निर्णय नं. ७५७७ - नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ८८(१) बमोजिम वाझिएको कानून अमान्य एवं बदर घोषित गरिपाऊँ ।

भागः **४७** सालः **२०६२** महिनाः **मंसिर** अंकः ८
फैसला मिति :२०६२/०८/३० ३७२८

निर्णय नं.७५७७ ने.का.प.२०६२ अङ्क ८

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

सम्वत् २०६१ सालको विशेष रिट नं. .३१

आदेश मितिः २०६२।८।३०।५

बिषय :– नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ८८(१) बमोजिम वाझिएको कानून अमान्य एवं बदर घोषित गरिपाऊँ ।

निवेदकः जनहित संरक्षण मञ्च (प्रो. पब्लिक) का तर्फबाट एवं आफ्नो हकमा समेत अधिवक्ता प्रकाशमणि शर्मा समेत

विरुद्ध

विपक्षीः श्री प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय, सिँहदरबार समेत

§ ***महिलाको राजनैतिक, आर्थिक, सामाजिक, साँस्कृतिक, नागरिक वा अरु कुनै विषयसम्बन्धी मानव अधिकार तथा स्वतन्त्रतालाई, आफ्नो वैवाहिक स्थिति जे जस्तो रहेको भएतापनि पुरुष सरह समानताको आधारमा महिलाले उपभोग गर्नमा वा प्रयोग गर्नमा ब्यवधान पार्ने वा त्यसको मान्यतालाई नै क्षति वा शून्यकरण पार्ने उद्देश्य भएको लिंगको आधारमा हुने कुनै पनि भेदभाव वा बहिष्कार वा प्रतिबन्धलाई महिला विरुद्धका विभेद भन्नुपर्ने ।***

(प्रकरण नं.२२)

§ ***विशेष संरक्षणको अर्थ कमजोर वर्गलाई यथास्थितिमा राखिराख्ने र तिनीहरूको भूमिकालाई न्यून वा कमजोर पार्ने (Impoverishment) होइन बरु त्यस्तो वर्गलाई आवश्यक र वाञ्छित उपायहरूसहित उचनीचको धरातल बदलिएर समान धरातल प्रदान गर्नु हुने ।***

(प्रकरण नं.२५)

§ ***समानता, स्वतन्त्रता र जीवनको हक भन्नु नै हरेकले सम्मानपूर्ण र प्रतिष्ठापूर्ण जीवनयापन गर्न पाउँछ भन्नु हो जसबाट महिलाले बहिष्कृत हुनुपर्ने कुनै पनि अवस्था सह्य हुन नसक्ने ।***

(प्रकरण नं.२७)

§ ***अंशबण्डाको १६ नं.लाई संविधानको धारा ११ र महिला विरुद्धको सबै किसिमको भेदभाव हटाउनेसम्बन्धी महासन्धिको धारा १, २, ३, १५ र १६ , नागरिक तथा राजनैतिक अधिकारसम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय प्रतिज्ञापत्र, १९६६ (ICCPR) को धारा २६, आर्थिक सामाजिक तथा सांस्कृतिक अधिकारसम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय प्रतिज्ञापत्र, १९६६ (ICESCR) को धारा २ र ३ को सन्दर्भमा समानताको हक अनुकूल हुने गरी पूनर्विचार गर्न जरुरी देखिन आउने ।***

§ ***अंशबण्डाको १६ नं.को व्यवस्थामा सम्बन्धित निकाय एवं सरोकार राख्ने समुदाय समेतसँग परामर्श गरी पुनर्विचार गर्नु भनी श्री ५ को सरकार, प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय समेतका नाउँमा निर्देशनात्मक आदेश जारी हुने ।***

(प्रकरण नं.३४)

निवेदक तर्फवाटः विद्वान अधिवक्ताहरु प्रकाशमणी शर्मा, राजुप्रसाद चापागाई, रमा पन्त खरेल, कविता पांडे र शर्मिला श्रेष्ठ

बिपक्षी तर्फबाटः विद्वान् नायवमहान्यायाधिवक्ता श्री नरेन्द्रप्रसाद पाठक

अदालतको सहयोगीको रूपमाः विद्वान् अधिवक्ताद्धय श्री हरिप्रसाद उप्रेती र श्रीमती शुष्मा वास्कोटा वराल

अवलम्वित नजीरः

आदेश

न्या.मीनबहादुर रायमाझीः नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ८८(१) अन्तर्गत यस अदालतमा दायर हुन आएको प्रस्तुत रिट निवेदनको संक्षिप्त टिपोट र यस अदालतको आदेश यसप्रकार छ :–

२. मुलुकी ऐन, २०२० मा भएको एघारौं संशोधनबाट अंशबण्डाको महलको १(क) मा "यस महलको १ नं. मा जुनसुकै कुरा लेखिएको भएतापनि विवाह गरिसकेकी छोरीको अंशबण्डा गर्नु पर्दैन" भनी र ऐ.महलको १६ नं. मा यस महलको अन्य नम्वरमा जुनसुकै कुरा लेखिएको "भएतापनि अंश लिइसकेकी छोरीको विवाह भएमा निजले खाईलाई वांकी रहेको सम्पत्ति माइतीपट्टिका हकवालाको हुन्छ" भन्ने कानूनी व्यवस्था गरियो । यसबाट वैवाहिक अधिकार उपभोग गरेकै कारणले छोरीले सँगोलको अन्य अंशियार सरह प्राप्त गरेको साम्पतिक अधिकारबाट बंचित

हुनुपर्ने अवस्थाको सिर्जना भएको छ। उक्त व्यवस्था नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७, नेपाल सन्धि ऐन बमोजिम नेपाल कानून सरह लागू हुने अन्तर्राष्ट्रिय सन्धि सम्झौता, यस अदालतबाट प्रतिपादित न्यायिक सिद्धान्त र न्यायका मान्य सिद्धान्त समेतको बिपरीत भएकोले संविधानको धारा ८८(१) अन्तर्गत अमान्य घोषित गरिपाऊँ भनी निम्न जिकिर गरेका छौं।

३. नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ११ को उपधारा (१) ले सबै नागरिक कानूनको दृष्टिमा समान हुनेछन् भन्ने व्यवस्था गरी लिङ्ग अथवा कुनै पनि आधारमा कसैलाई काखा र कसैलाई पाखा गर्ने खालका राज्यमा कामकारबाहीलाई पूर्णतः निषेध गरेको छ। सोही उपधारामा कसैलाई पनि कानूनको समान संरक्षणबाट वञ्चित गरिने छैन भन्ने अर्को प्रावधानबाट रक्त सम्बन्धको आधारमा समान अवस्थितिमा रहेका छोरा र छोरी दुवैलाई समान कानूनी संरक्षण दिनुपर्ने संवैधानिक दायित्व राज्यमा निहित रहेको प्रष्ट हुन्छ । त्यस्तै उपधारा ३ मा राज्यले नागरिकहरूका बीच धर्म, वर्ण, लिङ्ग जात, जाति वा वैचारिक आस्था वा तीमध्ये कुनै कुराका आधारमा भेदभाव गर्ने छैन भन्ने व्यवस्था गरी विभेदको अस्वीकार्यताको सिद्धान्तलाई आत्मसात गर्दै बिना रोकतोक समानताको हकको प्रत्याभूति दिइएकोमा केवल वैवाहिक स्वतन्त्रता उपभोग गरिएकै आधारमा छोरीलाई अंशबाट विमुख गर्ने गरी कानूनी व्यवस्था गर्नु धारा ११ कै प्रतिकूल छ। त्यसैगरी धारा ११(३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांशले महिला वर्ग समेतको विकासको लागि विशेष कानून नै तर्जूमा गरी पुरुष वर्गलाई भन्दा वढी अधिकार तथा सौविद्धता प्रदान गर्नसक्ने गरी राज्यलाई शशक्तिकृत गरेको अवस्थामा महिला वर्गकै विरुद्धमा नकारात्मक विभेद सिर्जना गर्ने गरी उक्त कानूनी व्यवस्थाको सिर्जना हुनु सो प्रतिबन्धात्मक वाक्यांश समेतको वर्खिलाप हुन गएको छ।

