निर्णय नं. ७४६९ - बेरीतको दरपीठ आदेश बदर गरी पाऊँ ।

भागः **४६** सालः **२०६१** महिनाः **चैत्र** अंकः **१२**
फैसला मिति :२०६१/१२/१८ २६९१

निर्णय नं. ७४६९ ने.का.प.२०६१ अङ्क १२

विशेष इजलास
सम्माननीय प्रधानन्यायाधीश श्री हरिप्रसाद शर्मा
माननीय न्यायाधीश श्री भैरबप्रसाद लम्साल
माननीय न्यायाधीश श्री मीनबहादुर रायमाझी

माननीय न्यायाधीश श्री अनुपराज शर्मा

माननीय न्यायाधीश श्री बलराम के.सी.

सम्वत् २०६१ सालको निवेदन नं. ... १७९

आदेश मितिः २०६१।१२।१८।५

विषय :— बेरीतको दरपीठ आदेश बदर गरी पाऊँ ।

निवेदकः जि इलाम फिक्कल गा.वि.स. वडा नं. ६ स्थित श्री दुर्गा लक्ष्मी निर्माण सेवाका प्रोपाइटर डम्बर सिंह गदाल

विरुद्ध

विपक्षीः इलाम नगरपालिका समेत

मुद्दा :– उत्प्रेषण समेत ।

§ ***धारा ११५ को उपधारा (८) मा संकटकालीन अवस्थामा निलम्बन गर्न सकिने धाराहरु उल्लेख गर्नुको अर्थ उक्त उपधारा (८) मा उल्लेख भएका धाराहरु मात्र निलम्बन हुन सक्ने र उपधारा (८) मा उल्लेख भएका धाराहरु बाहेक भाग ३ का अन्य कुनै पनि धाराहरु निलम्बन हुन सक्दैन भन्ने स्वतः स्पष्ट हुने ।***

§ ***यदि संकटकालीन अवस्थामा सबै मौलिकहकहरु निलम्बन गर्ने संविधान निर्माताहरुको मनसाय रहेको भए उपधारा (८) मा अरु धारा उल्लेख नगरी सो घोषणा बहाल रहेसम्मको लागि संवैधानिक उपचारको लागि अदालतमा प्रवेश गर्ने व्यवस्था गरिएको धारा २३ मात्र निलम्बन गर्न सकिने व्यवस्था गर्नु नै पर्याप्त हुने थियो***

। धारा ११५ को उपधारा (८) मा त्यस्तो व्यवस्था नगरी संङ्कटकालको अवस्थामा निलम्वन गर्न सकिने धाराहरु किटानसाथ उल्लेख गरिएको पाइएकोले त्यस देखि बाहेकका अन्य मौलिकहकहरु निलम्वन गर्नै नसकिने अवस्थामा राखेको स्पष्ट हुने ।

§ *सङ्कटकालीन अवस्थामा निलम्वन नै नगरिएको मौलिकहकको प्रचलनको लागि समेत संवैधानिक उपचारको हक निलम्वन गरिएको भन्ने व्याख्या गर्नु संविधानसम्मत तथा तर्कसंगत नहुने ।*

(प्र.नं. १७)

§ *संविधानको धारा ११५ अनुसार सङ्कटकालीन अवस्थाको घोषणा गरी धारा ११५ को उपधारा (८) बमोजिम धारा २३ द्वारा व्यवस्थित संवैधानिक उपचारको हक समेत निलम्वन गरिएको अवस्थामा उक्त उपधारा अनुसार निलम्वन नगरिएका अन्य मौलिकहकहरु तथा अन्य प्रभावकारी उपचारको व्यवस्था नभएको कानूनी हकको प्रचलनको लागि संविधानको धारा ८८(२) अन्तर्गत यस अदालतमा रिट निवेदन दर्ता हुन नसक्ने भन्न नमिल्ने ।*

(प्र.नं. १८)

निवेदक तर्फवाटः विद्वान अधिवक्ता श्री हरिहर दाहाल

विपक्षी तर्फवाटः

अदालतको सहयोगीहरुः विद्वान महान्यायाधिवक्ता श्री पवनकुमार ओझा तथा नायव महान्यायाधिवक्ताद्वय श्री द्रोणराज रेग्मी र श्री नरेन्द्रप्रसाद पाठक, विद्वान अधिवक्ताद्वय श्री शेरवहादुर के.सी. र श्री इन्द्र लोहनी

अवलम्वित नजिरः

आदेश

१. नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ८८(२) अन्तर्गत पर्न आएको रिट निवेदन यस अदालतका रजिष्ट्रारबाट दरपीठ भए उपर परेको निवेदनमा प्रधान न्यायाधीशबाट भएको आदेश अनुसार यस इजलास समक्ष पेश हुन आएको प्रस्तुत निवेदनको व्यहोरा तथा आदेश यसप्रकार छ :–

२. निवेदक दुर्गा लक्ष्मी निर्माण सेवाका प्रोप्राइटर डम्वर सिंह गदाल र विपक्षी इलाम नगरपालिका वीच इलाम नगरपालिकाको टुंडिखेल पुनः निर्माणको लागि सम्झौता भएको र सम्झौता अनुसार निर्माणस्थलमा निर्माण सामग्री संकलन समेत गरी निर्माण कार्यको सम्पूर्ण नक्सा डिजाइन इष्टिमेट उपलब्ध गराई पाउन पत्राचार गर्दा पनि त्यस सम्वन्धमा कुनै जानकारी नै नदिई एकाएक सम्झौता अनुसारको कार्य सम्पन्न गर्नुपर्ने अन्तिम मितिसम्म पनि कार्य शुरु नगरेको भनी स्थानीय निकाय (आन्तरिक प्रशासन) नियमावली, २०५६ को नियम ८१ को प्रतिवन्धात्मक वाक्याँश बमोजिम ठेक्का सम्झौता तोडी जमानत वापत राखेको सम्पूर्ण रकम जफत गर्ने र ठेकदार दुर्गा लक्ष्मी सेवालाई मिति २०६२।१०।१ सम्मका लागि कालो सुचीमा राख्ने गरी गरिएको निर्णय र त्यस आधारमा लेखिएको मिति २०६१।९।११ को पत्र समेतवाट नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ११(१) र धारा १२ (२) (ङ) द्वारा प्रदत्त संवैधानिक

