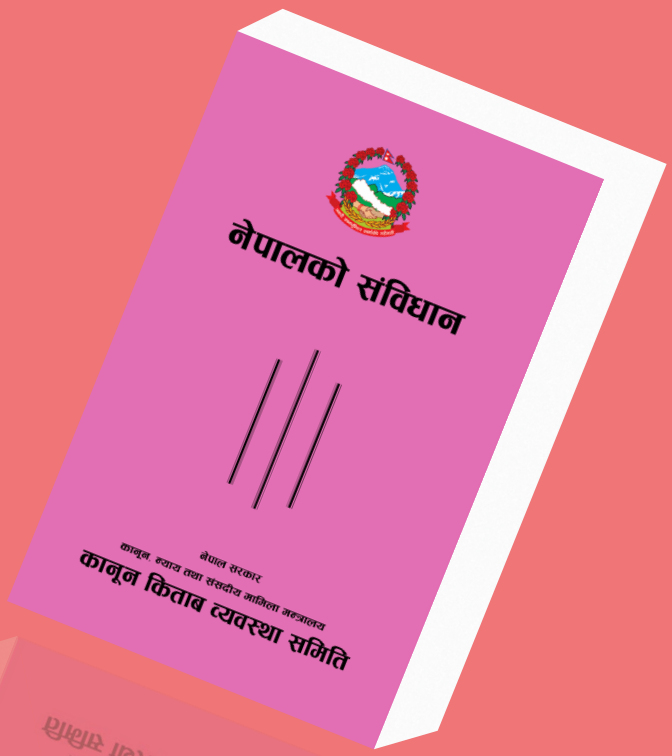
संवैधानिक कानून

स्रोत सामग्री



महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय, नेपाल

काठमाडौं

संविधानवाद

✍ प्रा.पूर्णमान शाक्य[♦]

१. सैद्धान्तिक अवधारणा

शास्त्रीय राजनीतिशास्त्रीहरू राज्यलाई एउटा नभई नहुने खराबी (necessary evil) मान्दछन् । राज्यलाई एउटा नभई नहुने कुरा मानिन्छ अर्थात राज्य अत्यावश्यक मानिन्छ किनभने मानवजाति सामाजिक प्राणी भएकोले सबै मानिस समाजमा नै बस्दछन् । मानिस चेतनशील प्राणी भएकोले हरेक मानिसका आ-आफ्नै स्वार्थहरू हुन्छन् र ती स्वार्थहरू परस्पर प्रतिष्पर्धी प्रकृतिका हुन्छन् । व्यक्ति व्यक्तिका यस्ता प्रतिष्पर्धी स्वार्थहरू नै समतामूलक, सुसंगठित र न्यायपूर्ण सामाजिक जीवनको स्थापना र विकासका लागि चुनौतीको रूपमा रहने गर्दछन् । तसर्थ मानिसहरूका त्यस्ता प्रतिष्पर्धी स्वार्थहरूका बीच उपयुक्त सन्तुलन कायम गर्दै मानव सभ्यतालाई जोगाइराख्नु अर्को संगठित एवं संस्थागत स्थायी प्रयत्नको आवश्यकता पर्दछ जुन अन्ततः राज्य हो ।

राज्यलाई एउटा खराब तत्वको रूपमा पनि लिइन्छ किन भने नागरिकहरूको वैयत्तिक स्वतन्त्रता उपर आक्रमण गर्ने यसको प्रवृति हुन्छ । मानव अधिकारहरूमध्येको आधारभूत र व्यक्तिको सबैभन्दा प्रिय बस्तु उसको वैयत्तिक स्वतन्त्रता हो । त्यसैले राजनीतिशास्त्री र संविधानविद्हरूको प्रयत्न राज्यको आवश्यक तत्वलाई अभिवृद्धि गर्ने र खराब तत्वलाई कम गर्ने तर्फ नै केन्द्रित रहँदै आएको छ । आधुनिक समयमा प्रहरी राज्य (Police state) बाट गुणात्मक र मात्रात्मक रूपमा लोककल्याणकारी राज्य (Welfare state) मा भइरहेको रूपान्तरणले राज्यको आवश्यक तत्वको अभिवृद्धि र संविधानवाद तथा प्रशासकीय कानूनको समानान्तर विकासले राज्यको खराब तत्वको न्यूनीकरणको प्रक्रियालाई इंगित गर्दछन् ।

विधिशास्त्री Charles H. Mcllwain ले संविधानवादको सटिक परिभाषा गर्दै Constitutionalism recognizes the necessity for the government but insists upon its powers. It connotes in essence, therefore, a limitation on government; it is antithesis of arbitrary rule. its opposite is despotic government, the government of will instead of government of law.

यसरी संविधानवाद आफैमा एउटा त्यस्तो मूल्य वा मान्यता (value) हो जसले शासन वा सरकारको अपरिहार्यतालाई अस्वीकार गर्दैन तर त्यस्तो शासन स्वेच्छाचारी, निरंकुश वा अतिवादी हुन नहुने कुरामा सर्वाधिक जोड दिन्छ । अर्को शब्दमा, संविधानवादले सीमित सरकार (Limited government) को अवधारणालाई जनाउँदछ । सीमित सरकार भन्नाले कमजोर सरकार भनिएको होइन् । यो त्यस्तो सरकार हो जसका उद्देश्य र अधिकारहरू परिभाषित हुन्छन् र त्यस्तो अधिकार वा शक्तिको प्रयोगमा

♦ वरिष्ठ अधिवक्ता

सीमाहरू तोकिएका हुन्छन् । अर्थात् सारतः यो असल सरकार (Good government) हो । यदी कुनै सरकारमा निम्न पूर्वशर्तहरू विद्यमान छन् भने त्यस्तो सरकारलाई असल सरकार भन्न सकिन्छः-

- नागरिकको वैयत्तिक क्षमता र संभावनाहरूको अधिकतम विकासका लागि पर्याप्त सेवा सुविधा उपलब्ध गराउने दिशमा राज्यशक्तिको प्रयोग निर्देशित हुन्छ ।
- कानूनको शासनको अवधारणाको पूर्ण सम्मान गरिन्छ ।
- नागरिहरूका आधाभूत मानव अधिकार तथा स्वतन्त्रताहरूको पूर्ण प्रत्याभूति हुन्छ ।
- राज्यशक्ति र राज्यका उपलब्ध स्रोत साधनहरूको परिचालन वृहत्तर सार्वजनिक हितको लागि गरिन्छ ।
- सार्वभौम जनताप्रति जवाफदेहिता सुनिश्चित गर्ने प्रभावकारी प्रबन्धको व्यवस्था मिलाइएको हुन्छ ।

असल सरकारको स्थापनाको लागि संसारमा विभिन्न स्वरूपका शासन प्रणालीहरू र तीनीहरू अन्तर्गत शासकीय शक्तिको दुरूपयोगलाई नियन्त्रण गर्ने अर्थात् सरकारलाई असीमित (excessive) हुनबाट रोक्ने प्रयोजनका लागि विभिन्न संयन्त्रहरूको अवलम्वन गरिएको हुन्छ । संविधानवादको सुनिश्चितताको लागि अपनाइने त्यस्ता उपाय (Measures) हरूमा लिखित संविधानको अवलम्बन, शक्तिपृथक्कीकरण, नियन्त्रण र सन्तुलनको सिद्धान्तको संयोजन, कानूनको शासनको प्रत्याभूति, न्यायिक पुनरावलोकन, आवधिक निर्वाचन र भ्रष्टाचार तथा अख्तियार दुरूपयोग अनुसन्धान गर्ने निकाय (ombudsman) लगायतका स्वतन्त्र एवं स्थायी संवैधानिक निकायहरूको व्यवस्था आदि पर्दछन् । उल्लिखित संयन्त्रहरूले सुशासन र सरकारको जनउत्तरदायित्वलाई सुनिश्चित गर्दछन् र तिनीहरूको प्रभावकारिता नै कुनै पनि देशमा संविधानवादको व्यवहारिक अवलम्वनलाई मापन गर्ने मापदण्ड हुन्छ ।

२. संविधानवादका प्रकार

सीमित सरकार र सुशानको अवधारणालाई साकार पार्न अपनाइने विभिन्न संयन्त्रहरूलाई कानूनी संविधानवाद र राजनीतिक संविधानवाद गरी दुई समूहमा वर्गीकरण गर्न सकिन्छ ।

२.१ कानूनी संविधानवाद

यसलाई उपचारात्मक संविधनवाद पनि भन्न सकिन्छ । यस अन्तर्गत अदालती प्रक्रियाको अवलम्वनद्वारा सरकारका असंवैधानिक क्रियाकलाप उपर नियन्त्रण कायम गरी सरकारलाई संवैधानिक दायरामा सीमति गर्ने काम गरिन्छ । कानूनी संविधानवादका त्यस्ता संयन्त्रहरू निम्न किसिमका हुन्छन्:

- **संवैधानिक सर्वोच्चताः**

  संविधान देशको मूल एवं सर्वोच्च कानून हुन्छ । संविधानले राज्यको सार्वभौमसत्ताको प्रयोगका सम्बन्धमा राज्यका अङ्गहरूको गठन, तीनीहरूको अधिकार र पारस्परिक सम्बन्धको निरोपण, शासन प्रणलीको स्वरूप तथा राज्य र नागरिकबीचको सम्बन्धका विषयमा आधारभूत खाका निर्धारण गर्दछ । राज्यका सबै कानून तथा काम कारबाहीहरूले संविधानबाट नै वैधता प्राप्त गर्नुपर्दछ ।

त्यसैले राज्यक राजनीतिक अङ्गहरू व्यवस्थापिका र कार्यपालिकाका हरेक काम कारवाही संविधान अनुकूल (Intra vires) हुनु जरूरी हुन्छ। यदि त्यस्ता कुनै काम कारवाही संविधानको व्यवस्थाको प्रतिकूल (ultra vires) भएमा न्यायपालिकाले त्यसलाई अमान्य र बदर घोषित गरी संविधानको सर्वोच्चतालाई अक्षुण्ण बनाइराख्ने काम गर्दछ।

- **मौलिक हकहरूको संरक्षण**

मानिसका केही आधारभूत र अहरणीय अधिकारहरू हुन्छन्। त्यस्ता मौलिक अधिकारहरूको संरक्षण र वहाली लोकतान्त्रिक शासन व्यवस्थाको उद्देश्य हुन्छ। त्यसैले संविधानमा राज्य र नागरिकहरूको सम्बन्ध निर्धारण गर्दा जनताका त्यस्ता अहरणीय अधिकारहरूको घोषणा र तीनीहरूको निर्वाध उपभोगको प्रत्याभूति सहित राज्यका तर्फबाट ती हकहरू हनन् भएको खण्डमा नागरिकहरूले प्राप्त गर्ने प्रभावकारी उपचार समेतको एकिकृत व्यस्था गरिएको हुन्छ।

- **स्वतन्त्र न्यायपालिका**

कानूनी संविधानवाद अदालती प्रक्रियाबाट सुनिश्चित हुने भएकाले यसमा न्यायपालिकाको केन्द्रीय भूमिका रहन्छ। अदालतले राज्यका राजनीतिक अङ्गहरूमा असंवैधानिक काम कारवाहीहरूलाई अमान्य बदर घोषित गर्दै संविधानको सर्वोच्चता र अक्षुण्णता कायम राख्नु पर्ने हुँदा न्यायपालिका राज्यका अन्य अङ्गहरूबाट स्वतन्त्र रहनु अपरिहार्य हुन्छ। न्यायपालिकाको स्वतन्त्रता भन्नाले मुख्य रूपमा विवादहरूको निरोपण गर्दा न्यायाधीशहरू उपर न्यायपालिका भित्र वा बाहिर कतैबाट पनि कुनै पनि किसिमको दवाव वा प्रभाव पर्न हुँदैन भन्ने कुराको व्यवहारिक प्रत्याभूतिलाई जनाउँछ।

- **न्यायिक पुनरावलोकन:**

न्यायिक पुनरावलोकन जनताका मौलिक मानव अधिकारहरूको रक्षा र संवैधानिक सर्वोच्चताको सुनिश्चितताका लागि स्वतन्त्र न्यायपालिकासँग नभई नहुने असाधारण अधिकार हो। यहि अधिकारको प्रयोग गरेर न्यायपालिकाले राज्यका राजनीतिक अङ्गहरूका काम कारवाहीहरूको संवैधानिकताको परीक्षण गर्ने कार्य गर्दछ।

- **संविधानको आधारभूत संरचनाको सिद्धान्त:**

जनताले आफू उपर आफैले शासन गर्ने परिपाटी नै लोकतन्त्र हो। त्यसैले शासन गर्ने अधिकारको वैधाता जनमतबाटमात्र प्राप्त हुन्छ। लोकतन्त्रमा जनता सार्वभौमसत्ता सम्पन्न हुन्छन्। सार्वभौमसत्ताको स्रोत र निवास दुवै जनता नै हुन्छन्। त्यसैले मौलिक संवैधानिक शक्ति (original constituent power) जनतामा नै निहित हुन्छ। अजको युगमा प्रत्यक्ष प्रजातन्त्रको अभ्यास संभव छैन्। अप्रत्यक्ष प्रतिनिधिमूलक प्रजातन्त्र आजको यथार्थ हो। त्यसकारण जनताले आफ्ना प्रतिनिधिहरू मार्फत आफ्नो संविधान निर्माण गर्नु सबैभन्दा लोकतान्त्रिक पद्धति हो। यसको ऐतिहासिक अभ्यास हाल नेपामा भइरहेको छ। जननिर्वाचित प्रतिनिधिद्वारा संविधानसभा मार्फत संविधान बनाउँदा संविधानसभाले जनतामा निहित original constituent power को प्रयोग गरेको मानिन्छ, जुन सिद्धान्ततः निशर्त र निरपेक्ष हुन्छ। संविधान देशको मूल र सर्वोच्च कानून हुने भएकोले यो स्वभावतः दीर्घकालीन (perspective) प्रकृतिको हुन्छ तर संविधानका हरेक व्यवस्था उत्तिकै महत्वपूर्ण (fundamental) र दीर्घकालीन प्रभाव राख्ने प्रकृतिका हुँदैनन्। त्यस्ता

सामान्य प्रकृतिका व्यवस्थाहरूलाई राज्यको नियमित विधायिकी अङ्गबाट हेरफेर वा थपघट गर्न सकिने गरी संविधानमा संशोधन गर्ने अधिकार (amending power) संविधानसभाले विधायिकालाई संविधान मार्फत् प्रत्यायोजन गरेको हुन्छ। यो अधिकार प्रयोग गरेर नियमित विधायिकाले संविधानको संशोधन गर्दा जनताद्वारा प्रत्यायोजित संवैधानिक शक्ति (delegated constituent power) को प्रयोग गरेको मानिन्छ तर जनताले आफूमा निहित मौलिक संवैधानिक शक्ति भने नियमित विधायिकालाई हस्तान्तरण गर्दैनन्। यो जनतामै सुरक्षित रहन्छ। यस अन्तर्गत संविधानका त्यस्ता केही अति महत्वपूर्ण र दीर्घकालीन प्रभाव राख्ने व्यवस्थाहरू पर्दछन् जुन जनताले संविधानमा लेखेका हुन्छन् र संविधान अनुसार गठन हुने भावी विधायिकी अङ्गलाई ती आधारभूत कुराहरूमा प्रतिकूल असर पर्ने गरी संविधानको संशोधन गर्ने अधिकार प्रत्यायोजन गर्दैनन्। संविधानका त्यस्ता मूलभूत चरित्रलाई नै संविधानको अपरिवर्तनीय वा असंशोधनीय आधारभूत संरचना भन्ने गरिएको छ।

संविधानको आधारभूत संरचनाको सिद्धान्त भारतीय सर्वोच्च अदालतले विकास गरेको हो। लोकतान्त्रिक शासन पद्धतिका आधारभूत मूल्य मान्यताहरूलाई अक्षुण्ण राख्ने यो सिद्धान्तको उद्देश्य भएकाले नियमित विधायिकी अङ्गको विधायिकी क्षमता legislative capacity मा सिमाङ्कन गर्दै अदालतद्वारा जनतामा निहित सार्वभौमसत्ता र मौलिक संवैधानिक सर्वोच्चता र अक्षुण्णता कायम राख्ने एउटा महत्वपूर्ण न्यायिक औजार हो। संविधानका आधारभूत संरचनाहरूको निरपेक्ष सूचि संविधानमा उल्लेख गर्न व्यवहारिक हुँदैन। २०४७ सालको संविधानमा यस्तो सूचि निर्धारण गर्ने प्रयत्न गरिएको भए तापनि त्यो सूचि निरपेक्ष (exclusive) थिएन्। समय र सन्दर्भको सापेक्षतामा आधारभूत संरचनाका विषयहरू (contents) निर्धारण गर्न सकिने लचिलो व्यवस्था नै व्यवहारिक हुन्छ।

२.२ राजनीतिक संविधानवाद

राजनीतिक संविधानवादका संयन्त्रहरूले कानूनी संविधानवादमा जस्तो राज्यका राजनीतिक अङ्गहरूको शक्ति वा अधिकारमा सीमाङ्कन गर्ने काम गर्दैनन्। राजनीतिक संविधानवादमा अदालती प्रक्रियाद्वारा लागू गर्न गराउन नसकिने कानूनइतर (non legal) तथा नैतिक (moral) प्रकृतिका संयन्त्रहरू पर्दछन्। जसको कानूनी शक्ति नहुने भए तापनि असल सरकार वा सुशासन कायम गर्ने कुरामा तीनीहरूको महत्वपूर्ण भूमिका रहने गर्दछ। यस अन्तर्गत आवधिक निर्वाचन, संसदीय उत्तरदायीत्व, महाअभियोग र पारदर्शिता जस्ता राजनीतिक प्रक्रियाहरू पर्दछन्।

- **बालिग मताधिकार अवाधिक निर्वाचन:**

  बालिग मताधिकार लोकतन्त्रको सार हो र आवधिक निर्वाचन लोकतन्त्रलाई सार्थक तुल्याउने प्रक्रिया हो। लोकतान्त्रिक शासन व्यवस्थामा राज्यका राजनीतिक अङ्गहरू जननिर्वाचित हुन्छन्। आवधिक निर्वाचनको माध्यमबाट राज्यका राजनीतिक अङ्गहरूको गठन हुन्छ। सरकारलाई शासन गर्ने जनादेश वा वैधता निर्वाचनकै माध्यबाट प्राप्त हुन्छ। यसको अर्को महत्वपूर्ण पक्ष के हो भने निर्वाचनले सत्तामा पुऱ्याउने मात्र होइन सत्तामा पुग्नबाट बञ्चित गराउने काम पनि गर्दछ। जनताले सरकारको प्रभावकारीताको मूल्याङ्कन गरिरहेका हुन्छन्। जनतालाई सुशासन दिलाउन नसक्ने सत्तारूढ राजनीतिकदल अर्को आवधिक निर्वाचनमा पराजित हुने गर्दछ। यसरी लोकतान्त्रिक

र जनउत्तरदायी चरित्र नै सत्ताप्राप्ति पूर्वशर्त हुने भएकोले निर्वाचन जनताले सुशासन प्राप्त गर्ने एउटा गतिलो राजनीतिक संयन्त्र बन्दछ ।

- **स्वतन्त्र संवैधानिक निकायहरू:**

  भ्रष्टाचार र अख्तियार दुरूपयोग अनुसन्धान गर्ने निकाय (अम्वुड्सम्यान), लोकसेवा आयोग, निर्वाचन आयोग, महालेखा परीक्षक, मानव अधिकार आयोग जस्ता स्वतन्त्र संवैधानिक निकायहरूले सरकार र सरकारी पादाधिकारीहरूका काम कारवाही उपर नियन्त्रण र निगरानी गरेर देशमा सुशासन कायम गर्ने कार्यमा मद्दत गर्दछन् ।

- **संसदीय उत्तरदायीत्व:**

  संसदीय व्यवस्था अपनाइएका मुलुकमा सरकार संसदप्रति उत्तदायी हुन्छ । जनताप्रति उत्तरदायीत्व निर्वाह गर्न नसक्ने सरकारलाई अविश्वासको प्रस्ताव जस्तो राजनीतिक प्रक्रियाबाट सत्ताबाट हटाइने हुनाले मुलुकमा सुशासन सुनिश्चित गर्न संसदीय पद्धति प्रभावकारी मानिन्छ ।

३. संविधानवाद र प्रमुख शासन प्रणालीहरू

संसारमा प्रचलित लोकतान्त्रिक शासन पद्धतिहरूमा अध्यक्षात्मक शासन प्रणाली र संसदीय शासन प्रणाली दुई प्रमुख मोडेलको रूपमा रहेका छन् । यी दुवैका गुणात्मक पक्षहरूलाई समेटेर अपनाइने मिश्रित प्रणाली तेस्रो प्रचलित मोडेलको रूपमा रहेको छ ।

संयुक्त राज्य अमेरिका अध्यक्षात्मक शासन प्रणालीको र संयुक्त अधिराज्य संसदीय प्रणालीको राम्रा नमूना मानिन्छन् । अध्यक्षात्मक प्रणालीमा शक्ति पृथक्कीकरणको सिद्धान्तको तुलनात्मक रूपमा कठोर अवलम्बन गरिन्छ । परिणामस्वरूप संसदीय प्रणालीमा जस्तो सरकारको गठन व्यवस्थापिकाबाट हुँदैन, पदाधिकारीहरूको दोहोरो व्यक्तित्व (dual personality) र कामको दोहोरोपना (over lapping of functions) देखापर्दैन, कार्यपालिका व्यवस्थापिकाप्रति उत्तरदायी हुँदैन र दुवैले एक अर्कालाई राजनीतिक आधारमा विघटन गर्ने अवस्था पनि हुँदैन् । दुवैले तुलनात्मकरूपमा स्वतन्त्रतापूर्वक आ-आफ्नो संवैधानिक कार्य सम्पादन गर्दछन् । व्यवस्थापिकाले कार्यकारिणी प्रमुख विरूद्ध महाअभियोग लगाएर पदच्यूत गर्न सक्ने भए तापनि यो व्यवस्था संसदीय पद्धतिमा सरकारको उत्तरदायीत्व निश्चित गर्ने जस्तो राजनीतिक विषय होइन । खराब आचरण भएको र राष्ट्रघात गरेको जस्ता गंभीर आरोपमा अदालती कारबाही सरहकै औपचारिक कारवाहीको अवलम्बन गरी महाअभियोग प्रमाणित गरिन्छ । अध्यक्षात्मक प्रणालीमा संवैधानिक सर्वोच्चताको सिद्धान्त अनुशरण गरिने सुसज्जित रहन्छ । त्यसैले अध्यक्षात्मक प्रणालीमा राजनीतिक संविधानवाद भन्दा कानूनी संविधानवाद बढी प्रभावकारी हुन्छ ।

संसदीय प्रणालीमा भने शक्ति पृथक्कीकरणमा भन्दा नियन्त्रण र सन्तुलनमा बढी जोड दिइने भएकाले सरकारका अङ्गहरू बीचको पारस्परिक समन्वय र नियन्त्रण तथा सन्तुलनका माध्यमबाट राज्य व्यवस्था संचालन हुन्छ । सरकारको गठन संसदबाट हुन्छ र सरकार राजनीतिक रूपमा संसदप्रति उत्तरदायी रहनु पर्दछ । संसदले सरकारलाई र सरकारले पनि संसदलाई विघटन गर्न सक्तछ । त्यसैले संसदीय पद्धतिमा सीमित सरकार र सुशासनको अवधारणालाई सुनिश्चित गर्ने कार्य कानूनी उपायहरूको माध्यमबाट भन्दा राजनीतिक प्रक्रियाको माध्यमबाट बढी प्रभावकारी रूपमा सम्पन्न हुन्छ । कानूनी संविधानवादले सरकारलाई स्वेच्छाचारी हुनबाट रोक्छ अर्थात् सरकारलाई संवैधानिक सीमाभित्र राख्दछ

तर यसले सरकारलाई सुशासन कायम गर्न बाध्य बनाउँदैन । अर्थात कानूनी संविधानवाद सारतः नकारात्मक तथा नियन्त्रणात्मक (negative and restrictive) प्रकृतिको हुन्छ ।

राजनीतिक संविधानवाद भने सरकारको जनउत्तरदायीत्वलाई सुनिश्चित गर्ने भएकोले यसले सुशासन कायम गर्न सरकारलाई दवाव दिने काम गर्दछ । संसदीय प्रणाली अन्तर्गतका संसदीय प्रश्नोत्तर (Question/zero hour), समिति सम्बन्धी व्यवस्था र सरकार विरूद्ध अविश्वासको प्रस्ताव (vote of no confidence) जस्ता संयन्त्रहरू राजनीतिक संविधानवाद सुनिश्चित गर्ने उपायहरू (measures) हुन् ।

यसरी सैद्धान्तिक रूपमा अध्यक्षात्मक प्रणालीमा कानूनी संविधानवाद र संसदीय प्रणालीमा राजनीतिक संविधानवाद बढी प्रभावकारी हुन्छ । नेपालको विगतको संसदीय अभ्यासलाई समग्रमा नियाल्दा कानूनी संविधानवादको व्यवहारिक पक्ष सवल र राजनीतिक संविधानवादको कार्यान्वयन पक्ष दुर्वल रहेको पाइन्छ । उक्त अवधिमा न्यायपालिका (सर्वोच्च अदालत) ले स्वतन्त्रता र सक्षमतापूर्वक आफूलाई प्राप्त असाधारण अधिकारको प्रयोग गर्दै न्यायिक पुनरावलोकनको माध्यमबाट संविधान विपरितका विधायिकी कानून र सरकारी काम कारवाहीहरूलाई बदर घोषित गरेर संवैधानिक सर्वोच्चता कायम गर्ने र सार्वजनिक सरोकारका विवादहरूको सुनवाइका माध्यमबाट जनताका आर्थिक सामाजिक अधिकारहरूलाई सम्वोधन गर्दै सामाजिक न्यायलाई संस्थागत गर्ने आफ्नो संवैधानिक दायित्व निर्वाह गर्न सफल रह्यो । राजनीतिक संविधानवादलाई सुनिश्चित गर्ने अधिकारसम्पन्न अङ्ग संसद आफ्नो उक्त संवैधानिक दायित्व प्रभावकारी रूपमा निर्वाह गर्न सक्षम भएन ।

४. निष्कर्ष

शासन प्रणाली आफैमा राज्यको साध्य होइन । यो साधन मात्र हो । कस्तो शासन प्रणाली अपनाउने भन्ने कुरा देश विशेषका कतिपय जटिलतम वस्तुगत एव मनोगत यथार्थहरूको सापेक्षतामा निर्णय गर्नुपर्ने विषय हुनसक्छ । तर शासन प्रणाली जुनसुकै अपनाइए तापनि त्यसमा संविधानवादका अवयवहरू (ingredients) लाई कसरी बढीभन्दा बढी समावेश गने भन्ने विषय नै सर्वाधिक सरोकारको विषय हुनुपर्दछ ।

संविधानवाद एउटा यान्त्रिक अवधारणा मात्र होइन, यो एउटा मूल्य (value) हो । त्यसैले संविधानमा संविधानवादका तत्वहरूको उल्लेखन मात्रले सुशासन स्वतः प्राप्त हुँदैन । यो कुरा हाम्रो आफ्नै अनुभवबाट पनि सिद्ध भएको छ । यसमा आत्मगत पक्ष अर्थात् प्रतिवद्धताको पक्ष सबैभन्दा महत्वपूर्ण हुन्छ । अर्को शब्दमा, संविधानवादको सफल कार्यान्वयनमा मानेवैज्ञानिक र संस्कारगत पक्षहरूको भूमिका रहन्छ र संस्कारहरूमा रातारात परिवर्तन वा विकास हुँदैन । संविधानवाद मात्र होइन कुनै पनि सिद्धान्त वा मूल्य मान्यता एकैपटक स्थापित हुँदैनन् हामीले मार्गदर्शक मान्ने गरेका अन्य मुलुकहरूमा स्थापित कातिपय मूल्य मान्यताहरू ती देशहरूमा पनि रातारात विकसित भएका होइनन् । त्यसमा वर्षौंको अथक मेहनत लागेको हुन्छ त्यसैले छोटो समयको अभ्यासबाट निराश हुनुहुदैंन र कुनै पनि सिद्धान्त वा मूल्य मान्यता जीवनशैलीकै रूपमा रूपान्तरण नभएसम्म थकाइ मार्न पनि हुँदैन ।

(प्रस्तुत लेख **लोकतान्त्रिक संविधानका आधारहरु**बाट साभार गरिएको हो ।)

रिटः उत्प्रेषण र परमादेश तथा रिटसँग सम्बन्धित केही सिद्धान्त

✍ किरण पौडेल[♦]

१. विषय प्रवेश

अंग्रेजी–अमेरिकी कानून प्रणाली (common law) परिवार भित्र सार्वभौम निकायका नाममा अदालतबाट कुनै निश्चित काम गर्नका लागि जारी गरिने आदेशलाई रिट भनिन्छ। जुनसुकै सन्दर्भमा जारी हुने मान्यता रहेका यस्ता आदेशहरू बेलायतमा नर्मन शासन (सन् १०६६) पछि न्यायिक सन्दर्भमा प्रयोग गर्न शुरु भएको हो। सन् १२५८ देखि Royal Chancery, Court of Exchequer र Court of Common Pleas अन्तर्गत Prerogative Writ जारी हुन थाले।[१]

नेपालमा रिटहरू प्रधान न्यायालय ऐन, २००८ बाट प्रबेश गरेका हुन्।[२] यस ऐनले शुरुवात गरेको रिट सम्बन्धी व्यवस्थालाई नागरिक अधिकार ऐन, २०१२ ले निरन्तरता दियो।[३] सर्वोच्च अदालत गठन गर्नका लागि आएको सर्वोच्च अदालत ऐन, २०१३ ले यस अदालतको असाधारण अधिकार क्षेत्र निर्धारण गरी यस अदालतलाई ५ प्रकारका रिट जारी गर्ने अधिकार दिएको थियो।[४]

नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०१५ ले पहिलो पटक रिटलाई संविधान अन्तरगत व्यवस्था गऱ्यो (धारा ९)। नेपालको संविधान, २०१९ ले सर्वोच्च अदालतलाई असाधारण अधिकार क्षेत्र अन्तरगत रिट जारी गर्ने अधिकार दिएको थियो (धारा ७१)। सर्वोच्च अदालतको यस असाधारण अधिकार क्षेत्रको व्यवस्थालाई कायम राख्दै नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ मा यस अदालतलाई नेपाल कानूनको न्यायिक पुनरालोकनको अधिकार तथा सार्वजनिक सरोकारको विवाद निरूपण गर्ने अधिकार प्रदान गरियो (धारा ८८)। नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ ले सर्वोच्च अदालतका उक्त सबै असाधारण

♦ नायब महान्यायाधिवक्ता, महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय।

१ https://www.britannica.com/topic/writ (हेरिएको मितिः २०७५। ७। १७)।

२ यस ऐनको दफा ३० मा यस सम्बन्धी व्यवस्था रहेको थियो।

३ यस ऐनको दफा १६ र १७ मा यस सम्बन्धी व्यवस्था रहेको थियो।

४ यस ऐनको दफा ११ मा यस सम्बन्धी व्यवस्था रहेको थियो।
जुन व्यवस्था यस प्रकार थियो। **सर्वोच्च अदालतको असाधारण अधिकार क्षेत्रः** प्रचलित कानूनद्वारा नागरिक तथा अरूहरूलाई प्रदत्त अधिकारको प्रचलनका लागि कानूनमा अरू कुनै उपायको व्यवस्था नगरिएको भए त्यसको निमित्त जो चाहिने आज्ञा आदेश वापुर्जी जसमा बन्दीप्रत्यक्षीकरण (हेवियस कर्पस), परमादेश (म्यान्डेमस), प्रतिषेध (प्रोहिविसन), अधिकार पृच्छा (क्वावारेन्टो) र उत्प्रेषण (सर्सियोररी) का प्रकारका पुर्जी सामेल छन्, जारी गर्ने सर्वोच्च अदालतलाई अख्तियार हुने छ।

अधिकारलाई निरन्तरता दिएको थियो (धारा १०७)। नेपालको संविधानले यस पूर्वका संविधानले व्यवस्था गरे झै सर्वोच्च अदालतका असाधारण अधिकार क्षेत्रलाई निरन्तरता दिएको छ (धारा १३३)।

न्याय प्रशासन ऐन, २०४८ मा रहेको पुनरावेदन अदालतलाई प्राप्त बन्दीप्रत्यक्षीकरण, परमादेश र निषेधाज्ञाका रीट जारी गर्ने सम्बन्धी अधिकारलाई विस्तार गरी मिति २०६७।१२।१५ देखि निषेधाज्ञा समेत सबै प्रकारका रिटहरू जारी गर्ने अधिकार प्राप्त भयो (दफा ८ (२) मा भएको संशोधनबाट)। साथै, यसै मितिबाट न्याय प्रशासन ऐन, २०४८ को व्यवस्था अनुसार जिल्ला अदालतलाई बन्दीप्रत्यक्षीकरण र निषेधाज्ञाको आदेश जारी गर्ने सम्बन्धी अधिकार प्राप्त भयो (दफा७ (२) मा भएको संशोधनबाट)।

नेपालको संविधान बमोजिम पुनरावेदन अदालतलाई प्रति स्थापन गर्दै गठन भएका उच्च अदालतलाई यस संविधानले सर्वोच्च अदालतलाई प्राप्त भए सरह नै रिट जारी गर्ने अधिकार दिएको छ।[५] यस प्रकार वर्तमानमा संविधान बमोजिम रिट जारी गर्ने अधिकार नेपालका सर्वोच्च अदालत तथा उच्च अदालतहरूलाई समेत प्राप्त भएको अवस्था छ। नेपालको सन्दर्भमा रिटका सम्बन्धमा रहेको प्रचलन अनुसार रिटहरू सँधै मौलिक हकको प्रचलनका लागि जारी हुन्छन्।

बेलायत र अमेरिकामा अदालती अभ्यासबाट विकास भएको रिटको अवधारणा बेलायती कानून प्रणालीको प्रभावमा रहेको मानिने भारतमा भने संविधानमा नै व्यवस्था गरिएको छ। भारतीय संविधानमा भारतको सर्वोच्च अदालत तथा उच्च अदालतहरूलाई संविधानले नै रिट जारी गर्ने अधिकार दिएको छ।[६]

---

[५] यस संविधानको धारा १४४ मा गरिएको व्यवस्था यस प्रकार रहेको छ :
यस संविधानद्वारा प्रदत्त मौलिकहकको प्रचलनका लागि वा अर्को उपचारको व्यवस्था नभएको वा अर्को उपचारको व्यवस्था भए पनि सो उपचार अपर्याप्त वा प्रभावहीन देखिएको अन्यकुनै कानूनीहकको प्रचलनका लागि ... उच्च अदालतले बन्दीप्रत्यक्षीकरण, परमादेश, उत्प्रेषण, प्रतिषेध, अधिकारपृच्छा लगायतजुनसुकै उपयुक्त आदेश जारी गर्न सक्नेछ।

[६] भारतीय संविधानको भाग ३ अन्तरगत Right to Constitutional Remedies भन्ने व्यवस्थामा धारा ३२ मा यस सम्बन्धी व्यवस्था रहेको छ। जुन यसप्रकार छः 32. (1) The right to move the Supreme Court by appropriate proceedings for the enforcement of the rights conferred by this Part is guaranteed. (2) The Supreme Court shall have power to issue directions or orders or writs, including writs in the nature of *habeas corpus, mandamus, prohibition, quo warranto and certiorari,* whichever may be appropriate, for the enforcement of any of the rights conferred by this Part. स्रोतः https://indiankanoon.org/doc/981147/ (हेरिएको मितिः २०७५। ७। १६)
यसै गरी भारतीय संविधानको Article 226 Power of High Courts मा रहेको उच्च अदालतबाट रिट जारी गर्ने सम्बन्धी व्यवस्था यस प्रकार रहेको छः
(1) Notwithstanding anything in article 32, every High Court shall have power, throughout the territories in relation to which it exercises jurisdiction, to issue to any person or authority, including in appropriate cases, any Government, within those territories directions, orders or writs, including writs in the nature of habeas corpus, mandamus, prohibition, quo warranto and certiorari, or any of them, for the enforcement of any of the rights conferred by Part III and for any other purpose.
स्रोतःhttps://indiankanoon.org/doc/1712542/(हेरिएको मितिः २०७५। ७। १६)

यस लेखाइमा रिटहरू मध्ये उत्प्रेषण तथा परमादेशका बारेमा मात्र चर्चा गरिएको छ ।

(क) उत्प्रेषण

Certiorari भनेर अंग्रजीमा सम्बोधन गरिने यस रिटलाई रिटको उत्पत्ति भएको देश बेलायतमा Senior Courts Act, 1981 मा २००४ मा भएको संशोधनपछि quashing order भन्ने नाम दिइएको छ ।[७]

यस रिटलाई पूर्णरूपमा सूचित हुनु (To be fully informed) भन्ने अर्थमा बुझ्ने गरिन्छ । अन्य रिट जस्तै यो पनि स्वविवेकीय प्रकृतिको रिट हो ।

उत्प्रेषणको रिट न्यायिक, अर्धन्यायिक वा प्रशासकीय निर्णयको वैधता परीक्षण गरी त्रुटी देखिएमा त्यस्तो निर्णय बदर गर्न जारी हुन्छ । उक्त प्रकृतिका निर्णय गर्ने अधिकारीले निर्णय गर्दा अधिकार क्षेत्र नभएको विषयमा निर्णय गरेमा, आफूलाई कानून बमोजिम प्राप्त अधिकारभन्दा बढी अधिकार प्रयोग गरी निर्णय गरेमा, निर्णय गर्दा प्राकृतिक न्याय सिद्धान्तको[८] पालना नगरी निर्णय गरेमा तथा निर्णय गर्दा कानूनको देखादेखी त्रुटी गरेको अवस्थामा यो रिट जारी हुन्छ । कानूनले तोकेको अधिकारीले सजाय नगरी अरुले सजाय गरेकोमा जारी हुन्छ । विशेष कानूनद्वारा प्रत्यायोजित अधिकार पुनःप्रत्यायोजन गरी निर्णय गरेमा पनि यो रिट जारी हुन्छ ।

निम्न अवस्थामा यो रिट जारी हुँदैनः

- मातहत अदालतमा विचाराधीन विषयमा,
- राज्यको नीतिगत विषयमा,
- वैकल्पिक उपचारको बाटो भएमा ।

---

७ http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/54 (हेरिएको मितिः २०७५। ७। १६)

८ **Principles Of Natural Justice**

The principle of natural justice or fairness is the sine qua non of a democratic government.
Principles of natural justice includes:
(a) Rule against bias: Bias may include: ('Bias' means an operative prejudice, whether conscious or unconscious, in relation to a party or issue.)
(i) Personal Bias; (ii) Pecuniary Bias ; (iii) Subject-matter Bias; (iv) Departmental Bias; (v) Preconceived notion bias.
(b) Rule of audialteram Partem: This right to fair hearing includes:
(i) Right to know adverse evidence; (ii) Right to present case; (iii) Right to rebut evidence; (iv) Right to cross-examination and legal re presentation; (v) Right to reasoned decision, etc.
(c) Reasoned Decision
स्रोतःhttps://www.lawteacher.net/free-law-essays/constitutional-law/principles-of-natural-justice-constitutional-law-essay.php (हेरिएको मितिः २०७५। ७। १७)

उत्प्रेषण सम्बन्धमा केही फरक मान्यता:

भारतीय मान्यताले यस रिटलाई to certify भनेर बुझ्ने गरेको पाइन्छ। यहाँ पनि यो रिट जारी हुने आधार माथि उल्लेख गरे जस्तो नै छ।[९]

यस रिटका सम्बन्धमा अमेरिकी प्रयोग केही भिन्न रहेको पाइन्छ। यस रिटको अर्थ "[T]o be more fully informed"[10] भन्ने मान्यता राख्ने अमेरिकामा The Judiciary Act of 1925 and The Supreme Court Case Selections Act of 1988 ले गरेको व्यवस्था अनुसार यहाँको सर्वोच्च अदालतमा अधिकांश मुद्दामा अधिकारका रूपमा पुनरावेदन गर्न पाइदैन।[११] त्यसकारण, तल्लो तहका अदालतका निर्णयमा चित्त नबुझाउने पक्षले अमेरिकी सर्वोच्च अदालतमा उत्प्रेषणको रिटको माग गरेर निवेदन दिने गर्छन्। वर्षमा ७००० भन्दा बढीको संख्यामा पर्ने यस्ता निवेदनमध्ये अमेरिकी सर्वोच्च अदालतले एक डेढ सय निवेदनलाई मात्र हेर्नका लागि स्वीकार गर्छ।[१२]

नेपालमा प्रशासकीय तथा अर्धन्यायिक निर्णयहरूको वैधता परीक्षणका लागि यो रिट प्रयोग भै रहेको छ। प्राकृतिक न्यायको सिद्धान्तको पालना नभएको प्रश्न उठाइएका अवस्थामा न्यायिक निर्णयका सम्बन्धमा पनि यो रिटबाट उपचार प्रदान हुँदै आएको कुरा सर्वोच्च अदातलका विभिन्न आदेशहरूबाट देखिन्छ।

(ख) परमादेश

We command भन्ने अर्थ दिने अंग्रेजीमा Mandamus भनिदै आइएको यस रिटलाई सन् २००४ पछि बेलायतमा Mandatory order भन्न थालिएको छ।[१३]

सार्वजनिक अधिकारीका विरुद्ध कुनै कानूनी कर्तव्य पूरा गराउन जारी गरिने विशेषाधिकार सम्पन्न रिटलाई परमादेश भनिन्छ। यो रिट जारी हुनका लागि निवेदकको कानूनी हक र विपक्षीको कानूनी कर्तव्य तोकिएको हुनु पर्छ। कानूनले कर्तव्य तोकेका अधिकारीले आफ्नो कर्तव्य पालनामा आनाकानी गरेका अवस्था यो रिटले सहयोग गर्छ। कानून बमोजिमको दायित्व पूरा नगरेमा परमादेश जारी हुन्छ। यो रीट उच्च अदालतबाट कुनै व्यक्ति, संगठित संस्था, अड्डा, अदालत वा न्यायाधिकरणका विरुद्ध जारी गरिन्छ।

---

९ http://kanoon.nearlaw.com/2018/01/09/writs-classified-constitution-india/(हेरिएको मिति: २०७५। ७। १७)

१० https://www.britannica.com/topic/Supreme-Court-of-the-United-States#ref796950 (हेरिएको मिति: २०७५। ७। १६)

११ http://uscode.house.gov/statutes/pl/100/352.pdf(हेरिएको मिति: २०७५। ७। १६)

१२ http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/supreme-1
https://definitions.uslegal.com/c/certiorari/ (हेरिएको मिति: २०७५। ७। १६)

१३ पूर्व पादटिप्पणी संख्या ७

कानूनले कर्तव्य र दायित्व बहन नगराएकोमा यो रिट जारी हुँदैन। असम्भव कार्य गर्न र अपरिपक्व अवस्थामा यो रिट जारी हुँदैन। कुनै खास कानून बनाउन विधायिका विरुद्ध परमादेश जारी हुँदैन।

अन्य रिट जस्तै यो रिट पनि अधिकार स्वरूप जारी होस् भनी माग गर्न सकिदैन। रिट गर्ने नगर्ने स्वविवेक अदालतमा नै रहन्छ। वैकल्पिक उपचारको व्यवस्था रहेको अवस्थामा यो रिट जारी हुँदैन। स्वविवेकीय रूपमा निर्णय गर्न वा नगर्न पाउने जिम्मेवारी पाएको अधिकारीका विरुद्धमा यो रिट कुनै हालतमा जारी हुँदैन। यो समन्यायिक सिद्धान्तबाट नियन्त्रित रिट हो।[१४]

परमादेशका सम्बन्धमा अमेरिकी फरक मान्यता:

संघीय तहमा अमेरिकामा न्यायाधीशको निर्णय उपर पुनरावेदन गर्न सहज नहुने अवस्थामा त्यस्ता निर्णयमा रहेका त्रुटी सच्चाउन यो रिटको माग गरिन्छ। निर्णय पुनरावलोकनको वैकल्पिक बाटो नभएका अवस्थामा यो बाटो अपनाइन्छ।[१५]

परमादेशका प्रकार:

यो रिट निम्न तीन प्रकारको हुन्छ।[१६]

अ) **Alternative Mandamus**:

यस प्रकारको परमादेशमा प्रत्यर्थीले यात आदेशको पालना गर्नु पर्ने हुन्छ या उसले आदेश किन पालना गर्न नसकेको उचित कारण अदालतलाई दिनु पर्छ।

आ) **Peremptory Mandamus**:

यो परमादेश जारी भएका अवस्थामा प्रत्यर्थीले त्यसको पालना गर्ने बाहेक अन्य विकल्प हुदैन। Alternative Mandamus का दुबै विकल्पको पालना नभएका अवस्थामा यो परमादेश जारी गरिन्छ।

इ) **Continuing Mandamus**:

निश्चित समय नतोकिकन आफ्नो कर्तव्य पूरा गर्नका जारी हुने परमादेश यस प्रकृतिमा पर्छ।

---

१४ https://www.britannica.com/topic/mandamus (हेरिएको मिति: २०७५। ७। १८)

१५ https://www.law.cornell.edu/wex/mandamus (हेरिएको मिति: २०७५। ७। १८)

१६ https://thelawdictionary.org/article/how-to-file-for-a-petition-for-writ-of-mandate/(हेरिएको मिति: २०७५। ७। १८)

२. रिटसंग सम्बन्धित केही सिद्धान्त

विभिन्न रिटको आदेश जारी हुन माग गरी अदालतमा दायर हुने रिट निवेदनको सुनुवाई गर्ने समयमा ती रिटमा लागू हुने भनी विभिन्न सिद्धान्तहरू विकसित भएका छन् । न्यायिक निकायबाट विकास गरिएका यी सिद्धान्तले यी निवेदनको सुनुवाई गर्ने अख्तियारी भएका न्यायिक निकायलाई डाँच्याउने काम गर्छन् । यस्ता सिद्धान्त मध्ये केही मुख्य सिद्धान्त निम्न छन्:[१७]

(क) **हकदैयाको सिद्धान्त** (**Doctrine of Locus Standi**):

जसको हक अधिकारमा आघात पुगेको छ त्यही व्यक्ति नै हक प्रचलनका लागि निवेदन लिई आउनु पर्छ भन्ने हकदैयाको सिद्धान्त हो । यस सिद्धान्त अनुसार सामान्यतया अरुका हकमा निवेदन दिन सकिदैन । तर, बन्दीप्रत्यक्षीकरण र अधिकारपृच्छाका निवेदनका हकमा यो सिद्धान्त खुकुलो हुन्छ, मर्का नपरेको व्यक्ति पनि अदालत प्रवेश गर्न पाउँछ । बन्दीका हकमा अन्य व्यक्ति पनि निवेदन लिई आउन पाउँछ । नेपालको सन्दर्भमा बाझिएको कानुन बदर घोषित गराउनका लागि निवेदन दायर गर्न कुनै पनि नेपाली नागरिकलाई हकदैया छ ।

(ख) **अनुचित विलम्बको सिद्धान्त** (**Doctrine of Laches**):

आफ्नो हकमा आघात पुगेमा समयमै उपचारका लागि आउनु पर्छ भन्ने मान्यतामा यो सिद्धान्त बनेको छ । बिलम्बले समन्यायलाई पराजित गर्छ । समयमा उपचारको खोजी नगर्नेलाई अदालतले सहयोग गर्न सक्दैन । त्यसकारण हक प्रचलनका लागि व्यक्ति अनुचित विलम्ब नगरी अदालतमा प्रवेश गर्नु पर्छ भन्ने सिद्धान्त अनुचित विलम्बको सिद्धान्त हो । नेपालका सन्दर्भमा सामान्यतया निकै चाँडै अदालतमा आएको भएपनि तेस्रो पक्षको हक स्थापना भै सकेको अवस्थालाई अनुचित विलम्ब मानिएको छ ।

(ग) **स्वच्छ हृदय र सफा हातको सिद्धान्त** (**Doctrine of Clean Hands**):

आफ्नो अधिकारको प्राप्तिका लागि अदालतमा प्रवेश गर्ने व्यक्तिले आफ्ना कुरा प्रस्तुत गर्दा त्यस विषयसँग सम्बन्धित सबै तथ्यलाई देखाउनु पर्छ । कुनै पनि तथ्य लुकाउनु हुँदैन । तथ्य ढाँटेर अदालतमा आउनेलाई अदालतले कुनै सहयोग गर्दैन भन्ने मान्यता यस सिद्धान्तले राख्छ ।

(घ) **वैकल्पिक उपचारको सिद्धान्त** (**Doctrine of Alternative Remedy**):

प्रत्येक अधिकारको व्यवस्था गर्दा त्यो अधिकार हनन् भएमा त्यसका लागि उपचारको पनि व्यवस्था गरिएको हुन्छ । हक हनन् भएको व्यक्तिले त्यही माध्यमबाट हक स्थापना गराउनु पर्छ, यस अवस्थामा रिटले उपचार दिँदैन भन्ने वैकल्पिक उपचारको सिद्धान्त हो ।

नेपालको सन्दर्भमा उपलब्ध वैकल्पिक उपचार प्रभावकारी छैन भन्ने कुरा निवेदकले देखाउन सकेमा रिटबाट उपचार पाउन सक्ने संवैधानिक व्यवस्था र मान्यता स्वीकार गरिएको छ ।

---

[१७] यी सिद्धान्तहरू रिटका विषयमा लागू हुने सामान्य सिद्धान्त हुन् । तर, बन्दीप्रत्यक्षीकरण तथा अधिकारपृच्छाको रिटको प्रकृति केही भिन्न रहने हुँदा ती रिटका सम्बन्धमा केही फरक सिद्धान्तहरू समेत विकसित भएका छन् ।

(ङ) **प्राकृतिक न्यायको सिद्धान्त** (**Principle of Natural Justice**):

निर्णयकर्ताले निर्णय गर्दा स्वच्छ निर्णयका न्यूनतम सिद्धान्तलाई पालना गरेको हुनुपर्छ। यी सिद्धान्तको पालना नगरिएका अवस्थामा निर्णय उचित नै भएपनि न्याय गरेको मान्न सकिने हुँदैन भन्ने मान्यता रहेको छ। यस सिद्धान्त अन्तरगत रहने निम्न सिद्धान्त छन्:

अ) **पूर्वाग्रह विरुद्धको सिद्धान्त** (**Rule against bias**): कुनै निर्णय गर्दा निर्णयकर्ता कुनै पनि कारणले पूर्वाग्रहमा परेको हुनु हुँदैन भन्ने नै पूर्वाग्रह विरुद्धको सिद्धान्त हो। आफ्ना नाताका व्यक्ति संलग्न भएका विवादमा, आफ्नो विभागीय स्वार्थ वा आर्थिक स्वार्थ गाँसिएका विवादमा निर्णय गर्दा निर्णयकर्ता पूर्वाग्रही हुने सम्भावना मानवीय कमजोडीले गर्दा बढी हुन्छ। तसर्थ, यस्ता स्वार्थ जोडिएका विषयका निर्णय प्रक्रियामा संलग्न हुनु हुँदैन भन्ने पूर्वाग्रह विरुद्धको सिद्धान्त हो।

आ) **सुनुवाईको सिद्धान्त** (**Principle of fair hearing**): कुनै व्यक्तिका विरुद्ध निर्णय गर्ने अवस्थामा उसका कुरा नसुनी निर्णय गरिनु हुँदैन भन्ने सुनुवाईको सिद्धान्त हो।

इ) **आधार सहितको निर्णय** (**Reasoned decision**): निर्णय गर्दा आधार कारण दिएर निर्णय हुन पर्दछ र निर्णयबाट असर पर्नेले उक्त निर्णय के आधारमा भएको छ भन्ने स्पष्ट थाहा हुन पर्दछ भन्ने यसको मान्यता हो।

उपरोक्त उल्लेख भएका प्राकृतिक न्यायका सिद्धान्तको विपरित हुन गएका प्रशासनिक निर्णयका विरुद्ध रिट क्षेत्र आकर्षित हुने मान्यता छ।

(च) **परिपक्वताको सिद्धान्त** (**Doctrine of Ripeness**):

यस सिद्धान्तले विवाद न्यायिक निकाय समक्ष आउनका लागि परिपक्व भएको हुनुपर्छ भन्छ। जुन काम वा निर्णयका विरुद्धमा चुनौति दिइँदैछ त्यो काम पूर्ण रूपमा भै सकेको हुनु पर्छ वा निर्णय अन्तिम तहबाट भएको हुनु पर्छ, त्यस काम वा निर्णयले पूर्णता नपाउँदै त्यसलाई चुनौति दिन सकिदैन भन्ने मान्यता यस सिद्धान्तले राख्छ।

(छ) **सुनुवाइका समयमा हक हनन् भएको स्थिति नरहेको अवस्था** (**Mootness of the Case**):

हक प्रचलनका लागि दायर भएको रिटको सुनुवाईका हक हनन् भएको स्थिति नरहेको अवस्थामा यो सिद्धान्त सान्दर्भिक हुन्छ। सुनुवाईका समयमा निम्न कारणले हक हनन् भएको स्थिति कायम नरहेको अवस्था हुन सक्छ:

अ) परिस्थितिमा परिवर्तन भएको कारणले,

आ) निवेदकको अधिकारको पुनर्स्थापना हुन सक्ने अवस्था बाँकी नरहेकोले र

इ) विवाद नै बाँकी नरहेकोले

माथि उल्लेख भएका अवस्थामा निवेदकले माग गरेको आदेश जारी गर्नुको कुनै अर्थ नरहने हुँदा रिट खारेज गरिन्छ।

(ज) **विवादको अनिवार्यता:**

विवाद नभएका अवस्थामा अदालतले निर्णय गर्नु पर्ने हुँदैन । अदालतमा निर्णयका लागि आएको निवेदनमा विवाद वास्तविक हुनु पर्छ, काल्पनिक होइन । यस्तो विवाद निवेदक र उसले प्रत्यर्थी बनाएका व्यक्तिका बीचमा नै हुनु पर्छ । र, निवेदकले माग गरेको आदेश जारी भएका अवस्थामा निजले माग गरेको उपचारको सम्बोधन हुने अवस्था विद्यमान हुनु पर्छ । यी अवस्था नरहेको विवाद भनिएको विवादमा माग अनुसारको आदेश जारी हुन सक्दैन ।

(झ) **न्यायिक निरूपणको मापदण्डको सिद्धान्त** (**Doctrine of Judicially Manageable Standard**):

यस सिद्धान्तले सबै विवादको समाधानको बाटो न्यायिक निरूपण मात्र हो भन्ने कुरालाई अस्वीकार गर्दछ । केही विषय न्यायिक निकायबाट समाधान हुँदैनन् । केही विषय न्यायिक निकायबाट समाधान योग्य हुँदैनन् भन्ने यसको मान्यता हो । राज्यका नीतिगत विषयहरू, स्पष्ट रूपमा कार्यपालिका तथा विधायिका अन्तरगतका विषयहरूमा उठेका विवादको समाधान स्थल न्यायालय हुँदैन भन्ने यस सिद्धान्तको मान्यता हो । तर, कुनै विषय न्यायिक निरूपणको मापदण्ड भित्र पर्छ वा पर्दैन भन्ने निर्क्यौल अदालतले नै गर्छ ।

(ञ) **राजनीतिक विषयवस्तुको सिद्धान्त** (**Doctrine of Political Question**):

यो न्यायिक निरूपणको मापदण्डको सिद्धान्तसंग जोडिएर रहने सिद्धान्त हो । राजनैतिक विवादको समाधान न्यायालयबाट हुँदैन भन्ने मान्यता यस सिद्धान्तले राख्छ । कुनै विवाद राजनैतिक हो वा होइन भन्ने निकाय भने न्यायपालिका नै हो । सर्वोच्च अदालतले राजनैतिक विषयवस्तुको विवादका बारेमा व्याख्या गर्दै त्यसमा संवैधानिक प्रश्न गाँसियो भने त्यसको समाधान दिने निकाय न्यायालय हो भनेको छ ।

(ट) **आवश्यकताको सिद्धान्त** (**Doctrine of Necessity**):

कानुन सामान्य अवस्थाको कल्पना गरेर बनाइएको हुन्छ । असामान्य अवस्था उत्पन्न भएको कारणले त्यस अवस्थालाई कानुनले सम्बोधन गर्न नसक्ने परिस्थिति आएमा आवश्यकताको सिद्धान्त आकर्षित हुन्छ । असंभव कुरा पूरा गर्न कानुनले बाध्य पार्न सक्दैन भन्ने मान्यता यस सिद्धान्तसंग जोडिएको छ । कसैको क्षमताभन्दा बाहिरको परिस्थितिबाट कुनै असमर्थता सृजना हुन्छ भने त्यस्तो असमर्थतालाई आवश्यकताको सिद्धान्तले सहयोग गर्छ । यस सिद्धान्तका आधारमा राज्य तथा सरकारले पनि आफ्ना कामको वैधताको दावी गर्न पाउँछ ।

(ठ) **समर्पणको सिद्धान्त** (**Doctrine of Submission**):

कुनै काम वा निर्णयको कारणबाट प्राप्त हुने फाइदा वा सुबिधाको उपभोग गर्ने व्यक्तिलाई ती काम वा निर्णयका विरुद्धमा उजूरी गर्ने अधिकार हुँदैन भन्ने समर्पणको सिद्धान्त हो । यसैगरी कुनै निकायबाट गरिएका कामका प्रक्रियामा सहभागी भएपछि त्यस कामको परिणाम आफ्ना पक्षमा नआएका अवस्थामा त्यस निकायको वा त्यसको अधिकार क्षेत्रको वैधतामा प्रश्न उठाउन पाइँदैन भन्ने यस सिद्धान्तको मान्यता हो ।

(ङ) **सार्वजनिक सरोकारको सिद्धान्त** (**Doctrine of Public Interest**):

हक हनन् भएको व्यक्ति नै उपचारको लागि अदालतमा आउनु पर्छ भन्ने हकदैयाको कठोर अवधारणालाई खुकुलो रूपमा लिँदै सार्वजनिक सरोकारका विषयमा जो पनि अदालतमा आउन सक्ने मान्यताको विकास सँगै सार्वजनिक सरोकारको सिद्धान्त विकसित भएको हो। नेपालका सन्दर्भमा सार्वजनिक सरोकारको विषयमा निवेदन गर्नका लागि निवेदनको विषयबस्तुसंग निवेदकको सार्थक सम्बन्ध र तात्विक सरोकार रहेको हुनु पर्छ भनी सर्वोच्च अदालतले भनेको छ (हेर्नुहोस: ने. का. प. २०४८, नि. नं.४४३०, अंक १२, पृष्ठ ८१०)। सार्वजनिक सरोकारको विवादमा लागू हुने यससम्बन्धी सिद्धान्तलाई सार्थक सम्बन्ध र तात्विक सरोकारको सिद्धान्त (Doctrine of Meaningful Relation and Substantial Interest) भनिन्छ।

(ढ) **शक्ति वाह्यको सिद्धान्त** (**Doctrine of Ultravires**):

कुनै पदाधिकारी वा निकायले त्यति अधिकार मात्र प्रयोग गर्न सक्छ जति उसलाई कानूनले दिएको हुन्छ। यदि उसले आफूलाई कानूनबाट प्राप्त भएको भन्दा बढी अधिकार प्रयोग गर्छ भने त्यो काम बदर हुन्छ।

कुनै ऐन बनाइँदा संवैधानिक व्यवस्थाको सीमा भन्दा बाहिर गएर बनेको अवस्था, ऐनले दिएको परिधिभन्दा बाहिर गएर नियम बनेको अवस्था तथा नियमले तोकेको परिधिभन्दा बाहिर गई बनेका दिग्दर्शन वा गरिएका आदेशहरू कानुनी मानिदैनन्।

यस्ता काम वा व्यवस्थालाई गैरकानूनी वा असंवैधानिक घोषणा गरिने काम यसै सिद्धान्त अन्तरगत गरिन्छ।

(ण) **क्षेत्राधिकारको प्रश्न**:

रिट वा यस्तै प्रकृतिका आदेश जारी गर्न पाउने निकाय एकभन्दा बढी भएका अवस्थामा कुन निकायको अधिकार क्षेत्र कति हुन्छ भन्ने प्रश्न उठ्छ। सर्वोच्च अदालतका हकमा यस्तो प्रश्न उठ्न सक्ने अवस्था विद्यमान नभए पनि उच्च अदालतका हकमा क्षेत्राधिकारको प्रश्न उठ्न सक्छ।

३. उपसंहार

उत्पत्तिका देशमा Prerogative भनिएका रिटहरू नेपालमा सर्वोच्च अदालतको असाधारण अधिकार क्षेत्रका विषय हुन्। सार्वजनिक निकाय वा तल्ला अदालतका निर्णयका विरुद्ध जारी हुँदै विकास भएका रिट नेपालमा मौलिक हकको प्रचलनसँग जोडिएका छन्। नेपालका संविधानले पहिलेदेखि नै मौलिक हकको प्रचलन गराउनका लागि रिट निवेदन गर्न पाउने विषयलाई मौलिक हककै रूपमा व्यवस्था गर्दै आएका छन्। रिट जारी हुनु पर्ने विषय भने नेपालमा पनि मौलिक हकको विषय भने मानिएको छैन।

नेपालमा तल्ला अदालतका फैसला सच्चाउन भन्दा पनि सार्वजनिक अधिकारीका प्रशासकीय निर्णय एवं अर्धन्यायिक निकायका निर्णय सच्चाउन रिटको प्रयोग भएको पाइन्छ ।

माथि उल्लेख गरिएका रिट क्षेत्रसँग सम्बन्धित सिद्धान्त मध्ये केही सिद्धान्त समन्यायका सिद्धान्त हुन् भने केही अदालतबाट विकास गरिएका सिद्धान्त हुन् । रिट क्षेत्रको अधिकार अदालतको स्वविवेकमा निहित रहने मान्यता छ । निवेदकले माग गरे बमोजिमको आदेश जारी गर्ने वा नगर्ने भन्ने विषय अदालतको छनौटको वा अधिकारको विषय हो । हनन् भएको अधिकार प्रचलन गराइ माग्न अदालतमा जान पाउने हक पनि मौलिक हकका रूपमा राखिएको नेपालको सन्दर्भमा पनि रिट निवेदनमा माग भए बमोजिमको आदेश जारी हुनै पर्ने दावी गर्ने अधिकार निवेदकले राख्दैन । उल्लिखित सिद्धान्त मध्ये समन्यायका सिद्धान्त बाहेक अन्य सिद्धान्त अदालतबाट यस विषयलाई व्यवस्थित गर्नका लागि तथा अदालती आत्मसंयमका लागि विकास गरिएका हुन् । तसर्थ, यिनीहरूलाई त्यस रूपमा बुझ्नु पर्ने हुन्छ ।

नेपालमा संवैधानिक विकासक्रम

✍ नृपध्वज निरौला[♦]

१. पृष्ठभुमि

संविधानको निर्माण वा खारेजी जनतामा अन्तरनिहित सार्वभौम अधिकार हो । संविधान निर्माण गर्ने जनताको सार्वभौम अधिकार (Constituent Power) अन्तर्गत संविधान बन्ने भएकोले प्रजातान्त्रिक देशको प्रजातान्त्रिक संविधान जनताको नामबाट जारी गरिएका हुन्छन् । संविधानको अनुकूल हुने गरी अन्य ऐन कानुन बनाइन्छन्, बनाउनु पर्दछ । ऐन कानुनको निर्माण गर्ने अख्तियार पाएको बिधायिकी निकायले संविधानको निर्माण गर्न सक्तैन, केवल संशोधनसम्म गर्ने अख्तियार राख्दछ । संविधान निर्माताले संविधानको संशोधन गर्ने अवसर प्राप्त गर्दैन । संविधानको उपजकोरुपमा रहेको बिधायिकाले संविधान संशोधनको अधिकार राख्ने भएपनि संविधानको संशोधन र ऐन कानुनको निर्माण वा संशोधनमा केही आधारभूत र प्रक्रियागत भिन्नता हुन्छन् । संविधानको संशोधन संविधान निर्माताले राखेको आशय र संविधानको आधारभूत मूल्य, मान्यता र भावना अनुसार हुन आवश्यक ठानिन्छ । संविधान जनताको सार्वभौम अधिकार अन्तर्गत बन्ने हुदा संविधानले सिर्जना भएको निकाय संसदलाई संविधान संशोधनको अनियन्त्रित अधिकार रहंदैन भन्ने बिधिशास्त्रको विकास पनि भएको छ ।[१८] संविधानको ब्यवस्थाको अनुकूल हुने गरी ऐन कानुनको निर्माण वा संशोधन हुनु बान्छनीय हुन्छ । जननिर्वाचित संस्थाको रुपमा रहेको ब्यवस्थापिकाले बिधायिकी कार्य अन्तर्गत संविधानमा रहेको राज्यको निर्देशक सिद्धान्तहरु तथा राज्यको दायित्व पूरा गर्ने क्रममा संविधानका अन्य प्रावधानको प्रतिकूल नहुने गरी वा अनुकूल हुने गरी ऐन कानुनको निर्माण वा संशोधन गर्दछ । राष्ट्रको मूल कानुनकोरुपमा रहेको संविधानले शासन पद्दतिको निर्धारण गर्दछ, ब्यक्ति/नागरिकका आधारभूत हक अधिकारको प्रत्याभूति गर्दछ, राज्य सन्चालनको खाका कोरिदिएको हुन्छ । संविधानलाई राष्ट्रको एक दीर्घकालिन दस्तावेजको रुपमा लिइने गरिन्छ । संविधान पटक पटक निर्माण गरिरहने बिषय होइन, समयानुकूल न्यूनतम संशोधन, न्यायिक ब्याख्या आदिद्वारा परिस्कृत हुंदै जान्छ ।

सामान्यतया संवैधानिक विकासक्रम तीनवटा तरिकाले अगाडि बढ्ने गर्दछ । पहिलो- नयाँ संविधानको निर्माण गरेर, दोस्रो- संविधानको संशोधन गरेर र तेस्रो- संवैधानिक वा न्यायिक ब्याख्याद्वारा । यी तीनवटा तरिकामध्ये एक भन्दा बढी तरिकाको प्रयोग एकै बखतमा हुन नसक्ने होइन । खासगरी बिकसित मुलुकहरुले पहिलो बिकल्पलाई भन्दा दोस्रो र तेस्रो बिकल्पलाई बढी अनुशरण गर्दछन् भने पहिलो बिकल्पलाई संक्रमणकालबाट गुज्रिदैं रहेका प्रायः अल्पबिकसित मुलुकहरुले अपनाउने गरेको पाइन्छ । जुन देशको न्यायपालिकाले न्यायिक पुनरावलोकनको अधिकार प्रयोग गरी संविधानको

♦ संवैधानिक कानूनमा स्नातकोत्तर लेखक न्यायपरिषद/न्याय सेवा आयोगको सचिव पदमा कार्यरत हुनुहुन्छ ।

[१८] नेपाल अधिराज्यको संविधान २०४७ को धारा ११६ को प्रावधान, भारतमा केशवानन्द भारतीको मुद्दा (१९७३), मिनर्भा मिल्सको मुद्दा(१९८०), एस पी गुप्ता बि.राष्ट्रपति भएको न्यायाधीश सरुवासम्बन्धी मुद्दा(१९८२) लगायतमा भएको आदेश ।

ब्याख्याता र नागरिकका मौलिक हकको रक्षकको रुपमा काम गरिरहेको हुन्छ, यसक्रमसँगै संवैधानिक विकासक्रमलाई पनि ब्याख्याको माध्यमबाट अगाडि बढाइरहेको हुन्छ । उदाहरणकोरुपमा बेलायत, अमेरिका, नेपाललगायत देशको संवैधानिक विकासक्रमलाई प्रस्तुत गर्न सकिन्छ । बेलायतमा लिखित संविधान छैन । त्यहाँ संवैधानिक पद्दतिको विकासलाई महत्वपूर्ण मानिन्छ । संवैधानिक लिखत, परम्परा आदिद्वारा बिकसित बेलायतको अलिखित संविधानलाई न्यायिक ब्याख्याद्वारा मुर्तरुप दिईएको छ । सवा दुई सय बर्ष भन्दा अघि लिखितरुपमा लागू भएको अमेरिकी संविधानलाई समसामयिक ब्याख्याबाट बढी गतिशिल बनाइएको छ । न्युनतम संशोधनहरु र आधुनिकतम् ब्याख्याको साथ अमेरिकाले आफ्नो देशको संविधानलाई परिमार्जित बनाउदै लगेको छ । त्यहाँको संविधानले न्यायिक पुनरावलोकनको अधिकार सर्वोच्च अदालतलाई हुने स्पष्ट शब्दमा बन्दोवस्त नगरेकोमा संविधान मूल कानुन भएको र न्यायिक अधिकार सर्वोच्च अदालतमा रहेको भन्ने संवैधानिक प्रावधानको आधारमा मारबुरीको मुद्दा (सन् १८०३) मा कांग्रेस निर्मित ऐनलाई न्यायिक पुनरावलोकन गरी अमान्य र बदर घोषित गर्ने अधिकार सर्वोच्च अदालतलाई हुने ब्याख्या गरी न्यायिक पुनरावलोकनको अधिकारलाई स्थापीत गरी संवैधानिक विकास गरेको आज सम्म पनि कायमै छ । द्वितीय बिश्वयुद्धद्वारा ध्वस्त र जर्जर जापानको लागी बिजेता अमेरिकी जनरल मैकार्थरले थोपरेको संविधान प्रारम्भिक दिनहरुमा अनास्था र बिवादमा परेतापनि सोही संविधानको लामो अभ्यासद्वारा बिकसित संवैधानिक पद्दतिले स्थापित गरेको समन्वय र सन्तुलनलाई परित्याग गर्ने जोखिम अब त्यस राष्ट्रले लिन चाहेको छैन । जापानीहरु अब संविधान कसले दियो, कसरी आयो भन्ने इतिहासलाई नकोट्याएर त्यस अन्तर्गतको संवैधानिक विकासमा सहायक भएका छन् । भारतले औपनिबेशकालमा नै पूर्णतः परिपक्वता प्राप्त गरिसकेकोले राजनीतिक अस्थिरताको चरम अवस्थामा पनि संविधान र संवैधानिक पद्दति ध्वस्त हुन पाएन । सन् १९६७ को गोलकनाथको मुद्दाबाट न्यायिक सक्रियताको सिद्धान्तमा आधारित भई संविधानको आधारभूत संरचनाको रचना गरियो । इन्दिरा गान्धीको निरंकुश शैलीबाट संविधान संशोधन प्रक्रियामा केही बिकृति आएपनि त्यसप्रतिको सुधारको दबावले संविधानलाई पुनः बिवादमुक्त बनाउदै लगेको छ । यी देशका दृष्टान्त हेर्दा पटक पटकको संविधान निर्माणभन्दा संवैधानिक पद्दतिको विकास महत्वपूर्ण कुरा रहेछ भन्ने देखिन्छ । संविधानमा रहेका व्यबस्थाहरुको कमिक प्रयोग, संविधानको आधारभूत मूल्य मान्यता नखल्बलिने गरी गरिने संशोधन र न्यायिक ब्याख्याद्वारा हटाउदै लगी संविधानलाई पूर्णता दिन सकिने रहेछ । तर त्यो धैर्य नभएको राष्ट्र नयाँ संविधानको निर्माण अनेक समस्या समाधानको खोजीस्वरुप गर्न उद्धत हुन्छ । बि.सं. २००४ सालदेखिको नेपालको संवैधानिक विकासक्रमको यात्रा संविधानको समयानुकूल संशोधन वा न्यायिक ब्याख्याद्वारा संवैधानिक विकासक्रम अगाडि बढाउने भन्दा नयाँ संविधान जारी गरी अनेक समस्याको समाधान नयाँ संविधानबाट पाउन सकिने मृगतृष्णातर्फ लक्षित रहेको पाइन्छ ।

२. नेपालमा सवैधानिक विकासक्रम

नेपालमा हाल सम्म सातवटा संविधानहरु जारी भइसकेका छन् । नेपालको अन्तरिम संविधान २०६३ अन्तरिम संविधान भई यसले नै अर्को संविधानको परिकल्पना गरेकोले सोही बमोजिम संविधान सभामार्फत २०७२ सालमा सातौं संविधान अर्थात नेपालको संविधान नेपाली जनताले प्राप्त गरिसकेको अवस्था छ । आफू संलग्न नभएको कार्य जतिसुकै राम्रो भएपनि अपनत्व ग्रहण गर्न नरुचाउने संस्कृति र प्रबृत्तिका कारणले पनि यति छोटो अवधिमा यति धेरै संविधानहरु जारी भए । वर्तमान संविधान हाल

कार्यान्वयनको क्रममा छ । नेपालमा हालसम्मको संवैधानिक विकासबारे देहाय बमोजिम संविधानका प्रावधानहरुसहित संक्षिप्तमा उल्लेख गरिनेछ ।

२.१ नेपाल सरकार बैधानिक कानुन २००४

देशको शासन सन्चालन गर्ने अधिकार राजाबाट पन्जापत्र मार्फत प्रत्यायोजन भई प्राप्त गरेका राणा प्रधानमन्त्रीबाट नेपालको पहिलो संविधानकोरुपमा नेपाल सरकार बैधानिक कानुन २००४ जारी भएको थियो । संविधान निर्माण र जारी गर्ने जनताको अधिकार पुनः प्रत्यायोजन हुन नसक्ने बिधिशास्त्रीय मान्यता बिपरीत प्रत्यायोजित अधिकार मार्फत जारी भएको उक्त संविधानको बैधानिकताको बारेमा प्रश्नहरु नउठेका होईनन् । उक्त संविधानमा संविधानबादका आधारभूत शर्तहरुको बिद्यमानता थिएनन् । मौलिक हकको ब्यवस्था भएपनि त्यसमा प्रशस्त बन्देज राखिएको थियो । कार्यकारिणी, ब्यवस्थापिका र न्यायपालिकाकोरुपमा शक्ति बिभाजनलाई उद्घोषणा गरियो उक्त संविधानमा । तर शासकहरुको संविधानको विकासप्रतिको भयको कारणले प्रयोग र परीक्षण बेगर नै अन्त्य भयो । जे होस्, नेपाल सरकार बैधानिक कानुन २००४ नेपालको संवैधानिक इतिहांसमा पहिलो लिखित संविधानको रुपमा रहेको छ । "संविधान" नभनी ***नेपाल सरकार बैधानिक कानुन*** नामाकरण गरी २००५ बैशाख ५ गते देखि लागू हुने घोषणा गरिएपनि पूर्णरुपमा लागू हुन नसकेको नेपाल सरकार बैधानिक कानुन २००४ मा संविधानमा हुनुपर्ने देहायका केही बिशेषताहरु रहेको पाउन सकिन्छः-

(१) **मौलिक हकः** यो कानुनको भाग-१ मा रहेको **भूमिका** शीर्षक अन्तरगत धारा ४ मा ब्यक्तिगत स्वतन्त्रता, वाक तथा प्रकाशन स्वतन्त्रता, सभा वा संघ स्वतन्त्रता, धार्मिक स्वतन्त्रता, ऐन कानुनी पूर्ण समानता, छिटो र सुलभसाथ पाइने इन्साफ, मुलुकभर अनिवार्य निःशुल्क प्रारम्भिक शिक्षा, उमेर पुगेका सबैले भोट गर्न पाउने समान हक, ब्यक्तिगत सम्पत्ति संरक्षणका हकहरु दिने काम भएको छ भन्ने उल्लेख थियो । तर ती हकको प्रयोग लोकनीति र सदाचारका सिद्धान्तको बर्खिलाप नगरी र प्रचलित तथा बन्ने ऐन र नियमहरुको बिरोध नगरी गर्नु पर्ने भन्ने उल्लेखनले मौलिक हकको उपयोगमा ऐन नियमले बन्देज प्रशस्त बन्देज लगाउन सक्ने अवस्था थियो ।

(२) **नागरिकको कर्तब्यः** शारीरिक, मानसिक र आर्थिक क्षमता अनुसार मुलुकको सुरक्षा र कल्याणका निमित्त शारीरिक र मानसिक परिश्रम गर्न तत्पर रहने, सरकारलाई दिनुपर्ने कर रकम दिने, लोकहित हुने काममा सहायता दिने, श्री ५ महाराजाधिराज र श्री ३ महाराजाहरुमा सच्चा राजभक्तिका साथ नेपाल राज्य र नेपाल राज्यका बिधान पद्दतिमा इमान्दारीसाथ सद्भाव राख्ने काम प्रत्येक नागरिकको कर्तब्य सबैले गर्नुपर्ने भन्ने उल्लेख थियो ।

(३) **कार्यकारिणी सभाः** यो कानुनमा नेपालको शासन अधिकार श्री ३ मा रहने, शासन सञ्चालन सम्बन्धी सबै काम श्री ३ तथा अधिनस्थ कर्मचारीबाट हुने व्यवस्था थियो । शासन सञ्चालनमा मद्दत र सरसल्लाह दिन विधायिकाका सदस्यबाट मन्त्रिमण्डलको गठन हुने व्यवस्था थियो ।

(४) **व्यवस्थापक सभाः** श्री ३, राष्ट्रसभा र भारदारी सभाबाट व्यवस्थापक सभा बन्ने व्यवस्था गरिएको थियो । व्यवस्थापक सभालाई प्रजाको हित र शासन व्यवस्थाबारे कानूनको मस्यौदा, प्रश्न र प्रस्ताव पेश गर्ने अधिकार थियो । दुवै सभाबाट पारित मस्यौदा श्री ३ को खड्ग निशाना लागेपछि ऐन बन्दथ्यो । राष्ट्रसभामा ३२ जिल्लाका प्रधान पञ्च, उपत्यकाका ३, र बीरगञ्ज नगरपञ्चायतका

प्रधानपञ्च र मनोनित गरी ६० देखि ७० सदस्य रहने र भारदारी सभामा विभिन्न संस्था, पेशा, रोजगार र बिशेष योग्यताबाट मुलुकको गौरब बढाएकामध्येबाट श्री ३ ले नियुक्ति गरेका २० देखि ३० जना सदस्यहरु रहने व्यवस्था थियो ।

(५) **न्याय प्रबन्ध** : न्याय सम्बन्धी अधिकार श्री ३ मा रहने व्यवस्था थियो । इन्साफ शीघ्र र सुलभ हिसाबसंग दिइने प्रबन्ध हुने, साधारण अदालतहरुबाट मुलुकको जनतामा शान्ति कायम राख्ने कारवाही हुन नसकेको अवस्थामा श्री ३ महाराजबाट बिशेष अदालतहरु खडा हुन सक्ने ब्यवस्था थियो । उक्त कानून अनुसार नेपालमा एक प्रधान न्यायालय रहने, प्रधान न्यायालयमा एक प्रधान न्यायाधीश र अरु १२ न्यायाधीशमा नबढाई श्री ३ महाराजबाट आबश्यकतानुसार समय समयमा भर्ना गर्ने । यसरी नियुक्त स्थायी न्यायाधीश ६५ वर्ष उमेर सम्म बहाल रहने, न्यायाधिकारी समितिको सिफारिशमा न्यायाधीशलाई हटाउन सक्ने व्यवस्था थियो । मौलिक हकको संरक्षणमा न्यायपालिकालाई कुनै अधिकार प्रदान गरिएको थिएन ।

(६) **बिविधः** यो कानूनले केही संवैधानिक निकायहरुको पनि व्यवस्था गरेको थियो (प्रधान जाँचकी, दरखास्त परिषद आदि) । प्रधान जाँचकीले मुलुकको आम्दानी खर्चको हिसाब जाँची प्रतिवेदन दिने प्रावधान थियो भने मुलुकभर सबै ठाउँमा योग्य कर्मचारीहरु भर्ना गर्ने प्रयोजनको लागि दरखास्त परिषद् खडा गर्ने उल्लेख थियो । कानुनको दफा ६६ मा श्री ३ महाराजबाट बाधा अड्काउ फुकाउने आदेश जारी गर्न सक्ने उल्लेख थियो । यो कानूनमा राज्य प्रमुखको भूमिका बारे कुनै उल्लेख गरिएको थिएन, न त नेपालको सार्वभौमसत्ता कसमा निहित छ भन्ने कुरा नै उल्लेख थियो । प्रस्तुत कानुनपछि २००६।६।२ मा ब्यक्तिगत स्वतन्त्रताको ऐन जारी गरिएको थियो । श्री ३ मोहन शम्सेरले २००७।९।२४ मा जारी गरेको घोषणामा प्रस्तुत २००४ सालको कानुनका क्रियाशील नभएका प्रावधानहरुलाई क्रियाशील गराउने कुरासमेत उल्लेख थियो ।

२.२.नेपालको अन्तरिम शासन विधान, २००७

जनता स्वयंले बैधानिक सभा मार्फत संविधान निर्माण गर्न राजा र आन्दोलनकारी शक्ति नेपाली कांग्रेसको राजनैतिक शक्ति सम्झौताको परिणामस्वरुप राजा त्रिभुवनबाट २००७ साल चैत्र २९ बाट लागू हुने गरी नेपालको अन्तरिम शासन बिधान २००७ जारी भएको थियो । प्रस्तुत बिधानमा २००९।१।२६, ००९।२।२४, २०१०।१०।७, २०१२।१०।१५, २०१५।२।२ र २०१६।३।१४ मा गरी सातपटक संशोधन भयो । पहिलो संशोधन नभनी दोस्रो संशोधन भनेर दुईपटक, चौथो संशोधन दुईपटक भन्ने उल्लेख भई सात पटक भनेपनि छैठौं संशोधन भनेर उल्लेख गरियो ।[१९]

२००७ सालको अन्तरिम बिधानको श्रोत राजालाई नै मानिएको थियो । उक्त संविधानले राणा प्रधानमन्त्रीहरुको अधिकारहरु सदाको लागी अन्त्य गऱ्यो । राजाले मन्त्रिपरिषदको सल्लाह र सहमतिमा कार्यकारी अधिकार प्रयोग गर्ने ब्यवस्था पहिलो पटक गऱ्यो, जो संबैधानिक राजतन्त्रको आधार थियो । बिधानको भाग-२ को राज्य नीतिका निर्देशक सिद्धान्तहरुमा राज्यले नागरिकलाई उपलब्ध गराउने

[१९] नेपालको संवैधानिक इतिहास र संवैधानिक अभिलेखहरु, टोपबहादुर सिंह, २०६६, पैरवी प्रकाशन, काठमाण्डौ, पृ.१५३ ।

अधिकारहरुको उल्लेखन गरेको थियो । बिधानमा छुट्टै मौलिक हकको प्रावधान थिएन । न्यायपालिकालाई राज्यका अन्य निकायहरु भन्दा पृथक र स्वतन्त्र राख्ने प्रयास गरिएको थियो । राजा त्रिभुवनबाट जनताद्वारा निर्वाचित हुने प्रतिनिधिहरुको संविधान सभाबाट बनाइने संविधानबाट शासित हुने घोषणा पनि भएको हो । तर उक्त उद्देश्य पूरा भएन । विधान सभामार्फत नयां संविधान निर्माणको प्रयोजनार्थ केवल दुई बर्षको लागी मात्रै जारी भएको उक्त संविधान आफ्नो उद्देश्यमा सफल नभएपनि करिब आठ बर्ष जति बहाल रह्यो । निरंकुश राणा शासनको अन्त्य र प्रजातन्त्रको बहालीको पृष्ठभूमिमा सत्ता हस्तान्तरणको राजनीतिक घोषणापत्रको रुपमा संक्रमणकालीन व्यवस्थापनको सन्दर्भमा छोटो अवधिको लागि जारी भएको यो विधानका प्रमुख विशेषताहरु देहाय बमोजिम रहेको पाउन सकिन्छ :-

(१) नेपालको संवैधानिक इतिहासमा पहिलो पटक राजाबाट जारी भएको संविधान थियो यो विधान ।

(२) यो विधानले राणा प्रधानमन्त्रीमा रहेको सार्वभौमसत्ता शाह राजामा हस्तान्तरण गरी श्री ५ लाई सम्प्रभू घोषणा गरेको थियो ।

(३) राज्यनीतिका निर्देशक सिद्धान्तको घोषणा गरेको यो विधानले ती सिद्धान्तहरु शासनका मूल सिद्धान्तको रुपमा राखेको थियो ।

(४) राज्य नीतिका निर्देशक सिद्धान्तभित्र मौलिक हक प्रकृतिको व्यवस्था गरिएको थियो ।[२०] राज्यले सार्वजनिक हित वा शान्ति कायम राख्न वा राज्यको सुरक्षा निमित्त आवश्यक शर्तमा नागरिकहरुलाई- वाक र प्रकासन स्वतन्त्रता, शान्तिपूर्वक र बिना हतियारको सम्मेलन सभा गर्ने स्वतन्त्रता, संस्था वा संघ खडा गर्ने, नेपाल राज्यभर विना रोकतोक घुमफिर गर्ने, नेपाल राज्यभर जुनसुकै भागमा पनि निवास गर्ने र घरजम गर्ने,सम्पत्ति आर्जन गर्ने, भोग र बेचबिखन गर्ने, कुनै पेशा रोजगार, उद्योग वा व्यापार गर्ने अधिकार दिलाउनेछ भन्ने उल्लेख थियो । त्यस्तैगरी नेपाल राज्यभित्र ऐनको अगाडि सबैको समानता अथवा ऐनबाट हुने समान रक्षाबाट कसैलाई इन्कार नगरिने, राज्यले धर्म, जात जाति,लिङ्ग, जन्मस्थान वा यस्ता कुनै बिषयको आधारमा कुनै नागरिकलाई भेदभाव नगर्ने, सरकारी पदमा नियुक्तिको समान अवसर पाउने,अनुन्नत बर्गको लागि राज्यले आरक्षणको प्रबन्ध गर्ने ब्यवस्था थियो । मानिसको बेचबिखन, बेठबेगर र जबरजस्ती काममा नलागईने, एकै अपराधमा एक भन्दा बढी मुद्दा नचलाइने र सजाय नगरिने जस्ता हकहरु उल्लेख थिए । तर संवैधानिक उपचारको हकको ब्यवस्था थिएन ।

(५) कार्यकारिणी अधिकार श्री ५ र मौसुफको मन्त्रिमण्डलमा रहने व्यवस्था गरिएको थियो । मन्त्रिमण्डलको सल्लाह र सहयोगमा राजाले कार्यकारिणी अधिकारको प्रयोग गर्ने व्यवस्था थियो । मन्त्रिमण्डलको गठन र बर्खास्तको अधिकार राजामा निहित थियो ।

(६) विधायिकाबारे संविधानमा स्पष्टतः उल्लेख नहुँदा राजा र मन्त्रिमण्डलले नै प्रयोग गर्दथे । बिधानको परिच्छेद-२ मा "ब्यवस्थापिका अधिकार" भन्ने उल्लेख गरी श्री ५ बाट मन्त्रिमण्डलको

---

[२०] मौलिक हकलाई निर्देशक सिद्धान्तको हैसियतमा राख्नुको परिणाम मौलिक हकको आदर्श परिणामलाई समाप्त पार्नु सरह हो ।

सल्लाहअनुसार तत्कालै केही गर्नुपर्ने परिस्थिति परिआयो भन्ने सम्झीबक्से आवश्यक अर्डिनेन्स (अध्यादेश) जारी गर्न सक्ने उल्लेख थियो । संकटकालिन अधिकारको व्यवस्था संविधानमा थिएन ।

(७) न्यायपालिका सम्बन्धमा यो विधानले महत्वपूर्ण व्यवस्था गरेको थियो । प्रधान न्यायालय सर्वोच्च न्यायालय हुने, यसमा प्रधान न्यायाधीश र श्री ५ ले मन्त्रिमण्डलको सल्लाह बमोजिम तोकिबक्से जति सदस्य हुने, सबै न्यायाधीश ६५ वर्षको उमेर सम्म बहाल रहने व्यवस्था थियो । प्रधान न्यायालयको न्यायाधीश वा प्रधान न्यायाधीश हुनलाई नेपालको नागरिक भई कमसे कम दश बर्षसम्म नेपालमा इन्साफ गर्ने पदमा बहाल भएको वा कमसे कम दश बर्षसम्म प्रधान न्यायालयमा वकिल भएको हुनुपर्ने प्रावधान थियो । तर २००८ आषाढमा भएको संशोधनले प्रधान न्यायालयका न्यायाधीश वा प्रधान न्यायाधीशहरुको पदमा नियुक्त गर्ने लायक नेपालको नागरिक नपाइएको अवस्थामा गैरनागरिक पनि नियुक्त हुनेछन् भन्ने प्रावधान थप गरियो । यसैका आधारमा दार्जिलिङबासी हरिप्रसाद प्रधानलाई प्रधान न्यायाधीशमा नियुक्त गरियो । प्रधान न्यायालयलाई रिट जारी गर्ने र अपहेलनामा सजाय गर्न सक्ने अधिकार थियो । यस अन्तर्गत संविधान र कानुनको व्याख्या गर्ने क्रममा *बेदकृष्ण श्रेष्ठ विरुद्ध सेक्रेटरी, उद्योग विभागसमेत* भएको रिट[२१] मा राजाबाट केही अन्याय हुंदैन (King can do no wrong) भन्ने कानुनी सिद्धान्त हुनाले मौसुफको नाउमा कुनै रिट दिने अधिकार नभएको हो, तर मौसुफलाई सल्लाह दिनेहरु ऐनको बन्देजमा नै बस्नु परी उहाहरुबाट दिइएको सल्लाहबाट मौसुफको कुनै हुकुमले कुनै नागरिकलाइ मर्का पर्ने, नोक्सान हुन गएमा परामर्शदाताउपर मात्र ऐनले दिएसम्म अदालतमा कानुनी कारवाही गर्न प्रचलित ऐन र अन्तरिम बिधानले नेपालको नागरिकलाई हक दिएको छ भन्ने सिद्धान्त प्रतिपादन गरी राजा पनि संविधान र कानुन अन्तर्गत रहन्छन् भन्ने सन्देश दिएको छ ।

(८) विधानमा स्वतन्त्र संवैधानिक अंगहरु- लोकसेवा आयोग, महालेखा परीक्षक, निर्वाचन आयोग जस्ता निकायहरुको व्यवस्था गरिएको थियो । महालेखापरीक्षक, प्रधान निर्वाचन अफिसर र अरु निर्वाचन अफिसर, पब्लिक सर्भिस कमिशनका सभापति र सदस्यहरु मन्त्रिमण्डलको सल्लाह अनुसार श्री ५ बाट नियुक्त हुने प्रावधान थियो ।

२.३ नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०१५

बिक्रम सम्वत् २०१४ साल माघ १० गते श्री ५ महेन्द्रले नयाँ संविधानको स्रोत संविधान सभा नभई श्री ५ हुने घोषणा गरी भगवतीप्रसाद सिंहको अध्यक्षतामा संविधान मस्यौदा समिति गठन गरी समितिले गरेको मस्यौदालाई अन्तिम रुप दिएर श्री ५ बाट संविधान घोषणा गरिएको थियो । २०१५ साल फाल्गुण १ गते लागू भएको यो संविधानका प्रमुख विशेषताहरु देहाय बमोजिम रहेको पाइन्छः-

(१) संविधान मूल कानूनको रुपमा नेपालको संवैधानिक इतिहासमा पहिलोपटक घोषित,

(२) नेपाल अधिराज्यको सार्वभौमसत्ता श्री ५ मा निहित ।

---

[२१] ने.का.प. २०१६ पृ.१७१

(३) **मौलिक हक**–वैयक्तिक स्वतन्त्रताको हक, शोषण विरुद्धको हक, कानूनले तोकेका भन्दा बढी सजाय नगरिने, एकै अपराधमा एक पटक भन्दा बढी कारवाही र सजाय नगरिने, आफ्नो विरुद्ध साक्षी हुन कर नलाग्ने, निवारक नजरबन्द विरुद्धको हक, समानता र कानूनको समान संरक्षणको हक, सम्पत्तिको हक, धर्म सम्बन्धी हक, वाक र प्रकाशन स्वतन्त्रता, विना हतियार भेला हुने र संघ संस्था खोल्ने स्वतन्त्रता, संवैधानिक उपचारको हक लगायतका मौलिक हकको व्यवस्था गरिएको थियो । तर मौलिक हकलाई व्यवस्थापिकाले निश्क्रिय गरिदिन सक्तथ्यो । कुनै ऐनको प्रस्तावनामा **सार्वजनिक हितको निमित्त** भन्ने उल्लेख गरेर कानुनी व्यवस्था गरे संविधान प्रदत्त मौलिक हकलाई त्यस्तो कानुनले निश्क्रिय तुल्याईदिन सक्ने परिकल्पना संविधानले नै गरेको थियो ।

(४) श्री ५, महासभा र प्रतिनिधि सभा सहितको दुई सदनात्मक एक संसद रहने व्यवस्था थियो । महासभामा १८ जना प्रतिनिधि सभाबाट निर्वाचित र १८ जना राजाबाट मनोनित गरी ३६ जना सदस्य हुने व्यवस्था थियो । प्रतिनिधि सभामा गुप्त बालिग मताधिकारका आधारमा निर्वाचन क्षेत्रबाट १०९ जना सदस्य प्रत्यक्ष निर्वाचनबाट निर्वाचित हुने व्यवस्था थियो । संसदले स्वीकृतिको लागि पेश गरेको बिधेयक श्री ५ बाट स्वीकृत, अस्वीकृत वा अरु बिचार बिमर्श गर्नको लागि बिधेयक उत्पति भएको सदनमा फिर्ता पठाउन सक्ने प्रावधान थियो । संविधानको उपबन्धको प्रतिकूल नहुने गरी संसदको दुबै सदनको अबिधेशन नभएको बेला तत्काल केही गर्न आवश्यक छ भन्ने कुरामा श्री ५ सन्तुष्ट भएमा आवश्यक सम्झिबक्सेको अध्यादेश जारी गर्न सक्ने प्रावधान थियो ।

(५) कार्यकारिणी अधिकार श्री ५ मा निहित रहेको उल्लेख गर्ने यो संविधानले प्रधानमन्त्रीसहितको चौधजनामा नबढाई एक मन्त्रिमण्डल रहने उल्लेख गरेको थियो । प्रधानमन्त्री प्रतिनिधि सभाका सदस्यहरुमध्येबाट श्री ५ बाट नियुक्त गर्ने, अन्य मन्त्रीहरु प्रधानमन्त्रीको सिफारिसमा नियुक्त हुने, मन्त्रिमण्डल सामुहिकरुपले प्रतिनिधि सभाप्रति उत्तरदायी हुने व्यवस्था थियो । कार्यपालिकाको गठन निर्वाचित प्रतिनिधि सभाबाट हुने व्यवस्था थियो । प्रतिनिधि सभामा बहुमत प्राप्त दलको नेता प्रधानमन्त्री राजाबाट नियुक्त हुने र निजको नेतृत्वमा मन्त्रिमण्डल गठन हुने व्यवस्था गरिएको थियो । आफूले दिएको लिखित राजीनामा श्री ५ बाट स्वीकृत भएमा वा लगातार ४ महिनाको अवधिसम्म प्रतिनिधि सभा वा संसदको कुनै सदनको सदस्य हुन नसकेमा वा प्रतिनिधि सभाका तत्कालिन सबै सदस्य संख्याको बहुमतले अबिश्वासको प्रस्ताव पास गरेमा वा राष्ट्रिय परिषद्को परामर्श पछि सरकार प्रतिनिधि सभाको बिश्वासरहित भएको छ वा संविधान प्रतिकूल काम सरकारबाट भइरहेको छ भन्ने कुरामा श्री ५ सन्तुष्ट भएमा प्रधानमन्त्रीलाई पद तथा कार्यभारबाट मुक्त गरिने व्यवस्था रहेको थियो ।

(६) संविधानको प्रस्तावनामा संवैधानिक राजतन्त्रको स्थापना गर्ने घोषणा गरे पनि राजाको सक्रिय भूमिकाको संरक्षण गर्ने प्रावधानहरु संविधानमा प्रशस्त थिए । निर्वाचित प्रतिनिधि सभाको नेतालाई प्रधानमन्त्री र निजको नेतृत्वमा गठन हुने मन्त्रिमण्डललाई वर्खास्त गर्न सक्ने, आफ्नो स्वबिवेकमा श्री ५ मा संकटकाल घोषणा गर्न सक्ने अधिकार थियो । संकटकालमा संसद वा कार्यपालिकी सम्पूर्ण अधिकार राजा आफूले लिनसक्ने प्रावधान संविधानमा रहेको थियो । संविधानको धारा ५५ को संकटकालिन अधिकार र धारा ५६ को संवैधानिक यन्त्र बिफल भएमा राजाले संकटकालिन

अधिकारको प्रयोग गरी आफ्नो स्वबिवेकमा आवश्यक ठहरिएका अस्थायी व्यवस्था सक्ने प्रावधानले राजालाई शक्तिशाली बनाएको थियो । यसै धाराको प्रयोग गरी राजाबाट यो संविधानलाई निलम्बन गरिएको थियो ।

(७) स्वतन्त्र न्यायपालिकाको संरक्षण गर्न खोजेको यो संविधानले प्रधानमन्त्रीको परामर्शमा र उपयुक्त लागेको सर्वोच्च अदालतको अन्य न्यायाधीशको राय बुझी प्रधान न्यायाधीश श्री ५ को स्वविवेकमा नियुक्त हुने व्यवस्था गरेको थियो । खराब आचरण र अयोग्यताको कारण कर्तव्य पालन गर्न असमर्थ भन्ने श्री ५ बाट गठित आयोगले ठहर गरी श्री ५ मा प्रतिवेदन गरेको आधारमा स्वविवेकमा न्यायाधीशलाई हटाउन सक्ने व्यवस्था थियो । मौलिक हकको संरक्षणार्थ संवैधानिक उपचारको हककोसमेत प्रत्याभूत गरेको यो संविधान अन्तर्गत न्यायपालिकाले कुनै संवैधानिक वा कानुनी हकबाट बन्चित गरी गैरकानुनी थुनामा राखेमा संकटकालीन समयमा पनि बन्दीप्रत्यक्षीकरणको रिट प्रभावकारी हुन सक्तछ भनी मिति २०१७।१०।२५ मा सर्वोच्च अदालतको डिविजन बेन्चबाट भएको फैसला[२२]ले संवैधानिक विकासमा महत्व राखेको छ ।

(८) सर्वोच्च अदालतलाई रिट जारी गर्ने, संविधानसँग बाझिने ऐन कानून बाझिएको हदसम्म अमान्य गर्ने अधिकार थियो ।

(९) संविधानले लोकसेवा आयोग, महालेखा परीक्षक जस्ता संवैधानिक अंगको व्यवस्था गरेको पाइन्छ ।

(१०) राजगद्दी उत्तराधिकारसम्बन्धी ऐन बनाउने, सेनाको कमाण्ड, कुनै अदालतबाट भएको सजाय माफी, मिन्हा,स्थगन वा परिवर्तन गर्ने, बाधा अड्काउ फुकाउने लगायतका अवशिष्ट अधिकार राजामा संविधानले राखेको थियो ।

बहुदलिय संसदिय शासन प्रणाली,संवैधानिक राजतन्त्र, सीमित सरकार जस्ता बिशेषताहरु भित्र्याउन खोजेको बेलायती शैलीको नेपाल अधिराज्यको संविधान २०१५ को प्रयोगको स्वभाविक गति लिनु अघि नै रहस्यात्मक षडयन्त्रद्वारा डेढ बर्षमा नै खारेजीमा पारियो । राजाबाट निर्वाचित संसद र सरकार बिघटन गरी संकटकाल घोषणा गरी पार्टी राजनीति माथि प्रतिबन्ध लगाइयो । राजाको प्रत्यक्ष शासन शुरु भयो । २०१५ सालको उक्त संविधान नेपालको प्रजातान्त्रिकरण प्रक्रियामा महत्वपूर्ण खुड्किलो थियो । यो संविधानमा नागरिकको मौलिक हक, बालिग मताधिकार,उत्तरदायी कार्यपालिका, संविधान मूल कानुन, शक्ति पृथक्कीकरण, आवधिक निर्वाचन लगायतका संविधानबादका आवश्यक शर्तहरु थिए । तर यो संविधानले परिकल्पना गरेको संवैधानिक पद्दतिमा निरन्तरता रहेन । राजालाई संवैधानिक राजा बनाउने प्रयास भएपनि निरंकुश र स्वेच्छाचारी बनाउन सक्ने धारा ५५, ५६ जस्ता प्राबधानहरु पनि रहेका कारण पहिलो प्रजातान्त्रिक संविधानको गला निमोठियो । देशमा शान्ति कायम राख्ने र जनताको हितको नाममा संविधानको धारा ५५ को अधिकार प्रयोग गरी बि.सं.२०१७।९।१ गतेको शाही घोषणाबाट संविधानका अधिकाँश भाग र धाराहरु निलम्बन भए । सोही धाराको अधिनमा नेपाल बिशेष ब्यवस्था ऐन, २०१७ जारी गरी लागू गरियो ।

---

[२२] ने.का.प. २०१७, पृ.१३०, भरत सम्शेर बि. गृह मन्त्रालयसमेत, बन्दीप्रत्यक्षीकरण ।

२.४.नेपालको संविधान, २०१९

नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०१५ जारी भएको दुई वर्ष पनि नपुग्दै निर्वाचित सरकारलाई अपदस्थ गरी संविधानका विभिन्न व्यवस्थाहरुलाई निलम्बन गरी विशेष व्यवस्था ऐन, २०१७ अन्तर्गत नयाँ मन्त्रिपरिषद् गठनको साथै संविधान मस्यौदा समिति गठन भयो । २०१९ पुस १ गते नेपालको संविधान २०१९ जारी भयो । तेस्रो पटकसम्म संशोधन भएको उक्त संविधानले बोकेको विशेषता देहाय बमोजिम थियो :-

(१) नेपालको सार्वभौमसत्ता श्री ५ मा निहित रहने व्यवस्था संविधानले गऱ्यो । विधायिकी, कार्यकारिणी तथा न्यायिक अधिकार श्री ५ मा रही श्री ५ बाट नै निःसृत हुने व्यवस्था भयो ।

(२) संविधानलाई मूल कानून घोषणा गरी संविधानसँग बाझिने अन्य कानून अमान्य हुने व्यवस्था गऱ्यो ।

(३) २०१५ सालको संविधानले शाही बंशज आर्य संस्कृतिका अनुयायी हिन्दु धर्मालम्बी राजाको परिकल्पना गरेकोमा यो संविधानले नेपाल...हिन्दु अधिराज्य हुने घोषणा गऱ्यो ।

(४) संविधानले नागरिकहरुको मौलिक कर्तब्यको अतिरिक्त समानताको हक, स्वतन्त्रताको हक, देश निकाला बिरुद्धको हक, शोषण बिरुद्धको हक, धर्म सम्बन्धी हक, सम्पत्तिको हक, संवैधानिक उपचारको हकसमेतका मौलिक हकको प्रत्याभूति गरेको थियो । तर मौलिक हकको प्रयोग उपर बन्देज गर्ने व्यवस्था राखिएको थियो । संविधानको धारा १७(१) मा मौलिक हकहरुको प्रयोगलाई सार्वजनिक हितको निमित्त ब्यवस्थित वा नियन्त्रित गर्न कानुन बनाउन सकिने भन्ने उल्लेख भएको र धारा १७(२) अन्तर्गत नौ वटा सूची दिइएको थियो । जसअनुसार बनेको भनी कुनै ऐनको प्रस्तावनामा लेखिएको अवस्थामा त्यस्तो कानुन सार्वजनिक हितको लागि बनेको मानिने उल्लेख थियो । मौलिक हकलाई निश्क्रिय पार्ने यो एक तथाकथित संवैधानिक आधार थियो । बि.सं. २०३७।९।१ मा भएको तेस्रो संशोधनले नागरिकहरुको मूल कर्तब्य थप गरेको थियो ।

(५) श्री ५ को अध्यक्षतामा मन्त्रिपरिषद गठन हुने र श्री ५ बाट कुनै मन्त्रीलाई अध्यक्ष तोक्न पनि सक्ने, मन्त्री राष्ट्रिय पञ्चायतको सदस्यबाट नियुक्त हुने र श्री ५ प्रति उत्तरदायी हुने व्यवस्था थियो । राजनीतिक दलहरुमा प्रतिवन्ध लगाइएको यो संविधानको दोस्रो संशोधनले दलविहिन पञ्चायती व्यवस्थाको शुत्रपात गऱ्यो । सो संशोधनले प्रधानमन्त्रीको व्यवस्था गरी निजको राष्ट्रिय पञ्चायतमा चुनाव हुने भयो । प्रधानमन्त्रीले राष्ट्रिय पञ्चायतको विश्वास प्राप्त गर्नुपर्ने, मन्त्रीहरु राष्ट्रिय पञ्चायतप्रति सामूहिक र व्यक्तिगत रुपमा उत्तरदायी हुने व्यवस्था भयो ।

(६) कानून बनाउने कार्यमा श्री ५ लाई सहयोग गर्न राष्ट्रिय पञ्चायतलाई विधायिकी अंगको रुपमा राखिएको थियो । यो संविधानमा भएको तेस्रो संशोधन पछि श्री ५ बाट मनोनित २८ जना र बालिग मताधिकारको आधारमा निर्वाचित ११२ गरी १४० सदस्य राष्ट्रिय पञ्चायतमा रहने व्यवस्था भयो ।

(७) संविधानमा सर्वोच्च अदालतलाई मौलिक हकको संरक्षणार्थ रिट जारी गर्ने अधिकार रहेको थियो । सर्वोच्च अदालत अभिलेख अदालत हुने व्यवस्था थियो । सर्वोच्च अदालतका न्यायाधीशहरु श्री ५

को स्वविवेकमा नियुक्त हुने व्यवस्था गरियो । यो संविधानको अवधिमा बिभिन्न मुद्दाहरुमा सर्वोच्च अदालतले गरेको फैसलाले संवैधानिक विकासमा थप टेवा दिएको छ । एउटा रिटमा सर्वोच्च अदालतले भन्यो कि- प्रजातान्त्रिक व्यवस्थामा स्वतन्त्रताको मात्रा बढी हुने हुनाले कुनै काम गर्न कानुनले हुन्न भनी मनाही गरेको छैन भने गर्न हुन्छ । ...बैयक्तिक स्वतन्त्रताको संरक्षण गर्ने सन्दर्भमा बन्दीप्रत्यक्षीकरण शक्तिशाली उपाय हो र यसका अगाडि कुनै पनि ढोका बन्द रहन सक्तैन । निवेदकले बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी हुनुपर्ने ठीक ठीक आधारहरु स्थापित गर्न सकेको खण्डमा बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश हकै जस्तो गरी जारी हुन्छ भनी मौलिक हकको संरक्षणमा महत्वपूर्ण ब्याख्या भएको छ ।[२३] यसैगरी *सर्वज्ञरत्न तुलाधर बिरुद्ध राष्ट्रिय पन्चायतसमेत*[२४] भएको अपहेलना मुद्दामा राष्ट्रिय पन्चायतप्रति कुनै उत्तरदायित्व बहन गर्नु नपर्ने सर्वोच्च अदालतका न्यायाधीशको सम्बन्धमा राष्ट्रिय पन्चायतमा छलफल गर्न नसकिने एवं राष्ट्रिय पन्चायतजस्तो निकायले आफ्नो संवैधानिक सीमा आफै बुझेर त्यो सीमाभित्र बस्नुपर्दछ, यदि आफ्नो सीमा नाघ्न खोज्दछ भने संविधान र कानुनको अन्तिम व्याख्याता सर्वोच्च अदालतले उसको संवैधानिक सीमा यो हो भनेर भनिदिनुपर्ने हुन्छ भन्ने आदेश गरी शक्तिपृथकीकरणतथा नियन्त्रण र सन्तुलनको सिद्धान्तबारे प्रष्ट गरेको पाइन्छ ।

(८) संवैधानिक अंगको रुपमा महालेखा परीक्षक, लोकसेवा आयोग र महान्यायाधिवक्ताको व्यवस्था थियो । मिति २०२३।१०।१४ मा भएको पहिलो संशोधनले निर्वाचन आयोग र २०३२।८।२८ मा भएको दोस्रो संशोधनले अख्तियार दुरुपयोग निवारण आयोगलाई संवैधानिक अङ्गको रुपमा थप गऱ्यो । अख्तियार दुरुपयोग निवारण आयोग, अख्तियार दुरुपयोग निवारण आयोगलाई मुद्दाको अनुसन्धान अभियोजन गर्ने मात्र अधिकार थिएन, मुद्दाको सुनुवाई गरी निर्णय गर्ने अधिकार पनि थियो ।

यसरी २०१९ सालको संविधानले जनताप्रति अनुत्तरदायी र राजाप्रति उत्तरदायी सरकार, जनप्रतिनिधिमुलक संस्थाको रुपमा राष्ट्रिय पन्चायत लगायतको ब्यबस्था गऱ्यो । उक्त संविधानमा प्रारम्भमा दलबिहिनताको कुनै कुरा समाबेश थिएन । २०२३ सालमा भएको संसोधनबाट दलबिहिनताले प्रबेश पायो । दलबिहिनतालाई एकदलिय निरंकुशतामा परिवर्तित गर्ने गाउंफर्क राष्ट्रिय अभियान र पंचायत नीति तथा जांचबुझ समिति जस्ता जनताप्रति अनुत्तरदायी संस्थाहरु क्रियाशील रहे । सर्वोच्च अदालतलाई पनि अन्तिम अदालतको रुपमा स्थापित हुन दिइएन । संविधानले मुद्दा दोहोऱ्याउने राजाको अधिकार न्यायिक समितिको सिफारिशमा निर्भर रहेकोमा सबभन्दा बढी दोहोऱ्याउने काम बिशेष जाहेरी बिभागको सिफारिशमा हुन्थ्यो, जो संविधानसम्मत थिएन । २०१९ सालको उक्त संविधान संविधानबादका बिलक्षणताहरुको अभाव रहेको दस्ताबेज त छैदैथियो, तर यसको आदर्श र भावनाहरुका प्रति पनि कार्यान्वयनमा इमान्दारिता देखाइएन । केवल न्यायपालिकाले भने ब्यक्तिगत स्वतन्त्रताको

---

[२३] *यज्ञमूर्ति बन्जाडेको हकमा परशुराम बन्जाडे बिरुद्ध बाग्मति बिशेष अदालतसमेत*, ने.का.प. २०२७, पृ.१५७

[२४] ने.का.प. २०३५,पृ.२५०

पक्षमा महत्वपूर्ण निर्णयहरु दिएको पाइन्छ । यो संविधान संविधानबादको दृष्टिले कमजोर रहेपनि राजाको परम्परागत शक्ति र सत्ताको आडमा अपेक्षाकृत लामो आयु प्राप्त गऱ्यो ।

२.५ नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७

बिक्रम सम्वत् २०४६ सालको जनआन्दोलन राजा र दलहरुबीचको सम्झौतामा टुङ्गिएपछि भएको राजनीतिक तथा संवैधानिक फेरबदलले यो देशको पांचौं संविधानकोरुपमा नेपाल अधिराज्यको संविधान २०४७ जारी भयो । विगतको भन्दा बढी प्रजातान्त्रिक मानिएको यो संविधान राजामा रहेको अन्तरनिहित अधिकार अन्तर्गत भनी जारी गरिएको थियो । यो संविधानमा रहेका आधारभूत विशेषताहरुलाई देहाय बमोजिम उल्लेख गर्न सकिन्छः-

(१) संविधान मूल कानूनको रुपमा घोषित भई संविधानसँग बाझिने कानून बाझिएको हदसम्म अमान्य हुने प्रावधान रहेको ।

(२) संविधानमा पहिलो पटक सार्वभौमसत्ता नेपाली जनतामा निहित रहने व्यवस्था गरेको । साथै नेपाल एक बहुजातिय, बहुभाषिक, प्रजातान्त्रिक, स्वतन्त्र, अभिभाज्य, सार्वभौमसत्ता सम्पन्न, हिन्दु, संवैधानिक राजतन्त्रात्मक अधिराज्य भन्ने उल्लेख भएको ।

(३) संविधानको प्रस्तावनामा बालिग मताधिकार, बहुदलीय संसदीय शासन प्रणाली, कानूनको शासन, न्यायपालिकाको स्वतन्त्रता, संवैधानिक राजतन्त्र, मौलिक हकको प्रत्याभूति गर्ने जस्ता उद्देश्य समाहित भई यी कुराहरु संविधानको आधारभूत संरचनाको रुपमा रहेका ।

(४) व्यवस्थापिकाको पंहुच वा नियन्त्रण भन्दा बाहिर रहने मौलिक हक[२५]मा अन्य हकका अतिरिक्त विश्वका प्रजातान्त्रिक भनिएका मुलुकका संविधानमा पनि नलेखिएका मृत्युदण्डको सजाय हुने गरी कानून नबनाइने, सूचनाको हक, यातना बिरुद्धको हक, गोपनीयताको हकको प्रत्याभूति गरिएको ।

(५) जनप्रतिनिधिमूलक संस्थाको रुपमा प्रतिनिधि सभाको व्यवस्था गरिएको । प्रतिनिधि सभा र राष्ट्रिय सभा गरी दुई सदनात्मक व्यवस्थापिकाको प्रावधान रहेको । संसदलाई कानून निर्मातृ संस्थाको रुपमा स्थापित । राष्ट्रिय सभामा केही सदस्य राजाबाट मनोनित हुने व्यवस्था ।

(६) साँचो अर्थको संवैधानिक राजतन्त्रको परिकल्पना यो संविधानमा नेपालको संवैधानिक इतिहासमा पहिलो पटक गरिएको थियो । संसदमा राजा (King in Parliament) र कार्यपालिकामा राजा (King in Council) को आधारमा गरिएको यो संवैधानिक व्यवस्थामा राजाले स्वविवेकमा गर्ने भनी संविधानमा तोकिए बाहेकका कार्य मन्त्रिपरिषद वा सम्बन्धित सिफारिश गर्ने निकायको सिफारिशमा हुने प्रावधान थियो ।

(७) संविधानले सीमित सरकारको अवधारणालाई आत्मसात गरेको थियो । प्रतिनिधि सभामा बहुमत प्राप्त दलको नेतालाई प्रधानमन्त्रीमा नियुक्त गर्ने र निजको अध्यक्षतामा मन्त्रिपरिषद गठन हुने, गठित मन्त्रिपरिषद् सामूहिक तथा व्यक्तिगत रुपमा संसदप्रति उत्तरदायी हुने, अविश्वासको मतबाट

---

[२५] मौलिक हकलाई व्यवस्थापिकाले संविधानमा लेखिएबाहेक सामान्य बनाई नियन्त्रित र निश्क्रिय गर्न सक्तैन ।

सरकार विघटन हुने, प्रधानमन्त्रीले संसदमा विश्वासको मत पुऱ्याउनु पर्ने जस्ता सीमित (उत्तरदायी) सरकारको अवधारणालाई संविधानमा समावेश गरिएको थियो ।

(८) संविधानले स्वतन्त्र न्यायपालिकाको परिकल्पना गरी सर्वोच्च अदालत अन्तिम तहको अभिलेख अदालत हुने, संविधान तथा मौलिक हकको संरक्षकको दायित्व पूरा गर्ने सन्दर्भमा संविधानसँग ऐन कानून बाझिएमा वा मौलिक हकमा अनुचित बन्देज लगाएमा असाधारण अधिकार क्षेत्र प्रयोग गरी त्यस्ता कानून अमान्य गर्ने र मौलिक हकको संरक्षणार्थ विभिन्न प्रकृतिको रिट आदेश जारी गर्ने न्यायिक पुनरावलोकनको अधिकार सर्वोच्च अदालतलाई थियो । न्यायाधीशको नियुक्ति र सेवाको शर्त र बर्खास्तीमा विशेष बन्दोबस्त गरी न्यायपालिकालाई स्वतन्त्र र सक्षम बनाउने प्रयत्न गरिएको थियो । न्यायाधीश नियुक्त गर्दा कार्यपालिका (राष्ट्रपति) ले सिनेटको अनुमोदन प्राप्त गर्नुपर्ने अमेरिकाको जस्तो प्रावधान नरहेकोले न्यायाधीशको नियुक्तिमा बिधायिकाको हात शुन्य रहेको थियो । तर महाअभियोगको हतियार संसदमा रहेको थियो ।

(९) संविधानमा नै पहिलो पटक संवैधानिक वा कानूनी प्रश्न निहित रहेको सार्वजनिक हित वा सरोकारको विवादमा सर्वोच्च अदालतले असाधारण अधिकार क्षेत्र मार्फत निरोपण गर्ने व्यवस्था थियो ।

(१०) अख्तियार दुरुपयोग अनुसन्धान आयोग, महालेखा परीक्षक, लोकसेवा आयोग, निर्वाचन आयोग, महान्यायाधिवक्तालाई संवैधानिक अङ्गकोरुपमा स्थापित गरियो । संवैधानिक पदमा हुने नियुक्तिलाई पारदर्शी, स्वतन्त्र र निष्पक्षताको लागि संवैधानिक परिषद्, न्यायपरिषद् जस्ता निकायहरुको संविधानमा नै व्यवस्था गरिएको थियो ।

(११) नेपालको सार्वभौमसत्ता, अखण्डता वा कुनै भू-भागको सुरक्षामा युद्ध, बाह्य आक्रमण,सशस्त्र बिद्रोह वा चरम आर्थिक बिश्रृङ्खलताको कारणले गम्भीर संकट उत्पन्न भएमा मन्त्रिपरिषद्को सिफारिसमा श्री ५ बाट संकटकालिन अवस्थाको घोषणा गर्न सक्ने प्रावधान संविधानमा थियो । यसैको आडमा पटक पटक देशमा संकटकाल घोषणा भयो ।

(१२) संविधानको प्रस्तावनाको भावनाको प्रतिकूल नहुने गरी संविधानको कुनै धारालाई संशोधन वा खारेज गर्ने बिधेयक संसदको कुनै सदनमा प्रस्तुत गर्न सकिने तर यो धारालाई संशोधन नगरिने भन्ने प्रावधान धारा ११६(१) मा गरिएको थियो । तर सोह्र बर्षको अवधिमा कुनै संशोधन बिधेयक प्रस्तुत भएन ।

(१३) यो संविधानको कार्यान्वयनको क्रममा कुनै बाधा अड्काउ परेमा त्यस्तो बाधा अड्काउ फुकाउन श्री ५ बाट आदेश जारी गर्न सक्ने प्रावधान संविधानमा थियो । यसै प्रावधानका आधारमा बाधा(अड्काउ फुकाउने नाममा संविधानबादका सिद्धान्तमाथि प्रहार गर्ने काम पनि हुन पुग्यो ।

(१४) संवैधानिक विकासको क्रममा देशको सर्वोच्च अदालतले बिवाद निरोपणको क्रममा गरेका फैसला/आदेशहरुले पनि महत्वपूर्ण योगदान पुऱ्याउने हुन्छ । यो संविधान अन्तर्गत सर्वोच्च अदालतले संवैधानिक ब्याख्याद्वारा संवैधानिक विकासलाई अगाडि बढाउन मद्दत गरेको छ । यस क्रममा नेपालको सर्वोच्च अदालतले तत्कालिन संविधानको धारा ८८(५) बमोजिम दासढुंगा

दुर्घटनाको जाँचबुझ गर्न आयोग गठन गर्ने बिषयमा[२६], प्रतिनिधि सभाको निर्वाचन हुने तोकिएको मितिको दिन ठूली एकादशी पर्व परेकोले सो दिनको सट्टा दुई दिन पछि सार्न मिल्ने नमिल्ने भन्ने बिषयमा[२७] तत्कालिन प्रतिनिधि सभा बिघटन गर्ने प्रधानमन्त्रीको सिफारिस र सदस्यहरुले प्रतिनिधि सभा बोलाउन दिएको समावेदनको कार्यान्वयन सम्बन्धमा कुनले प्राथमिकता पाउछ र किन भन्ने बिषयमा[२८] संविधानको सम्बधिन्त प्रावधानको र त्यसको मर्म र भावनासमेतको व्याख्या गरी आफ्नो राय दिएको पाइन्छ । यस्तै संविधानले शक्तिपृथक्कीकरणको सिद्धान्त, जनताप्रति उत्तरदायी र संसदीय शासन प्रणालीको अवलम्बन गरेको हुंदा राज्य संयन्त्रले पनि सोही बमोजिम आफ्ना काम कारवाही सन्चालन गर्नु पर्ने बिषयमा[२९] गहन ब्याख्या गरेको छ । राजदुत नियुक्तिको सन्दर्भमा उठेको बिषयमा संविधानले यथार्थमा संवैधानिक राजतन्त्रको परिकल्पना गरेकोले श्री ५ ले आफ्नो स्वविवेकमा गर्ने भनी संविधानले तोकेको अवस्थामा बाहेक सम्पूर्ण कार्य सिफारिसकर्ता निकायको सिफारिसमा हुने भनी ब्याख्या गऱ्यो ।[३०] मौलिक हकको प्रश्नमा समर्पणको सिद्धान्त आकर्षित हुंदैन र मौलिक हकमा प्रतिकूल असर पर्ने गरी गरिएको निर्णयको कुनै अंशलाई स्वीकार गर्दैमा रिट क्षेत्रमा प्रबेश गर्न नपाउने होइन[३१] भन्ने व्याख्या पनि सर्वोच्च अदालतले गरी मौलिक हकको संरक्षणमा जोड दिएको छ । राज्उका निर्देशक सिद्धान्त र नीतिहरु अदालतबाट लागू नगरिने र न्याययोग्य नहुने परम्परागत मान्यता रहेकोमा *योगी नरहरीनाथ बि. प्र.म. गिरीजाप्रसाद कोइरालासमेत* भएको एउटा रिट[३२]मा सर्वोच्च अदालतले राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरुलाई अदालतले लागू गर्न नसक्ने भएपनि यदि सरकारले संविधानमा व्यवस्थित ती सिद्धान्त तथा नीतिहरु बिपरीत गएर निर्णय गर्दछ भने त्यस्तो अवस्था औंल्याउन नसकिने होइन ...भन्ने ब्याख्या गऱ्यो । *गोपाल शिवाकोटी बि. सरकार*[३३] भएको अर्को रिटमा देशको शासन प्रबन्ध स्वच्छ र सही दिशामा निर्दिष्ट छ छैन भन्ने कुराको निरन्तर सुपरीवेक्षण र मूल्याङ्कनको लागि जनताले जानकारी पाउन अत्यावश्यक हुने हुंदा संविधानमा प्रत्याभूत सूचनाको हकको प्रयोगको लागि कानुनको अभाव रहेका भन्दै कानुन नबनेसम्म सो पूर्ति गर्न अदालतले एक निर्देशिका नै जारी गरेको छ । यसैगरी समानहरुबीच समान कानुनी व्यवस्था र व्यवहार गर्ने, असमानहरुबीच असमान व्यवहार राज्यले गर्न सक्ने बिषयलगायतका बिभिन्न बिषयहरुमा संविधानको ब्याख्या गरी,

---

[२६] सर्वोच्च अदालत बुलेटिन बर्ष २,अंक १०, २०५०

[२७] सर्वोच्च अदालत बुलेटिन बर्ष ३,अंक १८, २०५१

[२८] नेपाल कानून पत्रिका २०५४, पृष्ठ ५३५

[२९] नेपाल कानून पत्रिका स्वर्णशुभजन्मोत्सव बिषेशाङ्क २०५२, पृ.८८ र पृ.१ (संसद बिघटनसम्बन्धी)

[३०] ने.का.प. २०४८, पृ. ८१०

[३१] *कृष्णप्रसाद लम्साल बिं सरकार,* ने.का.प.२०५२, स्वर्ण शुभजन्मोत्सव बिशेषाङ्क, पृ.१३८

[३२] ने.का.प. २०५३, पृ.३३

[३३] ने.का.प. २०५१, पृ.२५५

निर्देशनात्मक आदेशहरु जारी गरी संवैधानिक विकासको यात्रालाई अगाडि बढाउन मद्दत गरेको पाइन्छ ।

नेपाल अधिराज्यको संविधान २०४७ लाई जारी हुंदाताका यसलाई उत्कृष्ट संविधानको रुपमा लिइएको थियो । राज्य शक्तिको स्रोत जनतालाई मानेर त्यस्तो शक्तिलाई जनताको दमन र शोषणमा प्रयोग हुन नपाउने व्यवस्था गर्न शक्ति पृथकीकरणको सिद्धान्तलाई अबलम्बन गरियो । मौलिक हकको प्रत्याभूति र त्यस उपर अनुचित बन्देज लगाउन नसकिने प्रावधान, संबैधानिक राजतन्त्र, जनताप्रति उत्तरदायी शासन प्रणाली, आवधिक निर्वाचन, स्वतन्त्र न्यायपालिका, न्यायपालिकालाई न्यायिक पुनरावलोकनको अधिकार, स्वतन्त्र र निष्पक्ष संवैधानिक अंगहरु लगायतको व्यवस्था, प्रस्तावनाको भावनाको बिपरीत नहुने गरी संविधानको संशोधनको प्रावधान जस्ता यो संविधानको महत्वपूर्ण पक्षहरु थिए । मूलतः यो संविधानमा संविधानबादका गुणहरु रहेका थिए । तर कार्यान्वयनको क्रममा कानुनी संविधानबादको पक्ष सवल भएपनि राजनीतिक संविधानवादका पक्षहरु कमजोर हुन पुगे ।

राजनैतिक दलहरु संस्थागत भइनसकेको अबस्थाले बिभाजन, अस्वस्थ र अनुचित प्रतिस्पर्धा, एकाधिकारबाद र राजनीतिक हठका कारण जनआकांक्षा उपेक्षित भयो । संविधानका घोषित लक्ष्य र आदर्शहरुले अपेक्षित परिणाम हांसिल गर्न सकेनन् । जनतामा सार्बभौमसत्ता निहित रहेको घोषणा संविधानले गरेपनि सार्बभौमसत्ता आफूमा निहित रहेको अनुभूति जनताले पाउन सकेनन् । न दह्रो र परिपक्व संस्थाको बिद्यमानता रहयो, न त दुरदर्शी नेतृत्वको अठोट नै । सत्तासीनहरु र संवैधानिक राजाबाट पटक पटक संविधानको उल्लंघन भएबाट जनताको बिश्वास भंग भयो । कमजोर कार्यान्वयनकै कारण यो संविधानप्रति अपनत्व कसैले लिएन, जनताले पनि लिएनन् । संविधानलाई नै समस्याको रुपमा लिइयो । आन्दोलनपश्चात संविधान सभाबाट संविधान निर्माण गर्ने अभिलाषास्वरुप २०६३ सालमा अन्तरिम संविधान जारी भयो ।

२.६ नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३

सामान्यतः कुनैपनि संविधान आफ्नो बिकल्प राखेर जारी भएको हुदैन, बरु कार्यान्वयनका क्रममा कमी कमजोरी रहेको देखिए सच्याउन संविधान संशोधनको व्यवस्था संविधानमा नै राखिएको हुन्छ । नेपाल अधिराज्यको संविधान २०४७ ले पनि आफ्नो बिकल्पको खोजीको सट्टा संविधान संशोधनको व्यवस्था गरेको थियो । तर एकपटक पनि संशोधन नभई बिकल्प नै खोजियो । तत्कालिन नेकपा माओवादी पार्टीले सन्चालन गरेको जनयुद्ध र २०६२।०६३ सालको जनआन्दोलनको परिणामस्वरुप नेपालको अन्तरिम संविधान २०६३ जारी गरियो । सो बिगतका पाँचवटा संविधान राजाले आफ्नो अवशिष्ट अधिकारको रुपमा जारी गरेको परम्परालाई तोड्दै नेपाली जनताको नामबाट पहिलो पटक प्रतिनिधि सभाले मिति २०६३।९।१ मा पारित गरी यो संविधान जारी भई यसै नयां संविधान बमोजिमको व्यवस्थापिका-संसदको बैठकले सर्वसम्मतरुपमा अनुमोदन गरी लागू भएको हो । संविधान सभामार्फत संविधान निर्माण गर्ने परिकल्पना गरेको यो अन्तरिम संविधानले अर्को संविधानको परिकल्पना गरेको थियो । बाह्रौं पटक संशोधन भएको र बाधा अड्काउ फुकाउको आदेशबाट पनि संशोधन भएको यो संविधानको देहाय बमोजिमका बिशेषता रहेको पाउन सकिन्छः-

- संविधानको उद्देश्य नेपाली जनताको आफ्नो लागी आफै संविधान बनाउन पाउने अधिकारको प्राप्तीको लागी संविधान सभाको स्वतन्त्र र निष्पक्ष निर्वाचन गर्ने, आज सम्मका क्रान्ति र आन्दोलनबाट प्राप्त उपलब्धीहरुलाई संस्थागत गर्ने, राज्यको अग्रगामी पुनर्संरचना गर्ने लगायत संविधानमा रहेका (प्रस्तावना र राज्यको दायित्व, नीति र निर्देशक सिद्धान्तहरुमा) छन् ।
- नेपालको इतिहासमा पहिलो पटक यो संविधानले नेपाललाई हिन्दु अधिराज्यको सट्टा धर्म निरपेक्ष राज्य घोषणा गरेको छ ।
- स्थानीय निकाय तथा कार्यालयमा मातृभाषालाई पनि सरकारी कामकाजको भाषाकोरुपमा प्रयोग गर्न पाउने व्यवस्था गरेको छ ।
- मौलिक हकको प्रत्याभूत गर्न यो संविधान बढी महत्वकाँक्षी देखिएको छ । वातावरण तथा स्वास्थ्य सम्बन्धी हक, रोजगारी तथा सामाजिक सुरक्षा सम्बन्धी हक, खाद्य संप्रभूताको हक, महिलाको हक, बालबालिकाको हक,यातना बिरुद्धको हक, श्रम सम्बन्धी हक, सामाजिक न्यायको हक, छुवाछुत तथा जातिय भेदभाव बिरुद्धको हक लगायतका हकहरु साबिकको संविधानमा भएभन्दा बढी मौलिक हकहरु हुन् ।
- राज्यका प्रमुख तीन अंगमध्ये व्यबस्थापिका संसदमा जनआन्दोलनमा सँलग्न पार्टीको प्रतिनिधित्व रहने व्यवस्था बमोजिम व्यवस्थापिका संसद गठन भएको थियो । अनौठो व्यवस्था यो थियो कि यो संविधानको अनुसूचीमा नै व्यवस्थापिका संसदमा रहने सदस्यहरुको नामावली उल्लेख गरिएको थियो ।[३४] पछि हटाइयो ।
- राजनीतिक दलहरु बीचको राजनैतिक सहमतिको आधारमा प्रधानमन्त्री र निजको अध्यक्षतामा देशको कार्यकारिणी अधिकार प्रयोग गर्ने मन्त्रिपरिषद गठन हुने व्यवस्था छ । सहमति कायम हुन नसकेमा व्यवस्थापिका संसदको दुई तिहाई सदस्यको बहुमतको आधारमा प्रधानमन्त्री निर्वाचित हुने व्यवस्थालाई पांचौं संशोधन[३५] ले संशोधन गरी तत्काल कायम रहेका सम्पूर्ण सदस्य संख्याको बहुमतका आधारमा प्रधानमन्त्री चुन्न सक्ने व्यवस्था गरी बहुमतिय पद्दतिलाई भित्र्याईयो । राजनीतिक सहमति भन्नाले सात राजनीतिक दलहरु[३६] र नेकपा माओवादीबीचको सहमतिलाई जनाउने भन्ने साविकको स्पष्टिकरणको व्यवस्थालाई संविधान सभाको निर्वाचनबाट अन्य दलहरु समेतको प्रतिनिधित्व भएको सन्दर्भमा पाचौं संशोधनले झिक्यो । हाल पनि सरकारको संचालन संयुक्त जनआन्दोलनको भावना, राजनैतिक सहमति र सहकार्यको संस्कृति अनुरुप गरिने व्यवस्था छ । राजनीतिक सहमतिको आधारमा शासन सन्चालन गर्ने राम्रो प्रावधान राखियो । तर राजनीतिक सहमति नहुंदा संविधान निर्माणको लागि निर्वाचन भई आएका संविधान सभाका सभासदहरु सरकार निर्माण गर्ने र ढाल्ने अस्वस्थ खेलमा बढी व्यस्त भए ।

---

[३४] यो अनुसूची-२ मा रहेको यो नामावली संविधानमा भएको पाचौं संशोधन (२०६५) बाट हटाइएको ।

[३५] २०६५ असार २८

[३६] २०६३ साल कार्तिक २२ गते राजनैतिक सहमति कायम गर्ने नेपाली कांग्रेस, नेकपा एमाले, जनमोर्चा नेपाल, नेपाल सद्भावना पार्टी(आनन्दीदेबी), नेपाल मजदुर किसान पार्टी, संयुक्त बाम मोर्चा सहितका राजनैतिक दलहरु ।

- संविधान सभाले नै व्यवस्थापिका-संसदको अधिकार समेत प्रयोग गर्ने भएको[३७] र संविधान निर्माणको लागि गठित संविधान सभाको कार्यकाल तोकिएको[३८]ले यो संविधान बमोजिम मन्त्रिपरिषदका प्रमुख प्रधानमन्त्रीले व्यवस्थापिका-संसद बिघटन गर्न सक्ने प्रबन्ध थिएन ।
- दोश्रो संसोधनले संसदमा बिपक्षी दल तथा त्यसको नेता सम्बन्धी व्यवस्था कानुनमा निर्धारण भए बमोजिम हुने गरी थप गरेको थियो ।[३९] अर्कोतर्फ प्रधानमन्त्रीले बिश्वासको मत लिने र सँसदले अबिश्वासको मत पारित गर्नसक्ने व्यवस्था शुरुमा थिएन, पछि दोश्रो संसोधनबाट थप गरियो ।
- अघिल्लो संविधानमा भएको संवैधानिक अङ्गहरुलाई यथावत राखी राष्ट्रिय मानव अधिकार आयोग र महान्यायाधिवक्तालाई संवैधानिक अँगमा थप गरिएको छ ।
- नेपाली सेनालाई मन्त्रिपरिषद र संसदको मातहत राखिएको छ ।
- राष्ट्रिय महत्वको बिषयमा संविधान सभाले जनमत संग्रहबाट निर्णय लिन सक्ने व्यवस्था छ ।
- मुलुकको शासन व्यवस्था सम्बन्धी कुनै पनि अधिकार राजामा नरहने, राजसंस्था कायम राख्ने नराख्ने बिषयमा संविधान सभाको पहिलो बैठकमा साधारण बहुमतबाट निर्णय गरिने निश्चय गरिएको थियो । संविधान सभाको चुनाव जेठमा हुन नसकेपछि दोश्रो संशोधनबाट राजाले संविधान सभाको निर्वाचन हुन नदिन गम्भीर ब्यवधान गरेको ठहर गर्दै संविधान सभाको निर्वाचन हुनु अगावै ब्यवस्थापिका संसदको तत्काल कायम रहेको सम्पूर्ण सदस्य सँख्याको दुई तिहाई बहुमतले राजसंस्था कायम नरहने गरी प्रस्ताब पारित गर्नसक्ने गरी थप गरिएको थियो । संविधान सभाको निर्वाचन भइसकेपछि चौथो संशोधन[४०] ले यो ब्यवस्थालाई संशोधन गरी तत्कालिन राजा रानी र निजहरुका परिवारको सम्पत्ति राष्ट्रियकरण गरी ट्रष्ट बनाई राष्ट्रहितमा प्रयोग गरिने ब्यवस्था गऱ्यो । राजाको ठाउंमा राष्ट्रपति राखियो । संविधानको संरक्षण र पालना गर्नु राष्ट्रतिको प्रमुख कर्तब्य हुने भनियो । संविधान सभाबाट जारी हुने नयाँ संविधान प्रारम्भ नभएसम्मको लागि राष्ट्रपतिको पदावधि हुने भन्ने उल्लेख गरियो ।
- संवैधानिक परिषदको सिफारिशमा नियुक्त हुने संवैधानिक पद तथा सर्वोच्च अदालतका न्यायाधीश र राजदुतको पदमा नियुक्ति पूर्व निजहरुको कानुनमा ब्यवस्था भए बमोजिम संसदिय सुनुवाई हुने संसोधित ब्यवस्था दोश्रो संशोधनले गरेको छ । यस अघि संविधान बमोजिम नियुक्त हुने संबैधानिक पदहरुमा नियुक्ति अघि निजहरुको कानुनमा ब्यवस्था भए बमोजिम संसदिय सुनुवाई हुने ब्यवस्था रही धेरै पदहरुलाई समेटेको थियो । २०६९ साल जेठ १४ गते संविधान सभाको संशोधित आयू पनि समाप्त भएपछि ब्यवस्थापिका-संसद पनि स्वतः समाप्त भएको सन्दर्भमा सर्वोच्च अदालत, संवैधानिक निकाय र राजदुतका रिक्त पदहरुमा नियुक्त गर्न नसकिई राज्यको कार्यसन्चालनमा

---

[३७] धारा ५९

[३८] धारा ६४

[३९] तर त्यस्तो कानूनी संरचना बनी कार्यान्वयन नै हुन नसकेको सन्दर्भमा पाँचौं सशोधनले ब्यवस्थापिका-संसदमा बिपक्षी दल र त्यसको नेता रहने ब्यवस्था संविधानमा नै गऱ्यो ।

[४०] २०६५ जेठ १५ गते

कठिनाई परेकोले संसदीय सुनुवाई विना नै त्यस्तो नियुक्ति गर्न समेत संविधानको धारा १५८ बमोजिम मन्त्रिपरिषद्को सिफारिसमा राष्ट्रपतिबाट बाधा अड्काउ फुकाउने आदेश जारी भई त्यस्ता नियुक्तिहरु भए ।

- यो संविधानले न्यायपालिकाको संरचनालाई निरन्तरता दिएको छ । तर न्यायपालिकाको हकमा केहि बिवादास्पद प्रावधानहरु पनि रहेको छ । न्यायाधीश नियुक्तिमा निजी कानुन व्यवसायीबाट पनि जिल्ला न्यायाधीशमा परिक्षा लिई नियुक्त गर्नसक्ने नयां प्रावधान गरिएको छ । नियुक्तिमा एकातिर परिषद प्रणाली अर्कोतिर सर्वोच्च अदालतका न्यायाधीश र प्रधान न्यायाधीशको लागी औपचारिकता र पार्टी ह्विपमा सीमित संसदिय सुनुवाईको प्रावधानले दोहोरो मापदण्ड अपनाएको आभाष हुने प्रावधान थियो ।
- प्रधान न्यायाधीश समेतलाई सरकारले न्याय परिषदसंगको परामर्शमा न्यायिक जाँचबुझको काममा वा केही खास अबधिको लागि कानुन वा न्याय सम्बन्धी अनुसन्धान, अन्वेषण वा राष्ट्रिय सरोकारको अन्य कुनै काममा खटाउन सक्ने नयाँ प्रावधान रहेको छ । यस अघिको संविधानमा यस्तो प्रावधान नरहेको भएपनि राजदरवार हत्याकाण्डको छानबिनको लागी संविधान बिपरीत तत्कालिन राजा ज्ञानेन्द्रले खटाएकोलाई स्वीकार गरी तत्कालिन प्रधान न्यायाधीश केशवप्रसाद उपाध्याय छानविन समितिको अध्यक्ष भएका थिए ।
- सर्वोच्च अदालत स्वयंले आफ्नो बार्षिक प्रतिबेदन प्रकाशन गरी सार्वजनिक गर्ने गरी आएकोमा हालको संविधानले राष्ट्रपति समक्ष पेश गर्ने र निजले प्रधानमन्त्री मार्फत संसदमा पेश गर्ने ब्यवस्था छ ।
- यो संविधानमा सबैभन्दा बढी बिवाद उठाइएको प्रावधान संविधान सभाको निर्वाचन प्रणालीमा हो । सुरुमा मिश्रीत प्रणाली अनुसार जम्मा ४२५ (२०५,२०४,१६) जना सविधान सभासद रहने ब्यवस्था गरेकोमा त्यसउपर बिभिन्न बर्ग र क्षेत्रबाट बिरोध भई आन्दोलन नै भएको कारण पहिलो संशोधनबाट महिला, मधेशी, आदिवासी जनजाती, पिछडिएको क्षेत्र आदिको सारभूत प्रतिनिधित्व हुने गरी मिश्रीत निर्वाचन प्रणालीमा नै सदस्य संख्या बढाई ४९७ पुऱ्याइएकोमा त्यसमा पनि बिवाद कायम रहेपछि मिश्रित निर्वाचन प्रणालीबाट नै ६०१ जना सदस्य रहने[४१] गरी संविधानमा तेस्रो संशोधन[४२] भएपछि मात्र संविधान सभाको निर्वाचन हुन सक्यो । २०६९।१२।१ मा भएको बाधा अड्काउ फुकाउ आदेशमा २०७० मंसिरभित्र गर्ने संविधान सभाको निर्वाचनको लागि प्रत्यक्षतर्फ २४०, समानुपातिकतर्फ २४० र राष्ट्रिय जीवनमा महत्वपूर्ण योगदान पुऱ्याएका ब्यक्तिहरुमध्येबाट ११ जना गरी ४९१ कायम हुने गरी संशोधन भएको थियो । फेरी केही असन्तुष्ट दल, समूहसंगको

---

[४१] पहिलो हुने निर्वाचित हुने निर्वाचन प्रणाली अनुसार निर्वाचित हुने सदस्य २४० जना, समानुपातिक निर्वाचन प्रणाली अनुसार निर्वाचित हुने ३३५ सदस्य र राष्ट्रिय जीवनमा महत्वपूर्ण योगदान पुऱ्याएका बिशिष्ट ब्यक्तिहरु र पहिलो हुने निर्वाचित हुने निर्वाचन प्रणाली र समानुपातिक निर्वाचन प्रणाली अनुसारको निर्वाचनबाट प्रतिनिधित्व हुन नसकेका आदिबासी जनजातिमध्येबाट सहमतिका आधारमा मन्त्रिपरिषद्बाट मनोनयन हुने २६ जना सदस्य ।

[४२] २०६४ पुस १३ गते

सम्झौताको परिणामस्वरुप साबिकको ६०१ को संख्या संविधान सभाको दोस्रो निर्वाचनको लागि पनि यहि प्रावधानलाई कायम गरियो ।

- संविधानको कुनै धारालाई संशोधन गर्न वा खारेज गर्ने बिधेयक व्यवस्थापिका संसदमा प्रस्तुत गर्न सकिने र ब्यवस्थापिका संसदमा तत्काल कायम रहेका सम्पूर्ण सदस्य संख्याको कम्तीमा दुई तिहाई सदस्यहरुको बहुमतबाट स्वीकृत भएमा बिधेयक पारित भएको मानिने भनिएको छ ।

तर आज सम्मका क्रान्ति र आन्दोलनबाट प्राप्त उपलब्धीहरुलाई संस्थागत गर्न संविधान सभाबाट नयाँ संविधान नबने सम्मको लागि २०६३ साल माघ १ गते जारी भई लागू भएको नेपालको अन्तरिम संविधान २०६३ मा बाह्र पटक सम्म संशोधन गरियो ।[४३] दुई पटक बाधा अड्काउ फुकाउन मिति २०६९।१२।१ मा जारी आदेशले पनि संविधानका थुप्रै र महत्वपूर्ण प्रावधानको संशोधन गऱ्यो । र उपेन्द्र यादव नेतृत्वको मोर्चा, अशोक राई नेतृत्वको संघीय समाजवादी पार्टीसमेतसंग भएको सहमति बमोजिम उच्चस्तरिय राजनीतिक समितिले गरेको सिफारिस अनुसार मन्त्रिपरिषद्ले निर्णय गरी पेश गरेको बाधा अड्काउ फुकाउने संशोधन सिफारिस राष्ट्रपतिबाट मिति २०७०।६।१ मा स्वीकृत भएको जारी भएको अर्को आदेशले संविधान सभा सदस्यको संख्यामा संशोधन गऱ्यो ।[४४]

---

[४३] पहिलो संशोधन २०६३ चैत्र ३० गते, दोस्रो संशोधन २०६४ जेठ ३० गते, तेस्रो संशोधन २०६४ पुस १३ गते,, चौथो संशोधन २०६५ जेठ १५ गते, पाँचौं संशोधन २०६५ असार २८ गते, छैठौं संशोधन २०६५ मंसिर २६ गते, सातौं संशोधन २०६६।१०।१७, आठौं संशोधन २०६७।२।१४, नवौं संशोधन२०६८।२।१४, दशौं संशोधन २०६८।५।१४, एघारौं संशोधन २०६८।८।१४, बाह्रौं संशोधन २०६९।२।७ ।

[४४] संविधानसभाबाट संविधानको निर्माण कार्य सम्पन्न नहुँदै संविधानसभा स्वतः विघटन भई व्यवस्थापिका-संसद्समेत कायम नरहेकोले नेपाली जनताले आफ्नो लागि आफैं संविधान बनाउने अधिकारको प्रत्याभूतिका लागि अर्को संविधानसभाको निर्वाचन सम्पन्न गर्न २०६९ साल चैत १ गते नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ (यसपछि "संविधान" भनिएको) को धारा १५८ बमोजिम बाधा अड्काउ फुकाउन आदेश जारी भएको र सो आदेशको प्रकरण नं. १० मा संविधानको धारा ६३ को उपधारा (३) को खण्ड (ख) मा संविधानसभामा समानुपातिक निर्वाचन प्रणालीअनुसार तीन सय पैंतीस सदस्य निर्वाचित हुने व्यवस्था भएकोमा अर्को संविधानसभाको प्रयोजनका लागि समानुपातिक निर्वाचन प्रणालीअनुसार दुई सय चालीस जना सदस्य निर्वाचित हुने गरी र प्रकरण नं. ११ मा संविधानको धारा ६३ को उपधारा (३) को खण्ड (ग) मा राष्ट्रिय जीवनमा महत्वपूर्ण योगदान पुर्याएका विशिष्ट व्यक्तिहरूमध्येबाट मन्त्रिपरिषद्बाट छब्बीस जना मनोनयन गर्ने व्यवस्था भएकोमा अर्को संविधानसभाको प्रयोजनका लागि एघार जना मनोनयन गर्ने भन्ने व्यवस्था भएकोमा,

उल्लिखित आदेशको व्यवस्थाबाट संविधानसभाको निर्वाचनमा महिला, दलित, उत्पीडित जाति/आदिवासी जनजाति, पिछडिएको क्षेत्र, मधेसीलगायत अन्य वर्गसमेतको प्रतिनिधित्व र सहभागिता साविकको भन्दा अनुपात एवं प्रतिशत कम भई पूर्णरूपमा सुनिश्चित नभएको भनी विभिन्न क्षेत्र, समुदाय, राजनीतिक दलसमेतबाट सुझाव एवं माग प्राप्त भएको र अब हुने संविधानसभाको निर्वाचन पनि यसअघिको संविधानसभालाई निरन्तरता दिने उद्देश्यले हुने भएकोले उक्त सुझाव र मागसमेतलाई बिचार गरी सो सम्बन्धमा विभिन्न राजनीतिक दलहरूसँग भएको वार्ता तथा राजनीतिक दलहरूबीच भएको सहमतिसमेतका आधारमा उक्त मागलाई सम्बोधन गरी समावेशी र सहभागितामूलक व्यवस्थालाई पूर्ववत् राखी संविधानसभाको निर्वाचनलाई सुनिश्चित गर्न बाधा परी सो बाधा फुकाउन बाञ्छनीय भएकोले,

अर्को संविधानसभा सदस्यको निर्वाचनबाट गठन हुने संविधानसभामा सम्वत् २०६९ साल चैत १ गते संविधानको धारा १५८ बमोजिम बाधा अड्काउ फुकाउने आदेश जारी हुनुभन्दा अघि संविधानको धारा ६३ को उपधारा (३) बमोजिम कायम रहेको संविधानसभाको सदस्य संख्या छ सय एक रहने गरी नेपाल सरकार, मन्त्रिपरिषद्को सिफारिसमा राष्ट्रपतिबाट संविधानको धारा १५८ बमोजिम बाधा अड्काउ फुकाउन नेपाल राजपत्र खण्ड ६२,

संविधानको धारा १५८ मा रहेको बाधा अड्काउ फुकाउने आदेश जारी गर्ने अधिकारको प्रयोग गरी मन्त्रिपरषद्को सिफरिसमा राष्ट्रपतिबाट मिति २०६९।१२।१ मा जारी भएको आदेशबाट २०७० साल मंसिरभित्र अर्को संविधान सभाको निर्वाचन सम्पन्न गर्ने, अर्को संविधान सभाको निर्वाचन सम्पन्न गर्न राजनीतिक सहमतिका आधारमा सर्वोच्च अदालतका प्रधान न्यायाधीशको अध्यक्षतामा मन्त्रिपरिषद्को गठन गर्ने, मन्त्रिपरिषद्मा सबै निजामती सेवाका बिशिष्ट श्रेणीका अवकास प्राप्त व्यक्तिहरुमध्येबाट अध्यक्षले मन्त्रिहरुको नियुक्ति गर्ने, प्रत्यक्ष र समानुपातिकसमेत गरी संविधान सभाका सदस्य संख्या ४९१ कायम गर्ने, प्रधान न्यायाधीश मन्त्रिपरिषद्को अध्यक्ष भएको अवधिभर बरिष्ठतम् न्यायाधीशलाइ कायम मुकाय मुकरर गर्ने, संवैधानिक परषद्मा मन्त्रिपरिषद्का अध्यक्षले तोकेका तीन जना मन्त्री सदस्य रहने र संवैधानिक निकायका पदाधिकारीहरुको नियुक्ति राजनीतिक सहमतिका आधारमा गर्ने, संसदीय सुनुवाईबेगर संवैधानिक पद तथा सर्वोच्च अदालतको न्यायाधीश र राजदुतको पदमा नियुक्ति गर्ने, जन्मको आधारमा नागरिकता प्राप्त गर्नेका सन्तानलाई बंशजका आधारमा नागरिकता प्रदान गर्नेलगायतका व्यबस्था गरियो । २०७०।६।१ मा गरिएको बाधा अड्काउ फुकाउको संशोधन आदेशबाट संविधान सभा सदस्य संख्या पुनः ६०१ नै कायम गरियो । पहिलो संविधान सभाबाट संविधान निर्माण हुन नसकी अवधि सकिएपछि स्वतः बिघटन भएकोले संविधानको भावना अनुसार अर्को संविधान सभाको निर्वाचन गरी नयाँ संविधान निर्माण गर्न संविधानमा रहेको बाधा अड्काउ फ्काउन आवश्यक भएपनि सो आदेशमा समावेश थुप्रै प्रावधानहरु बिवादित रहे ।

संविधान सभाले गरेको संविधानको संशोधनको प्रकृति हेर्दा पहिलो, चौथो र पाँचौं सशोधनबाहेक अन्य संशोधनहरु संवैधानिक विकासमा खासै महत्व पुऱ्याउने खालका छैनन्, बरु तत्काल सिर्जना भएका प्रक्रियागत कुराहरु मिलाउनलाई संशोधन गरिएको देखिन्छ ।[४५] संविधानको पटक पटकको खारेजी र

अतिरिक्ताङ्क २४, चैत १, २०६९ मा प्रकाशित बाधा अड्काउ फुकाउन जारी भएको आदेशको प्रकरण नं. १० र ११ खारेज गर्ने गरी यो आदेश जारी भएको छ ।

सम्माननीय राष्ट्रपति डा. रामवरण यादवबाट नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ को धारा १५८ बमोजिम मन्त्रिपरिषद्को सिफारिसको आधारमा उपर्युक्त आदेश जारी भएकोले यो विज्ञप्ति प्रकाशन गरिएको छ । २०७० असोज १, http://presidentofnepal.gov.np/Contents/2070-asoj-2309;-2360;-2379;-2332;-.html

[४५] पहिलो संशोधनले राज्य संरचनामा समानुपातिक समावेशीका आधारमा सहभागी बिभिनन बर्ग, क्षेत्रलाई सहभागी गराउने, लोकतान्त्रिक संघीय शासन प्रणाली घोषणा गर्ने,, संविधान सभाको निर्वाचनको लागि सिट संख्या थप गर्ने, निर्वाचन क्षेत्र निर्धारण आयोगको गठन गर्ने लगायतका व्यवस्था गरेको थियो । दोस्रो संशोधनले संविधान सभाको निर्वाचन संविधानमा उल्लेख भएको समयमा नभएकोले निर्वाचनको मिति संशोधन, निर्वाचन क्षेत्र निर्धारण आयोगको सिफारिस प्रतिवेदनलाई सरकारले आयोगलाई एकपटक पुनरावलोकन गर्न अनुरोध गर्ने, गणतन्त्र कार्यान्वयन नभएसम्मको लागि राष्ट्रप्रमुखको काम प्रधानमन्त्रीले गर्ने जस्ता कुरा समावेश गरेको थियो । तेस्रो संशोधनले संविधान सभाको निर्वाचनको मिति सार्ने सम्बन्धी, संविधान सभामा सदस्य सिट संख्यामा बृद्धि सम्बन्धी संशोधन, चौथो संशोधनले राजतन्त्रको बिधिवत अन्त्य र संघीय लोकतान्त्रिक गणतन्त्रात्मक राज्यको घोषण, राष्ट्रपति र उपराष्ट्रपति संम्बन्धी व्यवस्था, बहुमत मात्रबाट प्रधानमन्त्री निर्वाचन हुन सक्ने व्यवस्था, राष्ट्रप्रमुखको रुपमा प्रधानमन्त्रीको ठाउंमा राष्ट्रपतिको व्यवस्था गऱ्यो । पाँचौं संशोधनले संविधान सभामा अन्य राजनीतिक दलको समेत उपस्थिति रहेको सन्दर्भमा अस्तित्वमा आएका ती दलसमेतसंगको समन्वय र सहकार्यमा काम गर्ने संस्कृतिको बिकास गर्ने, व्यवस्थापिका-संसदमा बिपक्षी दलको व्यवस्थालाई अझ स्पष्ट गरिएको, संविधान सभाका अध्यक्ष र उपाध्यक्षको निर्वाचन, मधेशी...लगायतका जनताको स्वायत्त प्रदेशको चाहनालाई स्वीकार गरी नेपाल एक संघीय लोकतान्त्रिक गणतन्त्रात्मक राज्य हुने, प्रदेशहरु स्वायत्त र अधिकार सम्पन्न हुने तथा स्वायत्त प्रदेशहरुको सीमा, संख्या, नाम, संरचना, केन्द्र र प्रदेशहरुबीचमा साधन स्रोत र

नयाँ संविधान जारी भन्दा समयानुकूल संशोधन उपयुक्त हुन्छ । तर सामान्य कानुन सरह त्यसमा पनि अन्तरिम संविधानमा भएको पटक पटकको संशोधनले निश्चय नै संवैधानिक विकासमा सघाउ पुऱ्याउन सक्तैनथ्यो । त्यसमा पनि संवैधानिक व्यवस्था गर्ने तर कार्यान्वयन नगर्ने परिपाटीले त संवैधानिक परिपाटी उपर नै बितृष्णा पैदा गर्न सक्तछ । नेपालको अन्तरिम संविधानमा पनि महत्वाकांक्षी व्यवस्थाहरु राखियो तर कार्यान्वयन अवस्था कमजोर रह्यो ।

२.७ नेपालको संविधान (२०७२)

सार्वभौमसत्ता सम्पन्न नेपाली जनताले संविधान सभामार्फत पारित गरी २०७२ साल असोज ३ गते जारी भई लागू भएको वर्तमान नेपालको संविधानमा २०७२।११।१६ मा पहिलो संशोधन भइसकेको छ र प्रदेशभित्र रहेका प्रत्येक जिल्ला निर्वाचन क्षेत्र निर्धारण गर्दा प्रतिनिधित्वको लागि जनसंख्यालाई मुख्य र भूगोललाई दोस्रो आधार मानी संघीय कानुन बमोजिम प्रदेशमा निर्वाचन क्षेत्र निर्धारण गरिनेछ र प्रदेशभित्र रहेका प्रत्येक जिल्लामा कम्तीमा एक निर्वाचन क्षेत्र रहने प्रबन्ध संशोधनबाट गरियो । यसबाहेक अरु थप बिषयमा संशोधनको आवाजहरु पनि आइरहेका छन् । यो संविधानका मूलभूत पक्षहरु देहायबमोजिम रहेका छन् :–

१. नेपाललाई धर्म निरपेक्ष, समावेसी, लोकतन्त्रात्मक, समाजवाद उन्मुख, संघीय लोकतान्त्रिक गणतन्त्रात्मक राज्यको रुपमा संविधानमा स्थापित गरिएको छ ।

२. साविकमा बंशजको वा जन्मको आधारमा निज वा निजको बावु वा आमा, बाजे वा बजै नेपालको नागरिक रही पछि दक्षिण एशियाली क्षेत्रीय सहयोग संगठनको सदस्य राष्ट्रबाहेकका देशमा बसोबास गरी नागरिकता प्राप्त गरेको व्यक्तिलाई संघीय कानुन बमोजिम आर्थिक, सामाजिक र सांस्कृतिक अधिकार उपभोग गर्न पाउने गरी नेपालको गैरआवासीय नागरिकता प्रदान गर्न सकिने संवैधानिक प्रबन्ध रहेको छ ।

३. वर्तमान संविधानमा नागरिकता तथा व्यक्तिका मौलिक हकको संख्यामा साबिक भन्दा बिस्तार गरिएको छ । खाद्य र खाद्य सम्प्रभुताको हक, आवासको हक, दलितको हक, ज्येष्ठ नागरिकको हक,उपभोक्ताको हकजस्ता हकहरु मौलिक हकको रुपमा संविधानमा थपिएका छन् । संविधानमा मौलिक हकहरु थपिए तर मौलिक हकको उचाई घट्यो, मौलिक हक मौलिक रहेन, *कानुनमा*

अधिकारको बाँडफाँड संविधान सभाबाट निर्धारण गरिने लगायतका व्यवस्था समावेश भयो । छैठौं संशोधनले व्यवस्थापिका-संसदको बिशेष अबिधेशन राष्ट्रपतिले बोलाउने लगायत संशोधन गरेको छ भने सातौं संशोधनले संविधान बमोजिम उपराष्ट्रपतिले देवनागरी लिपीको नेपाली भाषामा सपथ लिन ईन्कार गरेपछि परेको बिवादमा सर्वोच्च अदालतले संविधान बमोजिम नेपाली भाषामा सपथ नलिए सो पदमा निर्वाचित उपराष्ट्रपति परमानन्द झा कायम रहेको मान्न नमिल्ने भनी गरेको फैसला पश्चात सो फैसलालाई निश्क्रिय बनाउने गरी मातृभाषामा सपथ लिन चाहेमा लिन सक्ने व्यवस्था गऱ्यो । मिति २०६७।२।१३ सम्म संविधान सभाले संविधानले निर्धारण गरेको मितिमा संविधान निर्माणको कार्य सम्पन्न गर्न नसकी अनिश्चयको अवस्था रहेकोमा तत्काल कायम रहेको सरकार परिवर्तन, लडाकू समायोजन तथा शान्ति सम्झौताको कार्यान्वयन गर्ने शर्तमा संविधान सभाको निर्धारित कार्यकाल दुई बर्षलाई तीनबर्ष बनाउने गरी आठौं संशोधन भयो । नवौं र दशौं संशोधनले संविधान सभाको कार्यकालबारे संशोधन गरेको थियो भने एघारौं संशोधनले धारा ६४ मा संशोधन गरी संविधान सभाको कार्यकाल चारबर्षको हुने प्रावधान राख्यो । बाहौं संशोधनले धारा ७० को बिधेयक पारित गर्ने बिधिमा संशोधन गरी केही लचकता प्रदान गरेको छ ।

व्यवस्था भएबमोजिम यस्ता हकको प्रयोग र प्रचलन हुनेछ भनने जस्ता प्रावधानका कारण धेरै मौलिक हकहरु कानुनी हकमा रुपान्तरित हुन पुगेका छन् । त्यसै भएर संविधानको धारा ४७ मा यस भागद्वारा प्रदत्त हकहरुको कार्यान्वयनको लागि आवश्यकताअनुसार राज्यले यो संविधान प्रारम्भ भएको तीन बर्षभित्र कानुनी व्यवस्था गर्ने प्रावधान राखिएको छ ।

४. मौलिक हकमा बिस्तारसंगै वर्तमान संविधानमा नागरिकका कर्तब्य पनि समावेस गरिएको छ । राष्ट्रप्रति निष्ठावान हुंदै नेपालको राष्ट्रियता, सार्वभौमसत्ता र अखण्डताको रक्षा गर्नु, संविधान र कानुनको पालना गर्नु, राज्यले चाहेका बखत अनिवार्य सेवा गर्नु नागरिकका कर्तब्य हुने भनिएको छ । नेपालको संविधान २०१९ पछिका दुईवटा संविधानहरुमा नागरिकका कर्तब्य जस्ता प्रबन्ध गरिएको थिएन ।

५. राज्यका निर्देशक सिद्धान्त, नीति र दायित्व राज्य सञ्चालनका लागि मार्गनिर्देशनका रुपमा रहन्छन् । यो संविधानमा बिगतका संविधानमा भन्दा राज्यका नीतिहरुहरुबारे बृहद्रुपमा उल्लेख गरिएको छ । साथै राज्यका निर्देशक सिद्धान्त, नीति र दायित्व कार्यान्वयनका सम्बन्धमा गरेका काम र प्राप्त उपलब्धीसहितको बार्षिक प्रतिवेदन सरकारले राष्ट्रपति समक्ष पेश गर्ने प्रावधान पहिलो पटक गरिएको छ । यस्तो प्रतिवेदन प्रधानमन्त्रीमार्फत राष्ट्रपतिले संसद समक्ष पेश गर्ने ब्यवस्था गरिएको छ । राज्यका निर्देशक सिद्धान्त, नीति र दायित्वको प्रगतिशील कार्यान्वयन भए नभएको अनुगमन र मूल्याङ्कन गर्न संघीय संसदमा एक समिति रहने प्रबन्ध गरिएको छ ।

५. बिगतका आन्दोलन र संघर्षको परिणामस्वरुप संक्रमणकालिन ब्यवस्थापनको दस्तावेजको रुपमा जारी भएको नेपालको अन्तरिम संविधान २०६३ को जगमा जारी भएको यो संविधानले राज्य शक्तिको संरचनामा आमूल परिवर्तन गरेको छ । संघीय लोकतान्त्रिक गणतन्त्र नेपालको मूल संरचना संघ, प्रदेश र स्थानीय तह गरी तीन तहको हुने भनी संघीय, प्रदेशस्तरीय र स्थानीय तहमा राज्य शक्तिको अधिकार रहने गरी अनुसूचीमा अधिकारको बाँडफाँटको प्रबन्ध छ । संविधान र संघीय कानुनको मार्गदर्शन र अधीनमा रही प्रदेश र स्थानीय तहले कार्यपालिकी र बिधायिकी अधिकारको प्रयोग गर्न सक्नेछन् । संघ र प्रदेशबीच तथा प्रदेश-प्रदेशबीच उत्पन्न राजनीतिक बिवाद समाधान गर्न प्रधानमन्धीको अध्यक्षतामा अन्तर प्रदेश परिषद् रहने ब्यवस्था छ ।

६. राष्ट्रपति र उपराष्ट्रपतिको निर्वाचन फरक फरक लिङ्ग वा समुदायको प्रतिनिधित्व हुने गरी गर्नुपर्ने ब्यवस्था छ । प्रत्येक प्रदेशमा नेपाल सरकारको प्रतिनिधिको रुपमा प्रदेश प्रमुख रहने छन् ।

७. कार्यकारिणीलाई संसदप्रति उत्तरदायी बनाउने प्रबन्धहरु–प्रतिनिधि सभामा बहुमत प्राप्त संसदीय दलको नेता प्रधानमन्त्री हुने, अन्य दलको समर्थनमा वा संसदमा सबैभन्दा बढी सदस्यहरु भएको संसदीय दलको नेता प्रधानमन्त्री नियुक्त भएमा प्रतिनिधि सभाबाट बिश्वासको मत लिनुपर्ने, प्रधानमन्त्रीले प्रतिनिधि सभा बिघटन गर्न सक्ने, प्रधानमन्त्री उपर अबिश्वास प्रस्ताव पेश गर्न सक्ने, प्रधानमन्त्री र मन्त्रीहरु सामुहिकरुपमा संघीय संसदप्रति उत्तरदायी हुने–बन्दोबस्त गरिएको मात्रै होइन, मिलीजुली सरकारलाई जसरी भएपनि टिकाउन जतिपनि संख्याका मन्त्रीहरु बनाउने गरिएको बिगतको बेथितिलाई न्यून गर्न संसदका सदस्यहरुमध्येबाट समावेशी सिद्धान्तबमोजिम प्रधानमन्त्रीसहित बढीमा पच्चीस जना मन्त्री रहेको मन्त्रीपरिषद् रहने ब्यवस्था छ । यस्तै प्रदेशमा

मुख्य मन्त्री सहित प्रदेश सभाका कूल सदस्य संख्याको बीस प्रतिशतभन्दा बढी नहुने गरी प्रदेश मन्त्रीपरिषद् गठन हुने भनिएको छ संविधानमा ।

८. नेपालको न्याय सम्बन्धी अधिकार यो संविधान, अन्य कानुन र न्यायका मान्य सिद्धान्तबमोजिम अदालत र न्यायिक निकायबाट प्रयोग हुनेछ । नेपालमा सर्वोच्च अदालत, उच्च अदालत र जिल्ला अदालत गरी तीन तहको अदालत रहने, सो बाहेक कानुनबमोजिम मुद्दा हेर्न स्थानीय स्तरमा न्यायिक निकाय वा विबाद समाधानका बैकल्पिक उपाय अवलम्बन गर्नआवश्यकतानुसार अन्य निकाय गठन गर्न सकिनेछ । त्यस्तै गाउपालिका वा नगरपालिकामा न्यायिक समिति रहने प्रबन्ध पनि संविधानमै गरिएको छ । साबिकको पुनरावेदन अदालतलाई कानुन प्रदत्त हकको प्रचलन गराउन सक्ने अधिकार रहेकोमा वर्तमान संविधानमा उच्च अदालतलाई कानुनी हकको प्रचलनको अतिरिक्त संविधान प्रदत्त मौलिक हकको प्रचलन गराउन सक्ने अधिकार प्रदान गरी मौलिक हकको प्रचलनमा सर्वोच्च अदालतलाई भए सरहको अधिकार उच्च अदालतलाई प्रदान गरिएको छ । तर संविधानसंग कुनै संघीय कानुन, प्रादेशिक कानुन वा स्थानीय तहले निर्माण गरेको कानुन बाझिएको भनी पर्ने रिट निवेदन हेर्ने क्षेत्राधिकार सर्वोच्च अदालतलाई मात्रै छ । सर्वोच्च अदालतमा रहने संवैधानिक इजलासले यस्तो बिवादको निरुपण गर्ने अख्तियार राख्दछ । यस्तो कानुन संविधानसंग बाझिएको भन्ने बिवाद, संघ र प्रदेश, प्रदेश–प्रदेश, प्रदेश-स्थानीय तह तथा स्थानीय तहहरुबीचको अधिकारक्षेत्रको बारेमा भएको बिवाद, तीनै तहका संसदका सदस्यहरुको अयोग्यतासम्बन्धी बिवाद हेर्न प्रधान न्यायाधीशसहित न्यायपरिषद्को सिफारिसमा प्रधान न्यायाधीशले तोकेका अन्य चार जना न्यायाधीश रहेको संवैधानिक इजलासले हेर्ने गरी संवैधानिक प्रबन्ध गरिएको छ । साबिकमा सर्वोच्च अदालतको बिशेष इजलासले हेर्ने गरी कानुनी प्रबन्ध गरिएको यस्तो अधिकारको प्रयोग गर्न संवैधानिक अदालतको आवश्यकता रहेको भनी एक थरीबाट दृष्टिकोण आइरहेको सन्दर्भमा संवैधानिक इजलासले प्रयोग गर्ने गरी टुंगियो ।

९. बिगतका संविधानमा प्रबन्ध गरिएका संवैधानिक निकायहरुको अतिरिक्त राष्ट्रिय मानव अधिकार आयोगलाई संवैधानिक निकायको रुप दिइएको छ भने राष्ट्रिय प्राकृतिक स्रोत तथा बित्त आयोगलाई संवैधानिक निकायको रुपमा थप गरिएको छ । त्यस्तै अन्य केही आयोगहरु–राष्ट्रिय महिला आयोग, राष्ट्रिय दलित आयोग, समावेसी आयोग, आदिवासी जनजाती आयोग, मधेशी आयोग, थारु आयोग र मुश्लिम आयोगलाई संवैधानिक निकायकोरुपमा स्थापित गरिएको छ । राष्ट्रिय मानव अधिकार आयोगको एकीकृत छाताभित्र एक महाशाखाको रुपमा रहन सक्ने अवस्थामा छुट्टाछुट्टै संवैधानिक निकाय गठन गर्ने संरचनागत प्रबन्ध गरी बोझिलो संरचनाको रचना गरिएको छ । त्यसमा पनि संवैधानिक निकायको परिभाषा नै संविधानमा गरिएको छ । तर कार्यप्रकृतिले संवैधानिक निकायको रुपमा रहन सक्ने न्यायपरिषद, न्याय सेवा आयोगजस्ता बिगतदेखिका संरचनालाई भने संवैधानिक निकायको परिभाषाभित्र पारिएको छैन । संवैधानिक निकायका प्रमुख र पदाधिकारी संघीय संसदप्रति उत्तरदायी र जवाफदेही रहनुपर्ने, राष्ट्रिय मानव अधिकार आयोगबाहेकका अन्य संवैधानिक निकायको प्रतिवेदनलगायतका कामकारवाहीको अनुगमन र मूल्याङ्कन प्रतिनिधि सभाका समितिले गर्न सक्ने ब्यवस्था छ ।

३. निष्कर्ष

माथि उल्लेख गरिएबमोजिम बिगतका संविधानहरुभन्दा बृहत र थप पृथक ब्यवस्था पछिल्लो संविधानमा गरिएका छन् । नागरिकका हक अधिकार थपिएका छन्, संरचनाहरु ब्यापकरुपमा परिवर्तन वा थप गरिएका छन्, राज्यका निकायलाई जनताप्रति जिम्मेवार र उत्तरदायी बनाउन पर्याप्त संवैधानिक प्रवन्धहरु गरिएका छन् । संविधानमा गरिएका संक्रमणकालिन प्रबन्धहरुको प्रयोग र कार्यान्वयन भएसकेका छन् । संविधानका अन्य प्रबन्धहरुको क्रमशः कार्यान्वयन हुदैछन्, हुंदै जालान् । तर संवैधानिक ब्यवस्था र पद्दतिलाई यसका पात्रहरुको ब्यवहारले परिस्कृत गर्दै लैजान्छ । संबैधानिक ब्यवस्थाको कार्यान्वयनका पात्रहरुले संविधानको आफूखुसी ब्याख्या गरी कार्यान्वयन गर्ने वा नगर्ने अवस्था सिर्जना हुंदै गएमा परिणाम संवैधानिक विकासको बिपरीत हुन पुग्दछ । संविधानमा समयानुकूल संशोधन आवश्यक मात्र होइन, अपरिहार्य पनि हुन्छ । तर सामान्य ऐन कानुनमा गरिने भन्दा छिटो छिटो पटक पटकको संशोधनले संविधानको शक्तिलाई कमजोर तुल्याउन सक्तछ । संशोधनको अधिकारको नाममा संविधानका आदर्श, भावना र मर्मलाई नै क्षतबिक्षत पार्ने गरी गरिने संशोधनले संवैधानिक विकासमा गतिरोध पैदा गर्न सक्तछ । त्यसैले संवैधानिक विकासको लागि संविधानमा आवश्यकतानुसार न्यूनतम संशोधन हुन सक्ला तर अधिकतमरुपमा संवैधानिक पद्दतिको विकासबाट नै संविधान परिस्कृत र परिमार्जित हुंदै जान्छ । कार्यान्वयन गर्ने पात्रहरुबाट संविधानका भावना र अक्षरहरुको इमान्दारीपूर्वक प्रयोग र कार्यान्वयन हुंदै गर्दा संवैधानिक पद्दतिको विकास भई अन्ततः संविधानले पनि दीगोपना प्राप्त गर्ने बैध अपेक्षा गर्न सकिन्छ ।

सन्दर्भ सामग्री

- नेपालको संवैधानिक इतिहास र संवैधानिक अभिलेखहरु, टोपबहादुर सिंह,पैरबी प्रकाशन, काठमाण्डौ ।
- नेपालको संविधान (२०७२)
- नेपालको अन्तरिम संविधान २०६३ र यसमा पटक पटक भएका संशोधनहरु तथा सो अघिका संविधानहरु
- कानुन (अंक ८,१३,२२)–कानुन ब्यवसायी क्लब, काठमाण्डौ
- बिभिन्न पत्रपत्रिकामा प्रकाशित समाचारहरु ।

संघीय संरचनामा संघ र प्रदेशबीचको सम्बन्ध

✍ पद्मप्रसाद पाण्डेय♦

परिचय

विश्वमा संघीय प्रणाली शुत्रपात मूलतः दुई कारणले भएको देखिन्छ। पहिलो, छरिएर रहेका राज्यहरुलाई एकत्रित गरी (Coming Together) शत्रु राष्ट्रबाट सामुहिकरुपमा आफूहरुलाई सुरक्षित राख्न र दोस्रो, फरक आकांक्षा बोकेका सबै नागरिकलाई राष्ट्रप्रति अपनत्वको भावना सिर्जना गरी देशलाई टुक्रिनबाट बचाई एक ठाउँमा राख्न (Staying Together)।

पहिलो कारणबाट संघीयता अपनाउने देशमा अमेरिका पर्दछ भने दोस्रोमा भारत। नेपाल सानो र आर्थिकरुपमा कमजोर रहेको र २०६२/६३ को जनआन्दोलनको क्रममा संघीयताको माग नउठेको भएपनि मधेश आन्दोलन र केही जातीय आन्दोलनका क्रममा दोस्रो तर्ककारुपमा नेपालमा संघीयताको माग भयो, जसको फलस्वरुप नेपालको संविधान (२०७२) ले देशलाई सातवटा प्रदेशमा बिभाजन गरी देशलाई संघीय प्रणालीमा प्रबेश गरायो।

संघीय संरचनामा संघ र प्रदेश दुईवटा छुट्टाछुट्टै सरकार[1] हुने र ती सरकारहरुको बीच अधिकारको बिभाजन हुने भएकोले अधिकारको प्रयोगको बिषयमा संघ र प्रदेश एवं प्रदेश–प्रदेशबीच द्वन्द्वहरु सिर्जना हुने गर्दछ। अमेरिका र भारतको अनुभवलाई हेर्ने हो भने प्राकृतिक सम्पदा खासगरी पानीको उपभोग र कर सम्बन्धी बिवादहरु अत्यधिकरुपमा उत्पन्न भएको देखिन्छ। यस्ता द्वन्द्वहरुको समाधान गर्न बिभिन्न उपायहरु अपनाईएको पनि पाईन्छ। संघ र प्रदेश वा प्रदेश–प्रदेशबीच उत्पन्न भएका बिवादहरु आपसी छलफलबाट समाधान गर्ने, यस्ता बिवाद उत्पन्न नहोस् भन्नको लागी वा बिवाद भएमा ती बिवादहरुको समाधान गर्न अन्तर-प्रदेश परिषद् वा यस्तै निकायको स्थापना गरी त्यसको माध्यमबाट समाधान गर्ने र न्यायिक समाधान जस्ता उपायहरु नै बिवाद समाधानमा देखिएका प्रचलनहरु हुन्।

♦ नायब महान्यायाधिवक्ता, महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय ।

१ नेपालको सन्दर्भमा स्थानीय सरकार समेत गरी तीनतहको सरकार।

संघीयताको परिचय

संघीयताका जन्मदाता Johannes Althusius (१५५७-१६३०) लाई लिइन्छ। उनले सन् १६०३ मा आफ्नो शहर इमडेनलाई फ्रान्सबाट छुट्याउने मनसायले यो सिद्धान्तको बिकास गरेका थिए।विश्वमा पहिलो संघीय राज्य अमेरिकालाई मानिन्छ, जुन सन् १७८७ सेप्ट्म्बर १७ मा अमेरिकी संविधानमा हस्ताक्षर भएपछि[2] प्रारंभ भएको थियो।

संघीयता अर्थात अंग्रेजीमा प्रयुक्त भएको Federalism भन्ने शव्दको जन्म ल्याटिन शव्द "foedus" बाट भएको मानिन्छ, जसको अर्थ 'League' अथवा "bound together" अर्थात "संघ" वा "बाँधिनु" भन्ने हुन्छ। शाव्दिक अर्थमा संघीयता भन्नाले सन्धि वा संझौता भन्ने बुझिन्छ। अर्को अर्थमा राज्यशक्तिलाई सरकारको केन्द्रीय इकाईमा मात्र नराखी केन्द्रीय निकाय र बिभिन्न ईकाइहरुबीच गरिने शक्तिको बाँडफाँड (Ways of division of power) लाई संघीयता भन्ने बुझिन्छ। हुनत राज्यशक्तिलाई बिभिन्न निकायका बीच बाँडफाँड गर्ने बिभिन्न तरिकाहरु छन्।जस्तैः अधिकार प्रत्यायोजन (Delegation), बिकेन्द्रकरण (decentralization), अधिकारको हस्तान्तरण (devolution), संघीयता (federalism) आदि। अगिल्ला तीन तरिकाहरु कानूनतः वा सरकारको निर्णयको आधारमा केन्द्रमा निहित शक्तिलाई मातहतका निकायमा हस्तान्तरण गर्ने कार्यलाई बुझाउँछ भने पछिल्लो तरिका यी तीन तरिकाभन्दा बढी सशक्त मानिन्छ, जसमा शक्तिको हस्तान्तरण नभै संविधानत राज्यशक्तिलाई केन्द्र र राज्यको बीचमा बाँडफाँड गरिएको (Division of power between centre and states) हुन्छ। Jean Jacques Rousseau को सामाजिक संझौताको शिद्धान्त (Theory of Social Contract) अनुसार बिभिन्न राज्यहरुले एकताको लागि गरेको एक प्रकारको संझौता (It is a kind of agreement to be unified) नै संघीयता हो।

३. संघीय संरचनाको आवश्यकता

संघीय प्रणाली अपनाएका सबै मुलुकहरुले एकै प्रकारको आवश्यकताको कारणबाट संघीयताको थालनी गरेको भन्न सकिँदैन। सबैका आ-आफ्नै कारण र आवश्यकता रहेको पाईन्छ। खासगरी केन्द्र सरकार र राजयहरुबीच राज्यशक्तिको बाँडफाँड गर्नु नै संघीयताको मुख्य आवश्यकता हो। यसका अतिरिक्त बिभिन्न समुदायहरुलाई राज्यको नीति निर्माणमा सहभागी बनाउने; राजनैतिक, साँस्कृतिक, आर्थिक स्वायत्तता र अधिकार प्रदान गर्ने; सवैको भाषा, धर्म, परम्पराको संरक्षण गर्ने, अनेकताभित्र एकता कायम गर्ने, सवै राज्यहरुबीच एकता कायम गर्ने लगायतका उद्देश्य पुरा गर्न संघीय संरचना आवश्यक ठानिन्छ। यस बाहेक पनि खासगरी गरीब मुलुकहरुमा बिकासको ऐजेण्डा नभएका राजनैतिक दलहरुले जनतालाई

---

[२] संविधान सन् १७८९ मार्च ४ मा लागू भएको थियो।

आफ्नो दलतर्फ आकर्षित गर्न र धेरै पदहरु सिर्जना गरी कार्यकर्ताहरुको व्यवस्थापन गर्न पनि संघीय संरचनाको आवश्यकता महशुस गरिन्छ।

४. संघीय व्यवस्थाका दोषहरु

भौगोलिकरुपमा ज्यादै ठुला देशहरुको लागि राज्य सञ्चालन गर्न संघीय व्यवस्थाले निकै सहयोग पुऱ्याउँछ। तर, साना एवं गरिब राष्ट्रहरुको लागि संघीय प्रणाली अफापशिद्ध नै हुन्छ। खासगरी यो प्रणाली ज्यादै खर्चिलो भएकोले खर्च धान्न कठीन हुने, जनतालाई दोहोरो र बढी करको भार पर्न जाने, सबै राज्यहरुलाई व्यवस्थित गर्न कठीन हुने, क्षेत्रीय असन्तुलनको खतरा बढ्ने, बिभिन्न बर्ग र समुदायहरुका बीच द्वन्द बढ्न सक्ने, गरीबी झन बढ्न सक्ने, स्थानीय र क्षेत्रीय सामन्तको जन्म हुन सक्ने जस्ता खतराहरु देखिन्छन्। यसका अतिरिक्त रुवाण्डा, इथियोपियाजस्ता देशहरुमा संघीयताले गृह युद्धनै निम्त्यायो भने तत्कालीन सोभियत संघ, युगोस्लाभिया र चेकोस्लोभाकियाजस्ता देशहरुलाई बिभाजनसम्मको अवस्थामा पुऱ्यायो।

५. विश्वका संघीय देशहरु

बिश्वका १९५ मुलुकहरु[3] मध्ये अर्जेण्टिना (२३ प्रोभिन्सहरु), अष्ट्रेलिया (६ राज्य), अस्ट्रिया (९ लानडर वा बंडेसलेन्डर), बेल्जियम (३ समुदायहरू, ३ क्षेत्रहरू), बोस्निया र हर्जेगोविना (२ इकाईहरू, जसमध्ये एक इकाईमा १० क्यान्टनहरू), ब्राजिल (२७ फेडरल एकाइ), क्यानाडा (१० प्रोभिन्सहरु), कोमोरोस (३ द्वीप), ईथियोपिया (९ क्षेत्र), जर्मनी (१६ लन्डर वा बंडेसलेन्डर), भारत (२९ राज्य), इराक (प्रोभिन्स), मलेशिया (१३ राज्य), संयुक्त मेक्सिकन राज्य (३२ संघीय संस्थाहरू), माइक्रोनेशिया (४ राज्य), नेपाल (७ प्रदेश), नाइजीरिया (३६ राज्य), पाकिस्तान (४ प्रान्त), रूसी संघ (४६ ओलट्ट, २२ गणतान्त्रिक, ९ किरिस, ४ स्वायत्त ओक्राग्स, ३ संघीय स्तरका शहरहरु, १ स्वायत्त ओबामा), सेन्ट किट्स र नेविस (२ द्वीप), सोमालिया (१८ क्षेत्र), दक्षिण सुडान (३२ राज्य), गणतन्त्र सूडान (१७ राज्य), स्विस संघ (२६ क्यान्टोन), संयुक्त अरब ईमिरेट्स (७ ईमिरेट्स), संयुक्त राज्य अमेरिका (५० राज्य) र बोलिभरी गणतन्त्र भेनेजुएला (२३ राज्य) गरी २७ वटा देशहरुले संघीय प्रणाली अपनाएका छन्।

विश्वका अधिकांश देशहरुले बिभिन्न राज्य, क्यान्टोन वा यस्तै ईकाइहरु मिलाएर संघीय प्रणाली अपनाएका हुन। तर बेल्जियम, स्पेन, सुडान, इथियोपिया र नेपालजस्ता देशहरु भने एकात्मक राज्य प्रणालीबाट संघीयतामा गएका देशहरु हुन्।

संघीयताको परिणाम देश टुक्रिन सक्ने खतरा पनि रहन्छ भन्ने कुरा बिश्वको ईतिहासबाट प्रष्ट हुन्छ। United Provinces of Central America, Confederate States of America, Malayan Federal States,

---

[३] संयुक्त राष्ट्रसंघका १९३ सदस्य राष्ट्रहरु एवं सदस्य नभएका Holy See र Palestine गरी। Source: http://www.un.org/en/member-states/index.html [Visited on 19 October 2018]

Federation of Arab Republics, Federation of South Arabia, West Indies Federation, Imperial Federation, French West Africa, Mali Federation, Police-Lithuania Commonwealth, Federation of Rhodesia and Nyasaland, Union of Soviet Socialist Republic, Czechoslovakia, Socialist Federal Republic of Yugoslavia , India (India र Pakistan), Pakistan (Bangladesh र Pakistan), Malaysia (Malaysia र Singapore), Ethiopia (Eretria र Ethiopia) आदि देशहरु संघीय प्रणालीको स्वरुप टुक्रिएका मुलुकहरु हुन।

केही कोणबाट संघीयतालाई राष्ट्रका सम्पुर्ण समाधानको अचूक उपायको रुपमा बहस हुने गरेको पनि पाईछ, तर विश्व ईतिहासले यसलाई गलत साबित गरिदिएको छ। विश्वका कैयौ मुलुकहरु संघीयताको तीतो अनुभवबाट भत्किएको ईतिहास समेत रहेको छ। यस्ता देशहरुमा डच रिपब्लिक (सन् १५८१-१७९५), हाइटी (सन् १८०६-१८११ र फेरि सन् १८२२-१८४४), ग्रेट कोलम्बिया (सन् १८१९-१८३१ र पुनः सन् १८६३-१८८६), संघीय गणतन्त्र मध्य अमेरिका (सन् १८२३-१८३८), मेक्सिको (सन् १८२४-१८३५) , चीन (सन् १९१२-१९४९), गणतंत्र पर्वत उत्तरी काकेशस (सन् १९१७-१९२० र पुनः सन् १९८९-२०००), जर्मनी (सन् १९१९-१९३३), पूर्वी जर्मनी (सन् १९४९-१९५२), रूसी एसएफएसआर (सन् १९१७-१९९३), सोबियत संघ (सन् १९२२-१९९१), यूगोस्लाविया (सन् १९४५-१९९२), युगोस्लाव संघीय गणराज्य (सन् १९९२-२००३), सर्बिया र मन्टेनेग्रो (सन् २००३-२००६), बर्मा (सन् १९४८-१९६२), इंडोनेशिया (सन् १९४९-१९५०), क्यामरून (सन् १९६१-१९७२), दक्षिण अफ्रीका (सन् १९६१-१९९४), चेकोस्लोवाकिया (सन् १०६९-१९९० र पुनः सन् १९९०-१९९२), टर्कीस साइप्रस (सन् १९७५-१९८३) रहेका छन्।

विश्वमा कैयौं यस्ता देशहरु छन् जसले व्यापक बहस पछि संघीयतालाई इन्कार गरे। यसरी संघीयता अस्वीकार गर्नेमा बेलायत, इटली, अफगानिस्तान, फिलिपिन्स, इन्डोनेसिया, तान्जानिया, ईराक एवं अन्य थुप्रै अफ्रिकी राष्ट्रहरु रहेका छन्।

६. संयुक्त राज्य अमेरिकाको संघीय प्रणाली

संयुक्त राज्य अमेरिका क्षेत्रफलको आधारमा रसिया र क्यानाडा पछिको विश्वको तेस्रो ठुलो मुलुक हो भने जनसंख्याको आधारमा हेर्दा चीन र भारत पछिको तेस्रो ठुलो मुलुक हो। यसको जम्मा क्षेत्रफल ९८ लाख ४१ हजार ९५५ बर्ग किलोमिटर रहेको छ भने यसको जनसंख्या ३२ करोड ५० लाख भन्दा बढी रहेको छ। यसरी क्षेत्रफल र जनसंख्याको हिसाबले बिशाल मुलुक भएको र छुट्टाछुट्टैरुपमा रहेका राज्यहरु अन्य शत्रु राज्यहरुबाट बच्ने उद्देश्ले यस देशमा संघीय प्रणालीको स्थापना गरिएको हो। यो मुलुकमा पचास राज्यहरु रहेका छन्।

सन् १७८७ सेप्ट्म्बर १७ मा हस्ताक्षर भै १७८९ मार्च ४ मा लागू भएको अमेरिकी संविधानले केन्द्र र राज्यहरुका बीच शक्तिको बाँडफाँड गरेको छ। अमेरिका यस्तो मुलुक हो जहाँ राज्यहरुका आ-आफ्ना छुट्टाछुट्टै संविधानहरु रहेका छन तथापी राज्यका संविधाहरु संघीय संविधान मातहत रहेको मानिन्छ।

६.१ अमेरिकी संघीय संविधान अनुसार अधिकारको बाँडफाँड

अमेरिकी संघीय संविधान अनुसार सो संविधानमा उल्लेख गरिएका बिषयहरुमा संघलाई र बाँकी शक्ति अर्थात अवशिष्ट अधिकार (residuary powers) राज्यहरूलाई प्रदान गरिएको छ, जुन भारतको संघीय प्रणाली भन्दा बिपरित रहेको छ किनकी भारतीय संविधान अनुसार अवशिष्ट अधिकार राज्यहरूमा नभै संघमा रहेको छ। अमेरिकी संविधानमा सन् १७९१ मा भएको दशौं संशोधनले राज्यहरूको लागि आरक्षित (Rights Reserved to States) अधिकारको व्यवस्था गऱ्यो। अमेरिकी संघीय संविधानद्वारा संयुक्त राज्य अमेरिका (संघ) लाई प्रदान नगरिएका अधिकारहरू एवं संविधानबाट प्रष्टरुपमा राज्यहरुलाई प्रयोग गर्नबाट निषेध गरिएका अधिकारहरु बाहेक अन्य सबै अधिकारहरु राज्य वा जनताको लागि आरक्षित गरेको मानिन्छ।[४] यसरी अमेरिकी संविधानले संघको भन्दा राज्यहरुको शक्ति बढी हुने गरी निम्नबमोजिम राज्यशक्तिको बिभाजन गरेको छ;-

संघीय अधिकार (National Authority)

अमेरिकी संविधान अनुसार संघलाई निम्न बमोजिमका अधिकारहरु प्रदान गरिएको छ;-

अ) प्रत्यायोजित अधिकारहरु (Delegated Powers): अमेरिकी संविधानले प्रत्यायोजन गरे बमोजिमका अधिकारहरु संघले प्रयोग गर्दछ।

आ) उल्लेखित/व्यक्त अधिकारहरु (Enumerated/Express Powers): संविधानमा प्रष्ट शव्दमा व्यवस्था गरिएका निम्न बमोजिमका अधिकारहरु;-

- धारा १, दफा ८ को खण्ड १ देखि १८ सम्म उल्लेख गरिएका विधायिकी अधिकारहरु;
- धारा ४, दफा ३ बमोजिम संविधानको पालना गर्नुपर्ने बाध्यात्मक व्यवस्था;
- संविधानको सोह्रौं संशोधन (१९१३) बमोजिम आयमा कर लगाउन र उठाउन पाउने गरी कंग्रेसलाई प्रदान गरेको अधिकार;

---

४ Amendment X (1791) of the American Construction - Rights Reserved to States; The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.