४. संविधानको धारा १७(१) ले सबै नागरिकलाई प्रचलित कानूनको अधीनमा रही सम्पत्ति आर्जन गर्ने, वेचविखन गर्ने र सम्पत्तिको अन्य कारोवार गर्ने हकको प्रत्याभूति गरेको र सो को उपधारा २ ले सार्वजनिक हितको संरक्षणको प्रयोजनका लागि बाहेक नागरिकको उक्त साम्पत्तिक अधिकार अनतिक्रम्य हुने समेतको व्यवस्था गरेको परीप्रेक्ष्यमा अंशबण्डाको १० नं. बमोजिम हक स्थापित गरी आफ्नो स्वामित्व कायम भएको सम्पत्ति छोराले आजीवन आफूखुसी गर्न पाउने र छोरीको हकमा वैवाहिक सम्बन्धकै आधारमा उक्त साम्पत्तिक अधिकारबाट विमुख हुनुपर्ने कानूनी व्यवस्थाले धारा १७ अन्तर्गत प्रत्याभूत सम्पत्तिसम्बन्धी मौलिक हकमा नै अनुचित बन्देज लाग्न गएको छ।

५. कुनैपनि व्यक्तिलाई चाहेंको अवस्थामा वैवाहिक सम्बन्धमा वाँधिने स्वतन्त्रता हुन्छ। व्यक्तिले स्थापित गरेको वैवाहिक सम्बन्धले वावु आमा तथा छोरा छोरी बीचको जन्मसिद्ध सम्बन्धलाई प्रतिस्थापित गर्न सक्दैन। कुनै पनि स्वतन्त्रता तथा अधिकारको उपभोगले यो सम्बन्धमा कुनै परिवर्तन आउँदैन। जन्मसिद्ध सम्बन्धकै रूपमा स्थापित भएको अंश हक विवाहको करारीय सम्बन्धको आधारमा अन्त्य हुन सक्दैन। यो मानव अधिकारको सर्वस्वीकार्य सिद्धान्त पनि हो। उपर्युक्त मान्यता समेतको बिपरीत अंशबण्डाको १क र १६ नं. ले साम्पतिक अधिकारको उपभोगको लागि वैवाहिक स्वतन्त्रता त्याग्नु पर्ने गरेको व्यवस्थाले छोरी उपर स्पष्ट लैङ्गिक विभेदको सिर्जना गरेको छ।

६. हाम्रो कानूनी प्रणालीले विभिन्न मानव अधिकारका दस्तावेजहरूको अनुमोदन मार्फत सर्वस्वीकार्य मानवीय मूल्य र मान्यताहरूलाई आत्मसात गरेको छ। नेपाल सन्धि ऐन, २०४७ को दफा ९(२) मा त्यस्ता सन्धि सम्झौताका प्राावधानहरू नेपाल कानून सरह मान्य हुने र एक अर्कोसँग वाझिन गएमा सन्धिका प्रावधानले प्राथमिकता

पाउने गरी व्यवस्था छ। मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्र, १९४८ को धारा १, २ र ७ मा अभेदभावको सिद्धान्तलाई अंगीकार गर्दै सबै व्यक्तिलाई समानतापूर्वक सम्मानपूर्ण जीवन जीउन पाउने अधिकारको घोषणा गरिएको, सोही घोषणा पत्रको धारा १६ मा सबै व्यक्तिलाई वैवाहिक स्वतन्त्रता एवं धारा १७ मा सम्पत्तिको स्वेच्छाचारी अपहरण विरुद्धको पूर्ण प्रत्याभूति गरिएको छ। यसैगरी नागरिक तथा राजनैतिक अधिकारसम्बन्धी अभिसन्धि, १९६६ को धारा ३ ले नागरिक अधिकारको प्रत्याभूति र धारा १६ ले वैवाहिक स्वतन्त्रताको पूर्ण अधिकारलाई प्रत्याभूत गरेको छ। महिला विरुद्धका सबै प्रकारका विभेद उन्मूलन गर्नेसम्बन्धी महासन्धि, १९७९ को धारा १५ ले महिलालाई पनि पुरुष सरह नै करारीय पूर्ण प्रत्याभूति दिनुपर्ने व्यवस्था गरेको, ऐ.को धारा १६ ले पुरुष सरह नै महिलाले वैवाहिक स्वतन्त्रताको अधिकार उपभोग गर्न पाउने कुराको प्रत्याभूति गरेको र वैवाहिक स्थितिको आधारमा राज्यले महिलाको विरुद्ध कुनै पनि प्रकारको विभेद गर्न छूट नदिएको, सोही महासन्धिको धारा १ मा विभेदको परिभाषा गर्दै धारा २,३,४,५ र ६ मा महिला विरुद्ध प्रचलित विधायिकी, कार्यकारी, प्रशासकीय, प्रथाजन्य, व्यवहारजन्य, परम्पराजन्य सबै विभेदलाई राज्यले उन्मूलन गर्नुपर्ने दायित्व सुम्पिएको छ। उपर्युक्त अन्तर्राष्ट्रिय सन्धि सम्झौताका प्रावधान प्रतिकूल हुने गरी कानून निर्माण गर्ने अधिकार विधायिकालाई छैन वरु राज्यले त्यस्ता सन्धिद्वारा सृजित दायित्वको कार्यान्वयन गराउनु अनिवार्य हुन्छ।

७. विधायिकाको कानून बनाउने अधिकार निरपेक्ष होइन, संविधानको अधीनमा रहेर कानूनको निर्माण गर्नुपर्दछ। संविधानको धारा १ ले संविधानलाई मूल कानून मानेको र मूल कानून सँगै वाझिने कानून वाझिएको हदसम्म अमान्य हुने व्यवस्था गरी संविधावाद तथा संवैधानिक सर्वोच्चताको सिद्धान्तलाई आत्मसात गरेको छ। संविधानवादलाई जीवन्त राख्न र विधायिकी अधिकारको दुरुपयोग रोक्न धारा ८८(१) मा संविधान प्रतिकूलको कानूनलाई न्यायिक पुनरावलोकन गर्नसक्ने गरी यस अदालतलाई अधिकार सम्पन्न बनाएको छ। यसै अधिकारको प्रयोग गरी यस अदालतले विभिन्न मुद्दा (मनबहादुर विश्वकर्मा विरुद्ध म.प.स. समेत, ने.का.प. २०४९ अंक १२ पृष्ठ १०१०, ईमान सिंह गुरुङ विरुद्ध जनरल सैनिक अदालत समेत, ने.का.प. २०१९ अंक ८ पृष्ठ ७१०, मीरा ढुंगाना विरुद्ध म.प.स. समेत ने.का.प. २०६१ अंक ४ पृष्ठ ३७७ समेत) मा संविधानसँग वाझिने कानूनलाई समान्ताको हक बिपरीत भएको भनी अमान्य र बदर घोषित गरिरहेको परीप्रेक्ष्यमा समानताको हकको स्पष्ट प्रतिकूल देखिएको अंशबण्डाको १ क र १६ नं. को अस्तित्वलाई निरन्तरता दिनु संवैधानिक र मानव अधिकारको दृष्टिले उचित हुने देखिंदैन।

