिनिधित्व हुने गरी ३ जना कानून व्यवसायीलाई उपस्थित गराउनु भनी सर्वोच्च अदालत वार एशोसियशनलाई लेखी पठाउनू भन्ने यस अदालतको विशेष इजलासको आदेश।

१४. नियमबमोजिम पेश हुन आएको प्रस्तुत रिटमा निवेदक अधिवक्ताहरू श्री प्रकाशमणी शर्मा, राजुप्रसाद चापागाई, रमा पन्त खरेल, कविता पाँडे तथा निवेदक तर्फबाट अधिवक्ता शर्मिला श्रेष्ठले नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को प्रस्तावनाले स्वतन्त्रता र समानताको आधारमा सामाजिक न्यायलाई प्रवर्द्धन गर्ने उद्देश्य राखेको छ । कानूनको सामान्य प्रयोगमा लिङ्गको आधारमा भेदभाव गर्न नपाइने र महिलाको संरक्षण र विकासको लागि कानूनी ब्यवस्था गर्ने गरी थप प्रत्याभूति समेत गरिएको अवस्थामा कानून बनाई विशेष संरक्षण दिनुको सट्टा पुरुष सरहको साम्पत्तिक हकको उपभोग गर्नमा समेत बन्देज लगाउने गरी स्त्री अंशधनको २ नं.मा कानूनी व्यवस्था गरिएको छ। स्त्री अंश धनको २ नं.मा रहेको अचल सम्पत्तिको हकमा आधाभन्दा बढी आफूखुश गर्दा अरुको मंजूरी लिनु पर्ने व्यवस्थाले महिलाले स्वतन्त्र र सम्मानपूर्वक जीवनयापन गर्न पाउने तथा स्वनिर्णय गर्न पाउने र विकासको अधिकारमा समेत आघात पर्न गएको छ। महिला विरुद्धका सम्पूर्ण भेदभावहरू उन्मूलन गर्ने महासन्धि, १९७९ को पक्ष भएको हैसियतले पनि त्यसले सुम्पिएको दायित्व राज्यबाट वहन हुन सकेको छैन। सो महासन्धिले तोकेको दायित्व बमोजिम महिला विरुद्धका सम्पूर्ण भेदभावजन्य कानून र नीतिहरूको खारेज वा संशोधन हुन सकेको छैन। यस अदालतबाट मीरा ढुंगाना र चन्दा बज्राचार्यको मुद्दामा लैङ्गिक रूपले भेदभावजन्य कानूनको अन्त्यको लागि आवश्यक कारबाही गरी उपयुक्त कानून बनाउन श्री ५ को सरकारलाई निर्देशन दिएको पनि हो। सो निर्देशन बमोजिम लैङ्गिक न्यायको पक्षमा केही सकारात्मक व्यवस्था मुलुकी ऐनको एघारौं संशोधनले ल्याएको भए पनि स्त्री अंशधनमा पहिले देखि नै रहिआएको भेदभावजन्य व्यवस्था कायमै रहनु ज्यादै विडम्बनाको विषय हो। यसैले स्त्री अंशधनको २ नं.मा रहेको "कन्याले बाबु आमा भए बाबु आमाको र सधवा वा विधवाले उमेर पुगेको छोरा तथा अविवाहित छोरी भए त्यस्ता छोरा छोरीको मंजूरी लिई अचल पनि सबै आफूखुश गर्न पाउँछिन" भन्ने व्यवस्था भेदभावपूर्ण, अनुचित र बेमनासीव भई नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को प्रस्तावना तथा धारा ११,१२(१) र १७(१) व्दारा प्रत्याभूत मौलिकहकसंग तथा

नेपाल पक्ष भएका महिला विरुद्धका सबै प्रकारका भेदभावहरू उन्मूलन गर्ने सम्बन्धी महासन्धि लगायतका मानवअधिकार सम्बन्धी अन्य दस्तावेजहरूको व्यवस्थासंग स्पष्टरूपमा बाझिन गएकोले संविधानको धारा १ र ८८(१) बमोजिम अमान्य र बदर घोषित हुनुपर्छ भनी वहश प्रस्तुत गर्नुभयो ।

१५. विपक्षी तर्फबाट विद्वान् नायव महान्यायाधिवक्ता श्री नरेन्द्रप्रसाद पाठकले मौलिक अधिकार निरपेक्ष हुंदैनन् । यिनीहरूको प्रयोगमा कानूनव्दारा मनासीव प्रतिबन्ध लगाउन सकिन्छ । यस मान्यतालाई संविधानको धारा १२ ले समेटेको छ । स्त्री अंशधनको २ नं.को व्यवस्थाले महिलालाई आफ्नो सम्पत्ति उपभोग गर्ने कुरामा बन्देज लगाएको छैन । अरुको समेत हकहित रहन सक्ने अचल सम्पत्तिको आधाभन्दा बढी आफूखुशी, बिक्री वितरण वा दानदातव्य गर्दा सहमति लिनु पर्ने भन्ने सम्मको व्यवस्था हो । यसलाई अनुचित बन्देज वा रोक लगाएको भन्न मिल्दैन । महिलाको शशक्तिकरण र विकासमा यो व्यवस्था वाधक रहेको छैन । महिलाको शशक्तिकरण र विकासमा बाधा देखिएको आमरूपमा पुष्टि भएमा कानून बनाउने निकायले बिचार गर्ने कुरा हो । कानून समाजको ऐना भएकोले यसले सामाजिक मूल्य र मान्यतालाई पनि अनुशरण गरेर अगाडि बढ्नु पर्छ । यसै मान्यतामा यो कानूनी व्यवस्थाले निरन्तरता पाएको हो । स्त्री अंशधनको २ नं.को व्यवस्था नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ र नेपाल पक्ष भएका मानवअधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय दस्तावेजहरूको स्पष्टतः प्रतिकूल नहुंदा रिट खारेज हुनुपर्छ भन्ने समेतको वहश गर्नुभयो ।