हक तथा स्थानीय स्वायत्तशासन ऐन, २०५५ तथा स्थानीय स्वायत्तशासन नियमावली, २०५६ द्वारा प्रदत्त कानूनी हक तथा नागरिक अधिकार ऐन, २०१२ को दफा ६ को खण्ड (६) र (७) द्वारा प्रदत्त कानूनी हक समेत कुण्ठित भएको र उक्त निर्णय तथा काम कारवाही बदर गराउने अन्य कुनै प्रभावकारी कानूनी उपचारको अभाव भएकोले रिट निवेदन गर्न आएको छु। संविधानको धारा ८८(२) अन्तर्गत उत्प्रेषणको आदेशद्वारा उक्त निर्णय तथा कामकारवाही बदर गरी कानून बमोजिम निर्माण कार्य सम्पन्न गर्न दिनु भनी परमादेश लगायतको आदेश जारी गरी पाउँ भन्ने समेत व्यहोराको निवेदन पत्र।

३. मिति २०६१।१०।१९ मा प्रकाशित विज्ञप्तिमा नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ११५ को उपधारा (८) बमोजिम धारा १२(२) (क), (ख) र (घ), धारा १३ को उपधारा (१) र धारा १५, १६, १७, २२ र २३ (बन्दीप्रत्यक्षीकरणको उपचार प्राप्त गर्ने हक बाहेक) निलम्वन गरी सङ्कटकाल घोषणा भइरहेको विद्यमान असामान्य परिस्थितिमा संबैधानिक उपचारको हक प्रदान गर्ने धारा २३ नै निलम्वन भइरहेको र धारा ८८ ले संवैधानिक उपचारको हक प्रदान गरेको नदेखिएकोले प्रस्तुत रिट निवेदन सर्वोच्च अदालत नियमावली, २०४९ को नियम १५(२) बमोजिम दर्ता गर्न नमिली नियम २७(२) तथा अदालती बन्दोबस्तको २७ नं. बमोजिम दरपीठ आदेश गरिदिएको छ भन्ने समेत व्यहोराको यस अदालतका रजिष्ट्रारवाट मिति २०६१।११।१४ मा भएको दरपीठ आदेश।

४. संविधानको धारा ८८(२) मा संविधानद्वारा प्रदत्त मौलिकहक, प्रचलित कानूनद्वारा प्रदत्त कानूनी हक समेतको प्रचलनको लागि उत्प्रेषण लगायतको उपयुक्त आज्ञा आदेश जारी गर्ने असाधारण अधिकारक्षेत्र भएकोले धारा २३ निलम्वन भएको भन्ने आधारमा धारा ८८(२) पनि स्वतः प्रयोग विहिन वा निष्क्रिय हुन नसक्ने हुँदा निलम्वन नभएका धाराहरुद्वारा प्रदत्त हक र कानूनी हक प्रचलन गराई पाउँ भनी परेको रिट निवेदन दरपीठ गर्ने गरी भएको रजिष्ट्रारको आदेश संविधान तथा कानूनसम्मत नभएकोले उक्त आदेश बदर गरी निवेदन पत्र दर्ता गरिदिनु भन्ने आदेश जारी गरी पाऊँ भन्ने समेत व्यहोराको निवेदन पत्र।

५. मिति २०६१।१०।१९ को नेपाल राजपत्रमा प्रकाशित विज्ञप्तिवाट निलम्वन नभएका नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ का धाराहरुलाई अंगाली दायर हुन आएका रिट निवेदन संविधानको धारा ८८ (१), (२) र २३ अनुसार दर्ता हुने हो, होइन ? जटिल संवैधानिक प्रश्न समावेश भएको राष्ट्रिय महत्वको विषय भएको र अघि सङ्कटकाल लागु हुँदा संविधानका कतिपय धारा निलम्वन भएको अवस्थामा दायर भइरहेको रिट निवेदन हेर्न मिल्ने नमिल्ने वारे पाँच जना माननीय न्यायाधीशहरुको बृहत पूर्ण इजलासवाट निर्णय समेत भइरहेकोले नेपाल अधिराज्यका महान्यायाधिवक्ता, नेपाल वार एशोसिएशन र सर्वोच्च अदालत वार एशोसिएशन समेतवाट निश्चित संख्यामा विद्वान कानून व्यवशायीहरु झिकाई व्यापक रुपमा छलफल गराई निर्णय निरुपण हुन उपयुक्त देखिंदा सो अनुसारको आदेशको लागि प्रधान न्यायाधीश समक्ष पेश गर्नु भन्ने समेत व्यहोराको यस अदालतको एक न्यायाधीशको इजलासवाट मिति २०६१।११।१९ मा भएको आदेश।

६. हालै घोषित सङ्कटकालको अवधिमा निलम्वित धाराहरु बाहेक अन्य धाराहरु अन्तर्गत रिट निवेदन दायर हुने नहुने सम्वन्धमा गम्भीर एवं जटिल संवैधानिक प्रश्नको निरोपण हुनुपर्ने देखिएकोले यो निवेदनको सुनवाईको लागि संवैधानिक कानून विषयका विज्ञ कानून व्यवशायीहरु मध्ये इजलासलाई विचाराधीन विषयवस्तुमा सहयोगको