८. तसर्थ माथि उल्लेख गरिएअनुसार मुलुकी ऐन, २०२० अंशबण्डाको महल अन्तर्गत मुलुकी ऐन एघारौं संशोधनद्वारा थप हुन आएको दफा १क र १६ नं. नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ११ ले प्रत्याभूत गरेको समानताको हक सँग वाझिएकोले संविधानको धारा १,२३ र ८८(१) बमोजिम सो अंशबण्डाको १क र १६ नं. लाई अमान्य घोषित गरी लैंगिक न्यायको प्रवर्द्धन गरिपाऊँ भन्ने व्यहोराको रिट निवेदन।

९. बिपक्षीहरूबाट १५ दिनभित्र लिखितजवाफ मगाई आएपछि वा अवधि नाघेपछि अग्राधिकार दिई पेश गर्नु भन्ने यस अदालतको एकल इजलासबाट भएको आदेश।

१०. के कस्तो ऐन निर्माण वा संशोधन गर्ने भन्ने बिषय विधायिकाको अधिकारक्षेत्रभित्र पर्ने भएकोले विधायिकाले बनाएको ऐनको बिषयलाई लिएर यस मन्त्रालयलाई बिपक्षी बनाउनु पर्ने पुष्टाई सहितको आधार निवेदनमा देखाउन सकिएको छैन । नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को मर्म र सामाजिक परीवेश समेतलाई दृष्टिगत गरी मुलुकी ऐन अंशबण्डाको महलमा समेत संशोधन भएको यथार्थ हो । यस मन्त्रालयको के कुन कामकारबाहीबाट निवेदकको संवैधानिक एवं कानूनी हकमा हनन हुन गएको भन्ने खुल्न नसकेको हुँदा मनोगत तर्कमा आधारित रिट खारेज गरिपाऊँ भन्ने व्यहोराको महिला, बाल बालिका तथा समाज कल्याण मन्त्रालयको लिखितजवाफ ।

११. यस कार्यालयको के कस्तो कामकारबाहीबाट निवेदकको के कस्तो हक अधिकार हनन हुन गएको भन्ने स्पष्ट जिकिर लिएको अवस्था नभएको र के कस्तो ऐन निर्माण वा संशोधन गर्ने भन्ने कुरा विधायिकाको अधिकारक्षेत्रभित्र पर्ने बिषय भई त्यस्तो बिषयमा यस कार्यालयलाई बिपक्षी बनाउनु पर्ने आधार नै नहुँदा रिट निवेदन खारेज गरिपाऊँ भन्ने प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालयको लिखितजवाफ ।

१२. प्रथमतः विवाद पश्चात महिलाले स्वतः लोग्नेतर्फको अंश प्राप्त गर्ने हुँदा वावुतर्फको अंश नपाउने गरी व्यवस्था गरेको अंशबण्डाको १क नं. र विवाह पश्चात निजले खाईलाई बांकी रहेको सम्पत्ति माइतीपट्टिको हुने गरी व्यवस्था गरेको अंशबण्डाको १६ नं. को प्रावधानले महिला उपर असमान व्यवहार गऱ्यो भन्न मिल्ने देखिंदैन । विवाह पश्चात महिलाको माइतीपट्टिको सम्बन्धमा कुनै असर पार्ने उपर्युक्त कानूनी व्यवस्थाको मनसाय होइन । विवाहले महिलालाई लोग्ने पट्टिको सम्पत्तिमा अधिकारको सिर्जना गर्ने हुँदा वैवाहिक स्थितिको आधारमा छोरीको सम्पत्ति माथिको अधिकारलाई अपहरण गरी पुरुष सरहको अधिकार उपभोग गर्नबाट वञ्चित गरेको भन्न मिल्दैन । लैङ्गिक समानताको मनसाय महिलालाई पुरुषभन्दा बढी अधिकार दिई पुनः पुरुषमाथि असमानता सिर्जना गर्नु होइन । जसरी पुरुषलाई केवल वावुको सम्पत्तिमा सधैंभरी अधिकार दिइएको छ त्यसै गरी महिलालाई विवाहपूर्व वावुको र विवाह पश्चात पतिको सम्पत्तिमा अधिकार दिइएको छ । फरक यतिमात्र हो, छोराको सधै वावुको सम्पत्तिमा मात्र अधिकार हुन्छ भने छोरीको साम्पत्तिक अधिकार विवाहपूर्व र पश्चात परिवर्तन हुन्छ । यसको अर्थ महिलालाई विवाह पश्चात सम्पत्तिमा अधिकार नै हुंदैन भन्ने होइन । त्यसैले महिला र पुरुष माथि साम्पत्तिक भेदभाव भएको भन्न नमिल्ने हुँदा अंशबण्डाको १क र १६ नं. को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांश नेपाल अधिराज्यको संविधान २०४७, नेपाल पक्ष भएका महासन्धि तथा न्यायका मान्य सिद्धान्तसँग वाझिएको भन्ने जिकिर कानूनसम्मत र तर्कपूर्ण नभएकोले रिट खारेज गरिपाऊँ भन्ने व्यहोराको कानून, न्याय तथा संसदीय व्यवस्था मन्त्रालयको लिखितजवाफ ।

१३. नियमबमोजिम पेश हुन आएको प्स्तुत रिट निवेदनमा निवेदकहरू प्रकाशमणी शर्मा, राजुप्रसाद चापागाई, रमा पन्त खरेल, कविता पांडे र शर्मिला श्रेष्ठले नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ ले भेदभावरहित समाजको परीकल्पना गर्दै महिला वर्गको संरक्षण र विकासको लागि कानूनद्वारा विशेष प्रवन्ध गर्न सकिने कुरालाई सुनिश्चित गरेको छ । सो संवैधानिक प्रावधानको बिपरीत हुने गरी अंशबण्डाको १क र १६ नं. मा छोरीलाई वैवाहिक स्थितिको आधारमा सम्पत्तिमा हक हुने नहुने कुराको अनुचित सीमाङ्कन गरिएको छ । यसले महिला शशक्तिकरण र लैङ्गिक न्यायमा गंभीर आघात पुऱ्याएको छ । वेमनासीव भेदभावलाई हटाउनु समानता हो । असमानतालाई उन्मूलन गर्ने शक्तिशाली हतियार समानताको सिद्धान्त हो । पुरुष र महिलाको आधारमा मात्र समानताको सिद्धान्तलाई विचार