१६. यस अदालतको आदेश अनुसार अदालतको सहयोगीको रूपमा सर्वोच्च अदालत वार एशोसियशनको तर्फबाट इजलासमा उपस्थित विद्वान् अधिवक्ताद्वय श्री हरिप्रसाद उप्रेती र श्रीमती शुष्मा वास्कोटा बरालले स्त्री अंशधनको २ नं. मुलुकी ऐनको एघारौं, संशोधन पूर्व देखि नै कायम छ, उक्त संशोधन हुंदा यसतर्फ ध्यान पुग्न सकेको देखिदैन । उक्त २ नं.ले दाइजो, पेवा वा निजी सम्पत्तिको हकमा स्त्रीको अधिकारलाई सीमित नगरी केवल अंश बापत प्राप्त सम्पत्तिको हकमा मात्रै शर्तहरू सिर्जना गरेको देखिन्छ । त्यस्तो सम्पत्तिमा स्त्रीको दायित्व सीमिति हुनुपर्ने कारण देखिंदैन । विधायिकाले अंश दिने कुरालाई स्वीकार गरिसकेपछि अंशको परिचालन वा हक हस्तान्तरण गर्दा अरुको मंजूरी लिनु पर्ने गरी व्यवस्था गर्नु उपयुक्त छैन । अपुताली, दाइजो वा पेवाबाट पाएको सम्पत्ति स्त्री आफैले व्यवस्थापन गर्न सक्ने परिकल्पना गर्ने तर अंशबाट प्राप्त सम्पत्ति स्त्रीले व्यवस्थापन गर्न सक्दिनन् भन्ने आधारमा मात्र मंजूरी लिनु पर्ने भन्न उपयुक्त हुंदैन । अंशवण्डाको १९ नं. मा पुरुषले मंजूरी लिनु पर्ने व्यवस्था र स्त्री अंशधनको २ नं.मा मंजूरी लिनु पर्ने व्यवस्था एउटै नभई फरक फरक हो । विवादित व्यवस्थालाई खारेज वा अमान्य गर्दा संविधानको धारा ११ को समग्र व्यवस्था अनुकूल भई सारभूत समानताको सिद्धान्तको सही कार्यान्वयन हुन्छ । यस अदालतबाट हालसम्म लैङ्गिक न्यायमा देखाएको सकारात्मक तत्परतामा थप योगदान हुन्छ । समाजलाई गतिशिल बनाई अग्रगमन तर्फ उन्मूख गराउँछ । नेपालले कवूल गरेको अन्तर्राष्ट्रिय मानवअधिकार सम्बन्धी दस्तावेजको प्रावधानको समेत अनुकूल हुन्छ । समाजको संस्कृति र मूल्य भनेको नकारात्मक दिशामा होइन, सकारात्मक दिशामा अघि बढ्ने प्रकृतिको हुनुपर्छ । २ नं.मा रहेको व्यवस्था नकारात्मक दिशालाई प्रवर्द्धन गर्ने तर्फ लक्षित छ । सम्पत्तिको परिभाषाले कुनै वस्तु प्राप्त गर्ने, भोग गर्ने र स्वामित्व हस्तान्तरण गर्न पाउने कुरालाई समेट्छ तर २ नं.को व्यवस्थाले सो परिभाषालाई अर्थहिन तुल्याई दिन्छ । २०२० सालमा मुलुकी ऐन जारी हुँदा आएको विवादित प्रावधान समाज र युग सुहाउँदो समेत नहुँदा सो प्रावधान अमान्य र बदर घोषित हुनु उपयुक्त हुन्छ भन्ने समेतको राय व्यक्त गर्नुभयो ।

१७. माथि उल्लिखित वहश बुंदा समेतका सन्दर्भमा रिट निवेदन, लिखितजवाफ, सम्बद्ध कानून एवं नजीर समेत अध्ययन गरी हेर्दा यसमा निम्न लिखित प्रश्नहरूमा निर्णय हुनुपर्ने देखियो।

(१) मुलुकी ऐन स्त्री अंशधन महलको २ नं.मा रहेको प्रावधान नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ तथा नेपाल पक्ष भएका मानवअधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय महासन्धिका व्यवस्थासंग बाझिएको हो, होइन ?

(२) विवादित ब्यवस्था कायम रहँदा लैङ्गिक न्यायमा प्रतिकूल प्रभाव पार्ने हो होइन ?

(३) निवेदकको माग बमोजिम आदेश जारी हुनुपर्छ वा पर्दैन ?

१८. पहिलो प्रश्नतर्फ बिचार गर्दा, निवेदकले मुलुकी ऐन स्त्री अंशधन महलको २ नं.को प्रावधान नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ११ र १२(१) र १७ संग तथा नेपाल पक्ष भएका मानवाधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय दस्तावेजसंग बाझिएको हुंदा अमान्य र बदर घोषित हुनुपर्ने भन्ने माग लिएको देखिन्छ। सो विवादित प्रावधान के कस्तो रहेछ भनी हेर्दा "भिन्न भएको कन्या, सधवा वा विधवा स्वास्नीमानिसले आफ्नो अंशहकको चलमा सबै र अचलमा आधासम्म कसैको मन्जूरी नभए पनि आफ्नो खुश गर्न पाउँछन। कन्याले बाबु आमा भए बाबु आमाको र सधवा वा विधवाले उमेर पुगेका छोरा तथा अविवाहित छोरी भए त्यस्ता छोराछोरीको मन्जूरी लिई अचल पनि सबै आफ्नो खुश गर्न पाउँछन्।" भन्ने रहेको देखियो। कन्या,सधवा वा विधवा स्वास्नीमानिस सगोलमा नरही आफ्नो अंश भाग लिई भिन्न भई प्राप्त गरेको अंशको सम्पत्तिको प्रयोगसंग यो कानूनी व्यवस्था सम्वन्धित देखिन्छ। यसले कन्या,सधवा वा विधवा स्वास्नीमानिसले प्राप्त गरेको अंशको सम्पत्तिलाई चल र अचल दुई भागमा वर्गीकृत गरी चल सम्पत्तिको आफूखुशी प्रयोग कसैको मंजूरी बेगर नै गर्न सक्ने तर अचलको हकमा आधा भन्दा बढी सम्पत्ति आफूखुशी प्रयोग गर्दा तोकिएका अरु व्यक्तिहरूको मंजूरी लिनु पर्ने व्यवस्था गरेको पाइन्छ। कन्या,सधवा वा विधवा स्वास्नीमानिसले कानून बमोजिम अंश प्राप्त गरेको अबस्थामा त्यस्तो अंशको सम्पत्तिमा निजहरूलाई पूर्णरूपमा स्वामी बनाएको मान्नुपर्ने हुन्छ। सम्पत्तिको स्वामी बनेका महिलालाई सम्पत्तिको प्रयोगमा कानूनले नै प्रतिकूल असर पुऱ्याउन वा अनुचित बन्देज लगाउन सक्छ वा सक्दैन भन्ने प्रश्न यहाँ खडा भएको अवस्था छ।