लागि सर्वोच्च अदालत बार एशोसिएशनका तर्फवाट १ जना, नेपाल बार एशोसिएशनका तर्फवाट १ जना वरिष्ठ अधिवक्ता वा अधिवक्तालाई अदालतको सहयोगी (Amicus Curiae) को रुपमा उपस्थित गराई दिन नेपाल बार तथा सर्वोच्च अदालत बार एशोसिएशन तथा महान्यायाधिवक्ता स्वयंको उपस्थितिको लागि महान्यायाधिवक्ताको कार्यालयमा लेखी पठाई प्रस्तुत निवेदन मिति २०६१।११।२४ गते पाँच जना माननीय न्यायाधीशहरुको विशेष इजलास समक्ष पेश गर्नु भन्ने समेत व्यहोराको प्रधानन्यायाधीशवाट मिति २०६१।११।२१ मा भएको आदेश।

७. नियमानुसार पेश भएको प्रस्तुत निवेदनमा निवेदकका तर्फवाट विद्वान अधिवक्ता श्री हरिहर दाहालले नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ११५ अनुसार सङ्कटकालीन अवस्था घोषणा गरिएको अवस्थामा संविधानको भाग ३ मा व्यवस्थित केही मौलिकहकहरु मात्र निलम्वन हुन सक्छन् । संवैधानिक उपचारको हकको व्यवस्था गरिएको धारा २३ नै निलम्वन भएको भनी सङ्कटकालीन अवस्थामा निलम्वन हुनै नसक्ने मौलिकहकको प्रचलनको लागि यस अदालतमा रिट निवेदन दर्ता हुन नसक्ने अर्थ गर्न मिल्दैन। धारा २३ ले संवैधानिक उपचारको हकको प्रत्याभूति गरेको हो। उक्त धारा निलम्वन हुँदैमा छुट्टै स्वतन्त्र अस्तित्व भएको धारा ८८ निष्प्रयोजित हुन सक्दैन। धारा ८८ मा संविधानसंग बाझिएको कानून अमान्य र बदर घोषित गराउने हक, मौलिकहक, अन्य उपचारको व्यवस्था नभएको कानूनी हक तथा सार्वजनिक सरोकारको विषयहरुमा यस अदालतवाट उत्प्रेषण लगायतको रिट जारी हुन सक्ने व्यवस्था गरिएको छ। धारा ८८ व्यापक छ र धारा २३ को अभावमा पनि क्रियाशील हुन सक्छ। धारा ८८ को प्रयोग गर्ने दायित्व अदालतको हो । मुलुकमा सङ्कटकाल लागू भएको कारणले अदालतको अधिकारक्षेत्र संकुचित हुन सक्दैन । रिट निवेदनमा निलम्वित हक अधिकारसंग सम्वन्धित कुनै जिकिर लिइएको छैन । निलम्वन नभएका मौलिकहक र अन्य उपचारको व्यवस्था नभएको कानूनी हकको प्रचलनको लागि धारा ८८(२) अनुसारको उपचार प्राप्त हुन सक्दछ। रजिष्ट्रारले दर्ताको लागि आएका निवेदन पत्रहरु नियमानुसार रीत पुगेको छ छैन ? मात्र हेर्ने हो। निवेदनको औचित्य भित्र प्रवेश गरी दरपीठ गर्न मिल्दैन। यसैले कानून तथा संविधान विपरीत गरिएको दरपीठ आदेश बदर गरी रिट निवेदन दर्ता गर्नु भनी आदेश जारी गरिनु पर्छ भन्ने समेत व्यहोराको बहस जिकिर गर्दै वहसनोट समेत प्रस्तुत गर्नु भयो।

८. अदालतको सहयोगी विद्वान महान्यायाधिवक्ता श्री पवन कुमार ओझा तथा विद्वान नायब महान्यायाधिवक्ताद्वय श्री द्रोणराज रेग्मी एवं श्री नरेन्द्रप्रसाद पाठकले धारा ११५ अनुसार सङ्कटकालीन अवस्थाको घोषणा भएपछि सोही धाराको उपधारा (८) अनुसार निलम्वन भएका धाराहरु निलम्वन अवधि भर क्रियाशील नहुने हुँदा त्यस्ता हकको उपचार पाउने भन्ने प्रश्नै हुदैन। धारा २३ ले मौलिकहकको उपचार प्राप्त गर्ने प्रत्याभूती प्रदान गर्दछ। धारा २३ को संवैधानिक उपचारको हक धारा ८८ अनुसार अन्य मौलिकहक प्रचलन गराउन असाधारण अधिकारक्षेत्र गुहार्न समेतको लागि हो। धारा २३ को संवैधानिक उपचारको हक नै निलम्वन भएकोले सङ्कटकालको अवस्थामा निलम्वन नभएका मौलिकहक समेत प्रचलन गराउन मिल्दैन । सङ्कटकालको अवस्थामा निलम्वन भएका मौलिकहकहरुको उपभोग समेत गर्न पाइंदैन भने निलम्वन नभएका मौलिकहकहरु उपभोग गर्न पाइन्छ तर त्यस्ता हकहरु उपभोग गर्नवाट बञ्चित भएको अवस्थामा त्यसको उपचार पाउन भने सकिंदैन। मौलिकहक बाहेकका कानूनमा

अन्य उपचारको व्यवस्था नभएको कानूनी हकको प्रचलनको लागि यस अघि घोषणा गरिएको सङ्कटकालमा समेत रिट निवेदन दर्ता गरी सुनुवाई भइरहेको तथ्य समेतको आधारमा त्यस्ता विषयमा यस अदालतमा धारा ८८(२) अनुसार रिट निवेदन लाग्न सक्दछ भन्ने समेत व्यहोराको बहस जिकिर तथा बहसनोट समेत पेश गर्नुभयो ।