– संविधानमा भएको १३औँ, १४औँ, १५औँ, १९औँ, २३औँ, २४औँ र २६औँ संशोधनमा भएका व्यवस्थाहरुलाई लागू गर्न आवश्यक पर्ने कानून तर्जूमा गर्ने अधिकार;

इ) अव्यक्त अधिकारहरु (Implied Powers): संविधानको सूचीमा उल्लेख नभएको वा प्रष्टरुपमा नलेखिएको भए तापनि व्यक्त वा अव्यक्तरुपमा कंग्रेसलाई प्रत्यायोजन गरिएका अधिकारहरुको आधारमा उचितरुपमा अव्यक्त (*reasonably implied*) अधिकारहरु कंग्रेस र अमेरिकी अदालतलाई प्रदान गरेको मानिन्छ।

ई) अन्तर्निहित अधिकार (Inherent Powers): संविधानद्वारा व्यक्त वा अव्यक्तरुपमा संघलाई प्रदान नगरिएको भएपनि प्रचलन एवं अदालतको व्याख्याबाट संघलाई प्रदान गरिएका अधिकारहरु, जस्तैः बैदेशिक मामला सम्बन्धी बिषय।

राज्यको अधिकार (State Authority)

अमेरिकी संविधानअनुसार संघलाई प्रदान नगरिएका सबै अधिकारहरु राज्यहरुलाई प्राप्त भएको मानिन्छ। संघ वा राज्य कसले प्रयोग गर्ने भन्ने सम्बन्धमा संविधानमा उल्लेख नगरिएका अधिकारहरु नै अवशिष्ट अधिकारहरू (Residual Powers) हुन्, अमेरिकी राज्यहरुलाई प्राप्त छ। यी अधिकारहरु मौलिक, अन्तर्निहित एवं अपरिभाषित हुन्छन्। उदाहरणका लागि यस्ता अधिकारहरुमा राज्यको संविधान लागू गराउने र संशोधन गर्ने; राज्य सरकारलाई व्यवस्थित गर्ने, स्थानीय सरकारको स्थापना र त्यसलाई व्यवस्थित गर्ने; राज्यसीमा भित्र प्रहरी शक्तिको परिचालन जस्तै सार्वजनिक स्वास्थ्य, सार्वजनिक सुरक्षा, सार्वजनिक नैतिकता र सार्वजनिक हितको रक्षा गर्ने; सार्वजनिक शिक्षा अर्थात राज्यको सहयोगमा सञ्चालन भएका कलेजहरू र विश्वविद्यालयहरूलाई प्रदान गरिने कर निर्धारण गर्ने अधिकारहरु पर्दछन्।

साझा अधिकार (Shared Authority)

संयुक्त राज्य अमेरिका र यसका राज्यहरु दुबैले प्रयोग गर्न पाउने साझा अधिकारहरु (Concurrent Powers) को सूची पनि लामै रहेको छ। उदाहरणको लागि करहरु लगाउने र उठाउने; सार्वजनिक खर्चलाई सार्वजनिक हितमा प्रयोग गर्ने, अर्थात् करदाताहरूको पैसा सार्वजनिक कल्याण, वा सामुहिक हितको लागी खर्च गर्ने; सार्वजनिक क्रेडिट मा ऋण लिने; चार्टर बैंक र अन्य कर्पोरेशनहरुको नियमन गर्ने; कानुन बनाउने र लागू गर्ने; अदालत गठन गर्ने; इमिनेन्ट डोमेनको अधिकार प्रयोग गरी सार्वजनिक प्रयोजनको लागि निजी सम्पत्ति प्रप्त गर्ने; राज्यभित्रको व्यापार व्यवसायलाई व्यवस्थित गर्ने जस्तैः राज्यको सीमा भित्र हुने व्यापार र अन्य आर्थिक गतिविधिहरु नियमन गर्ने लगायतका अधिकारहरु संघ र राज्य दुबैले प्रयोग गर्न सक्ने साझा अधिकारका सूची हुन।

६.२ संघको अधिकारमा बढोत्तरी (Expansion of Federal Power)

अमेरिकी संघीय प्रणालीमा संविधान अनुसार राज्यहरुले आफ्नो अधिकार संघलाई प्रदान गरेका हुन्। संघलाई प्रदान नगरिएका अधिकारहरु राज्यहरुले नै प्रयोग गर्न पाउँने (Residuary Power to the State) हुँदा संघभन्दा राज्यमा ज्यादा अधिकार प्राप्त भएपनि केही संवैधानिक व्यवस्था, अभ्यास, परम्परा र अदालतको व्याख्याबाट राज्यहरुलाई भन्दा संघलाई नै ज्यादा अधिकार रहेको छ। यसरी राज्यहरुलाई भन्दा संघलाई बढी अधिकारप्राप्त हुनुको पछाडि निम्न कारणहरु रहेका छन;-

१. संविधानको आवश्यक र उचित खण्डः लचकता खण्ड (Necessary & Proper Clause: Elastic Clause)

संघलाई प्राप्त १७ वटा व्यक्त अधिकारहरु एवं संविधानले केन्द्रीय सरकार वा यसका कुनै बिभाग वा अधिकारीलाई प्रदान गरिएका अधिकारहरुको कार्यान्वयन गर्न आवश्यक र उचित सबै प्रकारका कानुनहरू तर्जूमा गर्ने अधिकार कंग्रेसलाई रहेको छ।[5] यही आधारमा सबैजसो बिषयहरुमा संघले कानूनहरु तर्जूमा गर्ने भएकोले स्वभाबिकरुपमा केन्द्रको अधिकार बढ्दै गएको छ।

२. राष्ट्रिय सर्वोच्चता खण्ड (National Supremacy Clause)

अमेरिकी राज्यहरु सर्वेसर्बा हुने मान्यता राखिएको भएता पनि अमेरिकी संविधान, सोही आधारमा संघले बनाउने कानून, संयुक्त राज्यको अधिकार प्रयोग गरी गरिएका वा गरिने संन्धिहरु मुलुकको सर्वोच्च कानून मानिन्छ र त्यस्तो कानून पालना गर्न प्रत्येक राज्यका न्यायाधीशहरू बाध्य हुन्छन, र यससँग बाझिएको राज्यको संविधान वा कानून सो हदसम्म अमान्य हुन्छ।[6] यो संवैधानिक व्यवस्थाले संघलाई राज्यहरु भन्दा बढी शक्तिसाली बनाएको छ।

३. राज्यको अधिकारमा संघीय संवैधानिक सीमा **(Federal Constitutional Limitations on State Authority)**

अमेरिकी संविधानले राज्यहरुलाई कतिपय अधिकारहरु प्रयोग गर्न नपाउने गरी स्पष्टरुपमा बन्देज लगाएको छ, जसको कारण संघीय अधिकारमा बढोत्तरी हुन पुगेको छ। त्यस्ता सीमाहरु निम्न बमोजिम रहेका छन्;-

---

५ अमेरिकी संविधानको Article I, Section 8, Clause 18 मा भनिएको छ;- "The Congress shall have power ... to make all laws which shall be necessary and proper for carrying into execution the foregoing [17 express, or enumerated] powers, and all other powers vested by this Constitution in the government of the United States, or in any department [branch] or officer thereof."

६ अमेरिकी संविधानको Article VI, Paragraph 2 मा भनिएको छ;- "This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything the constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding."

क. धारा १, दफा १० अनुसार राज्यको अधिकारमा सिमितता (Limitations on State Power)

अ) पूर्ण निषेध (Absolute Prohibitions) गरिएका बिषयहरु: यस अन्तर्गत जम्मा ८ वटा बिषयहरु रहेका छन्, जसमा राज्यले कानून बनाउन सक्दैन। उदाहरणको लागि अन्य राज्यहरुसँग गरिने सन्धी संझौता।

आ) सशर्त निषेध (Conditional Prohibitions) गरिएका बिषयहरु: यस अन्तर्गत ५ वटा बिषयहरु राखिएका छन। यस्ता बिषयहरुमा राज्यहरुले कंग्रेसको सहमतीबिना कानून बनाउन नसक्ने गरी बन्देज लगाइएकोले कानून बनाउन आवश्यक परेको अवस्थामा राज्यहरुले कंग्रसको सहमती लिनु आवश्यक हुन्छ।

ख. संविधान संशोधनद्वारा लगाइएको सीमाः अमेरिकी संविधानमा गरिएको १४औं, १५औं, १९औं, २४औं र २६औं संशोधनले राज्यहरुको अधिकारमा थप कटौती गरेको छ।

४. <u>राज्यहरु प्रति केन्द्रीय सरकारको संबैधानिक दायित्व</u> (Constitutional Obligations of the National Government to the States)

अमेरिकी संघमा रहेका प्रत्येक राज्यहरु प्रति संघीय सरकारको निम्न अनुसारका दायित्वहरु रहेका छन्, जसले गर्दा अमेरिकी राज्यहरुभन्दा संघ बलियो रहेको देखिन्छ।

क. प्रत्येक राज्यको क्षेत्रीय अखंडताको पालना र संरक्षण गर्ने,[7]

ख. संघमा आवद्ध भएका हरेक राज्यलाई "गणतान्त्रिक सरकारको" प्रत्याभूति दिने; विदेशी आक्रमण एवं आन्तरिक हिंसा वा सशस्त्र विद्रोहबाट राज्यहरूको संरक्षण गर्ने।[8]

५. <u>विधायिकी अधिकार</u> **(Legislative Power)**

संयुक्त राज्यको ऋण तिर्न, सामुहिक रक्षा र हितको लागि सबै राज्यभित्र आयात निर्यात करहरु समान हुनेगरी कर, भन्सारको दरहरु तोक्ने र उठाउने जिम्मेवारी कंग्रेसलाई रहेको[9] हुनाले राज्यहरुभन्दा संघ बलियो देखिन्छ।

---

७ अमेरिकी संविधानको Article IV, Section 3 मा भएको व्यवस्था अनुसार।

८ बिस्तृत जानकारीका लागि हेर्नुहोस् ,Article IV, Section 4.

९ हेर्नुहोस् पूर्वत Article I, Section 8, Clause 1 ;जसमा भनिएको छ -;The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States;

६. संविधान संशोधनमा संघको प्रभुत्व

संविधान संशोधनको सन्दर्भमा राज्यहरुलाई भन्दा संघलाई व्यापक अधिकार प्रदान गरिएको छ। सम्बिन्धित राज्यको सहमतीबिना सिनेटमा समान प्रतिनिधित्व हुने अधिकारबाट कुनै पनि राज्यलाई बञ्चित नगरिने कुरा संविधानमा व्यवस्था गरिएकोछ। यसबाट प्रष्ट हुन्छ की यस बाहेकका अन्य सबै बिषयहरुमा कुनै राज्यको सहमतिबिना संविधान संशोधन हुन सक्दछ।[10] यसबाट पनि अमेरिकी संघ राज्यहरुभन्दा बढी शक्तिसम्पन्न रहेको प्रष्ट छ।

७. भारतको संघीय प्रणाली

जनसंख्याको आधारमा भारत विश्वको दोस्रो र क्षेत्रफलको आधारमा सातौँ ठुलो मुलुक हो। यसको क्षेत्रफल ३२ लाख ८७ हजार २ सय ६३ कि.मी. रहेको छ भने सन् २०११ को जनगणना अनुसार यसको जनसंख्या १ अर्ब २१ करोड ८ लाख ५४ हजार ९ सय ७७ रहेको छ। क्षेत्रफल र जनसंख्याको हिसाबले बिशाल मुलुक भएको कारण यस देशमा संघीय प्रणालीको आवश्यकता देखिएको छ। सन् १९५० मा भारतको संविधान जारी भएपछि बिधिवतरुपमा प्रारंभ भएको संघीय प्रणालीमा हाल २९ राज्यहरु र ७ वटा संघद्वारा प्रत्यक्ष शासित क्षेत्रहरु रहेका छन्। भारतमा राज्यहरुको संरचना, तिनिहरुको गठनको ईतिहास एवं संवैधानिक व्यवस्थाका कारण भारतीय संघीयता संयुक्त राज्य अमेरिका, क्यानाडा र अष्ट्रेलियाको भन्दा भिन्न प्रकृतिको भएकोले यहाँको संघीयताको बिशेषता पनि ती देशहरुको भन्दा भिन्न रहेको छ।[11]

७.१ भारतीय संघीय संविधानका विशेषताहरु

भारतीय संविधानका मूलभूल विशेषताहरु निम्नानुसार छन्;-

(क) लिखित संविधानः लिखितरुपमा रहेको यो संविधानमा ३९५ धारा र १२ अनुसूचीहरु रहेका छन्।

(ख) संविधानको सर्वोच्चताः भारतको संविधान सर्वोच्च कानून हो। सबै राज्यहरुले संविधान प्रदत्त अधिकारहरु मात्र प्रयोग गर्न पाउँछन। यसका अतिरिक्त राज्य कानूनमात्र होइन संघीय संसदले

---

१० अमेरिकी संविधानको Article:, जसमा भनिएको छ-; "… no state, without its consent, shall be deprived of its equal suffrage [equal voting power, or equal representation] in the Senate."

११ "The structure of the states in India, the history of their formation and the constitutional provision permitting their reorganization are sufficient to distinguish the federal structure in India form that of the United States of America, Canada and Australia. It is, therefore, logical that the characteristics of federalism in India should differ from those of the others, because of its peculiarity." - Verma J.S. "Rule of Law and Inter-State Relations." Rule of Law in a Free Society, Ed. N.R. Madhava Menon, Oxford University Press, New Delhi, First Published 2008, P. 99.

संविधानका मुलभूत बिशेषताहरु बिपरित हुने गरी संविधान संशोधन गर्न समेत नपाउने गरी बिभिन्न मुद्दाहरुमा भारतीय सर्वोच्च अदालतले शिद्धान्तहरु समेत प्रतिपादन गरेको छ।[12]

(ग) कठोर संविधानः भारतीय संविधानलाई यस अर्थमा कठोर मानिएको हो कि संघ र राज्यको सम्बन्धको बिषयमा संविधानमा कुनै संशोधन गर्नु परेमा केवल राज्य विधानसभा र संघीय संसदले संयुक्तरुपमा मात्र संशोधन गर्न सक्छ।

(घ) अधिकारहरुको बाँडफाँडः भारतीय संविधानको धारा २४६ अनुसार सातौं अनुसूचीमा यूनियनको अधिकार, राज्यको अधिकार र संयुक्त अधिकारको सूची उल्लेख गरिएको छ। जसअनुसार युनियनको सूचीमा ९७ विषयहरू, राज्यको सूचीमा ६६ विषयहरू र संयुक्त सूचीमा ४७ विषयहरू रहेका छन्।

(ङ) स्वतन्त्र न्यायपालिकाः भारतको न्यायपालिकालाई संविधानले नै स्वतन्त्र न्यायापालिकाको रुपमा राखेको छ। एक सर्वोच्च अदालत र सो मातहत रहने गरी प्रत्येक राज्यहरुमा एकएक उच्च अदालतहरु रहने व्यवस्था गरिएको छ। भारत संघीय मुलुक भए तापनि यसको न्यायपालिका भने एकात्मक खालको छ।

(च) द्विसदनात्मक व्यवस्थापिकाः भारतको संघीय संसदमा लोकसभा र राज्य सभा गरी दुई सदन हुने व्यवस्था गरिएको छ।

(छ) दोहोरो सरकारः संघीयताको शिद्धान्त बमोजिम केन्द्रीय सरकार र राज्य सरकार हुने व्यवस्था मिलाइएको छ।

(ज) अन्तर-राज्य परिषदहरूः राज्यहरु बीच उत्पन्न बिवादहरुको छानबिन, अनुसन्धान एवं आवश्क सिफारिश गर्ने प्रयोजनको लागि राष्ट्रपतिले कुनै पनि समय अन्तर-राज्य परिषद् गठन गर्न सक्दछन्।[13]

(झ) शक्तिसाली केन्द्रः भारतको संघीयता अमेरिकाको जस्तो राज्यहरुले केन्द्रलाई शक्ति हस्तान्तरण गरेको नभै संविधानले राज्यहरुलाई सीमित अधिकार प्रदान गरेको अवस्था हो। यस देशमा संघ

---

[१२] बिस्तृत जानकारीका लागि हेर्नुहोस् भारतको संविधानको धारा ३६८ एवं *Shankari Prasad v. Snion of India (AIR 1951 SC 455); Sajjan Singh v. State of Rajasthan (AIR 1965SC 845); Golak Nath v. State of Punjab (AIR 1971 SC 1643); Keshavanand Bharati v. State of Kerala (AIR 1973 SC 1461); Indira Nehru Gandhi v. Raj Narayan (AIR 1975 SC 2299); Minerva Mills Ltd. V. Union of India (AIR 1980 SC 1987); Waman Rao v. Union of India (AIR 1981 SC 271); S.P. Sampat Kumar v. Union of India (AIR 1987 SC 386); L. Chandra Kumar v. Union of India (AIR 1997 SC 1125)* लगायतका मुद्दाहरु।

[१३] बिस्तृत जानकारीका लागि हेर्नुहोस् भारतीय संविधानको धारा २६३

बलियो र राज्यहरु कमजोर रहेका छन्। यस अर्थमा भारतीय संघीयतालाई अर्ध-संघीय प्रणाली भन्ने पनि गरिन्छ। निम्न बमोजिमका संवैधानिक व्यवस्थाहरुले गर्दा भारतको केन्द्र बलियो र राज्यहरु कमजोर भएका हुन।

- धारा १ (१): "ईण्डीया, अर्थात भारत, राज्यको संघ हुनेछ।" यो व्यवस्था अनुसार भारत राज्यहरुको संघ भएकोले स्वभावत संघमा बढी अधिकार केन्द्रित हुन पुगेको छ।
- धारा २५४: राज्यको कानून केन्द्रीय कानुनको अनुकूल हुनु पर्ने व्यवस्था,
- धारा २५६: राज्यहरुले कार्यकारी अधिकारको प्रयोग गर्दा केन्द्रीय संसदले बनाएका कानुनहरुको पालन गर्नु पर्ने व्यवस्था,
- धारा २५७: केही निश्चित बिषयहरुमा राज्यमाथि संघको नियन्त्रण हुन्छ (यस्ता मामिलाहरु ५ वटा रहेका छन्) उदाहरणको लागि राज्यभित्र रहेको रेलवेको सुरक्षाको लागि केन्द्र सरकारले राज्य सरकारलाई आवश्यक निर्देशन दिन सक्छ,
- धारा ३५२: संघीय मंत्रिमंडलको निर्णय पछि राष्ट्रपतिले संकटकालको घोषणा गर्न सक्ने व्यवस्था,
- धारा ३५६: संविधानद्वारा व्यवस्थित राज्य संयन्त्रको असफलताको अवस्थामा राष्ट्रपति र केद्र सरकारको भूमिका सम्बन्धी व्यवस्था,
- धारा ३६०: राष्ट्रपतिद्वारा वित्तीय संकटकालको घोषणा गर्न सक्ने व्यवस्था,
- धारा ३६८: संविधान संशोधनको सवालमा केही सीमित बिषयहरुमा मात्र आधा राज्यहरुको अनुमोदन आवश्यक पर्ने अन्यथा सबै बिषयहरुमा यो अधिकार केन्द्रसँग रहेको,

यसका अलावा भारतको सर्वोच्च अदालतले State of West Bengal v. Union of India[14] को मुद्दामा संघ सार्वभौम रहेको र राज्यहरु सार्वभौम नरहेको भनि व्याख्या समेत गरेको छ।

७.२ संघ र राज्यबीचको सम्बन्ध

भारतको संविधान अनुसार संघ र राज्यबीच मूलतः बिधायिकी, प्रशासकीय र बित्तिय गरी तीनवटा बिषयहरुमा सम्बन्ध रहेको छ। यी तीनवटै बिषयहरुमा राज्यको भन्दा केन्द्रको अधिकार अधिक रहेको देखिन्छ। संविधानको अनुसूची ७ मा संघ, राज्य एवं दुवैले प्रयोग गर्न सक्ने अधिकारको सूची र धारा २४५ देखि २५५ सम्म बिधायिकी, धारा ३५६ देखि ३६३ सम्म प्रशासनिक र धारा २६४ देखि २९१ सम्म बित्तीय सम्बन्धको बिषयमा व्यवस्था गरिएको छ।

---

[१४] AIR 1974 SC 1510.

८. नेपालको संघीय प्रणाली

क्षेत्रफल र जनसंख्याको हिसाबले नेपाल सानो मुलुक हो। यसको क्षेत्रफल १ लाख ४७ हजार १ सय ८१ बर्ग कि.मि. र बि.सं. २०६८ मा भएको जनगणना अनुसार जनसंख्या २ करोड ६४ लाख ९४ हजार ५ सय ४ रहेको छ[15] भने हाल झण्डै ३ करोड पुगेको अनुमान गरिएको छ। संघीय संरचना भएका बिशाल मुलुकहरु अमेरिका र भारतको तुलनामा ज्यादै सानो मुलुक भए तापनि राजनैतिक र जातीय मुद्दाको कारण नेपालले संघीय संरचना अपनाउन पुग्यो। एकातर्फ अर्ध-संघीयता अपनाएको बिशाल मुलुक भारत र अर्को तर्फ एकात्मक व्यवस्था अपनाएको बिशाल मुलुक चीनको बीचमा रहेको सानो मुलुकले संघीयताको अभ्यास गर्नु कम खतरनाक छैन।

८.१ संघीयतासँग सम्बन्धित सामान्य संवैधानिक व्यवस्थाहरु

संघीय संरचनालाई आत्मसात गर्दै संघीय लोकतान्त्रिक गणतन्त्रात्मक शासन व्यवस्थाको माध्यमद्वारा दिगो शान्ति, सुशासन, विकास र समृद्धिको आकांक्षा पूरा गर्न संविधान सभाबाट पारित गरी[16] संवत् २०७२ सालमा नेपालको संविधान जारी भयो। नेपाल संघीय लोकतान्त्रिक गणतन्त्रात्मक राज्य भएको कुरा संबिधानमा उल्लेख भएको छ।[17] संघीय संरचनालाई कमजोर पार्ने गतिबिधिलाई रोक्न राज्यले मौलिक हकहरुमा समेत बन्देज लगाउन सक्ने व्यवस्था गरिएको छ। संघीय इकाइबीचको सु–सम्बन्धमा खलल पर्ने कृयाकलापला रोक लगाउन राज्यले स्वतन्त्रताको हक,[18] सञ्चारको हक,[19] लगायतका मौलिक हकमा बन्देज लगाउन सक्छ। यसका अतिरिक्त संघीयताका आधारमा संघीय इकाइहरूबीचको सम्बन्ध सञ्चालन गर्दै संघीय लोकतान्त्रिक गणतन्त्रात्मक व्यवस्था सुदृढ गर्ने[20] राज्यको निर्देशक सिद्धान्त समेत रहेको छ।

संघीय संरचनालाई सुदृढ गर्नको लागि राज्यले संवैधानिकरुपमै केही नीतिहरु तय गरेको छ। संघीय इकाइबीच परस्परमा सहयोगात्मक सम्बन्ध विकास गर्दै राष्ट्रिय एकता प्रवर्धन गर्ने[21] एवं संघीय इकाइबीच जिम्मेवारी, स्रोत साधन र प्रशासनको साझेदारी गर्दै सुमधुर र सहयोगात्मक सम्बन्धको विकास र विस्तार गर्ने[22] नीति राज्यले अवलम्बन गरेको छ।

---

१५ श्रोत :http://cbs.gov.np/image/data/Population/Summary%)20Nepali)/Summary-Nepali.pdf

१६ नेपालको संविधानको प्रस्तावना।

१७ उही धारा ४ उपधारा ।(१)

१८ उही धारा १७।

१९ उही धारा १९।

२० उही धारा ५०।

२१ उही धारा ५१।(२)(क)

२२ उही धारा ५१।(६)(ख)

८.२ राज्यको संरचना र राज्यशक्तिको बाँडफाँड

संविधानको भाग–५ मा राज्यको संरचना र राज्यशक्तिको बाँडफाँड सम्बन्धी व्यवस्था गरिएको छ। संविधानको धारा ५६(१) ले संघीय गणतन्त्र नेपालको मूल संरचना संघ, प्रदेश र स्थानीय तह गरी तीन तहको हुने व्यवस्था गरेको छ। संघको अधिकार अनुसूची-५ मा उल्लेखित बिषयमा निहित हुने, प्रदेशको अधिकार अनुसूची-६ उल्लेखित बिषयमा निहित हुने, संघ र प्रदेशको साझा अधिकार अनुसूची-७ मा उल्लेखित बिषयमा निहित हुने, स्थानीय तहको अधिकार अनुसूची-८ मा उल्लेखित बिषयमा निहित हुने एवं संघ, प्रदेश र स्थानीय तहको साझा अधिकार अनुसूची-९ मा उल्लेखित बिषयमा निहित हुने[23] र अवशिष्ट अधिकार संघमा हुने[24] गरी अधिकारको बाँडफाँड गरिएको छ।

८.३ संघ, प्रदेश र स्थानीय तहबीचको अन्तरसम्बन्ध

संघ, प्रदेश र स्थानीय तहबीचको अन्तरसम्बन्धको बिषयमा संविधानको भाग–२० मा व्यवस्था गरिएको छ। संघीय कानून नेपालभर वा आवश्यकता अनुसार नेपालको कुनै क्षेत्रमा मात्र लागू हुने गरी बनाउन सकिने, प्रदेश कानून प्रदेशभर वा आवश्यकता अनुसार प्रदेशको कुनै क्षेत्रमा मात्र लागू हुने गरी बनाउन सकिने र दुई वा दुईभन्दा बढी प्रदेशले अनुसूची–६ मा उल्लिखित कुनै विषयमा कानून बनाउन नेपाल सरकार समक्ष अनुरोध गरेमा संघीय संसदले आवश्यक कानून बनाउन सक्ने गरी संघ र प्रदेश बीचको व्यवस्थापिकीय अन्तरसम्बन्धको व्यवस्था मिलाइएको छ।[25]

संघ, प्रदेश र स्थानीय तह तीनवटै निकायको सम्बन्ध सहकारिता, सहअस्तित्व र समन्वयको सिद्धान्तमा आधारित हुने; नेपाल सरकारले प्रदेश मन्त्रिपरिषदलाई निर्देशन दिन सक्ने; राष्ट्रपतिले प्रदेश मन्त्रिपरिषदलाई सचेत गराउन, प्रदेश मन्त्रिपरिषद् र प्रदेश सभालाई बढीमा छ महीनासम्म निलम्बन गर्न वा विघटन गर्न सक्ने; संघीय संसदले अनुसूची–६ (प्रदेशको अधिकारको सूची) मा परेको विषयमा कानून बनाउन सक्ने र त्यस्तो कानून सम्बन्धित प्रदेश सभाले अर्को कानून बनाई खारेज नगरेसम्म बहाल रहने; नेपाल सरकारले गाउँ कार्यपालिका वा नगर कार्यपालिकालाई आवश्यक सहयोग गर्न र निर्देशन दिन सक्ने,[26] संविधानसँग बाझिएको कुनै कानून, संघीय कानूनसँग बाझिएको कुनै प्रदेश कानून, प्रदेश कानूनसँग बाझिएको कुनै स्थानिय कानून त्यसरी बाझिएको हदसम्म सर्बोच्च अदालतले बदर घोषित गर्न

---

[२३] उही धारा ५७।(५-१)

[२४] उही धारा ५८।

[२५] उही धारा २३१।

[२६] उही धारा २३२।

सक्ने[27] गरी भएको संवैधानिक व्यवस्थाले नेपालको संघीय प्रणाली अमेरिकाको जस्तो नभै बलियो संघ भएको भारतको संघीय प्रणालीसँग नजिक रहेको देखिन्छ।

प्रदेश–प्रदेश बीचको सम्बन्धलाई व्यवस्थित गर्नको लागि पनि संविधानमा आवश्यक व्यवस्था गरिएकोछ। एक प्रदेशले अर्को प्रदेशको कानूनी व्यवस्था वा न्यायिक एवं प्रशासकीय निर्णय वा आदेशको कार्यान्वयनमा सहयोग गर्नु पर्ने; सूचना आदान प्रदान, परामर्श, समन्वय र आपसी सहयोग विस्तार गर्न सक्ने; अर्को प्रदेशको बासिन्दालाई आफ्नो प्रदेशको कानून बमोजिम समान सुरक्षा, व्यवहार र सुविधा उपलब्ध गराउनु पर्ने[28] कुनै किसिमको बाधा अवरोध गर्न वा कुनै कर, शुल्क, दस्तुर वा महसूल लगाउन वा कुनै किसिमको भेदभाव गर्न नपाइने[29] गरि प्रदेश-प्रदेशबीचको सम्बन्धलाई सुमधुर र सहयोगात्मक बनाउने दिशामा संविधानले आवश्यक प्रबन्ध गरेको छ।

विवाद समाधानको लागि संवैधानिकरुपमा बिभिन्न संयन्त्रहरुको व्यवस्था मिलाईएको छ। संघ र प्रदेश बीच तथा प्रदेश–प्रदेश बीच उत्पन्न राजनीतिक विवाद समाधान गर्न प्रधानमन्त्रीको अध्यक्षतामा ४ सदस्सीय अन्तर प्रदेश परिषद रहने[30] व्यवस्था गरिएको छ। त्यस्तै गरी संघ, प्रदेश र स्थानीय तहबीच समन्वय कायम गर्न संघीय संसदले आवश्यक कानून बनाउने एवं प्रदेश, गाउँपालिका वा नगरपालिका बीच समन्वय कायम गर्न र राजनीतिक विवाद उत्पन्न भएमा प्रदेश सभाले समन्वय गरी त्यस्तो विवादको समाधान गर्न सक्ने[31] गरी विवाद समाधान गर्ने व्यवस्था मिलाइएको छ।

माथि उल्लेखित संयन्त्रबाट विवादहरुको समाधान हुन नसकेको अवस्थामा त्यस्ता बिवादहरुको न्यायीक समाधान गर्न प्रधान न्यायाधीश र अन्य चार जना न्यायाधीश रहने गरी संवैधानिक इजलास गठन हुने व्यवस्था गरिएको छ। संवैधानिक इजलासले निम्न बमोजिमका मुद्दाहरुको शुरु कारवाही र किनारा गर्दछ[32]:-

(क) संघ र प्रदेश, प्रदेश र प्रदेश, प्रदेश र स्थानीय तह तथा स्थानीय तहहरू बीचको अधिकार क्षेत्रको बारेमा भएको विवाद,

(ख) संघीय संसद वा प्रदेश सभा सदस्यको निर्वाचन सम्बन्धी विवाद र संघीय संसदका सदस्य वा प्रदेश सभाका सदस्यको अयोग्यता सम्बन्धी।

---

२७ उही धारा १३३।(१)

२८ उही धारा २३३।

२९ उही धारा २३६।

३० उही धारा २३४।

३१ उही धारा २३५।

३२ उही धारा १३७।

९. संघ र राज्य तथा राज्य-राज्यबीचका विवादहरु (Disputes Between Centre and States, and Inter-State)

संघीयताको लामो अभ्यास गरेका मुलुकहरु अमेरिका र भारतमा संघ र प्रदेशबीच एवं प्रदेश-प्रदेशबीच निकै धेरै बिवादहरु उत्पन्न भएका छन् भने कैयौ विवादहरुमा अदालतहरुले अन्यन्त महत्वपूर्ण र ऐतिहासिक फैसलाहरु समेत गरेका छन्। तीमध्ये केही महत्वपूर्ण विवाहरुको सम्बन्धमा संक्षेपमा यहाँ चर्चा गर्ने प्रयास गरिएको छ।

९.१ अमेरिकी अदालतहरुको अभ्यास

McCulloch v. Maryland[33] को मुद्दामा संयुक्त राज्यको कंग्रेसको अधिकारको बिषयमा विवाद भएको थियो। यस मुद्दामा मुलतः दुईवटा प्रश्नहरु खडा भएका थिए। पहिलो, अमेरिकी संविधान बमोजिम कंग्रेसलाई बैंक स्थापना गर्ने अधिकार छ वा छैन, जुन अधिकार नत कंग्रेको अधिकारको सूचीमा छ, नत संविधानले प्रष्टरुपमा (expressly) कंग्रेसलाई अधिकार प्रत्यायोजन गरेको छ।

अदालतले यस प्रश्नको जवाफ सकारात्मकरुपमा दिँदै भनेकोछः- अमेरिकी संविधान अनुसार कंग्रेसलाई बैंक स्थापना गर्ने अधिकार प्राप्त छ। यो बिषय कंग्रेसलाई प्रदान गरिएको अधिकारको सूचीमा पनि समावेश भएको छैन र प्रष्टरुपमा कंग्रेसलाई प्रदान गरिएको पनि छैन तथापी अप्रत्यक्ष (*implied*) अधिकारका साथसाथै प्रष्टरुपमा प्रत्यायोजन गरिएको अधिकारभित्र यो अधिकार पनि समाहित भएको मान्नु पर्दछ। अदालतले संविधानको Article I, Section 8, Clause 18 मा उल्लेखित the Necessary and Proper Clause अर्थात Elastic Clause को सहारा लिँदै सोही आधारमा अप्रत्यक्षरुपमा कंग्रेसलाई यो अधिकार छ भन्ने ब्याख्या गऱ्यो, तथापी बैंक स्थापना गर्ने प्रष्ट अधिकार कंग्रेसलाई थिएन।

यस मुद्दामा उब्जिएको दोस्रो प्रश्न थियोः- कंग्रेसले सम्पूर्ण देशको केन्द्रीय बैंकको शाखाको रुपमा मेरिल्याण्ड राज्यको बाल्टिमोरमा स्थापना गरेको शाखाद्वारा जारी गरिएको बैंक नोटमा अमेरिकी संविधान उल्लङ्घन नगरी मेरिल्याण्ड राज्यले राज्यको कानून बमोजिम कर लिन सक्छ वा सक्दैन?

केद्र सरकारको संयन्त्रमाथी मेरिल्याण्ड राज्यले कर लिन नपाउने गरी अदालतले फैसला गऱ्यो। अदालतले अगाडि भनेको छः- संयुक्त राज्य अमेरिकाको बाल्टीमोर शाखाद्वारा जारी गरिएको बैंक नोटमा मेरील्याण्डले कर लगाउनु राष्ट्रीय कानूनको सर्वोच्चता माथिको हस्तक्षेप र चुनौती हो जुन कार्यले अमेरिकी संविधानको Article VI, paragraph 2 को उल्लङ्घन हुन पुग्दछ।

यस मुद्दाको निश्कर्ष केहो भने यदि राज्यको कानून कंग्रेसले बनाएको कानूनसँग बाझिन पुग्दछ भने राज्यको कानूनले महत्व पाउँदैन।

---

[३३] 17 US 316 - 1819

अमेरिकी संविधानमा व्यवस्था भएको वाणिज्य खण्ड (Commerce Clause) सँग सम्बन्धित बिषयहरुमा निकै धेरै विवादहरु उठेका छन्। विदेशी राष्ट्र, यसका राज्यहरु र भारतीय जनजातिहरु सँग वाणिज्य (Commerce) सँग सम्बन्धित बिषयहरु व्यवस्थित गर्ने अधिकार कांग्रेसलाई प्रदान गरिएको छ।[34] यो व्यवस्थाले अमेरिकी संघलाई ज्यादै बलियो बनाएको छ।

यस बिषयमा *Dean Milk Co. v. City of Madison, Wisconsin*[35] को मुद्दामा विवाद उठेको थियो। यस मुद्दामा अमेरिकी सर्वोच्च अदालतले Madison, Wisconsin को अध्यादेशलाई अवैध ठहऱ्याएको थियो। यो अध्यादेशले आफ्ना राज्यका जनताको स्वास्थ्यको लागि भन्दै Madison प्रोभिन्सको पाँच माईल क्षेत्रभित्र पास्चराईजेशन (pasteurization) गरिए बाहेकको दूधलाई बिक्रि गर्न प्रतिवन्ध लगाएको थियो। अदालतले यस बिषयलाई स्थानीय जनताको स्वास्थ्य प्रतिको चासो र सुरक्षाको बिषय नभै व्यापार नियमित गर्ने संघको अधिकारमाथि राज्यले गरेको हस्तक्षेपको रुपमा लियो।

Chemical Waste Management v. Hunt[36] को मुद्दामा अमेरिकी सर्वोच्च अदालतले अन्य राज्यहरुमा उत्पादित भै Alabama राज्यमा बिसर्जन गरिने घातक फोहरको लागि Alabama राज्यले लगाएको अतिरिक्त शुल्क सम्बन्धी कानूनलाई अबैध ठहर गऱ्यो। अदालत उल्लेख गर्यो कि- घातक फोहरले आफ्ना नागरिकहरुको स्वास्थ्यमा पार्ने प्रभावको बारेमा Alabama को जुन चिन्ता छ, त्यो चिन्ता फोहर उत्सर्जन गर्नेको भन्दा फरक हुनु हुँदैन।

United States v. Lopez[37] को मुद्दामा अमेरिकी सर्वोच्च अदालतले कंग्रेसको बाणिज्य खण्डको अधिकार (Commerce Clause power) लाई १९३० पछि पहिलो पटक अबैध घोषित गऱ्यो। संघले बनाएको Gun-Free School Zones Act ले बिद्यालयको क्षेत्रभित्र बन्दुक (firearm) लिने कार्यलाई अपराध घोषित गरेको थियो। अदालतले भन्यो कि- बिद्यालय क्षेत्रभित्र बन्दुक लिनमा प्रतिवन्ध लागउने कार्य संविधानले कंग्रेसलाई प्रदान गरेको बाणिज्य, व्यापार व्यवस्थित गर्ने वा कुनै प्रकारको आर्थिक गतिबिधिलाई व्यवस्थित गर्ने कार्य होइन। कंग्रेसले यो कानून बनाउने क्रममा यस्तो कार्यले अन्तरराज्य व्यापारमा असर पर्छ भन्न सकेको छैन भने त्यस्तो हतियार एक राज्यबाट अर्को राज्यमा लाने कार्यलाई कानूनको उल्लंघन हुने भनि उल्लेख गर्न सकेको पनि छैन। यो अपराध घोषित गर्ने कार्य व्यापरसँग सम्बन्धित नभएकोले यसो गर्नु कंग्रेसको काम नभै राज्यको अधिकारभित्रको कार्य हो।

---

[३४] अमेरिकी संविधानको Article I, Section 8, clause 3 मा भनिएको छ:- The Congress shall have Power to regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes.

[35] 340 U.S. 349 (1951)

[36] 504 U.S. 334 (1992)

[37] 514 U.S. 549 (1995)

United States v. Morrison[38] को मुद्दामा पनि अदालतले संघीय कानूनलाई अबैध घोषित गऱ्यो। संघले बनाएको Violence Against Women Act (VAWA) of 1994 ले लिङ्गिकहिंसाबाट पीडित भएका व्यक्तिहरुलाई कसूरदारका विरुद्ध संघीय देवानी मुद्दा दायर गर्न सक्ने गरी अधिकार प्रदान गरेको थियो। यस मुद्दामा उक्त बिषय "आर्थिक गतिबिधि" सँग सम्बन्धित छ छैन? र त्यसले राज्य-राज्यबीचको व्यापारलाई असर पार्छ वा पार्दैन? भन्ने प्रश्न खडा भएको थियो। यसको जवाफमा अदालतले भनेको थियो- लिङ्गिकहिंसाको बिषय कंग्रेसले कानून बनाउन पाउने आर्थिक गतिबिधिको बिषय नभै मौलिकरुपमा राज्यको आन्तरिक बिषय हो। VAWA ले सिर्जना गरेको देवानी दायित्वको बिषय बिशुद्ध "राज्यको आन्तरिक हिंसा" को बिषय हो, जुन परम्परादेखि नै राज्यको फौजदारी कानूनको दायराभित्र पर्दै आएको छ।

Gonzales v. Raich[39] को मुद्दामा संघले तर्जूमा गरेको Controlled Substances Act को संवैधानिकता माथि प्रश्न उठेको थियो। क्यालिफोर्निया निवासी Angel Raich र Diane Monson ले क्यालिफोर्नियाको Compassionate Use Act बमोजिम व्यक्तिगत औषधीय प्रयोजनको लागि गाँजाको उत्पादन र प्रयोग गरिरहेका थिए। संघीय संसदद्वारा तर्जूमा गरिएको Controlled Substances Act ले राज्यभित्र गरिने गाँजा (marijuana) को व्यापारलाई नियमन गर्ने व्यस्था गरेको थियो। यस मुद्दामा मुलतः दुईवटा प्रश्नहरु खडा भएका थिए। पहिलो, गाँजाको उत्पादन र उपभोगसँग सम्बन्धित बिशुद्ध राज्यभित्रको आन्तरिक क्रियाकलापलाई कांग्रेसले आफूमा निहित वाणिज्य सम्बन्धी अधिकारको (commerce power) प्रयोग गरी नियमन गर्न सक्छ वा सक्दैन? र, दोस्रो प्रश्न थियो- स्थानीयरुपमा उत्पादन भै प्रयोग हुने गाँजाले राष्ट्रिय बजारमा (national markets) कुनै असर पार्छ पार्दैन?

यस मुद्दामा अदालतले भन्यो कि, Controlled Substances Act (संघीय कानून) बमोजिम नियन्त्रित पदार्थहरु (controlled substances) को स्थानीय क्रियाकलाप सहित सबै प्रकारका अन्तरराज्य ब्यापारलाई व्यवस्थित गर्न सक्ने अधिकार कंग्रेसलाई रहेको छ। साथै, स्थानीयरुफमा उत्पादन हुने गाँजाले राष्ट्रियरुपमा असर गर्ने कुरालाई पनि अदालतले स्वीकार गऱ्यो। यस अर्थमा उक्त संघीय कानून संवैधानिक रहेको अदालतको निश्कर्ष थियो।

पश्चिम भर्जिनिया र मेरील्याण्डबीच पोटोम्याक नदीको विवाद

मेरील्याण्ड र भर्जिनियाको बीचमा पोटोम्याक नदीमाथिको अधिकारको सम्बन्धमा सन् १७०० देखि नै विवाद रहँदै आएको छ। राजा जेम्स प्रथमले सन् १६०९ मा जारी गरेको चार्टर र राजा जेम्स द्वितीयबाट २७ सेप्टेम्बर १६८८ मा जारी गरेको पेटेन्टका आधारमा भर्जिनियाले सो नदी र जमिनमाथी

[38] 529 U.S. 598 (2000)

[३९] 545 U.S. 1 (2005)

आफ्नो अधिकार रहेको दावी गरेको थियो। यता मेरील्याण्डले भने राजा चार्ल्स प्रथमबाट २० जून १६३२ मा जारी गरेको पोटोमेक नदीसँग सम्बन्धित चार्टरको आधारमा सो नदीमाथी आफ्नो अधिकार रहेको दावी गरेको थियो। यसको सन् १७७६ को संविधानमा नदीमाथिको "नेभिगेसन र प्रयोग" (navigation and use) को अधिकारलाई आरक्षण गरी भर्जिनियाले सन् १६३२ को चार्टरलाई बैधता प्रदान गऱ्यो। तत्पश्चात, मैरील्याण्डको संवैधानिक अधिवेशनले भर्जिनियाको आरक्षणलाई अस्वीकार गऱ्यो। तथापी, जलयात्रा र पानीको अधिकार सम्बन्धी विवाद सन् १७८५ मा समाधान भयो भने सिमासम्बन्धी विवाद निरन्तर चलिरह्यो। सिमा विवाद सुल्झाउन यी दुई राज्यहरुले सन् १८५० मा संघीय सरकारसँग आग्रह गरेबमोजिम १८५९ मा केन्द्र सरकारले सिमाना निर्धारित गरिदियो तर त्यसलाई भर्जिनियाले अस्वीकार गऱ्यो। र, यो विवाद सन् १९१० सम्म निरन्तर चलिरह्यो। अमेरिकी सर्वोच्च अदालतले ***State of Maryland v. West Virginia***[40] को मुद्दामा २१ फेब्रुवरी १९१० मा निर्णय गर्दै झण्डै १५० बर्षभन्दा अगाडिदेखि चल्दै आएको सिमा विवादलाई टुङ्गयाइदियो।

सिमा विवाद समाप्त भएपनि यी दुई राज्यहरु बीच सुमधुर सम्बन्ध भने कायम हुन सकेन। सन् १९९६ मा भर्जिनियाको फेयरफ्याक्स काउन्टी अन्तर्गत रहेको Water Authority (FCWA) ले उत्तरी भर्जिनियाबासीलाई पानी आपूर्ति गर्ने उद्देश्यले मेरिल्याण्डको सिमाभित्र पर्ने पोटोम्याक नदीमा इन्टेक निर्माण गर्न अनुमति माग्यो। तर मेरील्याण्डले अनुमति दिन इन्कार गऱ्यो। यो निर्णय बिरुद्ध भर्जिनियाले मार्च २००० मा अमेरिकी सर्वोच्च अदालतमा मेरिल्याण्ड बिरुद्ध मुद्दा दायर गऱ्यो। सन् २००१ मा इन्टेक निर्माणका लागि मेरिल्याण्डले सशर्त अनुमति प्रदान गऱ्यो। यसैबीच अमेरिकी सर्वोच्च अदालतले- विवादित नदीको भाग मेरिल्याण्डको सिमानाभित्र पर्ने भएतापनि भर्जिनियाको फेयरफ्याक्स काउन्टी अन्तर्तग रहेको Water Authority ले भर्जिनियाको प्रयोगको लागि कानूनी रूपमा पोटोम्याक नदीबाट मेरिल्याण्डको नियमनबिना पानी लान पाउने भनी, भर्जिनियाले दायर गरेको उक्त मुद्दामा फैसला गऱ्यो।[41]

९.१ भारतमा देखिएका विवादहरु

भारतमा संघ र राज्यका बीच वा राज्य-राज्यका बीच उत्पन्न विवाद हेर्ने संवैधानिक एवं कानूनी अधिकार सर्वोच्च अदालतलाई र उच्च अदालतलाई रहेको छ। खास गरी भारतीय सर्वोच्च अदालतलाई अन्य विवाहरुका अतिरिक्त भारत सरकार र राज्यहरुका विवाद एवं राज्य-राज्यबीचका मुद्दाहरु हेर्ने अधिकार रहेको छ। त्यसै गरी भारतका उच्च अदालतहरुलाई आफ्नो क्षेत्राधिकारभित्र बिभिन्न आदेश र रिट जारी गर्ने अधिकार रहेको छ, जसको माध्यमबाट यस्ता विवादहरुको सम्बन्धमा उच्च अदालतहरुले समेत न्याय निरुपण गर्दै आएका छन्।

---

[४०] 217 U.S. 1 (1910)

[४१] Virginia v. Maryland, 540 U.S. 56 (2003),

भारतको केद्रमा र राज्यहरुमा एउटै दलको सरकार भएको अवस्थामा भन्दा फरकफरक दलको सरकार भएको समयमा संघ र राज्य सरकारबीच बढी विवादहरु उत्पन्त भएको देखिन्छ। जव सन् १९६७ मा केही राज्यहरूमा सम्युक्त विधायक दल, युनाईटेड फ्रंट गभरर्न्मेन्ट एवं कम्युनिस्ट पार्टीहरू सत्तामा आए त्यसबखत केन्द्रमा कांग्रेस पार्टी सत्तामा थियो। यस अवधिमा केन्द्र र राज्यहरु बीच तनावग्रस्त अवस्था रह्यो। तर, जव १९७१ मा कांग्रेसले केन्द्र र राज्यहरुमा चुनाव हान्यो, केन्द्र र राज्यबीचको सम्बन्ध सुमधुर हुन पुग्यो।

सन् १९७७ मा जनता पार्टी केन्द्रमा आयो भने धेरै राज्यहरुमा कांग्रेस पार्टीले चुनाव जितेको थियो। यस समयमा केन्द्र र राज्यहरु बीचको सम्बन्ध समस्याग्रस्त बन्यो। परिणामस्वरुप केन्द्र सरकारले कंग्रेस पार्टी शासित नौवटा राज्यसभाहरु भङ्ग गरिदियो।त्यस्तै जव १९८० मा केन्द्रमा कांग्रेस पार्टी थियो भने धेरै राज्यहरुमा जनता पार्टीको सरकार थियो।यस अवधिमा पनि केन्द्र र राज्यहरु बीचको सम्बन्ध तनावग्रस्त रह्यो।जसको परिणास्वरुप केन्द्रले नौवटा जनता पार्टी र अन्य दलका राज्य विधानसभाम भंग गरिदियो।

भारतमा केन्द्र र राज्य एवं राज्य-राज्यका बीच अन्य विवादहरुका अतिरिक्त धेरैजसो विवादहरु पानीको बाँडफाँडसँग सम्बन्धित रहेका छन्।यस्ता विवादहरुको कानूनी समाधानको लागि Inter State Water Disputes Act, 1956 समेत तर्जूमा भएको छ। महाराष्ट्र र कर्नाटका, हरियाणा र पंजाब, गुजरात, तमिलनाडु, केरल र कर्नाटक लगायतका राज्यहरु बीच यस्ता विवादहरु भएको देखिन्छ।यस्ता विवादहरु समाधन गर्ने उद्देश्यले केद्र र राज्यहरु बीचको तत्कालिन अवस्थाको पुनरावलोकन गर्न मार्च २४, १९८३ मा केन्द्र सरकारले न्यायाधीश आर.एस. सरकारीयाको नेतृत्वमा एक आयोग समेत गठन गऱ्यो। तथापि हालसम्म पनि यस्ता विवादहरु पूर्णरुपमा निरुपण हुन सकेका छैनन्।

भारतमा पानीको बाँडफाँड सम्बन्धी विवाद चरमरुपमा उठेको देखिन्छ। J.S. Verma को बिचारमा यस्ता विवादहरुले भारतको एकता र अखण्डतामा समेत गंभीर असर परेको छ। वहाँ भन्नुहुन्छः- "The inter-state water disputes have been major irritant in the maintenance of cordial relations between the riparian and non-riparian states. These tensions and discord between some states are threatening even the unity and integrity of the nation."[42] यस्ता विवादहरुमा गोवा, कर्नाटक र महाराष्ट्रबीचको महादेयी नदीको पानीको विवाद; ओडिशा र आंध्र प्रदेशबीचको वसाधारा जल विवाद; महाराष्ट्र, कर्नाटका, तेलंगाना र आंध्र प्रदेशबीचको कृष्णा जल विवाद; केरला, पण्डेचरी, तमिलनाडु र कर्नाटकाबीचको कावेरी जल विवाद; पंजाब, हरियाणा, राजस्थान र हिमाचल प्रदेशबीचको रवि बेस विवाद लगायतका विवादहरु भारतमा उत्पन्त भएका पानीको बाँडफाँडसँग सम्बन्धित विवादहरु हुन।

---

[४२] Verma J.S. "Rule of Law and Inter-State Relations." Rule of Law in a Free Society, Ed. N.R. Madhava Menon, Oxford University Press, New Delhi, First Published 2008, P. 103

यसका अलावा हालसम्म पनि समाधान हुन नसकेका थुप्रै विवादहरु कायमै रहेका छन्। यस्ता विवादहरुमा ओडिशा र छत्तीसगढबीच आन्ध्र प्रदेशमा रहेको पोलावरम (जसलाई इंदिरा सागरको नामले पनि चिनिन्छ) बाँध सम्बन्धी विवाद; महाराष्ट्र र तेलंगानाबीचको गोदावरी नदीमा निर्माण गरिएको पचम्पद (श्रीराम गाँउ) परियोजना सम्बन्धी विवाद; केरला र तमिलनाडुबीचको मुल्ला पेरियार बाँध (जुन विवाद १२० वर्ष पुरानो बाँधको सुरक्षासँग सम्बन्धित छ) सम्बन्धी विवाद; छत्तीसगढ र ओडिसाबीचको महानदीको पानी बाँडफाँड सम्बन्धी विवाद; तमिलनाडु, कर्नाटक र आंध्रप्रदेश बीचको पालार नदीको पानी बाँडफाँड सम्बन्धी विवाद; हरियाणा र पंजाबबीचको सतलज यमुना नदीको पानी बाँडफाँड सम्बन्धी विवाद; गुजरात र महाराष्ट्रबीचको तपी नर्मदा लिङ्क विवादहरु उदाहरणको रुपमा रहेका छन्।

यस्ता विवादहरुको समाधानको लागि संवैधानिकरुपमा पनि व्यवस्था नभएको होइन। भारतीय संविधानको धारा १३१ ले त्यहाँको सर्वोच्च अदालतलाई निम्न विवादहरु हेर्ने क्षेत्राधिकार प्राप्त छ;-

क. भारत सरकार र एक वा धेरै राज्यहरु बीचको विवाद, वा

ख. एकातर्फ भारत सरकावर र कुनै राज्य वा राज्यहरु र अर्कोतर्फ एक वा धेरै राज्यहरु भएको विवाद, वा

ग. दुई वा दुईभन्दा बढी राज्यहरु बीचको विवाद,

तर संविधान प्रारंभ हुनुभन्दा अगावै गरिएका वा कार्यान्वयन गरिएको कुनै पनि संधि, सम्झौता, प्रतिज्ञापत्र, ईङ्गेजमेन्ट, सनद वा अन्य यस्तै दस्तावेजबाट उत्पन्न विवादहरुमा भने सर्वोच्च अदालतको क्षेत्राधिकार रहेको छैन।

भारतमा केन्द्र र राज्य एवं राज्य-राज्यबीचका विवादहरु समाधान गर्ने दिशामा भारतीय सर्वोच्च अदालतको महत्वपूर्ण भूमिका रहेको छ।[43]

१०. नेपालको संघीय प्रणालीमा देखा पर्ने विवाद र समस्याहरु

१०.१ केन्द्र र राज्यबीचको बिवादका संकेतहरु

नेपालमा संघीयता भर्खरै प्रारंभ भएकोले त्यत्ति ठुला बिवादहरु नदेखिएको भए पनि बिवादका संकेतहरु प्रयाप्त देखिएका छन्। आगो र झगडाको बीउ धेरै चाहिँदैन भने झै हाल देखा परेका बिवादहरु नै

---

[४३] उदाहरणको लागि हेर्नुहोस्, Tamil Nadu Cauvery Neerppasanavilaiporulgal Vivasayigal Nala v. Union Of India And ors., 1990 AIR 1316: 1990 SCR (3) 83: (1990) 2 SCJ 547; State of Karnataka v. Union of India, AIR 1978 SC 68: (1977) 4 SCC 608; Union of India v. State of Rajasthan, AIR 1984 SC 1675: (1984) 4 SCC 238; State of Kerala v. General Manager, Southern Railway, Madras, AIR 1976 SC 2538: (1976) 4 SCC 265: (1977) 1 MLJ 60 (SC); State of Karnataka v. State of A.P. (2000) 9 SCC 572. AIR 2000 SC 3511 (1): 2000 (4) JT 239: 2000 AIR SCW 2645; State of Haryana v. State of Punjab, AIR 2002 SC 685: 2002 AIR SCW 303: (2000) 2 SCC 507; State of Orissa v. State of A.P, (2006) 9 SCC 591;

भबिश्यका ठुला बिवादका निम्ती प्रयास छन्। नेपालका स्थानीय तहले बिभिन्न बिषयमा संघ बिरुद्ध सर्बोच्च अदालतमा रिट दायर गर्ने क्रम बढ्दै गएको छ। यसका अतिरिक्त बिवादका प्रारंभिक उदाहरणहरु प्रसस्तै देखिएका छन्। जस्तोः इलाम नगरपालिकाले पेट्रोलियम पदार्थमा प्रदूषण नियन्त्रण कर लिन सुरु गऱ्यो भने केन्द्र सरकार अन्तर्गत रहेको नेपाल आयल निगमले यस्तो कर स्थानीय तहले लिन नसक्ने बतायो।[44] प्रदेश नं. १ को प्रदेश सभाले संघीय संरचनाको उच्च सरकारी वकील कार्यालयलाइ आफ्नो मातहत हुने र आफ्नो कार्यालय उच्च सरकारी वकील कर्यालयमा हुने भनी कानून पारित गऱ्यो, सो प्रदेशका कानून मन्त्रीले संघीय संरचनाभित्रका सहन्यायाधिवक्तालाई आफ्नो कार्यकक्षमै बोलाएर उच्च सरकारी वकील कार्यालय प्रदेश अन्तर्गत रहेकोले प्रदेशले दिएको आदेश पालना गर्न आदेश समेत दिनुभयो।

अन्य प्रदेशहरुको तुलनामा प्रदेश नम्वर २ र केन्द्र सरकारबीचको सम्बन्ध बढी तिक्ततापूर्ण देखिन्छ। यस प्रदेशका आर्थिक मामिला तथा योजना मन्त्री विजय यादवले केन्द्रिय सरकारको विभेद र उत्पीडनको नीतिविरुद्ध प्रदेश सरकार संघर्षत रहेको बताए[45] २०७५ जेठमा संघीय सरकारले यस प्रदेशका मुख्यमन्त्री लालबाबु राउतलाई अमेरिका भ्रमणमा रोक लगायो।[46] केन्द्र सरकार र यो प्रदेशबीच नागरिकता सम्बन्धी बिवाद चुलीमा नै पुग्यो। यस प्रदेशको आन्तरिक मामिला तथा कानून मन्त्रालयले 'जन्मका आधारमा नेपालको नागरिकता पाएकाहरुको सन्तानलाई बंशजको नागरिकता दिन' केन्द्रिय सरकार अन्तर्गत रहेका प्रदेशका ८ वटै जिल्ला प्रशासनलाई परिपत्र गऱ्यो। जिल्ला प्रशासन कार्यालयहरुले आवश्यक निर्देशनका लागि भन्दै केन्द्रीय गृह मन्त्रालयमा पत्राचार गरे र मिति २०७५।०४।२० मा संघीय सरकारको गृह मन्त्रालयले "नागरिकता ऐन" संशोधन नभएसम्म नागरिकता लिन नपाउने व्यहोराको परिपत्र गऱ्यो।[47]

केन्द्र र प्रदेश सरकारबीच अन्य प्रदेशहरुमा पनि विवादहरु देखिएका छन्। उदाहरणको लागी ललितपुरका केहि स्थानीय निकायहरुले संघबाट पठाएका लेखा समूहका कर्मचारीलाई फिर्ता पठाइदिए, सबै नेपालीहरुको साझा दिवश हुँदाहुँदै पनि गणतन्त्र दिवश, २०७५ मा प्रदेश नं. ५ ले आफ्नो प्रदेशमा सार्वजनिक बिदा गऱ्यो भने संघले बिदा गरेन, यतिमात्र होइन आफ्नै पार्टीको सरकारले प्रस्तुत गरेको आ.व. २०७५/७६ को बजेटलाई प्रदेश नं. ४ का मुख्य मन्त्रिले पञ्चायती शैलीको बजेट भनी प्रतिकृया दिनुभयो।

---

४४ हेर्नुहोस् :https://www.kantipurdaily.com/pradesh-1/2018/08/04/153337593410216133.html

४५ हेर्नुहोस् :https://www.ghatanarabichar.com/108836

४६ हेर्नुहोस् :http://rastriyasamachar.com/2018/05/21/4626/

४७ हेर्नुहोस् :https://www.onlinekhabar.com/2018/08/696799

यी विवादका केही सांकेतिक झलकहरु मात्र हुन्, यस्ता घटनाहरु थुप्रै भएका छन्। यसले नेपालमा पनि अब क्रमशः संघ र प्रदेशबीच बिवादहरु बढ्दैछन् भन्ने संकेत गरेकोछ।

१०.२ भबिश्यमा हुनसक्ने विवादका बिषयहरु

अमेरिका र भारतजस्ता देशहरुको अनुभवबाट नेपालमा पनि ति देशहरुमा उत्पन्न भएजस्ता बिवादहरु सिर्जना हुन सक्छन्। यसका अलावा नेपालको आफ्नै परिभेषबमोजिमका विवादहरु पनि सिर्जना हुन सक्ने संभावना देखिएको छ। खासगरी बनजंगल, पानी, खोला, नदी, ढुङ्गा, गिट्टी, बालुवाजस्ता प्राकृतिक श्रोतहरु जसबाट संघ र राज्यहरुले राम्रो आम्दानी गर्न सक्छन् त्यस्ता बिषयहरुमा बढी विवादहरु सिर्जना हुन्छन्। मुलतः यस्ता प्राकृतिक श्रोतको सिमामा रहेका प्रदेश-प्रदेशहरु र प्राकृतिक श्रोत भएका प्रदेश एवं संघबीच तिनिहरुको बाँडफाँडको बिषयमा द्वन्द्व हुन सक्ने संभावना रहेको छ।

नेपाल बहुजातीय, बहुभाषिक, बहुधार्मिक, बहुसाँस्कृतिक राष्ट्र हो।[48] दशबर्षे द्वन्द्वकालमा सबै जातजाती, भाषा, धर्म, संस्कृति अपनाउने समुदायहरुलाई अलग-अलग राज्य दिने भनि बाँडिएको असम्भव सपना त्यस्ता समुदायहरुले भुलेको देखिँदैन। यसको परिणास्वरुप कहिलेकाँही कुनै एक जातजाती, भाषा, धर्म, संस्कृति अपनाउने समुदायका केही व्यक्तिहरुबाट अर्को जातजाती, भाषा, धर्म, संस्कृति अपनाउने समुदायप्रति नकारात्मक टिकाटिप्पणी गर्ने, भौतिक आक्रमण गर्ने र समग्र राज्यप्रति नै असन्तुष्टि व्यक्त गरेको पाइन्छ। यस्ता असन्तुष्टिहरु समयमै निराकरण गर्न सकिएन भने त्यसले भविष्यमा झन ठुलो विवादको रुप लिन सक्छ।

आर्थिकरुपमा कमजोर र बलिया प्रदेशहरु बीच पनि मनमुटाव हुन सक्ने प्रबल सम्भावना रहेको छ। प्रदेशभित्र प्रयाप्त प्राकृतिक सम्पदा र त्यसलाई भरपूर उपयोग गर्न सक्ने एवं आफ्नो क्षेत्रभित्र आर्थिक गतिबिधि बढि भएका प्रदेशहरुको तुलनामा त्यसको बिपरित रहेका प्रदेशहरु स्वभावतः आर्थिकरुपमा कमजोर हुन्छन्। आफ्नो कमजोरी देखाउन कोहीँ चाहँदैन र आफ्नो कमजोरी लुकाउन सम्पन्न प्रदेशप्रति औंला ठड्याउँदै अरुको कारणले आफ्नो प्रदेशलाई कमजोर पारिएको भन्ने आधारमा संघ र प्रदेश वा प्रदेश-प्रदेशबीच विवादहरुको शुत्रपात हुन सक्छ।

भन्सार बिन्दु भएका प्रदेशहरुले आफ्नो प्रदेशको महत्वलाई बढी आँकलन गरेको अवस्थामा पनि विवाद सिर्जना हुन्छ। दुई देशको सीमामा लिइने भन्सार, त्यसरी सीमा जोडिएको प्रदेशको आम्दानी नभै समग्र राष्ट्रको आम्दानी हो। र, सर्वब्यापी शिद्धान्त पनि यही हो। तर, निहु खोज्नको लागि भन्सार बिन्दुसँग गाँसिएका प्रदेशहरुले त्यसलाई आफ्नो प्रदेशमा भएको आम्दानी ठानिदिन सक्छन् जसको कारण संघ र प्रदेशबीच विवाद खडा हुन पुग्दछ।

---

[४८] नेपालको संविधानको धारा ३।

नेपालको सन्दर्भमा हुनसक्ने अर्को विवादको बिषय नागरिकताको सवाल हुन सक्छ। नेपालमा सुकुम्बासी समस्याजस्तै नागरिकताको समस्या पनि हालसम्म पूर्णरुपमा समाधान हुन नसकेको राजनैतिक दाउपेचको बिषय बन्दै आएको छ। यस समस्यालाई भविश्यमा आवाज नउठ्ने गरि समयमै समाधान खोजिएन भने यस विवादले बिकराल रुप लिन सक्ने देखिएको छ।

माथी उल्लेखित केहि बिषयहरु तत्काल आँकलन गरिएका बिषयहरु हुन्। यसका अलावा समयक्रममा थप बिवादहरु नउठ्लान भन्न सकिने अवस्था भने छैन।

१०.३ नेपालको संघीय प्रणालीमा देखा पर्नसक्ने समस्याहरु

नेपालको संघीय प्रणाली छुट्टिएर रहेका राज्यहरु वा क्यान्टोनहरुको संघ नभएर सग्लो राष्ट्रलाई प्रदेशको रुपमा बिभाजन गरी प्रारंभ भएकोले संघीय प्रणाली अपनाएका अन्य ठुला देशहरुको भन्दा नेपालको संघीय प्रणालीमा देखा पर्ने समस्याहरु भिन्न हुन सक्छन्।

संघीयताले धेरै पदहरुको सिर्जना गरी ठुलो संख्यामा रहेका रोजगारबिहिन राजनैतिक नेता तथा कार्यकर्ता (jobless politicians) हरुको व्यवस्थापन गरेको भए तापनि जनतासँग प्रत्यक्षरुपमा गाँसिएका समस्याहरुसँग भने नेपालको संघीय प्रणाली एकाकार हुन नसकेको तितो यथार्थताले हामीलाई कहाँ पुऱ्याउने हो भन्न सकिने अवस्था छैन।

नेपालको संविधानमा व्यवस्था गरिएका अधिकारको लामो सूचीले भबिष्यमा अफठ्यारो पार्न सक्ने संभावना देखिन्छ। भारतको संविधानमा अधिकारहरुको सूची तीनवटा रहेको छ। पहिलो, संघको अधिकारको सूची दोस्रो, राज्यको सूची र तेस्रो, दुवैको साझा सूची। नेपालमा भने यो सूची पाँच प्रकारको रहेको छ। पहिलो, संघको अधिकारको सूची; दोस्रो, प्रदेशको अधिकारको सूची; तेस्रो, संघ र प्रदेशको साझा अधिकारको सूची; चौथो, स्थानीय तहको अधिकारको सूची र पाँचौ, संघ, प्रदेश र स्थानीय तहको अधिकारको साझा सूची। यी अधिकारका पाँचवटा सूचिहरुको व्यवस्थापन आफैमा जटील हुने देखिन्छ।

फरकफरक आकांक्षा बोकेका समुदायहरुलाई एकताको एउटै शुत्रमा डोहऱ्याउनु नेपालका लागि अर्को समस्याको बिषय हो। एकातर्फ बिभिन्न जातजाती, भाषा, धर्म, संस्कृति मान्ने समुदायका केही व्यक्तिहरुमा अहिले पनि छुट्टै राज्यको सपना यथावत रहेको देखिन्छ भने अर्कोतर्फ संघीयतासँग कुनै साइनो गाँस्न नचाहने र बिकासको आशामा तड्पिरहेका अधिकांश जनताहरु आवाजबिहित अवस्थामा रहेका छन्। यी दुई किनारामा रहेका समूहहरुको आकांक्षालाई व्यवस्थित गर्नु चुनौतिपूर्ण छ।

जनतामा उर्लिएको महत्वाकांक्षालाई संबोधन गर्नु अर्को समस्याको बिषय रहेको छ। संवत् २०४६ सालपछि र खासगरी २०६२/६३ को जनआन्दोलन पछिका निर्वाचनहरुमा राजनैतिक दलहरुले बिकासका लागि गरेका घोषणाका कारण जनताको आकांक्षाले गगन चुमेको छ। यस अवस्थामा

बिकासप्रतिको जनताको चाहनालाई यथोचित संवोधन गर्न नस्कनेहो भने त्यसको दोष अव संघीय प्रणालीले व्यहोर्नु पर्नेछ।

बढ्दो साधारण खर्च जुटाउन सबै तहका सरकारहरुका लागि त्यति सजिलो छैन। संघीयता आफैमा ज्यादै खर्चिलो व्यवस्था हो। नेपालजस्तो सानो र आर्थिकरुपमा कमजोर राष्ट्रका लागि संघीयतामा हुने खर्च धान्न अत्यन्त कठीन हुन्छ। यसले साधारण खर्च ह्रात्तै बढाउँछ भने सो खर्च धान्न बिकासतर्फको बजेट घटाउनु पर्ने बाध्यातंमक अवस्थाको सिर्जना हुन्छ। खर्च धान्नका लागि संघ, प्रदेश र स्थानीय तह तीनवटै निकायहरुले जनताबाट भारी मात्रामा कर उठाउनु पर्ने बाध्यता हुने हुनाले जनताहरु अत्यधिक कर र त्यो पनि दोहोरो तेहोरो करको मारमा पर्दछन्। यसले गर्दा जनतामा सरकारप्रति असन्तोष बढ्नु स्वभाबिक नै हुन्छ।

प्रदेश र स्थानीय तहहरुको लागि अदालतबाट न्याय प्राप्त गर्न त्यत्ति सहज देखिँदैन। बिवादहरुको न्यायीक समाधान खोज्न सर्वोच्च अदालतमा मुद्दा दायर गर्नु पर्ने हुन्छ र सो अदालतमा रहेको संवैधानिक इजलासले ती मुद्दाहरुको कारवाही र किनारा गर्दछ।[49] तर त्यसका लागि सर्वोच्च अदालतसम्म आइपुग्नु पर्ने बाध्यात्मक अवस्था रहन्छ, जुन स्वभावत बढी खर्चिलो र झञ्झटिलो हुन्छ।

१०.४ संघ र प्रदेशको विवादमा सरकारी वकीलको प्रतिनिधित्व

संघ, प्रदेश र स्थानीय निकायका बीच हुने विवादहरु बिभिन्न प्रकारका हुन सक्छन्। संघ र प्रदेशबीच तथा प्रदेश–प्रदेशबीच उत्पन्न हुन सक्ने राजनैतिक प्रकृतिका विवादहरु समाधानको लागि प्रधानमन्त्रीको अध्यक्षतामा ४ सदस्सीय अन्तर प्रदेश परिषद् रहने[50] गरी संविधानमा व्यवस्था भएपनि अन्य विवादहरु भने यो परिषद्ले सुल्झाउन नसक्ने देखिन्छ। यस्तो अवस्थामा त्यस्ता बिवादहरुको न्यायीक समाधान खोज्न सर्वोच्च अदालतमा मुद्दा दायर गर्नु पर्ने हुन्छ र सो अदालतमा रहेको संवैधानिक इजलासले ती मुद्दाहरुको कारवाही र किनारा गर्दछ।[51] सरकारी वकीलहरुले प्रदेश र स्थानीय तहको तर्फबाट अदालतमा प्रतिनिधित्व नगर्ने भएकाले यस्ता निकायहरुले आफ्नो तर्फबाट प्रतिनिधित्व गर्न आफ्ना कर्मचारी वा छुट्टै कानून व्यवसायी पठाउनु पर्ने हुन्छ।

सरकारी वकीलहरुले अदालतमा नेपाल सरकारको तर्फबाट मात्र प्रतिनिधित्व गर्दछन्। नेपाल सरकारको हक, हित वा सरोकार निहित रहेको मुद्दामा महान्यायाधिवक्ता वा निजको मातहतका सरकारी वकीलबाट नेपाल सरकारको प्रतिनिधित्व गरिन्छ। संविधानमा अन्यथा व्यवस्था भएकोमा बाहेक कुनै अदालत वा

---

[४९] उही धारा १३७।

[५०] उही धारा २३४।

[५१] उही धारा १३७।

न्यायिक निकाय वा अधिकारी समक्ष नेपाल सरकारको तर्फबाट मुद्दा चलाउने वा नचलाउने भन्ने कुराको अन्तिम निर्णय गर्ने अधिकार महान्यायाधिवक्तालाई प्राप्त छ।[52]

प्रदेश सरकार र स्थानीय तह नेपाल सरकारको परिभाषाभित्र नपर्ने भएकोले त्यस्ता निकायहरुको हक, हित वा सरोकार निहित रहेको बिषयमा अदालतमा प्रतिनिधित्व गर्ने र आफ्नो निकायको तर्फबाट मुद्दा चलाउने नचलाउने भन्ने बिषयमा ती निकायहरु आफैले नै व्यवस्थापन गर्नु पर्ने हुन्छ। यो संवैधानिक व्यवस्थाका अलावा कतिपय बिषयहरुमा प्रदेश वा स्थानीय तहसँग संघको विवाद पर्न सक्ने भएको त्यस्ता विवादहरुमा स्वभाबतः सरकारी वकीलहरुले संघ (नेपाल सरकार) कै प्रतिनिधित्व गर्नु पर्ने हुन्छ। यसका अतिरिक्त प्रदेश-प्रदेश वा प्रदेश र स्थानीय तह वा स्थानीय तहहरुकै बीचमा उव्जिएका विवादहरुमा केन्द्र सरकार अन्तर्गत रहेका सरकारी वकीलहरुले कसको प्रतिनिधित्व गर्ने भन्ने बिषयमा अफ्ठ्यारो परिस्थिति सिर्जना हुने भएकोले त्यस्ता निकायहरुले यसको व्यबस्थापन आफै गर्नु पर्ने हुन्छ।

प्रदेश सरकारको तर्फबाट मुख्य न्यायाधिवक्ता, प्रदेश सरकारको कर्मचारी वा प्रदेश सरकारबाट तोकिएका कानून व्यवसायीबाट अदालतमा प्रतिनिधित्व हुने व्यवस्था मिलाउनु पर्ने देखिन्छ। मुख्य न्यायाधिवक्ता प्रदेश सरकारको मुख्य कानूनी सल्लाहकार हुने र संवैधानिक एवं कानूनी विषयमा प्रदेश सरकार वा प्रदेश सरकारले तोकिदिएको अन्य अधिकारीलाई राय सल्लाह दिनु निजको कर्तव्य हुन्छ। साथै, मुख्य न्यायाधिवक्ताको काम, कर्तव्य र अधिकार तथा सेवाका अन्य शर्त प्रदेश कानून बमोजिम निर्धारण हुन सक्छन् भन्ने संवैधानिक व्यवस्था रहेको छ।[53] यस अर्थमा प्रदेशले कानून बनाएर मुख्य न्यायाधिवक्तालाई प्रदेश सरकारको तर्फबाट अदालतमा प्रतिनिधित्व गर्न सक्ने गरी व्यवस्था गर्न सक्ने देखिन्छ।

कुनै मुद्दा मामिलाको सम्बन्धमा स्थानीय तहको तर्फबाट अदालतमा प्रतिनिधित्व गर्ने सम्बन्धमा संवैधानिक व्यवस्था नभए तापनि कानूनबमोजिम आफ्नो कर्मचारीको तर्फबाट यस्ता निकायहरुले अदालतमा प्रतिनिधित्व गराउन सक्छन्। गाउँपालिका र नगरपालिकाको कर्मचारी र कार्यालय सम्बन्धी व्यवस्था प्रदेश कानून बमोजिम हुने[54] भएकोले सोही बमोजिम ती निकायहरुले आवश्यक कर्मचारीको व्यवस्थापन गरी अदालतमा प्रतिनिधित्व गराउन सक्दछन्।

यसरी प्रदेश-प्रदेश, स्थानीय तह-स्थानीय तह एवं प्रदेश र स्थानीय तह बीचको विवादमा सरकारी वकीलहरुले कसैको पनि प्रतिनिधित्व गर्दैनन्। यस्तो अवस्थामा सम्बन्धित प्रदेश एवं स्थानीय तहले मुख्य न्यायाधिवक्ता वा अन्य कर्मचारी वा कानूनी सल्लाहकारबाट अदालतमा आफ्नो प्रतिनिधित्वालाई सुनिश्चित गर्छन्।

---

५२ धारा १५८।(२)

५३ धारा १६० र (५)(७(

५४ धारा २२७

निष्कर्ष

ठुला र सम्पन्न राष्ट्रहरुको लागि संघीय प्रणाली आवश्यकता हो भने साना र बिपन्न राष्ट्रहरुको लागि यो प्रणाली फलदायी नभएको कुरा विश्व ईतिहासले प्रमाणित गरेको छ। अमेरिका र भारतजस्ता बिशाल र आर्थिकरुपमा सम्पन्न राष्ट्रहरुमा संघीयताको सफल कार्यान्वयन भएको छ। तर, कतिपय राष्ट्रहरु संघीयताको कारणबाट टुक्रिन पुगेको समेत उदाहरणहरु देखिन्छ। जस्तैः Czechoslovakia, Socialist Federal Republic of Yugoslavia, Malaysia (Malaysia र Singapore), Ethiopia (Eretria र Ethiopia) आदि देशहरु यसका उदाहरणहरु हुन। त्यतिमात्र होइन, विश्वका कैयौं मुलुकहरु संघीयताबाट एकात्मकता तर्फ फर्किएका छन्। जस्तोः हाइटी, मेक्सिको, यूगोस्लाविया, सर्बिया र मन्टेनेग्रो, बर्मा, इंडोनेशिया, क्यामरून आदि देशहरु यसका केही उदाहरणहरु हुन्। संघीयताको अभ्यासबाट सफलता र असफलता व्यहोरेका देशहरुको उदाहरणबाट हाम्रो संघीय प्रणालीलाई कसरी अगाडि बढाउने भन्ने बिषयमा हामीले पाठ सिक्नु जरुरी छ।

अमेरिका र भारतमा देखिएका केन्द्र र राज्यहरुबीचका सानाठूला विवादहरु र विवादहरुको न्यायिक समाधानको तौरतरिकाको सिकोबाट पनि आफ्ना समस्याहरु सुल्झाउने दिशामा नेपालले फाईदा लिन सक्नु पर्दछ।

नयाँ संविधानले नेपाललाई संघीय प्रणालीमा रुपान्तरण गरी यसको कार्यान्वयनको लागि नीति र संयनन्त्रसमेतको व्यवस्था मिलाएकोछ। संविधान केवल मार्गदर्शक दस्ताबेज मात्र भएकोले यसले कोरेको मार्गमा सफलतापूर्ण यात्राका लागि सोही अनुकूल संस्कार र संस्कृतिको निर्माण गर्नु आवश्यक छ। समयक्रममा हुने न्यायिक ब्याख्या, राजनैतिक अभ्यास र हाम्रा व्यबहारबाट यस्तो संस्कार र संस्कृतिको निर्माण हुन पुग्छ। भूगोलले सानो र अर्थतन्त्रले पछाडि परेको मुलुकका लागि संघीयताको सफल कार्यान्वयन ठूलो चुनौतीको बिषय भएकोले नेपालले यसको सतर्कतापूर्वक प्रयोग गर्न सकेन भने संघीय प्रणालीको असफल प्रयोग गरेका हाइटी, मेक्सिकोजस्ता मुलुकहरुको सूचीमा नेपाल पनि पर्नेछ।

विश्वमा संघीय शासन प्रणालीको अभ्यास र दक्षिण एसियामा संघीय शासन प्रणाली

✍ डा. चन्द्रकान्त ज्ञवाली♦

विश्वमा शासन प्रणाली दुई किसिमको देख्न सकिन्छ। पहिलो एकात्मक र दोस्रो हो संघात्मक। विश्वमा नेपाल समेत २७ मुलुकमा संघीय शासन प्रणालीको अभ्यास देखिन्छ। दक्षिण एसियाका आठ मुलक मध्ये पाँच मुलुक एकात्मक र तीन मुलुकमा संघीय तथा संसदीय शासन पद्धति अपनाएको पाइन्छ। जसमा भारत, पाकिस्तान र नेपाल रहेका छन्। नेपालको संविधान संघीयताको कार्यान्वयनको चरणमा प्रवेश गरेको छ। संघीयता अंगालेका तीन मुलुकले संसदीय शासन प्रणाली अंगालेका छन् भने माल्दिभ्स राष्ट्रपतीय र भुटानले भने राजतन्त्रात्मक शासन पद्धतिलाई अभ्यास गरिरहेको पाइन्छ। अन्यले संसदीय शाासन प्रणालीलाई राजनीतिक मूलमन्त्र बनाएका छन्।

शासन पद्धतिमा विश्वको अभ्यास: एकात्मक र संघीय दुवै प्रणाली आधुनिक शासन पद्धतिका द्योतक हुन्। आधुनिक शासन पद्धतिलाई वर्गीकरण गर्नु आफैंमा कठिन कुरा हो। सरकारको बनावट, ऐतिहासिक, भौगोलिक, सामाजिक, आर्थिक र भावनात्मक तत्वमा भर पर्दछ। बेलायत र फ्रान्स दुवै संसदीय शासन पद्धति अँगाल्ने मुलुकहरू हुन्। बेलायत राजतन्त्रात्मक मुलुक भए पनि सीमित राजतन्त्र रहेको छ। साँच्चिकै व्यवहारमा भने गणतन्त्रको अभ्यास छ। अर्कोतिर फ्रान्स गणतान्त्रिक मुलुक हो तर राजतन्त्रको भावना अनुसार गणतन्त्र चलिरहेको छ। यसैले "French Politics are often both unrealistic and passionately ideological" भन्ने गरिन्छ। उता क्यानडा र अमेरिका दुवै मुलुक संघीय शासन पद्धति अँगालेका दुई छिमेकी मुलुकहरू हुन्। अमेरिका विल्कुलै पुरातन संघीयता अपनाइरहेको छ। अवशिष्ट अधिकार न त संघीय सरकारमा छ न त राज्य सरकारमा नै छ। तर क्यानाडालाई हेर्ने हो भने अभिव्यक्त पद्धतिको शक्ति राज्यलाई दिइएको छ। अरू सबै केन्द्रलाई दिइएको छ। त्यसैले क्यानाडालाई जहिले पनि अर्धसंघीय शासन पद्धति भन्ने गरिन्छ। तर एकात्मक शासन पद्धतिको असर भने अझै परिरहेको छ। केन्द्रीकृत शासन पद्धतिलाई अझै पनि जोड गरिंदैछ। [1]

भारत जहाँ संघीय शासन प्रणाली छ। त्यहाँ पनि केन्द्रीकृत शासन प्रणाली नै हावी छ। B.R. अम्बेड्करले भन्ने गरेका थिए कि- "**जब शान्ति हुन्छ, भारत संघीय शासनलाई अवलम्बन गर्दछ, जब युद्धको समय हुन्छ, भारतले एकात्मक शासन पद्धति अँगाल्दछ।**" त्यसैले No mechanism of government can claim perfection and consequently finality भन्ने पाइन्छ।

♦ **वरिष्ठ अधिवक्ता, पि.एच.डी (संवैधानिक कानून)**

[1] Dr. Chandra Kanta Gyawali, Constitutional Law of Nepal: Paravi Prakasan,Third Emendment, 2073, p 56

एकात्मक शासन पद्धति (Unitary System of Governance)

एकात्मक शासन पद्धतिमा केवल केन्द्रमा मात्र सरकार रहन्छ। सरकारभित्र पनि सरकार रहने हुँदैन। (There can be no government within a government) एकात्मकमा एउटा मात्र सरकार रहने हुन्छ। राज्यको तीन अंग कार्यपालिका, व्यवस्थापिका र न्यायपालिका केन्द्रमा नै रहने र केन्द्र सरकारकै मातहतमा रहन्छन्। केन्द्रीय सरकारमा कार्यकारी अधिकार, केन्द्रीय संसद्मा कानून निर्माणको अधिकार र सर्वोच्च अदालतमा सम्पूर्ण न्यायिक अधिकार रहने पद्धतिलाई एकात्मक पद्धति भनिन्छ। यस पद्धतिमा केन्द्रीकृत आर्थिक, प्रशासनिक योजना र न्यायिक अधिकार रहन्छन्। अधिकारको छनोट (Deconcentration) र अधिकार प्रत्यायोजन (Delegated Right) मार्फत् विकेन्द्रीकरण गर्ने पद्धतिलाई एकात्मक शासन पद्धति भनिन्छ। दक्षिण एसियामा बंगलादेश, श्रीलंका, अफगानिस्तान, माल्दिभ्स, र भुटान गरी पाँच मुलुक एकात्मक शासन पद्धति अपनाउने मुलुक हुन्।

नेपालमा भने विकेन्द्रीकरण ऐन, २०३९, स्थानीय स्वायत्त शासन ऐन, २०५५ लागू गरिए पनि सम्पूर्ण अधिकारको उत्तरदायित्व र जवाफदेहिता केन्द्र सरकारमा नै रहन गयो। एकात्मक शासन पद्धतिमा पनि सरकार र विकासको पहुँच जनतासमक्ष पुऱ्याउने हो भने अथवा सरकारमा रहेको शक्ति बाँडफाँड गर्ने हो भने दुई तरिकाले बाँडफाँड गर्न सकिन्छ। (१) भौगोलिक (Territorial) (२) कार्यात्मक (Functional) भयो भने एकात्मक शासन पनि सफल हुन सक्दछ। हाल विश्वभर १७० मुलुकमा एकात्मक शासन पद्धति चलिरहेको छ। २७ मुलुकमा संघीय शासन पद्धति अँगालिएको छ। नेपालमा नेपालको संविधान बमोजिम तीन तहको संसद र सरकारको निर्वाचन पछि कानून बनाउने र संरचना तयार गर्दै संघीयता कार्यान्वयनमा आइरहेको छ।[२]

बेलायत, फ्रान्स, इटाली, हंगेरी, स्लोभाकिया बेल्जियम, जापान, अफगानिस्तान, इरानसमेतका झन्डै १७० मुलुकले एकात्मक शासन पद्धति अँगालेको देखिन्छ। यसको प्रकृति हेर्ने हो भने (१) सर्वशक्तिमान केन्द्रीय सरकार (२) सबै अधिकार केन्द्रीय सरकारको इच्छामा विकेन्द्रीकरण हुने (३) स्थानीय तहका निकाय र विभाग कार्यालयमा आफ्ना सुरुका अधिकार नरहने (४) केन्द्रीय सरकारको चाहनामा देशको आर्थिक, प्रशासनिक, राजनीति घुम्ने गर्दछ (५) तल्ला तहका निकायलाई कति अधिकार प्रत्यायोजन गर्ने, फिर्ता गर्ने, खारेज गर्ने सबै केन्द्रीय सरकारलाई मात्र हुन्छ। बेलायतमा तल्ला तहका सरकारलाई स्वायत्तता प्रदान गरेको देखिन्छ भने प्रशासनिक इकाइ, विभाग, कार्यालय मार्फत तल्ला तहका निकायसम्म अधिकार प्रत्यायोजित गरिएको छ। भारतको प्रकृतिलाई हेर्दा संघीय हो तर अभ्यास गर्दा केन्द्रले बढी प्रयोग गर्दछ।[३]

केन्द्रीय सरकारमा रहेको शक्तिको बाँडफाँड, मन्त्रालय, क्षेत्रीय प्रशासन विभाग, अञ्चल, जिल्ला कार्यालय, नगर, गा.वि.स.मा भौगोलिक (Territorial), कार्यात्मक (Functional), विकेन्द्रीकरण (Decentralization), डिभोल्युसनमार्फत् केन्द्र सरकारको अधिकार बाँडफाँड हुन्छ। यसमा अधिकार प्रत्यायोजन (Delegation) अधिकारको छनोट (Deconcentration) मार्फत अधिकार वितरण हुन्छ।

---

[2] Ibid at 56.
[3] Id. At 57.

एकात्मक शासन पद्धतिम कम खर्चिलो, शान्ति सुव्यवस्था राख्न सजिलो हुने, धेरै प्रशासनिक ईकाई बनाउन नपर्ने, माथिको सरकारको आदेश अनुसार तलका निकाय तथा विभागहरू चल्न सक्ने, आर्थिक पारदर्शिता कायम गर्न सकिने, राजनीतिक स्थिरता हुने, सामाजिक सौहार्दता बढ्ने आदि विशेषता हुन्छन् । शक्ति केन्द्रमा मात्र रहने, शक्तिको हस्तान्तरण केन्द्रको तजविजमा मात्र हुने गर्दछ त्यसैले अरुलाई शक्ति केन्द्रीकृत हुने पद्धति भन्ने गरिन्छ ।

संघीय शासन पद्धति (Federal System of Governance)

केन्द्रीय, प्रान्तीय वा स्थानीय, भौगोलिक, संरचित, स्वायत्त तथा विशेष सरकार संघीय शासन पद्धतिका स्वरूपहरू हुन् । केन्द्रीय सरकार, क्षेत्रीय तथा स्थानीय सरकारको सिर्जना संविधानमै हुने गर्दछ । क्षेत्रीय वा राज्य स्थानीय सरकारको व्यवस्था संविधानले स्पष्ट रूपमा गरेको हुन्छ । दुई सरकार, दुई प्रशासन, दुई व्यवस्थापिका आदि संघीय व्यवस्थाका प्रकृति भए पनि संविधानसभाले बनाएको नेपालको संविधानले ३ सरकारको तहलाई समेत परिकल्पना गरेको छ । संघीय व्यवस्था आपसी समझदारी (Meeting of the Mind) हो । आपसी विश्वास (Belief) जबसम्म रहिरहन्छ, तबसम्म संघीय शासन पद्धति रहिरहन्छ । संघीय शासन पद्धतिले केन्द्रीकृत शक्तिशाली सरकारको विपरीत अर्थ राख्दछ । त्यसैले यसलाई एकभन्दा बढी सरकारी संयन्त्र परिचालन हुने व्यवस्था भन्ने गरिन्छ । केन्द्रीय सरकारभन्दा तल्लो तहका सरकारहरूले निश्चित संवैधानिक अधिकारहरू अभ्यास गर्न पाउँने, त्यस्ता अधिकारको संवैधानिक रूपमा सुनिश्चित गरिने तथा केन्द्रीय सरकारमा भर नपर्ने व्यवस्थासहितको राज्यप्रणाली संघीय प्रणाली मानिन्छ ।[४]

संघीय पद्धति एक प्रकारको समझदारी एवं प्रतिबद्धताको शासन पद्धति हो । केन्द्र, राज्य, भौगालिक वा स्थानीय सरकारमा आत्मनिर्णयको अधिकार अन्तर्गत आफ्ना हरेक निर्णय अन्तिम हुने विश्वास गरिन्छ । त्यसैले यसलाई निर्णयको अन्तिमताको सिद्धान्त (Theory of Finality of Decision) भन्ने गरिन्छ । बाह्य देशको आक्रमणबाट बच्न, एक ठाउँमा आउने सिद्धान्त (Agreegation or Coming Together), विभाजनको संघारमा पुगेकोलाई एक ठाउँमा राख्ने (Disagreegation or Holding or Staying Together) भन्ने पनि गरिन्छ । बाह्य सैनिक हस्तक्षेपको खतरा रहिरहेमा संघीयमा जाने र बाहिरी सैनिक हस्तक्षेपको अन्त्य भएमा वा भविष्यमा नदेखेमा संघीयलाई टुटाई एकात्मक शासन पद्धतिमा गएका थुप्रै मुलुकहरू देखिन्छन् । यदि संघीयमा गएका मुलुकहरूमा पनि बाहिरी हस्तक्षेप कम रहेको अवस्थामा केन्द्र बलियो बनाउने र बाहिरी हस्तक्षेप बढी भएमा राज्य बलियो बनाउने पद्धतिसमेत रहेको पाइन्छ । बेल्जियम, दक्षिण अफ्रिका, र स्पेन एकात्मकबाट संघीय शासन प्रणालीमा गएका मुलुकहरू हुन् ।

मन्टेस्क्यूले साना-साना राज्यहरू मिलेर संघीय गणराज्य बनाउने र अन्य राज्यको आक्रमणबाट बच्न अलग हुने अधिकार रहेको, जसलाई आत्मनिर्णयको अधिकार (Right to Self-determination) हुने भनी परिभाषा गरे । त्यसपछि संघीय शासन पद्धतिभित्र केन्द्र र राज्यले आ-आफ्ना कानून आफैं बनाउन पाउँने अधिकारको अवधारणासमेत विकसित हुन थाल्यो । स्न १७८१ मा ब्रिटिस शासन विरुद्ध लड्न

[4] Ibid at 59.

१३ वटा अमेरिकी राज्यहरू मिलेर एउटा संघ बनाए, जुन संघलाई यति विघ्न अधिकार दिइयो, जसले कानून लागू गर्ने, अन्तर्राष्ट्रिय व्यापार बढाउने, प्रेम, सम्मान, आदर गर्नेमा आधारित संघीय राज्य बनाए । वास्तवमा जे. एस. मिल. ले संघीय राज्यमा (१) जातीय सहानुभूति (२) भाषाको सम्मान (३) साझा राजनीतिक एजेन्डा (४) एक-अर्कामा कसैले नहेप्ने नीति हुनुपर्नेमा जोड दिए ।

विश्वको ठूलो जनसंख्या ओगटेका राष्ट्रहरूसमेत संघीय शासन पद्धतिमा आधारित छन् । ठूला भौगोलिक क्षेत्र र जनसंख्या भएका धेरै मुलुकहरू आत्मनिर्णयको अधिकार (Right to Self-determination) सहित संघीयमा प्रवेश गरेका छन् । रुस, ब्राजिल र मेक्सिको प्रजातान्त्रिक लहरसँगै संघीय शासन पद्धति अँगाल्न पुगेका मुलुक हुन् भने केन्द्रीकृत राज्यप्रणाली भएका मुलुकहरू बेल्जियम, दक्षिण अफ्रिका, इथियोपिया र स्पेन संघीय बनेका छन् । पछिल्ला दशकमा बोस्निया, इराक, सुडान द्वन्द्व व्यवस्थापनपछि संघीयमा प्रवेश गरेका थिए भने सुडान भर्खरै मात्र उत्तरी सुडान र दक्षिणी सुडानमा परिणत भएको छ । यसले के देखाएको छ भने संघीय शासन प्रणाली टुक्राउन चाहने हो भने सजिलै टुक्रिन सक्दछ भन्ने पछिल्लो उदाहरण हो । नेपालले पनि १० वर्षे माओवादी युद्ध र मधेस आन्दोलनपछि अन्तरिम संविधानको पहिलो र पाँचौं संशोधनले संघीय लोकतान्त्रिक व्यवस्था अपनाउने प्रतिबद्धता जाहेर गरि ७ प्रदेश र तीन तहको सरकारको पकिल्पना गरे बमोजिम ७६१ वटा संसद र सभा तथा ७६१ वटा सरकार बनेका छन् र विस्तारै विस्तारै कार्यान्वयनमा आएका छन् ।

विश्वका अधिकांश मुलुकहरू जहाँ ठूला तथा अति स साना भौगोलिक क्षेत्र, जनसंख्या, भाषा र जातीय विविधता भएका २७ मुलुकहरूले संघीय शासन पद्धति अपनाएका छन् । जसमा, केन्द्र र प्रान्त, केन्द्र, राज्य, जिल्ला र भौगोलिक क्षेत्र, केन्द्र, प्रान्त र संघीय जिल्ला तथा स्थानीय सरकारसमेतमा विभाजित छन् । नेपाल एक केन्द्र, ७ प्रादेशिक र गाउँपालिका, नगरपालिका, जिल्ला समन्वय सभा, संरक्षित क्षेत्र, स्वायत्त तथा विशेषमा सरकारको तहको संवैधानिक व्यवस्था छ ।[५] तर संरक्षित क्षेत्र, स्वायत्त तथा विशेष क्षेत्र कार्यान्यनमा आउँन सकेनन् ।

लोकतान्त्रिक तीन तहको सरकार जनताको घरदैलोसम्म विस्तार, पहिचानको राजनीति, सार्वभौम मुलुकलाई एकै ठाउँमा ल्याउने नयाँ प्रयोग, द्वन्द्वपछिको समयमा स्थिर सरकार बनाउने उपायको खोजी, समावेशिता, सहभागिता, प्रतिनिधित्व तथा निर्णय प्रक्रियामा निर्णायक भुमिका, स्वायत्तता, आत्मनिर्णयको अधिकार, लोकतन्त्रको संस्थागत विकास, कानूनी शासन, विकासको एक उत्कृष्ट मोडेल, विकासको साध्यमा पुग्न एक साधन आदि संघीयताका मूलभूत विषेषताहरू हुन् । यी विशेषता नेपालमा पनि देखिन थालेको छन् तर संघर्षका साथमा ।

संघीयताका आरोह अवरोह : संघीयताको आरोह अवरोहको कुरा गर्दा अर्जेन्टिना, ब्राजिल, मेक्सिको, नाइजेरिया र रुस जस्ता केही मुलुकहरूमा नगन्य रूपको संघीय संविधान थिए तर तीनीहरू लामो समयसम्म एकदलीय वा सैनिक शासन अन्तर्गत भए पनि प्रजातान्त्रिक भएपछि संघीयताको आकर्षण बढ्यो । स्पेन, दक्षिण अफ्रिका र इथियोपिया जस्ता पहिलेका एकात्मक मुलुकहरू प्रजातान्त्रिक मुलुक हुने प्रक्रियामा संघीय बनेका छन् । इटाली र इन्डोनेसियामा संघीय हुने दीर्घकालिक सम्भावना देखिन्छ ।

---

[5] Id at 60

बेल्जियममा पहिले नै प्रजातन्त्र स्थापना भयो । तर त्यहाँका दुईवटा मुख्य भाषिक समुदायको निश्चित उद्देश्यका लागि आफ्नै सरकार बनाउने बलियो चाहना पूरा गर्न संघीय बन्न पुग्यो । युरोपेली संघले ३० वटा मुलुकलाई एउटै मुद्राको सूत्रमा बाँधेर विशिष्ट राजनीतिक परीक्षणको प्रतिनिधित्व गरेको देखिन्छ । बोस्निया हर्जगोभिनादेखि सुडान, इराक र साइप्रससम्मको द्वन्द्वपछिको अवस्थामा प्रायः दह्रो बाह्य प्रभावसँग संघीय स्वरूपमा गएको अवस्था छ । क्षेत्रीय रूपमा महत्वपूर्ण र विशिष्ट जनसंघीयता भएका ठूला वा साना प्रजातान्त्रिक मुलुकहरूमा संघीयता लागू गर्नु उपयुक्त हुन्छ । तर यो संघीयता प्रजातन्त्रका लागि सर्वोत्कृष्ट रूप भने होइनन् । डेनमार्क जस्ता साना र एकरूपता भएका मुलुकमा संघीय प्रणाली हुनु पर्दछ भनेर कसैले तर्क गर्दैन । यसैगरी महाद्विपीय आकारमा ठूला र जातिगत रूपमा विविधता भएका भारत र क्यानाडा जस्ता मुलुकहरूमा एकात्मकताको कल्पना गर्न कठिन हुन्छ । चीन एकात्मक प्रणाली भएको मुलुक हो, तर यसले प्रान्तहरूमा केही अधिकार दिएको पाइन्छ । पहिलेका एकात्मक मुलुकहरूमा पनि संघीयताको आकर्षण बढ्दो रूपमा छ तर पनि द्वन्द्वपछिको अवस्थामा धेरै चुनौती रहेका थुप्रै उदाहरणहरू छन् । संघीयता सधैं उत्कृष्ट स्वरूप पनि हुँदैन । संघीयताले द्वन्द्व, भ्रष्टाचार वा प्रजातान्त्रिक प्रणाली बिग्रने कुरामा बचावट गर्दैन । तर पनि परिस्थितिअनुसार उपयुक्त मानिन्छ । संयुक्त राज्य अमेरिका र अस्ट्रेलिया जस्ता संघहरू आधुनिक सञ्चारका कारणले धेरै केन्द्रीकृत बनेका छन् । यो विश्वव्यापीकरण, समन्वयात्मक नीतिहरूले गर्दा भएको हो । क्यानडा, भारत र स्वीट्जरल्यान्ड जस्ता मुलुकहरू विकेन्द्रित अवस्थामा नै रहेका र विकेन्द्रित नै भएका छन् ।

धेरै सरकारको निर्माण हुँदा खर्च थेग्न नसक्नु, एउटै मुलुक कायम राख्न पर्याप्त साझा स्वार्थ नहुनु, कम्युनिस्ट मुलुकहरू नगन्य संघीय संविधान अन्तर्गत प्रजातान्त्रीकरण हुँदा एकसाथमा रहन नसक्नु, गृहयुद्धको तनाव बढ्न सक्ने, संघीय शासन पद्धतिलाई व्यवस्थापन गर्न नसक्दा दिगो रहन नसक्नु, जसमा (१) वेस्ट-इन्डिज (२) मध्यअफ्रिका (३) पूर्वी अफ्रिका (४) पश्चिम अफ्रिका आदि । बंगलादेश पाकिस्तानबाट अलग भयो भने मलेसियाबाट सिंगापुर निष्कासित भयो, प्रजातन्त्रको संक्रमणलाई थेग्न नसक्नु ,जातीय द्वन्द्वमा विभाजन हुनु, शान्तिपूर्ण रूपमा विभाजन हुनु, संघको उत्तराधिकारी संघका रूपमा छाड्दै स्वतन्त्र राज्यहरूमा टुक्रिनु आदि अवगुणहरू पनि नभएका होइनन् ।

संघीयतामा जानुभन्दा पूर्व पूर्णरूपमा गृहकार्य गर्दै राज्यको समावेशी, संघीय र राज्यको पुनर्संरचना गर्न उच्चस्तरीय आयोग गठन गरी त्यसले दिएको सुझावका आधारमा संघीयमा जाँदा शक्तिको बाँडफाँड उपयुक्त तरिकाले भई संघीय शासन पद्धति सुदृढ हुन सक्दछ । राम्रोसँग व्यवस्थापन गरेका ठूला मुलुकहरू अमेरिका, जर्मनी, क्यानाडा, भारत, अस्ट्रेलिया, स्वीट्जरल्यान्ड, दक्षिण अफ्रिका आदि मुलुकहरू आज विश्वमा सबैभन्दा विकसित र धनी मुलुकहरूको पंक्तिमा पनि नदेखिएका होइनन् । यसका सबल पक्ष र अवसर पनि त्यतिकै छन् । राम्रोसँग संघीयताको व्यवस्थापन गरिएका मुलुकहरूमा भने संघीयताले कानूनी शासन र न्यायालयको स्वतन्त्रतालाई सम्मान गर्दै संघीयताको राम्रो सफलता प्राप्त गरी संस्थागत विकाससमेत गरेको देखिन्छ ।

समाजको विविधता भएका मुलुकहरूमा सहिष्णुता र समझदारीको राजनीति एवं संस्कृतिको विकास हुन जान्छ । यसमा जातिगत, भाषिक वा धार्मिक आधारसँगै, भौगोलिक, जनसंख्या, ऐतिहासिकता, आर्थिक,

राजनीतिक, प्रशासनिक, भौगोलिक अनुकूलता, विशिष्टतालाई आधार बनाइयो भने मात्र संघहरूमा पनि साँस्कृतिक विविधतामा सहिष्णुता आई संघीय शासन बलियो हुन सक्दछ। जाति, जनजाति एवं अल्पसंख्यकहरूको अधिकारको समेत संरक्षण हुन सक्छ।

कानूनी शासन र न्यायालयको स्वतन्त्रतालाई सम्मान गर्ने मुलुकहरूमा संघीयताको सफलता रहन, समाजको विविधता भएको मुलुकहरूमा सहिष्णुता र समझदारीको राजनीतिक सँस्कृति आवश्यक हुने, जातिगत, भाषिक वा धार्मिक आधारसँगै क्षेत्रीय रूपमा विभाजन भएका संघहरूमा साँस्कृतिक विविधतामा सहिष्णुता, मुलुकलाई परिभाषित गर्ने मूल्य र मान्यतालाई आत्मसात् गरियो भने संघीय शासन पद्धति बलियो हुने, अल्पसंख्यकहरूको अधिकारको संरक्षण गर्ने, स्वीट्जरल्यान्डको गृहयुद्धले सन् १८४८ मा संघ बन्न पुग्यो, संयुक्त राज्य अमेरिकाको भयावह गृहयुद्धले संघको अस्तित्व सुनिश्चित गऱ्यो, अर्जेन्टिनामा तीनवटा छोटा गृहयुद्धहरूले मुलुकको एकात्मक प्रकृतिको सट्टा संघीय स्वरूप बन्न पुग्यो, नाइजेरियाबाट Biafra's War of Succession (सन् १९६०-७०) मा असफल हुन पुग्यो, भेन्गिस्तुको शासनको विरुद्धको क्रान्तिबाट इथियोपियाको संघ जन्मियो। यी अवस्थाहरूमा विभाजनको सट्टा मुलुकको एकता सुरक्षित भयो र ढिलो, चाँडो तर्कसंगत संघहरू बनेकाले सफलता जोडिएका छन्।

संघात्मक शासन प्रणाली वास्तवमा जनतालाई क्षेत्रीय तथा स्थानीय स्तरमै स्रोत, साधन र शक्तिमा सहभागी गराई शक्तिको विभाजन गर्ने प्रक्रिया हो। यस्तो किसिमको अधिकारलाई जनताको आत्मनिर्णयको अधिकार पनि भन्ने गरिन्छ। जसलाई विकासको अधिकार (Right to Development) भनिन्छ। संघात्मक प्रणालीमा राज्य छुट्टिने अधिकार आत्मनिर्णयमा पर्दैन। जनता स्थानीय स्तरको सरकारमा भाग लिई देशको राजनीतिक, आर्थिक मूल प्रवाहमा सहभागी भई सामाजिक र आर्थिक एवं राजनीतिक विभेदको अन्त्य गर्ने प्रयास गर्दछन्। स्थानीय स्तरको स्रोत साधनको बढी मात्रामा उपयोग गराई स्थानीय स्रोत साधनको उपयोग र उपभोग गर्न स्थानीय तहमा नै जनतालाई आत्मनिर्णय गर्ने अधिकार प्रदान गरिन्छ। भौगोलिक बनावट, सामाजिक तथा साँस्कृतिक ढाँचा, क्षेत्रीय, जातीय, जनजातीय, दलित, मधेसी, महिला, अल्पसंख्यकको इच्छा, आकांक्षा परिपूर्ति गर्न संघीय शासन प्रणाली बढी उपयुक्त देखिन्छ।

यो प्रणालीमा राज्य सरकारलाई केन्द्रीय सरकारले विशेष रूपमा प्राप्त गर्ने विदेश नीति, मुद्रा, सुपुर्दगी, सुरक्षा आदिबाहेक स्थानीय राज्यका कार्यपालिका, व्यवस्थापिका र न्यायपालिकाको संविधानले नै प्रत्याभूति गरिदिई शक्ति सन्तुलन र शक्ति पृथकीकरण गरिदिने हुँदा स्थायी सरकार केन्द्र र स्थानीयमा रहने गर्दछन्। बजेट बनाउने, राजस्व उठाउने, खर्च गर्ने र विकास निर्माण गर्दा केन्द्रको मुख ताक्नु पर्दैन। स्वतन्त्र क्षेत्राधिकार, सार्वभौमसत्ता, अखण्डतामा स्थानीय सरकारको समेत सामूहिक स्वार्थ रहन्छ। संघात्मक सरकार र केन्द्र सरकार दुवै संवैधानिक सीमाभित्र रहेर काम गर्ने हुँदा कुनै विवाद उठे पनि संवैधानिक अदालतले विवादको समाधान गर्ने गर्दछ। न्यायिक पुनरावलोकनको अधिकारसमेत रहने हुँदा संवैधानिक सर्वोच्चतासमेत रहने गर्दछ। स्वतन्त्र निर्वाचन, समावेशी प्रजातन्त्र, प्रतिनिधिमूलक संस्था नै संघात्मक शासन प्रणालीका मुख्य मेरुदण्ड नै हुन्। यसलाई नेपालले जोगाउन सक्छ वा सक्दैन भन्ने कुरा हेर्न बाँकी नै छ।

संघीय शासन प्रणाली अन्तर्गत सबैभन्दा उदाहरणीय अमेरिका, भारत, क्यानडा, जर्मनी, अस्ट्रेलिया र दक्षिण अफ्रिकाको शासन पद्धति मानिन्छन् । यी मध्ये दक्षिण एसियाका भारत, पाकिस्तान र नेपालको संघीय शासनका वारेमा बारेमा यहाँ चर्चा गरिएको छ :-

भारत (India)

भारतको संविधान डा. भिम राव अम्वेडेकरको मस्यौदालाई २६ नोभेम्बर १९४९ मा संविधानसभाले पारित गऱ्यो । २६ जनवरी १९५० देखि हालसम्म एक सय पटकभन्दा बढी संशोधन भई चलिरहेको छ ।

कार्यपालिका: यो संविधानले भारतको लोकतान्त्रिक संसदीय गणतन्त्रलाई स्वीकार गरेको छ । राष्ट्रपति दुवै संसद्का सदस्यहरू र राज्यका सदस्यहरूको लोकप्रिय मतदानका आधारमा निर्वाचित हुने संवैधानिक प्रावधान रहेको छ । देशको कार्यकारिणी एवं सुरक्षाको अधिकार राष्ट्रपतिमा राखिएको छ ।[६] उपराष्ट्रपतिको पदसमेत संविधानले तोकेको छ । यति हुँदाहुँदै पनि भारतीय राष्ट्रपति संसद्बाटै निर्वाचित हुने र प्रधानमन्त्रीको तुलनामा कमजोर राष्ट्रपतिका रूपमा लिइन्छ । उनी संसद्प्रति नै उत्तरदायी हुने गर्दछन् । अमेरिकी राष्ट्रपति गैरसंसदीय राष्ट्रपति हुन् । उनी सिधै जनताबाट निर्वाचित हुने, प्रधानमन्त्री नरहने हुँदा राष्ट्रपति पूर्णरूपमा बलियो राष्ट्रपति मानिन्छ । भारतीय राष्ट्रपति संसद्प्रति र अमेरिकी राष्ट्रपति जनताप्रति प्रत्यक्ष रूपमा जवाफदेही र उत्तरदायी हुने गर्दछन् ।

संसद् सभा: राष्ट्रपति र दुई सदनलाई राज्यको परिषद् र जनताको संसद् भनेर चिनिन्छ ।[७]

राज्यको परिषद्: यसमा १२ जना राष्ट्रपतिबाट मनोनीत, २३८ जना भौगोलिक संघ र राज्यका प्रतिनिधि रहन्छन् ।

जनताको संसद्: राज्यको भौगोलिक क्षेत्रबाट ५३० जना प्रत्यक्ष निर्वाचन प्रणालीबाट, २० सदस्य भौगोलिक संघबाट निर्वाचत हुने गर्दछन् ।

न्यायपालिका: सर्वोच्च अदालतमा कानूनबमोजिमका न्यायाधीश रहने व्यवस्था छ । सक्षम र भारतीय नागरिकमात्र नियुक्तिका लागि योग्य मानिन्छ ।[८]

राज्यको कार्यपालिका: प्रत्येक राज्यमा गभर्नर हुन्छन् । एउटै व्यक्ति दुई वा बढी राज्यको गभर्नर हुन पनि संविधानले बाधा पुऱ्याएको देखिंदैन । राज्यको कार्यकारिणी अधिकार गभर्नरमा निहित रहन्छ । राज्यका सबै गभर्नरहरूलाई राष्ट्रपतिले नियुक्ति गर्दछन् ।

राज्यको संसद्: बिहार, महाराष्ट्र, कर्नाटक र उत्तर प्रदेशमा दुई सदनात्मक संसद् रहेको छ भने अन्य राज्यमा एक/एक राज्य संसद् रहेको पाइन्छ । दुई सदनमा व्यवस्थापिकीय परिषद् र व्यवस्थापिका सभा नामका संसद् रहेका छन् । गभर्नरलाई अध्यादेश जारी गर्नेसम्मको अधिकारसमेत संविधानले तोकेको छ । तिलंगनासमेत ३१ राज्य संघीय इकाईका हुन् ।

---

[6] Artcle 53, The Constitution of India
[7] Art. 79, Ibid.
[8] Art.124, Id.

राज्यका उच्च अदालतहरू: प्रत्येक राज्यमा उच्च अदालतहरू रहेका छन्। राज्यका अदालतका न्यायाधीशहरूलाई समेत राष्ट्रपतिले नियुक्ति गर्ने गर्दछन्। त्यस्तै भौगोलिक संघहरू रहेका छन्। भौगोलिक ७, राज्यहरू ३१ रहेका छन्। पञ्चायत र नगरपालिकाहरूलाई पनि संवैधानिक परिकल्पना भित्र राखिएको छ।

स्वायत्त प्रदेश

आसाम, मेघालय, त्रिपुरा र मिजोरोम सेडुल र ट्राइभल क्षेत्र तोकिएको छ। पहिलो अनुसूचीमा राज्य र भौगोलिक संघलाई राखिएको छ। राज्यहरूमा (१) आन्द्रप्रदेश (२) आसाम (३) बिहार (४) गुजरात (५) केरला (६) मध्यप्रदेश (७) तमिलनाडु (८) महाराष्ट्र (९) कर्नाटक (१०) उडिसा (११) पञ्जाब (१२) राजस्थान (१३) उत्तरप्रदेश (१४) पश्चिम बंगाल (१५) जम्मु र कश्मीर (१६) नागाल्यान्ड (१७) हरियाना (१८) हिमाञ्चल प्रदेश (१९) मणिपुर (२०) त्रिपुरा (२१) मेघालय (२२) सिक्किम (२३) मिजोरोम (२४) अरुणाञ्चल प्रदेश (२५) गोवा आदि संघात्मक राज्यहरू हुन्। हाल ३१ राज्यहरू रहेका छन्।

भौगोलिक क्षेत्र: (१) दिल्ली (२) लक्ष्यद्वीप (३) अन्दामेन (४) डाड्र र नगर (५) दामन (६) पोन्दीचेरी (७) चण्डीगढ आदि भौगोलिक स्वायत्त क्षेत्रहरू हुन्।

फेडरेसी: भारतको **कश्मीर फेडरेसी** हो। भारत संघात्मक भए पनि कश्मीर फेडरेसी हो। यसको विदेश नीति, सुरक्षा, मुद्रा र सन्धि सुपुर्दगी केन्द्र सरकारले गर्दछ। अरू उसैलाई जिम्मेवारी दिइएको छ। त्यहाँ आत्मनिर्णयको अधिकारलाई विकासको अधिकारका रूपमा बुझिने गरिन्छ।

पाकिस्तान

पाकिस्तानको ईस्लामिक गणतन्त्रको संविधान, सन १९७३, १२ अप्रिलमा जारी भई हालसम्म पनि लागू भएको देखिन्छ। संसारकै सार्वभौमसत्ता अल्लाहसँग सम्वन्धित छ। राजकीयसत्ता पाकिस्तानी जनताद्वारा प्रयोग गरिन्छ। राज्यको शक्ति र राजकीयसत्ता पाकिस्तानी जनताले निर्वाचित गरेका प्रतिनिधि मार्फत प्रयोग गरिन्छ। अली जीन्ना जसले पाकिस्तानलाई भारतबाट स्वतन्त्र राष्टको रूपमा जन्म दिए उनलाई प्रस्तावनामै सम्मान गरिएको छ। यति हुँदाहुदै पनि पाकिस्तान लोकतान्त्रिक राज्यको रूपमा ईस्लाम धर्मका सिद्धान्त वाट निर्देशित हुँदै सामजिक न्याय दिने कुराको उदघोष गरिएको छ। अल्पसंख्यक, पछाडि पारिएका समूहका अधिकार संविधानले नै सुनिश्चित गरिदिएको छ। स्वतन्त्र न्यायापालिकाको सुनिश्चित गरिएको छ। मौलिक हक तथा समानताको प्रत्याभूति गरिएको छ।[9]

राष्ट्रपति: **(President):** राष्ट्रपतिले राष्टप्रमुख तथा गणतान्त्रिक एकताको प्रतिनिधित्व गर्दछन्। राष्ट्रपतिको योग्यता मुस्लिम हुनैपर्दछ। उमेर कम्तिमा पनि ४५ वर्ष पुगेको हुनुपर्दछ। राष्ट्रिय सभाको सदस्य निर्वाचित व्यक्ति मात्र राष्ट्रपतिको उम्देवार हुन सक्ने योग्यता राख्दछ। कार्यकाल ५ वर्षको हुनेछ। राष्ट्रपतिको निर्वाचन संघीय संसदका दुवै सदन र प्रदेश सभाका सदस्य मतदाता रहेको निर्वाचक मंडलवाट हुने व्यवस्था रहेको छ। नेपालमा पनि नेपालको संविधानले यहि खालको व्यवस्था गरेको छ। कार्यकाल सकिनुभन्दा ६० देखि ३० दिन भित्रै निर्वाचन गर्ने संवैधानिक व्यवस्था देखिन्छ। राष्ट्रपतिको निर्वाचनको बारेमा अदालत तथा अन्य अधिकारी समक्ष कुनै पनि प्रश्न उठाउन पाइने

[9] Preamble, Constitution of the Islamic Republic of Pakistan, 1973

छैन ।[10] राष्ट्रपतिलाई कुनै अदालत, न्यायिक निकायले गरेको सजायलाई माफी, मुल्तवि वा परिवर्तन गर्न सक्ने पूर्ण अधिकार रहेको छ । प्रधानमन्त्रीले मन्त्रिपरिषद्का निर्णय संघीय तथा प्रशासनिक मामलाका बारेमा राष्ट्रपतिलाई जानकारी गराउनु प्रधानमन्त्रीको कर्तब्य हुनेछ ।

संसद (Parliament): पकिस्तानको संसदलाई मजलिस ईशुरा भनिन्छ । राष्ट्रपति, राष्ट्रिय सभा र सिनेट दुई सदन सहितको एक संघीय व्यवस्थापिका हुनेछ जसलाई संसद भनिन्छ ।[11] राष्ट्रिय सभा २०७ जनाको हुनेछ जसमा मुस्लिम सदस्यहरू कानूनबमोजिम प्रत्यक्ष तथा स्वतन्त्र तवरवाट निर्वाचित हुनेछन् । १० जना अरु क्रिश्चियन, हिन्दु सिख, वुद्धिष्ट, पारसि, र अहमदि समूहवाट प्रतिनिधित्व हुने गर्दछ । सिट प्रत्येक प्रदेशवाट समेत छुट्टयाउने गरिन्छ । प्रदेशवाट एकल संक्रमणिय मतको आधारमा छुट्टयाउने गरिन्छ । यसको पाँच वर्षको हुनेछ ।

प्रदेश संसद (The Provincial Assemblies): बलुचिस्तानबाट ४०, नर्थ वेष्ट प्रदेशबाट ८०, पंजाव बाट २४०, सिन्दबाट १०० जनाको प्रतिनिधित्व रहन्छ । ५ प्रतिशत आरक्षण महिलालाई छुटयाईएको छ । उक्त सभाहरूमा महिलाको समानुपातिक प्रतिनिधित्व, एकल संक्रमणिय निर्वाचन पद्धति र निर्वाचक मण्डलद्वारा निर्वाचित हुने गर्दछन् । यसका कार्यकाल ५ वर्षको हुनेछ ।

संघीय सरकार (The Federal Government) : संघीय सरकारको कार्यकारिणी अधिकार राष्ट्रपतिमा निहित हुन्छ । संविधान बमोजिम आफै वा सरकारी कर्मचारी मार्फत प्रयोग हुने गर्दछ । मन्त्रिपरिषदको प्रमुख प्रधानमन्त्री हुन्छन् । राष्टपलिाई सल्लाह दिने काम समेत गर्दछन् । राष्ट्रिय सभामा बहुमत हासिल गर्ने सदस्यलाई राष्ट्रपतिले प्रधानमन्त्रीको रूपमा नियुक्त गर्दछन् । सरकार राष्ट्रिय सभाप्रति उत्तरदायी हुने गर्दछ ।[12]

गभर्नर (**The Governors) :** पाकिस्तानमा जम्मा ४ प्रदेश रहेका छन् । प्रत्येक प्रदेशमा प्रदेश प्रमुख राष्ट्रपतिले नियुक्त गर्दछन् ।

प्रदेश सरकार (The Provincial Governments): प्रदेशको सरकारको कार्यकारी अधिकार गभर्नरमा रहन्छ । शक्तिको प्रयोग प्रत्यक्ष वा अप्रत्यक्ष आफै वा सरकारको सल्लाहमा गर्दछ । प्रदेशमा मन्त्रिपरिषद् समेत रहने गर्दछ जसको प्रमुख मुख्य मन्त्री हुने गर्दछ । प्रदेको संसदमा जुन सदस्यले बहुमत हासिल गर्दछ उसलाई गभर्नरले मुख्य मन्त्रीको रूपमा नियुक्त गर्दछ ।[13]

कानून बनाउने अधिकार: संघीय लिष्टमा परेका सबै अधिकार बमोजिम संघीय कानून बनाउने अधिकार संघीय संसदले राख्दछ । प्रदेश संसदले प्रदेशको लिष्ट र साझा सुचिका अधिकारमा मात्र कानून बनाउने अधिकार राख्दछ । संघीय संसदले प्रदेशलाई नछुट्टयाएका सबै विषयमा कानून बनाउने अधिकार राख्दछ ।

न्यायपालिका (The Judiciary): सर्वोच्च अदालत, उच्च अदालत र अन्य अदालत कानून बमोजिम गठन हुनेछन् ।

---

[10] Art. 41
[11] Article 50 .
[12] Art.90.
[13] Art.101

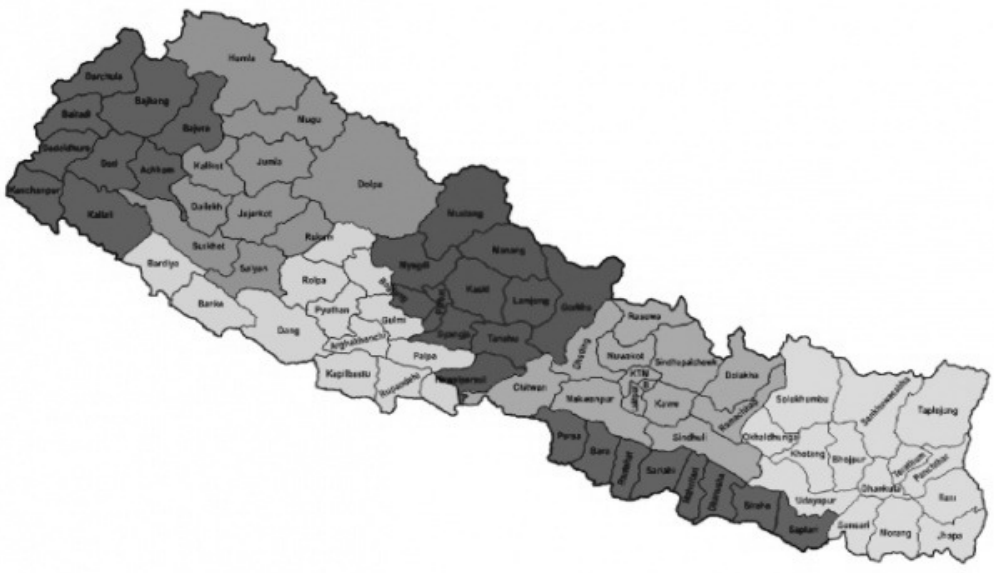
सर्वोच्च अदालत (The Supreme Court of Pakistan) **:** सर्वोच्च अदालत प्रधान न्यायाधीश र अन्य न्यायाधीश सहित गठन हुनेछ। प्रधान न्यायाधीश राष्ट्रपतिले नियुक्ति गर्ने र अन्य न्यायाधीशहरू प्रधानन्यायाधीशको सल्लाहमा राष्ट्रपतिले नियुक्ति गर्दछन्। [14]

उच्च अदालत (The High Court) **:** उच्च अदालतका मुख्य न्यायाधीशको नियुक्ति राष्ट्रपतिले र अन्य न्यायाधीशको नियुक्ति मुख्य न्यायाधीशको सल्लाहमा राष्ट्रपतिले गर्ने गर्दछन्।

नेपाल

नेपालको संविधान : नेपालको संविधान संविधासभाले २०७२ साल असोज ३ गते संधिानसभाका ९१ प्रतिशत सभासदले हस्ताक्षर गरी सभामुखले प्रमाणित गरी राष्ट्रपति डा. रामवरण यादववाट घोषणा गरी सोही दिनदेखि लागू हुँदै आएको छ। राज्य पुनसंरचना र समावेशीताका सवालमा महत्वपूर्ण विषय समावेश भए पनि संघीयताका सवालमा भने मधेश केन्द्रित दल तथा अन्य दलहरूसँग भने संविधान संशोधन गरी कार्यान्वयनमा जाने राजनीतिक दलहरूको वार्ता सम्वादले त्यसै देखाउछ।

नेपालको संविधान र राज्य पुनसंरचना



राज्यको संरचना : संघीय लोकतान्त्रिक गणतन्त्र नेपालको मूल संरचना संघ, प्रदेश र स्थानीय तह गरी तीन तहको रहेको छ। नेपालको राज्यशक्तिको प्रयोग संघ, प्रदेश र स्थानीय तहले संविधान तथा कानून बमोजिम गर्ने छन्। संख्या नेपालमा कायम रहेका जिल्लाहरू रहेका प्रदेश रहने व्यवस्था छ। स्थानीय तह अन्तर्गत गाउँपालिका, नगरपालिका र जिल्ला सभा रहेका छन्। गाउँपालिका र नगरपालिकामा रहने वडाको संख्या संघीय कानून बमोजिम निर्माण भएका छन्। संघीय कानून बमोजिम सामाजिक साँस्कृतिक संरक्षण वा आर्थिक विकासका लागि विशेष, संरक्षित वा स्वायत्त क्षेत्र कायम गर्न सकिनेछ

[14] Art.177

भनिएको छ तर गठन हुन सकिरहेको छैन। संघ, प्रदेश र स्थानीय तहले नेपालको स्वतन्त्रता, सार्वभौमसत्ता, भौगोलिक अखण्डता, स्वाधीनता, राष्ट्रिय हित, सर्वांगीण विकास, बहुदलीय प्रतिस्पर्धात्मक लोकतान्त्रिक संरक्षण गर्ने, गणतन्त्रात्मक संघीय शासन प्रणाली, मानव अधिकार तथा मौलिक हक, काननी राज्य, शक्ति पृथकीकरण र नियन्त्रण तथा सन्तुलन, बहुलता र समानतामा आधारित समतामूलक समाज, समावेशी प्रतिनिधित्व र पहिचानको संरक्षण गर्नेछन् भन्ने व्यवस्था गरिएको छ।[15]

राज्यशक्तिको बाँडफाँड :

(१) संघको अधिकार अनुसूची-५ मा उल्लिखित विषयमा निहित रहने व्यवस्था छ। त्यस्तो अधिकारको प्रयोग संविधान र संघीय कानून बमोजिम हुने प्रबन्ध गरिएको छ।

(२) अनुसूची-६ मा उल्लिखित विषयमा निहित अधिकारको प्रयोग प्रदेशले संविधानको अधीनमा गर्दछ। संविधान र प्रदेश कानून बमोजिम हुनेछ।

(३) संघ र प्रदेशको साझा अधिकार अनुसूची-७ मा उल्लिखित विषयमा निहित रहने र त्यस्तो अधिकारको प्रयोग यो संविधान, संघीय कानून र प्रदेश कानून बमोजिम हुने व्यवस्था छ।

(४) स्थानीय तहको अधिकार अनुसूची-८ मा उल्लिखित विषयमा निहित रहेको छ र त्यस्तो अधिकारको प्रयोग यो संविधान र गाउँ सभा वा नगर सभाले बनाएको कानून बमोजिम हुने व्यवस्थाले कानून आफै बनाएर लागू गरिरहेको देखिन्छ।

(५) संघ, प्रदेश र स्थानीय तहको साझा अधिकार अनुसूची-९ मा उल्लिखित विषयमा निहित रहने र त्यस्तो अधिकारको प्रयोग यो संविधान र सघीय कानून, प्रदेश कानून र गाउँ सभा वा नगर सभाले बनाएको कानून बमोजिम हुने व्यवस्था भएपनि आजसम्म कानून बनेको देखिदैन।

(६) साझा अधिकारको सूची बमोजिम प्रदेश सभा, गाउँ सभा वा नगर सभाले कानून बनाउँदा संघीय कानूनसँग नबाझिने गरी बनाउनु पर्दछ र प्रदेश सभा, गाउँ सभा वा नगर सभाले बनाएको त्यस्तो कानून संघीय कानूनसँग बाझिएमा बाझिएको हदसम्म अमान्य हुने व्यवस्था छ।

(७) उपधारा (५) बमोजिम गाउँ सभा वा नगर सभाले कानून बनाउँदा प्रदेश कानूनसँग बनाउनु पर्दछ र गाउँ सभा वा नगर सभाले बनाएको त्यस्तो कानून प्रदेश कानूनसँग बाझिएमा बाझिएको हदसम्म अमान्य हुनेछ भन्ने व्यवस्था गरिएको छ।[16]

अवशिष्ट अधिकार : यस संविधान बमोजिम संघ, प्रदेश तथा स्थानीय तहको अधिकारको सूची वा साझा सूचीमा उल्लेख नभएका संविधानमा कुनै तहले प्रयोग गर्ने गरी नतोकिएको विषयमा संघको अधिकार हुने व्यवस्था छ।[17]

आर्थिक अधिकारको प्रयोग :

(१) स्थानीय तहले आफ्नो अधिकारभित्रको आर्थिक अधिकार सम्बन्धी विषयमा कानून बनाउने, वार्षिक बजेट बनाउने, निर्णय गर्ने, नीति तथा योजना तयार गर्ने र त्यसको कार्यान्वयन गर्ने व्यवस्था छ।

---

[15] Art.56, The Constitution of Nepal.
[16] Art.57
[17] Art.58

(२) संघले साझा सूचीका विषयमा र आर्थिक अधिकारका अन्य क्षेत्रमा प्रदेशलाई समेत लागू गरी आवश्यक नीति, मापदण्ड र कानून बनाउन सक्ने देखिन्छ । यस्तो कानून, नीति वा मादण्ड बनेको छैन् ।

(३) संघ, प्रदेश र स्थानीय तहले आ-आफ्नो तहको बजेट बनाउने, प्रदेश र स्थानीय तहले बजेट पेश गर्ने समय संघीय कानून बमोजिम हुने ।

(४) संघ, प्रदेश र स्थानीय तहले प्राकृतिक स्रोतको प्रयोग वा विकासबाट प्राप्त लाभको समन्यायिक वितरणको व्यवस्था गर्नु पर्ने, त्यस्तो लाभको निश्चित अंश रोयल्टी, सेवा वा वस्तुको रूपमा परियोजना प्रभावित क्षेत्र र स्थानीय समुदायलाई कानून बमोजिम वितरण गर्नु पर्ने देखिन्छ ।

(५) संघ, प्रदेश र स्थानीय तहले प्राकृतिक स्रोतको उपयोग गर्दा स्थानीय समुदायले लगानी गर्न चाहेमा लगानीको प्रकृति र आकारको आधारमा कानून बमोजिमको अंश लगानी गर्न प्राथमिकता दिनु पर्ने हुन्छ ।

(६) वैदेशिक सहायता र ऋण लिने अधिकार नेपाल सरकारको हुने, त्यस्तो सहायता वा ऋण लिंदा देशको समष्टिगत आर्थिक स्थायित्व हुने गरी लिनु पर्ने देखिन्छ ।

(७) संघ, प्रदेश र स्थानीय तहको बजेट घाटा व्यवस्थापन तथा अन्य वित्तीय अनुशासन सम्बन्धी व्यवस्था संघीय कानून बमोजिम हुनेछ भन्ने व्यवस्था देखिन्छ ।[18] सोही बमोजिम अभ्यास हुन सकिरहेको र कार्यान्वयनमा आउन सकेको पाईदैन ।

राजस्व स्रोतको बाँडफाँड : (१) संघ, प्रदेश र स्थानीय तहले आफ्नो आर्थिक अधिकारक्षेत्र भित्रको विषयमा कर लगाउन र ती स्रोतहरूबाट राजस्व उठाउन सक्ने तर साझा सूचीभित्रको विषयमा र कुनै पनि तहको सूचीमा नपरेका विषयमा कर लगाउने र राजस्व उठाउने व्यवस्था नेपाल सरकारले निर्धारण गरे बमोजिम हुने, (२) नेपाल सरकारले संकलन गरेको राजस्व संघ, प्रदेश र स्थानीय तहलाई न्यायोचित वितरण गर्ने व्यवस्था मिलाउने, (३) प्रदेश र स्थानीय तहले प्राप्त गर्न वित्तीय हस्तान्तरणको परिमाण राष्ट्रिय प्राकृतिक स्रोत तथा वित्त आयोगको सिफारिस बमोजिम हुने व्यवस्था छ [19] । तर वित्त आयोग संविधान जारी भएको तीन वर्षसम्म पनि वन्न नसक्दा संघीयता कार्यान्वयनमा प्रश्नचिन्ह उठि नै रहेको पाइन्छ । यसले थप जटिलता देखिएको छ ।

(४) नेपाल सरकारले प्रदेश र स्थानीय तहलाई खर्चको आवश्यकता र राजस्वको क्षमताको आधारमा वित्तीय समानीकरण अनुदान वितरण गर्ने, (५) प्रदेशले नेपाल सरकारबाट प्राप्त अनुदान र आफ्नो स्रोतवाट उठने् राजस्वलाई मातहतको स्थानीय तहको खर्चको आवश्यकता र राजस्व क्षमताको आधारमा प्रदेश कानून बमोजिम वित्तीय समानीकरण अनुदान वितरण गर्ने, (६) नेपाल सरकारले संघीय सञ्चित कोषबाट प्रदान गर्ने सशर्त अनुदान, समपूरक अनुदान वा अन्य प्रयोजनका लागि दिने विशेष अनुदान वितरण सम्बन्धी व्यवस्था संघीय कानून बमोजिम हुने, (७) संघ, प्रदेश र स्थानीय तह बीच राजस्वको बाँडफाँड गर्दा सन्तुलित र पारदर्शी रूपमा गर्नु पर्ने व्यवस्था छ । (८) राजस्व बाँडफाँड सम्बन्धी संघीय ऐन बनाउँदा राष्ट्रिय नीति, राष्ट्रिय आवश्यकता, प्रदेश र स्थानीय तहको स्वायत्तता, प्रदेश र स्थानीय तहले जनतालाई पुऱ्याउनु पर्ने सेवा र उनीहरूलाई प्रदान गरिएको आर्थिक अधिकार,

[18] Art. 59
[19] Art.60

राजस्व उठाउन सक्ने क्षमता, राजस्वको सम्भाव्यता र उपयोग, विकास निर्माणमा गर्नुपर्ने सहयोग, क्षेत्रीय असन्तुलन, गरीबी र असमानताको न्यूनीकरण, वञ्चितीकरणको अन्त्य, आकस्मिक कार्य र अस्थायी आवश्यकता पूरा गर्न सहयोग गर्नु पर्ने विषयहरूमा ध्यान दिनु पर्नेछ भन्ने व्यवस्था गरिएपनि यसको कार्यान्वयन अझै पनि भविष्यको गर्भमा नै रहेको छ ।

राज्यको पुनर्संरचना

१) **संघीयता**

नेपालले भखर्रमात्र संघीयतामा प्रवेश गरेको छ र यसको कार्यान्यन तीन तहको संसद र सरकारको निर्वाचनले मात्र संविधानको कार्यान्वयनको शुरुवात भएको देखिन्छ । भारतमा भने युनियनको रूपमा संघीयतालाई अँगालिएको छ । पाकिस्तानमा भने नाम मात्रको संघीयताको अभ्यास गरेको पाइन्छ ।

२) **समावेशिता**

नेपालमा समावेशिता संविधानको कागजमा जति लेखिएको संसारको कुनै पनि संविधानमा लेखिएको छैन । तर कार्यान्वयनमा भने धेरै न्यून रूपमा आएको छ ।

घ) सरकारको स्थायित्व

सरकारको स्थायित्वको कुरा गर्ने हो भने नेपालमा २०४७ पछिका सरकारको औषतमा हेर्ने हो भने ९ देखि १० महिनाका सरकार रहेको देखिन्छ । पाकिस्तानको समस्या पनि त्यति राम्रो देखिदैन । भारतको सरकार एकमना सरकार नभएपनि संयुक्त सरकार धेरै वर्षसम्म रहि रहे । तर मोदी सरकार भने बहुमतको सरकार देखिन्छ । यो सबैभन्दा शक्तिशाली र स्थायी देखिन्छ । नेपालमा पनि सरकार ढलाउने र बनाउने चर्चा चल्ने गरेको भएपनि २ वर्ष सम्म अविश्वासको प्रस्ताव ल्याउन नपाउने संवैधानिक प्रावधानले स्थायित्व तर्फ उन्मुख बनाएको छ ।

निष्कर्ष

अतः विश्वमा अस्तित्वमा रहेका २१९ मुलुकहरूमा केन्द्रीय अधिकारलाई प्रादेशिक हुदै स्थानीय तह सम्म सामाजिक, आर्थिक, राजनीतिक र साँस्कृतिक विकास गर्न ल्याइएका यी विभिन्न मोडेलहरू हुन् । एकात्मक शासन प्रणालीमा अधिकार प्रत्यायोजित गर्ने विकेन्द्रीकरण र डिभोल्युसन, क्षेत्रीय गाउँ, नगरको प्रणाली धेरै मुलुकहरूले अपनाएका छन् । संघात्मक शासन प्रणालीमा केन्द्र सरकार, प्रदेश सरकार र स्थानीय सरकारको दुई समानान्तर सरकार बनाई राज्य, प्रान्त, भौगोलिक र स्वायत्तता प्रदान गर्ने शासन प्रणाली जनतालाई आत्मनिर्णयको अधिकार दिने प्रणाली हुन् । नेपालमा यी माथिका प्रणालीमध्ये जनता र राज्यको चाहना संघात्मक शासन प्रणालीकै भएको कुरा हालैका घटनाक्रमले देखाइसकेको छ ।

संघीय शासन पद्धतिमा केन्द्रीय सरकारबाट प्रान्तीय प्रादेशिक सरकारमा शक्तिको बाँडफाँड संविधानमै स्पष्ट रूपमा लेखिने हुँदा नेपालको संविधानले केहि हदसम्म समेटने प्रयास गरेको देखिन्छ । अन्य मुलुकमा पनि सरकारको शक्ति संवैधानिक रूपबाट बाँडफाँड गरेपछि अर्धस्वतन्त्र, स्वायत्त, क्षेत्रीय र स्थानीय सरकारको स्थापना हुन्छ । केन्द्रीय, प्रान्तीय, प्रादेशिक, भौगोलिक वा स्थानीय सरकार संघीय शासन पद्धतिका स्वरूपहरू हुन् । केन्द्रीय सरकारले नै क्षेत्रीय सरकारको सिर्जना संवैधानिक

व्यवस्थाबमोजिम गर्ने गर्दछ। दुई सरकार, दुई प्रशासन, दुई व्यवस्थापिका भनिएपनि नेपालमा तीन तहको सरकार र प्रशासन, तीन तहको व्यवस्थापिका तथा सभा राखिएको छ। न्यायपालिकाको हकमा साधारण एवं संघीय न्यायप्रणाली संघीय व्यवस्थाका प्रकृति हुन सक्छन्। तर नेपालमा न्यायपालिका केवल एकात्मक भएपनि संवैधानिक इजलास र उच्च अदालतको संरचनाले एकीकृत न्यायपालिका तर्फ उन्मुख रहेको पाइन्छ। दक्षिण एसियाको कुरा गर्दा भने शासन प्रणाली खासगरी भारत, पाकिस्तान र नेपालमा संघीय शासन प्रणाली अपनाईएको छ। अन्य मुलुकमा एकात्मक शासन प्रणाली नै पाइन्छ। नेपालमा संघीयता र समावेशिता नेपालको संविधानका मूलभूत विशेषताहरू हुन।

Reference

- ***A Global Dialogue as Federalism***, Forum for Federation, vol. 1, 2, 3, 4, 5, 6
- Dicey, A.V., (1885), ***"Introduction to the Study of the Law of the Constitution"*** First Editi
- D. Basu, 1998, ***"Commentry on the the Constitution of India"***.
- Federal Constitution of Switzerland (1954).
- Gyawali, Chandra Kanta, (2008), ***Federal System of Government and Restructuring of the State***, Kathmandu.
- Gywali, Chandra Kanta and Prakash A. Raj (2010), ***Federalism in the World***, Kathmandu.
- Gyawali, Dr. Chandra Kanta (2012), ***People's Sovereignty and Constitutionalism***, Kathmandu.
- Gyawali, Dr. Chandra Kanta (2016), Constitutional Law of Nepal, (5th), Pairavi Prakasan, Kathmandu.
- JR. A. George, 1961, ***"The Federal Government of Switzerland",*** First Edition.
- Kapur, A.C, (1997) ***"Principles of The Political Science"*** S. Chand and Company Ltd., New Delhi, India.
- Mill, J.S. (1893), ***"Representative Government",*** Second Edition.
- Mogi, Sobei, ***"The Problem of Federalism, a Study in the History of Political Theory",***2
- Venkatarangaiya, M. (1935), ***"Federalism in Government",*** Second Edition.
- .Vil, M.J.C., (1961), ***"The Structure of American Federalism",*** First Edition.
- Where, K.C,. (1963), ***"Federal Government"*** (4th), Oxford University Press, London

तीन तहका निर्वाचन : संविधान कार्यान्वयनको कोशेढुङ्गा

✍ ईश्वरीप्रसाद पौड्याल♦

१. पृष्ठभूमि

संविधान सभाको माध्यमबाट आफ्नो संविधान प्राप्त गर्ने नेपाली जनताको सात दशक पुरानो सपना २०७२ साल असोज ३ गतेका दिन पूरा भयो । यो दिनले नेपाली जनताको निकै लामो सपनामात्र पूरा गरेन कि मुलुकको शासकीय स्वरूपलाई समेत युगान्तकारी परिवर्तन गरायो । शदियौंदेखि एकात्मक ढाँचामा रहदै आएको नेपालको शासकीय स्वरूपलाई संघीय ढाँचामा रूपान्तरण गरी संघ, प्रदेश र स्थानीय तह गरी तीन तहमा पुनर्संरचित गर्‍यो । यी तीनवटै तहमा राज्यका तीन अङ्ग व्यवस्थापिका, कार्यपालिका र न्यायपालिका (स्थानीय तहमा न्यायिक समिति) रहने गरी यिनको गठन विधि, काम, कर्तव्य एवम् अधिकार समेत प्रष्टरूपमा व्यवस्था गर्‍यो । नेपालको राजनीतिक इतिहासमा यो दिन ऐतिहासिक र गौरवपूर्ण दिनको रूपमा अभिलेखित हुन पुगेको छ ।

एउटा राजनीतिक प्रणालीबाट अर्को राजनीतिक प्रणालीमा रूपान्तरण हुँदा कैयौं जटिलता र चुनौतीहरूको सामना गर्नुपर्ने बाध्यता नआउने होइनन् । मुलुकको राजनीतिलाई शान्तिपूर्ण ढंगले दिगो रूपमा अगाडि बढाउन जननिर्वाचित संस्थाहरू अपरिहार्य हुन्छन् । जनक्रान्ति सफल भएर सडकबाटै सरकार घोषणा वा निर्माण हुँदा समेत त्यसको वैधानिकताको निरन्तरताका लागि निश्चित समय सीमाभित्र निर्वाचनका माध्यमले जनअनुमोदित हुन आवश्यक हुन्छ । संसारमा यस्ता कैयों उदाहरण पाइन्छन् । नेपालको संविधानले परिकल्पना गरेको संघीय लोकतान्त्रिक गणतन्त्रको कार्यान्वयनका लागि पनि जननिर्वाचित संस्थाहरूको गठन अपरिहार्य थियो । स्थानीय तहको निर्वाचन नभएसम्म प्रदेश सभाले पूर्णता नपाउने, प्रदेश सभाले पूर्णता नपाएसम्म राष्ट्रिय सभाले पूर्णता नपाउने र राष्ट्रिय सभाले पूर्णता नपाएसम्म प्रतिनिधि सभाले पूर्णता नपाउने गरी संविधानले नै तीन तहका व्यवस्थापिका बीचको अन्तरनिर्भरतालाई बलियो बनाइदिएको थियो । संविधान जारी हुँदाका बखत कायम रहेको संविधान सभा स्वतः व्यवस्थापिका संसदमा रूपान्तरित हुने र त्यस्तो संसदको कार्यकाल २०७४ साल माघ मसान्तसम्म रहने व्यवस्था नेपालको संविधानले गरेको हुँदा यस अगावै सबै तहको निर्वाचन सम्पन्न गर्नुपर्ने संवैधानिक दायित्व निर्वाचन आयोगको काँधमा आइपरेको थियो ।

♦ निर्वाचन आयुक्त, निर्वाचन अयोग ।

२. निर्वाचन आयोग

नेपालको संविधानको धारा २४६ ले निर्वाचन आयोगलाई राष्ट्रपति, उपराष्ट्रपति, संघीय संसदका सदस्य, प्रदेश सभाका सदस्य र स्थानीय तहका सदस्यको निर्वाचनको सञ्चालन, रेखदेख, निर्देशन र नियन्त्रण गर्ने, राष्ट्रिय महत्वको विषयमा जनमत संग्रह सम्पन्न गर्ने, यी निर्वाचन लागि मतदाता नामावली तयार गर्ने एवम् राजनीतिक दलको दर्ता र व्यवस्थापन गर्ने जिम्मेवारी तोकेको छ। संविधानको धारा २४५ अनुसार आयोगमा एकजना प्रमुख निर्वाचन आयुक्त र चारजना निर्वाचन आयुक्त रहन्छन्। संवैधानिक परिषदको सिफारिसमा संसदीय सुनुवाइपश्चात राष्ट्रपतिबाट प्रमुख निर्वाचन आयुक्त र आयुक्तहरूको नियुक्ति हुने संवैधानिक व्यवस्था छ। नेपाल सरकारको विशिष्ट श्रेणीको अधिकृत (सचिव) को नेतृत्वमा निर्वाचन आयोगको केन्द्रमा एक सचिवालय र सतहत्तर जिल्लामा निर्वाचन कार्यालयहरू रहेका छन्।

३. निर्वाचन प्रणाली र निर्वाचन

नेपालको संविधानले संघीय संसद र प्रदेश सभाको गठनमा मिश्रित निर्वाचन प्रणालीलाई अङ्गिकार गरेको छ। संघीय संसद द्विसदनात्मक हुने र प्रदेश सभा एक सदनात्मक हुने व्यवस्था छ। संघीय संसद अन्तर्गतको प्रतिनिधि सभामा २७५ र राष्ट्रिय सभामा ५९ सदस्य रहन्छन्। प्रतिनिधि सभामा रहने कुल सदस्य मध्ये ६० प्रतिशत अर्थात १६५ जना सदस्य पहिलो हुने निर्वाचित हुने निर्वाचन प्रणालीबाट र ४० प्रतिशत अर्थात ११० जना सदस्य समानुपातिक निर्वाचन प्रणालीबाट निर्वाचित हुन्छन्।

राष्ट्रिय सभामा रहने ५९ सदस्यमध्ये प्रत्येक प्रदेशबाट ८ जनाका दरले ५६ जना सदस्य सम्बन्धित प्रदेश भित्रका गाउँपालिका अध्यक्ष र उपाध्यक्ष तथा नगरपालिकाका प्रमुख र उपप्रमुख एवम् प्रदेश सभाका सदस्य रहेको निर्वाचक मण्डलबाट एकल संक्रमणीय मत प्रणालीबमोजिम निर्वाचित हुन्छन्। बाँकी ३ जना सदस्य नेपाल सरकारको सिफारिसमा राष्ट्रपतिबाट मनोनीत हुन्छन्। मनोनीत हुने तीनजनामा कम्तीमा एकजना महिला हुनुपर्छ।

प्रतिनिधि सभा र प्रदेश सभामा राजनीतिक दलले उम्मेदवारी दिंदा जनसंख्याको आधारमा विभिन्न समूहको प्रतिनिधित्व गराउनुपर्ने व्यवस्था छ। प्रतिनिधि सभाका लागि महिला, दलित, आदिवासी जनजाति, खस आर्य, मधेसी, थारू, मुस्लिम, पिछडिएको क्षेत्र समेतबाट र प्रदेश सभामा यी समूहका अतिरिक्त अल्पसंख्यकको समेत बन्द सूचीका आधारमा प्रतिनिधित्व गराउनुपर्ने व्यवस्था गरिएको छ। यस बाहेक राजनीतिक दलले उम्मेदवारी दिंदा भूगोल र प्रादेशिक सन्तुलनलाई ध्यान दिनुपर्ने एवम् अपाङ्गता भएको व्यक्तिको समेत प्रतिनिधित्व हुने व्यवस्था गनुपर्छ। यसै गरी संघीय संसद र प्रदेश सभामा प्रत्येक राजनीतिक दलबाट प्रतिनिधित्व गर्ने सदस्य मध्ये कम्तीमा एक तिहाई महिला सदस्य हुनुपर्ने व्यवस्था समेत गरिएको छ।

स्थानीय तह अन्तर्गत मूलतः गाउँपालिका र नगरपालिका रहेका छन्। यी निकायबाट सम्पादन हुने कतिपय कार्यको समन्वयको लागि जिल्ला समन्वय समिति रहने व्यवस्था छ। गाउँपालिका र नगरपालिकाको प्रत्येक वडामा एकजना वडाध्यक्ष र चार जना वडा सदस्यहरू बालिग मताधिकारको आधारमा निर्वाचित हुन्छन्। यसै गरी गाउपालिकामा भए अध्यक्ष र उपाध्यक्ष तथा नगरपालिकामा भए प्रमुख र उपप्रमुख पनि सम्बन्धित गाउँपालिका वा नगरपालिकाका मतदाताले वालिग मताधिकारको

आधारमा निर्वाचित गर्छन्। यसैगरी स्थानीय कार्यपालिकालाई समावेशी बनाउन महिला र दलित वा अल्पसंख्यक समुदायको प्रतिनिधित्वलाई सुनिश्चित गरिएको छ। जिल्ला समन्वय समितिको लागि सम्बन्धित जिल्ला सभाका सदस्यले गाउँ सभा वा नगरसभाका सदस्यहरू मध्येबाट प्रमुख, उपप्रमुख र अन्य सदस्यको निर्वाचन गर्छन्। सदस्य निर्वाचित गर्दा कम्तीमा तीनजना महिला र एकजना दलित वा अल्पसंख्यक समुदायका व्यक्तिलाई निर्वाचित गर्ने व्यवस्था छ।

संविधानले तीनवटै तहका व्यवस्थापिकालाई लैङ्गिक, भौगोलिक र जातीय दृष्टिकोणले समेत समावेशी बनाएको छ। मुलुकभरका गाउँपालिका र नगरपालिकाका व्यवस्थापिका (गाउँसभा वा नगरसभा) मा कम्तीमा एकजना दलित महिला सहित दुई जना महिला सदस्यको प्रतिनिधित्वलाई सुनिश्चित गरी स्थानीय तहमा महिलाको प्रतिनिधित्व करिब चालिस प्रतिशत हुने व्यवस्था गरेको छ।

४. गतवर्ष सम्पन्न निर्वाचन

नेपालको संविधान जारी भई कार्यान्वयनमा आएको तीन वर्ष पूरा भएको छ। २०७४ सालमा आयोगले संवैधानिक जिम्मेवारी बमोजिम राष्ट्रपति र उपराष्ट्रपति, संघीय संसद, प्रदेश सभा र स्थानीय तहको निर्वाचन सफलतापूर्वक सम्पन्न गरेको छ। निर्वाचन सम्पन्न भएसँगै संविधान र संघीयता कार्यान्वयनले पूर्णता पाउनुको साथै राजनीतिक संक्रमणकालको अन्त्य भई मुलुक समृद्धिको दिशामा लम्केको छ।

आवधिक निर्वाचनको मर्म अनुरूप पूर्व निर्धारित कार्यतालिकामा आधारित रही निर्वाचन सम्पन्न गर्ने अभ्यासले नेपालमा अझै मूर्तरूप पाइसकेको छैन। यसैले हाम्रो मुलुकमा निर्वाचन सदैव एक प्रमुख परिघटना (Mega Event) व्यवस्थापनको जटिल विषय बन्दै आएको छ। निर्वाचन कानून अनुसार निर्वाचन व्यवस्थापनको लागि सामान्यतः १२० दिनको समय आवश्यक हुन्छ। यो अवधिमा मतपत्र छपाइ लगायतका सामग्री व्यवस्थापन, जनशक्तिको प्रवन्ध, तालिम, खटनपटन, सुरक्षा प्रवन्ध, सरोकारवालासँगको सम्पर्क समन्वय, मतदाता शिक्षा जस्ता महत्वपूर्ण विषय व्यवस्थापन गनुपर्ने भएकोले निर्वाचन व्यवस्थापन निकै जटिल र चुनौतिपूर्ण हुँदै गएको छ।

निर्वाचन कानूनले निर्वाचनको मिति आयोगसँगको परामर्शमा नेपाल सरकारले तोक्ने व्यवस्था गरेको छ। सामान्यतः निर्वाचनको मिति तोकेपछि मात्रै निर्वाचनको वास्तविक तयारी प्रारम्भ हुने हुँदा मिति तोक्दा जति समय उपलव्ध छ त्यही समय सीमाभित्र रही निर्वाचन सम्पन्न गर्नुपर्ने अवस्था हुन्छ। मुलुक एउटा राजनीतिक विधि वा प्रणालीबाट अर्को विधि वा प्रणालीमा संक्रमण गर्ने क्रममा हुने निर्वाचनको व्यवस्थापन अझ चुनौतीपूर्ण रहन्छ। २०७४ मा सम्पन्न विभिन्न तह र चरणकै निर्वाचनको सन्दर्भमा पनि पल पलमा कैयौं जटिलता आए। स्थानीय तहको निर्वाचन २०७४ बैशाख ३१ गते एकै चरणमा सम्पन्न गर्ने गरी नेपाल सरकारबाट २०७३ साल फागुन ९ गते निर्वाचनको मिति तोकिएको थियो। निर्वाचन व्यवस्थापनको लागि आयोगलाई जम्मा ८२ दिन उपलव्ध थियो। मुलुकभर ७१९ स्थानीय तह कायम भएका थिए। तर राजनीतिक तहमा देखिएका विभिन्न विवाद का कारण स्थानीय तहको निर्वाचन एकै चरणमा हुनसक्ने अवस्था भएन र पटक पटक स्थानीय तहको संख्या र सिमाना हेरफेर र स्तरोन्नति भइरह्यो। यो क्रम निर्वाचन हुने मितिभन्दा करिब एक महिना अगाडिसम्म पनि

चलिरह्यो। ७१९ वाट ७४४ हुँदै ७५३ स्थानीय तह कायम भए। अन्ततः विभिन्न चुनौती र जटिलतालाई व्यवस्थापन गर्दै स्थानीय तहको निर्वाचन पहिलो चरणमा प्रदेश नं. ३,४ र ६ मा बैशाख ३१ गते, दोस्रो चरणमा प्रदेश नं. १,५ र ७ मा असार १४ गते र तेस्रो चरणमा प्रदेश नं. २ मा असोज २ गते गरी तीन चरणमा सम्पन्न भयो। मुलुकभर ७५३ स्थानीय सरकार निर्माणको आधारशीला तयार भयो।

स्थानीय तहको निर्वाचन सञ्चालन भइरहेकै बखत २०७४ साल भदौ ५ गते प्रतिनिधि सभा र प्रदेश सभाको निर्वाचन २०७४ साल मंसिर १० गते एकै चरणमा सम्पन्न गर्ने गरी नेपाल सरकारले निर्वाचनको मिति तोक्यो। एकै चरणमा सम्पन्न गर्ने गरी तयारी अगाडि बढाइदै गर्दा मंसिर १० गते पहिलो र २१ गते दोस्रो चरणमा गरी दुई चरणमा निर्वाचन सम्पन्न गर्ने गरी भदौ १४ गते नेपाल सरकारले पुनः अर्को मिति तोक्यो। नेपाल सरकारको सोही मितिको निर्णय अनुसार हिमाली तथा उच्च पहाडी क्षेत्रका ३२ जिल्लामा पहिलो चरणमा र बाँकी ४५ जिल्लामा दोस्रो चरणमा निर्वाचन सम्पन्न गर्ने गरी आयोगबाट निर्णय भई तोकिएको मितिमा प्रतिनिधि सभा र प्रदेश सभाको निर्वाचन सफलतापूर्वक सम्पन्न भयो। यसपश्चात २०७४ साल माघ २४ गते राष्ट्रिय सभाको, २०७४ साल फागुन २९ गते राष्ट्रपतिको र चैत्र ४ गते उपराष्ट्रपतिको निर्वाचन सम्पन्न भयो। यो एक वर्षको अवधिमा संविधान बमोजिम सम्पन्न गर्नुपर्ने सबै निर्वाचनहरू सफलतापूर्वक सम्पन्न भए।

५. निर्वाचनका चुनौती

निर्वाचन व्यवस्थापन एक बहु आयामिक (Multi Dimensional) तर निकै जटिल विषय हो। सीमित समय सीमाभित्रै निर्वाचनलाई स्वच्छ र स्वतन्त्र रूपमा सम्पन्न गर्नुपर्ने, राजनीतिक दलहरू प्रतिस्पर्धामा रहने र आयोगले निष्पक्ष रेफ्रीको भूमिका निर्वाह गर्नुपर्ने हुन्छ। मतदाता, राजनीतिक दलका नेता एवम् कार्यकर्ता, सार्वजनिक तथा निजी सम्पत्तिको सुरक्षा, प्रचार प्रसारको व्यवस्थापन, गलत क्रियाकलाप र आचरणको नियन्त्रण, आचार संहिताको कार्यान्वयन, निर्वाचन विवादको निरूपण जस्ता विषय निकै पेचिला रूपमा देखा पर्छन्। विकसित र निर्वाचनको वास्तविक मर्म बमोजिम निर्वाचन क्यालेण्डर अनुसार निर्वाचन हुने मुलुकमा निर्वाचन व्यवस्थापन खास असहज हुँदैन। तर हाम्रो सन्दर्भ भने नितान्त बेग्लै रहदै आएको छ। निर्वाचनलाई कसरी स्वच्छ, स्वतन्त्र, विश्वसनीय र मर्यादित बनाउन सकिन्छ भनेर आयोगमात्रै एकोहोरो रूपमा लागिरहनु पर्ने तर राजनीतिक दलहरू स्वच्छ प्रतिस्पर्धा भन्दा पनि हर हालतले निर्वाचनमा विजयी हुनै पर्छ भनेर लाग्ने प्रवृत्तिका कारण कैयौं जटिलताहरू उत्पन्न हुने गरेका छन् र ती जटिलतालाई चिर्दै स्वच्छ निर्वाचन गराउन विभिन्न क्षेत्रबाट सहयोग पाउनु भन्दा अमुक राजनीतिक दलको अभिष्ट पूरा नहुने भएपछि आयोगका पदाधिकारीहरूलाई मानमर्दन गर्ने र निर्वाचन आयोगलाई 'विभाग' बनाउन हर किसिमका हर्कत गर्न राजनीतिक दलहरू हात धोएर लाग्ने गरेको तीतो अनुभव पनि छ।

निर्वाचनको पूर्वाधार भनेको निर्वाचन कानून, निर्वाचन क्षेत्र, र मतदाता हुन्। यसै गरी अनुकूल मौसम, उचित सुरक्षा प्रवन्ध पनि निर्वाचनका प्रमुख शर्त हुन्। निर्वाचनको विधि र प्रक्रिया निर्वाचन सम्बन्धी कानूनले सुनिश्चित गर्छन् र कति जना सदस्य कहाँबाट निर्वाचित हुने हुन् भन्ने विषयका लागि निर्वाचन क्षेत्र अपरिहार्य हुन्छ भने मतदाता बेगरको निर्वाचनको परिकल्पना नै गर्न सकिदैन। तर

स्थानीय तह, प्रदेश सभा एवम् प्रतिनिधि सभाको निर्वाचनको मिति तोक्दासम्म यी कुनै पूर्वाधारहरू उपलब्ध थिएनन् र निर्वाचनको लागि अपरिहार्य निर्वाचन कानून समेत प्राप्त भएकै थिएनन्। क्षेत्र निर्धारण आयोगको प्रतिवेदन आयोगले प्राप्त गर्न सकेको थिएन। जसको कारणले मतदाता नामावली तयार गर्न सकिएको थिएन। साथै मतदान केन्द्र समेत निर्धारण हुन सकेका थिएनन्। सुरक्षा व्यवस्था पनि निकै चुनौतीपूर्ण थियो। स्थानीय तहको निर्वाचनको बेला त निर्वाचन हुने करिव एक महिना अगाडिसम्म पनि स्थानीय तहको संख्या थप गर्ने काम जारी नै रह्यो र पटक पटक निर्वाचन क्षेत्रको संख्यामा हेरफेर भयो। स्थानीय तहको दोस्रो चरणको निर्वाचन त मध्य बर्खामा सम्पन्न भयो भने प्रतिनिधि सभा र प्रदेश सभा सदस्यको निर्वाचनमा हिमाली भेगका जनताले हिउँले छोपिएका मतदान केन्द्रमा पुगेर मतदान गर्नुपर्‍यो। मौसमको प्रतिकूलताका बाबजुद सरकार, राजनीतिक दल, आममतदाता, सञ्चार क्षेत्र र सरोकारवाला सबैको सहयोग र आयोग अनि राष्ट्रसेवकहरूको अथक मेहनत र अहोरात्रको खटाइले उपर्युक्त सबै प्रतिकूल परिवेशमा समेत सबै तहका निर्वाचन सफलतापूर्वक सम्पन्न गर्न आयोग सफल भयो। आयोगको यो सफलतालाई स्वदेशी तथा विदेशी शुभेच्छुकहरूले मुक्तकण्ठले प्रशंसा गरे। संयुक्त राष्ट्र संघका महासचिवले त निर्वाचन सफलतापूर्वक सम्पन्न गरेकोमा आयोगलाई लिखित रूपमै बधाई पत्र पठाउनु भयो।

हाम्रो सन्दर्भमा मतपत्र छपाइ लगायत निर्वाचन सामग्रीको व्यवस्थापन पनि एक प्रमुख चुनौतीको रूपमा रहने गरेको छ। एकै पटक ठूलो परिमाणमा करिब ६७ प्रकारका निर्वाचन सामग्री व्यवस्थापन गर्नु पर्ने, यी सामग्री नेपालको बजारमामात्र उपलब्ध नहुने, सार्वजनिक खरिद प्रक्रियाको माध्यमबाट सामग्री खरिद गर्न निकै लामो समय लाग्ने जस्ता विभिन्न असहजता उत्पन्न हुनु स्वाभाविक हो। मतपत्रको संवेदनशीतला र सुरक्षा चुनौतीको कारण निकै सावधानी अपनाउनु पर्ने हुँदा यस पटकका निर्वाचनमा पनि मतपत्र छपाइ र वितरण अनि निर्वाचन सामग्रीको व्यवस्थापनमा निकै चुनौतीको सामना गर्नुपर्‍यो। सम्मानीत सर्वोच्च अदालतबाट भएको आदेशबाट प्रतिनिधि सभा तथा प्रदेश सभा सदस्य निर्वाचनका लागि तय गरिएको मतपत्रको ढाँचामा परिवर्तन गर्नुपर्‍यो भने मतदाता शिक्षाका लागि छापिएका कैयौं सामग्री प्रयोग गर्न नमिल्ने भए। जसले गर्दा मतदाता शिक्षा कार्यक्रम समेत प्रभावित भयो। निर्वाचन व्यवस्थापनको सिलसिलामा आएका चुनौतीले भविष्यमा हुने निर्वाचनको लागि मार्गदर्शन छोडेर गएको छ।

६. निष्कर्ष

लोकतन्त्रमा हरेक नागरिकले निर्वाचनको माध्यमबाट आफ्ना प्रतिनिधि छन्ोट गर्छन् र शासन प्रक्रियामा आफ्नो सहभागिता जनाउँछन्। मतदाताको मतबाट निर्वाचित प्रतिनिधि जनताप्रति उत्तरदायी हुन्छन्। यही क्रमबाट सुशासनको जग शुरु हुन्छ र मुलुक समृद्धिको यात्रामा अगाडि बढछ। एक निश्चित अवधिमा जनमतको कसीमा खरो रूपमा उत्रिनुपर्ने भएकोले राजनीतिक दल तथा तीनका नेता, कार्यकर्तालाई जनताको विश्वासलाई दिगो राख्नु अनिवार्य हुन्छ। यसका लागि शासन व्यवस्थामा सुधार, नागरिकका हक अधिकारको संरक्षण, भ्रष्टाचार मुक्त शासन व्यवस्था कायम नगरी सुखै हुदैन। यसो गर्न नसक्ने दल निर्वाचनकै माध्यमबाट पाखा लाग्न सक्छन्। तसर्थ आवधिक निर्वाचन समृद्धिको पहिलो ढोका हो जसबाट सुखी नेपालीको परिकल्पना गर्न सकिन्छ।

आवधिक निर्वाचन आफैमा साध्य नभई साधन मात्र हो । तर असल साध्य प्राप्तिका गर्नका लागि साधन पनि असल नै हुनु आवश्यक हुन्छ । तसर्थ लोकतन्त्रमा निर्वाचनका पनि निश्चित मार्गदर्शक सिद्धान्त प्रतिपादित भएका हुन्छन् । मतदाताको नाम दर्तादेखि निर्वाचन सञ्चालन र परिणाम घोषणासम्मका यावत निर्वाचन चक्र र निर्वाचन क्रियाकलाप तथा प्रक्रिया स्वच्छ, स्वतन्त्र र विश्वसनीय हुन अनिवार्य हुन्छ । मतदाता वा उम्मेदवारले कसैको डर, धम्की वा त्रासबाट मुक्त भई निर्वाचन क्रियाकलापमा स्वेच्छाले भाग लिन पाउने वातावरणको सुनिश्चितता हुनु अपरिहार्य हुन्छ । अन्यथा निर्वाचन यान्त्रिक र प्रत्युत्पादक समेत हुन सक्छ र मुलुक एवम् जनता खराव प्रक्रियाबाट गुज्रने, खराव प्रतिनिधि निर्वाचित भई खराव शासनको चक्रव्यूहमा पर्ने ठूलो खतरा उत्पन्न भई निर्वाचन कर्मकाण्डी हुन जाने भई रहन्छ ।

नेपालको संविधानको प्रस्तावनामा नै नेपालमा सुशासन कायम गर्नु एक प्रमुख अभिष्ट रहेको उल्लेख छ । यसका लागि इमान्दारीपूर्वक संविधानको कार्यान्वयन अनिवार्य शर्त हो । लामो संघर्ष र वलिदानबाट नागरिकले पाएको राजनीतिक स्वतन्त्रता र नागरिक सर्वोच्चतालाई अक्षुण राख्नु अहिलेको हाम्रो आवश्यकता हो । राजनीतिक दलले निकै सुझबुझपूर्ण ढंगले असहमतिलाई किनारा लगाई नागरिकलाई मुलुकको समृद्धिप्रति डोर्‍याउनु पर्दछ ।

संविधानले मुलुकमा संघीय लोकतान्त्रिक गणतन्त्रलाई संस्थागत गरेको छ भने शासकीय स्वरूपलाई संघ, प्रदेश र स्थानीय तह गरी तीन तहमा विभाजित गरी प्रत्येक तहमा राज्यका तीन वटै अंग व्यवस्थापिका, कार्यपालिका र न्यायपालिकाको व्यवस्थालाई सुनिश्चित गरेको छ । प्रत्येक तहको अधिकारको वाँडफाँटको प्रावधान संविधानमै राखिएको र स्थानीय तहलाई आफ्नो लागि आफै कानून निर्माण गर्ने अधिकार समेत प्राप्त भएको छ । यो नेपाली जनताको लागि ज्यादै ठूलो उपलव्धि हो र यसलाई जनप्रतिनिधिहरूले इमान्दारीपूर्वक र सुझबुझपूर्ण ढंगले कार्यान्वयन गर्ने हो भने अव नेपालमा स्थिरता र समृद्धि हाँसिल गर्न धेरै टाढा छैन । संविधान अनुरूप सम्पन्न गर्नुपर्ने तीन वटै तहको निर्वाचन सम्पन्न गरी संविधानले व्यवस्था गरेका अंगले पूर्णता पाएका छन् । संविधानले परिकल्पना गरे अनुरूपको संघ, प्रदेश र स्थानीय सरकारको गठन भएको छ । जनताले आफूले छानेका र आफूप्रति उत्तरदायी जनप्रतिनिधि पाएका छन् । आफूले घरदैलोमा पाउनु पर्ने सेवा, सुविधाका लागि आफ्ना प्रतिनिधिलाई झक्झक्याउन पाएका छन् ।

स्वच्छ स्वतन्त्र निर्वाचन हामी नेपालीको मुख्य ध्येय हो । तर नेपालमा निर्वाचन व्यवस्थापन गर्न कैयौं चुनौतीहरू छन् । जतिसुकै चुनौतीपूर्ण भएपनि निर्वाचनको विकल्प भनेको अझ परिस्कृत, स्वच्छ, स्वतन्त्र र विश्वसनीय निर्वाचन मात्रै हो । अतः राजनीतिक दल, आम मतदाता, निर्वाचन व्यवस्थापनमा संलग्न रहने आयोग र सम्पूर्ण राष्ट्रसेवकको अथक प्रयासबाट आगामी निर्वाचनलाई अझ बढी व्यवस्थित, स्वच्छ, स्वतन्त्र र विश्वसनीय बनाउने प्रण गरौं ।

संविधान संशोधन र आधारभूत संरचनाको सिद्धान्तः एक विवेचना

✍ टेकप्रसाद ढुङ्गाना♦

१. संविधान

वर्तमान युगमा संविधानलाई एउटा जीवन्त र गतिशील बनावट (Living Dynamic Organism) का रूपमा लिइन्छ। यो राज्य सञ्चालनको निर्देशिकामात्र नभएर नागरिक जीवन र राजनीतिक प्रणालीलाई दिशानिर्देश गर्ने एउटा राजनीतिक र कानूनी प्रकृतिको (Politico-Legal Document) महत्वपूर्ण दस्तावेज सावित भएको छ। संविधानले जनताको अधिकार र सरकारको शक्ति किटान गर्नुका साथै सरकारको अधिकारमा सीमा लगाउने उद्देश्य राखेको हुन्छ। राज्य सञ्चालनका लागि आवश्यक पर्ने विभिन्न निकायहरूको गठन तथा तीनको कार्यक्षेत्र किटान गर्ने र त्यस्ता निकायहरूमा काम गर्ने सार्वजनिक अधिकारीहरूको अधिकार तथा कर्तव्य तोक्ने काम पनि संविधानले नै गर्दछ। संविधानकै आधारमा सबै ऐन नियमहरूको निर्माण भइरहेको हुन्छ भने कानून, सरकार र यसका अंगहरूले वैधानिकता पनि संविधानबाटै पाएका हुन्छन्।

संविधानको परिभाषा दिने क्रममा अथवा संविधानको अर्थ यकिन गर्ने सन्दर्भमा विभिन्न संविधानविद् एवं कानूनविद्हरूले व्यक्त गरेको विचारको सँगालो राख्ने हो भने सो सम्बन्धी एउटा मोटो संग्रह नै तयार हुन सक्छ। प्रसिद्ध संविधानविद् KC Wheare ले संविधानको व्यापक र संकुचित दुई किसिमले परिभाषा गर्न सकिने बताएका छन्। संविधानलाई व्यापक अर्थमा परिभाषा गर्दा कानूनसम्मत र कानून असम्मत नियमहरूको सँगालो (Collection of legal rules and non-legal or extra legal rules) हो भनिन्छ। संकीर्ण अर्थमा संविधानको परिभाषा गर्ने हो भने कानूनसम्मत नियमहरूको सँगालो (Collection of legal rules) हो भन्ने बुझिन्छ। बेलायत बाहेक संसारभरका प्रायः सबै देशहरूमा अहिले संविधानलाई यही संकीर्ण अर्थमा बुझ्ने गरिएको छ।

Sir Ivor Jennings ले सरकारको शासन पद्धतिका मुख्य अंगको बनोट, शक्ति र कार्य सञ्चालनका तरिका तथा जनतासँगको सम्बन्धका बारेमा सामान्य सिद्धान्त समाहित रहेको दस्तावेज संविधान हो भनी संविधानलाई अर्थ्याएका छन्।

संविधानले राजनीतिक प्रणालीको आधारभूत संरचनाको खाका कोर्नुको साथै कार्यपालिका, व्यवस्थापिका, र न्यायपालिका लगायतका राज्यका प्रमुख अङ्गहरूको स्थापना गर्दछ। ति अङ्गहरूको शक्तिको व्याख्या र जिम्मेवारी निर्धारण गर्ने, एक अर्का अङ्ग बीचको सम्बन्ध र ती अङ्गहरूको जनता सँगको सम्बन्ध

♦ न्यायाधीश, उच्च अदालत

नियमित गर्ने र द्वन्द्व समाधानका लागि संयन्त्रहरू उपलब्ध गराउने काम समेत संविधानले गर्दछ। सरकार उपर शासन गर्न (To govern the government) कानूनी सर्वोच्चता, कानूनको शासन र संविधानवादको मान्यता स्थापित गर्न, सिमीत सरकार, पूर्वानुमानियता, जवाफदेहिता र पारदर्शिता अभिबृद्धि गर्न, शासन प्रणालीलाई बैधता (Legitimacy) र बैधानिकता (Legality) प्रदान गर्न, विगत संगको सम्बन्ध विच्छेद गरेर नयाँ राजनीतिक पद्धतिको शुरुवात गर्न (Fresh Start) समेत संविधानको जरुरत पर्ने देखिएको सन्दर्भमा अहिले संविधानलाई आधुनिक सभ्य राष्ट्रको पूर्व शर्त नै मानिन्छ।

२. संविधानको संशोधन

संविधानमा विद्यमान कमजोरी सच्याउन तथा परिवर्तित मान्यता र आवश्यकतालाई सम्बोधन गर्नका लागि गरिने सामान्य परिवर्तन, सुधार, परिमार्जन, वा समायोजनलाई नै संशोधन भन्न सकिन्छ। संविधान संशोधन संविधान निर्माताले संसदलाई प्रत्यायोजित गरेको अधिकार (Delegated Power) हो र यो सीमित अधिकार हो भन्ने मान्यता रही आएको छ। जर्मनीका विशिष्ठ संविधानविद Prof. D. Conard भन्दछन् संविधान संशोधनको प्रत्यायोजित अधिकार भित्र संविधान निर्माण गर्ने विशिष्ट जनअभिमत अन्तर्निहित हुदैन। (A legislature does not have a special mandate for constitution making) प्रत्यायोजित अधिकार भएकाले संविधान संशोधन गर्दा यसको मुल स्वरूपलाई बिगार्न वा खल्वल्याउन पाईंदैन। त्यसैगरी भारतीय संविधानविद्: P. Jain ले संविधानमा संशोधन सम्बन्धी प्रावधानको महत्वलाई स्पष्ट पार्दै, The amending provision in a constitution is of great importance as it enables the country to develop peacefully, the alternative to which may be stagnation and revolution भनेको पाइन्छ। भने अर्का विद्वान A. R. Antulay ले The Constitution has to be changed at every interval of time. Nobody can say that this is the finality. A constitution which is static is a constitution which ultimately becomes a big hurdle in the path of the progress of the nation भन्दै कठोर संविधानले देशको प्रगतीको पथलाई नै अबरुद्ध पार्ने विचार व्यक्त गरेको पाइन्छ।

विश्वका विभिन्न मुलुकका संविधानहरूमा रहेको संविधान संशोधन सम्बन्धी प्रावधान हेर्दा केही मुलुकको प्रक्रिया अत्यन्त कठीन देखिन्छ भने केही मुलुकको संशोधन प्रक्रिया सरल पनि देखिन आउछ। सामान्य कानूनको तुलनामा संविधान संशोधनको प्रक्रिया स्वाभाविक रूपमा कठोर र जटिल हुन्छ। त्यसैले संविधान संशोधनमा लचकता र कठोरताको प्रसङ्ग बारम्बार आउने गर्दछ। संविधानको संशोधन सामान्य बहुमतको अधिनमा राख्ने हो भने मुल कानूनको गरिमा जोगाउन सकिदैन। ज्यादै लचकताले संविधानको मूल स्वरूपलाई संरक्षण गर्न कठीन बनाउँछ। तसर्थ संविधान संशोधनमा कठोरता र लचकताबीच उपयुक्त सन्तुलनको आवश्यकता पर्दछ। त्यसैकारण भन्ने गरिन्छ की One of the key considerations in striking the balance between rigidity and flexibility … is to ensure that the constitution is immune from the whims and caprice of the majority party in parliament at any time.