१९. स्वामित्व भनेको कुनै वस्तु माथि व्यक्तिको नियन्त्रण, प्रयोग र उपभोगको अधिकार हो। स्वामित्व अन्तर्गत सम्पत्ति प्रयोग गर्ने, व्यवस्थापन गर्ने, उपभोग गर्ने र अरुलाई पनि दिन सक्ने सम्पूर्ण अधिकार निहित हुन्छन्। सम्पत्तिको भोग वा नियन्त्रण, उपभोग वा परिचालन, हकहस्तान्तरण गर्ने अधिकार स्वामित्वको अवधारणासंग अन्तरनिहित रूपमा जोडिएका विषय हुन्। सम्पत्तिसंग स्वामित्वको अन्योन्याश्रित सम्बन्ध रहेको हुन्छ। सम्पत्तिको प्रयोग वा परिचालनमा त्यसको स्वामी स्वतन्त्र हुन्छ। राज्यले कानून बनाई सम्पत्तिको भोग सम्बन्धमा ब्यवस्थित गर्न सक्ने भएपनि अनुचित र वेमनासिब नियन्त्रण कानूनसम्मत मान्न सकिन्न। कन्या,सधवा वा विधवा स्वास्नीमानिसले अंशको रूपमा प्राप्त गरेको सम्पत्तिमा त्यस्ता स्वास्नीमानिसको स्वामित्व निहित भएपछि स्वामित्वको आधारभूत सिद्धान्त प्रतिकूल हुने गरी कानूनी व्यवस्था गर्न वाञ्छनीय हुँदैन।

२०. नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ११ ले लिङ्ग समेतको आधारमा कानूनको प्रयोगमा कुनै पनि नागरिक माथि भेदभाव नगर्ने सिद्धान्तलाई आत्मसात गर्दै आर्थिक, सामाजिक वा शैक्षिक दृष्टिले पिछडिएका वर्ग वा महिला, बालक, बृद्ध वा अशक्त ब्यक्तिको बिकास र संरक्षणको लागि कानूनव्दारा विशेष व्यवस्था गर्न सकिने सकारात्मक विभेदको सिद्धान्तलाई समेत स्वीकार गरेको अवस्था छ। अंशको सम्बन्ध सम्पत्तिसंग रहेको हुन्छ। खान, लाउन, स्वास्थ्य उपचार जस्ता जीवनका आवश्यकता पूर्ति गर्ने कार्यका निमित्त अंशको माग हुन्छ र अंश दिनेले पनि सोही प्रयोजन समेतको लागि दिएको हुन्छ। अंश प्राप्त नभएको अवस्थामा आवश्यकता पूर्ति गर्ने कार्यमा समेत अवरोध आउने वा अंशबाट प्राप्त गरेको सम्पत्ति प्रयोग गर्न नसक्ने अवस्था रहेमा त्यस्तो अंशको सम्पत्ति प्रयोजनहीन हुन पुग्दछ। अंश लिई भिन्न भएका पुरुषले आफूले प्राप्त गरेको सम्पत्तिको आफ्नो इच्छा अनुकूल प्रयोग वा उपभोग गर्न सक्ने गरी कानूनव्दारा छूट दिइएको एकातर्फ छ भने भिन्न भएका कन्या, सधवा वा विधवा महिलाका सम्बन्धमा सोही प्रकृतिकै अंशवण्डाबाट पाएको सम्पत्ति आफ्नो इच्छा अनुकूल प्रयोग वा उपभोग गर्न महिलालाई अरु ब्यक्तिको मंजूरी लिनुपर्ने गरी कानूनी व्यवस्था गरिनु समानताको सामान्य सिद्धान्त बिपरीत हुनुको साथै संविधानको धारा ११ को समग्र उद्देश्य, मर्म र मान्यता अनुकूल छैन। कानूनको व्यवस्थाबाटै चल सम्पत्तिको हकमा कसैको मन्जूरी नलिइकनै महिलाले आफूखुस गर्न पाउने तर अचल सम्पत्तिको हकमा भने आधा भन्दा वढी आफूखुस गर्दा अरुको मन्जूरी लिनुपर्ने गरिनु आफैमा विरोधाभाषपूर्ण तथा भेदभावपूर्ण देखिन्छ। यस्तो व्यवस्था गर्नुको औचित्यपूर्ण र तर्कसंगत आधार रहेको देखिदैन।

२१. प्रचलित कानूनको अधनीमा रही सबै नागरिकलाई सम्पत्ति आर्जन गर्ने, भोग गर्ने, बेचविखन गर्ने र अन्य कारोवार गर्ने हक हुने कुरालाई धारा १७ ले सुनिश्चित गरेको छ। प्रचलित कानूनको अधनीमा रही सम्पत्ति सम्बन्धी हकको प्रयोग र प्रचलन गर्न वा गराउन सकिने भन्ने प्रावधान रहेको भएपनि धारा ११ व्दारा प्रत्याभूत समानताको हक र त्यसमा निहित सिद्धान्तको बिपरीत हुने गरी सम्पत्ति सम्बन्धी हकलाई नियमित गर्न सकिदैन। संविधानले प्रत्याभूत गरेको समानता,स्वतन्त्रता र सम्पत्ति सम्बन्धी हकमा अनुचित बन्देज लगाउने गरी राज्यले कानून निर्माण वा संशोधन गर्न मिल्दैन। त्यसरी अनुचित बन्देज लगाउने गरी राज्यले कानून निर्माण वा संशोधन गरेको अवस्थामा यस अदालतले न्यायिक पुनरावलोकनको सिद्धान्त बमोजिम हस्तक्षेप गर्न सक्छ।