गर्नुपर्छ, वैवाहिक हैसियतको आधारमा होइन । पुरुषले विवाह गर्दा सम्पत्ति त्याग्नु पर्दैन तर महिलाले विवाह गर्दा अंशियार पनि नहुने र अंश पाएको अवस्थामा पनि वांकी अंश माइती पट्टिका हकवालालाई फिर्ता गर्नुपर्ने व्यवस्था आफैमा भेदभावपूर्ण, अनुचित र बेमनासिब छ । यसले महिलाको स्वतन्त्र र सम्मानपूर्ण जीवनयापन गर्ने अधिकारमा गंभीर असर पुर्‍याएको छ । राज्यले समाजका कमजोर वर्गलाई न्याय गर्नुपर्छ भन्ने वितरीत न्यायको अवधारणको प्रतिकूल छ । यस अदालतबाट मीरा ढुंगाना र चन्दा वज्राचार्यको मुद्दामा महिला र पुरुष बीचमा भेदभावरहित र विवेकसम्मत कानून बनाउन निर्देशन जारी गरेकोमा सो निर्देशनको मर्म र आशय मुताविक कानूनको निर्माण हुन सकेको छैन । संशोधन भएको केही व्यवस्थाहरूले लैङ्गिक न्यायलाई खासै प्रवर्द्धन गर्न सकेका छैनन् । रीना वज्राचार्यको मुद्दामा संविधानको धारा ११(३) को व्यवस्था बन्देजात्मक नभई सकारात्मक संरक्षणको व्यवस्था हो भन्दै महिलालाई शशक्तिकरण नगर्ने कानून समानताको अधिकार बिपरीत हुन्छ भन्ने मान्यतालाई यस अदालतले स्वीकार गरेको छ । मुलुकी ऐन एघारौं संशोधन पश्चात आएको छोरीले अपुताली फिर्ता गर्नुपर्ने कानूनी प्रावधानलाई यस अदालतबाट अमान्य घोषित गरिएको (ने.का.प. ०६१ अंक ४ पृष्ठ ३७७) को परीप्रेक्ष्यमा अंशबण्डाको १क र १६ नं. को व्यवस्था स्पष्टत : विभेदकारी, अनुचित र वेमनासीव रही नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ११,१२(१) र १७(१) सँग वाझिएकोले बदर घोषित हुनुपर्छ भन्ने समेतको बहस गर्नुभयो ।

१४. बिपक्षी तर्फबाट विद्वान् नायवमहान्यायाधिवक्ता श्री नरेन्द्रप्रसाद पाठकले मीरा ढुंगानाको ०५२ सालको फैसलाले पनि अंशबण्डाको १६नं. लाई समूल खारेज गर्न सकेको थिएन। सो फैसलाले विद्यमान सामाजिक संरचना, समाजमा पर्न सक्ने असर, छोरीलाई प्राप्त हुन सक्ने दोहोरो अंशको अधिकार समेतलाई विचार गरी उपयुक्त कानून निर्माण गर्ने भन्ने समेतको निर्देशन गरेको थियो । अहिले पनि त्यसलाई नै विवादित बनाइएको छ ,त्यसलाई अमान्य गर्दा झनै भेदभावको अवस्था सिर्जना हुन्छ । छोरीले विहे गरे पछि लोग्ने पट्टिको अंशको हकदार हुने भएको हुँदा दोहोरो अंश नपर्ने गरी १ क र १६ नं. ले उपयुक्त व्यवस्था गरेका हुन् । राज्यले कानूनद्वारा व्यक्तिको हकको उपभोगमा मनासीव प्रतिबन्ध लगाउन सक्छ । कानूनले समाजको अवस्थालाई मध्यनजर राख्नु पर्छ । त्यही अवस्था अंशबण्डाको १क १६ नं. मा देखिएको छ । यसले महिलाको शशक्तिकरण र विकासमा अवरोध पुर्‍याएको छैन । अदालतले लैङ्गिक न्यायलाई प्रवर्द्धन गर्ने नाउमा पुरुषहरू माथि अन्याय हुने गरी कुनै आदेश वा व्यवस्था गर्न सक्दैन । त्यसैले विवादित व्यवस्था समसामयिक परीप्रेक्ष्यमा संविधान र अन्तराष्ट्रिय कानून अनुकूल नै हुँदा रिट खारेज हुनुपर्छ भन्ने समेतको बहस प्रस्तुत गर्नुभयो ।

१५. यस अदालतको आदेश अनुसार सर्वोच्च अदालत वार एशोसिएसनका तर्फबाट अदालतको सहयोगीको रूपमा उपस्थित विद्वान् अधिवक्ताद्धय श्री हरिप्रसाद उप्रेती र श्रीमती शुष्मा वास्कोटा वरालले निवेदकको मागबमोजिम अंशबण्डाको १क नं. लाई अमान्य घोषित गर्न मिल्दैन । यदि त्यसो गरियो भने त्यो न्यायिक रूपमा व्यवस्थापन गर्न नसकिने (Judicially Unmanageable) हुन्छ । न्यायिक व्यवस्थापनभित्र पार्ने हो भने एघारौ संशोधन हुँदाको अवस्थामा अंशबण्डा भइनसकेकोमा छोरीलाई अंशियार कायम गर्ने र अंशबण्डा भइसकेकोमा अंश दिनु नपर्ने गरी अदालतले आदेश दिन उपयुक्त हुन्छ भन्ने समेतको राय व्यक्त गर्नुभयो ।

१६. उपर्युक्त बहस वुंदा समेतका सन्दर्भमा रिट निवेदन लिखितजवाफ सम्बद्ध कानून र नजिर समेत अध्ययन गरी हेर्दा निवेदकको माग बमोजिको आदेश जारी गर्न मिल्ने नमिल्ने सम्बन्धमा निर्णय गर्नुपर्ने हुन आयो।

१७. निवेदकले मुलुकी ऐन अंशबण्डाको महलको १क र १६ नं. नेपाल अधिराज्यको संविधान,२०४७ तथा नेपाल पक्ष भएका मानव अधिकारसम्बन्धी अन्तराष्ट्रिय दस्तावेजहरूसँग वाझिएकोले अमान्य र बदर घोषित गरिपाऊँ भन्ने माग गर्नुभएको छ। निवेदकले विवादमा ल्याउनु भएका उक्त प्रावधानहरू यहां उल्लेख हुनु प्रासंगिक देखिन्छ।

१क न ं.: यस महलको १ नं. मा जुनसुकै कुरा लेखिएको भएतापनि विवाह गरिसकेकी छोरीको अंशबण्डा गर्नुपर्ने छैन।

१६ न ं.: यस महलको अन्य नम्वरहरूमा जुनसुकै कुरा लेखिएको भएतापनि अंश लिईसकेकी छोरीको विवाह भएमा निजले खाईलाई बाँकी रहेको सम्पत्ति निजका माइतीपट्टिका हकवालाको हुन्छ