त्यसैले संविधान संशोधनको कुरा आउदा संसदको संशोधन गर्ने अधिकारमा दुई किसिमबाट सीमा लगाउने अभ्यास रहेको देखिन्छ। पहिलो अभ्यास अन्तर्गत संविधानमा नै यो यो व्यवस्था संशोधन गर्न सकिने छैन भनी अभिव्यक्त सिमा (Expressed Limitation) लगाउने अभ्यास रहेको छ भने दोस्रो अभ्यासमा संविधानले केही नबोले पनि संविधानको संरक्षक र अन्तिम व्याख्याताको हैसियतले सर्वोच्च अदालतले संशोधनको न्यायिक पुनरावलोकन गरी संविधानको आधारभुत तत्वको विपरित भए नभएको एकिन गर्ने अन्तर्निहित अधिकार हुन्छ भन्ने मान्यतालाई स्वीकार गरेर अदालतलाई अधिकार दिने अभ्यास छ। अभिव्यक्त सीमाको अभ्यास गर्ने मुलुकमा अमेरिका, जर्मनी र नेपाल लगायतका मुलुकहरू पर्दछन्। अमेरिकामा *No state without its consent, shall be deprive of its equal suffrage in the state (Art.5 of the US constitution)* भनिएको छ। जर्मनीमा *Amendment of this constitution affecting the division of the Federation into state (Lander), the participation on principle of the state (Lander) in legislation or the basic principles laid down in Articles 1 and 20 are inadmissible. (Art.79 of the Basic Law of the Federal Republic of Germany 1949)* भन्ने व्यवस्था रहेको छ। नेपालको संविधानको धारा २७४ को उपधारा (१) ले नेपालको सार्वभौमिकता, भौगोलिक अखण्डता, स्वाधीनता र जनतामा निहित सार्वभौमसत्ताको प्रतिकूल हुने गरी संविधान संशोधन गर्न सकिने छैन र यो उपधारालाई पनि संशोधन गरिने छैन भन्ने व्यवस्था गरेको छ।

संविधान संशोधनमा अन्तरनिहित सिमाको अभ्यास गर्ने मुलुकमा छिमेकी मित्रराष्ट्र भारतको नाम अग्रपंक्तिमा आउछ। भारतको संविधानले कुनै पनि विषयलाई असंशोधनीय नभनेको भएपनि भारतीय सर्वोच्च अदालतले न्यायिक व्याख्याको माध्यमबाट दुई दर्जनभन्दा बढी विषयलाई असंशोधनीय भनिदिएको अवस्था छ।

३. संविधानको संशोधनको सन्दर्भमा आधारभुत संरचनाको सिद्धान्त

आधारभुत संरचनाको सिद्धान्तलाई आधुनिक संवैधानिक विधिशास्त्रको नवीनतम विकासको रूपमा लिन सकिन्छ। आफूमा निहित रहेको सार्वभौमशक्तिको प्रयोग गरेर जनताले संविधान बनाउदा तत्कालिन परिस्थितिलाई केन्द्रविन्दुमा राखेर केही मौलिक तत्वहरूलाई समावेश गर्दै निश्चित संविधानको ढाँचालाई मान्यता प्रदान गरेका हुन्छन्। संविधान निर्माताका त्यस्ता मौलिक मान्यताको सम्मान र संरक्षणको उद्देश्यबाट विकसित सिद्धान्त नै आधारभूत संरचनाको सिद्धान्त (Basic Structure Doctrine) हो। संशोधन सुधार हो, पूरै परिवर्तन होइन भन्ने मान्यतामा नै आधारभूत संरचनाको सिद्धान्त अडिएको हुन्छ। संविधानभित्रका सबै प्राबधान समान महत्वका हुँदैनन्। त्यसैले संविधानभित्रका प्राबधानलाई वर्गीकरण गरी सोही आधारमा संशोधनको प्रक्रिया निर्धारण गरिनु पर्दछ भन्ने मान्यता यो सिद्धान्तले बोकेको छ। संविधानले बनाएका कुनै पनि संस्था संविधान माथि हुँदैनन्। तीनले संविधानका आधारभूत संरचनालाई विर्गाने, कमजोर पार्ने, नाश गर्ने, भत्काउने, बंग्याउने वा परिवर्तन गर्ने गरी संशोधनको अधिकार प्रयोग गर्न सक्दैनन् तसर्थ संविधानले सृजना गरेको विधायिकाले संविधानको पुर्नलेखन गर्न सक्दैन भन्ने मान्यताद्वारा यो सिद्धान्त निर्देशित रहेको देखिन्छ।

एक वाक्यमा आधारभुत संरचनाको सिद्धान्तलाई परिभाषा गर्न कठिन छ। यथार्थमा यो सिद्धान्तको मूल मर्म संविधान संशोधन गर्ने विधायिकी अधिकारमा संकुचन गर्ने वा सीमा निर्धारण गर्नु हो। (Basic

Structure Doctrine lays down the substantive limitation on the power of amendment by parliament) विश्वका प्राय सबै लिखित संविधानहरूले केही आधारभुत एवम् मौलिक संवैधानिक मुल्य र मान्यताहरू (Basic and core constitutional values) लाई आत्मसात गरेका हुन्छन् । त्यस्ता मुल्य र मान्यताहरू संविधानको संशोधन हुंदा समेत नष्ट नहोस भन्ने संविधान निर्माताहरूको चाहना रहेको हुन्छ । संविधानको संशोधनबाट यस्ता मुल्य एवं आदर्शहरूलाई खारेज वा नष्ट गर्न खोजिएमा अदालतले न्यायिक पुनरावलोकन गरेर त्यस्तो संशोधनलाई अमान्य र बदर घोषित गर्न सक्दछ भन्ने अभियप्राय यो सिद्धान्तको रहेको छ । आधारभुत संरचनाको सिद्धान्तले संविधानका आधारभुत मुल्य एवं आदर्शहरूलाई मास्नबाट रोक्दछ भने तीनलाई सुदृढ गर्ने र तीनको दायरा बढाउने कुरालाई स्वागत गर्दछ । यो सिद्धान्तको अर्थ बुझ्नको लागि संविधान निर्माणको अधिकार (Constituent Power) र संविधान संशोधनको अधिकार (Amending Power) को बीचमा रहेको भिन्नताको गहिरिएर अवलोकन गर्न आवश्यक हुन्छ ।

संविधान निर्माणको अधिकार (Constituent Power) कुनै पनि स्वतन्त्र राष्ट्रको मौलिक अधिकार हो । जनताको आत्मनिर्णयको अधिकार (Right to self-determination) को सिद्धान्तको आधारमा यो अधिकार प्राप्त हुन्छ । यो मौलिक अधिकारको प्रयोग हमेशा सार्वभौमसत्तासम्पन्न निकायले गर्दछ । यो अधिकारको प्रयोगमा सीमा हुदैन कुनै कानूनी बन्देज पनि रहदैन । अर्को अर्थमा आफ्नो संविधान बनाई आफूले आफैलाई शासित गर्ने अधिकार हो । यो अधिकारको प्रयोग गरी निर्माण गरिएको संविधान आफैमा एउटा शास्वत दस्तावेज बन्न पुग्दछ । यसको बैधानिकता कुनै पूर्व प्रचलित नियम कानूनमा आधारित नभएर देशको राजनीतिक यथार्थतामा आधारित हुन्छ । यो दस्तावेजले अन्य ऐन कानूनलाई बैधानिकता प्रदान गर्दछ । कुनै पनि संविधानले संविधान निर्माण गर्ने अधिकार प्रयोगको सम्बन्धमा कुनै प्रावधान राख्न सक्दैन । त्यसो गरेमा Constituent Power ले बैधानिकता प्राप्त गर्न सक्दैन । Constituent Power को सम्बद्धता जहिलेसुकै पनि क्रान्तिसंग रहेको हुन्छ । राजनीतिक क्रान्तिको माध्यमबाट पुरानो पद्दति भंग भएमा परिवर्तनकारी शक्तिले यो अधिकारको प्रयोग गरी नयाँ संविधानको निर्माण गर्दछ । जनतासंग संविधान परिवर्तनको अधिकार जहिलेसुकै हुन्छ । नत वर्तमान पुस्ताले भावी पुस्तालाई आफूले निर्माण गरेको संविधान वा कानूनको अधिनमा नै राख्न सक्तछन् ।

संविधान संशोधनको अधिकार (Amending Power) मौलिक अधिकार नभई प्रत्यायोजित अधिकार मात्र हो । विधायिकालाई प्रदान गरिएको संविधान ससोंधनको अधिकार संविधान निर्माणको अधिकारकै समकक्षमा रहेको अधिकार हो भनी मान्न सकिदैन । किनकी विधायिकालाई संविधान निर्माण गर्ने विशेष जनमत (Special Mandate) हुदैन । समय र परिस्थितिको परिवर्तनसंगै आउने सामाजिक गतिशिलतालाई आत्मसात गर्न र सामाजिक अशान्ति र रक्तपात रोक्ने उपायको रूपमा संविधान संशोधनको व्यवस्था गरिएको हुन्छ । यो संविधानको सुरक्षा कवच (Safety Value) हो । संविधान संशोधनको दायरा संविधानले नै किटान गर्न सक्दछ । संविधानले तोकेको प्रक्रिया अपनाएर मात्र संविधान संशोधन हुन सक्दछ । संसदलाई संशोधनको अधिकारमा मात्र सीमित राखी संविधान निर्माता बन्नबाट रोक्ने शक्तिशाली हतियार नै आधारभूत संरचनाको सिद्धान्त हो भन्न सकिन्छ ।

४. आधारभूत संरचनाको सिद्धान्तको उत्पत्ति र विकास

आधारभूत संरचनाको सिद्धान्तको ऐतिहासिकता खोज्ने क्रममा सन् १९६० को दशकसम्म पुग्न सकिन्छ। उक्त समयमा प्रजातान्त्रिक गणतन्त्र जर्मनीको संघीय संवैधानिक अदालतले संविधानमा Basic and non-basic features रहने अवधारणाको विकास गर्दै संविधान संशोधन गर्दा संविधानका Basic features परिवर्तन गर्न उपयुक्त नहुने राय व्यक्त गरेको पाइन्छ। यता भारतमा पनि संविधान संशोधनको सम्बन्धमा संसद र न्यायालयबीच सन् १९६० को प्रारम्भ देखि नै विवाद उत्पन्न भएको पाइन्छ। हुनत Shankari Prasad Singh v. Union of India 1951 / Sajjan Singh v State of Rajasthan 1965 मा संविधानको पहिलो र सत्रौ संशोधनको बैधतामाथि प्रश्न उठेको थियो। तर भारतीय सर्वोच्च अदालतले मौलिक हकहरू अनतिक्रम्य रहेको र संविधान संशोधनको दायराबाट बाहिर रहेको भन्ने तर्कलाई अस्वीकार गर्यो। त्यसपछि Golak Nath v State of Punjab 1967 मा संविधान संशोधनको अधिकार भित्र संविधानको आमूल परिवर्तन गर्ने अधिकार र मौलिक हकहरू Derogate गर्ने अधिकार समावेश हुन्छ वा हुदैन भन्ने प्रश्न पुन उठेकोमा सर्वोच्च अदालतको ६।५ को झिनो बहुमतबाट मौलिक हकहरू संशोधनीय होइनन भन्ने निर्णय भयो। उक्त मुद्दामा उठेका सबै संवैधानिक प्रश्नहरूको बारेमा स्पष्ट धारणा भने भारतीय सर्वोच्च अदालतको उक्त इजलासले व्यक्त गरेन।

भारतीय सर्वोच्च अदालतमा उठेका उपर्युक्त रोचक विवादबाट प्रभावित भएर त्यसलाई विधिशास्त्रीय तर्कका आधारमा संबोधन गर्नको लागि जर्मनीको Heidelberg University का प्राध्यापक Dietrich Conrad ले Yearbook IntÚl Affairs मा Limitation of Amendment Procedure and the Constituent Power शिर्षकमा संविधान निर्माणको अधिकार (Constituent Power) र संविधान संशोधनको अधिकार (Amending Power) को बीचमा रहेको भिन्नताको वर्णन गर्दै एक विचारोत्तेजक लेख प्रकाशित गरे। यो लेख नै आधारभुत संरचनाको सिद्धान्त प्रतिपादन गर्नमा महत्वपूर्ण विधिशास्त्रीय आधार बन्यो। Golak nath v State of Punjab 1967 मा सर्वोच्च अदालतको फैसला आए पछि पनि भारतमा संविधान संशोधनको विवाद मत्थर भएन। त्यसपछि संसदले १९७१ मा संविधानको २४ औ संशोधन गरेर मौलिक हक लगायत संविधानको जुनसुकै भाग संसदले संशोधन गर्न सक्ने प्रावधान राखियो।उक्त संशोधन माथि Keshavananda Bharati v. State of Kerala भएको मुद्दामा चुनौती दिइयो। १३ जना न्यायाधीश रहेको इजलासको बहुमतले भएको फैसला गलत भएकोले बदर गर्दै संसदलाई जुनसुकै भागको संशोधन गर्ने अधिकार नरहने भन्दै parliament does not alter basic structure and framework of the constitution भन्ने सिद्धान्त प्रतिपादन गर्दै Supremacy of Constitution, Democratic forms of Govt, Federal Character, Separation of Power and secular Character संविधानका आधारभुत संरचना हुन भन्ने व्याख्या भयो। उक्त मुद्दामा भारतीय न्यायमूर्तिहरूले Prof. Dietrich. Conrad को उक्त लेखलाई औपचारक रूपमा मान्यता प्रदान गर्दै उद्धरण समेत गरेको पाइन्छ।

भारतमा संविधान संशोधन हुने र त्यसमाथि सर्वोच्च अदालतमा चुनौती दिने कार्य त्यसपछि पनि निरन्तर रूपमा भई रहेको छ। Indira Neharu Gandhi v. Raj Narayan, (AIR, 1975, SC 2299) वा मुद्दामा तत्कालिन प्रधानमन्त्री इन्दीरा गान्धीले धाधली गरेर चुनाव जितेको भनी राजनारायणले दिएको उजुरीमा इन्दीरा गान्धिको विरुद्धमा उच्च अदालतले फैसला गरेपछि पदासिन प्रधानमन्त्री

उम्मेदवार रहेको निर्वाचनको विरुद्धमा कुनै पनि अदालतमा प्रश्न उठाउन नपाइने गरी संविधान संशोधन भएपछि उक्त मुद्दामा परेको पुनरावेदनमा सर्वोच्च अदालतका ५ जना न्यायाधीशको इजलासले सर्वसम्मतिमा Keshavananda Bharati को मुद्दामा भएको निर्णयलाई नै समर्थन गर्दै Rule of Law and Democratic principles of free and Fair elections समेत संविधानका आधारभुत संरचना हुन भनी थप गर्दै निर्वाचनको बैधताको प्रश्न अदालतको अधिकारक्षेत्र बाहिर राख्न नमिल्ने निर्णय भयो ।

सर्वोच्च अदालतबाट भएका उक्त फैसलाहरूको प्रतिक्रिया स्वरूप संसदले १९७६ मा संविधानको ४२ औ संशोधन गरेर सर्वोच्च अदालतको न्यायिक पुनरावलोकन गर्ने अधिकार हटाउदै संसदको संविधान संशोधन गर्ने अधिकारमा कुनै सीमा नरहने प्रावधान संविधानमा राखियो । उक्त संशोधनलाई चुनौती दिदै परेको ***Minerva Mills v. Union of India*** *(3 SCC 625, 1980)* भएको मुद्दामा *.....the constitution, not the parliament is supreme in India. Judicial review is also a basic structure of the constitution which is itself help to prove the state of constitutional supremacy because supreme court is final interpreter and protector of the constitution* भन्ने व्याख्या भयो ।

५. नेपालको सन्दर्भमा आधारभुत संरचनाको सिद्धान्त

भारतको सन्दर्भमा Brainchild of the Judiciary मानिने आधारभुत संरचनाको सिद्धान्तलाई नेपालमा भने वि सं २०४६ सालको जनआन्दोलन पछि बनेको नेपाल अधिराज्यको संविधान २०४७ को धारा ११६ मा संवैधानिक व्यवस्थाको रूपमा नै स्थान दिइएको थियो । उक्त संविधानको धारा ११६ को उपधारा १ मा संविधान संशोधनमा संसदलाई दुईवटा सीमा लगाइएको थियो । पहिलो प्रस्तावनाको भावनाको प्रतिकूल हुने गरी संविधानको कुनै धारालाई संशोधन वा खारेज गर्ने विधेयक संसदको कुनै पनि सदनमा प्रस्तुत गर्न नसकिने र दोस्रो धारा ११६ अन्तर्गत धारा ११६ लाई नै संशोधन गर्न नसकिने । उक्त धारामा आधारभुत संरचना भन्ने शब्दावली प्रयोग नभएको भएपनि पहिलो अंकुश Principle of implied limitation र दोस्रो अंकुश Principle of expressed limitation मा आधारित रहेको पाइन्छ । उक्त संविधान कायम रहुन्जेल एकपटक पनि संशोधन नभएको कारण प्रस्तावनाको भावना भनेको यो यो हो वा संविधानको आधारभुत संरचना यो हो भनी अदालतले व्याख्या गर्ने सन्दर्भ आएन ।

संविधानमा रहेको संशोधनको यो कठोरता राजा तथा राजनीतिक दलहरूको निरन्तरको असंवैधानिक कृयाकलाप र तत्कालिन ने क पा माओवादीले सञ्चालन गरेको, सशस्त्र विद्रोह लगायतका तमाम कारणले गर्दा नेपाल अधिराज्यको संविधान २०४७ को आयु लामो हुन सकेन । वि सं २०६२।६३ को शान्तिपूर्ण जनअन्दोलन पछि संविधान सभाबाट संविधान बनाउने राजनितक निर्णय भयो भने अन्तरिम कालको लागि नेपालको अन्तरिम संविधान २०६३ जारी भयो । प्रकृतिबाट अस्थायी र अन्तरिम संविधान भएकोले यसमा आधारभुत संरचना भन्ने कुरा त्यति सान्दर्भिक थिएन भने संविधानको धारा १४८ ले सबै विषयलाई संशोधनीय बनाएको थियो । नेपालको अन्तरिम संविधान २०६३ को बाह्रौ पटक सम्म संशोधन भएको र संशोधन उपर पटक पटक सर्वोच्च अदालतमा विवाद परेर न्यायिक पुनरावलोकन भएको थियो । सर्वोच्च अदालतले संविधानको संशोधनको बैधता जाँच्ने क्रममा भारतको सर्वोच्च

अदालतले बिकसित गरेको आधारभुत संरचनाको सिद्धान्तको उपयोग गर्दै संविधान संशोधनको अधिकारको निकै गहकिलो एवं रोचक व्याख्या पनि गरेको देखिन्छ ।

नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ को पहिलो, दोस्रो र तेस्रो संशोधनलाई चुनौती दिइ परेको अच्युत प्रसाद खरेल विरुद्ध प्रधानमन्त्री समेत (ने.का. प. २०६६, नि. नं. ८१६४, अंक ६) को मुद्दामा वर्तमान संविधानको कुनै पनि धारा वा व्यवस्था असंशोधनीय गरी संशोधन गर्न रोक लगाएको नदेखिँदा नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ संशोधन विषयमा Rigid नभएका कारण धारा १४८ बमोजिमको संवैधानिक प्रक्रिया पूरा गरी जुनसुकै धारा संशोधन हुन सक्ने व्याख्या भयो । वर्तमान संविधानमा कुनै Basic Feature/Structure नभएकोले धारा १४८ को प्रक्रिया पूरा गरी जुनसुकै धारा संशोधन हुन सक्छ । धारा १४८ को संवैधानिक प्रक्रिया पूरा गरी गरिएको संशोधनमा न्यायिक पुनरावलोकन हुन नसक्ने भनी सर्वोच्च अदालतको विशेष इजलासबाट व्याख्या भएको देखिन्छ ।

नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ को आठौं संशोधनलाई चुनौती दिदै परेको अर्को विजयराज शाक्य विरुद्ध संविधानसभा सचिवालय समेत (ने. का. प. २०६७, अंक ९, नि. नं. ८४५७) भएको मुद्दामा सर्वोच्च अदालतको तीन जना न्यायाधीश रहेको विशेष इजलासले संविधान संशोधनका सम्बन्धमा व्यवस्थापिका संसद केही व्यक्त वा अव्यक्त सीमाहरू बाट बाँधिन्छ । संविधान स्वयंले संशोधनको लागि कुनै पूर्वशर्त राखेको देखिँदैन । आधारभूत संरचना किटेको छैन भन्दैमा संविधानको आधारभूत स्वरूप क्षतविक्षत पार्ने अधिकार संविधानले नै जन्माएको (Creature) अर्थात् विधायिकालाई नहुने भन्दै संविधान संशोधन नै हुन नसक्ने व्यवस्था गर्ने हो भने संशोधन प्रक्रियाको बदला अदालतबाट व्याख्यामार्फत् संशोधन हुन पुग्छ । देशमा संवैधानिक संकट र अराजकता हुँदा कोही कसैको अभिष्ट साध्य होला तर अन्तरिम संविधानबाट अधिकार पाई गठन भएको यस अदालतले संविधानलाई नै समाप्त पार्ने आदेश जारी गर्ने कुरा संविधानको मर्म, भावना र व्यवस्था अनुरूप हुन नसक्ने भनी संविधान संशोधन गरी संविधानसभाको अवधि थप गर्ने कार्यलाई बैध ठहर गऱ्यो ।

त्यसै गरी न्यायाधीशहरूलाई संसदीय सुनुवाई गर्ने अन्तरिम संविधानको धारा १५५ (१) को व्यवस्था संविधानकै अरु व्यवस्थासंग बाझिएको भन्ने मागदावी लिइ दायर भएको सुबोधमान नापित विरुद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय समेत (ने. का. प. २०६७, अंक ६, नि. नं. ८३८५) भएको रिटनिवेदनमा सर्वोच्च अदालतको तीन जना न्यायाधीश रहेको विशेष इजलासले नेपाललाई राजतन्त्रात्मक र एकात्मक व्यवस्थाबाट संघीय र लोकतान्त्रिक गणतन्त्रात्मक राज्य व्यवस्थामा परिणत गर्ने संविधान निर्माणको कार्यादेश (Mandate) लाई निरर्थक र अवरुद्ध (Frustrate) गर्ने गरी अन्तरिम संविधानको कुनै पनि धारा संशोधन हुन सक्दैन । नेपाली जनताले राज्यका सम्पूर्ण निकायहरूलाई जनताप्रति अझ बढी जवाफदेही बनाई प्रभावकारी शासन व्यवस्थाको चाहना राखी गरेको संवत् २०६२-०६३ को जनआन्दोलनमा प्रतिबिम्बित भएको जनताको भावनालाई समेट्ने उद्देश्यबाट साविकको संवैधानिक व्यवस्थामा केही परिवर्तन गरी न्यायाधीश नियुक्तिलाई विधायिकी सुनुवाइबाट Confirm गर्न जननिर्वाचित संसदले Checks गर्ने व्यवस्था भएको हो । संविधानमा यस खालको प्रावधान किन राखियो भन्ने कुरा न्यायिक भन्दा पनि राजनीतिक प्रकृतिको तथ्यगत प्रश्न हुने हुँदा त्यसको आधार र औचित्य केलाउने कार्य यस अदालतबाट हुन नसक्ने भनी व्याख्या भएको पाइन्छ ।

नेपालको अन्तरिम संविधानमा दशौ संशोधन गरी संविधानसभाको कार्यावधि तेस्रोपटक थप गरेको कार्य विरुद्ध परेको निवेदक भरतमणि जंगम विरुद्ध राष्ट्रपति कार्यालय समेत (ने. का. प. २०६८, अंक ८ नि. नं. ८६६२) भएको निवेदनमा सर्वोच्च अदालतको ५ जना न्यायाधीशको विशेष इजलासले संविधानको धारा ६४ आफैंमा एउटा विशिष्ट व्यवस्था भएकाले यो असंशोधनीय र बाध्यात्मक हो भन्ने सम्बन्धमा पनि यस अदालतबाट स्पष्ट दृष्टिकोण अभिव्यक्त भैसकेको अवस्था छ। अघिल्ला फैसलाहरूबाट निरूपण भैसकेका संविधान संशोधनका आधारभुत संरचना लगायतका उल्लिखित विषयहरूमा यस इजलासको पनि फरक दृष्टिकोण नरहेको हुँदा त्यसमा थप विश्लेषण र विवेचना गर्नु पर्ने अवस्था देखिएन भन्दै आवधिक निर्वाचन संविधानको प्रस्तावनामा नै उल्लेख भएको मुल्य रहेको र निश्चित अवधि किटान गरी निर्वाचित संविधानसभाको कार्यकाल अनन्तसम्म कायम रहन सक्दैन। तसर्थ वर्तमान संविधानसभा गठन भएपश्चात् संविधान निर्माणका सम्बन्धमा हालसम्म के कति उपलब्धिहरू हासिल भएका छन् र कति कार्यहरू बाँकी छन् ? ती कार्यहरू पूरा गर्न नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ को धारा ६४ को प्रतिबन्धात्मक बाक्यांशले अभिनिश्चित गरेको अवधि ननाघ्ने गरी अन्तिम पटकको लागि संविधानसभाले वास्तविक रूपमा जे जति समय आवश्यक पर्छ ? यकीन गरी सोही अवधिभित्रै संविधान निर्माणको कार्य सम्पन्न गर्न र त्यसरी निश्चित् गरिएको अवधिमा पनि संविधान निर्माणको कार्यलाई पूर्णता प्रदान गर्न नसकिने भएमा तत्पश्चात् वर्तमान संविधानसभाको कार्यकाल स्वतः समाप्त हुने हुँदा सो अवधिभित्रै संविधानको धारा १५७ बमोजिम जनमत संग्रह वा धारा ६३ बमोजिम अर्को संविधानसभाको निर्वाचन वा संविधानबमोजिम अन्य उपयुक्त प्रबन्ध मिलाउन यो आदेश जारी गरिदिएको छ भनी संशोधनको अधिकार असीमित हुन नसक्ने सिद्धान्त कायम भएको छ। यी व्याख्याहरूले नेपालको सर्वोच्च अदालत पनि भारतीय सर्वोच्च अदालतको व्याख्याकै पथमा अघि बढेको संकेत गर्दछन्।

६. नेपालको संविधानको संशोधन

संविधान निर्माणको क्रममा संविधानसभामा निकै तातो बहस भएको र अन्तिम चरणमा मात्र सहमति कायम गर्न सकिएको विषय संविधान संशोधन सम्बन्धी व्यवस्था पनि हो। एकातर्फ लोकतान्त्रिक मुल्य र मान्यताहरू असंशोधनीय राख्नु पर्छ भन्ने मत थियो भने अर्को तर्फ संघीयता, धर्म निरपेक्षता र समानुपातिक समावेशीता जस्ता तत्काल आएका परिवर्तनहरूलाई सुरक्षित बनाउन यी विषय समेत असंशोधनीय बनाउनु पर्छ भन्ने मतहरू संविधानसभामा जवरजस्त रूपमा मुखरित भएका थिए। धेरै विषयलाई असंशोधनीय बनाउदा संविधान धेरै कठोर भई समयानुकुल संवैधानिक विकासमा गतिशिलता नआउने र संविधानको आयु लामो पनि नहुने खतरा हुने तथा संविधान संशोधनमा कुनै पनि अंकुश नलगाउदा आधारभुत संरचनाको सिद्धान्तका नाउमा संशोधनको न्यायिक पुनरावलोकन गर्दै संशोधन स्वीकार्य हुने वा नहुने कुरा अन्ततः अदालतको निर्णयमा निर्भर हुन जाने र वास्तविक संविधान संशोधनको अधिकार अदालतमा निहित हुने भएकोले अनिश्चितता र अन्यौलता अझ बढ्ने कुरा तर्फ सतर्क हुदै संविधानसभाले कठोरता र नमनशिलताको संयोजन गरी संविधान संशोधन सम्बन्धी वर्तमान सन्तुलित व्यवस्था राखेको देखिएको छ।

नेपालको संविधानको भाग ३१ धारा २७४ को उपधारा (१) मा नेपालको सार्वभौमिकता, भौगोलिक अखण्डता, स्वाधीनता र जनतामा निहित सार्वभौमसत्ताको प्रतिकूल हुने गरी संविधान संशोधन गर्न सकिने छैन भनिएको छ। त्यसै गरी उपधारा (२) मा उपधारा (१) र संविधानको अन्य धाराको अधीनमा

रही संविधानको कुनै धारालाई संशोधन वा खारेज गर्ने विधेयक संघीय संसदको कुनै पनि सदनमा पेश गर्न सकिनेछ भनिएको छ। साथै उपधारा उपधारा (२) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांशमा तर उपधारा (१) लाई संशोधन गरिने छैन भनिएको छ।

साथै संघीय व्यवस्थामा संघीय संविधानको संशोधन गर्ने एकलौटी अधिकार संघको मात्र नभई प्रदेशसंगको साझा अधिकारको विषय मानिने मान्यतालाई आत्मसात गर्दै धारा २७४ को उपधारा (४) मा संविधान संशोधन प्रदेशको सीमाना परिवर्तन वा प्रदेशको अधिकार (अनुसूची-६ मा उल्लिखित विषय) सँग सम्बन्धित भएमा त्यस्तो विधेयक सबै प्रदेशमा पठाई कम्तीमा बहुमत प्रदेशसभाको बहुमतबाट स्विकृत भएमात्र संघीय संसदमा संशोधनको प्रक्रिया अघि बढने बहुमत प्रदेशसभाबाट स्वीकृत हुन नसकेमा संविधान संशोधन विधेयक निष्क्रिय हुने व्यवस्था गरिएको छ। संविधान संशोधनमा सहभागि हुन पाउने यो प्रदेशको महत्वपूर्ण अधिकार हो।

६.१ संविधान संशोधनको कार्यविधि

संविधान संशोधन विधेयक सम्बन्धित सदनमा प्रस्तुत भएको तीस दिनभित्र सर्वसाधारण जनताको जानकारीका लागि सार्वजनिक रूपमा प्रकाशन गर्नु पर्ने व्यवस्था छ। प्रदेश सभाको सहमति आवश्यक नपर्ने वा पर्नेमा पनि बहुसंख्यक प्रदेश सभाबाट स्वीकृत भई आएको विधेयक संघीय संसदका दुबै सदनमा तत्काल कायम रहेका सम्पूर्ण सदस्य संख्याको कम्तीमा दुई तिहाइ बहुमतबाट पारित भएमा संविधान संशोधन विधेयक पारित भएको मानिन्छ। त्यसरी पारित भएको विधेयक प्रमाणीकरणका लागि राष्ट्रपति समक्ष पेश गरिने र राष्ट्रपतिले विधेयक प्राप्त भएको पन्ध्रदिन भित्र प्रमाणीकरण गर्ने र प्रमाणीकरण भएको मिति देखि संविधान संशोधन हुने व्यवस्था गरिएको छ।

६.२ संविधान संशोधनमा प्रदेशसभाको सहभागिता

नेपालको संविधानले संघीय राज्य संरचनालाई अङ्गिकार गरेको र संघीय व्यवस्थामा संघीय संविधानको संशोधन गर्ने एकलौटी अधिकार संघको मात्र नभई प्रदेशसंगको साझा अधिकार मानिन्छ। त्यसैले नेपालको संविधानको धारा २७४ को उपधारा (४) मा संविधान संशोधन विधेयक कुनै प्रदेशको सीमाना परिवर्तन वा प्रदेशको अधिकार (अनुसूची-६ मा उल्लिखित विषय) सँग सम्बन्धित भएमा त्यस्तो विधेयक संघीय संसदमा प्रस्तुत भएको तीस दिनभित्र सम्बन्धित सदनको सभामुख वा अध्यक्षले सहमतिका लागि प्रदेश सभामा पठाउनु पर्ने व्यवस्था गरेको छ। त्यसरी पठाइएको विधेयक तीन महीनाभित्र सम्बन्धित प्रदेश सभाका तत्काल कायम रहेका सम्पूर्ण सदस्यहरूको बहुमतबाट स्वीकृत वा अस्वीकृत गरी त्यसको जानकारी संघीय संसदमा पठाउनु पर्नेछ। उक्त अवधिभित्र त्यस्तो विधेयक स्वीकृत वा अस्वीकृत भएको जानकारी नदिएमा संघीय संसदको विधेयक उत्पत्ति भएको सदनले त्यस्तो विधेयक उपरको कारबाही अगाडि बढाउन बाधा नपर्ने व्यवस्था छ। उक्त अवधिभित्र बहुसंख्यक प्रदेश सभाले त्यस्तो विधेयक अस्वीकृत गरेको सूचना संघीय संसदको सम्बन्धित सदनलाई दिएमा त्यस्तो विधेयक निष्क्रिय हुन्छ।

६.३ संविधान संशोधन विधेयक उपर प्रदेशसभामा अपनाउनु पर्ने कार्यविधि

संघीय संसदको कुनै सदनबाट प्राप्त संशोधन विधेयकको सूचना प्रदेशसभाको अधिवेशन चलेको भए तत्काल सभामुखले सभामा पढेर सुनाउने र अधिवेशन चालु नरहेको भए अधिवेशन आव्हान गर्न प्रदेश प्रमुख र मुख्यमन्त्रीलाई लेखी पठाउने व्यवस्था प्रदेशसभाहरूले बनाएको प्रदेशसभा नियमावलीमा रहेको

पाइन्छ। प्रदेशसभामा सूचना दिएपछि सोको जानकारी सहित विधेयक प्रदेशसभाका सचिवले प्रदेश मन्त्रीपरिषदलाई पठाउने र सम्बन्धित मुख्यमन्त्रीले ३० दिन भित्र संविधान संशोधन विधेयक सम्बन्धित प्रदेशसभामा पेश गर्ने कार्यविधिमा उल्लेख छ। विधेयकमाथि दफावार छलफल गरी प्रतिवेदन दिन विशेषसमिति गठन हुन सक्ने र प्रदेशसभामा तत्काल कायम रहेका सम्पूर्ण सदस्य सङ्ख्याको बहुमतबाट स्वीकृत भएमा विधेयक पारित भएको मानिने व्यवस्था छ। प्रदेशसभाको निर्णय मत विभाजनबाट निश्चित गरिने र निर्णयको जानकारी प्रदेशसभाको सचिवले संघीय संसद सचिवालयमा लेखि पठाउने कार्यविधिमा उल्लेख छ।

नेपालको संविधानको हालसम्म एकपटकमात्र संशोधन भएको र संशोधनको विषयमा अदालतबाट व्याख्या हुने अवस्था समेत परेको देखिदैन। अन्तरिम संविधानको संशोधन उपर परेका निवेदनमा सर्वोच्च अदालतले गरेको व्याख्याले महत्वपूर्ण संकेतहरू गरेको भए पनि अहिलेको संविधानको व्यवस्था र संरचनाको आधारमा कस्तो अभ्यास हुदै जान्छ, त्यसमा के कस्ता प्रश्नहरू उठ्छन् उठाइन्छन् अनि संवैधानिक इजलासले कस्तो व्याख्या गर्छ त्यो प्रतिक्षाको विषय नै भएको छ। विश्वको अनुभव हेर्दा संविधान जारी भएको पहिलो ५ वर्षमा संविधानको संशोधन छिटो छिटो हुने र संविधान संशोधन सम्बन्धी व्यापक विवाद पनि यही अवधिमा हुने गरेको देखिन्छ। नेपालमा संविधान निर्माण गर्दा र संविधान जारी भए पछि पनि केही दलहरूले पूर्ण रूपमा असन्तुष्टी जनाउदै संविधानलाई नै अस्वीकार गर्ने व्यवहार प्रदर्शन गरेको अवस्था छ। संविधानप्रतिको असन्तुष्टिको कारण मुलुकले पीडादायक नाकाबन्दी समेत सहनु परेको तथ्य ताजै छ। संविधान जारी भएको करिव ५ महिनाको अवधिमा नै रूपान्तरित व्यवस्थापिका संसदले संविधानमा पहिलो संशोधन गरेको थियो। उक्त संशोधन अन्दोलनरत मधेशकेन्द्रित दलहरूको माग संबोधन गर्ने अभिप्रायले भएको भएपनि त्यसमा उनीहरू सहभागी भएनन र सन्तुष्ट हुन पनि सकेनन। उक्त संशोधनमा सामाजिक न्यायको हक सम्बन्धी धारा ४२ मा राज्यको सबै संरचनामा सहभागि गराउनु पर्ने समुदायको परिभाषा परिमार्जन गर्ने, धारा ८४ मा प्रतिनिधिसभाको निर्वाचनमा जनसंख्या र भौगोलिक अनुकलता र विशिष्टताको आधारमा निर्वाचन क्षेत्र कायम गर्ने तथा धारा २८६ मा जनसंख्यालाई मुख्य आधार र भुगोललाई दोस्रो आधार मान्ने भन्ने लगायतका संशोधन गरिएको थियो। यो संशोधन उपर अदालतमा विवाद परेन।संविधानको आधारभुत संरचनालाई प्रभाव पार्ने विषयवस्तु नभएको कारण पनि विवाद नउठेको हुन सक्छ।

पुष्पकमल दाहाल प्रचण्ड प्रधानमन्त्री हुंदा २०७३ साल बैशाखमा एउटा विवादित विषयवस्तु रहेको संविधान दोस्रो संशोधन विधेयक रूपान्तरित व्यवस्थापिका संसदमा पेश गरिएको थियो। उक्त विधेयकमा अरु विषयको साथमा प्रदेशको सिमाना सम्बन्धी संविधानको अनुसूची ४ मा उल्लेख गरिएको प्रदेश नं ४ र ५ को सिमाना परिवर्तन गर्ने प्रस्ताव पनि थियो। नेपालको संविधानको धारा २७४ को उपधारा (४) मा संविधान संशोधन विधेयक कुनै प्रदेशको सीमाना परिवर्तनसंग सम्बन्धित भए त्यसमा प्रदेशसभाको स्वीकृति अनिवार्य गरेको हुनाले प्रदेशसभाको निर्वाचन भई सभाको गठन नभएसम्म संशोधन गर्न सकिने अवस्था नभएपनि त्यसलाई वेवास्ता गर्दै सरकारले विधेयक सदनमा दर्ता गरेको थियो। उक्त विधेयक सदनमा पुग्ने वित्तिकै त्यसलाई चुनौती दिदै सर्वोच्च अदालतमा मुद्दा परेको र सर्वोच्च अदालतले विधेयकमात्र पेश भएको र विधायिका उक्त विवादित विधेयक उपर निर्णयमा पुगिनसकेको हुनाले अन्तरिम आदेश जारी गर्न नपर्ने आदेशसम्म गरेको थियो। मुद्दा विचाराधिन रहे पनि उक्त विधेयक प्रक्रियामा अघि बढ्नै सकेन।त्यसपछि सरकारले विधेयक फिर्ता लिएर प्रदेशको

सिमाना सम्बन्धी विषय हटाई धारा २७४ को उपधारा (४) मा संशोधन गरी प्रदेशको सीमाना सम्बन्धी विषयको विधेयक सबै प्रदेशमा स्वीकृतिको लागि पठाउन नपर्ने सम्बन्धित प्रदेशमा मात्र पठाए हुने प्रावधान सहित २०७४ बैशाखमा संविधान संशोधनको दोस्रो संशोधन विधेयक सदनमा लगेको खण्ड ६७, अतिरिक्ताङ्क १, मिति २०७४।१।११ को नेपाल राजपत्रमा प्रकाशित भएको पाइन्छ। उक्त विधेयक समेत सदनबाट पारित हुन सकेन। यसरी संविधानको दोस्रो संशोधन गर्नको लागि भएका प्रयास सफल हुन सकेनन। यदी ती संशोधनहरू पारित भएको भए पनि सर्वोच्च अदालतमा प्रश्न उठी व्याख्या हुने अवस्था उत्पन्न हुन्थ्यो भन्ने लाग्दछ।

७. निष्कर्ष

संविधानको निर्माण र संविधान संशोधन राष्ट्रको जिवनमा अति नै महत्वपूर्ण घटना हुन। संविधान संशोधनको प्रक्रियालाई अति सरल बनायो भने संविधानको मर्यादा कायम गर्न सकिदैन। संविधानलाई विधायिकामा प्रचण्ड बहुमत प्राप्त दलको हतियार बन्नबाट जोगाई संविधानको स्थायित्व सुनिश्चित गर्न आधारभुत संरचनाको सिद्धान्त उपयोगी सुरक्षा अस्त्र सावित पनि भएको छ। मौलिक हकको सुरक्षा गर्न र संविधान निर्माणको अधिकार (Constituent Power) र संविधान संशोधनको अधिकार (Amending Power) को बीचमा रहेको भिन्नताको पहिचान दिन पनि यो सिद्धान्त उत्तिकै महत्वपूर्ण छ। साथै यस सिद्धान्तका आलोचनात्मक पक्ष पनि नभएका होइनन।यो सिद्धान्तले स्थायित्वको नाउमा संविधानलाई अति कठोर बनाएको, शान्तिपूर्ण परिवर्तनको मार्गलाई अवरुद्ध पारेको, अदालतको व्याख्या विवादित हुने र राजनीतिक अन्यौलता गहिरिने अवस्था सृजना गरेको, न्यायिक सर्वोच्चता न्यायिक निरंकुशतामा परिणत भएको, अप्रत्यक्ष रूपमा सर्वोच्च अदालतमा Constituent Power पुगेको भनी सिद्धान्तको विपक्षमा तर्कहरू दिने गरिएको छ।

संविधान संशोधन सम्बन्धमा वर्तमान नेपालको संविधानमा रहेको व्यवस्था २०४७ सालको संविधानमा रहे जस्तो देखिए पनि असंशोधनीय विषयको उल्लेखन वर्तमान संविधानमा ठोस रूपमा राखिएको छ। केवल नेपालको सार्वभौमिकता, भौगोलिक अखण्डता, स्वाधीनता र जनतामा निहित सार्वभौमसत्ताको प्रतिकूल संविधान संशोधन हुन नसक्ने र उपधारा (१) मा कुनै विषय थपघट गर्न संशोधन गर्न नसकिने सोभ्रो अर्थ उक्त व्यवस्थाको अध्ययनबाट निकाल्न सकिन्छ। सरसर्ति हेर्दा त्यसमा आधारभुत संरचनाको नाउमा अदालतबाट धेरै व्याख्या गर्नु पर्ने आवश्यकता देखिदैन। जुन विषय संशोधन गर्न नसकिने भनिएको छ ती विषय बारम्बार संशोधन गर्न पर्ने प्रकृतिको वा राजनीतिक रूपमा विवादको विषय हुने जस्तो पनि देखिदैन।

देशमा लोकतान्त्रिक सँस्कृतिको विकास गर्न सकिने हो र संविधानले आत्मसात गरेका लोकतान्त्रिक मुल्य मान्यता प्रति राजनीतिक शक्तिहरू प्रतिबद्ध हुने हो भने संविधानका आधारभुत स्तम्भहरूलाई सुदृढ गर्ने र तीनको दायरा बढाउने कुरामा संविधान संशोधनको व्यवस्था सहयोगी नै हुनेछ। तर आफूले खेलको नियम नमान्ने दोष संविधानलाई मात्र दिने र संशोधनको नाउमा संविधानका आदर्श र मुल्यहरूलाई मास्ने विगतकै प्रवृत्तले निरन्तरता पाउने हो भने यो संविधान अन्तर्गतको संशोधनको प्रक्रिया फेरी पनि विवादको भुमरीमा पर्नबाट कसैले जोगाउन सक्ने छैन। प्रदेशसभाको अधिकार नै हनन हुने गरी विधेयक पेश गर्ने र धारा २७४ मा संविधान निर्माताले सबै प्रदेशको सहभागित हुने गरी गरेको व्यवस्थालाई संकुचित पार्ने गरी विधेयक तयार भई सदनमा नै पेश भएको तथ्यले दलहरू र

सरकारको मनसाय स्पष्ट नै छ। यसले सकारात्मक संकेत गरेको पक्कै मान्न नमिल्ला। मधेशकेन्द्रित दलहरूले २०७४ सालमा भएका तीनै तहको निर्वाचनमा भाग लिई संवैधानिक प्रक्रियामा आएको भएपनि संविधानप्रतिको उनीहरूको असन्तुष्टी कायमै रहेको देखिन्छ। उक्त असन्तुष्टीको संबोधन गर्न संविधान संशोधन के कसरी हुन्छ र त्यो विवादित हुन्छ वा हुदैन अनुमान गर्न सकिदैन।

साथै भविष्यमा संविधानको धारा २७४ को उपधारा (१) मा उल्लेख गरिए बाहेकका मौलिक हक वा आवधिक निर्वाचन, स्वतन्त्र न्यायपालिका जस्ता कुनै लोकतान्त्रिक मुल्य मान्यताको वा संघीय इकाईको अधिकार कै प्रतिकूल हुने गरी संविधानको कुनै धारा संशोधन भएमा त्यसलाई संविधानको संरक्षकको जिम्मेवारी लिएको सर्वोच्च अदालतले कसरी ग्रहण गर्छ वा व्याख्या गर्छ भन्ने कुरा अहिले नै भन्न सकिदैन। त्यसैले संविधान संशोधन सम्बन्धी व्यवस्था जति नै सावधानीपूर्वक तर्जुमा गरिएको भए पनि यसको प्रयोगमा आउन सक्ने विवाद र जटिलतालाई इन्कार गर्न सकिदैन।

सन्दर्भ सामग्री सूची

- नेपालको संविधान
- नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३
- नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७
- नेपाल कानून पत्रिका, सर्वोच्च अदालत, रामशाहपथ, काठमाडौं।
- उप्रेती, भरतराज र अन्य (सम्पादन), नेपालको संवैधानिक कानून (२०५४) फ्रिडिल, काठमाडौं
- भट्टराई, श्यामकुमार (सम्पादक), न्याय प्रशासनका आयामहरू (२०६१), सोपान मासिक, काठमाडौं
- शाक्य, पूर्णमान, संशोधनको अधिकार एक सुरक्षाकवच, कानून (१६०), नेपाल कानून किताव कम्पनी प्रा. लि. काठमाडौं
- ढुङ्गाना, टेकप्रसाद, आधारभुत संरचनाको सिद्धान्त, संविधानमा यसको आवश्यकता र औचित्य, सार्वजनिक प्रशासनका समकालिन चुनौतीहरू (२०६२) सोपान मासिक, काठमाडौं
- कोइराला उमेश, संविधान संशोधन र आधारभुत संरचनाको सिद्धान्त लोकतान्त्रीक संविधानका आधारहरू (२०६५) अग्र सारथी, काठमाडौं।
- Dhungel, SP et. al, Commentary on the Nepalese Constitution, (1998) DeLF, Kathmandu.
- Wheare, KC, Modern Constitutions (1975), Oxford University Press, London.
- Jennings, Sir Ivor, The Law and The Constitution (1976), The English Language Book Society, London.
- Barnett, Hilaire, Constitutionla and Administrative Law (1996), Lawman Indial, New delhi.
- Jain, MP, Indian Constitutional Law (2003), Wadhwa and Company, Nagpur, India
- Conrad, Dietrich, Constituent Power, Amendment and Basic Structure of the Constitution; A Critical Reconsideration, (1977-78) Delhi Law Review.

संवैधानिक कानूनको विकासमा सर्वोच्च अदालतको योगदान

✍ श्यामकुमार भट्टराई[♦]

परिचय

कुनै पनि लोकतान्त्रिक मुलुकका लागि स्वतन्त्र न्यायपालिका पूर्व शर्त हो। यो स्वभाविक छ कि न्यायालयले कुनै विशिष्ट मुद्दामा गरेका व्याख्याले संवैधानिक कानूनको विकासमा योगदान दिने गर्दछन् र समयान्तरसँग संवैधानिक कानूनले नयाँ आकार लिदै जान्छ। लोकतन्त्र र कानूनको शासनको जननी देश बेलायतको संवैधानिक कानून न्यायिक व्याख्याको क्रममा सम्बृद्ध हुँदै आएको मानिन्छ।[१] वि.सं. १९९७ सालबाट शुरु भएको नेपालको न्यायालयको इतिहास करिब ८० वर्षको हाराहारीमा आइपुगेको छ। नेपालको राजनीतिक इतिहाससँग न्यायपालिकाको विकासको इतिहास पनि जोडिएको छ। न्यायपालिकाको इतिहाससँग नेपालको संवैधानिक कानूनको विकासक्रम पनि जोडिएको हुन्छ।[२] लोकतान्त्रिक परिवेशमा न्यायालयले संवैधानिक विकासमा महत्वपूर्ण भूमिका निर्वाह गरेको छ भने शासन प्रणालीमा लोकतान्त्रिक आचरणको अभावमा न्यायालयमा पनि त्यसको प्रतिछाँया परेको छ। यो यात्राक्रममा नेपालको न्यायपालिकाले संवैधानिक कानूनको विकासमा महत्वपूर्ण योगदान गरेको छ। हुन पनि हो संसारका कुनै पनि न्यायपालिका नागरिकका अधिकारको संकुचन गरेर चर्चित भएका छैनन्। चर्चित भएका छन् भने बरु नागरिक अधिकारको विस्तार गरेर नै भएकाछन्। हाम्रो संवैधानिक इतिहास पनि त्यस्तै छ।

वि. सं. २००८ सालमा स्थापना भएको प्रधान न्यायालयले प्रारम्भदेखि नै नागरिकको हक अधिकारको संरक्षणका लागि निर्वाह गरेको भूमिका आज पर्यन्त चर्चाको विषयको रूपमा रहेको छ। यद्यपि नेपालको संविधान, २०१९ को समयावधिमा भने न्यायालयको भूमिका खासै विस्तारित भएन।[३] खास गरी नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ जारी भएपछि अदालतले रिट क्षेत्राधिकारको प्रयोग गरी जारी गरेका आदेशहरूले संवैधानिक कानूनलाई सम्बृद्ध तुल्याउन धेरै योगदान गरेकाछन्। शासन व्यवस्थालाई

♦ सहन्यायाधिवक्ता, महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय

१ As such, the decisions of judges who interpret and apply the constitution to specific cases help to supply the detail needed to add substance to the general framework of government established by the constitution and help to furmulate a body of constitutional law which reflects changing times and circumstances. Surya Dhungel et.al, Commentary on the Nepalese Constitution, DeLF, 1998 page 11

२ पूर्व महान्यायाधिवक्ता श्री बद्री बहादुर कार्कीले कुनै पनि देशको संविधानको ६० प्रतिशत भन्दा बढी व्यवस्था सो देशको संवैधानिक इतिहास र मौलिक मूल्य मान्यताबाट विकास हुने टिप्पणी गर्नु भएको छ। उहाँका अनुसार संविधान विश्वासको दस्तावेज (document of trust or faith) हो। त्यसैले संविधानलाई उल्लंघन गर्ने चेष्टा गरिनु हुदैन।

३ संविधानविद् डा. भीमार्जुन आचार्यले पञ्चायतकालका पनि प्रधान न्यायाधीश भएका श्री रत्न बहादुर विष्ट र श्री नैन वहादुर खत्रीमा रिटको अवधारणागत पक्ष निक्कै नै प्रखर रूपमा रहेको टिप्पणी गर्नु भएको छ।

अनुशासित तुल्याउन, नागरिक स्वतन्त्रताको संरक्षण गर्न र मुलुकमा कानूनको शासन स्थापना गर्न न्यायालयले पुऱ्याएको योगदानले संवैधानिक कानूनको विकासमा समेत मार्गदर्शन गरेको छ। न्यायिक पुनरावलोकनको क्रममा सर्वोच्च अदालतले विभिन्न संवैधानिक सिद्धान्तहरूको व्याख्या र विवेचना गरेको छ। यसै पृष्ठभूमिमा आधारित भई नेपालको सर्वोच्च अदालतले संवैधानिक विकासमा गरेको योगदानको समीक्षा एवम् सर्वोच्च अदालतबाट भएका न्यायिक सिद्धान्त र मूल्य मान्यता विपरीतका आदेशहरू उल्लेखन गर्ने उद्देश्यले सर्वोच्च अदालतले न्यायिक पुनरावलोकनको क्रममा गरेका प्रतिनिधिमूलक आदेशहरूका आधारमा यो परिच्छेदमा विश्लेषण गर्ने प्रयास गरिएको छ।

नेपालको न्यायिक विकासको संक्षिप्त सिंहावलोकन

प्रधान न्यायालयको स्थापना

श्री ३ जुद्ध समसेरले वि.सं. १९९७ असारमा जारी गरेको खड्ग निसाना बमोजिम सोही वर्षको साउन १ गते प्रधान न्यायालय स्थापना भयो। तत्कालीन श्री ३ जुद्ध समसेरका छोरा बहादुर समसेरले सो न्यायालयको प्रमुख (न्यायाधीश जनरल) को जिम्मेवारी पाएपछि नेपालको औपचारिक न्यायिक इतिहास प्रारम्भ भएको हो। यद्यपि सो न्यायालयमा स्वतन्त्र न्यायालयका लागि आवश्यक पूर्वाधार कायम रहेको अवस्था देखिदैन। तर छुट्टै न्यायिक संरचनाको प्रारम्भ भने यो प्रयासबाट सम्भव भयो। यो कालखण्डमा प्रधान न्यायालयले नेपालको संवैधानिक विकासमा कुनै योगदान पुऱ्याउन सकेन। कार्यपालिका र व्यवस्थापिकाभन्दा भिन्नरूपमा न्यायपालिकाको संरचना निर्माण गरिनुलाई यस कालखण्डको उपलब्धिको रूपमा लिन सकिन्छ। यो शक्ति पृथकीकरणको अवधारणालाई सैद्धान्तिक रूपमा स्वीकार गर्ने प्रणालीको प्रारम्भ थियो।

नेपाल सरकार वैधानिक कानून, २००४

यो कानूनलाई नेपालको पहिलो संविधान भनिन्छ। यद्यपि यो विधान बनाउन पाउने अधिकार श्री ३ ले कसरी पाए भनी वैधानिकतामा प्रश्न उठाउन सकिन्छ। संवैधानिक रूपमा श्री ५ कायम रहेको अवस्थामा श्री ५ को स्वीकृति बेगर संविधान बन्नु आफैमा प्रश्नबाचक विषय हो। यथार्थमा यो संविधानको स्रोत वैधानिक थिएन।[४] तथापि नेपालको संवैधानिक इतिहासको प्रारम्भ मानिएको नेपाल सरकार वैधानिक कानून, २००४ को भाग ५ मा न्याय प्रबन्ध सम्बन्धी व्यवस्था गरिएको थियो। सो ऐनको दफा ५३ मा प्रधान न्यायालय रहने व्यवस्था थियो। यद्यपि न्यायालयको स्थापनाको एक दशकसम्म कार्यपालिकाको प्रभावमुक्त रूपमा न्यायपालिका रहन सकिरहेको थिएन। प्रधानमन्त्रीबाट नियन्त्रित र निर्देशित नै रहेको थियो।[५] यो विधानको अधीनमा रही मौलिक हक सम्बन्धी ऐन, २००५ र वैयक्तिक स्वतन्त्रता ऐन, २००६ जारी भएका थिए। यो विधानको कार्यकालमा पनि प्रधान न्यायालयले कुनै उल्लेख्य योगदान गर्न सकेको देखिदैन।

---

[४] भरतराज उप्रेती समेत (सं.), नेपालको संवैधानिक कानून, कानून अनुसन्धान तथा विकास फोरम, २०५४ पृष्ठ ४३

[५] विशाल खनाल, नेपालको न्याय प्रशासन ऐतिहासिक सिंहावलोकन, भृकुटी एकेडेमिक पब्लिकेसन्स, काठमाडौं, २०७३ पृष्ठ २३५

नेपाल अन्तरिम शासन विधान, २००७

नेपालको अन्तरिम शासन विधान, २००७ मा नेपालमा एक प्रधान न्यायालय हुनेछ र सो न्यायालयको गठन, अधिकार र कार्य कानूनमा व्यवस्था भए बमोजिम हुनेछ भन्ने व्यवस्था थियो । सो अनुसार प्रधान न्यायालय ऐन, २००८ जारी गरियो । २००९ साल वैशाख २६ गते प्रधान न्यायालयको स्थापना भयो । हालसम्म पनि वैशाख २६ गतेलाई कानून दिवस (Law Day) भनेर मनाइन्छ । यद्यपि अदालत स्थापना भएको अवसर हुँदा यो सर्वोच्च न्यायालय दिवस (Supreme Court Day) हुनु पर्ने जस्तो लाग्छ ।[६] प्रधान न्यायालय ऐन, २००८ राजपत्रमा २००९ साल पौष ३ गते प्रकाशित भई कार्यान्वयनमा आयो । सो ऐनको दफा ४ ले प्रधान न्यायालयका आदेश र फैसलाहरू अकाट्य प्रमाणको रूपमा भने मान्य हुने व्यवस्था गरेको थियो । त्यसै गरी सो ऐनको दफा ३० ले प्रधान न्यायालयलाई रिट क्षेत्राधिकार प्रदान गरेको थियो ।[७] सो ऐनको दफा ३१ ले प्रधान न्यायालयले मुद्दा मामिलामा ठहराएको कानून सबै अदालतहरूले मान्न कर लाग्ने व्यवस्था गरी नेपालमा नजीरको सिद्धान्तलाई स्वीकार गरेको थियो । त्यसपछिका संविधानहरूले सो व्यवस्थालाई निरन्तरता दिए । अद्यपि सो व्यवस्था कायमै रहेको छ ।[८] तर २०१० साल माघ ७ गते सो विधानमा संशोधन गरी न्यायालयको अधिकारलाई निस्तेज पारियो । २०११ साल फागुन २१ गते अर्को घोषणाबाट प्रधान न्यायालयको अधिकारक्षेत्र पूर्ववत कायम गरियो ।[९]

प्रधान न्यायाधीश हरिप्रसाद प्रधानले स्वतन्त्र न्यायपालिकाको अवधारणा अनुसार नागरिक हक अधिकारको स्वतन्त्रताको संरक्षण गर्ने दिशामा महत्वपूर्ण आदेशहरू जारी गरे । प्रधानमन्त्रीलाई मात्र सरकार र प्रधानमन्त्रीको मौखिक निर्णय र आदेशलाई मात्र सरकारको निर्णय भन्न नमिल्ने भनी विश्वेश्वर प्रसाद कोइरालाको रिटमा जारी गरेको आदेशलाई यो कालमा भएको उल्लेख्य आदेश मान्न सकिन्छ ।[१०]

मृगेन्द्र समसेर जवरा वि. आइजीपी भएको अर्को मुद्दामा यो ऐन सवाल सनदले यो यो अपराधमा कारबाही चलाई यो ऐनले थुनामा राखेको भन्ने केही नलेखिएको । राजकाजको ४३ दफामा उल्लेख गरिएका अपराधसँग पुलिसले लगाएको अभियोग मिल्न नआएकाले उत्तिकैबाट र स्पष्ट रूपबाट पनि राजकाज मुद्दा भन्न नमिल्ने हुँदा थुनामा रहनु भएको ले.ज. मृगेन्द्र सम्शेरलाई थुनाबाट छाडि दिन भनी

---

[६] यो ऐनबाट मुलुकमा कानूनको शासन प्रारम्भ भएकोले कानून दिवस मनाउने गरिएको तर्क पनि सुनिन्छ ।

[७] बेदकृष्ण श्रेष्ठको रिटमा प्रधान न्यायालयले २०१० वैशाख २६ मा जारी गरेको आदेशलाई यो सन्दर्भमा उल्लेख्य कार्यको रूपमा लिन सकिन्छ । नेकाप २०१६ पृष्ठ २३४ । यो रिटमा प्रधान न्यायालयले कानूनको शासनको सिद्धान्त संविधानको अतिआवश्यक भागको रूपमा रहेको र त्यस्तो सिद्धान्त न्यायिक पुनरावलोकनको माध्यमबाट मात्र प्रचलनमा ल्याउन सकिने दृष्टिकोण प्रकट भएको थियो । थप जानकारीका लागि Dr. Bhimarjun Acharya, Comparative System of Judicial Review, A.K. Books and Educational Enterprises Pvt. Ltd, 2012 page 136 हेर्न सकिन्छ ।

[८] नेपालको वर्तमान संविधानको धारा १२८ को उपधारा (४) मा मुद्दा मामिलाका रोहमा सर्वोच्च अदालतले गरेको संविधान र कानूनको व्याख्या वा प्रतिपादन गरेको कानूनी सिद्धान्त सबैले पालना गर्नु पर्ने व्यवस्था छ ।

[९] काशीराज दाहाल, संवैधानिक लोकतन्त्र संविधान लेखन, अभ्यास र अनुभव, पृष्ठ १५४

[१०] नेकाप २०१६ अंक ४ नि.नं. २३

गरिएको आदेश[११] यो कालको अर्को महत्पूर्ण आदेश हो। यसले बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिटको अवधारणालाई संस्थागत गर्न योगदान गरेको मान्न सकिन्छ।

२०१३ साल जेठ ८ गते प्रधान न्यायालयलाई प्रतिस्थापन गर्दै सर्वोच्च अदालतको स्थापना गरियो। प्रधान न्यायाधीश हरिप्रसाद प्रधानलाई हटाउनका लागि नै प्रधान न्यायालयलाई सर्वोच्च अदालतको रूपमा परिवर्तन गरिएको भन्ने गरिन्छ। २०१५ साल फागुन ७ गतेदेखि नेपाल कानून पत्रिका प्रकाशन प्रारम्भ गरियो। नेपालका पहिलो प्रधान न्यायाधीश हरिप्रसाद प्रधानको कार्यकाललाई नेपालको न्यायिक इतिहासमा न्यायिक पुनरावलोकनको जग स्थापना गर्ने युगको रूपमा लिन सकिन्छ।[१२] यो कालखण्डबाट शुरु भएको न्यायिक स्वतन्त्रता र न्यायिक पुनरावलोकनको इतिहास अहिले संवैधानिक रूपमा संस्थागत अवस्थामा आइपुगेको छ।

नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०१५

संवैधानिक राजतन्त्र र संसदीय शासन प्रणाली अवलम्वन गरी जारी भएको नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०१५ ले सर्वोच्च अदालतलाई संवैधानिक रूपमा स्थापना गऱ्यो। भाग ६ मा गरिएको न्यायपालिका सम्बन्धी व्यवस्थामा उल्लेख गरिएका सीमित व्यवस्थाले स्वतन्त्र न्यायपालिकाको अवधारणालाई पूर्णरूपमा अंगिकार गर्न सकेको देखिदैन। यद्यपि नेपालको संवैधानिक विकासमा संविधानवादको अवधारणालाई धेरथोर रूपमा यो संविधानले अंगिकार गरेको थियो। सो संविधानको कार्यान्वयनको क्रममा सर्वोच्च अदालतले यसअघि स्थापना गरेको संवैधानिक मूल्य र मान्यतालाई जगेर्ना गर्न प्रयास गरेको देखिन्छ। निर्वाचनका विषयमा डा. केआइ सिंहले निर्वाचन आयोगका विरुद्धमा दायर गर्नु भएको मुद्दामा नेपाल बाहिरका कानून व्यावसायीहरूले पनि सर्वोच्च अदालतमा बहस पैरवी गरेको इतिहास पाइन्छ।[१३]

नेपालको संविधान, २०१९

नेपालको संविधान, २०१९ ले भाग ११ मा सर्वोच्च अदालत सम्बन्धी व्यवस्था गऱ्यो। सो संविधानले नेपालमा एक सर्वोच्च अदालत हुने, अन्य ६ जनासम्म न्यायाधीश रहने व्यवस्था गरेको थियो। सर्वोच्च अदालतका न्यायाधीशका लागि योग्यता समेत तोकेको यस संविधानले सर्वोच्च अदालतको साधारण र असाधारण अधिकारक्षेत्र समेत निर्धारण गरेको थियो। संविधानले न्यायिक समितिको परिकल्पना गरेको थियो। यो संविधान अनुसार न्याय प्रशासन ऐन बनी सर्वोच्च अदालत, क्षेत्रीय अदालत, अञ्चल अदालत र जिल्ला अदालतहरू गरी चार तहको न्यायिक संरचनाले कायम गरियो। यो संविधानले

---

[११] नेकाप २०१६ अंक ५ नि.नं. ३०

[१२] भारतीय नागरिक हरिप्रसाद प्रधानलाई नेपालको पहिलो प्रधान न्यायाधीशको जिम्मेवारी दिई ल्याइएको थियो। उनलाई सर्वोच्च अदालतको स्थापना पछि प्रधान न्यायाधीशबाट हटाइयो र पुनः २०१६ सालमा उनलाई प्रधान न्यायाधीशमा नियुक्त गरियो। यद्यपि उनको दोस्रो कार्यकाल भने पहिलो कार्यकाल जस्तो प्रभावशाली हुन नसकेको मानिन्छ।

[१३] ज्ञाइन्द्र बहादुर श्रेष्ठ, सर्वोच्च अदालतको विगत ५० वर्ष, सर्वोच्च अदालत स्वर्ण महोत्सव स्मारिका, २०६३, सर्वोच्च अदालत, पृष्ठ ४९

विशेष अदालत स्थापना गर्न सकिने व्यवस्था समेत गरेको थियो । श्री ५ महेन्द्रबाट २०१९ साल माघ १९ गते सर्वोच्च अदालतको भवन उद्घाटन गरियो । यो संविधानको कार्यावधिमा भएका उल्लेख्य घटनाक्रममा सर्वज्ञरत्न तुलाधर विरुद्ध राष्ट्रिय पञ्चायत भएको मुद्दालाई लिन सकिन्छ ।[१४]

न्यायिक स्वतन्त्रता कायम राख्न र संवैधानिक सर्वोच्चताको जगेर्ना गरी नागरिक स्वतन्त्रताको संरक्षणका लागि यो आदेशलाई नेपालको न्यायिक इतिहासमा एउटा उल्लेख्य घटनाको रूपमा लिन सकिन्छ । खास गरी शक्ति पृथकीकरणको सिद्धान्त अनुसार राज्यका अंगहरू क्रियाशील हुनुपर्दछ भन्ने दृष्टिकोणलाई यो आदेशले अंगिकार गरेको थियो । न्यायपालिका उपर कुनै पनि प्रकारको राजनीतिक हस्तक्षेप हुन नसक्ने भनी गरिएको यो व्याख्याले नेपालको संवैधानिक कानूनको विकासमा निक्कै नै मार्गदर्शक भूमिका निर्वाह गरेको छ ।

नेपालको संवैधानिक इतिहासमा सबैभन्दा लामो समय क्रियाशील रहेको यो संविधानको कार्यान्वयनको क्रममा न्यायिक स्वतन्त्रताको अभावका न्यायालय दोबाटोमा उभिएको एउटा निर्दोष रमितेको जस्तो रूपमा रहेको देखिन्छ । अपवादको अवस्थामा बाहेक यो संविधानको कार्य अवधिमा न्यायालयले उल्लेख्य योगदान गर्न नसकेको टिप्पणी गरिन्छ । यद्यपि यज्ञमूर्ति बञ्जाडेको रिटमा सर्वोच्च अदालतले गरेको आदेश[१५] यो कालखण्डको निक्कै नै दरिलो आदेश थियो जसले नेपालको संवैधानिक इतिहासमा वैयक्तिक स्वतन्त्रताको संरक्षण र न्याय सम्बन्धी हकको प्रबर्द्धनका लागि आधार तयार पार्न सहयोग पुऱ्याएको थियो । ऋषिकेश शाहको रिटमा जारी भएको आदेश सो कालखण्डको अर्को महत्वपूर्ण आदेश हो ।[१६]

नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७

नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ ले प्रस्तावनामा नै स्वतन्त्र न्यायपालिका स्थापनाको संकल्प गरेको थियो र संविधानको आधारभूत संरचनाको रूपमा राखेको थियो । सर्वोच्च अदालत, पुनरावेदन अदालत र जिल्ला अदालत गरी तीन तहको न्यायिक संरचना थियो । सर्वोच्च अदालतलाई असाधारण

---

[१४] नेकाप २०३५ अंक १ नि.नं. ११९७ । सो मुद्दामा सर्वोच्च अदालतले भनेको थियो :

१. अदालतको आदेशको उपेक्षा गर्नु उचित नहुने । २. बेञ्चले एकपटक आदेश जारी गरिसकेपछि त्यो आदेश तामेल नगरी त्यसै राख्न नमिल्ने । ३. सर्वोच्च अदालतको अवहेलनामा सजाय गर्ने अधिकार बन्देजयुक्त छ भन्ने सम्झन नमिल्ने । ४. वाक स्वतन्त्रतासम्बन्धी विशेषाधिकारमा पूर्ण शब्द जोडिएको कारणले मात्र यो विशेषाधिकार असिमित र अगम्य छ भन्न नमिल्ने । ५. असंवैधानिक दावीलाई अदालतले स्वीकार गर्न नसक्ने । ६. राष्ट्रिय पञ्चायत प्रति कुनै उत्तरदायित्व बहन गर्नु नपर्ने सर्वोच्च अदालतका न्यायाधीशको सम्बन्धमा त्यहाँ कुनै छलफल गर्न नसकिने । ७. राष्ट्रिय पञ्चायत आफैले संविधानमा व्याख्या गरी त्यसको रूप वा प्रकृति निश्चित गर्न नसक्ने । ८. राष्ट्रिय पञ्चायतमा कसैले धारा ४५(३) को प्रतिकूल अदालतको अवहेलना हुने कुरा बोलेकोले निजले धारा ५१(१) अन्तर्गत अदालती कारवाई विरुद्धको उमुक्ति प्राप्त गर्न नसक्ने । ९. सर्वोच्च अदालतमा दायर रही विचाराधिन रहेको मुद्दालाई लिएर संविधानको धारा ४५ को उपधारा (४) को प्रतिकूल राष्ट्रिय पञ्चायतमा कुनै प्रश्न उठाउन नमिल्ने । १०. अदालतले प्रतिशोधको भावना लिएर वा आवेशमा आएर कुनै कारवाई वा निर्णय गर्दैन । ११. विषय परिस्थितिलाई चर्काउने वा नचाहिंदो होहल्ला वा विवादलाई बढाउने कार्य अदालतले गर्दैन । १२. अन्य मुलुकहरूमा कसले कसको प्रभुता स्वीकार गर्‍यो भन्ने हेरी देखा सिखी गर्ने गुन्जाईस संविधानले नदिने ।

[१५] नेकाप २०२७ अंक १ नि.नं. ५४७

[१६] नेकाप २०२६ अंक १ नि.नं. ५१४

अधिकारक्षेत्र र परामर्शदायी अधिकारक्षेत्र समेत समावेश गरिएको थियो। न्यायाधीशको नियुक्ति र सेवाका शर्तहरू संविधानमा समावेश गरिएका थिए। जिल्ला र पुनरावेदन अदालतका न्यायाधीशहरू न्याय सेवाका निजामती कर्मचारी रहने व्यवस्थालाई परिवर्तन गरी संवैधानिक हैसियत प्रदान गरिएको थियो। न्यायाधीशहरूको नियुक्ति, सरुवा र कारवाहीका लागि न्यायाधीशहरूको बाहुल्यता रहने गरी न्याय परिषदको व्यवस्था गरिएको थियो।[१७] यो संविधानको कार्य अवधिमा सर्वोच्च अदालतले नागरिकका मौलिक हक अधिकारको प्रचलन गराउन र सार्वजनिक हित र सरोकारको संरक्षण गर्नका लागि महत्वपूर्ण आदेशहरू जारी गरेको थियो।

न्यायिक स्वतन्त्रतालाई सँस्थागत गर्ने कालखण्डको रूपमा यो संविधानको कार्यकाललाई लिन सकिन्छ। यो संविधानको कार्यकालमा न्यायिक सक्रियताका धेरै प्रयास भए। नेपालको संवैधानिक कानूनको सम्वृद्धिमा यो कालखण्डमा न्यायालयबाट भएका आदेशहरूले मुलुकको राजनीतिक, सामाजिक एवम् साँस्कृतिक रूपान्तरणमा समेत सहयोग पुऱ्यायो।[१८] संसदीय अभ्यासको थालनीमा नै संसद विघटन र अविश्वासको प्रस्तावको अभ्यास गरियो। राजनीतिक घटनाक्रमहरू संवैधानिक अभ्याससँग जोडिएको अवस्था हुँदा न्यायालयका आदेशहरू उपर राजनीतिक टिप्पणी समेत आयो।[१९] यद्यपि समानताको प्रबर्द्धन र कानूनको शासन कायम गर्ने दिशामा यो संविधानको कार्यकालमा उल्लेख्य आदेशहरू भए।

नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३

नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ को भाग १० मा न्यायपालिका सम्वन्धी व्यवस्था गरेको थियो। सर्वोच्च अदालत, पुनरावेदन अदालत र जिल्ला अदालत रहेको विगतको संविधानको न्यायिक व्यवस्थालाई यो संविधानले सारभूत परिवर्तन गरेको थिएन। तर न्याय परिषदको संरचनामा राजनीतिक व्यक्तिहरूको बाहुल्यता कायम हुने व्यवस्था गरिएको थियो।[२०] यस संविधानको दोश्रो संशोधनबाट सर्वोच्च अदालतका न्यायाधीशहरूको समेत संसदीय सुनुवाइ हुने व्यवस्था गरिएको थियो। यो संविधानको कार्यान्वयनको क्रममा स्वतन्त्र न्यायपालिकाका मान्यताहरूमा प्रशस्त प्रश्न उठे। राजनीतिक व्यक्तिहरूको बाहुल्यता भएको न्याय परिषदका काम कारवाहीमा राजनीतिक स्वार्थ र

---

[१७] संविधानको धारा ९३ मा न्यायाधीशहरूको नियुक्ति, सरुवा, अनुशासन सम्वन्धी कारवाई, बर्खासी र न्याय प्रशासन सम्वन्धी अन्य कुराहरू सिफारिस गर्न वा परामर्श दिन प्रधान न्यायाधीशको अध्यक्षतामा न्याय मन्बी, बरिष्ठताक्रमानुसार सर्वोच्च अदालतका दुई जना बरिष्ठ न्यायाधीशहरू र श्री ५ बाट तोकिएका एक जना विशिष्ट कानूनविद् सदस्य रहने व्यवस्था गरिएको थियो।

[१८] विस्तृत जानकारीका लागि हेर्न सकिन्छ : सर्वोच्च अदालतबाट जारी भएका निर्देशनात्मक आदेशहरूको कार्यान्वयनको अवस्थासम्वन्धी अनुसन्धानमूलक अध्ययन प्रतिवेदन, २०७०, राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठान।

[१९] संसदीय शासन व्यवस्थाको अभ्यासका आधारमा वर्तमान संविधानले अविश्वासको प्रस्तावमा सीमा लगाउने र संसद विघटनमा अंकुश लगाउने गरी वर्तमान संविधान बनेको हो।

[२०] संविधानको धारा ११३ मा प्रधान न्यायाधीशको अध्यक्षतामा न्याय मन्त्री, सर्वोच्च अदालतको बरिष्ठतम् न्यायाधीश एकजना, राष्ट्रपतिले प्रधानमन्त्रीको सिफारिसमा मनोनीत गरेका एकजना कानूनविद् र नेपाल बार एशोसिएशनको सिफारिसमा प्रधान न्यायाधीशद्वारा नियुक्त बरिष्ठ अधिवक्ता वा कम्तीमा बीस वर्षको अनुभव प्राप्त अधिवक्ता सदस्य रहने गरी न्याय परिषदको गठन हुने व्यवस्था गरियो। नेपालको वर्तमान संविधानले समेत न्याय परिषदको सोही संरचनालाई निरन्तरता दिएको छ।

प्रभावका विषयहरू प्रत्यक्ष अप्रत्यक्ष रूपमा देखा परे। न्याय परिषद्का सदस्य आफैले सर्वोच्च अदालतको न्यायाधीशमा नियुक्तिका लागि प्रयत्न गरेको पनि समाचार बाहिरियो। अर्थमन्त्रीको बजेट भाषण मार्फत सर्वोच्च अदालतको इजलास विराटनगर र नेपालगञ्जमा समेत स्थापना गर्ने नीति लिइएको थियो। सो प्रयोजनका लागि सर्वोच्च अदालतका तत्कालीन न्यायाधीश खिलराज रेग्मीको संयोजकत्वमा उच्चस्तरीय कार्यदल समेत गठन भएको थियो। सरकारको सो प्रयासको विरुद्धमा सर्वोच्च अदालतमा रिट पऱ्यो र सर्वोच्च अदालतले सो विषयमा प्रधानन्यायाधीशले मात्र निर्णय गर्न सक्ने गरी आदेश गऱ्यो।[२१]

स्वयम्मा अस्थायी प्रकृतिको संविधान हुँदाहुँदै पनि यो संविधानको कार्यावधिमा मुलुकको राजनीतिक, आर्थिक, सामाजिक परिवर्तनलाई मार्गदर्शन गर्न प्रशस्त आदेशहरू जारी भएकाछन्। यथार्थमा यो संविधान स्वयम्मा संक्रमणकालीन संविधान (Transitional constitution) को रूपमा रहेको थियो। संविधानसभाबाट नयाँ संविधान बनाउने ध्येयका साथ अल्पकालीन संविधानको रूपमा यो संविधान जारी भएको थियो। राजनीतिक सहमति बन्न नसक्दा संविधानले परिकल्पना गरे बमोजिम गठन भएको पहिलो संविधानसभाले संविधान बनाउन सकेन। पुनः दोस्रो पटक संविधानसभाको निर्वाचन भई वर्तमान संविधान जारी भएको हो।

नेपालको संविधान

नेपालको वर्तमान संविधानको भाग ११ मा न्यायपालिका सम्बन्धी व्यवस्था गरिएको छ। संविधानको प्रस्तावनामा नै स्वतन्त्र, सक्षम र निष्पक्ष न्यायपालिकाको परिकल्पना गरिएको छ। सर्वोच्च अदालत, उच्च अदालत र जिल्ला अदालत गरी तीन तहको अदालतको व्यवस्था गरिएको छ। अन्य न्यायिक निकाय रहन सक्ने स्थान राखिएको छ। न्यायालयलाई न्यायिक पुनरावलोकनको अधिकार प्रदान गरिएको छ।[२२] नेपालको न्यायिक इतिहासमा न्यायिक प्रबन्धमा सबैभन्दा धेरै रूपान्तरण गर्ने

---

[२१] उक्त रिट निवदेन अधिवक्ता माधव कुमार बस्नेतले दायर गरेका थिए। नेकाप २०६७ अंक ४ नि.नं. ८३३७

[२२] **धारा १३३. सर्वोच्च अदालतको अधिकार क्षेत्र** : (१) यस संविधानद्वारा प्रदत्त मौलिक हक उपर अनुचित बन्देज लगाइएको वा अन्य कुनै कारणले कुनै कानून यो संविधानसँग बाझिएको हुँदा त्यस्तो कानून वा त्यसको कुनै भाग वा प्रदेश सभाले बनाएको कुनै कानून संघीय संसदले बनाएको कुनै कानूनसँग बाझिएको वा नगर सभा वा गाउँ सभाले बनाएको कुनै कानून संघीय संसद वा प्रदेश सभाले बनाएको कुनै कानूनसँग बाझिएको हुँदा त्यस्तो कानून वा त्यसको कुनै भाग बदर घोषित गरी पाऊँ भनी कुनै पनि नेपाली नागरिकले सर्वोच्च अदालतमा निवेदन दिन सक्नेछ र सो अनुसार कुनै कानून बाझिएको देखिएमा सो कानूनलाई प्रारम्भदेखि नै वा निर्णय भएको मितिदेखि अमान्य र बदर घोषित गर्ने असाधारण अधिकार सर्वोच्च अदालतलाई हुनेछ।

(२) यस संविधानद्वारा प्रदत्त मौलिक हकको प्रचलनका लागि वा अर्को उपचारको व्यवस्था नभएको वा अर्को उपचारको व्यवस्था भए पनि त्यस्तो उपचार अपर्याप्त वा प्रभावहीन देखिएको अन्य कुनै कानूनी हकको प्रचलनका लागि वा सार्वजनिक हक वा सरोकारको कुनै विवादमा समावेश भएको कुनै संवैधानिक वा कानूनी प्रश्नको निरूपणका लागि आवश्यक र उपयुक्त आदेश जारी गर्ने, उचित उपचार प्रदान गर्ने, त्यस्तो हकको प्रचलन गराउने वा विवाद टुंगो लगाउने असाधारण अधिकार सर्वोच्च अदालतलाई हुनेछ।

(३) उपधारा (२) बमोजिमको असाधारण अधिकार क्षेत्र अन्तर्गत सर्वोच्च अदालतले बन्दी प्रत्यक्षीकरण, परमादेश, उत्प्रेषण, प्रतिषेध, अधिकारपृच्छा लगायत अन्य उपयुक्त आदेश जारी गर्न सक्नेछ।

संविधानको रूपमा वर्तमान संविधानलाई लिन सकिन्छ। सर्वोच्च अदालतमा अस्थायी न्यायाधीश राख्ने व्यवस्थाको अन्त्य र न्यायाधीशको संख्यात्मक बृद्धि, सर्वोच्च अदालतमा संवैधानिक इजलाशको व्यवस्था, न्याय परिषदका सदस्यहरूको संसदीय सुनुवाइ हुने प्रबन्ध, प्रत्येक प्रदेशको राजधानी रहेको स्थानमा उच्च अदालतको स्थापना र उच्च अदालतलाई संविधानबाट सबै प्रकारका रिट हेर्ने क्षेत्राधिकार प्रदान,[२३] जिल्ला अदालतलाई अर्धन्यायिक निकायहरू र स्थानीय अदालतको पुनरावेदन सुन्ने अधिकार एवम् ती निकायहरूको सुपरिवेक्षण गर्ने अधिकार र बन्दी प्रत्यक्षीकरण तथा निषेधाज्ञाको अधिकार, प्रदेश कानून बमोजिम स्थानीय अदालतको प्रबन्ध जस्ता विषयलाई यसको उदाहरणको रूपमा लिन सकिन्छ।

उल्लिखित न्यायिक संरचनाका अतिरिक्त कानून बमोजिम अन्य न्यायाधिकरण र अदालतहरू समेत स्थापना भएका छन्। हाल विशेष अदालत, राजस्व न्यायाधिकरण, ऋण असुली न्यायाधिकरण तथा ऋण असुली पुनरावेदन न्यायाधिकरण, श्रम अदालत, प्रशासकीय अदालत, वैदेशिक रोजगार न्यायाधिकरण जस्ता न्यायिक कार्य सम्पादन गर्ने निकायहरू स्थापित छन्। विभिन्न अर्द्धन्यायिक निकायहरूले समेत न्याय सम्पादनको कार्य गरिरहेका छन्। संविधानको धारा १५२ मा एक वर्षभन्दा बढी कैद सजाय हुने फौजदारी कसूर सम्बन्धी मुद्दा अदालत, विशिष्टीकृत अदालत वा सैनिक अदालत वा न्यायिक निकाय बाहेक अन्य निकायको अधिकारक्षेत्रमा पर्ने छैन भन्ने व्यवस्था गरिएको छ। संविधानले अवलम्वन गरेको लोकतान्त्रिक मूल्य अनुरूप शासन व्यवस्थालाई सीमित तुल्याउन न्यायालयले विगतको भन्दा भिन्न, रचनात्मक र रूपान्तरणकारी भूमिका निर्वाह गर्नु पर्ने देखिन्छ। संघीय शासन व्यवस्था कार्यान्वयनलाई सही रूपमा दिशाबोध गर्न न्यायालयले संवेदनशीलरूपमा अगाडि बढ्नु पर्ने आवश्यकता रहेको छ।

संवैधानिक कानूनको विकासमा सर्वोच्च अदालत

नेपालको संवैधानिक विकासमा सर्वोच्च अदालतले पुऱ्याएको योगदानको समीक्षा गर्ने क्रममा प्रस्तुत परिच्छमा विभिन्न विषयमा सर्वोच्च अदालतले गरेका प्रतिनिधि आदेशहरूलाई सन्दर्भको रूपमा उल्लेख गरिएको छ। खास गरी वैयक्तिक स्वतन्त्रताको संरक्षण, मौलिक हकको कार्यान्वयन, राजनीतिक विषय, समानताको प्रबर्द्धन, अपराध पीडितको संरक्षण, बालबालिकाको सर्वोत्तम हित, संक्रमणकालीन न्याय, कानूनको शासनको प्रबर्द्धन, संविधान संशोधन, संवैधानिक सर्वोच्चताको संरक्षण, नागरिकता, सार्वजनिक

तर अधिकार क्षेत्रको अभाव भएकोमा बाहेक संघीय संसद वा प्रदेश सभाको आन्तरिक काम कारबाही र संघीय संसद वा प्रदेश सभाले चलाएको विशेषाधिकारको कारबाही र तत्सम्बन्धमा तोकेको सजायमा यस उपधारा अन्तर्गत सर्वोच्च अदालतले हस्तक्षेप गर्ने छैन।

[२३] १४४. **उच्च अदालतको अधिकार क्षेत्र** : (१) यस संविधानद्वारा प्रदत्त मौलिक हकको प्रचलनका लागि वा अर्को उपचारको व्यवस्था नभएको वा अर्को उपचारको व्यवस्था भए पनि सो उपचार अपर्याप्त वा प्रभावहीन देखिएको अन्य कुनै कानूनी हकको प्रचलनका लागि वा सार्वजनिक हक वा सरोकारको कुनै विवादमा समावेश भएको कुनै कानूनी प्रश्नको निरूपणका लागि आवश्यक र उपयुक्त आदेश जारी गर्ने अधिकार उच्च अदालतलाई हुनेछ।

(२) उपधारा (१) को प्रयोजनका लागि उच्च अदालतले बन्दीप्रत्यक्षीकरण, परमादेश, उत्प्रेषण, प्रतिषेध, अधिकारपृच्छा लगायत जुनसुकै उपयुक्त आदेश जारी गर्न सक्नेछ।

तर अधिकार क्षेत्रको अभाव भएकोमा बाहेक संघीय संसद वा प्रदेश सभाको आन्तरिक काम कारबाही र संघीय संसद वा प्रदेश सभाले चलाएको विशेषाधिकारको कारबाही र तत्सम्बन्धमा तोकेको सजायमा यस उपधारा बमोजिम उच्च अदालतले हस्तक्षेप गर्ने छैन।

सरोकारका विषयहरू समेतका विभिन्न विषयमा प्रतिनिधिमूलक आदेशहरूलाई सन्दर्भको रूपमा उल्लेख गरी सर्वोच्च अदालतको योगदानको मूल्यांकन गर्ने प्रयास गरिएको छ ।

वैयक्तिक स्वतन्त्रताको संरक्षण

लोकतान्त्रिक शासन व्यवस्थामा वैयक्तिक स्वतन्त्रताको सर्वाधिक महत्व रहेको मानिन्छ । वैयक्तिक स्वतन्त्रताको संरक्षण गर्ने अभिभावकीय दायित्व न्यायपालिकामा रहेको हुन्छ । नेपालको संवैधानिक विकासक्रम हेर्दा यो दिशामा सर्वोच्च अदालतले महत्वपूर्ण आदेश जारी गरेको देखिन्छ । विपी कोइरालालाई स्थानहदको आदेश जारी गरेको विरुद्धमा भएको आदेश यो सन्दर्भमा निक्कै नै महत्वपूर्ण रहेको छ ।[२४] उक्त आदेशमा भनिएको थियो : *प्रधानमन्त्रीलाई मात्र सरकार भन्न र प्रधानमन्त्रीको मौखिक निर्णय र आदेशलाई सरकारको निर्णय र आदेश भन्न नमिल्ने ।* पछिल्लो समयमा पनि अदालतले यो व्याख्याको मर्मलाई आत्मसात गरेको छ । त्यसैगरी यज्ञमूर्ति बञ्जाडेको थुनालाई गैरकानूनी र अधिकारक्षेत्रको अभावमा गरिएको सजायबाट मुक्त गर्ने गरी अदालतले गरेको टिप्पणी तत्कालीन शासन व्यवस्थाको सन्दर्भमा कठोर मान्न सकिन्छ ।[२५] खास गरी निशुल्क कानूनी सहायताको विषयलाई अदालतले गरेको प्रयास र व्याख्याका आधारमा संविधानमा मौलिक हकको रूपमा रूपान्तरण भएको अवस्था छ ।[२६] बेरीतसँग नजरबन्द राखिएको भन्ने विषयमा राष्ट्रिय पञ्चायतका सदस्य ऋषिकेश शाहको रिट निवदेनमा अदालतले जारी गरेको आदेशले पनि वैयक्तिक स्वतन्त्रताको संरक्षण गर्ने तर्फ न्यायिक दृष्टिकोण प्रकट गरेको छ ।[२७] सशस्त्र द्वन्द्वको समयमा विद्रोही पक्षका नेता कार्यकर्तालाई थुनामा राखे उपर अदालतले गरेको हस्तक्षेपकारी आदेश स्मरणीय रहेको छ । खास गरी बेनोज अधिकारीको रिट,[२८] कृष्णध्वज खड्काको रिट,[२९] खिमलाल देवकोटाको रिट,[३०] विष्णुपुकार श्रेष्ठको रिट,[३१] ठाकुर गैरेको रिटमा[३२] सर्वोच्च अदालतले जारी गरेका आदेशहरू वैयक्तिक स्वतन्त्रताको संरक्षणको दिशामा उलेख्य कदम हुन् । राजा ज्ञानेन्द्रले शासन सत्ता आफ्नो नियन्त्रणमा लिएको समयमा भ्रष्टाचार नियन्त्रण शाही आयोगको निर्णय बदर गरी पूर्व प्रधानमन्त्री शेर बहादुर देउवालाई थुना मुक्त गर्ने आदेश कानूनको शासन कायम गर्ने दिशामा अदालतले निर्वाह गरेको भूमिका सकारात्मक रहेको देखिन्छ ।[३३]

---

[२४] विश्वेश्वरप्रसाद कोइराला वि. नेपाल सरकार, डे.से. गृह मन्त्रालय नेकाप २०१६ अंक ४ निर्णय नं. २३

[२५] यज्ञमूर्ति बन्जाडे वि. बागमती विशेष अदालत, काठमाडौं समेत, नेकाप २०२७ अंक १ निर्णय नं. ५४७

[२६] सर्वोच्च अदालतले पूर्ण वैठकको निर्णयानुसार सबै अदालतमा बैतनिक वकीलको व्यवस्था गरेको थियो । आज पर्यन्त यो व्यवस्थाले निरन्तरता पाएको छ ।

[२७] नेकाप २०२६ अंक १ नि.नं. ५१४

[२८] नेकाप २०५५ अंक १ नि.नं. ६४८६

[२९] नेकाप २०५५ अंक ४ नि.नं. ६५३०

[३०] नेकाप २०५९ अंक ७ नि.नं. ७११५

[३१] नेकाप २०५५ अंक १ नि.नं. ६४८९

[३२] नेकाप २०६३ अंक ३ नि.नं. ७६७२

[३३] राजीव पराजुली वि. भ्रष्टाचार नियन्त्रण शाही आयोग, नेकाप २०६२ अंक ११ नि.नं. ७६१८

बाबुराम अर्यालको[३४] अनुसन्धानमा कल डिटेल लिने विषयलाई नियमित गर्ने र न्यायिक अनुमति लिने व्यवस्था गर्ने गरी जारी भएको आदेशलाई वैयक्तिक स्वतन्त्रताको संरक्षणका लागि गरिएको अर्को महत्वपूर्ण आदेशको रूपमा लिन सकिन्छ। इमान सिंह गुरुङको रिटमा[३५] सैनिक ऐन, २०१६ को दफा १ को खण्ड (घ) बदर गरी बन्दी प्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी गरेको सर्वोच्च अदालतको आदेश अर्को उल्लेख्य कदम हो। सम्भवतः सर्वोच्च अदालतले कानूनको न्यायिक पुनरावलोकनको क्रममा अमान्य र बदर गरेको यो पहिलो कानून हो।[३६] त्यसैगरी गोपनीयताको हकको संरक्षणका लागि अन्नपूर्णा राणाको रिटमा जारी भएको आदेशले वैयक्तिक स्वतन्त्रता र मर्यादालाई न्यायिक कार्यको पनि न्यायिक पुनरावलोकन गर्न सकिने अभ्यास विकास गरेको देखिन्छ।[३७]

त्यसै गरी देव श्रेष्ठ वि. जिल्ला प्रशासन कार्यालय, ललितपुर, (२०५९ सालको रिट नं. १६८ आदेश मिति २०५९।११।२०), रमन कुमार श्रेष्ठ वि. गृह मन्त्रालय समेत, (२०५९ सालको रिट नं. २२ आदेश मिति : २०५९।६।१८), खिमलाल देवकोटा वि. गृह मन्त्रालय समेत, (२०५९ सालको रिट नं. ९९ आदेश मिति : २०५९।६।८) भएका रिटमा सर्वोच्च अदालतले जारी गरेको आदेश वैयक्तिक स्वतन्त्रतासँग सम्वन्धित छन्। वैयक्तिक स्वतन्त्रताको संरक्षणमा न्यायालयले गरेका उल्लिखित आदेशहरूको पृष्ठभूमिमा वर्तमान संविधानले जिल्ला अदालतलाई समेत बन्दी प्रत्यक्षीकरण र निषेधाज्ञाको निवेदन सुनुवाइ गर्न सक्ने अधिकार दिएको देखिन्छ। न्यायमा सहज पहुँचको दृष्टिले पनि यो निक्कै नै सकारात्मक कदम हो।

मौलिक हकको कार्यान्वयन

मौलिक हकलाई मुलुकको शासन व्यवस्थाको यथार्थ (reality of the nation) को रूपमा पनि लिइन्छ। यी नागरिकका हितमा राज्यको विरुद्ध परिलक्षित (state obligation toward its citizen) हुन्छन् र मौलिक हकको कार्यान्वयन गर्नु राज्यको दायित्व पनि हो। संविधानको संरक्षक (Custodian of the constitution) र नागरिक अधिकारको प्रचलनकर्ताको रूपमा (Protector of the fundamental rights) र कानूनको शासनको प्रबर्द्धन गर्ने (Promoter of rule of law) गराउने जिम्मेवारी लोकतान्त्रिक मुलुकमा न्यायालयमा निहित रहन्छ। सो जिम्मेवारी पालना गर्ने सम्वन्धमा सर्वोच्च अदालतले मौलिक हकको कार्यान्वयनका बारेमा विभिन्न रिटमा आदेश गरेको छ। वर्तमान संविधानले प्रत्याभूत गरेका मौलिक हकहरू सर्वोच्च अदालतबाट गरिएका संवैधानिक व्याख्या र भएका निर्देशनात्मक आदेशबाट क्रमशः विकास भएको मान्न सकिन्छ।

खास गरी नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ जारी भएपछि न्यायालयले गरेका व्याख्याहरूको संवैधानिक विकासका लागि निक्कै योगदान रहेको देखिन्छ। मीरा ढुंगानाको रिटमा जारी भएको निर्देशनात्मक आदेशले मुलुकी ऐनमा एघारौं संशोधन गरी छोरा र छोरीमा समान अंशियार कायम हुने

---

[३४] नेकाप २०७४ अंक १ नि.नं. ९७४०

[३५] नेकाप २०४९ (ग) अंक ८ नि.नं. ४५९७

[३६] नेकाप २०४९ अंक ८ नि.नं. ४५९७

[३७] नेकाप २०५५ अंक ८ नि.नं. ६५८८

व्यवस्था गरियो। वर्तमान संविधानले समानताको हकमा नै यो विषय समावेश गरियो।[३८] नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ ले धारा १६ मा सूचनाको हकको व्यवस्था गरेको भए पनि सो हकको कार्यान्वयनका लागि कानून बन्न नसकेको अवस्थालाई सम्वोधन गर्दै गोपाल शिवाकोटीको रिटमा अदालतले आठबुँदे अन्तरिम प्रबन्ध सहित सूचनाको हक सम्बन्धी कानून बनाउन मार्गदर्शन गरेको थियो।[३९] सोही आदेशको कार्यान्वयनको क्रममा सूचनाको हक सम्बन्धी ऐन, २०६४ जारी भई कार्यान्वयनको क्रममा रहेको छ। नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ मा समावेश भएका मौलिक हकको कार्यान्वयनका लागि सर्वोच्च अदालतले प्राथमिकतापूर्वक कानून बनाउन आदेश जारी गरेको थियो।[४०] जेष्ठ नागरिकको हक अधिकार संरक्षणका बारेमा चन्द्रकान्त ज्ञवालीको रिटमा[४१] भएको आदेशको परिणामस्वरूप जेष्ठ नागरिक ऐन कार्यान्वयनमा आउन सहयोग पुग्यो। वर्तमान संविधानले मौलिक हकको रूपमा जेष्ठ नागरिकको हकलाई समावेश गरेको छ।[४२] बालकृष्ण न्यौपाने वि. प्रधानमन्त्री गिरिजाप्रसाद कोइरालासमेत भएको टनकपुर बाँध सम्बन्धी रिटमा अदालतले "प्रजातान्त्रिक शासन व्यवस्थामा सरकार जनताप्रति उत्तरदायी हुने भएकोले उसको कारवाहीमा पारदर्शिता हुन आवश्यक छ। यो उसको नैतिक कर्तव्य र जिम्मेवारी हो।" भनी टिप्पणी गरेको छ।[४३]

त्यसैगरी मौलिक हक अन्तर्गत दिइएको स्वतन्त्रतामा संविधानको व्यवस्था अनुरूप बाहेक कुनै किसिमबाट आघात पुऱ्याउनु नहुने र आघात पुग्ने गरी कानून निर्माण गर्न नहुने भनी बालकृष्ण न्यौपाने वि. संसद सचिवालय भएको रिटमा सर्वोच्च अदालतले आदेश गरेको छ।[४४] अदालतले मतदान अस्वीकार गर्न सक्ने अधिकार पनि स्थापित गरिदिएको छ।[४५] सो आदेशमा भनिएको छ :

> कायम भएका उम्मेद्वारहरूप्रति असन्तुष्टि भएमा तीनलाई अस्वीकार गर्ने अधिकार जबसम्म जनतामा हुँदैन तबसम्म सरकारमा जनताको प्रतिनिधित्व भएको मान्न सकिँदैन र यस्तो सरकार साँचो अर्थमा वैधानिक सरकार (Legitimate Government) को रूपमा अस्तित्ववान् भएको नमानिने। राजनीतिक दलले उठाएका उम्मेदवारलाई छनौट गर्न पाउने अधिकार (Right to Select) नागरिकमा हुन्छ भने तीनलाई अस्वीकार गर्न पाउने अधिकार (Right to Reject) पनि त्यसमा निहित हुने। मतदान गर्ने नगएको विषयका सम्बन्धमा नागरिकको गोपनीयताको अधिकार (Right to secrecy) को रक्षार्थ

---

[३८] धारा १८(५) मा पैतृक सम्पत्तिमा लैंगिका भेदभाव विना सबै सन्तानको समान हक हुनेछ भन्ने व्यवस्था छ।

[३९] गोपाल शिवाकोटी वि. अर्थ मन्त्रालय समेत, नेकाप २०५१ अंक ४ नि.नं. ४८९५

[४०] अमृता थापा मगरले दायर गरेको रिटमा सो आदेश भएको हो। त्यस्तै खाद्यसम्बन्धी हकका बारेमा समेत सर्वोच्च अदालतले विशेष टिप्पणी गरेको छ। भूपेन्द ब. तामाङ थिङ वि. प्रम तथा मपका समेत, नेकाप २०७४, अंक ९ नि.नं. ९८७६ समेत यो विषय समाविष्ट छ।

[४१] नेकाप २०६३ अंक १ नि.नं. ७६४३

[४२] धारा ४१ मा जेष्ठ नागरिकलाई राज्यबाट विशेष संरक्षण तथा सामाजिक सुरक्षाको हक हुनेछ भन्ने व्यवस्था छ।

[४३] सर्वोच्च अदालत बुलेटिन २०४९ वर्ष १ अंक ११

[४४] नेकाप २०५० अंक ८ नि.नं. ४७६८

[४५] विकास लकाई खड्कासमेत विरुद्ध प्रम तथा मपकासमेत, नेकाप २०७० अंक नि.नं. ९०६९

उम्मेद्वारलाई मन नपराएको कारण मतदान गर्न नजाने अवस्था नै सिर्जना हुन नदिनका लागि पनि मतपत्रमा माथिका कुनै पनि उम्मेद्वारलाई मत दिन्न भन्ने व्यवस्था गर्नु आवश्यक हुने ।

तेस्रो पुस्ताको अधिकारको रूपमा रहेको खाद्य सम्प्रभूताको अधिकारका बारेमा नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ ले पहिलो पटक प्रत्याभूत गरेको थियो । वर्तमान संविधानले समेत सो अधिकारलाई धारा ३६ मा प्रत्याभूत गरेको छ । खाद्यको अधिकारको औचित्य दर्शाउदै अदालतले आदेश समेत गरेको छ ।[४६] **सो आदेशमा भनिएको छ :**

नागरिकको सम्मानपूर्वक बाँच्न पाउने हकको लागि लोक कल्याणकारी राज्यमा परिणत गर्न समर्पित राज्यले आफ्ना नागरिकलाई शान्ति सुरक्षा कायम गरी जनधनको सुरक्षा गरी मर्यादित र सम्मानीत मानवीय जीवनका लागि अपरिहार्य न्यूनतम् आवश्यकता जस्तैः खाद्यान्न, पानी, वास, स्वास्थ्य, स्वतन्त्रता, गोपनीयता, शिक्षा, कपडा वस्तुहरू बजारमा सबैको आर्थिक रूपले पहुँच पुग्ने र सबैले प्राप्त गर्न सक्ने अवस्था सिर्जना भएको हुन्छ । सम्मानपूर्वक वाँच्न पाउने हक उपभोग गर्न कम्तीमा पनि खाद्यान्नमा अधिकार Right to Food जस्तो Basic Necessity मा प्रत्येक नागरिकको पहुँच हुनुपर्ने ।

निलहिरा समाजका अध्यक्ष सुनिलबाबु पन्तको रिट[४७] निवेदनमा सर्वोच्च अदालतले फरक यौन अभिमुखीकरण र लैंगिक पहिचानको संरक्षणका लागि गरेको आदेशले नयाँ संवैधानिक विधिशास्त्र विकासमा योगदान गरेको छ । सोही आदेशका आधारमा तेस्रो लिंगीले पहिचान सहितको नागरिकता प्राप्त गर्न सक्ने अवस्था बनेको छ । नागरिकता सम्बन्धी वर्तमान संविधानको व्यवस्थामा यो विषय स्थापित भएको छ ।[४८] महिला र पुरुष वाहेक अन्य तेश्रो लिङ्गी लगायतका व्यक्तिहरूलाई यौन अभिमुखीकरण (Sexual Orientation) का आधारमा भेदभाव गर्न नमिल्ने भनी व्याख्या गरेको ।[४९] **सो आदेशमा भनिएको छः**

नेपाल सन्धि ऐन, २०४७ को दफा ९ वमोजिम ICCPR/ICESCR समेत नेपाल कानून सरह भएको हुँदा LGBTI हरूले आफ्नोपनको अधिकार (Right to have one's own identity) को आधारमा विना भेदभाव आफ्नै पहिचान सहित नेपाल कानूनले दिएको हकहरू अरू सरह निर्वाध रूपमा उपभोग गर्न पाउनु पर्ने । सरकारले आवश्यक अध्ययन गरी फरक लैङ्गिक पहिचान र यौन अभिमुखीकरण भएका व्यक्तिहरूले समेत अरू सरह नै

---

[४६] प्रकाशमणि शर्मा समेत विरुद्ध प्रम तथा मपका समेत, नेकाप २०६८ अंक १ निर्णय नं. ८५४०

[४७] नेकाप २०७४ अंक ९ नि.नं. ९८७५

[४८] धारा १२ मा भनिएको छ : यो संविधान बमोजिम बंशजको आधारमा नेपाली नागरिकता प्राप्त गर्ने व्यक्तिले निजको आमा वा बाबुको नामबाट लैंगिक पहिचान सहितको नेपालको नागरिकताको प्रमाणपत्र पाउन सक्ने व्यवस्था छ ।

[४९] नेकाप २०६५ अंक ४ निर्णय ७९५८

विना भेदभाव आफ्नो अधिकार उपभोग गर्न पाउने गरी उपयुक्त कानून बनाउनु वा भैरहेको कानून संशोधन गरी आवश्यक प्रबन्ध गर्नु भनी नेपाल सरकारको नाउँमा निर्देशनात्मक आदेश जारी हुने। एउटा सावालक व्यक्तिले अर्को सावालक व्यक्तिसँग राजीखुशी मञ्जूरीले आफ्नो चाहना अनुरूप वैवाहिक सम्वन्ध राख्न पाउनु उसको नैसर्गिक हक र अधिकार हो। समलिङ्गी विवाहलाई सम्बन्धित व्यक्तिहरूको हक अधिकार र सामाजिक पारिवारिक दृष्टि सबै पक्षबाट हेरिनुपर्ने।

समानताको हक निरपेक्ष रूपमा प्रयोग हुन नसक्ने र यसलाई विवेकसम्मत वर्गीकरण गरी कार्यान्वयनमा ल्याउन सकिने व्यवस्था भएको सन्दर्भमा सर्वोच्च अदालतले समानताको अधिकारको प्रयोग गर्दा विवेकसम्मत विभेद गर्न सकिने व्याख्या गरेको छ।[५०] **सो आदेशमा भनिएको छ :**

राज्यद्वारा नागरिकका सम्बन्धमा गरिने व्यवहार, उपलब्ध हुने सुविधा, अवसर आदिमा सामान्यतः विभेद गरिनु हुन्न। यदि वर्ग विभाजन गर्नै पर्ने अवस्था भएमा विभाजन गर्नुको वोधगम्य आधार र विवेकपरक सम्बन्ध छ र सो कुरा न्यायका मान्य सिद्धान्तहरूको विपरीत छैन वा हुँदैन भने मात्र नागरिकलाई समानहरूका बीचमा समान र असमानहरूका बीचमा असमान व्यवहार गर्नु पर्दछ। यस अर्थमा विधि, विवेक र वस्तुपरक ढंगले वर्ग विभाजन गरी त्यस्तो एक वर्ग र अर्को वर्ग बीच असमान तर, सम्बन्धित वर्गका प्रत्येक व्यक्ति वा वस्तु बीच समान रूपमा लागू हुने गरी कानून बनाउन सकिने।

सोही व्याख्या समेतलाई आधार लिई सुमन पन्तको मुद्दामा हालै सर्वोच्च अदालतले थप व्याख्या गरेको छ।[५१] सो भन्दा अगावै सर्वोच्च अदालतले भनेको थियो :

यौनाङ्गको हिसावले शारीरिक रूपको पहिचान एउटा भए पनि यौनिक अभिमुखीकरणको हिसावले शारीरिक पहिचानभन्दा फरक प्रवृत्ति रहेको छ भने त्यस्तो अभिमुखीकरण वा प्रवृति स्वयं निषेध गर्न नमिल्ने। संविधानले उपलब्ध गराएका हकहरू तेस्रो लिङ्गी वा समलिङ्गीको हकमा आकर्षित नहुने संवैधानिक बन्देज रहेको नदेखिँदा संविधानले उपलब्ध गराएका हकहरू महिला, पुरुष, तेस्रो लिङ्गी वा समलिङ्गी जोसुकैले संविधान र प्रचलित कानूनबमोजिम समान रूपमा उपभोग गर्न सक्ने। विवाह गरेको भन्ने आधारमा पत्नीको वैयक्तिक अधिकार र स्वतन्त्रतालाई सीमित गर्ने अधिकार नितान्त पतिमा निहीत हुन्छ भनी कानूनतः भन्न नमिल्ने। प्रचलित कानूनले बर्जित नगरेको र संविधानले उपलब्ध

[५०] शम्भुप्रसाद संजेल समेत वि. संस्कृति पर्यटन तथा नागरिक उड्डयन मन्त्रालय समेत, नेकाप २०६४ अंक ९ निर्णय नं. ७८७६

[५१] सुमन पन्त वि. अध्यागमन विभाग, २०७४ अंक १२ नि.नं. ९९२१

गराएको हकसँग सादृश्यता राख्ने अधिकारको उपभोगलाई सामाजिक मान्यताको कारणले बञ्चित गर्न नमिल्ने ।[५२]

मौलिक हकको कार्यान्वयनलाई राज्यको दायित्वको रूपमा चित्रण गर्दै राजु प्रसाद चापागाईको रिटमा भनिएको छ : मौलिक हकको रूपमा भएको संवैधानिक व्यवस्थाको कार्यान्वयन गर्ने प्राथमिक जिम्मेवारी राज्यउपर नै रहने हुँदा संविधानमा उल्लिखित मौलिक हकको कार्यान्वयन नागरिकले महसुस गर्न सक्ने स्वरूपको बनाउन आवश्यक नियम कानूनको तर्जुमा र त्यसलाई कार्यरूपमा लैजाने जिम्मेवारी राज्यले नै लिनुपर्ने । मौलिक हकको रूपमा स्थापित अधिकारलाई आवश्यक कानून र विशेष योजना तथा कार्यक्रमबाट अगाडि बढाउन नसकिएको अवस्थामा त्यस्तो अधिकार कागजमा मात्र सिमित हुने हुँदा प्राप्त अधिकारको अर्थपूर्ण कार्यान्वयनको लागि सामाजिक सुरक्षाको आवश्यक प्रबन्ध गरिनु आवश्यक हुन्छ । यसरी आवश्यक प्रबन्ध हुन सकेमा मात्र नेपाली नागरिकले संविधानबाट प्राप्त गरेको मौलिक हकको संरक्षण भई व्यवहारमा अधिकार स्थापित हुन सक्ने ।[५३]

प्रद्योस क्षेत्रीको रिटमा[५४] आर्थिक समाजिक वा शैक्षिक दृष्टिले पछाडि परेको वर्ग र महिलाको संरक्षण र सन्तुलित विकासका लागि कानून बनाउन मार्गदर्शन गरेको विषय पछि सामाजिक न्यायको हकको रूपमा विकास भयो र समावेशीकरणको प्रबर्द्धनका लागि संवैधानिक एवम् कानूनी व्यवस्था समेत गरियो । मौलिक हकको प्रचलन गराउने विषयमा न्यायालयको संवेदनशीलतालाई उल्लिखित प्रतिनिधि आदेशहरूबाट मात्र पनि सहज रूपमा मूल्यांकन गर्न सकिन्छ । संविधान सभाको निर्वाचनको सन्दर्भमा अवरोध गर्न सकिने गरी भएको कानूनी व्यवस्थाको विरुद्धमा परेको कमलेश द्विवेदीको निवेदनमा अदालतले जारी गरेको आदेशले कानूनको शासन कायम गर्न र मौलिक हकको कार्यान्वयनमा विशेष मार्गदर्शन गरेको छ ।[५५]

राजनीतिक विषयमा सर्वोच्च अदालत

रिटको सिद्धान्तका आधारमा भन्ने हो भने राजनीति प्रश्नमा अदालतले हात हाल्दैन ।[५६] तर कानूनी र राजनीतिक प्रश्न छुट्याउन संवैधानिक कानूनमा निक्कै नै मुस्किल हुने गर्दछ । कतिपय विवादहरू

---

[५२] प्रेमकुमारी नेपाली वि. राष्ट्रिय महिला आयोग समेत, नेकाप ०७०, अंक १ निर्णय नं. ८९४५

[५३] नेकाप २०७४ अंक ४ नि.नं. ९७९०

[५४] नेकाप २०६१ अंक ७ नि.नं. ७४१२

[५५] संवैधानिक कानून सम्वन्धी नजीरहरू, दोस्रो भाग नि.नं. १५,

[५६] The political question doctrine could be read narrowly or more broadly. Read narrowly, the political question doctrine should be invoked only when the issue presented to the Court is one that "has been textually committed to another branch of government." That is, if the framers of the Constitution made clear their intention that the judiciary not resolve a particular question of constitutional interpretation, that determination must be respected. More broadly, the political question doctrine might be invoked when there is a lack of judicially manageable standards to decide the case on the merits, when judicial intervention might show insufficient respect for other branches of government, or when a judicial decision might threaten the integrity of the judicial

एउटा कोणबाट हेर्दा राजनीतिक विषय जस्ता देखिन्छन् । अर्को कोणबाट हेर्दा कानुनी विषय जस्ता देखिन्छन् । खास गरी राजनीतिक विषय पनि संविधानको कसीमा परीक्षण योग्य हुनु पर्ने अवस्थामा यस्तो विवाद पनि आँउने गर्दछ । सामान्तया राजनीतिक विषयमा अदालतले हात हाल्दैन भन्ने संवैधानिक कानुनको सिद्धान्त हो । यद्यपि हाम्रो सर्वोच्च अदालतमा कतिपय राजनीतिक रूपमा विवादित विषय पनि संविधानको कसीमा परीक्षण गर्नु पर्ने अवस्था परेको देखिन्छ ।

प्रतिनिधि सभा विघटन गर्ने तत्कालीन प्रधानमन्त्री गिरिजाप्रसाद कोइरालाको सिफारिस विरुद्ध परेको हरिप्रसाद नेपालको रिटमा सर्वोच्च अदालतले संसदीय शासन व्यवस्थामा संसद विघटनको सिफारिस गर्ने अधिकार प्रधानमन्त्रीमा रहने मान्यताका आधारमा रिट खारेज गरेको थियो ।[५७] पछि २०५२ सालमा तत्कालीन प्रधानमन्त्री मनमोहन अधिकारीको सिफारिसमा भएको संसद विघटनको विषयमा अधिवक्ता रविराज भण्डारीले दायर गरेको रिटमा सो सिफारिस बमोजिम भएको विघटनको निर्णय बदर गरी संसदको अधिवेशन आह्वान गर्न आदेश दिएको थियो । यसप्रकारको श्रृंखला त्यसपछि पनि चलेको थियो ।

प्रधानमन्त्री सूर्य बहादुर थापाले संसद विघटनका लागि गरेको सिफारिस उपर सर्वोच्च अदालतको परामर्श लिई सो सिफारिस कार्यान्वयन नै गरिएन । पछि प्रधानमन्त्री शेर बहादुर देउवाको सिफारिसमा संसद विघटन गरियो ।[५८] समयमा संसदको निर्वाचन गराउन नसकेको आरोपमा प्रधानमन्त्रीको पदबाट शेर बहादुर देउवालाई अपदस्त समेत गरियो । राजाले शासन सत्ता आफ्नो हातमा लिई निर्दलीय स्वभावको सरकार समेत सञ्चालन गरे । सो घटनाले सशस्त्र द्वन्द्वलाई चरण उत्कर्षमा पुऱ्यायो । त्यसले मुलुकको राजनीतिक परिवर्तनसँगै संवैधानिक परिवर्तन समेत भयो ।

जनआन्दोलनलाई सम्वोधन गर्दै राजाले विघटित प्रतिनिधि सभाको पुनर्स्थापना गरे । प्रतिनिधि सभाको २०६३ साल जेठ ४ गते भएको घोषणापत्र जसलाई नेपालको म्याग्नाकार्टाको रूपमा लिने गरिन्छ, सो घोषणपत्रले मुलुकमा राजनीतिक रूपान्तरणको आधार प्रदान गऱ्यो । संविधानले समेटेका संवैधानिक मूल्य विरुद्धमा जारी भएको सो घोषणापत्रका विरुद्धमा रिट परेको थियो । अदालतले राजनीतिक प्रश्नका

---

branch. Baker v Carr (1962), Powell v McCormack (1969), Nixon v U. S. (1993), Vieth v Jubelirer (2004), Constitutional Limitations on the Judicial Power:The Political Questions Doctrine, http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/politicalquestions.html

[५७] आफ्नै दलका सभासदहरूले संसदमा सरकारको नीति तथा कार्यक्रम उपरको धन्यवाद प्रस्तावमा समर्थन नगरी सरकार अल्पमतमा परेको अवस्थमा प्रधानमन्त्रीको सिफारिसमा प्रतिनिधि सभा विघटन गरिएको थियो ।

[५८] संकटकालको अनुमोदनका लागि २०५९।२।९ देखि संसदको २२औं अधिवेशन आह्वान गरिएकोमा २०५९।७।२७ मा प्रतिनिधि सभाको निर्वाचन गर्ने गरी प्रधानमन्त्री शेर बहादुर देउवाले २०५९।२।८ मा गरेको सिफारिस उपर पनि रिट परेको थियो । तर सर्वोच्च अदालतका ११ जना न्यायाधीशको इजलासले सो रिट खारेज गऱ्यो । उक्त रिट खारेज गर्ने आदेशमा भनिएको थियो : संवैधानिक एवम् कानूनी प्रश्न बाहेक राजनीतिक, सामाजिक, आर्थिक विवादसँग सम्बद्ध रेका प्रश्नहरूको अदालतले निर्णय गर्न मिल्दैन । राजनीतिक कारणको औचित्य वा पर्याप्तताको क्षेत्रभित्र अदालतले प्रवेश गरी शक्ति पृथकीकरणको सिद्धान्त बमोजिम निरोपण गर्न मिल्ने देखिदैन । चित्र बहादुर केसी समेत वि. प्रम शेर बहादुर देउवासमेत, २०५९ सालको रिट नं. ३५४२ आदेश मिति : २०५९।४।२१

आधारमा सो रिट खारेज गऱ्यो । खास गरी प्रतिनिधि सभाको विघटनको विषयमा राजनीतिक प्रश्नको तर्क ज्वलन्त रूपमा उठेको थियो ।

संविधान सभाको कार्यकाल थप गर्ने गरी भएका संविधान संशोधन उपर पनि यस्ता प्रश्न गम्भीर रूपमा उठेका थिए । संविधान निर्माणको क्रममा १६ बुँदे सहमतिका विरुद्ध समेत अदालतले अन्तरिम आदेश जारी गरेको थियो ।[५९] सर्वोच्च अदालतका न्यायाधीश गिरिसचन्द्र लालको इजलासले अन्तरिम आदेश जारी गरेको भए पनि पछि सो रिट खारेज गरियो । नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ बमोजिम संविधान सभामा मन्त्रिपरिषद्बाट मनोनयन हुने २६ जना सभासद्को बारेमा पनि सर्वोच्च अदालतले हस्तक्षेपकारी आदेश गरेको थियो ।[६०] पछि नेपाल सरकारको तर्फबाट पुनरावलोकनका लागि निवदेन परेपछि सो आदेशको पुनरावलोकन गरियो ।

प्रधान न्यायाधीश खिलराज रेग्मी मन्त्रिपरिषदको अध्यक्ष भई गएको विषयमा परेको रिटमा संवैधानिक इजलाशले भिन्न राय सहित रिट खारेज गऱ्यो ।[६१] तर सो आदेशमा अभिव्यक्त दृष्टिकोणमा प्रधान न्यायाधीश कल्याण श्रेष्ठ अल्पमतमा परेको देखियो । नेपालको संवैधानिक इतिहासका प्रधान न्यायाधीश अल्पमतमा परेको दुर्लभ अवस्था यो रिटको किनारामा देखियो । सम्भवत : यो नेपालको इतिहासमा पहिलो पटक भएको थियो । **अल्पमतको रायमा भनिएको थियो** :

> लोकतन्त्रको मान्य आदर्श र लोकतान्त्रिक सरकारको चरित्र नसुहाउदो हुँने गरी प्रधान न्यायाधीशलाई नै मन्त्रिपरिषदको अध्यक्ष बनाउने जस्तो कुनै किसिमको अभ्यास स्पष्ट संवैधानिक प्रत्याभूति बेगर नेपालको संविधानवाद र संवैधानिक पद्दतिका दृष्टिले अन्तरिम संविधानको कार्यान्वयनको सिलसिलामा र तदोपरान्तको संवैधानिक पद्दतिको कार्यान्वयनको सिलसिलामा समेत अवाञ्छित हुने हुनाँले त्यस्ता कार्य अव फेरि कुनै हालतमा दोहिरिन नपाउने गर्न गराउन र त्यसतर्फ सदैव सचेत रहन निर्देशन दिने... ।

तर सो रायका विरुद्ध बहुमतको रायमा न्यायाधीश वैद्यनाथ उपाध्यायबाट **कठोरतापूर्वक टिप्पणी गर्दै भनिएको थियो** :

> कुनै सहंशाहले समुन्द्रको छेउमा उभिइ समुन्द्रतर्फ फर्किई कोर्रा हान्दैमा आँधी आउदैन भन्न सकिदैन । आँधी आउनु छ भने आँउछ आँउछ । त्यसैले यस्ता कुराको अनावश्यक टिप्पणी गर्दैमा कुनै उपलब्धि हुने कुरा होइन । अपितु आफूलाई चित्त नबुझेको कुरामा मुखको स्वाद फेरि आत्मसन्तुष्टि लिने सम्मको प्रयोजन हुन पुग्छ ।

---

[५९] विजयकान्त लाल कर्ण वि. प्रम तथा मपका समेत

[६०] विश्वेन्द्र पासवान वि. नेपाल सरकार, मन्त्रिपरिषदसमेत भएको रिट । २०७० - NF - ००२६ (आदेश मिति २०७२/२/७

[६१] डा. चन्द्रकान्त ज्ञवाली वि. प्रम तथा मपका समेत, नेकाप २०७५ अंक १ संवैधानिक इजलास खण्ड, नि.नं. ०००७

सरकारबाट बाहिरिन लाग्दा ओली सरकारले गरेको राजदुत नियुक्तिको सिफारिस प्रचण्ड सरकारले फिर्ता लिएपछि अदालतमा रिट पऱ्यो र अन्तरिम आदेश जारी भयो। पछि सो आदेशले निरन्तरता पाएन र रिट खारेज भयो।[६२] स्थानीय निकायको संख्या निर्धारणका लागि परेको रिटमा पनि सर्वोच्च अदालतले अन्तरिम आदेश जारी गरी कार्यान्वयन हुन दिएन। पछि पुनः सरकारले संख्या परिवर्तन गऱ्यो तर अदालतमा प्रश्न उठेन।[६३] राष्ट्रिय सभाका तीन जना सदस्य मनोनयन गर्ने शेरबहादुर देउवा सरकारको निर्णय फिर्ता लिई ओली सरकारले नयाँ तीन जना सदस्य मनोनयन गरे उपर परेको रिटमा एक न्यायाधीशको इजलासबाट अन्तरिम आदेश जारी भएकोमा पछि संयुक्त इजलाशबाट सो आदेशले निरन्तरता पाएन। संवैधानिक राष्ट्रपतिको भूमिकाको बारेमा पनि यससन्दर्भमा राजनीतिक टिप्पणी एवम् आलोचना भएको थियो। यस अघि अदालतमा विचाराधीन विषयमा संसदमा छलफल गर्न नपाईने विषयमा पूर्णमान शाक्यले दायर गरेको रिटमा समेत अदालतले राज्यका अंगको क्षेत्राद्दिकारको बारेमा टिप्पणी गरेको थियो।[६४]

समानताको प्रबर्द्धन

समानताको अधिकार स्वभावतः राज्यको दायित्वको हिसावले नकारात्मक अधिकार हो। अन्तर्राष्ट्रिय कानून र संविधान र अन्य राष्ट्रिय कानूनहरूबाट समानताको अधिकार प्रत्याभूत गरेको पाइन्छ। समानताको अधिकारसँग दुई वटा धारणा छन् : कानूनको अगाडि समानता र समान संरक्षण।[६५] समानताको अधिकारसम्बन्धी संवैधानिक व्यवस्थाको कार्यान्वयनको क्रममा लैंगिक समानता र जातीय समानता कायम गर्ने विषयमा सर्वोच्च अदालतले जारी गरेका आदेशहरू निक्कै नै प्रगतिशील र सुधारात्मक दिशामा उन्मुख भएको देखिन्छ। खास गरी इमान सिंह गुरुङको सैनिक कानूनको सन्दर्भमा जारी भएको आदेश, मीरा ढुंगानाको रिटमा सम्पत्तिमा छोरीको समान अधिकार कायम गर्ने गरी कानून बनाउन जारी गरेको आदेश,[६६] अपुताली समेतका लैंगिक रूपले असमान कानूनहरू पुनरावलोकन गर्न चन्दा बज्राचार्यको रिटमा जारी भएको आदेश,[६७] मोहीयानी हकमा समान अधिकार कायम गर्न सपना मल्ल प्रधानको रिटमा जारी भएको आदेश,[६८] छुवाछुत र जातीय भेदभावको उन्मूलन गरी समानता

---

[६२] युवराज कार्की समेत वि. प्रम तथा मपकासमेत, २०७३ सालको रिट नं. ०१११, ०१३९

[६३] यस सम्वन्धी विस्तृत जानकारीका लागि धनबहादुर श्रेष्ठ (२०७३ सालको रिट नं. १२०५), कृष्णकान्त झाको रिट निवेदन (२०७३ सालको रिट नं. ११७२) मा मिति २०७४।०४।२६ मा सर्वोच्च अदालतबाट रिट खारेज गरी भएको आदेश हेर्न सकिन्छ।

[६४] नेकाप २०४९ अंक ९ नि.नं. ४६२५

[६५] पहिलो अवधारणा राज्यको नकारात्मक दायित्वसँग सम्बन्धित छ। दोस्रो सकारात्मक दायित्वसँग। पहिलो अवधारणा कमन लको उपज हो। यो कानूनको शासनको आधार हो। दोस्रो अवधारणालाई अमेरिकी अभ्यासबाट विकास भएको भनिन्छ। नेपालको संवैधानिक अवस्थामा कानूनको अगाडि समानता र समान संरक्षणको अवधारणालाई मौलिक हकको रूपमा स्वीकार गरेको छ।

[६६] नेकाप २०५२ अंक ६ नि.नं. ६०१३

[६७] नेकाप २०५३ अंक ७ नि.नं. ६२२३

[६८] नेकाप २०५३ अंक २ नि.नं. ६१४०

कायम गर्न दुर्गा सोव, डिल बहादुर विश्वकर्मा, टेक ताम्राकार र रत्नबहादुर बागचन्दको[६९] रिटमा जारी भएका आदेशहरू यसका सन्दर्भमा सान्दर्भिक रहेका छन् ।

समानताको हकको प्रबर्द्धनका लागि मन बहादुर विश्वकर्माको रिटमा अदलको महलको १० क. को स्पष्टीकरण बदर गर्ने आदेशलाई उल्लेख गर्न सकिन्छ ।[७०] शिक्षा र रहनसहनले ठूलो औकातमा बस्न वानी परेकालाई क श्रेणीमा र बाँकी अरूलाई ख श्रेणीमा राखिने कारागार नियमावलीको व्यवस्था बदर गर्ने आदेशलाई समानताको हक प्रबर्द्धन गर्न गरिएको अर्को उदाहरणको रूपमा लिने गरिन्छ ।[७१] त्यसैगरी समानताको हकको सन्दर्भमा गरिएको यो व्याख्या हेरौं : अधिकारको रूपमा व्यवस्थित कुरालाई समान अवस्थाका महिला र पुरुषका बीच कुनै खास खास कारणद्वारा विभेद गर्न नहुने । समानता निरपेक्ष नहुने भन्ने र सकारात्मक विभेद गर्न सकिने भन्ने आधारकै भरमा असमान व्यवहार गरे जस्तो देखिनु न्यायोचित र विवेकसम्मत नहुने । उही अवस्थामा लोग्ने मानिसले स्वास्नी जीवित हुँदै र सम्बन्धविच्छेद नहुँदै अर्को विवाह गर्न पाउने वा अर्को स्वास्नी राख्न पाउने तर स्वास्नीमानिसले विवाह गरेमा वा अर्को लोग्ने राखेमा सजायको भागि हुनुपर्ने व्यवस्थालाई वैवाहिक विभेदकारी व्यवस्थाको संज्ञा दिनुपर्ने । मुलुकी एघारौं संशोधनद्वारा समेत संशोधित विहावरीको ९ नं. को सशर्तात्मकरूपमा लोग्नेमानिसले मात्र वहुविवाह गर्न पाउने कानूनी व्यवस्था महिला र पुरुष बीच वैवाहिक रूपमा गरिएको विभेद स्पष्टरूपमा देखिन आउने ।[७२]

छाउपडी प्रथा रोक्नका लागि जनचेतनामूलक कार्यक्रम सञ्चालन गर्न सर्वोच्च अदालतले डिल बहादुर विश्वकर्माको रिटमा जारी गरेको आदेशले सामाजिक जागरणका लागि राज्यको दायित्वबोध गराई दिएको छ ।[७३] डिलबहादुर विश्वकर्माको अर्को रिटमा तीनधारा सँस्कृत छात्रावासमा समान रूपमा प्रवेशको व्यवस्थापन गर्न सर्वोच्च अदालतले दिएको आदेशलाई अर्को महत्पूर्ण उदाहरणको रूपमा लिन सकिन्छ ।[७४] त्यसै गरी छुवाछुत सम्बन्धी ऐन नियम र अन्तर्राष्ट्रिय सन्धि सम्झौता बमोजिम कार्य गर्न प्रभावकारी नीति अपाउन र छुवाछुत तथा भेदभाव अन्त्य गर्न जनचेतना अभिबृद्धि गर्न प्रभावकारी कदम चाल्न रत्न बहादुर बागचन्दको रिटमा जारी भएको आदेश कार्यान्वयनको क्रममा वर्तमान संविधानले छुवाछुत विरुद्धको हकलाई मौलिक हकमा समावेश गरिएको छ । संवैधानिक व्यवस्थामा आएको यो प्रबन्धलाई न्यायपालिकाको आदेशको कार्यान्वयनबाट भएको सकारात्मक विषयको रूपमा लिन सकिन्छ ।[७५]

---

[६९] नेकाप २०६२ अंक २ नि.नं. ७४९१

[७०] नेकाप २०४९ अंक १२ नि.नं. ४६७०

[७१] चन्द्रकान्त ज्ञवाली वि. मन्त्रिपरिषद सचिवालयसमेत, २०५६ सालको रिट नं. ३२७१

[७२] चन्द्रकान्त ज्ञवाली बि. प्रम तथा मपकासमेत, नेकाप २०६१ अंक ११ निर्णय नं. ७४५९

[७३] २०६१ सालको रि.नं. ३३३० आदेश मिति : २०६२।१।१९

[७४] २०६२ सालको रि.नं. ४४ आदेश मिति : २०६२।१०।०६

[७५] २०६१ सालको रिट नं. ३१३८ आदेश मिति : २०६२।०१।२०

त्यस्तै सुदर्शन सुवेदीको रिट निवेदनमा अपांगता भएका व्यक्तिको हकको संरक्षणका लागि समेत अदालतले आदेश गरेको छ। प्रद्योश क्षेत्रीको रिटमा सर्वोच्च अदालतले आरक्षण समेतका लागि आवश्यक कानूनी व्यवस्था गर्न जारी गरेको निर्देशनात्मक आदेशको कार्यान्वयनको क्रममा निजामती सेवा लगायतका विभिन्न सरकारी सेवामा आरक्षणको अभ्यास थालनी गरियो।[७६] नेपालको संविधानको धारा ४२ मा सामाजिक न्यायको हक प्रत्याभूति गरियो। सामाजिक न्याय र समावेशीकरण सम्बन्धी नीतिगत व्यवस्था राज्यका निर्देशक सिद्धान्त र नीतिमा समावेश गरियो।[७७] लैगिक समानताको पक्षपोषण गर्ने अर्को महत्वपूर्ण आदेशको रूपमा रिना बज्राचार्यको रिटमा भएको आदेशलाई लिन सकिन्छ। **सो आदेशमा भनिएको छ :**

> मनुष्यको नाताबाट प्राप्त हुने सबै हक अधिकार समान रूपले महिला र पुरुषलाई उपलव्ध हुनु पर्दछ भन्ने कुरामा दुई मत हुन सक्दैन। यो नैसर्गिक र अउल्लंघनीय नियम हो। तर विभिन्न मुलुकमा विभिन्न समयमा यस नियम सिद्धान्तको प्रयोग भने भिन्दाभिन्दै रूपले हुँदै आएको पाइन्छ। जुन मुलुक र युगमा यस शास्वत नैसर्गिक सिद्धान्तको पालना भएको हुन्छ त्यो मुलुक र त्यस युग स्वर्णिम अवस्था अर्थात सभ्य मानवोचित रहन आएको हुन्छ। यसको ठीक उल्टो जुन मुलुक र युगमा पुरुष र महिला बीच कुनै प्रकारको भेदभाव गरिन्छ त्यो सभ्यताको अविकसित सूचक हुन जान्छ।

अपुतालीको हक सम्बन्धी अर्को रिटमा सर्वोच्च अदालतले गरेको आदेशले लैगिक समानताको पक्षमा थप सकारात्मक दृष्टिकोण प्रकट गरेको छ। अपुताली प्राप्त गरेकी छोरीले विवाह पछि सो सम्पत्ति फिर्ता गर्नु पर्ने गरी अपुतालीको महलको १२क. मा गरिएको व्यवस्था समानताको अधिकारसँग बाझिएको भनी सर्वोच्च अदालतले अमान्य गरेको छ।[७८]

अपराध पीडितको संरक्षण

अपराध पीडित तथा साक्षीको संरक्षणमा सर्वोच्च अदालतले महत्वपूर्ण आदेशहरू जारी गरेको छ। साक्षी संरक्षण सम्बन्धी कानून बनाउन निर्देशन दिएको छ।[७९] नेपालको वर्तमान संविधानले अपराध पीडितको हकलाई मौलिक हकको रूपमा नै स्थापित गरिदिएको छ। सो हकको प्रचलनका लागि समेत अदालतले मार्गदर्शन गरेको छ। देवका पोखरेलको रिटमा भएको आदेशलाई यसको उदाहरणको रूपमा लिन सकिन्छ।[८०] त्यसैगरी हिंसा पीडितको न्यायमा पहुँचका लागि गरिएको एउटा आदेशमा अभिव्यक्त यी दृष्टिकोणहरू पनि मननीय रहेकाछन् : न्यायमा पहुँचलाई सहज बनाउनका लागि राज्यले यथोचित उपायहरू अवलम्बन गर्नुपर्दछ। प्रारम्भदेखि नै पीडितले राज्यको रेखदेख र संरक्षणको अनुभूति गर्ने वातावरणको सिर्जना हुनुपर्दछ बलत्कार र तथा मानव बेचबिखनका कारण मानसिक, शारीरिक

---

[७६] नेकाप २०६१ अंक ७ निर्णय नं. ७४१२

[७७] धारा ५१(ञ)

[७८] नेकाप २०६१ अंक ४ नि.नं. ७३५७

[७९] ज्योति लम्साल वि. प्रम तथा मपका समेत, नेकाप २०६६ अंक १२ नि.नं. ८२८२

[८०] देवका पोखरेल वि. जिल्ला प्रहरी कार्यालय, धादिङ भएको रिटमा सर्वोच्च अदालतले पीडितको बारेमा संवेदनशील हुन सरकारी वकील र अनुसन्धान अधिकृतलाई विशेष निर्देशन गरेको छ।

मनोवैज्ञानिक तथा भावनात्मक चोट तथा पीडाबाट प्रताडित रहन बाध्य पीडित महिलाहरू न्यायिक उपचारको लागी अग्रसर हुन रोक्ने अन्य सामाजिक तथा सांस्कृतिक कारणहरू भए सोलाई पनि रोक्नेतर्फ लाग्नुपर्ने हुन्छ। साथै परिवार तथा समाजमा महिलाहरूको कमजोर सामाजिक तथा आर्थिक अवस्था र पारिवारिक दबाबका कारण उजुरी गर्न नै हतोत्साहित गरिने अवस्थालाई निरूत्साहित गरिनुपर्ने भन्दै अपराध पीडितको न्यायमा पहुँचको सुनिश्चितता र संरक्षणमा राज्यका निकायहरू निष्कृय हुन नहुने मान्यतालाई स्थापित गरेको छ।[८१]

सुन्तली धामी वि. प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद सचिवालय समेत भएको रिटमा अपराध पीडितको संरक्षणका लागि सर्वोच्च अदालतले विशेष व्याख्या गरेको छ।[८२] असहाय, परित्यक्त समेतका कमजोर वर्गको संरक्षणका लागि राजु प्रसाद चापागाईको रिटमा जारी गरिएको आदेश सामाजिक न्यायको प्रबर्द्धनका लागि सर्वोच्च अदालतले गरेको अर्को उल्लेख्य प्रयास हो।

लैंगिक न्यायको प्रबर्द्धन

लैगिक न्यायको दृष्टिले २०४७ सालको संविधान जारी भएपछि न्यायालयले जारी गरेका आदेशहरू विशेष उल्लेखनीय रहेकाछन्। पैत्रिक सम्पत्तिमा समान हकका लागि मीरा ढुंगानाको रिटमा जारी गरेको आदेश कार्यान्वयनको क्रममा मुलुकी ऐनमा एघारौं संशोधन गरी अंशवण्डाको महलमा परिवर्तन गरियो। वर्तमान संविधानले पैत्रिक सम्पत्तिमा छोराछोरीको समान हकको विषयलाई मौलिक हकको रूपमा प्रत्याभूत गरेको छ। अपुतालीमा छोरीको समान हक र फिर्ता गर्नु नपर्ने व्यवस्थाका लागि अदालतबाट जारी भएको आदेशलाई अर्को सान्दर्भिक उदाहरणको रूपमा लिन सकिन्छ। वैवाहिक बलात्कारको विरुद्धमा जारी भएको आदेश पनि न्यायालयको योगदानको रूपमा रहेको छ। मोहियानीमा महिलाको समान हक कायम गर्नु पर्ने, सम्पत्ति सम्बन्धी सबै विषयमा छोरीको समान हक स्थापित हुनु पर्ने समेतका लैंगिक न्यायको प्रबर्द्धन सर्वोच्च अदालतले गरेका व्याख्याहरूले धेरै कानूनी व्यवस्थाहरूमा परिवर्तन भएको अवस्था छ। केही नेपाल कानून संशोधन गर्ने ऐनबाट पटक पटक अदालतका आदेशहरू कार्यान्वयन भएको देखिन्छ।

अच्युत प्रसाद खरेलले दायर गरेको अर्को रिटमा भनिएको छ :

> संविधानले प्रजनन तथा प्रजनन स्वास्थ्यको हकलाई मौलिक हकको रूपमा व्यवस्था गर्ने तर कानूनले उमेर पुगेको महिलालाई पाँच वर्षसम्म विवाह गर्न नपाउने व्यवस्था गर्नु संविधानसम्मत हुन सक्दैन। कामको प्रकृतिले अनिवार्यरूपमा आवश्यक हुने वाहेक अन्य कुनै पनि सार्वजनिक सेवामा प्रवेश गर्न र सेवारत रहनका लागि महिलाहरूलाई विवाह गर्न नपाउने गरी रोक लगाइने कानूनी व्यवस्थाले महिलाहरूको प्रजनन् स्वास्थ्य सम्बन्धी हक कुण्ठित पार्ने देखिन्छ।[८३]

---

[८१] पुण्यशिला दवाडी घिमिरेसमेत विरुद्ध प्रम तथा मपकासमेत, नेकाप २०७४ अंक १ नि.नं. ९७४१

[८२] नेकाप २०६८ अंक १ नि.नं. ८५४१

[८३] नेकाप २०६८ अंक ९ नि.नं. ८६७७

महिलामाथि बोक्सीको आरोप लगाई हुने गरेको अन्याय, अत्याचार, उत्पिडन र यातना दिने कार्य रोकथाम, नियन्त्रण एवम् बोक्सी सम्बन्धी ऐन जारी भएको छ भने संविधानमा मौलिक हक अन्तर्गत महिलाको हकमा हिंसाजन्य कार्यलाई दण्डनीय बनाइएको छ।[८४] शर्मिला पराजुली वि. मन्त्रिपरिषद सचिवालय समेत[८५] भएको रिटमा यौनजन्य दूर्व्यवहार नियन्त्रणका लागि कानून निर्माण गर्न दिएको आदेश कार्यान्वयनको क्रममा छुट्टै कानून तर्जूमा भएको छ। मातृत्व संरक्षणका लागि प्रसुति विदाको पुनरावलोकन गर्न दिएको प्रकाशमणि शर्माको रिटमा सर्वोच्च अदालतले सार्वजनिक सेवा सम्बन्धी कानूनमा प्रसूति विदाको पुनरावलोकनका लागि मार्गदर्शन गरेको छ।[८६] सो अनुसार धेरै कानूनहरूमा संशोधन समेत भएको अवस्था छ। उल्लिखित आदेशहरूका अतिरिक्त जीतकुमार पज्ञानीको रिटमा जारी भएको निर्देशनात्मक आदेश लगायतका विभिन्न आदेशहरूले समेत यो क्षेत्रमा सुधारका लागि मार्गदर्शन गरेको अवस्था छ।[८७] स्तनपान एवम् शिशु केन्द्रको व्यवस्थापनका लागि सर्वोच्च अदालतबाट मार्गदर्शन भएको छ।[८८]

बालबालिकाको सर्वोत्तम हित

नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ देखि संविधानमा बालबालिकाको हक मौलिक हकको रूपमा रहेको छ। सर्वोच्च अदालतले बालबालिकाको हक हित संरक्षणका लागि जारी गरेका विभिन्न आदेशहरूको सन्दर्भमा वर्तमान संविधानमा बालबालिकाको हकको विस्तार भएको छ। केशव खड्काको रिटमा जारी भएको आदेश, पोडे तामाङको रिटमा भएको आदेश, बव्लु गोडियाको रिटमा जारी भएको आदेश, तारक घितालको रिटमा भएको आदेश, तिलोतम पौडेलको रिटमा जारी भएको आदेश, आशिष अधिकारीको रिट, सन्तोष कुमार महतोको रिट निवेदनमा जारी भएको आदेश लगायत बाल न्यायको प्रबर्द्धनमा अदालतले जारी गरेका आदेशहरूले बाल अधिकारको संरक्षण सम्बर्द्धनमा महत्वपूर्ण योगदान पुऱ्याएका छन्। वर्तमान संविधानले बालबालिकाको हकमा गरेको विस्तारित व्यवस्थाको पृष्ठभूमिमा न्यायालयको आदेश रहेको छ। देवेन्द्र आलेको रिटमा बालबालिकालाई सामान्य पिटाइ गर्न सक्ने व्यवस्था बदर गर्ने गरी सर्वोच्च अदालतबाट जारी भएको आदेशले पनि बाल अधिकारको संरक्षणमा योगदान दिएको छ।[८९] वर्तमान संविधानको धारा ३९ मा बालबालिकाको हकको व्यवस्था गरिएको छ र सो हकमा उल्लिखित विषयहरू विगतमा भन्दा बढी विस्तार भएकाछन्। यसको व्याख्याले पनि यसको दायरा फराकिलो पार्दै आएको छ।[९०]

---

[८४] धारा ३८(३) मा भनिएको छ : महिला विरुद्ध धार्मिक, सामाजिक, सांस्कृतिक परम्परा, प्रचलन वा अन्य कुनै आधारमा शारीरिक, मानसिक, यौनजन्य, मनोवैज्ञानिक वा अन्य कुनै किसिमको हिंसाजन्य कार्य वा शोषण गरिने छैन। त्यस्तो कार्य कानून बमोजिम दण्डनीय हुनेछ र पीडितलाई कानून बमोजिम क्षतिपूर्ति पाउने हक हुनेछ।

[८५] नेकाप २०७१ अंक १० नि.नं. ७४४९

[८६] नेकाप २०६० अंक ९ र १० नि.नं. ७२६८

[८७] विस्तृत जानकारीका लागि राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठानबाट प्रकाशित लैंगिक न्याय सम्वन्धी महत्वपूर्ण फैसलाहरूको सँगालो, २०६६ हेर्न सकिन्छ।

[८८] शान्ति बलम्पाकी वि. स्वास्थ्य मन्त्रालय, नेकाप, २०७५ अंक ३ नि.नं. ९९७४

[८९] नेकाप २०६१ अंक ९ नि.नं. ७४३४

[९०] उदय शंकर पौडेल वि. सुर्खेत जिल्ला अदालत समेत, नेकाप २०७५ अंक १ नि.नं. ९९३०

संक्रमणकालीन न्यायको प्रबर्द्धन

नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ ले संक्रमणकालीन न्यायका लागि गरेको मार्गदर्शनका आधारमा यसका अन्तर्राष्ट्रिय मानकहरूलाई समेत आधार मानी राष्ट्रिय कानूनको व्यवस्था कायम गरिनु पर्दछ। यो दृष्टिकोणलाई सुमन अधिकारीको रिटमा सर्वोच्च अदालतले स्पष्ट मार्गदर्शन गरेको छ।[९१] पीडितको असहमतिमा र गम्भीर किसिमको अपराधमा क्षमादान हुन नसक्ने अदालतको पूर्व आदेशलाई यो रिटमा पुनस्मरण गरिएको छ। अदालतको पूर्व आदेश र संक्रमणकालीन न्यायका स्वीकृत मापदण्डसंग मेल नखाने कानूनी व्यवस्थालाई अमान्य र बदर गर्ने गरी सर्वोच्च अदालतबाट आदेश जारी भएको छ। यस अघि नै मीरा ढुंगानाले दायर गर्नु भएका एउटा रिटमा आदेश गर्दै सर्वोच्च अदालतले संक्रमणकालीन न्यायको बारेमा गरेको **टिप्पणी यसप्रकार रहेको छ** :

> द्वन्द्वकालमा भइरहेका मानवीय कानून विरूद्ध वा मानव अधिकार उल्लङ्घनका गम्भीर कसुरहरू रोक्ने, ती कसुरहरू दोहोरिन नदिने, पीडितमा आत्मसम्मानको भाव उद्बोधन गराउने राष्ट्रिय मेलमिलापको वातावरण बनाउने र कानूनी राज्यको पुनस्थापन गरी शान्ति बहालीको मार्गमा योगदान पुऱ्याउने नै संक्रमणकालीन न्यायको मुख्य अभिष्ट हो। संक्रमणकालीन अवधिमा भएका घटनाहरूको दोषीलाई मनपरी क्षमादान गर्दा विधिको शासन (Rule of law) कायम रहन सक्दैन। बरू विधिको शासन (Rule of law) कायम गर्न गम्भीर अपराधका पीडकहरूलाई क्षमादान दिनेसमेतका व्यवस्था राखिनु हुँदैन। द्वन्द्वकालमा राजनीतिकरूपले मात्र घटना घटित भएका छैनन्। अपराधिकरूपले पनि घटना भएका छन्। राजनीतिकरूपले घटित घटना र अपराधिकरूपले घटित घटनालाई एकै स्थानमा राखेर हेर्न नमिल्ने।[९२]

खास गरी बुद्धि बहादुर प्रजा, पवन कुमार पटेल, भक्त बहादुर सापकोटा, रिटा गिरी, पूर्णमाया लामा, भोजराज तिम्सिना, भीम प्रकाश ओली, कर्णबहादुर रसाइली, केदार चौलागाई, देवी सुनार, जयकिशोर लाभ, लिलाधर भण्डारी, राजाराम ढकाल, बाबुराम गिरी र ज्ञानेन्द्रराज आरण समेतका रिट निवेदनमा सर्वोच्च अदालतले जारी गरेका आदेशले द्वन्द्वकालीन घटनाको व्यवस्थापन र संक्रमणकालीन न्यायका लागि राज्य संयन्त्रलाई मार्गदर्शन गरेको थियो।[९३] राजेन्द्र प्रसाद ढकाल र माधव कुमार बस्नेतको रिटमा जारी गरेको आदेशलाई यो सन्दर्भमा निक्कै नै महत्वपूर्ण मार्गदर्शन भएको छ। राजाराम ढकालको रिटमा जारी भएको निर्देशनात्मक आदेशले पनि मानवीय कानून सम्वन्धी जेनेभा महासन्धिको

---

[९१] नेकाप २०७१ अंक १२ नि.नं. ९३०३

[९२] मिरा ढुङ्गानासमेत बि. प्रम तथा मपका, नेकाप २०७३ अंकः ३ नि.नं. ९५५१

[९३] संक्रमणकालीन न्यायका विषयमा सर्वोच्च अदालतबाट भएका फैसलाहरूको विश्लेषणात्मक अध्ययन, न्यायाधीश समाज नेपाल, २०६८

कार्यान्वयनका लागि आवश्यक कानूनी व्यवस्था गर्न मार्गदर्शन गरेको छ ।[९४] यद्यपि हालसम्म पनि सो अनुसारको कानून बन्न सकेको अवस्था छैन ।

नागरिकताको विवाद

नेपालको नागरिकता सम्बन्धी कानूनमा पटक पटक फेरबदल गरी नयाँ नयाँ अभ्यास गरिएको छ । नागरिकताको विषयलाई मार्गदर्शन गर्न सर्वोच्च अदालतले महत्वपूर्ण आदेशहरू जारी गरेको छ । खास गरी आमाको नामबाट नागरिकता प्रदान गर्ने विषयलाई अदालतले सहजताका साथ लिएको छ । छवि पिटरको रिटमा सर्वोच्च अदालतले जहाँसुकै जन्मेको भए पनि बाबु नेपाली नागरिक भए निजका सन्तान बंशजका आधारमा नेपालको नागरिक हुने भनी व्याख्या गऱ्यो ।[९५] सविना दमाइ विरुद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद कार्यालय समेत भएको रिटमा सर्वोच्च अदालतले आमाको नामबाट नागरिकता उपलब्ध गराउन आदेश जारी गरेको थियो ।[९६] नेपालको वर्तमान संविधानले आमाको नामबाट नागरिकता लिन पाउने व्यवस्थालाई स्पष्टतः उल्लेख गऱ्यो । यद्यपि आमाको नामबाट नागरिकता दिने विषयमा अझै सहज प्रशासनिक संस्कृति निर्माण भइसकेको छैन । प्रशस्त निवदेनहरू अझै पनि सर्वोच्च अदालतमा परिरहेकाछन् । सज्दा सापकोटाको रिटमा सर्वोच्च अदालतले गरेको आदेशलाई यसको एउटा उदाहरणको रूपमा लिन सकिन्छ ।[९७] **सो आदेशमा भनिएको छ :**

> आमाको नामबाट नागरिकता लिनु पर्ने अवस्था स्वयममा एउटा कठिन अवस्था रहेको हुँदा यसप्रति नकारात्मक सोच राख्ने हो भने सीमान्तकृत महिलालाई थप असुविधा पर्न जाने देखिन्छ ।

विपना बस्नेतको रिट निवेदनको छोरा छोरीले इच्छाएअनुसार बाबु वा आमाको थर राखी नागरिकता पाउन सक्ने गरी आवश्यक व्यवस्था गर्न सर्वोच्च अदालतले आदेश गरेको छ ।[९८]

न्याय सम्बन्धी हकको प्रबर्द्धन

पश्चातदर्शी कानून कार्यान्वयन गर्नु नहुने, दोहोरो खतराको सिद्धान्तको अवलम्वन गर्नु नहुने, निशुल्क कानूनी सहायता उपलब्ध गराउनु पर्ने, यातना दिनु नहुने, कानून व्यावसायीसँग परामर्श लिन दिनु पर्ने

---

[९४] नेकाप २०६० अंक ९ र १० नि.नं. ७२७४

[९५] राष्ट्रियता, समानता र राज्यविहीनताको सन्दर्भमा नागरिकता, संवैधानिक कानून व्यावसायी मञ्च, २०६८ पृष्ठ ३९

[९६] नेकाप २०६८ अंक २ नि.नं. ८५५७

[९७] नेकाप २०७३ अंक ७ नि.नं. ९६२७, आमाको नामबाट नागरिकता पाउने विषय सन्देश सिंह बस्नेत वि. जिल्ला प्रशासन कार्यालय, मोरङ, नेकाप २०७४, अंक ७ नि.नं. ९८४१ मा पुनः बोलिएको छ । नागरिकता सम्बन्धी विषयमा सुनिल बाबु पन्त वि. प्रम तथा मपका समेत भएको रिटमा पनि आदेश भएको छ । नेकाप २०७४ अंक ९ नि.न. ९८७५

[९८] सर्वोच्च अदालत बुलेटिन २०७४ कार्तिक १ पृ. १८

लगायतका विषयमा सर्वोच्च अदालतले दर्जनौ आदेशहरू जारी गरेको छ। न्याय सम्बन्धी हकको प्रवर्द्धन गर्दै **एउटा आदेशमा भनिएको छ :**

> सामान्य अवस्थामा विधायिकाले कुनै कानून क्रियाशील हुनुभन्दा पहिले नै घटेको कुनै कार्यलाई पछाडि वनेको कानूनले अपराधको रूपमा परिभाषित गर्न र साविकमा कम गंभीर मानिने अपराधलाई वढी गंभीर बनाउन तथा कम सजाय हुने अपराधलाई वढी सजाय हुने गरी कानूनी व्यवस्था गर्न एवं प्रमाण सम्बन्धी नियममा संशोधन गरी कम प्रमाणको आधारमा पनि कसूरदार ठहर गर्न सकिने गरी कानून निर्माण गर्न नसक्ने। नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा १४ को उपधारा (१) अनुसार कुनै कार्य गर्दा त्यस्तो कार्यलाई कानूनले दण्डनीय कसूर नमानेको अवस्थामा पछाडि बनेको कानूनले अगाडि नै भइसकेको कार्यलाई दण्डनीय कसूर घोषणा गरी सजायको व्यवस्था गर्न र त्यस्तो कानूनको प्रयोग गरी अगाडि नै घटेको वारदातसंग सम्बन्धित व्यक्तिलाई सजाय गर्न तथा कसूर गर्दाको अवस्थामा कानून वमोजिम हुन सक्ने सजाय भन्दा बढी सजाय गर्न नमिल्ने संवैधानिक प्रत्याभूति प्रदान गरिएको स्पष्ट हुने। [९९]

त्यसै गरी न्याय सम्पादनको विषयमा अम्वर बहादुर राउतको रिटमा जारी भएको आदेशलाई अर्को प्रतिनिधि उदाहरणको रूपमा लिन सकिन्छ। सो आदेशका कारण संविधानमा एक वर्षभन्दा बढी कैद हुने मुद्दाहरू न्यायिक निकायबाट मात्र हेरिने व्यवस्था गरिएको छ भने कतिपय अर्द्धन्यायिक अधिकारमा परेका विषय न्यायिक निकायको दायरामा आएका छन्। **सो रिटमा जारी भएको अदालतको आदेशमा भनिएको छ :**

> न्यायिक प्रक्रियाको मेरुदण्ड स्वतन्त्रता, सक्षमता र निष्पक्षता नै हो। नागरिकहरूको न्यायमा सहज पहुँच तथा स्वच्छ र शीघ्र सुनुवाइले न्याय प्रणालीप्रति उनीहरूको विश्वास पलाउँदछ। कुनै पनि निकाय वा अधिकारीले स्वतन्त्रतापूर्वक कार्य गर्नको लागि अन्य निकायको हस्तक्षेप वा दवाव विद्यमान रहनु हुँदैन। यसको लागि संस्थागत र कार्यात्मक दुवै स्वतन्त्रता आवश्यक पर्दछ। सक्षमतापूर्वक न्याय सम्पादनको लागि सम्बन्धित विषयवस्तु तथा सारभूत कानूनको ज्ञान, न्यायिक कार्यविधि सञ्चालनका लागि पर्याप्त अनुभव, तालीम आदिको जरुरत पर्ने।[१००]

नेपालको संविधान जारी भएपछि एक वर्षभन्दा बढी कैद हुने मुद्दाको कारवाही र किनारा अदालतबाट गरिने पर्ने र यसको आवश्यक व्यवस्थापनको प्रबन्ध गर्न जारी भएको विष्णु लामाको आदेशले संविधानको कार्यान्वयनका लागि मार्गदर्शन गरेको थियो।[१०१]

---

[९९] उत्तम लामा विरुद्ध श्री ५ को सरकार, नेकाप २०६१ अंक ९ निर्णय नं. ७४३२

[१००] नेकाप २०६८, अंक ७ निर्णय नं. ८६४२

[१०१] नेकाप २०७२ अंक ८ नि.नं. ९४५१

सुशासनको प्रबर्द्धन

सर्वोच्च अदालतले दर्जनौ आदेशबाट कार्यपालिकाको भूमिका र कार्यमा सुशासनका मूल्यहरूलाई आत्मसात गर्न मार्गदर्शन गरेको छ। निर्वाचन क्षेत्र विकास कोषको खर्च व्यवस्थापन कानून बनाएर गर्न दिएको निर्देशन,[१०२] आफ्नो गाउँ आफै बनाऊ कार्यक्रमको निर्देशिका बदर जस्ता विषयलाई यसको उदाहरणको रूपमा लिन सकिन्छ।[१०३] सार्वजनिक पद धारण गरेको व्यक्तिले ओहोदाको आडमा गर्ने अख्तियारको दुरूपयोगको अनुसन्धान तथा तहकिकात गर्न संविधानले दिएको जिम्मेवारी प्रतिकूल भएको अख्तियार दुरूपयोग अनुसन्धान आयोग ऐन, २०४९ का केही दफाहरू अमान्य र बदर गर्ने सर्वोच्च अदालतको आदेश सुशासनको प्रबर्द्धन गर्ने दिशामा केन्द्रित रहेको देखिन्छ।[१०४] सरकारी कर्मचारीहरूलाई छानीछानी अवकाश दिने निर्णय परीक्षण गरी सो निर्णयमा स्वेच्छाचारिता देखिएको भनी बदर गर्ने आदेशहरू पनि सुशासनको सम्बर्द्धन गर्ने दिशामा उन्मुख छन्।[१०५] आधार र कारण नखुलेको भनी प्रहरी महानिरीक्षक जय बहादुर चन्दको नियुक्ति बदर गर्ने गरी नवराज सिलवाल र कपिलदेव ढकालको रिटमा सर्वोच्च अदालतले गरेको आदेशलाई समेत सुशासन प्रबर्द्धन गर्न गरेको महत्वपूर्ण आदेशको रूपमा लिन सकिन्छ।[१०६] **सो आदेशमा भनिएको छ :**

> बढुवाको कुरा सम्भावित उम्मेदवारहरूको हक र वैध अपेक्षा (Legitimate Expectation) को विषय पनि हो। यसका अतिरिक्त नियुक्तिको विषयलाई सुशासन (Good Governance), कानूनको शासन (Rule of Law), उत्तरदायी र सीमित सरकार (Accountable and Limited Government) सम्बन्धी अवधारणाको सापेक्षतामा पनि हेरिनु पर्दछ। सरकारका प्रशासनिक निर्णयउपर न्यायिक परीक्षण गर्नमा निरङ्कुश र अधीनायकवादी शासन व्यवस्थामा मात्र बन्देज लगाइएको हुन्छ। लोकतान्त्रिक शासन व्यवस्थामा त्यस प्रकारको बन्देजको अवस्था कल्पना गर्न पनि सकिँदैन। यस्ता विषयहरू समेत सम्बोधन होस् भन्ने अभिप्रायले प्रहरी नियमावली, २०७१ को नियम ४१ मा नियुक्तिका आधारहरू उल्लेख भएका हुन्। प्रहरी संगठनमा "योग्य" मात्र नभएर "योग्यतम्" व्यक्तिबाट नेतृत्व प्रदान हुन सकोस् भन्ने उद्देश्य उक्त नियमावलीमा अन्तरनिहित रहेको छ। नियुक्ति गर्न पाउने सरकारको अधिकार कुनै सीमा-बन्देजरहित पूर्ण-अधिकार (Absolute right) वा कुनै प्रश्न नै उठाउन नपाउने पूर्ण-उन्मुक्ति (Absolute privilege वा immunity) को विषय होइन। निर्णयले कानूनी मान्यता प्राप्त गर्नका लागि विधि र प्रक्रियाको पालना गरिएको तथा न्यायोचित परिणाम सुनिश्चित

---

[१०२] भरतमणि जंगम वि. मन्त्रिपरिषद सचिवालयसमेत, रिट नं. ३३०९(२०५७), आदेश मिति : २०५८।६।११

[१०३] टंकनाथ पौडेल वि. मन्त्रिपरिषद् सचिवालयसमेत, नेकाप २०५२ अंक १० नि.नं. ६०७९

[१०४] बालकृष्ण न्यौपाने वि. अदुअआसमेत, नेकाप २०५३ अंक ६ नि.नं. ६२०५

[१०५] कृष्ण प्रसाद लम्साल वि. मन्त्रिपरिषद् सचिवालयसमेत, नेकाप स्वर्णशुभजन्मोत्सव विशेषांक २०५२ पृष्ठ १३८, बद्रीकुमार बस्नेत वि. मन्त्रिपरिषद् सचिवालयसमेत, नेकाप २०५१ अंक १० नि.नं. ४९८५

[१०६] नेकाप २०७३ अंक १ नि.नं. ९७२३

गरिएको देखिनु वाञ्छनीय हुन्छ। यस प्रकारका विधिसम्मत मान्यता र सम्बन्धित उम्मेदवारको वैध अपेक्षाका कुराहरूलाई नजरअन्दाज गरेर भएको निर्णयले वैधता प्राप्त गर्न नसक्ने। 'कानूनद्वारा निर्धारित सर्त र प्रक्रिया प्रतिकूल भएका सरकारका निर्णय स्वभावतः न्यायिक परीक्षण र निरूपणको विषय बन्दछन्। विधि र प्रक्रियाका दृष्टिले त्रुटिपूर्ण देखिएका सरकारका काम-कारवाही तथा निर्णयउपर न्यायिक उपचार प्रदान गर्नु यस अदालतको नियमित तथा सामान्य कार्य-प्रणालीअन्तर्गतको विषय हो। यसलाई अदालतको अधिकारको विषय मात्र नभएर संवैधानिक जिम्मेवारी र कर्तव्यको रूपमा समेत हेरिनु पर्ने।

महान्याायाधिवक्ता बद्री बहादुर कार्कीको रिटमा कसैले पनि कसूरजन्य कार्यबाट उन्मुक्ति नपाउने गरी गरेको सर्वोच्च अदालतको व्याख्यालाई अर्को उदाहरणको रूपमा लिन सकिन्छ।[१०७] यो रिटमा सर्वोच्च अदालते असल नियत गरेको कार्यको बचाउ गर्दै महान्यायाधिवक्ताको संवैधानिक जिम्मेवारी, विशेषाधिकार र व्यावसायिक स्वतन्त्रताको पक्षपोषण पनि गरेको छ। वि.सं. २०४७ सालपछि सरकार वादी मुद्दा फिर्ता लिने अभ्यास निक्कै विस्तार भयो। प्राथमिक चरणमा न्यायिक परीक्षण गर्दा न्यायालयले संयमता अपनाएको देखियो भने यो प्रवृत्ति बढ्दै गएपछि सर्वोच्च अदालतले कठोर दृष्टिकोण राख्दै आयो। बाबुराम पौडेल, दिलबहादुर लामा, त्रिलोचन गौतम, माधव कुमार बस्नेत, देवेन्द्र मण्डल गगन राय यादव समेतका रिटमा सर्वोच्च अदालतले मुद्दा फिर्ताका विषयमा आदेश गरिसकेको थियो।[१०८] पछि गोपिबहादुर भण्डारीको रिटमा सर्वोच्च अदालतले जारी गरेको आदेशले यो विषयमा महान्यायाधिवक्तासमेतको सहमति लिनु पर्ने गरी व्यवस्था गर्न मार्गदर्शन गरियो।[१०९] मुद्दा फिर्ताको विषयमा सर्वोच्च अदालतले जारी गरेका आदेशका कारण यो विषय नयाँ संवैधानिक व्यवस्थामा समेत समावेश हुन पुगेको छ। संविधानको धारा १५८(३) मा भनिएको छ : नेपाल सरकारको तर्फबाट दायर भएका मुद्दा फिर्ता लिँदा महान्यायाधिवक्ताको राय लिनु पर्नेछ। मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिताको दफा १९६ मा मुद्दा फिर्ताको विषयमा महान्यायाधिवक्ताको परामर्शमा नेपाल सरकारले निर्देशिका बनाउनु पर्ने व्यवस्था गरिएको छ।

भरतमणि जंगमको रिटमा निर्वाचन क्षेत्र विकास कार्यक्रमको सम्वन्धमा जारी भएको निर्देशनलाई पनि न्यायालयले सुशासन कायम राख्न गरेको अर्को प्रयासको रूपमा लिन सकिन्छ। सर्वोच्च अदालतले गोविन्द बन्दीको रिटमा महान्यायाधिवक्ताको कार्यालयबाट मुद्दा नचलाउने गरी भएको निर्देशनका सम्वन्धमा टिप्पणी सहित गरेको आदेशलाई समेत सुशासनको सन्दर्भमा अर्को उल्लेख्य आदेशको रूपमा

---

[१०७] नेकाप २०५८ अंक ५ र ६ नि.नं. ७००१

[१०८] श्रीप्रकाश उप्रेती, सरकारवादी फौजदारी मुद्दा फिर्ता सम्वन्धमा सर्वोच्च अदालतको दृष्टिकोणः एक समीक्षा, केही संवैधानिक फैसलाहरूको अध्ययन, विपिन अधिकारी समेत, नेपाल कन्स्टिच्युसन फाउण्डेसन, २०६९ पृष्ठ ६० देखि ६९ सम्म

[१०९] नेकाप २०६९ अंक ३ नि.नं. ८७८९

लिने गरिन्छ ।[११०] सुशासन कायम गर्ने दिशामा अर्को महत्वपूर्ण आदेशको रूपमा सूचनाको हक सम्बन्धी डा. रामकृष्ण तिमिल्सेनाले दायर गरेको रिटमा भएको आदेशलाई समेत लिन सकिन्छ ।[१११]

अधिवक्ता निरन्जन उप्रेती वि. नेपाल सरकार भएको रिटमा अदालतको आदेश कार्यान्वयनको प्रभावकारिताका विषयमा समेत सर्वोच्च अदालतले ध्यानाकर्षण गर्दै सुशासनको पक्षमा आदेश जारी गरेको छ ।[११२]

संविधान संशोधनको सन्दर्भमा सर्वोच्च अदालत

संविधानको आधारभूत संरचनाको सिद्धान्तलाई भारतीय सर्वोच्च अदालतको मानस सन्तति (Brain child) को रूपमा लिने गरिन्छ ।[११३] संविधान निर्माण गर्ने अधिकार (Constituent power) र संशोधनको अधिकार (Amendment power) लाई पृथक विषय हुन् । संविधानको न्यायिक पुनरावलोकन हुँदैन । तर संशोधनको न्यायिक पुनरावलोकन हुन सक्छ । संविधानले समेटेका आधारभूत मूल्यहरू संशोधनबाट नस्ट गर्न नसक्ने गरी संविधानको आधारभूत संरचनाको सिद्धान्त (Basic Structure Doctrine) विकास भएको हो । यसले संविधान निर्माताको मौलिक मान्यताको सम्मान र संरक्षणको उद्देश्यबाट यो सिद्धान्त विकास भएको हो ।[११४] नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ ले संविधानको प्रस्तावनाको मूल भावना विपरीत हुने गरी संविधान संशोधन गर्न नसकिने व्यवस्था गरी यो अवधारणालाई अंगिकार गरेको थियो । यो संविधान संशोधन नभएकाले यस सन्दर्भमा कुनै विवादहरू परेनन् । तर नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ पटक पटक संशोधन गरियो र ती संशोधन उपर सर्वोच्च अदालतमा पटक पटक निवेदन परे । धेरैजसो पछिल्ला संशोधनहरू संविधानसभाको म्याद थप गर्ने तर्फ निर्देशित थिए । संविधान संशोधन उपर परेका ती निवेदनहरूको किनारा गर्दै जाँदा सर्वोच्च अदालतले गरेको व्याख्याले संवैधानिक इतिहासलाई सम्बृद्ध तुल्याउन सहयोग पुऱ्याएको पाइन्छ ।

नेपालको अन्तरिम संविधानको पहिलो तथा तेस्रो संशोधन उपर परेको रिटमा आदेश गर्दै सर्वोच्च अदालतले संविधानको कुनै पनि धारा आधारभूत संरचना नमानेको अवस्थामा संविधानले निर्धारण गरेको प्रक्रिया पूरा गरी भएको संविधान संशोधन न्यायिक पुनरावलोकन हुन सक्दैन भनी उल्लेख गरेको छ ।[११५] सो आदेशमा भनिएको छ : "... वर्तमान संविधानमा कुनै Basic Feature/Structure नभएकोले धारा १४८ को प्रक्रिया पूरा गरी जुनसुकै धारा संशोधन हुन सक्छ । धारा १४८ को संवैधानिक प्रक्रिया पुरा गरी गरिएको संशोधनमा न्यायिक पुनरावलोकन हुन सक्दैन् ।"

---

[११०] गोविन्द बन्दी वि. महान्यायाधिवक्ता मुक्तिनारायण प्रधान भएको रिटमा यस्तो आदेश भएको थियो ।

[१११] नेकाप २०७३, अंक १, नि.नं. ९५२१

[११२] नेकाप २०७४ अंक ९ नि.नं. ९८८१

[११३] D. Conrad ले यो अवधारणाको विकास जर्मनीबाट विकास भएको भनी उल्लेख गरेका छन् ।

[११४] टेकप्रसाद ढुंगाना, संविधान संशोधन सम्वन्धी व्यवस्था, सरकारी वकीलहरूका लागि संवैधानिक कानूनमा विशिष्टीकरणसम्वन्धी प्रशिक्षण कार्यक्रममा प्रस्तुत कार्यपत्र

[११५] अच्युत प्रसाद खरेल वि. मन्त्रिपरिषद सचिवालय, नेकाप २०६६ अंक ६ नि.नं. ८१६४

संवैधानिक सर्वोच्चता कायम गर्नका लागि यो आदेशले सही मार्गदर्शन गर्न सकेको देखिदैन । संविधानले निर्धारण गरेको प्रक्रिया पूरा गरी जुनसुकै धारा संशोधन हुन सक्ने गरी गरेको यो व्याख्या पछिल्लो व्याख्याबाट सही बाटोमा आएको हो ।

सुबोधमान नापित वि. प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय (२०६४-WS-००२९) भएको रिट नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ मा गरिएको दोस्रो संशोधनको विरुद्धमा परेको थियो । यो संशोधनमा उल्लिखित प्रावधानहरू मूलतः सर्वोच्च अदालतका न्यायाधीशहरूले नियुक्ति पूर्व संसदीय सुनुवाइ गर्नु पर्ने व्यवस्था स्वतन्त्र न्यायपालिकाको अवधारणा विपरीत भएको भन्ने समेत निवेदकको दावी रहेको थियो । सो निवेदनमा अदालतले आधारभूत संरचनाको बारेमा चर्चा गर्दै अव्यक्त रूपमा नेपालको अन्तरिम संविधान, **२०६३ ले समेटेका आधारभूत संरचनाको बारेमा यसप्रकार व्याख्या गरेको छ :-**

> "प्रजातन्त्रको विश्वव्यापी मापदण्डको रूपमा रहेको अन्तरिम संविधानले अवलम्वन गरेको विधिको शासन, मौलिक मानव अधिकार र यी अधिकारहरूको रक्षा गर्ने स्वतन्त्र र सक्षम न्यायपालिका लगायत जनआन्दोलनद्वारा एकात्मकबाट संघात्मक र राजतन्त्रात्मकबाट गणतन्त्रात्मक राज्यमा परिणत हुन् । नेपाली जनताले चाहेकोले संघात्मक र लोकतान्त्रिक गणतान्त्रिक व्यवस्थालाई संविधानले आधारभूत संरचना नभने पनि स्वभाविकरूपमा ती विषयहरू अन्तरिम संविधानका अन्तरनिहित आधारभूत संरचना हुदाँ असंशोधनीय छन् ।"

विजयराज शाक्य समेत वि. राष्ट्रपति रामवरण यादव समेत (२०६६-WS-००५०) **को रिट** नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ मा आठौं संशोधन गरी संविधानसभाको कार्यकाल बढाएको विषयमा परेको थियो । सो निवेदनमा अदालतले गरेको व्याख्या अनेकन टिप्पणीको विषय बनेको थियो । सो संविधानको धारा ६४ मा रहेको संविधान सभाको कार्यकाल दुई बर्षको हुने विषय संविधानको आधारभूत संरचना भएकोले संशोधन हुन सक्दैन भन्ने निवेदन दावी रहेको थियो । तर अदालतले यो मुद्दामा त्यो दावीलाई स्वीकार गरेन । सो आदेशमा भनिएको थियो :- "आधारभूत संरचना भन्नाले देशको Polity जुन संविधानद्वारा वा संविधान मार्फत प्रतिविम्वित हुन्छ त्यो Polity हो । धारा ६४ देशको Polity नभई Mandate पूरा गर्ने Directory प्रकृतिको अवधि हो । त्यसैले धारा ६४ लाई आधारभूत संरचना भन्नेमा सहमत हुन सकिएन ।"[११६]

प्रस्तुत रिटमा संविधानसभाले समयमा संविधान निर्माण गर्ने प्रयासै नगरेको भन्ने निवेदकले उठाएको विषयलाई राजनीतिक प्रश्नको संज्ञा दिदै त्यस्तो राजनीतिक औचित्यताको विषयमा अदालतले कसैलाई उत्तरदायी बनाउने गरी हस्तक्षेप गर्नु शक्ति पृथकीकरण र संविधानवादको सिद्धान्तमा उपयुक्त नहुने व्याख्या भएको छ । यो आदेशमा अदालत बढी नै परम्परागत दृष्टिकोणमा उभिएको एवम् संयमित भएको अवस्था छ ।

---

[११६] २०६७।७।१८ मा भएको सो आदेश सर्वोच्च अदालतको विशेष इजलासले गरेको थियो । मा.न्या. श्री बलराम के.सी.को राय रहेको सो इजलासमा मा.न्या. श्री गिरीशचन्द्र लाल र मा.न्या. श्री प्रकाश वस्ती रहनु भएको थियो ।

बालकृष्ण न्यौपाने वि. राष्ट्रपतिको कार्यालय समेत, (२०६६-**WS**-००५६) **को रिट**मा अदालतले विजयराज शाक्यको अघिल्लो निवेदनमा कायम भएको रुलिङ्ग कायम रहन नसक्ने आदेश गरेको थियो। खास गरी संविधानको दशौं संशोधन उपर परेको रिटमा **सर्वोच्च अदालतले भनेको छ :**

> अनन्तकालसम्म पनि संविधान निर्माण गर्नु पर्ने दायित्व संविधानसभाले निर्वाह गर्न सकेन भने पनि मूलभूत जिम्मेवारी पूरा गर्न नसक्ने त्यस्तो निकाय सधैंका लागि शास्वत र निर्विकल्प रूपमा कायम रहिरहनु पर्दछ भन्ने दृष्टिकोण पनि यस अदालतले बनाउँन सक्दैन। किनभने संविधानले निश्चित जिम्मेवारीका लागि खडा गरेको संस्था वा निकायको एउटा औचित्यपूर्ण समय सीमा र अवधि हुन्छ र त्यो कुरा वर्तमान संविधानसभाको हकमा पनि समान रूपमा लागू हुन्छ। ... संविधान निर्माणको कार्य नै आफ्नेलमा पर्ने गरी व्यवस्थापिका संसदको हैसियतमा सरकारको गठन र विघटनलाई प्राथमिकतामा राखी संविधानसभा आफ्नो मूल जिम्मेवारी प्रति नै विमुख रहेको देखिने गरी त्यस किसिमको अनिश्चितता देखाउने र पटक पटक संविधानसभाको कार्यकाल थप गरी यसलाई एउटा अन्त्यहीन संस्थाको रूपमा स्थापित गर्न खोज्नु अन्तरिम संविधानको अभिप्राय होइन, संविधानको धारा ६४ ले त्यस्तो परिकल्पना गरेको छैन नत आवश्यकताको सिद्धान्तले नै त्यस्तो प्रबृत्तिलाई सहयोग गर्दछ।[११७]

संविधान संशोधन विधेयकको विरुद्धमा परेको एउटा रिटमा सर्वोच्च अदालतले विधायिकी प्रक्रियामा रहेको संविधान संशोधन विधेयकको न्यायिक परीक्षण गर्नु नपर्ने गरी आदेश गरेको थियो।[११८] संविधान संशोधनको सन्दर्भमा परेका उल्लिखित रिटमा भएको आदेशलाई समेत सन्दर्भको रूपमा लिँदै वर्तमान संविधानले संविधानका केही विषयहरू असंशोधनीय समेत बनाएको छ।

संवैधानिक सर्वोच्चता कायम गर्ने दिशामा सर्वोच्च अदालत

२०४७ सालको नेपाल अधिराज्यको संविधानले न्यायालयलाई स्वतन्त्रता सम्पन्न बनाई संविधानको संरक्षण गर्ने अभिभावकीय भूमिका समेत दिएको थियो। त्यसपछि जारी भएका संविधानहरूले पनि स्वतन्त्र न्यायपालिकाको अवधारणालाई आत्मसात गरी संवैधानिक सर्वोच्चताको जगेर्ना गर्ने जिम्मेवारी न्यायपालिकालाई प्रदान गरेको देखिन्छ। यस क्रममा हालसम्म ८० भन्दाबढी कानूनी व्यवस्थाहरू संविधानसँग बाझिएको कारण अमान्य र बदर भइसकेको देखिन्छ।[११९] यो क्रममा सर्वोच्च अदालतले गरेका व्याख्याले सीमित सरकारको अवधारणालाई कार्यान्वयनमा ल्याउन मार्गदर्शन गरेको मान्न सकिन्छ। **बाझिएका कानूनको सन्दर्भमा एउटा आदेशमा भनिएको छ :**

---

[११७] भरतमणि जंगम समेत वि. राष्ट्रपति कार्यालय समेत, नेकाप २०६८ अंक ८ नि.नं. ८६६२

[११८] टिकाध्वज थापा वि. व्यवस्थापिका संसद समेत भएको रिटमा यस्तो आदेश भएको हो।

[११९] विस्तृत जानकारीका लागि सर्वोच्च अदालतबाट अमान्य र बदर गरिएका कानूनहरूको बारेमा कानून, न्याय तथा संसदीय मामिला मन्त्रालयबाट प्रकाशित प्रतिवेदन हेर्न सकिन्छ।

संविधानसँग कानून अमान्य भएको भन्ने निवेदनको निरूपणका लागि यस अदालतले लिने गरेको आधारहरूमा विधायिका निर्मित कानून संविधानसम्मत रहेको अनुमान गरिन्छ। कानून संविधानसँग बाझिएको छ भन्ने जिकिर लिने पक्षले सो कुरा स्पष्ट किसिमले प्रमाणित गर्नुपर्छ। यसको लागि निजले सफा हात लिएर आउनुपर्छ र उल्लिखित कानूनलाई स्वीकार गरेको वा त्यसबाट फाइदा लिएको देखिनु हुँदैन। बाझिएको कुरा सामान्य विवेक भएको मानिसले सहजरूपमा थाहा पाउन सक्ने हुनुपर्छ। सामान्य मानिसले त्यसरी बुझ्न सक्दैन भने त्यसलाई बाझिएको भनेर अदालतले बलपूर्वक व्याख्या गर्दैन। अदालतले कानूनको समीक्षा गरेर यस्तो कानून भैदिए अझ राम्रो हुन्थ्यो भनी त्यसको औचित्य खोज्ने वा मसौदाकारको काम गर्दैन। अदालतले दाबी गरिएको कानून स्पष्टसँग संविधानसँग बाझिएको छ छैन भन्नेसम्म हेर्छ। विवेक, तर्कसम्मत र बुझ्न सकिने वर्गीकरण (reasonable and intelligible differentia) सर्वस्वीकृत छ। समान र असमानबिच समान कानून लागू गर्न मिल्दैन। यसबाट झन् असमानता बढ्छ। कर्मचारी प्रशासनको स्वरूप संगठन र तीनीहरू बीचको वर्गीकरण राज्यको नीतिभित्र पर्ने नीतिगत कुरा भएकाले यो अन्यायपूर्ण नदेखिएसम्म अदालतले हात नहाल्ने।[१२०]

संवैधानिक सर्वोच्चता कायम राख्न गरेको सर्वोच्च अदालतको अर्को आदेश हो उपराष्ट्रपति परमानन्द झाले हिन्दी भाषामा लिएको सपथ बदर गर्ने निर्णय।[१२१] मानव बेचविखन तथा ओसार पसार (नियन्त्रण) ऐन, २०६४ को दफा ८ मा गरिएको सो मुद्दाका निश्चित आरोप लागेका अभियुक्तलाई थुनामा राखी कारवाही गर्नु पर्ने व्यवस्था संविधान र न्यायका मान्य सिद्धान्त विपरीत भएको भनी सर्वोच्च अदालतले अमान्य र बदर गरेको छ।[१२२] त्यसैगरी एफ एम रेडियो सञ्चालनमा लगाएको शर्त बन्देज सहितका निर्देशनलाई उत्प्रेषणको आदेशद्वारा बदर गर्ने गरी जारी भएको माधवकुमार बस्नेत समेतको रिटमा जारी भएको आदेश समेतले संवैधानिक सर्वोच्चताको जगेर्ना भएको छ।[१२३]

कानूनको शासनको प्रबर्द्धनमा सर्वोच्च अदालत

लोकतान्त्रिक शासन व्यवस्थामा कुनै पनि प्रकारको स्वेच्छाचारितालाई स्वीकार गरिदैन। विभिन्न दार्शनिकहरूले विकास गर्दै ल्याएको यो अवधारणालाई अल्वर्ट भेन डायसीले सूत्रबद्धरूपमा प्रस्तुत गरे।[१२४] उनको यो सिद्धान्तलाई लोकतान्त्रिक मुलुकहरूले अंगिकार गरे। कानूनको शासन भएको

---

[१२०] रविन्द्र श्रेष्ठसमेत बिरुद्ध स्वास्थ्य तथा जनसंख्या मन्त्रालयसमेत, नेकाप २०७३ अंक २ नि.नं. ९५३८

[१२१] बालकृष्ण न्यौपाने वि. उपराष्ट्रपति परमानन्द झासमेत, नेकाप २०६३ अंक ४ नि.नं. ८११७

[१२२] कमलेश द्विवेदी वि. मन्त्रिपरिषद सचिवालय समेत, नेकाप २०६५ अंक ५ नि.नं. ८१३९

[१२३] ०५७ सालको रिट नं. ३४५२ आदेश मितिः २०५८।४।११

[१२४] According to Dicey; Rule of law means the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbotrary power, and excludes the existence of arbitrariness, of prerogative, or even of wide discretionary authority on the part of the government. Englishmen are ruled by the law, and by the law alone; a man may with us be punished for a breach of the law,

मुलुकमा असमानतालाई संरक्षण गरिदैन। कानूनको उल्लंघनलाई सहन गरिदैन। कानून विपरीतका कार्यहरूलाई प्रश्रय दिइदैन। यो सन्दर्भमा सूचनाको हकको संरक्षणका लागि गोपाल शिवाकोटीको रिटमा सर्वोच्च अदालतले जारी गरेको आदेशलाई उल्लेख्य घटनाक्रमको रूपमा लिन सकिन्छ। छानी छानी कर्मचारीलाई अवकाश दिएको विषयमा बद्रीकुमार बस्नेत समेतको रिटमा जारी गरेको आदेशले प्रशासकीय न्यायको क्षेत्रमा मार्गदर्शन गरेको छ। पछिल्लो उदाहरणको रूपमा लोकमान सिंह कार्कीको मुद्दामा भएको आदेशलाई लिन सकिन्छ। कानूनको शासनको दृष्टिले पुष्पकमल दाहाल प्रचण्डको रिटमा सर्वोच्च अदालतले गरेको आदेश नेपालको न्यायिक इतिहासमा उल्लेख गर्न लायक आदेश हो **जसमा भनिएको छ** :

> प्रारम्भिक चरणमा नै स्पष्ट कानूनी त्रुटि (Apparent error of Law) देखिएको अवस्थामा कुनै निकायबाट भएको निर्णयमा वैधानिकताको तत्व (Legitimacy) रहन नसक्ने। कुनै कार्य सम्पादन गर्ने सम्बन्धमा कुनै कानूनले स्पष्ट र वाध्यात्मक व्यवस्था गर्दछ भने त्यो कार्यविधि अनिवार्य रूपमा जस्ताको तेस्तै पालना भएकै हुनुपर्दछ। कानूनले किटानी वा वाध्यात्मक व्यवस्था गर्दैन भने मात्र स्वविवेक वा तजवीजको प्रयोग हुन सक्ने गुन्जाइस रहन्छ। वाध्यात्मक व्यवस्थाको प्रयोग तजवीजबाट नभई कानूनबमोजिम नै हुनु अपरिहार्य र वाञ्छनीय हुने।कानूनबमोजिम वाध्यात्मक रूपले पालना गर्नुपर्ने कार्यविधि अवलम्बन नगरी भएको काम कारवाही कानूनको दृष्टिमा सम्पन्न भएको नै मान्न नसकिने हुँदा त्यस्तो कार्यले वैधता प्राप्त गर्न सक्दैन। बाध्यात्मक रूपले अवलम्बन गर्नुपर्ने कार्यविधि नअपनाई भएको निर्णय एवं काम कारवाही स्वेच्छाचारी हुने हुँदा कानूनको नजरमा बदरयोग्य (Voidable) हुने। [१२५]

भ्रष्टाचार नियन्त्रण शाही आयोग सम्बन्धी विषयमा अदालतले गरेको आदेश समेत यो विषयमा उल्लेख्य उदाहरणको रूपमा रहेको छ। राजीव पराजुली विरुद्ध सो आयोग भएको उक्त रिटमा सर्वोच्च **अदालतले भनेको थियो** :

> कुनै कारण देखाएर संवैधानिक अंगलाई प्रदान गरिएको काम कर्तव्य र अधिकारमा प्रत्यक्ष, अप्रत्यक्ष रूपमा प्रभाव पार्ने, अतिक्रमण हुने या संवैधानिक निकाय प्रभावित वा प्रभावहीन अवस्थामा पुग्ने कार्यबाट संवैधानिक जग कमजोर मात्र होइन खलबलिन पनि पुग्दछ, संविधानवाद र संविधानको विकासमा अवरोध पुग्न जान्छ। ... नेपाल अधिराज्यको संविधानले भ्रष्टाचार सम्वन्धमा तहकिकात गर्ने निकाय र मुद्दा हेर्ने निकायको छुट्टा छुट्टै व्यवस्था गरेकोमा भ्रष्टाचार निवारण शाही आयोगलाई छानविन कारवाही गर्ने र सजाय गर्ने समेतको कार्य एउटै निकायलाई तोक्ने कार्य संविधानको उद्देश्य र भावना अनुकूल रहेको भन्न मिल्ने समेत देखिन आएन।

---

but he can be punished for nothing else. Essays in Constitutional Law, R.F.V. Heuston, Universal Law Publishing Co. 2011 page 34

[१२५] नेकाप २०६७ अंक ७ निर्णय नं. ८४०६

अख्तियार दुरूपयोग अनुसन्धान आयोगका प्रमुख आयुक्तमा लोकमान सिंह कार्कीको नियुक्ति गरिएको विषयमा निजको योग्यता र अनुभवको सम्वन्धमा प्रश्न उठाई रिट दायर गरिएको थियो । सो रिटमा आदेश गर्दै सर्वोच्च अदालतको पूर्ण इजलाशले गरेको आदेशको **यो अंश निक्कै नै सान्दर्भिक रहेको छ** :[१२६]

> लोकतान्त्रिक मूल्य मान्यता, कानूनको शासन, संविधानवाद आदिका दृष्टिले हेर्दा राज्यका सबै काम कारवाही र क्रियाकलापको मापन आधार भनेको संविधान नै हो । राजनीतिक गतिविधि, क्रियाकलापसमेत संविधानको दायराभित्र अर्थात् संविधान अन्तर्गत रहेर नै सञ्चालित हुनुपर्दछ । संविधानले निर्धारण गरेको सीमा-रेखाभन्दा बाहिरका राजनीतिक सहमतिले वैधानिक मान्यता प्राप्त गर्न सक्दैनन् । लोकतान्त्रिक शासन व्यवस्था र संविधानवादको मान्यताअनुसार संविधानअनुसार राजनीति निर्देशित र सञ्चालित हुनु पर्दछन् संविधानभन्दा बाहिर गएर राजनीति सञ्चालित हुन नसक्ने । पदीय जिम्मेवारीअनुसारको योग्यता र क्षमता वस्तुगत आधारमा यकिन गरेर मात्र योग्यतम् व्यक्तिलाई संवैधानिक अंगको पदाधिकारीको पदमा नियुक्त गरिनु वाञ्छनीय देखिन्छ । योग्यता नै नपुगेका व्यक्तिलाई संवैधानिक पदाधिकारीको पदमा स्वेच्छाचारी तवरबाट नियुक्त गरिएमा संविधानको उल्लङ्घन हुन पुग्ने ।

सरकारले मुद्दा फिर्ता लिने गरी गरेका विभिन्न आदेशमा सर्वोच्च अदालतले कठोर टिप्पणी गरी त्यस्ता आदेशहरू बदर गरेको छ । खास गरी गोपीबहादुर भण्डारीको रिटमा अदालतले गरेको आदेशमा कानूनको शासनको पक्षमा बलियो तर्क गरिएको छ र सरकारलाई स्वेच्छाचारी रूपमा निर्णय गर्ने अधिकार कानूनले नदिएको टिप्पणी गरिएको छ । **त्यस्तै प्रकृतिको अर्को रिटमा भनिएको छ** :

> अमूक कुनै राजनीतिक दलहरूको सिफारिशमा कर्तव्य ज्यान जस्तो जघन्य अपराधमा उन्मुक्ति दिँदै जाने हो भने कानूनी शासनको सिद्धान्तको बर्खिलाप हुन जानुका साथै दण्डहीनताले प्रश्रय पाई राज्य व्यवस्था सञ्चालनमा समेत कठिनाई उत्पन्न हुन जाने कुरालाई नकार्न सकिँदैन । लोकतान्त्रिक व्यवस्थामा कानूनी शासनको सिद्धान्तलाई आत्मसात् गर्दै अगाडि बढेमा मात्र राज्यको शान्ति, सुरक्षा, अमनचयन कायम गर्ने नागरिकप्रतिको दायित्व पूरा हुन जान्छ । कर्तव्य ज्यान जस्तो जघन्य अपराधमा अभियुक्तहरूलाई कानूनको कठघारमा नउभ्याई सिधै राजनीतिक दलको सिफारिशका आधारमा उन्मुक्ति दिँदै जाने हो भने जघन्य अपराधको श्रृङ्खला बढ्दै गई नागरिक असुरक्षित हुँदै राज्य व्यवस्था नै सञ्चालन गर्न नसकिने अवस्थामा पुग्न जाने हुन्छ ।[१२७]

---

[१२६] ओम प्रकाश अर्याल विरुद्ध संवैधानिक परिषद समेत, नेकाप २०७३ अंक ११ नि.नं. ९७१०

[१२७] खुशीलाल साह वि. प्रम तथा मपका समेत नेकाप २०७१ अंक ४ नि.नं. ९१५१ । यस्तै मुद्दा फिर्ताका सम्वन्धमा जारी भएका अन्य प्रतिनिधि आदेशहरू यसप्रकार रहेका छन् : नेकाप २०५१, नि.नं. ४९४०, पृ. ५०४, नेकाप

नेपाल सरकारले स्थानीय निकायको स्वायत्तता भित्रको कुनै विषयमा नियामक वा हस्तक्षेपकारी भूमिका निर्वाह गर्न खोज्यो भने त्यस्तो कार्य विकेन्द्रीकरण एवम् अधिकार निक्षेपणको मान्यता प्रतिकूल भई पुनः अधिकारको केन्द्रीकरणमै रूपान्तरण हुन जाने र स्थानीय स्वायत्तता र स्वशासनको मूल आधार र मान्यता समेत नष्ट हुन पुग्ने भनी बसन्त आचार्यको रिटमा सर्वोच्च अदालतले आदेश गरेको छ ।[१२८] त्यसै गरी सैनिक न्यायको सम्वन्धमा भुवन प्रसाद निरौलाको रिटमा सर्वोच्च अदालतको आदेशानुसार सैनिक ऐनमा उच्च अदालतको न्यायाधीशको नेतृत्वमा सैनिक विशेष अदालत गठन हुने गरी कानूनी व्यवस्था गरियो ।[१२९] **सो फैसलामा भनिएको थियो :**

> सैनिक ऐन तथा नियममा रहेका सैनिक न्याय व्यवस्थासम्बन्धी प्रावधानहरूलाई संविधान तथा न्यायका मान्य सिद्धान्तहरूसँग संगति कायम हुने गरी व्यवस्था गरिनु पर्दछ । शुरु तहका सैनिक अदालतहरूबाट भएका फैसला वा निर्णयहरू सैनिक अधिकृतबाट सदर वा बदर गर्ने प्रणालीलाई कुनै पनि तर्कका आधारमा जायज ठहर्याउन नसकिने हुँदा सैनिक अदालतका फैसला वा निर्णयहरूको न्यायिक परीक्षणका लागि कम्तीमा पनि एकतह पुनरावेदन सुन्ने व्यवस्था सुनिश्चित् गरिनु पर्ने ।

कानूनले प्रशासकीय कार्यकारिणी अधिकारी वा निकायलाई आत्मनिष्ठ तजविजी अधिकार दिए पनि त्यस्तो अधिकारको प्रयोग सदासयपूर्ण तरिकाले हुनु पर्दछ । अधिकारको दुरूपयोग गरिनु हुदैन । भेदभावपूर्ण तरिकाले त्यस्तो अधिकारको प्रयोग गर्नु हुदैन र त्यसले निर्णयमा बद्नियत र पूर्वाग्रह रहनु हुदैन भनी बावुराम पौडेल वि. मन्त्रिपरिषद् सचिवालयसमेत भएको रिटमा सर्वोच्च अदालतले आदेश गरेको छ ।[१३०] कारिसिंह मूल वि. लोक सेवा आयोग समेत भएको एउटा रिटमा सर्वोच्च **अदालतले आदेश गर्दै भनेको छ :**

> राज्यका हरेक निकायहरूले आफूबाट भएको काम कारवाही र निर्णयको कानूनी आधार देखाउन सक्नुपर्ने हुन्छ । देखाउन नसके त्यस्ता काम कारवाही र निर्णयले वैधता पाउन सक्दैन । कानूनबाट सिर्जित व्यक्तिको अधिकारको आधार पुग्ने गरी मनोगत र स्वेच्छाचारी (Arbitrary) किसिमले निर्णय गर्नु हुदैन । कानूनद्वारा सिर्जित व्यक्तिको अधिकारलाई सो कानून अन्तर्गत बनेको नियम वा कुनै नीतिगत निर्णयका आधारमा खोस्न वा कुनै सीमा बन्देज लगाउन मिल्दैन । कानूनद्वारा निर्धारित पूर्वशर्त पूरा भएको अवस्था भएमा सो बमोजिम गरिदिनु प्रत्येक निकायको दायित्व हुन जाने ।[१३१]

---

२०३ को नि.नं. ७७८१, पृ. १३८४ र नेकाप २०६५ को नि.नं. ८०१३, पृ. ११०८, नेकाप २०६४ अंक ६ नि.नं. ७८६२

[१२८] नेकाप २०६८ अंक ५ नि.नं. ८६०६

[१२९] नेकाप २०६८, अंक १० निर्णय नं. ८६९२

[१३०] नेकाप २०५१ अंक ३ नि.नं. ४८७५

[१३१] नेकाप २०७३ अंक ३ नि.नं. ९५५८

कानूनको शासन प्रवर्द्धन गर्ने दिशामा श्री ५ वीरेन्द्रको अपुतालीसम्बन्धी सर्वोच्च अदालतको निर्णय पनि उल्लेख गर्न उपयुक्त प्रकृतिको छ ।[१३२]

सार्वजनिक सरोकारका विषयमा सर्वोच्च अदालत

छिटपुट अभ्यासमा आएको भए पनि सार्वजनिक सरोकारको विवाद नेपालको संवैधानिक विकास क्रममा २०४७ पछि नै संस्थागत भएको हो । यस्ता विवादहरूको किनारा गर्ने क्रममा भएका व्याख्याले नेपालको संवैधानिक कानूनको विकासमा महत्वपूर्ण योगदान पुऱ्याएको देखिन्छ । प्रा. सूर्य ढुंगेलले लेख्नु भएको छ :सार्वजनिक सरोकारको विवादको माध्यमबाट नेपालको संवैधानिक कानूनमा महत्वपूर्ण योगदान पुगेको छ । .. the technique of using public interest litigation is making an increasingly important contribution to the constitutional law of Nepal.[१३३] चन्द्रबहादुर थापाले दायर गर्नु भएको भूगोल पार्कको संरक्षण सम्बन्धी रिटलाई सार्वजनिक सरोकारको विवादको प्रारम्भ विन्दु मान्ने गरिन्छ । तर सो बखत यो अवधारणा विकास नभै सकेको हुँदा हकदैयाको अभावमा रिट खारेज गरिएको थियो । पछि यस्ता विवादहरूको किनाराका क्रममा मुलुकको संवैधानिक तथा कानूनी प्रणालीमा रूपान्तरण गर्ने गरी आदेशहरू जारी भए । २०४७ सालको संविधानमा सार्वजनिक सरोकारको विषयमा सर्वोच्च अदालतको अधिकारक्षेत्र रहने गरी संवैधानिक व्यवस्था गरियो । सो संविधानको कार्यावधिमा सार्वजनिक सरोकारका रिट निवेदनहरू दायर हुने र आदेश गर्ने कार्यले निक्कै नै गति लियो । प्रभावशाली व्यक्ति वा संस्थाको तर्फबाट दायर भएका रिटमा सर्वोच्च अदालत बढी सकारात्मक रूपमा प्रस्तुत भएको आरोप पनि यो सन्दर्भमा नसुनिएको होइन । नेपालको अदालतले सार्वजनिक सरोकारका विवादमा जारी भएका आदेशहरूमा भारतीय न्यायपालिकाले न्यायिक सक्रियता प्रदर्शन गर्दै जारी गरेका कतिपय ओदशको प्रभाव परेको पनि देखिन्छ ।[१३४] यद्यपि नेपालको संवैधानिक कानूनको विकासमा सार्वजनिक सरोकारको विवादको रिटमा जारी भएका आदेशहरूले निक्कै ठूलो योगदान गरेका छन् । राजदुत नियुक्तिको विषयमा परेको राधेश्याम अधिकारीको रिटमा सार्वजनिक सरोकारका विषयमा सर्वोच्च अदालतले निक्कै नै विस्तृत टिप्पणी गरेको थियो । यस्ता प्रकृतिका विवादका लागि विवादित विषयससँग रिट निवेदनको सार्थक सम्वन्ध र तात्विक सरोकार स्थापित गर्नु पर्ने मान्यता स्थापित भएको हो ।[१३५]

सो आदेशमा भनिएको थियो :

> निवेदकले जुन विवादलाई सार्वजनिक हक वा सरोकारको विवाद भनेर यस अदालतमा निवेदनपत्र दिएको छ, त्यो विवादको विषय वस्तुसंग निजको सार्थक सम्बन्ध (Meaningful Relation) वा तात्विक सरोकार (Substantial interest) हुनैपर्छ र साथै

---

[१३२] भूमि सुधार तथा व्यवस्था मन्त्रालय वि. प्रेरणा राज्य लक्ष्मी सिंह, नेकाप २०७५ अंक ३, नि.नं. ९९६३

[१३३] Surya P. Dhungel et.al, Commentary on the Nepalese Constitution, DeLF, 1998 p. 12

[१३४] भारतीय न्यायालयले प्रदर्शन गरेको न्यायिक स्वतन्त्रताको बारेमा विस्तृत जानकारीका लागि S.P. Sathe, Judicial Activism in India, Oxford University press, 2011 हेर्न सकिन्छ ।

[१३५] अधिवक्ता राधेश्याम अधिकारी वि. मन्त्रिपरिषद् सचिवालयसमेत, नेकाप, २०४८ अंक १२ नि.नं. ४४३०

> विवादमा मुछिएको सार्वजनिक हक वा सरोकारसंग सम्बन्धित जनसाधारणको प्रतिनिधित्व निजले सही रूपमा गर्न सक्दछ भन्ने कुराको पनि निजले अदालतलाई विश्वास गराउन सक्नु पर्छ। यस अदालतको असाधारण न्यायिक प्रक्रियालाई प्रारम्भ गराउनको लागि साधारण अभिरुचि वा चासोलाई मात्र पर्याप्त मान्न सकिन्न। आफ्नो कुनै अर्थपूर्ण सम्बन्ध नभएको वा आफूले सरोकार राख्नु पर्ने पर्याप्त र मनासिब कारण नभएको कुनै कुरामा विवाद खडा गर्ने र त्यसलाई न्यायिक निरूपणको लागि अदालतमा ल्याउने अधिकार उक्त धारा ८८ को उपधारा (२) ले कसैलाई प्रदान गरेको सम्झन मिल्दैन।

त्यसपछि सार्वजनिक सरोकारका रिटहरूको संख्या सर्वोच्च अदालतमा उल्लेख्य रूपमा विस्तार भयो। ती निवेदनहरूको किनाराको क्रममा न्यायालयले न्यायिक सक्रियता प्रर्दशन गरेको छ। हालै मात्र राजुप्रसाद चापागाईको रिटमा असहायको संरक्षणका लागि अदालतले दिएको निर्देशन निक्कै नै महत्वपूर्ण रहेको छ। त्यसैगरी धुमपान नियन्त्रण सम्वन्धमा ज्योति बानियाको रिटमा **सर्वोच्च अदालतले भनेको छ :**

> मानिसले जानेर वा नजानेर धुम्रपानको कूलतमा फस्ने भएकोले धुम्रपान विरूद्ध सचेतना अभिवृद्धि गर्नु, धुम्रपानको प्रर्वद्धन हुने गरी सार्वजनिक प्रचार प्रसार गर्नु, सुर्तिजन्य पदार्थको बट्टा, प्याकेट तथा पार्सलको प्याकेजिङ्ग र लेबुलको बाहिरी भागमा सुर्तिजन्य पदार्थ स्वास्थ्यको लागि हानिकारक छ भन्ने व्यहोराको चेतावनीमूलक सन्देश एवम् सुर्तिजन्य पदार्थको सेवनको असरबाट हुने घातक रङ्गिन चित्र अनिवार्य रूपमा सुर्तिजन्य पदार्थ उत्पादन गर्ने कम्पनीलाई राख्न लगाउनु र सार्वजनिक स्थलहरूमा यसको उपयोगलाई प्रतिबन्धित गर्नुपर्ने राज्यको दायित्व हुने। जनस्वास्थ्यको सम्बन्ध व्यक्तिका जीवनलगायतका अनेकौं हकहरूको प्रचलनसँग पनि सम्बन्धित हक हुनाले सुर्तिजन्य पदार्थ सेवनको समस्याले अन्य मौलिक हकहरूमा असर र प्रभावसमेत पार्दछ। यसक्रममा राज्यले विधायिकी अधिकारको प्रयोग गरी कानूनको निर्माण, कार्यान्वयन तथा आवश्यक नियम बनाई सोको कार्यान्वयन भए नभएको सम्बन्धमा सरकारी संयन्त्रमार्फत् प्रभावकारी नियमन गर्नु राज्यको कर्तव्य हुन आउँछ। यदि राज्यको तर्फबाट यस्ता कदमहरू चालिदैनन् भने नागरिकलाई संविधानले प्रत्याभूत गरेको जीवनको अधिकारको संरक्षण गर्ने दिशामा राज्य संयन्त्र उदासीन भएको मान्नुपर्ने। [१३६]

मीरा ढुंगाना समेतले दायर गरेको वैवाहिक बलात्कारसम्बन्धी रिटमा सार्वजनिक सरोकारको विषयलाई सर्वोच्च अदालतले **यसप्रकार उल्लेख गरेको छ :**

> सार्वजनिक हक वा सरोकारको विवादमा उजुरीकर्ता, विपक्षी र न्यायकर्ता सबैको एउटै उद्देश्य विन्दुमा केन्द्रित हुने, परस्पर विरोधि भन्दा सहयोगिताको, पक्ष विपक्षको हितको प्रतिद्वन्द्विताको सट्टा सहकारिताको भाव रहेको हुन्छ। त्यसैले यस्ता सार्वजनिक