२२. नेपाल सन्धि ऐन, २०४७ को दफा ९(१) मा संसद्बाट अनुमोदन, सम्मिलन,स्वीकृति वा समर्थन भई नेपाल अधिराज्य वा श्री ५ को सरकार पक्ष भएको कुनै सन्धिको कुरा प्रचलित कानूनसंग बाझिएमा सो सन्धिको प्रयोजनको लागि बाझिएको हदसम्म प्रचलित कानून अमान्य हुनेछ र तत्सम्बन्धमा सन्धिको व्यवस्था नेपाल कानून सरह लागू हुनेछ भन्ने व्यवस्था रहेको छ। सोही प्राबधान बमोजिम नेपाल कानून सरह लागू भएका केही मानवाधिकार सम्बन्धी प्रतिज्ञापत्र तथा महासन्धिले महिलालाई समेत अन्य ब्यक्ति सरह समान अधिकार प्रदान गरेको देखिन्छ।

२३. नागरिक तथा राजनैतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय प्रतिज्ञापत्र, १९६६ (International Covenant on Civil and Political Rights, 1966) को धारा २६ मा सबै व्यक्तिहरू कानूनको दृष्टिमा समान छन् र कुनै भेदभाव बिना कानूनको समान संरक्षणका हकदार छन्। यस सम्बन्धमा कानूनले कुनै भेदभावलाई निषेध गर्नेछ र सबै व्यक्तिलाई जाति, वर्ण,लिङ्ग,भाषा, धर्म, राजनीतिक वा अन्य बिचार, राष्ट्रिय वा सामाजिक उत्पत्ति, सम्पत्ति, जन्म

वा अन्य हैसियतका आधारमा हुने कुनै पनि भेदभाव विरुद्ध समान तथा प्रभावकारी संरक्षणको प्रत्याभूति दिनेछ (All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status) भन्ने उल्लेख भएको छ । यस्तै आर्थिक, सामाजिक र सांस्कृतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय प्रतिज्ञापत्र, १९६६ -International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights,1966_ को धारा २ को उपधारा (२) मा यस प्रतिज्ञापत्रका पक्ष राष्ट्रहरूले यस प्रतिज्ञापत्रमा उल्लिखित अधिकारहरू जाति, वर्ण, लिङ्ग, भाषा, धर्म, राजनैतिक वा अन्य बिचार, राष्ट्रिय वा सामाजिक उत्पत्ति, सम्पत्ति, जन्म वा अन्य हैसियतका आधारमा कुनै प्रकारको भेदभाव बिना उपभोग गरिने कुराको प्रत्याभूति दिने प्रतिज्ञा गर्दछन् (The states parties to the present Covenant undertake to guarantee that the rights enunciated in the present Covenant will be exercised without discrimination of any kind as to race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status) भनी र ऐ को धारा ३ मा यस प्रतिज्ञापत्रमा उल्लिखित सम्पूर्ण आर्थिक, सामाजिक तथा साँस्कृतिक अधिकारहरूको उपभोग गर्ने पुरुष तथा महिलाको समान अधिकार सुनिश्चित गर्न यस प्रतिज्ञापत्रका पक्षराष्ट्रहरू प्रतिज्ञा गर्दछन् (The states parties to the present Covenant undertake to ensure the equal rights of men and women to the enjoyment of all economic, social and cultural rights set forth in the present Covenant) भनी उल्लेख भएको देखिन्छ । उपरोक्त व्यवस्थाबाट कानूनको दृष्टिमा सबै व्यक्ति समान हुने, सबैलाई कानूनी संरक्षणको हक प्राप्त हुने, राज्यले सम्पत्ति, लिङ्ग वा अरु कुनै पनि आधारमा खास गरी महिला र पुरुष बीच भेदभाव गर्न नहुने स्पष्ट हुन्छ ।

२४. यथार्थमा भेदभाव (Discrimination) को सम्बन्धमा स्पष्ट धारणा हुन जरुरी छ । नेपाल कानूनमा भेदभावको सम्बन्धमा छुट्टै कानूनी परिभाषा नगरिएको भए पनि यसलाई समानताको हकको मान्यता र सामान्य सुझबुझका आधारमा बुझिने गरिएको छ । तर यस सम्बन्धमा अन्तर्राष्ट्रिय सन्धिहरूमा स्पष्टरूपले परिभाषा गरिएको छ जुन अहिले कानून र न्यायको जगतमा व्यापक रूपमा स्वीकार गरिएको पाइन्छ ।

२५. यस सिलसिलामा महिलाहरूका हकमा विशेष रूपमा लागू हुने महिला बिरुद्ध हुने सबै प्रकारको भेदभाव उन्मूलन सम्बन्धी महासन्धि, १९७९ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1979) को धारा १ मा महिला विरुद्धका भेदभावका सम्बन्धमा गरिएको परिभाषा उल्लेखनीय देखिन आउंछ जुन यसप्रकार छः– यस महासन्धिको प्रयोजनको लागि "महिला विरुद्ध भेदभाव" भन्नाले महिलाले राजनैतिक, आर्थिक, सामाजिक, साँस्कृतिक, नागरिक वा अरु कुनै विषय सम्बन्धी मानवअधिकार तथा स्वतन्त्रतालाई, आफ्नो बैबाहिक स्थिति जे जस्तो रहेको भएता पनि, पुरुष र महिलाको समानताको आधारमा उपभोग गर्नमा वा प्रयोग गर्नमा ब्यवधान पार्ने वा त्यसको मान्यतालाई नै क्षति वा शुन्यकरण पार्ने उद्देश्य भएको, लिंगको आधारमा हुने कुनै पनि