१८. माथि उल्लिखित व्यवस्थाहरूमध्ये १क को व्यवस्थालाई अझ प्रष्ट पार्न १ नं मा उल्लेख भएको प्रावधानलाई समेत जोड्नु पर्ने हुन्छ। १ नं. ले अंशबण्डा गर्दा यस महलका अन्य नम्वरहरूको अधीनमा रही वावु, आमा, लोग्ने, स्वास्नी, छोरा, छोरीहरूको जीयजीयैको अंश गर्नुपर्छ भन्ने व्यवस्था गरेको छ। निवेदकले मुख्यतः अंशबण्डाको १० नं. ले छोरा छोरी सबैलाई अंशको हक स्थापित गराईदिएको तर १क.नं. र १६नं. मा भएको व्यवस्थाले छोरीलाई वैवाहिक हैशियतको आधारमा शर्तयुक्त साम्पत्तिक अधिकार दिई पुरुष सरह निरन्तर अंश पाइरहने अधिकारबाट वञ्चित गरी महिला र पुरुष बीच स्पष्ट भेदभावको अवस्था सिर्जना गरेको भनी दावी लिनु भएको छ। अंशबण्डाको महलमा रहेको समग्र व्यवस्था अध्ययन गर्दा छोरीले विवाह नगर्दा सम्म माइती पट्टिबाटै अंश प्राप्त गर्ने र विवाह भैसकेपछि आफ्नो माइती तर्फको अंश हक त्याग गर्नुपर्ने, अंश लिईसकेको भए खाईलाई वांकी रहेको जति माइती तर्फका हकवालालाई फिर्ता गर्नुपर्ने देखिन्छ। यस अदालतबाट मीरा ढुंगाना समेत र चन्दा वज्राचार्य समेतका मुद्दामा भएका निर्देशात्मक आदेश पश्चात मुलुकी ऐनको एघारौ संशोधन हुँदा थप भएका हुन्। सो पूर्व ३५ वर्ष नपुगे सम्म छोरीलाई अंशियारको रूपमा मान्यता प्रदान नगर्ने गरिएकोमा एघारौं संशोधनले छोरीलाई अन्य अंशियार सरह अंशियारको रूपमा मान्यता प्रदान गरेको छ। यो आफैमा लैङ्गिक समानता र न्यायको दृष्टिमा सकारात्मक कदम हो। तर विवाह पश्चात बाबु आमाको सँगोलको परीवारमा अंशबण्डा नभइसकेको अवस्थामा पनि छोरी अंशियार हुन नसक्ने र अंशबण्डा भै अंश पाइसकेपछि पनि छोरीको विवाह भएको अवस्थामा निजले खाईलाई वाँकी रहेको अंशको सम्पत्ति माइतीपट्टिका हकवालालाई फिर्ता गर्नुपर्ने गरी कानूनी व्यवस्था हुनुलाई वैवाहिक अबस्थाको आधारमा खडा गरिएको विभेद भनी प्रस्तुत निवेदनबाट विवादमा ल्याइएको अवस्था छ। उक्त कुराको निराकरणको लागि नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ ले ब्यबस्था गरेको समानताको हक र महिला बर्गको उत्थानको लागि राज्यले अंगिकार गरेको नीतिका सन्दर्भमा बिचार गर्नु जरुरी देखिन्छ।

१९. नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ११ ले लिङ्ग, जात, जाति, धर्म, वर्ण वा वैचारिक आस्था वा तीमध्ये कुनै कुराको आधारमा नागरिकहरूबीच कानूनको सामान्य प्रयोगमा भेदभाव नगर्ने कुराको प्रत्याभूति गर्दै समाजमा आर्थिक, सामाजिक, शैक्षिक दृष्टिले पीछडिएको वर्ग वा महिला, वृद्ध वा शारीरिक वा मानसिक रुपले अशक्त व्यक्तिहरूको संरक्षण वा विकासको लागि कानूनद्वारा विशेष व्यवस्था गर्न सकिने भनी सकारात्मक विभेदको सिद्धान्तलाई समेत आत्मसात गरेको छ । पुरुष र महिलाबीच रहेको सामाजिक, आर्थिक, राजनैतिक र शैक्षिक पछौटेपनको अवस्थालाई दृष्टिगत गरी अन्य वर्ग जस्तै महिलालाई समेत शशक्तिकरण गरी अगाडि बढाउने उद्देश्य उक्त व्यवस्थामा सन्निनिहित छ । अर्थात पुरुष र महिला वा समाजका पीछडिएका अन्य वर्ग सबैलाई एउटै मापदण्डका आधारमा समान व्यवहार गर्दा वा औपचारिक समानता लागू गर्दा पीछडिएका वर्ग प्रतिस्पर्धामा अगाडि आउन नसक्ने हुँदा त्यस कुरालाई मध्यनजर राखी त्यस्ता पीछडिएको वर्गको क्षमता वृद्धि वा शशक्तिकरण गर्नको लागि कानूनद्वारा विशेष संरक्षण र विकास गर्न सकिने व्यवस्था गरिएको छ । यसले औपचारिक समानता भन्दा सारभूत समानताको सिद्धान्तमा जोड दिएको छ । यस सिद्धान्तले महिला वर्गलाई पुरुषसरह मात्र हैन, उनीहरूको बिशिष्ट आवश्यकतालाई ध्यानमा राखी विशेष संरक्षण दिई पुरुषसँग प्रतिस्पर्धा गर्नसक्ने क्षमता हासिल गर्न योग्य बनाउँछ । त्यस्तो उपाय के के हुन सक्छ भन्ने कुरा राज्यले आवश्यकता अनुसार बिचार गर्ने कुरा हो । प्रस्तुत सन्दर्भमा महिलालाई पुरुषसरह समान अबस्थामा पु–याउन अन्य कुराका अतिरिक्त महिलाको सम्पत्ति माथिको अधिकारले पनि एउटा प्रमुख तत्वको भूमिका निर्वाह गर्दछ । सम्पत्तिमा कस्तो प्रकृतिको अधिकार महिलालाई प्राप्त छ र सम्पत्तिको उपभोग वा नियन्त्रणमा महिलाको कस्तो नियन्त्रण रहन्छ भन्ने कुराले महिलालाई प्राप्त अन्य कतिपय हक एवं अधिकारहरूको प्रचलनका ब्यबहारिक स्थितिलाई इंगित गर्दछ । त्यसैले महिलाको सम्पत्तिसम्बन्धी हक र समानताको हक बीचको सम्बन्धलाई बिशेष रुपले हेर्न जरुरी हुन आउछ । उपर्युक्त सिद्धान्त र संवैधानिक व्यवस्थाको परीप्रेक्ष्यमा छोरीको अंशको अधिकार परिभाषित र व्यवस्थित हुनुपर्ने देखिन्छ । महिलाहरूको समानताको हकका सम्बन्धमा राष्ट्रिय संविधान एवं अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको समेत मापदण्डमा हेर्नु पर्ने हुन्छ । नेपाल पक्ष भएको मानव अधिकारसँग सम्बन्धित कतिपय महासन्धि एवं प्रतिज्ञापत्रहरूले लैङ्गिक असमानता हटाउन तथा समानताको हकको प्रचलन प्रभावकारी बनाउन विभिन्न व्यवस्थाहरू गरिएको पाइन्छ, जसलाई हाम्रो राज्यले आफ्नो दायित्वको रूपमा पालना गर्नुपर्ने हुन्छ ।

२०. 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 कानूनसँग बाझिएमा सो सन्धिको प्रयोजनको लागि बाझिएको हदसम्म प्रचलित कानून अमान्य हुनेछ र तत्सम्बन्धमा सन्धिको ब्यबस्था नेपाल कानून सरह लागू हुनेछ भन्ने ब्यबस्था रहेको छ । सोही प्राबधान बमोजिम नेपाल कानून सरह लागू भएका केही मानवाधिकारसम्बन्धी प्रतिज्ञापत्र तथा महासन्धिले महिलालाई समेत अन्य ब्यक्ति सरह समान अधिकार प्रदान गरेको देखिन्छ । तीमध्ये नागरिक तथा राजनैतिक अधिकारसम्बन्धी 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 अधिकारसम्बन्धी 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 गर्दछन (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 । उपर्युक्त ब्यबस्थाबाट कानूनको दृष्टिमा सबै व्यक्ति समान हुने, सबैलाई कानूनी संरक्षणको हक प्राप्त हुने, राज्यले सम्पत्ति वा अरु कुनै पनि आधारमा महिला र पुरुष बीच भेदभाव गर्न नहुने स्पष्ट हुन्छ ।