[१३६] ज्योति बानियासमेत बिन. प्रम तथा मपकासमेत, नेकाप २०७१ अंकः ३ नि.नं. ९१३२

> हकहितसँग सम्वन्धित मुद्दामा न कुनै पक्षको हार हुन्छ न कुनै पक्षको जित नै हुन्छ । रिट जारी भए पनि वा खारेज भए पनि दुवै अवस्थामा सार्वजनिक हित संरक्षित हुन जाने हुन्छ ।[१३७]

सरकारी वा सार्वजनिक सम्पत्ति व्यक्तिको नाममा दर्ता हुनु हुँदैन । सार्वजनिक सम्पत्ति सार्वजनिक नै कायम हुनुपर्दछ भनी कृष्णराम विजयनन्द समेत विरुद्ध अदुअआ समेत भएको रिटमा[१३८] जारी भएको आदेश सार्वजनिक हितमा केन्द्रित भएको देखिन्छ ।

दुई छुट्टा छुट्टै कानूनी व्यवस्था परस्परमा बाझिएको भनी दावी गर्दा ती कानूनहरू बाझिएको पुष्टि हुने आधारका साथ कानून बाझिएको कारण निवेदकको के कस्तो संवैधानिक हक तथा कानूनी अधिकारमा आघात हुन गएको छ वा आम समुदायको के कस्तो समाजिक हितमा असर पुगेको छ सो समेत उल्लेख गर्नु पर्ने हुन्छ भनी सुरेन्द्र महतोको रिटमा आदेश भएको छ ।[१३९] सार्वजनिक सरोकारको विवादका सम्वन्धमा भिमसेन पोखरेलको रिटमा सर्वोच्च अदालतले गरेको आदेशले नयाँ दृष्टिकोण विकास गरेको छ ।[१४०] यसले सार्वजनिक सरोकारका निवेदनहरूलाई नियमन गर्नु पर्ने मार्गदर्शन गरेको छ भने कानूनको न्यायिक पुनरावलोकनका लागि थप व्यवस्थापनको आदेश गरेको छ । सो अनुसार सर्वोच्च अदालत नियमावलीमा समेत आवश्यक सुधार भएको छ ।[१४१]

वातावरण संरक्षणमा सर्वोच्च अदालत

वातावरण संरक्षणका लागि गोदावरी मार्वलको प्रदुषण नियन्त्रणसम्बन्धी रिटमा सर्वोच्च अदालतले महत्वपूर्ण मार्गदर्शन गरेको छ । स्वच्छ वातावरण जीवनको समग्रताको अंग भएकोले जीउने अधिकार भित्र स्वच्छ स्वस्थ वातावरणको हक पनि अन्तरभूत हुन्छ भन्ने सो आदेशको निर्देशन रहेको छ ।[१४२] सोही आदेशको कार्यान्वयनको क्रममा वातावरण संरक्षण सम्बन्धी कानून बनेको हो । सर्वोच्च अदालतले वातावरणीय न्यायको स्थापनाका लागि विभिन्न आदेशहरू जारी गरी स्वच्छ वातावरणमा बाँच्न पाउँने अधिकारलाई बाँच्न पाउने अधिकारसँग आबद्ध गरेको छ ।[१४३] **एउटा आदेशमा भनिएको छ :**

> प्रदुषणले प्रकृतिको स्वचालित वातावरणलाई परिवर्तन गर्ने, प्राकृतिक स्वच्छतामा ह्रास अथवा क्षति गरी मानवीय जीवनलाई प्रभावित गर्ने कार्य गर्दछ । मानिसको गुणात्मक जीवन कायम गर्न वातावरण प्रदुषणका कारकको रूपमा रहेका फोहरमैलाको उचित

---

[१३७] २०५८ सालको रिट नं. ५५ आदेश मिति : २०५९।१।१९

[१३८] नेकाप २०७४ अंक ८ नि.नं. ९८६६

[१३९] नेकाप २०७२ अंक २ नि.नं. ९३३९

[१४०] नेकाप २०७० अंक १ नि.नं. ८९४०

[१४१] सार्वजनिक सरोकारका विषयमा निवेदकको जिम्मेवारीका सम्बन्धमा अच्युत प्रसाद खरेल वि. प्रम तथा मपका समेत भएको रिटमा सर्वोच्च अदालतले गरेको आदेश समेत सान्दर्भिक रहेको छ । (नेकाप २०७५ अंक ३ नि.नं. ९९८२)

[१४२] नेकाप स्वर्णशुभजन्मोत्सव विशेषांक २०५२ पृष्ठ १६९

[१४३] पदमबहादुर श्रेष्ठ बि. काठमाडौं महानगरपालिकाको कार्यालयसमेत, नेकाप २०७३ अंक ४ नि.नं. ९५७७

> व्यवस्थापन गर्ने एवम् प्रदुषण नियन्त्रणको कार्यलाई सर्वाधिक प्राथमिकताको क्षेत्र मानिएको छ। वातावरणीय प्रदुषणको कारक तत्त्व विभिन्न प्रकारका फोहोर मैलाको सृजना र सोको उचित व्यवस्थापन हुन नसक्नु हो। वातावरणीय प्रदुषणले मानवीय एवम् समस्त प्राणीहरूको स्वास्थ्यमा गम्भीर असर गर्ने हुँदा स्वस्थ वातावरणमा बाँच्न पाउने हक जीवनको अधिकारसँग प्रत्यक्ष सम्बन्धित रहेको पाइने।

काठमाडौ उपत्यकामा रहेको प्रदुषण नियन्त्रणका लागि अल्पकालीन र दीर्घकालीन कार्यहरू समेत गर्न सुझाव सहित **सर्वोच्च अदालतबाट हालै जारी भएको आदेशमा भनिएको छ :**

> विकास निर्माण मानव जीवनलाई समृद्ध एवं सहज बनाउन अति आवशयक हुन्छ तर विकास निर्माणको कार्य गर्दा मानवीय जीवनलाई नै खतरामा पार्ने गरी गर्दा त्यो सन्तुलित विकास हुन सक्दैन। वातावरणमा गम्भीररूपले असर पार्ने गरी भएको विकासले विकास मानव मानवको अस्तित्वमा नै खतरा उत्पन्न गर्ने भएकाले त्यस प्रकारको विकास अभिसापमा परिणत हुन पनि सक्छ। यसले मानवीय जीवनलाई सहजता तुल्याउनुको साटो झन कठिन बनाउँदै लैजान्छ। वर्तमानमा गुणस्तरीय जीवनयापन गर्न, हाम्रो भविष्यलाई बचाइराख्न र भावी पुस्ताको जीवनलाई सुरक्षित बनाउन उचित वातावरणीय स्तर कायम गराई राख्न सबैको साझा दायित्व हुन आउँछ। उक्त दायित्व सबैबाट परिपालना गराउन मुख्य जिम्मेवारी सरकार तथा त्यस मातहतका निकायहरूको हुने कुरा निर्विवाद छ। यो नेपाल सरकारले वातावरणसम्बन्धी विभिन्न अन्तर्राष्ट्रिय मञ्चहरूमा व्यक्त गरेको प्रतिबद्धताको एउटा पाटो पनि हो। वातावरण प्रति सजगता देखाएर विभिन्न कानूनहरूको निर्माण पनि गरिएको छ। तर कानून निर्माण गर्दैमा वातावरण संरक्षण प्रतिको राज्यको दायित्व पूरा भएको मान्न सकिँदैन। त्यस्ता कानून निर्माण त वातावरण संरक्षणको एउटा साधन मात्र हो, नागरिकले स्वच्छ वातावरण प्राप्त गर्नु साध्य हो।[१४४]

वातावरण संरक्षणका सन्दर्भमा योगी नरहरिनाथको देवघाट अस्पताल सम्बन्धी रिट, गोदावरी मार्वलको प्रदुषण नियन्त्रण सम्बन्धी आदेश, प्रकाशमणि शर्माको युरो १ मापदण्ड लागू गर्ने सम्बन्धी रिटमा भएको आदेश तथा भरतमणि गौतमको वागमती संरक्षण लगायतका आदेशहरू निक्कै नै महत्वपूर्ण रहेकाछन्। त्यसैगरी प्रकाशमणि शर्माको बाग्मती नदीमा प्रदुषण मिसाउन नदिने सम्बन्धी आदेश, सुरेन्द्र भण्डारीको अरूण खोलाको प्रदुषण नियन्त्रण सम्बन्धी आदेशले समेत न्यायालयले यो विषयलाई गम्भीरतापूर्वक लिएको देखिन्छ। सर्वोच्च अदातलबाट भएका यिनै न्यायिक दृष्टिकोणहरूको पृष्ठभूमिमा वर्तमान संविधानको धारा ३० मा स्वच्छ वातावरणको हकको प्रत्याभूति गरिएको छ।

संविधान निर्माणको क्रममा सर्वोच्च अदालतले निर्वाह गरेको भूमिका

सर्वोच्च अदालतले मुद्दाको रोहमा गरेका उल्लिखित आदेशका अलावा संविधानसभाबाट संविधानको निर्माणको क्रममा पूर्ण बैठक मार्फत र न्यायाधीश समाज मार्फत सर्वाच्च अदालतको स्वतन्त्रताको

---

[१४४] अमिता गौतम पौडेल वि. प्रम तथा मपकासमेत नेकाप २०७४ अंकः ६ नि.नं. ९८२९

संरक्षण गर्नका लागि विशेष प्रयास गरेको थियो ।[१४५] खास गरी न्यायाधीशहरूको पुनर्नियुक्तिको विषय, संवैधानिक अदालतको स्थापनाको विषय र सर्वोच्च अदालत बाहिरबाट प्रधान न्यायाधीश नियुक्ति गर्ने विषयमा सर्वोच्च अदालतको तर्फबाट राखिएको अडानले संविधानमा ती व्यवस्थाहरू प्रस्तावित रूपमा आउन सकेनन् । संवैधानिक अदालतको स्थापनाका लागि गरिएको प्रयत्न न्यायपालिकाको अडानका कारण संवैधानिक इजलाशमा आएर टुंगोमा पुग्यो । नेपालको वर्तमान संविधानले धारा १३७ मा प्रधान न्यायाधीशको नेतृत्वमा पाँच सदस्यीय संवैधानिक इजलासको प्रबन्ध गरेको छ ।

सर्वोच्च अदालतका केही टिप्पणीलायक आदेशहरू

सर्वोच्च अदालतले नेपालको न्यायिक इतिहासमा शुरुदेखि नै कानूनको शासन कायम राख्न र नागरिकको स्वतन्त्रताको संरक्षण गर्न विभिन्न आदेशहरू जारी गरी नेपालको संवैधानिक कानूनको विकासलाई पनि सम्वृद्ध पार्दै यहाँसम्म ल्याइपुऱ्याउन महत्वपूर्ण योगदान गरेको छ । तर कतिपय आदेशहरूमा भने न्यायालयका दृष्टिकोणहरू संवैधानिक कानूनमा स्थापित सिद्धान्त, मूल्य र मान्यता एवम् सर्वस्वीकृत अभ्यास विपरीत रहेका पनि देखिन्छन । खास गरी पञ्चायत व्यवस्था कायम रहेको समयमा न्यायालयका आदेशहरू बढी संयमित वा नियन्त्रित रहेको पाइन्छ । जसका केही उदाहरणहरू यसपछिका अनुच्छेदमा उल्लेख गरिएको छ ।[१४६]

पश्चातदर्शी फौजदारी कानूनलाई स्वीकार

फौजदारी कानून पश्चातदर्शी रूपमा लागू गर्नु हुदैन भन्ने फौजदारी न्यायको समान्य सिद्धान्त हो । यद्यपि २०४२ सालमा बमकाण्डका दोषीहरूलाई पश्चातदर्शी कानून बनाई गरेको सजायको विषयमा परेको रिटमा सर्वोच्च अदालतले सो कानूनलाई सदर गरेको आदेशलाई नेपालको न्यायिक इतिहासमा सबैभन्दा टिप्पणीयोग्य आदेश मान्न सकिन्छ ।[१४७]

नियुक्ति विवादका भएका निर्णयहरू

प्रधान न्यायाधीश विश्वनाथ उपाध्यायको नियुक्तिका विरुद्धमा दायर भएको तेजप्रसाद पोखरेलको रिटमा सर्वोच्च अदालतले गरेको आदेशमा प्रयुक्त भाषा न्यायिक मर्यादा अनुकूलको देखिदैन ।[१४८] प्रधान न्यायाधीश सुरेन्द्र प्रसाद सिंहको उमेर सम्वन्धमा परेको रिट निवदेन फिर्ता दिँदा लेखिएको आदेशको समेत टिप्पणी हुने गरेको छ ।

बन्दीमा भिन्न दृष्टिकोण

बन्दीमा हकदैयाको प्रश्नमा महेश कुमार चलाउनेको हकमा दायर गरेको एउटा रिटमा कानून व्यावसायीलाई रिट निवेदन दिने हकदैया नभएको भनी खारेज गरेको विषय सैद्धान्तिक रूपमा मेल

---

[१४५] थप जानकारीका लागि संविधान निर्माणमा न्यायाधीश समाजको सुझाव, २०६५ हेर्न सकिन्छ ।

[१४६] सर्वोच्च अदालतले गरेका यस्ता व्याख्याहरूको छुट्टै अनुसन्धान गरी विस्तृत टिप्पणी गरिनेछ ।

[१४७] अनारसिंह कार्कीको रिटमा सर्वोच्च अदालतले विध्वंशात्मक कार्य (नियन्त्रण) ऐन, २०४२ को संवैधानिकता परीक्षण गर्न सकेन ।

[१४८] नेकाप २०४८ अंक १२ नि.नं. ४४४६

नखाएको उदाहरण हो। बन्दी प्रत्यक्षीकरणमा हकदैयाको प्रश्न सामान्यतया उठाइदैन। यो थुनाको वैधताको परीक्षण गर्ने रिट हो। बन्दी प्रत्यक्षीकरणका दुई रिटमा भएका आदेश निक्कै नै विवादास्पद रहेकाछन्। कनकमणि दीक्षित र चुडामणि शर्माको रिटमा यस्ता आदेश भएका हुन्। भ्रष्टाचार मुद्दाको अनुसन्धानका लागि विशेष अदालतबाट म्याद थप गरेपछि सर्वोच्च अदालतबाट बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिट जारी भएको विषय नेपालको न्यायिक इतिहासमा अवलम्वन भएको स्वीकृत अभ्यास विपरीत भएको मान्न सकिन्छ। सर्वोच्च अदालतले रामदेव यादव र सिके राउतको रिटमा गरेको व्याख्या भन्दा भिन्न रूपमा उल्लिखित रिटमा आदेश गरेको पाइन्छ।[१४९] सुबोध कुमार अग्रवालको बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिटमा भ्रष्टाचार मुद्दाको क्रममा अख्तियार दुरूपयोग अनुसन्धान आयोग आफैले धरौटी मागी धरौटी दिन नसकेको भनी मुद्दा हेर्ने अधिकारीको अनुमति बेगर थुनामा राखिएको विषय उठाइएको थियो। अदालतले उक्त थुना कानून सम्मत भएको भनी रिट खारेज गरेको थियो।[१५०] पछि यस्तै विषयमा सर्वोच्च अदालतले मुद्दा हेर्ने अधिकारीको अनुमति नलिई थुनामा चौवीस घण्टा भन्दा बढी थुनामा राख्न नहुने व्याख्या गरेको थियो। [१५१]

सार्वजनिक सरोकारमा हकदैयाको प्रश्न

सार्वजनिक सरोकारको विवादमा हकदैयाको प्रश्न उठाई कर्णालीको भोकमरी विरुद्ध परेको रिट खारेज गरिएको माधब कुमार बस्नेतको रिटलाई पनि अवधारणागत पक्षसँग मेल नखाने आदेशको रूपमा लिने गरिन्छ। वैवाहिक बलात्कारका विषयमा जारी भएको आदेशका बारेमा पनि पक्ष र विपक्षमा प्रशस्त तर्कछन्।

एउटा कानूनको दुई पटक न्यायिक पुनरावलोकन

त्यस्तै संसदका पदाधिकारी तथा सदस्यहरूले विशेष सुविधा पाउने गरी गरेको २०५२ सालको एउटा ऐनको व्यवस्था विरुद्धमा परेको रिटमा शुरुमा अन्तरिम आदेश जारी गरी रोक लगाइएको भए पनि पछि सो रिट खारेज गरियो। सर्वोच्च अदालतको सो आदेशले स्वेच्छाचारिता नियन्त्रण गर्न रोक लगाउन नसकेको भनी सो आदेशको धेरै आलोचना गरियो।[१५२] पछि सोही विषयमा परेको रिटमा नौ जनाको इजलासले संसद सदस्यहरूको सुविधा सम्बन्धी उक्त कानूनका कतिपय व्यवस्थाहरू अमान्य र बदर गरेको थियो।[१५३] संसदका पदाधिकारी तथा सदस्यको सुविधा सम्बन्धी ऐन, २०५२ को दफा २५ को संवैधानिकता सर्वोच्च अदालतले दुई पटक परीक्षण गरी भिन्न भिन्न आदेश गरेको उल्लिखित तथ्य सार्वजनिक भएको भए पनि कसैले उत्तरदायित्व बहन गर्नु परेको देखिएन।

---

[१४९] रामदेव यादव वि. प्रम तथा मपकासमेत भएको रिटमा सर्वोच्च अदालतको पूर्ण इजलासले साधारण अधिकारक्षेत्रको विकल्प असाधारण अधिकारक्षेत्र नहुने र यो पुनरावेदकीय क्षेत्र पनि नहुने भनी व्याख्या गरेको छ। नेकाप २०६८ अंक ८ नि.नं. ८६६५

[१५०] ०६१ सालको रिट नं. २२५ आदेश मिति : ०६१।११।२८

[१५१] तिलु घलेको रिटमा सर्वोच्च अदालतले यस्तो आदेश गरेको हो। यो आदेश सर्वोच्च अदालतको बृहत पूर्ण इजलासबाट अम्बर बहादुर गुरुङको रिटमा भएको व्याख्या भन्दा फरक रहेको छ।

[१५२] दीर्घराज प्रसाई वि. मन्त्रिपरिषद् सचिवालय समेत, नेकाप २०५५ अंक २ नि.नं. ६५०२

[१५३] भरतमणि जंगम वि. संसद सचिवालयसमेत, नेकाप २०५८ अंक ९ र १० नि.नं. ७०३०

नागरिकता विधेयकमा राय

नागरिकता सम्वन्धी विधेयकलाई अर्थ विधेयकको रूपमा प्रतिनिधि सभाले माथिल्लो सदन राष्ट्रिय सभाको असहमतिका बावबुद लालमोहरका लागि श्री ५ मा पेश गरेको थियो । सो विधेयकका विषयमा श्री ५ बाट परामर्शदायी अधिकारक्षेत्र अन्तर्गत सर्वोच्च अदालतको राय माग गर्दा अदालतले सो विधेयक संविधान सम्मत नभएको भनी राय दिएको थियो ।[१५४] सर्वोच्च अदालतको सो राय प्राप्त भएपछि सो विधेयक न फिर्ता गरियो न प्रमाणीकरण गरियो । प्रमाणीकरण नै नभएको विधेयकको सम्वन्धमा राय व्यक्त गरेको सर्वोच्च अदालतको सो आदेश न्यायिक पुनरावलोकन एवम् शक्तिको पृथकीकरण तथा नियन्त्रण र सन्तुलनको अवधारणा समेत विपरीत भएको भनी आलोचना हुने गरेको छ । राजाले नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ७१ को व्यवस्थाको उल्लंघन गरेको आरोप समेत लाग्यो ।[१५५]

सम्पत्तिको हकमा अन्यत्रको प्रभाव

सम्पत्तिको हकको संरक्षणका सम्वन्धमा मिथिलेश कुमार सिंहको मोहीयानी सम्बन्धी विषयमा अदालतले चित्तबुझ्दो आधार बेगर नै रिट खारेज गरेको थियो । उक्त आदेशमा भारतीय सर्वोच्च अदालतले सम्पत्तिको हकका सम्वन्धमा गरेको व्याख्याको प्रतिछाँया परेको देखिन्छ । यस अघि नन्दकुमारी रावलको रिट खारेज गर्दा उल्लेख गरिएका विषयहरू समेत सम्पत्तिको संरक्षण गर्ने मौलिक हक अनुकूल रहेको देखिदैन ।[१५६]

संसद विघटनमा फरक फरक धारणा

संसद विघटन सम्बन्धी विषयमा सर्वोच्च अदालतका भिन्न भिन्न दृष्टिकोणले पनि न्यायालयप्रति फरक फरक धारणा विकास भएको देखिन्छ । त्यसै गरी शेरबहादुर देउवाको कार्यकालमा संकटकालमा पनि प्रधानमन्त्रीलाई संसद विघटनको सिफारिस गर्ने अधिकार हुने र त्यस्तो समयमा पनि निर्वाचन घोषणा गर्न सकिने गरी गरेको अदालतको आदेश समेत विशेष टिप्पणीयोग्य रहेको थियो ।[१५७]

सवारीमा भन्सार छुटलाई सदर

त्यस्तै त्रिलोचन गौतमले दायर गरेको सांसदहरूलाई मोटर किन्दा कर छुट दिने अर्थ मन्त्रालयको सूचनाले समानताको हक हनन् भयो भन्ने रिटमा एक न्यायाधीशको इजलासबाट रिट खारेज[१५८] गरी सर्वोच्च अदालतले सरकारको सूचनालाई समर्थन गरेको थियो जसले मुलुकको राज्यकोषमा नराम्ररी प्रभाव पाऱ्यो । जनमानसमा पनि यो फैसला आलोच्य रह्यो । राज्यको अख्तियारीमा बसेका व्यक्तिहरूले

---

[१५४] २०५७ सालको विशेष संवैधानिक निर्देश नं. १ आदेश मिति २०५८/१/११

[१५५] जिल कोट्रेल, नयाँ संविधान निर्माण: नेपाली जनताका लागि मार्गदर्शन, इन्टरनेशनल आइडिया, सन् २००८, पृष्ठ ३९

[१५६] नेकाप २०५० अंक ४ नि.नं. ४७२१

[१५७] चित्र बहादुर केसी वि. प्रम शेर बहादुर देउवा समेत,

[१५८] नेकाप २०५३ अंक २ नि.नं. ६१५३

राज्यशक्तिको दुरूपयोग गरेको यो विषयको न्यायिक परीक्षण प्रभावकारी हुन नसक्दा राजनीतिक परिवेशमा धेरै विकृतिहरू भित्रिएको पाइन्छ ।

संविधान संशोधन उपर भिन्न भिन्न धारणा

संविधान संशोधन उपर परेको अच्युत प्रसाद खरेलको निवेदनमा सर्वोच्च अदालतले संविधानले निर्धारण गरेको प्रक्रिया पूरा गरी गरेको संशोधन न्यायिक पुनरावलोकन हुन नसक्ने र नेपालको अन्तरिम संविधानले आधारभूत संरचना निर्धारण नगरेको भनी उल्लेख गरेको विषय अवधारणागत रूपमा संवैधानिक विधिशास्त्रसँग मेल खाने खालको देखिदैन । कुनै पनि संविधानमा आधारभूत संरचना व्यक्त रूपमा हुनु पर्ने हुदैन । संविधानले बोकेको मौलिक चरित्र नष्ट गर्न नपाउने गरी संविधान संशोधनमा लगाइएको सीमालाई बेवास्ता गरी गरिएको सो व्याख्यामा सर्वोच्च अदालत चुकेको हो तर त्यसपछिका व्याख्यामा सो विषयलाई सही रूपमा संवोधन गरियो ।

कानूनको न्यायिक पुनरावलोकनमा अन्तरिम आदेश

विधेयककै संवैधानिकता परीक्षणको विषय र संवैधानिक परीक्षणका लागि परेका विषयमा अन्तरिम आदेश जारी गर्ने पद्दतिले पनि न्यायालयको अधिकारक्षेत्र र न्यायिक मान्यताको सीमा नाघेको मान्न सकिने व्यवस्था छ । संगठित अपराध निवारण अध्यादेश, २०६९ को संवैधानिकता परीक्षणका लागि परेको निवेदनमा अन्तरिम आदेश भएको थियो । सत्य निरूपण तथा मेलमिलाप र वेपत्ता पारिएका व्यक्तिको छानविन आयोग अध्यादेश, २०६९ उपर माधव कुमार बस्नेतसमेतले दायर गरेको निवेदनमा समेत अन्तरिम आदेश जारी भएको थियो । सामान्यतयाः कानूनको न्यायिक पुनरावलोकनको क्रममा अन्तरिम आदेश जारी हुने गर्दैन भन्ने न्यायिक मान्यता छ ।

प्रधान न्यायाधीशलाई आदेश

संवैधानिक इजलासको गठनका सम्वन्धमा माधव कुमार बस्नेतको रिटमा जारी भएको आदेश पनि नेपालको संवैधानिक अभ्यासमा भिन्न रूपमा आएको आदेश हो ।[१५९] सो आदेशमा संवैधानिक इजलासका लागि चार जना भन्दा बढी न्यायाधीशको नाम सिफारिश गर्न सकिने उल्लेख छ ।

प्रहरी महानिरीक्षक प्रकरण

प्रहरी महानिरीक्षक प्रकरणमा पनि सर्वोच्च अदालतका आदेशहरू भिन्न भिन्न देखिए । रिटमा प्रमाण बुझेर आदेश गर्ने, कार्य सम्पादन मूल्यांकन जोड्ने तथा त्यस्तो मूल्यांकन नै फैसलामा समावेश गरी प्रकाशन गर्ने कार्य समेत रिटको सिद्धान्तसँग मेल खाने खालको छैन । यो प्रसंगमा सर्वोच्च अदालतबाट जारी भएका दुबै आदेशहरू आलोचनाको घेरामा रहेकाछन् । प्रहरी महानिरीक्षकको नियुक्तिको विवादमा बेसरोकारवाला व्यक्तिले दायर गरेको रिटमा अन्तरिम आदेश यो सन्दर्भमा निक्कै नै आलोचित

[१५९] नमाधव कुमार बस्नेत वि. न्याय परिषद् समेत, नेकाप २०७५ अंक ५ नि.नं. ९९८५

रह्यो ।[१६०] अर्को तर्फ कार्य सम्पादन मूल्यांकन स्क्यान गरी सार्वजनिक गरिएको विषय न्यायिक अभ्यास विपरीत रहेको छ ।

एउटै विषयमा फरक फरक आदेश

अर्धन्यायिक निकायलाई प्रदान गरिएको न्यायिक अधिकारको बारेमा अदालतको दृष्टिकोणमा एकरूपता रहेको देखिदैन । ज्योति बानियाँको रिटमा भएको आदेश र निरु श्रेष्ठको रिटमा भएको आदेशमा अदालतले अति नै संयमता अपनाएको देखिन्छ[१६१] भने अम्वर बहादुर राउतको रिटमा अदालतले न्यायिक सक्रियता देखिएको पाइन्छ ।[१६२] अर्कोतर्फ न्याय सम्बन्धी अधिकार अदालत तथा अन्य न्यायिक निकायहरूबाट प्रयोग गरिने संवैधानिक व्यवस्था विपरीत स्थानीय स्वायत्त शासन ऐन, २०५५ ले स्थानीय निकायलाई न्यायिक अधिकार प्रदान गर्ने व्यवस्था अमान्य र बदर गरि पाऊ भनी परेको कलम बहादुर खत्रीको निवेदनमा सर्वोच्च अदालतको विशेष इजलासले उक्त ऐनको व्यवस्था क्रियाशील भइनसकेको भन्ने आधारमा खारेज गऱ्यो ।[१६३] जबकी निर्मला उप्रेतीको निवेदनमा अदालतले तत्काल प्रस्तावित देवानी संहिताका व्यवस्था उपर मस्यौदाको चरणमा टिप्पणी गरी सुधारका लागि निर्देशनात्मक आदेश जारी गरेको थियो ।[१६४]

आलोचना वापत दण्ड

संवैधानिक सर्वोच्चता भएको स्थानमा नागरिकका स्वतन्त्रतामा बन्देज लगाउने गरी सजाय गर्दा विचार गरिन्छ । सामान्यतया स्वस्थ आलोचना वा टिप्पणीलाई मानहानीको विषय बनाइदैन ।[१६५] न्यायालय

---

[१६०] यससम्बन्धी विस्तृत जानकारीका लागि नवराज सिलवाल वि. प्रम तथा मपका भएको रिटमा भएको आदेश, (नेकाप २०७३ अंक १२ नि.नं. ९७२३)

[१६१] २०५६ सालको रिट नं. ३४२३

[१६२] नेकाप २०४९ अंक १ नि.नं. ४४५०

[१६३] नेकाप २०५८ अंक ५ र ६ नि.नं. ७००५

[१६४] सर्वोच्च अदालतबाट जारी भएका निर्देशनात्मक आदेशहरूको कार्यान्वयनको अवस्था विषयक अनुसन्धानमूलक अध्ययनमा यो विषय उल्लेख भएको छ ।

[१६५] अदालतको अपहेलनाको विषयकै सन्दर्भमा निवेदक वरिष्ठ अधिवक्ता कृष्णप्रसाद भण्डारी समेत विरुद्ध सम्माननीय प्रधानमन्त्री सूर्यबहादुर थापा समेत भएको संवत् २०५४ सालको फौ. विविध नं. १२१ को अदालतको अपहेलनामा कारवाही गरिपाऊँ भन्ने मुद्दा (नेकाप २०५५, अंक १०, नि. नं. ६६०८, पृष्ठ ५६३) मा यस अदालत पूर्ण इजलासबाट "अपहेलनामा कारवाही चलाउने अधिकार प्रदान गर्ने उद्देश्य अदालत वा न्यायाधीशलाई निरंकुश बनाउनु होइन । यथोचित मर्यादा र सम्मान राख्दै अदालतद्वारा गरिएको कानूनी व्याख्यामा शिष्ट र संयमपूर्ण तरिकाले असहमति प्रकट गरी आफ्नो कानूनी राय व्यक्त गर्न वा पर्याप्त र उचित कारण देखाएर अदालतबाट भएको वा हुन लागेको काम कारवाहीमा आपत्ति प्रकट गर्न नसकिने हो वा कानूनी वा प्राकृतिक न्यायका सिद्धान्तको विपरीत कुनै न्यायाधीशले आफ्नो हक हित विपरीत गर्न लागेको वा कानूनको व्याख्यासम्बन्धी प्रश्नमा अदालतबाट भएको निर्णय वा फैसलामा अर्को कुनै कानूनी राय प्रकट गर्न नसकिने हो भने अदालत वा न्यायाधीशको काम कारवाही र अधिकार निरंकुश हुन जान्छ र त्यसबाट न्यायको उद्देश्य विफल हुन जाने सम्भावना रहने" भनी मार्गदर्शक सिद्धान्त प्रतिपादन भै रहेको देखिन्छ । त्यसैगरी निवेदक अधिवक्ता रविराज भण्डारी विरुद्ध प्रतिनिधि सभाका सभामुख तारानाथ रानाभाट समेत भएको संवत् २०५७ सालको फौ. विविध नं. ७६ को अदालतको अपहेलना विषयको मुद्दा (नेकाप २०६२, नि.नं. ७५५४, पृष्ठ ७२०) मा"

स्वयंले पनि विभिन्न मुद्दामा यस्तो धारणा प्रकट गरेको छ। यद्यपि संसद पुनर्स्थापना सम्बन्धी सर्वोच्च अदालतको आदेश उपर ऋषिकेश शाहले गरेको टिप्पणीमा सो फैसला न्यायिकभन्दा पनि राजनीतिक भएको भनी उल्लेख गरेको विषयलाई अदालतको अपहेलना ठहर गरेको विषय पनि न्यायिक संयमता अनुकूलको देखिदैन।[१६६]

दोहोरो सुविधा नियन्त्रणमा उदासीनता

राज्यकोषबाट निबृत्तीभरण पाइरहेको व्यक्ति पुनः सार्वजनिक सेवामा नियुक्त भएमा दोहोरो सुविधा लिने गरेको विषयमा परेको भरतमणि जंगमको रिटलाई सार्वजनिक सरोकारको नभएको भनी खारेज गरेको विषय समेत न्यायालयले सार्वजनिक सरोकारको विवादमा अवलम्वन गरेको मूल्यभन्दा फरक रहेको भनी टिप्पणी गर्न सकिने देखिन्छ।[१६७]

नागरिकताको विषय

कुमारी आमाबाट जन्मेका सन्तानलाई बंशजको आधारमा अन्य नागरिक सरह नागरिकता प्रदान गर्न नमिल्ने भनी अच्युत प्रसाद खरेलको रिटमा[१६८] भएको आदेशलाई नागरिकताको अधिकारलाई नैंसर्गिक अधिकारको रूपमा व्याख्या गर्न चुकेको आदेशको रूपमा लिन सकिन्छ।

अपहेलनाको कारवाही अदालतलाई निरंकुश वा स्वैच्छाचारी बनाउन नभै स्वच्छ एवं स्वतन्त्र न्यायप्रणाली, कानूनी राज्यको अवधारणामा आंच पुग्ने र संविधानले अदालतलाई सुम्पिएको संवैधानिक दायित्व पूरा गर्न आउने अवरोध हटाई न्यायपालिकाप्रतिको विश्वसनीयता दृढ राख्ने कार्यप्रति यसको प्रयोग हुनुपर्ने। सर्वोच्च अदालत वा अन्य न्यायिक निकायहरूबाट भएका निर्णयहरूका सम्बन्धमा स्वस्थ एवं मर्यादित रूपमा रचनात्मक समीक्षा वा टिप्पणीबाट निश्चय नै अदालतका कामकारवाहीको सुधार निमित्त सघाउ पुग्ने। अदालतको निर्णय वा कामकारवाही सम्बन्धमा न्यायपालिकाको जनविश्वासमा आंच आउने, न्यायिक कार्यमा अवरोध पुग्ने जस्ता कार्य नभएसम्म संसदमा स्वस्थ र मर्यादित बहस हुनुलाई अन्यथा मान्न नमिल्ने। तथा निवेदक अधिवक्ता हेमांग शर्मा समेत विरुद्ध सम्पादक तथा कार्यकारी सम्पादक, नव सुरुची साप्ताहिक, सुरुची प्रकाशन सहकारी संस्था लिमिटेड समेत भएको संवत् २०५४ सालको फौ. विविध नं. १२६ को अपहेलना विषयको मुद्दा (नेकाप २०६२, निर्णय नं. ७५४२, पृष्ठ ६०२) मा" अदालतसँग सम्बन्धित समाचार लेख वा पाठ्यसामाग्री प्रकाशित गर्दा कहीं असत्य, भ्रामक र द्वेषपूर्ण समाचार छापिन जाने त होइन र यस्तो सामाग्रीबाट अदालतप्रतिको जनआस्थामा प्रतिकूल असर पर्ने त होइन भन्ने कुरामा आम सञ्चारजगत सजग र सावधान रहनुपर्ने। अदालत विरुद्ध बोल्ने वा लेख्ने जोसुकैलाई जुनसुकै अवस्थामा अदालतको अपहेलनामा कारवाही चलाई सजाय गर्ने उद्देश्य अदालतको हुदैन। अपहेलनासम्बन्धी विषयमा अदालत ज्यादै संयमित रहन्छ। केवल अदालतप्रतिको जनआस्थामा प्रतिकूल असर पर्न दिनबाट जोगाउन र अदालतका कामकारवाहीहरू सुचारुरूपले चल्न नसक्ने अवस्था सिर्जना हुने गरी अदालत विरुद्ध लक्षित कामकारवाही विरुद्धसम्म ज्यादै संयमित भै अदालतले आफ्नो अपहेलनामा सजाय गर्नँ भनी सिद्धान्त स्थापित भै माथि उल्लिखित सिद्धान्तलाई निरन्तरता दिएको पाइन्छ। नेकाप २०६६ अंक ९ निर्णय नं. ८२२६

[१६६] २०५२ सालको फौ वि नं. १३० आदेश मिति २०५५।११।१८

[१६७] नेकाप २०५९ अंक ५ र ६ नि.नं. ७०८८

[१६८] २०६१ सालको रिट नं. ३५०४

पटक पटक पुनरावलोकन

मुलुकी ऐन लोग्नेस्वास्नीको १क. नं. को व्यवस्था उपर परेको निवदेनमा न्यायिक पुनरावलोकन गरी सो रिट खारेज गर्ने गरी विशेष इजलासबाट आदेश भएपछि पुनः सोही विषयमा परेको अर्को निवेदनमा अर्को विशेष इजलासले न्यायिक पुनरावलोकन गरी विगतको भन्दा भिन्न रूपमा निर्देशनात्मक आदेश जारी गर्ने गरेको आदेश समेत विशेष टिप्पणीयोग्य रहेको छ ।[१६९]

समावेशीकरणको मूल्यप्रति बेवास्ता

काभ्रेका ब्राम्हण जातका धिमाललाई जनजातिको कोटाका सहभागिता गराउन सर्वोच्च अदालतको पूर्ण इजलासले जारी गरेको आदेशले समावेशीकरणको आधारभूत मानकलाई सम्वोधन गर्न नसकेको देखिन्छ ।[१७०]

निष्कर्ष

नेपालको राजनीतिक इतिहाससँग न्यायिक इतिहास पनि विकास भएको देखिन्छ । न्यायपालिकाले शासन व्यवस्थाको सापेक्षतामा आफ्नो संवैधानिक जिम्मेवारी निर्वाह गर्दै आएको छ । कतिपय अवस्थामा नियन्त्रित शासन व्यवस्था भित्रै पनि न्यायालयले उल्लेख्य आदेश गरको अवस्था छ भने कतिपय अवस्थामा शासन व्यवस्थाको प्रतिछाँया न्यायपालिकाको आदेशमा पनि परेको छ । सर्वोच्च अदालतको आदेशले मुलुकको सामाजिक साँस्कृतिक रूपान्तरणमा समेत योगदान पुऱ्याएको देखिन्छ । कतिपय कानूनहरू सर्वोच्च अदालतको आदेशका कारण नै तर्जुमा हुन सकेको देखिन्छ । सर्वोच्च अदालतले गरेको आदेशका आधारमा मौलिक हकमा समेत कतिपय व्यवस्था विस्तारित भएका छन् भने अन्य संवैधानिक व्यवस्थामा समेत त्यसको प्रभाव परेको छ । खास गरी संविधानसँग बाझिएका कानूनहरू बदर गर्ने, मौलिक हक अधिकारको प्रचलन गराउने र कार्यविधिको उचित पालना गराउने दिशामा अदालतका आदेशहरू केन्द्रित रहेकाछन् । कतिपय आदेशहरूले संवैधानिक मूल्य मान्यताको विकास र स्वतन्त्र न्यायपालिकाको सम्वर्द्धनका लागि समेत योगदान पुऱ्याएकाछन् । धेरै समयको प्रयत्न र धेरै जनाको योगदानबाट आजको न्यायपालिका यो स्थानमा आइपुगेको छ । यसका अगाडिका पाटाहरू पनि चुनौतीमुक्त रहेका छैनन् । तथापि संविधानवादका मूल्यहरूलाई आत्मसात् गरेको संविधान छ । नागरिक केन्द्रित शासन प्रणाली अंगिकार गरेको शासन व्यवस्था छ । लोकतन्त्रका मूल्यहरूलाई शासकीय संस्कृतिमा अवलम्वन गरिदैछ । लोकतान्त्रिक सँस्थाहरू सवलीकरण हुदैछन् । स्वतन्त्र र सक्षम न्यायपालिका न्यायिक सर्वोच्चताका लागि होइन । त्यो त संवैधानिक सर्वोच्चताका लागि हो । यथार्थमा नागरिक सर्वोच्चताका लागि हो । कानूनको शासन स्थापनाका लागि हो । सभ्यताको विकासका लागि हो । सुशासनको स्थापनाका लागि हो । यसको जगेर्ना गर्दै जानु अपरिहार्य छ ।

---

[१६९] केशव अर्याल वि. व्यवस्थापिका संसद, नेकाप २०६७ अंक १० नि.नं. ८४७२

[१७०] प्रकाशचन्द्र धिमाल वि. लोक सेवा आयोग समेत, नेकाप २०६७ अंक ८ नि.नं. ८४३२

महान्यायाधिवक्ता सम्बन्धी व्यवस्थाको अध्ययन

✍ डा. गोपीचन्द्र भट्टराई◆

१. पृष्ठभूमि

जुनसुकै देशको शासन व्यवस्था कानूनी राज्यको अवधारणाको आधारमा कानूनसम्मत् तवरले सञ्चालन हुनुपर्ने हुन्छ। देशको कार्यकारिणी शक्ति प्रयोग गर्ने व्यक्ति राजनीतिक पृष्ठभूमिमा निर्वाचित भएको हुँदा संविधान र कानूनका ज्ञाता नै रहेका हुन्छन् भन्न सकिँदैन। संविधान र कानूनका विषयमा कार्यपालिकालाई राय परामर्श दिनका लागि विषयगत विज्ञको आवश्यकता पर्दछ। अपराधको रोकथाम, समाजमा शान्ति सु-व्यवस्था र अमनचयन कायम गर्नु सरकारको प्रमुख कर्तव्य हुने हुँदा प्रचलित कानूनको उल्लंघन गरी समाजमा शान्ति र सु-व्यवस्था भंग गर्ने व्यक्तिलाई सजाय दिलाउन सरकारले अदालतमा अभियोग दावी साथ मुद्दा दायर गर्ने र पुर्पक्ष गर्ने गर्दछ। राज्य एक कानूनी शक्ति पनि भएको हुँदा राज्यको हित वा स्वार्थनिहित भएको मुद्दाहरूमा सरकारको तर्फबाट प्रतिनिधित्व गर्नुपर्ने हुन्छ र त्यसका लागि कानूनी विशेषज्ञको आवश्यकता हुन्छ। यिनै कारणले गर्दा, विश्वको प्रायः सबै सभ्य मुलुकमा महान्यायाधिवक्ताको व्यवस्था गरिएको पाइन्छ। महान्यायाधिवक्तालाई महान्यायावादी वा सर्वोच्च अभियोक्ताको नामले पनि सम्बोधन गर्ने गरिन्छ। सरकारको प्रमुख कानूनी सल्लाहकारको रूपमा महान्यायाधिवक्ताको महत्वपूर्ण भूमिका रहन्छ।[१]

महान्यायाधिवक्ता सम्बन्धी अवधारणाको विकास बेलायतबाट भएको हो र यसको कार्यालय पनि सबैभन्दा पहिले त्यहीं स्थापना भएको थियो। आफ्नो हित वा स्वार्थ समावेश भएको मुद्दामा प्रतिरक्षा गर्न आफ्नै अदालत समक्ष राजा उपस्थित हुन नसक्ने भएकाले उनलाई प्रतिनिधित्व गरेर न्यायाधिवक्ता उपस्थित हुन्थे। पछि गएर त्यसैलाई राजाको महान्यायाधिवक्ता भन्न थालियो। त्यसबेला महान्याधिवक्ताको काम राजाको प्रतिनिधित्व गरेर अदालतमा उपस्थित हुनु भएतापनि पछि गएर राजालाई कानूनी सल्लाह दिने जिम्मेवारी समेत सुम्पिइयो।

जनताको जीउ, धन र स्वतन्त्रता (Life, Property & Liberty) को संरक्षण गरी कानून र व्यवस्था कायम राख्दै कानूनी राज (Rule of Law) स्थापना गर्नु सरकारको प्रमुख कर्तव्य हो। समाजमा हुने अपराध नियन्त्रण गर्नु पनि सरकारको दायित्व अन्तर्गत पर्दछ। सरकार वा सरकारका अंगहरूले आफ्नो जिम्मेवारी पालना गर्दा विवेकपूर्ण र न्यायिक तवरले गर्नु आवश्यक छ। सरकारी निकायबाट गरिने कामकारवाहीमा कतिपय बाधा अड्काउ वा द्विविधा उत्पन्न हुन सक्छन्। समाजमा अपराध र अपराधीको बिगबिगी बढ्न सक्छ, यस्तो अवस्थामा सरकारलाई पर्न आएको कानूनी बाधा अड्काउ

◆ सह-न्यायाधिवक्ता,सत्य निरुपण तथा मेलमिलाप आयोग, बबरमहल, काठमाडौं।

[१] महान्यायाधिवक्ता (ना.)(संस्कृत)राज्य, सरकार वा राष्ट्रको प्रमुख कानून अधिकृत (एटर्नी जनरल) नेपाली बृहद शव्दकोश नवौं संस्करण, प्रकाशक नेपाल प्रज्ञा प्रतिष्ठान, २०७२, पृष्ठ ९९९

फुकाई नागरिक अधिकारको संरक्षण गराउने र अपराधको नियन्त्रणार्थ अपराधीलाई उपर उचित न्यायिक कदम चाल्न राज्यलाई सहयोग पुऱ्याउन सरकारी वकीलको आवश्यकता पर्दछ। सरकारी वकील न्याय प्रशासनको अभिन्न अङ्ग भएकाले यसको सञ्चालनार्थ महान्यायाधिवक्ता राज्यलाई नभई नहुने संस्थाको रूपमा देखिन्छ।

राज्यको कानूनको रक्षक तथा सरकारको कानूनी सल्लाहकार सरकारी वकील हो। सरकारी मुद्दाहरूमा राज्यको तर्फबाट अदालतमा प्रतिनिधित्व गर्दै बहस पैरवी र प्रतिरक्षा गर्ने कानूनी अधिकार प्राप्त व्यक्तिलाई सरकारी वकील भनिन्छ। सामाजिक सरोकारका मुद्दाहरूमा समाजको हित र सुरक्षा गर्ने कानूनी पहरेदारलाई सरकारी वकील भनिन्छ। यति मात्र नभई सरकारी वकील कानूनको त्यो विशिष्ट ज्ञाता हो, जसले सरकारलाई कानूनी राज्यको सिद्धान्त बमोजिम शासन सञ्चालन गर्ने दिशानिर्देश गर्दछ। विभिन्न देशहरूमा सरकारी वकीललाई Attorney General, Attorney, Public Prosecutor आदि र नेपालमा महान्यायाधिवक्ता र निज मातहतका सरकारी वकील भनेर नै जनाउँछ। निजामती सेवा ऐन, २०४९ र निजामती सेवा नियमावली, २०५० बमोजिम नेपाल न्याय सेवा अन्तर्गतको सरकारी वकील समूहका राजपत्रांकित तृतीय श्रेणी देखि राजपत्रांकित विशिष्ट श्रेणीसम्मका अधिकृतहरू सरकारी वकील हुन्। महान्यायाधिवक्ता वर्तमान संविधान बमोजिम प्रधानमन्त्रीको सिफारिसमा राष्ट्रपतिबाट र निज मातहतका सरकारी वकीलहरू निजामती सेवा ऐन तथा नियमावली बमोजिम नियुक्त हुने देखिन्छ। महान्यायाधिवक्ताको काम, कर्तव्य र अधिकार संविधानद्वारा र अन्य सरकारी वकीलको काम, कर्तव्य र अधिकार कानून बमोजिम तोकिएअनुसार र महान्यायाधिवक्ताबाट अख्तियार प्रत्यायोजन भए अनुसार हुने देखिन्छ।

क. ऐतिहासिक सिंहावलोकन

पहिलो लिखित संविधान मानिने **नेपाल सरकार वैधानिक कानून,२००४** को धारा १२ को खण्ड (क) मा प्रधान कानून सल्लाहकारहरूको नियुक्ति श्री ३ बाट गर्ने व्यवस्थाबाट नेपालमा महान्यायाधिवक्ताको व्यवस्था गरिएको पाइन्छ। उक्त धाराले सरकारलाई कानूनी विषयमा रायसल्लाह दिन **प्रधान कानूनी सल्लाहकार** नियुक्त हुने व्यवस्था गरेको थियो। तर उक्त कानून लागू नै नभएको हुँदा सो पदमा कसैको पनि नियुक्ति भएन र सरकारी वकीलको रूपमा कुनै पनि पदाधिकारीको औपचारिक व्यवस्था हुन सकेन। **नेपालको अन्तरिम शासन विधान,२००७** मा महान्यायाधिवक्ता सम्बन्धी कुनै व्यवस्था थिएन। **नेपाल प्रधान न्यायालय ऐन**, २००८ को पहिलो संशोधन, २००९ को दफा ४१(९) मा पहिलो पटक Attorney General (महान्यायाधिवक्ता) को व्यवस्था गर्नुको साथै निजको काम, कर्तव्य, अधिकार एवं सेवा शर्त सम्बन्धी व्यवस्था गरेको थियो। सरकारलाई कानूनी विषयमा राय दिनुपर्ने र सरकारका तर्फबाट मुद्दा मामिलामा अदालतमा उपस्थित भई बहस-पैरवी गर्नुपर्ने समेतका काम कर्तव्यहरू Attorney General लाई तोकिएको थियो। राज्यलाई सरोकार पर्ने गम्भीर प्रकृतिको सरकारवादी फौजदारी मुद्दाको तहकिकात र अनुसन्धान त्यस बखत कायम रहेको मुद्दा हेर्ने अड्डा, अदालत वा अमिनीका हाकिम वा न्यायाधीशबाट हुने प्रचलन थियो। यस प्रचलनको आधारमा फौजदारी न्याय प्रशासनमा त्यस बखत पूर्णतः अन्वेषणात्मक पद्दति कायम रहेको पुष्टि हुन्छ। **वि.सं. २०१२ सालमा न्याय प्रशासन (पुनर्गठन) ऐन** जारी गरियो। यस ऐनले अब उप्रान्त सरकारी मुद्दाको तहकिकात एवं मुद्दा

चलाउने समेतको काम कारवाही प्लिडर तथा प्रोसिक्यूटर (अभियोक्ता) बाट गर्ने भन्ने कानूनी व्यवस्था गरेको थियो। यसबाट सरकारवादी हुने मुद्दाको तहकिकात गर्ने एवं त्यस्तो मुद्दा चलाउने निर्णय सरकारी वकील प्रोसिक्यूटरले गर्ने भन्ने प्रचलित व्यवस्था नेपालको कानूनी इतिहासमा वि.स. २०१२ सालमा नै स्वीकार गरिएको मान्न सकिन्छ। तर यो ऐन लागू हुन नसकेको कारण सरकारी वकीलको स्थापना पनि विधिवत् रूपमा हुन सकेन। प्रधान न्यायालय ऐन, २००८ मा रहेको एटर्नी जनरल सम्बन्धी व्यवस्था मात्रै त्यस बखत कायम थियो। **वि.सं. २०१३ साल ज्येष्ठ ८** गते जारी भएको सर्वोच्च अदालत ऐन, २०१३ ले प्रधान न्यायालय ऐन, २००८ लाई खारेज गरेको थियो र उक्त ऐनमा एटर्नी जनरल सम्बन्धी व्यवस्था नगरिएकोले एटर्नी जनरल सम्बन्धी पूर्व व्यवस्था समेत समाप्त भएको भयो। सर्वोच्च अदालत खडा भएको केही समयपछि महत्वपूर्ण संवैधानिक विवादका रिट पर्न आएका र सरकारका तर्फबाट बहस एवं प्रतिरक्षा गर्नुपर्ने आवश्यकता पर्न गएकोले **सर्वोच्च अदालत ऐन, २०१३** अन्तर्गत राजपत्रमा आदेश जारी गरी **२०१३ साल श्रावण १ गते** राजपत्रमा प्रकाशित सूचनाबाट **गर्भमेण्ट एडभोकेटको नियुक्ति** गरियो।

सम्पूर्ण नेपाली जनतालाई एकताको सुत्रमा बाँधी सुख र प्रगतितर्फ उन्मुख गराउने शाही घोषणा भई जारी[२] भएको **नेपाल अधिराज्यको संविधान,२०१५** मा पनि महान्यायाधिवक्ताको संवैधानिक व्यवस्था हुन सकेन तर तत्कालिन सरकारले महान्यायाधिवक्ताको कानूनी व्यवस्था गर्नुपर्ने आवश्यक सम्झी कार्यकारिणी निर्णयबाट **२०१६ साल भाद्र ९ को कार्यकारिणी निर्णय बमोजिम एटर्नी जनरलको नियुक्ति भयो** र निजको कर्तव्य र अधिकार तोकियो। यसप्रकार महान्यायाधिवक्ताको व्यवस्था भई सरकारी वकीलको केन्द्रीय निकायको रूपमा महान्यायाधिवक्ताको कार्यालयको स्थापना समेत भयो। **वि.सं. २०१७ सालमा सरकारी मुद्दा सम्बन्धी ऐन, २०१७** जारी भई २०१८ साल वैशाख १ गतेदेखि लागू भएको थियो। यस ऐनले पहिलो पटक सरकारी वकीलको परिभाषा गर्दै सरकारवादी हुने मुद्दामा कार्यपालिकाका तर्फका अधिकारीबाट प्रारम्भिक तहकिकात, जाँचबुझ र अदालतमा मुद्दा चल्दा यथोचित प्रतिनिधित्व एवं सरकार वा सरकारी कामकारवाहीमा सरकारी कर्मचारी प्रतिवादी हुने मुद्दाको प्रतिरक्षा पनि यथोचित ढंगबाट हुन आवश्यक भएको भन्ने र अधिकारीलाई कानूनी रायसल्लाह दिई मुद्दा परेमा त्यसको सुचारु रूपमा परिचालन गरी न्याय प्रशासन सुदृढ पार्नमा आधिकारिक सहयोग गर्न सरकारी वकीलको यथोचित व्यवस्था गर्न उपयुक्त देखिएको आधारमा सो ऐन निर्माण गरिएको भन्ने कुरा ऐनको प्रस्तावनाले स्पष्ट गरेको छ। सरकारवादी हुने फौजदारी मुद्दामा (ऐनको अनुसूची १ का मुद्दा) तहकिकात एवं अनुसन्धान गर्ने तथा अदालतमा मुद्दा दायर गर्ने कार्य प्रहरी र सरकारी वकीलबाट हुने व्यवस्था भयो। सरकारवादी हुने देवानी मुद्दाहरू दायर गर्ने काम पनि सरकारी वकीलबाटै (सरकारी अभिवक्ता) हुने व्यवस्था सरकारी मुद्दा सम्बन्धी ऐन, २०१७ ले गऱ्यो। सरकारवादी हुने मुद्दामा बहस, पैरवी, प्रतिरक्षा, पुनरावेदन र निवेदन गर्ने समेतका कार्यहरू सरकारी वकीलले गर्नुपर्ने कर्तव्य कानूनले सुम्पियो। यस ऐन अन्तर्गत बनेको सरकारी मुद्दा सम्बन्धीनियमावली, २०१८ ले सरकारी वकीलहरू महान्यायाधिवक्ताको मातहत एवं निजको सामान्य प्रशासकीय नियन्त्रणमा रहने व्यवस्था गरी सरकारी वकीलको काम, कर्तव्य र अधिकारको विस्तृत व्यवस्था गऱ्यो। यसैगरी, उक्त नियमावलीले सरकारी

[2] Dr. Shastradutta Panta, Comparative constitution of Nepal, SIRUD, 2058 , Page 287

मुद्दा सम्बन्धी ऐन, २०१७ मा भएका व्यवस्थाहरूको कार्यान्वयन गर्न तहकिकात सम्बन्धी कार्यविधि, फौजदारी मुद्दाको दायरी र तत्साम्बन्धी कार्यविधि, देवानी मुद्दाको कार्यविधि लगायतका व्यवस्थाहरू गऱ्यो ।

नेपालको संविधान, २०१९ मा सर्वप्रथम महान्यायाधिवक्ताको व्यवस्था भएको थियो । उक्त संविधानमा भाग १४ धारा ७९ मा महान्यायाधिवक्ताको छुट्टै संवैधानिक व्यवस्था गरियो । संवैधानिक तथा कानूनी प्रश्नमा राजालाई सल्लाह दिने गरी निजको नियुक्ति, सेवाका शर्त तथा काम कर्तव्यका बारेमा समेत कानून बमोजिम हुने गरी उक्त संविधानले धारा ८० मा व्यवस्था गरेको थियो ।

नेपाल अधिराज्यको संविधान-२०४७ जारी भएपछि पनि महान्यायाधिवक्ताको काम, कर्तव्य र अधिकारको सम्बन्धमा छुट्टै व्यवस्था गरियो । सरकारको हकहित एवं सरोकार पर्ने मुद्दा चल्ने र नचल्ने अन्तिम निर्णय महान्यायाधिवक्ताबाट हुने व्यवस्था गरियो । उक्त संविधानको धारा ११० मा निज नेपाल सरकारको मुख्य कानूनी सल्लाहकार हुने र संवैधानिक एवं कानूनी विषयमा नेपाल सरकार र सरकारले तोकिदिएको अधिकारीलाई रायसल्लाह दिनु निजको कर्तव्य हुने संवैधानिक व्यवस्था भयो । जसका कारण सरकारी मुद्दा सम्बन्धी कानूनमा संशोधन एवं नयाँ कानून निर्माण गर्नुपर्ने आवश्यकता परे अनुरूप कानूनको व्यवस्था गर्न एवं अभियोजन सम्बन्धमा समसामयिक सुधार गर्न सरकारी मुद्दा सम्बन्धी ऐन, २०४९ जारी गरियो । सोही अनुरूप सरकारी मुद्दा सम्बन्धी नियमावली, २०५५ र सरकारी वकील सम्बन्धी नियमावली, २०५५ समेत जारी भई लागू भएका छन् । सरकारी वकीलको काम, कर्तव्य र अधिकारहरू यी ऐन/नियमहरूले निर्धारण गरेका छन् ।

नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ जारी हुँदा यस संविधानको भाग १६ मा महान्यायाधिवक्ता सम्बन्धी व्यवस्था गरियो । महान्यायाधिवक्ता प्रधानमन्त्रीको सिफारिसमा राष्ट्रपतिबाट नियुक्त हुने र प्रधानमन्त्रीको इच्छा अनुसारको अवधिसम्म आफ्नो पदमा बहाल रहने तथा महान्यायाधिवक्ताको पारिश्रमिक तथा अन्य सेवा सुविधा सर्वोच्च अदालतको न्यायाधीश सरह हुने व्यवस्था यस संविधानमा थियो । यसअघिका संविधानले व्यवस्था गरे जस्तै धारा १३५ मा महान्यायाधिवक्ताको काम, कर्तव्य र अधिकार उल्लेख गरियो । महान्यायाधिवक्ता नेपाल सरकारको मुख्य कानूनी सल्लाहकार हुने, नेपाल सरकारको हकहित वा सरोकार निहित रहेको मुद्दामा प्रतिनिधित्व गर्ने, यस संविधानमा अन्यथा व्यवस्था भएकोमा बाहेक सरकारको तर्फबाट मुद्दा चलाउने वा नचलाउने भन्ने अन्तिम निर्णय गर्ने र नेपाल सरकार वादी र प्रतिवादी भई दायर भएको मुद्दामा सरकारको तर्फबाट प्रतिरक्षा गर्ने जस्ता महान्यायाधिवक्ताका काम, कर्तव्य र अधिकारलाई निरन्तरता दिएको थियो । उल्लेखित काम कर्तव्यका अतिरिक्त केही नयाँ जिम्मेवारी पनि यो संविधानले महान्यायाधिवक्तालाई सुम्पियो । जसनुसार, मुद्दा मामिलाका रोहमा सर्वोच्च अदालतले गरेको कानूनको व्याख्या वा प्रतिपादन गरेको कानूनी सिद्धान्तको कार्यान्वयन भए/नभएको अनुगमन गर्न/गराउने र हिरासतमा रहेको व्यक्तिलाई मानवोचित व्यवहार नगरेको वा त्यस्तो व्यक्तिलाई आफन्तसँग वा कानून व्यवसायी मार्फत भेटघाट गर्न नदिएको भन्ने उजुरी परेमा वा जानकारी हुन आएमा छानबिन गरी त्यस्तो हुनबाट रोक्न सम्बन्धित अधिकारीलाई

आवश्यक निर्देशन दिने अधिकार महान्यायाधिवक्तालाई दिइयो । यसका अलावा सर्वोच्च अदालतले ठहर गरेका कानूनी सिद्धान्तहरूको पालना भएर नभएको अनुगमन गर्ने जिम्मेवारी पनि दिएको छ ।[३]

हालै, केही नेपाल कानूनलाई संशोधन, एकीकरण, समायोजन र खारेज गर्ने ऐन, २०७४, सरकारी मुद्दा सम्बन्धी ऐन, २०४९ लाई खारेज गरी त्यसमा भएका अधिकांश व्यवस्थाहरूलाई मुलुकी फौजदारी कार्यविधि (संहिता) ऐन,२०७४ मा केही परिमार्जन सहित उल्लेख गरेको छ । यो ऐन २०७४ भाद्र १ गतेदेखि लागू भएको हो । यस ऐनको दफा १९२ भने नेपाल राजपत्रमा सूचना प्रकाशित गरी तोकिएको मितिदेखि प्रारम्भ हुनेछ ।[४] उक्त दफामा यस ऐन बमोजिमका लिखत विद्युतीय कारोवार सम्बन्धी प्रचलित कानून बमोजिम विद्युतीय माध्यमबाट आदानप्रदान गर्न सकिने कुरा उल्लेख छ । यस संहिताले अदालत, अनुसन्धान अधिकारी, अपराध संहिता, उजुरी, कानून, कसूर, गम्भीर कसूर, जघन्य कसूर, ठाउँ, न्यायाधीश, प्रहरी कार्यालय, मुद्दा, फौजदारी मुद्दा, मुद्दा हेर्ने अधिकारी, स्थानीय तह, सरकारी वकील भन्ने शव्दहरूलाई स्पष्ट रूपमा परिभाषित गरेको छ ।[५]

ग. महान्यायाधिवक्ताको संवैधानिक स्थिति

नेपालको संविधान को भाग १२ मा महान्यायाधिवक्ता सम्बन्धी व्यवस्था रहेको छ ।[६] यस संविधानले गरेको व्यवस्था अनुसार महान्यायाधिवक्ताको नियुक्ति प्रधानमन्त्रीको सिफारिसमा राष्ट्रपतिबाट हुने व्यवस्था छ । निज प्रधानमन्त्रीको इच्छा बमोजिमको अवधिसम्म आफ्नो पदमा बहाल रहने व्यवस्था छ । महान्यायाधिवक्ताको पारिश्रमिक तथा अन्य सुविधा सर्वोच्च अदालतको न्यायाधीश सरह हुने व्यवस्था यस संविधानमा गरिएको छ । यस संविधानले यसअघिका संविधानले व्यवस्था गरेका महान्यायाधिवक्ता नेपाल सरकारको मुख्य कानूनी सल्लाहकार हुने, नेपाल सरकारको हकहित वा सरोकार निहित रहेको मुद्दामा प्रतिनिधित्व गर्ने, यस संविधानमा अन्यथा व्यवस्था भएकोमा बाहेक नेपाल सरकारका तर्फबाट मुद्दा चलाउने वा नचलाउने भन्ने कुराको अन्तिम निर्णय गर्ने र नेपाल सरकार वादी वा प्रतिवादी भई दायर भएका मुद्दामामिलामा नेपाल सरकारको तर्फबाट प्रतिरक्षा गर्ने जस्ता महान्यायाधिवक्ताका काम, कर्तव्य र अधिकारलाई निरन्तरता दिएको छ ।[७] यसैगरी, मुद्दामामिलाका रोहमा सर्वोच्च अदालतले गरेको कानूनको व्याख्या वा प्रतिपादन गरेको कानूनी सिद्धान्तको कार्यान्वयन भएर नभएको अनुगमन गर्ने गराउने र हिरासतमा रहेको व्यक्तिलाई संविधानको अधीनमा रही मानवोचित व्यवहार नगरेको वा त्यस्तो व्यक्तिलाई आफन्तसँग वा कानून व्यवसायी मार्फत भेटघाट गर्न नदिएको भन्ने उजुरी परेमा वा जानकारी हुन आएमा छानबिन गरी त्यस्तो हुनबाट रोक्न सम्बन्धित अधिकारीलाई आवश्यक निर्देशन दिने महान्यायाधिवक्तालाई दिइएको अधिकारलाई पनि यस संविधानमा निरन्तरता दिइएको छ । यसबाहेक, नेपाल सरकारको तर्फबाट दायर भएका मुद्दा फिर्ता लिँदा महान्यायाधिवक्ताको राय लिनुपर्ने नयाँ व्यवस्था समेत यस संविधानमा गरिएको अवस्था छ ।

---

[३] नेपालको अन्तरिम संविधान,३०६३ धारा १३५ (ख)(३)

[४] मुलुकी फौजदारी कार्यविधि २०७४ को दफा २(१)

[५] मुलुकी फौजदारी कार्यविधि, २०७४ को दफा २

[६] नेपालको संविधान धारा १५८

[७] नेपालको संविधान को धारा- १५९

नेपालको संविधानको धारा १५८ को व्यवस्था अनुसार महान्यायाधिवक्ताको काम, कर्तव्य र अधिकार निम्न बमोजिम हुनेछ:

(१) महान्यायाधिवक्ता सरकारको मुख्य कानूनी सल्लाहकार भएको हुँदा संवैधानिक एवं कानूनी विषयमा नेपाल सरकार र नेपाल सरकारले तोकिदिएको अन्य अधिकारीलाई राय सल्लाह दिनु ।

(२) नेपाल सरकारको हक, हित वा सरोकार निहित रहेको मुद्दामा महान्यायाधिवक्ता वा निजको मातहतका अधिकृतहरूबाट नेपाल सरकारको प्रतिनिधित्व गर्नु ।

(३) यस संविधानमा अन्यथा व्यवस्था भएकोमा बाहेक कुनै अदालत वा न्यायिक निकाय वा अधिकारी समक्ष नेपाल सरकारको तर्फबाट मुद्दा चलाउने वा नचलाउने भन्ने कुराको अन्तिम निर्णय गर्नु ।

(४) पदीय कर्तव्य पालना गर्दा सहन्यायाधिवक्तालाई नेपालको जुनसुकै अदालत, कार्यालय र पदाधिकारी समक्ष उपस्थित हुने अधिकार छ ।

(५) मुद्दा मामिलाका रोहमा सर्वोच्च अदालतले गरेको कानूनको व्याख्या वा प्रतिपादन गरेको कानूनी सिद्धान्तको कार्यान्वयन भए/नभएको अनुगमन गर्ने/गराउने ।

(६) हिरासतमा रहेको व्यक्तिलाई यस संविधानको अधीनमा रही मानवोचित व्यवहार नगरेको वा त्यस्तो व्यक्तिलाई आफन्तसँग वा कानून व्यवसायी मार्फत भेटघाट गर्न नदिएको भन्ने उजुरी परेमा वा जानकारी हुन आएमा छानबिन गरी त्यस्तो हुनबाट रोक्न सम्बन्धित अधिकारीलाई आवश्यक निर्देशन दिनु ।

(७) नेपाल सरकारको तर्फबाट दायर भएको मुद्दा फिर्ता लिँदा आफ्नो राय दिने थप व्यवस्था वर्तमान संविधानमा देखिन्छ ।[८]

(८) संघीय संसद वा त्यसको कुनै समितिले गरेको आमन्त्रण बमोजिम त्यस्तो बैठकमा उपस्थित भई कानूनी प्रश्नको सम्बन्धमा राय व्यक्त गर्नु ।

(९) संविधान र अन्य कानून बमोजिम आफूले सम्पादन गरेको काम तथा नेपाल राज्यमा भएका अपराध सम्बन्धी विवरण सहितको वार्षिक प्रतिवेदन तयार गरी राष्ट्रपति समक्ष पेश गर्नु ।

(१०) सर्वोच्च अदालतमा सरकारलाई सरोकार गर्ने वा कुनै जटिल कानूनी प्रश्न समावेश भएको वा सार्वजनिक महत्व भएको मुद्दामा नेपाल सरकार वा नेपाल सरकारको कर्मचारीको तर्फबाट उपस्थित भई बहस-पैरवी गर्ने ।

---

[८] संघीय संरचनामा महान्यायाधिवक्ताको कार्यालयको सांगठनिक संरचना र कार्य सञ्चालन सम्बन्धी अध्ययन,२०७३,महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय

(११) अदालतबाट भएका आदेश वा फैसलाहरूको प्रभावकारी कार्यान्वयन गर्न गराउन उपयुक्त देखेमा सम्बन्धित मन्त्रालय, सचिवालय, विभाग वा कार्यालयलाई ध्यानाकर्षण गराउने ।

(१२) प्रचलित कानूनको कार्यान्वयनको क्रममा कुनै कठिनाई आइपरेमा वा कुनै विषयमा तत्काल कानून बनाउनु पर्ने वा संशोधन गर्ने वा बनिरहेको कानून लागू गर्नुपर्ने देखिएमा कारण खुलाई सरकार समक्ष सिफारिस गर्ने ।

(१३) नेपाल सरकार वादी भई दायर भएका मुद्दा मामिलाको अनुसन्धान प्रक्रिया अपर्याप्त भएको वा अनुसन्धानमा खास प्रक्रिया वा विधि तरिका अपनाउनु पर्ने वा अनुसन्धान सम्बन्धमा अन्य निर्देशन दिन उपयुक्त देखेमा अनुसन्धान तहकिकात गर्ने अधिकारीको विभागीय प्रमुखलाई आवश्यक निर्देशन दिने ।

(१४) संवैधानिक निकाय, मन्त्रालय, सचिवालय, विभाग वा अन्य सरकारी कार्यालयबाट अदालतमा प्रस्तुत हुने लिखित जवाफ लगायतका कानूनी मस्यौदामा स्तरीयता ल्याउन त्यस्ता निकाय, मन्त्रालय, सचिवालय, विभाग वा कार्यालयसँग आवश्यक समन्वय गर्ने तथा निर्देशन दिने ।

(१५) कारागारमा रहेका थुनुवा एवं कैदीबन्दीको मानव अधिकारको अवस्थाबारे अनुगमन गरी सम्बन्धित निकायलाई आवश्यक निर्देशन दिने ।

(१६) कुनै गम्भीर वा सार्वजनिक महत्वको वा नेपाल सरकारलाई सरोकार पर्ने कुनै मुद्दामा तोकिएको सरकारी वकीलको अतिरिक्त अन्य सरकारी वकील खटाई मुद्दाको अभियोजन एवं बहस-पैरवी गर्नु आवश्यक छ भन्ने लागेमा महान्यायाधिवक्ताले सो बमोजिम गर्न कुनै सरकारी वकीललाई खटाउन सक्नेछ ।

(१७) कुनै न्यायिक वा अर्ध-न्यायिक निकायबाट भएको निर्णय वा आदेशबाट नेपाल सरकारको हकहितमा वा सार्वजनिक हितमा असर पर्ने रहेछ र त्यस्तो निर्णय वा आदेश विरुद्ध मुद्दा दायर गर्ने, पुनरावेदन गर्ने, पुनरावलोकन निवेदन दिन कानूनले कुनै अधिकारी तोकिएको रहेनछ भने महान्यायाधिवक्ताले आफैंले वा निजले तोकेको सरकारी वकीलले त्यस्तो निर्णय वा आदेश विरुद्ध कानून बमोजिम सम्बन्धित निकायमा उजुर गर्न सक्ने ।

(१८) कानून बमोजिम गठित संस्था वा निकायले गरेको कुनै निर्णय वा कामकारवाहीबाट संविधान वा प्रचलित कानूनको उल्लंघन वा सार्वजनिक हित प्रतिकूल भएको छ भन्ने महान्यायाधिवक्तालाई लागेमा र त्यस्तो निर्णय वा काम कारवाही विरुद्ध उजुर गर्न कानूनले कुनै अधिकार तोकिएको रहेनछ भने महान्यायाधिवक्ता आफैंले वा निजले तोकेको सरकारी वकीलले त्यस्तो निर्णय वा काम-कारवाही विरुद्ध कानून बमोजिम सम्बन्धित निकायमा उजुर गर्न सक्नेछ ।

२. अन्तर्राष्ट्रिय स्तरमा महान्यायाधिवक्ताको अभ्यास

विभिन्न देशहरूमा आफ्नै परिवेश, प्रकृति र आवश्यकता अनुसारको व्यवस्था भएतापनि आधारभूत मूल्य, मान्यताका आधारमा समग्रमा निम्न देशहरूलाई उदाहरणको रूपमा लिन सकिन्छ ।

क. भारतमा महान्यायाधिवक्ता

भारतमा महान्यायाधिवक्ता सरकारको Chief Legal Advisor मानिन्छ। भारतीय संविधानको धारा ७६(१) अनुसार राष्ट्रपतिबाट नियुक्त हुने महान्यायाधिवक्ता राष्ट्रपतिको इच्छा अनुसारको अवधिसम्म कार्यरत रहन्छन्। १० वर्ष भारतीय उच्च अदालतको अधिवक्ता भई काम गरेको वा ५ वर्ष उच्च अदालतको न्यायाधीशमा काम गरेको, राष्ट्रपतिको नजरमा प्रख्यात कानूनविद् मानिएको व्यक्तिलाई नियुक्ति गरिन्छ। भारतीय महान्यायाधिवक्ता पूर्णकालीन भारत सरकारको सेवक भएतापनि सरकारको पक्ष र विपक्ष नभएको मुद्दामा सरकारको अनुमतिले स्वतन्त्र वकालत गर्न पनि पाउँछन्। प्रदेश तहमा Advocate General लाई Highest Law Officer मानिन्छ र निजलाई राज्यको गभर्नरले नियुक्त गर्दछन्।

ख. चीनमा महान्यायाधिवक्ता

चीनको Procuratorate General ले सुपरीवक्षेण गर्ने राज्यको अङ्गको रूपमा काम गर्दछ। यसको प्रमुख जिम्मेवारी सबै मन्त्रालय, राज्यका सबै तहका अन्य अङ्गहरू, सार्वजनिक पदाधिकारी र नागरिकहरूले संविधानको पालना गरे/नगरेको हेरी त्यसको पूर्ण पालना गराउने हो। यो राष्ट्रिय जन कंग्रेस र यसको स्थायी समितिप्रति उत्तरदायी हुन्छ र स्थायी समितिले यसको कामको अनुगमन गर्न सक्छ। यसलाई Official Guardian of the Constitution भनिन्छ। Procurator General को सुझावमा Deputy Procurator General / Procurators & Procuratorial Committees सदस्यहरू र Procuratorate मिलिटरी को प्रमुखको नियुक्ति र बर्खास्ती हुन्छ।[९]

ग. संयुक्त अधिराज्य बेलायतमा महान्यायाधिवक्ता

बेलायतमा महान्यायाधिवक्तालाई Her Majesty Attorney General भनिन्छ। निजले राजपरिवार र सरकारको Chief Legal Advisor को रूपमा काम गर्दछन्। निजले Subordinate Solicitor General सँगै काम गर्दछन्। महान्यायाधिवक्तालाई Non-Cabinet Member पनि भनिन्छ र मन्त्रिपरिषदको बैठकमा समेत बस्न पाउँछन्। सरकारको तर्फबाट मुद्दा चलाउन/नचलाउने अधिकार समेत निजमा रहन्छ। ईङ्गल्याण्ड र वेल्समा सोलिसिटर जनरललाई निजबाट अधिकार प्रत्यायोजन हुन्छ। फौजदारी कानून लागू गर्ने प्रमुख जिम्मेवारी महान्यायाधिवक्तामा रहन्छ। मुद्दा फैसला भईसकेपछि पनि स्थगित गराउन सक्ने अधिकार महान्यायाधिवक्तालाई छ। सरकारको प्रमुख सल्लाहकार, संसदको विधेयक समितिको महत्वपूर्ण सदस्यबाट काउन्सिलको पदेन सभापति समेत निजै हुने हुँदा शक्तिशाली देखिन्छन्। निज विदामा रहेमा, बिरामी भएमा वा निजले तोकेको अवस्थामा सो काम Solicitor General ले गर्दछन्। अभियोजन कार्यका लागि भने The Director of Public Prosecutor रहन्छन् र निज मातहत अन्य अभियोक्ता रहन्छन्। निजले Barrister वा Solicitor लाई सरकारको अभियोक्ताको काम गर्ने जिम्मेवारी दिएका हुन्छन्।

---

[९] संविधानसभा न्यायप्रणाली समितिको प्रतिवेदन-२०६६

Main Responsibilities :

The Attorney General's Office (AGO) is a ministerial department which supports the Attorney General and the Solicitor General (the Law Officers). The Law Officers are government ministers who:

- *provide legal advice to government*
- *superintend, or oversee, the main independent prosecuting departments - the Crown Prosecution Service and the Serious Fraud Office*
- *superintend, or oversee, Her Majesty's CPS Inspectorate, which inspects how cases are prosecuted*
- *superintend, or oversee, the Government Legal Department, which provides legal services to government*
- *answer questions about their work in Parliament*
- *perform other functions in the public interest, such as looking at sentences which may be too low - these duties are independent of government*

Neither attorney general nor the Law Officers can provide legal advice to members of the public or business.[10]

घ. संयुक्त राज्य अमेरिकामा महान्यायाधिवक्ता

संयुक्त राज्य अमेरिकामा महान्यायाधिवक्तालाई Head of the Department of Justice र कानून कार्यान्वयन गर्ने प्रमुख अधिकारी मानिन्छ। निजको नियुक्ति राष्ट्रपतिबाट हुन्छ र सिनेटबाट अनुमोदन गर्नुपर्दछ। अन्य राज्यहरूमा पनि महान्यायाधिवक्ताहरू रहन्छन्। कतिपय राज्यहरूमा Popular Votes को आधारमा निर्वाचन गरेर ल्याउने व्यवस्था पनि छ। अमेरिकामा Solicitor General को पनि व्यवस्था छ। महान्यायाधिवक्तालाई राष्ट्रपतिले जुनसुकै समयमा पनि हटाउन सक्छन्। निज सरकारको प्रमुख कानूनी सल्लाहकार हुन्। उनका ३ वटा मालिक छन् भनिन्छ कंग्रेस, राष्ट्रपति र अदालत। निज राष्ट्रपति प्रति उत्तरदायी हुन्छन्।

३. संविधानसभा न्यायप्रणाली समितिको प्रतिवेदन-२०६६ मा महान्यायाधिवक्ता सम्बन्धमा गरिएको प्रस्तावः महान्यायाधिवक्ता

विषयवस्तु	संविधानमा राख्ने प्रस्तावित व्यवस्था	प्रस्तावित व्यवस्था गर्नुपर्नाको कारण वा व्याख्यात्मक टिप्पणी
<u>महाअभियोजनकर्ता:</u>	(१) महान्यायाधिवक्ताको सामान्य नियन्त्रण र निर्देशनमा रही काम गर्ने गरी निजको मातहतमा कानूनमा व्यवस्था	गम्भीर प्रकृतिका फौजदारी अपराधहरूको बारेमा राज्य आफैंले सक्रियता देखाएर त्यस्ता अपराधहरूको रोकथाम गर्ने तथा आवश्यक

[10] https://www.gov.uk/government/organisations/attorney-generals-office

	भए बमोजिम एक महाअभियोजनकर्ता हुनेछ । (२) महाअभियोजनकर्ताको नियुक्ति, योग्यता, सेवाका शर्त र काम, कर्तव्य तथा अधिकार कानूनमा व्यवस्था भए बमोजिम हुनेछ ।	अनुसन्धान गरी अपराधीहरूलाई अदालतसमक्ष अभियोजन गरी प्रस्तुत गर्ने र दण्ड दिलाई समाजमा शान्ति सुरक्षा कायम गर्ने जिम्मेवारी पनि राज्यमा रहेको हुनाले यस्तो कार्यका लागि फौजदारी विधिशास्त्रमा आवश्यक योग्यता, दक्षता र अनुभव भएको महाअभियोजनकर्ताको व्यवस्था गर्नु आवश्यक देखिएको छ । तसर्थ, व्यावसायिक विशेषज्ञता हासिल गरेको व्यक्तिहरू मध्येबाट महान्यायाधिवक्ताको मातहतमा रहने गरी कानूनमा व्यवस्था भए बमोजिम महाअभियोजनकर्ता रहने व्यवस्था गर्दा फौजदारी न्याय प्रशासनमा प्रभावकारिता आउने भएकोले यस प्रकारको व्यवस्था गरिएको छ ।
<u>राज्य महान्यायाधिवक्ता:</u>	(१) प्रत्येक राज्यमा एक राज्यमहान्यायाधिवक्ता रहनेछ । (२) राज्यमहान्यायाधिवक्ताको नियुक्ति सम्बन्धित राज्य कार्यकारी प्रमुखको सिफारिसमा राज्यप्रमुखबाट हुनेछ/राज्यप्रमुख राज्यकार्यकारीप्रमुख भए निजबाट राज्यमहान्यायाधिवक्ताको नियुक्ति हुनेछ । राज्यमहान्यायाधिवक्ता राज्य कार्यकारीप्रमुखको इच्छानुसारको अवधिसम्म आफ्नो पदमा बहाल रहनेछ । (३) राज्य/प्रदेश सर्वोच्च/उच्च अदालतको न्यायाधीश हुन सक्ने योग्यता भएको व्यक्ति राज्य महान्यायाधिवक्ताको पदमा नियुक्तिको लागि योग्य मानिनेछ । (४) देहायका अवस्थामा राज्य- महान्यायाधिवक्ताको पद रिक्त भएको मानिनेछ:- (क) निजले राज्य कार्यकारी प्रमुख मार्फत राज्य प्रमुखसमक्ष लिखित राजीनामा दिएमा, (ख) राज्य कार्यकारी प्रमुखको सिफारिसमा राज्य प्रमुखबाट निजलाई पदमुक्त गरिएमा/ राज्य प्रमुख राज्य कार्यकारी	कानूनी राज्यको अवधारणा अनुरूप राज्यले सम्पादन गर्नुपर्ने सम्पूर्ण कार्य कानून अनुकूल हुनुपर्ने भएकोले राज्यसरकारका काम कारबाही पारदर्शी, उत्तरदायी, कानूनसम्मत र उचित प्रक्रियाको पालना गर्नुपर्ने हुन्छ । त्यस्ता कामकारबाहीलाई त्रुटिरहित बनाउन राज्यप्रमुख, राज्यव्यवस्थापिका र राज्यसरकारमा रहेका सबै व्यक्ति कानूनका ज्ञाता नहुने हुँदा संवैधानिक एवं कानूनी विषयका ज्ञाताको राय सल्लाहमा मात्र निर्णय लिने प्रयोजनको लागि राज्यमहान्यायाधिवक्ताको व्यवस्था गरिएको छ । राज्यप्रमुख, व्यवस्थापिका तथा राज्यसरकार र मातहतका पदाधिकारीलाई संवैधानिक र कानूनी विषयमा राय उपलब्ध गराउन मुख्य कानूनी सल्लाहकार, अन्तिम अभियोजनकर्ता र फौजदारी न्याय प्रशासनको जिम्मेवार संवैधानिक पदाधिकारीको रूपमा राज्यमहान्यायाधिवक्ताको व्यवस्था आवश्यक हुन्छ । संविधान र कानूनको विशेषज्ञ र विश्वासपात्र व्यक्तिलाई मात्र सरकारको कार्यकारी प्रमुखले राज्य महान्यायाधिवक्ता नियुक्त गर्नुपर्ने अवस्थाले गर्दा निजका पदावधि कार्यकारी प्रमुखको इच्छा अनुसार कायम रहने व्यवस्था गरिएको छ । यस्तो पदमा नियुक्त हुने व्यक्ति कानूनको निश्चित ज्ञान र अनुभव भएको हुनु पर्ने भएकोले राज्य/प्रदेश सर्वोच्च/उच्च अदालतको न्यायाधीश हुन योग्यता

	प्रमुख भए निजबाट राज्य महान्यायाधिवक्तालाई पदमुक्त गरिएमा, (ग) निजको मृत्यु भएमा । (५) राज्यमहान्यायाधिवक्ताको पारिश्रमिक तथा सुविधा राज्य/सर्वोच्च/उच्च अदालतको न्यायाधीश सरह हुनेछ । राज्य= महान्यायाधिवक्ताको सेवाका अन्य शर्तहरू तथा काम, कर्तव्य र अधिकार सम्बन्धित प्रादेशिक कानूनद्वारा निर्धारण भए बमोजिम हुनेछन् ।	पुगेको व्यक्तिलाई राज्य महान्यायाधिवक्ताको पदमा नियुक्त गर्न सकिने व्यवस्था गरिएको छ । निजको पदको गरिमा र महत्वलाई विचार गरी निजको योग्यता, पारिश्रमिक, सेवाका शर्त र सुविधा पनि राज्य/प्रदेश सर्वोच्च/उच्च अदालतका न्यायाधीश सरह हुने गरी व्यवस्था गरिएको छ ।
<u>राज्य महाअभियोजनकर्ता</u>	(१) राज्य महान्यायाधिवक्ताको सामान्य नियन्त्रण र निर्देशनमा रही काम गर्ने गरी निजको मातहतमा आवश्यकता अनुसार एक राज्यमहाअभियोजनकर्ताको व्यवस्था प्रादेशिक कानूनमा व्यवस्था भए बमोजिम गर्न सकिनेछ । (२) राज्यमहाअभियोजनकर्ताको नियुक्ति, योग्यता, सेवाका शर्त र काम, कर्तव्य तथा अधिकार प्रादेशिक कानूनमा व्यवस्था भए बमोजिम हुनेछ ।	फौजदारी अपराध गर्ने अपराधी उपर अभियोजन गर्ने र दण्ड सजाय दिलाई समाजमा शान्ति सुरक्षा कायम गर्ने जिम्मेवारी राज्यको हुने हुँदा फौजदारी विधिशास्त्रमा आवश्यक योग्यता, दक्षता र अनुभव भएको व्यक्तिलाई आवश्यकता अनुसार कानूनमा व्यवस्था भएबमोजिम राज्यले महाअभियोजनकर्ताको रूपमा नियुक्त गर्न सक्ने व्यवस्था प्रस्तुत संविधानले प्रथम पटक गरेको छ । साथै, राज्य-महाअभियोजनकर्ताको नियुक्ति, योग्यता, सेवाका शर्त र सुविधाहरू एवं काम, कर्तव्य र अधिकार कानूनमा तोकिए बमोजिम हुने व्यवस्था गरिएको छ ।
<u>जिल्ला/स्थानीय न्यायाधिवक्ता :</u>	(१) प्रत्येक जिल्ला/स्थानीय इकाइमा एक जिल्ला/स्थानीय न्यायाधिवक्ता हुनेछ । जिल्ला/स्थानीय न्यायाधिवक्ताको नियुक्ति, योग्यता, सेवाका शर्त र काम, कर्तव्य तथा अधिकार प्रादेशिक कानूनमा व्यवस्था भए बमोजिम हुनेछ ।	अपराधको अनुसन्धान र अभियोजन गर्ने प्रमुख जिम्मेवारी स्थानीय स्तरको अभियोजनकर्तामा निहित रहन्छ । फौजदारी विधिशास्त्रको मान्यता अनुसार आवश्यक योग्यता, दक्षता र अनुभव नभएको व्यक्तिबाट अनुसन्धान र अभियोजनको कार्य सम्पादन हुने परिस्थिति सिर्जना भएमा समाजमा दण्डहीनताले प्रश्रय पाई अराजकताको स्थिति सिर्जना भई सरकारको प्रभावकारितामा समेत प्रश्न उठ्ने सम्भावना रहन्छ । त्यसैले प्रत्येक स्थानीय इकाइमा आवश्यक योग्यता, दक्षता र अनुभव प्राप्त व्यक्ति एक जिल्ला/स्थानीय न्यायाधिवक्ता हुने व्यवस्था गरिएको छ । निजको नियुक्ति, योग्यता, सेवाका शर्त र सुविधाहरू एवं काम, कर्तव्य र अधिकार

		प्रादेशिक कानूनमा व्यवस्था भए बमोजिम हुने व्यवस्था गरिएको छ।
सरकारी वकीलहरूको सेवा शर्त सम्बन्धी व्यवस्था :	संघीय सर्वोच्च अदालत, राज्य राज्य/प्रदेश सर्वोच्च/उच्च अदालत र जिल्ला/स्थानीय अदालतका न्यायाधीश सरहको अवकाशको उमेर, पारिश्रमिक, सेवा, शर्त र सुविधा हुने गरी सरकारी वकीलहरूको पारिश्रमिक र सेवाका अन्य शर्तहरू कानूनद्वारा निर्धारण गरिए बमोजिम हुनेछ।	सरकारी वकीलहरू फौजदारी न्याय प्रशासनसँग प्रत्यक्ष सम्बन्धित र व्यावसायिक एवं विशेषज्ञको रूपमा सेवारत हुन्छन्। प्रभावकारी फौजदारी न्यायप्रशासनको अभावमा समाजमा दण्डहीनताले प्रश्रय पाई शान्ति सुरक्षा कायम रहन नसक्ने भएकाले यो सेवालाई अझ बढी सम्मानजनक, प्रभावकारी र उत्तरदायी बनाउन सरकारी वकीलहरूको व्यवस्था संविधानमै उल्लेख गरिएको छ। सरकारी वकील सरकारको कानूनी सल्लाहकार हुनुको साथै सरकारवादी मुद्दा चल्ने/नचल्ने निर्णय गर्ने, सरकारवादी वा सरकारको हक, हित वा सरोकारेको मुद्दामा सरकारको हकहितको प्रतिरक्षा गर्ने कार्यसँग सम्बन्धित व्यावसायिक र विशेषज्ञ पद हो।
		यसको व्यवसायिक संवेदनशीलतालाई हेरी सरकारी वकीलको व्यावसायिक दक्षता अभिवृद्धि गर्न, आफ्नो पेशाप्रति कर्तव्यनिष्ठ, जिम्मेवार बनाई गौरवको अनुभूति दिलाउन र फौजदारी न्याय प्रशासनप्रति जिम्मेवार बनाउन संघीय सर्वोच्च अदालत, राज्य राज्य/प्रदेश सर्वोच्च/उच्च अदालत र स्थानीय अदालतका न्यायाधीश सरहको नियुक्ति, योग्यता, अवकाशको उमेर, पारिश्रमिक, सेवा, शर्त र सुविधा कायम हुने गरी ऐनद्वारा निर्धारण गर्न यस प्रकारको व्यवस्था गरिएको छ।

४. महान्यायाधिवक्ताको सवैधानिक अधिकारका सम्बन्धमा सर्वोच्च अदालतको दृष्टिकोण

महान्यायाधिवक्तालाई प्राप्त राय सल्लाह दिने अधिकार, श्री ५ को सरकारको प्रतिनिधित्व गर्ने अधिकार, जुनसुकै कार्यालय वा पदाधिकारी समक्ष उपस्थित हुने अधिकार, संसदमा उपस्थित हुन पाउने अधिकार, अभियोजन वा प्रतिरक्षाको अधिकार लगायत संविधान र कानून बमोजिम प्राप्त अधिकार प्रयोग गर्दा एउटा व्यवसायिक व्यक्ति वा निकायले प्राप्त गर्ने अधिकार, सुविधा वा उन्मुक्ति सबै प्राप्त हुन्छन् । महान्यायाधिवक्ताले सदाशयतापूर्वक आफ्नो विवेक प्रयोग गरी गरेका त्यस्ता कार्य उपर प्रश्न गर्ने कसैको अधिकार रहँदैन । त्यस सम्बन्धमा निजलाई व्यवसायिक उन्मुक्ति प्रदान गरिएको हुन्छ ।

मिति २०५७।११।४ को पत्रमा स्पष्टीकरण भन्ने विषय उल्लेख भएपनि अनुसन्धानवाट यो यस्तो कसूर गरेको देखिने भनी अभियोग र सम्बन्धित कानून समेत उल्लेख नभएकोले सो पत्र अख्तियार दुरूपयोग अनुसन्धान आयोग ऐन, २०४८ को दफा १५ अन्तर्गतको भन्ने नदेखिई सामान्य सोधपुछको पत्र सम्म रहेको देखिन्छ । निवेदन र लिखित जवाफमा उल्लेख भएको मुद्दाका सम्बन्धमा महान्यायाधिवक्ताले मुद्दा नचल्ने निर्णय गरेको सम्बन्धमा सामान्य सोधपुछ गरेको र सो को जवाफ दिन मिसिल समेत माग गरेको अवस्थामा कानूनी र तथ्यगत औचित्य समेत जवाफमा उल्लेख गर्न सकिने अवस्था हुँदाहुँदै जवाफ दिनै नपर्ने भन्ने भनाइसँग पनि सहमत हुन सकिएन । नेपालको संविधान अनुसार महान्यायाधिवक्ता सरकारको मुख्य कानूनी सल्लाहकार भएकोले संवैधानिक एवं कानूनी विषयमा सरकार र सरकारले तोकिदिएको अन्य अधिकारीलाई राय सल्लाह दिनु महान्यायाधिवक्ताको कर्तव्य संवैधानिक रूपमा तोकिएको छ ।

सरकारको हकहित र सरोकार निहित रहेको मुद्दामा महान्यायाधिवक्ता वा निजको मातहतका अधिकृतबाट सरकारको प्रतिनिधित्व हुने गर्दछ । कुनै अदालत वा न्यायिक अधिकारी समक्ष नेपाल सरकारका तर्फबाट मुद्दा चलाउने वा नचलाउने भन्ने कुराको अन्तिम निर्णय गर्ने अधिकार महान्यायाधिवक्तालाई छ । यसका अतिरिक्त संविधान र अन्य कानूनद्वारा महान्यायाधिवक्ताका काम कर्तव्य र अधिकार तोकिए बमोजिम प्रयोग हुन्छन् । महान्यायाधिवक्तालाई उपस्थितिको अधिकार पनि संविधानद्वारा नै दिइएको छ । नेपाल राज्यको जुनसुकै अदालत, कार्यालय र पदाधिकारीका समक्ष उपस्थित हुने अधिकार सुरक्षित छ । महान्यायाधिवक्ताले आफूलाई धारा ११० बमोजिम प्राप्त काम कर्तव्य र अधिकार शर्त तोकी मातहतका अधिकारीलाई सुम्पन सक्दछ । महान्यायाधिवक्ताले आफूले गरेको काम तथा नेपाल राज्यमा भएका अपराधको विवरण सहितको प्रतिवेदन सरकार समक्ष पेश गर्नुपर्ने बाध्यात्मक व्यवस्था छ । यसैगरी महान्यायाधिवक्तालाई संसदको कुनै पनि सदन वा त्यसको कुनै समितिको बैठकमा वा संसदको संयुक्त अधिवेशनमा उपस्थित भई कुनै कानूनी प्रश्नको सम्बन्धमा राय व्यक्त गर्ने अधिकार प्राप्त छ । तर निजलाई मत दिने अधिकार भने दिइएको छैन ।

सार्वजनिक पद धारण गरेका व्यक्तिले अनुचित कार्य वा भ्रष्टाचार गरी अख्तियार दुरूपयोग गरेको सम्बन्धमा कानून बमोजिम अनुसन्धान र तहकिकात गर्नु नै यो आयोगको मुख्य कार्य देखिन आउँछ । सार्वजनिक पदधारण गरेको व्यक्ति भन्नाले संविधान वा अन्य प्रचलित कानून वा सम्बन्धित निकायको निर्णय वा आदेश बमोजिम कुनै अधिकार प्रयोग गर्न पाउने वा कुनै दायित्व वा कर्तव्यको पालन गर्नुपर्ने पदमा रहेको व्यक्तिलाई जनाउने देखिन्छ । त्यस्ता व्यक्तिमा राजनैतिक नियुक्ति हुने पदमा वहाल रहेको

व्यक्ति, श्री ५ को सरकारको कुनै सेवामा प्रथम श्रेणी वा सो भन्दा माथिल्लो दर्जामा बहाल रहेको अधिकृत, प्रथम श्रेणी भन्दा तल्लो दर्जाको भएपनि श्री ५ को सरकारको कुनै विभागको विभागीय प्रमुख, संविधान वा प्रचलित कानूनमा व्यवस्था भए अनुसार कुनै निकाय वा कार्यालय वा कुनै संस्थामा विभागीय प्रमुख वा प्रशासकीय प्रमुखको पदमा वहाल रहेको पदाधिकारी पर्ने भन्ने व्यवस्था ऐनको दफा ४(१) मा भएको पाइन्छ ।

न्यायाधीश, अख्तियार दुरूपयोग अनुसनधान आयोगका प्रमुख आयुक्त वा अन्य आयुक्तहरू, महालेखा परीक्षक, लोक सेवा आयोगका अध्यक्ष वा सदस्यहरू, प्रमुख निर्वाचन आयुक्त वा अन्य निर्वाचन आयुक्तहरू र सैनिक ऐन बमोजिम कारवाही हुने पदाधिकारीहरूका सम्बन्धमा आयोगको अनुसन्धान तथा तहकिकात गर्ने अधिकारक्षेत्र रहे भएको देखिदैन । यसैगरी अख्तियार दुरूपयोग अनुसनधान आयोग ऐनको दफा ४ को उपदफा (४) र (५) मा वर्णित विषयमा पनि आयोगले अनुसन्धान र कारवाही चलाउन सक्दैन । सार्वजनिक पदधारण गरेको व्यक्तिबाट भएको अनुचित कार्यको सम्बन्धमा प्रचलित कानूनमा अन्य कुनै उपचारको व्यवस्था गरिएको अवस्थामा त्यस्तो उपचारको अवलम्वन नगरी आयोगमा उजुरी लाग्ने र कारवाही चलाउने व्यवस्था देखिंदैन । तर सर्वोच्च अदालतको असाधारण अधिकारक्षेत्र अन्तरगत संवैधानिक उपचार प्राप्त गर्ने व्यवस्थालाई यस प्रयोजनको लागि अन्य उपचार भएको भन्ने संज्ञा दिन मिल्दैन । कुनै अधिकृतले आफ्नो तजविजी अधिकार प्रयोग गरेकोमा बदनियत वा स्वेच्छाचारिता देखिएको छैन भने आयोगले यस ऐन अन्तरगत कारवाही चलाउन मिल्दैन । तर कसूरजन्य कार्यबाट कसैले उन्मुक्ति नपाउने हुँदा सम्पादित कार्यमा भ्रष्टाचारजन्य कार्य भएको छ भन्ने अभियोगका सम्बन्धमा महान्यायाधिवक्ताद्वारा सम्पादित कार्यका विरुद्ध अख्तियार दुरूपयोग अनुसन्धान आयोगले अनुसन्धान र तहकिकात गर्न नपाउने भन्न मिल्ने अवस्था हुँदैन । किनकी, अख्तियार दुरूपयोग अनुसन्धान आयोगले नेपाल सरकारको हकहित वा सरोकार निहित रहेको मुद्दा वा सरकारको मातहत रही आयोगले मुद्दा चलाउने नभई स्वतन्त्र संवैधानिक निकायले संविधानको धारा ९८(३) अनुसार मुद्दा चलाउने विषय हो । यसरी धारा ११०(२) र धारा ९८(३) को व्यवस्थाहरू आ-आफ्नो स्थानमा स्वतन्त्र व्यवस्थाहरू हुन् । दुवै निकायको आ-आफ्नो कार्यगत स्वतन्त्रता रहेको छ ।

अब, महान्यायाधिवक्ताबाट मुद्दा नचल्ने अन्तिम निर्णय भई टुंगो लागिसकेको विषयमा आयोगले कारवाही चलाउन मिल्ने होइन भन्ने निवेदन जिकिरको विषयमा बिचार गर्दा माथि प्रकरण (१) मा विश्लेषण गरे अनुसार सार्वजनिक पद धारण गरेको व्यक्तिले अनुचित कार्य वा भ्रष्टाचार गरी अख्तियार दुरूपयोग गरेको सम्बन्धमा आयोगले अनुसन्धान र तहकिकात गरी स्वयं मुद्दा चलाउन वा चलाउन आदेश दिन सक्ने भन्नेमा विवाद देखिएन । बरामद भईआएको भा.रु फिर्ता गर्ने सम्बन्धमा महान्यायाधिवक्ताको निर्णय अन्तिम भईसकेकोले पक्राउ गरी कार्यवाही गर्न आयोगले नसक्ने भनी निवेदक सुनिल मास्केले बन्दिप्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी गरी पाउँ भनी यस अदालतमा दिएको निवेदनमा आयोगले छानबिन गर्ने क्रममा थुनामा राखेको भनी सो निवेदन खारेज भई यस अदालतवाट मिति २०५७।९।२५ मा निर्णय भई अन्तिम अवस्थामा रहेको छ । सो बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिट निवेदनमा भएको निर्णयबाट आयोगले आफ्नो संवैधानिक अधिकार प्रयोग गरी प्रचलित संविधान र

कानूनी व्यवस्था प्रतिकूल अपराधजन्य कार्य भएको छरछैन भनी अनुसन्धान तहकिकात गर्न नपाउने भन्न मिलेन । कसूरजन्य कार्यवाट उन्मुक्ति कसैले पनि पाउने कुरा होइन[११]

क. सरकारी वकीलको व्यवसायिक स्वतन्त्रता

महान्यायाधिवक्ता र सरकारी वकीलको व्यवसायिक स्वतन्त्रता सम्बन्धमा सर्वोच्च अदालतबाट भएको फैसलामा निम्नानुसार सिद्धान्त प्रतिपादन भएको देखिन्छ । [१२]

- जिल्ला न्यायाधिवक्तालाई महान्यायाधिवक्ताको काम, कतव्य मात्रै प्रत्यायोजन हुने, सो काम कर्तव्य निर्वाह गरे वापत श्रृजित दायित्वमा महान्यायाधिवक्ता सरह संरक्षण एवं कार्यगत स्वतन्त्रता प्राप्त नहुने भनी अर्थ गर्न कानून र न्याय सम्मत समेत नहुने।
- सरकारी वकीलले सो बमोजिम बहस पैरवी गरेको कारणलाई मात्र आधार लिई निज उपर कुनै कारवाही गरिने वा गाली बेइज्जती मुद्दा चलाइने छैन भनी सरकारी वकील सम्बन्धी नियमावली, २०५५ को नियम ३५ मा भएको व्यबस्थाबाट सरकारी वकीलको अभियोजन र प्रतिरक्षा लगायतका सरकारी मुद्दा सम्बन्धी ऐन, २०४९ प्रदत्त काम कर्तब्य र अधिकारहरू विशुद्ध व्यवसायिक प्रकृतिका हुन भन्नेमा विवाद नरहने ।
- व्यवसायिक आचरणको परिधि भित्र रही असल नियतबाट गरिएका त्यस्ता कार्यहरूमा सरकारी वकीललाई व्यवसायिक उन्मुक्ति प्राप्त नहुने भन्न र अर्थ गर्न न्याय तथा कानूनसम्मत नहुने ।
- संविधानको धारा ९८ बमोजिम भ्रष्टाचार गरी अख्तियार दुरूपयोग गरेको भन्ने कसूरको छानविन गर्ने अधिकार क्षेत्र भएको भनी सो संविधानको धारा ११० को उपधारा (२) तथा उपधारा (५) अन्तर्गत महान्यायाधिवक्ता लगायतका सरकारी वकीलहरूले आफ्नो अधिकार क्षेत्र भित्र रही सम्पादन गरेको अभियोजन प्रतिरक्षा तथा कानूनी परामर्श सम्बन्धी कुनै निर्णय तथा कारवाही नै कानूनी वा गैह्रकानूनी सही वा गलत भएको भनी पुनरावेदन हेरे सरह वा पुनरावलोकन गरे सरह जाँचबुझ गर्न र सोही कुरालाई आधार मानी अनुचित कार्य गरी वा भ्रष्टाचार गरी अख्तियार दुरूपयोग गरेको भनी कसूर ठहर गर्ने अधिकार उक्त आयोगलाई प्राप्त हुने भनी मान्य नदेखिने ।
- सुम्पिएको अधिकार रद्द वा प्रतिधारण नगरी सरकारी मुद्दा सम्बन्धी ऐन, ०४९ को अनुसूची भित्रको भ्रष्टाचार मुद्दामा आँफै अधिकृत खटाई अनुसन्धान तहकिकात गरी आयोगका तर्फवाट भनी सोही अधिकृतद्वारा दायर भएको प्रस्तुत मुद्दा कानून बमोजिम दायर भएको भन्न सकिने अबस्था समेत नदेखिने ।

---

११ बद्री बहादुर कार्की विरुद्ध अख्तियार दुरुपयोग अनुसन्धान आयोग, निर्णय नं. ७००१ ने.का.प.२०५८ अङ्क ५/६

१२ अख्तियार दुरुपयोग अनुसन्धान आयोग विरुद्ध उप न्यायाधिवक्ता नरेन्दबहादुर चन्द समेत ने.का.प.२०५९ अङ्क ३/४, निर्णय नं.७०८२

- जिल्ला न्यायाधिवक्ताको पदीय हैसियतमा संविधानको धारा ११०(२) र (५) बमोजिम महान्यायाधिवक्ताद्वारा प्रत्यायोजित अभियोजन र प्रतिरक्षा सम्बन्धी काम, कर्तब्य र अधिकार अनुरूप सरकारी मुद्दा सम्बन्धी ऐन, २०४९ को दफा १७ (२) र १८ बमोजिम व्यवसायिक उन्मुक्तिको अधिकार अन्तर्गत गरेको निर्णय उपर अदालतवाट न्यायिक पुनरावलोकन हुने जस्तो गरी त्यस्तो सरकार वादी मुद्दा चल्ने वा नचल्ने तथा कुन ऐनको कुन दफा लगाउनु पर्ने भन्ने संविधानको धारा ११०(२) को महान्यायाधिवक्ताले अन्तिम निर्णय गर्न पाउने अधिकारको विषयमा प्रवेश गरी हस्तक्षेप गर्न नमिल्ने । [१३]

- भ्रष्टाचार निवारण ऐन, २०१७ को दफा ७(१) को कसूर भनी चलाइएको प्रस्तुत उजुरी दावी प्रारम्भिक रूपमा नै (Prima Facie) प्रभावहिन, गैह्रकानूनी र अधिकार क्षेत्रविहीन हुँदा खारेज हुने ।

ख. मानव अधिकारको अनुगमनकर्ताको रूपमा महान्यायाधिवक्ता

कानून कार्यान्वयन गर्ने गराउने प्रमुख अधिकारी रूपमा मात्र नभएर मानव अधिकारको संरक्षक एवं अनुगमनकर्ताको रूपमा पनि महान्यायाधिवक्ताको महत्वपूर्ण जिम्मेवारी र भूमिका रहेको छ । २०७२ साल असोज ३ गते संविधानसभाबाट जारी भएको नेपालको संविधान को धारा १५८ मा नेपाल सरकारको मुख्य कानूनी सल्लाहकार र मुख्य अभियोजकको रूपमा महान्यायिधिवक्ता रहेको पाइन्छ ।

उक्त संविधानको धारा १५८ को उपधारा ६ को खण्ड (ग) बमोजिम महान्यायाधिवक्ताले हिरासतमा रहेको व्यक्तिलाई मानवोचित व्यवहार गरे/नगरेको वा त्यस्तो व्यक्तिलाई आफन्तसँग भेटघाट गर्न नदिएको भन्ने कुनै उजुरी परेमा वा जानकारी हुन आएमा गर्न नदिएको भन्ने कुनै उजुरी परेमा वा जानकारी हुन आएमा छानबिन गरी त्यस्तो हुनबाट रोक्न सम्बन्धित अधिकारीलाई निर्देशन दिने अधिकार मिति २०७२।०६।०३ देखि लागू हुने गरी उच्च सरकारी वकील कार्यालयका सहन्यायाधिवक्ता वा निजको अनुपस्थितिमा सहन्यायाधिवक्ताको हैसियतले काम गर्ने अधिकारीले प्रयोग गर्ने गरी सुम्पिएको अवस्था छ ।[१४]

मिति २०७२।०६।०३ को नेपाल राजपत्रमा प्रकाशित नेपाल सरकारको तर्फबाट दायर भएका मुद्दा फिर्ता लिँदा महान्यायाधिवक्ताको राय लिनुपर्ने व्यवस्था वर्तमान संविधानमा गरिएकोले राजनीतिक वा अन्य विभिन्न दवाव वा स्वार्थबाट मुद्दा फिर्ता गर्न खोजेमा सरकारलाई त्यसो नगर्न वा कानून र प्रमाण हुँदाहुँदै मुद्दा फिर्ता नलिनेतर्फ न्यायोचित राय दिन वा उपयुक्त उपाय सुझाउन पनि महान्यायाधिवक्ताले सक्ने देखिँदा मानव अधिकारको संरक्षक र अनुगमनकर्ताको रूपमा महान्यायाधिवक्ताको भूमिका महत्वपूर्ण देखिन्छ ।

---

[१३] अख्तियार दुरुपयोग अनुसन्धान आयोग विरुद्ध नरेन्दबहादुर चन्द समेत मुद्दा ने.का.प.२०५९ अङ्क ३/४, निर्णय नं.७०८२

[१४] मिति २०७२।०६।०३ को नेपाल राजपत्रमा प्रकाशित

यसै सन्दर्भमा महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय र उच्च सरकारी वकील कार्यालयबाट देशभरमा रहेका कारागार र हिरासत कक्षहरूको वार्षिक रूपमा अनुगमन गरी प्रतिवेदन पेश गर्ने र सम्बन्धित निकायलाई निर्देशन दिने गरिएको छ। महान्यायाधिवक्ताले प्रत्येक वर्ष यो संविधान र संघीय कानून बमोजिम आफूले सम्पादन गरेका कार्यहरूको वार्षिक प्रतिवेदन राष्ट्रपति समक्ष पेश गर्ने व्यवस्था धारा १५९ मा छ। प्रतिवेदनमा वर्षभरिमा घटेका अपराध संख्या, दायर संख्या, बहसपैरवी, प्रतिरक्षा, कानूनी रायका साथै भविष्यमा गर्नुपर्ने सुधारका कुराहरू उल्लेख हुन्छन् ।सो प्रतिवेदन राष्ट्रपतिले प्रधानमन्त्री मार्फत संघीय संसद समक्ष पेश गर्ने व्यवस्था भएबाट संसदले व्यापक छलफल गरी मानवअधिकार संरक्षण गर्न थप योजना र कार्यक्रम समेतका कानून बनाउने, निर्देशन दिने समेत सक्ने हुँदा मानव अधिकार संरक्षक एवं अनुगमनकर्ताको भूमिका महान्यायाधिवक्तामा रहेको पाइन्छ।

संविधानको धारा १५८(४) मा संघीय संसद वा त्यसको समितिले गरेको आमन्त्रण बमोजिम बैठकमा उपस्थित भई कानूनी प्रश्नमा राय व्यक्त गर्ने अधिकार महान्यायाधिवक्तालाई रहेको मानवअधिकारमुखी कानूनी निर्माणमा महान्यायाधिवक्ताको भूमिका रहने देखिन्छ। यसरी कार्यपालिका, व्यवस्थापिका र न्यायपालिका राज्यका ३ वटै अङ्गहरूसँग आवद्ध भई काम गर्न पाउने हुँदा महान्यायाधिवक्ता मानव अधिकार र कानूनी राजको संरक्षकको भूमिकामा रहेको देखिन आउँछ।

ग. पीडितको अभिभावकको रूपमा महान्यायाधिवक्ता

राज्यमा जुनसुकै कारणले पछि परेको पीडित नागरिकको संरक्षण गरी उचित न्याय प्रदान गर्नु राज्यको दायित्व हुन्छ। खासगरी फौजदारी न्यायसँग सम्बन्धित विषयमा पीडित उपर ईन्साफ पर्ने गरी राज्यको तर्फबाट समग्र व्यवस्थापन गरी अपराधीलाई सजाय दिलाई पीडितलाई राहत र न्याय प्रदान गर्ने अभिभावकीय जिम्मेवारी महान्यायाधिवक्तामा रहन्छ। सबुद प्रमाण र तथ्यका आधारमा कसूरदारले गरेको कसूर मुताविक अभियोजन गर्ने/गराउने कार्य अति संवेदनशील हुन्छ। त्यसैले गर्दा, कानूनले अपराध नमानेको कार्य अभियोजन नहुने, निष्पक्ष, स्वतन्त्र र वस्तुनिष्ठ तवरबाट अभियोजन हुने, समान तथ्य र प्रमाण भएको अभियोजनमा एकरूपता हुनुपर्ने, पीडितको अधिकारको सम्मान गर्नुपर्ने, पर्याप्त प्रमाणका आधारमा मात्र अभियोजन हुने, एउटै कसूरमा एकपटक भन्दा बढी मुद्दा नचलाइने, कसूर र अपराधसँग सम्बन्धित कानून बीच सामञ्जस्यता हुनुपर्ने, पर्याप्त प्रमाणका आधारमा सार्वजनिक हितलाई प्राथमिकता दिने, अपराधमा संलग्ताको मात्रानुसार अभियोजन गर्ने, पीडितलाई न्याय परेको अनुभूति र क्षतिपूर्ति प्राप्त हुनुपर्ने लगायतका कुराहरू परिपालन भएका छन् वा छैनन् हेर्ने जिम्मेवारी महान्यायाधिवक्ता आफैंले र आफू मातहतका उच्च तहका सरकारी वकील मार्फत व्यवस्थापन गर्नुपर्ने हुन्छ। अपराधको गम्भीरता बढाउने वा घटाउने लगायतका धेरै सिद्धान्तहरू रहेका छन्। मुलुकी अपराध (संहिता) ऐन, २०७४ को भाग १ दफा ६-४८ सम्म फौजदारी न्यायका सामान्य सिद्धान्तहरू उल्लेख छन्।

सरकारी मुद्दा सम्बन्धी ऐन, २०४९ को दफा १८ मा अभियोग पत्र दायर गर्ने सम्बन्धी व्यवस्था छ। सो अभियोग पत्रमा अभियुक्तको पूरा नाम, थर, वतन, अपराधसम्बन्धी सूचनाको व्यहोरा,

अपराध सम्बन्धी विवरण, अभियुक्तलाई लगाइएको अभियोग र तत्सम्बन्धी प्रमाण, सम्बन्धित कानून, अभियुक्तलाई हुनुपर्ने सजाय र अपराधबाट क्षति पुगेको व्यक्तिलाई क्षतिपूर्ति भराई दिनुपर्ने भए सो क्षतिपूर्तिको रकम समेत खुलाई पेश गर्नुपर्दछ। यसरी, मिहिनेतपूर्वक प्रमाण पुऱ्याउर पीडितलाई राहत पुग्ने गरी अभियोग दायर भएको छ/छैन र न्याय प्राप्ति भएको छ, छैन हेर्नुपर्ने जिम्मेवारी महान्यायाधिवक्ताको हुन आउँछ। कुनै कारणवश मुद्दा असफल भएमा पुनरावेदन गर्ने, उपयुक्त उपचारका लागि निवेदन दिने र मुद्दा अन्तिम हुँदासम्म मुद्दामा प्रतिनिधत्वि गरिरहने कार्य सरकारी वकीलले गर्नुपर्ने हुँदा सरकारी वकीलको उचित परिचालन र प्रहरीलाई निर्देशन तथा समन्वय पनि महान्यायाधिवक्ताबाट हुने हुँदा महान्यायाधिवक्तालाई पीडितको अभिभावकको रूपमा पनि लिन सकिन्छ।

धारा ३२ को हक नागरिकलाई प्राप्त भएपछि संविधानले नै धारा १०७(२) को यस अदालतको न्यायिक पुनरावलोकन गर्न पाउने अधिकारलाई Exclude वा Limit गर्ने गरी स्पष्ट व्यवस्था गरेको अवस्था, मान्य सिद्धान्तअनुसार Political question समावेश भएको विषय वा विधायिकाको आन्तरिक कार्य व्यवस्थापनको विषय र यस अदालत धारा १०७(३) अन्तर्गत अन्तिम भएका विषयहरूमा Writ against Judiciary हुन नसक्ने मान्य सिद्धान्तको अवस्थामा वाहेक अन्य अवस्था र विषयमा मान्य सिद्धान्तमा रहेर कार्यपालिकातर्फका प्रत्येक अधिकारीले गरेको निर्णयको न्यायिक पुनरावलोकन गर्न सक्ने।[१५]

अपराध अनुसन्धानको कार्यको लागि प्रहरीको व्यवस्था हुन्छ र प्रमाण केलाउने, मुद्दा चलाउने अदालतमा प्रतिरक्षाको लागि सरकारले आफ्नो पक्षबाट वकीलसमेत व्यवस्था गरी दिएको हुन्छ र अन्तिम अवस्थासम्म सरकारबाटै पीडितको तर्फबाट मुद्दामा प्रतिरक्षा लगायतको काम गरिन्छ। पीडितको हैसियत गवाहमा सीमित हुन्छ। हाम्रो कानून प्रणालीमा पीडितले आफैंले मुद्दा चलाउन सक्तैन। पीडितले राज्यबाट व्यवस्था गरिएको प्रहरी र सरकारी वकीलमा भर पर्नुपर्ने हुन्छ। पीडितले आफू पीडित भएको व्यहोरासहित प्रहरीमा किटानी उजूर गर्दासमेत प्रहरी र सरकारी वकीलले मुद्दा हेर्ने अदालतमा मुद्दा नचलाएको अवस्थामा पीडितले न्याय पाउने मौलिक हकबाट बञ्चित हुन पुग्ने। समाज र अपराध पीडितको प्रतिनिधित्व गर्दै शान्ति र व्यवस्था कायम गर्ने आफ्नो प्राथमिक दायित्व पूरा गर्न राज्यले कानून बमोजिम स्थापित आफ्ना निकायबाट अनुसन्धान गरी उक्त अनुसन्धानको आधारमा आपराधिक कार्य र त्यस्तो कार्य गर्ने व्यक्तिको पहिचान गरी अदालतमा मुद्दा दायर गर्दछ। यसरी मुद्दा दायर गर्दा राज्य पीडित र अभियोग लगाइएको व्यक्तिप्रति जिम्मेवार हुनुपर्ने। महान्यायाधिवक्तामा नेपाल सरकारको तर्फबाट मुद्दा चलाउने वा नचलाउने बारेमा निर्णय गर्ने अन्तिम अधिकार रहेको भए पनि सो अधिकारको प्रयोग त्यस्तो अधिकार प्रयोगकर्ताको स्वेच्छा (Pleasure) मा निर्भर नभई निष्पक्ष अनुसन्धानबाट देखिएको निष्कर्षमा आधारित हुनुपर्दछ। यही अनुसन्धानबाट कुनै व्यक्ति निर्दोष देखिएको अवस्थामा महान्यायाधिवक्ताको इच्छामा निजको विरूद्धमा मुद्दा चल्ने र त्यस्तो अनुसन्धानबाट शंकित व्यक्ति

---

[१५] नारायणसिँह राजपुत समेत विरूद्ध महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय, समेत, ने का प २०७० अक १ नि न ८९४९

दोषी देखिएको अवस्थामा केवल महान्यायाधिवक्ताको चाहनाको कारणले मात्र मुद्दा नचल्ने भनी निर्णय हुन सक्छ भनी संवैधानिक व्यवस्थाको अर्थ गर्नु मनासिब नहुने ।[१६]

उल्लेखित सन्दर्भमा हेर्दा, सर्वोच्च अदालतमा परेको उपरोक्त अदालतको फैसला कार्यापालिका तर्फका अधिकारीले गरेको निर्णयको न्यायिक पुनरावलोकन हो भन्ने देखिन्छ। यस फैसलालाई महान्यायाधिवक्ताको संवैधानिक अधिकारको कटौती हो भन्ने अर्थमा नलिई पीडितले सर्वोच्च अदालतको ढोका ढक्ढक्याउन पाउने र सर्वोच्च अदालतले पनि असाधारण क्षेत्र अन्तर्गत पूर्ण न्यायका लागि पीडितका पक्षमा गरेको फैसला हो भन्ने अर्थमा बुझ्नुपर्ने देखिन्छ। तर पनि गैह्रकानूनी पक्राउ वा पक्राउ पछि २४ घण्टाभित्र अदालतमा पेश नगर्ने र पहिले पक्राउ गर अनि सुन भन्ने किसिमको सोच र व्यवहार यदाकदा भएका छन् भने सुधार गर्न जरुरी छ।

The role of prosecutors in matters of arrest and detention is miserably poor in Nepal which can be pointed out as one of the setbacks of the Nepalese Criminal Justice system. 'First arrest and think' is a working culture of the Nepalese investigation practice. The chance of an innocent person being arrested and detained is explicably huge in Nepal. This random practice of arrest and detention is one of the prosecutors have but no option to follow on footsteps of the investigation.[17]

घ. कानून व्यवसायीको नियामकको रूपमा महान्यायाधिवक्ता

मुद्दाको पक्षको प्रतिनिधित्वको हिसाबले हेर्दा सरकारी वकीलले सरकार पक्षका मुद्दामा सरकारको प्रतिनिधित्व गर्दछ भने स्वतन्त्र कानून व्यवसायीहरूले मुद्दाका प्रतिवादी वा अन्य नागरिकको पक्षबाट बहस, पैरवी र प्रतिरक्षा गर्दछन्। कानूनी व्यवसायीहरू नेपाल बार एशोसियशनसँग आवद्ध रही केन्द्रीय बार र उच्च अदालत बार, जिल्ला अदालत बारसँग आवद्ध भई दर्ता गरी कानून व्यवसाय गरिरहेका छन्। कानून व्यवसायी परिषद ऐन, २०५० ले कानून व्यवसायीको हकहितको संरक्षण गरी समाजप्रति बढी जिम्मेवारपूर्ण सेवा सञ्चालन गर्न नेपाल कानून व्यवसायी परिषदको स्थापना र व्यवस्था गर्न सो ऐन बनाइएको भन्ने उल्लेख छ।[१८] सो परिषदको अध्यक्ष महान्यायाधिवक्ता हुने र उपाध्यक्ष नेपाल बार एशोशियसनको अध्यक्ष हुने व्यवस्था रहेको छ।

नेपालको विभिन्न अड्डा अदालतमा प्राइभेट कानून व्यवसायीका रूपमा वकालत गर्ने सबै वकीलहरूलाई सुव्यवस्थित रूपमा सञ्चालन गर्न परिषदको महत्वपूर्ण जिम्मेवारी रहन्छ। उक्त ऐनको दफा ८ मा परिषदको काम, कर्तव्य र अधिकार नियमानुसार उल्लेख भएको पाइन्छः-

(क) कानून व्यवसायमा प्रवेश गर्नेहरूको परीक्षा लिने।

---

[१६] **२०६६ सालको रिट. नं.०५८४ सुन्तली धामी (शाह)** विरुद्ध प्रम तथा मपका समेत

[१७] Yubraj Sangraula, PH.D, Comparative survey of investigation systems in China, India, Japan and Nepal: Some challenges and best Practices). PROSECUTOR JOURNAL, VOLUME-3, OAG NEPAL-2016,

[१८] **नेपाल कानून व्यवसायी परिषद ऐनको प्रस्तावना**

***नेपाल कानून व्यवसायी परिषद ऐन(२)४को दफा**

(ख) कानून व्यवसायीमा नाम दर्ता गर्ने सम्बन्धी कार्यविधिको व्यवस्था गर्ने ।

(ग) योग्यता पुगेको व्यक्तिलाई कानून व्यवसायीमा दर्ता गर्ने ।

(घ) कानून व्यवसायीको लागि तोकिएको व्यवसायिक आचारण संहिता अनुरूप काम गरे/नगरेको सम्वन्धमा अनुगमन गर्ने ।

(ङ) कानून व्यवसायीले व्यवसायिक आचारण विरुद्ध गरेको कार्य सम्बन्धी उजूरी लिने र कारवाहीका लागि अनुशासन समितिमा पठाउने ।

(च) अनुशासन समिति र अन्य समितिले अपनाउनु पर्ने कार्यविधि तोक्ने ।

(छ) यस ऐनको व्यवस्था विरुद्धमा काम गर्नेहरू उपर मुद्दा चलाउने ।

(ज) कानून व्यवसायीको इज्जत, प्रतिष्ठा, सुरक्षा, हकहित तथा सुविधाको संरक्षण गर्ने ।

(झ) स्तरीय कानून शिक्षालाई प्रोत्साहन दिन विश्वविद्यालयसँग परामर्श गरी कानून व्यवसायको लागि उपयुक्त शैक्षिक मापदण्ड सिफारिश गर्ने ।

(ञ) परिषद्को लागि आवश्यक कर्मचारीहरू नियुक्त गर्ने र उनीहरूको पारिश्रमिक तथा अन्य सुविधाको व्यवस्था गर्ने ।

(ट) कानून व्यवसायीलाई कानून व्यवसायको व्यवहारिक अनुभव दिनलाई कानून व्यवसायलाई गरिमामय बनाउन आवश्यक प्रशिक्षण तथा तालिमको व्यवस्था गर्ने ।

(ठ) कानून व्यवसायीको हित अभिबृद्धि गर्न अध्ययन, छलफल, सभा, गोष्ठी, प्रवचन आदिको व्यवस्था गर्ने र आवश्यक प्रकाशनको व्यवस्था गर्ने ।

(ड) परिषद्को कोषको प्रवन्ध गर्ने ।

(ढ) यस ऐनद्वारा निर्धारित अन्य कार्य गर्ने र

(ण) यस ऐनको उद्देश्य पूरा गर्न आवश्यक पर्ने अन्य कार्यहरू गर्ने ।

यसरी सबै कानून व्यवसायीहरूलाई नियमन गर्ने कार्यमा महान्यायाधिवक्ताको महत्वपूर्ण भूमिका रहेको छ ।

कानूनी सहायता सम्बन्धी ऐन, २०५४ ले केन्द्रीय कानून सहायता समितिको अध्यक्ष कानून मन्त्री हुने व्यवस्था गरेको छ भने नेपाल कानून व्यवसायी परिषदको अध्यक्षको रूपमा रहेका महान्यायाधिवक्तालाई सदस्यको रूपमा राखेको छ। यसको मातहतमा जिल्ला कानूनी समिति रहन्छ र जिल्ला कानूनी सहायता समितिको अध्यक्षता सरकारी वकीलबाटै हुन्छ। केन्द्रमा र जिल्लामा रहने सबै सदस्यहरूले असमर्थ पक्षलाई कानूनी सहायता उपलव्ध गराउन आवश्यक कार्य गर्दछन् र कानूनी सहायता उपलब्ध गराउँदछन् ।

ङ. नोटरी पब्लिकको अध्यक्षको भूमिकामा महान्यायाधिवक्ता

नोटरी पब्लिक ऐन, २०६३ को दफा ५ ले नोटरी पब्लिक परिषदको अध्यक्ष महान्यायाधिवक्ता हुने व्यवस्था गरेको छ। यस परिषदमा नेपाल बार एशोशियसनका अध्यक्ष, कानून सचिव, प्रधानमन्त्रीको कार्यालयका कानून सचिव, भूमिसुधार र परराष्ट्र सचिव, सर्वोच्च अदालतका रजिष्ट्रार सदस्य हुने र परिषद्का सचिवले सचिव भई काम गर्ने व्यवस्था छ। सो परिषदले नोटरी पब्लिक सम्बन्धमा अवलम्बन गर्नुपर्ने नीति तर्जुमा गरी कार्यान्वयन गर्ने, नोटरी पब्लिकको प्रमाणपत्र दिने, नोटरी पब्लिकले आचारसंहिता बमोजिम काम गरे/नगरेको सम्बन्धमा अनुगमन गर्ने, आफूले गर्नुपर्ने कामका लागि समिति गठन गरी काम, कर्तव्य र अधिकार तोक्ने, लेखापरीक्षण नियुक्त गर्ने आदि कार्यहरू गर्दछ। लिखत प्रमाणीकरणको महत्वपूर्ण जिम्मेवारी पाएको नोटरी पब्लिकको नियमन, व्यवस्थापन, अनुगमन, सु-सञ्चालन गर्ने महत्वपूर्ण जिम्मेवारी अध्यक्षको हैसियतको महान्यायाधिवक्ताले निर्वाह गर्नुपर्ने हुँदा कानूनले निजमाथि विश्वास र भरोसा राखी कानूनी व्यवस्था गरेको पाइन्छ।

५. महान्यायाधिवक्ता र मुख्य न्यायाधिवक्ता बीचको अन्तरसम्बन्ध

नेपालको संविधानको धारा १५८ मा महान्यायाधिवक्ताको काम, कर्तव्य र अधिकार बारे उल्लेख गरिएको छ। महान्यायाधिवक्तालाई कानूनी सल्लाहकार, सरकारी वकील र अभियोजनकर्ताको भूमिका प्राप्त छ। सरकारी वकील र कानूनी सल्लाहकार फरक-फरक भूमिका हुन्। मुख्य न्यायाधिवक्तालाई अभियोजनकर्ता र सरकारी वकीलको भूमिका संविधानले दिएको देखिँदैन।

- धारा १५८ को उपधारा ७ मा तोकिएको शर्तका अधीनमा रही महान्यायाधिवक्ताले मातहतका अधिकृतलाई प्रत्यायोजन गर्न सक्ने व्यवस्था गरेको छ।
- धारा १६०(१) ले महान्यायाधिवक्ता मातहतमा नै मुख्य न्यायाधिवक्ता रहने व्यवस्था गरेको छ।
- धारा १६०(५) ले मुख्य न्यायाधिवक्ता प्रदेश सरकारको मुख्य कानूनी सल्लाहकार हुने र निजले प्रदेश सरकारले तोकिदिएको अधिकारीलाई संवैधानिक र कानूनी रायसल्लाह दिने व्यवस्था गरेको छ। यसबाट निज प्रदेश सरकार र मुख्यमन्त्रीप्रति उत्तरदायी हुनुपर्ने देखिन्छ।
- धारा १६०(७) मा मुख्य न्यायाधिवक्ताको काम, कर्तव्य, अधिकार तथा सेवाका शर्त प्रदेश कानून बमोजिम हुने व्यवस्था भएबाट मुख्य न्यायाधिवक्ता हालको अवस्थामा अभियोजनकर्ताको रूपमा र केन्द्र सरकारको अधीनमा रहेको भन्ने पनि देखिँदैन।
- धारा १६०(६) मा मुख्य न्यायाधिवक्ताको कार्यालयका कर्मचारी व्यवस्थापन महान्यायाधिवक्ताको कार्यालयले गरिदिने व्यवस्था छ। यसबाट मुख्य न्यायाधिवक्ताले महान्यायाधिवक्तासँग सम्पर्क र समन्वयमा रही प्रदेश सरकारको मुख्य कानूनी सल्लाहकारको भूमिका निर्वाह गर्नुपर्ने देखिन्छ।

महान्यायाधिवक्ताको काम, कर्तव्य र अधिकार संघीय ऐन अनुसार हुने र प्रदेश प्रमुखको काम, कर्तव्य र अधिकार प्रदेश कानून अनुसार हुने व्यवस्था संविधानले गरेको हुँदा मुख्य न्यायाधिवक्ताले महान्यायाधिवक्ताको सामान्य निर्देशनमा रही प्रदेश सरकारलाई आफ्नो सेवा प्रदान गर्नुपर्ने देखिएको छ।

प्रदेश सरकारले कानून बनाई निर्धारण गरदिएमा सोही कानून अनुसार निजले आफ्नो कार्य सम्पादन गर्दछन् । संविधान र संघीय कानूनसँग बाझिने गरी भने प्रदेश कानून बन्नु हुँदैन ।

६. अन्य कानूनले महान्यायाधिवक्तालाई तोकेको काम, कर्तव्य र अधिकार

नेपालको संविधानको धारा १५७–१५९, मुलुकी कार्यविधि (संहिता) ऐन, २०७४ र सरकारी वकील सम्बन्धी नियमावलीले निर्धारण गरेको महान्यायाधिवक्ताको काम, कर्तव्य तथा अधिकारका अतिरिक्त महान्यायाधिवक्ताले अन्य विभिन्न ऐन कानूनद्वारा व्यवस्था भए अनुसारको विभिन्न भूमिका निर्वाह गर्ने तथा पदीय जिम्मेवारीहरू पूरा गर्ने कार्य गर्दछन् ती जिम्मेवारीहरू निम्न छन् :

- **व्यवस्थापिका–संसदमा उपस्थित भई राय व्यक्त गर्ने** : व्यवस्थापिका–संसदको नियमावली, २०७३ ले सभामुखले कुनै कानूनी प्रश्नको सम्बन्धमा महान्यायाधिवक्ताको राय लिन आवश्यक ठानेमा महान्यायाधिवक्तालाई सदनमा उपस्थित भई राय व्यक्त गर्न अनुमति दिने व्यवस्था छ र त्यस्तो राय माथि संसदमा छलफल नहुने व्यवस्था समेत रहेको छ । [१९]

- **न्याय सेवा आयोगको सदस्य** : नेपालको संविधानको धारा १५४ ले न्याय सेवाका राजपत्राङ्कित पदमा नियुक्ति, सरुवा, बढुवा (नयाँ भर्नाद्वारा स्थायी नियुक्ति गर्दा र राजपत्र अनकितबाट राजपत्राकित पदमा बढुवा गर्दा बाहेक) वा विभागीय सजाय गर्दा नेपाल सरकारले न्याय सेवा आयोगको सिफारिस अनुसार गर्नुपर्ने व्यवस्था भए बमोजिम प्रधानन्यायाधीशको अध्यक्षतामा महान्यायाधिवक्ता समेत सदस्य रहने गरी न्याय सेवा आयोगको गठन हुने हुँदा उक्त आयोगको सदस्य भै काम गर्ने ।[२०]

- **न्याय परिषद अन्तर्गत समन्वय समितिको सदस्य** : न्यायाधीशहरूको नियुक्ति, सरुवा, अनुशासन सम्बन्धी कारवाही, बर्खास्ती र न्याय प्रशासन सम्बन्धी अन्य कुराहरूको सिफारिस गर्न वा परामर्श दिन प्रधान न्यायाधीशको अध्यक्षतामा न्याय परिषद्को गठन सम्बन्धी व्यवस्था छ । न्याय परिषद् नियमावलीले संविधान बमोजिम न्यायाधीश हुन योग्यता पुगेका नेपाल न्याय सेवाका अधिकृत कर्मचारी एवं सेवा बाहिरका कानून व्यवसायी तथा प्राध्यापनमा संलग्न कानूनविद्को प्राप्त विवरण एवं सूचना सम्बन्धमा आवश्यक छानविन गरी निजहरू तथा सम्बन्धित निकायहरू सँग समन्वय समेत गर्न न्याय परिषद्ले तोकेको परिषद्को सदस्यको अध्यक्षतामा गठित समन्वय समितिमा महान्यायाधिवक्ता समेत सदस्य रहने व्यवस्था रहेको छ । [२१]

- **संवैधानिक अंगहरूमा कानूनी राय परामर्श प्रदान गर्ने** : नेपालको संविधानले लोकसेवा आयोग, निर्वाचन आयोग, महालेखा परीक्षक, अख्तियार दुरूपयोग अनुसन्धान आयोग र राष्ट्रिय मानव अधिकार आयोग जस्ता स्वतन्त्र एवं संवैधानिक अंगहरूको स्थापना गरेको छ । कामको प्रकृति

---

[१९] व्यवस्थापिका संसदको नियमावली-२०७३ नियम २४७

[२०] नेपालको संविधान धारा १५४

[२१] न्याय परिषद नियमावली २०५६ नियम१८

अनुसार यी निकायहरू पनि विशिष्टीकृत निकायको रूपमा रहेको पाइन्छ। संवैधानिक एव कानूनी विषयमा यी निकायहरूबाट माग भइआएको कानूनी राय परामर्श प्रदान गर्ने काम निरन्तर रूपमा महान्यायाधिवक्ताबाट हुँदै आएको छ।[२२]

- **समन्वय समितिको अध्यक्ष** : सरकारी मुद्दा सम्बन्धी नियमावलीले नेपाल सरकार वादी हुने फौजदारी मुद्दाहरूको तहकिकात एवं अभियोजनमा संलग्न निकायहरू बीच समन्वय कायम गरी पारस्परिक सहयोग र समझदारीबाट अपराध तहकिकात तथा अभियोजन कार्य प्रभावकारी रूपले हुन सकोस् भन्ने उद्देश्यबाट गठित समन्वय समितिको अध्यक्ष भई काम गर्ने व्यवस्था रहेकोमा हाल सो व्यवस्थालाई मुलुकी फौजदारी कार्यविधि (संहिता) ऐन, २०७४ को दफा १९४ मा उल्लेख गरिएको छ। जसनुसार,

महान्यायाधिवक्ता	**-**	**अध्यक्ष**
सचिव, कानून, न्याय तथा संसदीय मामला मन्त्रालय	**-**	**सदस्य**
सचिव गृह मन्त्रालय	**-**	**सदस्य**
नेपाल प्रहरीका महानिरीक्षक	**-**	**सदस्य**
महान्यायाधिवक्ताले तोकेको राजपत्राक्तित प्रथम श्रेणी वा सोभन्दा माथिल्लो दर्जाको सरकारी वकील	**-**	**सदस्य-सचिव**

- **राष्ट्रिय नागरिक उड्डयन सुरक्षा समितिको पदेन सदस्य** : नेपाल सरकारले नागरिक उड्डयनलाई पूर्ण सुरक्षित गराउने प्रयोजनको निम्ति पर्यटन मन्त्रीको अध्यक्षतामा गठन गरेको राष्ट्रिय नागरिक उड्डयन सुरक्षा समितिको पदेन सदस्य भई काम गर्ने।[२३]

- **संघीय प्रोवेशन तथा प्यारोल बोर्डको अध्यक्षको भूमिकामा महान्यायाधिवक्ता** : कैद सजाय पाएका कसूरदारको सामाजिक पुनर्स्थापन तथा एकीकरण गर्ने कार्यमा सहयोग समेत पुऱ्याउनका लागि महान्यायाधिवक्ताको अध्यक्षमा संघीय प्रोवेशन तथा प्यारोल बोर्ड रहने व्यवस्था फौजदारी कसूर (सजाय निर्धारण तथा कार्यान्वयन) ऐन, २०७४ को दफा ३८ ले गरेको छ। कानून र गृह सचिव, २ जना मनोचिकित्सक, प्रहरी महानिरीक्षक, अपराधशास्त्री सदस्य रहन्छन् र कारागार व्यवस्थापन विभागको महानिर्देशक सदस्य-सचिव रहन्छन्।

- **सजाय सुझाव समितिको अध्यक्षमा महान्यायाधिवक्ता** : उक्त ऐनको दफा ४६ मा सजाय निर्धारण सम्बन्धी नीति निर्माण कार्य समेतको लागि बनाईने सजाय सुझाव समितिमा महान्यायाधिवक्ता

---

[२२] सरकारी मुद्दासम्बन्धी नियमावली २०५५को नियम २२

[२३] हवाई सुरक्षण(व्यवस्था) नियमावली, २०४६ को नियम २.१.१.२

अध्यक्ष, कानून सचिव, प्रहरी महानिरीक्षक, द्वन्द्वविद, पुनर्स्थापनामा १० वर्ष अनुभव भएको व्यक्ति समेत सदस्य रहन्छन् । दफा ४७ मा यसको काम, कर्तव्य र अधिकारहरू तोकिएको छन् ।

त्यस्तै, महान्यायाधिवक्ताको हैसियत कार्यपालिका, व्यवस्थापिका, न्यायपालिका जस्ता राज्यका प्रमुख ३ वटै अङ्गसँग सम्पर्कमा रही संवैधानिक एवं कानूनी विषयमा राय परामर्श एवं प्रतिरक्षा गर्ने कार्यमा प्रभावकारी भूमिका खेल्नुपर्ने हुँदा बेलायतमा भने जस्तै नेपालको महान्यायाधिवक्तालाई पनि **MANDATE TO SERVE THREE MASTER** भन्नु अन्यथा हुँदैन । किनकी नेपालको प्रचलित संविधान र कानूनले पनि महान्यायाधिवक्ता संघीय कार्यपालिकाको प्रमुख कानूनी सल्लाहाकार, न्यायपालिकामा सम्बोधन र प्रतिनिधित्वको गर्ने अधिकार र संघीय व्यवस्थापिकामा उपस्थित भई राय व्यक्त गर्ने अधिकारले गर्दा अन्य कुनै पनि संवैधानिक निकाय वा अधिकारीभन्दा निजको कार्यक्षेत्र व्यापक र विस्तृत देखिन्छ ।

७. मुलुकी फौजदारी कार्यविधि (संहिता) ऐन, २०७४ लगायतका नयाँ ऐनहरू लागू भएको स्थितिमा महान्यायाधिवक्ताको थप जिम्मेवारी

मुलुकी फौजदारी कार्यविधि(संहिता) ऐन, २०७४ मिति २०७५।०५।०१ देखि प्रारम्भ भएको छ । यसको दफा ३ मा कुनै खास मुद्दाको सम्बन्धमा अभियोजन, अनुसन्धान, पुर्पक्ष, फैसला लगायतका काम कारवाहीहरू सम्बन्धमा छुट्टै ऐनको व्यवस्थाले असर पार्ने छैन भनी उल्लेख भएबाट यस संहिताले उल्लेख गरेको हदसम्म मात्रै यो संहिता लागू हुने देखिन्छ । तर यस संहिताको निम्न (लिखित प्रावधानहरू हेर्दा महान्यायाधिवक्तालाई थप जिम्मेवारी दिएको देखिन आउँछ ।

- यस ऐनको कार्यान्वयन गर्नका लागि नियम बनाउँदा अनुसन्धानको विषयमा महान्यायाधिवक्ताको परामर्श लिई नेपाल सरकारले नियम बनाउने कानूनी व्यवस्था छ ।[२४]
- यस ऐन बमोजिम सम्पादन हुने काम कारवाहीलाई सरल, स्पष्ट र सुव्यवस्थित गर्न अनुसूची १ वा अनुसूची २ अन्तर्गतको कसूर सम्बन्धी मुद्दाको अनुसन्धान एवं अभियोजन सम्बन्धमा आवश्यकतानुसार निर्देशिका बनाई लागू गर्दा नेपाल सरकारले महान्यायाधिवक्ताको राय लिनुपर्ने व्यवस्था छ ।[२५]
- नेपाल सरकारबाट दायर हुने कुनै फौजदारी मुद्दामा भईरहेको अनुसन्धानको बारेमा महान्यायाधिवक्ताले आवश्यक जानकारी लिन सक्ने र त्यसको जानकारी लिँदा कसूरको अनुसन्धान अपर्याप्त भएको वा त्यस्तो कसूरमा कुनै खास उपाय, तरिका वा विधि अपनाउनु पर्नेमा त्यस्तो उपाय, तरिका वा विधि नअपनाइएको वा थप अनुसन्धान गर्नुपर्ने भन्ने लागेमा महान्यायाधिवक्ताले अनुसन्धान सम्बन्धमा अनुसन्धान अधिकारी वा निजको विभागीय प्रमुखलाई जुनसुकै समयमा निर्देशन दिन सक्ने व्यवस्था छ । [२६]

---

[२४] दफा १९६

[२५] दफा १९७

[२६] दफा २७

- अनुसूची १ वा अनुसूची २ मा उल्लेखित कुनै कसूरको सम्बन्धमा कसूरको गाम्भीर्यता हेरी छुट्टै अनुसन्धान टोली गठन गर्न उपयुक्त हुने अनुसन्धान अधिकारीको तालुकवाला अधिकारी वा प्रहरी महानिरीक्षकलाई लागेमा र निजले आफू मातहतका कर्मचारीहरू बाहेकका अन्य व्यक्तिहरू समेत संलग्न रहेको अनुसन्धान टोली गठन गर्नु परेमा महान्यायाधिवक्ताको परामर्श लिनुपर्ने कानूनी व्यवस्था छ। [२७]
- अनुसूची १ वा अनुसूची २ अन्तर्गतको कसूरमा अदालतमा दायर भएको मुद्दा फिर्ता लिने सम्बन्धमा र अदालतको फैसला बमोजिम ठेकिएको सजाय पाएको व्यक्तिको सजाय माफीका सम्बन्धमा निर्देशिका बनाउनु परेमा नेपाल सरकारले महान्यायाधिवक्ताको परामर्श लिनुपर्ने कानूनी व्यवस्था छ। [२८]
- एउटा मुद्दामा केही व्यक्तिका हकमा मुद्दा चलाउने र केही व्यक्तिका हकमा मुद्दा नचलाउने निर्णय गरिएका अवस्थामा मुद्दा दायर गर्नका लागि निर्देशन दिन सक्ने र सानातीना कसूरमा मुद्दा दायर नगर्ने निर्णय गर्न तथा अभियोगपत्र संशोधन गर्नका लागि स्वीकृति दिन सक्ने कानूनी व्यवस्था छ। [२९]
- खास किसिमका सानातीना कसूरमा मुद्दा दायर गर्नु व्यवहारिक नभएको वा सार्वजनिक हितलाई खास असर नपर्ने देखिएमा महान्यायाधिवक्ताको स्वीकृति लिई त्यस्तो व्यक्ति विरुद्ध मुद्दा दायर नगर्ने निर्णय गर्न सक्ने अधिकार सरकारी वकीललाई दिइएको छ ।[३०] सो सम्बन्धमा महान्यायाधिवक्ताबाट मातहतमा अधिकार प्रत्यायोजन भइसकेको अवस्था छ।
- यस संहिताले सरकारी वकीललाई पनि थप जिम्मेवारी दिई नवीनतम थप व्यवस्था गरेको छ। अभियुक्तलाई वा जमानतमा छाड्न सक्ने (दफा १४), अभियुक्तलाई सजाय छुटको प्रस्ताव गर्न सक्ने (दफा ३३), अभियोगपत्र संशोधन हुन सक्ने (दफा ३२, ३५ र ३६), थप सबुद प्रमाण संकलन भएमा पुनः मुद्दा चल्ने (दफा ३१ र १२३), अनुसन्धानकर्ता, अभियोजनकर्ता र न्यायाधीश बीच निरन्तर सम्पर्क रहने (दफा १२४), मुद्दामा अधिकृतस्तरको व्यक्ति तोकिने (दफा ८), मुद्दा हेर्ने अधिकारीको अनुमति लिएर पक्राउ गर्ने (दफा ९), समाव्हान र पक्राउ पूर्जी जारी गर्दा उपस्थित नभएको प्रतिवादीको सम्पत्ति रोक्का गर्ने (दफा ५७, ५८ र ५९), फैसला कार्यान्वयनको जिम्मेवारी (दफा १५२, १५५, १५६ र १५७), सबै प्रकारका मुद्दामा समान कार्यविधि अपनाउने, विद्युतीय माध्यमबाट जाहेरी लिने, बयान बकपत्र गराउने, समाव्हान जारी हुने लगायतका महत्वपूर्ण कानूनी व्यवस्था भएका हुँदा यी व्यवस्थाहरूलाई मूर्तरूप दिन महान्यायाधिवक्ताले आवश्यक निर्देशन, नियन्त्रण र सहजीकरण लगायतका कामहरू गरी फौजदारी न्याय प्रशासनलाई सुव्यवस्थित र सु-सञ्चालन गर्नुपर्ने अवस्था देखिएको छ।

---

[२७] दफा १२

[२८] दफा १९७

[२९] दफा ३२३ ,६ र ३४

[३०] संहिताको दफा ३४

उक्त संहिताको दफा १९४ मा महान्यायाधिवक्ताको अध्यक्षतामा अनुसूची १ र २ अन्तर्गतका कसूरको अनुसन्धान तथा अभियोजनसँग संलग्न निकाय बीच समन्वय गरी प्रभावकारिता ल्याउन समन्वय समितिको व्यवस्था छ ।

८. महान्यायाधिवक्ताको सवैधानिक र कानूनी काम, कर्तव्य र अधिकारको संक्षिप्त विश्लेषण

महान्यायाधिवक्ता नेपाल सरकार र सरकारले तोकिदिएको अन्य अधिकारीलाई कानूनी सल्लाह दिने प्रमुख कानूनी सल्लाहकार हो । मुद्दा चलाउने नचलाउने महान्यायाधिवक्ताको अन्तिम अधिकार सम्बन्धमा हेर्दा पनि अधिकार प्रत्यायोजन भएनुसार मातहतका सरकारी वकीलले सो अधिकार प्रयोग गर्ने गर्दछन् । अधिकार प्रत्यायोजनको उद्देश्य के हुन सक्छ भने अभियोजनमा सीप हासिल गरेका व्यवशायिक वकीलहरूबाट कार्य सम्पादन होस् भन्ने हो, त्यसैले महान्यायाधिवक्ता आफैंले अभियोजनमा सही गर्ने प्रचलन छैन । अर्कोतर्फ रा.प. प्रथम श्रेणी भन्दा माथिका सरकारी वकीलहरू नीतिगत तहका भएका हुँदा निजहरू दैनिक मुद्दा अनुसन्धान र अभियोजनमा संलग्न नरहने परम्परा छ । यसबाट पनि के स्पष्ट हुन्छ भने महान्यायाधिवक्ताले मुद्दा चलाउने/नचलाउने अन्तिम अधिकारको निर्णय गर्दा नीतिगत तहका सरकारी वकीलले पेश गरेको फाईलमा उल्लेख भएको राय र कानूनी आधारमा गर्ने पद्धतिको विकास भएको छ । महान्यायाधिवक्ताले सीधै आफ्नो अधिकारको प्रयोग नगरी संस्थागत पद्धतिबाट गराउने प्रचलन वास्तवमा न्यायपूर्ण र कानूनी राजको दृष्टिले अत्यन्तै प्रजातान्त्रिक देखिन्छ ।

नेपाल सरकारको तर्फबाट दायर भएको मुद्दा फिर्ता लिँदा महान्यायाधिवक्ताको राय लिनुपर्नेछ भन्ने धारा १५८(३) को किटानी व्यवस्थाले राय लिएतापनि हुने, नलिएता पनि हुने भन्ने अर्थ गर्न सकिँदैन र यो व्यवस्था अनिवार्य छ । अब राय दिने कार्य लिखित हो वा मौखिक हो भन्नेतर्फ हेर्ने हो भने राय र परामर्श फरक फरक कुरा हुन् । राय सँधै लिखित (Documantry) हुनुपर्छ र परामर्श लिखित चाहिँदैन मानिन्छ । अब, राय दिँदा पनि संस्थागत रूपमा कानून र प्रमाणको आधारमा दिनुपर्ने हुन्छ ।

संघीय संसदको वा त्यसको समितिले आमन्त्रण गरेका कानूनी प्रश्नको राय दिने महान्यायाधिवक्ताको कामतर्फ हेर्दा, आमन्त्रण गरिनु पर्ने, सोधिएको कुरा कानूनी प्रश्न हुनुपर्ने र दिने राय लिखित रूपमा हुनुपर्ने भन्ने नै बुझ्न सकिन्छ । मुद्दाको प्रतिनिधित्व गर्दा जुनसुकै अड्डा अदालतमा उपस्थित हुन सक्ने अधिकारतर्फ हेर्दा भने मनासिव अवस्थालाई विचार गर्नुपर्ने हुन्छ तापनि सर्वोच्च अदालत भन्दा तल्लो तहको अड्डा अदालतमा महान्यायाधिवक्ता आफैं उपस्थित नभई मातहतका विशिष्ट ज्ञान भएका सरकारी वकीललाई विशेष खालको मुद्दामा उपस्थित गराई काम लगाउनु बढी उचित देखिन्छ ।

मुद्दा फिर्ता सम्बन्धी अधिकार अभियोजनकर्ताको हो । अभियोजन सरकारको तर्फबाट भएको हुन्छ त्यसैले मुद्दा फिर्ता गर्ने अधिकार सरकारमा अन्तर्निहित हुन्छ, यो Prerogative जस्तै हो । तर फिर्ता लिँदा सँधै बृहत्तर हित र सद्विवेकमा आधारित हुनुपर्छ । कहिलेकाहीं गलत अनुसन्धानका कारण वा अभियोजन गर्दा दुरदृष्टि नपुगेका कारण निर्दोष व्यक्ति उपर अभियोजन भएको हुन सक्छ । यस्तो अवस्था विकसित देशमा पनि हुनसक्छ । अमेरिकामा Innocent Project ल्याइयो, ३२ करोड जनसंख्या भएको देशमा निर्दोष उपर मुद्दा लागेको रहेछ । नेपालकै सन्दर्भमा हेर्दा, मुद्दा फिर्ताका सम्बन्धमा सर्वोच्च अदालतले डि.बी. लामासँग सम्बन्धित मुद्दा तथा अन्य मुद्दाहरूमा स्पष्ट बोलीसकेको छ ।

मुलुकी फौजदारी कार्यविधि (संहिता) ऐन, २०७४ को दफा ११६ ले मुद्दा फिर्ता सम्बन्धी व्यवस्था गरेको छ र अन्य कतिपय मुद्दाहरू पनि फिर्ता नहुने व्यवस्था गरेको छ। कुनै पनि व्यक्तिको सम्पत्ति सम्बन्धी अधिकारमा प्रतिकूल असर पर्ने भएमा त्यस हदसम्मको कुरामा त्यस्तो व्यक्तिको स्वीकृति नभएको मुद्दा पनि फिर्ता हुँदैन।[३१] मुद्दा फिर्ता सम्बन्धमा, नेपाल सरकारले महान्यायाधिवक्तासँग परामर्श गरी बनाईएको निर्देशिका बमोजिम फिर्ता लिने व्यवस्था सोही ऐनमा उल्लेख छ। अपराध गरेका व्यक्तिलाई जोगाउने उद्देश्यले अधिकारको दुरूपयोग गरी सरकारले फिर्ता सम्बन्धी निर्णय गर्न नहुने भन्ने कुरा भने स्वभाविक रूपमा बुझ्नुपर्ने हुन्छ। सार्वजनिक बृहत्तर हित, न्यायापूर्ण आधारमा फिर्ता लिने व्यवस्था धेरै कडा नभइकन लचिलो हुनु जरुरी छ। मुद्दा फिर्ता लिँदा पीडितलाई राहत र क्षतिपूर्तितर्फ पनि उत्तिकै ध्यान दिनुपर्दछ।

संविधानले सर्वोच्च अदालतबाट भएको कानूनको व्याख्या वा सिद्धान्तको कार्यान्वयन भए नभएको अनुगमन गर्न गराउन महान्यायाधिवक्तालाई जिम्मेवारी दिएको भएतापनि यसलाई मूर्तरूप दिन जुन शक्ति परिचालन र संयन्त्र विकासमा ध्यान दिन सकिएमा सम्भव हुने देखिन्छ। हिरासतमा रहेको व्यक्तिलाई मानवोचित व्यवहार भए नभएको, आफन्त वा कानूनी व्यवसायीसँग भेटघाट गर्न दिए नदिएको सम्बन्धमा छानबिन गरी सम्बन्धित अधिकारीलाई निर्देशन दिने मानव अधिकार संरक्षणको जिम्मेवारी महान्यायाधिवक्ताबाट भईआएको सन्दर्भमा हालै कार्यान्वयनमा आएका संहिताले अदालतको पूर्जीबाट शंकितलाई पक्राउ गर्ने कानूनी व्यवस्थालाई कडाइका साथ लागू गरी समय-समयमा सकेसम्म छिटोछिटो कारागार र हिरासतकक्षको निरीक्षण प्रभावकारी गराउन सकिएमा अझ सुधार हुन सक्ने अवस्था छ।

५. उपसंहार

नेपाल सरकार वैधानिक कानून, २००४ को धारा १२ मा प्रधान कानूनी सल्लाहकारको व्यवस्था भएतापनि सो कानून लागू नै भएन। नेपालको अन्तरिम शासन विधान-२००७ मा पनि कुनै व्यवस्था गरिएन। प्रधान न्यायालय ऐन-२००८ को प्रथम संशोधन २००९ ले पहिलो पटक एटर्नी जनरल (महान्यायाधिवक्ता) को व्यवस्था गऱ्यो। सो बखत नेपालमा फौजदारी अपराध अनुसन्धानमा अन्वेषणात्मक पद्धति थियो। मुद्दाको अनुसन्धान तथा अभियोजन, फैसला समेत एउटै अड्डा वा अदालतबाट हुन सक्थ्यो।

वि.सं. २०१२ सालमा न्याय प्रशासन (पुनर्गठन) ऐन जारी भयो। यसमा एटर्नी जनरलको व्यवस्था भएतापनि लागू भएन। सर्वोच्च अदालत ऐन, २०१३ ले प्रधान न्यायालय ऐन, २००८ लाई खारेज गऱ्यो र सो ऐनमा भएको एटर्नी जनरल सम्बन्धी व्यवस्था पनि समाप्त भयो। तर संवैधानिक रिट तथा मुद्दा शाखामा सरकारको प्रतिनिधित्व गर्ने अधिकारीको आवश्यकता महशुश भई सर्वोच्च अदालत ऐन, २०१३ अन्तर्गत राजपत्रमा सूचना प्रकाशन गरी आदेशद्वारा २०१३ साल श्रावण महिनामा एटर्नी जनरलको नियुक्ति भयो। २०१५ सालको संविधानमा महान्यायाधिवक्ताको व्यवस्था भएन। तर कार्यकारिणी निर्णयबाट २०१६ साल भाद्र महिनामा एटर्नी जनरलको नियुक्त भयो। सरकारी मुद्दा सम्बन्धी ऐन,

---

[३१] दफा ११६ग (२)

२०१७ जारी भई सरकारका तर्फबाट मुद्दा दायर गर्ने, बहसपैरवी गर्ने काम सरकारी वकीलको हुने भयो र सरकारी मुद्दा सम्बन्धी नियमावली, २०१८ पनि जारी भयो। वि.सं.२०१९ सालको संविधानले भने संवैधानिक अङ्गकै रूपमा महान्यायाधिवक्ताको व्यवस्था गऱ्यो र हालसम्मका संविधानहरूमा महान्यायधिवक्ता सम्बन्धी व्यवस्थालाई निरन्तरता दिइएको छ। नेपालको संविधानले भने संवैधानिक निकायको रूपमा धारा ३०६(१)(ठ) मा महान्यायाधिवक्तालाई राखेको छैन। तर यसअघिका संविधानले भन्दा पनि अधिकार र काम, कर्तव्यमा वृद्धि गरी धारा १५८(३) नेपाल सरकारका तर्फबाट दायर भएको मुद्दा फिर्ता लिँदा महान्यायाधिवक्ताको राय लिनुपर्नेछ भनी थप व्यवस्था स्पष्ट रूपमा उल्लेख गरेको छ। हालको अवस्थामा हेर्दा संविधानले महान्यायाधिवक्तालाई नै नेपाल सरकारको मुख्य कानूनी सल्लाहकार, मुख्य अभियोजनकर्ता एवं कानून कार्यान्वयनका हिसाबले हेर्दा प्रमुख अधिकारीकै रूपमा स्वीकार गरी कानूनी राजको मुख्य अभियन्ताकै रूपमा राखिएको पाइन्छ। *मुद्दा नचलाउने सम्बन्धमा महान्यायाधिवक्ताको अन्तिम अधिकार रहेको सम्बन्धमा सुन्तली धामीसँग सम्बन्धित मुद्दामा सर्वोच्च अदालतबाट भएको फैसलालाई विचार गर्दा मातहत सरकारी वकीलबाट मुद्दा नचल्ने निर्णय भएको अवस्थामा पनि महान्यायाधिवक्ता कार्यालयबाट मुद्दा चलाउन मातहतका सरकारी वकीललाई निर्देशन दिन सक्ने व्यवस्था मुलुकी फौजदारी कार्यविधि(संहिता) ऐन, २०७४ को दफा ३२ को उपदफा ११ मा भइसकेको हुँदा मातहत सरकारी वकीलबाट मुद्दा नचलाइएको स्थितिमा पनि पीडितले न्याय पाउनबाट बञ्चित हुनु नपर्ने अवस्था देखिएको छ*। यसलाई सकारात्मक रूपमा नै लिनपर्ने हुन्छ।

अन्य मुलुकहरूको तुलनात्मक रूपमा हेर्दा नेपालको महान्यायाधिवक्ता सम्बन्धी व्यवस्था अत्यन्त सबल छ। नेपालका सबै सरकारी वकीलले महान्यायाधिवक्ताबाट प्रत्यायोजन भएनुसारको अधिकार प्रयोग गर्दछन्। सरकारी वकीलहरू कानूनी सल्लाहकार, मुद्दा अभियोजनकर्ता, बहस पैरवी प्रतिरक्षामा संलग्न रहने सरकारको प्रतिनिधि वकील, अनुसन्धानमा निर्देशकको भूमिका लगायतका भूमिकामा रहेका छन्। महान्यायाधिवक्ता र सरकारी वकीलले राज्यका तीनवटै अङ्गलाई सेवा पुऱ्याइरहेको र मानव अधिकारको संरक्षक एवं कानूनी शासनको मूल अभियन्ताको रूपमा कर्तव्य निर्वाह गरिरहेको, वास्तवमा संवैधानिक र कानूनी रूपमा महान्यायाधिवक्तालाई व्यवस्था गर्नुको कारणबाटै सम्भव भएको हो। अहिले नेपालको परिप्रेक्ष्यमा महान्यायाधिवक्ता पद केवल राज्यको उच्च पद मात्रै नभई कानूनी शासनको लागि एउटा संस्थाकै (Institution) रूपमा विकसित भएको तथ्यलाई भने स्वभाविक रूपमा स्वीकार गर्नुपर्ने अवस्था छ।

नेपालमा गोपनीयता सम्बन्धी कानूनी व्यवस्था

डा. रामकृष्ण तिमल्सेना[१]

१. पृष्ठभूमि

नेपालमा आजसम्म गोपनीयता सम्बन्धी छुटै कानूनी व्यवस्था गरिएको थिएन । नेपाल कानूनमा रहेका बिभिन्न प्रावधानहरू आंशिक रूपमा गोपनीयता सम्बन्धी कानूनको खाँचोलाई टार्दै आएको अवस्था थियो । बदलिदों परिवेश र सूचना क्रान्तिको कारणले व्यक्तिको गोपनीयता माथि हस्तक्षेप हुन सक्ने अबस्था अझ बढी गंभिर बन्दै आएको कुरालाई दृष्टिगत गरी अपराध संहितामा बैयक्तिक गोपनीयता तथा प्रतिष्ठा विरुद्दको कसूरलाई भाग ३ को परिच्छेद १ मा स्पष्ट सँग राखिएको छ । यो व्यवस्थालाई कसूरकै रूपमा राखिएको छ । नेपालमा अहिलेसम्म दुस्कृति सम्बन्धी कानूनको राम्रो विकास नभइसकेको परिप्रेक्ष्यमा कतिपय दुस्कृति मानिने कार्य समेत कसूरभित्र पर्ने गरेको छन् । गोपनीयताको उल्लङ्घनका धेरै पक्ष देवानी विषयभित्र पर्ने विषय हुन भने केही पक्ष अपराधको कोटीमा पर्दछन् । प्रस्तुत सन्दर्भमा गोपनीयता सम्बन्धी नेपाल कानूनको बारेमा संक्षिप्त चर्चा गर्ने प्रयास गरिएको छ । अपराध संहिताको दफा २९३ देखि ३०४ सम्मका व्यवस्थाहरू गोपनीयता सम्बन्धी कसूरसँग सम्वन्धित भएकोले सो व्यवस्थालाई आधार मानी प्रस्तुत लेख तयार पारिएको छ ।

२. वैयक्तिक गोपनीयताको अवधारणा

नेपालको अन्तरिम संविधानको धारा २८ मा गोपनीयता सम्बन्धी मौलिकहकको व्यवस्था गरिएको छ । यो मौलिक हकले व्यक्तिको शरिर आवास सम्पत्ति लिखत तथ्याङ्क, पत्राचार तथा तस्वीरलाई अनतिक्रम्य बनाएको छ । यस अर्थमा हेर्दा गोपनीयता सम्बन्धी मौलिक हक एउटा उच्च कोटीको मानव अधिकार हो । यसले सम्वैधानिक प्रत्याभूति पाएकोले सार्वजनिक कानूनको एउटा विशिष्ठ पक्ष हो । अको तर्फ अपराध संहिताले गोपनीयता सम्बन्धी कसूरलाई फैजदारी कानूनको दायराभित्र राखेको छ । देवानी संहितामा भने गोपनीयताको हकलाई नागरिक हकको दर्जा दिइएको छ । देवानी वा दुस्कृति सम्बन्धी कानूनद्वारा पनि गोपनीयताको संरक्षण र त्यसको उल्लङघनमा उपचारको व्यवस्था गर्नु पर्ने अन्तर्राष्ट्रिय मान्यता रहेको छ । यस अर्थमा गोपनीयता आफैमा एउटा जटिल र बहुआयमिक कानूनी अवधारण हो र यसलाई परिभाषित गर्न पनि सजिलो छैन । परस्परमा प्रतिस्पर्धी धेरै अवधारणाहरू यससँग गासिन पुगेको देखिन्छ । एउटा मात्र कानूनको पाटो बुझेर गोपनीयताको अर्थ, मर्म र क्षेत्र बुझ्न सकिदैन ।

---

[१] पूर्व रजिष्ट्रार, सर्वोच्च अदालत

मानव अधिकारको रूपमा व्यक्तिको गोपनीयतालाई हेर्ने गरिएको छ । नागरिक तथा राजनीतिक अधिकारको अन्तर्राष्ट्रिय महासन्धि १९६६ को धारा १७ ले गैरकानूनी एवं स्वेच्छापूर्वक व्यक्तिको गोपनीयता, आवास पत्राचार, प्रतिष्ठा वा इज्जतउपर अतिक्रमण गर्न पाइने छैन भनेको छ। कानूनद्वारा त्यस्ता कार्य बिरुद्ध संरक्षणको अधिकार प्राप्त हुनपर्ने व्यवस्था गरिएको छ । यो व्यवस्था नेपालको अन्तरिम संविधान २०६३ को धारा २८ सँग धेरै हदमा मिल्दोजुल्दो छ। कानूनहरूद्वारा के कस्तो व्यवस्था गर्दा गोपनीयताको संरक्षण हुन्छ भन्ने कुरा अझ महत्वपूर्ण छ । यसै गरी गोपनीयता उल्लङ्घनको उपचार के हुन सक्छ भन्ने कुरा अझ महत्वपूर्ण छ।

गोपनीयताको बारेमा चर्चा गर्दा यसका बिभिन्न उपागम (Approach) हरू माथि बिचार गर्नुपर्ने हुन्छ। मूलत अन्तरनिहित मूल्यहरू सम्बन्धी उपागम (Core Value Approach) लाई हेर्दा गोपनीयताले र मुख्य मान्यतालाई आत्मसात गरेको हुन्छ पहिलो मान्यताले व्यक्तिको स्वायत्ततालाई ध्यान दिएको हुन्छ। यस अन्तर्गत आफूले रोजे अनूसार स्वेइच्छाको अधीनमा काम गर्ने मानवीय स्वभावको संरक्षणका कुरा पर्दछन्। दोस्रो मान्यतामा अर्को व्यक्तिको निजत्वको कदर हो। यसैगरी गोपनीयता सबै व्यक्तिलाई उस्तै र उत्तिकै हुन्छ भन्ने होइन। समूहको आधारमा र व्यक्तिको आधारमा यसको संरक्षणको तह फरक पर्न सक्दछ। बालबालिका र महिलालाई बयस्क र पुरुष भन्दा बढी गोपनीयताको जरुरी पर्न सक्छ। यसैगरी मृतक व्यक्तिको गोपनीयता हुन सक्छ कि सक्दैन ? एउटा चाखलाग्दो बिषय हुन सक्छ। यो विवादित विषय बन्न सक्छ। यसै गरी कानूनी व्यक्ति संस्था वा संस्थानको गोपनीयता हुन्छ कि हुदैन विचार गर्नपर्ने विषय भित्र पर्दछ। यसलाई संवैधानिक र कानूनी रूपमा नै विचार गर्नु पर्ने हुन्छ।

गोपनीयतालाई मूलत सूचनाको गोप्यता र स्थान बिशेषको गोप्यताको रूपमा पनि हेर्न सकिन्छ। सूचनाको गोप्यतामा व्यक्तिगत सूचनाका कुरा पर्दछन्। तर जरुरी छैन कि सबै व्यक्तिगत सूचना गोप्य हुन्। सूचनाको प्रकृतिको आधारमा यसको निर्धारण गर्न सकिन्छ। व्यक्तिको नाम, सार्वजनिक रूपमा गरेको काम आफैले अरुसँग खुलाएका निजी सूचनाहरूलाई गोपनीयताको हकले संरक्षण गर्दैन।

स्थानको गोपनीयतालाई सबैखाले संस्कृतिले संरक्षण प्रदान गर्दै आएका छन्। प्रत्येक व्यक्तिको घरको गोपनीयता हून्छ भन्ने कुरा सबैले स्वीकार गरेका छन्। तर घरभित्र कै व्यक्ति बिरुद्ध गोपनीयताको सीमा कसरी निर्धारण गर्ने सम्बन्धका व्यक्तिबादी सिद्धान्त (individualism) र समूहबादी सिद्धान्तका वीच (Collectivism) धेरै फरक छ। जे भएपनि स्थानको गोप्यता गोपनीयता सम्बन्धी धारणाको महत्वपूर्ण पक्ष हो।

गोपनीयतालाई त्यसको उल्लङ्घनबाट पर्न जाने क्षतिको आधारमा (Harm based) समेत विश्लेषण गर्न सकिन्छ। व्यक्तिका सूचनाको अनूचित प्रकाशनबाट पर्ने क्षति वा व्यक्तिको निजत्व वा एकाङ्गीपनमा हुने हस्तक्षेपबाट पर्ने बास्तविक हानी वा मानसिकताको आधारमा पनि गोपनीयताको विश्लेषण गर्न सकिन्छ। यस्तै अन्याय हुन सक्ने, व्यक्तिका सूचनाका अनुचित दखल पर्न सक्ने, प्रतिष्ठा वा इज्जतका गोपनीयताको उलङ्घनले पार्न सक्ने असरलाई क्षतिको मापदण्ड (Risk Approach) बाट पनि हेर्न सकिन्छ।

गोपनीयताको उल्लङघन व्यक्तिको निजी बिचारबाट समेत निर्देशित हुन्छ । कसैले गोपनीयतालाई अति महत्व दिन्छन् भने कसैले कम महत्व दिन्छन् । यस अर्थमा खुला र व्यवहारबादी (Open and privacy pragmatist) एवं गोपनीयतामा अनुदारबादी (Privacy fundamentalist) को रूपमा बिचार गर्न सकिन्छ ।

गोपनीयताको बारेमा सोच्दा समाजमा रहेको अन्य मूल्य र मान्यताको बारेमा पनि ख्याल गर्नू पर्दछ । यो आफैमा बिना नियन्त्रणको निरपेक्ष (Absolute) अधिकार होइन । यसका पनि सीमा छन् । प्रजातन्त्रको प्राण अभिव्यक्तिको स्वतन्त्रता हो । अभिव्यक्तिको स्वतन्त्रता एउटा आफैमा महत्वपूर्ण प्रजातान्त्रिक मूल्य हो । त्यसका अनूचित असर नपर्ने गरी गोपनीयताको हकको बारेमा सोच्नु पर्दछ । प्रेस स्वतन्त्रता र गोपनीयताको हकको बारेमा पनि सोच्नु पर्दछ । सूचनाको हक र खुला सरकार एकातिर रहन्छ अर्कातिर व्यक्तिको निजत्व र प्रतिष्ठाको मूल्यको बीच सन्तुलनको समेत उचित व्यवस्था गर्न सक्नु पर्दछ ।

गोपनीयताको हकमा धेरै अन्य हक (cluster of rights) जोडिएका हुन्छन् । सम्पत्ति सम्बन्धी हक, प्रतिष्ठा सम्बन्धी हक विश्वसनीयता (confidence) सम्बन्धी हक, बिभिन्न उन्मुक्ति, प्रमाण सम्वन्धी व्यवस्था, दुस्कृति सम्बन्धी कानूनी व्यवस्था यस सँग सबन्धित हुन्छन् । गोपनीयतालाई सबैधानिक प्रत्याभूतिको हिसाबले मौलिक हक, दण्डात्मक कानूनको उल्लङ्घनको हिसाबले फैजदारी अभियोग, दुस्कृति वा देवानी गल्तिको हिसाबले क्षतिपूर्तिको व्यवस्थाबाट यसको उपचार निर्धारण गर्नुपर्ने भएकोले पनि बहुआयमिक हिसाबले हेर्नु पर्दछ । यसलाई छुट्टै अधिकारको रूपमा हेर्दा एक्लै रहन पाउने अधिकार (Right to be let alone) को रूपमा हेर्नु पर्दछ । व्यक्तिको अनुल्लङ्घनीय व्यक्तित्व (Inviolable personality) लाई विचार गरी यसको क्षेत्र र सीमा निर्धारण गरिन्छ ।

Ruth Gavisan ले गोपनीयताको व्यापक अध्ययन गर्दा अर्को व्यक्तिको सूचना उपर सीमित पहुँचको धारणा विकसित गरेको छन् । पूर्णत सूचनाका पहुच बन्देज गर्न नसकिने उनको राय छ । पूर्ण रूपमा अलग रहन असम्भव प्राय हुने उनको निश्कर्ष छ । त्यसैले होला Nichole MoreLam लाई इच्छित एक्लोपन (Desired inaccess) वा अनइच्छित एक्लोपन वा अनइच्छित हस्तक्षेपबाट मुक्त (Freedom From Unwanted access) को रूपमा हेरेको छन् । यस अर्थमा स्थान घटना वा क्रियकलापको बारेमा व्यक्तिले गोपनीयताको निर्धारण गर्न सक्दछ । यो परिभाषालाई हेर्दा कुनै व्यक्तिको बाद्यताबस एक्लै रहेको वा परेको अबस्था गोपनीयता होइन । यसमा इच्छाको प्रधानता रहन्छ ।

गोपनीयताको परिभाषा गर्दा Alan Westin लाई नसंझी हुदैँन । उनले गोपनीयतालाई यसप्रकार परिभाषित गरेको छन् ।

"The Claim of individuals, groups or institutions to determine for themselves when how and to what extent information about them is communicated to others"

यस परिभाषालाई हेर्दा गोपनीयता व्यक्तिको मात्र हुदैन, समूहको वा संस्थाको पनि हुन्छ । जर्मनीको कानूनी अवधारणा हेर्ने हो भने गोपनीयता व्यक्तिको व्यक्तित्व (personhood) सँग जोडिएको पाइन्छ ।

माथि उल्लेख गरिएका बिभिन्न अवधारणाको बिश्लेषण गर्दा गोपनीयतालाई सबैलाई चित्त बुझ्नेगरी परिभाषित गर्न सकिदैन । तसर्थ समय, काल, परिस्थिति, पात्रको र संस्कृतिको आधारमा यसको निर्धारण गर्नु पर्दछ । यो प्रजातान्त्रिक पद्धतिको एउटा पक्ष हो भने साँस्कृतिक आध्यात्मिक एवं निजी वा व्यक्तिगत व्यक्तित्वको पक्षको अर्को पक्ष हो । यो व्यक्तिको मात्र नभई समूह वा संस्थाको हकमा समेत सीमित रूपमा लागू हुन्छ । स्थान बिशेषको मात्र गोपनीयता हुदैन, सूचनाको चरित्रको आधारमा समेत यसको निर्धारण हुन्छ भन्न सकिन्छ ।

३. वर्तमान कानूनी अवस्था

नेपालको संविधानको धारा २८ , मुलुकी देवानी (संहिता) ऐनको दफा २१ र मुलुकी अपराध (संहिता) ऐन २०७४ को दफा २९३ देखि ३०४ सम्म गोपनियताको हक, गोपनियता सम्वन्धी गल्ती वा दुस्कृति र गोपनियता सम्वन्धी दस्तुरको व्यवस्था गरिएको छ । यस दृष्टिबाट हेर्दा यो मौलिक हक, देवानी दायित्वको विषय र फौजदारी कसूर गरी ३ किसिमको कानूनी प्रावधानबाट विश्लेषण गर्न सकिन्छ ।

देवानी र फौजदारी कानूनबाट उपचार नपाइने अवस्थामा वा सो व्यवस्था प्रभावकारी नभएमा वा अनुपयुक्त भएमा संविधानको धारा २८ र ४६ वमोजिमको उपचारको विद्यमानता छ । यसर्थमा संवैधानिक उपचार र गोपनियताको कसूरमा दण्ड जरिवाना तथा क्षतिपूर्तिको समेत गोपनियताको उल्लङघनमा व्यवस्था गरिएको छ ।

संविधानमा वर्णित जीउ, आवास, सम्पति, लिखित तथ्याङ्क, पत्राचार र चरित्र सम्वन्धी गरेर ७ विषयमा गोपनियताको हक प्राप्त हुने मानिएका विषयको दायरा परिभाषित गरी नयाँ ऐनहरू आएका छन् । गोपनियताको सम्वन्धमा आएको २०७५ को छूट्टै ऐन विशेष ऐन भएको परिप्रेक्ष्यमा उक्त ऐनमा व्यवस्था भएजतिमा देवानी तथा फौजदारी संहिताको व्यवस्था आकर्षित हुदैन । उक्त ऐनले व्यवस्था नगरेको विषयमा मात्र देवानी तथा फौजदारी संहिताको व्यवस्था आकर्षित हुन पुग्दछन् ।

हाल आएको वैयाक्तिक गोपनियता सम्वन्धी ऐन २०७५ ले पनि संविधानमा वर्णित ७ क्षेत्रका अतिरिक्त सार्वजनिक निकाय वा संस्थामा रहेको वैयाक्तिक सूचनाको संरक्षण र सुरक्षित उपयोगको व्यवस्थाका साथै वैयाक्तिक गोपनीयता अतिक्रमण हुन नदिने व्यवस्था गरेको छ । यसको मुख्य उद्देश्य मर्यादित जीवन प्रवर्द्धन गर्नु हो ।

यस ऐनले आवासको परिभाषा फराकिलो बनाई जहाँ वसोवास गरिन्छ, रात बिताइन्छ त्यो सबै ठाउँलाई समेटेको छ । होटल, डेरा शिविरको वसाइ, पाहुना घर समेतले आवासको दर्जा पाएका छन् । यस्तै वैयाक्तिक सूचनाको पनि दफा २(ग) मा परिभाषित गरी विभिन्न ८ किसिमको वैयाक्तिक सूचनाको वर्गिकरण गरिएको छ । ऐनको परिभाषा खण्डमा सार्वजनिक पद धारण गरेको व्यक्तिको समेत परिभाषा गरिएको छ ।

यो ऐनको मूलतः व्यक्तिको शारीरिक तथा निजि जीवनको गोपनीयता, पारिवारिक गोपनीयता, शारीरिक तलासी लिदाको गोपनीयता, प्रजनन स्वास्थ्य र गर्भावस्था सम्वन्धी विषयको गोपनीयतालाई जीउ र पारिवारिक गोपनीयता मानिएको छ भने दफा ७, ८, ९ बमोजिम आवास, आवास प्रवेश र आवासमा मञ्जुरी बिना सिसिटिभी क्यामरा जडान गर्न नहुने भन्ने व्यवस्था गरिएको छ ।

दफा १० मा सम्पतीको गोपनीयताको व्यवस्था गरिएको छ। यसमा सम्पतीको विवरण, गोप्य राख्न पाउने अधिकार, सम्पती उपर ट्रेसपास गर्न नपाउने व्यवस्था समेत गरिएको छ । यसैगरी तथ्याङ्क सम्वन्धी गोपनीयता दफा १२ मा, पत्राचारको गोपनीयता दफा १३ मा, चिठिपत्रको गोपनीयता दफा १४ मा र चरित्र सम्वन्धी गोपनीयता दफा १५ मा व्यवस्था गरिएको छ। तस्वीर खिच्न र बिक्री गर्न नहुने दफा १६ मा, अनुसन्धानको सिलसिलामा रहेको व्यक्तिलाई सार्वजनिक गर्न नहुने कुरा दफा १७ मा व्यवस्था गरिएको छ भने दफा १८ मा व्यवसायिक गोपनीयतालाई संरक्षण प्रदान गरिएको छ । यसै गरी विद्युतीय माध्यम र गोपनीयतालाई दफा १९ मा व्यवस्था गरिएको छ। सार्वजनिक स्थलमा सिसिटिभी जडान गर्न पाइने, निगरानी र जासूसी गर्न नपाइने, मुलुकको सीमाक्षेत्र र सार्वजनिक स्थानमा बाहेक सुरक्षा संवेदनशील क्षेत्रमा ड्रोनको प्रयोग गर्न नहुने कुरालाई समेटेको छ।

ऐनले कानून बमोजिम बाहेक वैयाक्तिक सूचना संकलन गर्न नसकिने बनाएको छ। यसैगरी संकलित सूचनाको संरक्षणको पनि व्यव्स्था गरेको छ। सम्बन्धित व्यक्तिको सहमति विना सार्वजनिक निकायले संकलन गरेको वैयाक्तिक सूचना प्रयोग गर्न बन्देज गरिएको छ। संवेदनशील सूचना प्रशेधन गर्न नपाइने भएको छ। संवेदनशील सूचना भन्नाले व्यक्तिको जातजाती उत्पतिको कुरा, राजनितिक आवद्दता, धार्मिक आस्था र बिश्वास, शारीरिक तथा मानसिक अवस्था यौन जीवन संवन्धी घटना, सम्पती संवन्धी विवरणलई जनाउँछ।

सूचना राख्ने सार्वजनिक निकायमा रहेको सूचना गलत भएमा सच्याउन पर्ने भएको छ। अमेरिकाको गोपनीयता सम्बन्धी सन् १९७३ को ऐनमा गलत सूचना सच्याउन पाउने अधिकारको प्रत्याभूति गरिएको छ। अन्य देशमा पनि यस सम्बन्धी व्यवस्था भएको पाइन्छ।

गोपनीयता सम्बन्धी ऐनले पनि गोपनीयतालाई फौजदारी कानूनको दर्जा दिएको छ। यस ऐनको दफा २९(१)को ले विभिन्न किसिमको कार्यलाई गोपनीयता उल्लङ्घनको कसूरको रूपमा लिई सजायको व्यबस्था गरेको छ। यस ऐनको दफा २९(१) को खण्ड (ग)(ङ)(त)(थ)(द)(न)अन्तर्गतका कसूर मुलुकी फौजदारी कार्यविधी (संहिता) ऐनको अनुसुची १ मा समावेश गरिएबाट सरकार वादी हुने मुद्दाको वर्गिकरणमा पारिएको छ। कसूरमा ३ बर्षसम्म कैद वा ३० हजार रूपैँयासम्म जरिवाना व दुवै हुने व्यवस्था छ। यसर्थमा यो दण्डात्मक देखिन्छ। तर ऐनले सरकारका तर्फबाट मुद्दाको अनुसन्धान र अभियोजन गर्ने सिमित व्यवस्था गरेको छ। जसमा दफा २९ को उपदफा १ को खण्ड (ग) (ङ)(त) (थ) (द) र (न) अन्तर्गतका मुद्दा पर्दछन्। सो बाहेक दफा २९ का अन्य कार्यहरू फौजदारी कसूर भए पनि अनुसूची (१) अन्तर्गत पर्दैनन्। अन्य दफा सम्बन्धी मुद्दा दुनियावादी फौजदारी मुद्दा हुन्छन्।

कुनै पनि व्यक्तिको मन्जुरी नलिई निजको जिउ वा निजको साथमा रहेको वा निजले प्रयोग गर्ने कुनै वस्तुको तलासी लिनु हुँदैन।[२] यसैगरी तस्बिर खिच्ने र बिक्री गर्ने,[३] तर्साउने हैरान पार्ने वा अनुचित फाइदा लिने उद्देश्यले तस्वीर प्रकाशन, प्रचार प्रसार गर्ने, सार्वजनिक निकाय, पुरात्वातिक महत्वको क्षेत्र, सुरक्षा निकायको भवन, संरक्षित क्षेत्र वा कुनै व्यक्तिको आवासमा व्यक्ति वा अधिकार प्राप्त

---

[२] दफा ५ (१)

[३] दफा १६

अधिकारीको अनुमतिले बाहेक गोप्य सूचना प्राप्त गर्ने उद्देश्यले ड्रोनको प्रयोग गर्ने,[४] कुनै व्यक्तिको आवास वा कार्यालयको निगारानी वा जासुसी गर्ने उद्देश्यले विद्युतीय माध्यम फोटोग्राफी वा कुनै तरिका प्रयोग गर्ने,[५] अधिकार प्राप्त अधिकारी बाहेक अन्य कसैले वैयक्तिक सूचना संकलन, भण्डारन, संरक्षण, विश्लेषण प्रशोधन वा प्रकाशन गर्न नहुने,[६] सूचना संकलनको प्रयोजन जानकारी नदिई सूचना संकलन गर्न नहुने,[७] सहमती बिना वैयत्तिक सूचनाको उपायोग गर्न नहुने,[८] र संवेदनशिल सूचना प्रशोधन गर्न नहुने व्यवस्था छ ।[९]

यी माथि वर्णित दफा १६, २१, २२, २३ (१) (३) (७), २६ (१) र २७ (१) का विषयहरू नेपाल सरकार वादी हुने विषय भएका छन् । यी बाहेक यो ऐन अन्तर्गतका अन्य कसूर दुनियावादी फौजदारी मुद्दा हुने अवस्था छ ।

संविधान, फौजदारी संहिता र देवानी संहितामा केही विरोधाभाष भने अवश्य छन् । अवधारणात्मक रूपमा नै केही कुरामा संशोधन गरी मिलाउनु पर्ने अवस्था छ । देवानी संहिता को दफा २१ बमोजिम मञ्जुरी विना वासस्थान प्रवेश, चिठीपत्र खोल्ने, प्रयोग गर्ने, टेलिफोन वार्ता सुन्ने वा त्यसको रेकडिङ गर्ने, निजी आचरणको चियो चर्चो प्रकाशन, प्रशारण वा प्रचार गर्ने, आकृती वा तस्वीर खिच्ने लगायतका विषयहरू नागरिक अधिकार मानी देवानी विषयमा राखिएकोमा सोही विषयलाई फौदारी पनि वनाइनुको पछाडी विधायिकी तर्क केही देखिदैन । यसमा सैद्धान्तिक धरातलको अभाव देखिन्छ । आगामी दिनमा यसलाई न्यायालयले कसरी हेर्ने ? अप्ठेरो विषय छ ।

समष्टि रूपमा भन्नु पर्दा संविधानद्वारा परिलक्षित गोपनीयताको हकलाई व्यवहारमा लागू गर्ने प्रयास सकारात्मक छ । यसलाई के कसरी अगाडि बडाउने भन्नेमा अरु गृहकार्य गर्न जरुरी छ । गोपनीयताको कति हद देवानी विषय हो र कति फौजदारी हो ? अझ स्पष्ट पार्न जरुरी छ । गोपनीयताको हकको सीमाका सम्वन्धमा खास अध्ययन हुन सकेको देखिदैन । सार्वजनिक सूचना, सार्वजनिक हित, सार्वजनिक व्यक्ति समेतको अवधारणालाई अझ विस्तृत रूपमा परिभाषित नगरिएमा विचार तथा अभिव्यक्तिको स्वतन्त्रता, सूचनाको हक र पत्रकारिताको क्षेत्र समेतका विविध विषयमा विवाद पर्न सक्ने देखिन्छ । यसको निराकरणको लागि उच्चस्तरीय संयन्त्र वनाई विस्तृत अध्ययन गर्न आवश्यक छ । ऐनहरू वीचको विरोधाभासको अन्त गर्नु आवश्यक छ । [ज्ञ]

---

[४] दफा २२

[५] दफा २१

[६] दफा २३ (१)

[७] दफा २३ (३)

[८] दफा २६

[९] दफा २७

10

४. मुलुकी फौजदारी (संहिता) ऐनमा भएको व्यवस्था

अपराध संहिता निर्माण गर्दा गोपनीयतालाई कति हदमा दण्डात्मक कानूनको परिधिभित्र पार्न उचित हुन्छ भनी बिस्तृत छलफल भएको थियो । साविकमा भइरहेको व्यवस्था, अन्तर्राष्ट्रिय अभ्यास, सूचनाको क्षेत्रमा भएको प्रगति र हाम्रो सामाजिक परिवेश समेतलाई विचार गरी माग ३ को दफा २९३ देखि दफा ३०४ सम्म गोपनीयता सम्बन्धी कसूर र सजायको व्यवस्था गरिएको छ । जुन यस प्रकार छ ।

दफा २९३. **अर्काको कुरा सुन्न वा ध्वनि अङ्कन गर्न नहुने**(१) कसैले दुई वा दुई भन्दा, बढी व्यक्तिहरूका बीचमा भएका कुनै कुरा अधिकार प्राप्त अधिकारीको अनुमतिले वा त्यसरी कुरा गर्ने व्यक्तिहरूको मन्जुरी बिना कुनै यान्त्रिक उपकरणको प्रयोग गरेर सुन्न वा त्यस्तो कुराको ध्वनि अङ्कन गर्न हुदैन ।

(२) उपदफा (१) बमोजिमको कसूर गर्ने व्यक्तिलाई तीन बर्षसम्म कैद वा तीस हजार रूपैंयासम्म जरिवाना वा दुबै सजाय हुनेछ ।

तर सार्वजनिक रूपमा गरिएको भाषण वा बक्तव्यको हकमा यो दफा लागू हुने छैन । २ वा २ भन्दा बढी व्यक्तिका बीचको कुराकानी निजहरूको मन्जुरी बिना यान्त्रिक उपकरणको माध्यमबाट सुन्न वा त्यस्तो कुराको रेकर्ड गर्न ध्वनी अंकन गर्न नहुने कुरा यो दफामा गरिएको छ । यो दफाले अधिकार प्राप्त अधिकारीको अनुमतिले भने त्यस्तो कुरा सुन्न वा ध्वनि अंकन गर्न पाइन्छ भनिएको छ । टेलिफोन बार्ताजस्ता कुरालाई अनधिकृत तवरले सुन्नु वा रेकर्ड गर्नुले गोप्यताको भंग हुननसक्ने बनाइएको छ । गोपनीयताको अवधारणाले भने अन्य व्यक्तिका कुराकानी चियोचर्चो गरी बिना उपकरण समेत सुन्न वा लेख्न पाइदैन । त्यसै गरी कुनै किसिमले विना मनसाय ध्वनि रेकर्ड हुन गएको परिस्थितिमा गोपनीयताको कसूर भएको मान्न सकिदैन । तर यो व्यवस्थालाई दफा २९३ को व्यवस्थाले समेट्न सकेको छैन । सार्वजनिक रूपमा गरिएको भाषण सुन्नु वा ध्वनि अंकन गर्नुलाई भने यो दफाले अपराध बनाएको छैन । यसको मनसाय यन्त्रको प्रयोग गरेर दुइ पक्षीय संवाद बिना अनुमति सुन्न नसकुन् भन्ने रहेको देखिन्छ ।