भेदभाव वा बहिष्कार वा प्रतिबन्ध सम्झनु पर्दछ (the term 'discrimination against women' shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field) भनी उल्लेख गरिएको छ।

२६. यस परिभाषाबाट महिलाको राजनैतिक, आर्थिक,सामाजिक,साँस्कृतिक, नागरिक वा अरु कुनै विषय सम्बन्धी मानवअधिकार तथा स्वतन्त्रतालाई, आफ्नो बैबाहिक स्थिति जे जस्तो रहेको भएता पनि पुरुष सरह समानताको आधारमा महिलाले उपभोग गर्नमा वा प्रयोग गर्नमा ब्यवधान पार्ने वा त्यसको मान्यतालाई नै क्षति वा शुन्यकरण पार्ने उद्देश्य भएको लिंगको आधारमा हुने कुनै पनि भेदभाव वा बहिष्कार वा प्रतिबन्धलाई महिला विरुद्धका बिभेद भन्नुपर्ने हुन्छ।

२७. सोही महासन्धिको धारा २ मा पक्ष राष्ट्रहरू महिला विरुद्ध गरिने सबै भेदभावको भत्र्सना गर्दछन्। महिला विरुद्ध गरिने सबै भेदभावलाई उन्मूलन पार्ने नीति उपयुक्त तरिकाबाट अविलम्ब अपनाउन मन्जूर गर्दछन् तथा यसको लागि देहायका काम गर्न कबूल गर्दछन् (States parties condemn discrimination against women in all its forms, agree to pursue by all appropriate means and without delay a policy of eliminating discrimination against women and, to this end, undertake:) भन्दै त्यसैको खण्ड ९० मा महिला विरुद्ध भेदभाव गराउने प्रचलित कुनै पनि नियम कानून, परम्परा तथा प्रचलनहरूलाई सुधार गर्ने वा हटाउने गरी कानून बनाउने लगायत आवश्यक पर्ने सम्पूर्ण उपायहरू अवलम्बन गर्ने -To take all appropriate measures, including legislation, to modify or abolish existing laws, regulations, customs and practices which constitute discrimination against women) भन्ने व्यवस्था भएको देखिन्छ। त्यसैगरी धारा ३ मा पक्षराष्ट्रहरूले महिलाको पूर्ण विकास तथा प्रवर्द्धन सुनिश्चित गरी पुरुष सरह समानताको आधारमा मानवअधिकार तथा मौलिक स्वतन्त्रताको प्रयोग तथा उपभोगलाई प्रत्याभूति दिलाउनको लागि सबै सम्बद्ध क्षेत्र खास गरेर राजनीतिक, सामाजिक, आर्थिक एवं साँस्कृतिक क्षेत्रमा कानूनी व्यवस्था लगायतका सम्पूर्ण उपयुक्त कदमहरू चाल्नेछन् (States Parties shall take in all fields, all appropriate measures, including legislation, to ensure the full development and advancement of women, for the purpose of guaranteeing them the exercise and enjoyment of human rights and fundamental freedoms on a basis of equality with men) भन्ने उल्लेख छ।

२८. यसै गरी धारा १५ को उपधारा (१) मा पक्षराष्ट्रहरूले कानूनको दृष्टिमा महिलालाई पुरुष सरहको समानता प्रदान गर्नेछन् (States Parties shall accord to women equality with men before the law) भन्ने र उपधारा (२) मा पक्षराष्ट्रहरू महिलालाई देवानी मामिलामा पुरुष सरहको कानूनी क्षमता प्रदान गर्नेछन् र त्यस्तो क्षमता उपभोग गर्न पाउने समान अवसर प्रदान गर्नेछन्। खास गरेर तिनीहरूले महिलालाई करार सम्पन्न गर्न पाउने तथा सम्पत्ति

संचालन गर्न पाउने समान अधिकार प्रदान गरी अदालत तथा न्यायाधिकरण समक्ष हुने कार्यविधिका सबै अवस्थामा समान व्यवहार गर्नेछन् (States Parties shall accord to women, in civil matters, a legal capacity identical to that of men and the same opportunities to exercise the capacity. In particular, they shall give women equal rights to conclude contracts and to administer property and shall treat them equally in all stages of procedure in courts and tribunals) भन्ने उल्लेख गरिएको पाइन्छ।

२९. उपरोक्त प्रावधानहरूले कानूनको सबै व्यक्ति बीच समान प्रयोग हुनुपर्ने र विशेष गरी महिलालाई विभिन्न कुराहरूमा पुरुष सरह समान व्यवहार गर्ने, पुरुषहरू सरह महिलाले पनि हकको उपभोग गर्न पाउने व्यवस्था गर्ने तथा भेदभाव नगर्ने गरी कानून निर्माण गर्ने, भएका ऐन, नियम, प्रथा र प्रचलनलाई संशोधन गर्ने दायित्व त्यसका पक्ष राष्ट्रहरूलाई सुम्पिएको देखिन्छ। तदनुरूप गर्नुपर्ने दायित्व राज्यको हो। राज्यको समग्र अन्तर्राष्ट्रिय दायित्व र राष्ट्रिय दायित्व निर्वाह गर्ने क्रममा त्यस्तो दायित्वको निर्वाह गर्नु र गर्न लगाउनु राज्यको एउटा महत्वपूर्ण अंग भएको नाताले न्यायपालिकाको दायित्व पनि संविधान, कानून तथा न्यायिक मूल्य र मान्यताको आधारमा निर्वाह भएको हुनुपर्छ भन्नु अत्युक्ति हुने छैन।