२१. महिला विरुद्धको भेदभावको सन्दर्भमा कस्तो व्यवहार भेदभाव हुन्छ भन्ने कुरामा स्पष्ट हुनु जरुरी छ । महिलाहरूका हकमा विशेष रूपमा लागू हुने महिला बिरुद्ध हुने सबै प्रकारको भेदभाव उन्मूलनसम्बन्धी 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 आउँछ जुन यसप्रकार छः–

> यस महासन्धिको प्रयोजनको लागि "महिला विरुद्ध भेदभाव" भन्नाले महिलाले राजनैतिक, आर्थिक, सामाजिक, साँस्कृतिक, नागरिक वा अरु कुनै विषयसम्बन्धी मानव अधिकार 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)

२२. यस परिभाषाबाट महिलाको राजनैतिक, आर्थिक, सामाजिक, साँस्कृतिक, नागरिक वा अरु कुनै विषयसम्बन्धी मानव अधिकार 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 ।

२३. 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 (F) 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 । उक्त ब्यबस्थाले त्यस्तो सन्धिको समर्थन गर्ने राष्ट्रले आफ्नो कानूनी दायित्वको रूपमा महिला विरुद्धका जुनसुकै किसिमका भेदभाव हटाउने दायित्व ग्रहण गरेकोले यस सिलसिलामा कानूनी सुधार लगायतका कदम चाल्न जरुरी हुन आउछ । यस कुरालाई उपर्युक्त सन्धिको धारा ३ ले अझ स्पष्ट रूपमा अभिव्यक्त गरेको छ जस्मा भनिएको छ : पक्षराष्ट्रहरूले महिलाको पूर्ण विकास तथा प्रवर्द्धन सुनिश्चित गरी पुरुष सरह समानताको आधारमा मानव अधिकार 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)

२४. 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 उल्लेख गरिएको पाइन्छ । त्यस्तै धारा १६ को उपधारा (१) मा पक्षराष्ट्रले विवाह तथा पारिवारिक सम्बन्ध वारेको कुराहरूमा महिला विरुद्धको भेदभाव उन्मूलन गर्न सबै उपयुक्त कदमहरू चाल्नेछन् तथा खास गरेर देहायका व्यवस्था पुरुष तथा महिलामा समानताको आधारमा लागू गराउनेछन् (States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in all matters relating to marriage and family relations and in particular shall ensure, on a basis of equality of men and women) भन्दै त्यस्को खण्ड (a) मा विवाह गर्ने समान अधिकार हुने (The same right to enter into marriage) र खण्ड (h) मा सम्पत्तिको सम्बन्धमा निःशुल्क वा सःशुल्क रूपमा स्वामित्व, प्राप्ति, बन्दोवस्त, प्रशासन, उपयोग तथा वेचविखन गर्न पाउने गरी पति पत्नी दुवैलाई समान अधिकार दिलाउने (The same right for both spouses in respect of the ownership, acquisition, management, administration, enjoyment and disposition of property, whether free of charge or for of valuable consideration) भनी उल्लेख गरिएको छ । उपर्युक्त प्रावधानहरूले कानूनको सबै व्यक्ति बीच समान प्रयोग हुनुपर्ने र विशेष गरी महिलालाई भेदभाव नगर्ने गरी कानून निर्माण गर्ने, भएका ऐन, नियम, प्रथा र प्रचलनलाई संशोधन गर्ने दायित्व त्यसका पक्ष राष्ट्रहरूलाई सुम्पिएको देखिन्छ । तदनुरुप गर्नुपर्ने दायित्व राज्यको हो ।

२५. 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 आफैंमा 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 कानूनद्वारा विशेष संरक्षण प्रदान गर्नुपर्ने दायित्व हाम्रो संविधानले नै सुम्पेको छ । विशेष संरक्षणको अर्थ कमजोर बर्गलाई यथास्थितिमा राखिराख्ने र तिनिहरूको भूमिकालाई न्यून वा कमजोर पार्ने (impoverishment) होइन बरु त्यस्तो बर्गलाई आवश्यक र वाञ्छित उपायहरू सहित उचनीचको धरातल बदलिएर समान धरातल प्रदान गर्नु हो, अर्को शब्दमा शशक्तिकृत (empowerment) गर्नु हो ।

२६. कुनै पनि देशको कानून र न्यायका सिद्धान्तहरू न्यायको सार्वभौम मान्यताको अतिरिक्त देश विशेषको सामाजिक सन्दर्भबाट अनुप्राणित वा प्रभावित भएको हुनु स्वाभाविक छ । कानूनको निर्माण, कार्यान्वयन तथा व्याख्याको सिलसिलामा पनि सम्बन्धित 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 परीवेशमा पनि स्पष्टतः देखिन आएको छ ।

२७. 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 सम्पत्तिसम्बन्धी 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।

२८. 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 उनीहरूसँग 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 सूची बनाउने र त्यस्तो दायित्व पूरा गर्न आवश्यक क्षमताको कुरा गर्दा कानून र नीतिदेखि व्यवहारसम्म हकहरूमा कटौति गर्ने मनोविज्ञानले हाम्रो समाज ग्रस्त देखिन आउँछ। यिनै पृष्ठभूमिमा महिला वर्गको पीछडिएको पृष्ठभूमि, कानून निर्माणदेखि कार्यान्वयन स्तरसम्म उनीहरूको प्रतिको सहभागिताविहीन र नकारात्मक सोंच, त्यस्को परिणाम स्वरुप पुरुष समान प्राप्त हकहरूलाई उपभोग गर्ने र लाभान्वित हुने क्षमताको अभाव आदि कारणले उनीहरू पीछडिएको स्थिति निरन्तर कायम रहेको हुन सक्छ भन्ने कुरालाई विशेष रुपले 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 सम्बन्धित वर्गको हक उपभोग गर्ने क्षमतामा अभिवृद्धि भएको छ वा छैन र त्यसबाट उनीहरूको 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 बीचको सम्बन्ध नियमित रूपमा राज्यले हेरिरहनु पर्दछ र यो दायित्व अन्य निकायहरूको अतिरिक्त न्यायकर्ताको पनि हो भन्ने स्पष्ट छ। बिडम्बना 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।

२९. प्रस्तुत मुद्दाको सन्दर्भमा हेर्दा महिलाहरूको सबै क्षेत्रमा पीछडिएको स्थिति र सम्पत्तिको वितरणमा उनीहरूको न्यायोचित हिस्सा तथा प्रभावकारी नियन्त्रणको अभावको स्थिति बीच अन्योन्याश्रित सम्बन्ध रहेको देखिन आउँछ। 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 सम्बन्धित क्षेत्रका नाममा निर्देशन नगरिएको होइन, तथापि तिनीहरू अद्यापि कार्यान्वयन हुन बांकि नै देखिन्छ।