२९४. **गोप्य कुरा प्रकट गर्न नहुने**:(१) कसैले आफ्नो व्यावसायिक कामको सिलसिलामा कुनै व्यक्तिबाट थाहा पाएको निजको कुनै गोप्य कुरा कानूनले बाध्य गराएको वा सो व्यक्तिले अनुमति दिएको अबस्थामा बाहेक कसैलाई पनि प्रकट गर्न हुँदैन ।

(२) उपदफा (१) बमोजिमको कसूर गर्ने व्यक्तिलाई एक बर्षसम्म कैद वा दश हजार रूपैंयासम्म जरिवाना वा दुवै सजाय हुनेछ ।

यो दफामा व्यावसायिक गोप्यताको बारेमो बोलिएको छ । व्यावसायिक कामको सिलसिलामा थाहा पाएको कुरालाई बाहिर ल्याउनुलाई बिश्वासको उल्लङ्घन भनिन्छ । अन्य कुनै कानूनले त्यस्तो सूचना बाहिर ल्याउन मिल्ने अबस्थामा भने यो दफा लागू हुदैन । सूचनाको हकले समेट्ने र सूचनादाताको संरक्षण (Whistle blower) गर्ने कानूनले भने केही अबस्थामा त्यस्तो कुरा अधिकार प्राप्त अधिकारी समक्ष भन्न सकिन्छ । भ्रष्टाचार सम्बन्धी कसूर तथा कुनै अपराध सम्बन्धी सूचना पनि अवस्था अनुसार कानूनद्वारा बाहिर प्रकाश गर्न छुट दिन सकिन्छ । कानूनद्वारा वाध्य बनाइएको प्रकाशनलाई यसले अपवादको रूपमा राखेको छ ।

२९५. **अनुमति विना कुनै व्यक्तिको तस्वीर खिच्न नहुने:**

(१) कसैले कुनै व्यक्तिको अनुमति विना निजको तस्वीर खिच्न वा निजको तस्वीरसँग अरु कसैको तस्वीर राखी अर्को तस्वीर बनाउन वा एकको तस्वीरको केही भाग अर्को व्यक्तिको अर्को भागसँग राखी तस्वीर बनाउन वा प्रकाशन गर्न गराउन हुँदैन ।

तर कसैले कुनै सार्वजनिक स्थानको तस्वीर खिच्दा सो स्थानमा रहेको कुनै व्यक्ति समेतको तस्वीर खिचिन गएको रहेछ भने यस दफा बमोजिम कसूर गरेको मानिने छैन ।

(२) उपदफा (१) बमोजिमको कसूर गर्ने व्यक्तिलाई एक वर्षसम्म कैद वा दश हजार रूपैँयासम्म जरिवाना वा दुवै सजाय हुनेछ ।

यो दफाले अनुमति बिना अरुको तस्वीर खिच्न र त्यो तस्वीर दुरूपयोग गर्न बन्देज लगाएको छ । त्यसैगरी तस्वीर लिइएको प्रयोजन विपरित २ भिन्न भिन्न व्यक्तिको तस्वीर राखी तेस्रो तस्वीर बनाउन समेत बन्देज लगाएको छ । सूचना प्रविधिको दुरूपयोग गरी व्यक्तिको इच्छा विपरित तस्वीरको दुरूपयोग गर्ने कार्यलाई यस दफाले अपराधको रूपमा स्वीकार गरेको छ । कसैले बिना दुरासय सार्वजनिक स्थानको तस्वीर खिचिएकोमा भने यो दफाले त्यस्तो कार्यलाई उन्मुक्ति दिएको छ । मन्जुरी विना निजी वा सार्वजनिक कुनै पनि स्थानमा तस्वीर खिच्न नपाउने गरी व्यक्तिको गोपनीयतालाई यसले सरक्षण गरेको छ ।

२९६. **अनुमति विना एकको तस्वीर अरुलाई दिन वा बिक्रि गर्न नहुने** : (१) कसैले कुनै व्यक्तिको तस्वीर निजको अनुमति विना अरुलाई दिन वा बिक्रि गर्न वा निजलाई झिझ्याउन वा सताउने, हैरान पार्ने वा निजबाट कुनै अनुचित फाइदा लिने वा तस्वीरको व्यापारिक प्रयोग गरी फाइदा लिने नियतले प्रकाशन गर्न, प्रचार वा खरिद बिक्रि गर्न गराउन हुँदैन ।

(२) उपदफा (१) बमोजिमको कसूर गर्ने व्यक्तिलाई तीन वर्षसम्म कैद वा तीस हजार रूपैयासम्म जरिवाना वा दुबै सजाय हुनेछ ।

यो दफा तस्वीरको दुरूपयोग सँग सम्बन्धित छ । त्यसैले कुनै व्यक्तिको तस्वीर निजको अनुमति बिना अरुलाई दिन वा बिक्रि गर्न वा निजलाई झिझ्याउने वा सताउने हैरान पार्ने वा कुनै किसिमले अनुचित फाइदा लिनबाट यस दफाले रोक लगाएको छ । समाजमा यस्ता किसिमका घटना भइरहेको परिप्रेक्ष्यलाई विचार गरी यसलाई अपराधको दायरामा ल्याइएको छ । यस भन्दा अघि यस सम्वन्धी व्यवस्था नेपाल कानूनमा थिएन । यो दफाले तस्वीरको ब्यापारीकरणलाई निषेध गरेको छ । त्यसैगरी अनिच्छत दुरूपयोगलाई अपराधीकरण गरेको छ ।

२९७. **चिठ्ठी खोल्न वा टेलिफोनमा गरेको कुरा सुन्न नहुने** : (१) अधिकार प्राप्त अधिकारी वा सम्बन्धित व्यक्तिको अनुमति विना कसैको चिठ्ठी खोल्न वा अरुले टेलिफोनमा गरेको कुरा कुनै यान्त्रिक उपकरणको प्रयोग गरेर बीचमा सुन्न वा ध्वनि अङ्कन गर्न हुदैन । (२)उपदफा (१) बमोजिमको कसूर गर्ने व्यक्तिलाई एक बर्षसम्म कैद वा दश हजार रूपैँयासम्म जरिवाना वा दुवै सजाय हुनेछ ।

यो दफा पत्रको गोपनीयतासँग संबन्धित छ। यसैगरी टेलिफोनमा गरेको कुरा सुन्न समेत यसले प्रतिबन्ध लगाइएको छ। व्यक्तिको मन्जुरी बिना कसैको पत्र खोल्न वा टेलिफोन बार्ता सुन्न नहुने वा रेर्कड गर्न नहुने व्यवस्था गरिएको छ। पत्राचारको गोपनीयतालाई नेपालको संबिधानको धारा २८ ले समेत मौलिक हकको रूपमा स्वीकार गरेको छ। अधिकार प्राप्त अधिकारीको अनुमतिले भने त्यस्तो कुरा गर्न पाइन्छ। अधिकार प्राप्त अधिकारी भनेको को हो र निजले कुन प्रयोजनको लागि कस्तो कार्यविधि अपनाई त्यस्तो काम गर्न सक्ने हो स्पष्ट पार्न जरुरी हुन्छ। आजसम्म नेपाल कानूनमा त्यसको स्पष्ट व्यव्स्था भएको देखिदैन। प्रस्तावित फैज्दारी कार्यविधि संहितामा यसको छुट्टै प्रक्रिया निर्धारण गर्न जरुरी छ।

२९८. **<u>बिद्युतीय माध्यमद्वारा गोपनीयता भङ्ग गर्न नहुने</u>** :(१) कसैले बिद्युतीय माध्यममा रहेको वा प्रवाह हुने सूचना, जानकारी पत्राचार अनधिकृत रूपमा प्राप्त गर्न त्यसको गोपनीयता भङ्ग गर्न वा अनधिकृत रूपमा कसैलाई हस्तान्तरण गर्न, गराउन हुँदैन।

(२) उपदफा (१) बमोजिमको कसूर गर्ने व्यक्तिलाई एक बर्षसम्म कैद वा दश हजार रूपैँया सम्म जरिवाना वा दुवै सजाय हुनेछ।

यो दफाले बिधुतीय माध्यम दुरूपयोग गरी गोपनीयता भंङ्ग गर्न नहुने व्यवस्था गरेको भएपनि बिद्युतीय माध्यम केलाई भन्ने हो स्पष्ट पारेको छैन। सरसरती बुझ्दा कम्प्यूटर प्रविधिलाई यसले इङ्गित गर्न खोजेको देखिन्छ। मोवाइल र कम्प्यूटरमा रहेका सूचना जानकारी वा पत्राचार को अनधिकृत प्रयोग वा हस्तान्तरण गर्न नहुने व्यवस्था यो दफाले गरेको छ। यो पनि सूचना वा इमेल वा तथ्याङ्कको जानकारीसँग सम्बन्धित छ।

२९९. **<u>छलकपटपूर्ण टेलिफोन गर्न नहुने</u>** : कसैले आफ्नो परिचय दिई वा नदिई कसैलाई छल्ने, धोखा दिने, हैरानी पार्ने वा सताउने उद्देश्यले छलकपटपूर्ण टेलिफोन गर्न गराउन हँदैन।

(२) उपदफा (१) बमोजिमको कसूर गर्ने व्यक्तिलाई एक बर्षसम्म कैद वा दश हजार रूपैँया सम्म जरिवाना वा दुवै सजाय हुनेछ।

यो दफा टेलिफोनको माध्यमबाट गरिने छलकपट धोका दिने हैरानी दिने वा सताउने सँग सम्बन्धित छ। टेलिफोनबाट धम्की दिने गाली गर्ने ब्ल्याकमेलिङ गर्ने तर्साउने जस्ता कार्यलाई अपराधीकरण गर्ने प्रयोजनले यो दफा आएको छ। यो दफाको प्रकृति हेर्दा गोपनीयतासँग त्यति सम्बन्धित देखिदैन। तर व्यक्तिको अमन चैन र शान्तिलाई खल्बल्याउने गरी टेलिफोनको माध्यमबाट गरिने अपराधलाई यसमा समावेश गर्न खोजिएको छ। हाम्रै छिमेकी देश भारतमा पनि टेलिफोनबाट कल गर्ने र सताउनेलाई गोपनीयताको हकभित्र पारी न्यायिक निर्णय भइसकेको देखिन्छ।

३००. **<u>हैरान पार्ने बदनियतले चिठ्ठीपत्र लेख्न नहुने</u>** : (१) कसैलाई डर त्रास वा दुख वा हैरानी दिने अपमान वा बेइज्जत गर्ने बदनियतले कुनै चिठ्ठी पत्र पर्चा वा अन्य कुनै किसिमको लिखत लेखी लेखाई वा विद्युतीय माध्यमद्वारा धम्की दिने, सताउने, जिस्क्याउने वा अन्य कुनै किसिमले अनुचित व्यवहार गर्न गराउन हुँदैन।

(२) उपदफा (१) बमोजिमको कसुर गर्ने व्यक्तिलाई एक वर्षसम्म कैद वा दश हजार रूपैयाँसम्म जरिवाना वा दुवै सजाय हुनेछ ।

यो दफा कसैलाई डर, त्रास, दुख हैरानी दिने, अपमान बा बेइज्जती गर्ने बदनियतले कुनै चिट्ठीपत्र ,पर्चा वा अन्य कुनै किसिमको लिखत लेखी लेखाई वा अन्य कुनै तरिकाले अनुचित व्यवहार गर्ने गराउने संग संबन्धित छ। दफा २९७ नक्कली कलसंग सम्बन्धित छ । भने यो दफा हैरानी पार्ने बदनियतले पत्र लेख्ने सँग संबन्धित छ। पत्राचारको दुरूपयोग गरी गोपनीयता उल्लङ्घन गर्नेलाई यसले दण्डनीय बनाएको छ ।

३०१. **अरुको शरीर खानतलासी गर्न नहुने** :(१) कानून बमोजिम अधिकार प्राप्त अधिकारी वा निजको आदेश वा सुरक्षाको प्रयोजनका लागि खटिएको व्यक्तिले अधिकार प्राप्त अधिकारीको अनुमतिले बाहेक कसैले सम्बन्धित व्यक्तिको स्वीकृति बिना अरुको शरीर, सवारी साधन वा निजी प्रयोगका वस्तुहरूको खानतलासी गर्न गराउन हुँदैन ।(२) उपदफा (१) बमोजिमको कसूर गर्ने व्यक्तिलाई एक वर्षसम्म कैद वा दश हजार रूपैयाँसम्म जरिवाना वा दुवै सजाय हुनेछ ।

यो दफा व्यक्तिको शरीर वा सवारी साधन वा निजी प्रयोग वस्तुको खानतलासी लिन नपाउने संग सम्बन्धित छ । कानून बमोजिम अधिकार प्राप्त व्यक्तिले कानूनको अख्तियारी भित्र रही गरिएको बाहेक शरीर, सवारी साधन वा निजी प्रयोगका सरसामान खानतलासी गर्न नपाउने बनाइएको छ । शरीरको स्वायत्तता सुरक्षा र व्यक्तिगत प्रतिष्ठालाई बिचार गरी यो व्यवस्था गरिएको छ। कानून बमोजिम अधिकार प्राप्त व्यक्तिले सुरक्षा वा अपराध अनुसन्धान गर्ने प्रयोजनको लागि गर्ने खानतलासीलाई यसले रोक लगाएको छैन ।

३०२. **अरुको आवासमा अनधिकृत प्रवेश गर्न नहुने**:(१) कानून बमोजिम अधिकार प्राप्त अधिकारी वा निजको आदेशले बाहेकले कसैले अरुको घरमा सम्बन्धित घर धनीको स्वीकृति विना अनधिकृत रूपमा प्रबेश गर्न, घर धनी वा निजको परिवारको गोप्यता भङ्ग गर्न वा त्यस्तो घरको खानतलासी गर्न गराउन हुँदैन ।

स्पष्टीकारण: यस दफाको प्रयोजनका लागि घर भन्नाले कुनै व्यक्तिले बसोवास गरेको घर, निवास, आवास, कोठा, शिविर र पाल समेतलाई जनाउँछ ।

(२) उपदफा (१) बमोजिमको कसूर गर्ने व्यक्तिलाई तीन वर्षसम्म कैद वा तीस हजार रूपैयाँसम्म जरिवाना वा दुबै सजाय हुनेछ ।

यो दफाले व्यक्तिको निजी आवासको गोपनीयताको सुरक्षा प्रदान गरेको छ । अधिकार प्राप्त अधिकारीको आदेशले बाहेक अनधिकृत प्रवेश गर्न र त्यस्ता व्यक्तिको पारिवारिक गोप्यता भंग नहुने गरी व्यवस्था गरेको छ । यसैगरी घरको खानतलासी पनि अधिकार प्राप्त अधिकारीको आदेशले बाहेक गर्न पाइदैन भन्ने व्यवस्था गरिएको छ । घरको परिभाषलाई ब्यापक पारी होटलको कोठा वा टेष्ट समेतलाई समेटिएको छ । व्यक्तिको आवास गोपनीयताको हिसाबले अति महत्वपूर्ण हुने हुँदा यसको गोपनीयतालाई ख्याल राखीएको देखिन्छ ।

३०३. **क्षतिपूर्ति भराई दिनु पर्ने** : यस परिच्छेद बमोजिमको कसूर गरी कसैले कुनै लाभ प्राप्त गरेको वा कसैलाई कुनै किसिमको हानि, नोक्सानी वा क्षति पुऱ्याएको रहेछ भने कसूरबाट त्यस्तो लाभ, हानी, नोक्सानी वा क्षतिको क्षतिपूर्ति समेत भराई दिनु पर्नेछ।

यो परिच्छेदको दफा २९१ देखि ३०० सम्मका व्यवस्थाको विपरित कसूर गरी कुनै लाभ प्राप्त गरेको वा अरुलाई हानी नोक्सानी वा क्षति पुऱ्याएकोमा त्यस्तो क्षतिको क्षति पूर्ति भराइ दिन पर्ने समेत व्यवस्था यस दफामा गरी आपराधिक क्षतिपूर्तिको व्यवस्था समेत गरिएको छ ।

यो परिच्छेदमा माथि बर्णित विभिन्न कसूरहरू मध्ये दफा २९१,२९४ र ३०० बमोजिमको कसूरमा ३ बर्ष सम्म कैद वा ३० हजार रूपैँया सम्म जरिवानाको व्यवस्था छ भने बाँकी कसूरमा १ बर्षसम्म कैद १० हजार रूपैयासम्म जरिवानाको व्यवस्था गरिएको छ । जरिवाना र कैदको माथिल्लो हद तोकी तल्लो हद न्यायाधीशको स्वविवेकमा छाडिएको छ । सबै कसूरमा हद म्याद तीन महिना तोकिएको छ ।

अपराध संहिताको यो व्यवस्थाले गोपनीयताका मुख्य-मुख्य पक्षहरूलाई समावेश गरेको पाइए पनि व्यक्तिका व्यक्तिगत सूचना भित्र के के पर्दछन् । भन्ने स्पष्टता गर्न सकेको छैन । यसैगरी गोपनीयताको उल्लङ्घन हुन सक्ने अवस्थामा के कस्तो अधिकारीले कुन कार्यबिधिको प्रयोग गर्ने हो स्पष्ट छैन । गोपनीयताको उलङ्घनमा अपनाइने फौजदारी कार्यविधीको सम्पूर्ण पक्ष भने समेटिएको देखिदैन । गोपनीयताको कसूरको अनुसन्धान प्रक्रिया जटिल पनि छ। फौजदारी कसूर मानिने गोपनीयताको उलघंनमा सरकारबादी हुने र दुनियाबादी हुने बीचमा रहेको कार्यविधिगत जटिलतालाई कसरी व्यवहार उपयोगी बनाउँने भन्ने बारेमा छुट्टै अनुसन्धानको खाँचो छ ।

अत: अहिलेको परिस्थितीमा संविधानद्वारा प्रत्याभूत गोपनीयता सम्बन्धी हकलाई संवैधानिक रूपमा, फौजदारी कानूनमा सरकारबादी र दुनियाबादी मुद्दाको रूपमा र नागरिक अधिकारको रूपमा देवानी कानूनमा के कसरी सन्तुलित रूपमा विकास गर्ने हो विस्तृत अध्ययनको खाँचो छ। क्षतिपूर्ति निर्धारण सम्बन्धमा पनि छुट्टै निर्देशिका बनाउन जरुरी छ। गोपनीयता सम्बन्धी ऐनमा भएको सजाय र फौजदारी संहितामा भएको सजायमा एक रूपता कायम गर्नुपर्ने अवस्था छ। यी दुई ऐनमा विविधता नरही एकरूपता रहनु आवश्यक देखिन्छ ।

संवैधानिक अदालत र संवैधानिक इजलास, तुलनात्मक अध्ययन र नेपालको सन्दर्भ

✍ संजीवराज रेग्मी♦

१. विषय प्रवेश

नेपालको संविधान निर्माणका क्रममा संघीय विवादहरूको न्यायिक समाधान गर्न संवैधानिक अदालत गठन गर्ने वा सर्वोच्च अदालतलाई नै यस्ता विवाद हेर्ने क्षेत्राधिकार प्रदान गर्ने भन्ने विषयमा लामो छलफल भएको थियो । पहिलो संविधानसभा (२०६४) ले संघीय विवादको न्यायिक समाधानका लागि अलगै संवैधानिक अदालतको स्थापना गर्नुपर्ने प्रस्ताव गरी सो अदालतलाई संघीय विवादको न्यायिक समाधान गर्ने क्षेत्राधिकार रहने र सर्वोच्च अदालतको न्यायाधीश हुने योग्यता पुगेको व्यक्ति न्यायाधीश हुनसक्ने गरी एक अध्यक्ष सहित चार जना सदस्य रहेका पाँच सदस्यीय अदालतको संरचना नै प्रस्ताव गरिएको थियो ।[1] पहिलो संविधानसभामा न्यायाधीश समाजको तर्फबाट न्यायपालिका सम्बन्धमा प्रस्तुत गरिएको सुझावमा सर्वोच्च अदालतलाई नै संवैधानिक विवाद हेर्ने अन्तिम अदालतको रूपमा राखिनुपर्ने, छुट्टै संवैधानिक अदालत राख्दा द्विविधा र दोहोरोपना देखापर्ने, सर्वोच्च अदालतको भूमिकामा असर पर्ने र कुन अदालत सर्वोच्च न्यायिक निकाय हो भन्ने कुरामा द्वन्द्व हुन सक्ने आधारमा सर्वोच्च अदालत भित्र संवैधानिक विवाद हेर्ने गरी संवैधानिक इजलास राख्न सुझाव प्रस्तुत गरिएको थियो । [2] दोश्रो संविधानसभा (२०७०) ले संविधान जारी गर्ने बेलासम्म संवैधानिक अदालतको सट्टा संवैधानिक इजलास राख्ने कुरामा परिर्वतन गर्ने तर्फ छलफल गरेको थिएन । सभामा छलफल हुँदा दोश्रो संविधान सभाको प्रमुख दल नेपाली कांग्रेसले १० बर्षसम्मका लागि संवैधानिक अदालत राख्नुपर्ने अबधारणा राखेको थियो भने अन्य दलहरू स्थायी प्रकृतिको संवैधानिक अदालत नै राख्नुपर्ने पक्षमा थिए । तर सर्वोच्च अदालत यसमा सहमत थिएन र विकल्पको रूपमा सर्वोच्च अदालतमा संवैधानिक इजलास राख्ने प्रस्ताव सर्वोच्च अदालतले गरेको थियो । [3] संविधान सभा र सर्वोच्च अदालत बीच यसमा फरक दृष्टिकोण रहेको अवस्थामा अन्ततः संघीय विवादको न्यायिक निरूपण गर्ने तथा कानूनको न्यायिक पुनरावलोकन गर्ने अधिकार क्षेत्र प्रयोग गर्ने गरी सर्वोच्च अदालतमा संवैधानिक इजलास गठन हुने व्यवस्था नेपालको संविधानमा गरियो र संवैधानिक अदालत वा संवैधानिक बेन्च भन्ने विवाद अन्त्य

♦ सहन्यायाधिवक्ता, महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय

1 संविधान सभा, राज्य पुनःसंरचना तथा राज्यशक्तिको बाडफाँड समितिको अबधारणा र मस्यौदा प्रतिवेदन २०६६, पृष्ठ ५३

2 न्यायाधीश समाज, नेपाल भावी संविधानमा न्यायापालिका विशेषांक २०६५, अंक २, पृष्ठ ४५

3 Republica Jan.5, 2015

भयो। यद्यपि कतिपय संघीय मलुकहरूको संविधानमा संघीय विवादको निरूपण गर्न संवैधानिक अदालतको व्यवस्था गरिएको सन्दर्भमा नेपालमा पनि संवैधानिक अदालतको स्थापना गर्ने कुरालाई छलफलको आधार बनाइएको थियो। यही पृष्ठभूमिमा संघीय देशहरूले संघीय विवादको न्यायिक निरूपण तथा संविधानको व्याख्याका लागि गरेको अभ्यासको अध्ययन गर्ने र नेपालको संवैधानिक इजलासको अधिकार क्षेत्र र संविधानको व्याख्या गरी संघीयतामा उत्पन्न हुने सरकारका तहहरू बीचका विवादको न्यायिक समाधानमा संवैधानिक इजलासले खेल्न सक्ने भूमिकाका सम्बन्धमा चर्चा गर्ने प्रयास गरिएको छ।

२. संघीयता र नेपालको संघीय संरचना

राज्यशक्ति दुई वा सो भन्दा बढी तहमा वितरणको संवैधानिक प्रबन्ध भएको शासन प्रणाली संघीय प्रणाली हो र यसमा संविधानले नै राज्य शक्तिको बाँडफाँड एवं व्यवस्थापन गर्दछ। राज्यको अधिकार केन्द्र, प्रदेश र स्थानीय तहले प्रयोग गर्ने र त्यस्ता तहहरू बीच सहकार्य र हिस्सेदारी संघीयताको मूल चरित्र हो। विश्वमा संघीयता स्वीकार गर्ने राज्यहरूको संघीयकरण फरक फरक किसिमले भएको छ। संयुक्त राज्य अमेरिका, रुस, स्वीटजरल्याण्ड, अष्ट्रेलिया लगायतका मुलुकहरू स्वतन्त्र राज्यहरू मिलेर संघीय राज्यमा रूपान्तरण भएका हुन भने जर्मनी, नाईजेरिया, वेल्जियम, स्पेन एकात्मक राज्यबाट संघीय राज्यमा रूपान्तरण भएका हुन। जुनसुकै किसिमबाट संघीय राज्यमा रूपान्तरण भएपनि संघीयताको मूलभूत पक्ष भनेको संघ र प्रदेश वा संघीय ईकाइहरू बीच संविधान मार्फत अधिकारको स्पष्ट विभाजन गर्नु र संघ, प्रदेश वा स्थानीय तहका सरकारले स्वायत्तता र स्वशासनको कार्यान्वयन गर्नु हो।

नेपाल एकात्मक स्वरूपबाट संघीयतामा प्रवेश गर्ने मुलुक अन्तर्गत पर्दछ। एकात्मक र केन्द्रीकृत प्रणालीले जनआंकाक्षालाई सम्बोधन गर्न र जनतालाई शासन व्यवस्थामा सहभागी गराउन नसक्नु र वर्गीय, जातिय, भाषिक, लैंगिक, सांस्कृतिक, धार्मिक र क्षेत्रीय भेदभावको अन्त्य गर्न राज्य सफल नहुनु, राज्य संचालनमा समावेशीता, हिस्सेदारी र स्वामित्व स्थापना हुन नसक्नु जस्ता कारणबाट नेपाल एकात्मक राज्यबाट संघीय राज्यमा रूपान्तरण भएको हो।[4] संघीयताको पक्षमा भएका आन्दोलनहरूलाई सम्वोधन गर्न नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ मा पहिलो संशोधन गरी संघीयतालाई राज्यले विधिवत रूपमा स्वीकार गरेको थियो।[5] नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ ले वर्गीय, जातीय, भाषिक, लैङ्गिक, सांस्कृतिक, धार्मिक र क्षेत्रीय भेदभावको अन्त्य गर्न राज्यको केन्द्रीकृत र एकात्मक ढाँचाको अन्त्य गरी लोकतान्त्रिक संघीय शासन प्रणाली सहितको अग्रगामी पुनर्संरचना गरिने उल्लेख गरी नेपाल संघीय राज्य हुने नीति स्वीकार गरेको थियो। सो अनुसार संविधान सभा, २०६४ ले संविधान निर्माणको लागि संविधानमा रहने विषय र अन्तरवस्तुका सम्बन्धमा अबधारणा र मस्यौदा समेत तयार गरेको थियो। यद्यपि ती अबधारणापत्रमा फरक फरक अभिमतहरू प्रकट भएका थिए। मूलतः संघीयताको स्वरूप, संख्या र अधिकारको बाँडफाडका विषयमा दलहरू बीच फरक फरक दृष्टिकोणहरू रहेका

---

[4] संबिधान सभा, राज्य पुनसंरचना तथा राज्य शक्तिको बाँडफाँड समितिको अबधारणा र मस्यौदा प्रतिवेदन,२०६६, पृष्ठ १५

[5] नेपालको अन्तरिम संविधानको धारा १३८ को उपधारा (१)

थिए। तथापि २०७० सालमा सम्पन्न संविधान सभाको निर्वाचन पछि गठित दोश्रो संविधान सभाले सोही जगमा संघीय राज्य प्रणाली सहितको संविधान जारी गरेको छ। संघीयता संविधानको अन्तरवस्तु र मूलभूत विशेषता मानिएको छ भने सर्वोच्च अदालतले एक मुद्दामा संघीयताबाट एकात्मक व्यवस्थामा फर्कने कुरा संविधानको असंशोधनिय मान्यता मानेको छ। [6]

नेपालको संविधानले संघ, प्रदेश र स्थानीय तह गरी तीन तहको संघीय संरचना रहने व्यवस्था गरेको छ। संघीय प्रदेशहरू सातवटा रहेका छन भने स्थानीय तह ७५३ वटा रहेका छन्। न्यायपालिका एकीकृत रहेको छ भने कार्यपालिका र व्यवस्थापिकाको संरचना संघीय रहेको छ। प्रदेश र स्थानीय तहमा आफ्नै व्यवस्थापिका र कार्यपालिका रहेको छ। संघ, प्रदेश र स्थानीय तहको अधिकारको बाँडफाँड सूची प्रणालीका आधारमा संविधानलेनै गरेको छ। [7] अधिकारको सूची अन्तर्गत रहेर सवै तहका सरकारले विधायिकी र कार्यपालिकीय अधिकारको प्रयोग गर्न सक्ने जिम्मेवारी र सक्षमता रहेको छ। संविधानले सूचीकृत गरेको अधिकारको बाँडफाँडमा दोहोरोपना रहेको,[8] संघीयताको अभ्यास हाम्रो सन्दर्भमा नयाँ र फरक रहेको तथा प्रदेश र स्थानीय तहहरू संवैधानिक अधिकारको प्रयोग गर्न सक्ने गरी कानूनी प्रबन्ध र श्रोतको व्यवस्थापन गर्न नसकिरहेको, संविधानले गरेको अधिकारको विभाजनमा स्पष्टता नरहेको जस्ता कारणले संघीयता कार्यान्वयनमा केही समस्या र जटीलताहरू उत्पन्न हुन थालेका छन। संघीयताको स्वरूप, भौगोलिक क्षेत्र, संघीय एकाईको रूपमा रहेको प्रदेशको नामाकरण र अधिकारको सूचीमा राजनीतिक दलहरू बीच अझै पनि केही मतभिन्नता रहेका छन भने संघ, प्रदेश र स्थानीय तहले प्रयोग गर्ने अधिकारको सम्बन्धमा पनि विवादहरू उत्पन्न हुने कुरा स्वभाविक छ। साथै यसको प्रभावकारी कार्यान्वयन र सफल व्यवस्थापन नेपालको लागि चुनौतिको रूपमा रहेको छ। तथापि संघीयताको विषय संविधानको आधारभूत अन्तरवस्तु भएको हुँदा संघीयताको मर्म अनुसार अधिकारको प्रयोग गरी सवै तहका सरकारले सुशासन कायम गर्ने र लोकतन्त्रको प्रयोग गरी जनतालाई सेवा उपलब्ध गराई संघीय प्रणालीलाई सफल बनाउनु आजको आवश्यकता हो। संघीयता कार्यान्वयनका क्रममा आउने तहगत सरकारको अधिकार क्षेत्रका विषयका विवादहरूको न्यायिक समाधान गरी संघीयतालाई विकसित गर्ने कार्यमा सर्वोच्च अदालतको संवैधानिक इजलासको भूमिका पनि उत्तिकै महत्वपूर्ण रहने देखिन्छ।

३. सवैधानिक इजलाश वा सवैधानिक अदालत

वास्तवमा संघीय प्रणालीमा संघीय एकाईहरू बीच अधिकार क्षेत्रको विभाजन जतिसुकै होशीयारी पूर्वक भएपनि अधिकार क्षेत्रमा बारेमा विवाद हुने कुरा अवश्यंभावी हुन्छ। संविधानले सूचीकृत गरेका अधिकारको प्रयोगका विषयमा सरकारका तहहरू संघ, प्रदेश र स्थानीय तह बीच संवैधानिक र कानूनी विवादहरू उत्पन्न हुन्छन र यो स्वभाविक मानिन्छ। संघीय मुलुकको संवैधानिक व्यवस्थाले नै यसलाई

---

6 ने.का.प. २०६७ अंक ९ नि.न. ८४५७

7 नेपालको संविधानको धारा ५६ र ५७

8 नेपालको संविधानको अनुसूची ५ मा संघको अधिकारको सूचीको प्रकरणको सि.न. १४ मा स्वास्थ्य सेवा रहेको छ भने अनुसूची ६ को प्रदेशको अधिकारको सूचीको सि.न.९ मा समेत स्वास्थ्य सेवा रहेको छ। यसैगरी वन, भूमि, वातावरण जस्ता विषयहरु पनि संघ र प्रदेशको अधिकारको सूचीमा समावेश रहेको देखिन्छ। ।

स्वीकार गरेको छ भने त्यस्ता देशको अभ्यास हेर्दा पनि विवाद उत्पन्न हुने गरेको पाइन्छ। मुख्य रूपमा प्राकृतिक श्रोतको प्रयोग र बाँडफाँड, कर, राजस्व र व्यापार, सूचीकृत अधिकार र साझा अधिकारको प्रयोग जस्ता क्षेत्रमा संवैधानिक र कानूनी विवादहरू उत्पन्न हुने गरेको अभ्यास पाइन्छ। संघीय मुलुकहरूले संघीय विवादको न्यायिक निरूपण गर्ने तथा संविधानको व्याख्या गर्ने सम्बन्धमा अबलम्बन गरेको अभ्यास फरक फरक रहेको छ। कतिपय संघीय मुलुकको संविधानले सर्वोच्च अदालत वा उच्च तहको अदालतलाई यस्ता विवादको निरोपण गर्ने जिम्मेवारी प्रदान गरेको देखिन्छ भने कतिपय देशमा अग्लै संवैधानिक अदालतलाई यस्ता विवादको सुरु कारवाही र किनारा गर्ने अधिकार प्रदान गर्ने गरेको अभ्यास रहेको पाइन्छ। खासगरी Civil Law प्रणाली अबलम्बन गरेका संघीय मुलुकहरूका संघीय विवाद हेर्न तथा कानूनको न्यायिक पुनरावलोकन गर्ने अधिकार सहित संवैधानिक अदालतको स्थापना गरिएको पाइन्छ। जर्मनी, रसिया, दक्षिण अफ्रिका, यसका उदाहरण हुन भने भारत तथा अष्ट्रेलियामा सर्वोच्च अदालतलाई नै यस सम्बन्धी अधिकार प्रदान गरिएको पाइन्छ।

संविधान निर्माणका क्रममा नेपालमा संवैधानिक अदालत राख्ने वा संवैधानिक इजलास राख्ने भन्ने कुरा गम्भीर छलफलको विषय बनेको थियो। पहिलो संविधान सभाको राज्य पुनसंरचना तथा राज्य शक्तिको बाँडफाड समितिले संघीय विषयमा विवादको शुरु कारवाही गर्न अलगै संवैधानिक अदालतको स्थापना गर्ने प्रस्ताव गरेको थियो।[9] यद्यपि संविधान सभाको न्याय प्रणाली समितिले यस्तो प्रस्ताव गरेको थिएन। सर्वोच्च अदालत प्रारम्भ देखि नै समानान्तर प्रकृतिको संवैधानिक अदालत स्थापनाको विपक्षमा रहेको थियो र त्यसको विकल्पमा सर्वोच्च अदालतमा एक संवैधानिक बेन्च राख्ने प्रस्ताव औपचारिक रूपमा नै गरेको थियो।[10] अन्ततः संविधान सभाले संवैधानिक अदालतको सट्टा सर्वोच्च अदालतमा प्रधान न्यायाधीश सहित अन्य चार जना सर्वोच्च अदालतका न्यायाधीश रहने गरी पाँच सदस्यीय संवैधानिक इजलास गठन हुने व्यवस्था गर्‍यो र संवैधानिक अदालतको विषय अन्त्य भयो। तथापि संघीय मुलुकहरूले यस सम्बन्धमा गरेको अभ्यास भने फरक फरक रहेको छ।

३.१. संयुक्त राज्य अमेरिका

संयुक्त राज्य अमेरिकामा राज्यहरू बीच उत्पन्न हुने कानूनी र संवैधानिक विवादहरू संघीय सर्वोच्च अदालतले निरूपण गर्ने व्यवस्था रहेको छ।[11] यस अन्तर्गत संघीय सर्वोच्च अदालतले संघ र राज्यहरूको अधिकारको सीमा र क्षेत्रका बारेमा व्याख्या गर्ने कार्य गर्दछ। संघीय र राज्य सरकारहरूका बीच उत्पन्न विवादको न्यायिक निरोपण गरी अधिकार क्षेत्रको प्रयोगमा सन्तुलन कायम गर्ने कार्यमा अमेरिकी सर्वोच्च अदालतले महत्वपूर्ण भूमिका निर्वाह गरेको छ। किनकी अमेरिकी संविधानको अन्तिम व्याख्या गर्ने र संघ र राज्यहरूका अधिकार क्षेत्र बीच सन्तुलित व्याख्या गरी उत्पन्न द्धन्द्धको कानूनी समाधान गर्ने जिम्मेवारी सर्वोच्च अदालतलाई प्राप्त छ। न्यायिक पुनरावलोकन सम्बन्धी प्रसिद्ध Marbury vs. Madison को मुद्दामा संघ र राज्यका अधिकार बीचको विवादको मध्यस्थता गर्ने

---

9 राज्य पुनःसंरचना तथा राज्यशक्तिको बाडफाँड समितिको अवधारणा तथा प्रारम्भिक मस्यौदा प्रतिवेदन, २०६६, पृष्ठ ५३

10 Republica Jan.5, 2015

11 अमेरिकी संविधानको धारा ३

भूमिकामा सर्वोच्च अदालत रहेको भनी बृहत व्याख्या गरिएको छ। यस सम्बन्धमा एक जना विद्वानले भनेका छन कि In the case of Marbury vs. Madison (1803) the Federal Supreme Court, as opposed to state supreme courts, gained the right to be the arbiter of disputes between national and state rights, effectively saying that one of the two sides would play the referee, or judge, for both sides. The U.S. Supreme Court has held the leadership in the progress of increased national power at the expense of the state and responsible for changing the balance of power between federal and state governments and their powers within the U.S. system of federalism.[12]

३.२. अष्ट्रेलिया

अष्ट्रेलियामा राज्यहरू बीचका विवाद, विभिन्न राज्यका बासिन्दा बीचका विवाद र एक राज्य र अर्को राज्यको बासिन्दा बीचको विवाद सम्बन्धी विषय हेर्ने अधिकार उच्च अदालत (High court of Justice) लाई रहेको छ।[13] अष्ट्रेलियाको उच्च अदालतमा प्रधान न्यायाधीश सहित सात जना न्यायाधीश रहन्छन्। यसलाई अष्ट्रेलियाको संघीय संसद तथा राज्यका संसदले बनाएका कानूनको न्यायिक पुनरावलोकन गर्ने अधिकार रहेको छ। यसका साथै संविधानको व्याख्या गरी संघीयताको विकासलाई आकार दिने अधिकार रहेको छ।[14] (The High Court of Australia has the power of judicial review over laws passed by the Parliament of Australia and the parliaments of the states, and the ability to interpret the Constitution of Australia and thereby shape the development of federalism in Australia. Sir Owen Dixon ले प्रधान न्यायाधीशको शपथको क्रममा उच्च अदालतको अधिकार क्षेत्र र संघीयताको विषयमा भनेको कुरा यहाँ महत्वपूर्ण रहेको छ। "The High Court's jurisdiction is divided in its exercise between constitutional and federal cases which loom so largely in the public eye, and the great body of litigation between man and government, States and center government which has nothing to do with the Constitution, and which is the principal preoccupation of the court "। यसका अलावा संविधानको व्याख्या गर्ने वा संविधानसँग सम्बन्धित विषयको विवाद हेर्ने अधिकार संसदले उच्च अदालतलाई प्रदान गर्न सक्दछ।[15]

३.३ दक्षिण अफ्रिका

दक्षिण अफ्रिकाको संविधानले एक संवैधानिक अदालत रहने व्यवस्था गरेको छ। यसमा ११ जना न्यायाधीश रहन्छन र न्याय सेवा आयोगको सूचीका आधारमा राष्ट्रपतिबाट संवैधानिक अदालतका न्यायाधीशहरू नियुक्ति हुन्छन।[16] संवैधानिक अदालतले राष्ट्रिय तथा प्रान्तीय राज्य बीचको संवैधानिक स्थिति र अधिकार तथा कार्यहरूको सम्बन्धमा उत्पन्न संवैधानिक विवादको निरोपण गर्दछ। यसका अलावा संवैधानिक अदालतलाई संसदीय र प्रान्तीय बिधेयकको संवैधानिकता तथा संविधान संशोधनको

---

12 Ryan Wiseman,THE SUPREME COURT AND FEDERALISM www.bloomp.net/.

13 अष्टेलियाको संविधानको धारा ७५

14 ऐ. धारा ७१

15 अष्टेलियाको संविधानको धारा ७६

16 दक्षिण अफ्रिकाको संविधानको धारा १६७

संवैधानिकताका विषयमा निर्णय गर्ने क्षेत्राधिकार रहेको छ ।[17] विवादित विषयमा संवैधानिक व्यवस्थाका आधारमा यस अदालतले संविधानको व्याख्या गर्ने र संघीय विवादको निरोपण गर्ने कार्य गर्दछ । संवैधानिक अदालतले संसदले बनाएको कानून वा प्रान्तीय कानून वा राष्ट्रपतिको कार्यको संवैधानिकताको परीक्षण गरी सो बारेमा अन्तिम निर्णय गर्दछ ।[18]

३.४. भारत

भारतमा सर्वोच्च अदालतलाई केन्द्र र राज्य बीचको विवाद वा केन्द्र र कुनै राज्य एक पक्ष र अर्को राज्य अर्को पक्ष भएको विवाद वा दुई वा सो भन्दा बढी राज्यहरू बीचको विवादको शुरु कारवाही गर्ने क्षेत्राधिकार रहेको छ । [19] भारत संघीय राज्य भएको हुँदा केन्द्र र प्रदेश तथा प्रदेश प्रदेश बीच अन्तरराज्य विवादहरू उत्पन्न हुन्छन तसर्थ यस्ता अन्तरराज्य विवादको न्यायिक समाधानका लागि धारा १३१ ले सर्वोच्च अदालतलाई अधिकार प्रदान गरेको छ । तत्कालिन प्रधान न्यायाधीश पी.एन. भगवतीले कर्नाटक राज्य वि. भारतीय संघ भएको एक मुद्दामा भारतीय संविधानको धारा १३१ को बारेमा व्याख्या गर्दै भनेका छन, "The article 131 is necessary concomitant of a federal and quasi federal form of government of India and it is attracted only when the dispute are the Government of India or one or more states arranged on other side." यसका अलावा संवैधानिक व्याख्या वा सविधानसँग कुनै संघीय वा प्रादेशिक कानून बाझिएकोमा न्यायिक पुनरावलोकन गर्ने अधिकार समेत भारतको सर्वोच्च अदालतलाई रहेको छ ।[20] यस्ता विवाद हेर्न अलग अदालत वा नेपालको जस्तो संवैधानिक इजलाश रहने संवैधानिक व्यवस्था भारतमा गरिएको छैन । तथापि सारभूत रूपमा कानूनको प्रश्न (Question of law) समावेश भएको विवाद र संविधानको व्याख्या समावेश मुद्दामा प्रधान न्यायाधीशले सर्वोच्च अदालतका कम्तिमा ५ जना न्यायाधीश भएको इजलास गठन गर्न सक्छन ।[21] यसलाई सर्वोच्च अदालतको संवैधानिक इजलास भन्ने पनि गरिन्छ । भारतको संघीयता परिपक्व बन्दै गएको र अदालतले कानूनी विवादहरूको समाधानमा संविधानको व्याख्या गर्दै संघ र प्रान्तको अधिकारको सुचीको व्याख्याले संघीयतालाई संस्थागत गर्न मद्दत पुगेको भन्ने गरिन्छ । संघीय विवादमा सर्वोच्च अदालतले राज्यहरू बीच तथा केन्द्र र राज्य बीचका विवाद हेर्दछ ।

संघीयताको विकास र संघीय विवादको न्यायिक निरूपणमा भारतको सर्वोच्च अदालतले महत्वपूर्ण भूमिका खेलेको छ । केशवानन्द भारतीको मुद्दा (१९८३) मा संघीयतालाई संविधानको आधारभूत सिद्धान्तका रूपमा अदालतले व्याख्या गर्दै संसदले पनि संशोधन गर्न नसक्ने सिद्धान्त प्रतिपादन गरेको छ । *Minerva Mills vs. Union of India (*1980), *S.R. Bommai vs.Union of India* (1994), र *I.R. Coelho v. State of Tamil Nadu* (2007) को मुद्दामा संघीयता, धर्मनिरपेक्षता, न्यायिक पुनरावलोकनको अधिकारलाई संविधानको आधारभूत सिद्धान्तको रूपमा जोड दिएको छ । यो सिद्धान्तका

---

17 ऐ.धारा १६७(२)

18 ऐ. धारा १६७(५)

19 भारतको संविधानको धारा १३१

20 भारतको संविधानको धारा ३२,१३६,२२६,२२७

21 भारतको संविधानको धारा १४५(३)

आधारमा भारतको सर्वोच्च अदालतले संसदले बनाएको कानून, कार्यकारी निर्णयको मात्र नभै संविधान संशोधनको विषयमा पनि न्यायिक पुनरावलोकन गर्न सक्ने मान्यताको विकास गरेको पाइन्छ। संघ र प्रदेशको अधिकार क्षेत्रको विषयमा उत्पन्न विवादको समाधान गर्ने सम्बन्धमा सर्वोच्च अदालतले सन्तुलित र द्वन्द्व समाधान गर्ने गरी संविधानको व्याख्या गरेको कारण संघीयताको अभ्यास भारतमा सफल भएको भन्ने गरिन्छ। *State of West Bengal vs. Union of India* (1963) को मुद्दा, *Union of India V.H.S. Dhillon* (1972) को मुद्दा, *International Tourism Corporation Vs. State of Haryana* (1981) को मुद्दामा सर्वोच्च अदालतले संघ र प्रदेशको अधिकारको सूचीका सम्बन्धमा व्याख्या गर्दे प्रदेशको अधिकारको सूचीको व्याख्या गर्दा संघीयताको मुलभूत सिद्धान्तको प्रतिकूल नहुने र प्रदेशको अधिकारलाई whittle down नहुने गरी गर्नुपर्ने सिद्धान्तलाई स्वीकार गर्दै व्याख्या गरेको पाइन्छ

३.५ जर्मनी

जर्मनीमा संविधानले एक संघीय संवैधानिक अदालतको व्यवस्था गरेको छ। यस अदालतको मुख्य कार्य विधायनको न्यायिक पुनरावलोकन गर्ने र संविधानसँग बाझिएकोमा त्यस्तो विधायनलाई असंवैधानिक घोषणा गर्नु हो। यस अदालतको क्षेत्राधिकार संवैधानिक विषयमा मात्र केन्द्रित रहेको छ। संसदले पारित गरेको संविधान संशोधन र परिवर्तनका विषयहरू यस अदालतको न्यायिक पुनरावलोकनको विषय बन्दछन र संविधानसँग त्यस्ता कानूनको परीक्षण गरिन्छ।[22] २००९ सम्म जर्मनीको संवैधानिक अदालतले ६०० भन्दा बढी कानूनहरूलाई असंवैधानिक घोषणा गरेको छ।

संवैधानिक अदालतलाई संविधानको व्याख्या गर्ने, संघ (Federation) र प्रान्त (Lander) बीच अधिकार र कर्तव्यको सम्बन्धमा मूलत संघीय कानूनको कार्यान्वयनको सम्बन्धमा उत्पन्न विवादको हेर्ने अधिकार रहेको छ। साथै सार्वजनिक कानूनको विषयमा प्रान्त र संघ बीचका विवाद र नागरिकको हक अधिकारको विषयमा कुनै पनि व्यक्तिले दायर गरेको संवैधानिक विषयको दावी भएको विवाद सम्बन्धी मुद्दाको सुनुवाई गर्ने अधिकार संवैधानिक अदालतलाई रहेको छ।[23]

३.६ रसिया

रसियामा संघीय विवादको न्यायिक समाधान गर्न तथा संविधानसँग बाझिएका कानून तथा राष्ट्रपतिका कार्यहरूको परीक्षण गर्ने अधिकार क्षेत्र सहितको संवैधानिक अदालत रहने व्यवस्था छ। यो न्यायपालिकाको सर्वोच्च तहको अदालत हो भने संविधानको संरक्षण गर्नु यसको मुख्य उद्देश्य हो। रसियन संबेधानिक कानूनमा यसलाई संवैधानिक नियन्त्रण अथवा संवैधानिक सुपरीवेक्षण "Constitutional control" or "Constitutional supervision" भन्ने गरिन्छ। संवैधानिक अदालतमा १९ जना न्यायाधीश रहन्छन भने एकजना अध्यक्ष रहन्छन। संवैधानिक अदालतमा २ वटा च्याम्बर रहन्छन। The Constitutional Court declares laws, presidential and governmental decrees and laws of federal subjects unconstitutional if it finds that they are contrary to the Constitution. Any federal court may request the Constitutional Court to judge on the constitutionality of a

---

[22] जर्मनीको संविधानको धारा ९३

[23] ऐ. धारा ९३

law if the law is to be implemented in a case, and a judge of the federal court is in doubt about whether the law is contrary to the Constitution. Also, any private citizen may submit in the Constitutional Court a claim challenging constitutionality of a particular law if that law was implemented in a particular case and thus violated rights of that citizen. Another power of the Constitutional Court is to resolve disputes concerning competence of governmental agencies. Whenever the President of Russia is impeached the Constitutional Court renders a resolution concerning complying with the due order of indictment. It resolves disputes concerning competence between federal bodies of state authority, between bodies of state authority of the Russian Federation and bodies of state authority of constituent entities of the Russian Federation. [24]

४. नेपालमा सवैधानिक इजलास र अधिकार क्षेत्र

४.१. सवैधानिक इजलासको गठन

सर्वोच्च अदालतमा एक संवैधानिक इजलास रहने र यसमा प्रधान न्यायाधीश र न्याय परिषदको सिफारिसमा प्रधान न्यायाधीशले तोकेका सर्वोच्च अदालतका अन्य चार जना न्यायाधीश गरी पाँच जना न्यायाधीश रहने गरी यसको गठन हुने व्यवस्था नेपालको संविधानको धारा १३७ ले गरेको छ। नेपालको संविधान २०७२।०६।०३ देखि लागू भएपनि संवैधानिक इजलास तत्काल गठन हुन सकेको थिएन। सर्वोच्च अदालत (संवैधानिक इजलास सञ्चालन) नियमावली, २०७२ मिति २०७२।९।१४ मा जारी भएपछि न्याय परिषदले मिति २०७२।८।२२ मा सर्वोच्च अदालतका तत्कालिन माननीय न्यायाधीशहरु गिरीशचन्द्र लाल, शुसिला कार्की, श्री वैद्यनाथ उपाध्याय र श्री गोपाल पराजुलीलाई संवैधानिक इजलासमा तोक्न प्रधान न्यायाधीश समक्ष सिफारिस गरे अनुरूप [25] तत्कालिन प्रधान न्यायाधीश कल्याण श्रेष्ठ सहितको ५ सदस्यीय संवैधानिक इजलास पहिलो पटक गठन भएको थियो।[26] तत्कालिन प्रधान न्यायाधीश कल्याण श्रेष्ठ मिति २०७३।१।१ मा उमेर हदका कारण प्रधान न्यायाधीशको पदबाट अवकास भएपछि संवैधानिक इ जलासले लामो समयसम्म अर्थात एक बर्षसम्म पनि पूर्णता पाउन सकेन। जसका कारण संवैधानिक इजलासमा विचाराधिन मुद्दाहरूमा सुनुवाई प्रभावित भए। लामो समय इजलास गठन नभएकोले सो इजलास गठन गरी पाँउन सर्वोच्च अदालतमा रिट निवेदन समेत दायर भएको र सो रिटमा सर्वोच्च अदालतको पाँच जना न्यायाधीशको पूर्ण इजलासले आदेश प्राप्त भएको पन्ध दिनभित्र सर्वोच्च अदालतमा रहेको संवैधानिक इजलासमा न्यायाधीश सिफारिस गर्न न्याय परिषदका नाममा परमादेश नै जारी गरेको थियो। [27] न्याय परिषदले मिति २०७४।१।१४ गते उक्त इजलासमा रहने गरी सर्वोच्च अदालतका माननीय न्यायाधीशहरू श्री दीपकराज जोशी र देवेन्द्र गोपाल श्रेष्ठलाई सिफारिस गरे [28] पश्चात संवैधानिक इजलास गठनले पूर्णता पायो। तर तत्कालिन

---

[24] Article 3 of Federal Constitutional Law of Russia, 1994

[25] न्याय परिषद बुलेटिन २०७२ अंक १२ पृष्ठ २१

[26] सर्वोच्च अदालत (संवैधानिक ईजलास सन्चालन नियमावली, २०७२ नेपाल राजपत्र भाग ३ मिति २०७२।९।१४

[27] माधवकुमार वस्नेत वि. न्यायपरिषद २०७३ सालको रिट नं ०७३ -WO- ००२० आदेश मितिः २०७३।१२।१०

[28] न्याय परिषदको मिति २०७४।१।१४ को निर्णय, न्याय परिषद बुलेटिन, २०७४

प्रधान न्यायाधीश सुशीला कार्कीज्यूको कार्यकालमा संवैधानिक इजलासले कुनै मुद्दाको सुनुवाई भएको देखिदैन । तत्कालिन प्रधान न्यायाधीश सुशीला कार्की र माननीय न्यायाधीश श्री देवेन्द्र गोपाल श्रेष्ठ अवकास भएपछि यो इजलास गठन हुन पुनः केही समय लाग्यो । तत्कालिन न्यायाधीश गोपाल पराजुली प्रधान न्यायाधीशमा नियुक्त भएपछि यो इजलास गठन भयो भने २०७४।१२।०१ पछि कायम मुकायम प्रधान न्यायाधीश श्री दीपक राज जोशीको अध्यक्षतामा सर्वोच्च अदालतका बरिष्टतम माननीय न्यायाधीश ओम प्रकाश मिश्र, माननीय न्यायाधीश श्री चोलेन्द्र शमसेर ज.व.रा., माननीय न्यायाधीश दीपक कुमार कार्की, माननीय न्यायाधीश श्री केदार प्रसाद चालिसे रहेको संवैधानिक इजलास गठन भयो । यो इजलासले केही मुद्दामा सुनुवाई गरी फैसला समेत गरेपनि प्रधान न्यायाधीशको पदमा नियुक्तिका लागि सिफारिस हुनु भएका तत्कालिन कायम मुकायम प्रधान न्यायाधीश दीपकराज जोशीको संसदीय सुनुवाई समितिबाट नाम अनुमोदन नभएपछि केही समय प्रधान न्यायाधीश नियुक्ति हुन सकेन । माननीय न्यायाधीश श्री ओमप्रकाश मिश्र प्रधान न्यायाधीशको पदमा मिति २०७५ श्रावण २५ मा नियुक्त हुनु भयो । उहाको नियुक्ति पछि तर संवैधानिक इजलास गठन हुन नसकेमा मिति २०७५/७/२८ बाट सो इजलास गठनको सुनुवाई प्रारम्भ भएको छ ।

४.२. सवैधानिक इजलासको अधिकार क्षेत्र र भूमिका

नेपालको संविधानको धारा १३७ को उपधारा (.२) ले संवैधानिक इजलासको अधिकार क्षेत्र संघीय विवादको निरूपण गर्ने लगायत ४ प्रकारको मुद्दामा हुने व्यवस्था गरेको छ ।[29] अमेरिका, भारत अष्ट्रेलिया लगायतका संघीय राज्यमा जस्तै नेपालमा पनि सर्वोच्च अदालतलाई संविधान र प्रचलित कानून बमोजिम संघीय विवादका विषयमा न्यायिक निरूपण गर्ने र अधिकार क्षेत्रको प्रश्नमा व्याख्या गर्ने अधिकार रहेको छ । यस्ता विवादको सुनुवाई सर्वोच्च अदालतको अन्य इजलासलाई नभै संवैधानिक इजलासलाई मात्र रहन्छ । संवैधानिक इजलासको क्षेत्राधिकारको आधारमा यसले सुनुवाई गर्ने मुद्दाका विषयवस्तुहरू अत्यन्त महत्वपूर्ण रहेका छन । संविधानसँग बाझिएको कानूनलाई असंवैधानिक घोषणा गर्न सक्ने, संघीय ईकाईहरू बीचका विवादमा संविधानको भावना, संघीयताको मर्म र विकसित न्यायिक सिद्धान्त समेतका आधारमा न्यायिक निर्णय गर्ने, संघीय संसद वा प्रदेश सभा सदस्यको निर्वाचन सम्बन्धी विवाद र संघीय संसदका सदस्य वा प्रदेश सभाका सदस्यको अयोग्यता सम्बन्धी विवादको न्यायिक निरोपण गर्ने तथा गम्भीर संवैधानिक व्याख्याको प्रश्न समावेश भएको देखिएको मुद्दामा संविधानको व्याख्या गर्ने कार्यमा यसको जिम्मेवारी र क्षेत्राधिकार रहेको छ ।

१. कानूनको संवैधानिकता परीक्षण अर्थात कानूनको न्यायिक पुनरावलोकन गर्ने

कानूनको संवैधानिकता परीक्षणको अधिकार अन्तर्गत संवैधानिक इजलासलाई आफू समक्ष प्रस्तुत मुद्दामा संघ, प्रदेश र स्थानीय तहले बनाएको निम्न कानूनको परीक्षण गरी बदर घोषित गर्ने अधिकार रहेको छ ।

क) संविधानद्वारा प्रदत्त मौलिक हक उपर अनुचित बन्देज लगाइएको वा अन्य कुनै कारणले कुनै कानून संविधानसँग बाझिएको देखिएमा त्यस्तो कानून वा त्यसको कुनै भाग बदर गर्ने,

---

[29] नेपालको संविधानको धारा १३७ को उपधारा (२)

ख) प्रदेशसभाले बनाएको कुनै कानून संघीय संसदले बनाएको कुनै कानूनसँग बाझिएकोमा त्यस्तो कानून वा त्यसको कुनै भाग बदर गर्ने,

ग) नगरसभा वा गाउँ सभाले बनाएको कुनै कानून संघीय संसद वा प्रदेश सभाले बनाएको कुनै कानूनसँग बाझिएको देखिएकोमा त्यस्तो कानून वा त्यसको कुनै भाग बदर गर्ने ।

यस्ता कानूनहरूको संवैधानिकता परीक्षण गर्ने सम्बन्धमा संवैधानिक इजलासले यस अघि सर्वोच्च अदालतले संवैधानिकता परीक्षण गर्ने सम्बन्धमा गरेका आदेश वा फैसलाहरू र अबलम्बन गरेका सिद्धान्तहरूलाई आधार लिन सक्छ । संसदले बनाएको कानून अदालतले हल्का तरिकाले अवैध घोषित नगर्ने, यस्तो विषयमा सकभर अदालतले आत्मसंयमको सिद्धान्तलाई अपनाउने, समाजमा चाहिने कानूनको ज्ञाता अदालत नभै विधायिका हुने भन्ने सिद्धान्तलाई सर्वोच्च अदालतले धनन्जय ढकालको मुद्दा (ने.का.प. २०६३ अंक ४ नि.न. ७६७८) मा स्थापित गरेको छ । यसैगरी संसदले बनाएको कानून संविधानसँग बाझिएको भन्ने पक्षले अदालतलाई सन्तोषजनक तरिकाले विश्वास दिलाउन सक्नुपर्दछ अन्यथा शंकाको सुबिधा संसद वा कानून बनाउने निकायलाई जान्छ भन्ने मान्यता रहेको छ । (ने.का.प. २०६३ अंक ६ नि.न. ७७०९)

नेपालको संघीय प्रणालीमा प्रदेश तथा स्थानीय तहले पनि संविधानले सूचीकृत गरेका विषयमा कानून बनाउन सक्दछन । यस्ता कानून एकातिर संविधानको कुनै पनि धारासँग बाझिनु हुदैन भने अर्कोतिर संविधानद्धारा प्रदत्त मौलिक हकमा अनुचित बन्देज लगाउने गरी बन्नु संविधान सम्मत हुदैन । साथै प्रदेशले निर्माण गरेको कानून संघीय कानूनसँग र स्थानीय तहले बनाएको कानून संघीय र प्रदेशको कानूनसँग पनि बाझिनु हुदैन । यसरी बाझिएको भनी परेको मुद्दामा संवैधानिक इजलासले त्यस्तो कानूनको संवैधानिकता परीक्षण गर्न र बाझिएको देखिएकोमा बदर समेत गर्न सक्ने अधिकार राख्दछ ।

संघीय, प्रादेशिक र स्थानीय कानूनको न्यायिक पुनरावलोकन गर्नसक्ने र संविधानसँग बाझिएको अवस्थामा त्यस्तो कानून बदर गर्नसक्ने न्यायिक पुनरावलोकनको अधिकार संवैधानिक इजलासलाई प्राप्त छ । संघ, प्रदेशका अलावा ७५३ स्थानीय तहले बनाएका कानून यसै इजलासमा चुनौति दिनुपर्ने बाध्यता संविधानले सृजना गरेको छ । उच्च अदालतलाई मौलिक हकको कार्यान्वयनका लागि रिट क्षेत्राधिकार रहेपनि स्थानीय तहले बनाएको कानूनको न्यायिक पुनरावलोकन गर्न सक्ने अधिकार प्रदान गरिएको छैन । स्थानीय तहको कानून बदरका लागि पनि संवैधानिक इजलासमा नै निवेदन दिनुपर्ने व्यवस्थाले एकातिर सर्वोच्च अदालतको जिम्मेवारी बढ्ने देखिन्छ भने अर्कोतिर हरेक स्थानीय तहको कानून बदरको दावी लिई सर्वोच्च अदालतको संवैधानिक इजलासमा नै आउनुपर्ने कारणले गर्दा न्याय सुलभ रूपमा र छिटो छरितो रूपमा प्राप्त गर्ने कुरा पनि चुनौतिपूर्ण हुने देखिन्छ ।

संविधानले संघ, प्रदेश र स्थानीय तहको अधिकारको अलग अलग सूची निर्धारण गरी सो सूचीका विषयमा कानून बनाउन सक्ने अधिकार प्रदान गरेको छ । सबै तहका सरकारले कानून निर्माण गर्दा संविधानको व्यवस्थाको अनुकूल कानून निर्माण गर्नुपर्ने हुन्छ । तर संघीयताको नयाँ अभ्यास र प्रयोगका क्रममा संविधानको प्रतिकूल वा मौलिक हकको प्रयोगमा अनुचित बन्देज हुने गरी बनेको कानून संवैधानिक इजलासले बदर गर्नसक्छ । न्यायिक पुनरावलोकनको आधारमा संविधानवादको विकास र

कानूनको शासन अभिवृद्धि गर्ने तथा संघीय प्रणालीको सुदृढीकरणमा संवैधानिक इजलासले महत्वपूर्ण भूमिका खेल्नसक्छ। यसैगरी संविधानद्वारा प्रदत्त मौलिक हकको प्रचलन, न्यायिक पुनरावलोकनको सिद्धान्तको कार्यान्वयन गर्ने कुरामा संवैधानिक इजलासका आदेश तथा फैसलाहरू महत्वपूर्ण हुने कुरामा दुईमत हुन सक्दैन।

२. संघीय तहहरू बीच अधिकार क्षेत्रको प्रयोग सम्बन्धी विवाद

संघीय प्रणालीमा संघीय एकाईहरू बीच कानूनी र संवैधानिक विवाद हुने कुरा स्वभाविक मानिन्छ। संघीय मुलुकको अभ्यास र संघीयतामा गरिने अधिकारको विभाजनका कारण यस्तो विवाद उत्पन्न हुने गर्दछ। नेपालको संविधानले संघ र प्रदेश, प्रदेश र प्रदेश, प्रदेश र स्थानीय तह तथा स्थानीय तहहरू बीच अधिकार क्षेत्रको प्रयोगका बारेमा विवाद हुनसक्ने कुरालाई स्वीकार गरेको छ। संघीय एकाईहरू बीच अधिकार क्षेत्रको प्रयोगका क्रममा उत्पन्न हुने विवाद सम्बन्धी मुद्दाको सुरु कारवाही र किनारा संवैधानिक इजलासले गर्ने व्यवस्था छ। हालसालै संघीय एकाईहरूको रूपमा स्थानीय तह, प्रदेशसभा र संघीय प्रतिनिधिसभाको निर्वाचन सम्पन्न भै ति एकाईहरू गठन भएका छन्। संघीय एकाईहरूले अधिकारको प्रयोगका सम्बन्धमा अभ्यास भरखरै शुरु भएको कारण धेरै विषय विवादमा आईसकेका छैनन्। तथापि अधिकारको प्रयोग, स्रोत र साधनको वितरण, जनशक्ति व्यवस्थापन जस्ता विषयहरूले केही विवाद र प्रश्नहरू उठ्न थालेका छन्। प्रदेश तथा स्थानीय तहले कानून निर्माण गर्ने र सो अन्तर्गत आफ्नो अधिकारको प्रयोग गर्ने अभ्यास हुदै जाँदा संघीय तहसँग र अर्को प्रदेश तथा स्थानीय तहसँग कानूनी विवादहरू आउने सम्भावना रहन्छ। यस्ता विवादहरूको सन्तुलित र संवैधानिक समाधान गरी संघीयताको मर्म र भावनालाई संस्थागत गर्ने कार्यमा र संविधानको व्याख्याद्धारा संघीय प्रणालीलाई सुदृढ गर्ने कार्यमा पनि संवैधानिक इजलासको भूमिका रहने देखिन्छ।

संघीय राज्यमा अधिकार क्षेत्रको विषयमा संघीय ईकाईहरू बीच उत्पन्न हुने कानूनी विवादहरूको निरोपणमा न्यायपालिकाको महत्वपूर्ण भूमिका रहेको देखिन्छ। भारत, अमेरिका, जर्मनी, अष्ट्रेलिया जस्ता देशमा यस्ता विवादको समाधान गरी संघ र प्रदेश तथा प्रदेश प्रदेश बीच सन्तुलन कायम गरी संघीयताको मर्म र भावनाको विकास तथा सहअस्तित्व र सहकारिताको विकासमा अदालतले महत्वपूर्ण भूमिका निर्वाह गरेको पाइन्छ। नेपालको संविधान अनुसार संघीय मुद्दाको कारवाही र किनारा गर्ने अधिकार क्षेत्र संवैधानिक इजलासको हुने हुँदा यस्ता विवादको समाधानमा संवैधानिक इजलासको भूमिका महत्वपूर्ण हुन्छ। संघीयताको कार्यान्वयनका क्रममा यस्ता विषयहरू विवादको रूपमा संवैधानिक इजलासमा आउने कुरा निश्चित छ र केही विवादहरू आईपनि सकेका छन। यस्ता विवादको निरोपणमा संघीय राज्यले अबलम्बन गरेका मान्यता र सिद्धान्तहरू संवैधानिक इजलासका लागि सान्दर्भिक हुन सक्दछन भने संविधानले संघीयताका सम्बन्धमा गरेको प्रबन्ध, अधिकारको बाँडफाड र सूचीको सिमा जस्ता विषय पनि महत्वपूर्ण आधार हुन सक्दछन। यसका अलावा सर्वोच्च अदालतको संवैधानिक इजलासमा रहने माननीय न्यायाधीशहरूको संघीयता सम्बन्धी अध्ययन, विषयवस्तुको ज्ञान र दक्षताका अलावा सो इजलासमा वहस गर्ने सरकारी तथा प्रतिरक्षी कानून व्यवसायीको अध्ययन, प्रस्तुत गरिने वहस र तर्कको पनि उत्तिकै महत्व रहन्छ।

संघीय देशहरूले अबलम्बन गरेका संविधानको व्याख्या सम्बन्धी सिद्धान्त तथा संघीय विवादका सम्बन्धमा गरेका असल अभ्यासहरू पनि संवैधानिक इजलासका लागि सान्दर्भिक हुन सक्दछन। अमेरिकामा McCulloch v. Maryland 17 US 316 - 1819 को मुद्दामा सर्वोच्च अदालतले राज्य र संघको कानूनबीच द्वन्द्व भएकोमा आवश्यक र उपयुक्त (Necessary and proper clause) को सिद्धान्तका आधारमा कंग्रेसले बनाएको कानूनले संवैधानिक अधिकार प्राप्त गर्दछ र राज्यको कानूनले त्यसमा सहज बाटो प्रदान गर्नुपर्दछ भनी व्याख्या गरेको छ। United States v. Morrison, 529 U.S. 598 (2000) को मुद्दामा सर्वोच्च अदालतले कंग्रेसले बनाएको महिला विरुद्धको हिंसाजन्य कसूर ऐन, १९९४ लाई बदर गर्दै यो विषय राज्यको फैजदारी कानून बनाउने अधिकार क्षेत्रभित्र पर्ने व्याख्या गरेको पाइन्छ।

भारतको सर्वोच्च अदालतले संघ र राज्यको अधिकारको सूचीका विषयमा Principle of pith and substance को सिद्धान्त प्रतिपादन गरेको छ। यसमा बम्बै राज्यले बनाएको Bombay Prohibition Act, 1949 ले मादक पदार्थ बिक्री र जम्मा गर्ने कार्य निषेध गरेकोमा संघको भन्सार सम्बन्धी अधिकारमा अतिक्रमण गरेको भनी प्रश्न उठाईएकोमा pith & substance राज्यको अधिकार सूचीको ८ नं मा पर्ने र संघको सूचीको ४१ अन्तर्गत नपर्ने भनी सो कानूनलाई बैधता दिने गरी व्याख्या गरेको पाइन्छ।[30]

३. निर्वाचन तथा संसद र प्रदेश सभा सदस्यको अयोग्यता सम्बन्धी विवाद

संघीय संसद वा प्रदेश सभा सदस्यको निर्वाचन सम्बन्धी विवाद र संघीय संसदका सदस्य वा प्रदेश सभाका सदस्यको अयोग्यता सम्बन्धी मुद्दा संवैधानिक इजलासले सुरु कारवाही र किनारा गर्ने क्षेत्राधिकार संविधानले प्रदान गरेको छ। यस अन्तर्गत गत बर्ष सम्पन्न प्रदेश सभा र संघीय प्रतिनिधि सभाको निर्वाचनलाई चुनौति दिई केही मुद्दाहरू संवैधानिक इजलासमा दायर भै विचाराधिन रहेका छन। यस्ता विवादको कानूनी र संवैधानिक आधारमा न्यायिक समाधान गर्ने कुरामा संबैधानिक इजलासबाट हुने आदेश वा फैसलाले निर्वाचन कानूनको व्याख्या र निर्वाचनलाई स्वच्छ र निष्पक्ष बनाउने कार्यमा महत्वपूर्ण भूमिका रहने देखिन्छ। संघीय संसद वा प्रदेश सभा सदस्यको निर्वाचन सम्बन्धी विवाद र संघीय संसदका सदस्य वा प्रदेश सभाका सदस्यको अयोग्यता सम्बन्धी मुद्दा हेर्ने क्षेत्राधिकार संवैधानिक इजलासलाई रहेको छ। विगतमा संविधानसभाको निर्वाचनको क्रममा यस्ता विवादको कारवाही गर्ने अधिकार संविधानसभा अदालतलाई दिईएको थियो। संघीय संसद वा प्रदेश सभाको निर्वाचनको स्वच्छता र निष्पक्षताको लागि र सदस्यको योग्यता कायम गर्ने कार्यमा यसले महत्वपूर्ण भूमिका निर्वाह गर्नसक्ने देखिन्छ। निर्वाचन सम्बन्धी विवादहरूको न्यायिक समाधान र निर्वाचन सम्बन्धी कानूनको व्याख्या गर्ने जिम्मेवारी यस अदालतलाई रहेको हुँदा निर्वाचन सम्बन्धी बिधिशास्त्रको विकास र लोकतन्त्रका मूल्य मान्यतालाई स्थापित गर्ने कार्यमा संवैधानिक इजलासको महत्वपूर्ण भूमिका हुने देखिन्छ। यसका लागि विगतमा संविधानसभा अदालतले संविधान सभाको निर्वाचन सम्बन्धमा गरेको व्याख्या र प्रतिपादन गरेका सिद्धान्त, विगतमा सर्वोच्च अदालतले यस्ता विवाद वा प्रश्नमा गरेको व्याख्या पनि सान्दर्भिक हुन सक्दछन्।

---

[30] *State of Bombay v. FN Balsera* AIR 1951 sc 318

यद्यपि संवैधानिक इजलासको स्वरूप, यसले गर्ने निर्णय वा आदेश अन्तिम हुने व्यवस्था जस्ता कारण प्रदेश सभा र संघीय प्रतिनिधिसभाको निर्वाचनका विषयहरू संवैधानिक इजलासले शुरु कारवाही गर्ने क्षेत्राधिकार प्रदान गर्नु संवैधानिक दृष्टिले कति उपयुक्त र व्यवहारिक हुने भन्ने प्रश्न गर्न सकिन्छ। संविधानको व्याख्या गर्ने, संघीय विवादमा संविधानले सूचीकृत गरेको अधिकारको सूचीको व्याख्या गर्ने, न्यायिक पुनरावलोकनको आधारमा संघीय एकाईहरूले बनाएका कानूनको संवैधानिकता परीक्षण गरी संविधान प्रतिकूल देखिएमा बदर समेत गर्नसक्ने जस्ता महत्वपूर्ण जिम्मेवारी रहेको विशेषज्ञ इजलासलाई नै निर्वाचन सम्बन्धी उजूरी हेर्ने र त्यस्ता उजूरीको शुरु कारवाही गर्ने अधिकारले यो इजलासको महत्व र प्रभावकारितालाई पनि कमजोर बनाउन सक्ने देखिन्छ। सर्वोच्च अदालतलाई आफैमा कुनै उजुरी वा मुद्दाको शुरु कारवाही गर्ने अधिकार दिदा सो उपर पुनरावेदन गर्न पाउने अवस्था पनि रहदैन। कतिपय अवस्थामा सुरु कारवाही गर्दा सर्वोच्च अदालतको संवैधानिक इजलासले प्रमाण परीक्षण गर्ने, कागजात झिकाउने, साक्षी परीक्षण गर्ने जस्ता कार्य गर्नुपर्ने अवस्था पनि पर्न सक्छ। साथै यस इजलासको अन्य महत्वपूर्ण कार्यले गर्दा निर्वाचन सम्बन्धी विवादको टुंगो लाग्न समय बढी लाग्न सक्छ। यसमा पुनरावलोकन गरी उच्च अदालतलाई निर्वाचन सम्बन्धी विवाद हेर्ने अधिकार दिनु उपयुक्त र मुद्दाका पक्षका लागि पनि सहज पहुँच हुने देखिन्छ।

४. प्रधान न्यायाधीशले तोकेको मुद्दा

सर्वोच्च अदालतमा विचाराधीन कुनै मुद्दामा गम्भीर संवैधानिक व्याख्याको प्रश्न समावेश भएको देखिएमा त्यस्तो मुद्दा संवैधानिक इजलासबाट हेर्ने गरी प्रधान न्यायाधीशले तोकेकोमा त्यस्तो मुद्दा। यस बाहेक सर्वोच्च अदालतको विशेष इजलासमा विचाराधिन रहेका मुद्दा समेत संवैधानिक इजलास गठन भएपछि यसै इजलासबाट सुनुवाई हुने नियमावलीमा व्यवस्था गरिए अनुरूप सर्वोच्च अदालतको विशेष इजलाशमा विचाराधिन रहेको सम्पूर्ण मुद्दाहरू संवैधानिक इजलासबाट सुनुवाई हुने गरी सारिएको छ। गम्भीर संवैधानिक व्याख्याको प्रश्न समावेश भएको देखिएको मुद्दामा संवैधानिक इजलासबाट सुनुवाई हुन आवश्यक देखिएकोमा त्यस्तो मुद्दा प्रधान न्यायाधीशले संवैधानिक इजलासबाट हेर्ने गरी तोक्न सक्ने व्यवस्था रहेको छ। यसरी तोकिएको मुद्दामा संवैधानिक इजलासले संविधानको व्याख्या गर्ने भूमिका खेल्न सक्ने देखिन्छ। सरकार वादी फौजदारी मुद्दा फिर्ता लिने सम्बन्धी नेपाल सरकारको निर्णय र सो निर्णयका आधारमा दायर भएका सरकार वादी फौजदारी मुद्दा फिर्ता गर्ने मिति २०६८।११।१५ को निर्णय विरुद्ध अधिवक्ता माधवकुमार बस्नेत समेतले दायर गरेको रिटमा कानूनी प्रश्नको व्याख्या समेतका लागि संवैधानिक इजलासमा पेश गरी सो इजलासले कानूनी व्याख्या गरेको छ। [31]

५. संवैधानिक इजलासको अधिकार क्षेत्रको प्रयोग

संवैधानिक इजलासको अधिकार क्षेत्रको प्रयोग प्रधान न्यायाधीश सहित इजलासका सबै न्यायाधीशहरूबाट सामुहिक रूपमा गरिन्छ। इजलाशबाट आदेश वा फैसला हुँदा कुनै न्यायाधीशले आफ्नो छुट्टै राय व्यक्त गर्न सक्छन। आदेश वा फैसलामा एकमत कायम हुन नसकेमा बहुमत न्यायाधीशको रायलाई इजलासको निर्णय मानिन्छ।[32] संवैधानिक इजलासको निर्णय अन्तिम हुन्छ र

---

31 ने.का.प. २०७५ संवैधानिक ईजलास खण्ड, अंक १ नि.न. ०००३, ०००४, ०००५, (२०६७ सालको रिट न. Wo-११४८, ०६८ WO- ०८१५)

32 सर्वोच्च अदालत (संवैधानिक ईजलास सन्चालन नियमावली, २०७२ नियम ४

यसको आदेश वा फैसला उपर पुनरावलोकन वा मुद्दा दोहोऱ्याई हेर्न निवेदन लाग्न सक्दैन । संवैधानिक इजलास सम्बन्धी नियमावलीले निवेदनको प्रारम्भिक सुनुवाई गर्न पनि पाँचै जना न्यायाधीशको इजलास बस्नुपर्ने व्यवस्था गरेको छ । यसबाट इजलासमा परेका निवेदन वा मुद्दामा प्रत्यर्थीलाई झिकाउन वा कारण देखाउ आदेश गर्न पनि संवैधानिक इजलास नै बस्नुपर्ने हुन्छ । एक जना न्यायाधीशको अनुपस्थितिमा पनि इजलास लाग्न सक्ने अवस्था छैन । लामो समय सम्म संबेधानिक इजलास गठन हुन नसकी मुद्दाको सुनुवाई हुन नसकेको र मुद्दाका पक्षहरूले हैरानी व्यहोर्नुपरेको विगतको अनुभव रहेको छ । संविधानले निर्धारित गरेको कुराहरूमा प्रतिकुल नहुने गरी यस्ता समस्याहरूलाई समाधान गर्ने गरी नियमावलीमा पुनरावलोकन गर्न सकेमा मुद्दाको कारवाहीलाई छिटो छरितो बनाउन सक्ने देखिन्छ ।

६. संवैधानिक इजलासका केही महत्वपूर्ण फैसलाहरू

संघीय विवादको सुरु कारवाही गर्ने अधिकार संवैधानिक इजलासलाई रहेपनि संविधान अनुसार संघ र प्रदेशको गठन भै नसकेको र देश सक्रमणकालमा रहेको हुँदा यस्ता प्रकृतिका विवादहरू संवैधानिक इजलासमा हालसम्म दायर भएका छैनन । संघीयताको कार्यान्वयन भै संघ, प्रदेश र स्थानीय तहको निर्वाचन पश्चात ति संस्थाको गठन भएपछि संविधान अनुसार ती तहबाट अधिकारको प्रयोग हुने र अधिकारको बारेमा संघीय ईकाईहरूका बीचमा विवाद उत्पन्न हुन सक्दछ । तत्पश्चात त्यस्ता कानूनी संघीय विवादहरू संवैधानिक इजलासमा आउने अवस्था रहन्छ । तर संविधानसँग कानून बाझिएका भनी संविधान जारी भएपछि दायर भएका र यो इजलास गठन हुनु पूर्व सर्वोच्च अदालतमा दायर भै विशेष इजलासमा विचाराधिन रहेका मुद्दाहरू नियमावलीमा भएको कानूनी व्यवस्था अनुसार यस इजलासमा सरेका छन । ति मुद्दा मध्ये केही मुद्दामा संवैधानिक इजलासले अन्तिम फैसला गरेको छ ।

६.१. गणेशराज राई वि. प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद कार्यालय समेत[33]

मिति २०७२।०९।१७ मा प्रस्तुत मुद्दाको फैसला भएको हुँदा संवैधानिक इजलासले सुनुवाई गरी फैसला गरेको यो पहिलो मुद्दा हो । यसमा प्रहरी नियमावली २०७१ को नियम १४०(१) मा गरिएको प्रहरी कर्मचारीको नोकरी अवधि गणना गर्दा प्रहरी सेवाको कुनै पनि पदमा गरिएको स्थायी नोकरी समेत जोडी गणना गरिने भन्ने व्यवस्था नेपालको संविधानको धारा १८ मा उल्लेखित समानताको हकको विपरित भएकोले धारा १३३ को उपधारा (१) बमाजिम बदर गरी पाँउ भन्ने निवेदकहरूको दावी रहेको थियो । संवैधानिक इजलासले एकमतको रायले प्रहरी नियमावली, २०७१ को नियम १४० को उपनियम (१) को व्यवस्था प्रहरी सेवामा कार्यरत सवै प्रहरीहरूको लागि लागू हुने व्यवस्था भएकोले कुनैपनि आधारमा भेदभाव गर्ने खालको नदेखिएको र धारा १८ को व्यवस्थासँग बाझिने गरी बनेको भन्न नसकिने भनी रिट निवेदन खारेज हुने ठहर गरेको छ । साथै यस मुद्दामा संवैधानिक इजलासले प्रहरीको योग्यता, छनौट प्रक्रिया, अवकाश, सेवाको गणना जस्ता विषय सेवा सम्बन्धी कानूनको सारभूत व्यवस्था भएकोले प्रहरी ऐनको निश्चित अधिकार अन्तर्गत बाहेक प्रत्यायोजित विधायनको अंश बनाउन समेत नमिल्ने भन्दै सेवाशर्त सम्बन्धी सारवान व्यवस्था ऐनमा नै समावेश गर्न सरकारको नाममा निर्देशनात्मक आदेश दिएको छ ।

---

[33] ने.का.प. संवैधानिक ईजलास खण्ड २०७५, अंक १, नि.न. ०००१

६.२. सावित्री श्रेष्ठ वि. प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषदको कार्यालय समेत[34]

गणेश कुमार श्रेष्ठको जाहेरीले वादी नेपाल सरकार प्रतिवादी बालकृष्ण ढुंगेल समेत भएको ओखलढुङ्गा जिल्ला अदालतमा दायर कर्तव्य ज्यान मुद्दामा सर्वोच्च अदालतबाट बालकृष्ण ढुंगेललाई सर्वस्व सहित जन्मकैद गर्ने शुरु फैसला सदर भएकोमा सो फैसला बमोजिम कैद भुक्तान गर्न कारागार पठाउनुपर्नेमा मिति २०६८।७।२२ मा नेपाल सरकार मन्त्रिपरिषदले निजलाई माफी मिनाहाका लागि सम्माननीय राष्टपति समक्ष सिफारिस गर्ने निर्णय गरेको हुँदा सो निर्णयले पीडितको न्याय पाउने हकबाट बन्चित हुनुपरेको र अदालतको फैसलाको उपहास गरी कानूनको शासनको प्रतिकूल भएकोले सो सिफारिस बदर गरी पाँउ भन्ने मिति २०६८।८।४ मा दायर रिट निवेदनमा सुनुवाई हुँदा अन्तरिम संविधान खारेज भै नेपालको संविधान जारी भै सकेको थियो। वर्तमान संविधानको धारा २७६ ले राष्ट्रपतिले मन्त्रिपरिषदको सिफारिसमा अदालत वा न्यायिक निकायले गरेको सजायलाई कानून बमोजिम माफी, मुलतवी, परिर्वतन वा कम गर्नसक्नेछ भन्ने व्यवस्था गरेको सन्दर्भमा के कस्तो कसूरमा माफी दिन मिल्ने हो र के कस्तो कसूरमा माफी दिन नमिल्ने हो भन्ने स्पष्ट व्यवस्था सहितको कानून बन्नुपर्ने र के कस्तो अवस्था र परिस्थितिमा माफीको लागि कारवाही चलाउन पाउने हो भन्ने आधारहरू पनि कानूनमा नै व्यवस्थित हुनपर्ने व्याख्या गर्दै माफी मिनाहा दिने गरी भएको मन्त्रिपरिषदको सिफारिस बदर गर्ने आदेश संवैधानिक इजलासबाट भएको छ।

संवैधानिक इजलासको यो फैसलाले माफी मिनाहा दिने विषयमा मन्त्रिपरिषदले निर्णय गर्दा कानून र न्यायका मान्य सिद्धान्त भन्दा बाहिर गएर खोज्न नमिल्ने भन्दै अदालतको फैसला स्वीकार गरी आत्मसमर्पण नगर्ने व्यक्तिका हकमा कानून बनाएर समेत राज्यले माफीको कारवाही अघि बढाउन नमिल्ने व्याख्या गरेको छ। संविधानको धारा २७६ अनुसार माफी दिने सम्बन्धमा कानून निर्माण गर्दा संवैधानिक इजलासको यो फैसला संसद तथा सरकारलाई महत्वपूर्ण आधार हुने देखिन्छ।

६.३.अमृत प्रसाद श्रेष्ठ वि. कानून, न्याय तथा संसदीय मामिला मन्त्रालय समेत[35]

फौजदारी अभियोग लगाई सवै व्यक्ति कसूरदार नहुने र पुर्पक्षका लागि थुनामा बसेकोमा वा तल्लो तहको फैसलाले कसूर ठहर भएकोमा माथिल्लो तहको अदालतबाट सफाई पाएकोमा थुनामुक्त भएपनि थुनामा बस्दाको अवधिको राज्यका तर्फबाट उचित क्षतिपूर्ति पाउने व्यवस्था नभएकोले सो सम्बन्धी व्यवस्थाका लागि कानून निर्माण गरी लागू गर्न सरकारका नाममा आदेश जारी गरी पाउन र सरकारी मुद्दा सम्बन्धी ऐन, २०४९ को दफा १३, १४, १५, १९, २० र २१ अन्तरिम संविधानको धारा १४,१५ र १८ सँग बाझिएकोले बदर गर्न माग गरी दायर भएको प्रस्तुत रिटमा संवैधानिक इजलासले सरकारी मुद्दा सम्बन्धी ऐन, २०४९ को दफा १३, १४, १५, १९, २० र २१ फौजदारी कानूनको उल्लङ्घन गरी अपराधजन्य कार्य गरेकोमा लागू हुने देखिएको र मौलिक हकको हवाला दिई आपराधिक दायित्वबाट उन्मुक्ति लिन नसक्ने आधारमा अन्तरिम संविधानको धारा १४, १५ र १८ सँग बाझिएको नदेखिएको भनी निवेदन माग बमोजिम बदर गर्नु नपर्ने फैसला गरेको छ।

---

[34] ने.का.प. संवैधानिक ईजलास खण्ड २०७५, अंक १, नि.न. ०००२ (२०६७ -WO- ११४८)

[35] ने.का.प. संवैधानिक ईजलास खण्ड २०७५, अंक १, नि.न. ०००६

यसै रिटमा सरकारी मुद्दा सम्बन्धी ऐन, २०४९ को अनुसूची १ मा सूचीवद्ध नेपाल सरकार वादी हुने फौजदारी मुद्दा वा नेपाल सरकार वादी हुने अन्य मुद्दाको कसूरका सम्बन्धमा जानीजानी वा पूर्वाग्रह पीडित भै देखादेखी गलत अनुसन्धान वा अनुचित अभियोजनका कारण आरोपित व्यक्ति थुनामा बस्नु पर्ने भै थुनामा रहेको तर मुद्दामा अन्तिम निर्णय हुँदा सफाई पाएको अवस्थामा त्यसरी थुनामा परेको अवधिको राज्यद्वारा न्यायोचित क्षतिपूर्ति सहितको कानून निर्माण गर्नु भनी सरकारका नाममा निर्देशनात्मक आदेश संवैधानिक इजलासले जारी गरेको छ ।

कुनै पनि व्यक्ति अपराधको अनुसन्धानका लागि थुनामा बस्नुपरेको वा अदालतको आदेशले मुद्दाको पुर्पक्षको कारवाहीका क्रममा वा फैसलाले थुनामा रहेकोमा अन्तिम फैसला हुँदा सफाई पाई थुना मुक्त भएपनि थुनामा बसेको अवधिको लागि क्षतिपूर्ति पाउने कानूनी व्यवस्थाको अभाव रहेको र त्यसरी थुनामुक्त हुनेले राज्यबाट कुनै सहायता वा क्षतिपूर्ति पाउन नसकिरहेकोमा यो फैसलाले त्यस्तो कानून आवश्यक रहेको र राज्यले कानून बनाउनुपर्ने निर्देशन गरेको देखिन्छ ।

६.४.चन्द्रकान्त ज्ञवाली वि. अध्यक्ष मन्त्रिपरिषद् समेत[36]

सर्वोच्च अदालतको बहालवाला प्रधान न्यायाधीशलाई मन्त्रिपरिषदको अध्यक्ष बनाउने गरी २०६९।१२।०१ मा जारी २४ बुँदे बाधा अड्काउ फुकाउने आदेश शक्ति पृथकीकरण, संवैधानिक सर्वोच्चता, संविधानवाद, न्यायिक स्वतन्त्रताको सिद्धान्त प्रतिकूल रहेको हुँदा बदर गरी पाउन प्रस्तुत रिट दायर भएको थियो । यो रिटमा संवैधानिक इजलासबाट सुनुवाई भै फैसला भएको थियो । रिट निवेदनमा उठाइएका विषयवस्तुको प्रयोजन समाप्त भएको, अन्तरिम संविधान प्रतिस्थापन भै नेपालको संविधान जारी भएको र सो संविधानको व्यवस्था कार्यान्वयन भै गठन भएको संवैधानिक इजलासले कालातित भैसकेको बाधा अड्काउ फुकाउने आदेश र सो अन्तर्गत भै सकेका कार्य बदर गर्नुको सान्दर्भिकता नभएको भन्दै रिट खारेज गर्ने संवैधानिक इजलासले फैसला गरेको छ । रिटको प्रयोजन नरहेको आधारमा रिट खारेज गर्ने विषयमा संवैधानिक इजलासका पाँचै जना न्यायाधीशका बीचमा मतान्तर नरहेपनि भविष्यमा प्रधान न्यायाधीशलाई मन्त्रिपरिषद्को अध्यक्ष बनाउने जस्तो कुनै किसिमको अभ्यास स्पष्ट संवैधानिक व्यवस्था बेगर फेरी दोहोरिन नपाउने गरी गर्ने गराउन र त्यसतर्फ सचेत रहन निर्देशन सहित विपक्षीका नाममा आदेश जारी गर्ने भन्ने विषयमा भने संवैधानिक इजलासमा राय बाझिएको देखिन्छ ।

६.५ अधिवक्ता प्रकाशमणि शर्मा समेत वि. प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय समेत [37]

सरकारी मुद्दा सम्बन्धी ऐन, २०४९ को दफा २९(१) को मुद्दा फिर्ता लिने सम्बन्धी व्यवस्था संविधानसँग बाझिएको भनी दायर प्रस्तुत रिटमा संवैधानिक इजलासले उक्त व्यवस्थाका सम्बन्धमा पटक पटक संवैधानिकता परीक्षण भै बैध मानिएको भन्दै राज्यले निश्चित र उचित आधारमा गलत अनुसन्धान र अभियोजनको परिणाम रोक्न तथा राज्यलाई कतिपय न्यायोचित र बाञ्छित अबस्थामा समेत मुद्दा फिर्ता लिनुपर्ने अवस्था आउन सक्ने हुँदा सो व्यवस्था संविधान विपरित नहुने भनी व्याख्या गरेको छ । यस मुद्दामा संवैधानिक इजलासले कुनैपनि कानून संविधानसँग बाझिएको वा मौलिक हक उपर सो

---

36 ने.का.प. संवैधानिक ईजलास खण्ड २०७५, अंक १, नि.न. ०००७ (०६९- WO- ०९७६)

37 ने.का.प. संवैधानिक ईजलास खण्ड २०७५, अंक १, नि.न. ०००३

व्यवस्थाले अनुचित बन्देज लगाएको प्रष्ट देखिनुपर्ने सिद्धान्त स्थापित गरेको छ। सरकार वादी फौजदारी मुद्दा फिर्ता लिनसक्ने कानूनी व्यवस्था कतिपय अवस्थामा आवश्यक र औचित्यपूर्ण हुने कुरालाई पनि इजलासले मान्यता दिएको छ। तथापि यस्तो कानूनी व्यवस्थाको प्रयोग र पालना स्वेच्छाचारी रूपमा हुन नहुने र भएकोमा पुनरावलोकन हुनसक्ने कुरालाई इजलासले खुला राखेको देखिन्छ।

६.६ अधिवक्ता माधवकुमार बस्नेत वि. प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय समेत [38]

नेपाल सरकारले मिति २०६८।११।१५ मा विभिन्न अदालतमा विचाराधिन ३६७ जनाको ३९ थान फौजदारी मुद्दा फिर्ता लिने गरी भएको निर्णय बदर गर्न परेको रिटमा संवैधानिक इजलासले सो नेपाल सरकारको निर्णय उत्प्रेषणको आदेशले बदर गरेको छ। मुद्दा फिर्ता गर्ने निर्णयको सन्दर्भमा सरकारी मुद्दा सम्बन्धी ऐन, २०४९ को दफा २९ को बृहत व्याख्या गर्दै मुद्दा फिर्ता लिने प्रक्रिया न्यायिक मार्गको विचलन वा विमुखकारी हुनुहुदैन र यो न्यायपूर्ण, स्वच्छ, पारदर्शी रूपमा गरिएको हुनुपर्छ भन्ने सिद्धान्त स्थापना गरेको छ। मुद्दा फिर्ता लिदाँ कानूनको शासनमा पर्ने असर तथा दण्डहिनतामा हुने वृद्धि जस्ता कुरालाई ध्यान दिनुपर्ने तर्फ पनि इजलासले सरकारलाई ध्यानाकर्षण गराउदै मुद्दा फिर्तालाई अपवादजनक अवस्थामा मात्र प्रयोग हुनुपर्ने र अपराधी मुक्त गर्ने परिणामको रूपमा देखिनु हुदैन भनेको छ।

७. निष्कर्ष

संघीय मुलुकमा संघीय तहका सरकार बीच अधिकार क्षेत्रका विषय लगायत राज्यको स्रोत साधनको प्रयोग लगायतका विषयमा उत्पन्न विवादको निरोपणका लागि सर्वोच्च अदालत वा संवैधानिक अदालतलाई अधिकार क्षेत्र प्रदान गर्ने गरेको अभ्यास देखिन्छ। कतिपय देशले अलगै संवैधानिक अदालत स्थापना गरेका छन भने कतिपय देशमा सर्वोच्च वा उच्च अदालतलाई यस्तो क्षेत्राधिकार रहेको छ। नेपालको सन्दर्भमा संविधानसभामा संविधान निर्माणको क्रममा अलगै संवैधानिक अदालत स्थापना गर्नुपर्ने अवधारणाले प्रवेश पाएपनि संविधान जारी हुँदा सर्वोच्च अदालतको प्रधान न्यायाधीश सहित अन्य ४ जना न्यायाधीश रहने संवैधानिक इजलासलाई संघीय विवाद लगायत संघ प्रदेश र स्थानीय तहको कानूनको संवैधानिकता परीक्षण गर्ने समेतको न्यायिक पुनरावलोकनको अधिकार रहने व्यवस्था गरियो। यो इजलासलाई संघीय संसद र प्रदेश सभा सदस्यको निर्वाचन सम्बन्धी विवाद र सदस्यका अयोग्यता सम्बन्धी विवाद हेर्ने समेत क्षेत्राधिकार रहेको छ। संघीयता कार्यान्वयन गर्ने क्रममा यसले ल्याउने जटिलताका कारण संघीय विवादहरू सर्वोच्च अदालतको संवैधानिक इजलासमा पुग्ने अवस्था रहन्छ। संघीय संरचनामा हुने अधिकारको प्रयोगको विषयमा उत्पन्न विवादको न्यायोचित समाधान गरी संघ, प्रदेश र स्थानीय तहका अधिकार बीच सन्तुलन कायम गर्ने विषय पक्कै पनि चुनौतिपूर्ण छ। संघीयताको अभ्यास हाम्रो सन्दर्भमा नयाँ रहेको र संघीय ईकाईहरूले अधिकारको प्रयोगमा अवलम्बन गर्ने नीति तथा कानून निर्माण र कार्यान्वयनमा देखिने फरक दृष्टिकोणले पनि यसमा जटिलता आउने र विवाद हुने अवस्था देखिन्छ। यस्ता सबै प्रकारका विवादको सन्तुलित समाधान गरी संघीयताको संस्थागत विकास गर्ने तथा संघ, प्रदेश र स्थानीय तहका सरकारलाई संवैधानिक र कानूनी सीमाभित्र रही कानूनको शासन, संघीयताका मुलभूत सिद्धान्त र संविधानवादको मान्यता विकास गर्नसक्ने बनाउन पनि इजलासले न्यायिक निर्णय मार्फत महत्वपूर्ण भूमिका निर्वाह गर्नसक्छ। यसैगरी संविधानको रचनात्मक व्याख्या गर्ने, संघीयता र अधिकारको विभाजनमा संविधानले गरेको प्रबन्धको संघीयताका

[38] ने.का.प. संवैधानिक ईजलास खण्ड २०७५, अंक १, नि.न. ०००४

आधारभूत सिद्धान्त र नेपालको परिवेशका आधारमा व्याख्या गर्ने कार्यमा संवैधानिक इजलासको महत्वपूर्ण भूमिका रहने अपेक्षा गर्न सकिन्छ ।

संविधानको व्याख्याका सम्बन्धमा र कानूनको संवैधानिकता परीक्षणका सम्बन्धमा विगतमा सर्वोच्च अदालतले गरेका व्याख्या तथा प्रतिपादन गरेका सिद्धान्तहरू र संघीय मुलुकका अदालतले अबलम्बन गरेका न्यायिक दृष्टिकोणहरू पनि विशेषत संघीय विवाद निरूपणमा संवैधानिक इजलासका लागि महत्वपूर्ण श्रोत र आधार हुन सक्दछन । संघीयताको अभ्यास भर्खरै आरम्भ भएको र अभ्यासमा परिपक्वता नआईसकेको सन्दर्भमा सवै तहका सरकारले संविधानको सीमा र कानूनको परिधि भित्र रही कार्य गर्ने सस्कारको विकास गर्न सकेमा र सहअस्तित्व, समन्वय र सहकारिताको सिद्धान्तको संघीय एकाईहरूले अबलम्बन गरेमा पनि यस्ता विवादहरू कम हुने अवस्था रहन्छ । संवैधानिक इजलासले संघीय विवादको निरूपण गर्दा संघीयताको सम्बन्धमा गर्ने व्याख्या तथा अधिकारको सूचीका सम्बन्धमा गर्ने व्याख्याले संघीयताको प्रयोग र अभ्यासलाई प्रभावकारी बनाउन र संघीय एकाईलाई संघीयताको अभ्यास गर्न मदत पुग्ने अपेक्षा गर्न सकिन्छ भने कानूनको न्यायिक पुनरावलोकन गर्ने कार्यमा पनि यस इजलासको भूमिका महत्वपूर्ण रहन्छ । संविधानको अन्तिम व्याख्या गर्ने अधिकार सर्वोच्च अदालतलाई रहेको छ । संविधानको व्याख्या सम्बन्धी मुद्दाहरू, संविधान संशोधनका विषयहरू, संविधानसँग बाझिएका भनी दायर हुने तीनै तहका विधायिकी तहले बनाएका कानूनहरूको संवैधानिकता परीक्षण गर्ने अधिकार रहेको यस इजलासको व्याख्या संविधानवाद तथा संवैधानिक कानूनको विकासमा महत्वपूर्ण हुने कुरामा दुईमत हुन सक्दैन । संविधानको व्याख्याको प्रश्न समावेश मुद्दा तथा संघीय विवादको समाधान गर्ने जस्ता व्याख्या सम्बन्धी मुद्दा यस इजलासमा आईसकेका छैनन । तसर्थ संवैधानिक इजलास र यसको प्रभावकारिता मुल्याङ्कन गर्ने समय अझै भै सकेको छैन । तथापि यस इजलासले गरेका केही फैसला र आदेशका आधारमा यसले सकारात्मक संकेतहरू दिएको छ । सजाय माफी सम्बन्धी विषय, मुद्दा फिर्ता लिने कानूनको आवश्यकता सम्बन्धी व्याख्या, क्षतिपूर्ति सम्बन्धी कानून निर्माणको आदेश, प्रहरी संगठनको सेवा शर्त सम्बन्धी कानून निर्माण गर्ने जस्ता आदेश उल्लेखनीय उदाहरण मान्न सकिन्छ ।

सुरुका दिनमा यसको गठन लगायतका विषयमा केही कठिनाईहरू देखिएका थिए । लामो समय इजलास गठन हुन नसकेको कारण इजलासमा विचाराधिन मुद्दाहरूमा सुनुवाई हुन नसकेको, पक्षहरूले अनावश्यक हैरानी व्यहोर्नु परेको स्वयं सर्वोच्च अदालतको पूर्ण इजलासले यसको गठन छिटो गर्न परमादेश नै जारी गर्नु परेको अवस्था, मुद्दाको सुनुवाईमा गति आउन नसकेको अवस्था, निर्वाचनका विवाद तथा स्थानीय तहको कानूनको पुनरावलोकन गर्ने क्षेत्राधिकारका कारण यस्ता विषय पनि इजलासले हेर्नुपर्ने अवस्था, सवै मुद्दामा प्रारम्भिक सुनुवाईका लागि पनि प्रधान न्यायाधीश सहित पाँचै जना न्यायाधीशको इजलास बस्नुपर्ने कानूनी व्यवस्था जस्ता केही विषयले इजलासको काममा जटिलता देखिएको भन्न सकिन्छ । तथापि यी विषयहरू सम्बोधन हुन नसक्ने विषय अवश्य होइनन । संवैधानिक इजलास निसन्देह संविधानको अन्तिम व्याख्या गर्ने तथा संघ, प्रदेश र स्थानीय तह बीच उत्पन्न हुने संघीय विवादको मध्यस्थ अदालत पनि हो । यसमा आउने विवादको समाधान गर्न गरिने संविधान र कानूनको व्याख्याले वर्तमान संविधानलाई जीवन्त बनाउने र संवैधानिक कानूनको व्याख्या गरी संघीयतालाई बलियो र सुदृढ बनाउने दिशामा योगदान दिन सक्ने देखिन्छ । यसैमा संवैधानिक इजलासको प्रभावकारिता र महत्व रहन्छ ।

नागरिकता सम्बन्धी संवैधानिक तथा कानूनी व्यवस्था

✍ लोकराज पराजुली[♦]

१. विषय प्रवेश

कुनै पनि व्यक्ति राज्यविहीन र नागरिकता विहीन हुनु हुदैन भन्ने आधुनिक मानव अधिकार सम्बन्धी विधिशास्त्रको मान्यता रहेको छ। त्यसर्थ मानव अधिकार सम्बन्धी विभिन्न अन्तर्राष्ट्रिय दस्तावेजहरू मार्फत नागरिकता सम्बन्धी यो मान्यताप्रति विश्व समुदायबाट प्रतिबद्धता जनाएको पाइन्छ। त्यसरी प्रतिबद्धता जनाएको कुरालाई राष्ट्रहरूले आ-आफ्नो राष्ट्रको संवैधानिक र कानूनी व्यवस्थाबाट आन्तरिकीकरण गरी नागरिकता प्राप्ति तथा समाप्तिको आधार सहित संवैधानिक तथा कानूनी व्यवस्था गरेका हुन्छन्। त्यसैले नागरिकता संवैधानिक कानूनको एक महत्वपूर्ण विषय मानिन्छ। यसै सेरोफेरोमा यस आलेखमा नागरिकता सम्बन्धी अवधारणा, नागरिकता प्राप्ति तथा समाप्तिका आधार, नागरिकता सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय कानून र पक्ष राष्ट्रको दायित्व, केही देशहरूले अवलम्वन गरेको नागरिकता सम्बन्धी अभ्यास, नागरिकता सम्बन्धी नेपालको संवैधानिक तथा कानूनी व्यवस्था र न्यायिक व्याख्या समेतका विषयवस्तुलाई समेटिएको छ।

२. नागरिकताको अवधारणा

नागरिकता एक राजनीतिक अवधारणा हो। राज्यका चारवटा तत्वहरू स्थायी जनसंख्या, सार्वभौमसत्ता, भूगोल र सरकार मध्ये राजनीतिक अर्थात स्थायी जनसंख्या नै राज्यको नागरिक हो। त्यस्ता नागरिकलाई नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार प्रयोग गर्न सक्ने गरी राज्यले दिने प्रमाणपत्र नै नागरिकता हो। नागरिकताले राष्ट्र र देशका वासिन्दा बीचको राजनीतिक सम्वन्धलाई परिभाषित गर्दछ। सामान्य अर्थमा नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार प्रयोग गर्न पाउने तथा आफ्नो राष्ट्रप्रति विशेष कर्तव्य भएका राजनीतिक व्यक्तिलाई नागरिक भनिन्छ। त्यसर्थ नागरिकता राज्य र नागरिक बीचको सम्वन्धको सेतु हो जसले राष्ट्र र सो राष्ट्रमा वस्ने व्यक्तिहरू बीचको राजनीतिक सम्वन्धलाई वुझाउछ।[१]

नागरिकताको अवधारणा अन्तर्गत राजनीतिक समुदाय भित्र नागरिकले प्राप्त गर्ने अधिकार र स्वतन्त्रता एवं लाभ तथा गर्न सक्ने योगदान समेतका आधारमा राष्ट्रिय कानूनद्वारा नागरिकको हैसियत प्रदान गरिन्छ। नागरिक भएको वा नभएको आधारमा राजनीतिक अधिकार प्राप्त हुने वा नहुने अवस्थाको निर्धारण हुन्छ।

♦ सहन्यायाधिवक्ता, उच्च सरकारी वकील कार्यालय, पाटन

१ संविधान सभा मौलिक अधिकार तथा निर्देशक सिद्धान्त समिति, विषयगत अवधारणापत्र तथा प्रारम्भिक मस्यौदाको प्रतिवेदन, २०६६, काठमाडौं, पृ. १३०

नागरिकता प्राप्त गर्नु कुनै पनि व्यक्तिको महत्वपूर्ण अधिकार हो। तर नागरिकता प्राप्ति, समाप्ति र नागरिकका हैसियतले पाउने अधिकार जस्ता विषय भने देश अनुसार फरक हुन सक्छन्। नागरिकता (Citizenship) र राष्ट्रियता (Nationality) लाई कहिलेकँही पर्यायवाची शव्दको रूपमा प्रयोग गरेको पाइन्छ। तर यी दुई एउटै नभई फरक फरक अवधारणा हुन्। नागरिकता सम्वन्धित देशसँग जोडिएको प्राकृतिक पहिचान सहितको कानूनी हैसियत (Legal status) हो, जुन कानून बमोजिमका प्रकृया र कागजात पूरा गरेर प्राप्त गरिन्छ। राष्ट्रियता प्राकृतिक रूपमा सम्वन्धित देशप्रति निष्ठाको निश्चित सीमा पार गरेपछि प्राप्त हुन्छ।[२] नागरिकता राज्य प्रतिको कर्तव्य, राज्यको विशेषाधिकार, राज्यविहीनताको समस्या समाधान गर्ने राष्ट्रको सकारात्मक कर्तव्य हुँदै हालका दिनमा मानव अधिकारका रूपमा समेत विकसित हुँदै गएको देखिन्छ।[३]

३. नागरिकतासँग सम्वन्धित अन्तर्राष्ट्रिय सन्धि सम्झौता र पक्ष राष्ट्रको दायित्व :

नागरिकतालाई राज्यबाट जनताले प्राप्त गर्ने सबै अधिकार प्राप्तिको मुख्य आधार मानिन्छ। त्यसर्थ राज्यबाट नागरिकता प्राप्त गर्ने व्यक्तिको अधिकारलाई मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय दस्तावेजहरूले मानव अधिकारकै रूपमा मान्यता दिएको देखिन्छ। मुख्य रूपमा निम्न दस्तावेजहरूलाई नागरिकता सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय कानूनका रूपमा उल्लेख गर्नु सान्दर्भिक देखिन्छ :-

३.१.**मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्र, १९४८ :-** यो घोषणापत्रमा प्रत्येक व्यक्तिलाई राष्ट्रियताको अधिकार हुने र कुनै पनि व्यक्तिलाई स्वेच्छाचारी ढंगले निजको राष्ट्रियताबाट वञ्चित नगरिने साथै राष्ट्रियता परिवर्तन गर्नबाट वञ्चित नगरिने कुरा उल्लेख छ।[४]

३.२.**नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय प्रतिज्ञापत्र, १९६६ :-** यो प्रतिज्ञापत्रले प्रत्येक बालबालिकालाई राष्ट्रियता प्राप्त गर्ने अधिकार हुने कुरा उल्लेख गरेको छ।[५]

३.३. **महिला विरुद्ध हुने सबै प्रकारका भेदभाव उन्मुलन गर्ने महासन्धि, १९७९ :-** यो महासन्धिले पक्ष राष्ट्रले महिलालाई आफ्नो राष्ट्रियता प्राप्त गर्न, कायम राख्न वा परिवर्तन गर्न पुरुष सरह समान अधिकार प्रदान गर्दै विदेशीसँग विवाह गरेको कारणबाट वा विवाहको अवधिमा पतिले राष्ट्रियता परिवर्तन गरेको कारणले पतीनको राष्ट्रियता स्वतः परिवर्तन नहुने र निजलाई राष्ट्रियता विहीन नबनाइने वा पतिकै राष्ट्रियता लिन बाध्य नपारिने सुनिश्चितता गरी महिलाई आफ्ना बालबालिकाको राष्ट्रियताको सम्वन्धमा पुरुष सरहको समान अधिकार प्रदान गरेको छ।[६]

३.४.**वालअधिकार सम्बन्धी महासन्धि, १९८९ :-** यो महासन्धिले बालबालिका जन्मनासाथ दर्ता गरिने, नाम राख्न पाउने र राष्ट्रियताको अधिकार हुने उल्लेख गर्दै पक्ष राष्ट्रहरूले बालबालिकाहरूलाई

---

[२] संवैधानिक कानून व्यवसायी मञ्च, राष्ट्रियता, समानता र राज्यविहीनताको सन्दर्भमा नागरिकता, (दोस्रो संस्करण, काठमाडौं, २०६८, पृ.३

[३] ऐ., पृ. ५

[४] मानव अधिकारको विश्व्यापी घोषणापत्र, १९४८ को धारा १५

[५] नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार सम्वन्धी अन्तर्राष्ट्रिय प्रतिज्ञापत्र, १९६६ को धारा २४

[६] महिला विरुद्ध हुने सवै प्रकारका भेदभाव उन्मुलन गर्ने महासन्धि, १९७९ को धारा ९

राष्ट्रविहीन हुन नदिन अन्तर्राष्ट्रिय दायित्व बमोजिम बालबालिकाका यी अधिकार आ-आफ्नो राष्ट्रिय कानून मार्फत कार्यान्वयन गर्न सुनिश्चित गर्नुपर्ने कुरा उल्लेख गरेको छ ।[७]

३.५. **विवाहित महिलाको राष्ट्रियता सम्बन्धी महासन्धि, १९५७ :-** यो महासन्धिले वैवाहिक सम्वन्ध, विवाह विच्छेद र श्रीमान्को नागरिकता परिवर्तनको आधारमा महिलाहरूको नागरिकता सम्बन्धी अधिकारमा कुनै असर नपर्ने र परिवर्तन नहुने कुरा उल्लेख गरेको छ ।[८]

३.६. **राज्य विहीनता न्यूनीकरण गर्ने सम्बन्धी महासन्धि, १९६१ :-** यो महानसन्धिले आफ्नो भूभाग भित्र जन्मेका बालबालिकालाई नागरिकता प्रदान नगर्दा राज्य विहीन हुने अवस्था रहेछ भने नागरिकता दिनु पर्दछ भन्ने कुरा उल्लेख गरेको छ ।[९]

नागरिकतासँग सम्वन्धित माथि उल्लिखित अन्तर्राष्ट्रिय सन्धि सम्झौताका पक्ष राष्ट्रहरूले आफ्नो राष्ट्रिय कानूनमा तदनुकूलका व्यवस्था गरी आन्तरिकीकरण गरेर तीनको प्रभावकारी कार्यान्वयन गर्नु उनीहरूको मुख्य दायित्व हो । नेपालका सन्दर्भमा पनि सोही कुरा लागू हुनु स्वाभाविकै छ ।

४. दोहोरो नागरिकताः

कुनै व्यक्ति एकै समयमा एक भन्दा वढी मुलुकको नागरिक रहेको अवस्थालाई दोहोरो नागरिकता भनिन्छ ।[१०] यस्तो अवस्थालाई बहुनागरिकता पनि भनिन्छ । विभिन्न देशको नागरिकता नीतिका कारण दोहोरो वा बहु नागरिकताको अवस्था उत्पन्न हुन सक्छ । यस्तो नागरिकले आफ्नो नागरिकता भएका सबै मुलुकको अधिकार प्राप्त गर्न त सक्तछ तर आफूले निर्वाह गर्नुपर्ने नागरिकको कर्तव्य पनि आफ्नो नागरिकता भएको सबै मुलुकप्रति निर्वाह गर्नुपर्ने हुन्छ ।

नेपाल, भारत जस्ता मुलुकले आफ्नो देशको नागरिकले अर्को देशको नागरिकता प्राप्त गरेमा त्यस्तो व्यक्तिको नागरिकता समाप्त हुने नीति अवलम्वन गरी दोहोरो/वहु नागरिकतालाई निषेध गरेका छन् ।[११] यद्यपि आफ्नो देशको मुलको विदेशी नागरिकलाई अर्थात प्रवासी (Diaspora) लाई सीमित अधिकार सहितको नागरिकता/परिचयपत्र दिने नीति भने यी देशहरूको पनि रहेको छ । नेपालको संविधानको धारा १४ को व्यवस्था यस्तै व्यवस्था हो । विश्वका कतिपय देशहरूले भने विदेशी नागरिकता लिएको कारणले मात्र सो देशको नागरिकता प्राप्त गर्न वा कायम रहन रोक नलगाई दोहोरो/वहु नागरिकता नीतिलाई अवलम्वन गरेको देखिन्छ ।[१२] अष्ट्रेलिया, वारवाडोज, वेल्जियम, वंगलादेश, क्यानाडा, साइप्रस, डेनमार्क, संयुक्त राज्य अमेरिका, वेलायत, स्वीजरल्याण्ड, दक्षिण कोरिया, दक्षिण अफ्रिका (अनुमति लिएर), इजिप्ट, ग्रीस, फ्रान्स, फिनल्याण्ड, जर्मनी (अनुमति लिएर), इराक, इटली, इजरायल,

---

[७] वाल अधिकार सम्वन्धी महासन्धि, १९८९ को धारा ७ र ८

[८] विवाहित महिलाको राष्ट्रियता सम्वन्धी महासन्धि, १९५७ को धारा-१

[९] राज्य विहीनता न्यूनिकरण गर्ने सम्वन्धी महासन्धि, १९६१ को धारा १

[१०] पूर्व पाद-२, पृ. २५

[११] पूर्व पाद-९

[१२] पूर्व पाद-९

आयरल्याण्ड, पोल्याण्ड, हङ्गेरी, आइसल्याण्ड, केन्या, स्वीडेन, स्लोभानिया, सिरिया, सर्भिया, अर्मानिया, थाइल्याण्ड, लेवनन्, माल्टा, स्पेन (केही ल्याटिन अमेरिकन देशहरूको मात्र), टोंगा, फिलिपिन्स, सेरालियोन, श्रीलंका, पाकिस्तान (१६ देशहरूको मात्र), पोर्चुगल, टर्की (अनुमति लिएर) लगायतका देशहरूले बहुनागरिकतालाई अनुमति प्रदान गरेको देखिन्छ भने एण्डोरा, अष्ट्रिया, अजरवैभ्कान, वर्मा, बहराइन, बोस्टवाना, जापान, चीन, चेक गणतन्त्र, फिजी, भारत, इण्डोनिसिया, इक्वेडर, इस्टोनिया, इरान, पपुवान्युगिनी, ब्रुनाई, जापान, पेरु, कुवेत, काजकिस्तान, चिली, किरिवाती, उत्तर कोरिया, लात्भिया, सिङगापुर, स्लोभाकिया, इक्वेडर, लिथुवानिया, सोलोमन आइल्याण्ड, फिजी, मेलसिया, मौरिसस, निदरल्याण्ड, युनाइटेड अरव इमिरेट्स, रोमानिया, मेक्सिको, नेपाल, भेनेजुएला, नर्वे, जिम्वावे र म्यानमार लगायतका देशहरूले बहुनागरिकतालाई अनुमति प्रदान गरेको देखिदैन ।[१३]

५.नागरिकता विहीनता/राज्य विहीनता :

व्यक्तिले कुनैपनि देशको नागरिकता प्राप्त गर्नबाट वञ्चित भएको अवस्था नै नागरिकता विहीनता हो । यस्तो अवस्थालाई राज्य विहीनता (Statelessness) को अवस्था पनि भनिन्छ । यस्तो अवस्थाका व्यक्तिहरूले कुनै पनि देशको संरक्षण पाउन नसक्ता हिंसा, गरिवी, शोषण, बलपूर्वक विस्थापन आदिको उच्च जोखिममा रही मावन अधिकार उपभोगका दृष्टिकोणबाट उच्च जोखिममा रहन्छन् ।[१४] मुख्यत: कुनै व्यक्तिलाई कुनै पनि देशले मेरो नागरिक हो भनी स्वीकार नगरेको अवस्था नै नागरिकता विहीनता/राज्य विहीनता हो ।

अन्तर्राष्ट्रिय कानूनमा "A stateless person as one who is not considered as a national by any state under the operation of its law" भनी राज्य विहीनताको परिभाषा गरिएको छ ।[१५] राज्य विहीनतालाई कनूनत: राज्य विहीन (Dejure Statelessness) र तथ्यगत राज्यविहीन (Defacto statelessness) गरी दुई प्रकारमा बाँडेर हेर्न सकिन्छ । यदि कुनै व्यक्तिलाई त्यस देशको कानूनले उक्त देशको नागरिक मान्दैन र उ अन्य देशको नागरिक पनि होइन भने उसलाई कानूनत: राज्य विहीन (De jure statelessness) भनिन्छ भने सम्वन्धित देशले कुनै व्यक्तिलाई आफ्नो नागरिक माने पनि व्यवहारत: त्यो व्यक्तिले त्यहाँ नागरिक अधिकारको उपभोग गर्न नपाई गैर नागरिक जस्तै अवस्थामा रहन्छ भने यस्तो अवस्थालाई तथ्यगत राज्यविहीनता (Defacto statelessness) भनिन्छ ।[१६] नेपालमा कसैलाई पनि राज्यविहीनता र नागरिकता विहीनता भएर वस्नु नपरोस भन्ने अवधारणालाई नेपालको संविधानको धारा ११(४) को व्यवस्थाले संवोधन गर्न खोजेको छ । तर यसको प्रभावकारी कार्यान्वयनमा समस्या रहेको गुनासो रहदै आएको छ ।

---

[१३] पूर्व पाद-२

[१४] पूर्व पाद-२, पृ. २१

[१५] The Convention relating to the Status of Stateless Persons, 1954, Art.-1

[१६] पूर्व पाद-२, पृ. २२

६.नागरिकता प्राप्तिका आधार :

हरेक मुलुकले आफ्नो विशिष्ट भू-राजनीतिक आधारमा नागरिकता प्राप्ति सम्बन्धी नीति बनाई त्यसका लागि कानूनी आधार तय गर्दछन् । नागरिकता प्राप्तिका सम्वन्धमा गैर नागरिकले नागरिकता पाउनु हुँदैन भन्ने कडा नीति (Hard Policy) र वास्तविक नागरिकले नागरिकता पाउनबाट वञ्चित हुनु हुदैन भन्ने नरम नीति (Soft Policy) अपनाइनु पर्दछ भन्ने गरिन्छ । नागरिकता प्राप्तिका आधार तय गर्दा मुलुकहरूले राज्यको भारवहन क्षमता (Carrying Capacity) र राज्यको हित (Interest of the State) लाई पनि हेरिनुपर्छ भनिन्छ । यिनै सैद्धान्तिक जगमा हुने गरेका अभ्यासहरूलाई हेर्दा नागरिकता प्राप्तिका केही साझा आधारहरू निम्न बमोजिम रहेको पाइन्छ :-[१७]

६.१.**वंशज/रगतको आधार (Jus Sanguinis or Right of Blood) :-** बाबुआमाको नागरिकताको आधारमा तीनका सन्तानलाई नागरिकता प्रदान गर्ने मान्यतालाई यस अवधारणाले समेट्छ । यस अवधारणा अन्तर्गत बाबु नागरिक भएको अवस्थामा मात्र, बाबु र आमा दुवै नागरिक भएको अवस्थामा मात्र, बाबु वा आमा मध्ये एक नागरिक भएको अवस्थामा सन्तानलाई बाबुको नामबाट मात्र वा आमाको नामबाट मात्र वा बाबु र आमा दुवैको नामबाट नागरिकता दिने अभ्यास प्रचलनमा रहेको देखिन्छ । नेपालको संविधानको धारा ११(२)(ख), ११(५) र १२ को व्यवस्था अनुसार नेपाली नागरिक आमा वा बाबुका सन्तानले आमा वा बाबु मध्ये कुनै एक जनाका नामबाट मात्र पनि यस्तो नागरिकता प्राप्त गर्न सक्दछन् भने धारा ११(३) को व्यवस्था अनुसार जन्मका आधारमा नेपालको नागरिकता प्राप्त गरेको एवं धारा ११(७) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांश अनुसारका नेपालि नागरिक बाबु आमाका सन्तानले बाबु र आमा दुवै नेपालको नागरिक भएमा मात्र यस्तो नागरिकता प्राप्त गर्न सक्दछन् ।

६.२.**जन्मभूमि/माटोको आधार (Jus Soil or Right of Soil) :-** व्यक्ति जुन देशमा जन्मेको छ, उसलाई सोही देशको नागरिक मानिनुपर्छ भन्ने मान्यतालाई यस अवधारणाले समेट्छ । नेपालको सन्दर्भमा हेर्दा नेपालको संविधानको धारा ११(४) र ११(५) को व्यवस्था एवं धारा ११(७) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांश अनुसार नागरिकता प्रदान गर्ने व्यवस्था यो अवधारणासँग केहि हदसम्म सम्वन्धित देखिन्छ ।

६.३.**अङ्गीकरणको आधार (Naturalization) :-** निश्चित शर्त पूरा गरेका विदेशी नागरिकलाई कुनै अर्को मुलुकले आफ्नो नागरिकका रूपमा अङ्गिकार गर्ने अवधारणा नै अङ्गीकरणको आधार (Naturalization) हो । प्रचलित अभ्यासलाई हेर्दा निश्चित अवधिको स्थायी वसोवास (Domicile), विवाह, निकटतम व्यक्तिहरू रहेका जस्ता आधारमा विदेशीहरूलाई अङ्गिकृत नागरिकता प्रदान गर्ने गरेको देखिन्छ । नेपालको सन्दर्भमा नेपालको संविधानको धारा ११(५) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांश, धारा ११(६), ११(७) र ११(८) अनुसार नागरिकता प्रदान गरिने व्यवस्था यो अवधारणासँग सम्वन्धित छन् ।

---

[१७] पूर्व पाद-१,पृ. १३२ र डा. चन्द्रकान्त ज्ञवाली, नेपालको संवैधानिक कानून, (चौथो सं.), पैरवी प्रकाशन, काठमाडौं, २०६८, पृ. २३८

६.४.**छनौटको आधार (Choice) :-** एक भन्दा वढी मुलुकको नागरिकता प्राप्त गर्न सक्ने अवस्थाका व्यक्तिले छनौट गरी कुनै एक देशको नागरिकता प्राप्त गर्ने आधार नै छनौटको आधार हो। नेपालको सन्दर्भमा नेपाल नागरिकता ऐन, २०६३ को दफा १०(४) को व्यवस्था यो अवधारणासँग सम्वन्धित छ।

६.५.**भौगोलिक क्षेत्र प्राप्तिको आधार (Acquisition of Territory) :-** कुनै मुलुकमा गाभिने गरी कुनै भू-भाग प्राप्त भएमा त्यो भू-भागका बासिन्दालाई उक्त भू-भाग विलय भएको राष्ट्रको नागरिकता प्राप्त हुने आधारलाई भौगोलिक क्षेत्र प्राप्तिको आधार भनिन्छ। नेपालको सन्दर्भमा नेपालको संविधानको धारा ११(१०) को व्यवस्था यो अवधारणासँग सम्वन्धित छ।

उपरोक्त आधारहरूका अतिरिक्त कतिपय अवस्थामा विभिन्न कारणले लोप भएको नागरिकता पुनः प्राप्ति हुने हुँदा पुनः प्राप्ति पनि नागरिकता प्राप्तिको आधार हुने गरेको देखिन्छ। कतिपय मुलुकले त्यस देशको सार्वजनिक पदमा नियुक्ति भएको आधारमा पनि त्यस देशको नागरिकता प्राप्ति हुने आधार बनाएको पाइन्छ भने अन्तर्राष्ट्रिय ख्याति प्राप्त व्यक्तिलाई सम्मानार्थ नागरिकता दिने अभ्यास पनि रहेको छ। नेपालको संविधानको धारा ११(९) ले सम्मानार्थ नागरिकता प्रदान गर्न सकिने व्यवस्था गरेको छ।

७. नागरिकताको समाप्ति

देशको कानून अनुसार नागरिकता समाप्त हुने आधार फरक फरक हुन सक्छ। मूलतः व्यक्ति आफैले गर्ने परित्याग र राज्यका तर्फबाट गरिने निष्काशन नागरिकता समाप्तिका आधार हुने गरेको देखिन्छ। नागरिकताको समाप्तिका सम्वन्धमा प्रायशः मुलुकहरूले मुख्य रूपमा अवलम्वन गर्ने गरेका आधारहरू निम्नानुसार देखिन्छन् :-[१८]

७.१.**परित्याग :-** कुनै देशको नागरिकले आफ्नो नागरिकता आफ्नै स्वेच्छाले त्यागेमा त्यसलाई परित्यागको आधारमा नागरिकताको समाप्ति भनिन्छ। विश्वका प्रायः सबै मुलुकले यो आधार अवलम्वन गरेका छन्। यसमा व्यक्तिको इच्छा नै प्रमुख हुने गर्दछ। नेपालको सन्दर्भमा नेपाल नागरिकता ऐन, २०६३ को दफा १०(२) को व्यवस्था यो अवधारणासँग सम्वन्धित छ।

७.२.**लोप :-** एक भन्दा वढी अर्थात दोहोरो नागरिकता प्राप्त गर्न सक्ने अवस्थाका व्यक्तिले निश्चित समयसम्ममा कुन देशको नागरिकता लिने भन्ने छनौट गर्न पाउँछ। यदि त्यसरी छनौट गर्न नसकेमा उसको नागरिकता लोप हुने अवस्थालाई लोपको आधारमा नागरिकता समाप्ति भनिन्छ। यसैगरी आफ्नो देशको नागरिकले अर्को देशको नागरिकता लिएमा निजको नागरिकता स्वतः समाप्त हुने अवस्थालाई पनि लोपको आधारमा नागरिकता समाप्ति भनिन्छ। नेपालको सन्दर्भमा नेपाल नागरिकता ऐन, २०६३ को दफा १०(१) र १०(४) को व्यवस्था यो अवधारणासँग सम्वन्धित छ।

७.३.**निष्कासन/वञ्चित :-** नागरिकताको विषय कुनै पनि राज्यको निरपेक्ष आन्तरिक विषय भएकोले विभिन्न कानूनी आधारमा आफ्नो नागरिकलाई नागरिकताबाट वञ्चित गर्न पाउने अधिकार

[१८] पूर्व पाद-१, पृ. १३४ र यज्ञराज कोइराला, राज्य र नागरिकता, (दोस्रो सं.), काठमाडौं, २०६९, पृ. २४-२५

राज्यलाई हुन्छ । राज्यप्रति वफादार नभएमा, राज्य विरुद्ध जासुसी गरेमा, शत्रु राज्यलाई सहायता पुऱ्याएमा, झुठा विवरण पेश गरी नागरिकता लिएको भएमा, राज्यले तोकेको अनिवार्य सेवा नगरेमा राज्यले नागरिकताबाट वञ्चित गर्न पाउने कानूनी व्यवस्था गरेको पाइन्छ । यसरी नागरिकताबाट वञ्चित गरिनुलाई निष्कासन/वञ्चितको आधारमा नागरिकताको समाप्ति भनिन्छ । नेपालको सन्दर्भमा नेपाल नागरिकता ऐन, २०६३ को दफा १०(३), १२, १४ र २१(१) को व्यवस्था सो अवधारणासँग सम्वन्धित छन् ।

८.केही अन्य मुलुकको नागरिकता सम्बन्धी अभ्यास

८.१. **जनवादी गणतन्त्र चीन :-** जनवादी गणतन्त्र चीनको राष्ट्रियता प्राप्त व्यक्तिहरू सो देशको नागरिक हुने भनी मौलिक हकका रूपमा व्यवस्था गरिएको छ ।[१९]

८.२. **भारत:-** भारतको संविधानमा नागरिकता सम्बन्धी अधिकारलाई संवैधानिक अधिकारका रूपमा निम्न व्यवस्था गरेको देखिन्छ :-[२०]

- संविधान प्रारम्भ हुँदाका वखत भारतमा बसोवास गरेको, भारतमा जन्मेको वा निजको कुनै अभिभावक भारतमा जन्मेको वा संविधान जारी हुनु भन्दा कम्तिमा ५ वर्ष अघि देखि भारतमा वसोवास गरेको व्यक्ति भारतको नागरिक ठहर्ने (धारा-५) ।
- कुनै पनि व्यक्ति आफै वा निजको बाबु, आमा वा हजुरवुवा, हजुरआमा भारतमा जन्मेको र विदेशमा वसेको भएमा भारतीय नागरिकको रूपमा कुटनीतिक नियोगमा पञ्जिकरण भएमा त्यस्तो व्यक्ति पनि भारतको नागरिक हुने (धारा-८) ।
- कुनै भारतीय नागरिकले स्वेच्छाले विदेशको नागरिकता प्राप्त गरेमा भारतको नागरिक नरहने (धारा-९) ।
- भारतका नागरिक वा भारतका नागरिक ठहर्ने व्यक्तिहरू संविधानको प्रावधान तथा पछि वन्ने कानून बमोजिम निरन्तर रूपमा भारतको नागरिक कायम नै रहने (धारा-१०) ।
- नागरिकता प्राप्ति र समाप्तिका सम्वन्धमा संविधान प्रतिकूल नहुने गरी कानूनद्वारा व्यवस्था गर्न सकिने (धारा-११) ।

८.३. **संयुक्त राज्य अमेरिका :-** संयुक्त राज्य अमेरिकाको संविधानको चौधौं संशोधन, १८६८ मा "All Persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside," भन्ने व्यवस्था गरेको देखिन्छ ।[२१]

---

[१९] The Constitution of the People's Republic of China, Art. 33 (1)

[२०] The Constitution of India, Art. 5-11

[२१] The fourteenth Amendment of the United States Constitution, Section-1

८.४. **संयुक्त अधिराज्यः–** वेलायतमा नागरिकता सम्बन्धी अभ्यास निम्नानुसार रहेको देखिन्छ[२२] :-

- British citizenship is aquired automatically at birth by a child born in Britain if the father (incase of legitimate birth) or mother is a British citizen or is settled in Britain.
- British dependent territories citizens, British nationals (overseas), British overseas citizens, British subjects under the citizenship Act and British protected persons are entitled to be registered as British citizens after five years residence in Bratain. British dependent territories citizens from Gibraltor have an absolute right to be registered as British citizens without needing to reside in Britain.
- Common wealth citizens, citizens of the Irish Republic and foreign nationals can acquire British citizenship by naturalization.
- British citizenship can be renounced by a person if he or she possesses, or is about to acquire, the nationality or citizenship of another country.

९. नेपालको संविधानभन्दा अगाडिको नागरिकता सम्बन्धी नेपालको कानूनी तथा संवैधानिक विकासक्रम

नेपाली नागरिकता ऐन, २००९ जारी हुनुभन्दा अगाडि नेपालमा नागरिकता सम्बन्धी कानून थिएन। तथापि पृथ्वीनारायण शाहको दिव्य उपदेश, वि.सं. १९१० को मुलुकी ऐन र राणा कालीन सनद सवालहरूमा नेपाली नागरिक र गैर नेपाली नागरिकको भिन्नता भने रहेको थियो। वि.स. १९१० सालको मुलुकी ऐनमा नागरिकका लागि 'रैयत', 'रैती', शव्द प्रयोग भएको एवं विदेशी व्यक्ति नेपालमा वसेको भए के कस्तो अवस्थामा 'रैयत', 'रैती' हुने भन्ने वारेमा उल्लेख भएको देखिन्छ।[२३]

नेपाल सरकार वैधानिक कानून, २००४ को व्यवस्थापक सभा सम्बन्धी शीर्षक अन्तर्गत 'नागरिक' शव्द उल्लेख भएको देखिन्छ।[२४] नेपालको अन्तरिम शासन विधान, २००७ मा दुई ठाउँमा 'नागरिकहरू' भन्ने शव्द उल्लेख भएको देखिन्छ।[२५] तर उक्त दुवै संविधानमा नागरिकता सम्बन्धी प्रावधान भने थिएन। वि.सं. २००९।१।२६ देखि नेपाली नागरिकता ऐन, २००९ लागू भएपछि मात्र नेपालमा नागरिकता सम्बन्धी छुट्टै कानूनी व्यवस्थाको शुरुवात भई नेपालको नागरिकता नीतिलाई कानूनी रूपमै व्यवस्थित गर्दै गएको देखिन्छ। त्यसपछि बनेको संविधानहरूमा पनि यस सम्बन्धी व्यवस्था हुँदै आएको छ। जसका बारेमा नेपालमा नागरिकता सम्बन्धी ऐतिहासिक पक्ष नियाल्न यहाँ संक्षेपमा चर्चा गरिएको छ।

---

[२२] M.V. Pylee, Constitutions of the World, (2nd ed-2003), Universal Law Publishing Co. Pvt. LTD., Delhi, P. 1662

[२३] वि.सं. १९८४ सालमा प्रकाशित मुलुकी ऐनको अदलको महलको १९ नं., १९९२, २००५, २००९ र २०१२ सालमा छापिएको मुलुकी ऐनको अदलको महलको २१ नं. को देहाय १ र ३

[२४] नेपाल सरकार वैधानिक कानून, २००४ को धारा १७

[२५] नेपालको अन्तरिम शासन विधान, २००७ को दफा ९ र १६

९.१ **नेपाली नागरिकता ऐन, २००९ :-** यस ऐनले नेपालको आदिवासी भई नेपालमा जन्मेको वा आमाबाबु मध्य एक नेपालमा जन्मेको वा स्थायी वसोवास गरेको व्यक्ति र नेपालको नागरिकसँग विवाह गरेको स्वास्नी मानिस नेपालको नागरिक हुने व्यवस्था गरेको थियो ।[२६] नागरिक हुने मानिसलाई "म शपथ लिन्छु की नेपाल सरकारको आधिपत्य स्वीकार गरी नेपालको कानून र रीतिरिवाज बमोजिम यहाँ वसुँला र नेपाल राष्ट्रको वर्खिलाप कुनै काम गर्ने छैन" भन्ने धर्म भकाएर मात्र नागरिकता दिइन्थ्यो ।[२७] झुठा वयान दिई अथवा फरेवद्वारा नागरिकता लिएमा र कुनै नेपालीले विदेशको नागरिकता पाएमा नेपालको नागरिकता समाप्त हुने व्यवस्था थियो ।[२८]

९.२. **नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०१५:-**

यस संविधानमा नागरिकता सम्बन्धी छुट्टै व्यवस्था थिएन । यो संविधानका केही धाराहरूमा 'नागरिक' भन्ने शव्द मात्र प्रयोग भएको देखिन्छ ।[२९]

९.३. **नेपालको संविधान, २०१९ :-**

संवैधानिक रूपमा सर्वप्रथम यो संविधानको भाग २ मा नागरिकता समवन्धमा छुट्टै व्यवस्था गरिएको थियो । नेपालमा जन्मेको वा आमाबाबु मध्ये एकजना नेपालमा जन्मेको, नेपाली नागरिकसँग विवाह भएकी स्वास्नीमानिस वा नेपालको कानून बमोजिम नागरिकताको प्रमाणपत्र लिइसकेको नेपालमा स्थायी वासस्थान भएको व्यक्ति यो संविधान प्रारम्भ हुँदाका वखत नेपालको नागरिक ठहर्ने व्यवस्था थियो ।[३०] नागरिकताको प्राप्ति र समाप्ति तथा तत्सम्वन्धी अन्य कुरा कानूनले निर्धारण गरे बमोजिम हुने,[३१] नेपालको राष्ट्र भाषा वोल्न र लेख्न जान्ने, नेपालमा कुनै व्यवसाय गरी वसेको, अन्य राज्यको नागरिकता त्याग्न कारवाही चलाएको, नेपाली उत्पतिका व्यक्तिको हकमा कम्तीमा दुई वर्ष, नेपाली नागरिकसँग वैवाहिक सम्वन्ध भएकी विदेशी नारीको हकमा निजले सो विदेशको नागरिकता त्यागेपछि र अरुको हकमा कम्तिमा पन्ध्र वर्षको अवधिसम्म नेपालमा वसोवास गरेको समेतका आधारमा नागरिकता प्रदान गर्न सक्ने गरी कानून वनाउन सकिने व्यवस्था थियो ।[३२] त्यस्तै अन्तर्राष्ट्रिय ख्याति प्राप्त व्यक्तिले नेपाली नागरिकताको लागि आवेदन गरेमा वा विशेष ख्याति प्राप्त व्यक्तिलाई सम्मानार्थ नेपालको नागरिकता प्रदान गर्न सकिने व्यवस्था थियो ।[३३] नेपालका विरुद्ध हात हतियार उठाएको वा उठाउन कुचेष्टा गरेको वा राज्यका विरुद्ध अन्य अपराध गरेको वा युद्धको समयमा वा अन्य संकटकालीन अवस्थामा

---

[२६] नेपाली नागरिकता ऐन, २००९ को दफा २ र ३

[२७] ऐ., दफा ५

[२८] ऐ., दफा ७ र ८

[२९] हेर्नुहोस नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०१५ को धारा ४(१)(२)(३), ५, ६ र २३(२)(क)

[३०] नेपालको संविधान, २०१९को धारा ७

[३१] ऐ., धारा ८(१)

[३२] ऐ., धारा ८(२)(क)(ख)(ग)(घ)

[३३] ऐ., धारा ८(३)(क)(ख)

कानूनद्वारा निर्धारण गरेको राज्यको सेवा नगरेको वा सेवा गर्न नखोजेको आधारमा नेपाली नागरिकता समाप्त हुने व्यवस्था थियो।[३४] यो संविधानको धारा ८(१) को प्रयोजनार्थ नागरिकताको प्राप्ति, समाप्ति र तत्सम्वन्धी कुराहरूको व्यवस्था गर्न मिति २०२०।८।२९ मा नेपाल नागरिकता अध्यादेश, २०२० जारी भएकोमा मिति २०२०।११।१६ मा नेपाल नागरिकता ऐन, २०२० लागू भएको थियो। यो ऐनमा वंशजको नाताले नेपालको नागरिकता प्राप्तिका आधार,[३५] नावालकको रजिष्ट्रेशन गर्ने र रजिष्ट्रेशन भएको प्रत्येक व्यक्ति सो रजिष्ट्रेशन भएको मितिदेखि नेपालको नागरिक हुने,[३६] अङ्गिकृत नेपाली नागरिकता प्राप्त हुने आधार,[३७] क्षेत्र गाभिदाको नागरिकता,[३८] नेपाली नागरिकताको परित्याग,[३९] नेपाली नागरिकता लोप हुने अवस्था[४०] र नेपाली नागरिकताबाट वञ्चित हुने अवस्था[४१] का वारेमा व्यवस्था गरिएको थियो। नावालकको रजिष्ट्रेशन सम्बन्धी प्रावधानहरू यो ऐनको दोस्रो संशोधन, २०३३ बाट झिकिएको थियो। यो ऐनमा २०४८ साल सम्ममा ५ वटा संशोधन भएका थिए।

९.४.नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ :-

यो संविधानले अङ्गीकृत वा वंशजका रूपमा नेपालको नागरिकता प्राप्त गरेका नेपालमा स्थायी वसोवास भएका व्यक्तिहरू यो संविधान प्रारम्भ हुँदाका वखत नेपालको नागरिक ठहर्ने व्यवस्था गरेको थियो।[४२] यो संविधान प्रारम्भ भएपछि जन्मेको कुनै व्यक्तिको बाबु निजको जन्म हुँदा नेपालको नागरिक रहेछ भने वंशजको नाताले नेपालको नागरिक हुने,[४३] नेपालभित्र फेला परेको पितृत्वको ठेगान नभएको नावालक निजको बाबुको पत्ता नलागेसम्म वंसजको नाताले नेपालको नागरिक मानिने,[४४] नेपालमा गाभिने गरी कुनै क्षेत्र प्राप्त भएमा सो क्षेत्र भित्र वसोवास भएको व्यक्ति प्रचलित कानूनको अधीनमा रही नेपालको नागरिक हुने,[४५] विदेशीलाई नेपालको नागरिकताको प्राप्ति अन्य कुराका अतिरिक्त नेपालको राष्ट्र भाषा वोल्न र लेख्न जानेको, नेपालमा कुनै व्यवसाय गरी वसेको, अन्य राज्यको नागरिकता त्यागेको र कम्तिमा पन्ध्र वर्षसम्म

---

[३४] ऐ., धारा ८(घ)(क)(ख)

[३५] नेपाल नागरिकता ऐन, २०२० को दफा ३

[३६] ऐ., दफा ४ र ५

[३७] ऐ., दफा ६

[३८] ऐ., दफा ७

[३९] ऐ., दफा ८

[४०] ऐ., दफा ९

[४१] ऐ., दफा १०

[४२] नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ८

[४३] ऐ. धारा ९(१)

[४४] ऐ., धारा ९(२)

[४५] .ऐ., धारा ९(३)

नेपालमा वसोवास गरेको अवस्थामा मात्र हुने[४६] व्यवस्था थियो । नेपाली नागरिकसँग वैवाहिक सम्वन्ध भएकी विदेशी महिलाले विदेशको नागरिकता त्यागेपछि माथि उल्लेख गरिएका आधारहरू नभएपनि नेपालको नागरिकता प्राप्त गर्न सक्ने,[४७] अङ्गीकृत वाहेक नेपालको नागरिकको छोरा, छोरी वा वंशज विदेशी व्यक्तिको हकमा नेपालमा दुई वर्ष वसोवास गरी नेपालको राष्ट्रभाषा वोल्न र लेख्न जान्ने र अन्य राज्यको नागरिकता त्यागेको अवस्थामा नेपाली नागरिकता प्राप्त गर्न सक्ने[४८] व्यवस्था गरियो । अन्तर्राष्ट्रिय ख्याती प्राप्त व्यक्तिलाई सम्मानार्थ नेपालको नागरिकता प्रदान गर्न सकिने[४९] व्यवस्था थियो ।

९.५. **नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ :-** यो संविधानमा संविधान प्रारम्भ हुँदाका वखत नेपालको नागरिकता प्राप्त गरेको यो संविधानको भाग २ बमोजिम नागरिकता प्राप्त गर्न योग्य व्यक्तिहरू नेपालको नागरिक हुने व्यवस्था गरियो ।[५०] यो संविधान प्रारम्भ हुँदाका वखत नेपालमा स्थायी वसोवास भएको यो संविधान प्रारम्भ हुनुभन्दा अघि वंशजको आधारमा नागरिकता प्राप्त गरेको व्यक्ति, कुनै व्यक्तिको जन्म हुँदाका वखत निजको बाबु वा आमा नेपाली नागरिक रहेछ भने त्यस्तो व्यक्ति र नेपाल सरहद भित्र फेला परेको पितृत्व मातृत्वको ठेगान नभएको प्रत्येक नावालक निजको बाबु वा आमा फेला नपरेसम्म वंशजको आधारमा नेपाली नागरिक ठहर्ने व्यवस्था गरियो ।[५१]

यो संविधानमा भएको नयाँ व्यवस्था नेपालमा जन्मका आधारमा नागरिकता प्राप्त गर्ने व्यवस्था हो । सम्वत् २०४६ साल चैत्र मसान्तसम्म नेपाल सरहद भित्र जन्म भई नेपालमा स्थायी रूपले वसोवास गर्दै आएको व्यक्तिले प्रचलित कानून बमोजिम एक पटकको लागि तोकिएको अवधिभित्र जन्मको आधारमा नेपालको नागरिकता प्राप्त गर्नेछ भन्ने व्यवस्था भयो ।[५२] यस प्रयोजनार्थ कानूनी व्यवस्था नेपाल नागरिकता ऐन, २०६३ र नेपाल नागरिकता नियमावली, २०६३ मा गरी संविधान सभाको निर्वाचन अगावै निवेदन दिने एवं सो अवधि भित्र निवेदन दिन विशेष कारणवस नसक्ने व्यक्तिले यो ऐन प्रारम्भ भएको मितिले अर्थात २०६३/८/१० बाट दुई वर्ष भित्र अर्थात २०६५/८/९ सम्ममा निवेदन दिन सक्ने[५३] लगायत अन्य कार्यविधिगत व्यवस्था भई सो प्रावधान बमोजिम धेरै व्यक्तिले जन्मका आधारमा नेपाली नागरिकता पाइसकेको अवस्था छ । नेपाली नागरिकसँग वैवाहिक सम्वन्ध कायम गरेकी विदेशी महिलाले चाहेमा कानून बमोजिम अङ्गीकृत

---

[४६] ऐ., धारा ९(४)

[४७] ऐ., धारा ९(५)

[४८] ऐ., धारा ९(६)

[४९] ऐ., धारा ९(७)

[५०] नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ को धारा ८(१)

[५१] ऐ., धारा ८(२) र (३)

[५२] ऐ., धारा ८(५)

[५३] नेपाल नागरिकता ऐन, २०६३ को दफा ४(२)(३) र नेपाल नागरिकता नियमावली, २०६३ को नियम ४

नागरिकता लिन सक्ने,[५४] विदेशी नागरिकसँग विवाह गरेकी नेपाली महिला नागरिबाट जन्मिएको व्यक्तिको नेपालमा जन्म भई नेपालमा नै स्थायी वसोवास गरेको र बाबुको नागरिकताको आधारमा विदेशी मुलुकको नागरिकता प्राप्त नगरेको भए त्यस्तो व्यक्तिले प्रचलित कानून बमोजिम नेपालको अङ्गीकृत नागरिकता प्राप्त गर्न सक्ने[५५] व्यवस्था भयो। जन्म र वैवाहिक सम्वन्धका आधारमा पाउने अङ्गीकृत नागरिकता सम्बन्धी यी नयाँ व्यवस्थाका आधारमा ४० लाख व्यक्तिले नेपाली नागरिकता पाए भनिन्छ।[५६] अङ्गीकृत नागरिकताको वैवाहिक सम्वन्धको आधार वाहेक कानूनमा व्यवस्था भए बमोजिम अङ्गीकृत र सम्मानार्थ नेपाली नागरिकता नेपाल सरकारले प्रदान गर्न सक्ने[५७] एवं नागरिकताको प्राप्ति र समाप्ति लगायत आवश्यक अन्य व्यवस्था प्रचलित कानून बमोजिम हुने[५८] व्यवस्था यस संविधानमा थियो। नेपालभित्र गाभिने गरी कुनै क्षेत्र प्राप्त भएमा सो क्षेत्रभित्र वसोवास भएको व्यक्ति प्रचलित कानूनको अधीनमा रही नेपालको नागरिक हुने व्यवस्था पनि यो संविधानमा थियो।[५९] यस संविधानमा नागरिकता सम्वन्धमा प्रचलित कानून बमोजिम हुने भन्ने उल्लेख भएको व्यवस्थाको हकमा नेपाल नागरिकता ऐन, २०६३ र नागरिकता नियमावली, २०६३ जारी गरी आवश्यक प्रवन्ध गरिएको छ।[६०] यी ऐन र नियम हाल पनि कार्यान्वयनमै रहेको अवस्था छ।

१०. नागरिकता सम्बन्धी नेपालको हालको संवैधानिक तथा कानूनी व्यवस्था :

नेपालको संविधान वनाउन यसको पृष्ठभूमिमा रहेका २ वटा संविधान सभा मध्ये पहिलो संविधान सभाको मौलिक हक अधिकार तथा निर्देशक सिद्धान्त समितिले देशको नागरिकता सम्बन्धी नीति राष्ट्रिय हितसँग जोडिएको हुनाले यो नीति निर्धारण गर्दा राष्ट्रिय हितलाई सर्वोपरि राखी नेपालको भूराजनीतिक विशिष्ट अवस्था, भूगोल र जनसंख्याको दृष्टिले विशाल दुई छिमेकी लगायत अन्य छिमेकी राष्ट्रबीचको साँस्कृतिक समानता, खुल्ला सीमाना जस्ता विभिन्न आधारले नेपालको लागि नागरिकता सम्बन्धी विषय ज्यादै संवेदनशील रूपमा रहेकोले संविधानमा नै नागरिकता सम्वन्धमा स्पष्ट र सुसंगत (Consistent) नीति कायम गरी नेपालको सार्वभौमसत्ता, राष्ट्रिय स्वाधिनता, अखण्डता र नेपाली जनतको आगाध राष्ट्र प्रेमलाई अक्षुण्ण राख्न नेपालले नागरिकता सम्वन्धमा कठोर नीति अवलम्वन गर्नु आवश्यक छ भन्दै नागरिकता सम्वन्धमा संविधानमा गर्नुपर्ने व्यवस्थाका वारेमा २७ बुँदे निष्कर्ष सहित १५ वटा धारामा ती निष्कर्षलाई समाहित गरी संविधानसभामा २०६६/७/२२ मा अवधारणा पत्र सहितको प्रारम्भिक मस्यौदा

---

[५४] पूर्व पाद ५०, धारा ८(६)

[५५] ऐ., धारा ८(७)

[५६] डा. चन्द्रकान्त ज्ञवाली, नेपालको संवैधानिक कानून, चौथो सं., पैरवी प्रकाशन, काठमाडौं, २०७४ पृ. २४२

[५७] पूर्व पाद ५०, धारा ९

[५८] ऐ., धारा १०

[५९] ऐ., धारा ८(४)

[६०] पूर्व पाद ५३, दफा ३, ४, ५, ६, ७, १०, ११, १२ र १४ तथा नियम ३, ४, ५, ७, ९, ११ र १२

प्रतिवेदन बुझाएको थियो । यद्यपि सो प्रतिवेदन सर्वसम्मत नभई मस्यौदा भएका केही धारामा फरक मत रहेका थिए ।[६१]

उक्त प्रतिवेदनको प्रस्तावित मस्यौदाको अंश यसप्रकार छ :-

सि.नं	विषयवस्तु	संविधानमा राख्ने प्रस्तावित व्यवस्था	संविधानमा रहने स्थान	प्रस्तावित व्यवस्था गर्नु पर्नाको कारण वा व्याख्यात्मक टिप्पणी
१.	**एकल संघीय नागरिकताको व्यवस्था**	**एकल संघीय नागरिकताको व्यवस्था: नेपालमा संघीय सरकारले प्रदान गर्ने गरी प्रादेशिक पहिचान सहितको एकल नागरिकताको व्यवस्था गरिएको छ ।***	**नागरिकता**	संघीय राज्य व्यवस्थामा संघीय सरकारले, राज्य सरकारले वा संघीय सरकार र राज्य सरकार दुवैले नागरिकता प्रदान गर्ने प्रचलन रहेको पाइन्छ । भविष्यमा नागरिकता सम्बन्धमा जटिलताहरू आउन नदिन, सबै नागरिकहरूलाई नेपालको नागरिकको रूपमा समान अधिकार र कर्तव्य सुनिश्चित गर्न तथा प्रशासनिक सुगमता समेतको लागि नेपालमा एकल नागरिकता प्रणाली अन्तर्गत संघीय सरकारले आफैं वा प्रादेशिक संरचनामार्फत प्रदान गर्ने एकल नागरिकता हुने गरी यसप्रकारको व्यवस्था गरिएको छ । नागरिकताको प्रमाण पत्रमा नै नेपाली नागरिकको प्रादेशिक पहिचान खुल्ने व्यवस्था गर्न यस प्रकारको व्यवस्था गरिएको छ ।
२.	**नेपालको नागरिक ठहर्ने**	**नेपालको नागरिक ठहर्ने: नेपालमा स्थायी बसोबास भएको देहायको व्यक्ति यो संविधान बमोजिम नेपालको नागरिक ठहर्नेछ –** **(क) यो संविधान प्रारम्भ हुँदाका बखत नेपालको नागरिकता प्राप्त व्यक्ति,**		नागरिकताले राष्ट्र र नागरिकबीच राजनीतिक सम्बन्ध निर्धारण गर्ने भएकोले प्रत्येक नागरिकलाई राष्ट्रको राजनीतिक मामिलामा सहभागी हुने अधिकार तथा दायित्व प्राप्त हुन्छन् । कतिपय नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार नागरिकलाई मात्र प्राप्त हुन्छन् साथै नागरिकले राष्ट्रप्रति निष्ठा र वफादारीका कर्तव्य समेत निर्वाह गर्नु पर्ने हुन्छ । नागरिक राष्ट्रका राजनीतिक बासिन्दा भएकोले नेपालको राजनीतिक मामिलाहरूमा सहभागी हुने तथा

[६१] पूर्व पाद १, पृ. १ देखि १२ र १४३ देखि १४६ सम्म

* यस प्रवधानको सट्टामा फरक मत रहेको । फरक मत सम्बन्धी विवरणहरू फरक मत खण्डमा दिइएको छ ।

सि.नं	विषयवस्तु	संविधानमा राख्ने प्रस्तावित व्यवस्था	संविधानमा रहने स्थान	प्रस्तावित व्यवस्था गर्नु पर्नाको कारण वा व्याख्यात्मक टिप्पणी
				राष्ट्रकाप्रति विभिन्न कर्तव्यहरू बहन गर्नु पर्ने गरी नेपालमा बसोबास गर्ने नेपालको नागरिकता प्राप्त गरिसकेका वा गर्ने नागरिकलाई नेपालको नागरिकको रूपमा मान्यता प्रदान गर्न यो व्यवस्था गरिएको छ । देशमा संवैधानिक रिक्तताको अवस्था हुन नदिन, विगतको संवैधानिक र कानूनी व्यवस्था बमोजिम प्राप्त नागरिकतालाई वैधानिकता र निरन्तरता प्रदान गर्न, नेपाली नागरिकले गरेका वा गर्न लागेका काम कारवाहीलाई वैधानिकता प्रदान गर्न, नेपाली जनताको राष्ट्रभक्तिलाई अक्षुण्ण राख्न एवं नागरिकलाई पुनः नागरिकता लिनु पर्ने बाध्यता समाप्त गर्न यो संविधान प्रारम्भ हुनुभन्दा अगावै प्रचलित संविधान र कानून बमोजिम नेपाली नागरिकले प्राप्त गरिसेकका नागरिकतालाई वंशज, अङ्गीकृत, जन्मका आधारमा वा सम्मानार्थ जुन आधारमा नेपालको नागरिकता प्रदान गरिएको छ सोही आधारमा नेपालको नागरिकतालाई निरन्तरता प्रदान गर्न यो व्यवस्था गरिएको छ ।
		(ख) यो संविधान प्रारम्भ भएपछि नेपालको नागरिकता प्राप्त व्यक्ति,		यो संविधान प्रारम्भ भएपछि बंशज, अङ्गीकृत, सम्मानार्थ नागरिकता वा कुनै भौगोलिक क्षेत्र गाँभिदा त्यस क्षेत्रमा बसोबास गर्ने व्यक्तिलाई प्रदान गरिने नागरिकता प्राप्त गर्ने नागरिक नेपालका नागरिक हुने व्यवस्था गर्दै यो संविधान जारी भएपछि नेपालको नागरिकता प्राप्त गर्ने व्यक्तिहरूलाई नागरिकता प्राप्त गरिसकेपछि नेपाली नागरिकका रूपमा मान्यता प्रदान गर्न यो व्यवस्था गरिएको छ ।

सि.नं	विषयवस्तु	संविधानमा राख्ने प्रस्तावित व्यवस्था	संविधानमा रहने स्थान	प्रस्तावित व्यवस्था गर्नु पर्नाको कारण वा व्याख्यात्मक टिप्पणी
		(ग) धारा ३ बमोजिम नेपालको नागरिकता प्राप्त गर्न योग्य व्यक्ति ।		नागरिक हुनु र नागरिकता प्रमाण पत्र प्राप्त गर्नु पृथक पृथक विषय भएको र केवल नागरिकता प्रमाण पत्र नलिएको वा प्राविधिक कारणले प्रमाण पत्र प्राप्त गरिनसकेका नागरिकलाई अनागरिक मान्न उपयुक्त नहुने भएकोले वंशजको आधारमा नेपालको नागरिकता प्राप्त गर्ने व्यक्तिलाई नागरिकताको प्रमाणपत्र नलिए तापनि नेपालको नागरिकको रूपमा मान्यता प्रदान गर्न यो व्यवस्था गरिएको छ । यो संविधान प्रारम्भ भए पश्चात जुनसुकै आधारमा नेपालको नागरिकता प्राप्त व्यक्ति नेपालको नागरिक हुने व्यवस्था यसैधाराको खण्ड (ख) मा गरिसकिएको तथा अङ्गीकृत नागरिकता प्राप्त गर्ने व्यक्तिको हकमा नेपालको नागरिकता प्रमाण पत्र प्राप्त गरेपछि मात्र नेपालको नागरिक ठहर्ने भएकोले धारा ३ बमोजिम बंशजको आधारमा नेपालको नागरिकता प्राप्त गर्न योग्य तर नेपालको नागरिकता प्राप्त नगरिसकेको व्यक्तिलाई नेपाली नागरिकको रूपमा मान्यता प्रदान गर्न यो व्यवस्था गरिएको छ ।
३.	**वंशजको आधारमा नागरिकता**	**वंशजको आधारमा नागरिकता:** (१) नेपालमा स्थायी बसोबास भएको देहायको व्यक्तिलाई वंशजको आधारमा नेपालको नागरिकता प्रदान गरिनेछ - (क) कुनै व्यक्तिको जन्म हुँदाका बखत निजको आमा र बाबु नेपाली नागरिक रहेछ भने त्यस्तो व्यक्ति,*		वंशजको आधार नेपालको नागरिकता प्रदान गर्ने एक प्रमुख आधार हो । नेपालको सन्दर्भमा नागरिकता सम्बन्धी वंशको आधार *(Jus Sanguinis)* लाई नै नेपाली नागरिकता प्राप्तिको आधारको रूपमा व्यवस्था गर्दै नेपालमा बंशजको आधारमा नागरिकता प्राप्त गर्न सक्ने व्यक्तिको योग्यता निर्धारण गर्न यस्तो व्यवस्था गरिएको छ । नागरिकता सम्बन्धी वंशको आधार *(Jus Sanguinis)* को मान्यता अनुरूप

* यस प्रवधानको सट्टामा फरक मत रहेको ।

सि.नं	विषयवस्तु	संविधानमा राख्ने प्रस्तावित व्यवस्था	संविधानमा रहने स्थान	प्रस्तावित व्यवस्था गर्नु पर्नाको कारण वा व्याख्यात्मक टिप्पणी
				अभिभावकको नागरिकताको आधारमा सन्तानको नागरिकताको अधिकार सुनिश्चित गर्न कुनै व्यक्तिको जन्म हुँदाका बखत निजको बाबु र आमाले दुवै जना वंशज, अङ्गिकृत वा जन्म जुनसुकै आधारमा नेपालको नागरिकता प्राप्त गरेको भए तापनि नेपाली नागरिक भएमा त्यस्तो व्यक्तिलाई आमा वा बाबुको वंशको आधारमा नेपालको नागरिकता प्रदान गर्न यो व्यवस्था गरिएको छ । साथै नेपाली नागरिक बाबु र आमाबाट जन्मेको र निजको जन्मपछि बाबु वा आमाले नेपालको नागरिकता परित्याग गरेको अवस्थामा पनि यो अधिकार प्राप्त हुने र बाबु र आमा दुवै जना नेपाली नागरिकबाट स्वदेश वा विदेशमा जन्मेको तथा नेपालमा स्थायी बसोबास भएको व्यक्तिलाई समेत यो अधिकार प्राप्त हुने गरी यो व्यवस्था गरिएको छ ।
		(ख) विदेशी नागरिकसँग विवाह भएका नेपाली नागरिकबाट नेपालमा जन्म भई नेपालमा नै स्थायी बसोवास गरेको र आमा वा बाबुको नागरिकताको आधारमा विदेशी मुलुकको नागरिकता प्राप्त नगरेको व्यक्तिले नागरिकता प्राप्त गर्दाका बखत निजका आमा र बाबु दुवै नेपाली नागरिक रहेछन् भने त्यस्तो व्यक्ति ।+		विदेशी नागरिकसँग विवाह भएका नेपाली नागरिकबाट नेपालमा नै जन्म भई नेपालमा नै स्थायी बसोबास गरेका र बाबु वा आमाको नामबाट विदेशी मुलुकको नागरिकता प्राप्त नगरेका सन्तानमध्ये त्यस्ता सन्तानले नेपाली नागरिकताको प्रमाण पत्र प्राप्त गर्नु अगावै आमा र बाबु दुवै नेपाली नागरिक भइसकेका रहेछन् भने त्यस्ता व्यक्तिलाई विना लैङ्गिक विभेद वंशजका आधारमा नेपाली नागरिकता प्रदान गर्न यो व्यवस्था गरिएको छ ।
		(२) नेपाल सरहदभित्र फेला परेको आमा बाबुको ठेगान नभएको प्रत्येक नाबालक		कसैको कोही छैन भने उसको संरक्षण राज्यले गर्दछ (Doctrine of *Parens patriae*) भन्ने मान्यता र

+ अन्य प्रावधान पनि थप गर्ने गरी फरक मत रहेको ।

सि.नं	विषयवस्तु	संविधानमा राख्ने प्रस्तावित व्यवस्था	संविधानमा रहने स्थान	प्रस्तावित व्यवस्था गर्नु पर्नाको कारण वा व्याख्यात्मक टिप्पणी
		नाबालिका निजको आमा वा बाबु पत्ता नलागेसम्म वंशजको आधारमा नेपाली नागरिक ठहर्नेछ ।		नाबालक/नाबालिकालाई राज्यविहीन हुनबाट बचाउन समेत आमा बाबु विदेशी भएको पत्ता लागेमा स्वतः बदर हुने गरी आमा बाबु ठेगान नलागेका नेपाल सरहदमा फेला परेका नाबालक/नाबालिकालाई वंशजको आधारमा नागरिकता प्रदान गर्न यो व्यवस्था गरिएको छ ।
४.	**अङ्गीकृत नागरिकता सम्बन्धी व्यवस्था**	**अङ्गीकृत नागरिकता सम्बन्धी व्यवस्थाः**[−] (१) यो संविधान प्रारम्भ भएपछि नेपाली नागरिकसँग वैवाहिक सम्बन्ध भएका विदेशीले चाहेमा नेपालमा कानूनी रूपमा पन्ध्र वर्ष बसोबास गरेको र विदेशी मुलुकको नागरिकता त्याग गरेपछि प्रचलित कानून बमोजिम अङ्गीकृत नेपाली नागरिकता प्राप्त गर्न सक्नेछ । तर यो संविधान प्रारम्भ हुनु भन्दा अगावै नेपाली नागरिकसँग वैवाहिक सम्बन्ध कायम भएका विदेशी महिलाले नेपाली नागरिकताको प्रमाण पत्र लिन चाहेमा विदेशी मुलुकको नागरिकता त्याग्ने कारवाही चलाए पछि अङ्गीकृत नेपाली नागरिकता प्राप्त गर्न सक्नेछ ।[*]		अभ्यासमा वैवाहिक सम्बन्ध अङ्गीकृत नागरिकता प्रदान गर्ने एक आधारको रूपमा रहँदै आएको र विगतमा रहेको लैङ्गिक विभेद समेतको अन्त्य गर्दै नेपाली नागरिकसँग वैवाहिक सम्बन्ध भएको विदेशीलाई कम्तीमा पन्ध्र वर्ष नेपालमा कानूनी रूपमा बसोबास गरेको र विदेशी मुलुकको नागरिकता त्याग गरेको आधारमा नेपालको अङ्गिकृत नागरिकता प्रदान गर्न सकिने गरी यस्तो व्यवस्था गरिएको छ । नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ को धारा ८ को उपधारा (६) तथा प्रचलित कानून बमोजिम नेपाली नागरिकसँग वैवाहिक सम्बन्ध कायम गरेको विदेशी महिलाले विदेशको नागरिकता त्याग गर्ने कारवाही चलाएपछि अङ्गीकृत नेपाली नागरिकता प्राप्त गर्ने व्यवस्था गरेको र यो संविधान प्रारम्भ भएपछि नेपाली नागरिकसँग वैवाहिक सम्बन्ध भएका विदेशीले नेपालमा कानूनी रूपमा पन्ध्र वर्ष बसोबास गरेको र विदशी मुलुकको नागरिकता त्याग गरेपछि मात्र नेपाली नागरिकता प्राप्त गर्ने व्यवस्था गरिएको सन्दर्भमा यो संविधान प्रारम्भ हुनु भन्दा

[−] यो प्रावधान हटाउने गरी फरक मत रहेको ।

[+] यस प्रावधानमा थप गर्ने गरी फरक मत रहेको ।

सि.नं	विषयवस्तु	संविधानमा राख्ने प्रस्तावित व्यवस्था	संविधानमा रहने स्थान	प्रस्तावित व्यवस्था गर्नु पर्नाको कारण वा व्याख्यात्मक टिप्पणी
				अगावै नेपाली नागरिकसँग वैवाहिक सम्बन्ध कायम भएका नेपाली नागरिकता प्राप्त गर्न इच्छुक विदेशी महिललाई विदेशी मुलुकको नागरिकता त्याग्ने कारवाही चलाए पछि अङ्गीकृत नेपाली नागरिकताको प्रमाण पत्र प्रदान गर्न यो व्यवस्था गरिएको छ ।
		(२) नेपाली नागरिक आमाबाट नेपालमा जन्म भई नेपालमा नै बसोबास गरेको र बाबुको पहिचान नभएको व्यक्तिले प्रचलित कानून बमोजिम अङ्गीकृत नागरिकता प्राप्त गर्न सक्नेछ ।		बलात्कारको कारणबाट जन्म भई बाबुको पहिचान हुन नसकेका व्यक्तिहरू तथा बादी समुदाय, टोबे, टोबेनी, देउकी जस्ता प्रचलन भएको समुदाय वा अवस्थामा जन्म भएका र बाबुको पहिचान हुन नसकेका नेपाली नागरिकबाट नेपालमा जन्म भई नेपालमा नै बसोबास गरेको सन्तानले प्रचलित कानून बमोजिम अङ्गीकृत नागरिकता प्राप्त गर्न सक्ने व्यवस्थाको लागि यो व्यवस्था गरिएको छ ।
		(३) विदेशी नागरिकसँग विवाह भएका नेपाली नागरिकबाट नेपालमा जन्म भई नेपालमा नै स्थायी बसोवास गरेको र आमा वा बाबुको नागरिकताको आधारमा विदेशी मुलुकको नागरिकता प्राप्त नगरेको व्यक्तिले प्रचलित कानून बमोजिम नेपालको अङ्गीकृत नागरिकता प्राप्त गर्न सक्नेछ ।		विदेशी नागरिकसँग विवाह भएका नेपाली नागरिकबाट नेपालमा नै जन्म भई नेपालमा नै स्थायी बसोबास गरेका र बाबु वा आमाको नामबाट विदेशी मुलुकको नागरिकता प्राप्त नगरेका सन्तानमध्ये त्यस्ता सन्तानले नेपाली नागरिकताको प्रमाण पत्र प्राप्त गर्नु अगावै आमा र बाबु दुवै नेपाली नागरिक भइसकेका रहेछन् भने त्यस्ता सन्तानलाई वंशजको आधारमा नागरिकता प्राप्त गर्ने व्यवस्था भइसकेको सन्दर्भमा नेपालमा जन्मेको कुनै व्यक्तिको जन्म हुँदा आमा वा बाबु एक जनामात्र नेपाली नागरिक रहेछ भने तथा नेपाली नागरिकता प्राप्त गर्नु भन्दा अगावै जन्मेका अङ्गीकृत नेपाली नागरिकका सन्तानलाई नेपालमा स्थायी बसोबास भएका र विदेशी मुलुकको नागरिकता प्राप्त नगरेको

सि.नं	विषयवस्तु	संविधानमा राख्ने प्रस्तावित व्यवस्था	संविधानमा रहने स्थान	प्रस्तावित व्यवस्था गर्नु पर्नाको कारण वा व्याख्यात्मक टिप्पणी
				अवस्थामा कानून बमोजिम अङ्गीकृत नागरिकता प्रदान गर्न सकिने गरी यो व्यवस्था गरिएको छ।
		(४) यो संविधान प्रारम्भ भएपछि नेपालको आर्थिक वा सामाजिक उन्नतिमा विशेष योगदान पुऱ्याएको विदेशीलाई अन्य कुराका अतिरिक्त देहायका शर्त र अवस्था पूरा गरेको आधारमा प्रचलित कानून बमोजिम संघीय सरकारले नेपालको अङ्गीकृत नागरिकता प्रदान गर्न सक्नेछ - (क)नेपाली वा नेपालमा प्रचलित अन्य कुनै भाषा बोल्न र लेख्न जानेको, (ख) नेपालमा कुनै व्यवसाय गरिबसेको, (ग)अन्य मुलुकको नागरिकता त्यागेको, (घ) कम्तीमा पन्ध्र वर्षसम्म नेपालमा कानूनी रूपमा बसोबास गरेको, (ङ) नेपाली नागरिकलाई अङ्गीकृत नागरिकता दिने कानूनी व्यवस्था वा प्रचलन भएको मुलुकको नागरिक भएको, (च) असल चाल चलन भएको।		बसोबास जस्ता विभिन्न शर्त र आधारमा विदेशी नागरिकलाई अङ्गीकरणको माध्यमबाट नागरिकता प्रदान गर्ने विगतमा पनि प्रचलन रहेकोले यो संविधान प्रारम्भ भए पछि नेपालको आर्थिक, सामाजिक, औद्योगिक समेतका क्षेत्रमा विशिष्ट योगदान पुऱ्याएको विदेशी नागरिकलाई नेपाली वा नेपालमा प्रचलित अन्य कुनै भाषा बोल्न र लेख्न जानेको, नेपालमा कुनै व्यवसाय गरिबसेको, अन्य मुलुकको नागरिकता त्यागेको, कम्तीमा पन्ध्र वर्षसम्म नेपालमा कानूनी रूपमा बसोबास गरेको, नेपाली नागरिकलाई अङ्गीकृत नागरिकता दिने कानूनी व्यवस्था वा प्रचलन भएको मुलुकको नागरिक भएको, असल चाल चलन भएको तथा कानूनले तोकेको अन्य शर्त समेतका आधारमा संघीय सरकारको (मन्त्रिपरिषद्) निर्णय बमोजिम नेपालको अङ्गीकृत नागरिकता प्रदान गर्न सक्ने गरी यसप्रकारको व्यवस्था गरिएको छ। विदेशीले नेपालको अङ्गीकृत नागरिकता प्राप्त गर्न आवेदन गर्दा तथा कारवाहीको क्रममा विदेशको नागरिकता त्याग्नु नपर्ने र निजलाई नागरिकता प्रदान गर्ने निर्णय गर्नु अघि विदेशको नागरिकता त्याग गर्ने व्यवस्थाका लागि यो व्यवस्था गरिएको छ।
		(५) उपधारा (४) बमोजिम प्रदान गरिएको अङ्गीकृत नागरिकता सम्बन्धी विवरण संघीय व्यवस्थापिका समक्ष		विदेशी नागरिकलाई अङ्गीकृत नागरिकता प्रदान गर्ने विषयलाई पारदर्शी र उत्तरदायी बनाउन यसै धाराको उपधारा (२) बमोजिम प्रदान गरिएको अङ्गीकृत

सि.नं	विषयवस्तु	संविधानमा राख्ने प्रस्तावित व्यवस्था	संविधानमा रहने स्थान	प्रस्तावित व्यवस्था गर्नु पर्नाको कारण वा व्याख्यात्मक टिप्पणी
		प्रस्तुत गर्नु पर्नेछ ।		नागरिकता सम्बन्धी विवरण संघीय व्यवस्थापिका समक्ष प्रस्तुत गर्न र सो उपर छलफल हुन सक्ने गरी यो व्यवस्था गरिएको छ ।
५.	**क्षेत्र गाभिँदाको नागरिकता**	**क्षेत्र गाभिंदाको नागरिकता:** नेपालभित्र गाभिने गरी कुनै क्षेत्र प्राप्त भएमा सो क्षेत्रभित्र बसोवास भएको व्यक्ति प्रचलित कानूनको अधीनमा रही नेपालको नागरिक हुनेछ ।		भविष्यमा नेपालभित्र गाभिने गरी कुनै क्षेत्र प्राप्त भएमा त्यस्तो क्षेत्र नेपालको भू-भाग हुने भएकोले उक्त क्षेत्रमा बसोबास गर्ने बासिन्दालाई प्रचलित कानून बमोजिम नेपालको नागरिकता प्रदान गर्न सक्ने गरी यस्तो व्यवस्था गरिएको छ ।
६.	**वंशीय आधार तथा लैङ्गिक पहिचान सहितको नागरिकता**	**वंशीय आधार तथा लैङ्गिक पहिचान सहितको नागरिकता:** प्रत्येक नागरिकलाई निजको आमा वा बाबुको वंशको आधारमा लैङ्गिक पहिचान सहितको नेपाली नागरिकताको प्रमाणपत्र प्रदान गरिनेछ ।+		नेपाली नागरिकताको प्रमाणपत्र प्रदान गर्दा नेपाली नागरिकता प्रमाणपत्र प्राप्त गर्न आवेदन गर्ने व्यक्तिको आमा, बाबु वा दुवैको नामबाट महिला, पुरुष वा तेस्रो लिङ्गीलाई पहिचान सहितको नागरिकताको प्रमाणपत्र प्रदान गर्न यो व्यवस्था गरिएको छ ।
७.	**नागरिकताको पुन: प्राप्ति**	**नागरिकताको पुन: प्राप्ति:** नेपाली नागरिकता त्याग गरी विदेशी मुलुकको नागरिकता लिएका व्यक्तिले पुन: नेपालमा आई पाँच वर्ष बसोबास गरी विदेशी मुलुकको नागरिकता त्याग गरेमा पहिले जुन किसिमको नेपालको नागरिकता प्रदान गरिएको हो निजलाई सोही किसिमको नागरिकता प्रदान गर्न सकिनेछ । तर यो व्यवस्था धारा ४ को उपधारा (४) बमोजिम प्रदान गरिएको अङ्गीकृत		यो व्यवस्था नेपाली नागरिकले नेपालको नागरिकता त्याग गरी विदेशको नागरिकता लिएको र पुन: नेपालको नागरिकता प्रदान गर्ने विषयसँग सम्बन्धित छ । नेपालमा कम्तीमा पन्ध्र बर्ष बसोबास गरी नेपालको आर्थिक, सामाजिक क्षेत्रमा योगदान पुऱ्याएको आधारमा अङ्गीकृत नागरिकता प्रदान गरिएको व्यक्ति बाहेक अन्य प्रकारका नेपाली नागरिकले नेपालको नागरिकता त्याग गरी विदेशको नागरिकता लिएकोमा त्यस्तो व्यक्ति पुन: नेपालमा आई कम्तीमा पाँच बर्षसम्म बसोबास गरी विदेशको नागरिकता त्यागेमा त्यस्तो व्यक्तिलाई निजले पहिले जुन किसिमको

+ केही प्रावधान थप गर्ने गरी फरक मत रहेको ।

सि.नं	विषयवस्तु	संविधानमा राख्ने प्रस्तावित व्यवस्था	संविधानमा रहने स्थान	प्रस्तावित व्यवस्था गर्नु पर्नाको कारण वा व्याख्यात्मक टिप्पणी
		नागरिकको हकमा लागू हुने छैन ।*		नागरिकता लिएको थियो सोही किसिमको नागरिकता प्रदान गर्न सकिने गरी यो व्यवस्था गरिएको छ ।
८.	**सम्मानार्थ नागरिकता**	**सम्मानार्थ नागरिकता:** संघीय सरकारले अन्तर्राष्ट्रिय ख्याति प्राप्त व्यक्तिलाई सम्मानार्थ नेपालको नागरिकता प्रदान गर्न सक्नेछ ।		राजनीतिक अधिकार प्रयोग गर्न नपाउने गरी सम्मान स्वरूप अन्तर्राष्ट्रिय ख्यातिप्राप्त व्यक्तिलाई संघीय सरकारले निर्णय गरी नेपालको नागरिकता प्रदान गर्न सक्ने गरी यो व्यवस्था गरिएको छ ।
९.	**झूटो विवरण पेश गरी वा पटक पटक नागरिकता लिन दिन नहुने**	**झूटो विवरण पेश गरी वा पटक पटक नागरिकता लिन दिन नहुने:** कसैले झूटो विवरण वा वयान दिई वा एकपटक भन्दा बढी वा एकभन्दा बढी स्थानबाट नागरिकता लिन दिन हुँदैन । त्यस्तो कार्य कानून बमोजिम दण्डनीय हुनेछ । तर प्रमाणका आधारमा नागरिकता प्रमाण पत्रमा उल्लिखित लेखाइ वा छपाइका सामान्य त्रुटी सच्याउन वा नागरिकताको प्रमाणपत्रको प्रतिलिपि लिन दिन यस धाराले रोक लगाएको मानिने छैन । **स्पष्टिकरण:** नागरिकता सम्बन्धी अभिलेखमा रहेका नाम, थर, ठेगाना जस्ता विषयमा रहेका लेखाई वा छपाई सम्बन्धी सामान्य त्रुटिलाई यस धाराको प्रयोजनका लागि झूटो विवरण मानिने छैन ।		झूटो विवरण वा वयान दिई झुक्याई वा एकपटक भन्दा बढी पटक एकै वा विभिन्न प्रादेशिक राज्यबाट नागरिकता लिन दिन नहुने गरी झूटो विवरण पेश गरी वा पटक पटक नागरिकता लिन नेपाली वा विदेशी जुनसुकै व्यक्तिलाई दिन निषेध गर्दै त्यस्तो कार्यलाई गंभीर अपराधको रूपमा व्यवस्था गर्दै त्यस्तो कसूरमा सम्लग्न सबैलाई कानून बमोजिम सजाय गर्न यो व्यवस्था गरिएको छ । तर वैवाहिक, बसाईंसराईंको कारणले वा नाम थर आदिमा भएको लेखाइ वा छपाइ सम्बन्धी मानवीय गल्तीहरूलाई सच्याएर नागरिकताको प्रमाण पत्रको प्रतिलिपि लिन वा नागरिकताको प्रमाण पत्र हराएको, च्यातिएको जस्ता कारणले नागरिकताको प्रतिलिपि माग गर्न तथा सच्याउन मागेको नागरिकताको प्रमाण पत्र खिची अर्को नागरिकता प्रदान गर्न वा पहिलाको नागरिकता प्रमाण पत्रको प्रतिलाई अमान्य गरी नागरिकताको मूलप्रतिका आधारमा प्रतिलिपि मात्र मान्य हुने गरी नागरिकताको प्रमाण पत्र लिन दिन यस धाराले रोक नलगाउने व्यवस्था गर्न समेत यस प्रकारको व्यवस्था

* यस धाराको सट्टामा फरक मत रहेको ।

सि.नं	विषयवस्तु	संविधानमा राख्ने प्रस्तावित व्यवस्था	संविधानमा रहने स्थान	प्रस्तावित व्यवस्था गर्नु पर्नाको कारण वा व्याख्यात्मक टिप्पणी
				गरिएको छ । साथै नागरिकताको प्रमाणपत्र प्राप्त गर्न कुनै व्यक्तिले पेश गरेका अभिलेखमा भएका नाम, थर, ठेगाना जस्ता विषयमा रहेका लेखाई वा छपाई सम्बन्धी सामान्य त्रुटिलाई झूटो विवरण नमानिने गरी व्यवस्था गर्न यो व्यवस्था गरिएको छ ।
१०.	**नागरिकताको प्रमाणपत्र उपर छानविन गर्ने**	**नागरिकताको प्रमाणपत्र उपर छानविन गर्ने:** यस भागमा अन्यत्र जुनसुकै कुरा लेखिएको भए तापनि संघीय सरकारले नेपाली नागरिकताको प्रमाणपत्र उपर छानविन गरी गैरनेपालीले लिएको नेपाली नागरिकताको प्रमाणपत्र रद्द गर्न र त्यस्तो व्यक्तिलाई नेपाली नागरिकबाट हटाउन सक्नेछ ।		झूटो विवरण वा वयान दिई झुक्याई नेपाली नागरिकताको प्रमाण पत्र लिएको भन्ने विभिन्न उजूरी, गुनासाहरू समेत आइरहेको सन्दर्भमा त्यसरी विगतमा प्रदान गरिएका तथा भविष्यमा वंशज वा अङ्गीकृत लगायत जुनसुकै आधारमा प्रदान गरिने नागरिकता संघीय सरकारले छानविन गरी गैर नेपाली नागरिकले कानून विपरीत लिएको नागरिकता बदर गर्न र त्यस्ता व्यक्तिलाई नेपालको नागरिकबाट हटाउन सक्नेसम्मको व्यवस्था गर्न यो व्यवस्था गरिएको छ ।
११.	**नागरिकता कायम नरहने**	**नागरिकता कायम नरहने:** (१) देहायको अवस्थामा कुनै पनि व्यक्तिको नेपाली नागरिकता कायम रहने छैन- (क)स्वेच्छाले नेपालको नागरिकता परित्याग गरेमा,		व्यक्तिले स्वेच्छाले त्याग गरेमा वा अन्य विभिन्न कारणले व्यक्तिको नागरिकता समाप्त हुन सक्छ । नागरिकता रोज्न पाउने, परिवर्तन गर्न पाउने तथा नागरिकता त्याग गर्न पाउने व्यक्तिको अधिकार भएकोले नेपाली नागरिकता प्राप्त व्यक्तिले स्वेच्छाले नेपालको नागरिकता परित्याग गरेमा त्यस्तो व्यक्तिले प्राप्त गरेको नेपालको नागरिकता समाप्त गर्न यो व्यवस्था गरिएको छ ।
		(ख) विदेशी मुलुकको नागरिकता प्राप्त गरेमा,		नेपालले बहुनागरिकता (Multiple Citizenship) प्रणाली अवलम्वन नगरेकोले कुनै नेपाली नागरिकले आफूखुसी विदेशी मुलुकको नागरिकता प्राप्त गरेमा वा विदेशको नागरिकता

सि.नं	विषयवस्तु	संविधानमा राख्ने प्रस्तावित व्यवस्था	संविधानमा रहने स्थान	प्रस्तावित व्यवस्था गर्नु पर्नाको कारण वा व्याख्यात्मक टिप्पणी
				प्राप्त गरिसकेको व्यक्तिले नेपालको नागरिकता लिएमा त्यस्ता व्यक्ति नेपालको नागरिक कायम नरहने गरी यो व्यवस्था गरिएको छ ।
		(ग) यस भागमा अन्यथा व्यवस्था भएकोमा बाहेक कुनै गैरनेपालीले नेपालको नागरिकता लिएको प्रमाणित भएमा ।		विदेशी नागरिकले नेपालको नागरिकता पाउने गरी यसै भागमा उल्लेख गरिएका शर्त र व्यवस्था विपरीत हुने गरी कुनै गैरनेपालीले नेपालको नागरिकता लिएको प्रमाणित भएमा त्यस्तो व्यक्तिको नेपालको नागरिकता समाप्त गर्न यो व्यवस्था गरिएको छ ।
		(२) नेपाली नागरिकता प्राप्त गर्न योग्यता पुगेको कुनै व्यक्ति अन्य मुलुकको पनि नागरिकता प्राप्त गर्न योग्य रहेछ भने त्यस्तो व्यक्तिले नागरिकता प्रमाणपत्र लिन योग्यता पुगेको दुई वर्षभित्र तथा नावालक नाबालिकाको हकमा बालिग भएको मितिले दुई वर्षभित्र नेपालको नागरिकता नरोजेमा त्यस्तो व्यक्ति नेपालको नागरिक कायम रहने छैन ।		नागरिकता सम्बन्धी नीतिगत विविधताले गर्दा कुनै व्यक्ति एकैसाथ नेपाल र अन्य मुलुकको नागरिक हुने अवस्था भएमा त्यस्तो व्यक्तिले सो अवस्था भएको मितिले दुई वर्षभित्र नेपालको नागरिकता कायम राख्ने हो भने नेपालको नागरिकता रोजीसक्नु पर्ने तथा कुनै नाबालक वा नावालिकालाई त्यस्तो दुवै देशको नागरिकता प्राप्त हुने अवस्था भएमा त्यस्तो नावालक वा नाबालिका बालिग भएको मितिले दुई वर्षभित्र नेपालको नागरिकता रोजीसक्नु पर्ने तथा उक्त अवधिभित्र नेपालको नागरिकता नरोजेमा त्यस्तो व्यक्तिको नेपाली नागरिकता लोप हुने गरी यो व्यवस्था गरिएको छ ।
१२.	**विवरण अद्यावधिक गर्ने**	**विवरण अद्यावधिक गर्ने:** नेपाली नागरिकसँग वैवाहिक सम्बन्ध कायम गरेका विदेशी नागरिक तथा त्यस्ता दम्पत्तीबाट जन्मेका सन्तानहरूको विवरण कानून बमोजिम अद्यावधिक गरिनेछ ।		नेपाली नागरिकसँग वैवाहिक सम्बन्ध कायम भएका विदेशी व्यक्तिलाई नेपालमा १५ बर्ष बसोबास गरेको र विदेशको नागरिकता त्याग गरेको आधारमा अङ्गीकृत नागरिकता प्रदान गर्ने तथा त्यस्तो दम्पतीबाट नेपालमा जन्म भई नेपालमा नै बसोबास गरेका सन्तानलाई नेपाली नागरिकता प्रदान गर्ने व्यवस्था गरिएको सन्दर्भमा नेपालमा बसोबास गरे

सि.नं	विषयवस्तु	संविधानमा राख्ने प्रस्तावित व्यवस्था	संविधानमा रहने स्थान	प्रस्तावित व्यवस्था गर्नु पर्नाको कारण वा व्याख्यात्मक टिप्पणी
				नगरेको सुनिश्चित गर्न नेपाली नागरिकसँग वैवाहिक सम्बन्ध कायम गर्ने विदेशी नागरिकको विवाह दर्ता, विवाहपूर्व कायम रहेको नागरिकता र बसोबास भएको स्थान, नेपालमा बसोबास गरेको ठेगाना, पेशा, व्यवसाय लगायतका विवरण र त्यस्ता दम्पत्तीबाट जन्मेका सन्तानको जन्म स्थानको ठेगाना, जन्मदर्ता, शैक्षिक विवरण, बसोबासको ठेगाना, पेशा व्यवसाय लगायतका विवरण कानून बमोजिम उपयुक्त प्रकृयाद्वारा अद्यावधिक गरी राख्नको लागि यो व्यवस्था गरिएको छ।
१३.	**पदाधिकारीको नागरिकता सम्बन्धी व्यवस्था**	**पदाधिकारीको नागरिकता सम्बन्धी व्यवस्था:*** (१) नेपालको राष्ट्रप्रमुख तथा उप-प्रमुख, संघीय वा राज्यस्तरको व्यवस्थापिका, कार्यपालिका र न्यायपालिकाको प्रमुख र संवैधानिक अङ्ग तथा सुरक्षा निकाय प्रमुखको पदमा निर्वाचित वा नियुक्त हुन वंशजको आधारमा नागरिकता प्राप्त नेपाली नागरिक हुनु पर्नेछ।	**विविध**	नेपालको राष्ट्रप्रमुख, राष्ट्र उप-प्रमुख तथा नेपालको संघीय एवं राज्यस्तरका सबै व्यवस्थापिका, कार्यपालिका र न्यायपालिकाको प्रमुखको पदमा, संवैधानिक अङ्ग तथा सुरक्षा निकायको प्रमुखको पदमा वंशजको आधारमा नेपालको नागरिकता प्राप्त व्यक्तिहरू मात्र निर्वाचित वा नियुक्त हुन पाउने गरी यो व्यवस्था गरिएको छ।
		(२) यो संविधान बमोजिम नेपालको संवैधानिक पदमा नियुक्तिको लागि योग्य हुने अङ्गीकृत वा जन्मका आधारमा नेपाली नागरिकता प्राप्त नेपाली नागरिक कम्तीमा दश वर्ष र नेपालको नागरिकता त्याग गरी पुनः वंशजको आधारमा नागरिकता प्राप्त गरेको नेपाली		वंशज बाहेकका जन्म वा अङ्गीकृत आधारमा नेपालको नागरिकता प्राप्त व्यक्तिहरूले नेपालको संवैधानिक पदहरूमा नियुक्त हुन कम्तीमा दश वर्ष नेपालमा नै बसोबास गरेको हुनु पर्ने र एक पटक नेपालको वंशजको नागरिकता त्याग गरी पुनः वंशजको आधारमा नेपाली नागरिकता प्राप्त गरेको व्यक्तिलाई कुनै पनि संवैधानिक पदमा