३०. नेपाली समाजमा महिलाहरूको अवस्था ज्यादै कमजोर रहेको छ। त्यसमा पनि सम्पत्तिको स्वामित्वको दृष्टिले बिचार गर्ने हो भने पुरुषको अनुपातमा ज्यादै न्यून मात्रामा महिलाको सम्पत्तिमा स्वामित्व रहेको यथार्थता हाम्रो सामु छ । कूल जनसंख्याको आधा भन्दा बढी जनसंख्या रहेको महिलाको स्वामित्व र नियन्त्रणमा ज्यादै न्यून प्रतिशतमा मात्र अचल सम्पत्ति रहनु आफैमा पनि सामाजिक विषमताको द्योतक हो भनी मान्नु पर्ने हुन्छ । त्यस्तो विषमता हटाई पुरुष सरह समान अवस्थामा आफ्नो हकको उपयोग र दायित्व वहन गर्न सक्षम बनाउन राज्यले महिला वर्गको उत्थानको लागि विशेष कार्यक्रम लागू गर्नुपर्ने र विशेष गरी कानूनव्दारा विशेष संरक्षण प्रदान गर्नुपर्ने दायित्व हाम्रो संविधानले नै सुम्पेको छ । विशेष संरक्षणको अर्थ कमजोर बर्गलाई यथास्थितिमा राखिराख्ने र तिनिहरूको भूमिकालाई न्यून वा कमजोर पार्न◌े (impoverishment) होइन बरु त्यस्तो बर्गलाई आवश्यक र वाञ्छित उपायहरू सहित उचनीचको धरातल बदलिएर समान धरातल प्रदान गर्नु हो, अर्क◌ो शब्दमा शशक्तिकृत (empowerment) गर्नु हो।

३१. कुनै पनि देशको कानून र न्यायका सिद्धान्तहरू न्यायको सार्वभौम मान्यताको अतिरिक्त देश विशेषको सामाजिक सन्दर्भबाट अनुप्राणित वा प्रभावित भएको हुनु स्वभाविक छ । कानूनको निर्माण, कार्यान्वयन तथा व्याख्याको सिलसिलामा पनि सम्वन्धित सबैले कस्तो सामाजिक सन्दर्भमा तत्सम्बन्धी निर्णय गर्नु परेको हुन्छ भन्ने कुरालाई हृदयगंम गर्न जरुरी हुन्छ। हालका दिनमा लैगिंक न्याय वा सामाजिक न्यायको प्रबर्धनमा यस्तो सामाजिक सन्दर्भलाई मध्यनजर राखेर कदमहरू चालिएको हुनुपर्छ भन्ने विधिशास्त्रीय सोचले बढ्दो मान्यता पाइआएको पनि छ। यस्तो सोचको सान्दर्भिकता हाम्रो परिवेशमा पनि स्पष्टतः देखिन आएको छ।

३२. महिला वर्गको शिक्षा, स्वास्थ्य, रोजगारी, सार्वजनिक प्रतिनिधित्व आदि विभिन्न क्षेत्रमा पछौटेपन विद्यमान रहनुमा अन्य कुराको अतिरिक्त सम्पत्तिमा सीमित पहुँच र त्यसको उपभोगमा प्रभावकारी नियन्त्रण नहुनु एउटा प्रमूख कारण देखिन आउँछ। महिलाको सम्पत्ति सम्बन्धी अधिकार संकुचित पारिनु र प्राप्त सम्पत्तिको उपभोगमा समेत

निर्णायक अधिकार नदिनु जस्तो कारणले कतिपय अवस्थामा महिलाहरूले पुरुष वर्गको हैकमलाई सहनु परेको हुन्छ, तर ज्ञातव्य के छ भने संविधानले प्रदान गरेका सबै हकहरू मानब अधिकारका अंगहरू हुन् जसको अर्थ महिलाले पनि पुरुष सरह समान आधारमा सम्मानपूर्ण ढंगले मौलिक तथा नागरिक हकहरूको उपभोग गर्न पाउँछन् भन्नु हो। समानता, स्वतन्त्रता र जीवनको हक भन्नु नै हरेकले सम्मानपूर्ण र प्रतिष्ठापूर्ण जीवन यापन गर्न पाउँछ भन्नु हो जसबाट महिलाले बहिष्कृत हुनुपर्ने कुनै पनि अवस्था सह्य हुन सक्दैन।

३३. यस अर्थमा महिलाले पुरुष सरह समानताको आधारमा सबै खालका हकहरू उपभोग गर्ने अधिकार पाएको हुनुपर्छ भन्ने स्पष्ट हुन्छ। त्यस्को अतिरिक्त महिलाको आफ्नो व्यक्तित्वका अनेक पाटोहरू पनि रहन्छन्, जसले विभिन्न जिम्मेवारीहरूलाई इङ्गित गर्दछ। आमा,पत्नी,छोरी वा वहिनीको रूपमा रहने उन्को हैसियत बमोजिमको दायित्व निभाउनको लागि महिलाको विशिष्ट आवश्यकता र अवस्थितिलाई पनि मध्यनजर राख्नु पर्ने हुन्छ। हाम्रो सामाजिक सन्दर्भमा उनीहरूसंग अपेक्षा गरिएका भूमिकाहरू पुरा गर्न उनीहरूलाई प्राप्त हकहरू पर्याप्त वा अनुकूल छन् वा छैनन् भनेर पनि हेर्नु पर्ने हुन्छ। प्रायशः महिलाको दायित्वको कुराहरू गर्दा तिनको लामो सूचि बनाउने र त्यस्तो दायित्व पूरा गर्न आवश्यक क्षमताको कुरा गर्दा कानून र नीतिदेखि व्यवहारसम्म हकहरूमा कटौति गर्ने मनोविज्ञानले हाम्रो समाज ग्रस्त देखिन आउंछ। यिनै पृष्ठभूमिमा महिला वर्गको पिछाडिएको पृष्ठभूमि, कानून निर्माणदेखि कार्यान्वयन स्तरसम्म उनीहरूको प्रतिको सहभागिताविहीन र नकारात्मक सोंच, त्यस्को परिणाम स्वरूप पुरुष समान प्राप्त हकहरूलाई उपभोग गर्ने र लाभान्वित हुने क्षमताको अभाव आदि कारणले उनीहरू पिछडिएको स्थिति निरन्तर कायम रहेको हुनसक्छ भन्ने कुरालाई विशेष रूपले मनन् गर्नु जरुरी देखिन्छ। यिनै कुराहरूलाई ध्यानमा राखेर राज्यले संविधानको धारा ११ को उपधारा (३) बमोजिम आवश्यक विशेष उपायहरू गर्न जरुरी हुन्छ। राज्यले चालेको कुनै पनि विशेष उपायले सम्वन्धित वर्गको हक उपभोग गर्ने क्षमतामा अभिवृद्धि भएको छ वा छैन र त्यसबाट उनिहरूको विद्यमान स्थितिमा सुधार आएको छ वा छैन भन्ने कुरालाई हेर्नु पर्ने हुन्छ, अन्यथा त्यस्तो सुधारको उपायको पनि खासै महत्व रहन्न। कानूनको व्यवस्था र महिलाको स्थिति वीचको सम्बन्ध नियमित रूपमा राज्यले हेरिरहनु पर्दछ र यो दायित्व अन्य निकायहरूको अतिरिक्त न्यायकर्ताको पनि हो भन्ने स्पष्ट छ। बिडम्वना के कुराको हुने गरेको छ भने त्यस्तो असमानतामूलक धरातललाई सम्याउन महिलालाई संविधानले स्वीकार गरेको विशेष उपाय गर्ने कुरा त परै छन्, स्वयं कानूनका कतिपय व्यवस्थाहरू नै भेदभावपूर्ण हुने गरेको पाइएको छ।