९. नेपाल बार एशोसिएशनका तर्फवाट अदालतको सहयोगी विद्वान अधिवक्ता श्री शेरबहादुर के.सी.ले सङ्कटकालीन अवस्थाको आदेशले नागरिकका केही मौलिकहकहरु निलम्वन भएको छ । उक्त आदेशले अदालतको अधिकारक्षेत्र कटौती गरेको होइन । संविधान बमोजिम असंशोधनीय प्रावधानको रुपमा रहेको कानूनी राज्यको अवधारणालाई साकार पार्ने दायित्व यस अदालतमा यथावत् रुपमा रहिरहेकोछ । यस अदालतले धारा ८४ अनुसार न्यायका मान्य सिद्धान्त अवलम्वन गरेर आफ्नो दायित्व पुरा गर्न सक्छ । धारा २३ अन्तर्गत संवैधानिक उपचारको हक निलम्वन भएको कारणले अदालत आफ्नो दायित्ववाट पन्छिन मिल्दैन । यस अदालतको असाधारण अधिकार सम्वन्धी धारा ८८ को व्यवस्था निलम्वन भएको छैन । सङ्कटकालीन अवस्था घोषणा भएको कारण धारा ११५ को उपधारा (८) अनुसार निलम्वन भएका मौलिकहकहरु मात्र यस अदालतले प्रचलन गराउन नसक्ने हो । त्यस अनुसार निलम्वन नै नभएका मौलिकहकहरु र अन्य उपचारको व्यवस्था नभएको कानूनी हकको प्रचलनको लागि तथा सार्वजनिक सरोकारको विषयमा समेत संविधानको धारा ८८ अनुसार यस अदालतमा निवेदन लाग्न सक्छ भन्ने समेत व्यहोराको तर्क प्रस्तुत गर्नुभयो ।

१०. सर्वोच्च अदालत बार एशोसिएशनका तर्फवाट अदालतको सहयोगी विद्वान अधिवक्ता श्री इन्द्र लोहनीले मौलिकहकहरु मध्ये केही हकहरु राज्यले जस्तोसुकै अवस्थामा पनि हरण गर्न नसक्ने (Non-derogative) र केही हकहरु राज्यले हरण गर्न सक्ने (Derogative) प्रकृतिका हुन्छन् । यसैले सङ्कटकालीन अवस्थामा निलम्वन भएका मौलिकहकको मात्र उपचार पाउन नसक्ने हुन सक्छ । निलम्वन नभएका तथा अन्य उपचारको व्यवस्था नभएका कानूनी हकको प्रचलन गर्न तथा सार्वजनिक सरोकारको विषयमा यस अदालतमा रिट निवेदन लाग्न सक्छ । धारा ११५ को उपधारा (८) मा धारा २३ अन्तर्गत बन्दीप्रत्यक्षीकरणको उपचार प्राप्त गर्ने हक मात्र निलम्वन नगरिने भन्नुको अर्थ अन्य सम्पूर्ण मौलिकहकको प्रचलन गर्न नमिल्ने भन्नु संविधानसम्मत हुन सक्दैन । धारा ११५ को उपधारा (९) ले निलम्वित मौलिकहकको प्रचलनको लागि मात्र कुनै अदालतमा प्रश्न उठाउन नपाइने व्यवस्था गरेकोले निलम्वन नभएका मौलिक हकको प्रचलनको लागि निवेदन गर्न सकिने स्पष्ट छ । धारा २३ आफैमा उपचारको साधन होइन, अन्य धारा सरह यो पनि संवैधानिक उपचारको हक प्रत्याभूति गर्ने स्वतन्त्र धारा हो । यसले अन्य स्वतन्त्र धाराद्वारा प्रदत्त हकलाई संकुचित गर्न सक्दैन । निलम्वन नभएका स्वतन्त्र हैसियत राख्ने मौलिकहकको प्रचलन गराउने धारा ८८ अन्तर्गतको अदालतको दायित्वमा धारा २३ को निलम्वनले केही असर पार्दैन । यसैले निलम्वन नभएका मौलिकहक, अर्को उपचारको व्यवस्था नभएको कानूनी हक तथा सार्वजनिक सरोकारको विषयमा धारा ८८ अन्तर्गत रिट निवेदन दर्ता गरी सुनुवाई हुन सक्छ भन्ने समेत व्यहोराको तर्क प्रस्तुत गर्नु हुँदै लिखित बहसनोट समेत प्रस्तुत गर्नुभयो ।

११. आज निर्णय सुनाउन तारेख तोकिएको प्रस्तुत निवेदन पत्रको तथ्यगत विषयवस्तु तथा विद्वान कानून व्यवसायीहरुको वहस जिकिर समेतको आधारमा प्रस्तुत निवेदनमा निम्न लिखित प्रश्नहरुमा निर्णय दिनु पर्ने देखियो :–

(क) नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ११५ बमोजिम संकटकालीन अवस्थाको आदेश जारी गरी उक्त धाराको उपधारा (८) बमोजिम धारा २३ द्वारा व्यवस्थित संवैधानिक उपचारको हक लगायतका मौलिकहकसंग सम्बन्धित विभिन्न धाराहरु निलम्बन भएको अवस्थामा निलम्बन नभएका अन्य धाराहरु अन्तर्गतका मौलिकहकहरु तथा प्रभावकारी उपचारको व्यवस्था नभएको कानूनी हकको प्रचलनका लागि संविधानको धारा ८८ (२) अन्तर्गत यस अदालतमा रिट निवेदन दर्ता हुन सक्छ वा सक्दैन ?

(ख) यस अदालतका रजिष्ट्रारबाट रिट निवेदन दरपिठ गर्ने गरी भएको आदेश मिलेको छ छैन ?

१२. सर्वप्रथम पहिलो प्रश्नको निरोपणको लागि नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ११५ मा भएको संकटकालीन अधिकार सम्बन्धी संवैधानिक व्यवस्था त्यस सम्बन्धी मिति २०६१।१०।१९ को नेपाल राजपत्रमा प्रकाशित श्री ५ महाराजाधिराजका प्रमुख सचिवालय राजदरवारको विज्ञप्ति संविधानको भाग ३ मा व्यवस्थित मौलिकहक अधिकार, तथा धारा ८८ मा व्यवस्थित यस अदालतको असाधारण अधिकार सम्बन्धी संवैधानिक व्यवस्था समेतको आधारमा विचार गरिनुपर्ने देखिन आएको छ । त्यस प्रयोजनका लागि संविधानको धारा ११५ को उपधारा (१), (८) र (९) मा भएको संकटकालीन अधिकार सम्बन्धी प्रावधान अध्ययन गर्दा उक्त व्यवस्था निम्नानुसार भएको देखिन्छ :–