सि.नं	विषयवस्तु	संविधानमा राख्ने प्रस्तावित व्यवस्था	संविधानमा रहने स्थान	प्रस्तावित व्यवस्था गर्नु पर्नाको कारण वा व्याख्यात्मक टिप्पणी
		नागरिक कम्तीमा पाँच वर्ष नेपालमा बसोबास गरेको हुनु पर्नेछ ।*		नियुक्त हुन पुनः नेपाली नागरिकता लिएको पाँच वर्ष पूरा भएको हुनु पर्ने गरी यो व्यवस्था गरिएको छ ।
१४.	**गैरआवासीय नेपाली परिचयपत्र**	**गैरआवासीय नेपालीलाई परिचयपत्र दिन सकिने: नेपालको नागरिकता त्याग गरी विदेशको नागरिकता प्राप्त गरेका नेपाली मुलका व्यक्तिलाई प्रचलित कानून बमोजिम आर्थिक, सामाजिक र साँस्कृतिक अधिकार उपभोग गर्न पाउने गरी गैरआवासीय नेपाली परिचयपत्र प्रदान गर्न सकिनेछ ।**–+	**विविध**	नेपाली नागरिकता त्याग गरी विदेशी नागरिकता लिएका गैरआवाशीय नेपालीलाई नेपालमा सामाजिक, साँस्कृतिक र आर्थिक सम्बन्ध जोड्ने प्रयोजनका लागि राजनीतिक अधिकार, मताधिकारको प्रयोग र सार्वजनिक पदमा बहाल रहन नपाउने तथा कानूनमा रोक लगाइएका बाहेकका अन्य अधिकार प्रयोग गर्न पाउने गरी गैरआवासीय नेपाली परिचय पत्रको व्यवस्था गर्न यो व्यवस्था गरिएको छ ।
१५.	**कानून बमोजिम हुने**	**कानून बमोजिम हुने:** नागरिकता सम्बन्धी अन्य व्यवस्था प्रचलित कानून बमोजिम हुनेछ ।	**नागरिकता**	संविधानमा उल्लेख भएका प्रावधानहरू विपरीत नहुने गरी नागरिकता सम्बन्धी कार्यविधिगत लगायतका व्यवस्थाहरू कानून मार्फत गर्न आवश्यक भएकोले यो प्रावधान राखिएको छ ।

दोस्रो संविधान सभाले पहिलो संविधान सभाबाट भएका अवधारणा पत्र सहितका प्रारम्भिक मस्यौदालाई आत्मसात् गरी आफ्नो पुँजी मान्दै तीनमा थप छलफल गरी परिमार्जन गरेर नेपालको संविधान जारी गरेको थियो । यो पृष्ठभूमिबाट बनेको हालको नेपालको संविधानमा भएका नागरिकता सम्बन्धी व्यवस्था र कानूनी व्यवस्था यस प्रकार छ ।

१०.१. नेपालको संविधान

वि.सं. २०७२ असोज ३ मा जारी भएको नेपालको संविधानको भाग २ मा नागरिकता सम्बन्धी व्यवस्था रहेको छ । यस संविधानमा भएको नागरिकता सम्बन्धी व्यवस्था निम्नानुसार रहेको छ :-

* यस प्रवधानको सट्टामा फरक मत रहेको ।

– यो प्रावधानलाई हटाउने गरी फरक मत रहेको ।

+ प्रावधान थप गर्ने गरी फरक मत रहेको ।

(क) **नागरिकतालाई संवैधानिक हकका रूपमा ग्यारेण्टी गरिएको :-** कुनै पनि नेपाली नागरिकलाई नागरिकता प्राप्त गर्ने हकबाट वञ्चित गरिने छैन[६२] भनी नेपाली नागरिकले नागरिकता प्राप्त गर्ने हकलाई संवैधानिक प्रत्याभूति प्रदान गरिएको छ ।

(ख) **प्रादेशिक पहिचान सहितको एकल संघीय नागरिकता हुने :-** संघीय संरचना भएका मुलुकमा आफ्ना नागरिलाई संघ र प्रदेशले छुट्टाछुट्टै नागरिकता दिने एकै देश भित्र पनि दोहोरा नागरिकता प्रणाली र संघबाट मात्र प्रदेशको पहिचान सहितको नागरिकता दिने एकल नागरिकता प्रणाली अभ्यासमा रहेको देखिन्छ । जस्तै :- अमेरिकामा संघ र राज्य दुवैले नागरिकता दिने दोहोरो नागरिकता प्रणाली अवलम्वन गरिएको छ भने भारत, स्वीट्जरल्याण्डमा संघले मात्र नागरिकता दिने एकल नागरिकता प्रणाली रहेको देखिन्छ । संविधानतः संघीय संरचना अवलम्वन गरेको नेपालमा नेपालको संविधानले आफ्ना नागरिकलाई प्रादेशिक पहिचान सहितको एकल संघीय नागरिकता प्रदान गर्ने व्यवस्था गरेको छ ।[६३]

(ग) **नेपालको नागरिक ठहर्ने व्यक्तिः-** यो संविधान प्रारम्भ हुँदाका वखत नेपालको नागरिकता प्राप्त गरेका र यो संविधानको भाग २ बमोजिम नागरिकता प्राप्त गर्न योग्य व्यक्तिहरू नेपालको नागरिक हुनेछन् भनी नेपालको नागरिक को हुने भन्ने निश्चित गरिएको छ ।[६४]

(घ) **नागरिकता प्राप्तिका आधारहरूः-** नेपालको संविधानको भाग २ को धारा ११ मा भएको नेपाली नागरिकता प्राप्त गर्न सक्ने व्यक्तिलाई आधार मानेर हेर्दा नेपाली नागरिकताको प्राप्तिका आधार निम्नानुसार देखिन्छन् :-

घ.१.वंशजको आधार (Jus Sanguinis or Right of Blood) :-

- यो संविधान प्रारम्भ हुँदाका वखत नेपालमा स्थायी वसोवास भएको वंशजको आधारमा नेपालको नागरिकता प्राप्त गरेको व्यक्ति र कुनै व्यक्तिको जन्म हुँदाका वखत निजको बाबु वा आमा नेपालको नागरिक भएका व्यक्ति वंशजको आधारमा नेपालको नागरिक ठहर्ने,[६५]
- यो संविधान प्रारम्भ हुनुभन्दा अघि जन्मको आधारमा नेपालको नागरिकता प्राप्त गरेको नागरिकको सन्तानले बाबु र आमा दुवै नेपालको नागरिक रहेछन् भने निज वालिग भएपछि वंशजको आधारमा नेपालको नागरिकता प्राप्त गर्ने,[६६]

---

[६२] नेपालको संविधानको धारा १०(१)

[६३] ऐ., धारा १०(२)

[६४] ऐ., धारा ११(१)

[६५] ऐ., धारा ११(२)

[६६] ऐ., धारा ११(३)

- नेपाल सरहद भित्र फेला परेको पितृत्व र मातृत्वको ठेगान नभएको प्रत्येक नावालक निजको बाबु वा आमा फेला नपरेसम्म वंसजको आधारमा नेपालको नागरिक ठहर्ने,[६७]
- नेपालको नागरिक आमाबाट नेपालमा जन्म भई नेपालमा नै वसोवास गरेको र बाबुको पहिचान हुन नसकेको व्यक्तिलाई वंशजको आधारमा नेपालको नागरिकता प्रदान गरिने,[६८]
- नागरिकता प्राप्त गर्दाका वखत आमा र बाबु दुवै नेपाली नागरिक भइसकेको नेपालमा जन्मी नेपालमै स्थायी वसोवास गरेको नेपाली महिला आमा र विदेशी पुरुष बाबु भएको विदेशी मुलुकको नागरिकता प्राप्त नगरेको व्यक्तिले वंशजको आधारमा नेपाली नागरिकता प्राप्त गर्न सक्ने,[६९]

घ.२. अङ्गीकरणको आधार (Naturalization) :-

- नेपाली नागरिक आमाबाट नेपालमा जन्म भई नेपालमा नै वसोवास गरेको र बाबुको पहिचान हुन नसकी वंशजको आधारमा नेपालको नागरिकता प्राप्त गरेको व्यक्तिको बाबु विदेशी नागरिक भएको ठहरे त्यस्तो व्यक्तिको नागरिकता अङ्गीकृत नागरिकतामा परिणत हुने,[७०]
- नेपाली नागरिकसँग वैवाहिक सम्वन्ध कायम गरेकी विदेशी महिलाले चाहेमा संघीय कानून बमोजिम नेपालको अङ्गीकृत नागरिकता लिन सक्ने,[७१]
- विदेशी नागरिकसँग विवाह गरेकी नेपाली महिला नागरिकबाट जन्मिएको व्यक्तिको हकमा निज नेपालमा नै स्थायी वसोवास गरेको र निजले विदेशी मुलुकको नागरिकता प्राप्त नगरेको भए संघीय कानून बमोजिम नेपालको अङ्गीकृत नागरिकता प्राप्त गर्न सक्ने,[७२]
- माथि उल्लिखित अवस्थामा वाहेक नेपाल सरकारले संघीय कानून बमोजिम नेपालको अङ्गीकृत नागरिकता प्रदान गर्न सक्ने[७३]
- संविधानको व्यवस्था अनुसार नेपाली वा नेपालमा प्रचलित अन्य कुनै भाषा वोल्न लेख्न जानेको, नेपालमा कुनै व्यवसाय गरी बसेको, अन्य मुलुकको नागरिकता त्यागेको वा त्याग्ने घोषणा गरेको, कम्तिमा पन्ध्र वर्षसम्म नेपालमा वसोवास गरेको, नेपाली नागरिकलाई अङ्गीकृत नागरिकता दिने कानूनी व्यवस्था वा प्रचलन भएको मुलुकको नागरिक भएको, असल चालचलन भएको र मानसिक रूपले स्वस्थ भएको विदेशी

---

[६७] ऐ., धारा ११(४)

[६८] ऐ., धारा ११(५)

[६९] ऐ., धारा ११(७) को प्रतिवन्धात्मक वाक्याशं

[७०] ऐ., धारा ११(५) का प्रतिवन्धात्मक वाक्याशं

[७१] ऐ., धारा ११(६)

[७२] ऐ., धारा ११(७)

[७३] ऐ., धारा ११(८)

नागरिक मध्ये विज्ञान, दर्शनशास्त्र, कला, साहित्य, विश्वशान्ति, मानव कल्याण वा नेपालको औद्योगिक, आर्थिक वा सामाजिक उन्नतिमा विशेष योगदान पुऱ्याएको वा पुऱ्याउन सक्ने भनी मनासिव आधारमा नेपाल सरकारले ठहऱ्याएको व्यक्तिलाई अङ्गीकृत नागरिकता प्रदान गर्न सकिने तथा यस्तो व्यक्तिको सन्तान मध्ये निजले सो नागरिकता प्राप्त गर्नु भन्दा पहिले जन्मेको सन्तानले पनि अङ्गीकृत नेपाली नागरिकता प्राप्त गर्न सक्ने[७४] व्यवस्था नेपाल नागरिकता ऐन, २०६३ ले गरेको छ। अङ्गीकृत नेपाली नागरिकता पाउने व्यक्तिलाई नेपाल राज्य, प्रचलित संविधान कानूनप्रति वफादार रही श्रद्धा एवं निष्ठापूर्वक नेपाली नागरिकको रूपमा आफ्नो कर्तव्य पालना गर्नेछु भन्ने शपथ गराएर मात्र नेपाली नागरिकताको प्रमाण पत्र प्रदान गरिने र त्यस्तो प्रमाणपत्र पाएको मितिदेखि मात्र त्यस्तो व्यक्ति नेपालको अङ्गीकृत नागरिक हुने[७५] व्यवस्था उक्त ऐनले गरेको छ।

घ.३. सम्मानार्थ नागरिकता (Honorary Citizenship) :-

- नेपाल सरकारले अन्तर्राष्ट्रिय ख्याति प्राप्त व्यक्तिलाई सम्मानार्थ नेपालको नागरिकता प्रदान गर्न सक्नेछ।[७६]

घ.४. क्षेत्र गाभिदाँको नागरिकता (Acquision of territory) :-

- नेपाल भित्र गाभिने गरी कुनै क्षेत्र प्राप्त भएमा त्यस्तो क्षेत्र भित्र वसोवास भएको व्यक्ति नेपाल सरकारले नेपाल राजपत्रमा सूचना प्रकाशन गरी तोकिदिए बमोजिम सोही सूचनामा तोकेको मिति देखि नेपालको नागरिक हुनेछ।[७७]

घ.५.गैर आवासीय नेपाली नागरिकता (Non Residential Nepali Citizen) :- विदेशी मुलुकको नागरिकता प्राप्त गरेको दक्षिण एशियाली क्षेत्रीय सहयोग संगठनको सदस्य राष्ट्र वाहेकका देशमा वसोवास गरेको साविकमा वंशजको वा जन्मको आधारमा निज वा निजको बाबु वा आमा, वाजे वा वज्यै नेपालको नागरिक रही पछि विदेशी मुलुकको नागरिकता प्राप्त गरेको व्यक्तिलाई संघीय कानून बमोजिम आर्थिक, सामाजिक र सास्कृतिक अधिकार उपभोग गर्न पाउने गरी नेपालको गैर आवासीय नागरिकता प्रदान गर्न सकिने व्यवस्था संविधानमा रहेको छ।[७८] तर यस सम्वन्धमा नेपाल नागरिकता ऐन, २०६३ मा हालसम्म कुनै व्यवस्था भएको छैन। राजनीतिक अधिकार वाहेकका अन्य अधिकार प्रयोग गर्नका लागि नेपाली मूलका विदेशी नागरिकलाई गैर आवासीय नेपाली नागरिकता प्रदान गर्न सकिने यो संवैधानिक

---

[७४] पूर्व पाद ५३, दफा ५(४) र (५)

[७५] ऐ. दफा ५(६) र अनुसूची

[७६] पूर्व पाद ६२, धारा ११(९) र पूर्व पाद ५३, दफा ६

[७७] ऐ., धारा ११(१०) र दफा ७

[७८] पूर्व पाद ६२, धारा १४

व्यवस्थालाई त्यस्तो नेपालीका हकमा दोहोरो नागरिकता (Double Citizenship) का रूपमा लिन सकिन्छ ।

घ.६.वंशीय आधार तथा लैंगिक पहिचान सहितको नागरिकता :- यो संविधान बमोजिम वंशजको आधारमा नेपालको नागरिकता प्राप्त गर्ने व्यक्तिले निजको आमा वा बाबुको नामबाट लैंगिक पहिचान सहितको नेपालको नागरिकताको प्रमाणपत्र पाउन सक्नेछ ।[७९] यो व्यवस्था अनुसार लैंगिक पहिचानमा पुरुष, महिला र तेस्रो लिङ्गी के हो भन्ने पहिचान सहित बाबु आमा दुवै वा बाबु वा आमा मध्ये एकको नामबाट नेपालको नागरिकताको प्रमाणपत्र प्राप्त गर्न सक्ने देखिन्छ ।

घ.७.नागरिकताको प्राप्ति, पुनः प्राप्ति र समाप्ति :- नागरिकताको प्राप्ति, पुनः प्राप्ति र समाप्ति सम्बन्धी अन्य व्यवस्था संघीय कानून बमोजिम हुने[८०] संवैधानिक व्यवस्था अनुसार नेपाल नागरिकता ऐन, २०६३, नागरिकता नियमावली, २०६३ र नागरिकता निर्देशिका, २०६९ यस सम्बन्धी संघीय कानूनी व्यवस्थाका रूपमा रहेका छन् ।

घ.८. नेपालको नागरिकता सम्बन्धी अन्य व्यवस्था :- नेपालको प्रत्येक नागरिकको परिचय खुल्ने गरी अभिलेख राख्ने तथा नेपालको नागरिकता सम्बन्धी अन्य व्यवस्था संघीय कानून बमोजिम हुने व्यवस्था गरिएको छ ।[८१]

घ.९.विशिष्ट पदाधिकारीको नागरिकता सम्बन्धी विशेष व्यवस्था :- राष्ट्रपति, उपराष्ट्रपति, प्रधानमन्त्री, प्रधानन्यायाधीश, प्रतिनिधि सभाका सभामुख, राष्ट्रिय सभाका अध्यक्ष, प्रदेश प्रमुख, मुख्यमन्त्री, प्रदेश सभाको सभामुख र सुरक्षा निकायका प्रमुखको पदमा निर्वाचित, मनोनित वा नियुक्ति हुन वंशजको आधारमा नेपालको नागरिकता प्राप्त गरेको हुनुपर्ने,[८२] उक्त पद वाहेक अन्य संवैधानिक निकाय (अख्तियार दुरूपयोग अनुसन्धान आयोग, महालेखा परीक्षक, लोकसेवा आयोग, निर्वाचन आयोग, राष्ट्रिय मानव अधिकार आयोग, राष्ट्रिय प्राकृतिक श्रोत तथा वित्त अयोग, राष्ट्रिय महिला आयोग, राष्ट्रिय दलित आयोग, राष्ट्रिय समावेशी आयोग, थारु आयोग र मुस्लिम आयोगलाई नेपालको संविधानको धारा ३०६(१)(ठ) ले संवैधानिक निकाय भनी परिभाषित गरेको) को पदमा वंशज, अङ्गीकृत वा जन्मको आधारमा नेपालको नागरिकता प्राप्त गरेको व्यक्ति समेत योग्य हुने,[८३] तर नेपालको नागरिकसँग वैवाहिक सम्वन्ध कायम गरी अङ्गीकृत नागरिकता प्राप्त विदेशी महिला कम्तीमा

---

[७९] ऐ., धारा १२

[८०] ऐ., धारा १३

[८१] ऐ., धारा १५

[८२] ऐ., धारा २८९(१)

[८३] ऐ., धारा २८९(२)

पाँच वर्ष, अन्य अङ्गीकृत नागरिक कम्तीमा दश वर्ष र जन्मको आधारमा नागरिकता प्राप्त व्यक्ति कम्तीमा पाँच वर्ष नेपालमा वसोवास गरेको हुनुपर्ने व्यवस्था गरिएको छ ।[८४]

१०.२.नेपाल नागरिकता ऐन, २०६३, नागरिकता नियमावली, २०६३ र नागरिकता निर्देशिका, २०६९ :-

नेपालको संविधानमा भएका नागरिकता प्राप्ति पुनः प्राप्ति र समाप्ति सम्बन्धी संवैधानिक व्यवस्थाको प्रभावकारी कार्यान्वयनका लागि भएका कानूनी व्यवस्थाका रूपमा नेपाल नागरिकता ऐन, २०६३, नागरिकता नियमावली, २०६३ र नागरिकता निर्देशिका, २०६९ रहेका छन् । नेपाल नागरिकता ऐन, २०६३ ले संविधानको अधीनमा रही यस सम्वन्धमा सारवान र केही कार्यविधिगत व्यवस्था गरेको देखिन्छ । नागरिकता सम्बन्धी अपराध र दण्ड सजायका वारेमा पनि यस ऐनमा व्यवथा गरिएको छ ।[८५] नागरिकता नियमावली, २०६३ र निर्देशिका, २०६९ ले यस सम्बन्धी कार्यविधिगत व्यवस्था गरेको देखिन्छ । नागरिकता प्राप्तिका आधार सम्बन्धी विषयमा नेपालको संविधानमा भएका व्यवस्था वारे उल्लेख गर्दा माथि चर्चा भईसकेको हुँदा नेपाल नागरिकता ऐन, २०६३ ले नागरिकता समाप्ति र पुनः प्राप्तिका सम्वन्धमा गरेको व्यवस्थाका वारेमा मात्र यहाँ उल्लेख गरिएको छ ।

१०.२.क. नेपाली नागरिकताको समाप्ति[८६]:-

- नेपालको कुनै नागरिकले आफू खुसी विदेशी मुलुकको नागरिकता प्राप्त गरेमा,
- नेपाली नागरिकले नेपालको नागरिकता त्याग्न तोकिए बमोजिम सूचना दर्ता गराएमा,
- कुनै विदेशी व्यक्तिले झुठो विवरण वा वयान दिई नेपाली नागरिक हो भनी झुक्याई नेपाली नागरिकताको प्रमाणपत्र प्राप्त गरेको कुरा प्रमाणित भई नेपाल सरकारले निजको नेपाली नागरिकताको प्रमाणपत्र रद्द गरी निजलाई नेपाली नागरिकबाट हटाउने आदेश दिएमा,
- कुनै व्यक्तिलाई एकै साथ नेपालको र विदेशी मुलुकको नागरिकता प्राप्त हुने अवस्था भएमा त्यस्तो व्यक्तिले सोह्र वर्ष उमेर पुगेको दुई वर्ष भित्र कुनै एक मुलुकको नागरिकता रोज्नुपर्नेमा नरोजी सो म्याद नाघेमा, यस व्यवस्थाले व्यक्तिलाई नागरिकता छनौट (Choice) गर्ने नागरिकताको छनौटको आधारलाई आत्मसात् गरेको देखिन्छ ।

---

[८४] ऐ., धारा २८९(२) को प्रतिवन्धात्मक वाक्यांश

[८५] पूर्व पाद ५३, दफा १२, १३, १४ र २१

[८६] ऐ., दफा १०

१०.२.ख. नेपाली नागरिकताको पुनः प्राप्ति[८७]:-

- कुनै नेपाली नागरिकले विदेशी मुलुकको नागरिकता प्राप्त गरेपछि पुनः नेपालमा आई वसोवास गरेको र विदेशी मुलुकको नागरिकता त्यागेको निस्सा तोकिएको अधिकारीलाई दिएमा त्यस्तो निस्सा दर्ता भएको मितिदेखि निजको नेपाली नागरिकता पुनः कायम हुने ।

११. नागरिकता सम्बन्धमा न्यायिक दृष्टिकोण :-

नेपालको संविधान तथा कानूनमा भएको नागरिकता सम्बन्धी व्यवस्थाको कार्यान्वयनका सन्दर्भमा निर्णय गर्ने अधिकारीबाट हुने गरेको काम कारवाहीका सम्वन्धमा तथा नागरिकता सम्बन्धी विषयमा सार्वजनिक सरोकारको विवादका रूपमा सर्वोच्च अदालतमा पुगेका विवादमा सम्मानित सर्वोच्च अदालतबाट भएका आदेश/फैसला मार्फत आएका केही मुख्य न्यायिक दृष्टिकोणलाई यहाँ उल्लेख गरिएको छ ।

११.१. **वेन्जामिन पिटर विरुद्ध गृह मन्त्रालय समेत**[८८] यस मुद्दामा वैवाहिक सम्वन्ध भएका नेपाली नागरिक र विदेशी नागरिकका लागि विभेदयुक्त कानूनी शर्तहरू भएपनि संविधानले प्रत्याभूत गरेको समानताको व्यवस्था सामान्य प्रकारको हो भने नागरिकता सम्बन्धी व्यवस्था विशेष व्यवस्था हो । त्यसर्थ नागरिकता सम्बन्धी विशेष व्यवस्था सामान्य कानून अनुरूप भएन भन्ने कुरा मान्य नहुने भनी व्याख्या भएको छ ।

११.२. **छवि पिटर विरुद्ध गृह मन्त्रालय समेत**[८९] :- यस मुद्दामा जहाँसुकै जन्मेको भएपनि बाबु नेपाली नागरिक भए निजका सन्तान वंशजका आधारमा नेपाली नागरिक हुने तर नेपाली नागरिक महिलाले विदेशी नागरिकसँग विवाह गरी जन्मेका सन्तानले वंशजको आधारमा नेपाली नागरिकता पाउन नसक्ने व्याख्या भएको छ ।

११.३. **अधिवक्ता बालकृष्ण नेउपाने विरुद्ध मन्त्रिपरिषद सचिवालय समेत**[९०]:-

यस मुद्दामा नेपाली नागरिकताको प्रमाणपत्र दिने आधार र प्रक्रिया नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ र प्रचलित नेपाल कानूनद्वारा निर्धारित हुने गरेको र सो भन्दा वेगल आधार र शर्तहरू तोकी कानूनमा व्यवस्था भए भन्दा प्रतिकूल प्रक्रियाद्वारा नागरिकताको प्रमाणपत्र दिने गरी भएको निर्णय आदेशहरूको कानूनी मान्यता नहुने व्याख्या भएको छ ।

---

[८७] ऐ. दफा ११

[८८] ने.का.प. २०४८, अंक ११, नि.नं. ४४१३ पृ. ७४९

[८९] ने.का.प. २०४९, अंक ५, नि.नं. ४५३३, पृ. ४४३

[९०] सम्वत् २०५३ सालको रिट नं. १९४७, आदेश मितिः २०५८।७।२४

११.४. **बालकृष्ण नेउपाने विरुद्ध मन्त्रिपरिषद सचिवालय समेतः–**[९१] यस मुद्दामा संविधान, नागरिकता ऐन र नियमावलीले परिकल्पना नगरेको नागरिकता वितरण टोली कार्य निर्देशिका, २०५३ को आधारमा कानून बमोजिमको अख्तियारी र प्रकृया पूरा नगरी नागरिकता वितरण टोलीले नागरिकता वितरण गर्ने सम्वन्धमा गरेका कार्यहरू नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ तथा नेपाल नागरिकता ऐन, २०२० मा व्यवस्थित नागरिकता सम्बन्धी संवैधानिक तथा कानूनी आधारभन्दा थप आधारको व्यवस्था गरेको र अनधिकृत रूपमा नागरिकता वितरण टोलीबाट ठूलो परिमाणमा नागरिकताको प्रमाणपत्र वितरण गर्ने गरेको कार्य संविधान र कानून अनुकूल मान्न नसकिने ठहर गर्दै नागरिकता सम्बन्धी विषय मुलुकको राष्ट्रियतासँग जोडिएको अति नै संवेदनशील विषय भएकोले नागरिकताको प्रमाणपत्र निर्देशिकाको आधारमा नभई संविधान, ऐन, नियम तथा अदालतबाट प्रतिपादित सिद्धान्तको परिधिभित्र रही प्रदान गर्न सरकारका नाममा परमादेश जारी भएको छ ।

११.५. **बालकृष्ण नेउपाने विरुद्ध मन्त्रिपरिषद सचिवालय समेतः–**[९२] संविधान र ऐनले नागरिक ठहराउने गरी निर्धारण गरेका आधार वाहेक अरु आधारहरू सृजना गर्न र तोक्न नियम सक्षम रहेको देखिदैन, यस्ता आधारहरू नियमद्वारा तोक्न सक्ने गरी ऐनले अधिकार समेत दिएको नदेखिंदा संविधान र ऐनले तोकेका आधार विपरीत हुने गरी संविधान र ऐनले निर्धारण गरेको आधार उल्लंघन गरी थपिएको नागरिकता नियमावली, २०४९ को नियम ३(४) को खण्ड (क),(ख(),(ग) का व्यवस्था नेपाल अधिराज्यको संविधानको धारा ८ र ९ तथा नेपाल नागरिकता ऐन, २०२० को दफा ३ र १६ सँग वाझिएकोले सो हदसम्म प्रारम्भ भएको मिति देखि नै अमान्य र वदर घोषित हुने गरी सर्वोच्च अदालतबाट यस मुद्दामा आदेश भएको छ ।

११.६. **चन्द्रकान्त ज्ञवाली समेत विरुद्ध मन्त्रिपरिषद सचिवालय समेत :–**[९३] आमाको नामबाट वंशजको नागरिकता सन्तानले नपाउने व्यवस्था लैङ्गिक विभेदजन्य भई संविधानको धारा ११ को समानताको हकसँग वाझिएको भनी परेको यो रिटमा सर्वोच्च अदालतबाट नागरिकता सम्बन्धी विषय अत्यन्त महत्वपूर्ण र संवेदनशील विषय भएकोले संविधानमा नै नागरिकताको व्यवस्था गरिएको भन्दै बाबु नेपाली नागरिक भएको आधारमा मात्र वंशजको नागरिकता प्रदान गर्ने व्यवस्था समानता सम्बन्धी हकसँग वाझिएको भन्न नमिल्ने भनी व्याख्या भएको छ । यद्यपि नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ र नेपालको संविधानमा समेत आमाको नामबाट समेत वंशजको आधारमा सन्तानले नागरिकता पाउने व्यवस्था भइसकेको र सम्मानित सर्वोच्च अदालतबाट पनि पछिल्ला संविधानहरूको उक्त व्यवस्थाका सन्दर्भमा

---

[९१] सम्वत् २०५४ सालको रिट नं. २९८०, आदेश मिति : २०५८।४।८

[९२] ने.का.प. २०५१, अंक ९, नि.नं. ४९७०, पृ. ६७५

[९३] ने.का.प. २०५८, अंक ११/१२, नि.नं. ७०४४, पृ. ६१५

केही मुद्दाहरूमा आमाको नामबाट सन्तानले वंशजको नागरिकता पाउने गरी व्याख्या समेत भइसकेको छ ।

११.७. **सुनिलबाबु पन्त विरुद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषदको कार्यालय समेत,**[९४] **डिलु वुजुदा विरुद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषदको कार्यालय समेत**[९५] **र सुनिलबाबु पन्त समेत विरुद्ध नेपाल सरकार**[९६] :- यी ३ वटै नजीर नेपालको संविधानको धारा १२ को लैङ्गिक पहिचान सहितको नागरिकतासँग सम्वन्धित छन् । यी नजीरहरूले आफ्नो वास्तविक लैङ्गिक पहिचान सहितको नागरिकता दिनुपर्ने संवैधानिक प्रत्याभूतिका सन्दर्भमा लिङ्ग भन्नाले पुरुष र महिला मात्र नभई पुरुष महिला भन्दा भिन्न रूपमा आफूलाई चिनाउने तेस्रो लिङ्गी पनि भएकोले त्यस्ता व्यक्तिहरूलाई सोही लिङ्गबाट पहिचान हुने गरी नागरिकताको प्रमाणपत्र प्रदान गर्नुपर्ने कुरा तर्फ निर्देशित गरेको छ । नेपालको संविधानको धारा १२ मा भएको लैङ्गिक पहिचान सहितको नागरिकता पाउने व्यवस्थासँग यी न्यायिक व्याख्याको सार्थक सम्वन्ध रहेको छ ।

११.८. **रंजित थापा विरुद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषदको कार्यालय समेत**[९७] **सविना दमाई समेत विरुद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषदको कार्यालय समेत,**[९८] **सज्दा सापकोटा विरुद्ध नेपाल सरकार,ढढ सन्देश सिंह समेत विरुद्ध जिल्ला प्रशासन कार्यालय मोरङ समेत,**[१००] सृजन खरेल विरुद्ध नेपाल सरकार,[१०१] भोला नगरकोटी विरुद्ध नेपाल सरकार[१०२] :- यी नजीरहरूमा आमाको नामबाट मात्र पनि सन्तानले वंशजको आधारमा नेपाली नागरिकता प्राप्त गर्न सक्ने संवैधानिक प्रत्याभूतिलाई सर्वोच्च अदालतबाट समेत व्याख्या मार्फत थप प्रत्याभूत गरिएको छ । नेपाली नागरिक आमाका नामबाट मात्र पनि सन्तानले वंशीय आधारमा नागरिकता पाउने नेपालको संविधानको धारा १२ को व्यवस्थाको सम्वन्ध यही संविधानको धारा ३८(१) को प्रत्येक महिलालाई लैङ्गिक भेदभाव विना समान वंशीय हक हुनेछ भन्ने व्यवस्था तथा धारा १८ को नागरिक नागरिक बीच लिङ्गका आधारमा विभेद नगरिने व्यवस्थासँग रहेकोले आमाको नामबाट सन्तानलाई नागरिकतामा प्रतिबन्ध लगाउनु संविधानको मर्म विपरीत हुने व्याख्या भएको छ ।

---

[९४] ने.का.प. २०६५, अंक ४, नि.नं. ७९५८, पृ. ४८५

[९५] ने.का.प. २०७०, अंक ८, नि.नं. ९०४८, पृ. १०५६

[९६] ने.का.प. २०७४, अंक ९, नि.नं. ९८७५, पृ. १५३५

[९७] ने.का.प. २०६६, अंक ६, नि.नं. ८१७५, पृ. १०१४

[९८] ने.का.प. २०६८, अंक २, नि.नं. ८५५७, पृ. २४७

[९९] ने.का.प. २०७३, अंक ७, नि.नं. ९६२७, पृ. १२३७

[१००] ने.का.प. २०७४, अंक ७, नि.नं. ९८४१, पृ. १२१३

[१०१] ने.का.प. २०७३, अंक ९, नि.नं. ९६८७, पृ. १८३३

[१०२] रिट नं. २०६९-WO-०८८०

११.९. **नक्कली महर्जन विरुद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषदको कार्यालय समेत**[१०३] विवाहित महिलाले बाबुको नामबाट नागरिकता लिने की पतिको नामबाट नागरिकता लिने भनी छनौट गर्ने अधिकार महिलालाई हुनुपर्नेमा पतिकै नामबाट मात्र नागरिकता लिन सिफारिस दिने वुवाको नामबाट नागरिकता लिन सिफारिस नदिने कीर्तिपुर नगरपालिकाको कार्य विरुद्ध परेको यो रिटमा वैवाहिक स्थिति वा लिङ्गको आधारमा भेदभाव गरी विकल्प छनौट गर्न पाउने अधिकारबाट वञ्चित गर्न नमिल्ने हुँदा निवेदकको माग बमोजिम बाबुको नामबाट नेपाली नागरिकताको प्रमाणपत्र बनाउन सिफारिस दिनु भनी कीर्तिपुर नगरपालिकाका नाममा परमादेश जारी भएको छ ।

११.१०. **टेक ताम्राकार विरुद्ध मन्त्रिपरिषद सचिवालय समेत**[१०४] बाबुको ठेगान नभएकै कारणले वादी महिलाहरूबाट जन्म भएका वालकहरूको जन्मदर्ता गर्न र निजहरूले नागरिकता प्राप्त गर्न नसकेको भन्ने समेत विषयको यो रिटमा वादी समुदायका बालबालिकाहरू लगायत बाबुको ठेगान नलागेका सबै बालबालिकाहरूलाई बाबुको ठेगान नलागेको भन्ने कारणले निजहरूको जन्मदर्ता गर्न इन्कार नगर्नु तथा त्यस्ता बालबालिकालाई नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ९(२) तथा नेपाल नागरिकता ऐन, २०२० को दफा ३(४) बमोजिम नेपालको नागरिकता प्रदान गर्न अविलम्व आवश्यक व्यवस्था गरी त्यस्ता व्यक्तिहरूलाई नेपालको नागरिकता प्रदान गर्न परमादेश जारी भएको छ । नेपालको संविधानको धारा ११(४) र नेपाल नागरिकता ऐन, २०६३ को दफा ३(३) को व्यवस्था कार्यान्वयनका सन्दर्भमा पनि उक्त नजीर सान्दर्भिक छ, जसले नेपाल भित्र फेला परेका पितृत्व वा मातृत्वको ठेगान नलागेका व्यक्तिलाई राज्यविहीन (Statelessness) हुनबाट वचाउछ ।

११.११. **दिवाकर क्षेत्री समेत विरुद्ध नेपाल सरकार**[१०५] **:-**

यो मुद्दामा नागरिकता राज्यले आफ्ना नागरिकहरूको पहिचानको लागि जारी गरिने महत्वपूर्ण प्रमाणपत्र हो, नागरिकता व्यक्तिको राष्ट्रियतासँग गाँसिएको विषय हुँदा राज्यले संविधान तथा कानून निर्माण गरी नागरिकता प्राप्त गर्ने आधारहरू तया गरेको हुन्छ, कुनै व्यक्ति कुनै राष्ट्रमा वस्दैमा वा रोजगार, पेसा, व्यवसायमा संलग्न हुँदैमा त्यो राष्ट्रको नागरिक भईहाल्दैन, राज्यको नीतिको अधीनमा रही कानूनले नागरिकता प्राप्त गर्ने खास आधार र प्रक्रियाहरू तय गरेको हुन्छ, यस्ता आधार र प्रक्रियाहरू पूरा गर्ने व्यक्तिलाई नागरिकताको प्रमाणपत्र जारी हुने भन्ने व्याख्या भएको छ । यो नजीरमा सन्तानले आमाको नामबाट वंशजको नागरिकता लिन पाउने नेपालको संविधानको धारा ११(२)(ख) र ११(५) को व्यवस्था अनुसार

---

[१०३] ने.का.प. २०६५, अंक ११, नि.नं. ८०३५, पृ. १३४०

[१०४] ने.का.प. २०६२, अंक ६, नि.नं. ७५५०, पृ. ६८०

[१०५] ने.का.प. २०७३, अंक ९, नि.नं. ९६७३, पृ. १६८२

संवैधानिक हक हुने तर त्यसका लागि संविधान र कानूनले निर्धारण गरेका आधार र प्रक्रियाहरू भने पूरा गर्नुपर्ने तर्फ जोड दिइएको छ ।

११.१२. **विपना वस्नेत समेत विरुद्ध नेपाल सरकार**[१०६] :-

यो मुद्दामा बाबुको नाम थर समेत उल्लेख गरी आफ्नो नाम पछाडि आमाको थर राखेर नागरिकता प्रमाणपत्र लिन निवेदन दिएकोमा जिल्ला प्रशासन कार्यालय काठमाडौंले बाबुकै थर राख्नुपर्ने भनेकोले आमाको थर राखेर नागरिकता दिनु भनी परमादेश जारी हुन माग गरिएको यो मुद्दामा नेपालको संविधान, कानून र नजीर समेतले बाबु वा आमाको नामबाट नागरिकता लिन सक्ने गरी कानूनी व्यवस्था गरेको र सन्तानका लागि बाबु आमा समान वंशीय आधार भएकोले बाबुको थर लेख्न नचाहेको कारणले मात्र आमाको पहिचानको थर 'बस्नेत' लेख्न नपाउने गरी रोक लगाउदा अर्थात बाबुको थर मात्र लेख्नुपर्छ भन्दा बाबु वा आमाको थरमा विभेद व्यवहार देखिने हुन्छ । साथै त्यस्तो निष्कर्षमा पुग्दा वंशीय आधारको थर छन्टौटको अधिकार (Right to choose the family name) विरुद्ध हुनुको साथै महिला र पुरुषको समान अधिकार विरुद्ध समेत हुने, कानून बमोजिम अधिकार प्राप्त निकाय वा अधिकारीले कुनै पनि उचित आधार र कारण नखुलाई नागरिकता नदिने कार्य कानूनसंगत र उपयुक्त व्यवहार मान्न नमिल्ने हुँदा कानूनी व्यवस्था बमोजिम नागरिकलाई नागरिकता प्रदान गर्ने कार्यमा सहजीकरण र सरलीकरणका उपायहरू खोजी गर्नुपर्ने र कारण सहितको निर्णय विना नागरिकता प्रदान नगर्ने वा नागरिकता दिने नदिने निर्णय गर्न ढिलाई गर्ने कार्य कानून कार्यान्वयनको उचित मार्ग हुन नसक्ने हुँदा नेपालको संविधान, नेपाल नागरिकता ऐन, २०६३ समेत बमोजिम जो जे बुझ्नुपर्छ यथासीघ्र बुझी निवेदकले खुलाएको वा दावी लिएको व्यहोरा अन्यथा नदेखिए निवेदन माग बमोजिम निवेदकको जन्मदर्ता र प्रमाणपत्रमा उल्लिखित आमाको थर 'बस्नेत' लेख्न चाहेकै आधारमा मात्र नेपाली नागरिकताको प्रमाणपत्र दिन वञ्चित नगरी अविलम्ब नागरिकता सम्वन्धमा निर्णय गर्नु भनी जिल्ला प्रशासन कार्यालय काठमाडौंका नाममा परमादेश जारी भएको छ । साथै यस मुद्दामा यसै प्रकृतिका खास गरी बाबु नेपाली नागरिक भई सम्पर्कमा नआएका वा वेपत्ता भएका वा बाबुले आफ्ना सन्तानलाई नागरिकता दिलाउनमा आनाकानी गर्ने अवस्थामा रहेका र बाबुको नाम थर समेत उल्लेख गरी आमाको थरबाट नागरिकता लिन इच्छुक नागरिकका हकमा आमा वा बाबुको थर भनी फरक व्यवहार वा भेदभाव नगर्नु, बाबु वा आमा वा दुवै आधारका कुनै पहिचानका थर छन्टौटको अधिकार त्यस्तो नेपाली नागरिकलाई हुने नै हुँदा जन्म दर्ता वा अन्य प्रमाण समेत पेश भएकोमा सो व्यक्तिगत घटना दर्ताका वखतका आधार समेतमा छोराछोरीले इच्छाएको थर अनुरूप नै नागरिकता लिन चाहने कुनै पनि नेपाली नागरिकलाई सहजीकरण र सरलीकरण साथ नागरिकताको विषयमा कानून बमोजिम उचित निर्णय गर्नु

---

[१०६] स.अ.वु. २०७४, कात्तिक-१, पृ. १८(०७१-WO-०९०३, आदेश मिति २०७२।१२।२२)

भनी देशव्यापी रूपमा सबै प्रमुख जिल्ला अधिकारीका नाममा परिपत्र जारी गर्नु भनी गृह मन्त्रालयका नाममा निर्देशनात्मक आदेश समेत जारी भएको छ ।

११.१३. दिप्ती गुरुङ विरुद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषदको कार्यालय समेत[१०७] :-

यस मुद्दामा आमाको नामबाट नागरिकता दिने सम्वन्धमा निम्न अनुसार व्याख्या भएको छ :-

- जन्म हुँदाका बखत बाबु अथवा आमामध्ये कुनै एक जना नेपाली नागरिक रहेको, नेपालमा नै बसोबास गरेको र बाबुको पहिचान हुन नसकेको व्यक्तिलाई वंशजको आधारमा नेपालको नागरिकता प्रदान गरिनेछ भनी संविधान र कानूनले स्पष्ट व्यवस्था गरिरहेको अवस्थामा निवेदिकाहरू नेपाली आमाबाट नेपालमा नै जायजन्म भएको नेपाली नागरिक भएको मिसिल संलग्न प्रमाणहरूबाट प्रस्ट देखिरहेको अवस्थामा निवेदिका मध्येको छोरी नेहा गुरुङको पिताको पहिचान नभएकै कारणले निजलाई नेपालको नागरिकताको प्रमाण-पत्र प्राप्त गर्नबाट वञ्चित गरी निजको पिहिचान नै लोप हुने अवस्था सिर्जना गर्नु न्यायोचित नहुने ।
- प्रत्येक शिशु जन्मेपछि दर्ता गरिने, निजको नाम राखिने तथा राष्ट्रियता प्राप्त गर्न शिशुको अधिकार हुन्छ भने बालबालिका जन्मिएपछि आफ्नो राष्ट्रियताको अधिकारसमेत सुनिश्चित हुने अन्तर्राष्ट्रिय मान्यता रहेको र सो मान्यतालाई नेपाल सरकारले समेत आत्मसात् गरिरहेको विभिन्न सन्धि, महासन्धि, सभ्झौताहरूको पक्ष राष्ट्र भएबाट पुष्टि भइरहेको अवस्थामा निवेदिका मध्येकी दिप्ती गुरुङले निवेदिका छोरी नेहा गुरुङलाई जन्म दिई एकल आमाको रूपमा संरक्षण गर्दै, पालन पोषण, शिक्षा दीक्षा, स्वास्थ्य उपचार गरी बढाउनु र पढाउनु भएको देखिन्छ भने निवेदिका छोरी नेहा गुरुङले आफ्नो पिताको नाम पनि नसुनेको र नदेखेको भई आमा दिप्ती गुरुङको नामबाट(पिहिचान) पाउन चाहिरहेको अवस्थामा निज नेहा गुरुङले आमाको नामबाट नागरिकता पाउने हक सुरक्षित नै रहेको अवस्थामा निवेदिका दिप्ती गुरुङले दुई छोरीहरूको जायजन्म गरेर पनि छोरीहरूको बाबु थाहा नभएको भनी नागरिकता पाउनबाट वञ्चित गर्न मिल्ने नदेखिने ।
- लैङिग्क आधारमा कुनै पनि प्रकारको भेदभाव नगर्ने भनी संविधानमा मौलिक हकको रूपमा व्यवस्था भइरहेको अवस्थामा निवेदिका मध्येकी आमा दिप्ती गुरुङ नेपालको नागरिक भएको निजको नागरिकताको प्रमाणपत्रबाट प्रमाणित हुँदाहुँदै निवेदिका छोरी नेहा गुरुङलाई निजको बाबु पत्ता नलागेको कारण देखाई नागरिकताको प्रमाणपत्र जारी नगर्नु निवेदिका नेहा गुरुङको मात्र नभई निजकी आमा निवेदिका दिप्ती गुरुङको समेत मौलिक हक हनन् हुने देखियो । अतः नेपालको संविधान तथा नेपाल नागरिकता ऐन, २०६३ ले निजहरूको पहिचान सम्बन्धी हक सुनिश्चित गरिरहेको देखिँदा आमाले आफ्नो

[१०७] स.अ.वु. २०७५, असार-१, पृ. ३७ (०७२-WO-०६२९, आदेश मिति २०७४।२।८)

सन्तानलाई पहिचान दिनसक्ने संविधान एवं कानूनले प्रदान गरेको अधिकार बमोजिम आमा दिप्ती गुरुङको नामबाट छोरी नेहा गुरुङले नागरिकता पाउने नै देखिने ।

- प्रत्येक नागरिकलाई सम्मानपूर्वक बाँच्न पाउनु निजको नैसर्गिक अधिकार हो । मिति २०७२।३।३१ गते ललितपुर उपमहानगरपालिकाको वडा नं.३ को कार्यालयले दिएको जन्मदर्ता प्रमाणपत्रको पारिवारिक लगत फारामको तेस्रो हरफमा "मा बस्ने श्री ठेगान नभएको" र English version को Family Record form No. को तेस्रो हरफमा "daughter of Mr. Thegan Nabhaeko" भन्ने लेखिएबाट पितृसतात्मक सोच भएको नेपाली समाजमा बाबुको ठेगान नभएकी छोरी भनी आफ्नो परिचय दिनु पर्दा निज निवेदिकालाई हेर्ने दृष्टिकोणमा नै फरक पर्न गई हेय र अपमानित हुनुपर्ने अवस्था सृजना हुनजाने देखिँदा निज निवेदिका नेहा गुरुङको आत्मसम्मानमा चोट पुग्न जाने नै देखियो । कुनै पनि नागरिकको आत्मसम्मानमा चोट पुऱ्याउने हक कुनै पनि निकाय वा व्यक्तिलाई नहुने हुँदा उक्त मित २०७२।३।३१ मा ललितपुर उपमहानगरपालिकाले निवेदिका नेहा गुरुङको जन्मदर्ता प्रमाण-पत्रको पारिवारिक लगत फारमको तेस्रो हरफमा "मा बस्ने श्री ठेगान नभएको" र Family Record form No. को तेस्रो हरफमा "daughter of Mr. Thegan Nabhaeko" भनी उल्लेख भएको व्यहोरा बदरयोग्य नै देखिने ।
- आमाको नामबाट नागरिकता पाउने सम्बन्धमा संविधान तथा नेपाल नागरिकता ऐनमा स्पष्ट व्यवस्था हुनका साथै सर्वोच्च अदालतबाट निर्देशनात्मक आदेशसमेत जारी भइसकेको अवस्थामा कानून कार्यान्वयन गर्नु पर्ने निकायबाट नै विभिन्न बहानामा आमाको पहिचानबाट नागरिकता दिन इन्कार गर्नु कानूनको उल्लङ्घन सरह हुन जान्छ । अतः कानून बमोजिमको रीत पुऱ्याई आमाको नामबाट नागरिकता लिन चाहनेलाई आवश्यक सहयोग पुऱ्याउनु नेपाल सरकार तथा मातहतका सम्बन्धित सम्पूर्ण निकायहरूको जिम्मेवारी समेत हुने नै हुँदा व्यावहारिक रूपमा आफ्नो जिम्मेवारी तदारुकताका साथ कार्यान्वयन गर्नुपर्ने ।
- नेपालको संविधान तथा नेपाल नागरिकता ऐन, २०६३ ले नेपाली आमाले आफ्नो सन्तानलाई पहिचान सहितको नागरिकता दिलाउने तथा सन्तानले आमाको नामबाट नागरिकताको प्रमाणपत्र पाउने हक अधिकार सुनिश्चित गरिरहेको अवस्थामा निवेदिका नेहा गुरुङको बाबु पत्ता नलागेकै आधारमा मात्र निजलाई नागरिकताको हकबाट वञ्चित गराउन मिल्दैन । आमा दिप्ती गुरुङको नामबाट आफ्नो पहिचान बनाउन चाहिरहेकी छोरी नेहा गुरुङले आमाको नामबाट नागरिकता प्रमाणपत्र पाउने ठहर्छ । मिति २०७२।३।३१ को ललितपुर उप-महानगरपालिकाले दिएको निवेदिका नेहा गुरुङको जन्मदर्ता प्रमाण-पत्रको पारिवारिक लगत फारमको तेस्रो हरफमा "मा बस्ने श्री ठेगान नभएको" र Family Record form No. को तेस्रो हरफमा "daughter of Mr. Thegan Nabhaeko" भनी उल्लेख भएबाट निवेदिकाको आत्मसम्मानमा चोट पुग्न जाने देखिँदा सो उत्प्रेषणको

आदेशले बदर गरी निवेदिकाले माग गरे बमोजिम नागरिकता प्रमाणपत्रमा समेत बाबुको नामको महलमामा बस्ने श्री ठेगान नभएको "daughter of Mr. Thegan Nabhaeko" भन्ने उल्लेख नगरी नागरिकताको प्रमाणपत्र उपलब्ध गराउनु भनी विपक्षीहरूको नाममा परमादेशको आदेश जारी हुने ।

१२. नागरिकता सम्बन्धी नेपालको हालको सवैधानिक तथा कानूनी प्रावधान र न्यायिक दृष्टिकोणको विवेचना :-

नागरिकता सम्बन्धी संवैधानिक, कानूनी तथा अन्य नीतिगत व्यवस्था गर्दा मुख्यतः राष्ट्रहितको सिद्धान्त, सार्वभौमिकताको सिद्धान्त, राज्यको भारवहन क्षमताको सिद्धान्त, अविभेदको सिद्धान्त, राज्यविहीनता विरुद्धको सिद्धान्त र दोहोरो नागरिकता विरुद्धको सिद्धान्तलाई ख्याल गरिनु पर्छ भनिन्छ ।[१०८] यिनै सैद्धान्तिक आधारमा माथि उल्लिखित नेपालको नागरिकता सम्बन्धी संवैधानिक र कानूनी व्यवस्था एवं न्यायिक दृष्टिकोणलाई निम्नानुसार विश्लेषण गर्न सकिन्छ :-

- राज्यको हित तथा सार्वभौमिकताको प्रश्नलाई अहम मानिएको छ । त्यसर्थ संविधान, कानून र न्यायिक व्याख्यामा समेत वास्तविक नेपालीले नागरिकता पाउनबाट वञ्चित हुनुहुदैन भनी यो हकलाई संवैधानिक प्रत्याभूति प्रदान गरिएको छ भने गैर नेपालीले नेपाली नागरिकता पाउनु हुँदैन भनी वंश, माटो (जन्म), वैवाहिक बन्धन, स्थायी वसोवास जस्ता कुरालाई नेपालको नागरिकता प्राप्त गर्ने मुख्य आधार मानिएको छ । अङ्गीकरणका आधारमा नागरिकता पाउनेले राज्य प्रति वेइमानी नगरोस भनी निष्ठाको शपथ खुवाएर मात्र नागरिकता दिने प्रवन्ध गरिएको छ । न्यायालयबाट पनि न्यायिक व्याख्या गर्दा नागरिकतालाई राष्ट्रहितसँग जोडिएको अत्यन्त संवेदनशील विषय भनी व्याख्या भएको देखिन्छ ।
- नेपालले नागरिकहरूलाई दिन सक्ने सेवा सुविधा र भूगोल समेतको भारवहन क्षमतालाई ध्यानमा राखी नेपाली नागरिकतालाई खुकुलो वनाइएको छैन ।
- नेपालले मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय महासन्धिहरूमा जनाएको प्रतिबद्धता अनुसार आफ्नो घरेलु संविधानिक र कानूनी व्यवस्थामा तीनलाई आन्तरिकीकरण गरेर लैङ्गिक, जातिय, वर्णीय, वैवाहिक स्थिति, भूगोल आदिका आधारमा नागरिकता पाउने वा नपाउने गरी विभेद गरिएको छैन । पुरुष, महिला र तेस्रो लिङ्गीको पहिचान सहित नागरिकता दिने, बाबुको नामबाट मात्र नभएर आमाको नामबाट पनि वंशीय नागरिकता दिने, विवाहित महिलाले बाबु आमा वा पति कस्को नामबाट नागरिकता लिने भन्ने विकल्प छन्ौट गर्न सक्ने नीति अख्तियार गरिएको छ । न्यायिक व्याख्याबाट पनि उक्त अविभेदकारी नीति अवलम्वन गर्न मार्गनिर्देश भएको छ । आमाको नामबाट मात्र नभई सन्तानले आफ्नो नाम पछाडि आमाको थर राखेर समेत नागरिकता लिन सक्ने गरी स्पष्ट न्यायिक व्याख्यामा भएको छ । यद्यपि व्यवहारमा यो प्रावधानको सहज कार्यान्वयन हुन नसकेकोले नेपाली नागरिक भएर पनि नागरिकता विहीन भई राज्य विहीनताको स्थिति झेल्नुपरेको एवं

[१०८] पूर्व पाद ५६, पृ. २५१

अन्तर्राष्ट्रिय कानून अनुरूप पूर्णरूपमा अविभेदकारी प्रावधान हुन नसकेको भन्ने आवाज उठ्ने गरेकोले यस्तो हुन नदिन प्रचलित कानूनको सुधार र प्रभावकारी कार्यान्वयनका लागि उचित प्रवन्ध हुनुपर्ने देखिएको छ ।

- बास्तविक नेपालीहरू नागरिकता विहीन र राज्य विहीन नहुन् भनेर प्रत्येक नागरिकको परिचय खुल्ने गरी अभिलेख राख्ने संवैधानिक व्यवस्था नै गरिएको छ । नेपाल भित्र फेला परेको पितृत्व र मातृत्वको ठेगान नभएको व्यक्ति निजको पितृत्व र मातृत्वको ठेगान नलागेसम्म वंशजकै आधारमा नेपाली नागरिक हुने संवैधानिक व्यवस्था नै गरी त्यस्ता व्यक्तिहरूलाई पनि राज्यविहीन र नागरिकता विहीन हुनबाट संरक्षण प्रदान गरिएको छ । न्यायिक व्याख्याबाट यो कुरामा थप मार्ग निर्देशन भएको छ । त्यस्ता व्यक्तिको पितृत्व वा मातृत्वको ठेगान लागेका वखत गैर नेपाली हुने अवस्था देखिए सोही अनुसार कारवाही हुने नीति अख्तियार गरिएको छ ।
- देश संघीय संरचनामा गएपनि प्रादेशिक पहिचान सहितको एकल नागरिकता नीति अख्तियार गरिएको छ ।
- विदेशी मुलुकको नागरिकता प्राप्त गरेको दक्षिण एशियाली क्षेत्रीय सहयोग संगठनको सदस्य राष्ट्र बाहेकका देशमा वस्ने गैर आवासीय नेपालीको हकमा भने नेपालमा राजनीतिक अधिकार वाहेकका सामाजिक, आर्थिक र सास्कृतिक अधिकार उपभोग गर्न पाउने हदसम्म एकै पटक दुई देशको नागरिक हुन सक्ने दोहोरो नागरिकता नीति अख्तियार गरिएको छ । सो वाहेक अन्य अवस्थामा दोहोरो नागरिकताको परिकल्पना गरिएको छैन ।
- संवैधानिक र कानूनी प्रावधान विपरीत हुनेगरी ढाँट छल गरेर झुक्याएर नेपालको नागरिकता लिने समेतको कार्यलाई अपराधिकरण गरी त्यस्ता कार्यका विरुद्ध कडा नीति अख्तियार गरिएको छ ।
- केही विशेष क्षेत्रमा अन्तर्राष्ट्रिय ख्याति प्राप्त व्यक्तिले नेपालको नागरिक हुन चाहेमा केही शर्तहरू पूरा गरेको अवस्था भए नेपालको अङ्गीकृत नागरिकता प्रदान गर्ने नीति अख्तियार गरिएको छ ।
- अन्तर्राष्ट्रिय ख्याति प्राप्त व्यक्तिलाई सम्मानार्थ नेपाली नागरिकता प्रदान गर्न सकिने नीति अख्तियार गरिएको छ ।
- नेपालमा गाभिने गरी कुनै क्षेत्र प्राप्त भएमा त्यस क्षेत्रमा वसोवास गर्ने व्यक्ति नेपालको नागरिक हुने नीति लिइएको छ ।
- नेपाली नागरिकताको समाप्ति र पुनः प्राप्तिका आवश्यक आधार निर्धारण गरिएको छ ।
- तेस्रो लिङ्गी व्यक्तिलाई लैङ्गिक पहिचान सहितको नागरिकता दिने नीति अख्तियार गरिएको सन्दर्भमा त्यस्तो नेपाली र विदेशी व्यक्ति बीच वैवाहिक सम्वन्ध भई नेपाली नागरिकसँग विवाह भएको त्यस्तो विदेशी व्यक्तिले नेपालको अङ्गीकृत नागरिकता पाउने नपाउने भन्ने कुरा समस्याका रूपमा आउन सक्ने देखिन्छ । संविधान र कानूनमा यसवारे स्पष्ट व्यवस्था नहुँदा यो समस्या आउन सक्ने कुरालाई मध्यनजर गरी आवश्यक कानूनी प्रवन्ध हुनुपर्दछ ।

- राज्यका विशिष्ट पदाधिकारीका हकमा कठोर नागरिकता नीति अवलम्वन गरेको देखिन्छ। राष्ट्रहितका दृष्टिकोणले यो प्रावधानलाई मनन् गर्नुपर्ने देखिन्छ।
- संविधानले परिकल्पना वा अख्तियार गरेको नीति विपरीत ऐन, नियम निर्देशिकामा नागरिकता प्राप्ति र समाप्तिका आधार तोक्न नसकिने गरी न्यायिक व्याख्याबाट समेत मार्गनिर्देश भएको छ। जसले नागरिकता सम्बन्धी संवैधानिक र कानूनी प्रावधानको व्याख्यामा कानूनको कठोर संरचनाको सिद्धान्त (strict construction of law) लाई अवलम्वन गरेको देखिन्छ।

१३. निष्कर्ष :

विश्वं समुदायले आदर्श मानेको मानव अधिकार सम्बन्धी विश्वव्यापी घोषणापत्र, १९४८ को धारा १५, नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय प्रतिज्ञापत्र, १९६६ को धारा २४, महिला विरुद्ध हुने सबै प्रकारका भेदभाव उन्मुलन गर्ने महासन्धि, १९७९ को धारा ९, वाल अधिकार सम्बन्धी महासन्धि, १९८९ को धारा ७ र ८, विवाहित महिलाको राष्ट्रियता सम्विन्धी महासन्धि, १९५७ को धारा १ र राज्य विहीनता न्यूनीकरण गर्ने सम्बन्धी महासन्धि, १९६१ को धारा १ मा भएका नागरिकता सम्बद्ध अन्तर्राष्ट्रिय कानूनका व्यवस्था समेतलाई आन्तरिकीकरण गर्दै आफ्नो भू-राजनीतिक अवस्था सहितको राष्ट्रहितलाई समेत केन्द्रमा राखी नेपालमा नागरिकता सम्बन्धी संवैधानिक तथा कानूनी व्यवस्था भएको देखिन्छ। सर्वोच्च अदालतबाट यस सम्बन्धी विवादमा भएका न्यायिक व्याख्याबाट कानून कार्यान्वयन र प्रयोगमा मार्गदर्शन समेत भएको छ। नागरिकता सम्बद्ध सवैधानिक र कानूनी व्यवस्थामा भएका केही कमी कमजोरीलाई समयानुकूल र राष्ट्रको हितमा हुनेगरी सुधार गर्दै यस सम्वन्धमा उठ्ने गरेका असन्तुष्टिको आवाजलाई संवोधन गरिनु पर्दछ। नागरिकता सम्बन्धी हाम्रो संवैधानिक र कानूनी व्यवस्था मार्फत अख्तियार भएको नीति एवं न्यायिक मार्गदर्शनको मर्म र भावना अनुरूप कानूनको पालना र कार्यान्वयन गर्नु पर्ने हामी नेपाली नागरिक र राष्ट्रसेवाको दायित्वलाई सबैले सोही अनुरूप निर्वाह गर्नुपर्दछ।

संकटकालीन अधिकार र आधुनिक लोकतान्त्रिक मुलुकमा यसको प्रयोग

✍ खेमराज ज्ञवाली♦

१. पृष्ठभूमि

जल, वायु, अग्नी र ध्वनिको महत्व मानव जीवनको लागि जति आवश्यक हुन्छ राज्यको लागि पनि तीनको महत्व त्यति नै रहन्छ। जसरी हिमालबाट बग्न शुरु गरेको जलले हिमनदी, नदी हुँदै समुद्रसम्मको आफ्नो यात्रा तय गर्दा विभिन्न उतारचढाबको सामना गर्नु पर्दछ, जसरी वायु, अग्नी र ध्वनिले पनि जलले जस्तै विभिन्न अवस्थाहरूको रूप ग्रहण गर्दछ ठीक त्यसरी नै राष्ट्रले पनि समयक्रमसँगै विभिन्न उतारचढावहरू पार गर्नुपर्ने हुन्छ। मानवको जस्तै संगठित राजनीतिक समाज (राज्य) को जीवन पनि विभिन्न उकाली-ओराली भञ्ज्याङ्ग-चौतारीहरूको यात्रा तय गर्नुपर्ने हुँदा एकनासको हुँदैन ।

"राष्ट्रियता एउटा कोरा अभिव्यक्ति मात्र नभई निश्चित भूगोलभित्र बसोबास गरिरहेका मानिसहरूको सामूहिक स्वार्थको जीवित र गतिशील प्रतिबिम्ब पनि भएकोले राष्ट्रिय जीवनमा संकट आउनु अस्वभाविक पनि छैन ।"[१] डार्विनको विकासवादी सिद्धान्तले भने झै मानिस समेतका सम्पूर्ण जीवजन्तुले "बाँच्नका लागि संघर्ष" गर्नुपर्ने भए झै जुनसुकै समयमा पनि राष्ट्रको अस्तित्वमा संकट वा खतरा उत्पन्न हुन सक्छ। त्यस्तो संकट मानव सृजित वा प्राकृतिक, आन्तरिक वा बाह्य र राजनीतिक वा आर्थिक पनि हुन सक्छ ।

जुनसुकै आधुनिक लोकतान्त्रिक राज्यको महत्वपूर्ण भूमिका र जिम्मेवारी भन्नु नै समाजमा शान्ति सुरक्षा, जनताको अमनचयनका साथै "राष्ट्रहित, स्वतन्त्रता, स्वायत्तता, सार्वभौमिकता, भौगोलिक अखण्डता, राष्ट्रिय एकता, स्वाधीनता र स्वाभिमान"[२] लाई जोगाउनु पनि हो। राष्ट्रको आन्तरिक वा बाह्य गतिमा जुनसुकै बेला असामान्य वा अकल्पनीय परिस्थिति उत्पन्न हुन सक्ने कुरालाई नकार्न सकिदैन। आन्तरिक उपद्रव, सशस्त्र विद्रोह, चरम आर्थिक संकट, बाह्य आक्रमण, प्राकृतिक विपत्ति वा महामारी, संवैधानिक संयन्त्रको असफलता आदि यस्ता असामान्य वा अकल्पनीय वा अस्वभाविक परिस्थिति हुन् जसका अगाडि देशले ठूलो मूल्य चुकाएर पनि तीनको सामना गर्नैपर्ने हुन्छ।

♦ सहन्यायाधिवक्ता, महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय, सिंहदरवार, काठमाण्डौ ।

१ नारायणप्रसाद सुवेदी, *संकटकालीन अधिकार,* **लोकतान्त्रिक संविधानका आधारहरु**, प्रथम संस्करण, २०६५, अग्रसारथी अध्ययन तथा अनुसन्धान केन्द्र, काठमाण्डौ, पृष्ठ ३११ ।

२ **नेपालको संविधान**को प्रस्तावना र धारा ५ ।

संकटकालीन अवस्थाको घोषणाको अधिकार यिनै संकट वा खतराबाट निपट्नको लागि राज्यलाई शक्तिशाली र तयार बनाउने बैध उपाय हो ।

दुनियाँको सर्वशक्तिमान ठानिने संयुक्त राज्य अमेरिकामा सेप्टेम्बर ११ को जस्तो संकटकाल आउला भनी स्वयं अमेरिका मात्र होइन, सारा विश्वले सोचेको थिएन । उक्त हमला पश्चात् संसारको सर्वशक्तिमान राष्ट्रले आफूमाथि निरन्तर संकटको कालो बादल मडारिरहेको अनुभूत गरेको छ । जसको निवारणको लागि इराक र अफगानिस्थानसँग उसले ठूलै विनाशकारी युद्ध लडेको छ भने इरान र उत्तर कोरियाबाट त्यसको खतरा महशुस गरिरहेको छ । आतंकवाद विरुद्ध भनिएको यो अन्तहिन संघर्षका कारण अमेरिका मात्र होइन, सारा विश्वभरका मानिसहरूको मौलिक मानव अधिकार संरक्षणको विषय चुनौतीपूर्ण बन्न पुगेको छ ।[३]

संकटकालीन अधिकार Doctrine as civil necessity मा आधारित छ । यो अस्थायी प्रकृतिको प्रावधान हो । यो राष्ट्रप्रमुखबाट कार्यकारिणीको सहमतिमा जारी हुन्छ । यसमा जनप्रतिनिधिको अनुमोदन चाहिन्छ । यो विशेष अवस्था वा परिस्थितिमा मात्र जारी गर्न सकिन्छ । यसमा क्षतिपूर्तिको दावी गर्न सकिन्छ । राष्ट्रप्रमुखले जुनसुकै बखत पनि संकटकालीन अवस्थाको घोषणा वा आदेश फिर्ता लिन सक्छ ।

सामान्य अवस्थामा सबै नागरिकले निर्वाध रूपमा देशको विद्यमान संविधान, ऐन, कानून र राजनीतिक प्रणाली अन्तर्गत रही मौलिक हकको उपभोग गर्नुका साथै सोको उल्लंघनमा सक्षम अदालतबाट उपचार प्राप्त गरिरहेका हुन्छन् । तर माथि उल्लेख भए झै असामान्य परिस्थिति उत्पन्न भएमा सो को सामूहिक रूपमा सामना गर्न कतिपय अवस्थामा नागरिकका तर्फबाट मौलिक हक समेतलाई वास्ता नराखी राज्यको तर्फबाट भएको संकटकालको घोषणालाई सहज रूपमा स्वीकार गरिन्छ र यस्तो स्थितिमा सम्पूर्ण राष्ट्रिय जीवन र समाजका साथसाथै व्यक्ति व्यक्तिको सामान्य जीवन पनि प्रत्यक्ष रूपमा आक्रान्त बनेको हुन्छ । यस्तो संकटापन्न स्थितिमा राष्ट्रलाई यस्तै अनियन्त्रित तवरले छाड्ने हो भने देशभित्रका सम्पूर्ण क्षेत्र वा भूभागमा जनधनको ठूलो क्षति हुनुका साथसाथै अराजकता र उद्दण्डताले प्रश्रय पाउने प्रवल संभावना रहन्छ ।

राष्ट्रव्यापी संकट अचानक र विशेष परिस्थितिमा उत्पन्न हुन सक्ने हुनाले र त्यस्तो संकटको निराकरण गर्नु जुनसुकै राष्ट्रको पहिलो कर्तव्य वा प्राथमिक दायित्व भएकोले यस्तो स्थितिमा मौलिक हक समेतका प्रायः सबै कानूनी व्यवस्था निलम्बन गरी राष्ट्र प्रमुखको आदेशद्वारा देशको शासन व्यवस्था सञ्चालन गरिन्छ । संकटकालीन अवस्थाको घोषणा गरेको वा आदेश जारी गरेको अवस्थामा साधारणतया राष्ट्रिय सेनाको परिचालनले प्रधान्यता पाउने हुँदा संकटकालीन स्थितिमा संविधानको निलम्बन, संसदको विघटन, राज्यक्रान्ति र देशमा सशस्त्र विद्रोहका घटना समेत घट्न सक्ने प्रवल आशंका विद्यमान रहन्छ ।

---

[३] राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठान (सं.), **मानव अधिकार सम्बन्धी श्रोत सामग्री**, प्रथम संस्करण, २०६६, राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठान, काठमाण्डौ, पृष्ठ ५७० ।

राष्ट्रको जीवनमा भविष्यमा के कस्तो संकट आउन सक्छ भन्ने कुरा कसैले पनि सहजरूपमा पूर्वानुमान गर्न नसकिने हुँदा त्यसको सामना गर्न विशेष पूर्वसतर्कता अपनाउनु पर्ने हुन्छ। त्यसको लागि राज्यको सुरक्षा कवचको व्यवस्था हुनु पर्ने हुन्छ। तसर्थ विश्वका हरेक मुलुकले संविधान वा कानूनमा भएको व्यवस्था बमोजिम संकलकालिन अवस्थाको घोषणा र अधिकारको प्रयोगका सम्बन्धमा अत्यन्त संवेदनशीलता अपनाइएको हुन्छ र संकटकालीन अवस्थाको घोषणा गर्ने अधिकारी प्रायःजसो सबै देशमा राष्ट्रप्रमुखलाई नै बनाइएको हुन्छ तर यो अधिकारको प्रयोगमा अत्यन्त सावधानी र सजगता अपनाइन्छ।

२. संकटकालीन अधिकारको औचित्य

मानव अर्थात् प्रत्येक व्यक्तिलाई सम्मानपूर्वक बाँच्न पाउने र निजको जीवन, स्वन्त्रता र खुशीबाट सामान्यतयाः बञ्चित नगरिने अवस्थामा यिनै आधारभूत मौलिक हक अधिकारहरूलाई सधै सबैको लागि कसरी सुनिश्चित गर्न सकिन्छ र संकटकालको आडमा हुने गरेका मौलिक हक कटौतीको दायरालाई कसरी कम गर्न सकिन्छ भन्ने कुरा नै आधुनिक लोकतन्त्रको पेचिलो प्रश्न बनेको सन्दर्भमा संकटकालीन अधिकारको औचित्यलाई हेर्नुपर्ने हुन्छ।

सामान्यतया नागरिक र राज्य जोसुकैले पनि संकटकालीन अवस्थाको घोषणा भएको वा आदेश जारी हुने चाहना वा इच्छा गरेका हुँदैनन्। राष्ट्रव्यापी वा देशको कुनै भू-भागमा देखापर्ने आकस्मिक संकटबाट श्रृजित हुने विभिन्न प्रकारका चुनौती वा खतराबाट उत्पन्न हुन सक्ने दुष्परिणामलाई फैलिन नदिई न्यूनीकरण वा निवारण गर्नको लागि नै संकटकालीन प्रबन्ध गर्नुपर्ने भएकोले संकटकालीन अधिकारलाई एक आवश्यकीय खरावी (Necessary Evil) को रूपमा लिने गरिन्छ। नागरिक र राष्ट्रलाई सुरक्षित गर्ने पवित्र उद्देश्यबाट नै संकटकालीन प्रबन्ध गरिएको हुन्छ। "यसलाई खराबीयुक्त यसकारणले भनिन्छ कि यस अवस्थामा नागरिकका मौलिक हकहरू निलम्बन हुन्छन्, संकटकालको आवरणमा गरिने कार्यकारिणीको अधिकारको बृद्धिले शक्ति पृथकीकरण र सन्तुलनको मूल्य मान्यता निष्प्रभावी हुन सक्छ र कार्यकारिको स्वेच्छाचारिता बढ्न सक्दछ। नागरिक शासनको अनुभूति हुँदैन। कतिपय अवस्थामा विरोधीहरूलाई तह लगाउन यसको दुरूपयोग हुने गरेको छिमेकी र आफ्नै मुलुकको अनुभवले देखाउँछ।"[४]

मुलुकमा उत्पन्न संकट वा खतराबाट राष्ट्रियता नै गुम्न सक्ने तथा राज्य विभाजन हुन सक्ने भएकोले राष्ट्रले कुनै पनि हालतमा संकट र खतराको दुष्परिणामलाई फैलन नदिई संकट र खतरालाई न्यूनीकरण गर्न वा निवारण गर्न आवश्यक हुन्छ। संकटकालीन अवस्थाको घोषणा भएमा वा आदेश जारी भएको स्थितिमा राज्यलाई थप शक्ति दिंदा कार्यकारिणी थप शक्तिशाली हुने, त्यसको स्वेच्छाचारिता बढ्न सक्ने, नागरिकको मौलिक हकको प्रयोगमा संकुचन आउने र जनताको जीवन थप कष्टकर हुने अवस्था देखा पर्दछ।

---

[४] *संकटकालीन अधिकार,* **संविधान सभा संवैधानिक समिति अवधारणापत्र र प्रारम्भिक मस्यौदा सम्बनधी प्रतिवेदन** २०६६, प्रथम संस्करण, संविधानसभा, संवैधानिक समिति, काठमाण्डौ, पृष्ठ ९६-९७।

"संकटकालीन अवस्थामा प्रभाव पार्ने मुख्य कुरा जनताका अधिकारहरू हुन् । राज्यको जीवनमा संकटहरू पर्ने कुरा नैसर्गिक वास्तविकता हो । यी कुराहरूलाई ह्यदयंगम गर्दै संकटकालीन अधिकार राष्ट्रहरूले मात्रै होइन, मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय महासन्धिहरूले पनि स्वीकार गरेका छन् ।"[५]

"मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय दस्तावेजले पनि राज्यले संकटकाल व्यवस्थापन गर्न पाउने कुरालाई मान्यता दिएको देखिन्छ । नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय प्रतिज्ञापत्र, १९६६ को धारा ४ मा राष्ट्रको अस्तित्व खलल पार्ने सार्वजनिक संकट र सो को विद्यमानता आधिकारिक रूपमा घोषणा गरिएको समयमा यो प्रतिज्ञापत्रका पक्ष राष्ट्रले स्थितिको आकस्मिकताबाट अत्यावश्यक भएको हदसम्म आफ्ना दायित्वहरू न्यून गर्ने उपायहरू अबलम्बन गर्न सक्नेछन् भन्ने उल्लेख छ ।"[६] मानव अधिकार सम्बन्धी विश्वव्यापी घोषणा पत्र, १९४८ मा पनि "सार्वजनिक व्यवस्था कायम गर्ने समेतका प्रयोजनका लागि व्यक्तिको हक र स्वतन्त्रताका सीमा तोक्न सकिने गरी"[७] राज्यले संकटकाल व्यवस्थापन गर्न सक्ने कुरालाई मान्यता दिएको छ । त्यसको प्रतिज्ञापत्रमा पनि "राष्ट्रको अस्तित्व खलल पार्ने सार्वजनिक संकट र सोको विद्यमानता आधिकारिक रूपमा घोषणा गरिएको समयमा प्रस्तुत प्रतिज्ञापत्रका पक्ष राष्ट्रले स्थितिको आकष्मिकताबाट अत्यावश्यक भएको हदसम्म मात्र प्रस्तुत प्रतिज्ञापत्र अन्तर्गतका आफ्ना दायित्वहरू न्यून गर्ने उपायहरू अबलम्बन गर्न सक्नेछन्"[८] भन्ने व्यवस्था गरिएकोले औचित्यको आधारमा संकटकाल व्यवस्थापन हुन सक्ने देखिन्छ ।

मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासन्धिमा "राष्ट्रिय जीवनमा चुनौती उत्पन्न गर्ने युद्ध वा अन्य सार्वजनिक संकटकालको समयमा कुनै पनि उच्च सम्झौताकार पक्षहरूले स्थितिको आकष्मिकताबाट अत्यावश्यक भएको हदसम्म यस महासन्धि अन्तर्गतका तीनका दायित्वहरू न्यून गर्ने उपायहरू अबलम्बन गर्न सक्नेछन्"[९] र मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासन्धिमा पनि "राष्ट्रको स्वाधिनता वा सुरक्षामा चुनौती उत्पन्न गर्ने युद्ध वा सार्वजनिक खतरा वा अन्य प्रकारको संकट कालको विद्यमानता रहेको अवस्थामा राज्य पक्षले स्थितिको आकष्मिकताबाट अत्यावश्यक भएको हदसम्म प्रस्तुत महासन्धि अन्तर्गतका आफ्ना दायित्वहरू न्यून गर्ने उपायहरू संकटकाल रहेसम्म अबलम्बन गर्न सक्नेछन्"[१०] भन्ने व्यवस्था गरिएबाट औचित्यले पुष्टि गर्ने हदसम्म संकटकाल व्यवस्थापन गर्न सकिने देखिन्छ ।

---

[५] कल्याण श्रेष्ठ, *संकटकालीन अधिकार,* **नेपालको संवैधानिक कानून**, दोस्रो संस्करण, २०५४, कानून अनुसन्धान तथा विकास फोरम (फ्रिडिल),, काठमाण्डौ, पृष्ठ ५०५ ।

[६] *संकटकालीन अधिकार,* **संविधान सभा संवैधानिक समिति अवधारणापत्र र प्रारम्भिक मस्यौदा सम्बनधी प्रतिवेदन २०६६,** प्रथम संस्करण, संविधानसभा, संवैधानिक समिति, काठमाण्डौ, पृष्ठ ९६ ।

[७] **मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्र**, १९४८ को धारा २९ ।

[८] **नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय प्रतिज्ञापत्र**, १९६६ को धारा ४ को उपधारा (१) ।

[९] **मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासन्धि**, १९५० को धारा १५ को उपधारा (१) ।

[१०] **मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासन्धि**, १९६९ को धारा २७ को उपधारा (१)।

संकटकालीन अवस्थाको घोषणा भएको स्थितिमा संकटकालसँग जुध्न र सोबाट राष्ट्रलाई मुक्ति दिलाउनको लागि आवश्यक आदेश निर्देश सहित तयारी अवस्थामा राख्दै राज्य संयन्त्रलाई अझ बढी सुदृढ, संगठित र एकिकृत तुल्याउन राज्यशक्तिको बढोत्तरी हुने र नागरिकको हक अधिकारमा व्यापक संकुचन आउन वा बन्देज लाग्न सक्छ। त्यसकारण संकटकालीन अवस्थाको घोषणा वा आदेश जारी गर्ने सम्बन्धी संवैधानिक वा कानूनी प्रबन्ध मिलाउँदा संविधान वा कानून निर्माताले संकटकालीन अधिकारको दुरूपयोग हुन नदिने गरी विशेष सावधानी र सतर्कता अपनाई मस्यौदा गर्नुपर्ने देखिन्छ।

३. अन्तर्राष्ट्रिय अभ्यास

संकटकालीन अधिकार जुनसुकै सार्वभौमसत्ता सम्पन्न राज्यको एक अन्तरनिहित अधिकार नै हो। यो अधिकारको प्रयोग राष्ट्राध्यक्ष वा कार्यकारिणीको प्रमुखबाट हुने गर्दछ। संकटकाल कुनै राष्ट्र विशेषमा मात्र परिआउने अत्यावश्यकीय खराबी नभएको हुँदा संसारका अधिकांश देशमा संकटकालीन प्रबन्धहरू गर्ने गरिन्छ। विश्वका अधिकांश राष्ट्रले संविधानमा व्यवस्था गरेर वा नगरी पनि यसको प्रयोग गरिरहेका छन्। केही मुलुकले कानूनमा व्यवस्था गरेर पनि यसको प्रयोग अत्यन्त सावाधानी र सतर्कतापूर्वक नै गरेको पाइन्छ। संवैधानिक सर्वोच्चता वा कानूनको शासन पालना गर्ने जुनसुकै लोकतान्त्रिक मुलुकमा व्यवस्था गरिएका संकटकालीन प्रबन्धहरूलाई विश्वनजरमै टिकाटिप्पणी नहुनेगरी प्रशंसनीय रूपमा प्रयोग र अभ्यास गर्दैआएको पनि देख्नमा पाइन्छ।

विश्वका विभिन्न देशका संविधान वा कानूनमा "कार्यकारी प्रमुखद्वारा संकटकाल जारी गर्ने र विधायिकाबाट अनुमोदन हुने साझा अन्तरवस्तु सबै प्राबधानहरूमा समेटिएको नै पाइन्छ। के कस्ता हक अधिकारहरू निलम्बन गरिने, कति समयको लागि संकटकाल कायम राख्न सकिने, व्यवस्थापिकाको अनुमोदन कति समयावधिभित्र गराइसक्नुपर्ने र संकटकालीन अवस्थाको न्यायिक पुनरावलोकनको स्थिति के हुने ? आदि विषयहरूमा केही भिन्नता सहितका आ-आफ्नै अभ्यास र अनुभवहरू रहेको पाइन्छ।"[११]

संविधानमा संकटकालीन अधिकारको घोषणा वा आदेश जारी गर्न सक्ने व्यवस्थाको उल्लेख भएका केही मुलुकहरूमा नेपाल, दक्षिण अफ्रिका, फ्रान्स, संघीय गणतन्त्र जर्मनी, बेल्जियम, स्पेन, इथियोपिया, भारत, बंगलादेश, पाकिस्तान, श्रीलंका, ब्रुनाई दारुसलाम, नामीबिया, जिम्बाबे, थाइल्याण्ड, आयरल्याण्ड आदि पर्दछन्।

संविधानमा व्यवस्था नगरिएका तर विधायिका निर्मित कानूनमा संकटकालीन अधिकारको घोषणा वा आदेश जारी गर्न सक्ने व्यवस्थाको उल्लेख भएका केही मुलुकहरूमा संयुक्त अधिराज्य, संयुक्त राज्य अमेरिका, क्यानडा, अष्ट्रेलिया, जापान आदि पर्दछन्।

जुनसुकै राष्ट्रको चाहे संविधानमा वा चाहे विधायिका निर्मित कानूनमा नै किन नहोस् संकटकालीन प्रबन्धको व्यवस्था भएमा संकटकालीन अधिकारको प्रयोग लोकतान्त्रिक हुन सक्छ। यस सम्बन्धी प्रबन्ध संविधानमा व्यवस्था गर्दा संसदीय नियन्त्रणको स्पष्ट व्यवस्था गर्न सकिने अभ्यास छ। संकटकालीन

---

[११] नारायणप्रसाद सुवेदी, *संकटकालीन अधिकार,* **लोकतान्त्रिक संविधानका आधारहरु**, प्रथम संस्करण, २०६५, अग्रसारथी अध्ययन तथा अनुसन्धान केन्द्र, काठमाण्डौ, पृष्ठ ३१४।

अधिकारको प्रयोग गर्ने वा नगर्ने विषय राजनीतिक प्रश्न भएकोले यसमा न्यायिक नियन्त्रणको दायरा सीमित छ। तर प्रथम दृष्टिमा नै बद्‌नियतयुक्त र गैरसंवैधानिक वा गैरकानूनी आधारमा टेकेको भए न्यायिक परीक्षण हुनै नसक्ने पनि होइन।

४. संकटकालीन अवस्थाको घोषणा गर्न सकिने आधार

संकटकालीन अवस्थाको घोषणा गर्न वा आदेश जारी गर्न सकिने आधारहरू तय गर्ने विषय प्रत्येक देशको ऐतिहासिक पृष्ठभूमि, मौलिकता, परिवेश, समय-सन्दर्भ, अबलम्बन गरिएको शासन व्यवस्था वा कानून प्रणाली समेतका आधारमा संविधान वा विधायिकी कानूनमा निर्धारण गर्ने गरिन्छ। त्यस्ता आधारहरूलाई सूत्रवत रूपमा उल्लेख गर्न नसकिने भए तापनि समूहिकृत गरी केही सीमित बुँदामा समेटिने गरी उल्लेख गर्न भने नसकिने होइन। ती आधारहरू निम्न बमोजिम चार वटा रहेका छन् :

१. राज्यको सार्वभौमसत्ता, भौगोलिक अखण्डता वा कुनै भागको सुरक्षा खतरा (युद्ध, वाह्य आक्रमण वा सशस्त्र विद्रोह),
२. संवैधानिक संरचनाको असफलता,
३. आर्थिक संकट र
४. प्राकृतिक प्रकोप वा महामारी।

५. नेपालमा संकटकालीन अधिकारको सवैधानिक इतिहास

नेपालको कानूनी इतिहास तर्फ नियाल्दा प्रारम्भमा धर्मशास्त्रमा आधारित रहेर शासन व्यवस्था सञ्चालन हुँदै आएकोमा जयस्थिति मल्लको मानव न्यायशास्त्र, राम शाहका थितिहरू, मुलुकी ऐन, १९१० समेतका केही कानूनी दस्तावेजहरू अस्तित्वमा रहेको पाइए तापनि संकटकालीन अधिकारको सम्बन्धमा पहिलो आधिकारिक दस्तावेजको रूपमा नेपाल सरकार बैधानिक कानून, २००४ लाई लिन सकिन्छ तर यो कानून पनि अस्तित्वमा नआइकनै अवसान हुन पुग्यो। नेपालको संकटकालीन अधिकारको संवैधानिक इतिहासलाई संवैधानिक दस्तावेजको आधारमा देहाय बमोजिम उल्लेख गर्न सकिन्छ।

५.१. नेपाल सरकार बैधानिक कानून, २००४

यसमा भएको संकटकालीन अधिकार सम्बन्धी व्यवस्थालाई हेर्दा श्री ३ महाराजको अनियन्त्रित अधिकारमा बृद्धि गरिएको पाइन्छ। नेपालको पहिलो संवैधानिक दस्तावेजको रूपमा रहेको यो कानूनको धारा ४६ मा मुलुकभर कतै शान्ति भंग भएको अवस्थामा र धारा ४७ मा मुलुकमा कुशासन, अशान्ति वा दुवै कारणबाट शासन चलाउने अवस्था नभएमा श्री ३ महाराजले मन्त्रीमण्डलको सल्लाहले अस्थायी कानून जारी गर्न सक्ने व्यवस्था गरिएको थियो। यसका साथै श्री ३ महाराजले अन्य व्यक्ति वा सभाको अधिकार आफैमा लिन सक्ने र त्यस्तो कानून ६ महिना भन्दा बढी कायम नरहने व्यवस्था पनि गरिएको थियो। अवस्था सुधिएको भन्ने लागेमा श्री ३ ले जुनसुकै बेला सो कानून खारेज गर्न सक्ने व्यवस्था

थियो । मुलुकको उन्नती सम्बन्धी काम निमित्त र संकट परिआएका बखत सरकारबाट ऋण लिन वा उठाउन पाउने समेतका व्यवस्था पनि यो कानूनमा रहेका थिए ।[१२]

५.२. नेपालको अन्तरिम शासन विधान, २००७

यो संविधानमा संकटकालीन अधिकार सम्बन्धी कुनै पनि व्यवस्था गरिएको थिएन ।

५.३. नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०१५

यो संविधानमा भएको संकटकालीन अधिकार सम्बन्धी व्यवस्थालाई हेर्दा निर्वाचित प्रधानमन्त्री र संसद समेत निलम्बन र बिघटन गर्नेसम्मको अधिकार राजामा रहेको देखिन्छ । संविधानको धारा ५५ मा युद्ध, बाहिरी आक्रमण वा आन्तरिक उपद्रवले सुरक्षा सन्तप्त भएमा संकटकाल घोषणा गर्न सक्ने व्यवस्थाका साथै धारा ५६ मा संसदीय शासन पद्धति भङ्ग भएमा संविधानको कुनै धारा वा प्रधानमन्त्रीलाई निलम्बन गर्न वा संसद विघटन गर्न सक्नेसम्मको अधिकारको व्यवस्था गरिएको थियो । त्यस्तो आदेश १२ महिनासम्म लागू हुने र त्यस्तो अवस्था निरन्तर विद्यमान रहेमा घोषणा वा आदेश नवीकरण हुन सक्ने व्यवस्था गरिएको थियो । त्यसका साथै श्री ५ सन्तुष्ट नभएसम्म घोषणा वा आदेश चालु नै राख्न सकिने व्यवस्था गरिएको थियो ।[१३]

५.४. नेपालको संविधान, २०१९

यो संविधानमा भएको संकटकालीन अधिकार सम्बन्धी व्यवस्थालाई हेर्दा यो संविधानले पनि राजाको अनियन्त्रित अधिकारमा बृद्धि गरेको देखिन्छ । यसको धारा ८१ मा विशेष परिस्थितिको घोषणा शीर्षक अन्तर्गत राष्ट्रिय पंचायतको अधिवेशन नभएको बेला प्रधानमन्त्रीको मृत्यु भएमा वा राजीनामा दिएमा वा अरु कारणवश विशेष परिस्थिति उत्पन्न भएमा श्री ५ बाट ३ महिनाको लागि आदेश जारी गर्न सक्ने, त्यस्तो आदेशमा मन्त्रिपरिषद् सम्बन्धी व्यवस्था निलम्बन गर्न वा राष्ट्रिय पंचायत विघटन गर्न वा अर्को निर्वाचनको लागि आदेश दिन सक्ने व्यवस्था रहेको थियो । त्यसका साथै धारा ८१क मा संकटकालीन अधिकार शीर्षक अन्तर्गत युद्ध, वाह्य आक्रमण वा आन्तरिक उपद्रवको खतरा परी गम्भीर संकट उत्पन्न भएमा संविधानको कुनै धारा निलम्बन गर्न वा राष्ट्रिय पंचायत वा अन्य कुनै सरकारी निकाय वा पदाधिकारीमा निहित अधिकार श्री ५ ले आफैले ग्रहण गर्न सक्ने व्यवस्था गरिएको थियो ।[१४]

५.५. नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७

यो संविधानमा भएको संकटकालीन अधिकार सम्बन्धी व्यवस्थालाई हेर्दा यो संविधानबाट नेपालमा लोकतान्त्रिक नियन्त्रणको प्रारम्भ भएको मान्न सकिन्छ । यो संविधानको धारा ११५ मा नेपाल अधिराज्यको सार्वभौमसत्ता, अखण्डता वा कुनै भागको सुरक्षामा युद्ध, वाह्य आक्रमण, सशस्त्र विद्रोह वा चरम आर्थिक विश्रृंखलताको कारण गम्भीर संकट उत्पन्न भएमा, मुलुकभर वा कुनै भागमा

---

[१२] विस्तृत जानकारीको लागि हेर्नुहोस् **नेपाल सरकार बैधानिक कानून**, २००४ को धारा ४६, ४७ र ६१ ।

[१३] विस्तृत जानकारीको लागि हेर्नुहोस् **नेपालको अधिराज्यको संविधान**, २०१५ को धारा ५५ र ५६ ।

[१४] विस्तृत जानकारीको लागि हेर्नुहोस् **नेपालको संविधान**, २०१९ को धारा ८१ र ८१क ।

संकटकालीन अवस्थाको घोषणा वा आदेश जारी गर्न सक्ने व्यवस्था गरिएको थियो । त्यस्तो घोषणा वा आदेश मन्त्रिपरिषद्को सिफारिसमा श्री ५ बाट जारी हुने, त्यसरी जारी भएको घोषणा वा आदेश ३ महिनाभित्र प्रतिनिधिसभाको दुईतिहाई बहुमतबाट अनुमोदन हुनु पर्ने, त्यसरी अनुमोदन भएमा ६ महिनासम्म कायम रहने र अनुमोदन नभएमा निष्क्रिय हुने व्यवस्था रहेको थियो । त्यसरी जारी भएको घोषणा वा आदेशलाई अर्को एक पटक ६ महिनासम्म कायम राख्न प्रतिनिधिसभामा प्रस्ताव राख्न सकिने पनि व्यवस्था गरिएको थियो । त्यसका साथै धारा ११५ मा निलम्बन हुन सक्ने भनी उल्लेख भएका मौलिक हकहरू निलम्बन गर्न सकिने व्यवस्था पनि गरिएको थियो ।[१५]

उक्त संवैधानिक व्यवस्था बमोजिम श्री ५ बाट दुई पटक संकटकालीन अवस्थाको घोषणा भएको पाइन्छ । पहिलो पटक मिति २०५८।८।११ मा श्री ५ बाट मन्त्रिपरिषद्को सिफारिशमा संकटकालीन अवस्थाको आदेश जारी भएको थियो भने दोस्रो पटक मिति २०६१।१०।१९ मा श्री ५ बाट मन्त्रिपरिषद्को सिफारिस बिना नै संकटकालीन अवस्थाको आदेश जारी भएको थियो ।[१६] संकटकालीन अवस्थाको घोषणा श्री ५ बाट मन्त्रिपरिषद्को सिफारिशमा मात्रै हुन सक्ने आसय नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ जारी भए पछि राजदूत नियुक्तिको विषयलाई लिएर सर्वोच्च अदालतमा दर्ता भएको राधेश्याम अधिकारी विरुद्ध मन्त्रिपरिषद् सचिवालय समेतको रिट निवेदनमा सर्वोच्च अदालतको विशेष इजलासबाट भएको व्याख्यामा "तसर्थ यस्तो नियुक्ति धारा ३५ को उपधारा (२) बमोजिम मन्त्रिपरिषद्को सल्लाह र सम्मतिबाट हुनुपर्ने देखिन आउँछ"[१७] भनी उल्लेख भएको पाइन्छ ।[१८]

५.६. नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३

यो संविधानमा भएको संकटकालीन अधिकार सम्बन्धी व्यवस्थालाई हेर्दा यस अघिको संविधानमा भन्दा यो संविधानमा संकटकालीन अवस्थाको घोषणा वा आदेश जारी भएपछि संसदीय अनुमोदनको लागि पेश गर्नुपर्ने अवधिमा न्यूनीकरण गरी ३ महिनाबाट १ महिनामा झारिएको थियो । यो संविधानको धारा १४३ मा नेपाल राज्यको सार्वभौमसत्ता, अखण्डता वा कुनै भागको सुरक्षामा युद्ध, वाह्य आक्रमण, सशस्त्र विद्रोह वा चरम आर्थिक विश्रृंखलताको कारणले गम्भीर संकट उत्पन्न भएमा नेपाल सरकार मन्त्रिपरिषद्को सिफारिशमा राष्ट्रपतिले नेपाल राज्यभर वा कुनै खास क्षेत्रमा लागू हुने गरी संकटकालीन अवस्थाको घोषणा गर्न वा आदेश जारी गर्न सक्ने व्यवस्था रहेको थियो । त्यसरी जारी भएको घोषणा वा आदेश १ महिनाभित्र अनुमोदनको लागि व्यवस्थापिका-संसदमा पेश गरिने, अनुमोदन भएमा ३ महिनासम्म कायम रहने र अर्को एक पटक ३ महिनामा नबढाई संकटकालीन अवस्थाको म्याद बढाउन प्रस्ताव पेश गर्न सकिने व्यवस्था पनि राखिएको थियो । त्यसका साथै उक्त धारामा निलम्बन हुन सक्ने भनी उल्लेख भएका मौलिक हकहरू निलम्बन गर्न सकिने एवं कुनै पदाधिकारीले कानून विपरित वा

---

[१५] विस्तृत जानकारीको लागि हेर्नुहोस् **नेपालको अधिराज्यको संविधान**, २०४७ को धारा ११५ ।

[१६] विस्तृत जानकारीको लागि हेर्नुहोस् *संकटकालीन अधिकार,* **संविधान सभा संवैधानिक समिति अवधारणापत्र र प्रारम्भिक मस्यौदा सम्बन्धी प्रतिवेदन** २०६६ ।

[१७] नरेन्द्रप्रसाद पाठक समेत (सं.), **संवैधानिक विवादमा सर्वोच्च अदालतका फैसला** (२०४७-२०५७), भाग १, २०५८ ।

[१८] विस्तृत जानकारीको लागि हेर्नुहोस् **ने.का.प.** २०४८, अंक १२, नि.नं. ४४३०, पृष्ठ ८१० ।

बद्नियत साथ गरेको कामबाट क्षति पुग्ने व्यक्तिले क्षतिपूर्ति दावी गर्न सक्ने व्यवस्था पनि गरिएको थियो ।[१९]

५.७. नेपालको संविधान

नेपालको वर्तमान संविधानमा भएको संकटकालीन अधिकार सम्बन्धी व्यवस्थालाई हेर्दा यस अघिको संविधानमा भन्दा संकटकालीन अवस्थाको घोषणा गर्ने वा आदेश जारी गर्ने आधारमा "प्राकृतिक विपद र महामारी" समेतका दुई वटा आधारहरू थप भएको पाइन्छ। वर्तमान संविधानको धारा २७३ को उपधारा (१) मा नेपालको सार्वभौमसत्ता, भौगोलिक अखण्डता वा कुनै भागको सुरक्षामा युद्ध, वाह्य आक्रमण, सशस्त्र विद्रोह, चरम आर्थिक विश्रृंखलता, प्राकृतिक विपद वा महामारीको कारणले गम्भीर संकट उत्पन्न भएमा राष्ट्रपतिले नेपाल भर वा कुनै खास क्षेत्रमा लागू हुने गरी संकटकालीन अवस्थाको घोषणा गर्न वा आदेश जारी गर्न सक्ने प्रावधान राखिएको छ। उपधारा (२) मा कुनै प्रदेशमा प्राकृतिक विपद वा महामारीको कारणले गम्भीर संकट उत्पन्न भएमा सम्बन्धित प्रदेश सरकारले प्रदेश वा त्यसको कुनै भागमा संकटकालीन अवस्थाको घोषणा वा आदेश जारी गर्न नेपाल सरकारलाई अनुरोध गर्न सक्ने प्रावधान राखिएको छ।[२०]

६. संकटकालीन अवस्थाको घोषणा वा आदेशको अनुमोदन, निष्क्रिय हुने र अवधि थप गर्ने विधि

वर्तमान नेपालको संविधानमा भएको व्यवस्थालाई हेर्दा संकटकालीन अवस्थाको घोषणा वा आदेश अनुमोदनको लागि एक महिना भित्र संघीय संसदका दुवै सदनमा पेश गर्नु पर्ने, दुवै सदनमा तत्काल कायम रहेका सम्पूर्ण सदस्य संख्याको कम्तिमा दुई तिहाई बहुमतले अनुमोदन गरेमा त्यस्तो घोषणा वा आदेश भएको मितिले ३ महिनासम्म कायम रहने र अनुमोदन हुन नसकेमा स्वतः निष्क्रिय हुने प्रावधान रहेको छ।[२१]

त्यसका साथै वर्तमान संविधानमा संकटकालको अवस्था अझै विद्यमान छ भनी संकटकालको अवधि समाप्त नहुँदै अर्को एक पटक तीन महिनामा नबढाई संकटकालीन घोषणा वा आदेशको अवधि थप गर्ने प्रस्ताव संघीय संसदमा पेश गर्न सकिने र त्यस्तो प्रस्ताव संघीय संसदका दुवै सदनमा तत्काल कायम रहेका सम्पूर्ण सदस्य संख्याको कम्तिमा दुई तिहाई बहुमतले पारित भएमा त्यस्तो प्रस्तावमा उल्लिखित अवधिसम्मको लागि त्यस्तो घोषणा वा आदेश कायम नै रहने व्यवस्था छ। प्रतिनिधिसभा विघटन रहेको अवस्थामा यो अनुमोदनको अधिकार राष्ट्रिय सभाले प्रयोग गर्ने प्रावधान रहेको छ।[२२]

वर्तमान संविधानमा संकटकालीन अवस्थाको घोषणा वा आदेश भएपछि त्यस्तो अवस्थाको निवारण गर्न राष्ट्रपतिले आवश्यक आदेश जारी गर्न सक्ने र त्यसरी जारी भएको आदेश संकटकालीन अवस्था बहाल रहेसम्म कानून सरह लागू हुने व्यवस्था छ। त्यसका साथै त्यस्तो आदेश जारी गर्दा त्यस्तो आदेश

---

[१९] विस्तृत जानकारीको लागि हेर्नुहोस् **नेपालको अन्तरिम संविधान**, २०६३ को धारा १४३।

[२०] विस्तृत जानकारीको लागि हेर्नुहोस् **नेपालको संविधान**को धारा २७३ को उपधारा (१) र (२)।

[२१] विस्तृत जानकारीको लागि हेर्नुहोस् **नेपालको संविधान**को धारा २७३ को उपधारा (३), (४) र (५)।

[२२] विस्तृत जानकारीको लागि हेर्नुहोस् **नेपालको संविधान**को धारा २७३ को उपधारा (६), (७) र (८)।

बहाल रहेसम्मको लागि भाग-३ मा व्यवस्था भएका मौलिक हक निलम्बन गर्न सकिने प्रावधान समेत राखिएको छ ।[२३]

७. राज्यको संकटकालीन अधिकार र नागरिकको मौलिक हक बीचको सम्बन्ध

"देश संकटमा रहेको बेला नागरिकले आफ्नो अधिकारलाई प्राथमिकता दिने कुरालाई उचित मान्न सकिदैन । अधिकारको माग गर्दा आफूले निर्वाह गर्नु पर्ने कर्तव्य पनि भुल्न हुदैन । अझ संकटकालमा त नागरिकको राज्यप्रतिको दायित्व वा कर्तव्यमा अझ बढोत्तरी हुन जान्छ । संकटसँग निपट्नको लागि राज्यको शक्ति बृद्धि हुनु अपरिहार्य हुन्छ । संकटकालमा सामान्य अवस्थामा जस्तै राज्यको काम कारवाहीहरू सहज तवरले सञ्चालन हुन सक्दैनन् ।"[२४]

संकटकालीन अवस्थामा नागरिकको मौलिक हकमा संकुचन आउन सक्ने र राज्यको शक्ति बृद्धि हुने भएकोले नै यसलाई आवश्यकीय खराबी भनिएको हो । संकटकालीन अवस्थामा नागरिक माथि संकटको कष्ट, राज्यले अपनाएको कठोर उपायको कष्ट र मौलिक हक निलम्बनको बहुआयामिक कष्ट हुन पुग्छ । देश संकटमा परेको बेला नागरिकका कर्तव्य पनि अझ सक्रिय हुन पुग्छन् । सोही कुरालाई समेत विचार गरी बर्तमा नेपालको संविधानमा नागरिकको कर्तव्य अन्तर्गत "प्रत्येक नागरिकका कर्तव्य राष्ट्रप्रति निष्ठावान हुँदै नेपालको राष्ट्रियता, सार्वभौमसत्ता र अखण्डताको रक्षा गर्नु, संविधान र कानूनको पालना गर्नु, राज्यले चाहेको बखत अनिवार्य सेवा गर्नु र सार्वजनिक सम्पत्तिको सुरक्षा र संरक्षण गर्नु हुनेछन्"[२५] भनी उल्लेख भएको पाइन्छ ।

राजनीतिक तथा नागरिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय प्रतिज्ञापत्र, १९६६ को धारा ४ मा राष्ट्रको अस्तित्व खलल् पार्ने सार्वजनिक संकट र सो को विद्यमानतामा आधिकारिक रूपमा घोषणा गरिएको समयमा यो प्रतिज्ञा पत्रका पक्ष राष्ट्रहरूले स्थितिको आकस्मिकताबाट अत्यावश्यक भएको हदसम्म आफ्ना दायित्वहरू न्यून गर्ने उपायहरू अवलम्बन गर्न सक्नेछन् भनिएकोले केही मौलिक हकको निलम्बन बैध नै हुन आउछ ।

संयुक्त राज्य अमेरिकाको संविधानको धारा १ (९) ले बन्दी प्रत्यक्षीकरणको हक पनि सार्वजनिक सुरक्षाको परिस्थितिले मागेमा निलम्बन हुन सक्ने गरी The privilege of the writ of habeas corpus shall not be suspended, unless when in case of rebellion or invasion the public safety may require it. भन्ने व्यवस्था गरेको छ । त्यहाँ वाक स्वतन्त्रता, शान्तिपूर्ण भेला हुने स्वतन्त्रता, धार्मिक स्वतन्त्रता र समानताको हक निलम्बन हुन नसक्ने बनाइएको छ । त्यसै गरी दक्षिण अफ्रिकाको संविधानले वन्दीप्रत्यक्षीकरण लगायत आत्मसम्मानपूर्वक मानिस भएर जिउन पाउने धेरै मौलिक हकलाई निलम्बन नगरिने प्रत्याभूति दिलाएको छ ।[२६]

---

[२३] विस्तृत जानकारीको लागि हेर्नुहोस् **नेपालको संविधान**को धारा २७३ को उपधारा (९) र (१०) ।

[२४] *संकटकालीन अधिकार,* **संविधान सभा संवैधानिक समिति अवधारणापत्र र प्रारम्भिक मस्यौदा सम्बन्धी प्रतिवेदन २०६६ ।**

[२५] **नेपालको संविधान**को धारा ४८ को देहाय खण्ड (क), (ख), (ग) र (घ) ।

[२६] *संकटकालीन अधिकार,* **संविधान सभा संवैधानिक समिति अवधारणापत्र र प्रारम्भिक मस्यौदा सम्बन्धी प्रतिवेदन २०६६ ।**

संकटकालको घोषणा गर्ने अधिकार सन् १९९६ मा बनेको दक्षिण अफ्रिकाको संविधानले त्यहाँको राष्ट्रपतिलाई दिएको छ भने त्यस्तो घोषणा पहिलो पटक संसदको सामान्य बहुमतबाट अनुमोदन भएमा बढीमा २१ दिन कायम हुन सक्ने र त्यस पछि ३ महिनाको लागि संसदको ६० प्रतिशत बहुमतबाट अनुमोदन हुनुपर्ने हुन्छ ।[२७] "... तर समानता, स्वभिमानयुक्त मानवीय जीवन, स्वतन्त्रता र व्यक्तिगत सुरक्षा, दासत्व र बलात् श्रम, अनधिकृत पक्राउ र सुनुवाईविना थुनामा राख्न नपाउने जस्ता मौलिक हकहरूलाई संकटकालमा पनि निलम्बन गर्न नपाइने संवैधानिक प्रत्याभूतिले कार्यकारिणीको स्वेच्छाचारिता रोक्न राम्रो सुरक्षाकवच प्रदान गरेको छ भन्न सकिन्छ ।"[२८]

आधुनिक संविधान मध्येको इथियोपियाको संविधानमा संकटकालीन अधिकार सम्बन्धी प्रावधान अन्य देशको भन्दा भिन्न प्रकृतिको देखिन्छ । "संकटकालको घोषणा कार्यकारिणी आदेशबाट मात्रै हुन सक्ने आम प्रचलनलाई तोड्दै त्यहाँको संविधानले जनप्रतिनिधिसभाले यस्तो घोषणा गर्न पाउने व्यवस्था गरेको छ । संकटकालीन आदेशको घोषणासँगै यसको निवारण र व्यवस्थापनको अनुगमन गर्न त्यहाँको संविधानको धारा ९३ को उपधारा (५) अन्तर्गत Emergency Inquiry Board गठन गर्ने अधिकार पनि जनप्रतिनिधि सभामा रहेको छ ।"[२९] ऐ. धारा ९३ को उपधारा (६) ले उक्त बोर्डलाई व्यापक अधिकारहरू समेत प्रदान गरेको छ ।

संकटकालको समयमा नागरिकका मौलिक हकहरूको निलम्बन हुने र निलम्बन नहुने आधारमा त्यस्ता मौलिक हकहरूलाई सम्बन्धित देशको संविधानले नै औचित्यको आधारमा वर्गीकरण गर्ने गरिएको पाइन्छ । नेपालको वर्तमान संविधानले पनि मौलिक हकहरूलाई Derogable and Non-derogable भनी संविधानमा नै वर्गीकरण गरेको छ । ती मौलिक हकहरूको चर्चा छुट्टै उपशीर्षकमा तल उल्लेख गरिएको छ ।

८. नेपालको संविधान बमोजिम संकटकालीन अवस्था बहाल रहेसम्म निलम्बन गर्न नसकिने मौलिक हक

नेपालको वर्तमान संविधान बमोजिम संकटकालीन अवस्थाको घोषणा वा आदेश जारी गर्दा त्यस्तो घोषणा वा आदेश बहाल रहेसम्मका लागि देहायका मौलिक हकहरू निलम्बन गर्न नसकिने व्यवस्था गरिएको छ :

- धारा १६ को सम्मानपूर्वक बाँच्न पाउने हक,
- धारा १७ को उपधारा (२) को खण्ड (ग) राजनीतिक दल खोल्ने स्वतन्त्रता, ऐ. खण्ड (घ) संघ संस्था खोल्ने स्वतन्त्रता,
- धारा १८ को समानताको हक,

---

[२७] **दक्षिण अफ्रिकाको संविधान**को धारा ३९ ।

[२८] नारायणप्रसाद सुवेदी, *संकटकालीन अधिकार,* **लोकतान्त्रिक संविधानका आधारहरु**, प्रथम संस्करण, २०६५, अग्रसारथी अध्ययन तथा अनुसन्धान केन्द्र, काठमाण्डौ, पृष्ठ ३१९ ।

[२९] नारायणप्रसाद सुवेदी, *संकटकालीन अधिकार,* **लोकतान्त्रिक संविधानका आधारहरु**, प्रथम संस्करण, २०६५, अग्रसारथी अध्ययन तथा अनुसन्धान केन्द्र, काठमाण्डौ, पृष्ठ ३२२ ।

- धारा १९ को उपधारा (२) ... सञ्चार माध्यमलाई बन्द, जफत वा दर्ता खारेज वा सामग्री जफत नगरिने हक,
- धारा २० को न्याय सम्बन्धी हक,
- धारा २१ को अपराध पीडितको हक,
- धारा २२ को यातना विरुद्धको हक,
- धारा २४ को छुवाछूत तथा भेदभाव विरुद्धको हक,
- धारा २६ को उपधारा (१) को आफ्नो आस्था अनुसार धर्मको अवलम्बन, अभ्यास र संरक्षणको हक,
- धारा २९ को शोषण विरुद्धको हक,
- धारा ३० को स्वच्छ वातावरणको हक,
- धारा ३१ को शिक्षा सम्बन्धी हक,
- धारा ३२ को भाषा तथा सँस्कृतिको हक,
- धारा ३५ को स्वास्थ्य सम्बन्धी हक,
- धारा ३६ को उपधारा (१) को खाद्य सम्बन्धी हक, ऐ. उपधारा (२) को खाद्य वस्तुको अभावमा जीवन जोखिममा पर्ने अवस्थाबाट सुरक्षित हुने हक,
- धारा ३८ को महिलाको हक
- धारा ३९ को बालबालिकाको हक,
- धारा ४० को उपधारा (२) को दलित विद्यार्थीलाई प्राथमिकदेखि उच्च शिक्षासम्म छात्रवृत्ति सहित निःशुल्क शिक्षाको हक तथा प्राविधिक र व्यावसायिक उच्च शिक्षामा कानून बमोजिम विशेष व्यवस्थाको हक, ऐ. उपधारा (३) को दलित समुदायलाई स्वास्थ्य र सामाजिक सुरक्षा प्रदान गर्न कानून बमोजिम विशेष व्यवस्थाको हक,
- धारा ४१ को ज्येष्ठ नागरिकको हक,
- धारा ४२ को सामाजिक न्यायको हक,
- धारा ४३ को सामाजिक सुरक्षाको हक,
- धारा ४५ को देश निकाला विरुद्धको हक र
- धारा ४६ को संवैधानिक उपचारको हक र बन्दी प्रत्यक्षीकरणको उपचार प्राप्त गर्ने हक ।

५. नेपालको संविधान बमोजिम संकटकालीन अवस्था बहाल रहेको अवधिमा निलम्बन गर्न सकिने मौलिक हक

नेपालको वर्तमान संविधान बमोजिम संकटकालीन अवस्थाको घोषणा वा आदेश जारी गर्दा त्यस्तो घोषणा वा आदेश बहाल रहेसम्मका लागि देहायका मौलिक हकहरू निलम्बन गर्न सकिने व्यवस्था गरिएको छ :

- धारा १७ को उपधारा (१) को वैयक्तिक स्वतन्त्रताबाट बञ्चित नगरिने हक,
  ऐ. उपधारा (२) को खण्ड (क) को विचार र अभिव्यक्तिको स्वतन्त्रता,

  ऐ. खण्ड (ख) को बिना हातहतियार शान्तिपूर्वक भेला हुने स्वतन्त्रता,

  ऐ. खण्ड (ङ) को नेपालको कुनै पनि भागमा आवतजावत र बसोबास गर्ने स्वतन्त्रता,

  ऐ. खण्ड (च) को नेपालको कुनै पनि भागमा पेशा, रोजगार गर्ने र उद्योग, व्यापार तथा व्यवसायको स्थापना र सञ्चालन गर्ने स्वतन्त्रता,

- धारा १९ को उपधारा (१) को सञ्चारको जुनसुकै माध्यमबाट कुनै समाचार, सम्पादकीय, लेख, रचना वा अन्य कुनै पाठ्य, श्रव्य, श्रव्यदृश्य सामग्रीको प्रकाशन तथा प्रसारण गर्न वा सूचना प्रवाह गर्न वा छाप्न पूर्व प्रतिबन्ध नलगाइने हक,
  ऐ. उपधारा (३) को कानून बमोजिम बाहेक कुनै छापा, विद्युतीय प्रसारण तथा टेलिफोन लगायतका सञ्चार साधनलाई अवरुद्ध नगरिने हक,

- धारा २३ को निवारक नजरबन्द विरुद्धको हक,
- धारा २५ को सम्पत्तिको हक,
- धारा २६ को उपधारा (२) को प्रत्येक धार्मिक सम्प्रदायलाई धार्मिक स्थल तथा धार्मिक गुठी सञ्चालन र संरक्षण गर्ने हक,
  ऐ. उपधारा (३) को ... कसैले पनि सार्वजनिक स्वास्थ्य, शिष्टाचार र नैतिकताको प्रतिकूल हुने वा सार्वजनिक शान्ति भंग गर्ने क्रियाकलाप गर्न, गराउन वा कसैको धर्म परिवर्तन गराउने वा अर्काको धर्ममा खलल् पर्ने काम वा व्यवहार गर्न वा गराउन नहुने,

- धारा २७ को सूचनाको हक,
- धारा २८ को गोपनीयताको हक,
- धारा ३३ को रोजगारीको हक,
- धारा ३४ को श्रमको हक,
- धारा ३६ को उपधारा (३) खाद्य सम्प्रभुताको हक,
- धारा ३७ को आवासको हक,
- धारा ४० को उपधारा (१) को राज्यका सबै निकायमा दलितको समानुपातिक समावेशी सिद्धान्तको आधारमा सहभागी हुने हक र सार्वजनिक सेवा लगायतका रोजगारीका अन्य क्षेत्रमा दलित समुदायको सशक्तीकरण, प्रतिनिधित्व र सहभागिताको लागि कानून बमोजिम विशेष व्यवस्था पाउने हक,
  ऐ. उपधारा (४) को आफ्नो परम्परागत पेशा, ज्ञान, सीप र प्रविधिको प्रयोग, संरक्षण र विकास गर्ने हक,

  ऐ. उपधारा (५) को भूमिहीन दलितको कानून बमोजिम एक पटक जमीन प्राप्त गर्ने हक,

ऐ. उपधारा (६) को आवासविहीन दलितको कानून बमोजिम बसोबासको हक,

ऐ. उपधारा (७) को दलित समुदायलाई यस धाराद्वारा प्रदत्त सुविधा ... दलितले समानुपातिक रूपमा प्राप्त गर्ने हक,

- धारा ४४ को उपभोक्ताको हक ।

"माथि उल्लिखित मौलिक हकहरू निलम्बित गर्ने अख्तियारी दिनुको अर्थ कानूनी राज्यको अन्त्य गर्नु होइन । निलम्बित अधिकारहरूको उल्लंघन हुने सम्मको कानून बनाई कारवाही गर्ने अधिकार कार्यपालिकालाई प्रदान गर्नु सम्म यसको प्रयोजन हो । यो वास्तवमा संकटकालीन परिस्थितिसँग निपट्नका लागि सरकारको पक्षमा जनताले व्यहोरेको सहनशीलता हो । बेलायतमा त एउटा उक्ति प्रचलित छ, त्यो हो जब सशस्त्र संघर्ष हुन्छ, कानूनहरू चुप हुन्छन् । (Inter arma lilent legis)"[३०]

१०. संकटकालीन अधिकार र बन्दी प्रत्यक्षीकरण

नेपालमा नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ जारी हुनुपूर्व संविधानका धारा र बन्दी प्रत्यक्षीकरणको उपचार समेत निलम्बन हुने अवस्था रहेकोमा २०४७ को संविधान जारी भए पश्चात् संविधानमै निलम्बन हुने र नहुने मौलिक हकहरूको वर्गीकरण गरी बन्दी प्रत्यक्षीकरणको उपचार निलम्बन नहुने संवैधानिक प्रत्याभूति गरिएको पाइन्छ । यस्तो व्यवस्थाले त्यस पछि जारी भएका नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ तथा वर्तमान नेपालको संविधानमा पनि निरन्तरता पाएको पाइन्छ तर यी पछिल्ला संविधानहरूमा त्यस्ता मौलिक हकहरूको संख्यामा क्रमशः बृद्धि हुँदै आएको पाइन्छ ।

११. सरकारी वकिलले ध्यान दिनु पर्ने कुराहरू

राष्ट्र प्रमुखबाट देशभर वा देशको कुनै भागमा संकटकालीन अवस्थाको घोषणा वा आदेश जारी गर्न सक्ने विषयमा सरकारी वकीलले ध्यान दिनुपर्ने कुराहरू देहाय बमोजिम रहेका छन् :

- संकटकालीन अधिकार सम्बन्धी व्यवस्थालाई वर्तमान संविधानको धारा २७३ र धारा ६६ लाई संगै राखेर हेर्नुपर्ने हुन्छ । ती धाराहरूमा भएको व्यवस्थालाई हेर्दा संकटकालीन अवस्थाको घोषणा वा आदेश मन्त्रिपरिषदको सिफारिस र सम्मतिबाट राष्ट्रपतिले जारी गर्ने तथा त्यस्तो सिफारिश वा सम्मति प्रधानमन्त्री मार्फत पेश हुने व्यवस्था छ ।
- प्राकृतिक विपद वा महामारीको कारणले कुनै प्रदेश वा प्रदेशको कुनै भागमा संकटकाल घोषणा गर्ने कुरा नेपाल सरकारको हो । त्यसमा प्रदेश सरकारको अनुरोध मात्र हो । नेपाल सरकार सन्तुष्ट हुनु पर्ने हुन्छ । त्यस्तो घोषणा संसदबाट अनुमोदन हुन पर्दैन ।
- संकटकालका सम्बन्धमा भारतीय अदालतको दृष्टिकोणलाई हेर्दा संकटकाल लगाउने वा नलगाउने भन्ने प्रश्न राजनीतिक प्रश्न (Political Question) हो । यो मन्त्रीपरिषदको

---

[३०] कल्याण श्रेष्ठ, *संकटकालीन अधिकार,* **नेपालको संवैधानिक कानून**, दोस्रो संस्करण, २०५४, कानून अनुसन्धान तथा विकास फोरम (फ्रिडिल),, काठमाण्डौ, पृष्ठ ५१७ ।

सल्लाहमा घोषणा गरिने राष्ट्रपतिको सन्तुष्टिको विषय हो ।[३१] यदि राष्ट्रपतिको सन्तुष्टी प्रथम दृष्टिमा नै बदनियतपूर्वकको छ वा असम्बद्ध वा असान्दर्भिक आधारलाई टेकेर संकटकालको घोषणा गरिएको छ भने अदालतले परीक्षण गर्न सक्छ ।[३२] भनी व्याख्या भएको पाइन्छ ।

- संकटकालको अवस्था यथार्थतामा आधारित हुनुपर्छ, आशंकामा होइन ।
- संकटकालको अवस्था दुवै सदनबाट अनुमोदन हुनु पर्दछ । प्रतिनिधिसभा विघटन भएको अवस्थामा राष्ट्रिय सभालाई अनुमोदनको एकलौटी अधिकार रहन्छ । यसलाई Parliamentary Control को विषयको रूपमा लिनु पर्दछ ।
- संकटकालमा कुन कुन मौलिक हक निलम्बन गर्ने हो स्पष्ट आदेश जारी हुनु पर्दछ ।
- संविधानले निलम्बन गर्न सकिने भनेका मौलिक हकहरू स्वतः निलम्बन पनि हुँदैनन् र संविधानको कुनै धारा निलम्बन हुने पनि होइन ।
- संविधानले प्रत्यक्ष रूपमा निलम्बन गरिने छैन भनेका हकहरूलाई अप्रत्यक्ष रूपमा पनि कार्यान्वयन इन्कार गर्नु हुदैन ।
- संकट निवारण गर्न जारी भएको आदेशलाई संकटकालको अवधि समाप्त भए पछि निरन्तरता दिन सकिदैन ।
- संकटकालको अवधिमा कुनै पदाधिकारिले बद्नियतसाथ काम गरेको कारण कसैलाई क्षति पुगेमा संकटकालीन अवस्थाको घोषणा वा आदेश जारी भएको अवधि समाप्त भएको ३ महिनाभित्र क्षतिपूर्तिको लागि दावी गर्न सक्छ ।
- त्यस्तो अवस्थामा कुन अदालतमा दावी दिने ? कति क्षतिपूर्ति कुन विधिबाट भराउने ? र पीडकलाई कति सजाय हुने ? के कुन कार्यविधिबाट सजाय हुने ? भन्ने विषयमा संघीय कानून बन्न आवश्यक छ ।
- घोषणा वा आदेश जारी हुनुपूर्व सरकारलाई सल्लाह दिने र जारी भएपछि उठेका संवैधानिक र कानूनी प्रश्नको प्रतिरक्षा गर्ने भूमिका सरकारी वकिलको हुने गर्दछ ।

१२. संकटकालको अवधिमा मौलिक हक, बन्दी प्रत्यक्षीकरणको उपचार र बद्नियतपूर्वकको थुनाका सम्बन्धमा नेपालको सर्वोच्च अदालतको न्यायिक दृष्टिकोण

नेपालमा संकटकालको अवधिमा सर्वोच्च अदालतबाट व्याख्या भएका मुद्दाहरूको संख्या खासै उल्लेख्य छैन । ती मध्ये पनि बौद्धिक छलफलको लागि चार वटा रिट निवेदनको दृष्टान्त यहाँ प्रस्तुत गर्ने जमर्को गरिएको छ :

१२.१. राजीव पराजुलीको हकमा संजीव पराजुली विरुद्ध भ्रष्टाचार नियन्त्रण शाही आयोग

---

[३१] Bhut Nath v. West Bengal 1974.

[३२] State of Rajasthan v. Union of India 1978.

प्रस्तुत विषयमा सर्वोच्च अदालतबाट नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ११५ को उपधारा (७) बमोजिम जारी भएको आदेश संकटकालीन अवस्था विद्यमान भएसम्म बहाल रहने भन्ने संविधानले स्पष्ट किटानी व्यवस्था गरेको विषयमा अरु नै धाराको सहारा लिई संकटकालीन अवस्थालाई निवारण गर्न जारी भएको आदेशलाई निरन्तरता दिने कार्यको अन्तत्वोगत्वा अप्रत्यक्षरूपमा नतिजामा संकटकालीन अवस्था कायम राख्नु सरह हुने हुँदा संविधानले स्पष्ट रूपमा व्यवस्था गरेका कुरामा सो विपरीतको कार्य संविधानसम्मत नहुने भन्ने समेतको व्याख्या भएको देखिन्छ ।[३३]

१२.२. ऋषिकेश शाहको हकमा श्रीमती सिद्धान्त राज्य लक्ष्मी शाह विरुद्ध वाग्मती अञ्चलाधीश समेत

प्रस्तुत विषयमा सर्वोच्च अदालतबाट एकै दिनमा सही गरेको छुटिपाएँ भन्ने र नजरबन्दीको आदेश सुनिपाएँ भन्ने २ प्रकारको कागजमा समय नजनाउनाका साथै वद्नियतले थुनेको भन्ने आरोपको पुष्टि निवेदकले गर्न नसकेमा-छुटेको छैन लगातार थुनामा छु भन्ने निजको भनाई सम्मलाई भर लिन नमिल्ने भनी व्याख्या भएको देखिन्छ ।[३४]

१२.३. गौरी प्रधानको हकमा सुम्निमा प्रधान विरुद्ध श्री ५ को सरकार समेत

प्रस्तुत विषयमा सर्वोच्च अदालतबाट नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ११५ को उपधारा (८) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांशले वन्दीप्रत्यक्षीकरणको उपचार प्राप्त गर्ने हक निलम्बन नगरिने स्पष्ट संवैधानिक प्रत्याभूति भएको अबस्थामा वन्दीप्रत्यक्षीकरण एउटा स्वतन्त्र संवैधानिक व्यवस्था भएको स्पष्ट हुन आएको हुँदा यसलाई संकटकालीन अबस्थाको घोषणा वा आदेश तथा सो समयमा कानून सरह लागू हुने आदेशबाट संकुचित पार्न नसकिने भनी व्याख्या भएको देखिन्छ ।[३५]

१२.४. डम्बर सिं गदाल विरुद्ध इलाम नगरपालिका समेत

प्रस्तुत विषयमा सर्वोच्च अदालतबाट यदि संकटकालको अवस्थामा सबै मौलिक हकहरू निलम्बन गर्ने संविधान निर्माताहरूको मनसाय रहेको भए नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ११५ को उपधारा (८) मा अरु धारा उल्लेख नगरी सो संकटकालीन अवस्थाको 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 संकटकालको अवस्थामा निलम्वन गर्न सकिने धाराहरू किटानसाथ उल्लेख गरिएको पाइएकोले त्यसदेखि बाहेकका अन्य मौलिक हकहरू निलम्बन गर्नै नसकिने अवस्थामा राखेको स्पष्ट हुने भनी व्याख्या भएको देखिन्छ ।[३६]

---

[३३] **ने. का. प.** २०६२, अंक ११, नि. नं. ७६१८ ।

[३४] **ने. का. प.** २०२६, अंक १, नि. नं. ५२६ ।

[३५] **ने. का. प.** २०६१, अंक ११, नि. नं. ७४६७ ।

[३६] **ने. का. प.** २०६१, अंक १२, नि. नं. ७४६९ ।

१२.५. अधिवक्ता राजेन्द्र प्रसाद ढकालको हकमा रविन्द्र प्रसाद ढकाल समेत विरुद्ध नेपाल सरकार गृह मन्त्रालय समेत

द्वन्दको क्रममा लगाइएको संकटकालमा राज्य पक्षबाट नागरिकलाई गैरकानूनी रूपमा पक्राउ गरी वेपत्ता पार्ने सन्दर्भमा सर्वोच्च अदालतबाट मानव अधिकारको गंभीर र सुनियोजित उल्लंघन गर्ने कार्य दण्डहिनताको अवस्थामा रहन दिन नहुने भन्दै अन्तर्राष्ट्रिय मानव अधिकार सम्बन्धी कानून र प्रचलनहरू समेतको मापदण्ड अनुरूप वेपत्ता नागरिकहरूको सम्बन्धमा खोजी गरी कानून उल्लंघन गर्नेलाई दण्डको दायरामा ल्याई पीडितलाई उचित राहत र क्षतिपूर्ति समेत दिनको लागि एक अधिकार सम्पन्न बेपत्ता छानविन आयोग बनाउनु पर्ने र त्यसको लागि प्रथमतः कानूनी व्यवस्था गर्नु भनी सरकारका नाउँमा निर्देशनात्मक आदेश जारी गर्नुका साथै त्यस्तो आयोग सम्बन्धी कानूनमा मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय मूल्य मान्यताहरू समेटिनु पर्ने भनी निर्देश गर्दै तत्कालका लागि पीडित परिवारलाई कैही क्षतिपूर्ति उपलब्ध गराउन समेत परमादेश जारी गरेको अवस्था छ ।[३७]

१२.६. द्वन्दपीडित तथा कृषक हकहित संरक्षण समाजका तर्फबाट र आ´नै हकमा समेत लिलाधर भण्डारी समेत विरुद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषदको कार्यालय समेत

दश बर्षे सशस्त्र द्वन्दको क्रममा द्वन्दरत पक्षबाट घर, जग्गा, उद्योग, कलकारखाना लगायत कब्जा गरिएको सन्दर्भमा प्रस्तुत विषयमा सर्वोच्च अदालतबाट अन्तर्राष्ट्रिय मानव अधिकार कानून अन्तर्गत विकसित मानव अधिकार विधिशास्त्रमा केवल सार्वजनिक निकाय वा अधिकारीले गरेको मानव अधिकार उल्लंघनको विषय मात्रै नसमेटी निजी जीवन भित्र पनि राज्य बाहेक अरु कसैबाट व्यक्ति वा समुदायको हकको उल्लंघन हुनबाट बचाउने प्रत्याभूति दिन राज्य असफल हुन्छ र परिणामस्वरूप जनताको हक संरक्षित हुँदैन भने मानव अधिकार कानूनको दृष्टिमा राज्य उत्तरदायी हुने भनी परिभाषित गरिएको पाइदा द्वन्दकालमा सम्पत्ति कब्जा लगायतको मौलिक एवं मानव अधिकार उल्लंघनका घटनाहरू समेतका संक्रमणकालीन न्यायका समस्याहरू बारे खास संयन्त्र एवं कार्यक्रम मार्फत संबोधन गर्नुपर्ने आवश्यकता तर्फ नेपाल सरकारको ध्यायाकर्षण हुनुपर्ने भनेको छ यसका साथै सम्पत्ति फिर्ता समेतको प्रयोजनका लागि पीडित समेत समावेश भएको ५ सदस्यीय समिति गठन गरी ३ महिनाभित्र सम्पत्ति फिर्ता गराउनु र हालसम्म भएको क्षतिको पूर्ति समेत दिनु र त्यसको लागि एक राहत कोष समेत खडा गर्नु भनी विपक्षी प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषदको कार्यालय समेतका नाउँमा परमादेशको आदेश जारी भएको देखिन्छ ।[३८]

---

[३७] **ने. का. प.** २०६४, अंक २, नि. नं. ७८१७ पृष्ठ १६९ ।

[३८] **ने. का. प.** २०६५, अंक ९, नि. नं. ८०१२ पृष्ठ १०८६ ।

१३. निष्कर्ष

नागरिकको अमनचयन र राज्यमा शान्ति सुरक्षाको प्रत्याभूति गर्दै राष्ट्रियताको संरक्षण एवं सार्वभौमसत्ता, भौगोलिक अखण्डता, कुनै भागको सुरक्षा (युद्ध, बाह्य आक्रमण वा सशस्त्र विद्रोह), संवैधानिक संरचनाको असफलता, आर्थिक संकट, प्राकृतिक विपद वा महामारी समेतको कारणले राष्ट्रमा गम्भीर संकट उत्पन्न भएमा त्यस्तो संकटबाट पार पाउनको लागि त्यस देशको संविधान वा विधायिकी कानूनले राष्ट्रप्रमुखलाई संकटकालीन अधिकार प्रदान गरेको हुन्छ। देशमा हुन सक्ने आन्तरिक विद्रोह, बाह्य आक्रमण, युद्ध, आर्थिक संकट, प्राकृतिक प्रकोप वा महामारी फैलिएको कारण उत्पन्न हुने गम्भीर अवस्थालाई संकटकालीन स्थिति मान्न सकिन्छ। देशमा संकटकाल उत्पन्न भएको हो वा होइन भन्ने कुराको यकिन गरी निर्णय गर्ने कार्य कार्यपालिकाको प्रमुखले गर्दछ भने त्यसको अनुमोदन सर्वोच्च विधायिकी अंगबाट हुन पर्ने हुन्छ।

संकटकालीन अधिकार सम्वन्धी व्यवस्था पछिल्ला समयमा बढी परिस्कृत र परिमार्जित हुँदै आएकोमा दुईमत नहोला। लामो अभ्यासबाट विश्व समुदायले अनुभूति गरेका असल एवं लोकतान्त्रिक तत्वयुक्त प्रावधानहरूलाई नयाँ बन्ने संविधान एवं विधायिकी कानूनमा समेटिने गरिएको पाइन्छ। संकटकालीन अधिकारको प्रयोग विशेष गरी राष्ट्राध्यक्ष वा कार्यकारिणीको प्रमुखबाटै हुने प्रचलन व्यापक रूपमा रहेको पाइन्छ। कार्यकारिणीको घोषणा वा आदेशलाई व्यवस्थापिकाको सामान्य बहुमतबाट भन्दा दुईतिहाई बहुमतबाट अनुमोदन गर्ने व्यवस्था गर्दा स्वेच्छाचारी र निरंकुशता बढी नियन्त्रित हुने देखिन्छ।

संकट वास्तविक हुनु पर्दछ, सत्तामा बस्ने दल वा व्यक्तिले मात्र संकट देख्ने तर अरुले थाहा पाउन नसक्ने संकट इन्दिरा गान्धीले सन् १९७५ मा भारतमा लगाएको र नेपालमा संविधान सभाको कार्यकाल बढाउन लगाएको संकटकाल जस्तै विपक्षीलाई दबाउने र संकटकालको दुरूपयोग हुने अस्त्र बन्न सक्छ। कार्यकारिणीको स्वेच्छाचारिता र निरंकुशतालाई रोक्न वा न्यूनीकरण गर्नको लागि संकटकालको अवधिलाई सकेसम्म छोटो पार्ने र व्यवस्थापिकाबाट तुरुन्तै अनुमोदन गराउने व्यवस्था गर्न आवश्यक ठानिन्छ।

संकटकालीन अधिकार सम्बन्धी व्यवस्था संविधानमा गर्ने वा कानूनमा गर्ने भन्ने विषय विवाद रहित छैन। कुनै राष्ट्रले संविधानमा त कुनैले ऐनमा यस सम्बन्धी व्यवस्था गरिएको पाइन्छ। आधुनिक समयमा संकटकालको घोषणा गरिएको अवस्थामा समेत नागरिकका मौलिक हक अधिकारहरू कटौती गर्नै पर्दछ भन्ने परम्परागत सोच, दृष्टिकोण र अभ्यासमा पनि क्रमिकरूपमा परिवर्तन देखा पर्दै आएको छ।

दक्षिण अफ्रिकाले गरेको व्यवस्था जस्तै संकटकालमा अधिकांश मौलिक हक अधिकार माथि नियन्त्रण लगाउनु नपर्ने व्यवस्था गर्दा नागरिकका मौलिक हकमा अनुचित बन्देज नलाग्ने हुन्छ। संविधान वा कानून विपरित, विरोधीलाई दबाउने वा अन्य कुनै बद्नियतपूर्ण तरिकाले संकटकालको घोषणा वा आदेश जारी गरेमा न्यायिक पुनरावलोकन हुन सक्ने व्यवस्था गरिएमा लोकतन्त्र संस्थागत हुने, संविधानवाद र कानूनको शासनले जीवन्तता पाउने कुरामा दुईमत हुन नसक्ला।

संकटकालको घोषणालाई न्यायिक पुनरावलोकनको दायरा बाहिर पार्दा नागरिकका संविधान प्रदत्त मौलिक हक अधिकारमा कार्यपालिकीय अंगबाट हुन सक्ने ज्यादती रोक्ने प्रभावकारी संयन्त्रको अभाव हुन सक्ने कुरालाई मध्यनजर गरी संकटकालको अवधिमा भएका ज्यादती उपर अनुसन्धान, अभियोजन र सजाय तथा क्षतिपूर्तिको व्यवस्था गर्न नसक्ने हो भने ती हकको सुनिश्चितता हैन कि अनिश्चिता बढ्ने हुन्छ। तसर्थ संकटकाल सम्बन्धी संवैधानिक वा कानूनी जुनसुकै व्यवस्था भए पनि त्यसमा सतर्कता अपनाउनु नै बुद्धिमानी हुन्छ।

नेपालको संविधानले संकटकालीन अवस्थाको घोषणा वा आदेश जारी गर्ने, सो को अवधि र अख्तियारको प्रयोगको सम्बन्धमा अत्यन्त महत्वपूर्ण एवं लोकतान्त्रिक प्रावधान उल्लेख गरेको पाइनुका साथै संयुक्त राज्य अमेरिका समेतले बन्दी प्रत्यक्षीकरणमा बन्देज लगाउन सक्ने त्यहाँको अदालती व्याख्याको परिप्रेक्षमा नेपालमा बन्दी प्रत्यक्षीकरणको उपचार प्राप्त गर्ने हक कुनै पनि हालतमा निलम्बन गर्न नसकिने व्यवस्था २०४७ साल र सो पछि जारी भएका एवं नेपालको वर्तमान संविधानमा समेत गरिएको विषय स्तुत्य रहेको छ भन्नुमा अत्युक्ति नहोला।

द्वन्दको क्रममा लगाइएको संकटकालमा राज्य पक्षबाट नागरिकलाई गैरकानूनी रूपमा पक्राउ गरी वेपत्ता पार्ने सन्दर्भमा नेपालको सर्वोच्च अदालतले समेत दुई अलग अलग रिट निवेदनमा व्याख्या गर्दै "मानव अधिकारको गंभीर र सुनियोजित उल्लंघन गर्ने कार्य दण्डहिनताको अवस्थामा रहन दिन नहुने भन्दै अन्तर्राष्ट्रिय मानव अधिकार सम्बन्धी कानून र प्रचलनहरू समेतको मापदण्ड अनुरूप वेपत्ता नागरिकहरूको सम्बन्धमा खोजी गरी कानून उल्लंघन गर्नेलाई दण्डको दायरामा ल्याई पीडितलाई उचित राहत र क्षतिपूर्ति समेत दिनको लागि एक अधिकार सम्पन्न बेपत्ता छानविन आयोग बनाउनु पर्ने" तथा "मानव अधिकार विधिशास्त्रमा केवल सार्वजनिक निकाय वा अधिकारीले गरेको मानव अधिकार उल्लंघनको विषय मात्रै नसमेटी निजी जीवन भित्र पनि राज्य बाहेक अरु कसैबाट व्यक्ति वा समुदायको हकको उल्लंघन हुनबाट बचाउने प्रत्याभूति दिन राज्य असफल हुन्छ र परिणामस्वरूप जनताको हक संरक्षित हुँदैन भने मानव अधिकार कानूनको दृष्टिमा राज्य उत्तरदायी हुने भनी परिभाषित गरिएको पाइदा द्वन्दकालमा सम्पत्ति कब्जा लगायतको मौलिक एवं मानव अधिकार उल्लंघनका घटनाहरू समेतका संक्रमणकालीन न्यायका समस्याहरू बारे खास संयन्त्र एवं कार्यक्रम मार्फत संबोधन गर्नुपर्ने आवश्यकता तर्फ नेपाल सरकारको ध्यायाकर्षण हुनुपर्ने" भनी उल्लेख गरेबाट द्वन्दकालमा लागेको संकटकालमा समेत सकेसम्म नागरिकका मौलिक हक मध्ये कम भन्दा कम हकलाई मात्र संकुचन गर्ने गरी व्याख्या गरेको छ जुन संकटकाल सम्बन्धी आधुनिक विधिशास्त्रसँग ठ्याक्कै मेल खाने देखिन्छ।

विभिन्न उतारचढाव, घुम्ती र उकालीओराली पार गर्दै आएको नेपालको संवैधानिक इतिहासबाट पाठ सिक्दै वर्तमान संविधानमा संकटकालीन अधिकार सम्बन्धी व्यवस्था अत्यन्त सबल र दुरूपयोग नहुने किसिमको प्रावधान राख्ने प्रयास भएको छ। आगामी दिनमा कानून कार्यान्वयन गर्ने विशेष गरी कार्यपालिका तर्फका जिम्मेवार निकाय तथा अधिकारीहरूले पनि संकटकालमा समेत नागरिकका संविधान प्रदत्त मौलिक हक अधिकार प्रति उच्च सम्मान जनाउँदै संकटकाललाई कम भन्दा कम कष्टकर, क्षतिपूर्ण र पीडादायी बनाउने तर्फ संवैदनशिल हुनुपर्ने देखिन्छ। यो अधिकारलाई कत्तिको

परिपक्व रूपमा अभ्यास गर्न सकिन्छ भन्ने कुरा भविष्यको गर्भमै सीमित भएकोले अहिले नै अनुमान गर्न भने सम्भव छैन ।

सन्दर्भ सामग्री

- **नेपालको संविधान**, कानून किताब व्यवस्था समिति, २०७२, काठमाडौं ।
- टोप बहादुर सिंह, **नेपालको संविधान र संवैधानिक कानून**, दोस्रो संस्करण २०४१, कानूनी पाठ्य पुस्तक प्रकाशन समिति, काठमाडौं ।
- डा. गोपाल शर्मा, **संवैधानिक कानून**, दोस्रो संस्करण २०५३, लालिगुराँस प्रकाशन, काठमाडौं ।
- नृपध्वज निरौला समेत (सं.), **लोकतान्त्रिक संविधानका आधारहरू**, प्रथम संस्करण २०६५, अग्रसारथी अध्ययन तथा अनुसन्धान केन्द्र, काठमाडौं ।
- भरतराज उप्रती समेत (सं.), **नेपालको संवैधानिक कानून**, दोस्रो संस्करण २०५४, कानून अनुसन्धान तथा विकास फोरम (फ्रिडिल), काठमाडौं ।
- राजेश हमाल समेत, **संवैधानिक कानून**, पहिलो संस्करण २०४९, सुमित्रा हमाल, काठमाडौं ।
- सुरेन्द्र भण्डारी, **संवैधानिक कानून**, तेस्रो संस्करण २०५६, पैरवी प्रकाशन, काठमाडौं ।
- **संविधान सभा संवैधानिक समिति अवधारणापत्र र प्रारम्भिक मस्यौदा सम्बनधी प्रतिवेदन २०६६**, प्रथम संस्करण, संविधानसभा, संवैधानिक समिति, काठमाडौं ।
- राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठानद्वारा काठमाडौंमा आयोजित सरकारी वकीलहरूका लागि संवैधानिक कानूनमा विशिष्टिकरण सम्बन्धी प्रशिक्षण कार्यक्रममा मिति २०७५।४।२२ गते उच्च अदालतका माननीय न्यायाधीश श्री टेकप्रसाद ढुंगानाद्वारा प्रस्तुत **संविधानमा संकटकालीन अधिकार** सम्बन्धी प्रशिक्षणको प्रस्तुती ।
- नरेन्द्रप्रसाद पाठक समेत (सं.), **संवैधानिक विवादमा सर्वोच्च अदालतका फैसला** (२०४७-२०५७), भाग १, २०५८, पैरवी बुक्स एण्ड स्टेशनरी सेन्टर, काठमाडौं ।

बन्दी प्रत्यक्षीकरण

✍ सूर्यराज दाहाल◆

१. पृष्ठभुमि

संविधानद्वारा प्रदत्त मौलिक हकको प्रचलनका लागि वा अर्को उपचारको व्यवस्था नभएको वा अर्को उपचारको व्यवस्था भए पनि त्यस्तो उपचार अपर्याप्त वा प्रभावहीन देखिएको अन्य कुनै कानूनी हकको प्रचलनका लागि वा सार्वजनिक हक वा सरोकारको कुनै विवादमा समावेश भएको कुनै संवैधानिक वा कानूनी प्रश्नको निरूपणका लागि आवश्यक र उपयुक्त आदेश जारी गर्ने, उचित उपचार प्रदान गर्ने, त्यस्तो हकको प्रचलन गराउने वा विवाद टुंगो लगाउने असाधारण अधिकारक्षेत्र समेत अदालतलाई दिइएको छ। यस्तो व्यवस्थाले राज्यका तीनै अंग व्यवस्थापिका, न्यायापालिका र कार्यपालिकाको शक्ति पृथकीकरण तथा शक्ति सन्तुलनको सिद्धान्तलाई सन्तुलित बनाई राख्न मद्दत गर्दछ। संविधानले निश्चित गरेको आधारबिना नियमित प्रक्रिया अन्तर्गतबाट साधिकार निकायले निरूपण गरिसकेको विषयलाई असाधारण अधिकारक्षेत्रको विषयवस्तु बनाउन मिल्दैन।[१] तसर्थ, असाधारण अधिकारक्षेत्र विशेष अवस्थामा मात्र लागू हुन्छ। विशेषतः शक्ति पृथकीकरण तथा सन्तुलनको लागि न्यायिक निकायले साधारण क्षेत्राधिकारमार्फत विवादित विषय हेर्ने गरेको पाइन्छ। असाधारण क्षेत्राधिकार उपचार छनौट वा सुविधाको कुरा नभई मौलिक तथा कानूनी हकको गम्भीर उल्लंघन भएको अवस्थाको कुरा हो।

असाधारण उपचार अवलम्बन गर्न विशेष अवस्था र परिस्थिति उत्पन्न भएको हुनुपर्दछ[२] भनी नजीर सिद्धान्त समेत प्रतिपादनभएको देखिँदा सामान्य अवस्थामा भन्दा फरक अवस्थामा मात्र रिट निवेदन जारी हुने भन्ने अभ्यास रहेको देखिन्छ। बन्दी प्रत्यक्षीकरण, उत्प्रेषण, परमादेश, प्रतिषेध तथा अधिकारपृच्छा मार्फत् असाधारण क्षेत्राधिकारको अभ्यास गर्ने गरेको पाइन्छ। गैरकानूनी काम गर्ने गराउने विरुद्ध मुद्दा सुनी निर्णय गर्ने कानूनद्वारा दिएको अधिकारलाई अधिकार क्षेत्र भनिन्छ। कुनै अदालतले मुद्दा सुन्न वा निर्णय गर्न पाउने कानूनले दिएको अधिकारलाई क्षेत्राधिकार भनिन्छ।[३] गैह्र अड्डाले आफ्नो अधिकार क्षेत्र बाहिरको मुद्दा हेर्न हुदैँन र केही गरी हेरे छिन्ने्को भए स्वतः बदर हुन्छ। अधिकार क्षेत्रको अभावमा गरिएको निर्णय वा आदेश निष्प्रभाव एंव निरर्थक हुन्छ र कुनै पनि निर्णय प्रभावयुक्त र सार्थक हुनका लागि त्यो अदालत सक्षम अधिकारयुक्त हुनपर्छ र मुद्दाको सुनुवाइ गर्ने

◆ सहन्यायाधिवक्ता, जिल्ला सरकारी वकील कार्यालय, काठमाडौं।

[१] रेखा श्रेष्ठ बि. अर्थ मन्त्रालय समेत, नेकाप २०६६, नि. नं.८०९१, पृ.३७७

[२] राधाकृष्ण खड्का वि. रक्षा मन्त्रालय समेत, नेकाप २०६५, नि. नं. ८०२७, पृ. १२५९

[३] पवनकुमार ओझा, नेपालको कार्यविधि कानून सिद्धान्त र व्यवहार, पैरवि प्रकाशन, पुतलिसडक काठमाडौं, २०५४, पृ.९०

अदालतको अधिकारक्षेत्र कानूनद्वारा निर्धारित सीमाभित्र रहन्छ र सो सीमाभित्र रही गरेको निर्णय वा आदेश मात्र सक्षम अधिकारयुक्त अदालतको निर्णय मानिन्छ।[४] संवैधानिक प्रावधान अन्तर्गत आफ्नो अधिकार वा दायित्वको निरूपण गराउन स्वतन्त्र र सक्षम न्यायिक निकायको सहारा लिने प्रत्येक नागरिकको अधिकार निहित छ।

२. वैयक्तिक स्वतन्त्रताको अवधारणा

नेपालमा न्याय सम्बन्धी अधिकार[५]को सुनिश्चित संविधान र अन्य कानून तथा न्यायका मान्य सिद्धान्त अनुसार अदालत तथा न्यायिक निकायहरूबाट प्रदान गर्ने संवैधानिक व्यवस्था रहेको छ। सर्वोच्च अदालत, उच्च अदालत र जिल्ला अदालत तथा कानून बमोजिम मुद्दा हेर्न स्थानीय स्तरमा न्यायिक निकाय वा विवाद समाधानका वैकल्पिक उपाय अवलम्बन गर्न आवश्यकता अनुसार अन्य निकाय गठन गर्न सकिने[६] संवैधानिक प्रत्याभूति सँगै विभिन्न तहगत न्यायिक संरचनाको गठनको व्यवस्था गरिएको छ। आम जनमानसमा सुरक्षा र न्यायसम्पादन गर्ने अभिप्रायले गठन भएका यी न्यायिक संरचनाले कानूनी राज्यको मूल्य मान्यतालाई अवलम्बन गरेको देख्न सकिन्छ। कुनै पनि व्यक्ति उपर राज्यबाट निजको स्वतन्त्रता हनन् हुने कार्य भए वा सो गरेको देखिए सो हक अधिकार प्रत्याभूत गर्न असाधारण अधिकारक्षेत्रको संवैधानिक व्यवस्था समेत गरेको छ। प्रत्येक व्यक्तिको वैयक्तिक स्वतन्त्रता[७] तथा सम्मानपूर्वक बाँच्न पाउने[८] नैसर्गिक अधिकार कायम गरी संविधानले मौलिक हक अन्तर्गत यस अधिकारलाई सुनिश्चित गरेको छ।

यस अर्थमा कानून बमोजिम अख्तियार प्राप्त निकाय बाहेकले कसैले कसैको स्वतन्त्रता हनन गर्न सक्दैन हुदैन। नेपालको संविधानको धारा १७ मा स्वतन्त्रताको हक कायम गरिएको र कानून बमोजिम बाहेक कुनै पनि व्यक्तिलाई वैयक्तिक स्वतन्त्रताबाट वञ्चित गरिने छैन भनी संवैधानिक व्यवस्था गरेको अवस्थामा "कानून बमोजिम बाहेकको अवस्थामा अदालतले सक्रिय भूमिका निर्वाह गर्न सक्दछ। *प्रेम चौलागाइको हकमा कृष्ण कुमारी श्रेष्ठ वि. श्री ५ को सरकार* भएको रिट निवेदनमा कानून बमोजिम बाहेक भन्ने शब्द समूहले Due process या विधिलाई अँगालेको, जसभित्र Substantive due process/procedural due process दुवै रहेको र दुवैको अनिवार्य रूपमा पालना हुनुपर्ने[९] भनी कानून

---

[४] ज्ञाइन्द्रबहादुर श्रेष्ठ, कार्यविधि कानूनको रुपरेखा, पैरवी प्रकाशन, पुतलीसडक काठमाडौं, २०४१, पृ. १०९

[५] नेपालको संविधान, २०७२ धारा १२६

[६] नेपालको संविधान, २०७२ धारा १२७

[७] नेपालको संविधान, २०७२ धारा १७

[८] नेपालको संविधान, २०७२ धारा १६

[९] *प्रेम चौलागाइको हकमा कृष्ण कुमारी श्रेष्ठ वि. श्री ५ को सरकार,* ने.का.प. २०६१, नि.नं. ७३३२,अङ्क २ कानून बमोजिम बाहेक भन्ने शब्द समूहले Due process of law लाई अँगालेको हुन्छ। Due process of law भित्र Substantive due process र procedural due process दुवै पर्ने हुँदा कसैको वैयक्तिक स्वतन्त्रतामा असर पर्ने गरी कारवाई गर्दा दुवै process लाई अनिवार्य रुपमा पालन गर्नुपर्ने। दुवै process मध्ये कुनै एकको पनि अभावमा कारवाई गरिएको देखिन आएमा यसरी भए गरेको कारवाहीलाई कानूनसगत मान्न नसकिने। *अनिल शर्मा भन्ने*

बमोजिमको अवस्थाको व्याख्या गरेको देखिन्छ। कानून बमोजिम बाहेकको अवस्थामा कसैले कसैको वैयक्तिक स्वतन्त्रता हनन् गर्न हुँदैन र पाउदैनन् भने कानून बमोजिम थुनामा राखिएकोमा समेत थुनाको कारण मनासिब नदेखिएमा र कारवाही बेरीत भएमा थुन्न मिल्दैन।[१०] यस अवस्थामा अन्तर्राष्ट्रिय न्यायिक अदालत (ICJ) ले गलत तवरबाट मानव स्वतन्त्रताबाट वञ्चित गरिनु वा कसैलाई शारीरिक बन्देजमा राख्नुले संयुक्त राष्ट्र संघको सिद्धान्त तथा विश्वव्यापी मानव अधिकार घोषणापत्रको आधारभूत मान्य सिद्धान्तको विपरित कार्य हुने प्रष्ट पारिएको छ।[११] नागरिक तथा राजीनितक अधिकारको अन्तर्राष्ट्रिय महासन्धि (ICCPR) को धारा १० र १४ मा मानवीय तथा सम्मानपूर्व न्यायिक प्रक्रिया अवलम्बन गरिने व्यवस्था निर्धारण गरेको पाइन्छ। स्वतन्त्रताको अधिकार निजको आधारभूत अधिकार हुने हुँदा यसरी थुनामा रहेको अवस्थामा निजको स्वतन्त्रतामा केही बन्देज आउनाले सीमित स्वतन्त्रता पनि अमूल्य हुन्छ।[१२]यसर्थ प्रत्येक व्यक्तिको वैयक्तिक स्वतन्त्रताको सुनिश्चित गर्ने दायित्व राज्यको हुन्छ।

३. बन्दी प्रत्यक्षीकरण

बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिटको अभ्यास नेपालको इतिहासमा लामो समयदेखि हुँदै आएको देखिन्छ। सम्मानपूर्वक बाँच्न पाउने हक र कानून बमोजिम बाहेक कुनै पनि व्यक्तिको वैयक्तिक स्वतन्त्रता अपहरण नहुने संवैधानिक व्यवस्था रहेको अवस्थामा बिना आधार प्रमाण कुनै पनि व्यक्तिलाई कानून बमोजिम बाहेक राज्यले वा गैर राज्यले गैरकानूनी रूपमा थुनामा राख्न पाउदैन। व्यक्तिलाई थुनामा राख्नको लागि कुनै न कुनै फौजदारी कसूर प्रमाणित भई सजाय तोकिएकै हुनुपर्दछ वा कानूनले थुनामा राख्न सक्ने भन्ने स्पष्ट व्यवस्था गरेकै हुनुपर्छ। त्यसैले फौजदारी कसूर ठहर भई त्यसको सजाय

पप्पुदेव भूमिहार यादवका कानून व्यवसायी अधिवक्ता दिमोद श्रेष्ठ विरुद्ध वि. नेपाल सरकार, ने.का.प. २०७१, नि.नं. ९१४५, अंक ४ कानूनबमोजिम बाहेक वा कानूनको उचित प्रक्रिया पूरा नगरी कसैको पनि वैयक्तिक स्वतन्त्रतामा अङ्कुश लगाउन वा अपहरण गर्न पाइँदैन। वैयक्तिक स्वतन्त्राले कानूनी औचित्यता पुष्टि हुन नसक्ने प्रकृतिका थुना, गिरफ्तारी तथा *गैरकानूनीरूपमा शक्तिको प्रयोग गर्नबाट सुरक्षित राख्दछ। कसैले कसैलाई निजको वैयक्तिक स्वतन्त्रता सीमित गरेमा वा त्यस्तो स्वतन्त्रताको प्रयोग गर्नबाट वञ्चित गरेमा वा कुनै पनि व्यक्तिलाई गैरकानूनीरूपमा बदिनकयत वा प्रवृत्त भावना लिई निजको वैयक्तिक स्वतन्त्राको अपहरण गरेमा गैरकानूनी* बन्दीको अवस्था सिर्जना हुन जाने। कानूनको उचित प्रक्रिया पूरा नगरी कसैको पनि वैयक्तिक स्वतन्त्रता हनन गर्न पाइँदैन। व्यक्तिको यस्तो सारभूत अधिकारबाट वञ्चित गर्दा कानूनले तोकेको उचित प्रक्रियाको अनिवार्यरूपमा अनुशरण गर्नुपर्ने।

[१०] *कृष्णप्रसाद पुडासैनीको हकमा दुर्गाप्रसाद पुडासैनी वि. प्रमुख जिल्ला अधिकारी काठमाण्डौ,* ने.का.प. २०२३, नि.नं. ३१५, अंक १

[११] The International Court of Justice over 30 years ago recognised that 'wrongfully to deprive human beings of their freedom and to subject them to physical constraint in conditions of hardship is in itself manifestly incompatible with the principles of the Charter of the United Nations, as well as with the fundamental principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights'.*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v Iran)*, Judgment (Merits) [1980] ICJ Rep 42, para 91.

[१२] *Neelabati Bahera v. State of Orissa* AIR 1993 SC 1960. "His liberty is in the very nature of things, circumscribed by the very fact of his confinement and therefore his interest in the limited liberty left to him is rather precious."

स्वरूप थुनामा राख्ने बाहेकका अवस्थामा व्यक्तिलाई सामान्यतया थुनामा राखिन नहुने[१३] भन्ने सिद्धान्तबाट बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिट निवेदन चलिआएको देखिन्छ। कुनै व्यक्तिलाई निजको स्वतन्त्रताका विरुद्ध गैरकानूनी तरिकाबाट गिरफ्तार गरिएकोमा तुरुन्त कारागारबाट मुक्त गर्ने आदेशलाई बन्दी प्रत्यक्षीकरणको आदेश भनिन्छ।[१४] बन्दीलाई अदालत वा न्यायाधीश समक्ष हाजिर गर्न भनी अदालत वा न्यायधीशले जारी गर्ने आदेशलाई बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिट भनिन्छ। बन्दी प्रत्यक्षीकरण एक प्रकारको विशेष रिट हो। रिट सबै किसिमका अवैध थुनाहरूको सर्वोपचार (Panacea) हो।[१५] यसबाट अदालतले गिरफ्तार गरिएको व्यक्तिलाई अदालत समक्ष उपस्थित गराई निजलाई किन गिरफ्तार गरिएको हो जानकारी पाउन सक्दछ र गैरकानूनी देखेमा तुरुन्त मुक्त गर्न वा निजमाथि तुरुन्त मुद्दा चलाउन आदेश दिन सक्छ।[१६]

बन्दी प्रत्यक्षीकरणको प्रमुख उद्देश्य नै थुनुवालाई सशरीर अदालतसमक्ष उपस्थित गराउनु हो।"YOU HAVE THE BODY"[~] को सिद्धान्त अंगिकार गरेको हुँदा बन्दी प्रत्यक्षीकरण मुद्दाको अर्थ थुनामा रहेको व्यक्तिलाई हाम्रो सामु उपस्थित गराउ (HAVE THE BODY BEFORE US) भन्ने हुन्छ।[१८] बन्दी प्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी हुन शरीर थुनामा रहेको हुन आवश्यक हुन्छ।साथै बन्दी प्रत्यक्षीकरणको आदेश निषेधाज्ञाको वा (ANTICIPATORY BAIL) को आदेश जस्तो भविष्यलक्षी उपचार होइन। जसरी बन्दी प्रत्यक्षीकरण भविष्यलक्षी प्रकृतिको हुँदैन त्यसै गरी भूतलक्षी पनि हुन सक्दैन।[१९]अतः कोही व्यक्ति पहिले कुनै अवस्थामा गैरकानूनी थुना रही कतै उजुर वाजुर नगरेको वा कुनै पनि व्यक्ति भविष्यमा थुनामा पर्न सक्दछ भन्ने परिकल्पना गरी बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिट आदेश जारी हुने अवस्था रहदैन।

४. नेपालको संवैधानिक तथा कानूनी इतिहास

नेपालको संवैधानिक इतिहासमा बन्दी प्रत्यक्षीकरण लगायत असाधारण अधिकारक्षेत्र सम्बन्धी व्यवस्था हेर्दा नेपाल सरकार वैधानिक कानून, २००४ भन्दा अगावै रिटको व्यवस्था देखिदैन। नेपालमा बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिटसँग मिल्दोजुल्दो व्यवस्थालाई सर्वप्रथम व्यक्तिगत स्वतन्त्रता ऐन, २००६ को दफा ४

---

[१३] *मिलन लामा वि जिल्ला कारागार कार्यालय रामेछाप,* ने.का.प. २०७०, अंक ५, नि.नं. ९००९

[१४] कार्यविधि कानूनको रुपरेखा, ज्ञाइन्द्रबहादुर श्रेष्ठ, पैरवी प्रकाशन, अठारौँ संस्करण २०७२, पृ. ५५७।

[१५] *अम्बरबहादुर गुरुङ्गको हकमा रमेशमान स्थापित,* ने.का.प. २०४९, अंक १, नि.नं. ४४५०

[१६] कार्यविधि कानूनको रुपरेखा, ज्ञाइन्द्रबहादुर श्रेष्ठ, पैरवी प्रकाशन, अठारौँ संस्करण २०७२, पृष्ठ ५५८

[~] Chris Naylor, "You have the Body": Habeas Corpus Case Records of the U.S. Circuit Court for the Distrct of Columbia, 1820-1863, Fall 2005, Vol. 37, No. 3 available at https://www.archives.gov/publications/prologue/2005/fall/habeas-corpus.html accessed on 18th August 2018.

[१८] *बल्लु अग्रवाल वि. श्री ५ को सरकार,* ने.का.प. २०५३, अंक ६, नि.नं. ६२१८ *तेजकान्त झा समेत वि. श्यामसुन्दर गुप्ता समेत,* स.अ. बुलेटिन, वर्ष १८, अंक २२ फागुन, २०६६, पूर्णाङ्क ४२४, पृ. ९

[१९] *अम्बरबहादुर गुरुङ्गको हकमा रमेशमान स्थापित,* ने.का.प. २०४९, अंक १, नि.नं. ४४५०

मा गरिएको थियो ।[२०] नेपाल अन्तरिम शासन विधान, २००७ मा मौलिक हकहरूको व्यवस्था गरिएता पनि रिट निवेदनको प्रत्याभूति गरेको देखिदैन । नेपालको प्रधान न्यायलय ऐन, २००८ अन्तर्गत रिटको प्रचलन शुरु भएको देखिन्छ । उक्त ऐनमा पाँचै प्रकारका रिट जारी हुन सक्ने व्यवस्था भएको थियो । ऐन कानून अनुसार सर्वोच्च अदालतबाट रिट निवेदन जारी भएको देखिन्छ । जसको दफा ३० ले अन्तरिम शासन विधानद्वारा प्रदत्त मौलिक हक हनन भएको अवस्थामा त्यसको उपचारको निमित्त उक्त रिटहरू जारी गर्ने अधिकार प्रधान न्यायालयलाई प्रदान गरेको थियो ।

वि.सं. २०१० सालमा प्रधान न्यायालय ऐनमा दोस्रो संशोधन हुँदा सोही ऐनको दफा ५ ले रिटको व्यवस्थालाई खारेज गरेकोमा पुनः २०१२ सालमा दफा ८ अन्तर्गत केही संशोधनसहित रिटको व्यवस्था समावेश गरियो ।[२१] वि.सं. २०१३ सालमा सर्वोच्च अदालत ऐन जारी भएपछि प्रधान न्यायालय सर्वोच्च अदालतमा परिणत भयो । उक्त ऐनको दफा ११ ले सर्वोच्च अदालतलाई असाधारण अधिकार प्रदान गऱ्यो ।[२२] साथै नागरिक अधिकार ऐन, २०१२ को दफा १२ मा प्रचलित नेपाल कानून बमोजिम बाहेक कुनै पनि व्यक्तिको ज्यान वा वैयक्तिक स्वतन्त्रता हरिने छैन भन्ने व्यवस्था गरिएको र सोही ऐनको दफा १६ बमोजिम गिरफ्तार भएका वा थुनिएका व्यक्ति उपर आफैले वा अरू कसै मार्फत बन्दी प्रत्यक्षीकरणको आदेशको निमित्त सम्बन्धित उच्च अदालत वा जिल्ला अदालतमा उजुरी दिन सक्नेछ भनी बन्दी प्रत्यक्षीकरण निवेदन कसले दायर गर्न पाउने भनी सम्वन्धमा हकदैया कायम गरेको देखिन्छ । नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०१५ को धारा ९, नेपालको संविधान २०१९ को धारा ७१ तथा नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ८८ र नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ को धारा १०७ मा रिट सम्बन्धी संवैधानिक व्यवस्था प्रत्याभूत गरिएको थियो ।

नेपालको संविधानले सर्वोच्च अदालतलाई असाधारण अधिकार क्षेत्र ग्रहण गर्ने अधिकार प्रदान गरेको छ ।[२३] असाधारण अधिकारक्षेत्र अन्तर्गत सर्वोच्च अदालतले बन्दी प्रत्यक्षीकरण, परमादेश, उत्प्रेषण, प्रतिषेध, अधिकारपृच्छा लगायत अन्य उपयुक्त आदेश जारी गर्न सक्ने संवैधानिक हक अधिकार सुरक्षित गरेको छ भने नेपालको संविधानको धारा १४४ मा उच्च अदालतलाई तथा धारा १५१ बमोजिम जिल्ला

---

[२०] सरकारी वकील दिग्दर्शन, २०६३

[२१] गुणनिधि न्यौपाने, कार्यविधि कानून, लुम्बिनी प्रकाशन, २०६५, पृ. ६०

[२२] सर्वोच्च अदालत ऐन, २०१३ दफा ११ सर्वोच्च अदालतको असाधारण अधिकार क्षेत्र : प्रचलित कानून द्वारा नागरिक तथा अरुहरुलाई प्रदत्त अधिकारको प्रचलनका लागि कानूनमा अरु कुनै उपायको व्यवस्था नगरिएको भए त्यसको निमित्त जो चाहिने आज्ञा आदेश वा पूर्जी जसमा बन्दी प्रत्यक्षीकरण (हेवियस कर्पस), परमादेश (म्यान्डेमस), प्रतिषेध (प्रोहिविसन), अधिकार पृच्छा (क्वावारेन्टो) र उत्प्रेषण (सर्सियोररी) का प्रकारका पुर्जी समेत सामेल छन्, जारी गर्ने सर्वोच्च अदालतलाई अख्तियार हुनेछ ।

[२३] नेपालको संविधान, २०७२ को धारा १३३: संविधानद्वारा प्रदत्त मौलिक हक उपर अनुचित बन्देज लगाइएको वा अन्य कुनै कारणले कुनै कानून यो संविधानसँग बाझिएको हुँदा त्यस्तो कानून वा त्यसको कुनै भाग वा प्रदेश सभाले बनाएको कुनै कानून संघीय संसदले बनाएको कुनै कानूनसँग बाझिएको वा नगर सभा वा गाउँ सभाले बनाएको कुनै कानून संघीय संसद वा प्रदेश सभाले बनाएको कुनै कानूनसँग बाझिएको हुँदा त्यस्तो कानून वा त्यसको कुनै भाग बदर घोषित गरी पाऊँ भनी कुनै पनि नेपाली नागरिकले सर्वोच्च अदालतमा निवेदन दिन सक्नेछ र सो अनुसार कुनै कानून बाझिएको देखिएमा सो कानूनलाई प्रारम्भदेखि नै वा निर्णय भएको मितिदेखि अमान्य र बदर घोषित गर्ने असाधारण अधिकार सर्वोच्च अदालतलाई हुने ।

अदालतलाई बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिट निवेदन हेर्न सक्ने अधिकार समेतको प्रत्याभूत गरिएको छ। साथै न्याय प्रशासन ऐन, २०७३ दफा ७(२) मा जिल्ला अदालतलाई आफ्नो जिल्ला भित्र कसैले कुनै व्यक्तिलाई गैर कानूनी रूपले थुनामा राखेमा त्यस्तो व्यक्तिको हकको प्रचलनका लागि बन्दी प्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी गर्ने अधिकार प्रदान गरेको छ।

५. संकटकालीन अवस्थामा बन्दी प्रत्यक्षीकरण

नेपालको सार्वभौमसत्ता, भौगोलिक अखण्डता वा कुनै भागको सुरक्षामा युद्ध, बाह्य आक्रमण, सशस्त्र विद्रोह, चरम आर्थिक विश्रृंखलता, प्राकृतिक विपद वा महामारीको कारणले गम्भीर संकट उत्पन्न भएमा राष्ट्रपतिले नेपालभर वा नेपालको कुनै खास क्षेत्रमा लागू हुने गरी संकटकालीन अवस्थाको घोषणा गर्न वा आदेश जारी गर्ने व्यवस्था रहेको छ।[२४] संकटकालीन अवस्थाको घोषणा वा आदेश जारी गर्दा त्यस्तो घोषणा वा आदेश बहाल रहेसम्मका लागि केही मौलिक हक निलम्बन गर्न सकिने व्यवस्था भएता पनि धारा १७ ले व्यक्तिको वैयक्तिक स्वतन्त्रताको हकको प्रत्याभूत गरिको र ती हक धारा ४६ ले अधिकार उपर संवैधानिक उपचारको हक कायम गरेको छ। संकटकालीन अवस्थामा राज्यले विवादित दायित्वहरूको सामना गर्नुपर्दछ। यस्तो समयमा राज्यले राष्ट्रियताको अस्तित्व रक्षा गर्नुको साथ साथै व्यक्तिको व्यक्तिगत अधिकारको पनि रक्षा गर्नुपर्छ। चाहे त्यो राज्यको राष्ट्रिय हितलाई सुरक्षित राख्न होस् वा आफ्नो जनताको सुरक्षाको रक्षा गर्ने होस्, सरकारले व्यक्तिहरूलाई समायोजन गर्नुपर्छ।[२५] कुनै पनि शासकीय व्यवस्थामा राज्यको कुनै पनि निकाय वा अन्य कसैले कानून विपरित कसैको स्वतन्त्रता हनन गर्दछ भने यस रिट निवेदन मार्फत उपचार प्राप्त गर्न सक्दछ। स्वतन्त्रताको हकलाई निलम्बन नगरिनुले कुनै पनि अवस्थामा यस हकको सर्वोपारीता देखिन्छ। राज्यको शासकीय प्रणाली जुनसुकै स्वरूपमा भएता पनि राजनीतिक स्वार्थ पूरा गर्न जो कसैलाई पनि बन्दी बनाउन सक्ने वा निवारक नजरबन्दमा राख्न सक्नेको अवस्था विद्यमानता रहेको हुँदा कसैको पनि हक अधिकार कुण्ठित नहोस् भन्ने अभिप्रायले यस हकलाई निलम्बन हुने हक अन्तर्गत राखिएको छ। कुनै पनि व्यक्तिको वैयक्तिक स्वतन्त्रता हनन् हुने गरी गलत ढंगबाट बन्दी बनाई थुनामा राखिन्छ भने उक्त अवस्थामा बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिट निवेदन जारी गर्न सकिन्छ।[२६]

गौरी प्रधानको हकमा श्रीमती सुम्निमा प्रधान समेत वि. श्री ५ को सरकार[२७]भएको रिट निवेदनमा बन्दी प्रत्यक्षीकरणको हक तथा यस सम्बन्धी संवैधानिक उपचार प्राप्त गर्ने हक संकटकालीन अबस्थामा समेत निर्वाध रूपले प्राप्त हुने नै देखिन्छ र संकटकालीन अवस्थामा समेत गैरकानूनी थुनालाई बन्दी

---

[२४] नेपालको संविधान, २०७२ धारा २७३

[२५] The Right to Habeas Corpus: Only in the Other Americas Elizabeth A. Faulkner

[२६] R. J. Sherpa in " The Law of Habeas Corpus " (1976) Edn. Juvenal, Satires in 72 Yale Law Journal 506 (1963). In American Jurisprudence there is a pregnant observation: The writ is not and never has been a static, narrow formalistic remedy. Its scope has grown to achieve its purpose-the protection of individuals against erosion of the right to be free from wrongful restraints on their liberty.

[२७] गौरी प्रधानको हकमा श्रीमती सुम्निमा प्रधान समेत वि. श्री ५ को सरकार, ने.का.प. २०६१, नि.नं. ७४६७, अङ्क ११

प्रत्यक्षीकरणको आदेशद्वारा थुनामुक्त गर्न सकिने भनी नजीर सिद्धान्त प्रतिपादन भएको देखिदा बन्दी प्रत्यक्षीकरणको उपचार प्राप्त गर्ने हक निलम्बन नगरिएको अवस्थामा बन्दी प्रत्यक्षीकरण एउटा स्वतन्त्र संवैधानिक व्यवस्था भएको स्पष्ट देखिन्छ ।

६. बन्दी प्रत्यक्षीकरण तथा निवारक नजरबन्द

नेपालको संविधानले निवारक नजरबन्द विरुद्धको हकको व्यवस्था गरेको छ ।[२८] राष्ट्रिय सरोकारको विषय, सार्वभौमसत्ता, भौगोलिक अखण्डता वा सार्वजनिक शान्ति र व्यवस्थामा तत्काल खलल पर्ने पर्याप्त आधार भएका खण्डमा मात्र निवारक नजरबन्दमा कुनै पनि व्यक्तिलाई राख्न सकिने र उक्त व्यक्तिका स्थितिको बारेमा निजको परिवारका सदस्य वा नजिकको नातेदारलाई कानून बमोजिम तत्काल जानकारी दिनु पर्ने व्यवस्था गरिएको छ ।

नजरबन्दमा राखिएका व्यक्तिलाई समेत नजरबन्दमा राख्न पर्ने पर्याप्त आधार प्रमाण बिना राख्नु हुँदैन । नेपालमा नजरबन्दको अभ्यास हेर्दा सर्वोच्च अदालतबाट विभिन्न नजीर सिद्धान्त प्रतिपादन भएको देखिन्छ । कसैलाई नजरबन्द राख्नु पर्ने जस्तो नागरिकको मौलिक स्वतन्त्रतामा असर पर्न जाने कार्य गर्दा अधिकार प्राप्त अधिकारीले वस्तुनिष्ठतरीकाले बहुत सावधानीपूर्वक ऐनमा भएको व्यवस्थालाई अक्षरसः पालना गर्नुपर्ने,[२९]कुनै फौजदारी कसूरको सिलसिलामा तयार पारेको आधार प्रमाणलाई निवारक नजरवन्दको तात्पर्यको लागि आधार बनाउन नमिल्ने,[३०]घटी सकेको घटनाको सम्बन्धमा तोकिएको कानून बमोजिम कारवाही चलाउनु पर्नेमा नचलाई त्यसैलाई आधार बनाई नजरबन्दमा राख्ने भनी आदेश गरेको कानून अनुकूल मान्न मिलेन,[३१]आदेश जारी गर्नुपर्ने कारण र आधार नै नखुलाई दिएको थुनुवा पूर्जिलाई रीतपूर्वकको पूर्जि भन्ने र आदेश दिने अधिकारीबाट कानूनले तोकेको कार्यविधिको अवलम्वन भएको मान्न नमिल्ने,[३२]भनी सर्वोच्च अदालतबाट विभिन्न नजीर सिद्धान्त प्रतिपादन भएको

---

[२८] नेपालको संविधान, २०७२ धारा २३ नेपालको सार्वभौमसत्ता, भौगोलिक अखण्डता वा सार्वजनिक शान्ति र व्यवस्थामा तत्काल खलल पर्ने पर्याप्त आधार नभई कसैलाई पनि निवारक नजरबन्दमा राखिने छैन । निवारक नजरबन्दमा राख्ने अधिकारीले कानून विपरीत वा बदनियतपूर्वक कुनै व्यक्तिलाई नजरबन्दमा राखेमा त्यस्तो व्यक्तिलाई कानून बमोजिम क्षतिपूर्ति पाउने हक हुनेछ ।

[२९] मुकुन्द रेग्मी समेत वि. प्रधानमन्त्री कार्यालय समेत, ने.का.प. २०४६, अंक १२, नि.नं. ४०२५

[३०] विष्णु पुकार श्रेष्ठको हकमा मिरा श्रेष्ठ वि. श्री ५ को सरकार, ने.का.प. २०५५, अंक १, नि.नं. ६४८९

[३१] *तेज नारायण चौधरी वि. बाग्मती अञ्चलाधीशको कार्यालय,* ने.का.प. २०४५, अंक २, नि.नं. ३३६५

[३२] *खिमलाल देवकोटाको हकमा लक्ष्मी शर्मा वि. श्री ५ को सरकार,* ने.का.प. २०५६, अङ्क ८, नि.नं. ६७७५, *कृष्णध्वज खड्का वि. श्री ५ को सरकार समेत,* ने.का.प. २०५५, अङ्क ४, नि.नं. ६५३०, *विष्णु पुकार श्रेष्ठको हकमा मिरा श्रेष्ठ वि. श्री ५ को सरकार,* ने.का.प. २०५५, अङ्क १, नि. नं. ६४८९, *रमेशनाथ पाण्डेको हकमा टिकाराम अधिकारी वि. प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय, सिंहदरवार समेत,* ने.का.प.२०६३, अङ्क २, नि.नं. ७६४५, *खिमादेवी बस्नेत समेत वि. श्री ५ को सरकार,* ने.का.प.२०६२, अङ्क १०, नि.नं.७६१७, राजेन्द्र बोगटी वि. श्री ५ को सरकार गृह मन्त्रालय काठमाडौं समेत, ने.का.प.२०६२, अङ्क ६, नि.नं.७५५३, *प्रमिला बानियाँ वि. प्रमुख जिल्ला अधिकारी, जिल्ला प्रशासन कार्यालय बेनी म्यारदी समेत,* ने.का.प. २०६०, अंक ७, नि.नं. ७२६४, श्री मुकुन्द रेग्मी समेत वि. प्रधानमन्त्री कार्यालय समेत, अंक १२, ने.का.प.२०४६, नि.नं. ४०२५, *अभिवक्ता फणिन्द्र देवकोटाको हकमा ऐ. बस्ने वर्ष २० को रोहिणीप्रसाद देवकोटा वि. श्री ५ को सरकार गृह मन्त्रालय समेत,* ने.का.प. २०५७, अंक ६, नि.नं. ६९२५

अवस्थामा निवारक नजरबन्द नै राख्नुपर्ने अवस्था भएमा पनि कानूनको अक्षरसः पालना गरी सो बमोजिमको कार्यविधि पूरा गरी निवारक नजरबन्द गर्नुपर्ने हुन्छ। सो नगरे बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिट निवेदन जारी गरिने गरेको अवस्था रहेको देखिन्छ।

७. बन्दी प्रत्यक्षीकरणको कार्यविधि

कानूनको ठाडो उल्लंघन, मौलिक अधिकारको प्रत्यक्ष अपहरण र मानव अधिकारको उपहास भएको देखिएमा साधारण अधिकारक्षेत्र उपभोग गरिसकेको अवस्थामा पनि कुनै पनि बन्दी असाधारण अधिकारक्षेत्रमा प्रवेश गर्न सक्दछ।[३३] यसमा सामान्यतयः थुना कानूनी हो वा गैरकानूनी हो सोमा केन्द्रित रही अदालतबाट अन्तिम आदेश हुने हुँदा तथ्यमा प्रवेश गर्ने उद्देश्यले बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिट जारी गर्ने गरिदैन। कानून बमोजिम गठन भएका अख्तियार प्राप्त न्यायिक निकाय उपर कसैले बन्दी प्रत्यक्षीकरणको निवेदन दिएमा सोको कारण पत्ता लगाउदा कानूनसङ्गत भए नभएको र भएको देखिए कारण समेत खोली थुनामुक्त गर्ने आधार कारण खोली रिट निवेदन जारी गर्ने गरेको देखिन्छ। थुनाको कारण पत्ता लगाउदा कानूनसंगत कारण नदेखिए थुनाबाट मुक्त गर्ने आदेश जारी गर्नु नै बन्दी प्रत्यक्षीकरणको उपचारको उद्देश्य हो।

जिल्ला अदालत नियमावलीमा बन्दी प्रत्यक्षीकरणको निवेदन कसले कसरी कुन कार्यविधि अन्तर्गत रही निवेदन दिने सो बारे स्पष्ट रूपमा व्यवस्था गरेको देखिन्छ। बन्दीले उक्त निवेदनपत्र स्पष्ट रूपमा देहायका प्रश्नहरू समावेश भएको हुनुपर्ने देखिन्छ।[३४]

(क) बन्दीलाई कसले वा कहिलेदेखि र कुन परिवन्दबाट बन्दी बनाएको हो ?

(ख) बन्दीलाई अन्न पानी बन्द गरिएको छ छैन ?

(ग) बन्दी कुन स्थानमा थुनामा रहेको छ ?

(घ) थुनाको सम्बन्धमा पहिले वा अन्य कुनै अदालतमा निवेदन दिएको छ छैन ? भए त्यसको परिणाम के भएको छ ?

साथै निवेदनमा बन्दीको सहीछाप परेको हुनुपर्छ भने बन्दीले सहीछाप गर्न नसक्ने कारण भएमा अन्य कुनै व्यक्तिले निजको हकमा निवेदनपत्र दिन सक्दछ।[३५] यसका साथसाथै बन्दीको निवेदन बाहेक अन्य कुनै कारणबाट सूचना प्राप्त गरेमा समेत रिट निवेदन जारी गर्न सक्ने अवस्था देखिन्छ। बन्दी प्रत्यक्षीकरणको निवेदन भने बन्दीका हकमा निजको हकवाला वा संरक्षकले पनि दिन पाँउछ।[३६] बन्दीको तर्फबाट अरुले दिएको निवेदनपत्रमा निज बन्दीको नामबाट दिन परिस्थिति नपरेको भन्ने उल्लेख भई कारवाही चलिसकेको परिस्थिति नपरेकोले अरुबाट निवेदन दिन लगाएको भनी अनुरोध गरेमा उक्त

---

[३३] *राधाकृष्ण खड्का वि. रक्षा मन्त्रालय समेत,* नेकाप २०६५, नि. नं. ८०२७, पृ. १२५९

[३४] जिल्ला अदालत नियमावली, नियम १८(क), उच्च अदालत नियमावली २०७३, नियम ३६, सर्वोच्च अदालत नियमावली २०७३, नियम ३३

[३५] जिल्ला अदालत नियमावली २०५२, नियम १८(क)

[३६] *यज्ञमूर्ति बन्जाडे वि. दुर्गादास,* ने.का.प. २०२७, अंक १, नि.नं. ५४७, पृ २७

निवेदनपत्र खारेज नगरी रिट जारी भएको देखिन्छ।[३७] *दिनेशचन्द्र गुप्ता समेत वि. जिल्ला प्रहरी कार्यालय, सिन्धुपाल्चोक* भएको रिट निवेदनमा"थुनुवा पुर्जीमा मुद्दाको प्रकृति गम्भीर भएकोले छाड्न नसकिने र दशैँ बिदा परेकोले अदालतको आदेश लिन नसकिने भन्ने उल्लेख भएकोले तीन दिनभित्र आदेशअनुसार लिखित जवाफ पेश गर्नु तथा लामो समयसम्म थुनामा राख्नु मनासिब नहुँदा स.अ. नियमावली, २०४९ नियम ३३(क) अनुसार रा.प. द्वितिय श्रेणीको अधिकृतलाई हाजिर जमानीमा छाड्नु र अदालत खुलेको दिन सरकारी मुद्दासम्बन्धी ऐन, २०४९ को दफा १५(२) अनुसार उपस्थित गराई अदालतको आदेश अनुसार गर्नु"भनी नेपालको बन्दी प्रत्यक्षीकरणको इतिहासमा न्यायिक सक्रियताको अभ्यास समेत शुरु भएको देखिन्छ[३८] भने *ॐ ईटा भट्टामा कार्यरत् सेवाराम वि. पूर्वाञ्चल क्षेत्रीय प्रशासन कार्यालय समेतको* रिट निवेदनमाव्यक्तिको वैयक्तिक स्वतन्त्रतामा गम्भीर आघात हुने गरी गैरकानूनी एवं अमानवीय रूपमा बन्दी बनाइएको भन्ने लिखित सूचना प्राप्त भएको अवस्थामा अदालतले न्यायिक सक्रियता अपनाई मुद्दाको कारवाही अगाडि बढाउन सक्षम हुने[३९] भनी न्यायिक सक्रियतालाई निरन्तरता दिएको देख्न सकिन्छ। गैरकानूनी थुनामा रहेका व्यक्तिको जानकारी अदालतसमक्ष कुनै पनि माध्यमबाट जो कसैले पनि निवेदन दर्ता गरेर निजलाई थुना मुक्त गर्न सक्ने देखिन्छ। यी निवेदनपत्रमा कुनै पनि दस्तुर लाग्दैन।[४०] यसरी प्राप्त भएको निवेदन पश्चात्त थुनाबाट छाड्न पर्ने अवस्था देखिएमा अदालतबाट लिखित जवाफका साथमा बन्दीलाई समेत लिई उपस्थित हुन आदेश दिन सक्दछ।[४१]

अपवादका क्रममा केही अवस्थामा अदालत समक्ष बन्दी उपस्थित गराउन नसकेमा अदालतले बन्दीलाई उपस्थित गराउने आदेश नदिन सक्दछ।[४२]

(क) बन्दी शारीरिक वा मानसिक रूपले अस्वस्थ्य देखिएमा,

(ख) बन्दी भौगोलिक दृष्टिले टाढा भएमा वा

(ग) अन्य कुनै कारणबाट अदालतले बन्दीलाई उपस्थित गराउन आवश्यक वा उपयुक्त नसम्झेमा।

साथै अदालतले खानतलासीको पूर्जी (सर्च वारेण्ट)[४३] निम्न अवस्थामा जारी गर्न समेत सक्दछः-

(क) बन्दी अमानुषिक तवरबाट थुनिएको छ वा निजलाई शारीरिक यातना दिएको छ भन्ने कुरा अदालतले विश्वास गर्नुपर्ने कुनै कारण भएमा,

---

[३७] *भोलाकुमार शेरचनको हकमा हर्षबहादुर शेरचन वि. जिल्ला अदालत, भरतपुर समेत,* ने.का.प. २०२७, अंक १, नि.नं. ५२७

[३८] ने.का.प. ०२८, अंक ४, पृ ११८

[३९] नेकाप २०७०, नि.नं. ८९७६, पृ ३६०

[४०] जिल्ला अदालत नियमावली २०५२, नियम १८(थ) उच्च अदालत नियमावली, नियम ३५

[४१] जिल्ला अदालत नियमावली २०५२, नियम १८(क)

[४२] जिल्ला अदालत नियमावली २०५२, नियम १८(ख), उच्च अदालत नियमावली २०७३, नियम ३७, सर्वोच्च अदालत नियमावली २०७३, नियम ३४

[४३] जिल्ला अदालत नियमावली २०५२, नियम १८(घ)

(ख) अदालतको आदेशलाई छल्ने मनसायले बन्दीलाई अन्यत्र सार्ने सम्भावना भएकाले खानतलासी हुनु आवश्यक छ भनी निवेदकले मनासिव कारण देखाएमा, वा

(ग) यस्तै अन्य कुनै कारणबाट खानतलासीको आदेश जारी हुनु आवश्यक वा उपयुक्त छ भन्ने अदालतलाई लागेमा ।

यसरी विशेष परिस्थितिमा व्यक्तिको वैयक्तिक स्वतन्त्रता हनन् हुन नदिन मनासिब आधार प्रमाणहरूबाट खानतलासी पुर्जी समेत दिनपर्ने अवस्था भए सोको आदेश दिने कानूनी व्यवस्था समेत रहेको देखिन्छ ।

सामान्यतयः प्रहरी हिरासतमा परेको मानिसलाई गैरकानूनी रूपमा थुनामा राखे बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिट निवेदन जारी हुने अवस्था रहेता पनि *प्रेमकुमारी नेपाली वि. महिला आयोग समेत*को[४४] बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिट निवेदनमा प्रहरी हिरासत बाहेक अन्य *सुरक्षा निकाय, संघ संस्था वा व्यक्ति, कुनै सरकारी वा गैरसरकारी संस्था वा संगठन समेतबाट* बन्दी हुन सक्ने अवस्थालाई समेटेर वैयक्तिक स्वतन्त्रता कसैले पनि हनन् गर्न नहुने र गरेमा बन्दी प्रत्यक्षीकरण रिट जारी हुन सक्ने अवस्था अंगिकार गरेको पाइन्छ ।

"बन्दी" शब्दले कुनै पनि व्यक्तिलाई प्रचलित संविधान तथा कानूनले उपलब्ध गराएको वैयक्तिक स्वतन्त्रताको हक उपभोग गर्न नदिई निजलाई नियन्त्रणमा राख्नु भन्ने जनाउँछ । चाहे त्यस्तो नियन्त्रण सुरक्षा निकायको, कुनै संघ संस्थाको वा व्यक्ति विशेषको नै किन नहोस् । यस परिप्रेक्ष्यमा "बन्दी" शब्दको विस्तार प्रहरी हिरासत वा कारागारमा थुनेर राख्नुसम्म मात्र नभई सो शब्दले जुनसुकै प्रकारको कानूनविपरीतको वैयक्तिक स्वतन्त्रताको नियन्त्रण र संकुचन गरी बन्दीसरहको अवस्थामा पुऱ्याएको स्थिति समेत जनाउने हुन्छ । प्रहरी कार्यालय, सरकारी पदाधिकारी, व्यक्ति, कुनै सरकारी वा गैरसरकारी संस्था वा संगठन नै किन नहोस्, कसैलाईकानूनविपरीत नियन्त्रणमा राख्ने अधिकार हुँदैन । यदि राखेको देखिन्छ भने त्यस्तो अवस्थामा बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिट निवेदन आकर्षित हुने ।

नाबालक छोरा आमाको साथमा रहेकोलाई गैरकानूनी रूपबाट बन्दी बनाएको भन्न नमिल्नुको साथै प्रचलित कानूनबाट नै पर्याप्त र प्रभावकारी अतिरिक्त उपचारको बाटो हुँदाहुँदै सर्वोच्च अदालतको असाधारण अधिकार क्षेत्रबाट निवेदक प्रवेश गरेको हुँदासमेत निवेदन मागबमोजिम बन्दी प्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी गर्न मिलेन भनी नजीर सिद्धान्त समेत प्रतिपादन भईसकेको अवस्था रहेको छ ।[४५] यसर्थ रिट निवेदन जो कोही उपर जारी गर्न सक्ने अवस्थाको परिकल्पना गरेको भएता पनि कसैलाई निजको वा निजको संरक्षकको मञ्जुरी बेगर गैरकानूनी थुनामा राखेको तथ्य स्थापित हुनुपर्ने नै देखिन्छ भने वैकल्पिक उपचारको मार्ग छ भने सो मार्ग अवलम्बन गरेर गर्न नसकेपश्चात्त वा प्रभावीहन भएका खण्डमा मात्र यस निवेदन मार्फत प्रवेश गर्नुपर्ने हुन्छ । अन्यथा बन्दी प्रत्यक्षीकरणको निवेदन जारी हुनसक्ने अवस्था नरहने नै देखिन्छ ।

---

[४४] ने.का.प.२०७०, नि.नं. ८९४५, अंक १, पृ. ८३

[४५] *मिराज श्रेष्ठको बाबु राजेशप्रसाद श्रेष्ठ विरूद्ध मनमाया घर्ती क्षेत्री*समेत, ने.का.प. २०७०, अंक १२, नि.नं.९०९८

बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिट निवेदनमा बन्दीलाई गैरकानूनी थुनामुक्त गराउने मात्र उद्देश्य हुदैंन। आवश्यकता अनुसार बन्धक बनाई थुनामा रहेका कुनै व्यक्तिको जानकारी आएमा अदालतले सम्बन्धित निकायलाई निर्देशनात्मक आदेश जारी गर्न समेत आदेश दिन सक्दछ।*सेवक राम वि. प्रमुख जिल्ला अधिकारी सिराहासमेत*[४६] भएको बन्दी प्रत्यक्षीकरण निवेदनमा निर्देशनात्मक आदेश जारी गरेको देखिन्छ।

साथै निवेदन परेको अवस्थामा बाटाका म्यादबाहेक तीन दिनभित्र[४७]कारण देखाउनको लागि प्रत्यर्थीलाई सूचना दिन सक्दछ। यसरी प्राप्त निवेदन वा लिखित जवाफका आधारमा अदालतले देहायका अवस्थामा बन्दीलाई थुनाबाट छोड्ने आदेश[४८] दिन सक्दछः-

(क) सूचनामा तोकिएको दिन वा पेशीको दिन प्रत्यर्थीले कुनै कारण नदेखाएमा,

(ख) कारण देखाए पनि सो कारण मनासिब नदेखिएमा, वा

(ग) बद्नियतका साथ वा प्रवृत्त धारणा बनाई वा कानून विपरीत थुनामा राखेको देखिएमा।

यसर्थ बिना मनासिब आधार प्रमाण बन्दी प्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी हुने अवस्था देखिदैन। संवैधानिक हक अधिकारको सुरक्षार्थ यी सम्पूर्ण व्यवस्था भएको देखिदा अदालतले व्यक्तिको वैयक्तिक स्वतन्त्रता तथा सम्मानको सुरक्षाको लागि आवश्यक आदेश दिन सक्दछ।

८. बन्दी प्रत्यक्षीकरणको अभ्यास

कानूनद्वारा गर्न नहुने कार्य गर्नु र गर्न हुने कार्य नगर्नुले कानूनी दायित्व सिर्जना गर्ने हुँदा सारभूत कानूनले निर्धारण गरेको हक अधिकार उल्लघंन भएमा कानूनले उपचारको मार्गसमेत तय गरेको हुन्छ। कानूनको दायरामा आएका व्यक्तिलाई नेपालको संविधानको धारा २० ले न्याय सम्बन्धी हक अधिकार सुनिश्चित्त गरेको छ। पक्राउ गर्ने व्यक्तिलाई सूचना दिएर मात्र पक्राउ गर्ने, पक्राउ गरिएको व्यक्तिलाई पक्राउ भएको समय तथा स्थानबाट बाटोको म्याद बाहेक चौबीस घण्टाभित्र मुद्दा हेर्ने अधिकारी समक्ष उपस्थित गराउनु पर्ने, कानून व्यवसायी राख्न पाउने जस्ता पूर्व पुर्पक्षदेखि फैसला कार्यान्वयनको अवस्थासम्मको सम्पूर्ण प्रक्रियामा कार्यविधि अवलम्बन गरी कानून बमोजिम मात्र वैयक्तिक स्वतन्त्रता सीमित गर्न सक्दछ। उदाहरणतः भारतमा सुनिल बात्राको मुद्दामा अधिकारप्राप्त अधिकारीले संविधान प्रदत्त न्यूनतम हक अधिकार समेतको प्रत्याभूति नगरी कैदी बन्दीहरूलाई यातना दिई कैदमा राखेकोमा

---

[४६] ने.का.प. २०७०, नि.नं. ८९७६, अंक ३ सर्वोच्च अदालत नियमावली, २०४९ को नियम ३६ बमोजिम बन्धक अवस्थाबाट मुक्त गरी आफ्नो देश प्रस्थान गर्न मित्र राष्ट्र भारतको सीमावर्ती प्रशासनसँग समेत आवश्यक समन्वय गरी निजहरूलाई सुरक्षासाथ नेपाल सीमा पार गर्न दिई सो कार्य सम्पन्न भएपछि सोको प्रतिवेदन यस अदालतमा पठाउनु भनी जिल्ला अदालतका स्रेस्तेदारलाई र उक्त कार्यमा आवश्यक पर्ने प्रशासनिक तथा अन्य व्यवस्थापकीय सरसहयोग सक्रिय रूपमा उपलब्ध गराउनु भनी क्षेत्रीय प्रशासक तथा प्रमुख जिल्ला अधिकारीलाई समेत लेखी पठाउने गरी बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी भएको छ।

[४७] जिल्ला अदालत नियमावली २०५२, नियम १८(ड)

[४८] जिल्ला अदालत नियमावली २०५२, नियम १८(च) उच्च अदालत नियमावली २०७३, नियम ३९ (स) सर्वोच्च अदालत
नियमावली २०७३, नियम ३७

बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिट निवेदन जारी गरेको पाइन्छ।– जसमा Justice Krishna Iyer ले भनेका छन्:-

> "*the finest hour of justice comes when court and counsel constructively collaborate to fashion in the case a relief to the prisoner and fathom deeper to cure the institutional pathology which breeds wrong and defies right.*"[50]

उनले संस्थागत विकृतिले प्रोत्साहन गरेका गलत प्रवृतिको उपचार गर्नु न्यायको मर्म रहेको बताएको पाइन्छ।

क. कानूनी थुना

थुना कानूनी हो वा गैरकानूनी सोको निर्धारण अदालतले हेर्ने हुँदा सर्वोच्च अदालतबाट कस्तो कस्तो अवस्थामा कानूनी थुना हुने र कस्तो अवस्थामा थुना गैरकानूनी भई बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिट जारी हुने हो सो बारे विभिन्न अभ्यास गरेको देख्न सकिन्छ। कुनै प्रतिवादीले तोकिएको धरौटी तीर्न नसकेमा निजलाई थुनामा राखी मुद्दाको पुर्पक्ष गरिने व्यवस्था भएकोमा **मुद्दाको कारवाहीको सिलसिलामा निवेदक थुनामा रहेको अवस्था देखिँदा कारवाहीमा रहेको उक्त मुद्दामा माग भएको धरौटी दिन नसकी कानूनबमोजिम पुर्पक्षको लागि थुनामा रहेकोलाई गैरकानूनी थुनामा रहेको भन्न मिल्ने स्थिति नहुने,**–अदालतले कानून बमोजिम निर्णय गरी फैसला बमोजिम कैद भुक्तान गरिरहेको व्यक्तिलाई बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिटद्वारा मुक्त गर्न नमिल्ने,[५२] ऐनले निर्देश गरेबमोजिम अधिकारवालाको आदेशले ऐनको म्यादसम्म थुन्न पाउने त्यस्तो आदेशानुसार थुनामा रहेकोमा बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिट लाग्न नसक्ने,[५३]**अनुसन्धानबाट देखिन आउने परिणामका आधारमा मुद्दा चलाउने वा नचलाउने भन्ने अवस्था बाँकी नै रहेको थुनुवा पूर्जी तोकेको ढाँचा अनुरूप भै कानून प्रतिकूल नभएको कानून बमोजिमको अनुसन्धानको कार्य भैरहेको अवस्थामा अनुसन्धानको प्रक्रियामा नै प्रभाव पार्ने गरी बन्दी प्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी गर्न नमिल्ने**[५४] कानून बमोजिम पुनरावेदन गरेमा पुनरावेदन तहबाट कानून अनुसार विचार हुने अवस्था रहेको यस्तो स्थितिमा सर्वोच्च

---

49 *Sunil Batra v. Delhi Administration* 1980 AIR 1579: This case predominantly focused upon the legally enforceable rights of the prisoners and legal sanction against their maltreatment during the detention. It was held by the court of law that writ of habeas corpus can not only be used for against the illegal detention of the prisoner but also for his protection against any maltreatment or inhuman behavior by the detaining authorities behind the bars. Thus this writ can be used not only against the existence of the illegal detention but also checks the manner in which the detention was subjected.