३०. उपर्युक्त पृष्ठभूमिमा प्रस्तुत निवेदनमा चुनौती दिइएका अंशबण्डा महलको १क र १६ नं. का व्यवस्थालाई हेर्नु पर्ने भएको छ। उपर्युक्त कानूनी व्यवस्था मुलुकी ऐनमा एघारौं संशोधन पछिबाट ल्याइएका हुन् जुन स्वयं यस अदालतको निर्देशात्मक आदेश पश्चातको कानूनी विकास हो भन्ने कुरा यस अघि नै उल्लेख गरिसकिएको छ, त्यति हुँदा हुंदै पनि उक्त संशोधित व्यवस्थाले समानताको हकको मर्मलाई समेट्न सक्यो वा सकेन भन्ने सन्दर्भमा उक्त व्यवस्थाहरूमा पुनः परीक्षण गर्न यस अदालतको ढोका घचघच्याएको प्रस्तुत मुद्दाको अवस्था छ।

३१. कानून समाजका गतिविधि र आचरणलाई नियमित र नियन्त्रित गर्ने एउटा प्रभावकारी संयन्त्र हो। यसले समाजका इच्छा, अंकाङ्छा र चाहनालाई समेट्दै ब्यबस्थित र संयोजित गर्नुपर्ने हुन्छ। कुनै पनि कानूनी सुधारको लक्ष्य खासगरेर समानताको उद्देश्य बिपरीत समाजका कुनै बर्गलाई कमजोर पार्ने (to impoverish) र कुनै बर्गलाई सवल बनाउने (to empower) नभई निर्वल पक्षलाई सहायता दिई सबैलाई सवल बनाई कानूनले दिएको अवसरहरू समान ढंगले उपभोग गर्नसक्ने बिन्दुमा पु–याउने हुनुपर्छ। हरेक कानूनी सुधार केवल सुधारको लागि हुन सक्तैन। त्यस्तो सुधारको लक्ष्य गरिएको कानूनबाट यथार्थमा सुधारको लक्ष्य प्राप्त भयो वा भएन भन्ने नै मुख्य विषय हुनजान्छ। त्यस्तो अन्वेषण मूलतः कार्यपालिकाको रुचि र क्षेत्रको विषय हुन्छ तथापि कानूनको संवैधानिकताको परीक्षण गर्ने दायित्व बोकेको न्यायपालिकाको लागि पनि कानूनको व्यवस्था र कानूनले व्यक्त गरेको घोषित लक्ष्य बीच अनुकूल सम्बन्ध छ वा छैन, र तिनीहरू संविधानको वृहत्तर छातामुनि छन् वा छैनन् भनी हेर्ने प्रयोजनको लागि त्यस्तो अन्वेषण र अध्ययनको महत्व रहन्छ। विवादित कानूनी व्यवस्था संशोधित व्यवस्थाहरू हुन् तापनि तिनले उपर्युक्त उल्लेख भए झै लिङ्गको आधारमा पुरुष वा महिला अंशियार बीच र वैवाहिक स्थितिका आधारमा महिलाहरू र छोरी बीचमा नै भिन्न भिन्न शर्तहरू सहितको व्यवस्था गरेको देखिन्छ। अंशको हकलाई कानूनी मान्यता दिने वा नदिने, अंशियारको दायरा कति सानो वा ठूलो बनाउने, अंशको सम्पत्तिको उत्तराधिकार कसरी सुनिश्चित गर्ने यावत कुराहरू अंशसम्बन्धी कानून तर्जुमा गर्ने निकाय अर्थात विधायिकाको नीतिको विषय हुन्छ। कानून निर्माण गर्नु पूर्व विधायिकाले देशको संविधान, सामाजिक आर्थिक अवस्था, सभ्य समाजले अंगिकार गरेको मूल्य मान्यता र संस्कृति आदि कतिपय कुरालाई ध्यानमा राखेर नीतिगत निर्णय गर्नुपर्ने हुन्छ। यस्तो नीतिगत विषय विधायिकी विवेकको विषय हुने र त्यसमा संविधान, कानून वा नेपालले अनुमोदन गरेको अन्तराष्ट्रिय सन्धि सम्झौताको प्रतिकूल हुन गएमा बाहेक न्यायिक हस्तक्षेप गरिदैन भन्ने कुरामा अदालत समेत सचेत रहेको हुन्छ।

३२. प्रस्तुत निवेदनमा प्रश्न उठाइएको अंशबण्डाको १क नं.को व्यवस्थाले विवाहित छोरीलाई विवाह पश्चात गरिने अंशबण्डामा अंशियार नबनाउने नीति कायम गर्दा विधायिकाले यस अघिको कानूनी व्यवस्थाको पृष्ठभूमिमा हालको यस व्यवस्थालाई एक कदम अगाडि मानेको हुनसक्छ भने विवाह पश्चात् छोरी माइतीको सगोलको सदस्य नै नमानेको पाइन्छ। विवाह पश्चात् छोरीले लोग्नेको घरमा जाने सामाजिक पद्धतिको कारणले छोरीले बरु लोग्नेबाट अंश पाउने तर विवाह पूर्वको माइतीसँगको सगोलको सम्बन्ध टुट्ने प्रणलीलाई कानूनले अवलम्बन गरेको पाइन्छ। उक्त

व्यवस्था सबै विवाहित छोरीहरूको हकमा लागू हुने हुँदा छोरीहरू बीचको विभेद मान्न मिल्ने अवस्था देखिन्न। विवाह पूर्व र विवाह पश्चात्को स्थितिको भेद नगरी सबै छोरीहरूलाई छोरा सरह सगोलको अंशियार मान्ने प्रणाली कायम गर्ने वा हालको व्यवस्था नै कायम गर्ने भन्ने नीतिगत विषय हुने र हालको प्रणालीलाई कानूनले अंगिकार गरेको परीप्रेक्ष्यमा नीतिगत प्रश्न उठाउनु अदालतले तत्काल हस्तक्षेप गर्न उपयुक्त देखिन आउंदैन। विवाह पश्चात् पनि छोरीले माइतीको अंशबण्डामा भाग पाउनुपर्छ भन्ने नयाँ मान्यता कायम रहन खोजेको हो भने अतीतमा भएको वण्डापत्रहरूको सम्बन्धमा कुनै प्रभाव पर्छ वा पर्दैन वा तिनमा प्रभाव पार्न दिन मिल्छ मिल्दैन ? भन्ने समेत प्रश्नमा बिचार गर्नुपर्ने हुन आउँछ। यसरी नीतिगत विषयहरूमा प्रवेश गर्न खोजियो भने अदालतले अनेक अन्य प्रश्नहरूको पनि संवोधन गर्नुपर्ने हुन्छ। जुन स्वाभाविक रुपले अदालती कार्यक्षेत्रभित्र पर्न आउंदैन। तर यसो भनेर नीतिगत विषयको आडमा संविधान, कानून र न्यायका मान्य सिद्धान्तहरूको प्रतिकूल बनेका नीतिहरूको परीक्षण हुन सक्दैन भन्ने होइन। त्यस्ता प्रश्नहरू उपस्थित भएमा अदालतले सदैव त्यस्ता नीतिहरू निहित रहेका कानूनको संवैधानिकताको परीक्षण गर्नै पर्ने हुन्छ र गर्न सक्दछ पनि। कतिपय कानून एवं नीतिका प्रश्नहरू समयको अन्तरालमा समाजको मूल्य मान्यता र व्यवहारमा परिवर्तन भई नयां सन्दर्भमा कानूनको संवैधानिकताको परीक्षण गर्नुपर्ने अवस्था आउंदछ। यस्तो स्थितिको सर्वसामान्यतामा प्रतिकूल असर नपर्ने गरी प्रस्तुत अंशबण्डाको महलको १ क नं.को व्यवस्था हालै मात्र संशोधन भएको देखिएको, तिन्को कार्यान्वयनको एवं त्यसले लैङ्गिक न्यायको क्षेत्रमा पार्ने प्रभाव समेतको अध्ययन हुन बाँकी रहेको र उक्त कानूनी व्यवस्थामा परिवर्तन गरी विवाहित छोरीले पनि माइती तर्फको अंशबण्डामा अंशियार कायम गर्ने वा तिनीहरूको हकमा कस्तो संरचना तय गर्ने भन्ने वारेमा विधायिकाको क्षेत्रभित्रको नीतिगत विषय भएकोले त्यसमा हस्तक्षेप गरी परिवर्तन गर्न वा नयाँ व्यवस्थाद्वारा प्रतिस्थापन गर्न अदालतको लागि उपयुक्त विषय नभएकोले निवेदकको मागबमोजिम संविधानको धारा ११ सँग समेत बाझिएको भनी धारा ८८(१) अन्तर्गत बदर घोषित गर्न पर्ने देखिन आएन। सो हदसम्म निवेदकको भनाइसँग सहमत हुन सकिएन।