३४. प्रस्तुत मुद्दाको सन्दर्भमा हेर्दा महिलाहरूको सबै क्षेत्रमा पिछडिएको स्थिति र सम्पत्तिको वितरणमा उनीहरूको न्यायोचित हिस्सा तथा प्रभावकारी नियन्त्रणको अभावको स्थिति बीच अन्योन्याश्रित सम्बन्ध रहेको देखिन आउंछ। त्यस्तो स्थिति रहनुमा अन्य तत्वहरूको अतिरिक्त स्वयं कानूनको भेदभावपूर्ण व्यवस्था अनि कानून कार्यान्वयनको चरणमा समय समयमा देखा पर्ने भेदभावमूलक मनोविज्ञान समेत जिम्मेवार देखिन आउँछ। नेपालको प्रचलित कानूनहरूमा लैङ्गिक विभेद देखिने प्रावधानहरूको सर्भेक्षण गर्ने र सुधारको प्रक्रिया अघि बढाउन यस अघि पनि यस अदालतबाट सम्वन्धित क्षेत्रका नाममा निर्देशन नगरिएको होइन, तथापि तिनीहरू अद्यापि कार्यान्वयन हुन बांकि नै देखिन्छ। अहिले निवेदकले चुनौति दिएको स्त्री अंश धनको महलको २ नं.को व्यवस्थाले पनि पुरुषको हकमा ऊ विवाहित, बाबु वा विधूर व्यक्ति हो वा होइन भन्ने कुराको वास्ता गरेको छैन तर महिलाको हकमा उनको व्यक्तित्वको

अवस्थाहरूको आधारमा सम्पत्तिको हकको प्रचलन र उपभोगमा सीमाहरू तोक्ने र स्वीकृतिहरू दिने वर्गहरू समेत किटान गर्ने गरेको छ । त्यस्तो स्थिति तोक्नुको समानताको सिद्धान्त अनुकूल हुने कुनै तार्किक आधार प्रस्तुत भएको पनि छैन । त्यस्तो व्यवस्थाबाट महिलालाई पुरुष सरह आफ्नो सम्पत्तिको प्रयोग तथा उपभोग गर्न नदिई महिला उपर अनुचित बन्देज लगाएको देखिन आउंछ, जसबाट उनको सम्पत्ति, समानता र स्वतन्त्रताको हक मात्रै प्रभावित हुँदैन, त्यसदेखि अतिरिक्त अन्य हकहरूको उपभोग गर्ने क्षमता समेत प्रभावित हुन सक्दछ । तसर्थ स्त्री अंशधनको महलको २ नं.को व्यवस्था माथि उल्लिखित संवैधानिक ब्यवस्था, न्यायका मान्य सिद्धान्त एवं अन्तराष्ट्रिय सन्धि/महासन्धि अनुकूल देखिदैन ।

३५. दोश्रो प्रश्न स्त्री अंशधनको २ नं.को विवादित व्यवस्था कायम रहंदा त्यसले लैङ्गिक न्यायमा पार्न सक्ने प्रतिकूल प्रभाव कस्तो रहन सक्छ भन्ने रहेको छ । नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ ले सामाजिक न्यायलाई प्रबर्द्धन गर्ने उद्देश्य राखेको छ । सामाजिक न्यायलाई प्रवर्द्धन गर्ने संवैधानिक संयन्त्र मध्ये सकारात्मक विभेदको सिद्धान्त प्रमुख हो । स्त्री अंश धनको २ नं.को विवादित व्यवस्थाले लैङ्गिक न्यायलाई प्रवर्द्धन गर्न सक्ने देखिदैन । त्यसले महिलाको साम्पत्तिक अधिकार वा सम्पत्ति माथिको स्वामित्वमा प्रतिकूल असर पार्ने देखिन्छ । आफ्नो नाउँमा रहेको वा आफ्नो हकको सम्पत्ति आफूखुश गर्न नपाउनु स्वामित्व र सम्पत्ति सम्बन्धी अवधारणको अनुकूल होइन । यस अदालतले महिलाजन्य संविधान एवं कानून मिश्रित विवादहरूमा लैङ्गिक न्यायलाई प्रवर्द्धन गर्ने गरी निर्णय गरेको छ । यसका केही उदाहरणहरूमा मीरा ढुंगाना विरुद्ध मन्त्रिपरिषद् सचिवालय समेत (ने.का.प. २०५२, पृष्ठ ४६२, ने.का.प.२०६१ पृष्ठ ३७७, रिटनं.५५/०५८ नि.मि.२०५९।१।१९), डा. चन्दा बज्राचार्य विरुद्ध संसद् सचिवालय समेत (ने.का.प.२०५३ पृष्ठ ५३७), अधिवक्ता सपना प्रधान मल्ल समेत विरुद्ध मन्त्रिपरिषद् सचिवालय समेत (ने.का.प.२०५३ पृष्ठ १०५, रिट नं.५६/०५८ नि.मि.२०५९।१।१९), रीना बज्राचार्य समेत विरुद्ध मन्त्रिपरिषद् सचिवालय समेत (ने.का.प.२०५७ पृष्ठ ३७६) आदि छन् । यस परिप्रेक्ष्यमा समेत बिचार गर्दा विवादित ब्यवस्था कायम रहेको अवस्थामा लैङ्गिक न्यायमा प्रतिकूल असर पर्न सक्ने र कायम नरहेको अवस्थामा महिलाहरू आफ्नो सम्पत्ति आफूखुश गर्न वा प्रयोग गर्न स्वतन्त्र भई आफ्नो हक अधिकारको प्रयोगमा सचेत र शशक्तिकृत हुनसक्छन् । उक्त कानूनी व्यवस्था यथावत राखिएमा पुरुषले भने सम्पत्तिको प्रयोग गरेर आफ्नो हकको उपयोगको क्षमताको प्रयोग गरी व्यक्तित्व विकास गर्न सक्ने तर महिलाले भने आफ्नो हकको सम्पत्ति समेत उपभोग गर्न नसकि कुण्ठित जीवन यापन गर्न बाध्य भएको स्थिति भोग्नु पर्ने हुन्छ । त्यस्तो व्यवस्था लैङ्गिक न्याय र न्यायको सार्वभौम मान्यता समेत विरुद्ध हुन जान्छ ।