५० *Sunil Batra v. Delhi Administration*, AIR 1980 SC 1579.

५१ *सन्तोष बस्नेत विरूद्ध, गृह मन्त्रालय, काठमाडौंसमेत,* ने.का.प. २०७०, अंक १२, नि.नं.९०९७

५२ *डा.के.आइ. सिंहका हकमा सन्तोषकुमार पन्त वि. काठमाण्डौ विशेष अदालत,* ने.का.प. २०२१, अंक १, नि. नं. २५०

५३ *हेम बहादुर थापा क्षेत्री वि. ललितपुर जिल्ला प्रहरी कार्यालय,* ने.का.प. २०२३, अंक १, नि. नं. ३६०

५४ *ऋषि धमला समेत विरुद्ध, गृह मन्त्रालय समेत,* ने.का.प.२०६६, अंक १, नि.नं.८०५०, *शुभराम बस्नेतसमेत वि. महानगरीय प्रहरी परिसर, हनुमानढोका, काठमाण्डौंसमेत,* ने.का.प.२०७०, अंक १२, नि.नं.९०९६

अदालतको असाधारण अधिकार प्रयोग गरी रिट क्षेत्रबाट हेर्न नमिल्ने,[५५]अधिकार प्राप्त अदालतमा दायर रही कारवाही भइरहेको मुद्दामा कसूर गरेको हो होइन भन्ने सो मुद्दाबाट निर्णय नभएसम्म रिट निवेदनको आधारमा अपराध सम्बन्धी कुराहरू गरेकै होइन भनी अदालतको विचाराधीन रहेको मुद्दामा प्रमाणको मूल्यांकन गरी जिल्ला अदालतमा कारवाहीको सिलसिलामा भएको आदेशलाई बदर गर्नु न्यायसंगत नहुने,[५६] बन्दी प्रत्यक्षीकरणको निवेदनपत्रबाट निजले दिनुपर्ने कर तिरी बुझाइसकेको छ छैन विचार हुने नभई मुद्दा दायर भएपछि अदालतले विचार गर्ने कुरा भएको र उक्त काम बाँकी नै भएकोले यसै हो भनी ठहर गर्न नमिल्ने भनी निवेदन खारेज भएको,[५७] पुनरावेदन गर्न कानूनले तोकेको शर्त एवं दायित्व समेतलाई पालन नगरी, पुनरावेदन गर्ने अवधि बाँकी भएकोले फैसला बमोजिम कैदमा राख्ने कार्य गैरकानूनी नहुने,[५८] *भागवत उपाध्याय वि. रूपन्देही जिल्ला अदालत* भएको बन्दी प्रत्यक्षीकरणमा डाँका मुद्दामा कैदबाट छुटेपछि नकबजनी चोरीको अपराध गरेको हुँदा नकबजनी चोरी मुद्दामा भएको हद कैदमा डाँका मुद्दाको कैद गाभिने स्थिति नरहने"[५९] कैद छुट नदिने गरी भएको आदेश गैरकानूनी भन्न मिलेन, छुट दिने वा नदिने अख्तियारी प्राप्त निकायको स्वविवेकीय भएको भनी कानूनी थुना मानिएको[६०] भनी प्रतिपादित नजीर रहेको हुँदा विभिन्न मुद्दामा भएको हुँदा कानूनी थुनाको अवस्था के कस्तो हुन सक्दछ भन्ने अभ्यास भएको देखिन्छ ।

ख. गैरकानूनी थुना

सर्वोच्च अदालतबाट विभिन्न अवस्थामा गैरकानूनी थुना देखिएकोमा बन्दी प्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी भएको देखिन्छ । गैरकानूनी थुनाको कारण विद्यमान भएको हुनुपर्ने,[६१] व्यक्तिलाई थुनामा राखिएको ऐनको अख्तियार बेगर बेरीतसँग थुनिएको[६२], कानूनले तोकेको निश्चित कार्यविधि र प्रक्रियाको अवलम्बन नगरी भएको फैसला कार्यविधिगत त्रुटी हुने,[६३]धरौट माग्ने अधिकार नभएका

---

[५५] केशरमान नकर्मी वि. का.जि.अ. का अतिरिक्त जि.न्या. श्री परमानन्द झा, ने.का.प. २०३७, अंक ५, नि.नं. १३७९

[५६] *शरोज श्रेष्ठ वि. जिल्ला प्रहरी काठमाण्डौ,* ने.का.प. २०४९, अंक ३, नि. नं. ४५०१

[५७] *विजय गजानन्द वि. श्री ५ को सरकार, ने.का.प.२०३३, अंक १, नि.नं. ९८९*

[५८] *पुनम नेपाली वि. प्रहरी प्रधान कार्यालय, केन्द्रीय अनुसन्धान व्यूरो समेत,* ने.का.प. २०७०, नि.नं. ८०५०, अंक १

[५९] ने.का.प. २०४०, अङ्क ९, नि.नं. १७३९, पृ. ५१२

[६०] *रामदेव मुखिया वि. प्रम तथा मपका समेत,* ने.का.प. २०७०, अङ्क ४ निर्णय नं.८९९१

[६१] *अम्बर बहादुर गुरुङ्ग वि. त्रि.वि. सुरक्षागार्ड,* ने.का.प. २०४९, अंक १, नि.नं. ४४५०

[६२] *डम्बर बहादुर खत्री वि. श्री ५ को सरकार,* ने.का.प. २०२१, अंक १, नि.नं. २५१

[६३] अदालतले मुद्दा फैसला गर्दा कानूनले तोकेको निश्चित कार्यविधि र प्रक्रियाको अक्षरशः पालना गर्नुपर्दछ । कानूनले तोकेको निश्चित कार्यविधि र प्रक्रियाको अवलम्बन नगरी भएको फैसला कार्यविधिगत त्रुटीभएको मान्नु पर्दछ । निवेदक प्रतिवादी भएको जबरजस्ती करणी मुद्दामा मुलुकी ऐन, १९० नं अनुरूप प्रतिवादीको अंश रोक्का गर्ने र मुद्दा मुल्तबीमा राख्ने कार्य नै नभई प्रतिवादीलाई जबरजस्ती करणी मुद्दामा कसुरदार ठहर गरेको काभ्रेपलाञ्चोक जिल्ला अदालतको फैसला, सो फैसलाका आधारमा रहेको कैदको लगत तथा कैदी पुजीसमेत कायम रहन सक्ने नदेखिने । *रविन गौतम वि. काभ्रेपलाञ्चोक जिल्ला अदालतसमेत,* ने.का.प. २०७२, अंक १२, नि.नं. ९५१६

कुनै कुराको अधिकार प्राप्त नभएका व्यक्तिले धरौट दिन नसकेका भनी थुन्न नमिल्ने,[६४] निर्धारण गरेको समय सिमा भन्दा बढी हिरासतमा राख्न नपाउनेमा सो कानूनी व्यवस्था विपरीत निवेदक हाल थुनामा रहेको गैरकानूनी देखिने,[६५] वास्तविक ठेगानामा म्याद तामेल नगरी अन्यत्र तामेल गरेको म्यादबाट प्रतिवादको मौका प्रदान गरेको भन्न मिल्दैन, म्याद रीतपूर्वक नै तामेल भएको भन्ने अर्थ गर्न मिल्ने नदेखिने भनी कैदी पूर्जी बदर गरिएको[६६] , कानूनको रीत पुऱ्याई थुनुवा पुर्जी दिनपर्ने कानूनी व्यवस्था भएकोमा कानून बमोजिमको थुनुवालाई पुर्जी दिई थुनिएको नदेखिएको,[६७] कुनै थुन्ने अधिकारै नभएको व्यक्तिले थुन्यो वा थुन्न पाउने भन्दा बढी थुन्यो भन्नेसमेत बिषयमा बन्दी प्रत्यक्षीकरणको माग हुन सक्ने,[६८] पछि पर्न आउने मुद्दाको अन्दाज गरी थुनामा राख्ने आदेश दिने कानूनमा व्यवस्था नभएको,[६९] सिमा बाहिर जिल्लामा रहे बसेको मानिसलाई पक्रने र नजरबन्द राख्ने प्रमुख जिल्ला अधिकारीको आदेश कानूनी अधिकार विहीन देखिन आउने,[७०] पूर्पक्ष निमित्त माग गरेको धरौट दिन नसकेको बालकलाई थुनछेकको प्रयोजनको निमित्त थुनाको विकल्पको रूपमा बाल सुधारगृहमा बन्दीको रूपमा पठाउन सक्ने व्यवस्था नभएकोमा निवेदकलाई वाल सुधारगृहमा थुनामा राखेको कार्य गैरकानूनी हुने,[७१] अधिकारै नभएको निकायले मुद्दा चलाई Prosecute गरेको (Apparent error on the face of the record) का केही सीमित अवस्थाहरूमा मात्र असाधारण अधिकारक्षेत्र अन्तर्गत बन्दी प्रत्यक्षीकरणको निवेदनबाट रिट जारी हुने[७२] भनी नजीर सिद्धान्त प्रतिपादन भएको देखिँदा सर्वोच्च अदालतबाट बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिट निवेदनबाट कुनै व्यक्तिको वैयक्तिक स्वतन्त्रता कानून बमोजिम बाहेकको अवस्थामा थुनामा राखिए रिट निवेदन जारी गरेको अभ्यासबाट देखिन्छ ।

---

[६४] *त्रिरत्न तुलाधर वि. श्री ५ को सरकार,* ने.का.प. २०२२, अंक १, नि.नं. ३००

[६५] ताराप्रसाद उपाध्याय वि. श्री विशेष प्रहरी अधिकृत, नारायणी अञ्चल अञ्चलाधिशको कार्यालय वीरगञ्ज नेपालसमेत, ने.का.प. २०३६, अंक १, नि.नं. १२८३

[६६] गौरीमाया घिमिरे वि. विशेष अदालत काठमाडौं समेत ने.का.प. २०७३, अंक ४, नि.नं.९५८२ नि.नं. ५९९,

[६७] हिरालाल भण्डारी वि. काठमाण्डौ मेजष्ट्रिट बलराम प्याकुरेल, ने.का.प. २०२०, अंक १, नि. नं. २०३

[६८] महेन्द्रप्रसाद समेत वि. जिल्ला न्यायाधीश जिल्ला अदालत वीरगंज, ने.का.प. २०२१, नि नं. २६४, अंक १, *देवीभक्त सिटौला वि. दिगंबर झा,* ने.का.प. २०२३, नि.नं. ३२०, अंक १ *गगनसिँह ठकुरी वि कारागार कार्यालय, जगन्नाथदेवल, काठमाण्डौ समेत,* ने.का.प. २०६७, अंक २, नि.नं. ८३१३

[६९] पशुपति गिरी वि. ब्रह्मदत्त तिवारी समेत, ने.का.प. २०३२, अंक १, नि.नं. ९१६

[७०] लालकाजी तामाङ्ग वि. प्रमुख *जिल्ला अधिकारी,*ने.का.प. २०३२, अंक १, नि.नं. ९३३

[७१] *रामेश्वर न्यौपाने वि. जिल्ला प्रशासन कार्यालय,* ने.का.प. २०६५, अङ्क ९, नि.नं. ८०१५

[७२] *शिवलाल पोडे वि. काठमाडौं जिल्ला अदालत समेत,* ने.का.प.२०६४, अङ्क ४, नि.नं. ७८५२

५. महत्वपूर्ण नजीर सिद्धान्तहरू

इमानसिंह गुरुङ्ग वि. श्री ५ को सरकार[७३]

वर्गीकरणको आधारमा बनाइएको कुनै कानूनबाट कुनै नागरिकलाई उस्तै अवस्थाका अन्य नागरिकहरूले पाए सरहको कुनै अधिकार वा सुविधाबाट बन्चित गरिन्छ अथवा अन्य नागरिकहरू भन्दा बढी वा ठूलो दायित्व बोकाइन्छ भने त्यो कानून समानताको हकको प्रतिकूल भई असंवैधानिक र अमान्य हुने। सैनिक अदालतले कानूनको रीत नर्पुयाई अथवा कानून वा संविधानको प्रतिकूल कसैलाई थुनामा राख्दछ भने त्यस सम्बन्धमा यस अदालतमा उजूर गर्ने बाटो बन्द भए पनि त्यो थुना अवैध नै हुन्छ। त्यस्तो थुनाको विरुद्ध उजूर गर्ने बाटो खुल्नासाथ सम्बन्धित व्यक्ति यस अदालतमा आउन सक्तछ र यस अदालतले पनि त्यसलाई अवैध घोषित गरी बन्दीलाई थुनाबाट मुक्त गर्न सक्ने गरी बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिट निवेदन जारी गरेको अवस्थामा कानूनका मान्य सिद्धान्तहरू पालना गर्ने दायित्व सबै निकायबाट हुन आवश्यक पर्ने देखिन्छ।

मो. अजिज खाँ वि. जिल्ला प्रहरी कार्यालय, सर्लाहीसमेत[७४]

फैसला कार्यान्वयनको क्रममा आफू थुनामा रहेको भनी निवेदन दिँदा आफूले प्रमाण पेश गर्न समेत सक्ने अवस्था हुन जाँन्छ। सम्बन्धित अख्तियारी प्राप्त निकायले प्रमाण पेश गरेको खण्डमा फैसला कार्यान्वयको क्रममा निवेदकलाई थुनामा राखेको कानूनी हो भनी पुष्टि भएको अवस्थामा प्रमाणको भार प्रतिवादी निहित रहन्छ। यी निवेदक नै उल्लिखित जीउ मास्ने बेच्ने मुद्दामा २० वर्ष कैद र रू.१,०००/- जरिवाना भएका प्रतिवादी अजीज खाँ पैठान हुन् भन्ने कुरालाई फैसला कार्यान्वयन गर्ने निकायले सन्तोषजनक प्रमाण (Satisfactory Evidence) पेस गरी आफ्नो दायित्वलाई पूरा गरेको पाइन्छ। फैसला कार्यान्वयनको कुरामा निर्विवाद शङ्कारहित प्रमाणको मापदण्ड ग्रहण गर्न सकिँदैन। कार्यान्वयनकर्ताबाट प्रस्तुत सन्तोषजनक प्रमाणलाई खण्डन हुने गरी प्रति प्रमाण पुऱ्याउने भार (Reverse burden of proof) निवेदकउपर रहेकामा आफ्नो सनाखत गरिपाऊँ भनेर निवेदकले माग गर्ने साहस पनि गर्न नसकी उल्लिखित प्रारम्भिक प्रमाण खण्डन हुने गरी निवेदकबाट ठोस प्रमाण प्रस्तुत हुन सकेको पाइँदैन भनी बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिट खारेज भएको देखिन्छ। बन्दी प्रत्यक्षीकरण रिट निवेदन लिई जाँदा समेत खास किसिमको दावी लिँदा उक्त दावी प्रमाणित गर्ने भार सम्बन्धित व्यक्ति उपर नै हुने देखिन्छ।

---

[७३] *इमानसिंह गुरुङको वि श्री ५ को सरकार,* ने.का.प. २०७०, अंक ७, नि नं ४५९७

[७४] ने.का.प. २०७२, अंक ३, नि.नं. ९३६९, व्यक्तिको पहिचान (Identity) नै स्पष्ट नगरी र सो सम्बन्धमा तथ्यपूर्ण अनुसन्धान नै नगरी एउटै व्यक्ति हो भनी निष्कर्ष निकाल्नु कानूनसम्मत हुदैन। कुनै पनि व्यक्तिउपर अभियोग दाबी गर्दा उसको व्यक्तिगत विवरण स्पष्टसँग उल्लेख गर्ने जिम्मेवारी अभियोगकर्तामा रहन्छ। अभियोगमा उल्लिखित विवरणमा अस्पष्टता भएमा स्वभावतः त्यसको Benefit of doubt प्रतिवादीमा जाने भनी *तेन्जीङ शेर्पा वि. काठमाडौं जिल्ला अदालतसमेत* भएको बन्दीप्रत्यक्षीकरणको रिट जारी भएको देखिन्छ। *तेन्जीङ्ग शेर्पा वि. का.जि.अ. समेत,* ने.का.प. २०७३, अंक ८, नि.नं.९६६१,

अम्बरबहादुर गुरुङ्गको हकमा रमेशमान स्थापित[७५]

गिरफ्तार गर्दाको अवस्थामा गैरकानूनी रूपले थुनिएको भए पनि रिट निवेदनको सुनुवाई हुँदा कानून बमोजिम मुद्दा चलाई अदालतको आदेशानुसार थुनामा रहेको स्थितिमा पूर्व अवैधतालाई आधार बनाई निज उपर अदालतमा कानून बमोजिम चलिरहेको मुद्दामा अनुकूल वा प्रतिकूल असर पर्ने गरी रिट जारी गर्न नमिल्ने। बन्दी प्रत्यक्षीकरणको सर्वमान्य अर्थ र उद्देश्य दुवैको दृष्टिबाट पूर्व अवैधता (Past or antecendent illegality) बन्दी मुक्तिको आधार हुन्छ भनी मान्न उपयुक्त नहुने भनी बन्दी प्रत्यक्षीकरणको आदेश खारेज गरेको देखिन्छ। संविधान विपरीत तोकिएको अवधीभन्दा बढी समयसम्म मुद्दा हेर्ने अधिकारीको आदेश नलिई थुनामा राख्ने कार्य आफैमा गैरकानूनी छ। त्यस्तो गैरकानूनी कार्यलाई जारी राख्दै निर्धारित अवधि नाघिसकेपछि मुद्दा हेर्ने अधिकारी समक्ष उपस्थित गराएकोले त्यस्तो स्थितिमा मुद्दा हेर्ने अधिकारीले थुनामा राख्ने अनुमति दिए नै पनि त्यस्तो थुनाको स्थिति वैधानिक हुन सक्दैन भनी नजीर सिद्धान्त प्रतिपादन भएको देखिन्छ।

रामदेव यादव वि. प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय[७६]

मातहतका दुई तह अदालतबाट सामान्य कानूनी व्यवस्था अन्तर्गत निरोपण भई टुंगो लागिसकेको विषयवस्तुमा यस अदालतले रिट क्षेत्राधिकारबाट पुनरावेदन सुनेसरह गरी हस्तक्षेप गर्दै जाने हो भने विवादको कहिल्यै पनि अन्त्य हुन नसक्ने र अदालतको साधारण क्षेत्राधिकारसम्बन्धी संवैधानिक तथा कानूनी व्यवस्थासमेत अर्थहीन हुन जाने हुन्छ भनी नजीर सिद्धान्त प्रतिपादन भएको देखिदा कानूनमा स्पष्ट व्यवस्था भइ उपचारको मार्ग समेत निर्धारण गरेकोमा सो पालना नगरी अन्य मार्गबाट उपचार खोज्दा बन्दी प्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी नहुने देखिन्छ।

१०. निष्कर्ष

प्राकृतिक न्यायको सिद्धान्त अनुरूप प्रत्येक नागरिकलाई आफू विरुद्ध लागेको कसुर जान्ने अधिकार रहेको छ र निजले आफू विरुद्ध लागेको आरोप खण्डन गर्ने मौकाको सुनिश्चितता समेत गरेको हुन्छ। संविधानले विभिन्न तहगत अदालत तथा न्यायिक निकायको गठन गरी व्यक्तिको न्यायको हक अधिकार प्रत्याभूत गरेको हुन्छ। कानून बमोजिम बाहेक कुनै पनि व्यक्तिको वैयक्तिक स्वतन्त्रता अपहरण गर्न नहुने संवैधानिक हक प्रत्याभूत गरी बन्दी प्रत्यक्षीकरणको निवेदन जारी गरिन्छ। यसले राज्यबाट हुने स्वेच्छाचारी थुनालाई नियन्त्रण गर्ने हो।

बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिट निवेदन पनि कुनै व्यक्तिलाई गैरकानूनी थुनामा नराखियोस् भन्ने हो। मानिसको स्वतन्त्रताको अर्थ संविधान तथा कानूनले प्रदान गरेको हक अधिकारको अभ्यास गर्न पाउनु हो। राज्य वा कुनै पनि निकायले व्यक्तिको व्यक्तिगत स्वतन्त्रता हनन हुने कार्य गर्दछ भने त्यसको

---

[७५] ने.का.प. २०४९, अंक १, नि.नं. ४४५०

[७६] ने.का.प. २०६८, अङ्क ८, नि.नं. ८६६५

सुरक्षार्थ न्यायिक निकाय खडा गरिएको छ। तसर्थ कुनै व्यक्तिले आफूलाई गैरकानूनी रूपमा थुनामा राखिएको आधार प्रमाण सहित कार्यविधि पालना गरी निवेदन दिएको देखिन्छ भने सो अवस्थामा निजलाई अदालत समक्ष उपस्थित गराई निजको थुनाको वैधताको परीक्षण गर्ने गरिन्छ। यसरी परीक्षण गर्दा निजको थुना गैरकानूनी देखिन्छ भने निजलाई बन्दी प्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी गरेर अदालतले थुनाबाट मुक्त गर्ने आदेश दिने गर्दछ। यसै प्रसंगमा सर्वोच्च अदालतबाट कस्तो कस्तो अवस्थामा बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिट निवेदन जारी गर्न सकिन्छ सोको व्याख्या गरी थुनुवालाई वा कैदीलाई थुना वा कैद मुक्त गरिएको अवस्था छ भने आवश्यक परेमा सम्बन्धित निकाय तथा कार्यालयहरूलाई निर्देशनात्मक आदेश समेत जारी गर्ने गरेको देखिन्छ।

बन्दी प्रत्यक्षीकरण निवेदनको क्षेत्राधिकार सर्वोच्च, उच्च तथा जिल्ला तहसम्म दिने व्यवस्था भएसगै भौगोलिक विकटताको समस्या रहेन भने राज्य कुनै पनि व्यक्तिको स्वतन्त्रताको हक कुण्ठित हुन नदिन सहज बन्दीको पहुँच तथा सहजताको निमित्त उपयुक्त वातावरण निर्माणमा लागेको देखिन्छ। चाहे राज्य वा व्यक्तिको तर्फबाट किन नहोस् कुनै व्यक्तिको वैयक्तिक स्वतन्त्रता अपहरण गरिन्छ भने निजलाई गैरकानूनी थुनाबाट मुक्त गरी अपहरित स्वतन्त्रताको पुनः स्थापन गर्नु नै बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिटको मुख्य उद्देश्य हो। बन्दी प्रत्यक्षीकरणको निवेदन थुनामा रहेको व्यक्ति स्वयं वा निजले दिन नसक्ने अवस्थामा निजका तर्फबाट निजको नातेदार, साथी वा अरू कुनै पनि व्यक्तिले दायर गर्न पाउँछ भने न्यायिक सक्रियताबाट पनि बन्दी प्रत्यक्षीकरणको निवेदन जारी हुने व्यवस्था भएबाट राज्यले बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिटलाई गम्भीरता पूर्वक हेरेको पाउन सकिन्छ। कुनै पनि व्यक्तिले बिना आधार प्रमाण यातना तथा दुख भोग्न नपरोस् भन्ने उद्देश्य रहेको हुँदा बन्दी प्रत्यक्षीकरणको निवेदनलाई तीन दिनभित्र बन्दीको सशरीर उपस्थिति माग गर्दछ। कानून बमोजिम बाहेकको अवस्थामा कुनै पनि व्यक्तिलाई थुनामा राख्न मिल्दैन। स्वतन्त्रताको हक अधिकार व्यक्तिको नैसर्गिक अधिकारको कुरा भएको समेतको आधारबाट राज्यले बन्दी प्रत्यक्षीकरण निवेदनमा छिटो छरितो कार्यविधि अपनाएको देखिन्छ भने कुनै पनि तहमा यसको निःशुल्क निवेदन दर्ता गर्ने परिपाटी सिर्जना गरेको छ। राज्यले कुनै पनि व्यक्तिलाई अनुसन्धानको क्रममा राख्दछ भने न्यायिक हिरासतमा मात्र राख्न पाउने देखिन्छ। मुद्दा हेर्ने अधिकारीको अनुमति बेगर कसैलाई पनि न्यायिक हिरासतमा राख्न पाइदैन। यसर्थ राष्ट्रिय अन्तर्राष्ट्रिय अभ्यासबाट देखिएका बन्दी प्रत्यक्षीकरणका मान्य सिद्धान्तलाई अंगिकार गरी प्रधान न्यायालयको स्थापनादेखि हालसम्म यसको प्रयोग र अभ्यास नेपालमा व्यापक रूपमा भएको छ।

सन्दर्भ सामाग्री

१. गुणनिधि न्यौपाने, कार्यविधि कानून, लुम्बिनी प्रकाशन, २०६५

२. पवनकुमार ओझा, नेपालको कार्यविधि कानून सिद्धान्त र व्यवहार, पैरवी प्रकाशन, काठमाडौं, २०५४

३. ज्ञाइन्द्रबहादुर श्रेष्ठ, कार्यविधि कानूनको रूपरेखा, पैरवी प्रकाशन, काठमाडौं, २०४१

४. कार्यविधि कानूनको रूपरेखा, ज्ञाइन्द्रबहादुर श्रेष्ठ, पैरवी प्रकाशन, अठारौं संस्करण २०७२

५. सरकारी वकील दिग्दर्शन, २०६३, तेस्रो संस्करण, महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय

६. Chris Naylor, "You have the Body": Habeas Corpus Case Records of the U. s. Circuit Court for the Distrct of Columbia, 1820-1863, Fall 2005, Vol. 37, No. 3 available at https://www.archives.gov/publications/prologue/2005/fall/habeas-corpus. html,

७. R. J. Sherpa in "The Law of Habeas Corpus" (1976) Edn. Juvenal, Satires in 72 Yale Law Journal 506 (1963)

८. The Right to Habeas Corpus: Only in the Other Americas Elizabeth A. Faulkner, American University International Law Review, Vol. 9, Issue 3, available at https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1472&context=auilr

सामाजिक न्याय र समावेशीकरण

✍ रमादेवी पराजुली ♦

विषय प्रवेश

नेपाल बहुजातीय, बहुभाषिक, बहुधार्मिक बहुसाँस्कृतिक एवम् भौगोलिक विविधतायुक्त देश हो। यस विविधतालाई आत्मसात् गर्दै समानुपातिक, सन्तुलित र न्यायसँगत विकास हुन सके मात्रै दिगो शान्ति र आर्थिक सम्बृद्धि प्राप्त हुन सक्दछ। तर, समाजमा विद्यमान लैंगिक विभेद, जातीय भेदभाव, विभेदयुक्त व्यवहार, भौगोलिक असमानता, कुरीति, महिला हिंसा, गरिवी जस्ता विसंगतिहरूले गर्दा समाज न्यायपूर्ण बन्न नसकेको अवस्था छ।

असमावेशीकरणले असमान मानव विकास निम्त्याउँछ र त्यसले असमावेशीकरणलाई नै निरन्तरता दिन्छ। धेरै जातीय विरोध र विद्रोहहरू धर्म वा परम्पराको संरक्षणका लागि भन्दा राज्य र अर्थतन्त्रमा पहुँच नभएका कारणले भएका छन्। विविधतायुक्त विशेषतालाई आत्मसात् गरी विविधताबीचको एकता, सामाजिक साँस्कृतिक ऐक्यबद्धता, सहिष्णुता र सद्भावलाई संरक्षण एवं प्रवर्द्धन गर्दै; वर्गीय, जातीय, क्षेत्रीय, भाषिक, धार्मिक, लैंगिक विभेद र सबै प्रकारका जातीय छुवाछुतको अन्त्य गरी आर्थिक समानता, सम्बृद्धि र सामाजिक न्याय सुनिश्चित गर्न समानुपातिक समावेशी र सहभागितामूलक सिद्धान्तका आधारमा समतामूलक समाजको निर्माण गर्ने विषय नेपालको संविधानका प्रस्तावानामा नै समेटिएको छ।

समावेशीकरणले समाजका सबै वर्ग, क्षेत्र, समुदाय, जातजाति र लिंगका व्यक्तिलाई श्रोत साधन र अधिकारको प्रयोगमा समानता कायम गर्दै सर्वपक्षीय विकासलाई टेवा दिन्छ। समाजमा रहेको आर्थिक, सामाजिक, साँस्कृतिक विभेदको अन्त्य गर्नु नै सामाजिक न्यायको उद्धेश्य हो। सामाजिक न्यायले सामाजिक र राजनीतिक अधिकारको प्रत्याभूति गरी राज्य संचालनको मूल प्रवाहमा सवैलाई समान अवसर प्राप्त हुने अवस्था सिर्जना गर्दछ। यसले नागरिकका जन्म सिद्ध अधिकारको प्राप्ति र उपयोगलाई सुनिश्चित गरी समतामूलक र न्यायपूर्ण समाजको स्थापना गर्न सहयोग पुऱ्याउदछ। प्रस्तुत आलेखमा सामाजिक न्याय र समावेशीकरणको अवधारणा र सोको प्रवर्द्धनका लागि गरिएका संवैधानिक तथा कानूनी व्यवस्थाहरूको चर्चा गरिएको छ। यी व्यवस्थाको कार्यान्वयनबाट परेको सकारात्मक प्रभाव तथा अभ्यासको क्रममा देखिएका चुनौतीहरूको पहिचान गर्नुका साथै सान्दर्भिक न्यायिक दृष्टिकोणहरू समेत उल्लेख गर्ने प्रयास गरिएको छ।

♦ सहन्यायाधिवक्ता, महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय, (हाल वैदेशिक रोजगार न्यायाधिकरणमा सदस्य)

सामाजिक न्याय

सामाजिक शब्दले सहकार्य, सहअस्तित्व र समानताका आधारमा समाजका सदस्यहरूसँग सामूहिकरूपमा मिलेर बस्नुलाई इंगित गर्दछ। समाजमा रहेका सामाजिक तथा आर्थिक असमानतालाई सम्बोधन गर्न न्यायको अवधारणा आएको हो। सामाजिक न्यायले समाजका प्रत्येक सदस्य र समूहलाई निष्पक्ष व्यवहारका साथै समानस्तरको सामाजिक र आर्थिक फाइदाको हिस्सा प्राप्त हुनुपर्ने र अवसरको समन्यायिक वितरण हुनुपर्ने मान्यता राख्दछ।

सामाजिक न्याय एक मूल्य हो, जसले निष्पक्ष सामाजिक संरचनाको सिर्जना गरी समाजका फाइदा तथा बेफाइदाहरूको निष्पक्ष वितरण, आर्थिक र सामाजिक अधिकारको प्रत्याभूति सहित सम्मानपूर्वक बाँच्न पाउने अवस्था निर्माण गर्दछ। Blacks Law Dictionary मा सामाजिक न्यायले सबै व्यक्ति समान छन् भन्ने नैतिक सिद्धान्तलाई विकसित गर्छ भनी उल्लेख छ।[1] सामाजिक न्यायको व्यवस्थित व्याख्या गर्ने पहिलो विचारक जोन स्टुअर्ड मीलले वितरणात्मक न्यायको चर्चा र आर्थिक पुनर्वितरण मार्फत सामाजिक न्याय स्थापित हुन्छ भनेका थिए। यसैले सामाजिक न्यायलाई समाजको सीमित साधनलाई विवेकपूर्ण पुनर्वितरण गर्नु सँगको सापेक्षतामा हेरिन्छ। John Rawls ले अवसरमा समान पहुँचको अवस्था सिर्जनाको लागि आर्थिक सामाजिक अधिकारको सुनिश्चितमा जोड दिएका छन्।[2]

Commission on Social Justice, 1993 का अनुसार सामाजिक न्यायका केही आधारभूत सिद्धान्त देहाय वमोजिम रहेका छन्।[3]

> *The foundation of a free society is the equal worth of all citizens. All citizens are entitled, as a right of citizenship, to be able to meet their basic needs- for income, food, shelter, education and health. Self respect and personal autonomy are inherent in the idea of equal worth, but their fulfillment depends on the widest possible spread of opportunities and life chances. Inequalities should be reduced and where possible elimination.*

सामाजिक न्यायको अवस्थामा प्रशासनिक व्यवहारको निष्पक्षता, लाभको समन्यायिक वितरण र सोही अनुसारको नीति, कार्यक्रम, कार्यविधि, व्यवहार र मूल्य मान्यता स्थापित गरी समाजमा सारवान समानताको स्थापना र विद्यमान असन्तुष्टिको अन्त्य हुन सक्दछ।

सामाजिक न्यायलाई विभिन्न आयामबाट बुझ्न सकिन्छ। राजनैतिक आयामले समानुपातिक प्रतिनिधित्व, स्वतन्त्रता, कानूनको शासन, आर्थिक आयाममा वितरणमुखी न्याय र असमानताको अन्त्य, सामाजिक आयाममा विभेदको अन्त्य र पहिचानको स्थापना तथा प्रशासनिक आयाममा समान अवसर र विशेष संरक्षण जस्ता पक्ष पर्दछन्। सामाजिक न्यायले समेट्ने क्षेत्रहरूमा शिक्षा, स्वास्थ्य, सामाजिक सुरक्षा, भेदभाव र असमानता, सहभागिता, भोक, गरिवी, रोजगार, आवास, घरेलु हिंसा, प्रकोपबाट

---

1 Bryan A. Garner (Editor in chief), Blacks Law Dictionary, (eight editon) West Publishing 2004 at 8.

2 विदुर कोइराला समेत, सार्वजनिक व्यवस्थापन स्रोत साधन सामाजिक न्याय, सोपान मासिक, काठमाडौं

3 Dee cook, Criminal and Social Justice, SAGE Publication, London. 2006 at 21

पुनर्स्थापना र क्षतिपूर्ति, भौतिक संरचना निर्माण तथा पुननिर्माण, स्वच्छ वातावरण आदि पर्दछन् । यसलाई मानव कल्याण (Human Welfare), वितरण न्याय (Distributive Justice), पुनर्वितरण न्याय (Redistributive Justice), संरक्षणात्मक न्याय (Protective Justice) र सशक्तीकरण (Empowerment) जस्ता प्रकृयाबाट हासिल गर्न सकिन्छ ।

सामाजिक न्याय हासिल गर्न सामाजिक, आर्थिक, राजनीतिक एवं कानूनी संयन्त्रहरूको निर्माण, प्रत्येक व्यक्ति र समुदायको सहअस्तित्व, सहकार्य र समान भूमिकाको सम्मान, लोकतान्त्रिक शासन प्रणाली, प्रभावकारी सार्वजानिक सेवा, दरिलो राज्य संयन्त्र, उपयुक्त नीति, कानून र कार्यविधि, फाइदा र वेफाइदाहरूको निष्पक्ष वितरण, निर्णय प्रकृयामा सवैको सहभागिता, सूचना, सार्वजनिक सेवा र श्रोत तथा साधनमा समान पहुँच, सशक्त र जागरुक नागरिक समाज पूर्व शर्त हुन् ।[4]

समावेशीकरण

राज्यको सार्वजनिक मामलाहरूमा सबै वर्ग र समुदायको समान सहभागिता तथा समानुपातिक प्रतिनिधित्वद्वारा नीति निर्माण र कार्यान्वयन तहमा समान अवसर प्राप्त हुने अवस्था समावेशीकरण हो । विभिन्न जात, जाति, महिला, दलित, सिमान्तकृत व्यक्ति र समुदायहरूको विकासका अवसरहरूमा पहुँच बढाउनको लागि सुविधा, सहुलियतको व्यवस्था र संस्थागत रूपमा रहेको सामाजिक, आर्थिक, राजनैतिक वाधा व्यवधानहरूलाई हटाउन गरिने प्रयास सामाजिक समावेशीकरण हो ।

राज्यभित्र सबैको पहिचानलाई कायम राख्दै विना भेदभाव सहभागी हुन पाउने प्रत्याभूति नै समावेशी लोकतन्त्र हो । समावेशी लोकतान्त्रिक राजनैतिक व्यवस्थाका प्रणेता Takis Fotopoulos ले समावेशी लोकतन्त्र सामाजिक संगठनको त्यस्तो ढाँचा हो जसले समाज, अर्थ व्यवस्था, राजनीतिक व्यवस्था र प्रकृतिलाई पुन संगठित गर्दछ । यसले राज्य शक्तिको सम्पूर्ण श्रोतको समान वितरण र राज्य व्यवस्थामा सबै जनताहरूको समान सहभागिता हुनु पर्दछ भने मान्यता राख्दछ ।[5]

समावेशी लोकतन्त्रले देशको राजनैतिक, आर्थिक, सामाजिक रूपमा अलग अलग रहेका र वहिस्करणको शिकार भएका समुदाय वा समूहलाई राज्य व्यवस्थामा सक्रिय रूपमा सहभागी हुने वातावरणको निर्माण गर्दछ । यसले राज्यका प्रमुख निकायहरूमा सीमान्तकृत समूहको पहुँच स्थापित गर्दै विभेदको अन्त्य गरी समता निर्माण गर्ने दिशातर्फ प्रयास गर्दछ ।[6]

सामाजिक समावेशीकरण प्रकृयाले भौगोलिक, समाजिक, सांस्कृतिक र धार्मिक रूपले अवसरहरूबाट वन्चित भएकाहरूलाई पनि सम्बोधन गर्दछ । साथै यसले भइरहेको सामाजिक, आर्थिक र राजनैतिक पद्दतिको स्तरमा संस्थागत सुधार र नीतिगत तहमा रहेका असमानताहरूलाई हटाउन विशेष जोड दिन्छ । सामाजिक समावेशीकरणले पछाडि पारिएका व्यक्ति, समुदायहरूलाई बढी अवसर प्रदान गर्दछ

---

4 विदुर कोइराला समेत, सार्वजनिक व्यवस्थापन स्रोत सामाग्री, सोपान मासिक, काठमाण्डौं, १३८, १३९

5 Takis Fotopoulos: Towards An Inclusive Democracy, Cassell Continuum, London/New York, 1997, p 405 cited in लोकतान्त्रिक संविधानका आधारहरु, सम्पादन नृपध्वज निरौला समेत, आर्थिक तथा सामाजिक अधिकारहरु, अग्रसारथी अध्ययन तथा अनुसन्धान केन्द्र, काठमाण्डौ, २०६५

6 पूर्ववत

जसले गर्दा कानूनी रूपमा सबैलाई समानताको दायरा भित्र राख्न मद्दत पुऱ्याउँदछ। यो प्रकृयाले श्रोत र फाइदाहरूमा सबैको पहुँच र क्षमताको अभिवृद्धि भई दिगो संमृद्धि र समानताको अनूभूति गर्न सकिने र आर्थिक समुन्नतिका साथ सुरक्षित जिविकोपार्जनको प्राप्ति हुने मानिएको छ। यसले भैरहेको अवसरको संरचनामा नै परिर्वतन गरेर व्यक्ति र समुदायहरूलाई अवसरहरूमा पहुँच पुऱ्याउने तर्फ उन्मुख गराउँदछ।

नागरिकलाई राज्य संचालनका सबै तहमा सहभागी गराउने सामेली राज्य प्रणालीका लागि शासनमा सहभागिता, सम्पत्ति र जमिन माथिको अधिकार, समानुपातिक कोटा, समानुपातिक निर्वाचन प्रणाली अवलम्बन गरी पहुँच, प्रतिनिधित्व, पहिचान, परिणाम र प्रभावको प्रत्याभुत गर्दै सबै नागरिकलाई मुलप्रवाहीकरण गर्नु नै समावेशीकरण हो। विश्वमा सन् २००० पछि महिला लगायत बहिष्करणमा परेका सबै वर्ग क्षेत्रको लागि सामूहिक रूपमा सामावेशीकरणको माध्यमबाट मूल प्रवाहीकरण गर्ने कुरालाइ जोड दिने गरेको पाइन्छ।

समावेशीकरणका क्षेत्रहरू

- राजनीतिक समावेशीकरण- समानुपातिक प्रतिनिधित्व,
- सामाजिक साँस्कृतिक समावेशीकरण- विभेद र कुरीतिको अन्त्य,
- धार्मिक, भाषिक समावेशीकरण- धर्म निरपेक्षता, सबै भाषाको सम्मान्,
- जातीय समावेशीकरण- जातीय भेदभावको अन्त्य, समान अवसर,
- लैंगिक समावेशीकरण- महिला पुरुष समान,
- भौगोलिक समावेशीकरण- सन्तुलित विकास, र
- प्रशासनिक समावेशीकरण- आरक्षण, सकारात्मक विभेद।
- समावेशी विकासका रणनीतिहरू[7]
- वञ्चितीमा परेका, पारिएकालाई विकासमा मूल प्रवाहीकरण गर्ने,
- विभेदजन्य र वाधक संरचना, पद्धति र प्रकृयालाई समावेशी तुल्याउने,
- वञ्चिती न्यूनीकरण र सक्षमताका लागि विशेष लक्षित कार्यक्रम सञ्चालन गर्ने,
- राज्यका सबै धार्मिक, साँस्कृतिक सम्पदा, भाषा, पेशाको संरक्षण गर्ने,
- आर्थिक र सामाजिक सुरक्षाका लागि सकारात्मक विभेद र आरक्षण, र
- वञ्चितीमा परेका र पारिएका वर्गको हितार्थ उत्तरदायी र जिम्मेवार राज्यप्रणाली मार्फत सबै पक्षमा संवेदनशील नीति अवलम्वन गर्ने।

[7]शासन संचालनका नवीन मान्यताहरू ढुण्डी प्रसाद निरौला, सोपान मासिक, २०६८

सैद्धान्तिक आधारहरू

विभिन्न अवरोधहरूका कारणबाट राज्यको मूलधारमा समेटिन नसकेका वा राज्यको साधन श्रोतमा पहुँच नभएका अल्पसंख्यक, सीमान्तकृत एवं वहिष्कारमा परेका समुदायलाई राज्यको मूलधारमा सामेल गराउने प्रक्रिया नै समावेशीकरण हो । समावेशीकरणका सैद्धान्तिक आधारहरूमा क्षतिपूर्तिको सिद्धान्त, समानुपातिक समानताको सिद्धान्त, संरक्षणको सिद्धान्त, सामाजिक न्यायको सिद्धान्त, मानव अधिकारको सिद्धान्त, समानताको सिद्धान्त, विकासको सिद्धान्त, सशक्तीकरणको सिद्धान्तलाई अवलम्वन गरेको पाइन्छ । उपरोक्त सिद्धान्तहरूलाई समावेशीकरणको औचित्यको रूपमा पनि लिइन्छ ।

कानूनी संयन्त्र

अन्तर्राष्ट्रिय कानूनी संयन्त्र

सामाजिक न्याय प्रवर्द्धन गरी विश्वमा दिगो शान्ति कायम गर्ने दिशामा संयुक्त राष्ट्रसंघको स्थापनापछि महत्वपूर्ण प्रयासहरू भएको पाइन्छ । मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय घोषणापत्र, तथा मानव अधिकारसंग सम्बन्धित संन्धि तथा महासंन्धि समेतले हरेक व्यक्तिलाई जीवन, स्वतन्त्रता, समानता, सुरक्षा तथा भेदभावरहित व्यवहार पाउने अधिकारको सुनिश्चित गरेका छन् । यस सम्वन्धमा उल्लेखनीय केही अन्तर्राष्ट्रिय कानूनी संयन्त्र निम्न अनुसार रहेका छन् ।

संयुक्त राष्ट्र संघको वडापत्र १९४५

संयुक्त राष्ट्र संघको वडापत्रको प्रस्तावनामा नै " मानवको सम्मान तथा मूल्य र ठुला वा साना राष्ट्रका महिला र पुरुषहरूको समान अधिकार" को सुनिश्चितता छ । वडापत्रको धारा ५५ को ३ मा लिङ्गको आधारमा भेदभाव नगरी सवैका निमित्त मानव अधिकार र मौलिक स्वतन्त्रताको लागि विश्वव्यापी सम्मान र तीनको पालना गर्ने कुरा उल्लेख छ ।

मानव अधिकार सम्बन्धी विश्वव्यापी घोषणापत्र, १९४८

यस घोषणापत्रले हरेक व्यक्तिलाई जीवन, स्वतन्त्रता, समानता र सुरक्षाको अधिकार हुने, भेदभाव रहित व्यवहार पाउने, दासत्व र दास व्यापारलाई निषेध गरिने, शारीरिक यातना, क्षति तथा अमानवीय व्यवहार वा सजाय नगरिने, हक अधिकारको उल्लङ्घनमा सक्षम निकायबाट निष्पक्ष सुनुवाइ र प्रभावकारी उपचार पाउने अधिकार हुने मान्यता राखेको छ ।[8] प्रत्येक व्यक्तिलाई आफ्नो र परिवारको स्वास्थ्य र कल्याणको लागि खाद्यान्न, कपडा, आवास, स्वास्थ्य उपचारको सुविधा र आवश्यक सामाजिक सेवा प्राप्त हुनु पर्ने,[9] शिक्षाको अधिकार,[10] कामको अधिकार, उपयुक्त कार्य वातावरणको अधिकार एवं बेरोजगारीबाट मुक्त हुन पाउने अधिकार[11] हुने मान्यता रहेको छ । यस्ता अधिकार हरेक

---

8 मानव अधिकार सम्बन्धी विश्वव्यापी घोषणापत्र, १९४८ को धारा ३, ४, ५, ७, ८

9 ऐजन धारा २५

10 ऐजन धारा २६

11 ऐजन धारा २३(१)

मानवलाई प्राप्त हुने र कसै उपर पनि अमानवीय, अपमानजनक किसिमको व्यवहार गर्न नहुने तथा हरेक व्यक्तिको सम्मानित व्यवहार पाउने हक हुने उल्लेख छ ।

यो घोषणपत्र जारी भए पछि जारी भएका मानव अधिकार सम्वन्धी अन्तर्राष्ट्रिय सन्धि तथा महासंन्धिहरूले व्यक्तिले मर्यादित र सम्मानजनक रूपमा बाँच्न पाउने हकको सुनिश्चितता गरेका छन् ।

नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अनुबन्ध, १९६६

यस अनुबन्धमा जाति, वर्ग, लिङ्ग, भाषा, धर्म, राजनीतिक वा अन्य विचार, राष्ट्रिय वा सामाजिक उत्पति, सम्पत्ति, जन्म वा अन्य हैसियतका आधारमा कुनै पनि प्रकारको भेदभाव नगरिने, स्वतन्त्रतापूर्वक राजनैतिक हैसियत निर्धारण गरी आफ्नो आर्थिक, सामाजिक तथा साँस्कृतिक विकास गर्न सम्पूर्ण जनताहरूलाई आत्म निर्णयको अधिकार हुने उल्लेख छ ।

प्रत्येक व्यक्तिलाई जीवनको अधिकार हुने र कानूनद्वारा यसको संरक्षण गरिने, प्रत्येक व्यक्तिलाई स्वतन्त्रता र सुरक्षाको अधिकार हुने व्यवस्था गरेको छ ।[12] यसै गरी प्रत्येक व्यक्तिलाई कानूनको अगाडि समानता र व्यक्तिको रूपमा मान्यता पाउने अधिकार रहने [13] र प्रत्येक व्यक्तिलाई आफ्नो अधिकारको उल्लङ्घन भएमा व्यवस्थित न्यायिक उपचार पाउने हक रहने[14] उल्लेख छ । यस अन्तर्गत अपराधबाट पीडित भएको व्यक्तिलाई पनि अन्य व्यक्तिसरह समान नागरिक अधिकार प्राप्त हुनाका साथै अपराधबाट भएको क्षति, न्याय र उपचार पाउने हक प्राप्त हुन्छ । यसैगरी सम्मान, ख्याति, गोपनीयता, न्यायमा पहुँच जस्ता अधिकार पनि यस अनुबन्धका उल्लेखित व्यवस्थाका आधारमा व्यक्तिलाई प्राप्त हुन्छ ।

आर्थिक, सामाजिक तथा साँस्कृतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अनुबन्ध, १९६६

यस अनुबन्धमा राज्यले आर्थिक सामाजिक तथा साँस्कृतिक अधिकारहरूको उपभोग गर्न समान अधिकार हुने शिशु जन्मनु अघि र पछिको उचित अवधिमा आमाहरूलाई विशेष संरक्षण गरिने र यस्ता अवधिभर काम गर्ने आमालाई तलवी विदा तथा पर्याप्त सामाजिक सुरक्षा र फाईदा सहितको विदा दिने, क्षमताको आधारमा उचित उपायद्वारा निःशुल्क शिक्षाको अवलम्वनबाट उच्च शिक्षा समान पहुँचयुक्त बनाउने[15] र कामको अधिकारको संरक्षणको लागि हरसम्भव उपायहरू अवलम्बन गर्नुपर्ने दायित्व निर्धारण गर्दै प्रत्येक व्यक्तिलाई सुरक्षित एवं स्वस्थ वातावरणमा काम गर्न पाउने हक हुने कुराको उद्घोष गरेको छ । [16]

---

12 ऐजन धारा ६ र ९

13 ऐजन धारा १६

14 ऐजन धारा २ र ३ (ख)

15 ऐजन धारा १३ (२)

16 ऐजन धारा ७

महिलाहरूको राजनीतिक अधिकार सम्बन्धी महासन्धि, १९५२

विना भेदभाव महिलाहरूले सम्पूर्ण निर्वाचनमा मतदान गर्न र निर्वाचित निकायहरूमा समान सर्तमा निर्वाचित हुन पाउने सुनिश्चितता प्रदान गरिनु पर्ने उल्लेख छ ।[17]

महिला विरुद्धका सबै प्रकारका भेदभाव उन्मूलन गर्ने सम्बन्धी महासन्धि, १९७९

महिला विरुद्ध हुने सबै प्रकारका भेदभावलाई उन्मूलन गरी समानताको सिद्धान्त र मानव प्रतिष्ठाप्रति सम्मान गर्ने उद्देश्यका साथ यो महासन्धि लागू भएको छ। समाज, परिवार, देश र मानवताको सेवाकोलागि महिलाको सामर्थ्यताको पूर्ण विकासलाई अझ बढी जोड दिँदै महिला अधिकारको उपभोगका लागि भेदभाव र विभेदको अन्त्य गर्नु यस महासन्धिको उद्देश्य रहेको छ ।[18]

यस महासन्धिले "महिला विरुद्धको भेदभाव" लाई महिलाले राजनैतिक, आर्थिक, सामाजिक, साँस्कृतिक, नागरिक वा अरु कुनै विषय सम्वन्धी मानव अधिकार तथा स्वतन्त्रतालाई आफ्नो वैवाहिक स्थिति जे जस्तो रहेको भएतापनि पुरुष र महिलाको समानताको आधारमा उपभोग गर्नमा वा प्रयोग गर्नमा व्यवधान पार्ने वा त्यसको मान्यतालाई नै क्षति वा शून्य पार्ने उद्देश्य भएको, लिङ्गको आधारमा हुने कुनै पनि भेदभाव वा बहिष्कार वा प्रतिबन्ध सम्झनु पर्दछ भनी परिभाषित गरेको छ ।

यस महासन्धिले महिला अधिकार सम्बन्धमा निम्न व्यवस्था गरेको छ ।[19]

- महिला विरुद्धका सबै प्रकारका भेदभावलाई उन्मूलन गर्ने नीति अवलम्बन गर्ने ।
- समानताको सिद्धान्तलाई राष्ट्रिय संविधान र कानूनमा समावेश गर्ने र व्यावहारिक रूपमा प्राप्ति सुनिश्चित गर्ने ।
- महिला अधिकारको कानूनी संरक्षणको व्यवस्था गर्ने ।
- सार्वजनिक अधिकारी र संस्थाले महिला विरुद्धको भेदभाव हुने कुनै पनि कार्य नगर्ने ।
- महिला विरुद्ध भेदभाव गर्ने प्रचलित कानून, नियम, परम्परा तथा व्यवहार परिर्वतन वा उन्मूलन गर्न कानूनी व्यवस्था लगायतका सम्पूर्ण उपाय अवलम्बन गर्ने ।
- महिलाको मानव अधिकार र स्वतन्त्रताको प्रयोगका लागि सबै क्षेत्रमा उपयुक्त कानूनी लगायत अन्य उपाय अवलम्बन गर्ने ।
- महिलाले कानूनको दृष्टिमा पुरुष सरहको समानता प्राप्त गर्ने ।
- अदालत तथा न्यायाधिकरणका कार्यविधिका सबै तहमा समान र सम्मानपूर्वक व्यवहार पाउने ।
- महिलाको क्षमतालाई नियन्त्रण गर्ने उद्देश्य भएका सबै कानूनी व्यवस्था अन्त्य गर्ने ।
- बालबालिकासँग सम्बन्धित कुरामा बाबुआमाको समान अधिकार र उत्तरदायित्व रहने ।

---

17 महिलाहरुको राजनीतिक अधिकार सम्बन्धी महासन्धि १९५२ धारा १ र २

18 महिला विरुद्धका सबै प्रकारका भेदभाव उन्मूलन गर्ने सम्बन्धी महासन्धि, १९७९ को प्रस्तावना

19 ऐजन धारा २,३,१५,१६

यस महासन्धिले लिङ्गका आधारमा गरिने कुनै पनि भेदभाव वा बहिस्करणलाई प्रतिबन्ध लगाई महिलालाई पुरुष सरह समानता प्रदान गर्नुपर्ने र राज्य पक्षलाई महिला विरुद्ध हुने सबै प्रकारका विभेद र असमानताको अन्त्य गर्न उपयुक्त उपाय अवलम्बन गर्नुपर्ने[20] दायित्व तोकेको छ। नेपालले यो महासन्धिलाई २२ अप्रिल १९९१ मा विना शर्त अनुमोदन गरेको छ। सन्धि ऐन, २०४७ ले नेपाल पक्ष भएका सन्धि महासन्धि नेपाल कानून सरह हुने व्यवस्था गरेको [21] हुँदा उक्त प्रवधानहरू नेपालको हकमा नेपाल कानून सरह लागू हुने अवस्था रहेको छ।

बेइजिङ घोषणा, १९९५

महिला र गरिवी, महिला शिक्षा र तालिम, महिला र स्वास्थ्य, महिला विरूद्धको हिंसा, महिला र सशस्त्र विद्रोह, महिला र अर्थतन्त्र, नीति निर्माणमा महिला, महिला विकासका लागि संस्थागत संरचना, महिला र मानव अधिकार, महिला र सञ्चार, महिला र वातावरण तथा बालिका गरी जम्मा १२ वटा क्षेत्रलाई गम्भीर सरोकारको क्षेत्रका रूपमा पहिचान गरी यी समस्यामा लड्न बेइजिङ कार्यमञ्च तयार गरेको छ।

संयुक्त राष्ट्र संघ सुरक्षा परिषद्बाट पारित प्रस्ताव नं १८२०

द्वन्द्वको समयमा हुने यौनजन्य हिंसालाई पूर्ण रूपले बन्द गर्ने, बलात्कार तथा अन्य प्रकारका यौन हिंसालाई युद्ध अपराध तथा मानवता विरुद्धको अपराध मानिने र द्वन्द्व समाधान प्रक्रियामा पनि आम माफीका रूपमा यौन हिंसालाई समावेश नगर्ने उल्लेख छ।

आदिवासी जनजातिको अधिकार सम्बन्धी संयुक्त राष्ट्रसंघीय घोषणापत्र, २००६

आदिवासी, जेष्ठ नागरिक, महिला, युवा, बालबालिका तथा अपाङ्गहरूका अधिकार तथा आवश्यकताहरू प्रति विशेष ध्यान दिइने, आदिवासी महिला तथा बालबालिकाको पूर्ण संरक्षण सुनिश्चित गर्न राज्यले आदिवासी जनजातिसँगको सहकार्यका उपापयहरू अवलम्बन गर्ने तथा सबै प्रकारका हिंसा र भेदभाव नहुने कुराको प्रत्याभूति गर्ने उल्लेख छ।

वाल अधिकार सम्वन्धी महासन्धि, १९८९ ले बालबालिकालाई सामाजिक न्याय दिने अभिष्ट राखेको छ। सामाजिक विकास सम्वन्धी विश्व सम्मेलन, १९९५ ले असमानता अन्त्य गरी समानता र समन्यायको माध्यमबाट सामाजिक न्यायको विषयलाई परिपुरण गर्न मद्दत गरेको पाइन्छ। सामाजिक विकासले सामाजिक न्यायलाई प्रवर्द्धन गर्दछ। अन्तर्राष्ट्रिय श्रम संगठन महासन्धि, दिगो विकासका लक्ष्य र संयुक्त राष्ट्रसंघीय सहस्राब्दी विकास लक्ष्यमा आदिवासी जनजातीहरूले पूर्ण मानव अधिकार र मौलिक स्वतन्त्रता निर्वाध रूपमा र विना भेदभाव उपभोग गर्न सक्ने समेतका विषय उल्लेख भएको पाइन्छ।

---

[20] ऐजन धारा, ११(३)

[21] सन्धि ऐन, २०४७ को दफा ९

राष्ट्रिय कानूनी व्यवस्था

संवैधानिक व्यवस्था

नेपालको संविधानको प्रस्तावनामा वर्गीय, जातीय, क्षेत्रीय, भाषिक, धार्मिक, लैंगिक र सबै प्रकारका विभेद अन्त्य गरी समतामूलक समाजको निर्माण गर्ने प्रतिबद्धता व्यक्त भएको छ। प्रत्येक व्यक्तिलाई सम्मानपूर्वक बाच्न पाउने हक,[22] स्वतन्त्रताको हक[23] अन्तर्गत प्रत्येक व्यक्तिलाई कानून बमोजिम बाहेक वैयक्तिक स्वतन्त्रताबाट बंचित नगरिने र प्रत्येक नागरिकलाई पेशा, रोजगार गर्ने, उद्योग, व्यापार तथा व्यवसायको स्थापना र संचालन गर्ने स्वतन्त्रता हुने व्यवस्था छ।

समानताको हक अन्तर्गत सबै नागरिक कानूनको दृष्टिमा समान हुने र कसैलाई पनि कानूनको समान संरक्षणबाट वञ्चित नगरिने व्यवस्था गरी Equality before the law and Equal protection of the law को अवधारणालाई स्वीकार गरिएको छ।

सामाजिक वा साँस्कृतिक दृष्टिले पिछडिएका महिला, दलित, आदिवासी, जनजाति, मधेशी, थारू, मुस्लिम, उत्पीडित वर्ग, पिछडा वर्ग, अल्पसंख्यक, सीमान्तकृत, किसान, श्रमिक, युवा, बालबालिका, ज्येष्ठ नागरिक, लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यक, अपाङ्गता भएका व्यक्ति, गर्भावस्थाका व्यक्ति, अशक्त वा असहाय, पिछडिएको क्षेत्र र आर्थिक रूपले विपन्न खस आर्य लगायत नागरिकको संरक्षण, सशक्तीकरण वा विकासका लागि कानून बमोजिम विशेष व्यवस्था गर्न सकिने गरी सकारात्मक विभेदको लागि आवश्यक कानून निर्माण गर्न सकिने[24] विषेश व्यवस्था गरिएको छ। यसबाट निश्चित वर्ग र समुदायको संरक्षण, सशक्तीकरण वा विकासका लागि नीतिगत, कानूनी र संरचनागतरूपमा विशेष व्यवस्था गर्न सकिने बाटो प्रस्तुत भएको पाइन्छ।

अपाङ्गता भएका र आर्थिक रूपले विपन्न नागरिकले कानून बमोजिम निःशुल्क उच्च शिक्षा, दृष्टिविहीन नागरिकलाई ब्रेललिपि भाषा र बहिरा वा बोलाई सम्बन्धी अपाङ्गता भएका नागरिकलाई सांकेतिक माध्यमबाट निःशुल्क शिक्षा पाउने हक हुने गरी शिक्षाको हकको सुनिश्चितता गरेको छ।[25]

महिलाको हकमा महिला विरुद्व धार्मिक, सामाजिक, साँस्कृतिक परम्परा, प्रचलन वा अन्य कुनै आधारमा भेदभाव नगरिने तथा शारीरिक, मानसिक, यौनजन्य, मनोवैज्ञानिक वा अन्य हिंसाजन्य कार्य दण्डनीय हुने, राज्य संयन्त्रका सबै निकायमा महिलालाई समानुपातिक समावेशी सिद्धान्तको आधारमा सहभागि हुने र शिक्षा, स्वास्थ्य, रोजगारी र सामाजिक सुरक्षामा सकारात्मक विभेदका आधारमा विशेष अवसर प्राप्त गर्ने व्यस्था रहेको छ।[26]

---

[22]नेपालको संविधानको धारा १६

[23]ऐजन धारा १७

[24] ऐजन धारा १८

[25] ऐजन धारा ३१

[26] ऐजन धारा ४०

दलितको हक अन्तर्गत राज्यका सबै निकायमा दलितलाई समानुपातिक समावेशी सिद्धान्तको आधारमा सहभागी हुने हकको प्रत्याभूति गर्दै सार्वजनिक सेवा लगायतका रोजगारीका अन्य क्षेत्रमा दलित समुदायको सशक्तीकरण, प्रतिनिधित्व र सहभागिताका लागि कानून बमोजिम विशेष व्यवस्था गरिने उल्लेख छ। दलित विद्यार्थीलाई उच्च शिक्षासम्म छात्रवृत्ति सहित निःशुल्क शिक्षाको व्यवस्था तथा प्राविधिक र व्यावसायिक उच्च शिक्षामा विशेष व्यवस्था गर्नु पर्ने व्यवस्था गरिएको छ।

सामाजिक न्यायको हकमा आर्थिक, सामाजिक वा शैक्षिक दृष्टिले पछाडि परेका महिला, दलित, आदिवासी जनजाति, मधेशी, थारू, मुस्लिम, पिछडा वर्ग, अल्पसंख्यक, सीमान्तकृत, अपांगता भएका व्यक्ति, लैंगिक तथा यौनिक अल्पसंख्यक, किसान, श्रमिक, उत्पीडित वा पिछडिएको क्षेत्रका नागरिक तथा आर्थिक रूपले विपन्न खस आर्यलाई समानुपातिक समावेशी सिद्धान्तका आधारमा राज्यका निकायमा सहभागिताको हक,[27]आर्थिक रूपले विपन्न तथा लोपोन्मुख समुदायका नागरिकको संरक्षण, उत्थान, सशक्तीकरण र विकासका लागि शिक्षा, स्वास्थ्य, आवास, रोजगारी, खाद्यान्न र सामाजिक सुरक्षामा विशेष अवसर तथा लाभ पाउने हक[28],अपांगता भएका नागरिकलाई विविधताको पहिचान सहित मर्यादा र आत्मसम्मानपूर्वक जीवनयापन गर्न पाउने र सार्वजनिक सेवा तथा सुविधामा समान पहुँचको हक हुने[29], प्रत्येक किसानलाई कानून बमोजिम कृषि कार्यका लागि भूमिमा पहुँच, परम्परागत रूपमा प्रयोग र अवलम्बन गरिएको स्थानीय बीउ बिजन र कृषि प्रजातिको छनौट र संरक्षणको हक हुने[30], नेपालमा अग्रगामी लोकतान्त्रिक परिवर्तनको लागि भएका सबै जनआन्दोलन, सशस्त्र संघर्ष र क्रान्तिका क्रममा जीवन उत्सर्ग गर्ने शहीदका परिवार, बेपत्ता पारिएका व्यक्तिका परिवार, लोकतन्त्रका योद्धा, द्वन्द्वपीडित र विस्थापित, अपांगता भएका व्यक्ति, घाइते तथा पीडितलाई न्याय एवं उचित सम्मान सहित शिक्षा, स्वास्थ्य, रोजगारी, आवास र सामाजिक सुरक्षामा कानून बमोजिम प्राथमिकताका साथ अवसर पाउने हक हुने[31] उल्लेख छ।

त्यस्तै बालबालिकाको हक[32], शिक्षा सम्बन्धी हक, रोजगारीको हक,[33] श्रमको हक[34], स्वास्थ्य सम्वन्धी हक, आवासको हक, खाद्य सम्वन्धी हक, छुवाछुत तथा जातीय भेदभाव विरुद्धको हक, जेष्ठ नागरिकको हक,[३५] उपभोक्ताको हक, सामाजिक सुरक्षाको हक,[३६] अपराध पीडितको हक,[37] शोषण विरुद्धको हक,[38]

---

27 ऐजन धारा ४२(१)
28 धारा ४२(२)
29 धारा ४२(३)
30 धारा ४२(४)
31 धारा ४२(५)
32 ऐजन धारा ३९
33 ऐजन धारा ३३
34 ऐजन धारा ३४
35 ऐजन धारा ४१
36 ऐजन धारा ४३
37 ऐजन धारा २१
38 ऐजन धारा २९

खाद्य सम्प्रभूताको हक, गोपनीयताको हक,[39] लगायतका मौलिक अधिकारहरू यस सन्दर्भमा उतिकै महत्वपूर्ण रहेका छन् ।

राज्यका निर्देशक सिद्धान्त, नीति तथा दायित्व[40] मा कानूनको शासन, मौलिक हक तथा मानव अधिकारका मूल्य र मान्यता, लैंगिक समानता, समानुपातिक समावेशीकरण, सहभागिता र सामाजिक न्यायको माध्यमबाट राष्ट्रिय जीवनका सबै क्षेत्रमा न्यायपूर्ण व्यवस्था कायम गर्दै लोककल्याणकारी राज्य व्यवस्थाको स्थापना गर्ने विषय उल्लेख भएको छ ।

राज्यका नीति अन्तर्गत सामाजिक न्याय तथा समावेशीकरण सम्बन्धी नीति[41] मा असहाय अवस्थामा रहेका एकल महिलालाई सीप, क्षमता र योग्यताको आधारमा रोजगारीमा प्राथमिकता दिंदै जीविकोपार्जनका लागि समुचित व्यवस्था गर्दै जाने, जोखिममा परेका, सामाजिक र पारिवारिक बहिष्करणमा परेका तथा हिंसा पीडित महिलालाई पुनःस्थापना, संरक्षण, सशक्तीकरण गरी स्वावलम्बी बनाउने, बालबच्चाको पालन पोषण, परिवारको हेरचाह जस्ता काम र योगदानलाई आर्थिक रूपमा मूल्यांकन गर्ने, बालबालिकाको सर्वोत्तम हितलाई प्राथमिक रूपमा ध्यान दिने, मुक्त कमैया, कम्हलरी, हरवा, चरवा, हलिया, भूमिहीन, सुकुम्बासीहरूको पहिचान गरी बसोबासका लागि घर घडेरी तथा जीविकोपार्जनका लागि कृषियोग्य जमीन वा रोजगारीको व्यवस्था गर्दै पुनःस्थापना गर्ने, राष्ट्रिय विकासमा युवा सहभागिता अभिवृद्धि गर्दै राजनीतिक, आर्थिक, सामाजिक र साँस्कृतिक अधिकारहरूको पूर्ण उपयोगको वातावरण सिर्जना गर्ने, युवाको सशक्तीकरण र विकासका लागि शिक्षा, स्वास्थ्य, रोजगारी लगायतका क्षेत्रमा विशेष अवसर प्रदान गर्दै व्यक्तित्व विकास गर्ने तथा राज्यको सर्वाङ्गीण विकासमा योगदानका लागि उपयुक्त अवसर प्रदान गर्ने, आदिवासी जनजातिको पहिचान सहित सम्मानपूर्वक बाँच्न पाउने अधिकार सुनिश्चित गर्न अवसर तथा लाभका लागि विशेष व्यवस्था गर्दै यस समुदायसँग सरोकार राख्ने निर्णयहरूमा सहभागी गराउने तथा आदिवासी जनजाति र स्थानीय समुदायको परम्परागत ज्ञान, सीप, संस्कृति, सामाजिक परम्परा र अनुभवलाई संरक्षण र संवर्धन गर्ने नीति रहेको छ ।

त्यस्तै अल्पसंख्यक समुदायलाई आफ्नो पहिचान कायम राखी सामाजिक र साँस्कृतिक अधिकार प्रयोगको अवसर तथा लाभका लागि विशेष व्यवस्था गर्ने, मधेशी समुदाय, मुस्लिम र पिछडा वर्गलाई आर्थिक, सामाजिक तथा साँस्कृतिक अवसर र लाभको समान वितरण तथा त्यस्ता समुदायभित्रका विपन्न नागरिकको संरक्षण, उत्थान, सशक्तीकरण र विकासका अवसर तथा लाभका लागि विशेष व्यवस्था गर्ने, उत्पीडित तथा पिछडिएको क्षेत्रका नागरिकको संरक्षण, उत्थान, सशक्तीकरण, विकास र आधारभूत आवश्यकता परिपूर्तिका अवसर तथा लाभका लागि विशेष व्यवस्था गर्ने, सामाजिक सुरक्षा र सामाजिक न्याय प्रदान गर्दा सबै लिंग, क्षेत्र र समुदायभित्रका आर्थिक रूपले विपन्नलाई प्राथमिकता प्रदान गर्ने, स्वस्थ, सक्षम र अनुशासित नागरिक तयार गर्न खेलकूद तथा खेलाडीमा योजनाबद्ध लगानी गर्ने र खेलकूदलाई राष्ट्रिय एकता सुदृढ गर्ने एवं अन्तर्राष्ट्रिय क्षेत्रमा राष्ट्रिय सम्मान अभिवृद्धि गर्ने माध्यमको

---

39 ऐजन धारा २८

40 ऐजन धारा ४९, ५०)

41 ऐजन धारा ५१ (ञ)

रूपमा विकास गर्ने, सामुदायिक तथा राष्ट्रिय वा अन्तर्राष्ट्रिय गैरसरकारी संघ संस्थाको लगानी र भूमिकालाई जवाफदेही र पारदर्शी बनाउँदै त्यस्ता संस्थाहरूको स्थापना, स्वीकृति, सञ्चालन, नियमन र व्यवस्थापनका लागि एकद्वार प्रणाली अपनाउने र राष्ट्रिय आवश्यकता र प्राथमिकताका क्षेत्रमा मात्र त्यस्ता संघ संस्थाहरूलाई संलग्न गराउने नीति रहेको छ ।

संविधानमा उल्लेखित मौलिक हकहरूको व्यवहारिक प्रयोग बिना व्यक्तिले सम्मानपूर्वक जीवन जीउन अपरिहार्य पूर्वशर्त हुन् । यी अधिकारहरूको व्यवहारिक प्रत्याभूति विना मर्यादित र सम्मानपूर्वक जीवन सम्भव हुदैन ।

आवधिक योजना:

नेपालमा योजनावद्ध विकासको थालनी २०१३ सालबाट भएतापनि आठौं योजना पछिका आवधिक योजनाहरूमा मानव अधिकार, समावेशी विकास, गरिबी निवारण, खाद्य सुरक्षा, रोजगारी, वातावरण संरक्षण तथा सीमान्तकृत वर्ग लक्षित कार्यक्रमलाई प्राथमिकतामा राखेको र समावेशीकरण र सशक्तीकरणका थप कानूनी व्यवस्था समेत गरिएको छ ।

आधुनिक, समृद्ध र न्यायपूर्ण नेपाल निर्माण गर्ने सोच सहित आएको चौधौं योजना (०७३/०७४–२०७५/०७६) ले नागरिक अधिकारसँगै सामाजिक न्यायसहितको आर्थिक विकास र समृद्ध समाज निर्माण कार्यलाई राज्यको प्राथमिकतामा राखेको छ । यो योजना कार्यान्वयनका लागि आर्थिक तथा सामाजिक विकासमा केन्द्रित गर्ने गरी क्षेत्रगत विकास नीति–सामाजिक विकास, अन्तर सम्बन्धित विकास नीतिहरू र यी नीतिको कार्यान्वयनका लागि रणनीति, कार्यनीति तथा कार्यक्रमहरू समेत तय गरेको पाइन्छ ।

चौधौं योजनाले मानव अधिकारको संरक्षण, लैङ्गिक समानता तथा महिला सशक्तीकरण र श्रम तथा रोजगार नीतिमा "मानव अधिकारको संरक्षणको लागि सबै प्रकारका विभेदहरू अन्त्य गरी समावेशी, मर्यादित र समतामूलक समाजको निर्माण गर्ने तथा मानव अधिकारप्रतिको प्रतिबद्धतालाई व्यवहारिक रूपमा सुनिश्चित गर्नु पर्ने उद्देश्य लिएको छ ।[42] त्यस्तै लैङ्गिक समानता तथा महिला सशक्तीकरण सम्वन्धी सोचमा लैंगिक समानता मार्फत मर्यादित, न्यायपूर्ण, सुरक्षित र सभ्य समाजको विकास तथा उद्देश्यमा सबै वर्ग र क्षेत्रका महिलाको आर्थिक, सामाजिक र राजनैतिक सशक्तीकरण गर्दै महिलाको मूलभूत अधिकारको सुनिश्चित गर्नु, लैङ्गिकतामा आधारित हिंसा एवम् विभेद र बहिष्करणको अन्त्य, लैङ्गिक समानता हासिल गर्दै पिछडिएका क्षेत्र, वर्ग र समुदाय एवम् सीमान्तकृत वर्गका जनतालाई लक्षित कार्यक्रम, न्यायोचित वितरण तथा सामाजिक सुरक्षा एवम् संरक्षण प्रदान गरी गरिबी न्यूनीकरण गर्नुपर्नेसमेत रहेको छ ।[43]

संविधानको निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिलाई मार्गदर्शनका रूपमा लिएर कार्य व्यवहारमा उतार्ने सिलसिलामा वृद्ध भत्ता, विधवा भत्ता, अपाङ्ग तथा अशक्त भत्ता कार्यक्रम, निःशुल्क शिक्षा कार्यक्रम,

---

[42]चौधौ योजना (आ.व.२०७३/७४-२०७५/७६), राष्ट्रिय योजना आयोग, काठमाडौं, २०७३, पेज न.२७७, २७८
[43]ऐजन, २१६, २१७, २१८

छात्रवृत्ति कार्यक्रम, गरिबी निवारण सम्बन्धी कार्यक्रम, महिला विकास कार्यक्रम, दलित विकास कार्यक्रम लगायत आर्थिक, सामाजिक, राजनीतिक वा शैक्षिक दृष्टिले पिछडिएका वर्ग र समुदायहरूको विकास, सशक्तीकरण वा संरक्षणका लागि राज्यका तर्फबाट विविध कार्यक्रमहरू सञ्चालन भएको पाइन्छ। महिला, दलित, मधेसी, आदिवासी जनजाति, पिछडिएको क्षेत्र र समुदायलाई निजामती सेवामा आरक्षणको व्यवस्था गरिएको पाइन्छ।

अन्य कानूनी व्यवस्थामा बोक्सी आरोप (कसूर तथा सजाय) ऐन, २०७२, जातीय भेदभाव तथा छुवाछूत (कसूर र सजाय) ऐन, २०६८, अपांग संरक्षण तथा कल्याण ऐन, २०३९, आदिवासी/जनजाति उत्थान राष्ट्रिय प्रतिष्ठान ऐन, २०५८, आवश्यक वस्तु संरक्षण ऐन, २०१२, उपभोक्ता हित संरक्षण ऐन, २०५४, नियमावली, २०५६, कमैया श्रम (निषेध गर्ने) सम्बन्धी ऐन, २०५८, कानूनी सहायता सम्बन्धी ऐन, २०५४, कालोबजार तथा केही अन्य सामाजिक अपराध नियन्त्रण ऐन, २०३२, खाद्य ऐन, २०२३, नेपाल गुणस्तर (प्रमाण चिन्ह) ऐन, २०३७, वालश्रम (निषध र नियमित) गर्ने ऐन, २०५६, बालबालिका सम्बन्धी ऐन, २०४८, गरिवी निवारण कोष ऐन, २०६३, जेष्ठ नागरिक ऐन, २०६३, मुलुकी फौजदारी अपराध (संहिता) ऐन, २०७४, देवानी (संहिता) ऐन, २०७४ र निजामती सेवा ऐन, २०४९ रहेका छन्।

समावेशीकरणको कार्यान्वयनबाट परेको सकारात्मक प्रभाव[44]

समावेशीकरणलाई व्यवस्थित तथा प्रभावकारी बनाउने उद्देश्यले राष्ट्रिय महिला आयोग, राष्ट्रिय दलित आयोग, राष्ट्रिय समावेशी आयोग, आदिवासी जनजाति आयोग, मधेशी आयोग, थारू आयोग र मुस्लिम आयोगको व्यवस्था गरिएको छ। सङ्घीय संसद र प्रदेश सभामा निर्वाचित हुने कुल सदस्यको कम्तीमा एकतिहाइ महिला सदस्य हुने, प्रतिनिधि सभाको सभामुख र उपसभामुखमध्ये एकजना र राष्ट्रिय सभाको अध्यक्ष र उपाध्यक्षमध्ये एकजना महिला हुने, प्रदेश सभामुख वा प्रदेश उपसभामुखमध्ये एकजना महिला हुने, गाउँपालिका अध्यक्ष र उपाध्यक्षमध्ये एकजना महिला हुने, नगर पालिका प्रमुख र उपप्रमुख मध्ये एकजना महिला हुने, गाउँ कार्यपालिकामा चारजना तथा नगर कार्यपालिकामा पाँचजना महिला सदस्य रहने, जिल्ला समन्वय समितिमा कम्तीमा तीनजना महिला रहने, गाउँपालिका र नगरपालिकाको प्रत्येक वडाबाट कम्तीमा दुईजना महिलाको प्रतिनिधित्व हुनेगरी गाउँसभा र नगरसभाको गठन हुने, राष्ट्रिय महिला आयोग संवैधानिक निकायको रूपमा रहने र सोका अध्यक्ष र सदस्यहरू महिलामात्र रहने समेतका महत्वपूर्ण हक अधिकारहरू नेपालको संविधानमा व्यवस्था गरिएको छ।

महिलाहरूको आर्थिक, सामाजिक विकास र सशक्तीकरणका लागि संविधानमा महिलाको हक प्रत्याभूत गरिएको छ। लैङ्गिक मूलप्रवाहीकरणका लागि विभिन्न ऐन, नियम, रणनीति र कार्ययोजना कार्यान्वयनमा आएका छन्।

विविध सरकारी प्रयासका कारण महिला घरमूली २५.७ प्रतिशत, सम्पत्तिमाथि महिलाको स्वामित्व २६ प्रतिशत, निजामती प्रशासनमा महिलाको प्रतिनिधित्व १७ प्रतिशत, महिला साक्षरता ५७.४ प्रतिशत र श्रम सहभागिता दर ५४ प्रतिशत पुगेको छ। लैङ्गिक असमानता सूचक ०.४८९, महिलाको मानव

[44]चौथौ योजना (आ.व.२०७३/७४-२०७५/७६), राष्ट्रिय योजना आयोग, २०७३

विकास सूचक ०.५२१ र संसद्मा सहभागिता २९.९ प्रतिशत पुगेको छ। अहिले पनि लैङ्गिक हिंसा २६ प्रतिशत र बालविवाह २९ प्रतिशत रहेको छ जुन महिला विकासको अवरोधको रूपमा रहेको छ।

सरकारी प्रयासका कारण आमाको नामबाट नागरिकता प्राप्त गर्न सकिने, महिलालाई लैङ्गिक भेदभावविना समान वंशीय हक हुने, महिलालाई सुरक्षित मातृत्व र प्रजनन स्वास्थ्यको हक हुने, राज्यका सबै निकायमा महिलाको समानुपातिक समावेशी सिद्धान्तको आधारमा सहभागिता रहने, महिलाले शिक्षा, स्वास्थ्य, रोजगारी र सामाजिक सुरक्षामा सकारात्मक विभेदका आधारमा विशेष अवसर प्राप्त गर्ने, सम्पत्ति तथा पारिवारिक मामिलामा दाम्पतीको समान हक हुने अवस्थालाइ उपलब्धिको रूपमा लिन सकिन्छ।

महिला, दलित, आदिवासी जनजाति, मधेशी, मुस्लिम समुदाय, पिछडा वर्ग, अल्पसङ्ख्यक, लोपोन्मुख जाति, दुर्गम पहाडी तथा हिमाली क्षेत्रका बासिन्दा, विपन्न वर्गजस्ता वञ्चितमा परेका तथा पारिएका समुदाय तथा व्यक्तिहरूको लागि सीप विकास तालिम, छात्रवृत्ति, कर्जा र रोजगारमूलक लक्षित कार्यक्रम, शिक्षा तथा सार्वजनिक क्षेत्रको रोजगारीमा आरक्षण, मातृभाषाको संरक्षण र संवर्द्धनसम्बन्धी कार्यक्रमहरू सञ्चालन हुँदै आएतापनि यस्ता विभिन्न जाति, वर्ग एवम् क्षेत्र बीच आर्थिक, शैक्षिक तथा स्वास्थ्य क्षेत्रमा निकै ठूलो अन्तर रहेकोले यस्तो अन्तरको अन्त्य गर्नु आवश्यक छ।

समावेशीकरणको अभ्यासका क्रममा देखिएका चुनौतीहरू तथा अवसर[45]

लक्षित समुदायमा गरिबी व्याप्त हुनु, विभिन्न समुदायहरू तथा वर्गहरूबीच आर्थिक, शैक्षिक तथा स्वास्थ्य क्षेत्रमा निकै ठूलो अन्तर रहनु, स्रोतसाधन तथा सेवा सुविधामा यस्ता समुदायको न्यायोचित पहुँच हुन नसक्नु, नकारात्मक सामाजिक मूल्य-मान्यता हुनु, प्रशासनिक संरचनामा न्यून प्रतिनिधित्व रहनुजस्ता चुनौतीहरू रहेका छन्।

नेपालको संविधानले विभिन्न जाति, वर्ग र पिछडिएको क्षेत्रका नागरिकलाई समानुपातिक समावेशी सिद्धान्तका आधारमा राज्यको निकायमा सहभागिता हुन पाउने हकलाई मौलिक हकको रूपमा व्यवस्था गरेको, समावेशीकरणलाई बढी व्यवस्थित तथा प्रभावकारी बनाउन विभिन्न संवैधानिक आयोगहरूको व्यवस्था गरेको, मुलुक सातओटा प्रदेशसहितको सङ्घीय लोकतान्त्रिक गणतन्त्रमा प्रवेश गरेको, आफ्नो धर्म, संस्कृति, भाषाको संरक्षण र संवर्द्धनका लागि सचेतना तथा क्रियाशीलतामा अभिवृद्धि भएको र राज्यका विभिन्न अङ्ग तथा क्षेत्रमा यस्ता समुदायहरूको प्रतिनिधित्व बढ्दै गएकाले समावेशीकरणको प्रक्रियालाई प्रभावकारी बनाउने अवसर सिर्जना भएको छ।

सामाजिक न्यायको सम्बन्धमा नीतिगत, कानूनी र संस्थागत व्यवस्थाहरू रहेका तर पनि सबै नेपाली जनताले सामाजिक न्यायको अनुभुति गर्न पाएका छैनन्। तसर्थ, सामाजिक न्याय सम्वन्धी विद्यमान नीतिगत, कानूनी व्यवस्था र कार्यक्रमहरू एकीकृत, छुट्टै सामाजिक न्याय नीति तर्जूमा, आवश्यक

[45] चौधौ योजना (आ.व.२०७३/७४-२०७५/७६), राष्ट्रिय योजना आयोग, २०७३

रणनीति, जिम्मेवार निकाय र प्रभावकारी अनुगमन तथा मूल्यांकन प्रणालीको विकास गरी कार्य गर्नु आवश्यक रहेको छ ।

सामाजिक न्याय र समावेशीकरण सम्बन्धी न्यायिक दृष्टिकोण

संविधान र कानूनमा व्यक्ति तथा नागरिकका संरक्षित गरिएका हक अधिकारहरू हनन् भएको अवस्थामा कानूनी उपचारको व्यवस्था रहेको छ । कानूनको व्याख्या र निर्णयद्वारा राज्यको सामाजिक न्याय प्रतिको दायित्व निर्वाह र कार्यान्वयनमा अदालतको महत्वपूर्ण योगदान रहेको पाइन्छ । यस सन्दर्भमा भारतीय न्यायाधीश भी. आर. अयरको भनाइ प्रासंगिक देखिन्छ । उनले सामाजिक न्याय लक्ष्य हो, अदालती न्याय माध्यम हो, विधायिकी र कार्यपालिकीय कामहरू मानविय अभियन्त्रण (Human engineering) हुन् र यी तीनवटा अंगले संवैधानिक व्यवस्थालाई पूर्ण गर्ने काम गर्दछन् । साथै, उनले Social justice is people's justice and Law must clear the path for social justice भनेका छन् ।[46]

सामाजिक न्यायको हकको क्रियाशीलताप्रति संवैधानिक भावना अनुरूप विद्यमान कानूनी संयन्त्रले तालमेल नराखेको भनी न्यायालयलाई गुहारेको अवस्थामा न्यायपालिका आफ्नो दायित्वप्रति निरपेक्ष रहन सक्दैन भनी सर्वोच्च अदालतबाट बोलिएको तथ्यले सामाजिक न्यायको प्रवर्द्धनमा अदालतको भूमिका रहने तथ्य पाइन्छ ।[47]

शिक्षा, स्वास्थ्य, सामाजिक सुरक्षा, आवास, खानेपानी, खाद्यान्न लगायतका सामाजिक अधिकारको प्रचलन गर्ने क्रममा थुप्रै मुलुकमा न्यायिक निकायले हस्तक्षेपकारी भूमिका गर्दै आएको देखिन्छ । अदालतबाट आर्थिक सामाजिक अधिकारलाई उपचार गर्न इन्कार गरेमा आर्थिक शैक्षिक दृष्टिले पिछाडिएका वर्गको समानताको हक र वाँच्न पाउने अधिकार नै कुण्ठित हुन्छ ।[48]

विगतमा बनेको संविधानले आर्थिक सामाजिक अधिकारलाई राज्यनीति र राज्यका निर्देशक सिद्धान्तको रूपमा मात्र राखेका थिए भने वर्तमानमा संविधानहरूले राजनैतिक अधिकार र आर्थिक सामाजिक अधिकारलाई समान महत्व दिदै दुवै अदालतबाट कार्यान्वयन हुने व्यवस्था संविधानमा आत्मसात गर्न थालेका छन् । सन् १९९३ मा भएको मानव अधिकार सम्बन्धी भियना सम्मेलनले दुवै अधिकार समान र अन्तरसम्बन्धित हुने भन्ने उद्घोष गरेपछि आर्थिक सामाजिक अधिकारको न्यायिक निरूपणयोग्य हुने अवधारणाले मूर्त रूप लिन थालेको देखिन्छ ।[49]

---

46 Bisal Khanal. Regeneration of Neplease Law, Brikuti Acamedic Publications, Kathmandu Nepal, 2000 at 88.

47 ने.का.प.२०६६ अंक ७

48 Nepal Design Option for the New Constitution, NCF. 2010 at 306

49 महेश शर्मा पौडेल, मानव अधिकार र सामाजिक न्याय, सोत सामाग्री, राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठान, नेपाल, ललितपुर, २०६८

Groutboom Case – South Africa[50]

संविधानको धारा २६ मा उपयुक्त आवाशको पहुँचको अधिकार रहेकोमा अदालतले उक्त धाराको उपयुक्त कार्यान्वयनको आदेश दिएको थियो। यस मुद्दामा दक्षिण अफ्रिकाको संवैधानिक अदालतले संविधानको धारा २६ को दायित्वलाई व्याख्या गर्दै राजनैतिक र आर्थिक, सामाजिक र साँस्कृतिक अधिकारहरू एकापसमा अन्तरसम्वन्धित र पुरक भएकाले खाद्यान्न, लत्ता कपडा र आवास नभएका व्यक्तिहरूलाई आधारभूत मानवीय सम्मान, स्वतन्त्रता र समानताको इन्कारी गर्न नसकिने तथा संविधानले अत्यन्त नाजुक, गरिव र आवास विहिनको अवस्था सुधार गर्न राज्यलाई सकारात्मक दायित्व तोकेकाले आवाशको अधिकारको व्याख्या गर्दा राज्यले सो दायित्वलाई ध्यान दिनु पर्ने व्यख्या भएको छ।

Francis cortalie Mullin v. the Administator India[51]

यस मुद्दामा बाँच्न पाउने अधिकारमा मानवीय मर्यादा सहित बाँच्न पाउने अधिकार समावेश भएको हुन्छ र यस्तो बाँच्न पाउने अधिकारमा पर्याप्त पोषण, आवाश आदि अधिकारहरू पनि पर्दछन् भन्ने व्याख्या भएको पाइन्छ।

Eldrige v. British colombia-Canada[52]

बहिराहरूको दोभाषेको अभावमा रोगनिदान असुविधा हुने भन्ने विषयमा अस्पतालले दोभाषे उपलब्ध नगराउनु बहिराहरूको अधिकारको उल्लघंन भएको र सुन्न सक्ने व्यक्तिको तुलनामा उनीहरू भेदभावमा परेका र उपचारका क्रममा प्रभावकारी संचार कायम हुनु पर्ने फैसला भएको थियो।

Fazal jan Roshua Din – Pakistan[53]

संविधानले प्रत्याभूत गरेको समानता सम्वन्धी मौलिक हक अन्तर्गत महिला र बालबालिकाको हक र चाहना सुनिश्चित गर्न राज्यका अंगहरूले प्रभावकारी उपाय अवलम्वन गर्नु सकारात्मक दायित्व हुन्छ।

Fundamental Rights by Connection Colombia[54]

कोलम्वियाको संवैधानिक अदालतले संविधानको सैद्धान्तिक (formalistic) व्याख्यालाई इन्कार गर्दै मौलिक हकको संरक्षणमा केही निश्चित अवस्थामा आर्थिक सामाजिक अधिकारको अदालतद्वारा संरक्षण गर्नु पर्ने हुन्छ भनी मौलिक हकको क्षेत्रलाई विस्तार गरेको छ। आर्थिक सामाजिक अधिकारको संरक्षणमा अदालतले सम्बद्ध मौलिक हकको अवधारणाको विकास गरी संरक्षण गर्न खोजेको छ। यसबाट व्यक्तिको जीवन, मर्यादाको सम्मानका लागि तत्काल संरक्षण गर्न आवश्यक अवस्थामा आर्थिक सामाजिक अधिकारको संरक्षण गर्ने विधिशास्त्र यहाँ विकास गरिएको देखिन्छ।

---

50 Government of Republic of south Africa v. Grootbom and others 2000 (11) BCLR, 1169(CC)

51 Fancis cortalie Mullin v. the Administrator (1981) 2, SCR 516

52 Eldrige v. British colombia (1997)3, SCR 624

53 Fazal jan v. Roshwa Din, PLd 1990, SC 295.

54 T (Tutela judgement) 406/92, T 571/92 T116/92

नेपाल पक्ष भएका मानव अधिकार सम्वन्धी अन्तर्राष्ट्रिय दस्तावेजहरूले उल्लेख गरेका प्रावधानहरूको प्रयोग तथा यसको कार्यान्वयनको माग गर्दै परेका रिट निवेदन तथा अदालतमा सार्वजनिक सरोकारका विवादका रूपमा आएका विभिन्न विषयका विवादहरूमा सर्वोच्च अदालतले आफ्नो असाधारण तथा साधारण क्षेत्राधिकारको प्रयोग गरी कानूनको व्याख्याद्वारा सिद्धान्त प्रतिपादन गर्दै आएको छ। सर्वोच्च अदालतले संविधानको भावना अनुसार लैंगिक विभेदयुक्त कानूनको अन्त्य गरी समानता कायम गर्न र सामाजिक समावेशीकरण प्रत्याभूत गर्ने सम्बन्धमा सार्वजनिक जवाफदेहिता भएका निकायहरूलाई आवश्यक निर्देशन गर्ने कार्य समेत गरेको पाइन्छ। यस सन्दर्भमा भएका केही प्रतिनिधिमूलक न्यायिक निर्देशन तथा सिद्धान्तहरू यहाँ उल्लेख गरिएको छ।

सुनिलबाबु पन्तसमेत बिरुद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय[55]

कुनै पनि व्यक्तिले आफ्नो पहिचानसहित आत्मसम्मानपूर्वक बाँच्न पाउनु निजको आधारभूत मानव अधिकारको विषय हो। यस्तो अवस्थामा फरक लैङ्गिक पहिचान र यौन अभिमुखीकरण भएका व्यक्तिहरूले पनि आफ्नो स्वतन्त्र पहिचानसहित आत्मसम्मानपूर्वक बाँच्न पाउनु निजको मानव अधिकार तथा संवैधानिक हक हुने।

राधिका गिरी बिरुद्ध लोकसेवा आयोगसमेत[56]

निजामती सेवालाई समावेशी बनाउने प्रयोजनको लागि खास खास वर्गको लागि खास प्रतिशतमा सिट आरक्षण गरिएको र खास खास वर्गभित्र को को पर्ने हो भनी निर्धारण गर्न कानूनले नै प्रक्रिया निर्धारण गरिसकेको अवस्थामा आफ्नै मनोगत विवेकको आधारमा कानूनी प्रक्रियालाई प्रतिस्थापन गर्न वा पन्छाउन नमिल्ने। कानूनी रिक्तताको स्थिति कायम राखी राखेमा संविधानले सामाजिक न्यायको व्यवस्था गरेको भए पनि यथार्थमा कानूनी रिक्तताको फाइदा अन्य वर्गले पाउन सक्ने र लक्षित वर्ग वा समुदायले लाभ हासिल गर्न नसक्ने। आफू मधेशमा जन्मी हुर्की बढेको भन्ने आधारमा दावी लिएको र मधेशीभित्र को को पर्ने भनी सूची तयार नभएको अवस्थामा प्रचलित कानूनबमोजिम प्रमाणित गर्ने अख्तियारी प्राप्त गरेको निकाय वा पदाधिकारीले प्रमाणित गरेकोलाई स्पष्ट कानूनी आधार बेगर लोकसेवा आयोग केन्द्रीय कार्यालय समेतबाट प्रमाणित कागजातउपरको विषयमा हस्तक्षेप गर्न नमिल्ने

प्रकाशचन्द्र धिमाल बिरुद्ध लोकसेवा आयोगसमेत[57]

ऐनले नै सूचीकृत गरेको कुनै जातिलाई वा सूचीकृत जातिको कुनै व्यक्तिलाई तथ्यगत पुष्टयाँई वेगर आदिवासी जनजाति राष्ट्रिय प्रतिष्ठानले वा आदिवासी जनजाति महासंघले आदिवासी, जनजाति होइन भनी आफूखुशी सिफारिश गर्न नपाउने भएकाले त्यस्ता निकायको सिफारिशको आधारमा लोकसेवा आयोगले निर्णय गर्नु कानूनविपरीत र अनुचित हुने। कुनै ठाउँ विशेष वा खास-खास जिल्लामा बसोबास गर्नेहरू मात्र धिमाल हुन भनी ऐनले धिमाल जातिको व्यक्ति आदिवासी, जनजाति हो-होइन

---

55 नेपाल कानून पत्रिका २०७४ अंक ९ निर्णय नं.९८७५

56 नेपाल कानून पत्रिका २०६७ अंक १२ निर्णय नं.८५२७

57 नेपाल कानून पत्रिका २०६७ अंक ८ निर्णय नं.८४३२

भनी छुट्टयाउने ठोस आधार बेगर ऐनले पाउने सुविधाबाट वञ्चित गर्ने गरी सूचीकृत जातिको होइन भनी भन्न नमिल्ने ।

चन्द्रकान्त ज्ञवाली समेत बिरुद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय समेत[58]

हरेक जेष्ठ नागरिकहरू राज्यप्रति सुरक्षित जीवनका लागि आशा गरेर बसेका हुन्छन् अनि त्यस्तो सुरक्षाको आश गर्नु, राज्यसँग दावी गर्नु, माग गर्नु उनिहरूको न्यायोचित र साश्वत अधिकारको कुरा हुने । जेष्ठ नागरिकहरू राज्यबाट लाभ प्राप्त गर्ने उपयुक्त अधिकारी भएको हुँदा उनिहरूप्रति राज्यले वेवास्ता गर्न, उनीहरूका जायज हक अधिकारप्रति उपेक्षा गर्न नमिल्ने ।

रूपक ढकाल समेत बिरुद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालयसमेत [59]

राज्यले संविधानको धारा ११(३) को प्रावधानलाई सही रूपमा कार्यान्वयन गराउने हो भने त्यसमा उल्लेख भएका महिला, बालक, बृद्ध वा शारीरिक वा मानसिक दृष्टिले कमजोर वा सामाजिक, आर्थिक वा शैक्षिक दृष्टिले पिछडिएका वर्गको संरक्षण र विकासलाई समेट्ने गरी एउटा विस्तृत, व्यापक र बोधगम्य दायरा सहितको छाता कानून (Comprehensive umbrella Law) निर्माण गर्नु जरुरी हुने । खुद्रा आधार (Piece basis) मा तयार गरिएका वा गरिने कानूनले संवैधानिक उद्देश्य र मर्मलाई ब्यापक रूपले समेट्न सक्दैनन्, ती अस्थायी र काम चलाउ मात्र हुने ।

प्रकाशमणि शर्मा विरुद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद कार्यालयसमेत[60]

संविधानको धारा २१मा प्रत्याभूत गरिएको मौलिक हकको निर्वाधरूपमा उपभोग गर्न पाउने आर्थिक सामाजिक वा शैक्षिक दृष्टिले पछि परेको महिला, दलित, आदिवासी जनजाति, मधेशी समुदाय, उत्पीडित वर्ग, गरिव किसान र मजदुरलाई समानुपातिक समावेशी सिद्धान्तका आधारमा उनीहरूको निजामती, प्रहरी, सेना, न्यायिक क्षेत्र लगायत राज्यका सम्पूर्ण संयन्त्रहरूमा तुलनात्मकरूपमा न्यूनरूपको सहभागिता एवं प्रतिनिधित्व रहेको देखिन आँउछ । यस अवस्थामा उल्लिखित वर्ग, क्षेत्र, लिंग, जात जाति भित्र पर्ने व्यक्तिहरूको उत्थान, विकास एवं सशक्तीकरणका लागि नेपालको अन्तरिम संविधानको धारा २१ को सामाजिक न्यायको हक अनुरूप भावी दिनहरूमा नेपाल सरकारले ठोस एवं प्रभावकारी रूपमा कार्य गर्नू पर्ने टड्कारो आवश्यकता देखिएकोले आगामी दिनमा तद्अनुरूप क्रमिकरूपमा ठोस काम कारवाही गर्नु गराउनु भनी प्रत्यर्थी मध्येका प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषदको कार्यालयका नाममा निर्देशनात्मक आदेश जारी भएको ।

यसबाट सार्वजनिक पदमा नियुक्ति गर्दा संविधानले प्रत्याभूत गरे अनुरूप समानुपातिक प्रतिनिधित्व हुने गरी गर्नु पर्ने र यो दायित्व सरकारको रहेको स्पष्ट भएको छ ।

---

58 नेपाल कानून पत्रिका २०६३ अंक १ निर्णय नं.७६४३

59 नेपाल कानून पत्रिका २०६३ अंक ४ निर्णय नं.७६७८

60 २०६५ सालको रिट नं. ०३७७, आदेश मितिः २०६६।१०।६, संयुक्त इजलास

प्रकाशमणि शर्मा समेत विरुद्ध नेपाल सरकार समेत[61]

यस्तै विषयमा भारतको सर्वोच्च अदालतले Vishaka Vs. State of Rajasthan (AIR 1997 SC 3011) को मुद्दामा अन्य राजनैतिक अंगहरूले कानून बनाउने कर्तव्यलाई पूरा नगरेमा त्यस्तो रिक्तता पूर्ति गर्नु अदालतको कर्तव्य हुने भन्दै काम गर्ने थलोमा हुने यौन दुर्व्यवहार रोक्नका लागि विभिन्न व्यवस्थाहरू सहितको निर्देशीका जारी गरिएको देखिन्छ। यसवाट पनि कानून निर्माण गरी लागू गर्नुपर्ने राज्यका अन्य अंगहरूले समयमा नै कानूनको निर्माण नगरी समाजका विभिन्न वर्ग र समुदायको मौलिक हक हनन भएको अवस्थामा त्यस्तो हनन भएको हक प्रचलनका लागि कानून नबने सम्मको लागि डान्स वार, डान्स तथा क्याविन रेष्टुरेन्ट र मसाज पार्लरमा काम गर्ने कामदारहरूको हक संरक्षण र प्रचलन गराउनका लागि आदेश जारी गर्न सकिने नै देखियो। डान्स रेष्टुरेन्ट, क्याविन रेष्टुरेन्ट, डान्स वार र मसाज पार्लर संचालनमा रहेको तर यस्ता डान्स रेष्टुरेन्ट, क्याविन रेष्टुरेन्ट, डान्स वार र मसाज पार्लरहरू कानून बनाइ दर्ता गरी संचालन गर्न र कानून नबनुन्जेलसम्मको लागि डान्स बार, डान्स तथा क्याविन रेष्टुरेन्ट र मसाज पार्लरमा काम गर्ने कामदारहरूको हक संरक्षण र प्रचलन गराउनकालागि निर्देशिका जारी भएको।

डिलबहादुर विश्वकर्मा समेत विरुद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय [62]

महिलालाइ मासिक श्राव हुँदा सुदूरपश्चिमका जिल्लाहरूमा छाउपडी गोठमा राखिने गरिएको, उक्त भेदभावपूर्ण प्रथा रोक्नका लागि विपक्षीबाट प्रभावकारी उपाय अपनाइएको नपाएको हुँदा मासिक श्राव भएका महिलालाई छाउपडी गोठमा पठाउने प्रथालाई कुरीती भएको घोषणा गर्न, छाउपडी प्रथाको विरुद्ध सार्वजनिक चेतना जगाउन स्थानीय निकायहरूलाई परिचालित गर्न र आवश्यक कानून निर्माण गर्न विपक्षीहरूको नाउँमा निर्देशात्मक आदेश जारी भएको। नेपाल सरकार, मन्त्रिपरिषदबाट छाउपडी प्रथालाई कुरीति घोषणा गरेको र मुलुकी अपराध (संहिता) ऐन, २०७४ मा छाउपडी राख्ने कार्यलाइ कसूर घोषित गरी सजायको व्यवस्था गरेको छ।

नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ ले एकातिर समानता र स्वतन्त्रताको हकलाई प्रत्याभूत गरेको छ भने अर्कोतर्फ लैंगिक न्यायमा विशेष महत्व राख्ने CEDAW महासन्धिको धारा २ ले कुनै पनि किसिमको यौनजन्य दुरूपयोग महिला विरुद्ध हुने भेदभाव भएको हुँदा यस्तो भेदभाव निर्मूल गर्न राज्य पक्षले विधायिकी तथा अन्य उपायहरू अपनाउनु पर्ने दायित्व सुम्पिएको पाइन्छ। हाम्रो संविधानले प्रत्याभूत गरेको समानता र स्वतन्त्रताको हकको बाधकको रूपमा रहेको यौनजन्य दुर्व्यवहारलाई नियन्त्रण गर्ने सवालमा अपर्याप्त रहेको कुरा माथि विश्लेषण गरिसकिएको छ। साथै, अन्तर्राष्ट्रिय सन्धिहरू अनुरूपको व्यवस्था कार्यान्वयनको लागि विद्यमान कानूनको संशोधन वा कानून नभएको अवस्थामा कानून बनाउन कारवाही चलाउनुपर्ने कुरालाई नेपाल सन्धि ऐन, २०४७ को दफा ९(२) ले व्यवस्था गरेबाट अन्तर्राष्ट्रिय सन्धि महासन्धिद्वारा सिर्जित दायित्वसमेतको परिपालना हुने गरी यौनजन्य दुर्व्यवहारसम्बन्धी कानून

---

61 ने.का.प. २०६५ अङ्क ८ नर्णय नं.७९९५

62 रिट नं. ३३०३/२०६१), आदेश मितिः २०६२।१।१९, संयुक्त इजलास

निर्माण गर्नु वाञ्छनीय देखिन आएको छ। त्यसैले, यौनजन्य दुर्व्यवहार सम्बन्धमा यसका सबै पक्षलाई समेट्ने अध्ययन गरी गराई उपयुक्त कानून निर्माणका लागि आवश्यक व्यवस्था गर्नु भनी विपक्षीका नाउँमा निर्देशनात्मक आदेश जारी हुने। हाल कार्यस्थलमा हुने यौनजन्य दुर्व्यवहार (निवारण) ऐन, २०७१ निर्माण भै लागू भएको छ।

रेश्मा थापा समेत विरुद्ध मन्त्रिपरिषद् सचिवालय समेत[63]

महिला वर्गमाथि बोक्सीको निराधार र अन्धविश्वासी आरोप लगाई हुने गरेको अन्याय, अत्याचार, उत्पीडन, यातना दिने कार्य रोकथाम, नियन्त्रण एवं सजाय गर्ने प्रभावकारी ऐनको अभाव रहेकोले त्यस्तो प्रभावकारी ऐनको तर्जुमा गर्न तथा सामाजिक सचेतना अभिवृद्धि गरी रुढीवादी, अन्धविश्वासी अज्ञानता हटाउने उद्देश्यले Awareness Program समेत सञ्चालन गर्न गराउन अपरिहार्य हुन गएकोले सो समेत गर्न विपक्षीको नाउँमा निर्देशनात्मक आदेश जारी हुने। हाल बोक्सीको आरोप (कसूर र सजाय) ऐन, २०७२ कार्यान्वयनमा रहेको छ।

प्रद्योश क्षेत्री समेत विरुद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालयसमेत[64]

संविधानले कुनै कार्यका सम्बन्धमा स्पष्ट व्यवस्था गरी मार्ग दर्शन गरेकोमा सोको अनुशरण गर्नुपर्ने हुन्छ। सवैधानिक व्यवस्था अनुशरण नगरी स्वविवेक र तजविजको आधारमा राम्रो उद्देश्यबाट गरिएको कार्य पनि संवैधानिक व्यवस्था प्रतिकूल भएका कारण मनमानी र स्वेच्छाचारी बन्दछन् र त्यस्तो कार्यले संवैधानिक मान्यता प्राप्त गर्न सक्ने अवस्था रहँदैन। नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ११ (३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांशले महिला, बालक, वृद्ध वा शारीरिक वा मानसिक रूपले अशक्त व्यक्ति वा आर्थिक, सामाजिक वा शैक्षिक दृष्टिले पिछडिएका वर्गको संरक्षण वा विकासका लागि कानूनद्वारा विशेष व्यवस्था गर्न सकिने र ऐ. कै धारा २४ (२) ले समेत कानून नै बन्नुपर्नेमा कानूनको निर्माणनै नगरी संविधानको धारा ११ (१) को समानताको हक विपरीत हुने गरी आरक्षण सिटहरूमा आवेदन गर्ने गरी जारी भएको सूचना नेपाल अधिराज्यको संविधानको धारा ११(३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांशको विपरीत देखिँदा उत्प्रेषणको आदेशद्वारा बदर हुन्छ।

यसै आर्थिक वर्षभित्रमा यथासक्य चाँडो आर्थिक, सामाजिक वा शैक्षिक दृष्टिबाट पिछडिएको र अशक्त भन्ने कुरा निरोपणका स्पष्ट आघार तोकी कानून निर्माण गरी पिछडिएका, संरक्षण आवश्यक भएका वर्ग र महिलाको संरक्षण र सन्तुलित विकासको कार्यक्रम सञ्चालन गर्न मन्त्रिपरिषद्को कार्यालयको नाममा निर्देशनात्मक परमादेश जारी गरिएको छ।

सार्वजनिक सेवामा सबै वर्ग, क्षेत्र, जात, जातिको प्रतिनिधित्व गराउन नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ११ (३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांश बमोजिम यथाशीघ्र कानून निर्माण गरी केही सार्वजनिक सेवालाई समावेशी बनाउनु पर्ने सम्बन्धमा सम्बन्धित निकायलाई निर्देश गरेको पाइन्छ।

---

63 रिट नं. २८९१/२०५८, आदेश मितिः २०६१।४।२६, संयुक्त इजलास

64 रिट नं. ३०५९/२०५१, आदेश मितिः २०६१।७।१३, संयुक्त इजलास

सपना प्रधान मल्ल समेत विरुद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालयसमेत[65]

मुलुकी ऐन, विहावरीको महलको २ नं.को व्यवस्था र विवाह दर्ता ऐन, २०२८ को दफा ४(३) को व्यवस्था एक आपसमा तादाम्य नदेखिएकोले उक्त कानूनहरूमा सामाञ्जस्यता र एकरूपता ल्याउनु पर्ने अवस्था देखिन आएकोले ती कानूनहरूमा सामञ्जस्यता र एकरूपता ल्याउने गरी कानून संशोधन गर्नु, र त्यस्तै बालविवाहका सम्बन्धमा बालविवाह भै रहेको भन्ने कुरा देखिन आएकोले सो कार्य रोक्न सरकारले त्यसतर्फ ध्यान दिनु अति जरुरी भएकोले तत्सम्बन्धी कानूनको प्रभावकारी कार्यान्वयन गर्नु गराउनु भनी विपक्षीहरूको नाममा निर्देशात्मक आदेश जारी गरिएको ।

यस मुद्दामा लिङ्गको आधारमा पुरुष र महिलाको बिवाह गर्ने उमेर फरक हुने र फरकफरक ऐनमा भएका सो सम्वन्धी व्यवस्थामा एकरूपकता कायम गर्ने गरी पुरुष र महिलाका बीचमा भेदभाव नहुने गरी कानून बनाउनु पर्ने गरी व्याख्या भएको छ ।

ज्योति पौडेल वि. प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालयसमेत [66]

सर्वोच्च अदालतले घरेलु हिंसा सम्बन्धी कानूनमा आवश्यक संशोधन गर्न, घरेलु हिंसापीडितलाई राज्यले निःशुल्क कानूनी सहायता निरन्तर उपलब्ध गराउने व्यवस्था गर्न, घरेलु हिंसा सम्बन्धी मुद्दाको सुनुवाई गर्न सकेसम्म महिला न्यायाधीशहरूले मुद्दा हेर्ने व्यवस्था गरी सुरु तहमा छुट्टै Fast Track Court गठन गर्न र सोको लागि गठित अध्ययन समितिले दिएको सिफारिस लागू गर्दै जानू भनी सरकारका नाउँमा निर्देशनात्मक आदेश जारी गरेको छ ।

सविना दमाई समेत वि. प्र.मं. तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय समेत[67]

निवेदिका जस्ता आमा नेपालको नागरिक तर बाबु नेपाली नै भएपनि पत्ता नलागेको वा बाबु को हो भन्ने कुरा आमाले नै यकीन गर्न नसक्ने अवस्थाका नेपालको नागरिक आमाबाट नेपालमा नै जन्मिएका बालबालिकाले नेपालको अन्तरिम संविधानको धारा ८(२) अनुसार आमाको नामबाट नेपाली नागरिकता प्राप्त गर्नसक्ने स्पष्ट व्यवस्था भएकोले आमाको नामबाट सहज तरिकाले नेपालको नागरिकता पाउने बालबालिकाको मौलिक हक र मानव अधिकार हो । तर व्यवहारमा अझै पनि यसको कार्यान्वयन हुन सकेको देखिँदैन र निवेदिकाको जस्तै अवस्था भएका अन्य कुनै व्यक्ति कानून बमोजिम नेपाली नागरिकताको प्रमाणपत्र प्राप्त गर्न अब संविधानको धारा ३२ र १०७(२) बमोजिम यस अदालतमा निवेदन गर्न आउन नपरोस भन्नको लागि आमा नेपाली नागरिक भन्ने प्रमाणित भएको बाबुको ठेगाना नभएको तर नेपाली नागरिक आमाबाट नेपालमा जन्मेको बालबालिकाले आमाको नामबाट नागरिकता माग्न आएमा नेपाल नागरिकता ऐन, २०६३ र ऐ. नियमावलीको रीत र कार्यविधि पूरा गरी आमाको नामबाट सहज तरिकाले नागरिकताको प्रमाणपत्र उपलब्ध गराउन देशव्यापी रूपमा सबै प्रमुख जिल्ला

---

65 आदेश मितिः २०६३।३।२९।५ विशेष इजलास

66 २०६६ –WO–०४२४, आदेश मिति २०६६।४।२८, संयुक्त इजलास

67 स.अ. बुलेटिन, वर्ष २०, अंक ३ जेठ, २०६८ पूर्णाङ्क ४५३, पृ४

अधिकारीको नाममा परिपत्र जारी गरी आवश्यक व्यवस्था गर्नु भनी विपक्षी गृह मन्त्रालयको नाममा यो निर्देशनात्मक आदेश समेत जारी गरिदिएको छ ।

जंगबहादुर सिंह समेत विरुद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय समेत[68]

नेपाली नागरिकहरूको मौलिक हकको संरक्षक मात्र होइन नेपाली नागरिकको मौलिक हकको अभिभावक अर्थात् Guardian of the fundamental right of the citizen भएको कारणले गर्दा सजाय भोगि रहेका व्यक्तिलाई धारा २०(२) ले दिएको प्रजननसम्बन्धी हकलाई Progressive realisation गराउने यस अदालतको संवैधानिक कर्तव्य पनि हो । धारा २०(२) को हक मौलिक हक भएको कारण पति कैदमा भए पत्नीलाई र पत्नी कैदमा भए पतिलाई पारिवारिक भेटको सुविधा प्रदान गर्न तीन सदस्यीय समिति (संयोजक, कारागार व्यवस्थापन विभागको महानिर्देशक, सदस्य प्रहरी प्रधान कार्यालयको अधिकृत प्रतिनिधि र सदस्य सचिव गृह मन्त्रालयको अधिकृत) गठन गरी उक्त समितिले अध्ययन गरी दिएको सुझाव अनुसार ऐन नियम संशोधनलगायत आवश्यक व्यवस्था गरी अन्तरिम संविधानको धारा २०(२) को प्रयोजनको लागि पारिवारिक भेटको सुविधा प्रदान गर्न सकिने गरी कारागारमा सुविधा उपलब्ध गराउनु भनी विपक्षीको नाउमा निर्देशनात्मक आदेश जारी भएको ।

लक्ष्मीदेवी समेत विरुद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय समेत[69]

जसरी पत्नीले अनिच्छुक पतिलाई बाबु बन्न कर गर्न र शारीरिक क्रिया गर्न बाध्य गर्न सक्तैन, त्यसैगरी पुरुषले पनि महिलालाई बाध्य गर्न नसक्ने । प्रजनन् स्वास्थ्य एवं प्रजनन् अधिकारको बृहत परिवेशभित्र सन्तान जन्माउने वा नजन्माउने दुबै कुराको निर्णय पर्दछ र सो अन्तर्गत गर्भ रहिसकेको तर सन्तान उत्पादन गर्न अनिच्छित भएकोले गर्भ निरन्तर गर्न नचाहेको अवस्थामा गर्भपतन गर्ने अधिकार पनि सम्मिलित भएको मान्नुपर्ने ।

लिली थापा समेत विरुद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय समेत[70]

राज्यको स्रोत साधनले भ्याएसम्म एकल महिला (विधवा) को आयस्रोत, रोजगारी, निजको श्रीसम्पत्ति, पतिको पेन्सन वा आफ्नो पेन्सन आदि विविध पक्षलाई विचार गरी एक निश्चित मापदण्ड निर्धारण गरी ६० वर्षभन्दा कम उमेरका एकल महिला (विधवा) लाई पनि सामाजिक सुरक्षाअन्तर्गत दिइने भत्ता उपलब्ध गराउनेतर्फ ध्यानाकर्षण गराउने गरी नेपाल सरकार, प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय लगायतका विपक्षीहरूका नाउँमा निर्देशनात्मक आदेश जारी गरिदिएको छ ।

---

68 नेकाप २०६८, अंक ६, पृष्ठ ९८६ आदेश मितिः २०६७।१२।२८ संयुक्त इजलास

69 नेकाप २०६७, अंक ९, नि.नं. ८४६४

70 स.अ. बुलेटिन, वर्ष १८, अंक ११ असोज, २०६७ पूर्णाङ्क ४३७, पृ.४

सपना प्रधान मल्ल समेत विरुद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय समेत[71]

अपुतालीको २ नं. मा मर्नेको छोरा नभै विधवा वुहारी मात्र भएमा छोरा सरह नै बुहारीले पनि समान रूपमा अपुताली पाउने व्यवस्थाले लैङ्गिक बिभेद गरेको नभै कानूनले छोरी र वुहारी बीचमा समेत समानता कायम गरेको देखिने ।

मिरा ढुंगाना विरुद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय समेत [72]

विवाह पूर्व महिलाले प्राप्त गरेको सम्पत्ति विवाह पश्चात फिर्ता गर्नुपर्ने व्यवस्था (अपुतालीको १२(क) असंवैधानिक भै अमान्य र वदर हुने ।

रिना बज्राचार्य वि.म.प.कार्यालय समेत[73]

लैंगिक समानताको विषय सम्पूर्ण मानवताको विषय हुन,नेपाल वायुसेवा निगमका कर्मचारीहरूको सेवा नियमावली २०३१ को नियम १६.१.१ मा विमान परिचालकलाई ५५ वर्ष उमेर पुगेपछि अवकाश दिने र ऐ १६.१.३ मा विमान एयर होष्टेजको उमेर ३० वर्ष वा सेवा अवधिमा १० वर्षमा जुन अघि हुन्छ सो आधारमा अवकाश दिइने व्यवस्था प्रारम्भ मिति देखिनै बदर भएको ।

सन्दर्भ सामग्री

विदुर कोइराला समेत, सार्वजनिक व्यवस्थापन स्रोत सामाग्री, सोपान मासिक, काठमाडौं ।

Dr. Bipin Adhikari (editor), Nepal Design Option for the New Constitution, NCF. 2010

Bryan A. Garner (Editor in chief), Blacks law dictionary, eight editon west publishing 2004

Bisal Khanal. Regeneration of Neplease Law, Brikuti Acamedic Publications, Kathmandu Nepal, 2000.

Dee cook, Criminal and Social Justice, SAGE Publication, London. 2006

महेश शर्मा पौडेल, मानव अधिकार र सामाजिक न्याय, सोत सामाग्री, राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठान, नेपाल, हरिहर भवन, ललितपुर, २०६८

ढुण्डी प्रसाद निरौला, शासन संचालनका नवीन मान्यताहरू, सोपान मासिक, २०६८

Takis Fotopoulos: Towards An Inclusive Democracy Cassell Continuum, London/New York, 1997

नृपध्वज निरौला, सम्पादन, लोकतान्त्रिक संविधानका आधारहरू, अग्रसारथी अध्ययन तथा अनुसन्धान केन्द्र, काठमाडौं, २०६५

चौधौ योजना (आ.व.२०७३/७४-२०७५/७६), राष्ट्रिय योजना आयोग, सिंहदरवार, २०७३

---

71 नेकाप २०६५, अंक ११, निर्णय नं.८०३१

72 मानव अधिकार विशेषांक, २०६३,पृष्ट १६

73 नजिर संग्रह २०६३, भाग १०ख,पृ ५५

कानून तथा अन्तर्राष्ट्रिय सन्धि महासन्धि

नेपालको संविधान

संयुक्त राष्ट्र संघको बडापत्र, १९४५

संयुक्त राष्ट्र संघीय मानव अधिकार सम्बन्धी विश्वव्यापी घोषणापत्र, १९४८

नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अनुबन्ध, १९६६

आर्थिक, सामाजिक तथा साँस्कृतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अनुबन्ध, १९६६

आदिवासी जनजातिको अधिकार सम्बन्धी संयुक्त राष्ट्रसंघीय घोषणापत्र, २००६

बेइजिङ घोषणा, १९९५

महिला विरुद्धका सबै प्रकारका भेदभाव उन्मूलन गर्ने सम्बन्धी महासन्धि, १९७९

महिलाहरूको राजनीतिक अधिकार सम्बन्धी महासन्धि १९५२

नजीरको सिद्धान्त र सर्वोच्च अदालतको भूमिका

✍ चन्द्रकान्त खनाल♦

१. परिचय

कानूनका स्रोतहरू मध्ये एक नजीरलाई पनि मानिन्छ। खास गरी कमन ल प्रणाली अपनाएका देशहरूमा कानूनको महत्वपूर्ण र आधिकारिक स्रोतका रूपमा नजीर वा न्यायिक निर्णयलाई मान्ने गरिएको छ। कमन ल प्रणालीबाट प्रभावित मुलुकको कानूनको विकासमा नजीरलाई महत्वपूर्ण स्रोतकोरूपमा ग्रहण गरेको पाइन्छ। नेपाल, भारत र अमेरिका लगायतका कमल ल प्रणालीको प्रभाव रहेका मुलुकहरूमा नजीरको सिद्धान्तलाई इज्जतकासाथ कानूनी मान्यता प्रदान गरिएको पाइन्छ। यी देशहरूमा देशको सर्वोच्च वा उच्च अदालतवाट प्रतिपादित नजीर वा न्यायिक सिद्धान्तलाई कानून सरह मानिन्छ। सरकारका निकाय तथा मुद्दाका पक्षहरूले यसलाई पालना गर्नु पर्ने व्यवस्था गरिएको पाइन्छ। यसैले नजीर कमन ल प्रणालीको महत्वपूर्ण गहना हो।

अदालतबाट मुद्दा मामिलाको रोहमा प्रतिपादन गरिएको कानूनी सिद्धान्त नजीर हो। यसलाई न्यायाधीश निर्मित कानून पनि भनिन्छ। नजीर कानूनी विवादको सिलसिलामा प्रतिपादन हुने सिद्धान्त हो। समान तथ्य भएको पछिल्लो विवादको निर्णय गर्दा अदालत वा न्यायिक निकायले त्यसलाई अवलम्वन गर्दछन्। उच्च तहको अदालतवाट न्याय सम्पादनको सिलसिलामा प्रतिपादित न्यायिक सिद्धान्तहरू भविष्यका लागि त्यस्तै तथ्य र प्रकृतिका मुद्दाको निर्णय गर्न वा कानूनी प्रश्नको निक्यौंल गर्दा अवलम्वन गर्नु पर्छ भन्ने नजीरको सिद्धान्तको मान्यता हो। नजीरको सिद्धान्तले न्यायिक निर्णयको सम्पूर्ण भागलाई नभई निर्णयाधार (ratio decidendi) लाई मात्र आधिकारिक र बाध्यात्मक मान्दछ। यसै सिद्धान्तका आधारमा त्यस्तै तथ्य र विवाद रहेको मुद्दामा कस्तो निर्णय हुन्छ भनी पूर्वानुमान गर्न सकिने हुनाले यसले कानूनी सुनिश्चितता प्रदान गर्दछ। साथै कुनै कानूनको प्रयोग वा व्याख्याको सम्वन्धमा प्रतिपादित सिद्धान्तको अवलम्वन गरिने हुनाले यसले कानूनलाई निरन्तरता दिन सहयोग पुऱ्याउँदछ। अर्का एक विधिशास्त्रीका अनुसार,

> *"it is a decision by a competent court of justice upon a disputed point of law which not only becomes a guide but an authority to be followed by all court of inferior jurisdiction administering the same system until it has been overruled by superior court of justice or by a statute.*[1]

♦ उपन्यायाधिवक्ता, महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय।

[1] Nomita Agrawal, Jurisprudence 3rd ed(2001), Central Law Publication, Allahabad, at 105

अर्को एक परिभाषा अनुसार,

> *"a precedent is a judicial decision, which contains a principle in itself. The underline principle, which thus a form is authoritative element, is often tremed the ratio decidendi. The concrete decision is binding between the parties to it, but it is the abstact ratio decidendi, which alone has the force of law as regards the world at large.*[2]

२. नजीरको सिद्धान्त

नजीरको सिद्धान्त अन्तर्गत उच्च तहको अदालतवाट भएको निर्णय मातहतका अदालत वा न्यायिक निकायका लागि त्यस्तै विवाद र तथ्य भएको विषयको निर्णय गर्दा बन्धनकारी मानिन्छ। त्यस्तो बन्धनकारी न्यायिक निर्णय वा सिद्धान्तलाई मातहतका अदालत वा निकायहरूले पालना गर्दछन्। उच्चतहका अदालतहरूले पनि आफ्नो पूर्वनिर्णय वा प्रतिपादित सिद्धान्तलाई त्यस्तै प्रकृतिका मुद्दाको निर्णय गर्दा अवलम्वन गर्नु पर्दछ। आवश्यक कारण र आधारहरू नभएसम्म त्यस्तो सिद्धान्त वा व्यवहारलाई परिवर्तन नगरिने प्रचलन रही आएको छ। नजीरलाई विधायिकाले कानूनमा संशोधन गरी परिवर्तन गर्न सक्दछ। सिद्धान्त प्रतिपादन गर्ने अदालतको बृहत इजलाशले कारण र आधार देखाउँदै त्यस्ता सिद्धान्तलाई परिवर्तन गर्न सक्दछ। नजीरको सिद्धान्त अन्तर्गत निम्न विषयहरू पर्दछन्:

- उच्च अदालतवाट भएका न्यायिक सिद्धान्तहरू मातहतका अदालतका लागि बन्धनकारी हुन्छन्।
- उच्च अदालतहरूले पनि आफ्नो पूर्व निर्णय वा सिद्धान्तलाई त्यस्तै प्रकृतिका पछि आँउने विवादमा निर्णय गर्दा अनुसरण गर्नु पर्दछ। परिवर्तन गर्नु परेमा आधार र कारण फैसलामा खुलाइएको हुनु पर्दछ।

३. न्यायिक सिद्धान्तका प्रकारहरू

नजीरका सिद्धान्तको आधिकारिकताका आयामवाट यसलाई दुई भागमा वर्गीकरण गर्ने गरेको पाइन्छ:

क. आधिकारिक नजीर (Authoritative precedent)

यसलाई बाध्यात्मक सिद्धान्त पनि भनिन्छ। यस्ता नजीर जसलाई अदालतले अनुसरण गर्नै पर्दछ। यसलाई कानूनको स्रोतको रूपमा मान्ने गरिएको हुन्छ। कतिपय अवस्थामा आधिकारिक नजीरलाई अनुनयात्मक नजीरसँग छुट्टयाउन कठिन जस्तो लाग्ने भएपनि त्यो विभेदलाई पहिचान गरेर यसलाई अनुसरण गर्नुको विकल्प देखिदैन। विधिशास्त्री सालमण्डका अनुसार,

> *"a precedent is authoritative because judges work with many forms of authority in analyzing the legal problems before the court and in justifying the decision reached. For the authoritativeness judges comprise all the raw materials like- authorities of juristic writing, social facts , norms, values, historical facts, general or recognized principle of justice, aspiration of men and women in the society;*

[2] C.K. Allen, Law in the Making, 7th ed(1964), Universal Law Publishing, Delhi

with which judges the formulate new general rule or determine certain rules and which becomes authoritative precedent.[3]

ख. अनुनयात्मक सिद्धान्त (Persuasive Precedent)

मुद्दामा प्रसंगवश बोलिएका कथन (obiter dicta) उच्च अदालतले गरेका फैसला एक अर्काका लागि तथा देश बाहिरका अदालतबाट भएका फैसलाको बाध्यात्मक शक्ति अनुनयात्मक हुन्छ। विधिशास्त्री विलियमका अनुसार

" Persuasive precedent is one which the judges are under no obligation to follow, but which they will take into consideration, and to which they will attach such weight, at it seems to them to deserve. It depends for its influence upon its own merits, not upon any legal claim, which it has to be recognized.Persuasive precedents are not legal sources of law it is merely historical one.[4]

४. निर्णय स्थीरताको सिद्धान्त (Doctrine of stare decisis)

यस सिद्धान्तको मर्म अगाडि प्रतिपादन वा स्थापित गरिएका सिद्धान्तलाई पालना गरिन्छ भन्ने हो। विधिशास्त्री हेनरीका अनुसार

"The rule of adherence to judicial precedent finds its expression in the doctrine of stare decisis. It is the doctrine of precedent under which it is necessary for account to follow earlier decisions when the same point arise again in litigation. So it is, to stand by things decided. The doctrine of star decisis is used generally as synonymous with the doctrine of judicial precedent and the latter term is commonly employed."[5]

नजीरको आधिकारिकता र बन्धनकारी प्रभावका लागि प्रथम संविधान वा कानूनमा त्यसको मान्यता र पालनाका सम्बन्धमा व्यावस्था गरिनु जरुरी हुन्छ। नेपाल, भारत, बेलायत, अमेरिका लगायतका देशहरूमा नजीरको यो सिद्धान्तलाई अवलम्वन गरिएको पाइन्छ। यसका लागि नजीर वा प्रतिपादित सिद्धान्तहरूको सार्वजनिक प्रकाशनलाई अपरिहार्य मानिन्छ। नजीरको पालना र प्रयोग गर्ने मातहतका अदालत वा न्यायिक वा अर्धन्यायिक निकाय वा अधिकारीले माथिल्लो अदालतबाट प्रतिपादित नजीरको बारेमा जानकारी पाउने माध्यम नै यसको सार्वजनिक प्रकाशन हो। नेपालमा सर्वोच्च अदालतले प्रतिपादन गरेका सिद्धान्त वा नजीर नेपाल कानून पत्रिकामा प्रकाशित गर्ने व्यवस्था गरिएको छ।

---

[३] P.J. Fitzgerald, Salmond on Jurisprudence, 12th ed.(1986) Sweet and Maxwell,UK at 145

[४] William L. Reynolds, Judicial Process in A Nutshell, 2nd ed (1991), West Publishing co. USA at 101

[५] Henry J. Abraham, The judicial Process, 5th ed.(1986) Oxford University Press, New York at 344

५. नजीरको सिद्धान्तको मान्यता र प्रयोग

क. भारतः

भारत कमन ल कानून प्रणालीबाट प्रभावित रहेकोले नजीरको सिद्धान्तलाई स्वीकार गरिएको छ। भारतको संविधानको धारा १४१ मा सर्वोच्च अदालतबाट प्रतिपादित कानूनी सिद्धान्त सम्पूर्ण तहका अदालतहरूलाई बन्धनकारी हुने व्यवस्था छ[६] सर्वोच्च अदालतबाट प्रतिपादित सिद्धान्त कानूनको स्रोत हुने र मातहत अदालतहरूको लागि बन्धनकारी मानिन्छ।[७] नजीरको सिद्धान्तको महत्व सम्बन्धमा आन्ध्र प्रदेश वि. ए.पी जयसवालको मुद्दामा[८] भारतीय सर्वोच्च अदालतले न्याय प्रशासनमा एकरूपता कायम गर्न नजीरको सिद्धान्तको महत्व रहने उल्लेख गर्दै यसरी भनिएको छ,

> *Consistency is the cornerstone of the administration of justice. Consistency can never be achieved without respect to the rule of finality. It is with the view to achieve consistency in judicial pronouncements, the courts have evolved the rule of precedents, principle of stare desis. These principles are based on public policy and if these principles are not followed by court then there will be chaos in the administration of justice.* [9]

यसैगरी नजीरको महत्व सम्बन्धमा भारतीय संविधानको धारा १४१ को व्याख्यामा भनिएको छ कि सर्वोच्च अदालतले प्रतिपादन गरेको कानूनी सिद्धान्त उच्च अदालत र अन्य अदालतहरूले पालना गर्नुपर्ने कर्तव्य हुन्छ। उच्च अदालतले सर्वोच्च अदालतको निर्णय वा प्रतिपादित सिद्धान्त पालना गर्न इन्कार गरेमा उच्च अदालतको निर्णय वा फैसला सोही आधारमा बदर हुन्छ।[१०]

> *When the supreme courts decides a principle it would be the duty of the high court or a subordinate court to follow the decision of the Supreme Court. A judgement of the high court which refuses to follow the decisions and directions of the Supreme Court or seeks to revive a decision of the high court which had been set aside by the Supreme Court is a nullity.*

ख. वेलायत

वेलायतमा नजीरको सिद्धान्तलाई कानून प्रणालीको आधारभूत विशेषता मानिएको छ। सर्वोच्च अदालतको निर्णय समान तथ्य भएको विवादमा मातहत अदालतका लागि बन्धनकारी हुन्छ।[११] यसका लागि पूर्व निर्णय र विचाराधीन (current case) मुद्दाको तथ्य समान हुनुपर्दछ भने

---

[६] भारतको संविधानको धारा १४१

[७] Karanchauri Singh v. All India Reporter Ltd. AIR 1985 SC 1325

[८] AIR 2001, SC 499

[9] AIR 2001, SC 499

[१०] Director of settlements, H. P. v. Appoarao, AIR 2002 SC 304

[११] M. P. Jain, Indian Costitutional Law, 6th ed. At 324

अदालतको श्रृखलाबद्धताको अवस्था (position of the court hirarchy) महत्वपूर्ण मानिन्छ। संसदीय सर्वोच्चता भएको वेलायतमा नजीरलाई संसदले कानून बनाएर ओभररुल गर्न सक्दछ तापनि नजीरको सिद्धान्तलाई न्यायका लागि निरन्तरता दिनु आवश्यक मानिन्छ। यसले न्यायमा निश्चितता र एकरूपता प्रदान गर्दछ भन्ने मान्यता राखिन्छ। James Lee ले The Doctrine of Precedent and the Supreme Court भन्ने लेखमा नजीर बारे भनेका छन् " The value of the precedent is not simply that it ensures respect for past decisions but also that it ensures bad decisions do not have to be repeated."

ग. अमेरिका

अमेरिकामा सर्वोच्च अदालतबाट प्रतिपादित कानूनी सिद्धान्त (case laws) कानूनको श्रोत मानिन्छ। सर्वोच्च अदालतबाट गरिएको संघीय कानून र संविधानको व्याख्या वा प्रतिपादित कानूनी सिद्धान्त (interpretation of federal law and the federal constitution) मातहतका संघीय र राज्य अदालतका लागि बाध्यकारी हुन्छन्। यसैगरी राज्यको सर्वोच्च अदालतले प्रतिपादन गरेका कानूनी सिद्धान्त आफ्नो राज्यका मातहत अदालतका लागि बाध्यात्मक हुन्छन्।

६. नेपालमा नजीरको सिद्धान्तको प्रयोग र मान्यता

नेपालमा नजीरको प्रचलन प्रधान न्यायालय ऐन, २००८ लागू हुनु पूर्व थिएन। प्रधान न्यायालय ऐन, २००८ मा मुद्दा मामिलाको रोहवरमा प्रधान न्यायालयले ठहराएको कानून प्रधान न्यायालय मातहतका सबै अदालतका लागि मान्न कर लाग्ने बाध्यात्मक व्यवस्था गरिएको थियो।[१२] सर्वोच्च अदालत ऐन, २०१३ ले मुद्दा मामिलाको रोहमा ठहराएका कानूनको सिद्धान्त मुलुकका सबै अदालतहरूलाई मान्न कर लाग्नेछ भन्ने व्यवस्था गरी प्रधान न्यायालय ऐनको प्रावधानलाई निरन्तरता दिएको थियो।[१३] नेपालको संविधान, २०१९ ले मुद्दा मामिलाको रोहमा सर्वोच्च अदालतले ठहराएको कानूनी सिद्धान्त सबै अदालतले मान्न कर लाग्ने तर सो संविधान प्रारम्भ नहुँदै सर्वोच्च अदालतले ठहराएको कानूनी सिद्धान्त यो संविधान प्रारम्भ भएपछि सर्वोच्च अदालतका लागि नजीर नहुन पनि सक्ने व्यवस्था गरिएको थियो।[१४] यस व्यवस्थाले २०१९ सालको संविधान लागू हुनुपूर्व सर्वोच्च अदालतले प्रतिपादन गरेका नजीर सर्वोच्च अदालतका लागि मान्न वाध्यात्मक नहुने व्यवस्था गरेको देखिन्छ। नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ ले मुद्दा मामिलाको रोहमा सर्वोच्च अदालतले गरेको व्याख्या वा प्रतिपादन गरेको सिद्धान्त सबै अड्डा अदालतले मान्नुपर्ने व्यवस्था गरेको थियो[१५] नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ ले मुद्दा मामिलाको रोहमा सर्वोच्च अदालतले गरेको व्याख्या वा प्रतिपादन गरेको सिद्धान्त सबै

---

[१२] प्रधान न्यायालय ऐन, २००ड को दफा ३१

[१३] सर्वोच्च अदालत ऐन, २०१३ को दफा १२

[१४] नेपालको संविधान, २०१९ को धारा ७६

[१५] नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ९६ (२)

अदालतहरूले मान्नुपर्ने व्यवस्था गरेको थियो[१६] नेपालको संविधानले सर्वोच्च अदालतबाट प्रतिपादन गरेको कानूनी सिद्धान्त सवैले पालन गर्नुपर्ने संवैधानिक व्यवस्था गरेको छ ।[१७]

यस प्रकार नेपालमा नजीरको संस्थागत विकासको शुरुवात प्रधान न्यायालय ऐन, २००८ बाट आरम्भ भएको देखिन्छ । २०१५ सालदेखि सर्वोच्च अदालतका नजीरहरू नेपाल कानून पत्रिका मार्फत प्रकाशन भएको छ । किनकी नजीरको सिद्धान्तले प्रतिपादित सिद्धान्तको सार्वजनिक प्रकाशन हुनुपर्ने मान्यता राख्दछ । वर्तमान नेपालको संविधानले समेत नजीरको पालना र प्रयोगको मान्यतालाई निरन्तरता प्रदान गरेको छ ।

सर्वोच्च अदालतबाट स्थापित नजीर वा कानूनी सिद्धान्तको प्रतिकूल निर्णय भएको देखिएको अवस्थामा सर्वोच्च अदालतको फैसला वा अन्तिम आदेश पुनरावलोकनको आधार बन्न सक्ने व्यवस्था न्याय प्रशासन ऐन, २०४८ मा गरिएको छ ।[१८]

नेपाल सरकार वि. गोर्डन विलियम्स समेत भएको लागू औषध मुद्दा[१९] र विश्वेन्द्र पासवान वि.प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषदको कार्यालय[२०] समेत भएको परमादेश सम्बन्धी रिटमा सर्वोच्च अदालतबाट यस्तै प्रकृतिका मुद्दामा प्रतिपादित नजीरको प्रतिकूल निर्णय भएको आधारमा सो मुद्दा पुनरावलोकन गरी सर्वोच्च अदालतले स्थापित गरेको पूर्व नजीर तथा कानूनी सिद्धान्तलाई मान्यता प्रदान गरेको उदाहरणहरू पाइन्छ । यसैगरी नजीरको प्रतिकूल फैसला भएकोमा सर्वोच्च अदालतमा पुनरावेदन नलाग्ने मुद्दामा दोहोराई हेर्न निवेदन गर्न सकिने आधार हुने व्यवस्था रहेको छ ।[२१] फैसला वा आदेश गर्दा सर्वोच्च अदालतबाट प्रतिपादित कानूनी सिद्धान्त वा स्थापित नजीरको प्रतिकूल निर्णय गरेको अवस्थामा न्यायाधीशको कार्यक्षमताको अभाव रहेको मानिने व्यवस्था रहेको छ ।[२२]

७. नजीरको सिद्धान्त सम्बन्धमा सर्वोच्च अदालतको दृष्टिकोण

नजीरको सिद्धान्तका सम्बन्धमा सर्वोच्च अदालतले मान वहादुर सुनार वि. कर कार्यालय, महेन्द्रनगर[२३] समेत भएको मुद्दामा गरेको व्याख्यामा अदालतले गरेका पूर्व निर्णयहरूबाट निश्चित रूपमा स्थापित भइसकेको कानूनी सिद्धान्त कानून सरह हुन्छ भन्दै एकै किसिमको कानूनी प्रश्न समावेश भएको अलग अलग मुद्दाहरूमा कानूनको अलग अलग व्याख्या भएर वा अलग अलग सिद्धान्त प्रतिपादन भए र

---

[१६] नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ को धारा ११६ (२)

[१७] नेपालको संविधानको धारा १२८ (४)

[१८] न्याय प्रशासन ऐन को दफा ११

[१९] नेकाप २०६१ नि.नं. ७४२१

[२०] लीलामणि पौडेल वि. विश्वेन्द्र पासवान, २०७० सालको नं. ००२६ आदेश मिति: २०७२/२/७

[२१] न्याय प्रशासन ऐन, २०४८ को दफा १२

[२२] न्याय परिषद् ऐन, २०४७ को दफा ४ क. को उपदफा (२) को खण्ड (झ)

[२३] ने.का.प २०५८ अंक ३-४ नि.नं. ६९८४

न्यायिक अराजकताको स्थिति उत्पन्न नहोस् भन्ने उद्देश्यले एकरूपता कायम गर्न नजीरको सिद्धान्त अपनाईएको हुन्छ भनिएको छ। नजीरको सिद्धान्तको पालना र प्रयोग भएमा कानून र कानूनी सिद्धान्त निश्चित हुन्छ। यस व्याख्याबाट एकै प्रकृतिका मुद्दामा गरिने कानूनको प्रयोगमा एकरूपता कायम गर्न र कानूनको निश्चितता कायम गर्न पूर्व निर्णय वा प्रतिपादित कानूनी सिद्धान्त महत्वपूर्ण हुने दृष्टिकोण राखेको देखिन्छ। यस मुद्दामा नजीरको सिद्धान्तको बारेमा अदालतले यसप्रकार उल्लेख गरेको छ।

- नजीरको सिद्धान्तको पालनाले कानूनको व्याख्यामा हुने अन्यौलताको स्थितिलाई अन्त्य गरी कानून र कानूनी सिद्धान्तमा निश्चितता प्रदान गर्दछ।
- आफ्नो पूर्व मान्य कानूनी सिद्धान्त वा नजीरको अनुसरण गर्नु भनेको न्यायिक अनुशासनमा बस्नु हो।
- कुनैपनि विवादको निरोपण गर्दा वा विवादमा उठेको प्रश्नको निरोपण गर्दा पूर्व निर्णयहरूलाई बढी होसियारीसाथ विश्लेषण र विवेचना हुनुपर्दछ। किनकी त्यस्ता पूर्व नजीरहरू बाध्यात्मक प्रकृतिका हुन्छन्।
- मुद्दाको निराकरण वा समाप्ति कहिलै नहुने अनिश्चित कानूनी अवस्थालाई अन्त्य गर्न र मुद्दाका पक्षहरू तथा न्यायकर्मीका लागि सरलता प्रदान गर्न नजीरको सिद्धान्त महत्वपूर्ण हुने।
- बढी संख्याको न्यायाधीशको इजलाशको निर्णय वा कानूनी व्याख्या वा कानूनी सिद्धान्त पछिल्लो निर्णय गर्ने कम संख्या भएको इजलाशले प्रश्न उठाउन मनासिव नहुने। सो गरेमा न्यायिक अवधारणा र संवैधानिक व्यवस्थाको प्रतिकूल हुन्छ। समान तहको इजलाशबाट भएको निर्णय वा प्रतिपादित सिद्धान्त समान तहको इजलाशका लागि पनि मान्य हुन्छ। समान तहको इजलाशले समान तह इजलाशबाट भएको पूर्व निर्णय प्रति असहमत भएमा कारण सहित सोभन्दा बढी न्यायाधीश भएको बृहत इजलाशमा सिद्धान्त कायम गर्न पठाउन सकिन्छ।

अदालतका सबै निर्णयहरू नजीर हुदैनन। फैसलामा कुनै कानूनी सिद्धान्त प्रतिपादन गरिएको रहेछ भने सो कानूनको प्रयोग गर्ने क्रममा पछिल्लो मुद्दाका लागि मात्र त्यो सिद्धान्त नजीरको रूपमा पालना गर्नुपर्दछ। यस सम्बन्धमा प्रदिप कुमार अग्रवाल वि. कर कार्यालय, विराटनगर भएको मुद्दामा सर्वोच्च अदालतले व्याख्या गर्दै भनेको छ कि अदालतका सबै निर्णयमा कानूनको व्याख्या वा सिद्धान्त प्रतिपादन भएको हुदैन। कानूनको व्याख्या वा सिद्धान्त प्रतिपादन नभएका निर्णयहरू नजीर हुँदैनन् र मुद्दाका पक्ष बाहेक अरुका लागि बाध्यात्मक पनि हुँदैनन्। कुनै कानूनको व्याख्या गरेर वा कानूनी सिद्धान्त प्रतिपादन गरेर त्यो व्याख्या वा सिद्धान्तका आधारमा मुद्दाको निर्णय गरिएको छ भने मात्र त्यो व्याख्या वा सिद्धान्त त्यस्तै प्रकृतिका लागि नजीर हुन्छ। निर्णयका आधारमा नभै प्रतिपादित सिद्धान्त वा व्याख्याका आधारमा मात्र त्यस्तो सिद्धान्त नजीर हुन्छ।[२४] सर्वोच्च अदालतका लागि नजीरको प्रयोग र पालनामा नजीर प्रतिपादन गर्ने इजलाशको संख्याले महत्व राख्दछ। बढी संख्याको न्यायाधीशको इजलाशबाट भएको निर्णय कम संख्या रहेको माननीय न्यायाधीशको इजलाशका लागि बाध्यात्मक हुन्छ। साथै कम संख्याको इजलाशको निर्णय बढी संख्याको इजलाशको नजीरको प्रतिकूल भएमा बेग्लै नजीर सिद्धान्त

[२४] ने.का.प २०५२ नि.नं. ६०३२

कायम हुन नसक्ने र त्यस्तो कम संख्याको न्यायाधीशको नजीर पुनरावलोकनको आधार बन्न समेत नसक्ने व्याख्या सर्वोच्च अदालतले गरेको[२५] संयुक्त इजलाशको नजीर पूर्ण इजलाशका लागि बाध्यात्मक हुदैन । विवादको विषय फरक छ भने पनि र फैसला Per Incurium छ भने पनि कम संख्याको इजलाशले पनि Per Incurium फैसला मान्न नपर्ने भन्ने व्याख्या रहेको छ । उच्च अदालतबाट प्रतिपादित नजीर एक आपसमा बाझिएकोमा कुन नजीरले मान्यता पाउने भन्ने पनि विवाद हुन सक्दछ । कानून बाझिएको अवस्थामा पछिल्लो कानून लागू हुने विधिशास्त्रीय मान्यता रहेको पाइन्छ । नजीरको हकमा बृहत संख्याको इजलाशबाट प्रतिपादित नजीर मान्य हुन्छ तर समान संख्याको इजलाशको नजीर एक आपसमा बाझिएकोमा पछिल्लो इजलाशले प्रतिपादन गरेको नजीर अनुकरणयोग्य हुने न्यायिक सिद्धान्त रहेको छ । नेपालको सर्वोच्च अदालतले पनि पछिल्लो नजीर अनुकरणयोग्य हुने मान्यता राजदेव हजारा दुँसाध वि. नेपाल सरकार भएको जीउ मास्ने बेच्ने मुद्दामा राखेको छ ।[२६]

कमलमोहन चापागाई समेत विरुद्ध देव चापागाईको जाहेरीले नेपाल सरकार भएको बहुविवाह मुद्दामा सर्वोच्च अदालतले नजीरको प्रयोग र पालना कस्तो अवस्थामा गर्ने भन्ने सम्बन्धमा व्याख्या गरेको छ । नजीरको पालना र प्रयोग न्यायिक निरन्तरता, निश्चितता र न्यायिक अनुशासन कायम राख्नका लागि आवश्यक हुने भएपनि यसको प्रयोगमा सतर्कता अपनाउनु पनि उत्तिकै आवश्यक हुन्छ । समान तथ्य भएको कुनै विवादको विषयमा कायम भएको कानूनी सिद्धान्त त्यस्तै तथ्य भएको अर्को बिवादको विषयमा लागू हुन्छ । फरक तथ्य र फरक परिस्थितिको मुद्दामा कायम भएको नजीर विषयको समानता वा पछिल्लो मुद्दाको नामाकरणमा समानताको आधारमा मात्र फरक तथ्य भएको मुद्दाको निर्णय गर्दा प्रयोग गर्न वा लागू गर्न मिल्ने हुदैन । यसकारण नजीरको पालना र प्रयोगमा पनि न्यायिक विवेकको प्रयोग गर्दै सतर्कता अपनाउनु पर्दछ ।[२७]

नजीरको परिपालना सम्वन्धमा नजीरलाई लागू गर्ने (apply), नजीरमा भर पर्ने (rely upon), ,पहिलाको भन्दा फरक हो भनेर देखाउने (differentiated) र पहिलाको नजीरलाई खारेज वा बाहेक गर्ने (overrule\set aside) गरेर यसको अभ्यास गर्ने गरेको पाइन्छ । यी तीन मध्ये नजीरको खारेजी वा त्यसको सट्टामा नयाँ सिद्धान्त स्थापित गर्दा भने निकै ध्यान पुऱ्याउनु पर्छ भन्ने धारणालाई महत्वका साथ हेर्ने गरेको पाइन्छ । विधिशास्त्री सि. के. अलेनका अनुसार पहिलाको कुनै नजीरलाई खारेज वा बाहेक गर्दा त्यसको औचित्य स्थापित गरिएको हुनु पर्दछ । उनकै शव्दमा,

> *"The frist step, of course, requires the judge to determine that the old rule was a mistake, or the society has changed since it was announced, or that the new rule simply works better. Although deciding that establishing a new rule would better serve society is necessary to the decision to overrule. It is not in itself sufficient,*

---

[२५] ने.का.प २०६० अंक ३-४ नि.नं. ८५४१

[२६] ने.का.प २०६७ अंक ९ नि.नं. ८४२१

[२७] ने.का.प २०६८ अंक ११ नि.नं. ८७१६

the larger question of whether to overrule requires consideration of other societal interests, and whether those interests are sufficient to require adherence to a wrong decision. Every overruling revuires that a price be paid; loss of stability and confidence, damage to the efficiency of the system, reduction in predictability. A court must analyse these factors so that it can cast a balance on the profit or loss to be gained from overruling.[28]

हाम्रो सर्वोच्च अदालतले पनि आवश्यकता अनुसार यसको अभ्यास गरेको पाइन्छ। पछिल्लो पटक ज्ञानेन्द्र पुरकोटी वि. नेपाल सरकार भएको वैंकिङ कसूर सम्वन्धी मुद्दामा मिति २०७४।०४।२७ मा संयुक्त इजलासले प्रतिपादन गरेको सिद्धान्तलाई पूर्ण इजलासले उल्ट्याएर (over rule) हालै नयाँ नजीर स्थापना गरेको छ।

८. नजीरको सिद्धान्तको आलोचना

नजीरको सिद्धान्तलाई केही आधारमा आलोचना गर्ने गरिन्छ। उच्च तथा सर्वोच्च अदालतबाट गरिएका फैसलामा नजीर पत्ता लगाउन कठिन हुन्छ किनकी फैसलाको सबै भाग नजीर हुन सक्दैन। फैसलाको कुन भाग नजीर हुने भन्ने छुटउन कठिन हुन्छ। नजीरको सिद्धान्तले उच्च अदालतबाट प्रतिपादित पूर्ववर्ति सिद्धान्तलाई पालना र प्रयोग गर्नुपर्दछ भन्ने मान्यता राख्दछ तर समय र प्रविधिको विकासका साथमा कानून र न्यायका मान्य सिद्धान्त पनि परिर्वतन हुनुपर्दछ र अदालत पनि सोही अनुसार परिवर्तित हुनुपर्दछ। तसर्थ नजीरको सिद्धान्त कहिलेकाँही कानूनको प्रगति र विकासमा अवरोध उत्पन्न गर्ने माध्यम बन्न सक्दछ भन्ने गरिन्छ। कतिपय अवस्थामा एउटै विषयमा फरक फरक नजीर रहेकोमा कुन नजीर आधिकारिक हो भन्ने छुट्टाउन पनि कठिन हुन्छ। अदालतले विधायिकाले बनाएको कानूनको व्याख्या गर्दा विधायिकी मनसाय अनुसार गर्नुपर्दछ। न्यायाधीशले कानूनको निर्माण गर्ने गरी कानूनी सिद्धान्त प्रतिपादन गर्ने वा व्याख्या गर्ने होइन। न त न्यायाधीशले आफ्नो कुनै आवेग, सनक (judicial hunch, temperament or idiosyncrasy) को छायाँ नै त्यस्ता सिद्धान्तहरूमा पर्न दिन हुन्छ। यी र यस्ता सम्भावित आलोचनाहरूबाट अदालतले आफूलाई जोगाई राख्न जरुरी छ। यस सन्दर्भमा बेन्जामिन कार्डोजोको भनाई महत्वपूर्ण देखिन्छ:

"The work of a judge is in one sense enduring and in another sense ephemeral. What is good in it endures. What is erroneous is pretty sure to perish. The good remains the foundation on which new structures will be built. The bad will be rejected and cast off in the laboratory of the years. Little by little the old doctrine is undermined. Often the encroachments are so gradual that their significance is at first obscured. Finally we discover that the contour of the landscape has been changed, that the old maps must be cast aside, and the ground charted anew."[29]

---

[28] C.K. Allen, Law in the Making, 7th ed.(1964), Universal Law Publishing, Delhi at 340

[29] Benjamin N. Cardozo, The Nature of the Judicial Process, (1921), Universal Law Publication, at 178

५. निष्कर्ष

नजीर वा न्यायिक निर्णय कानूनको महत्वपूर्ण र आधिकारिक स्रोत हो। भारत, अमेरिका, नेपाल, वेलायत लगायतका देशहरूमा नजीरको सिद्धान्तलाई कानूनी मान्यता दिइएको छ। यी देशहरूमा सर्वोच्च वा उच्च अदालतबाट कानूनको व्याख्याको क्रममा वा विवादको निरोपणको क्रममा प्रतिपादित नजीर वा कानूनी सिद्धान्त कानून सरह मानिन्छ र अदालतले त्यस्तै प्रकृतिको मुद्दाको निर्णय गर्दा पालना गर्नुपर्ने हुन्छ। कानूनको प्रयोगमा एकरूपता कायम गर्न र न्यायिक अराजकता हुनबाट रोकी न्यायिक अनुशासन कायम गर्न नजीरको सिद्धान्त आवश्यक र महत्वपूर्ण मानिने विधिशास्त्रीय मान्यता हो। यसले अदालत वा न्यायाधीशहरूलाई न्यायिक अनुशासनमा राख्न पनि मदत गर्दछ। मुद्दाको निराकरण वा समाप्ति कहिलै नहुने अनिश्चित कानूनी अवस्थालाई अन्त्य गर्न र मुद्दाका पक्षहरू तथा न्यायकर्मीलाई विवादको निर्णय गर्न नजीरको सिद्धान्त महत्वपूर्ण हुन्छ। तथापि नजीरको सिद्धान्तको प्रयोगलाई समयको गति र कानूनी मूल्य मान्यतामा आउने परिर्वतनसंगै हेर्नुपर्ने हुन्छ। नजीरको कठोर पालनाले कानूनको प्रयोग र प्रगतिमा कहिलेकाही अबरोध वा बाधा उत्पन्न गर्ने संभावना राख्दछ भन्ने मान्यता पनि रहेको छ। तसर्थ न्यायिक अराजकता हुनबाट रोकी कानूनको प्रयोगमा एकरूपता कायम गर्ने कुरा र समयको आवश्यकता र कानूनको विकासलाई समेत आत्मसात गर्ने कुरामा सन्तुलन कायम गर्ने कुरामा नजीर प्रतिपादन गर्ने अदालत तथा देशको कानून प्रणालीले ध्यान दिनु सान्दर्भिक हुने देखिन्छ। अन्तमा उनै बेन्जामिन कारडोजोको यो विचारधारले नजीरको निर्माणमा अपनाउनु पर्ने सतर्कता, महत्व र सान्दर्भिकतालाई अझै जोड दिएको छः

> *" Formulating judicial precedent is not the objective of any legal system, but it is a necessity of a dynamic system of law. Also continuity with the past is only a necessity, not a duty of judge. The pressure that the past must be exercise upon present and the present upon the future. Today we study the day before yesterday, in order that yesterday may not paralyze today and today may not paralyze tomorrow. Jurisprudential reasoning must be like the legs of a chair not the links of chain. A good judge is one who is the master, not the slave of the case for the betterment of justice, protecting and promoting constitution and democracy, bridging the gap between law and society, maintaining social engineering, to protect interest of the society and smooth development of legal and judicial system.*[30]

एक कदम अगाडि उनै आदरणीय न्यायमूर्ति उही ठाउँ र सन्दर्भमा हृदयलाई जगाउने गरी होसपूर्वक भन्छन्:-

> *"The future, gentlemen, is yours. We have been called to do our parts in an ageless process. Long after I am dead and gone, and my little part in it is forgotten, you will be here to do your share, and to carry the torch forward. I know that the flame will burn bright while the torch is in your keeping."*

[30] Benjamin N. Cardozo, The Paradoxes of Legal Science, (1921)

राज्यको संरचना र राज्यशक्तिको बाँडफाँड

✍हरिप्रसाद रेग्मी♦

१. विषय प्रवेश

नेपालको शासकीय स्वरुप र शैलीको विकासक्रम आफ्नै मौलिकतामा आधारित छ। आज पर्यन्त नेपालको स्वाधिनता र सार्वभौमिकता अकंटक रहेको छ। नेपालले विगतदेखी हालसम्म विदेशी मुलुकको शासन ब्यहोर्नु परेको छैन्। नेपाल राज्यको संरचना र राज्यशक्तिको बाँडफाँडका मूल्य मान्यता अनुरुप राज्यको विधायिकी, कार्यकारिणी र न्यायिक अधिकार समय समयमा विभिन्न निकाय र पदाधिकारीमा परिवर्तन हुँदै आएको महशुस गर्न सकिन्छ। समय समयका ति परिवर्तनहरु कहिले शासकको लालसाबाट कहिले नागरिकको विद्रोहबाट, कहिले जनताको शान्तिपूर्ण आन्दोलनबाट त कहिले शासककै मनोकांक्षाबाट त कहिले विश्वमा भइरहेका अभ्यासहरुलाई नेपालमा लागू गर्ने शासकीय चाहनाबाट भएको भन्न सकिन्छ। नेपाल बहुजातीय, बहुभाषिक, बहुसाँस्कृतिक, बहुधार्मिक मुलुक भएको कारणले पनि राजनीतिक, भौगोलिक, आर्थिक, सामाजिक, साँस्कृतिक र धार्मिक आयामहरुले पनि अवश्य परिवर्तनलाई प्रत्यक्ष परोक्ष सहयोग पुऱ्याएको भन्न सक्छौ।

नेपालको एकीकरण पहिले हालको नेपाल राज्य विभिन्न स-साना राज्यहरुमा विभक्त भई शासन सञ्चालन हुँदै आएको भन्ने गरिन्छ। बि.सं. १८०१ देखि नेपाल राज्यको भूगोल र शासन व्यवस्थालाई एकात्मक केन्द्रीकृत शासन व्यवस्थामा संचालन गर्ने र राज्य शक्ति केन्द्रीकृत गर्ने अभियानको न्याय प्रशासनमा पनि प्रभाव परेको मानिन्छ।[1] पृथ्वीनारायण शाहले शुरु गरेको अभियानले धेरै कालखण्ड पछि पूर्णता पाएको थियो। नेपाललाई विभिन्न इलाका, गौंडा, क्षेत्रमा राजनीतिक एवं प्रशासनिक तथा भौगोलिक सीमामा बाँडी राज्यको संरचना र राज्यशक्तिको बाँडफाँड गरेता पनि मूलतः शासकीय स्वरुप केन्द्रीकृत नै थियो। राज्यशक्ति केन्द्रमा सीमित राखी एकात्मक सरकारको लामो अभ्यास नेपालमा रहेको थियो। विगत देखिको केन्द्रिकृत शासन प्रणालीलाई विकेन्द्रीकरणको माध्यमबाट राज्यको संरचनागत र राज्यशक्तिको वितरण गर्ने व्यवस्थामा लिखित संविधानले प्रतिवद्धता जनाएका आधारहरुलाई देहाय वमोजिम औल्याउन सकिन्छ।

♦ उपन्यायाधिवक्ता, महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय

[1] "बिशाल खनाल", *नेपालको न्याय प्रशासनः एक ऐतिहासिक सिंहावलोकन, पृष्ठ २१*

नेपाल सरकार वैधानिक कानून २००४[2] का संवैधानिक व्यवस्थाले राज्य प्रणालीको हरेक अङ्गमा बढी मात्रामा जन समहभागीता गराउने नीति लिएको देखिन्छ। यद्यपी यो वैधानिक कानून कार्यान्वयन नै हुन पाएन। नेपालको अन्तरिम शासन विधान, ऐन, २००७ को धारा ५ मा "ग्राम पञ्चायत खडा गरी तिनीहरुलाई स्वायत्त शासन संस्थाको रुपमा काम गर्न आवश्यक अधिकार दिनेछ"[3] भन्ने स्पष्ट उल्लेख गरी विकेन्द्रीकरणप्रति संवैधानिक प्रतिवद्धता जनाएको थियो। वि.सं. २०१५ सालमा संविधानमा विशेष व्यवस्था गरिएन तर नेपाल राज्य नगरपालिका ऐन, २००७ र गाउँ पञ्चायत ऐन, २०१३ अनुसार नगरपालिका र गाउँ पञ्चायतहरुलाई निरन्तरता दिएको थियो। नेपालको संविधान, २०१९ ले "नेपाली जनताको कृयाशील सहयोग पाउने र विकेन्द्रीकरणको सिद्धान्तलाई अँगाल्ने" विषय उल्लेख गर्दै विभिन्न तहका पञ्चायतहरु (गाउँ सभा/गाउँ पञ्चायत, नगर सभा/ नगर पञ्चायत, जिल्ला सभा/जिल्ला पञ्चायत, अञ्चल सभा र राष्ट्रिय पञ्चायत) र ६ वटा वर्गीय संगठनहरुको व्यवस्था गरी स्थानीय निकाय सम्बन्धी स्पष्ट व्यवस्था गरेको पाइन्छ। नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७[4] ले "विकेन्द्रीकरणको माध्यमद्वारा जनतालाई अधिकाधिक मात्रामा सम्मिलित हुने अवसर जुटाई प्रजातन्त्रका लाभहरुको उपयोग गर्न सक्ने व्यवस्था कायम गर्नु राज्यको मुख्य दायित्व" हुने व्यवस्था निर्धारण गरेको पाइन्छ। विगतका संविधानको भावना र उद्देश्य उन्मुख जनताले राज्यशक्तिमा सहभागिताको महशुस गर्न सकेको पाएनन्।

नेपालका विभिन्न भूभागमा रहेका मानिसहरुका भिन्न भिन्न सोच शैली र शासन सत्तामा रहने र पुग्ने वर्गका मानिसहरु बीचको दुरी समयक्रमले बढाउदै लग्यो। वर्गीय, जातीय, भाषिक, लैंगिक, साँस्कृतिक, धार्मिक र क्षेत्रीय भेदभावको अस्तित्वलाई नेपालको विभिन्न भाग र क्षेत्र समुदायका मानिसहरुले महशुस गर्दै आएका बखत तत्कालीन जनविद्रोहमा लागेको नेकपा माओवादी क्रान्तीले मलजल गऱ्यो। त्यसै क्रान्तिलाई मौका छोपी २०६३ सालको तराई मधेश आन्दोलनले राज्य पुन: संरचना गर्न र संघीयता लागू गर्ने मागको नेतृत्व लियो। राज्यको केन्द्रिकृत र एकात्मक ढाँचाको अन्त्य गरी राज्यको समावेशी, लोकतान्त्रिक र संघीय शासन प्रणाली सहितको अग्रगामी पुनर्संरचना गर्नुपर्ने गरी तत्कालीन सरकार र आन्दोलन पक्ष बीच संझौता भए। नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ मा संशोधन गरी नेपाल राज्यको परिभाषामा नै संघीयतालाई आत्मसात गर्ने गरी व्यवस्था गरियो। राज्यको संरचना र राज्यशक्तिको बाँडफाँडमा परिवर्तन र परिमार्जन गर्नु पर्ने आवाज नागरिकको चेतनामा भएको वृद्धि, विश्वब्यापीकरणले पारेको असर, विश्वमा नेपाल हरेक तहको विकासमा पछि परेको सूचकांकहरुले अझै मलजल गरेको छ भन्नु अतिशयोक्ति नहोला। अर्को तर्फ जनतालाई विकेन्द्रीकरणको माध्यमबाट वा अधिकार निक्षेपणको सिद्धान्तका आधारमा स्थानीय निकाय गाउँ/नगर/जिल्लालाई स्वायत्त वनाउने समय समयका प्रतिवद्धता घोषणा आयोग/समितिका

---

[2] "प्रस्तावना", *नेपाल सरकार वैधानिक कानून, २००४*, नेपाल सरकार

[3] "प्रस्तावना", *नेपालको अन्तरिम शासन विधान ऐन, २००७*, नेपाल सरकार

[4] "प्रस्तावना", *नेपालअधिराज्यको संविधान, २०४७*,कानून किताब व्यवस्था समिति, श्री ५ को सरकार

सिफारिसहरुको इमान्दारी पूर्वक प्रभावकारी कार्यान्वयनमा लैजाने इच्छाशक्तिको अभाव थियो भन्ने गरिन्छ। फलस्वरुप राज्यको संरचना र राज्यशक्तिको बाँडफाँडमा कहिले सामान्य त कहिले ब्यापक परिवर्तनहरु हुँदै आएका छन्।

राज्यशक्ति भन्नाले कार्यकारिणी, विधायिकी र न्यासम्पादनको अधिकार र जिम्मेवारी भन्ने बुझिन्छ। संवैधानिक पदाधिकारीहरु र राज्यको प्रशासनिक निकायमा अतिविशिष्ट, विशिष्ट र सामान्य पदका पदाधिकारीहरु सम्म राज्यशक्तिको प्रयोग र प्रचलन गर्न पाउने पद्दति विश्वका हर मुलुकमा रहेको हुन्छ। सार्वभौम नेपाली नागरिकले जनप्रतिनिधि मार्फत निर्माण गरेको नेपालको संविधानले राज्यशक्तिलाई संघीय संसद, नेपाल सरकार, न्यायपालिका, प्रदेश सभा, स्थानीय तहका जिल्ला, महा/उपमहा/नगर/गाउँ सभा, संवैधानिक निकाय र अंगहरु, प्रदेश सरकार, स्थानीय तहका सरकार मार्फत कार्य सम्पादन गर्ने गरी राज्यशक्तिको बाँडफाँड गरेको छ। प्रस्तुत लेखमा नेपालको संविधानले नयाँ राज्यको संरचनामा ल्याएको नवीनतम संघीय अवधारणा अन्तर्गतका तीन तहका सरकारहरुको संवैधानिक व्यवस्था र राज्यशक्तिको बाँडफाँडको अभ्यासलाई केन्द्रित गरी अध्ययन गर्ने प्रयास गरिएको छ।

नेपाली जनताले पहिलो पटक आफैले निर्वाचित गरेको संविधान सभाका प्रतिनिधिबाट निर्माण गरिएको नेपालको संविधान लागू भएको छ। नेपाल संघीय, समावेशी, लोकतान्त्रिक गणतन्त्रात्मक राज्यमा रुपान्तरित भएको छ। नेपालको संविधानले संघीय लोकतान्त्रिक गणतन्त्र नेपालको मूल संरचना संघ, प्रदेश र स्थानीय तह गरी तीन तहको हुने तथा राज्यशक्तिको प्रयोग तीनै तहले संविधान र कानून बमोजिम गर्ने व्यवस्था गरेको छ। संघ, प्रदेश र स्थानीय तहका एकल अधिकारहरू संविधानको क्रमश: अनुसूची ५, ६, ८ मा र संघ, प्रदेश र स्थानीय तहका साझा अधिकारलाई अनुसूची ७ र ९ मा समावेश गरिएको छ। संविधानले संघ, प्रदेश र स्थानीय तहको अन्तर सम्बन्ध सहकारिता, सहअस्तित्व र समन्वयको सिद्धान्तमा आधारित हुने व्यवस्था गरेको छ।

विगतको एकात्मक शासन व्यवस्थाको सट्टामा नेपालले संघीय शासन व्यवस्थालाई अंगीकार गरेको हुँदा नेपालको संविधान बमोजिम संघीयता कार्यान्वयन तथा प्रशासन पुनर्संरचनाको लागि आवश्यक नीतिगत, कानूनी, संरचनागत, जनशक्ति व्यवस्थापन, वित्तीय तथा प्रणालीगत अन्तरसम्बन्धको व्यवस्था गर्न अत्यावश्यक भएको छ।

१.१ संघीयता के हो त ?