"११५. सङ्कटकालीन अधिकारः (१) नेपाल अधिराज्यको सार्वभौमसत्ता, अखण्डता वा कुनै भागको सुरक्षामा युद्ध, वाह्य आक्रमण, सशस्त्र विद्रोह वा चरम आर्थिक विश्रृङ्खलताको कारणले गम्भीर सङ्गट उत्पन्न भएमा श्री ५ बाट नेपाल अधिराज्यभर वा कुनै खास क्षेत्रमा लागू हुने गरी सङ्कटकालीन अवस्थाको घोषणा गर्न वा आदेश जारी गर्न सकिबक्सनेछ ।

(८) श्री ५ बाट उपधारा (१) बमोजिम सङ्कटकालीन अवस्थाको घोषणा वा आदेश गरिबक्सँदा सो घोषणा बहाल रहेसम्मको लागि यस संविधानको धारा १२ को उपधारा (२) को खण्ड (क),(ख),(घ) र (ङ), धारा १३ को उपधारा (१), धारा १५, १६, १७, २२ र २३ निलम्बन गर्न सकिबक्सनेछ ।

तर धारा २३ अन्तर्गत बन्दीप्रत्यक्षीकरणको उपचार प्राप्त गर्ने हक निलम्बन गरिने छैन ।

(९) श्री ५ बाट उपधारा (८) बमोजिम यस संविधानको कुनै धारा निलम्बन गरिबक्सेकोमा सो धाराले प्रदान गरेको मौलिकहकको प्रचलनको लागि कुनै अदालतमा निवेदन दिन वा त्यस सम्बन्धमा कुनै अदालतमा प्रश्न उठाउन पाइने छैन ।"

१३. यस सम्बन्धमा मिति २०६१।१०।१९ को नेपाल राजपत्रमा प्रकाशित श्री ५ महाराजाधिराजका प्रमुख सचिवालय राजदरवारको विज्ञप्ति यसप्रकार छ :–

"श्री ५ महाराजाधिराजबाट नेपाल अधिराज्यको सार्वभौमसत्ता, अखण्डता एवं सुरक्षामा गम्भीर संकट उत्पन्न हुन गएकोले नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ११५ को उपधारा (१) बमोजिम नेपाल अधिराज्यभर तत्काल लागू हुने गरी संकटकालीन अवस्थाको आदेश जारी गरिबक्सी सोही धाराको उपधारा (८) बमोजिम नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा १२ को उपधारा (२) को खण्ड (क),(ख) र (घ), धारा १३ को उपधारा (१) र धारा १५, १६, १७, २२ र २३ (बन्दीप्रत्यक्षीकरणको उपचार प्राप्त गर्ने हक बाहेक) निलम्बन गरिबक्सेको छ।"

१४. उपरोक्त संवैधानिक व्यवस्थाले नेपालको सार्वभौमसत्ता, अखण्डता वा कुनै भागको सुरक्षामा युद्ध, वाह्य आक्रमण, सशस्त्र विद्रोह वा चरम आर्थिक विश्रृङ्खलताको कारणबाट गम्भीर संकट उत्पन्न भएमा संकटकालको घोषणा गर्न वा आदेश जारी गर्न सकिने व्यवस्था गरेको छ। संकटकाल कुनै पनि देशको लागि असामान्य अवस्था हो। त्यसरी उत्पन्न हुने संकटकालीन अवस्थाबाट राष्ट्रको अस्तित्व जोगाउन र नागरिकहरुको जीउधनको सुरक्षागर्न तत्काल संवैधानिक उपायहरु (Constitutional Measures) अपनाउनु पर्ने हुन्छ। लिखित संविधान भएको प्रायः सबैजसो राष्ट्रहरुमा संविधानमा नै संकटकालीन अवस्थाको व्यवस्था गरिएको पाइन्छ। संकटकाल भनेको असाधारण र असामान्य अवस्थाको कारण उत्पन्न हुने एक विशेष र जटिल परिस्थिति हो। सामान्य अवस्थामा राज्य संयन्त्र (State Machinery) ले नियमित रुपले काम गर्ने र नागरिकहरुले पनि संविधानद्वारा प्रदत्त सबै प्रकारका हक अधिकारहरु बिना रोकतोक सामान्यरुपले प्रयोग र उपभोग गरिरहेका हुन्छन्, तर संकटकालीन अवस्थामा केही फरक हुन्छ। वाह्य आक्रमण (External Aggression) आन्तरिक उपद्रव (Internal Disturbances), सशस्त्र विद्रोह (Armed Rebellion) आर्थिक विश्रृंखलता (Financial Disorder), विद्रोह (Insurgency) आदि कारणले राज्यको आफ्नो क्षेत्रीय अखण्डता (Territorial Integrity) र सार्वभौमसत्ता (Sovereignty) नै जोगाउन कठिन परी राज्यको अस्तित्वमा नै ठूलो समस्या आइपरेको अवस्था हुन्छ। त्यस्तो असाधारण र असामान्य अवस्था र परिस्थितिको निवारण गर्न सरकारलाई साधारण अवस्थाको भन्दा बढी अधिकार आवश्यक पर्दछ। यसरी आइपरेको संकटकालको निवारण गर्न सरकारले बढी अधिकार प्राप्त गर्दा संविधानले नागरिकहरुलाई दिएको केही महत्वपूर्ण मौलिकहकहरु केही अवधिको लागि निलम्बन हुन सक्ने अवस्था आई पर्दछ। संकटकालमा देशको सम्पूर्ण शक्ति प्रयोग गरेर देशको शान्ति सुरक्षा स्थापना गरी सामान्य अवस्था बहाल गरी संकटकाल समाप्त गर्ने राज्यको लक्ष्य हुने भएकोले त्यस्तो अवस्थामा वृहत्तर राष्ट्रिय हितको लागि नागरिकहरुको व्यक्तिगत हितमा कटौती गर्ने गरिन्छ। यसरी थप संकटकालीन आधिकार प्रदान गरिएकोमा सरकारबाट त्यसको उल्लंघन हुन गएमा जनतालाई हनन्् भएको हकको क्षतिपूर्ति (Compensation) दिने आदि व्यवस्था समेत संविधानमा नै राखिएको हुन्छ। संकटकालीन अवस्थामा नागरिकहरुको हक निलम्बन गरी सरकारलाई थप संकटकालीन अधिकार (Emergency Power) प्रदान गरी सरकारलाई संकटकालको निवारण गर्न अधिकार प्रदान गर्दा केही हदसम्म नागरिक हकमा केही असर पर्न जाने हुँदा सरकारको Emergency Power मा स्पष्ट शर्त र अवधि समेत तोकिएको हुन्छ। राष्ट्र जतिसुकै सङ्कटको अवस्थामा भएपनि संकटकालीन अवस्थाको घोषणा भएको भन्ने आधारमा नागरिकका केही मूलभूत मौलिकहक अधिकारहरु राज्यले कटौती गर्न सक्दैन भने केही मौलिकहकमा राज्यले नियमित गर्न सक्दछ। संकटकालीन अवस्थाको घोषणा भएको