३३. विवादमा ल्याइएको व्यवस्थामध्ये अंशबण्डाको १६ नं. को संशोधित व्यवस्थाले छोरीलाई अंश दिने गरी वृहद अर्थमा अंशको हक स्वीकार गर्दा गर्दै पनि आफूले स्वामित्व प्राप्त गरिसकेको अंश हकको त्यस्तो सम्पत्तिको निरन्तर उपभोगको अधिकार विवाह पश्चात अवरुद्ध हुन जाने देखिन्छ। अंशबण्डाको कानूनबमोजिम विवाह पूर्व छोरीले अंश वापत पाएको सम्पत्ति छोरीको आफूखुशी गर्न पाउने सम्पत्तिको रूपमा यस अदालतले मान्यता दिइसकेको छ। त्यस्तो सम्पत्ति छोरीले आफ्नो इच्छा र आवश्यकता अनुकूल भोग गर्न, हक हस्तान्तरण गर्न वा खर्च गर्न पाउने कुरा हुन्छ। त्यस्तो सम्पत्ति विवाह पूर्व नै खर्च गर्न चाहे गर्न पाउने तर खर्च गर्न बाँकी रहेको अवस्थामा विवाह भएमा विवाह गरेकै कारणले आफूले प्राप्त गरिसकेको सम्पत्ति पनि आफ्नो नियन्त्रण बाहिर जाने भई फिर्ता नै गर्न पर्ने व्यवस्था प्रचलित कानूनी व्यवस्थाले सिर्जना गरेको छ। यसबाट एक पटक असीमित (absolute) तथा निहित (vested) भएको अंशको सम्पत्ति माथिको हक वैवाहिक कारणले मात्रै सीमित र शर्तयुक्त (Contingent) हुन जाने स्थिति आउने भएको छ। यसबाट अविवाहित अंशियार छोरीले पाएको अंशको हक विवाह पूर्व नै भोग गरी सिध्याउन दुरुत्साहन हुन सक्दछ, जुन धैरै हदसम्म विवेकसम्मत उपभोग नहुन सक्तछ। अर्कातिर विवाह पश्चात् अंश लिएकी छोरीको संपत्तिमा माइतीको हक पुग्ने कारणले विवाह गर्नमा छोरीलाई दवाव गर्न वा छोरीलाई आफ्नो अंशको सम्पत्ति भोग्नमा व्यवधान खडा गर्ने

कोशीश अन्य अंशियारको हुन सक्छ । आफ्नो सम्पत्ति आफ्नो सुविधा र आवश्यकतानुसार विवेकसम्मत ढंगले खर्च गर्नु सम्पत्तिको मालिकको स्वाभाविक अधिकार हो तापनि अंशबण्डाको १६ नं. को जस्तो व्यवस्थाले त्यस्तो उपभोग शैलीमा र अधिकारमा प्रत्यक्ष एवं परोक्ष दुवै रूपमा अन्यथा असर पर्न जाने देखिन्छ । यस्तो व्यवस्थाबाट लैङ्गिक समानता कायम गर्ने जुन उद्देश्यले अनुप्राणित भई छोरीलाई समेत अंशको हक दिने गरी भएको अंशबण्डाको १० नं. को व्यवस्था गरिएको हो, त्यसमा सघाउ नपुग्न सक्तछ । अंशबण्डाको महलका १६ नं.को व्यवस्थाबाट उक्त महलको १० नं.को व्यवस्थालाई अप्रत्यक्षतः सीमित तुल्याएको परिणाम आउने भई अन्ततः भेदभावमूलक परिणति तर्फ उन्मूख व्यवस्था देखिन सक्दछ । यसबाट महिला विरुद्धको सबै किसिमको भेदभाव हटाउनेसम्बन्धी महासन्धि, १९७९ (CEDAW) को दफा १ मा वर्णित भेदभावको परिभाषा अनुसारको अवस्था सिर्जना हुन सक्तछ ।

३४. अतः अंशबण्डाको १६ नं.लाई संविधानको धारा ११ र महिला विरुद्धको सबै किसिमको भेदभाव हटाउनेसम्बन्धी महासन्धिको धारा १, २, ३, १५ र १६ , नागरिक तथा राजनैतिक अधिकारसम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय प्रतिज्ञापत्र, १९६६ (ICCPR) को धारा २६, आर्थिक सामाजिक तथा सांस्कृतिक अधिकारसम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय प्रतिज्ञापत्र, १९६६ (ICESCR) को धारा २ र ३ को सन्दर्भमा समानताको हक अनुकूल हुने गरी पूनर्विचार गर्न जरुरी देखिन आएको छ । उक्त अंशबण्डाको १६ नं.को व्यवस्था हालै संशोधित व्यवस्था भएको, त्यसको प्रयोग र प्रभावको मूल्यांकन बांकी नै रहेको र विवाह पश्चात छोरीको अंशको सम्पत्तिलाई सम्पत्तिसम्बन्धी अन्य कानूनी व्यवस्थाहरूको सापेक्षतामा समेत अनुकूल हुने गरी मिलाउनु पर्ने भई उक्त विषयमा नीतिगत तत्व पनि समावेश भएको हुँदा उपर्युक्त आधारहरूमा महिलाको समानताको हकलाई प्रचलित सम्पत्तिसम्बन्धी कानूनको समग्रतामा बिचार गरी अंशबण्डाको १६ नं.को व्यवस्थामा सम्बन्धित निकाय एवं सरोकार राख्ने समुदाय समेतसँग परामर्श गरी पुनर्बिचार गर्नु भनी श्री ५ को सरकार, प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय समेतका नाउँमा निर्देशनात्मक आदेश जारी हुने ठहर्छ । बिपक्षीहरूको जानकारीको लागि प्रस्तुत आदेशको प्रतिलिपि महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय मार्फत पठाईदिनु । मिसिल नियमानुसार गरी वुझाई दिनु ।

उपर्युक्त रायमा सहमत छौं ।

न्या.बद्रीकुमार वस्नेत

न्या.कल्याण श्रेष्ठ

इति सम्वत् 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 : २०७७/०३/०१ | 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