३६. तेश्रो प्रश्न निवेदकको माग बमोजिम आदेश जारी गर्न मिल्ने नमिल्ने भन्ने रहेको छ । निवेदकले मुलुकी ऐन स्त्री अंशधनको महलको २ नं.मा रहेको प्रावधान नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ र नेपाल पक्ष भएका मानवअधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय दस्तावेजसंग बाझिएकोले अमान्य घोषित गरिपाऊँ भन्ने माग गर्नु भएको देखिन्छ । माथि विभिन्न प्रकरणहरूमा विवेचना भए अनुसार निवेदकले विवादमा ल्याउनु भएको मुलुकी ऐन स्त्री अंशधनको महलको २ नं.को कानूनी प्रावधान नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ११(१) र १७ विपरीत हुनुको साथै नेपाल पक्ष राष्ट्र भएको नागरिक तथा राजनैतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय प्रतिज्ञापत्र, १९६६ को धारा २६,

आर्थिक, सामाजिक तथा सांस्कृतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय प्रतिज्ञापत्र, १९६६ को धारा २, ३ र महिला विरुद्धका सबै प्रकारका भेदभावहरू उन्मूलन गर्ने अन्तर्राष्ट्रिय महासन्धि, १९७९ को धारा १, २, ३ र १५ अनुकूल रहेको भन्ने नदेखिएको, स्वामित्व र सम्पत्ति सम्बन्धी मान्यताको समेत विपरीत रहेको र विवादित प्रावधानको निरन्तरताले लैङ्गिक न्यायको प्रवर्द्धनमा समेत प्रतिकूल असर पार्ने देखिएकोले स्त्री अंशधनको २ नं. को उक्त विवादित प्रावधान नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा १ र ८८(१) बमोजिम आजका मितिदेखि अमान्य र बदर घोषित गरिदिएको छ । विपक्षीहरूको जानकारीको लागि प्रस्तुत आदेशको प्रतिलिपि महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय मार्फत पठाई दिनु । मिसिल नियमानुसार गरी बुझाई दिनू ।

उपरोक्त रायमा सहमत छौं ।

न्या.वद्रीकुमार वस्नेत

न्या.कल्याण श्रेष्ठ

संवत् २०६२ साल मार्ग ३० गते रोज ५ शुभम् ....

भर्खरै प्रकाशित नजिरहरू

- ***१०५२७ - बन्दीप्रत्यक्षीकरण (http://nkp.gov.np/full_detail/9593)***

  फैसला मिति : २०७७/०४/२९ | मुद्दा नं : ०७७-WH-००११
- ***१०५२६ - उत्प्रेषण / परमादेश (http://nkp.gov.np/full_detail/9592)***

  फैसला मिति : २०७७/०४/२१ | मुद्दा नं : ०७६-WO-०९६२
- ***१०५२५ - कर्तव्य ज्यान (http://nkp.gov.np/full_detail/9591)***

  फैसला मिति : २०७७/०४/२१ | मुद्दा नं : ०७५-CR-०८४७
- ***१०५२४ - परमादेश (http://nkp.gov.np/full_detail/9590)***

  फैसला मिति : २०७७/०३/२५ | मुद्दा नं : ०७६-WO-१०२६
- ***१०५२३ - राज्य विरूद्धको अपराध (http://nkp.gov.np/full_detail/9589)***

  फैसला मिति : २०७७/०३/०२ | मुद्दा नं : ०७५-CR-१०९३

धेरै हेरिएका नजिरहरु

- ***निर्णय नं: # ९३४६ - मानव बेचबिखन, बालविवाह, जबर्जस्ती करणी (http://nkp.gov.np/full_detail/8389)***

  फैसला मिति : २०७१/१०/१९ | मुद्दा नं : ०६७-CR-१२८८

- ***निर्णय नं: # ९३१७ - हालैदेखिको बकसपत्र लिखत बदर (http://nkp.gov.np/full_detail/8316)***

  फैसला मिति : २०७१/०७/१९ | मुद्दा नं : ०६७-CI-०९०३

- ***निर्णय नं: # ९२७३ - मानाचामल (http://nkp.gov.np/full_detail/8079)***

  फैसला मिति : २०७१/०५/०५ | मुद्दा नं : ०६८-CI-०२१६

- ***निर्णय नं: # ९२७४ - लागु औषध (नरफिन) (http://nkp.gov.np/full_detail/8080)***

  फैसला मिति : २०७१/०५/०५ | मुद्दा नं : २०६७-CR-०९९२

- ***निर्णय नं: # ९३१९ - उत्प्रेषण (http://nkp.gov.np/full_detail/8363)***

  फैसला मिति : 2070/10/20 | मुद्दा नं : ०६९–WS–००३५