अवस्थामा देशको सुरक्षा र अखण्डता कायम राख्ने राज्यको अधिकार तथा नागरिकहरुको मूलभूत मौलिकहक अधिकार र विधिको शासनको बीचको सम्वेदनशील सन्तुलन बनाई राख्नु अति आवश्यक हुन्छ। यस्तो अवस्थामा राज्यको अखण्डता, राष्ट्रिय सुरक्षा एवं राष्ट्रिय अस्तित्वको लागि राज्यलाई प्रदान गरिएको विशेषाधिकार र नागरिकहरुको मूलभूत अधिकारहरु (Non-derogative Rights) का बीचमा विवाद वा द्वन्द (Conflict) हुन गएमा अदालतले बढी सावधानीपूर्वक (Cautiously) राज्यको अधिकार र नागरिकहरुको अधिकारका बीच सन्तुलन कायम गर्ने गरी सामञ्जस्यपूर्ण व्याख्या (Harmonious construction) गर्नुपर्ने हुन्छ।

१५. संविधानको धारा ११५ को उपधारा (८) अनुसार निलम्बन गर्न सकिने धाराहरु मध्ये मिति २०६१।१०।१९ मा जारी भएको विज्ञप्तिबाट संविधानको धारा १२ को उपधारा (२) को खण्ड (क) अन्तर्गतको बिचार र अभिव्यक्तिको स्वतन्त्रता, खण्ड (ख) अन्तर्गतको बिना हातहतियार शान्तिपूर्वक भेला हुने स्वतन्त्रता र खण्ड (घ) अन्तर्गतको अधिराज्य भरी आवतजावत र बसोवास गर्ने स्वतन्त्रता, धारा १३ को उपधारा (१) अनुसारको कुनै समाचार लेख वा अन्य कुनै पाठ्य सामाग्री प्रकाशन गर्नु पूर्व प्रतिवन्ध नलगाउने हक, त्यस्तै धारा १५ अनुसारको निवारक नजरबन्द विरुद्धको हक, धारा १६ को सूचनाको हक, धारा १७ को सम्पत्तिको हक धारा २२ को गोपनियताको हक र धारा २३ को संवैधानिक उपचारको हक (बन्दीप्रत्यक्षीकरणको उपचार प्राप्त गर्ने हक बाहेक) निलम्बन भएको देखिन्छ। विद्वान महान्यायाधिवक्ताले आफ्नो वहस जिकीर तथा वहसनोटमा धारा २३ अनुसार बन्दीप्रत्यक्षीकरणको उपचार प्राप्त गर्ने हक बाहेक अन्य मौलिकहकको उल्लंघन भएकोमा संवैधानिक उपचारको हक निलम्बन रहेकोले संविधानका भाग ३ द्वारा प्रदत्त मौलिकहकको प्रचलनको लागि यस अदालतमा रिट निवेदन लाग्नै नसक्ने जिकिर लिनु भएको छ। तसर्थः यस सम्बन्धमा संविधानको धारा २३ द्वारा प्रत्याभूत संवैधानिक उपचारको हक तथा धारा ८८ (२) मा गरिएको यस अदालतको असाधारण अधिकारक्षेत्र सम्बन्धी व्यवस्थाको विवेचना गरी निरोपण गर्नुपर्ने देखियो।

१६. संविधानको धारा २३ मा "यस भागद्वारा प्रदत्त हकको प्रचलनको लागि धारा ८८ मा लेखिएको तरिका अनुसार कारवाई चलाउन पाउने हक सुरक्षित गरिएको छ।" भन्ने प्रावधान रहेको छ। धारा २३ मा धारा ८८ पनि उल्लेख भएको हुँदा धारा २३ को व्याख्या गर्दा धारा ८८ लाई बाहेक गर्न मिल्ने देखिंदैन। त्यसैले प्रस्तुत विवादमा धारा २३ र ८८ (२) को एकै साथ व्याख्या गर्नु पर्ने हुन्छ। संविधानको धारा ८८ को उपधारा (२) मा संविधानद्वारा प्रदत्त मौलिकहकको प्रचलनका अतिरिक्त अर्को उपचारको व्यवस्था नभएको वा अर्को उपचारको व्यवस्था भए पनि सो उपचार अपर्याप्त वा प्रभावहीन देखिएको अन्य कुनै कानूनी हकको प्रचलनको लागि तथा सार्वजनिक हक वा सरोकारको कुनै विवादमा समावेश भएको कुनै संवैधानिक वा कानूनी प्रश्नको निरुपणको लागि समेत यस अदालतवाट आवश्यक र उपयुक्त आदेश जारी गरी त्यस्तो हकको प्रचलन गराउने वा विवाद टुङ्गो लगाउने असाधारण अधिकार यस अदालतमा रहने संवैधानिक व्यवस्था गरिएको पाइन्छ। धारा २३ र धारा ८८(२) को व्यवस्था हेर्दा धारा २३ संविधानको भाग ३ द्वारा प्रदत्त मौलिकहकको प्रचलनको लागि प्रत्याभूत हक हो भने धारा ८८(२) संविधानद्वारा प्रदत्त मौलिकहक तथा अन्य उपचारको व्यवस्था नभएको कानूनी हकको प्रचलनको लागि तथा सार्वजनिक सरोकार सम्वन्धी विवादको समाधानको लागि आवश्यक आदेश जारी गर्न सक्ने यस अदालतको असाधारण अधिकारक्षेत्र सम्बन्धी व्यवस्था हो भन्ने स्पष्ट छ। धारा २३ मा "यस भागद्वारा प्रदत्त हकको प्रचलनको लागि" भन्ने उल्लेख गरिएकोबाट भाग

३ को अन्य हकहरु उल्लघंन वा हनन् भएमा हनन् भएका ती हकहरु प्रचलन गराउन पाउने अधिकार धारा २३ ले प्रदान गर्दछ । भाग ३ मा कुन कुन हकहरु समावेश भएका छन भनी हेर्दा भाग ३ मा धारा ११ देखि धारा २२ सम्म अन्य मौलिकहकहरु समावेस भएको देखिन्छ । धारा २३ मा "यस भागद्वारा प्रदत्त हक प्रचलनको लागि कारवाही चलाउन पाउने हक सुरक्षित गरिएको छ " भन्ने उल्लेख भएको हुंदा धारा २३ ले धारा ११ देखि धारा २२ सम्मको हक प्रचलनको लागि यस अदालतको असाधारण अधिकारक्षेत्रमा सर्वोच्च अदालत नियमावली, २०४९ को परिच्छेद ६ बमोजिमको रीत पु¥याई तोकिएको ढाँचामा रिट निवेदन गर्न अदालतमा प्रवेश गर्न पाउने संवैधानिक उपचारको हक (Right to Move the Supreme Court) समेत प्रत्याभूत गरेको देखिन्छ । यदि धारा ११ देखि धारा २२ सम्मको हकको व्यवस्था नहुने हो भने धारा २३ को हकको मात्र कुनै प्रयोजन हुँदैन । मौलिकहकको प्रचलनको लागि प्रभावकारी न्यायिक उपचारको व्यवस्था नगरिने हो भने मौलिकहकको घोषणा गरिनुको केही सार्थकता रहँदैन (A declaration of fundamental right is meaningless unless there are effective judicial remedies for their enforcement). त्यसैले धारा ११ देखि धारा २२ सम्मका विभिन्न मौलिकहकहरुको व्यवस्था भएको कारणले गर्दा नै धारा २३ को आवश्यकता भएको हो भन्न सकिन्छ भने संविधानको धारा ८८ (२) ले यस अदालतलाई नागरिकहरुको मौलिकहकका साथै अन्य उपचारको व्यवस्था नभएको कानूनी हकको प्रचलनको लागि असाधारण अधिकार प्रदान गरी त्यसको लागि बन्दीप्रत्यक्षीकरण, परमादेश, उत्प्रेषण, प्रतिषेध, अधिकारपृच्छा जस्ता रिटका साथै पूर्णरुपले न्याय गरी उचित उपचार प्रदान गर्न अन्य जुनसुकै उपयुक्त आदेश जारी गर्न यो अदालत अधिकारयुक्त छ । संविधानद्वारा प्रदत्त मौलिकहक तथा मानव अधिकार सम्वन्धी अन्तर्राष्ट्रिय महासन्धी तथा सम्झौतामा सरकारले जनाएको प्रतिबद्धता अनुरुप विश्वव्यापी रुपमा स्वीकार गरिएका मानव अधिकार सम्वन्धी व्यवस्था समेतलाई स्वीकार गरी व्याख्याको माध्यमवाट नागरिकहरुको मौलिकहक तथा मानव अधिकारको संरक्षण र सम्वर्द्र्धन गर्ने आफ्नो दायित्व प्रति यस अदालत सचेत र सक्रिय रहिआएको छ । यस अदालतवाट यसै असाधारण अधिकारक्षेत्रको प्रयोग गरी समय समयमा गरिएका न्यायिक निर्णय तथा व्याख्याहरुवाट यो तथ्य आफैमा स्पष्ट हुन्छ ।

१७. मिति २०६११०१९ को नेपाल राजपत्रमा प्रकाशित विज्ञप्तिमा धारा २३ समेत उल्लेख भएकोले संविधानको भाग ३ मा व्यवस्थित सम्पूर्ण मौलिकहक सम्बन्धी धाराहरु निलम्बन भएको हो वा उक्त विज्ञप्तिमा उल्लेख गरिएका धारा अन्तर्गतका मौलिकहकहरु मात्र निलम्बन भएको मानिनु पर्ने हो भन्ने सम्बन्धमा बिचार गर्दा संविधानको धारा ११५(१) मा संकटकालीन अवस्था लागू गर्नु पर्ने उल्लिखित अवस्था आई पर्दा नेपाल अधिराज्य भर वा कुनै खास क्षेत्रमा मात्र लागु हुने गरी श्री ५ बाट संकटकालीन अवस्थाको घोषणा हुने व्यवस्था उल्लेख गरिएको छ । यसरी संकटकालीन अवस्था आई परेमा संकटकाल लागू गर्नु पर्दा निलम्बन हुन सक्ने धाराहरु उपधारा (८) मा उल्लेख भएको पाइन्छ । जस अनुसार धारा १२ को उपधारा (२) को खण्ड (क), (ख), (घ) र (ङ), धारा १३ को उपधारा (१), धारा १५, १६, १७, २२ र धारा २३ निलम्बन गर्न सकिबक्सने व्यवस्था गरी प्रतिबन्धात्मक वाक्यांश (Proviso) मा बन्दीप्रत्यक्षीकरणको उपचारको लागि धारा २३ निलम्बन नहुने संवैधानिक व्यवस्था गरिएकोछ । भाग ३ मा विज्ञप्तिमा उल्लेखित धाराहरु बाहेक धारा ११, धारा १२ मा नै पनि विज्ञप्तिमा उल्लेखित खण्ड (क) (ख) र (घ) बाहेक खण्ड (ग) र (ङ) समेतको हकको व्यवस्था तथा धारा १३ को उपधारा (२) र (३), धारा १४, धारा १८, धारा १९, धारा २० र

धारा २१ मा विभिन्न मौलिकहककहरु नागरिकहरुलाई प्रदान गरिएकोमा उल्लेखित मौलिकहककहरु धारा ११५ अनुसार सङ्कटकालीन आदेश जारी हुदाँको अवस्थामा समेत निलम्वन गर्न सकिने व्यवस्था संविधानको धारा ११५ को उपधारा (८) मा गरिएको पाइदैन । धारा ११५ को उपधारा (८) मा संकटकालीन अवस्थामा निलम्बन गर्न सकिने धाराहरु उल्लेख गर्नुको अर्थ उक्त उपधारा (८) मा उल्लेख भएका धाराहरु मात्र निलम्बन हुन सक्ने र उपधारा (८) मा उल्लेख भएका धाराहरु बाहेक भाग ३ का अन्य कुनै पनि धाराहरु निलम्बन हुन सक्दैन भन्ने स्वतः स्पष्ट हुन्छ । यदि संकटकालीन अवस्थामा सबै मौलिकहककहरु निलम्बन गर्ने संविधान निर्माताहरुको मनसाय रहेको भए उपधारा (८) मा अरु धारा उल्लेख नगरी सो घोषणा बहाल रहेसम्मको लागि संवैधानिक उपचारको लागि अदालतमा प्रवेश गर्ने व्यवस्था गरिएको धारा २३ मात्र निलम्बन गर्न सकिने व्यवस्था गर्नु नै पर्याप्त हुने थियो । धारा ११५ को उपधारा (८) मा त्यस्तो व्यवस्था नगरी संङ्कटकालको अवस्थामा निलम्वन गर्न सकिने धाराहरु किटानसाथ उल्लेख गरिएको पाइएकोले त्यस देखि बाहेकका अन्य मौलिकहककहरु निलम्वन गर्नै नसकिने अवस्थामा राखेको स्पष्ट हुन्छ । यसका अतिरिक्त धारा ११५ को उपधारा (९) मा श्री ५ बाट उपधारा (८) बमोजिम यस संविधानको कुनै धारा निलम्बन गरिबक्सेकोमा सो धाराले प्रदान गरेको मौलिकहकको प्रचलनको लागि कुनै अदालतमा निवेदन दिन वा त्यस सम्बन्धमा कुनै अदालतमा प्रश्न उठाउन पाइने छैन भन्ने व्यवस्था गरिएको पाइन्छ । यस संवैधानिक व्यवस्था अनुसार पनि धारा ११५ को उपधारा (८) अनुसार निलम्बन हुन सक्ने मौलिकहक बाहेकको अन्य मौलिहकहरु प्रचलनका लागि अदालतमा निवेदन दिन सकिने भन्ने अर्थ निस्कन्छ । यसवाट समेत सङ्कटकालको अवस्थामा निलम्वन गर्न सकिने हकको प्रयोजनको लागि मात्र धारा २३ अन्तर्गत संवैधानिक उपचारको हक निलम्वन गरिएको मान्नु पर्ने हुन्छ । त्यस विपरीत सङ्कटकालीन अवस्थामा निलम्वन नै नगरिएको मौलिकहकको प्रचलनको लागि समेत संवैधानिक उपचारको हक निलम्वन गरिएको भन्ने व्याख्या गर्नु संविधानसम्मत तथा तर्कसंगत हुने देखिंदैन ।

१८. तसर्थः संविधानको धारा ११५ अनुसार सङ्कटकालीन अवस्थाको घोषणा गरी धारा ११५ को उपधारा (८) बमोजिम धारा २३ द्वारा व्यवस्थित संवैधानिक उपचारको हक समेत निलम्वन गरिएको अवस्थामा उक्त उपधारा अनुसार निलम्वन नगरिएका अन्य मौलिकहककहरु तथा अन्य प्रभावकारी उपचारको व्यवस्था नभएको कानूनी हकको प्रचलनको लागि संविधानको धारा ८८ (२) अन्तर्गत यस अदालतमा रिट निवेदन दर्ता हुन नसक्ने भन्न मिल्ने देखिन आएन ।

१९. दोश्रो प्रश्नतर्फ विचार गर्दा निवेदकले संविधानको धारा ११ तथा धारा १२ (२)(ङ) द्वारा प्रदत्त मौलिकहक तथा स्थानीय स्वायत्तशासन ऐन, २०५५ तथा स्थानीय स्वायत्तशासन नियमावली, २०५६ द्वारा प्रदत्त कानूनी हकको प्रचलनको लागि संविधानको धारा ८८(२) अन्तर्गत रिट निवेदन दर्ता गर्न ल्याएको देखिएको र माथि गरिएको विवेचना समेतको आधारमा त्यस्तो रिट निवेदन यस अदालतमा दर्ता हुन नसक्ने कुनै संवैधानिक व्यवधान रहेको नदेखिंदा रिट निवेदन दरपीठ गर्ने गरी भएको रजिष्ट्रारको मिति २०६१।११।१४ को आदेश मिलेको देखिन आएन । तसर्थ उक्त दरपीठ आदेश बदर गरिदिएको छ । निवेदकले दर्ता गर्न ल्याएको रिट निवेदन दर्ता गरी नियमानुसार पेश गर्नु ।

प्र.न्या.हरिप्रसाद शर्मा

न्या.भैरवप्रसाद लम्साल

न्या.मीनवहादुर रायमाझी

न्या.अनुपराज शर्मा

न्या.वलराम के.सी.

इति सम्वत् २०६१ साल चैत्र १८ 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