संघीयता ल्याटिन भाषाको "foedus" को अर्थ 'League' or Treaty, Pact or Covenant, "bound together" बाट विकसित भएको संन्धी वा सम्झौतामा आधारित राज्य संरचना भन्ने गरिन्छ।[5] सन् १६०३ मा Johannes

[5] https://en.wikipedia.org/wiki/Federalism

Althsius ले आफ्नो शहर फ्रान्सबाट छुट्याई स्वायत्त रुपमा आफ्ना निर्णय लिन सक्ने अधिकार प्राप्त गरेको भनी संघीयताको अवधारणालाई जन्म दिएको भन्ने मानिन्छ। राज्यको निश्चित क्षेत्र वा भूभागलाई सीमा निर्धारण गरी संरचनागत स्वायतत्ता दिई राज्यशक्ति विभाजन गर्नु हो भन्ने बुझिन्छ। राज्यको राजकीय एवं प्रशासकीय शक्ति जसलाई विधायिकी, कार्यकारिणी र न्यायिकशक्तिको प्रत्यायोजन, विकेन्द्रीकरण, एकात्मक राज्यको राज्यशक्तिको केही अधिकार हस्तान्तरण, एकाई बीच शक्तिको विभाजन हो। केन्द्र, प्रदेश वा स्थानीय तह बीचको शक्तिको बाँडफाँड हो। शाब्दिक अर्थमा एकाइहरु बीचको सन्धी वा सम्झौता हो। त्यस्तो सन्धी वा सम्झौता लिखित संविधान भएका मुलुकमा संविधान मार्फत प्रकट हुन्छ। संघीयता विविधतापूर्ण समाजका एकाइहरु भएको राष्ट्रलाई एकतामा बाँधी राख्ने कडी हो। राष्ट्र निर्माणका लागि विविधतापूर्ण मानव समाजहरुलाई एउटा राष्ट्रमा परिचित गराई विश्व समुदायसँग व्यवहार गर्न। विविधतापूर्ण समाजलाई विभक्त हुन नदिई एउटै सार्वभौम मुलुकका रुपमा टिकाई राख्न समाजहरु बीचको सन्धी वा सम्झौता नै संघीयताको उपज भन्ने गरिन्छ।

१.२ संघीयताको आवश्यकता

देशलाई संघीय संरचनामा लगी राज्यशक्तिको बाँडफाँड गरेका मुलुकहरुले संघीयताको आवश्यकतालाई आ-आफ्नो परिवेश अनुसार संघीयताको पुष्टी गर्ने गरेको पाइन्छ। खास गरी त्यस्ता आवश्यकताका विशेषयताहरुलाई देहाय बमोजिम औल्याउन सकिन्छ। केन्द्रीय प्रादेशिक र स्थानीय तहका सरकारहरु बीच अधिकार विभाजन हुँदा समग्र देशको विकासमा तिव्रता आउँछ। नीति निर्माणमा विभिन्न समुहहरुको सहभागिताले सही र आवश्यक नीति निर्माणमा सहयोग पुऱ्याई नीति कार्यान्वयनमा अपनत्व भाव जागी प्रभावकारी कार्यान्वयन हुन्छ, देश भित्रका विभिन्न भूभागमा रहेका जनताहरुको राजनीतिक, साँस्कृतिक र आर्थिक स्वायत्तताको अधिकारको सुनिश्चितता बढ्छ। विभिन्न जाति समुदायका मानिसहरुको भाषा, परम्परा र धर्मको संरक्षण हुन्छ। समाजका विविधता बीच एकता बलियो हुन्छ। राजनीतिक नेता र कार्यकर्ताका लागि बहु प्रकृतिका जिम्मेवारी र कार्यको सिर्जनाले समाज विकासमा सहयोग पुग्छ। संयुक्त एक राज्य बनाउनु पूर्व संयुक्त राज्य अमेरिका, भारत, स्विट्जरल्याण्ड लगायतका मुलुकहरु यसका उदाहरण मान्न सकिन्छ।

नेपालको संविधानले प्रस्तावनामा संघीयता किन आवश्यक पऱ्यो भन्ने जिज्ञासालाई पुष्ट्याई दिने प्रयास गरेको पाइन्छ। संविधानको प्रस्तावनामा भनिएको छ; "...विगत देखिको सामन्ती, निरंकुश, केन्द्रीकृत र एकात्मक राज्य व्यवस्थाले सृजना गरेका सबै प्रकारका विभेद र उत्पीडनको अन्त्य गर्दै,...संघीय लोकतान्त्रिक गणतन्त्रात्मक शासन व्यवस्थाको माध्यमद्वारा दिगो शान्ति, सुशासन, विकास र समृद्धिको

आकांक्षा पूरा गर्न संविधान सभाबाट पारित गरी यो संविधान जारी गरिएको..."[6] भनी पुष्ट्याई दिएको देखिन्छ ।

२. नेपालमा संघीय शासन प्रणालीको सूत्रपातका स्रोतहरु र अधिकार निक्षेपणको कार्यान्वयनका कमजोर पक्षहरु[7]

२.१ राज्यको संरचना र राज्यशक्तिको बाँडफाँडमा विगतका संवैधानिक व्यवस्था

नेपाल सरकार वैधानिक कानून, २००४ का संवैधानिक व्यवस्थाले पञ्चायत प्रणालीको अवधारणा विकास गरी गाउँ, नगर र जिल्ला पञ्चायत मार्फत प्रजा (जनता) लाई राज्य प्रणालीको हरेक अङ्गमा बढी मात्रामा सम्मिलित गराउने नीति लिएको देखिन्छ ।

नेपालको अन्तरिम संविधान, २००७ को धारा ५ मा "ग्राम पञ्चायत खडा गरी तिनीहरुलाई स्वायत्त शासन संस्थाको रुपमा काम गर्न आवश्यक अधिकार दिनेछ" भन्ने स्पष्ट उल्लेख गरी विकेन्द्रीकरणप्रति संवैधानिक प्रतिवद्धता जनाएको पाइन्छ ।नेपाल अधिराज्यको संविधान २०१५ मा विकेन्द्रीकरण एवं स्वायत्त शासन सम्बन्धमा केही व्यवस्था गरेको देखिँदैन तर वि.सं. २०१५ सालमा संविधान जारी हुँदा नेपाल राज्य नगरपालिका ऐन, २००७ र गाउँ पञ्चायत ऐन, २०१३ अनुसार नगरपालिका र गाउँ पञ्चायतहरुलाई निरन्तरता दिएको पाइन्छ । मन्त्रालयको कार्यक्षेत्र गाउँपञ्चायत, नगरपालिका र जिल्ला पञ्चायतको प्रशासन र नियन्त्रण व्यवस्था योजना र कर नीति लगायतका विषय हेर्ने गरी जिम्मेवारी तोकेको पाइन्छ ।

नेपालको संविधान, २०१९ ले "नेपाली जनताको सर्वोत्तम हित र समुन्नतिको निमित्त लोक सम्मती अनुकूल शासन व्यवस्था चलाउनु वाञ्छनीय भएको र त्यस्तो व्यवस्था जनजीवनमा आधारित राष्ट्रिय प्रतिभा र परम्परा सुहाउँदो तलैदेखि उठी सम्पूर्ण जनताको कृयाशील सहयोग पाउने र विकेन्द्रीकरणको सिद्धान्तलाई अँगाल्ने" विषय उल्लेख गर्दै विभिन्न तहका पञ्चायतहरु (गाउँ सभा/गाउँ पञ्चायत, नगर सभा/नगर पञ्चायत, जिल्ला सभा/जिल्ला पञ्चायत, अञ्चल सभा र राष्ट्रिय पञ्चायत) र ६ वटा वर्गीय संगठनहरुको व्यवस्था गरी स्थानीय निकाय सम्बन्धी स्पष्ट व्यवस्था गरेको पाइन्छ ।

नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ ले "विकेन्द्रीकरणको माध्यमद्वारा जनतालाई अधिकाधिक मात्रामा सम्मिलित हुने अवसर जुटाई प्रजातन्त्रका लाभहरुको उपयोग गर्न सक्ने व्यवस्था कायम गर्नु राज्यको मुख्य दायित्व" निर्धारण गरेको पाइन्छ र राष्ट्रिय सभाको गठन गर्दा "प्रत्येक विकास क्षेत्रका गाउँ र

---

6 "प्रस्तावाना", *नेपालको संविधान,* कानून किताव व्यवस्था समिति नेपाल सरकार

7 हालसम्मका राष्ट्रिय स्तरका विकेन्द्रीकरण आयोग तथा समितिका प्रतिवेदनहरुको अध्ययनका आधारमा तयार पारिएको सङ्घीय प्रणालीमा हुनुपर्ने स्थानीय सरकारका सन्दर्भमा उपयुक्त देखिएका सिफारिसहरुको अध्ययन प्रतिवेदन नेपाल सरकार सङ्घीय मामिला तथा स्थानीय विकास मन्त्रालय सिंहदरवार,२०७१ http://mofald.gov.np/mofald/userfiles/docs_.379pdf

नगरका स्थानीय निकायका प्रमुख र उपप्रमुख तथाजिल्लाका स्थानीय निकायका प्रमुख, उपप्रमुख र सदस्यहरु मतदाता भएको निर्वाचक मण्डलद्वारा तत त्तत् विकास क्षेत्रबाट ३/३ जनाका दरले निर्वाचित हुने १५ जना सदस्यहरु राष्ट्रिय सभामा प्रतिनिधित्व गर्ने व्यवस्थाले स्थानीय निकायलाई निरन्तरता दिने सोच बनाएको पाइन्छ ।

२.२ आयोग/ समितिका प्रतिवेदनहरु

विकेन्द्रीकरण प्रकृयालाई सुदृढीकरण गर्ने अभिप्रायले सर्वप्रथम वि.सं. २०२० सालमा श्री विश्ववन्धु थापाको अध्यक्षतामा गठित प्रशासनिक शक्ति विकेन्द्रीकरण आयोगले "गाउँ/नगर/जिल्ला सभालाई विधायिका बनाउने र तत पञ्चायतलाई कार्यकारिणीको रुपमा कार्य गर्ने स्थानीय विषयमा उनीहरुको अधिकार केन्द्रीय सरकारको सरह हुने, स्थानीय शान्ति सुरक्षा, भ्रष्टचार निवारण जस्ता विषय पनि स्थानीय पञ्चायतलाई दिने, स्थानीय स्तरका विकाससँग सम्बन्धित सबै कार्य तहगत रुपमा जिल्ला पञ्चायत/नगर पञ्चायत/गाउँ पञ्चायतमा विभाजन गरेर कार्य सञ्चालन गर्ने गराउने, ती कार्य सम्पादन गर्न आर्थिक अधिकार प्रदान गर्ने र स्थानीय स्तरमा झैझगडा मिलाउन न्यायिक अधिकार समेत दिने र न्यायधीशको नियुक्ति समेत स्थानीय स्तरबाट गर्ने विषयलाई प्रथम, संक्रमणकालिन र अन्तिम चरण गरी चरणबद्ध रुपमा पूर्ण निक्षेपणको परिकल्पना गर्दै यस्ता निक्षेपित स्थानीय पञ्चायतलाई 'आदर्श पञ्चायत' को रुपमा कायम गर्ने सिफारिस समेत गरेको पाइन्छ ।

वि.सं. २०२४ सालमा भोजराज घिमिरेको अध्यक्षतामा गठित विकेन्द्रीकरण समितिको "जिल्ला पञ्चायतलाई जिल्ला स्तरीय विकास योजना तर्जुमा र सञ्चालन गर्ने सम्पूर्ण अधिकार विकेन्द्रीकृत गर्नुपर्ने "सुझाव दिएको थियो र यो समिति विश्ववन्धु थापा आयोगले सिफारिस गरेको विषय तत्काल लागू नगर्ने निष्कर्षमा समेत पुगेको पाइन्छ ।

त्यस्तै २०२६ सालमा श्री जयप्रकाशको अध्यक्षतामा गठित विकेन्द्रीकरण समितिले पनि केन्द्रमा रहेको विकास सम्बन्धी सबै अधिकारहरु जिल्लासभा र जिल्ला पञ्चायतलाई दिनुपर्ने र साविकमा सचिवको हैसियतले प्रमुख जिल्ला अधिकारीले गर्दै आएको निर्णय कार्यान्वयन, रेखदेखको कार्य पञ्चायत विकास अधिकारीलाई दिने र विकेन्द्रीकरणलाई प्रथम, संक्रमणकालिन र अन्तिम चरण गरी तीन चरणमा लागू गर्न सुझाव दिँदै केन्द्र स्तरमा पनि प्रधानमन्त्रीको अध्यक्षतामा विकेन्द्रीकरण समिति गठन गर्ने जस्ता सुझाव पेश गरेको थियो ।

वि.सं. २०३८ सालमा श्री रणधिर सुव्बाको अध्यक्षतामा गठित विकेन्द्रीकरण उपसमितिले "गाउँ पञ्चायतलाई विकासको प्रारम्भिक तह बनाउने, विकाससँग सम्बन्धित जिल्ला स्तरीय कार्यालयलाई जिल्ला पञ्चायत सचिवालयको शाखाको रुपमा राख्ने, आवधिक योजना र सहभागितात्मक जिल्ला विकास योजना

तर्जुमाको व्यवस्था, विकेन्द्रीकरण सम्बन्धी छुट्टै ऐन तर्जुमा, महालेखा परीक्षकको विभागबाट लेखापरीक्षण गर्ने, केन्द्रमा र स्थानीय स्तरमा विकेन्द्रीकरण अनुगमन समितिको व्यवस्था गाउँ/नगर र जिल्लास्तरका योजनाको वर्गीकरण र जिल्ला विकास योजना जिल्ला सभाबाट स्वीकृत गर्ने जस्ता विषय सिफारिस गरिएको थियो। उक्त उपसमितिको सिफारिस विकेन्द्रीकरण ऐन, २०३९ र विकेन्द्रीकरण (कार्य व्यवस्था) नियमावली, २०४१ जारी गरी कार्यान्वयनमा ल्याएको समेत पाइएको छ।

कार्यान्वयनको हिसावमा टंक प्रसाद आचार्य र रणधिर सुव्बा आयोग/समितिको सिफारिस प्रायः सबै कार्यान्वयनमा आएको पाइएको छ।वि.सं. २०५३ सालमा तत्कालीन प्रधानमन्त्री श्री शेर बहादुर देउवाको अध्यक्षतामा गठित उच्चस्तरीय विकेन्द्रीकरण समितिले "स्थानीय स्तरका कार्यहरु, स्रोत साधन जुटाउने आर्थिक अधिकार, आफ्ना कर्मचारी आफै भर्ना गर्न सक्ने प्रशासनको अधिकार, केन्द्र र स्थानीय स्तरमा विभिन्न सरकारी/गैरसरकारी राजनीतिक दलसँग समन्वय गर्न समन्वय, अनुगमन तथा कार्यान्वयन समितिहरु, स्थानीय निकाय सेवा आयोगको गठन, समावेशी संरचनाको व्यवस्था र स्थानीय विकास मन्त्रालयलाई स्वायत्त शासन मन्त्रलयको रुपमा परिणत गर्नुपर्ने," जस्ता विषय सिफारिस गरेको र स्थानीय स्वायत्त शासन ऐन, २०५५ र तत्सम्बन्धी नियमहरु २०५६ तत्काल जारी भई कार्यान्वयनमा ल्याएको थियो।

वि.सं. २०५७ सालमा तत्कालीन रा.यो.आ. का उपाध्यक्ष डा. श्री शंकर प्रसाद शर्माको अध्यक्षतामा गठित स्थानीय निकाय वित्तीय आयोग, २०५७ ले वित्तीय विकेन्द्रीकरणका क्षेत्रमा देखा परेका चुनौती तथा समस्याहरुलाई सम्बोधन गर्न ठोस सुझाव प्रस्तुत गरेको पाइन्छ। जसअनुसार स्थानीय निकायको संख्याको पुनरावलोकन, स्थानीय प्राकृतिक एवं उद्योग व्यवसायमा कर लगाउने, केन्द्रीय राजस्व बाँडफाँडको मापदण्ड निर्धारण, कार्य जिम्मेवारी अनुसार अनुदानको व्यवस्था, लेखा र लेखापरीक्षण सम्बन्धी संस्थागत व्यवस्थाका साथै स्थानीय निकाय वित्तीय आयोगलाई स्थायित्व दिने विषय समेत सुझावका रुपमा प्रस्तुत गरिएको थियो। स्थानीय निकायको संख्या पुनरावलोलन तथा लेखापरीक्षण बोर्ड बाहेक कतिपय सुझावहरु कार्यान्वयनमा आएको पाइएको छ।

२०५८ सालमा विकेन्द्रीकरण कार्यान्वयन तथा अनुगमन समितिको बैठकबाट विकेन्द्रीकरण कार्यान्वयन कार्ययोजना स्वीकृत भई विकेन्द्रीकरणलाई परिभाषित गर्दै पाँच वर्ष भित्र विकेन्द्रीकरणका मूलभूत पक्ष र वित्तीय विकेन्द्रीकरणका बिषयलाई समय वद्ध गरी कार्ययोजनामा समावेश गरिएको पनि देखिन्छ।

तर २०५९ सालमा स्थानीय निर्वाचित पदाधिकारीको निर्वाचित अवधि समाप्त भई थप नभएको कारणले विकेन्द्रीकरण र निक्षेपणलाई संस्थागत गर्न सकिएन। कतिपय सुझावहरु कार्यान्वयनमा ल्याउने प्रयास भए तापनि कार्यान्वयन हुन सकेनन्।

वि.सं. २०६० सालमा तत्कालीन स्थानीय विकास मन्त्री कमल थापाको अध्यक्षतामा गठित स्थानीय निकाय सुदृढीकरण उच्चस्तरीय समितिको "मापदण्डका आधारमा स्थानीय निकायको संरचना बनाउने तत्कालीन गा.वि.स./जि.वि.स./न.पा.तथा क्षेत्रीय स्तरलाई क्रमशः ९६२ वटा गाउँपालिका/नगरपालिका ७५ वटा, जिल्लापालिका ५ वटा र क्षेत्रपालिका गठन गर्नुका साथै१२५६५ गाउँ/नगर विकास समिति समेत गाउँ/नगरपालिका तहभन्दा तल जनाधार तहसम्म कार्य निक्षेपण गर्ने उद्देश्य सहित गठन गर्न सुझाव पेश गरेको थियो तर उक्त प्रतिवेदन सार्वजनिक हुन सकेन ।

२.३ प्रशासन सुधार आयोग र समितिका प्रतिवेदनहरु

नेपालको शासन व्यवस्थामा प्रशासकीय विकेन्द्रीकरणका लागि जिल्ला व्लक, मण्डल र गाउँ स्तरीय व्यवस्था तत्कालिन प्रधानमन्त्री श्री टंक प्रसाद आचार्यको अध्यक्षतामा गठित प्रशासकीय पुनर्गठन योजना आयोग, २०१३ बाट आरम्भ भएको पाइन्छ । यस आयोगको प्रमुख उपलब्धिका रुपमा प्रथम पञ्चवर्षीय योजनाको प्रारम्भ, योजना आयोगलाई सेवा आयोग र अन्य निजामती सेवालाई व्यवस्थित र संस्थागत गराउने उद्देश्यले निजामती सेवा ऐन, २०१३ र त्यस सम्बन्धी नियमावली तत्काल लागू भएको पाइएको छ ।

त्यसपछि वि.सं. २०२५ मा गठित श्री वेदानन्द झाको अध्यक्षतामा गठित प्रशासन सुधार आयोगको प्रतिवेदनमा प्रमुख जिल्ला अधिकारीको सट्टा पञ्चायत विकास अधिकारीलाई जिल्ला पञ्चायतको सचिव बनाई विकेन्द्रीकरणलाई प्रभावकारी बनाउने, कार्य फछ्र्यौट सम्बन्धी कार्यविधिलाई सरलीकरण गर्ने विकास सम्बन्धी कार्यालयहरु जिल्ला पञ्चायतको समन्वयमा कार्य गर्ने व्यवस्था र केन्द्रको जिम्मेवारीमा नीति निर्माण र रेखदेख कार्य राख्ने जस्ता सुझाव पेश गरेको पाइन्छ ।

वि.सं. २०३२ सालमा श्री भेष बहादुर थापाको अध्यक्षतामा गठित प्रशासन सुधार आयोगले स्थानीय स्वायत्त सरकारको स्थापना गर्ने, विकासमूलक प्रशासनलाई परिभाषित गर्दै साधारण प्रशासनको सुदृढीकरणका साथै राष्ट्रिय आकांक्षा र आवश्यकता अनुरुपको योजना तर्जुमा गर्ने र स्वीकृत योजनालाई प्रभावकारी ढंगबाट कार्यान्वयन गर्ने सुदृढ संगठनात्मक क्षमता बृद्धि गर्ने जस्ता सुझाव पेश गरेको थियो ।

कार्यक्रम बजेटको संस्थागत विकास गर्ने, विकास कार्यमा जनसहभागिता जुटाउने, जिल्लाको संख्या घटाउने र प्रशासनिक विकेन्द्रीकरण गरी केन्द्र, विभाग, क्षेत्रीय निर्देशनालय, विकास योजना समितिको तहगत कार्य बाँडफाँड गर्ने र जिम्मेवार निकाय बनाउने सुझाव पेश गरिएको थियो । यस आयोगले गरेको सिफारिसमा "प्रशासनको विकास र विकास प्रशासन" लाई संस्थागत गराई कार्यक्रम बजेट प्रणाली लागू गर्ने सुझाव कार्यान्वयनमा आएको पाइएको छ ।

वि.सं. २०४८ सालमा तत्कालिन प्रधानमन्त्री श्री गिरिजाप्रसाद कोईरालाको अध्यक्षतामा गठित प्रशासन सुधार आयोगको "स्थानीय निकायको संलग्नतामा हुनसक्ने कार्य ऐनबाट स्थानीय निकायलाई निक्षेपण गर्ने, स्रोत साधन र क्षमताको परिचालन गर्न स्थानीय निकायलाई उत्प्रेरित गर्ने, स्थानीय निकाय सेवा आयोगको व्यवस्था स्थानीय विकास कोष स्थापना, जिल्लाको संख्या पुनरावलोकन गर्ने र स्थानीय स्वशासन तथा सामाजिक विकास मन्त्रालयलाई विकेन्द्रीकरणको प्रमुख जिम्मेवार निकाय बनाई अन्तर्राष्ट्रिय/राष्ट्रिय गैरसरकारी संस्थाहरुको समन्वय एवं समाज कल्याण परिषद्लाई उक्त मन्त्रालय अन्तर्गत सार्ने सुझाव पेश गरेको थियो । कतिपय यस आयोगका सुझाव स्थानीय स्वायत्त शासन ऐन २०५५ बाट पनि सम्बोधन गरिएको पाइन्छ ।

वि.सं. २०७० सालमा गठित प्रशासकीय अदालतका प्रमुख माननीय न्यायाधीश श्री काशीराज दाहालको अध्यक्षतामा गठित प्रशासन सुधार सुझाव समितिले पनि बदलिँदो परिप्रेक्ष्यमा स्थानीय निकायलाई स्थानीय सरकारको रुपमा रुपान्तरण गर्दै स्थानीय स्तरका विकास सम्बन्धी सम्पूर्ण अधिकारका साथै आर्थिक, प्रशासनिक एवं न्यायिक अधिकार समेत स्थानीय सरकारमा निक्षेपण गर्न सुझाव प्रस्तुत गरेको पाइएको छ ।

उल्लिखित सोच र सुझावहरुलाई आत्मसात गरी अठोस रुपमा कार्यान्वयनमा लैजाने संविधानसभाको इच्छाशक्तिबाट अभावका कारण संघीयता संविधानमा नै व्यवस्था गरी तीन तहका स्वायत्त सरकारको व्यवस्था गर्दै विश्वमा नेपालले नवीनतम संघीय अभ्यासहरुलाई आत्मसात गर्न पुग्यो ।

३. संघीय संरचना र राज्यशक्तिको बाँडफाँडले सिकाएको पाठ र अन्तर्राष्ट्रिय अभ्यास

नेपालको संविधान निर्माताहरुले संघीय संरचना र राज्यशक्तिको बाँडफाँडको खाका कोर्दा झेल्नु परेका थुप्रै आवाजहरु मध्ये बढी सुनिने कुराहरु उल्लेख गर्न सकिन्छ । (क) आत्मनिर्णयको अधिकारको सैद्धान्तिक स्वीकृति सहित जातीय क्षेत्रीय स्वायत्तता, (ख) उत्पीडित जातीय पहिचान सहितको संघीयता (ग) पूर्ण समानुपातिक प्रतिनिधित्व (घ) राज्यका सबै अङ्ग र तहमा पहुँच र (ङ) स्वायत्तता भित्र स्वायत्त आदि सिद्धान्त र नीतिका आधारमा राज्य पुनर्संरचना गरिनुपर्दछ भन्ने आवाजहरुलाई पूर्णरुपमा कार्यान्वयनमा ल्याउन सकिएन । यद्यपी ति सबै कुरा नेपालको परिप्रेक्ष्यमा सही गलत दुवै हिसावले विहंगम बहस र छलफल भएका छन् ।

राज्यको संरचना र राज्यशक्तिको बाँडफाँडको अन्तिम लक्ष्य र उद्देश्य संघ, प्रदेश र स्थानीय तहका सरकारले गर्ने सार्वजनिक कार्य हो । तीनै तहका सरकारको काम जनतालाइ सुलभ सेवाको लागि वातावरण सिर्जना गर्ने, कानूनको परिपालना गराउने हो । सरकार आँफैले सबै काम गर्ने होइन । सेवा प्रदान गर्दा निजी, सहकारी र सामुहिक तवरबाट प्रदान गर्ने वातावरण बनाउने, दिशा निर्देश गर्ने कार्य पनि

सरकारको हो । नागरिकहरु स्वयं सगठित भइ सेवाको स्वरुप अनुसार सेवा लिने ठाउँ निजी, सहकारी र सार्वजनिक कुन हो सो समेत स्पष्ट भएमा मात्र नागिरकले सहज र सरल रुपमा सेवा प्राप्त गर्न सक्दछन । मूलतः सरकारका कामहरू जनतालाई सेवा प्रबाह गर्ने वा आन्तरिक प्रक्रिया (योजना बनाउने बजेट बनाउने खरिद गर्ने, अनुगमन तथा मूल्यांकन गर्ने, कर्मचारी व्यवस्थापन गर्ने, अनुसन्धान गर्ने, तालिम दिने) संग सम्बन्धित हुन्छन् । सरकारको कार्यहरूलाई विकेन्द्रीकरणको स्वरूप अनुसार विकेन्द्रिकृत, अधिकार प्रत्यायोजित र निक्षेपित कार्य, खर्च र आम्दानी सम्बन्धी कार्य, बाध्यात्मक र ऐच्छिक कार्य, एकल र साझा अधिकारको कार्य र गर्न सक्ने र गर्न नसक्ने कार्यमा वर्गीकृत गरी संविधान निर्माताले कोरेको खाका र सीमा भित्र रही भूमिका निर्वाह गर्न आवश्यक हुन्छ ।

एकात्मक मुलुकमा कार्य जिम्मेवारी बाँडफाँडको प्रक्रियालाई Top-down approach को रुपमा लिन सकिन्छ । संघीय मुलुकमा भने Bottom-up approach को रुपमा जिम्मेवारी बाँडफाँडको प्रक्रियालाई अबलम्बन गर्ने गरिन्छ । संघीय मुलुकमा प्रायः संविधानमा नै अधिकारको बाँडफाँड गरिन्छ । संविधानमा भएको अधिकारको हेरफेर संविधान संशोधनको प्रकृया अवलम्बन गरी गर्न सकिने हुनाले प्राप्त अधिकार सुनिश्चित हुन्छन् र हत्तपत्त संशोधन हुन सक्दैनन । कतिपय संघीय मुलुकले भने दुबै तरिका अपनाइ जिम्मेवारी बाँडफाँड गर्ने गरेको पनि पाइन्छ ।

एकात्मक शासन प्रणालीबाट संघीय शासन प्रणालीमा प्रवेश गरेको नेपाल जस्तो मुलुकको लागि कार्यगत जिम्मेवारी बाँडफाँडको प्रक्रिया विभिन्न तहका सरकारमा अधिकारको बाँडफाँडको लागि प्रस्थान बिन्दु भएको र कार्यगत विश्लेषणबाटै कति आर्थिक व्ययभार पर्ने र के कस्तो कानूनी र संगठन संरचना (Money follows functions or form follows functions) आवश्यक पर्ने र के कति जनशक्ति आवश्यक पर्ने कुराको निक्यौल गर्न अझै धेरै काम बाँकी नै छन् ।

३.१ अन्तर्राष्ट्रिय अभ्यास

क. भारत

भारतीय संघीय संरचना र हाम्रो संघीय संरचनामा केही विशेष भिन्नता पाइन्छ । भारतमा संघीय र राज्य सरकारका बीचको सम्वन्ध अन्तरनिर्भरता र स्वायत्तताका सवालमा नेपाल सरकार र प्रदेश सरकार बीचको सम्वन्ध र अन्तरनिर्भरतामा फरक पाइन्छ । भारतका स्थानीय तहहरु प्रदेश सरकार मातहत सरह रहेका छन् । तर नेपालका स्थानीय तहका सरकार स्वायत्त छन् । भारतमा स्थानीय तह प्रदेश कानुनबाट व्यवस्थित छ । स्थानीय तह प्रदेशको अधिनस्थ मानिन्छ । चुनाव गर्ने बन्दोबस्त प्रदेशले मिलाउने गर्छ ।

ख. अमेरिका

अमेरीकामा संघीय सरकार,राज्य सरकार र राज्य सरकार अन्तर्गत स्थानीय तहका सरकारहरु रहेका छन् । स्थानीय तहका सरकारमा काउण्टी, शहर उन्मुख, विशेष जिल्ला, **नगरपालिका**:- शहर, बजार, बोरफरगाउँ । यो व्यवस्था प्रदेश पिच्छे फरक छ । County र municipality सबै प्रदेशमा रहेका छन । प्रदेश कानुन अनुसार व्यवस्था गरिएको छ ।

ग. दक्षिण अफ्रिका

दक्षिण अफ्रिकामा संघीय सरकार, ९ प्रदेश सरकार र स्थानीय तहका सरकारमा ८ महानगर, २७८ नगर, ४४ जिल्ला र २२६ गाउँपालिकाहरुको संरचना बनाई राज्यशक्तिको बाँडफाँड गरिएको पाइन्छ ।

३.२. संघीयताबाट विघटनमा गएका देशहरु

शासकीय पद्दति कुन सही कुन गलत भन्ने कुरा देशको विशिष्टतामा भर पर्दछ । विश्वमा मुलुकलाई संघीयतामा नलगेको निहुँमा होस वा एकात्मक सरकार नबनाइएको विषयलाई लिएर होस मुलुक विघटन र एकीकरण भइरहेको देखिन्छ । संघीयता असफल भएका मुलुकहरुको सूचीमा देहायका मुलुकहरुलाई हेर्न सक्छौ ।

संयुक्त प्रोभिन्सेस अफ मध्य अमेरिका, संघीय राज्य अफ अमेरिका, मलेयन संघीय राज्य, संघीय अफ अरब गणतन्त्र, संघीय दक्षीण अरेवीया, वेष्टइन्डिज संघ, इम्पेरियल संघ, फ्रेन्च वेष्ट अफ्रिका, माली संघ, पोलिस लिथुवानिया कमनवेल्थ, रोडेएशिया तथा नाइसल्याण्ड, समाजवादी गणतन्त्र सोभियत संघ, चेकोस्लोभाकिया, संघीय समाजवादी गणतन्त्र युगोस्लोभिया, भारत-पाकिस्तान, पाकिस्तान-बंगलादेश, मलेशिया- शिंगापुर, इथोपिया- इरेट्रियालाई उदाहरणका रुपमा लिन सकिन्छ ।

३.३. देहायको अवधि संघीयतामा रही एकात्मक संरचनामा फर्किने मुलुकहरु

विश्वमा केही मुलुकहरुले संघीय संरचनाको अभ्यासबाट असफलता हात पारेका छन् । त्यस्ता मुलुकहरुमा युगाण्डा १९६२ देखि १९६६ सम्म, केन्या १९६३ देखि १९६५ सम्म, क्यामरुन १९६२ देखि १९७२ सम्म, कंगो १९६० देखि १९६५ सम्म, इथोपिया १९५२ देखि १९६२ सम्म र पुनः १९९१ देखि हाल सम्म, सुडान १९७२ देखि १९८३ सम्म को अभ्यास पछि एकात्मक राज्यमा फर्किएका हुन् ।

३.४. पटक पटक लामो बहस र छलफलपछि मुलुकलाई संघीयतामा लैजान नहुने निष्कर्ष निकाल्ने मुलुकहरु

बेलायत, इटली, अफगानस्तान, फिलिपिन्स, इन्डोनेशिया, तान्जानिया, इराक, लगायतका एशियन, अफ्रिकन, युरोपियन र अमेरिकन मुलुकहरुको लामो सूची भेट्न सकिन्छ ।

३.५.संघीयतालाई सफल कार्यान्वयनमा लैजान सके हासिल हुन सक्ने उपलब्धीहरु

- जनताको सहभागिताले विकासमा जनताको अपनत्व बढ्ने र सिघ्र विकासलाई सहयोग पुग्ने
- विविधतापूर्ण नेपाली समाजका मानिसहरुको भाषा संस्कृति धर्म संस्कारको संरक्षण र प्रवर्द्धन हुने
- राजनीतिक, आर्थिक, सामाजिक अधिकारमा स्वायत्तताको अभिवृद्धि हुने
- जनताले प्राप्त गर्ने सेवा र सुविधा एवं पहुँचमा सहजता,सिघ्रता र स्पष्टता हुने
- जनप्रतिनिधिहरुमा उत्तरदायित्व र जवाफदेहिता बढ्ने
- विविधतामा एकता फष्टाउँने
- मुलुकको राष्ट्रियता सम्वर्द्धन गर्ने अवसर प्राप्त हुने
- मुलुकमा राजनीतिक क्षेत्र जिम्मेवारी र अवसरको उपलब्धता वृद्धि हुने

४. राज्यको संरचना र राज्यशक्तिको बाँडफाँडमा नेपालको संविधानमा रहेका व्यवस्थाहरु र अभ्यास

४.१ राज्यको संरचना

नेपालको संविधानको भाग ५ मा राज्यको संरचना र राज्यशक्तिको बाँडफाँडका विषयमा व्यवस्था गरिएको छ । संविधानको धारा ५६ को उपधारा (१) मा "राज्यको संरचना संघीय लोकतान्त्रिक गणतन्त्र नेपालको मूल संरचना संघ, प्रदेश र स्थानीय तह गरी तीन तहको हुनेछ"[8] भन्ने व्यवस्था गरिएको छ । यसै गरी उपधारा (२) मा "नेपालको राज्य शक्तिको प्रयोग संघ, प्रदेश र स्थानीय तहले यस संविधान तथा कानून बमोजिम गर्ने छन्" भन्ने उल्लेख भएको छ । हालको प्रदेश सरकारहरुको अभ्यास हेर्दा संविधान अनुकुलको दायराभित्र नरही आफू अनुकूल अगाडि बढ्न खोजेको केही दृष्टान्त हाम्रा अगाडि आएका छन् । करको विषय होस वा कर्मचारी प्रशासनका विषय एवं विकास निर्माण र साधन स्रोत परिचालनका विषयमा संवैधानिक दायर बाहिर गई द्वन्द निम्तिने अभ्यास देखिन थालेका छन् । संविधानको यस धाराको उपधारा (३) मा भनिएको छ "संविधान प्रारम्भ हुँदाका बखत नेपालमा कायम रहेका अनुसूची -४ मा उल्लेख भए बमोजिमका जिल्लाहरू रहेका प्रदेशहरू रहने छन् " जस अनुसार नेपालमा साविकदेखि रहेका

[8] नेपालको संविधान धारा ५६

७५ जिल्ला यथावत कायम रही नवलपरासी र रुकुम जिल्लालाई विभाजन गरी दुवै जिल्लाहरुलाई पूर्व र पश्चिम तर्फ विभाजन हुँदा हाल थपिएका दुई समेत गरी ७७ जिल्ला कायम रहेका छन् ।

संघलाई संविधान र कानुनको अधिनमा रही नेपालको शासन व्यवस्थाको सामान्य निर्देशन, नियन्त्रण र संचालन गर्ने अभिभारा मन्त्रिपरिषदमा हुने भनी संविधानको धारा ७५ को उपधारा (२) ले व्यवस्था गरेको छ । प्रदेश सरकारलाई संविधान र अन्य कानुनको अधिनमा रही प्रदेशको शासन व्यवस्थाको सामान्य निर्देशन, नियन्त्रण र सञ्चालन गर्ने अभिभारा प्रदेश मन्त्रिपरिषदमा हुने भनी संविधानको धारा १६२ को उपधारा (२)ले व्यवस्था गरेको छ । यसै गरी स्थानीय तहलाई संविधान र अन्य कानुनको अधिनमा रही गाउँपालिका र नगरपालिकाको शासन व्यवस्थाको सामान्य निर्देशन, नियन्त्रण र सञ्चालन गर्ने अभिभारा गाउँ कार्यपालिका र नगर कार्यपालिकामा हुने भनी संविधानको धारा २१४ को उपधारा (३) ले व्यवस्था गरेको छ ।

संविधानको धारा ५६ को उपधारा (४) मा "स्थानीय तह अन्तर्गत गाउँपालिका, नगरपालिका र जिल्ला सभा रहने छन् । गाउँपालिका र नगरपालिकामा रहने वडाको संख्या संघीय कानून बमोजिम हुनेछ" भन्ने यस व्यवस्थालाई संविधानको धारा २९५ (३) बमोजिम गठित आयोगको प्रतिवेदन र नेपाल सरकारले गठन गरेका समय समयका समितिका सिफारिस एवं प्रतिवेदनका आधारमा नेपाल सरकारले सुझाव लिई स्थानीय तहहरुको संख्या र सीमाना निर्धारण गरी तत् तत् स्थानीय तहमा निर्वाचन समेत सम्पन्न भई सबै स्थानीय तहहरु गठन भएका छन् ।

संविधानको धारा ५६ को उपधारा (५) मा "संघीय कानून बमोजिम सामाजिक साँस्कृतिक संरक्षण वा आर्थिक विकासका लागि विशेष, संरक्षित वा स्वायत्त क्षेत्र कायम गर्न सकिनेछ ।" भन्ने व्यवस्था गरिएको भएपनि "गाउँपालिका, नगरपालिका तथा विशेष, संरक्षित वा स्वायत्त क्षेत्रको संख्या तथा सीमाना निर्धारण आयोग" ले यस प्रकृतिका क्षेत्रहरु यि हुने भनी कुनै पनि क्षेत्र र सीमा प्रतिवेदनमा सिफारिस नगरेको कारण हाल सम्म यस उपधारा बमोजिमको प्रावधान कार्यान्वयनमा आएको छैन । संविधानको धारा ५६ को उपधारा (६) मा "संघ, प्रदेश र स्थानीय तहले नेपालको स्वतन्त्रता, सार्वभौमसत्ता, भौगोलिक अखण्डता, स्वाधीनता, राष्ट्रिय हित, सर्वाङ्गीण विकास, बहुदलीय प्रतिस्पर्धात्मक लोकतान्त्रिक गणतन्त्रात्मक संघीय शासन प्रणाली, मानव अधिकार तथा मौलिक हक, कानूनी राज्य, शक्ति पृथकीकरण र नियन्त्रण तथा सन्तुलन, बहुलता र समानतामा आधारित समतामूलक समाज, समावेशी प्रतिनिधित्व र पहिचानको संरक्षण गर्ने छन्" भन्ने व्यवस्था संविधानले गरेको छ । अभ्यासको शुरुवाति चरणमा भएको कारणले कमी कमजोरीको वावजुद अभ्यासहरु भएका छन् तर यसको परिणाम र उपादेयता कती सार्थक हुने हो हेर्न बाँकी छ ।

४.२ राज्यशक्तिको बाँडफाँड

राज्यशक्ति राज्यका प्रमुख तीन अंगमा रहने र संविधान एवं कानून बमोजिम प्रयोग हुने विश्वास गरिन्छ। जसलाई नेपालको संविधान अनुसार यस प्रकार अध्ययन गर्न सकिन्छ। नेपालको सार्वभौमसत्ता र राजकीयसत्ता नेपाली जनतामा निहित रहेको छ। यसको प्रयोग यस संविधानमा व्यवस्था भए बमोजिम हुनेछ[9]भनिएको छ। संघीय लोकतान्त्रिक गणतन्त्र नेपालको मूल संरचना संघ, प्रदेश र स्थानीय तह गरी तीन तहको हुने छ[10] भन्ने संवैधानिक व्यवस्थाले नेपाल राज्यको संरचनालाई स्पष्टता गरेको छ। यसैगरी नेपालको राज्यशक्तिको प्रयोग संघ, प्रदेश र स्थानीय तहले यस संविधान तथा कानून बमोजिम गर्नेछन्[11] भन्ने व्यवस्थाले राज्यशक्तिको बाँडफाँड एकात्मकताबाट संघीयतामा परिणत गरेको स्पष्ट भाषामा उल्लेख गरेको देखिन्छ। संविधानको उल्लिखित आधारमा राज्यशक्तिको बाँडफाँडलाई यसरी पनि औल्याउँन सकिन्छ।

राज्यशक्तिको बाँडफाँड			
	विधायिका	**कार्यपालिका**	**न्यायपालिका**
संघ	संघीय व्यवस्थापिका (प्रतिनिधि सभा र राष्ट्रिय सभा)	नेपाल सरकार	सर्वोच्च अदालत संवैधानिक इजलास उच्च अदालत जिल्ला अदालत
प्रदेश	प्रदेश सभा	प्रदेश सरकार	
स्थानीय तह	गाउँ सभा/ नगर सभा	गाउँ/नगर कार्यपालिका	

नेपालको संविधानको प्रस्तावनाले संविधान जारी गर्ने अधिकार र नेपालको राज्यशक्तिको अधिकार सार्वभौम नेपाली जनतामा निहित रहेको घोषणा गरेको छ। संवैधानिक अधिकारको प्रयोग र प्रचलन सामुहिक रुपमा हुन्छ। संवैधानिक एवं कानूनी प्रावधान अनुसार राज्यशक्तिको प्रयोग र प्रचलन हुने गर्छ। संविधानले तय गरेको संरचना र संविधानले संघ, प्रदेश र स्थानीय तहलाई दिएको अधिकार अन्तर्गत रही राज्यका संगठन र ति संगठनका पदाधिकारीहरुलाई राज्यशक्तिको प्रयोग एकल र सामुहिक रुपमा गर्न पाउने गरी व्यवस्था भएको छ। संविधानको धारा ५७ को उपधारा (१) मा नेपाल सरकारका (संघका) अधिकारको व्यवस्था गरिएको छ। संघको अधिकार अनुसूची–५ मा उल्लिखित विषयमा निहित रहनेछ र

9 "संविधानको धारा २", *नेपालको संविधान*, कानून किताब व्यवस्था समिति, नेपाल सरकार

10 उही धारा ५६ (१)

11 उही धारा ५६ (२)

त्यस्तो अधिकारको प्रयोग यो संविधान र संघीय कानून बमोजिम हुनेछ भनिएको छ । संविधानमा व्यवस्था भए बमोजिम अनुसूची- ५ मा देहायका अधिकार रहेको देखिन्छ ।

४.३ अनुसूची ५ बमोजिम संघको अधिकारको सूचीः

१. रक्षा र सेना सम्बन्धीः

क) राष्ट्रिय एकता र भौगोलिक अखण्डताको संरक्षण,

ख) राष्ट्रिय सुरक्षा सम्बन्धी

२. युद्ध र प्रतिरक्षा,

३. हातहतियार, खरखजाना कारखाना तथा उत्पादन, सम्बन्धी

४. केन्द्रीय प्रहरी, सशस्त्र प्रहरी बल, राष्ट्रिय गुप्तचर तथा अनुसन्धान, शान्ति सुरक्षा,

५. केन्द्रीय योजना, केन्द्रीय बैंक, वित्तीय नीति, मुद्रा र बैंकिंग, मौद्रिक नीति, विदेशी अनुदान, सहयोग र ऋण,

६. परराष्ट्र तथा कुटनीतिक मामिला, अन्तर्राष्ट्रिय सम्बन्ध र संयुक्त राष्ट्र« संघ सम्बन्धी

७. अन्तर्राष्ट्रिय सन्धि वा सम्भौता, सुपुर्दगी, पारस्परिक कानूनी सहायता र अन्तर्राष्ट्रिय सीमा अन्तर्राष्ट्रिय सीमा नदी,

८. दूर सञ्चार, रेडियो फ्रिक्वेन्सीको बाँडफाँड, रेडियो टेलीभिजन र हुलाक,

९. भंसार, अन्तशुल्क, मूल्य अभिवृद्धि कर, संस्थागत आयकर, व्यक्तिगत आयकर, पारिश्रमिक कर, राहदानी शुल्क, भिसा शुल्क, पर्यटन दस्तुर, सेवाशुल्क दस्तुर, दण्ड जरिवाना

१०. संघीय निजामती सेवा, न्याय सेवा र अन्य सरकारी सेवा

११. जलस्रोतको संरक्षण र बहुआयामिक उपयोग सम्बन्धी नीति र मापदण्ड

१२. अन्तरदेशिय तथा अन्तरप्रदेश विद्युत प्रसारण लाइन

१३. केन्द्रीय तथ्यांक (राष्ट्रिय र अन्तर्राष्ट्रिय मानक र गुणस्तर)

१४. केन्द्रीयस्तरका ठूला विद्युत, सिचाइ र अन्य आयोजना तथा परियोजना

१५. केन्द्रीय विश्वविद्यालय, केन्द्रीयस्तरका प्रज्ञा प्रतिष्ठान, विश्वविद्यालय मापदण्ड र नियमन, केन्द्रीय पुस्तकालय

१६. स्वास्थ्य नीति, स्वास्थ्य सेवा, स्वास्थ्य मापदण्ड, गुणस्तर र अनुगमन । राष्ट्रिय विशिष्ट सेवा प्रदायक अस्पताल, परम्परागत उपचार सेवा र सरुवा रोग नियन्त्रण

१७. संघीय संसद, संघीय कार्यपालिका, स्थानीय तह सम्बन्धी मामिला र विशेष संरचना

१८. अन्तर्राष्ट्रिय व्यापार, विनिमय, बन्दरगाह, क्वारेन्टाईन

१९. हवाइ उडयन र अन्तर्राष्ट्रिय विमानस्थल

२०. राष्ट्रिय यातायात नीति, रेल तथा राष्ट्रिय लोकमार्गको स्थापना

२१. सर्वोच्च अदालत, उच्च अदालत, जिल्ला अदालत तथा न्याय प्रशासन सम्बन्धी कानून

२२. नागरिकता, राहदानी, भिसा र अध्यागमन

२३. आणविक उर्जा, वायुमण्डल र अन्तरिक्ष सम्बन्धी

२४. बौद्धिक सम्पत्ति (पेटेन्ट, डिजाइन, टे«डमार्क, र प्रतिलिपि अधिकार समेत)

२५. नापतौल

२६. खानी उत्खनन

२७. राष्ट्रिय तथा अन्तर्राष्ट्रिय वातावरण व्यवस्थापन, राष्ट्रिय निकुञ्ज, वन्यजन्तु आरक्ष तथा सीमसार क्षेत्र, राष्ट्रिय वन नीति र कार्वन सेवा

२८. बीमा नीति, धितो पत्र, सहकारी नियमन

२९. भूउपयोग नीति, बस्ती विकास नीति, पर्यटन नीति, वातावरण अनुकूलन

३०. फौजदारी र देवानी कानूनको निर्माण

३१. सुरक्षित छापखाना

३२. सामाजिक सुरक्षा र गरिबी निवारण

३३. संवैधानिक निकायहरु र राष्ट्रिय महत्वका आयोगहरु

३४. पुरातात्विक महत्वका स्थान र प्राचीन स्मारक

३५. संघ, प्रदेश र स्थानीय तहको अधिकारको सूचीमा वा साझा सूचीमा उल्लेख नभएको कुनै विषय तथा यो संविधान र संघीय कानूनमा नतोकिएको विषय

संविधानको धारा ५७ को उपधारा (२) मा प्रदेश सरकारका अधिकारको व्यवस्था गरिएको छ । प्रदेशको अधिकार अनुसूची-६ मा उल्लिखित विषयमा निहित रहनेछ र त्यस्तो अधिकारको प्रयोग यो संविधान र प्रदेश कानून बमोजिम हुने भनिएको छ । संविधानमा व्यवस्था भएबमोजिम अनुसूची- ६ मा देहायका अधिकार रहेको देखिन्छ ।

४.४ अनुसूची– ६ बमोजिम प्रदेशको अधिकारको सूचीः

१. प्रदेश प्रहरी प्रशासन र शान्ति सुरक्षा

२. नेपाल राष्ट्र बैंकको नीति अनुरुप वित्तीय संस्थाहरुको सञ्चालन, सहकारी संस्था, केन्द्रको सहमतिमा वैदेशिक अनुदान र सहयोग

३. रेडियो, एफ.एम्., टेलिभिजन सञ्चालन

४. घर जग्गा रजिष्ट्रेशन शुल्क, सवारी साधन कर, मनोरञ्जन कर, विज्ञापन कर, पर्यटन, कृषि आयमा कर, सेवा शुल्क दस्तुर, दण्ड जरिवाना

५. प्रदेश निजामती सेवा र अन्य सरकारी सेवा

६. प्रदेश तथ्यांक

७. प्रदेशस्तरको विद्युत, सिचाइ र खानेपानी सेवा

८. प्रदेश विश्वविद्यालय, उच्च शिक्षा, पुस्तकालय, संग्रहालय

९. स्वास्थ्य सेवा

१०. प्रदेश सभा, प्रदेश मन्त्रिपरिषद् सम्बन्धी

११. प्रदेशभित्रको व्यापार

१२. प्रदेश लोकमार्ग

१३. प्रदेश अनुसन्धान ब्यूरो

१४. प्रदेश सरकारी कार्यालयहरुको भौतिक व्यवस्थापन र अन्य आवश्यक विषय

१५. प्रदेश लोकसेवा आयोग

१६. भूमि व्यवस्थापन

१७. जग्गाको अभिलेख

१८. भाषा, लिपि, संस्कृति, ललितकला र धर्मको संरक्षण र प्रयोग

१९. प्रदेश भित्रको राष्ट्रिय वन , जल उपयोग तथा वातावरण व्यवस्थापन

२०. कृषि तथा पशु विकास, कलकारखाना, औद्योगिकीकरण, व्यापार व्यवसाय यातायात

२१. गुठी व्यवस्थापन

संविधानको धारा ५७ को उपधारा (३) मा संघ र प्रदेशको साझा अधिकारको व्यवस्था गरिएको छ । संघ र प्रदेशको साझा अधिकार अनुसूची-७ मा उल्लिखित विषयमा निहित रहने छ र त्यस्तो अधिकारको प्रयोग यो संविधान र संघीय कानून र प्रदेश कानून बमोजिम हुने भनिएको छ । संविधानमा व्यवस्था भएबमोजिम अनुसूची- ७ मा देहायका अधिकार रहेको देखिन्छ ।

४.५ अनुसूची ७ बमोजिम संघ र प्रदेशको साझा अधिकारको सूचीः

१. फौजदारी तथा देवानी कार्यविधि र प्रमाण र शपथ (कानूनी मान्यता, सार्वजनिक कार्य र अभिलेख र न्यायिक प्रकृया

२. आवश्यक वस्तु तथा सेवाको आपूर्ति, वितरण, मूल्य नियन्त्रण, गुणस्तर र अनुगमन

३. देशको सुरक्षासँग सम्बन्धित विषयमा निवारक नजरबन्द, कारागार तथा हिरासतव्यवस्थापन र शान्ति सुरक्षाको व्यवस्था

४. एक प्रदेशबाट अर्को प्रदेशमा अभियुक्त, थुनुवा र कैदीको स्थानान्तरण

५. पारिवारिक मामिला (विवाह, सम्पत्ति हस्तान्तरण, सम्बन्ध विच्छेद, लोपोन्मुख, टुहुरा,धर्मपुत्र, धर्मपुत्री, उत्तराधिकार र संयुक्त परिवार सम्बन्धी कानून)

६. सम्पत्ति प्राप्ति, अधिग्रहण र अधिकारको सृजना

७. करार, सहकारी, साझेदारी र ऐजेन्सी सम्बन्धी

८. टाट पल्टेको र दामासाही सम्बन्धी

९. औषधि र विषादी

१०. योजना परिवार नियोजन र जनसंख्या व्यवस्थापन

११. सामाजिक सुरक्षा र रोजगारी, ट्रेड युनियन, औद्योगिक विवादको समाधान, श्रमिकका हक, अधिकार र विवाद सम्बन्धी कार्य

१२. कानून व्यवसाय, लेखा परीक्षण, इन्जिनियरिंग, चिकित्सा, आयुर्वेद चिकित्सा, पशु चिकित्सा, आम्ची र अन्य पेशा

१३. प्रदेश सीमा नदी, जलमार्ग, वातावरण संरक्षण र जैविक विविधता

१४. सञ्चार माध्यम सम्बन्धी

१५. उद्योग तथा खनीज र भौतिक पूर्वाधार

१६. क्यासीनो, चिट्ठा

१७. प्राकृतिक तथा गैर प्राकृतिक विपद् पूर्व तयारी, उद्धार तथा राहत र पुनर्लाभ

१८. पर्यटन, खानेपानी तथा सरसफाइ

१९. चलचित्र, सिनेमा हल र खेलकुद

२०. बीमा व्यवसाय सञ्चालन र व्यवस्थापन

२१. गरिबी निवारण र औद्योगीकरण

२२. वैज्ञानिक अनुसन्धान, विज्ञान प्रविधि र मानव संशाधन विकास

२३. अन्तरप्रादेशिक रुपमा फैलिएको जंगल, हिमाल, वन संरक्षण क्षेत्र जल उपयोग

२४. भूमि नीति र सो सम्बन्धी कानून

२५. रोजगारी र बेरोजगार सहायता

संविधानको धारा ५७ को उपधारा (४) मा स्थानीय तहको अधिकारको व्यवस्था गरिएको छ । स्थानीय तहको अधिकार अनुसूची-८ मा उल्लिखित विषयमा निहित रहनेछ र त्यस्तो अधिकारको प्रयोग यो संविधान र गाउँ सभा वा नगर सभाले बनाएको कानून बमोजिम हुनेछ भनिएको छ । संविधानमा व्यवस्था भए बमोजिम अनुसूची- ८ मा देहायका अधिकार रहेको देखिन्छ ।

४.६ अनुसूची ८ बमोजिम स्थानीय तहको अधिकारको सूचीः

१. नगर प्रहरी

२. सहकारी संस्था

३. एफ. एम सञ्चालन

४. स्थानीय कर (सम्पत्ति कर, घर बहाल कर, घर जग्गा कर, घर जग्गा रजिष्ट्रेशन शुल्क, सवारी साधन कर), सेवा शुल्क दस्तुर, पर्यटन शुल्क, विज्ञापन कर, व्यवसाय कर, भूमि कर (मालपोत), दण्ड जरिवना, मनोरञ्जन कर, मालपोत संकलन

५. स्थानीय सेवाको व्यवस्थापन

६. स्थानीय तथ्यांक र अभिलेख संकलन

७. स्थानीयस्तरका विकास आयोजना तथा परियोजनाहरु

८. आधारभूत तथा माध्यामिक शिक्षा

९. आधारभूत स्वास्थ्य र सरसफाइ

१०. स्थानीय बजार व्यवस्थापन, वातावरण संरक्षण र जैविक विविधता

११. गाउँ सभा, नगर सभा, जिल्ला सभा, स्थानीय अदालत, मेलमिलाप र मध्यस्थताको व्यवस्थापन

१२. घर जग्गा धनीपूर्जा वितरण

१३. स्थानीय अभिलेख व्यवस्थापन

१४. घर जग्गा धनी पूर्जा वितरण

१५. कृषि तथा पशुपालन, कृषि उत्पादन व्यवस्थापन, पशु स्वास्थ्य, सहकारी

१६. ज्येष्ठ नागरिक, अपांगता भएका व्यक्ति र अशक्तहरुको व्यवस्थापन

१७. बेरोजगारको तथ्यांक संकलन

१८. कृषि प्रसारको व्यवस्थापन, सञ्चालन र नियन्त्रण

१९. खानेपानी, साना जलविद्युत आयोजना र वैकल्पिक उर्जा

२०. विपद् व्यवस्थापन

२१. जलाधार, वन्यजन्तु, खानी तथा खनीज पदार्थको संरक्षण

२२. भाषा, संस्कृति र ललितकलाको संरक्षण र विकास

संविधानको धारा ५७ को उपधारा (५) मा संघ, प्रदेशर स्थानीय तहको साझा अधिकारको व्यवस्था गरिएको छ। संघ, प्रदेश र स्थानीय तहको साझा अधिकार अनुसूची–९ मा उल्लिखित विषयमा निहित रहनेछ र त्यस्तो अधिकारको प्रयोग यो संविधान र संघीय कानून, प्रदेश कानून र गाउँ सभा वा नगर सभाले बनाएको कानून बमोजिम हुने भनिएको छ। संविधानमा व्यवस्था भए बमोजिम अनुसूची- ९ मा देहायका अधिकार रहेको देखिन्छ।

४.७ अनुसूची– ९ बमोजिम संघ, प्रदेश र स्थानीय तहको अधिकारको साझा सूचीः

१. सहकारी

२. शिक्षा, खेलकुद र पत्रपत्रिका

३. स्वास्थ्य

४. कृषि

५. विद्युत, खानेपानी, सिचाइ जस्ता सेवाहरु

६. सेवा शुल्क, दस्तुर, दण्ड जरीवाना तथा प्राकृतिक स्रोतबाट प्राप्त रोयल्टी, पर्यटन शुल्क

७. वन,जंगल, वन्यजन्तु, चराचुरुंगी, जल उपयोग, वातावरण, पर्यावरण तथा जैविक विविधता

८. खानी तथा खनीज

९. विपद् व्यवस्थापन

१०. सामाजिक सुरक्षा र गरीबी निवारण

११. व्यक्तिगत घटना, जन्म, मृत्यू, विवाह र तथ्यांक

१२. पुरातत्व, प्राचीन स्मारक र संग्रहालय

१३. सुकुम्बासी व्यवस्थापन

१४. प्राकृतिक स्रोतबाट प्राप्त रोयल्टी

१५. सवारी साधन अनुमती

संविधानका अनुसूची ५,६,७,८ र ९ मा उल्लिखित अधिकारको विस्तृत विवरण सहितको कार्यहरुको वर्गिकरण गर्ने, संयुक्त अधिकारको क्षेत्र संघ, प्रदेश वा स्थानीय तह मध्ये कुन तहको सरकारको जिम्मामा पर्ने भन्ने विषयमा पहिचान गर्न र परिभाषित गर्न नेपाल सरकारका मुख्य सचिवको संयोजकत्वमा गठित समन्वय समितिले विस्तृतीकरण गरेको छ ।[12] समन्वय समितिको प्रतिवेदन नेपाल सरकार समक्ष पेश भई कार्यान्वयनको चरणमा छ ।

संविधानको धारा ५७ को उपधारा (६) र (७) मा भनिएको छ; यस धाराको उपधारा (३) वा (५) बमोजिम प्रदेश सभा, गाउँ सभा वा नगरसभाले कानून बनाउँदा संघीय कानूनसँग नबाझिने गरी बनाउनु पर्ने र प्रदेश सभा, गाउँ सभा वा नगर सभाले बनाएको त्यस्तो कानून संघीय कानूनसँग बाझिएमा बाझिएको हदसम्म आमान्य हुने स्पष्ट उल्लेख गरिएको छ । संविधानको धारा ५७ को उपधारा (५) बमोजिम गाउँ सभा वा नगर सभाले कानून बनाउँदा प्रदेश कानूनसँग नबाझिने गरी बनाउनु पर्नेछ र गाउँ सभा वा नगर सभाले बनाएको त्यस्तो कानून प्रदेश कानूनसँग बाझिएमा बाझिएको हदसम्म आमान्य हुनेछ ।क्रमशः संविधानलाई सर्वोच्च स्रोत मान्दै संघीय संसद वा नेपाल सरकारले संविधानसँग नबाझिने गरी, प्रदेश सरकारले संविधान, संघीय संसद र नेपाल सरकारले निर्माण गरेको कानूनसँग नबाझिने गरी र स्थानीय तहले संविधान, संघीय संसद, नेपाल सरकार, प्रदेश सरकारले बनाएको कानूनसँग नबाझिने गरी कानून निर्माण गर्न सक्ने आधारहरु तय गरिएको पाइन्छ ।

संविधानको धारा ५८ मा नेपाल सरकारको अवशिष्ट अधिकार राखिएको छ । उक्त धारामा संविधान बमोजिम संघ, प्रदेश तथा स्थानीय तहको अधिकारको सूची वा साझा सूचीमा उल्लेख नभएको वा संविधानमा कुनैतहले प्रयोग गर्ने गरी नतोकिएको विषयमा संघको अधिकार (अवशिष्ठ अधिकार) हुने व्यवस्था गरेको देखिन्छ ।

राज्यशक्तिको बाँडफाँडका विषयमा संविधानको धारा ५९ ले महत्वपूर्ण अधिकार सुम्पेको छ । यसका आधारमा कुनै पनि सरकार संविधानतः कुनै पनि सरकारको मातहतमा कुनै सरकार नरही स्वायत्तता प्राप्त गरेको देखिन्छ । संविधानको धारा ५९ को उपधारा (१) मा आर्थिक अधिकारको प्रयोगको प्रवन्धका विषयमा संघ, प्रदेश र स्थानीय तहले आफ्नो अधिकारभित्रको आर्थिक अधिकार सम्बन्धी विषयमा कानून बनाउने, वार्षिक बजेट बनाउने, निर्णय गर्ने, नीति तथा योजना तयार गर्ने र त्यसको कार्यान्वयन गर्ने अधिकार प्राप्त गरेका छन् । संघले साझा सूचीका विषयमा र आर्थिक अधिकारका अन्य क्षेत्रमा प्रदेशलाई समेत लागू हुने गरी आवश्यक नीति, मापदण्ड र कानून बनाउन सक्ने अधिकार संविधानले नै प्रत्याभूत गरेको छ ।संघ, प्रदेश र स्थानीय तहले आ–आफ्नो तहको बजेट बनाउनर प्रदेश एवं स्थानीय तहले बजेट

---

12 Visit;http://mofaga.gov.np/(विस्तृतमा हर्न सकिनेछ)

पेश गर्ने समय संघीय कानून बमोजिम गर्नुपर्ने गरी सबै प्रदेश र स्थानीय तहलाई सँगसँगै अगाडि बढाउन, एकरुपता कायम गर्न र अकर्मण्यतालाई रोक्ने प्रयास संविधानले नै गरेको देखिन्छ ।

यसैगरी संविधानको धारा ५९ को उपधारा (४) मा संघ, प्रदेश र स्थानीय तहले प्राकृतिक स्रोतको प्रयोग वा विकासबाट प्राप्त लाभको समन्यायिक वितरणको व्यवस्था गर्नु पर्ने गरी न्यायपूर्ण समाज निर्माणमा अग्रसर रहन उत्प्रेरित गरेको देखिन्छ । त्यस्तो लाभको निश्चित अंश रोयल्टी, सेवा वा वस्तुको रूपमा परियोजना प्रभावितक्षेत्र र स्थानीय समुदायलाई कानून बमोजिम वितरण गर्नु पर्ने स्पष्ट निर्देशन संविधानतः पाइन्छ । संघ, प्रदेश र स्थानीय तहले प्राकृतिक स्रोतको उपयोग गर्दा स्थानीय समुदायले लगानी गर्न चाहेमा लगानीको प्रकृति र आकारको आधारमा कानून बमोजिमको अंश लगानी गर्न प्राथमिकता दिनु पर्ने गरी स्थानीय तहको चाहनालाई संरक्षण गरिएको छ ।वैदेशिक सहायता र ऋण लिने अधिकार नेपाल सरकारमा मात्र सीमित गरिएको छ ।नेपाल सरकारले त्यस्तो सहायता वा ऋण लिंदा देशको समष्टिगत आर्थिक स्थायित्व हुने गरी लिनु पर्ने भनी संविधानले जिम्मेवारी र कर्तब्य स्पष्ट उल्लेख गरेको देखिन्छ ।

संविधानमा सरकारहरु बीच स्रोत साधन जुटाउने विषयमा स्पष्टता कायम गर्न प्रयास गरिएको छ । संविधानको धारा ६० मा राजस्व स्रोतको बाँडफाँडका लागि उक्त धाराको उपधारा (१) मा संघ, प्रदेश र स्थानीय तहले आफ्नो आर्थिक अधिकारक्षेत्र भित्रको विषयमा कर लगाउन र ती स्रोतहरूबाट राजस्व उठाउन सक्ने गरी व्यवस्था गरिएको छ । यसरी कर तथा राजश्व उठाउदा साझा सूचीभित्रको विषयमा र कुनै पनि तहको सूचीमा नपरेका विषयमा कर लगाउने र राजस्व उठाउने व्यवस्था नेपाल सरकारले निर्धारण गरे बमोजिम हुने गरी संविधानमा उल्लेख गरिएको देखिन्छ ।नेपाल सरकारले संकलन गरेको राजस्व संघ, प्रदेश र स्थानीय तहलाई न्यायोचित वितरण गर्ने व्यवस्था मिलाउने जिम्मेवारी नेपाल सरकारलाई नै संविधानले कर्तब्य र जिम्मेवारी निर्धारण गरेको छ ।

नेपाल सरकारले प्रदेश सरकार र स्थानीय तहलाई दिने अनुदान वा सहुलियत वापतको बजेटमा स्वेच्छाचारिता नगरी न्यायोचित वितरण गर्न संविधानको धारा ६० को उपधारा (३) मा प्रदेश र स्थानीय तहले प्राप्त गर्ने वित्तीय अनुदान वा समपुरक अनुदानको परिमाण राष्ट्रिय प्राकृतिक स्रोत तथा वित्त आयोगको सिफारिस बमोजिम हुने गरी राज्यशक्तिको प्रयोग र प्रचलनलाई निष्पक्षता र न्यायपूर्ण व्यवहार कायम गर्ने प्रवन्ध संविधानमा नै गरिएको छ । नेपाल सरकारले प्रदेश सरकार स्थानीय तहका सरकारका काम कारवाही र जिम्मेवारी बहन गर्न आवश्यक पर्ने बजेट जुटाई दिन धारा ६० को उपधारा (४) मा नेपाल सरकारले प्रदेश र स्थानीय तहलाई खर्चको आवश्यकता र राजस्वको क्षमताको आधारमा वित्तीय समानीकरण अनुदान वितरण गर्ने जिम्मेवारी र कर्तब्य नेपाल सरकारलाई सुम्पेको देखिन्छ ।

यसैगरी संविधानले प्रदेश भित्रका स्थानीय तहलाई सबल सक्षम र प्रभावकारी बनाउन संविधानको धारा ६० को उपधारा (५) मा प्रदेशले नेपाल सरकारबाट प्राप्त अनुदान र आफ्नो स्रोतबाट उठ्ने राजस्वलाई

मातहतको स्थानीय तहको खर्चको आवश्यकता र राजस्व क्षमताको आधारमा प्रदेश कानून बमोजिम वित्तीय समानीकरण अनुदान वितरण गर्ने जिम्मेवारी प्रदेश सरकारलाई सुम्पेको देखिन्छ ।

नेपाल सरकारले संघीय सञ्चित कोषबाट प्रदान गर्ने सशर्त अनुदान, समपूरक अनुदान वा अन्य प्रयोजनका लागि दिने विशेष अनुदान वितरण सम्बन्धी व्यवस्था संघीय कानून बमोजिम हुने गरी संविधानले शर्त निर्धारण गरेको पाइन्छ । नेपाल सरकारले संघ, प्रदेश र स्थानीय तह बीच राजस्वको बाँडफाँड गर्दा सन्तुलित र पारदर्शी रूपमा गर्नु पर्ने शर्त पनि संविधानमा नै तोकिएको छ ।

५. नेपाल सरकारले राज्यको पुनर्संरचना र राज्यशक्ति बाँडफाँड गर्न गरेका प्रयासहरु

नेपाल राज्यको मुल संरचना संघ, प्रदेश र स्थानीय गरी तीन तहको हुने व्यवस्था नेपालको संविधानले गरेको छ । राज्य शक्तिको प्रयोग उक्त तीन वटै तहबाट एकल तथा सहकार्यात्मक ढंगले हुने गरि संविधानको अनुसूचि ५, ६, ७, ८ र ९ मा विभिन्न तहका अधिकारहरु बाँडफाँड गरिएको छ । संविधान प्रदत्त अधिकारहरुको अभ्यासका लागि सक्षम तथा सुदृढ स्थानीय तहको संरचना तयार पार्ने उद्देश्यले संविधानको धारा २९५(३) अनुसार नेपाल सरकारका पूर्व सचिव श्री बालानन्द पौडेलको अध्यक्षतामा **गाउँपालिका, नगरपालिका तथा विशेष, संरक्षित वा स्वायत्त क्षेत्रको संख्या तथा सीमाना निर्धारण आयोग** गठन भएको थियो । आयोगलाई सरकारले संविधानको धारा २९५(३) अनुसार देहायका मापदण्ड तोकेको थियो ।

- स्थानीय तहको सीमा निर्धारण गर्दा प्रदेश र जिल्लाको सीमा नटुक्रयाउने ।
- विद्यमान गाविस र नगरपालिकालाई गाभ्दा वडा तहसमेत नटुक्रयाउने ।
- गाउँ पालिकाहरुमा वडा ५-२१ सम्म र नगरपालिकामा वडा ९-३५ सम्म हुनुपर्ने ।
- जनताले पाउने सेवा सुविधाको पहुँच अहिलेको भन्दा सहज हुनुपर्ने ।
- हिमाल पहाड, तराई र भित्री मधेसका लागि फरक-फरक मापदण्ड लिनुपर्ने ।

उक्त आयोगको काममा सहयोग गर्न प्रत्येक जिल्लामा स्थानीय तह पुनर्संरचना प्राविधिक सहयोग समिति रहने व्यवस्था गरिएको थियो । आयोगको निर्देशन अनुसार जिल्लास्तर तथा स्थानीयस्तरमा पुनर्संरचनाको कार्य गरी आयोगको काममा सहयोग गर्नु स्थानीय तह पुनर्संरचना प्राविधिक सहयोग समितिको कर्तव्य तोकिएको थियो ।

प्राविधिक सहयोग समितिका कार्य, शर्त तथा मापदण्डहरू

क. कार्यहरु

(क) जिल्लाभित्र कायम हुने गाउँपालिका तथा नगरपालिकाको उपयुक्त संख्या, सीमाना तथा सोको नामाकरण र केन्द्र आयोगमा प्रस्ताव गर्ने ।

(ख) माथि (क) अनुसार प्रस्ताव गर्दा आयोगले दिएको मापदण्ड पुरा गरेको क्षेत्रलाई विशेष, संरक्षित वा स्वायत्त क्षेत्रको रुपमा सिफारिस गर्न सकिने ।

(ग) माथि (क) वमोजिम प्रस्तावित गाउँपालिका तथा नगरपालिका क्षेत्र भित्र कायम हुने वडाहरुको संख्या र सीमाना आयोगबाट दिइएको मापदण्ड अनुसार सिफारिस गर्ने ।

(घ) जिल्ला/स्थानीयस्तरमा सरोकारवालाहरुसँग अन्तरक्रिया, छलफल तथा बैठकहरु आयोजना गरी सो बाट प्राप्त सुझाव एवं पुनर्संरचनासँग सम्वन्धित सूचना तथा तथ्यांक विश्लेशण गरी सो को आधारमा माथि (क) र (ख) अनुसार अनुसूची ३ को ढाँचामा आयोगमा प्रतिवेदन गर्ने ।

ख. आधार र मापदण्डहरू

गाउँपालिका, नगरपालिका तथा विशेष, संरक्षित वा स्वायत्त क्षेत्रको संख्या र सीमानाको सिफारिस गर्दा निम्न सूचक तथा मापदण्डका आधारमा गर्नु पर्ने गरी तोकिएको पाइन्छ ।

(क) जनसंख्याको न्युनतम सीमा

भौगोलिक क्षेत्र	स्थानीय तहका नाम			
	गाउपालिका	नगरपालिका	उपमनपा	महानपा
हिमाल (हिमाली भुभाग)	१५०००	२००००	१,५०,०००	३,००,०००
हिमाल (पहाडी भूभाग)	२५०००	३५०००		
पहाड	२५०००	३५०००		
भित्री भधेश (पहाडी भुभाग)	२५०००	३५०००		
भित्री मधेश (समथर भुभाग)	५००००	७५०००		
तराइ	५००००	७५०००		

तर हिमाली क्षेत्र वाहेकका जिल्लाको जिल्ला सदरमुकामका र काठमाण्डौ उपत्यकामा रहेका नगरपालिकाको हकमा निम्नानुसारको जनसंख्या हुनुपर्ने ।

भौगोलिक क्षेत्र	नगरपालिका	कैफियत
पहाडी जिल्ला सदरमुकाम	४५०००	भौगोलिक क्षेत्र अनुसारको जिल्लाको सूची प्रतिवेदनको अनुसूचि १ मा हेर्न सकिन्छ ।
काठमाण्डौ उपत्यका	९५०००	

गाउँपालिका वा नगरपालिकाका प्रत्येक वडामा यथासक्य बराबर (१५ प्रतिशतसम्म) जनसंख्या रहने गरि देहायका संख्यामा अधिकतम वडाहरु रहन सक्नेछन् ।

भौगोलिक क्षेत्र	स्थानीय तहका नाम			
	गाउपालिका	नगरपालिका	उपमहानगरपालिका	महानगरपालिका
हिमाल	५ देखि ९	९	१९ देखि २७	२८ देखि ३५
पहाड	५ देखि १२	९ देखि १४		
काठमाडौ उपत्यका, भित्री मधेश (समथर भूभाग) र तराइ	५ देखि १५	९ देखि १८		

(i) सम्वन्धित ईकाईमा रहने वडाको निर्धारण र बाँडफाँड गर्दा साविकको सिङ्गो गाविसलाई कम्तिमा एक वडा कायम गर्नु पर्ने ।

- उपर्युक्त वडा संख्याको सीमा भित्र रही गाउँपालिका वा नगरपालिकामा वडा संख्या तय गर्ने विधि देहाय अनुसार हुने ।

(ii) वडा संख्या कायम गर्दा सम्वन्धित एकाईको कुल जनसंख्यालाई देहायको जनसंख्याले भाग गरी वडा कायम गर्ने ।

भौगोलिक क्षेत्र	जनसंख्या		
	गाउपालिका	नगरपालिका	उपमहानगरपालिका
हिमाल	३०००	३०००	८०००
पहाड	३७००	४०००	
काठमाण्डौ उपत्यका, भित्री मधेश (समथर भूभाग) र तराई	७०००	८०००	

(iii) यसरी भाग गरी शेष रहने संख्या माथि (i) मा दिइएको संख्याको आधा भन्दा वढी भएमा एक वडा थप गर्न सकिने ।

(iv) यसरी वडा कायम गर्दा गाउँपालिकाको हकमा न्युनतम ५ र नगरपालिकाको हकमा न्युनतम ९ वडा संख्या भन्दा कम नहुने ।

(v) माथि (i) र (ii) अनुसार वडा कायम गर्दा अव वन्ने ईकाईमा गाभिने गाविस संख्या भन्दा कम नहुने ।

(ख) भुगोल र क्षेत्रफल (गाउँपालिका र नगरपालिकाको सदरमुकामलाई सेवा प्रवाह केन्द्र मानेर):

Road Head बाट सेवा प्राप्त गर्ने स्थलमा पुग्ने लाग्ने अधिकतम समय- सवैभन्दा टाढाको वस्तिलाई आधार मानी (घण्टा)			सेवा लिई घर फर्कन लाग्ने समय –सवै भन्दा टाढको वस्तिलाई आधार मानी(घण्टा)		
हिमाल	पहाड	तराई	हिमाल	पहाड	तराई
४	३	२	८	६	४

भित्री मधेशका जिल्लाको पहाडका लागि पहाड र समथर क्षेत्रको लागि तराईका सूचक नै लागू हुने ।

(ग) जातीय, भाषिक, साँस्कृतिक सघनताः

- संभव भएसम्म जातीय, भाषिक, साँस्कृतिक वसोवासहरु एकै इकाइमा रहने गरी गर्ने ।

(घ) भौगोलिक सुगमता सम्बन्धी आधारहरुः

- गाउँपालिकामा न्युनतम ३ र नगरपालिकामा न्युनतम ५ वटा वजारकेन्द्र हुनुपर्ने ।
- पुर्वाधारले ल्याएको सन्निकटता नभएको अवस्थामा प्रष्ट चिनिने प्राकृतिक अवरोध नाध्ने गरी सीमाना निर्धारण नगर्ने ।
- सम्भव भएसम्म पानी ढलो मिल्नेगरी गर्ने ।
- भौगोलिक निरन्तरता नटुट्ने गरी गर्ने ।
- वस्ती विस्तारित हुँदै जोडिन सक्ने सम्भावनायुक्त क्षेत्र भएमा सम्भव भएसम्म एउटै क्लस्टरमा राख्ने

(ङ) प्राकृतिक स्रोतः

- खानेपानीको श्रोत, जलाधार, सिंचाइ मुहान, तालतलैया, सामुदायिक /कवुलियती/धार्मिक वनलाई संभव भए सम्म एउटै इकाइमा राख्ने ।

(च) संस्थागत पूर्वाधारः प्रस्तावित स्थानीय तहमा न्युनतम देहायका पुर्वाधार हुनुपर्नेछः

गाउँपालिका	नगरपालिका	उपमहानगरपालिका
१० जोड २	स्नातक तहको क्याम्पस	स्नातकोत्तर तहको क्याम्पस

(छ) आर्थिक वर्ष २०७१/७२ लाई आधार मानी आन्तरीक आय (रू.) देहायवमोजिम हुनुपर्नेछः

	नगरपालिका	उपमहानगरपालिका	महानगरपालिका
हिमाल	२० लाख	१० करोड	४० करोड
पहाड	३५ लाख		
काठमाडौं उपत्यका, भित्री मधेश र तराई	७५ लाख		

माथि उल्लेखित मापदण्डका अतिरिक्त महानगरपालिका, उपमहानगरपालिका र नगरपालिका प्रस्ताव गर्नको लागि निशचित पूर्वाघार भएको वा तत्कालै हुनसक्ने अवस्था हुनु पर्ने गरी सिफारिस गर्न तोकिएको थियो ।

स्थानीय तह निर्धारण समितिको प्रतिवेदनमा ७१९ स्थानीय तह प्रस्तावित रहेको थियो । उक्त प्रस्ताव नेपाल सरकार मन्त्रिपरिषदबाट मिति २०७३ फागुन २२ मा स्वीकृत गरिएको थियो ।

संघमा नेपाल सरकार, ७ प्रदेशमा प्रदेश सरकार, स्थानीय तहमा ७७ जिल्ला समन्वय समिति, ६ महानगर, ११ उपमहानगर, २ सय ७६ नगरपालिका, ४ सय ६० गाउँपालिका र महा/उपमहा/नगरपालिका र गाउँपालिकाहरुमा ६७४३ वडा संख्या कायम गरी राजनीतिक एवं प्रशासनिक पुनर्संरचना गरिएको छ ।[13]

स्थानीय तहको संरचनाका विशेषता हेर्दा नगरपालिकाविहिन जिल्लाहरु ४ (मनाङ्ग, मुस्ताङ्ग, रसुवा र हुम्ला) गाँउपालिका विहिन जिल्लाहरु२ (काठमाडौ र भक्तपुर) बढि नगरपालिका भएको जिल्ला रौतहट (१६ नगरपालिका) बढि गाँउपालिका भएको जिल्ला धादिङ्ग (११ गाँउपालिका) बढि स्थानिय तह भएको जिल्ला सर्लाही (२० स्थानीय तह ११ नपा, ९ गाँउपालिका) कम स्थानीय तह भएका जिल्लाहरु ३ (भक्तपुर, मनाङ्ग र मुगु) समान ४ स्थानीय तह १८ स्थानीय तह भएका जिल्लाहरु ३ (सप्तरी, धनुषा र रौतहट) १७ स्थानीय तह भएका जिल्लाहरु २ (सिरहा र मोरङ्ग)१६ स्थानीय तह भएका जिल्लाहरु २ (बारा र रुपन्देही) १५ स्थानीय तह भएका जिल्लाहरु २ (झापा र महोत्तरी) रहेको देखिन्छ ।

५.१ राजस्व बाँडफाँडमा Top-Down Approach

खासगरी नेपाल सरकारले संघ प्रदेश र स्थानीय तहमा राजस्व बाँडफाँड गर्दा होस वा प्रदेश सरकारले प्रदेश र स्थानीय तहमा राजश्व बाँडफाँड गर्दा होस एक अर्का सरकारलाई सहयोगको भावना लिई न्यायोचित व्यवहार गर्नु पर्ने र संघीय ऐन बनाउँदा राष्ट्रिय नीति,राष्ट्रिय आवश्यकता, प्रदेश र स्थानीय तहको

[13] http://mofaga.gov.np/

स्वायत्तता, प्रदेश र स्थानीयतहले जनतालाई पुऱ्याउनु पर्ने सेवा र उनीहरूलाई प्रदान गरिएको आर्थिक अधिकार, राजस्व उठाउन सक्ने क्षमता, राजस्वको सम्भाव्यता र उपयोग, विकास निर्माणमा गर्नुपर्ने सहयोग, क्षेत्रीय असन्तुलन, गरीबी र असमानताको न्यूनीकरण, वञ्चितीकरणको अन्त्य, आकस्मिक कार्य र अस्थायी आवश्यकता पूरा गर्न सहयोग गर्नु पर्ने विषयहरूमा ध्यान दिनु पर्ने कुरा संविधानमा नै स्पष्ट व्यवस्था गरेको पाइन्छ ।

संविधानको धारा २५१ मा राष्ट्रिय प्राकृतिक स्रोत तथा वित्त आयोगको काम, कर्तव्य र अधिकार तोकिएको छ ।[14] संविधानको धारा २५१ को उपधारा (१) मा राष्ट्रिय प्राकृतिक स्रोत तथा वित्त आयोगको काम, कर्तव्य र अधिकार देहाय बमोजिम तोकिएको देखिन्छ ।

(क) संविधान र कानून बमोजिम संघीय सञ्चित कोषबाट संघ, प्रदेश र स्थानीय सरकारबीच राजस्वको बाँडफाँड गर्ने विस्तृत आधार र ढाँचा निर्धारण गर्ने,

(ख) संघीय सञ्चित कोषबाट प्रदेश र स्थानीय सरकारलाई प्रदान गरिने समानीकरण अनुदान सम्बन्धमा सिफारिस गर्ने,

(ग) राष्ट्रिय नीति तथा कार्यक्रम, मानक, पूर्वाधारको अवस्था अनुसार प्रदेश र स्थानीय सरकारलाई प्रदान गरिने सशर्त अनुदानको सम्बन्धमा अध्ययन अनुसन्धान गरी आधार तयार गर्ने,

(घ) प्रदेश सञ्चित कोषबाट प्रदेश र स्थानीय सरकारबीच राजस्वको बाँडफाँड गर्ने विस्तृत आधार र ढाँचा निर्धारण गर्ने,

(ङ) संघ, प्रदेश र स्थानीय सरकारको खर्च जिम्मेवारी पूरा गर्ने र राजस्व असुलीमा सुधार गर्नु पर्ने उपायहरूको सिफारिस गर्ने,

(च) समष्टिगत आर्थिक सूचकहरूको विश्लेषण गरी संघ, प्रदेश र स्थानीय सरकारले लिन सक्ने आन्तरिक ऋणको सीमा सिफारिस गर्ने,

(छ) संघ र प्रदेश सरकारको राजस्व बाँडफाँड आधारको पुनरावलोकन गरी परिमार्जनको सिफारिस गर्ने,

(ज) प्राकृतिक स्रोतको परिचालन गर्दा नेपाल सरकार, प्रदेश सरकार र स्थानीय तहको लगानी तथा प्रतिफलको हिस्सा निर्धारणको आधार तय गरी सिफारिस गर्ने,

(झ) प्राकृतिक स्रोतको बाँडफाँड सम्बन्धी विषयमा संघ र प्रदेश, प्रदेश र प्रदेश, प्रदेश र स्थानीय तह तथा स्थानीय तहहरू बीच उठ्न सक्ने संभावित विवादको विषयमा अध्ययन अनुसन्धान गरी त्यसको निवारण गर्न समन्वयात्मक रूपमा काम गर्न सुझाव दिने ।

(२) राष्ट्रिय प्राकृतिक स्रोत तथा वित्त आयोगले प्राकृतिक स्रोतको बाँडफाँड गर्दा सोसँग सम्बन्धित वातावरणीय प्रभाव मूल्यांकन सम्बन्धमा आवश्यक अध्ययन र अनुसन्धान गरी नेपाल सरकारलाई सिफारिस गर्ने ।

---

[14] "संविधानको धारा २५१", *नेपालको संविधान*, कानून किताब व्यवस्था समिति, नेपाल सरकार

(३) राष्ट्रिय प्राकृतिक स्रोत तथा वित्त आयोगको अन्य काम, कर्तव्य र अधिकार, प्राकृतिक स्रोतको परिचालन गर्दा वा राजस्वको बाँडफाँड गर्दा अपनाउनु पर्ने विस्तृत आधार, आयोगका पदाधिकारीहरूको सेवाका शर्त लगायत अन्य व्यवस्था संघीय कानून बमोजिम हुने ।

माथि उल्लिखित संवैधानिक व्यवस्था अनुसारको आयोगले राज्यका संरचनाहरु र राज्यशक्ति प्रयोग गर्ने निकायहरु बीच समानता, निष्पक्षता र न्यायोचित वितरणमा नेपाल सरकारलाई सही र ठोस सुझाव सिफारिस गर्न सकेमा संवैधानिक व्यवस्थालाई प्रभावकारी कार्यान्वयन गर्न र संविधान संरक्षणमा मद्दत पुग्ने अपेक्षा गर्न सकिन्छ । अन्यथा अशान्ति र विद्रोहले स्थान लिन सक्छ ।

५.२ राज्यको संरचना र राज्य शक्तिको बाँडफाँड कार्यान्वयनमा स्थानीय सरकार सञ्चालन ऐनको महत्व

नेपालको संविधानले व्यवस्था गरे अनुरुप स्थानीय तहका सरकारको काम कारवाहीलाई प्रभावकारी बनाउन र दिशा निर्देश गर्न यस ऐनले ठूलो महत्व बोकेको छ । नेपालको संविधानले अनुसूचीमा तोकेका स्थानीय तहका एकल र साझा अधिकारको प्रयोग गर्ने कार्यविधिको बारेमा यस ऐनले स्थानीय सरकारलाई मार्ग दर्शन गरेको छ । स्थानीय सरकारको काम कर्तब्य र अधिकारका वारेमा विस्तृत व्यवस्था गर्नुका साथै विषयगत एवं क्षेत्रगत काम कारवाहीका कार्यविधिहरु र कार्य सम्पादनका विधिहरुलाई दिशा निर्देश गरेको छ ।

स्थानीय सरकारले सिर्जना गर्ने, निर्माण तथा कार्यान्वयनका नीतिगत तथा रणनीतिगत कार्यक्रम तय गर्ने, ति हरेक काम कारवाहीको अनुगमन मूल्याङ्कन र परिणामको लेखाजोखा गरी सुधार गर्ने समेतका प्रारम्भ देखि अन्तिम चरण सम्मका सबै क्रियाकलापहरुलाई विश्लेषण गरी संविधानमा राज्य शक्तिको विन्यास गरेका विषयलाई कार्यान्वयनमा लैजान स्थानीय सरकार संचालन ऐन, २०७४[15] ले महत्वपूर्ण दिशा निर्देश गरेको छ ।

संविधानमा राज्य शक्तिको बाँडफाँड गर्ने क्रममा संविधानका अनुसूचीमा उल्लिखित विषयहरुलाई हेर्दा स्थानीय सरकारको रुपमा रहेका गाउँ/ नगरपालिकाहरुले एकल अधिकारको रुपमा स्थानीय सरकार संचालन ऐन, २०७४ को दफा ११ (२) बमोजिम नगर प्रहरी गठन गरी परिचालन गर्ने, सहकारी संस्थाहरुको स्थापना/ संचालन/ अनुगमन/नियन्त्रण गर्ने, एफ.एम. रेडियो संचालन गर्ने, स्थानीय कर/सेवा/शुल्क/दस्तुर लगायतका विषयहरु व्यवस्थित गर्ने, स्थानीय सेवाको व्यवस्थापन गर्ने, स्थानीय तथ्याङ्क र अभिलेख व्यवस्थित गर्ने, स्थानिय स्तरका विकास आयोजना तथा परियोजना छनौट निर्माण र कार्यान्वयन गर्ने, आधारभूत र माध्यमिक शिक्षा संचालन तथा व्यवस्थापन गर्ने, आधारभूत स्वास्थ्य र सरसफाईको प्रवर्द्धन गर्ने, स्थानीय बजार व्यवस्थापन/वातवरण संरक्षण/जैविक विविधता व्यवस्थापन गर्ने, स्थानीय सडक/ग्रामिण सडक/कृषि सडक/सिचाँईको विकास तथा व्यवस्थापन गर्ने, गाँऊ/नगर सभा/मेलमिलाप/मध्यस्थताका विषय व्यवस्थापन गर्ने, जग्गा धनी दर्ता प्रमाणपूर्जा वितरण व्यवस्थापन गर्ने,

---

[१५] खण्ड ६७ अतिरिक्ताङ्क २१ नेपाल राजपत्र भाग २ मिति २०७४।०६।२९

कृषि तथा पशुपालन/कृषि उत्पादन व्यवस्थापन/पशु स्वास्थ्य/सहकारी समेतका विषय व्यवस्थापन, जेष्ठ नागरिक/अपाङ्ग तथा अशक्त व्यक्तिहरुको सुरक्षा संरक्षणको व्यवस्थापन, वेरोजगारको तथ्याङ्क संकलन, कृषि प्रसारको व्यवस्थापन/संचालन/नियन्त्रण, खानेपानी/साना जल विद्युत आयोजना/ वैकल्पिक उर्जा व्यवस्थापन, विपद व्यवस्थापन, जलाधार/बन्यजन्तु/ खानी तथा खनिज पदार्थको संरक्षण/भाषा संस्कृति/ ललितकलाको संरक्षण र विकासका क्षेत्रहरु रहेका छन् ।

संविधानमा राज्य शक्तिको बाँडफाँड गर्ने क्रममा संविधानका अनुसूचीमा उल्लिखित विषयहरुलाई हेर्दा स्थानीय सरकारको रुपमा रहेका गाउँ/ नगरपालिकाहरुले संघ/प्रदेश/स्थानीय सरकार बीचका साझा अधिकारको रुपमा रहेका देहायका अधिकारहरुलाई स्थानीय सरकार संचालन ऐन, २०७४ को दफा ११ (४) बमोजिम संघ र प्रदेश सरकारको नीति कानूनसँग नबाझिने गरी व्यवस्थापन गर्ने अधिकार र कर्तब्य स्थानीय सरकारलाई सुम्पेको देखिन्छ । संघ र प्रदेश सरकारसँगको सहकार्य र समन्वयमा स्थानीय सरकारले खेलकूद र पत्रपत्रिका, स्वास्थ्य, विद्युत/खानेपानी/ सिँचाई, सेवा शुल्क/दस्तुर/दण्ड/जरिवाना, प्राकृतिक स्रोतबाट प्राप्त रोयल्टी/पर्यटन शुल्क समेतका विषय, वन/जंगल/बन्यजन्तु/चराचुरुङ्गी/जल उपयोग/वातवरण/पर्यावरण तथा जैविक विवधताको व्यवस्थापनको विषय,सामाजिक सुरक्षा र गरिवी निवारण, व्यक्तिगत घट्ना विवाह सम्वन्ध/जन्म/मृत्यु/बसाई सराईको तथ्याङ्क संकलन/विश्लेषण, स्थानीयस्तरमा पुरातत्व/प्राचिन स्मारक/संग्राहलय स्थापना संरक्षण प्रवर्ध्दन/पुनः निर्माण, सुकुम्वासी व्यवस्थापन, प्राकृतिक स्रोतबाट प्राप्त रोयल्टी, सवारी साधन अनुमति समेतका विषय व्यवस्थापनका अधिकार रहेका छन् ।

स्थानीय सरकार संचालन ऐन, २०७४ को दफा ११ को उपदफा (२) र (४) को अलवा उपदफा (५) मा आफ्नो सीमाना भित्रको भूमि व्यवस्थापन, सञ्चार सेवा, यातयात सेवाको व्यवस्थापन संघ तथा प्रदेश सरकारसँगको सहकार्य र समन्वयमा सम्पादन गर्ने गरी राज्य शक्तिको विस्तृत व्यवस्था गरेको छ ।

५.३ राज्य शक्तिको बाँडफाँड कार्यान्वयनमा राष्ट्रिय प्राकृतिक स्रोत तथा वित्त आयोगको भूमिका

नेपालको संविधानले सरकारका विभिन्न तह हुने र राज्य शक्तिको बाँडफाँड सरकार बीच सहकारी, सहअस्तित्व र समन्वयमा आधारित हुने गरी व्यवस्था गरेको छ । संघीय सरकारको रुपमा नेपाल सरकार, प्रदेश सरकार र स्थानीय सरकारको व्यवस्था गरिएको छ । तीनै तहका सरकार र ती सरकारका निकायहरुको भूमिका प्रभावकारी बनाउन साधन स्रोतको व्यवस्थापनले संविधानको सफल कार्यान्वयनमा महत्वपूर्ण भूमिका खेल्दछ । आधुनिक समाजमा साधन स्रोतको प्राप्ति र परिचालन गर्ने अधिकार सर्वाधिक महत्वको बनेको छ । नेपालका तीनै तहका सरकार बीचको सौहार्दपूर्ण सम्वन्ध कायम राखी जनताको सेवालाई प्रभावकारी बनाउने पहिलो कडी नै साधन स्रोतको उचित व्यवस्थापन हो । संघीयताको संरचनालाई दिगो बनाई राख्न, तीनै तहका सरकारको भूमिका प्रभावकारी बनाउन, जन अपेक्षा अनुकुलको शासन व्यवस्था र सेवा प्रवाहलाई प्रभावकारी बनाई राख्न मुलुक भित्रको र अन्तर्राष्ट्रिय तहबाट

प्राप्त साधन स्रोतको उचित व्यवस्थापन गर्न सकिएमा मात्र संविधानले तय गरेका उद्देश्य अनुरुपको दिशामा मुलुकले गति लिन सक्ने अपेक्षा गर्न सकिन्छ ।

यस्तो अहं सवालको समाधान गर्न संविधानमा राष्ट्रिय प्राकृतिक स्रोत तथा वित्त आयोग बनाई जिम्मेवारी दिने गरी व्यवस्था गरिएको छ । राष्ट्रिय प्राकृतिक स्रोत तथा वित्त आयोगको काम, कर्तव्य र अधिकारका सम्बन्धमा आवश्यक व्यवस्था गर्न राष्ट्रिय प्राकृतिक स्रोत तथा वित्त आयोग ऐन, २०७४ मिति २०७४।६।२७ मा प्रमाणीकरण भई लागू भएको छ ।[16] संविधानको धारा २५० मा व्यवस्था भए बमोजिमको राष्ट्रिय प्राकृतिक स्रोत तथा वित्त आयोग गठन गरी संघीयतालाई कार्यान्वयन गर्ने सवालमा र राज्यशक्तिको बाँडफाँडलाई प्रभावकारी बनाउने सवालमा यस ऐन र ऐन अनुसारको आयोगको भूमिका महत्वपूर्ण रहन्छ । राष्ट्रिय प्राकृतिक स्रोत तथा वित्त आयोग ऐन, २०७४ को दफा १४ को उपदफा (१) मा नेपाल सरकार, प्रदेश तथा स्थानीय तहले गर्ने लगानीको हिस्सालाई मध्येनजर गरी प्राकृतिक स्रोतको परिचालन तथा बाँडफाँड गर्दा राजस्वको अवस्था र उठाउन सक्ने क्षमता, लगानी गर्न सक्ने क्षमता, प्राप्त गर्ने उपलब्धिको हिस्सा, प्राप्त उपलब्धिको उपभोगको हिस्सा, पूर्वाधारको अवस्था र आवश्यकता, आर्थिक अवस्था र भौगोलिक बनोटलाई आधार लिनु पर्ने गरी आयोगलाई सिफारिसका आधार तय गरिदिएको देखिन्छ ।

यसैगरी राष्ट्रिय प्राकृतिक स्रोत तथा वित्त आयोग ऐन, २०७४ को दफा १४ को उपदफा (२) मा उपदफा (१) बमोजिम प्राकृतिक स्रोतको परिचालनबाट प्राप्त हुने प्रतिफलको हिस्सा निर्धारण गर्दा आयोगले परिचालित प्राकृतिक स्रोतको अवस्थिति, प्राकृतिक स्रोतको परिचालनबाट प्रभावित क्षेत्र, परिचालित प्राकृतिक स्रोत उपरको निर्भरता, प्रतिफलबाट लाभान्वित जनसङ्ख्या, प्राकृतिक स्रोतमा आश्रित जनसङ्ख्या, प्राकृतिक स्रोतको संरक्षण र दिगो व्यवस्थापनमा सहभागिताका आधारमा नेपाल सरकारमा सिफारिस गर्नु पर्ने गरी जिम्मेवारी सुम्पेको छ ।

आयोगले उक्त ऐनको दफा १५ बमोजिम नेपाल सरकार, प्रदेश तथा स्थानीय तहबीच र प्रदेश तथा स्थानीय तहबीच राजस्वको बाँडफाँट गर्ने विस्तृत आधार र ढाँचा तयार गर्दा र सिफारिस गर्दा जनसङ्ख्या र जनसाङ्ख्यिक विवरण, क्षेत्रफल, मानव विकास सूचकाङ्क, खर्चको आवश्यकता, राजस्व सङ्कलनमा गरेको प्रयास, पूर्वाधार विकास, विशेष अवस्था समेतका आधारमा निर्धारण गरी नेपाल सरकारमा सिफारिस गर्नु पर्ने गरी जिम्मेवारी दिएको देखिन्छ । आयोगले निर्धारण गरेको विस्तृत आधार र ढाँचा पाँच वर्षको लागि मान्य हुने र आयोगले प्रत्येक पाँच वर्षमा पुनरावलोकन गरी नेपाल सरकारमा सिफारिस गर्ने व्यवस्था ऐनमा रहेको छ । विस्तृत आधार र ढाँचा विशेष कारणवश पाँच वर्ष अगावै पुनरावलोकन गर्न आवश्यक देखेमा नेपाल सरकारले आयोगलाई अनुरोध गर्न सक्ने र नेपाल सरकारले गरेको अनुरोध मनासिब देखिएमा आयोगले पनि निर्धारित विस्तृत आधार र ढाँचामा पुनरावलोकन गरी नेपाल सरकारमा सिफारिस गर्ने व्यवस्था पनि रहेको देखिन्छ ।

---

[१६] नेपाल कानून आयोगको वेब साइट (www.lawcommission.gov.np, मौजुदा कानूनहरु) ।

राष्ट्रिय प्राकृतिक स्रोत तथा वित्त आयोग ऐन, २०७४ को दफा १६ ले नेपाल सरकारले प्रदेश तथा स्थानीय तहलाई र प्रदेशले स्थानीय तहलाई प्रचलित कानून बमोजिम उपलब्ध गराउने वित्तीय समानीकरण अनुदानका सम्बन्धमा नेपाल सरकार तथा प्रदेशलाई सिफारिस गर्दा लिनु पर्ने आधार तर्फ हेर्दा प्रदेश तथा स्थानीय तहमा रहेको शिक्षा, स्वास्थ्य, खानेपानी जस्ता मानव विकास सूचकाङ्क, अन्य प्रदेश वा स्थानीय तहको सन्तुलित विकासको अवस्था, प्रदेश तथा स्थानीय तहमा रहेको आर्थिक, सामाजिक वा अन्य कुनै प्रकारको विभेदको अवस्था, प्रदेश तथा स्थानीय तहको पूर्वाधार विकासको अवस्था र आवश्यकता, प्रदेश तथा स्थानीय तहले जनतालाई पुऱ्याउनु पर्ने सेवा, प्रदेश तथा स्थानीय तहको राजस्वको अवस्था र उठाउन सक्ने क्षमता, प्रदेश तथा स्थानीय तहको खर्चको आवश्यकता समेतका आधार आयोगले लिनु पर्ने गरी स्पष्ट उल्लेख गरिएको छ ।

५.४ उच्चस्तरीय संघीयता कार्यान्वयन तथा प्रशासन पुनः संरचना निर्देशक समितिका प्रयासहरु

विगतको एकात्मक शासन व्यवस्थाको सट्टामा नेपालले संघीय शासन व्यवस्थालाई अंगीकार गरेको हुँदा नेपालको संविधान बमोजिम संघीयता कार्यान्वयन तथा प्रशासन पुनर्संरचनाको लागि आवश्यक नीतिगत, कानूनी, संरचनागत, जनशक्ति व्यवस्थापन, वित्तीय तथा प्रणालीगत अन्तरसम्बन्धको व्यवस्था गर्न अत्यावश्यक भएको छ । यस सन्दर्भमा सम्माननीय प्रधानमन्त्रीको अध्यक्षतामा संघीयता कार्यान्वयन तथा प्रशासन पुनःसंरचना निर्देशक समिति र नेपाल सरकारका मुख्य सचिवको संयोजकत्वमा संघीयता कार्यान्वयन तथा प्रशासन पुनःसंरचना समन्वय समिति गठन गरिएका छन् ।

उच्चस्तरीय संघीयता कार्यान्वयन तथा प्रशासन पुन संरचना निर्देशक समिति मन्त्रिपरिषद्को निर्णयले प्रधानमन्त्रीको अध्यक्षतामा गठन भएको छ ।[17]

क. समितिको कार्य क्षेत्र

- नेपालको संविधानले मार्गदर्शन गरे बमोजिमको संघीयता कार्यान्वयन र सार्वजनिक प्रशासनको पुनःसंरचनाको ढाँचा, स्वरुप तथा प्रक्रिया निर्धारण गर्ने ।
- संक्रमणकालीन व्यवस्थापनको संयोजन, कार्यान्वयनमा समन्वय र अनुगमन गर्ने ।
- समग्र क्षेत्रका पुनःसंरचनाको योजना स्वीकृत गर्ने ।
- संघीयता कार्यान्वयन र प्रशासन पुनःसंरचना कार्यको निर्देशन र अनुगमन गर्ने ।
- संघीयता कार्यान्वयन तथा प्रशासनिक पुनःसंरचना कार्यान्वयनका चरणमा आईपर्न सक्ने समस्याहरुको समाधान गर्ने र आवश्यक निर्देशन दिने ।
- संघीयता कार्यान्वयन तथा प्रशासनिक पुनःसंरचनाका कार्यान्वयनका लागि नेपाल सरकारका तर्फबाट लिनुपर्ने निर्णयहरु लिने ।

---

[17] उच्चस्तरीय संघीयता कार्यान्वयन तथा प्रशासन पुनस्संरचना निर्देशक समिति मन्त्रिपरिषद्को मिति २०७२।१२।२६ को निर्णय visit http://mofaga.gov.np/

- संघीयता कार्यान्वयन तथा प्रशासन पुनःसंरचनाको व्यवस्थापन गर्न संघीयता कार्यान्वयन तथा प्रशासन पुनःसंरचना समन्वय समितिद्वारा पेश भएका नीति योजना कार्यक्रम स्विकृत गर्ने ।

संघीयता कार्यान्वयन तथा प्रशासन पुनःसंरचना समन्वय समिति मन्त्रीपरिषद्को मिति २०७२।१२।२६ को निर्णयले मुख्य सचिवको संयोजकत्वमा गठन भएको छ ।

ख. प्राप्त कार्यादेशः

- संघीयता कार्यान्वयन, संक्रमणकालको व्यवस्थापन तथा प्रशासनिक पुनःसंरचनाको व्यवस्थापनमा संलग्न निकायहरुलाई आवश्यक मार्गदर्शन गर्ने र समन्वय गर्ने,
- संघ, प्रदेश र स्थानीय तह बीचको अन्तर सम्बन्ध सम्बन्धी कार्यविधि तय गर्ने,
- संवैधानिक प्रवाधानहरुको कार्यान्वयनका लागि आवश्यक तयारी गर्ने गराउने,
- संघ, प्रदेश र स्थानिय तह बीचको ठाडो तथा समानान्तर (Vertical and Horizontal) वित्तीय सन्तुलन कायम गर्न मार्गदर्शन गर्ने र सरकारका तहहरु बीच अन्तर सरकारी समन्वयको पद्धती तयार गर्ने,
- संघीयता कार्यान्वयन तथा प्रशासन पुनःसंरचनाको व्यवस्थापन गर्न आवश्यक नीति योजना कार्यक्रम तयार गरी उच्चस्तरीय संघीयता कार्यान्वयन तथा प्रशासनिक पुनःसंरचना तयारीमा समन्वय गर्ने ।
- संघीयता कार्यान्वयन तथा प्रशासन पुनःसंरचना सम्बन्धमा आवश्यक कानूनी संरचना तयार गर्ने,
- प्रादेशिक स्तरमा कार्यात्मक, प्रकृयागत तथा कर्मचारी प्रशासनको सम्बन्धी व्यवस्थापन गर्न आवश्यक प्रणालि स्थापित गर्ने गराउने,
- संघ, प्रदेश र स्थानीय स्तरमा प्रशासनिक संरचनाहरु स्थापना गर्ने,
- क्षेत्रगत मापदण्ड वमोजिमको सार्वजनिक सेवा प्रावहको पद्धति विकास गर्ने,
- प्रशासन सुधार सम्बन्धी अन्य कार्यहरु गर्न आवश्यक निर्देशन दिने,

ग. उपलब्धिहरुः-

क. संविधानको अनुसूची ५, ६, ७, ८, र ९ मा संघ, प्रदेश र स्थानीय तहका अधिकारहरुको अध्ययन गरी अलग अलग सरकारका कार्य क्षेत्रहरुको विस्तृत पहिचान गरी संघीय प्रदेश र स्थानीय तहका सरकारलाई अगाडि बढ्न मार्ग प्रशस्त गरेको छ ।

ख. संघ प्रदेश र स्थानीय तहका अधिकार र जिम्मेवारीको स्पष्ट खाका तयार भएको छ ।

ग. संघ प्रदेश र स्थानीय तहमा रहने संगठन संरचनाहरुको व्यवस्थापन गर्ने कार्य अगाडि बढेको छ ।

घ. स्थानीय तह र प्रदेश सरकारलाई नमुना कानून निर्माण गरी दिने काम अगाडि बढेको छ ।

ङ. स्थानीय तह कार्य सञ्चालन तथा व्यवस्थापन नमूना ऐनका आधारमा स्थानीय तहले कानून निर्माण गर्ने क्षेत्राधिकार र विषय क्षेत्र स्पष्ट भएको छ ।

च. प्रदेश सरकार र स्थानीय तहले आ-आफ्ना संगठन संरचनाको व्यवस्थापन गरी संवैधानिक अधिकार जिम्मेवारी बहन गर्ने काम अगाडि बढेको छ ।

छ. कर्मचारी समायोजनको कामले गति लिएको छ ।

ज. साधन स्रोतको पहिचान र परिचालन गरी विकास निर्माणका काम अगाडि बढाउन मद्दत भएको छ ।

६. संघीयताले सिर्जना गर्न सक्ने खतरा र खरावीहरु

राष्ट्रको विकासमा खर्च गर्ने साधन स्रोत राजनीतिक र प्रशासनिक क्षेत्रमा खर्च बढ्दा महंगो पर्न गई विकास निर्माणमा पूँजीको अभाव हुन्छ, संघीयताका बहु आयमिक पक्षहरुको व्यवस्थापनमा जटिलता उत्पन्न हुन्छ, क्षेत्रीय सन्तुलनमा ठूलो खाडल पैदा भई विद्रोह हुन सक्छ, देशका प्रदेशहरु बीचका साधन स्रोत र अधिकारको किचलो र जनसमुदायहरु बीच सम्वन्धमा तिक्तता र विवाद पैदा हुन सक्छ, गरिवी झन भन्दा झन बढ्न सक्छ, स्थानीय र प्रादेशिक सामन्ती सोच झन बढ्न सक्छ । देश भित्र गृह युद्धको खतरा बढ्न सक्छ, देशको सार्वभौमिकता, स्वाधिनता, राष्ट्रिय अखण्डतामा सधै खतरा रहि रहन्छ । जस्तो पूर्व सोभियत संघ एवं हालको रसिया, पूर्व युगोस्लाभिया र चेकोस्लोभाकिया आदि राष्ट्रहरुले पुष्टी गरेका छन् । यी खरावीहरूको समयमै हेक्का राखी सरकारका तीनै तहले हरेक क्रियाकलापमा सतर्कता अपनाउनु पर्ने अवस्था छ ।

६.१ नेपालले संघीयता कार्यान्वयनमा सामना गर्न तयार हुनु पर्ने चुनौती र समाधानका उपायहरु

नेपालको संविधानको सफल कार्यान्वयनको मौलिक भाग नै संघीयताको सफल कार्यान्वयन गर्न सक्नु हो भन्ने गरिन्छ । राज्यको संरचना र राज्यशक्तिको बाँडफाँडको मूल कडीको रुपमा रहेको संघ, प्रदेश र स्थानीय सरकार बीचको सुमधुर समन्वय, जनता प्रतिको जवाफदेहीता, संवैधानिक सीमाको इमान्दारी पूर्वकको प्रभावकारी कार्यान्वयनमा निर्भर गर्छ । अन्यथा देहायका चुनौती र गृह युद्ध एवं मुलुकको सार्वभौम एवं भौगोलिक अखण्डता सम्ममा समस्या पार्न सक्छ ।

क. राजनीतिक र प्रशासनिक क्षेत्रको अत्यधिक खर्च वृद्धिले कर तथा राजश्व क्षेत्रमा बढोत्तरी गर्दा जनतामा नैराश्यता बढ्न गई संरचना विरुद्ध नै विद्रोह हुन सक्ने ।

ख. नेपाल सरकारले प्रदेश सरकार र स्थानीय तहका सरकारका जायज मागलाई समयमै समाधान गर्न नखोजी हेपाह प्रवृत्ति देखाएमा वा फरक र अन्यायपूर्ण व्यवहार गरेको अनुभूत गर्ने ठाउँ दिएमा संवैधानिक संरचनामा खतरा उत्पन्न हुन सक्ने तर्फ समयमै ख्याल गर्नु पर्ने ।

ग. सानो भूगोल, जनसंख्याको अनुपात, जनताको आय स्रोतको न्यूनता एवं अभाव, रोजगारको अवसरको अभावले प्रदेश सरकार र स्थानीय सरकारहरुले गर्ने खर्चको स्रोतमा चाप पर्न गई विकास निर्माणको क्षेत्रमा खर्च गर्ने पूँजीको सख्त अभाव हुन सक्ने ।

घ. संघ, प्रदेश र स्थानीय सरकारको नाममा अधिकारको दुरुपयोग र संवैधानिक एवं कानूनी सीमा नाघी सबै अधिकार आफूसँग भएको ठानी गर्न खोजिने कार्यले संवैधानिक संकट उत्पन्न हुन सक्ने ।

ङ. स्थानीय तहलाई संविधानले नै उपमेयर र उपाध्यक्षको अध्यक्षतामा तीन सदस्यीय न्यायिक समिति बनाई न्याय निरोपणको जिम्मेवारी दिए पनि विवादका विषय, क्षेत्राधिकार, न्याय निरोपणको कार्यविधि र उपयुक्त जनशक्ति व्यवस्थापन गर्ने चुनौतिहरुलाई कानूनमा स्पष्ट व्यवस्था गर्न नसक्दा अन्योल, असमान्जस्यता र संवैधानिक जिम्मेवारी पूरा गर्ने वातवरण तयार नभएको महशुस हुन थालेको छ । संघीयताको मर्म अनुरुपको जिम्मेवारी स्थानीय तहले लिन नसक्ने र जनताले सेवाको सुनिश्चितताको महशुस गर्न नसकेमा विद्रोह हुने र संघीयतामा नै खतरा उत्पन्न हुने ।

च. प्राकृतिक साधन स्रोत तथा वित्त आयोगको निष्पक्षतामा शंका उत्पन्न हुने वा भेदभाव देखिने कार्यले सिंगो संरचनामा चुनौती खडा हुन सक्ने तर्फ समयमा ध्यान दिन नसके पछि ठूलो समस्या सिर्जना हुन सक्ने ।

छ. क्षेत्रीय सन्तुलन र पूर्वाधार विकासको असमानता सधैभरका लागि सैहय नहुने भएकोले समयमै नेपाल सरकारले ध्यान दिन सक्नु पर्ने ।

ज. परस्पर विरोधी माग गर्ने समुहहरुका मागलाई संन्तुलित उपायले समाधान गर्न सकिने उपायहरुको पूर्व चिन्तन नभएमा मुलुकमा अशान्ति मात्र होइन संवैधानिक संरचनामानै चुनौती खडा हुन सक्ने ।

झ. रोजगार वृद्धि, राज्यका साधन स्रोतको पारदर्शी र समान वितरण, अवसरमा समानीकरण जस्ता मूल्य मान्यतामा असर पर्ने गरी सरकारहरुले कुनै निर्णय गरेमा वा ति कुराको सुनिश्चित नगरी कर र शुल्क वितरण गरेमा संवैधानिक संरचना विरुद्ध नै विद्रोह हुन सक्ने कुराको तीनै तहका सरकारले ख्याल गर्नु पर्ने ।

ञ. गरिवी घटाउने उपायको खोजी नभएमा २०५२ सालको जस्तो विद्रोहको शुरुवात गर्ने विद्रोही समुहले पुन मौका छोप्न सक्ने हुँदा समयमै सानातिना विद्रोहलाई गंभीरता पूर्वक समाधान खोज्नु पर्ने ।

ट. सामाजिक न्याय र मौलिक हकको कार्यान्वयनमा असर पर्ने गरी काम कारवाही भएमा संवैधानिक संरचनामा असर पर्ने ।

ठ. संविधानको धारा २३४ अन्तर्गतको अन्तर प्रदेश परिषदले संघ र प्रदेश वा प्रदेश प्रदेश बीच उत्पन्न हुन सक्ने विवादहरुको समयमै पूर्व आँकलन गरी उपयुक्त निकास निकाल्न सधै सतर्कता अपनाउनु पर्ने ।

ङ. सर्वोच्च अदालतको संवैधानिक इजलासले न्याय सम्पादनमा खेल्ने भूमिका र खास गरी संघ प्रदेश र स्थानीय तह बीचका विवादमा संवैधानिक मर्म अनुरुपको ब्याख्या र प्रदेश वा स्थानीय तहका उस्तै तथ्यमा समान न्याय गर्नबाट विचलन हुन नहुने ।

७. उपसंहार

नेपालको राज्य संरचना शताब्दीयौं देखि एकात्मक रुपमा संचालन हुँदै आएको यथार्थ हो । नेपाल बहुजातीय, बहुभाषिक, बहुसाँस्कृतिक, बहुधार्मिक मुलुक भएको कारणले पनि राजनीतिक, भौगोलिक, आर्थिक, सामाजिक, साँस्कृतिक धार्मिक आयामहरुले पनि अवश्य एकात्मक राज्य संरचनाबाट संघीय संरचनामा लैजान प्रत्यक्ष परोक्ष सहयोग पुऱ्याएको भन्न सकिन्छ । अर्को तर्फ नेपालका विभिन्न भुभागमा रहेका नागरिकहरुले विकास र सेवामा समानताको अनुभव गर्न नसकेको कारण पनि मुलुकको एकात्मक संरचनालाई दोष दिन थालेका कारण राज्य संरचनाको परिवर्तनलाई बल पुऱ्यायो भनिन्छ । नेपालको संविधान भन्दा पहिलेका संविधानहरुले विकेन्द्रीकरण, शासनमा जनताको सहभागिता, प्रजातन्त्र र विकासमा सहभागिता र समान अवसरको पहुँचको प्रवन्ध मिलाउने भनी संविधानमा लेखिए पनि विकेन्द्रीकरणको मूल्य मान्यता अनुरुप व्यवहारमा कार्यान्वयन हुन सकेन । फलस्वरुप शसस्त्र विद्रोह, गणतन्त्र हुँदै तराई मधेश आन्दोलनको बलमा नेपालमा संघीय संरचना हुने र राज्यशक्तिको वितरण संघ प्रदेश र स्थानीय तहमा पुग्ने कुरामा राजनीतिक दल र सरकारमा बस्नेहरु बीच सहमतीसँगै नेपालको संविधानमा प्रवन्ध गरियो । संघ, प्रदेश र स्थानीय तहका सरकारले संविधानबाटै विधायिकी, कार्यकारिणी र न्यायिक अधिकार प्राप्त गरेका छन् । तीनै तहका सरकार बीचका विवादको निरुपण गर्ने अधिकार सर्वोच्च अदालतको संवैधानिक इजलास, अन्तर प्रदेश परिषदसमेतबाट गरिने र प्राकृतिक स्रोत साधन तथा वित्त आयोगले स्रोतको न्यायोचित वितरणमा सरकारलाई सिफारिस गर्ने संवैधानिक संरचना बनाइएको छ । संविधानको धारा २९५ मा स्थानीय तहका सरकारको संख्या र सीमाना निर्धारण गर्ने आयोग बन्यो र निर्धारित मापदण्डका आधारमा संख्या यकिन गरी प्रतिवेदन दियो । नेपाल सरकारले आयोगको प्रतिवेदन र औचित्य समेतलाई आधार लिई ७५३ स्थानीय तहहरु निर्धारण गरी निर्वाचन समेत सम्पन्न भई सकेको छ । राज्यशक्तिको अभ्यास तीनै तहका सरकारले गरेका छन् । विश्वमा संघीय संरचना अपनाउने देशहरुको सफलता र असफलताका कारण र आधारहरुको गहिरो अध्ययन गरी सफलताका पदचिन्ह अपनाउने अभ्यास सफल भए संविधान अजर अमर रहन सक्छ । नेपालमा सरकारहरु बीच विवाद अलमल र अभ्यास शुरु भएको छ । प्रारम्भिक चरणमा स्वभाविक मानिए पनि चुनौती उजागर हुन थालेका छन् । तीनै तहका सरकार समस्या समाधानमा अग्रसर भए समस्या समाधान हुँदै जान सक्छन् । यसर्थ समयमै सबै तहका सरकार र न्यायपालिकाको सर्वोच्च अंग संवैधानिक इजलासले संवेदनशील भई जिम्मेवारी बहन गर्न सकेमा संविधान प्रभावकारी हुने र सरकारले लिएको लक्ष "समृद्ध सरकार: सुखी नेपाली" को चाहना पूरा हुन सक्छ ।

राजनीतिक दल र दल सम्बन्धी विवाद

✍ घनश्याम ओझा♦

१. विषय प्रवेश

Everyone has the right to take part in the government of his country, directly or through freely chosen representatives. [1] Every citizen shall have the right and the opportunity, to take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives.[2]

निर्वाचन जनताद्वारा शासन संचालनमा सहभागिता जनाउने माध्यम हो ।"निर्वाचन....छापेको मतपत्र पंक्तिबद्ध भएर मतपेटिकाद्वारा आफ्नो मताधिकारको प्रयोग गर्नु मात्र होइन परन्तु शासन प्रणालीमा जनताको सहमतिको लागि गरिने द्विपक्षीय वा वहुपक्षीय संझौताको उपज पनि हो"।[3] जनताले आफ्नो प्रतिनिधिकारूपमा सरकारमा सामेल हुन योग्य साझा व्यक्तिलाई निर्वाचित गरी पठाउदछन् र तीनै प्रतिनिधिले जनताको आदेश मुताविक राज्य व्यवस्था संचालन गरी राष्ट्रको विकास, जनताको सुख समृद्धिमा अभिवृद्धि र शान्ति सुरक्षा प्रत्याभूत गर्दछन् । लोकतान्त्रिक प्रकृयालाई मूलधारको रूपमा स्वीकार गरी संवैधानिक व्यवस्था गरेका मुलुकमा शासकीय संरचनामा जनताको संलग्नता सुनिश्चित गर्ने कार्य राजनीतिक दल मार्फत गरिन्छ भन्ने मान्यता रहेको हुन्छ । यिनै प्रतिनिधिका माध्यमबाट राज्य व्यवस्थामा सरिक हुन एकै किसिमका मूल्य मान्यता र दर्शनबाट परिचालित व्यक्तिहरूले जनताका आकांक्षा पूरा गर्न समूहबद्ध भई कार्य गर्ने उद्देश्यले आफूहरूलाई राजनीतिक दल भनी कानूनी रूपमा उभ्याएका हुन्छन् । निर्वाचन प्रणालीमा यिनै राजनीतिक दलको सौहार्दपूर्ण सहभागिताले प्रजातान्त्रिक मूल्य र मान्यताको जगेर्नामा महत्वपूर्ण योगदान पुग्ने गर्दछ । राजनीतिक दलहरूको कार्य व्यवहार, समाजमा पुऱ्याएको योगदान, अधिकार प्रति रहेको सजगता तथा वहन गरेको उत्तरदायित्वको आधारमा नै लोकतान्त्रिक अभ्यासले पूर्णता प्राप्ति गर्दछ । विश्वका विकसित र ठूला प्रजातान्त्रिक मुलुकले प्राप्त गरेको उचाई वास्तवमा त्यस देशका राजनीतिक दल र तीनमा भएको निर्वाचन पद्धति प्रतिको प्रतिबद्धता सहयोग र संस्कार कै उपज हो । यसै कारण ती मुलुक प्रजातान्त्रिक अभ्यासको शिखरमा रहेर आफ्नो राज्यलाई गौरन्वित गर्न सफल भएका देखिन्छन् । ती राज्य जनतालाई शासन सञ्चालनमा सहभागी गराउन सफल भएका छन् र जनताले आफू शासकीय कार्यमा संलग्न रहेको

♦ उपन्यायाधिवक्ता

1 Universal Declaration of Human Rights, 1948, Article 21, मानव अधिकार सम्वन्धी अन्तर्राष्ट्रिय महासन्धिहरुको संगालो, कानून, न्याय तथा संसदीय व्यवस्था मन्त्रालय सिंहदरवार,२०६४

2 International Covenant on Civil and Political Rights, Article 25, मानव अधिकार सम्वन्धी अन्तर्राष्ट्रिय महासन्धिहरुको सँगालो, कानून, न्याय तथा संसदिय व्यवस्था मन्त्रालय सिंहदरवार, २०६४

3 डिल्लीराम मिश्र, नेपालको प्रजातान्त्रिक विकासक्रम र काठमाडौं उपत्यकाको निर्वाचन, २०६०, पृ.१६

3 डिल्लीराम मिश्र, "नेपालको प्रजातान्त्रिक विकासक्रम र काठमाडौं उपत्यकाको निर्वाचन" २०६० पृ. १७

महसुस गरेका छन् । लोकतान्त्रिक संरचना निर्माण र सो प्रतिको विश्वास अभिवृद्धिमा राजनीतिक दलका यिनै संस्कार युक्त उत्तरदायित्वले महत्वपूर्ण भूमिका खेलेको देखिन्छ । राज्य संचालनमा संलग्न हुन पाउने राजनीतिक दलको अधिकार १९९० पछि निर्माण भएका विश्वका संविधानहरूले स्वीकार गरेको देखिन्छ । नेपालको संविधानले पनि यस किसिमको व्यवस्थालाई आत्मसात गरेर नागरिकको राजनीतिक दल खोल्न पाउने अधिकारलाई मौलिक हकको संरक्षण गरेको छ । लोकतान्त्रिक शासन व्यवस्थामा सरिक हुन राजनीतिक दलले के कस्ता जिम्मेवारी निर्वाह गर्नु पर्दछ, के-कस्ता कानूनी प्रक्रिया पूरा गर्नु पर्दछ, सो सन्दर्भमा वर्तमान संविधान र कानूनले के कस्ता व्यवस्था गरेका छन् । सो प्रक्रिया पूरा गर्ने क्रममा के कस्ता विवाद आउदछ, लोकतान्त्रिक व्यवस्थाको मूल मर्म स्वच्छ प्रतिस्पर्धालाई राजनीतिक दलले आन्तरिक प्रतिस्पर्धामा कति आत्मसात गरेकाछन् । राजनीति र निर्वाचन सम्वद्ध राजनीतिक विवाद (Political conflict), निर्वाचन विवाद (Election dispute) र राजनीतिक दल सम्वद्ध विवाद (political party dispute) मध्ये विश्वका बहुदलीय लोकतान्त्रिक शासन प्रणाली अंगालेका मुलुकमा हुने राजनीतिक विवाद (Political conflict), निर्वाचन विवाद (Election dispute) भन्दा फरक राजनीतिक दलका नाम, झण्डा, चिन्ह, पदीय आधिकारिकताको विषयमा भएको तेरो मेरो र दल खोल्न नै निषेध गर्ने किसिमका विवादका विषयमा नेपालको सर्वोच्च अदालतवाट विकास भएका विधिशास्त्रीय दृष्टिकोणलाई समेत यहाँ उल्लेख गर्ने प्रयास गरिएको छ ।

२ .राजनीतिक दलको विकासक्रम र शासन व्यवस्थामा संलग्नता

राजनीतिक दल शब्दले लोकतान्त्रिक शासन प्रणालीमा सर्वसाधारण जनताको हक अधिकारको प्रत्याभूति गर्दै राष्ट्रको सर्वाङ्गीण विकासमा योगदान पुऱ्याउने निश्चित दर्शन, कार्यक्रम उद्देश्य र दृष्टिकोणबाट एकत्रित भएका आफ्नो विधान, नियम बमोजिम संचालन हुन प्रतिबद्ध भएर कानून बमोजिम राजनीतिक क्रियाकलाप गर्न पाउने गरी दर्ता भएका नागरिकहरूको राजनीतिक संगठनलाई बुझाउँछ । Edmond Burkeले "Party is a body of men united, for promoting by their just endeavours, the national interest, upon some particular principle in which they are all agreed,"[4]भनेकाछन् भने Shiv Chandra JhaलेParty is a kind of a replica of the future society; it gives an inking of the shape of the things to come in the-would be society that the members want to reconstitute.[5]भनेका छन् ।

प्रतिस्पर्धात्मक लोकतान्त्रिक अभ्यास विना लोकतन्त्र सफल नहुने, प्रतिस्पर्धा हुन राजनीतिक दल अपरिहार्य नै रहने भन्ने मान्यता एकै पटक कानूनी व्यवस्थाबाट उत्पन्न भएको भने होइन । यसको विकास शासन व्यवस्थामा जनताको सहभागिता हुनुपर्छ भन्ने मान्यतासँग सँगै क्रमिक रूपमा भएको हो । राजनीतिक दलको परिकल्पना विना लोकतन्त्र सुदृढ हुन सक्दैन भन्ने सिद्धान्तको विकास हुने क्रम अठारौ शताब्दिबाट भए पनि त्यस बेला सो अपरिहार्य भने भएको थिएन । राजनीतिक दलका रूपमा नभई दवाब समूहका रूपमा अस्तित्वमा रहेका यी समूह शनैः शनैः शासन प्रद्धतिको महत्वपूर्ण र

---

4 Shiv Chandra Jha *"Indian Party Politic's "* Deep & Deep Publication, new Delhi 2004, (cited in Kenneth Mackenzie ,*The English Parliament* ,(London : A pelican book ,1951) p.111.) , p.9

5 Ibid, *Jha* p.9

आवश्यक विषय बन्दै गए। दलहरूको विकास सम्बन्धमा अध्ययन गर्दा संवैधानिक वा कानूनी व्यवस्थाबाट यस्को जन्म भएको देखिदैन। यो त अभ्यास र प्रचलनबाट विकसित हुदैं एउटा स्वरूप र ढाँचामा तयार भएको देखिन्छ। यस विषयमा J. R. Jones ले The first political factions, emerged from the Exclusion crisis and Glorious Revolution in late 17th century in England. The Whigs supported Protestant constitutional monarchy against absolute rule; the Tories, originating in the Royalist faction of the English Civil War, were conservative royalist supporters of a strong monarchy as a counter balance to the republican tendencies of Whigs, who were the dominant political faction for most of the first half of the 18th century;[6] भनेका छन्। राजनीतिक दलको उत्पतिका सम्वन्धमा प्रा.लोकराज वरालले"...Parties origin vary from country, especially with the newer sources of birth of parties such as region, ethnicity, language and religion. ..."[7] भन्ने विचार व्यक्त गर्दै राजनीतिक दलको उत्पत्तिमा क्षेत्रीयता, धर्म, भाषाले स्रोतको भमिका खेल्ने वताएका छन्। यसैगरी M. L. Ahuja ले "Political parties associate themselves with colors, primarily for identification, especially for voter recognition during elections" [8] र Shiv Chandra Jha ले 'The party politics that came into a being in recorded human history and whose origin we have to find out is the phenomenon when the society developed and got split into two classes- the class of the haves and the class of the have-nots. The gradual evolution of that situation in human history eventually evolved into modern party politics'. [9] भनेको देखिन्छ। आधुनिक स्वरूपको राजनीतिक दलको शुरुवातमा वेलायतको योगदानलाई नै प्रथम मान्न पर्ने देखिन्छ। In the case of England, as we saw earlier, modern party politics came into being after the socalled bloodless Revolution of 1688, although the grounds for it were being made from the time of Elizabeth I in the sixteenth century or earlier. In other words, modern party politics started being born when capitalism was born in England in the fifteenth and sixteenth centuries.[10] वेलायतको शुरुवात पछि अमेरिका र सोपछि भारत लगायतका मध्यम वर्गीय वर्गले राष्ट्रियता विकासँगै राजनीतिक दल स्थापना गरेको देखिन्छ। Modern American party politics was started by the American bourgeoisie first by forming the party of united thirteen colonies. Modern Indian party politics was stated by the Indian bourgeoisie by forming the party of the Indian National Congress in 1885. The American bourgeoisie freed itself from British domination by the Revolution of 1776, while the Indian bourgeoisie embarked on the part of revolution through the India National Congress from 1885 onwards for freeing itself from British domination. [11]The emergence

---

6 J. R. Jones, *The First Whigs. The Politics of the Exclusion Crisis, 1678–1683* (Oxford University Press, 1961), p.4.

7 Lokraj Baral *"The unclear roadmap: Parties and the Parliamentary Process,"* ***Nepal,*** *political Parties and Parliament.* "ADROIT publisher -2004 Edited by (Lokraj Baral),p.12

8 M. L. Ahuja,*Political Parties in India* (2012 1st ed.),26

9 Ibid, Jha (n4), 10

10 Ibid,Jha (n4), 23

11 Ibid, Jha p.24

and growth of political parties in India is obviously related to the rise of Nationals in the country.[12]

राजनीतिक दलको प्रतिस्पर्धामा जनताको संलग्नता र मान्यता रहेको हुन्छ र सोही आधारमा जनसमर्थन पाएको राजनीतिक दलले शासन संचालन गर्दछ भन्ने मान्यता चाहे त्यो अध्यक्षात्मक शासन प्रणाली भएका मुलुक होस् वा संसदीय वा मिश्रित शासन प्रणाली भएका मुलुक होस् सबै किसिमका लोकतान्त्रिक व्यवस्था भएका मुलुकमा स्वीकार गरिएको देखिन्छ । यद्यपि जनसमर्थन प्राप्त राजनीतिक दलले राज्यको शासन संचालन गर्दछ भन्ने मान्यता भएपनि कमजोर लोकतन्त्र भएका मुलुकमा शुरुवातका समयदेखि नै विश्वका शक्तिशाली संगठनको मुखापेक्षी हुने अभ्यास पनि देखिन्छ । The oldest national party in India is the Indian National Congress (I N C). It was established in 1885 as a pro-British Indian organization.[13]

नेपालको सन्दर्भमा भन्ने हो भने भारतका प्रभावशाली दलको चूनाव चिन्हसँग मिल्दो चिन्ह लिन होडवाजी नै परेको हामीले नदेखेको होइन । "During the 19th and 20th Centuries, many national political parties organized themselves into international organizations along with similar policy likes. Notable examples are the International Workingmen's Associations, the Socialist International, The Communist International, Christian Democratic International and the International Democrat Union etc."[14] अर्थात भर्खरै लोकतन्त्रको उदय भएको दक्षिण एशियाका राजनीतिक दलमा कुनै न कुनै अन्तर्राष्ट्रिय संगठनको सहारा बेगर अस्तित्व जोगाउन सकिदैन भन्ने प्रभावमा रहे । यद्यपि जुनसुकै अन्तर्राष्ट्रिय संगठन तर्फ मुखापेक्षी भएपनि जनसमर्थन प्राप्त राजनीतिक दलले राज्यको शासन संचालन गर्दछ भन्ने मान्यतालाई दक्षिण एशियाका सबै मुलुकले आत्मसात गरेको देखिन्छ । दक्षिण एशियाको लोकतान्त्रिक व्यवस्थालाई विद्वान वर्गले catagorise गरेको पनि पाइन्छ ।

…in the post-colonial context of South Asia, there are five categories of countries with varying experiences and historical backgrounds. India is a distinct category because of the continued parliamentary exercises (except during the Emergency for Nineteen months) despite many stressed and strains being faced by Indian democracy. The second is Sri Lanka with occasional swings between parliamentary and presidential or semi- presidential type a La French model. Ravaged by ethnic conflict, Sri Lanka is credited with maintaining its tradition of party and parliament. Today's experiment with co-habitation shows Sri Lanka's growing maturity in politics with the two rival parties sharing power at two levels: presidential and parliamentary. The third category includes Bangladesh and Nepal, though the latter seems to be struggling to find its course of democratic evolution. Parties in Bangladesh and Nepal are integral to the system despite the low public ratings of the respective peoples. The fourth category-Pakistan-shuttles between military dictatorships and a semi- parliamentary system. Practically, however, the military continues to be the mainstay

---

12 Ibid,Ahuja p.26

13 Ibid,Ahuja p.29

14 Ibid,Ahuja p.26

of power even during the party rule. The other two countries- Bhutan and the Maldives- cannot be compared with the rest as none has ever practised a multi party system.[15] अर्थात प्रजातान्त्रिक मूल्य मान्यतालाई आत्मसात गरेका दक्षिण एशियाका मुलुकको लोकतन्त्र स्थान र परम्परा सापेक्ष छ भन्नेमा विद्वान वर्गले पनि विश्वास गरेको देखिन्छ। सायद लोकतन्त्र स्थान र परम्परा सापेक्ष नहोस् भन्ने नै उद्देश्यवाट समयको अन्तरालमा दलहरूको क्रियाकलापलाई व्यवस्थित गर्ने प्रयोजनको लागि संविधान र कानूनद्वारा राजनीतिक दलका सम्बन्धमा विशेष व्यवस्था गर्न पुगेको देखिन्छ। स्वस्थ राजनीतिक अभ्यास प्रति प्रतिबद्ध र क्रियाशील राजनीतिक दलहरूले नै लोकतन्त्रलाई प्रवर्द्धन गर्न सक्छन् भन्ने मान्यता अनुरूप राजनीतिक दलहरू स्वयंको अस्तित्वको संरक्षण, उनीहरूका क्रियाकलाप राष्ट्रिय सार्वमौमसत्ता र लोकतन्त्रको आधारभूत सिद्धान्तको सम्मान र संरक्षण गर्न कटिबद्ध रहने र राजनीतिक दलहरूबाट राष्ट्रिय हित र जनहित विपरीत जालसाँजीपूर्ण कार्यहरू नहुने भन्ने जस्ता उद्देश्यले राजनीतिक दलहरूलाई नियमित र व्यवस्थित गर्न कानूनी व्यवस्थाको आवश्यकता महसूस गरिएको देखिन्छ।[16] अर्थात राजनीतिक दल शासन व्यवस्थामा जनताको प्रतिनिधिको रूपमा संलग्न हुने प्रचलन स्थापित भएपछि यसलाई कानून बमोजिम व्यवस्थापन गर्नु उपयुक्त ठानी आधुनिक लोकतान्त्रिक राज्यले संविधान र कानूनमा राजनीतिक दल सम्वन्धी व्यवस्था गरेको पाइन्छ।

३ .विश्वका केही लोकतान्त्रिक संविधानमा राजनीतिक दल सम्बन्धी व्यवस्था

प्रतिस्पर्धात्मक लोकतान्त्रिक अभ्यासमा राजनीतिक दल अपरिहार्य हुन्छ भन्ने मान्यताको विकास हुनु पूर्वका संविधानमा राजनीतिक दलका विषयमा व्यवस्था गरिएको देखिँदैन। १९९० को दशकपछि घोषणा भएका विश्वका पछिल्ला संविधानमा भने यस विषयमा उल्लेखनीय व्यवस्था गरिएको पाइन्छ।

(क) **जर्मनीको संविधानमा**[17] राजनीतिक दलहरूको आन्तरिक संगठनमा लोकतान्त्रिक सिद्धान्तलाई अंगिकार गरेको हुनुपर्ने। राजनीतिक दलहरूको वित्तीय कोषको स्रोत र लेखा सार्वजनिक गर्नुपर्ने। लोकतन्त्रका आधारभूत सिद्धान्त कमजोर पार्ने उद्देश्यले स्थापित राजनीतिक दल बैधानिक नमानिने। जनताको राजनीतिक इच्छा राजनीतिक दलले अभिव्यक्त गर्नुपर्ने जस्ता प्रावधान रहेको देखिन्छ।

(ख) **फ्रान्सको संविधानले**[18] दलहरू स्वतन्त्रपूर्वक संगठित हुन र क्रियाकलाप गर्न सक्ने, दलहरूले राष्ट्रिय सार्वभौमसत्ता र स्वतन्त्रताको सिद्धान्तलाई सम्मान गर्नुपर्ने, राजनीतिक दलहरू जनमत अभिव्यक्त गर्ने माध्यम हुने भएकाले The French National Assemblyले political partiesको free activities carry गर्ने विषयमा रोक लगाउने गरी कानून बनाउन सक्दैन भन्ने व्यवस्था गरेको देखिन्छ।

---

15 Ibid, Baral p.12

16 काशीराज दहाल, "राजनीतिक दल सम्बन्धी सवैधानिक मान्यता" निर्वाचन वर्ष-२ अंक-१, २०६९, निर्वाचन आयोग काठमाण्डौ, ३४

17 *संघीय गणतन्त्र जर्मनीको संविधान, (The basic law of Germany's Constitution) धारा-२१),*

18 गणतन्त्र फ्रान्सको संविधान (The Constitution of the Fifth French Republic), धारा-४

(ग) **गणतन्त्र ग्रिसको संविधानले**[19] राजनीतिक दलहरूले लोकतान्त्रिक सरकारको अवधारणा अनुरूप आफ्नो दायित्व निर्वाह गर्नु पर्नेछ भन्ने व्यवस्था गरेको देखिन्छ ।

(घ) **स्पेनको संविधानले**[20] राजनीतिक दलहरूको आन्तरिक संगठन र क्रियाकलाप लोकतान्त्रिक हुनुपर्ने भन्ने व्यवस्था गरेको देखिन्छ ।

(ङ) **पोर्चुगलको संविधानले**[21] राष्ट्रिय स्वतन्त्रता र राजनीतिक लोकतन्त्रको सम्मान गर्नु दलको कर्तव्य हुने । दलको उद्देश्य जनताको चाहनालाई अभिव्यक्त गर्न संगठित हुने भन्ने हुनु पर्ने । राष्ट्रिय सार्वभौमसत्ता र क्षेत्रीय अखण्डतामा असर पूऱ्याउने उद्देश्यले विभिन्न धर्म र सम्प्रदायको आधारमा गठित राजनीतिक दललाई मान्यता नदिने भन्ने व्यवस्था गरेको देखिन्छ ।

(च) **सेनेगलको सविधानले**[22] दलहरूले जनताको इच्छालाई प्रतिविम्वित गर्नुपर्ने । राष्ट्रिय सार्वभौमसत्ता र लोकतान्त्रिक सिद्धान्तलाई सम्मान गर्नुपर्ने । राजनीतिक दल धर्म, सम्प्रदाय जातजाति, भाषा र क्षेत्रीयताका आधारमा निर्माण गर्न नहुने भन्ने व्यवस्था गरेको देखिन्छ ।

(छ) **लाइवेरियाको संविधानले**[23] राजनीतिक दलहरू जनताको राजनीतिक विचारलाई स्वतन्त्र रूपमा अगाडि बढाउने उद्देश्यले स्थापना भएको हुनुपर्ने । एकमात्र राजनीतिक दलले मान्यता पाउने कानून बनाउन नपाइने । राष्ट्रको लोकतान्त्रिक पद्धतिलाई धमिल्याउने किसिमको कुनै राजनीतिक दलको लक्ष र क्रियाकलाप हुन नहुने । आफ्नो राजनीतिक उद्देश्य प्राप्तिको लागि भौतिक बल र शक्तिका भरमा जवरजस्ती करकापमा पारी काम गर्न नहुने । राजनीतिक दलले आफ्नो सम्पत्ति र आर्थिक विवरण देश भन्दा बाहिर राख्न नपाउने भन्ने व्यवस्था गरेको देखिन्छ ।

(ज) **सुरिनामको संविधानमा**[24] राजनीतिक संगठनले सार्वभौमसत्ता र लोकतन्त्रको सम्मान गर्नुपर्ने दलको आफ्नो आयव्ययको बार्षिक विवरण सार्वजनिक रूपमा प्रकाशन गर्नुपर्ने । राजनीतिक दलको कार्यक्रम राज्यको हितलाई प्रवर्द्धन गर्ने उद्देश्य अनुरूपको हुनपर्ने भन्ने व्यवस्था गरेको छ ।

(झ) **दक्षिण कोरियाको संविधानले**[25] बहुदलीय व्यवस्थाको ग्यारेन्टि गर्दै राजनीतिक दलहरूको आफ्नो संगठन र क्रियाकलाप लोकतान्त्रिक हुनुपर्ने (Political parties must be democratic in their objectives, organization, and activities,) जनताको इच्छा व्यक्त गर्न सक्ने हुनुपर्ने । राजनीतिक दलको उद्देश्य र क्रियाकलाप लोकतन्त्रको आधारभूत मान्यता प्रतिकूल हुने भएमा त्यस्तो राजनीतिक संगठन संवैधानिक अदालतको आदेशानुसार विघटन गर्न सकिने भन्ने व्यवस्था गरेको छ ।

---

19 गणतन्त्र ग्रिसको संविधान, धारा-२९

20 स्पेनको संविधान, धारा-६

21 पोर्चुगलको संविधान (Constitution of The Portuguise Republic), धारा-१० र ५१

22 सेनेगलको सविधान, धारा-,५१

23 लाइवेरियाको संविधान, धारा, ७७, ७८, ७९, ८०,

24 सुरिनामको संविधान, धारा-२३

25 दक्षिण कोरियाको संविधान, धारा ८ को १,२,३,४

राजनीतिक दललाई अधिकांश संविधानले लोकतन्त्रको अपरिहार्य आवश्यकताको रूपमा लिएको देखिन्छ। यद्यपि संविधान निर्माणको समयलाई हेर्दा पछिल्लो समयको लोकतान्त्रिक संविधानको कोटीका पर्ने भएपनि भारतमा निर्वाचन आयोगको व्यवस्था संविधानमा गरेपनि दल दर्ता गर्ने विषयले ढिलो कानूनी मान्यता पाएको देखिन्छ।

Prior to august 1968, there was no provision either in any Act or rules or under the orders of the Election Commission for registration of political parties. It was for the first time in August 1968 that a provision was made for that purpose in Election Symbols (Reservation and Allotment) Order 1968. It is true that even up to that time, there was no mention of political parties at all, either in the constitution or in the rules made thereunder.[26]

अझ राजनीतिक दललाई स्पष्ट उल्लेख नगरी घुमाउरो किसिमले संविधानमा मान्यता दिएको देखिन्छ। the Constitution was silent altogether with regard to their existence right up to 1985. It was only in 1985 that their existence and functioning in the political field came to be reognised for the first time by the constitution - that too not directly but in the form of the Tenth Schedule thereto as inserted by the constitution (Fifty- second Amendment) Act 1985, making political defections a ground for disqualification for membership of parliament and state legislatures.[27] यसैगरी बंगलादेशको संविधानमा Article 118, पाकिस्तानको संविधानले Article 218 मा निर्वाचन आयोगको विषयमा उल्लेख गरेपनि राजनीतिक दलको विषयमा संवैधानिक व्यवस्था गरिएको पाइदैन।

४. नेपालमा दलीय अभ्यास

नेपालमा कानून बमोजिम दल खोल्न पाउँने मान्यता २००७ सालको प्रजातन्त्र स्थापनापछि प्राप्त भएको भएपनि "१९९३ साल जेठ २२ गते नेपालमा प्रजातन्त्रका वीर सपूत नवयुवकहरूले काठमाडौंको ओम बहाल स्थित धर्मभक्त माथेमाकी फुपुको घरमा भेला भई एक गोप्य राजनैतिक संगठनको स्थापना गरेपछि यस संगठनको नाम नेपाल प्रजा परिषद् रहन गयो र यो नै पहिलो राजनैतिक संगठन थियो"[28] भन्ने उल्लेख पाइन्छ। यद्यपि वि.सं. १९८८ को प्रचण्ड गोर्खा र प्रजा परिषद् नामक प्रजातन्त्र प्राप्तिका लागि दबाव दिन जनसचेतना जगाउन गठित दललाई नै शुरुवात मान्नु पर्ने हुन्छ। त्यसपछि क्रमशः प्रवासमा नेपाली राष्ट्रिय काग्रेस, नेपाल कम्युनिष्ट पार्टी आदिको रूपमा राजनीतिक दलहरू गठन भएको देखिन्छ। नेपालमा २००७ सालदेखि २०६३ सालसम्मको लोकतान्त्रिक अभ्यासमा राजनीतिक दलहरूले प्रमुख भूमिका निभाउँदै आएको पाइन्छ। संवैधानिक र कानूनी व्यवस्थालाई हेर्ने हो भने निर्दलीय पञ्चायती व्यवस्थाको संरक्षण गर्ने उद्देश्य रहेको नेपालको संविधान, २०१९ ले बाहेक नेपालको अन्तरिम संविधान २००७, नेपाल अधिराज्यको संविधान २०१५, नेपाल अधिराज्यको संविधान २०४७ नेपालको अन्तरिम संविधान २०६३ र नेपालको संविधान सबैले दलिय मान्यतालाई आत्मसात गरेको देखिन्छ। अझ पछिल्लो नेपालको संविधानले राजनीतिक दल खोल्न पाउने हकलाई मौलिक हकका

---

26 'VS Ramadevi & SK Mendiratta ' *How India Votes ; Election laws,practice and procedure'*. 3rd ed. 2014,p.558

27 Ibid, *Ramadevi & Mendiratta* (n27), p.548

28 Ibid, *मिश्र*, ४०

रूपमा ग्यारेन्टि[29] गरी कानून बमोजिम दर्ता भएका दललाई आफ्नो उद्देश्य प्राप्तिको लागि जनता समक्ष जानकारी गराउने उद्देश्यले प्रचार प्रसार गर्न रोक लगाउने गरी कानून बनाउन नपाइने बनाए असंवैधानिक भई अमान्य हुने व्यवस्था समेत गरेको देखिन्छ[30]।

यी संविधानहरू र यिनैको मान्यताको आधारमा बनेका कानून बमोजिम नेपाली राजनीतिमा राजनीतिक दलहरू सक्रिय रहेका छन्। हालको अवस्था सम्म आइपुग्दा राजनीतिक दलहरू पूर्ण लोकतान्त्रिक अभ्यासका लागि अपरिहार्य भएका हुँदा यिनको गठन, व्यवस्थापन, अधिकार, कर्तव्य र उतरदायित्व स्पष्ट गरी संविधान र कानूनले निश्चित दिशा निर्देश गरेको पाइन्छ।

५. नेपाल कानूनमा राजनीतिक दल गठन तथा व्यवस्थापन

राजनीतिक दल गठन तथा व्यवस्थापन सम्वन्धमा नेपाल कानूनलाई हेर्ने हो भने नेपालको संविधानको भाग २९ धारा २६९ ले समान राजनीतिक विचारधारा, दर्शन र कार्यक्रममा प्रतिबद्ध व्यक्तिहरूले कानूनको अधीनमा रही राजनीतिक दल गठन गरी संचालन गर्न जनसाधारणको समर्थन र सहयोग प्राप्त गर्नका लागि त्यसको प्रचार प्रसार गर्न गराउन वा सो प्रयोजनका लागि अन्य आवश्यक काम गर्न सक्नेछन् "भनी उल्लेख गरेको र राजनीतिक दलले कानून बमोजिमको कार्यविधि पूरा गरी निर्वाचन आयोगमा दल दर्ता गराउनु पर्नेछ।" भन्ने व्यवस्था गरि समान विचारधारा, दर्शन र कार्यक्रममा प्रतिवद्ध नागरिकहरूले कानूनको प्रक्रिया पूरा गरी राजनीतिक दल गठन र दर्ता गर्न सक्ने देखिन्छ। यद्यपि नेपालको सार्वभौमसत्ता, भौगोलिक अखण्डता, राष्ट्रियता र स्वाधीनतामा खलल पर्ने, राष्ट्रको विरुद्ध जासूसी गर्ने, राष्ट्रिय गोपनीयता भंग गर्ने वा नेपालको सुरक्षामा आँच पुऱ्याउने गरी कुनै विदेशी राज्य, संगठन वा प्रतिनिधिलाई सहयोग गर्ने वा राज्यद्रोह गर्ने वा संघीय इकाइबीचको सु-सम्बन्धमा खलल पर्ने वा जातीय वा साम्प्रदायिक विद्वेष फैलाउने वा विभिन्न जात, जाति, धर्म र सम्प्रदायबीचको सु-सम्बन्धमा खलल पर्ने वा केवल जाति, भाषा, धर्म, सम्प्रदाय वा लिंगको आधारमा कुनै राजनीतिक दलको सदस्यता प्राप्त गर्ने वा बन्देज लगाउने वा नागरिकहरूबीच विभेद गर्ने गरी राजनीतिक दल गठन गर्ने, हिंसात्मक कार्य गर्न दुरुत्साहन गर्ने वा सार्वजनिक नैतिकताको प्रतिकूल हुने कार्यमा मनासिब प्रतिबन्ध लगाउने गरी ऐन बनाउन रोक लगाएको नमानिने[31] भन्ने व्यवस्था गरी राज्यको हितलाई असर पार्ने उद्देश्य भएका राजनीतिक दललाई नियन्त्रण गर्न खोजेको देखिन्छ।

बहुदलीय व्यवस्थाको माध्यमद्वारा शासन व्यवस्था सञ्चालन गर्न राजनीतिक दलहरूलाई जिम्मेवार प्रजातान्त्रिक संगठनको रूपमा विकसित गर्नुपर्ने हुन्छ। यस प्रयोजनका लागि राजनीतिक दलको उचित नियमन र व्यवस्थापन आवश्यक छ। राजनीतिक दल गठन, दर्ता सञ्चालन तथा दल त्याग सम्बन्धी प्रक्रियालाई व्यवस्थित गर्न र राजनीतिक दलको काम कारबाही तथा आर्थिक व्यवस्थापनलाई पारदर्शी र जिम्मेवार बनाउन, नेपाल कानूनमा गरिएका व्यवस्था मुख्य मुख्य व्यवस्था यहाँ उल्लेख गरिएको छ।

---

29 नेपालको संविधान, धारा १७ उपधारा २ को (ग),

30 नेपालको संविधान, धारा २७० ,

31 नेपालको संविधान, धारा १७ उपधारा २ को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांश (३)

अ. राजनीतिक दल दर्ता

नेपालको संविधान धारा २६९ र राजनीतिक दल सम्बन्धी ऐन, २०७३ को दफा ३,४ र ५ ले राजनीतिक दलको गठन, र दर्ता हुन सक्ने अवस्थाका बारेमा स्पष्ट व्यवस्था गरेको देखिन्छ। कानूनी व्यवस्थालाई हेर्दा राजनीतिक दल दर्ता निम्न ४ स्थितिमा हुने गरेको देखिन्छ :-

१) नया राजनीतिक दल गठन र दर्ता[32]

२) निर्वाचन प्रयोजनको लागि हुने राजनीतिक दल दर्ता [33]

३) दल एकीकरण वा गाभिएर कायम हुने दर्ता[34]र

४) ४० प्रतिशत सांसद र केन्द्रीय सदस्यहरूले अलग्गै राजनीतिक दल गठन गरी हुने दल दर्ता [35]

क) नयाँ राजनीतिक दल गठन र दल दर्ता[३६]

समान राजनीतिक विचारधारा, दर्शन र कार्यक्रममा प्रतिबद्ध व्यक्तिहरूले राजनीतिक दल गठन गरी सञ्चालन गर्न र दलको विचारधारा, दर्शन र कार्यक्रमप्रति जनसाधारणको समर्थन र सहयोग प्राप्त गर्नका लागि त्यसको प्रचार र प्रसार गर्न, गराउन वा सो प्रयोजनका लागि अन्य आवश्यक काम गर्न सक्नेछन् र त्यसरी गठन भएको दल दर्ता गराउन पर्ने संवैधानिक व्यवस्था भएकोले दल दर्ताका लागि संविधान र कानूनका निम्न शर्त पूरा गर्न पर्ने देखिन्छ।

- दलको प्रमुख पदाधिकारीले केन्द्रीय समितिको निर्णय सहित तोकिएको ढाँचामा निम्न विवरण तथा कागजात संलग्न गरी आयोग समक्ष निवेदन दिनु पर्ने।
- दलको लोकतान्त्रिक विधान, नियमावली र घोषणापत्र।
- दलको झण्डा, चिन्हको नमूना,
- कम्तीमा पाँचसय जना नेपाली मतदाताले दलको सदस्यता प्राप्त गर्न गरेको प्रतिबद्धता पत्र र निजहरूको नागरिकता वा मतदाता परिचय पत्रको प्रमाणित प्रतिलिपि सहितको हस्ताक्षर,
- राजनीतिक दलको विधानमा कम्तीमा पाँच वर्षमा एक पटक सो दलका संघीय र प्रदेश तहका प्रत्येक पदाधिकारीको निर्वाचन हुने व्यवस्था ,
- देशको धार्मिक वा साम्प्रदायिक एकतामा खलल पार्ने वा देशलाई विखण्डित नगर्ने प्रकृतिको राजनीतिक दलको नाम, उद्देश्य, चिन्ह वा झण्डा,
- नेपालको विविधतालाई प्रतिबिम्बित गर्ने गरी समावेशी प्रतिनिधित्वको व्यवस्था गरिएको दलको विभिन्न तहका कार्यकारिणी समिति,
- प्रतिबद्धता जनाउने व्यक्तिले अर्को दलको सदस्य नभएको भनी गरेको उद्घोषण पत्र।

---

32 नेपालको संविधान, धारा २६९

33 नेपालको संविधान, धारा २७१

34 राजनीतिक दल सम्बन्धी ऐन, २०७३ को दफा १० ,

35 राजनीतिक दल सम्बन्धी ऐन, २०७३ को दफा, ३३ (२)

36 नेपालको संविधान, धारा २६९, राजनीतिक दल सम्बन्धी ऐन, दफा ३,४,५

- कम्तीमा एक्काइस सदस्यीय केन्द्रीय समितिको व्यवस्था ,
- दलको सबै समितिमा कम्तीमा ३३ प्रतिशत महिलाको समावेशी व्यवस्था,
- केन्द्रीय कार्यकारिणी समिति वा सो सरहको केन्द्रीय स्तरको समितिका पदाधिकारीहरूको नेपाली नागरिकताको प्रमाणपत्रको छाँयाप्रति,
- राजनीतिक दलको आधिकारिक छापको नमूना,

ख) निर्वाचन प्रयोजनका लागि हुने राजनीतिक दल दर्ता

नेपालको संविधानको धारा २६९ तथा राजनीतिक दल सम्वन्ध ऐन २०७३ दफा ४ वमोजिम निर्वाचन आयोगमा दर्ता रहेका दलले निर्वाचनमा भाग लिन आसन्न निर्वाचन अधि देहायका शर्त पालन गरी निर्वाचनको प्रयोजनका लागि दल दर्ता गराउनु पर्ने व्यवस्था छ ।

- राजनीतिक दल दर्ता गराउन चाहने राजनीतिक दलले आयोगले नेपाल राजपत्रमा सूचना प्रकाशन गरी तोकिदिएको कार्यविधि पूरा गरी सोही सूचनामा तोकिएको म्यादभित्र आयोगमा निवेदन दिनु पर्छ । [37]
- दलको विधान, घोषणापत्रका अतिरिक्त वार्षिक लेखापरीक्षण प्रतिवेदन पेश गर्नु पर्ने ।[38] सोभन्दा अगाडिका वर्षको लेखा परीक्षण प्रतिवेदन आयोगमा पेश नगर्ने दलले त्यस्ता वर्षको लेखा परीक्षण प्रतिवेदन समेत पेश गर्नु पर्नेछ । एकीकरण भई वा गाभिई नयाँ कायम भएको दलले वार्षिक लेखा परीक्षण प्रतिवेदन पेश गर्दा सोही आर्थिक वर्षमा एकीकरण भई वा गाभिई नयाँ कायम भएको भए अघिल्लो आर्थिक वर्षमा कायम रहेका प्रत्येक दलको अलग अलग वार्षिक लेखा परीक्षण प्रतिवेदन, अघिल्लो आर्थिक वर्षमा एकीकरण भई वा गाभिई नयाँ कायम भएको दलले एकीकरण भएका वा गाभिएका साविकका दलको विवरण समेत देखिने गरी तयार गरिएको हाल कायम रहेको दलको वार्षिक लेखा परीक्षण प्रतिवेदन । निर्वाचन प्रयोजनको लागि दर्ता हुने आर्थिक वर्षमा दर्ता भएको दलले लेखा परीक्षण प्रतिवेदन पेश गर्दा साविकको दलको लेखा परीक्षण प्रतिवेदन पेश गर्नु पर्नेछ ।[39]
- निवेदन सम्बन्धित दलको प्रमुख पदाधिकारी वा अधिकार प्राप्त व्यक्तिले दिनु पर्नेछ ।

ग) दल गाभिने वा एकीकरणवाट हुने दर्ता

नेपालको संविधानको धारा २६९ तथा राजनीतिक दल सम्वन्ध ऐन २०७३ दफा ४ वमोजिम निर्वाचन आयोगमा दर्ता कायम रहेका दलहरू एक आपसमा सम्झौता गरी गाभिने वा एकीकरण हुन सक्ने[40] व्यवस्था छ ।सो प्रयोजनका लागि देहाय बमोजिम गराउनु पर्ने हुन्छ ।

---

37 राजनीतिक दल सम्बन्धी ऐन, २०७३, दफा ४८, राजनीतिक दल सम्बन्धी नियमावली २०७४ को नियम १५,

38 नेपालको संविधान, धारा २७१ को उपधारा २

39 राजनीतिक दल सम्बन्धी नियमावली २०७४ को नियम १६

40 राजनीतिक दल सम्बन्धी ऐन, दफा १०, नियमावली नियम ९,

- एक आपसमा सम्झौता भएको पैंतालीस दिनभित्र दलले आफ्नो विधान, केन्द्रीय समितिको निर्णय र सम्झौताको प्रतिलिपि सहित आयोगमा निवेदन दिनु पर्ने,
- निवेदन र सम्झौतामा कुन दलको नाममा गाभिने हो वा नयाँ नाममा एकीकरण हुने कुरा खुलाउनु पर्ने,
- एकीकरण हुँदा वा गाभिँदा त्यस्ता दलको नाम, झण्डा, चिन्ह, सम्पत्ति वा दायित्वका वारेमा सम्झौतामा उल्लेख हुन पर्ने ,
- दलको केन्द्रीय समितिले एकीकरण हुन वा गाभिन गरेको निर्णयको प्रतिलिपि संलग्न हुन पर्ने,
- एकीकरण हुने वा गाभिने गरी भएको सम्झौताको प्रतिलिपि संलग्न हुन पर्ने,
- एकीकरण भएको दलको केन्द्रीय समितिको निर्णयको प्रतिलिपि संलग्न हुन पर्ने,
- एकीकरण भएको दलको विधान, नियमावली तथा घोषणापत्र संलग्न हुन पर्ने,
- एकीकरण भएको दलको केन्द्रीय समितिका पदाधिकारीहरूको नागरिकताको प्रमाणपत्रको प्रतिलिपि संलग्न हुन पर्ने,
- प्रमुख पदाधिकारीले अधिकार दिएको व्यक्तिले निवेदन दिएकोमा त्यसरी दिइएको अधिकारपत्र संलग्न हुन पर्ने,
- एकीकरण हुनुअघि दर्ता भएका दलको दल दर्ता प्रमाणपत्र संलग्न हुन पर्ने,

घ) दल विभाजनवाट हुने दर्ता

कुनै दलको केन्द्रीय समिति र सङ्घीय संसदका संसदीय दलका कम्तीमा चालीस प्रतिशत सदस्यले छुट्टै नयाँ दल गठन गरेमा त्यस्तो दल निर्वाचन आयोगमा दर्ता हुन सक्ने देखिन्छ । यसरी गठन भएको दल आयोगबाट मान्यता प्राप्त गरेको मितिबाट पाँच वर्षसम्म त्यस्तो दलबाट छुट्टिई अर्को दल गठन हुन सक्ने छैन ।[41] साविकको दलका केन्द्रीय समिति र सङ्घीय संसदका संसदीय दलका कम्तीमा चालीस प्रतिशत सदस्यले छुट्टै नयाँ दल बनाउन समर्थन गरी हस्ताक्षर गरेको समर्थनपत्र, कम्तीमा एक्काइस सदस्य भएको केन्द्रीय समितिको व्यवस्था सहित आयोगमा निवेदन दिइ दल दर्ता गरिने व्यवस्था देखिन्छ ।

आ. राजनीतिक दल दर्ता हुन नसक्ने.अवस्था[४२]

समान राजनीतिक विचारधारा, दर्शन र कार्यक्रममा प्रतिबद्ध व्यक्तिहरूले राजनीतिक दल गठन गरी सञ्चालन गर्न र दलको विचारधारा, दर्शन र कार्यक्रमप्रति जनसाधारणको समर्थन र सहयोग प्राप्त गर्नका लागि त्यसको प्रचार र प्रसार गर्न, गराउन वा सो प्रयोजनका लागि अन्य आवश्यक काम गर्न सक्ने र त्यस्तो दलदर्ता गराउन पर्ने संवैधानिक व्यवस्था भएपनि निम्न शर्त पुरा नभएका अवस्थामा दल दर्ता गर्न नहुने नेपालको संविधान र कानूनमा व्यवस्था छ ।

---

41 राजनीतिक दल सम्बन्धी ऐन, २०७३, दफा ३३ को उपदफा २ र ३ ,

42 राजनीतिक दल सम्बन्धी ऐन, २०७३, दफा ६,

- दलको सदस्यता प्राप्त गर्न धर्म, जात, जाति, सम्प्रदाय, भाषा वा लिङ्गको आधारमा बन्देज लगाइएको, बञ्चित गरेको वा विभेद गरेको भएमा,
- दलको नाम, उद्देश्य, चिन्ह, झण्डा, विधान, नियमावली तथा काम, कारबाही संविधान तथा ऐन प्रतिकूल हुने भएमा,
- दलको नाम, उद्देश्य, चिन्ह वा झण्डा नेपालको धार्मिक वा साम्प्रदायिक एकतालाई खलल पार्ने वा विखण्डित गर्ने प्रकृतिको भएमा वा सार्वजनिक नैतिकता प्रतिकूल हुने भएमा,
- आयोगले माग गरेको विवरण वा कागजात उपलब्ध नगराएमा वा पदाधिकारी वा सदस्यको हस्ताक्षर सनाखत हुन नसकेमा

इ. राजनीतिक दलका अधिकार

नेपालको संविधान र कानूनमा राजनीतिक दलको अधिकारको विषयमा निम्न व्यवस्था गरेको देखिन्छ ।

- समान विचारधारा दर्शन कार्यक्रम प्रति प्रतिवद्ध व्यक्तिहरूले संविधान र कानूनको अधिनमा रही निर्वाचन आयोगमा कानूनी रित पूऱ्याई राजनीतिक दल दर्ता गर्न गराउन पाउने [43]।
- राजनीतिक दलका रूपमा संविधान बमोजिम गठन र दर्ता भएका राजनीतिक दल संचालन गर्न पाउने, दलको दर्शन, विचारधारा र कार्यक्रम प्रति समर्थन र सहयोग पाउन प्रचार प्रसार गर्न पाउने[44]
- कानूनी रूपमा दर्ता भएका दलले दलको उद्देश्य परिपूर्तिका लागि गर्न पाउने प्रचार प्रसार वन्द गर्ने गरी कानून निर्माण गर्न नपाउने, निर्माण भए स्वतः संविधान प्रतिकूल भै अमान्य गराउन सक्ने[45] ।
- राजनीतिक दलले निर्वाचित सभासद वा सदस्यले कानून बमोजिम दल त्याग गरेको जानकारी सम्बन्धित सभामुखलाई गराउन सक्ने ।द्धट
- रीत पुगेको राजनीतिक दल दर्ता हुन पाउने अधिकार । [47]
- तोकिएको प्रक्रिया पूऱ्याई राजनीतिक दल संयुक्त हुने सक्ने अधिकार [48]

ई. राजनीतिक दलको दायित्व तथा जिम्मेवारी

नेपालको संविधान र कानूनमा राजनीतिक दलको दायित्व र जिम्मेवारी समेत तोकेको देखिन्छ जसलाई निम्नानुसार उल्लेख गरिएको छ ।

- नेपालको सार्वभौमसत्ता, भौगोलिक अखण्डता राष्ट्रियता र स्वाधिनतामा खलल पार्ने , राष्ट्र विरुद्ध जासुसी गर्ने राष्ट्रिय गोपनीयता भंग गर्ने , नेपालको सुरक्षामा आच आउने गरी कुनै

---

43 नेपालको संविधान, धारा २६९ (१)

44 नेपालको संविधान, धारा २७० (१)

45 नेपालको संविधान, धारा २७० (१)

46 नेपालको संविधान, धारा ८९

47 राजनीतिक दल सम्बन्धी ऐन, २०७३ दफा ५ को उपदफा ४

48 राजनीतिक दल सम्बन्धी ऐन, २०७३ दफा १०

विदेशी राज्य, संगठन वा प्रतिनिधिलाई सहयोग गर्ने वा राज्य द्रोह गर्ने वा संघीय इकाई बीचको सु-सम्बन्धमा खलल पार्ने वा जातिय साम्प्रदायिक विद्वेश फैलाउने वा विभिन्न जात, भाषा, धर्म र सम्प्रदाय विचको सु-सम्बन्धमा खलल पर्ने वा केवल जाति, भाषा, धर्म सम्प्रदाय वा लिंगको आधारमा राजनीतिक दलको सदस्यता दिने वा लिन बन्देज लगाउने, नागरीकका बीचमा विभेद गर्ने गरी राजनीतिक दल गठन गर्न, हिंसात्मक कार्य गर्न, दुरुत्साहन गराउने क्रममा सार्वजनिक नैतिकताको प्रतिकूल हुने कार्य गर्न हुदैन ।[49]

- प्रतिनिधि सभामा समानुपातिक निर्वाचन प्रणाली बमोजिम उम्मेद्वारी दिदां जनसंख्याको आधारमा महिला, दलित, आदिवासी जनजाती, खस आर्य, मधेशी, थारु, मुस्लिम, पिछडिएको क्षेत्र समेतबाट बन्दसूचीका आधारमा प्रतिनिधित्व गराउनु पर्ने..... उम्मेदवारी दिदां भूगोल र प्रादेशिक सन्तुलन समेतलाई ध्यान दिनु पर्ने ।[50]
- समानुपातिक तर्फ उम्मेदवारी दिंदा अपांगता भएका व्यक्ति समेतको प्रतिनिधित्व गराउनु पर्ने [51]
- एक व्यक्तिलाई एक भन्दा बढी क्षेत्रमा उम्मेद्वार उठाउन नहुने [52]
- .संघीय संसदमा प्रतिनिधित्व गराउँदा कम्तिमा एक तिहाई महिला निर्वाचित गराउनु पर्ने [53]
- प्रतिनिधिसभाको सभामुख र उप-सभामुख तथा राज्यसभाको अध्यक्ष र उपाध्यक्ष एक जना महिला हुने गरी गर्नुपर्ने र सम्भव भएसम्म एकै दलको व्यक्ति दुवै पदमा निर्वाचित गराउनु नहुने ।[54]
- समानुपातिक निर्वाचन प्रणाली बमोजिम प्रदेश सभाको निर्वाचनमा उम्मेदवारी दिंदा सम्बन्धीत प्रदेशको भौगोलिक सन्तुलनलाई ध्यान दिंदै महिला, दलित, आदिवासी जनजाती, खस आर्य, मधेशी, थारु, मुस्लिम, पिछडिएको क्षेत्र अल्पसंख्यक समुदाय समेतबाट बन्दसूचीका आधारमा दिनु पर्ने [55]
- प्रदेशसभाका सभामुख र उपसभामुख मध्ये एक जना महिला र सम्भव भएसम्म फरक फरक दलका हुने गरी उम्मेदवारी दिने पर्ने[56]
- कानून बमोजिमको कार्यविधि पूरा गरी निर्वाचन आयोगमा दल दर्ता गराउनु पर्ने [57]
- दल दर्ता गर्दा घोषणापत्र, दलको विधान नियमावली लगायतका कागजात पेश गर्नुपर्ने [58]

---

49 नेपालको संविधान, धारा १७ (२) प्रतिवन्धात्मक वाक्यांश ३,।

50 नेपालको संविधान, धारा-८४ (२))

51 नेपालको संविधान, धारा-८४ (३),धारा १७६ (७)

52 नेपालको संविधान, धारा-८४ (३)

53 नेपालको संविधान, धारा-८४(८)

54 नेपालको संविधान, धारा-९१ र ९२

55 नेपालको संविधान, धारा १७६ उपधारा (६)

56 नेपालको संविधान, धारा १८२ उपधारा(२)

57 नेपालको संविधान, धारा २६९ उपधारा (२)

58 नेपालको संविधान, २६९ (३)

- दलको विधान नियमावली लोकतान्त्रिक हुनु पर्ने [59]
- दलको संघीय र प्रदेश तहको पदाधिकारीको चुनाव प्रत्येक ५ वर्षमा हुने व्यवस्था मिलाउनु पर्ने ।[60]
- दलको सबै तहको कार्यकारिणीमा समावेशी प्रतिनिधित्व गराउनु पर्ने ।[61]
- निर्वाचन भाग लिन सो प्रयोजनका लागि निर्वाचन आयोगमा दल दर्ता गर्नु पर्ने[62]।
- निर्वाचन प्रयोजनका लागि दल दर्ता हुन वार्षिक लेखापरीक्षण प्रतिवेदन तथा तोकिएका अन्य शर्त पुरा गरी आयोगले राजपत्रमा सूचना प्रकाशित गरी तोकेको अवधी भित्र निवेदन गर्नुपर्ने ।[63]
- नेपालको सुरक्षामा आँच पुऱ्याउने गरी कुनै विदेशी राज्य, सङ्गठन वा प्रतिनिधिलाई सहयोग गर्नराष्ट्रको विरुद्ध जासुसी गर्न गराउन,नहुने ।[64]
- राष्ट्रिय गोपनीयता भङ्ग गर्ननहुने,[65]
- निर्वाचन आयोगले समय समयमा जारी गरेको आचार संहिता पालना गर्नु पर्ने कर्तव्य हुने ।[66]
- सरकारी, सार्वजनिक, सामुदायिक वा निजी सम्पत्तिको तोडफोड, हानि नोक्सानी वा क्षति पुऱ्याउने, पुऱ्याउन लगाउन नहुने ।[67]
- दलका पदाधिकारी परिवर्तन भएमा १५ दिनभित्र सोको जानकारी निर्वाचन आयोगमा दिनुपर्ने ,
- दलले म.ले.प. बाट मान्यता प्राप्त लेखा परीक्षकबाट लेखापरीक्षण गराउनु पर्ने ।
- दलहरूले आयव्ययको हिसाब किताबमा निर्वाचन खर्चहरू उल्लेख गर्नु पर्ने ।
- दलले आफ्नो आयव्ययको लेखापरीक्षण आ.व. समाप्त भएको ६ महिनाभित्र गराई सो को १ महिनाभित्र विवरण आयोगमा पेश गर्नु पर्ने ,
- दलहरूले आफ्नो आयव्यय विवरणमा २५००० भन्दा बढी चन्दा लिंदा चन्दा दिने व्यक्ति संघ संस्था, नाम, ठेगाना, पेशा समेत उल्लेख गर्नुपर्ने,
- निर्वाचनमा भाग लिने राजनीतिक दलले आयोगले तोकेको भन्दा बढी रकम निर्वाचनमा खर्च गर्न नहुने ,
- नावालकलाई दलको सदस्यवनाउन नहुने,

---

59 नेपालको संविधान, (४) (क)

60 नेपालको संविधान, धारा, २६९ (४) (ख)

61 नेपालको संविधान, धारा २६९ (४) (ग)

62 नेपालको संविधान, धारा ७१ (१)

63 नेपालको संविधान, धारा २७१ (२),

64 राजनीतिक दल सम्बन्धी ऐन २०७३, दफा-२१ को खण्ड ख र घ

65 राजनीतिक दल सम्बन्धी ऐन २०७३, दफा-२१ खण्ड ग

66 राजनीतिक दल सम्बन्धी ऐन २०७३, दफा-२२

67 राजनीतिक दल सम्बन्धी ऐन २०७३, दफा २१ खण्ड (ढ)

- संविधान र प्रचलित कानून वमोजिम निर्वाचन संचालन ,रेखदेख , निर्देशन र नियन्त्रण गर्ने प्रयोजनका लागि निर्वाचन आयोगले जारी गरेको आदेश पालन गर्नु राजनीतिक दलको कर्तव्य हुने ।

उ . राजनीतिक दलको दर्ता अध्यावधिक रहन नसक्ने अवस्था

- कुनै दलले आफ्नो दलको दर्ता खारेज गर्न चाहेमा दर्ता खारेजीको लागि विधान बमोजिम केन्द्रीय समितिबाट निर्णय गरी आयोग समक्ष निवेदन दिएमा,
- नेपालको सार्वभौमसत्ता, भौगोलिक अखण्डता, राष्ट्रियता र स्वाधीनतामा खलल पार्ने काम गरेमा,
- राष्ट्रको विरुद्ध जासुसी गर्ने काम गरेमा ,
- राष्ट्रिय गोपनीयता भङ्ग पार्ने काम गरेमा,
- नेपालको सुरक्षामा आँच पुऱ्याउने गरी कुनै विदेशी राज्य, सङ्गठन वा प्रतिनिधिलाई सहयोग गर्ने काम गरेमा,
- राज्यद्रोह गर्ने काम गरेमा,
- सङ्घीय इकाई बीचको सु-सम्बन्धमा खलल पार्ने काम गरेमा,
- जातीय वा साम्प्रदायिक विद्वेष फैलाउने वा विभिन्न जात, जाति, धर्म र सम्प्रदायबीचको सुसम्बन्धमा खलल पार्ने काम गरेमा,
- दलको सदस्यता प्राप्त गर्न नेपाली नागरिकलाई जाति, भाषा, धर्म, सम्प्रदाय वा लिङ्गको आधारमा बन्देज लगाउने वा कुनै जाति, भाषा, धर्म, सम्प्रदाय वा लिङ्गको व्यक्तिलाई मात्र सदस्यता प्रदान गर्ने काम गरेमा,
- नागरिकहरूबीच विभेद गर्ने काम गरेमा,
- हिंसात्मक कार्य गर्न दुरुत्साहन गर्ने काम गरेमा,
- सार्वजनिक नैतिकताको प्रतिकूल हुने कार्य गरेमा ,
- खुकुरी, भाला लगायतका हातहतियार वा विष्फोटक पदार्थ वा लाठी, भाटा लिई प्रदर्शन गरी जुलुस, आमसभा गर्ने वा विरोध प्रदर्शन गर्ने काम गरेमा,
- यो ऐन वा अन्य सङ्घीय कानून बमोजिम आयोगलाई बुझाउनु पर्ने अन्य विवरण वा प्रतिवेदन नबुझाएमा वा संविधान वा सङ्घीय कानून बमोजिम दल दर्ता हुन पूरा गर्नुपर्ने शर्त पूरा नगरेमा त्यस्तो दलको दर्ता कायम रहने छैन ।

६. राजनीतिक दल सम्वन्धी विवाद र नेपाल कानूनको व्यवस्था

एकै किसिमका मूल्य मान्यता र दर्शनबाट परिचालित व्यक्तिहरूले जनताका आँकाक्षा पूरा गर्न समूहवद्ध भई कार्य गर्ने उद्देश्यले आफुहरूलाई राजनीतिकमा दल आवद्ध गरेका हुन्छन् । निर्वाचन प्रणालीमा यिनै राजनीतिक दलको सौहार्दपूर्ण सहभागिताले प्रजातान्त्रिक मूल्य र मान्यताको जगेर्नामा महत्वपूर्ण योगदान पुग्ने गर्दछ । प्रजातान्त्रिक मूल्य र मान्यताको जगेर्नामा राजनीतिक दलको अहम भुमिका भएपनि नाम, छाप, विधान, झण्डा वा चिन्ह,दलको आधिकारीकता,पदाधिकारीको आधिकारीकता वा राजनीतिक दलले पालन गर्नु पर्ने विभिन्न शर्तका बिषयमा दुई वा दुई भन्दा बढी दल बीच वा एउटै दलका दुई वा दुई भन्दा बढी पक्ष बीच विवाद हुने गर्दछ र त्यस्तो विवादको निरूपण सामान्यतया निर्वाचन व्यवस्थापन निकायले गर्दछन् । विवादको विश्वसनीय तवरले निरूपण गर्नु लोकतान्त्रिक राज्यको प्रमुख कर्तव्य भएकोले कानूनमा यस सम्वन्धी व्यवस्था गरिएको हुन्छ । राजनीतिक दल सम्वन्धी ऐन २०७३ को व्यवस्था हेर्दा राजनीतिक दल सम्वन्धी विवाद निम्न वमोजिमका देखिन्छन् ।

- दलको नाम,
- दलको छाप,
- दलको विधान,
- दलको झण्डा वा चिन्ह,
- दलका पदाधिकारी,
- दलको केन्द्रीय समिति
- दलको केन्द्रीय समितिको निर्णयको आधिकारिकता

उल्लेखित विषयमा दलहरू वा दल भित्रका पक्षका विचमा विवाद भएमा विवादको निरूपण निर्वाचन आयोगबाट हुने [68] र आयोगले गरेको निर्णय अन्तिम हुन[69] कानूनी व्यवस्था छ ।

विवाद निरूपण कार्यविधि

विवाद निरूपणका लागि सम्वन्धित पक्ष आफ्नो मागदावी सहित निर्वाचन आयोग प्रवेश गनुपर्ने हुन्छ । विवाद निरूपणका लागि सुनुवाई गर्न आयोगमा तत्काल कायम रहेको प्रमुख निर्वाचन आयुक्त र निर्वाचन आयुक्त रहेको इजलास गठन हुन्छ । विवादको सुनुवाई गर्दा आयोगले अदालतलाई भए सरहको अधिकार प्रयोग गर्न सक्छ[70] । निर्वाचन अवधि भर आयोगले विवाद निरूपण सम्बन्धी कारबाही

---

[68] राजनीतिक दल सम्बन्धी ऐन, २०७३ दफा ४३,

[69] राजनीतिक दल सम्बन्धी ऐन, दफा ४६ (२)

[70] राजनीतिक दल सम्बन्धी ऐन, दफा ४५,

गर्दैन[71] । सो सम्वन्धमा राजनीतिक दल सम्बन्धी ऐन २०७३ र नियमावलीले निम्न वमोजिमको कार्यविधि निर्धारण[72] गरेको देखिन्छ ।

- दलको नाम, छाप, झण्डा वा चिन्ह सम्बन्धी विवाद भए त्यस्तो नाम, छाप, विधान, झण्डा वा चिन्ह दाबी गर्ने दलले र दलको पदाधिकारी, केन्द्रीय समिति वा केन्द्रीय समितिको निर्णयको आधिकारिकता सम्बन्धी विवाद भए त्यस्तो पदाधिकारी, केन्द्रीय समिति वा केन्द्रीय समितिको निर्णयको आधिकारिकता दाबी गर्ने दलको केन्द्रीय समितिको चालीस प्रतिशत सदस्यले विवाद प्रारम्भ भएको तीस दिनभित्र आयोग समक्ष आधार तथा प्रमाण सहित दाबी पेश गर्नु पर्नेछ ।
- आयोगले दाबीका सम्बन्धमा लिखित जवाफ पेश गर्नको लागि त्यस्तो दाबी तथा प्रमाणको प्रतिलिपि संलग्न गरी अर्को पक्षलाई पन्ध्र दिनको सूचना पठाउछ ।
- सूचना प्राप्त भएपछि त्यस्तो अवधिभित्र सम्बन्धित पक्षले आफ्नो लिखित जवाफ र त्यसलाई पुष्टि गर्ने आधार तथा प्रमाण पेश गर्नु पर्नेछ ।
- लिखित जवाफ पेश भएपछि वा लिखित जवाफ पेश नभएकोमा लिखित जवाफ पेश गर्नु पर्ने अवधि समाप्त भएपछि आयोगले विवादका सम्बन्धित पक्षहरूलाई आपसी सहमति बमोजिम विवाद निरूपण गर्ने प्रयोजनको लागि आयोगमा उपस्थित हुन अवधि तोकी सूचना गर्छ ।
- आयोगले पक्षहरू बीच कायम भएको सहमति बमोजिम विवाद निरूपण गर्छ ।
- सहमति कायम हुन नसकेमा आयोगले प्रमाणको आधारमा कुनै एक पक्षलाई मान्यता दिन्छ ।
- त्यसरी मान्यता दिन नसकिने रहेछ भने आयोगमा दाबी पेश गर्नु अघि त्यस्तो दलका तर्फबाट आयोगमा पेश भएको केन्द्रीय समितिका पदाधिकारी र सदस्यहरूमध्ये जुन पक्षसँग त्यस्तो समितिका पदाधिकारी र सदस्यको बहुमत रहेको छ त्यस्तो पक्षलाई विवाद उत्पन्न हुनु अघिको दलको हैसियतमा मान्यता दिई अर्को पक्षलाई छुट्टै राजनीतिक दलको रूपमा मान्यता दिई दर्ता गर्न सक्छ ।[73]
- कुनै पनि पक्षसंग बहुमत नपुगेमा आयोगले विवादका पक्षबाट पेश भएका प्रमाण, सम्बन्धित दलको विधान र अन्य सम्बद्ध कुरा बमोजिम निर्णय गर्छ ।
- सुनुवाईमा विवादका पक्षले आफ्नो कानून व्यवसायी मुकरर गरी इजलास समक्ष बहस पैरवी गराउन सक्ने काननी व्यवस्था छ ।
- सुनुवाई गर्दा आयोगले विवादका पक्षलाई सुनुवाई हुने दिन भन्दा कम्तीमा सात दिन अगावै सूचना दिन्छ । त्यसरी सूचना दिइएकोमा सम्बन्धित पक्षको प्रतिनिधि सुनुवाईको बखत उपस्थित हुन सक्छ ।

---

[71] राजनीतिक दल सम्बन्धी ऐन, २०७३

[72] राजनीतिक दल सम्बन्धी ऐन, नियमावली नियम २३

[73] राजनीतिक दल सम्बन्धी ऐन २०७३

- आयोगले लिखित जवाफ पेश भएको मितिबाट र जवाफ पेश नभएकोमा पेश गर्ने अवधि नाघेको मितिबाट पैंतालीस दिनभित्र विवादको निर्णय गर्नु पर्ने व्यवस्था छ ।[74]

७. राजनीतिक दल सम्वन्धी विवादमा सर्वोच्च अदालतवाट विकसित विधिशास्त्र

१. निर्वाचन आयोगले निर्णय गर्दा आफ्नो पूर्व निर्णय र सर्वोच्च अदालतबाट भएका आदेश समेतलाई केलाई निर्णय गर्नुपर्ने ।

श्यामसुन्दर गुप्ता पक्षले निर्वाचन आयोगको मिति २०६४।८।२५ को निर्णयानुसार कायम रहेको नेपाल सद्भावना पार्टी (आनन्दिदेवी) दलले मान्यताको निरन्तरता पाउने ठहर छ भनी निर्वाचन आयोगबाट मिति २०६५।११।३० मा भएको निर्णय मिलेको नदेखिंदा उत्प्रेषणको आदेशद्वारा बदर गरी दिएको छ । अब निर्वाचन आयोगले आफ्नो सबै पूर्व निर्णयहरू सर्वोच्च अदालतबाट भएका आदेश समेतलाई केलाई कुन कार्यसमितिले मान्यता पाउने हो कानून बमोजिम गर्नु भनी निर्वाचन आयोगको नाममा परमादेश जारी हुने[75]निर्वाचन आयोगबाट मिति २०६५।११।३० मा भएको निर्णय मिलेको नदेखिंदा उत्प्रेषणको आदेशद्वारा बदर गरिदिएको छ । अब निर्वाचन आयोगले आफ्ना पूर्व निर्णयहरू सर्वोच्च अदालतबाट भएका आदेशहरू समेतलाई केलाई कुन दलले मान्यता पाउने हो, निर्णय गर्नु भनी निर्वाचन आयोगको नाममा परमादेश जारी हुने।[76] भनी **न्यायिक निर्णय गर्ने निकायको निर्णयमा एकरूपता हुनुपर्दछ** भन्ने मान्यतालाई प्राथमिकता दिदै सर्वोच्च अदालतले निर्वाचन आयोगलाई निर्णय गर्दा प्रचलित कानून , सर्वोच्च अदालतबाट समय समयमा भएका आदेश र स्वयं आयोगवाट भएका सबै पूर्व निर्णयहरूसमेतलाई केलाई निर्णय गर्न आदेश भएको देखिन्छ ।

२. राजनीतिक दल खोल्न पाउने स्वतन्त्रतामा रोक लगाई पाउने माग दावी कानून सम्मत् नहुने ।[77]

राजनीतिक दल बीच अल्पमतमा परेको पक्षलाई दल नै खोल्न समेत नपाउने गरी प्रतिबन्ध लगाउनु संविधानको धारा १२, १४२ तथा निर्वाचन आयोग ऐन, २०६३ को दफा २६ (६) समेतको व्यवस्थाको भावना प्रतिकूल हुन्छ। निवेदक पक्षलाई निर्वाचन आयोगको निर्णयले मधेशी जनाधिकार फोरमको आधिकारीक दलको मान्यता पाए पछि पनि अर्को पक्षको राजनैतिक दल खोल्ने स्वतन्त्रताको विपरीत हुने गरी रोक लगाउन पर्ने सोंच राखी निर्वाचन आयोगले छुट्टै दल दर्ता गर्न पाउने गरी दिएको निर्णय उपर दिएको निवेदन संविधान ऐन, कानून र प्रजातन्त्रको भावना अनुरूप समेत नहुने र अरुको राजनैतिक दल खोल्न पाउने स्वतन्त्रतामा रोक लगाई पाउने दावी कानून सम्मत् नहुने भनी **राजनीतिक दल खोल्न पाउने नागरिकको मौलिक हक**लाई सर्वोच्च अदालतले संरक्षण गरेको देखिन्छ ।

---

74 Ibid, दफा ४६(१)

75 सरिता गिरी विरुद्ध निर्वाचन आयोग समेत रिट नं. ०६५-०६२३फै. मिति २०६६।११।२५

76 खुशीलाल मण्डल विरुद्ध निर्वाचन आयोग रिट नं. ०६५-०६३५ फै. मिति २०६६।११।२५

77 राजलाल यादव विरुद्ध निर्वाचन आयोग समेत रिट नं. ०६६-०२३६ फै.मिति २०६६।६।१३

३. आधिकारिक निर्णय संलग्न गरी एकीकरणका लागि संयुक्त निवेदन दर्ता गराएको आधारमा एकीकरण गर्ने गरी गरेको निर्णय कानून अनुकूल भएन भन्न नमिल्ने [78]

दुवै पार्टीका पदाधिकारीहरूले आ-आफ्नो पार्टीको विधान वमोजिमको आधिकारिक राष्ट्रिय कार्यसमितिको निर्णयको माइन्युटको प्रतिलिपि,एकीकरण पछिको दलको विधान र नियमावली सहित पार्टी एकीकरण गरी पाउँ भनी संयुक्त निवेदन दर्ता गराएको आधारमा निर्वाचन आयोगले एकीकरण गर्ने गरी गरेको निर्णयमा कुनै त्रुटी नदेखिएको भन्ने निर्णय गरेको देखिन्छ। अर्थात कानूनी प्रक्रिया पुरा गरी आयोगबाट भएको निर्णयलाई सर्वोच्च अदालतले मान्यता दिएको पाइन्छ

४. राष्ट्रिय प्राथमिकताको विषयमा निर्वाचन अवरुद्ध गर्ने गरी प्रत्यक्ष वा अप्रत्यक्ष रूपले कुनै पनि हिसाबले अदालत संलग्न हुन नसक्ने[79]

एउटै दलबाट पटक-पटक बन्दसूची पेश गर्न मौका दिने कानूनी व्यवस्थाको अभाव रहेको र पहिलो हुने निर्वाचित हुने प्रत्यक्ष निर्वाचन प्रणाली अर्न्तगत केही समय माग गरेकोमा त्यस्तो समय दिन दिलाउन सक्ने संवैधानिक एवं कानूनी प्रावधानको अभाव समेत रहेकोले संविधानसभा जस्तो राष्ट्रिय प्राथमिकताको विषयमा निर्वाचन अवरुद्ध गर्ने गरी प्रत्यक्ष वा अप्रत्यक्ष रूपले कुनै पनि हिसाबले अदालत संलग्न हुन नसक्ने हुनाले माग बमोजिम उपचार दिन संविधानको धारा ११८ (४) को व्यवस्थाले समेत संभव नहुने हुनाले निवेदन खारेज हुने आदेश गरी **लोकतान्त्रिक व्यवस्थामा निर्वाचन राष्ट्रिय प्राथमिकताको विषय भएकोले यसलाई विथोल्न नहुने** भनी सर्वोच्च अदालतले मान्यता दिएको देखिन्छ।

५. आधिकारिक पदाधिकारीको विवादमा मान्यता प्राप्त राजनीतिक दलले प्रयोग गरी आएको निर्वाचन चिन्ह दुवै पक्षलाई प्रयोग गर्न नदिने भनी भन्न नमिल्ने।[80]

राष्ट्रिय प्रजातन्त्र पार्टीले आफ्नो निर्वाचन चिन्ह हलो हकको रूपमा पाउने भएको सो दल विभाजन भएको नभई को को आधिकारीक पदाधिकारी हुने भन्नेसम्मको विवाद रहेको, विवादको आधिकारीक निर्णय नभएको भन्ने विषयमा दुवै पक्ष सहमत रहेको अवस्थामा आधिकारीक रूपमा जसको अध्यक्षतामा दललाई २०६२।८।६ मा दर्ता गरिएको छ। सो ले नै मान्यता पाउने हुँदा मान्यता प्राप्त राजनीतिक दलले प्रयोग गरी आएको निर्वाचन चिन्ह हलो हाललाई कसैलाई पनि प्रयोग गर्न नदिने र नगरपालिका वा उपनगरपालिका र महानगरपालिकाको चुनाव प्रयोजनका लागि विवादका पक्षहरूलाई अरु नै निर्वाचन चिन्ह प्रदान गर्ने भनी निर्वाचन आयोगबाट २०६२।१०।११ मा गरेको आदेश कुनै कानूनमा आधारित नदेखिंदा उत्प्रेषणको आदेशले बदर गरी निर्वाचन आयोगलाई एउटै दल भित्रको पदाधिकारीको आधिकारिकता सम्वन्धी विवादमा साविक

---

78 जगन्ननाथ प्रसाद राजवंशी विरुद्ध निर्वाचन आयोग समेत रिट नं. ०६५-००७३ फै.मिति २०६५।११।५

79 तेजकान्त झा विरुद्ध निर्वाचन आयोग समेत रिट नं. ०६४-०७९०फै. मिति २०६४।१२।१८

80 पशुपति शमसेर ज.व.रा. समेत विरुद्ध निर्वाचन आयोग रिट नं.२०६२-३१०६फै .मिति ०६३।४।३

देखि दलले कानून वमोजिम पाइरहेको निर्वाचन चिन्ह नदिने गरी निर्णय नगर्न आदेश गरेको देखिन्छ ।

६. कानून वमोजिम निर्णय गर्न पाउने निकायवाट विवादका दुवैपक्षलाई प्रमाण पेशगर्न मौका दिइ भएको निर्णयलाई अन्यथा भन्न नमिल्ने । [81]

आफनो विरुद्धमा निर्णयमा पुग्न आयोगले लिएको आधारहरूको निवेदकले खण्डन गर्नसकेको छैन । आयोगले आफनो विषयमा भनाई राख्न दिइ लिखित वहसनोट समेत ग्रहण गरी गरेको निर्णयलाई सुनवाई सम्वन्धी प्राकृतिक न्यायका सिद्धान्त उलंघन गरिएको निर्णय भन्न मिल्दैन ।निर्वाचन आयोगको निर्णयमा अधिकार क्षेत्रात्मक त्रुटी देखिन नआएको, कानून सम्मत् रूपमा भएको उक्त निर्णयबाट निवेदकको मौलिक र कानूनी हक हनन भएको अवस्था समेत नदेखिंदा निवेदन माग बमोजिमको आदेश जारी गर्नु परेन भनी सर्वोच्च अदालतले आयोगले सुनुवाइको पर्याप्त मौका दिइ कानून वमोजिम गरेको निर्णयलाई औचित्यपूर्ण मानेको देखिन्छ ।

७. दुवै पक्षको प्रमाण हेरी निर्णय गर्न पाउने कानूनी क्षेत्राधिकारको अभावमा निर्वाचन आयोगले गरेको निर्णय बदर हुने [82]

रिटनिवेदनमा उल्लेखित विवाद र सो सम्वन्धमा निर्वाचन आयोगले गरेको निर्णय एवं तत्काल प्रचलित कानूनी व्यवस्था र उक्त निर्णय पश्चात संशोधित कानूनी व्यवस्था हेर्दा विवादका सम्वन्धमा संशोधन पूर्व नै निर्वाचन आयोगलाई निर्णय गर्न पाउने कानूनी अधिकार थियो भन्ने जिकिरलाई कानून न्याय एवं तर्कसँगत मान्न नमिल्ने । मिति २०५१।५।१ मा विपक्षी निरन्जन गोविन्द वैद्यले दिएको मिति २०५१।२।८ को जानकारीलाई अधिकारीक मान्ने भनी विपक्षी निर्वाचन आयोगले गरेको निर्णय क्षेत्राधिकारको अभावमा गैरकानूनी देखिदा निवेदकको माग वमोजिम उक्त निर्णय उत्प्रेषणको आदेशद्वारा वदर हूने भनी कानूनले अधिकार नै नदिएको अवधीको विवाद पछि अधिकार प्राप्त भयो भनी निर्णय गर्न नमिल्ने आदेश गरेको देखिन्छ ।

८. जातीय स्वार्थ लिई गठित दललाई राजनैतिक दलको रूपमा दर्ता नगरिने ।[83]

बालिग मताधिकार संविधानले प्रदान गरेको छ, मत दिने अधिकार भएकाले निर्वाचनमा उम्मेदवार हुन पनि कानूनले हक प्रदान गर्दछ । यसमा नेपाली नागरिकलाई संविधान तथा कानूनले जात, जाति, लिंग, धर्म, वर्ण, वैचारिक आस्थाबाट विभेद गरेको छैन । जहाँसम्म दल खोल्न पाउने स्वतन्त्रताको कुरा छ, संविधानले नेपाली जनता बीच भातृत्व र एकता कायम गर्ने मूल उद्देश्य राखेकोले त्यसमा प्रतिकूल प्रभाव पर्न सक्ने कुरालाई छूट दिने अवस्था नहुने । निवेदकले मंगोल नेशनल अर्गनाइजेशनको उद्देश्यमा, "नेपालका बहुसंख्यक नेपालीहरू मंगोल बंशजका हुँदा राजनैतिक दलको रूपमा कार्यरत भै तीनको उत्थान र विकास एवं कल्याण गर्ने यसको उद्देश्य

---

81 हृदयेश त्रिपाठी विरुद्ध निर्वाचन आयोग समेत भएको रिट नं. २०६०-२८१० फै मिति २०६०।१२।२४

82 डा. बाबुराम भट्टराई विरुद्ध निर्वाचन आयोग समेत नेकाप २०५४ अंक ६ नि. नं ६३९४

83 गोपाल गुरुङ विरुद्ध निर्वाचन आयोग नेकाप २०५२ अंक १ नि.नं ५०३० ,

हो" भन्ने उल्लेख गरेबाट सम्पूर्ण नेपालीहरूको उत्थान, विकास एवं कल्याण यस संगठनको उद्देश्य हो भन्ने देखिएन । यसबाट निवेदनसाथ प्रेषित अर्गनाइजेशनको घोषणापत्रको "यो पार्टीको चाहनाहरू" मा मंगोल कूलको प्रगति चांडो चांडो गराउन राष्ट्रिय स्तरको एउटा मन्त्रालय स्थापना गरी त्यसमा मन्त्री लगायत सम्पूर्ण कर्मचारी मंगोल कूलकै रहनु पर्ने जस्ता कुराहरूले समेत सम्पूर्ण नेपालीको हित तथा प्रगतिको उद्देश्य नराखी नेपालका मंगोल जातिको हितको उद्देश्य राखेकै देखिन आएको छ । यस्तो जातीय स्वार्थ लिई गठित दललाई नेपाल अधिराज्यको संविधानले स्पष्ट शब्दहरूमा निर्वाचन प्रयोजनका लागि दलको रूपमा स्वीकार्न इन्कार गर्दछ । संविधानको संरचना र भावनाको परिधिको विचार गर्दा यस्ता दललाई निर्वाचनको प्रयोजनका लागि राजनैतिक दलको रूपमा लिन मिल्ने नदेखिने भन्ने निर्णय गर्दै संविधानले निषेध गरेको जातिय आधारमा दल खोल्न नपाउने आदेश गरेको देखिन्छ ।

९. कुनै खास वर्गलाई अर्थ्याउने र भिन्न भाषा, संस्कृति, धर्म, नस्ल जातीहरूको आधारमा स्वशासित प्रान्त कायम गर्न राजनैतिक दल दर्ता गर्न समेत नमिल्ने [84]

निर्वाचन आयोगले प्रस्तावनामा उल्लेख गरिएका उद्देश्य, झण्डा र छापको सम्बन्धमा भन्ने मौका दिई स्पष्टीकरण माग गरेको र सो स्पष्टीकरण नआएमा संविधान बमोजिम दर्ता सम्बन्धी कारवाही हुने जानकारी समेत गराएकोमा रिटनिवेदकबाटस्पष्टीकरणको जवाफ पेश भएको पाइन्छ ।सुनुवाई निवेदकको सुविधा (Convenience) बमोजिम हुनुपर्छ भन्ने होइन । सुनवाइको उचित मौका प्रदान गरिएको छभने प्राकृतिक न्यायको सिद्धान्तको परिकल्पनालाई यसले पूरा गरेको हुन्छ। जनजाती भन्ने नामले कुनै खास वर्गलाई अर्थ्याउने र भिन्न भाषा, संस्कृति, धर्म, नस्ल जातीहरूलाई मातृस्थलको आधारमा स्वशासित प्रान्त कायम गर्दा साम्प्रदायिक प्रकृतिको भई संविधान बमोजिम निर्वाचनको लागि मान्यता प्राप्त गर्न सक्दैन र त्यस्तो राजनैतिक दल दर्ता गर्न समेत नमिल्ने आदेश भएको देखिन्छ अर्थात कानूनी प्रक्रिया पुरा गरी आयोगबाट **साम्प्रदायिक प्रकृतिको दल दर्ता नहुने** गरिभएको निर्णयलाई सर्वोच्च अदालतले मान्यता दिएको पाइन्छ ।

१०. दल दर्ता गर्ने नगर्ने, छानविन गरी निर्णय गर्ने अधिकार निर्वाचन आयोगलाई रहेको [85]

दल दर्ता प्रयोजनार्थ कानूनका शर्त पुरा गरी प्रमाण कागजात सहित निर्वाचन आयोगमा निवेदन दिन सकिने व्यवस्था निर्वाचन कानूनमा रहेको र प्रमाण कागजातको अध्ययन गरी दल दर्ता गर्ने नगर्ने अधिकार निर्वाचन आयोगमा रहेको अवस्थामा निर्वाचन आयोगवाट ५ वटा वुंदा सहित थप कागजातका लागि पत्राचार गरेकोमा सोको जवाफ नै नदिइ निर्वाचन आयोगले दल दर्ता गर्ने नगर्ने निर्णय नै नगरेको अवस्थामा आयोगले दल दर्ता नै गरिदिएन भनी गरेको निवेदन उपर केहि गरिरहन परेन निर्वाचन आयोगले कानून वमोजिम दल दर्ता सम्वन्धी निर्णय गर्ने भन्ने आदेश

---

84 खगेन्द्रजंग गुरुङ विरुद्ध निर्वाचन आयोगसमेत नेकाप २०४८ अंक २,३,४ निर्णय नं. ४२७० ,

85 किशोरी महतो विरुद्ध निर्वाचन आयोग फै मिति २०७३ चैत्र १२ , रिट नं. ०७३-Wo- १२८६

भएको देखिन्छअर्थात दल दर्ता गर्ने नगर्ने छानविन गरी निर्णय गर्ने अधिकार निर्वाचन आयोगमा रहेकोलाई सर्वोच्च अदालतले मान्यता दिएको छ ।

राजनीतिक दलसंग सम्वन्धित सर्वोच्च अदालतवाट समाधान भएका उल्लेखित विवाद प्रतिनिधिमुलक हुन । निर्वाचन आयोगमा यिनै र यस्तै प्रकृतिका विवाद आउने र समाधान गरिने गरिएको छ । राजनीतिक दलमा पुराना स्थापित पार्टीको नाम र चिन्हसंग जोडिइ सामान्य अलग पहिचान देखाइदलदर्ता गर्न चाहने प्रवृति वढी देखिए पनि आयोगले साविकमा दर्ता कायम रहेका दल कानून वमोजिम छुट्टिएका अवस्थामा वाहेक त्यस्तो नाम दिने गरेको छैन ।भारतको सन्दर्भ हेर्दा आयोगमा दर्ता रहेको दलको नामसंग मिल्ने गरी नया दल दर्ता नगरिने गरेको देखिन्छ । In order to avoid any confusion in the general public and electors in particular on the ground of similarity between the names of different parties, the Election Commission insists that the name of the applicant party should not closely resemble with the name of an already registered political party.[86] यसैगरी split भएका दललाईनेपालमा जस्तै सुविधा दिएको देखिन्छ । A party is born out of split in a recognised national or state party, the commission permits the splinter group to adopt a name showing its linkage with the parent orgnaisation, but with some distinguishing appellation, either prefixed or added to the name of the orginal organisation, like Janata party and Bharatiya Janata party, Indian National Congress (I) and Indian National Congress (U), Communist Party of India and Communist party of India (Marxist), Janata Dal, Janata Dal (United) and Janata Dal (Secular), and so on But Totally new political associations are not permitted to adopt names having such resemblance with the names of the established political parties.… In 2005, a breakaway faction of the India National Congress in Kerala applied for registration under the name 'National Congress (Indira)'. But the party stated in its application for registration that it was not a splinter group of the Indian National Congress. The commission, therefore, did not a permit the registered of the party under the name it had applied for and it was ultimately registered under the name Democratic Indira Congress (Karunakaran).[87] यद्यपि नेपालको निर्वाचन आयोगमा नेपाल कम्युनिष्ट पार्टी र नेपाली काग्रेश नामसंग जोडिएर केहि दल राजनीतिक संक्रमणका समय देखि निरन्तर अध्यावधिक रहेका भने देखिन्छन् उदाहरणका रूपमा नेपाल कम्युनिष्ट पार्टी (माले),नेपाल कम्युनिष्ट पार्टी (मार्क्सवादी), नेपाल कम्युनिष्ट पार्टी (एकिकृत मार्क्सवादी लेलिनवादी), नेपाल कम्युनिष्ट पार्टी (माओवादी केन्द्र), नेपाल कम्युनिष्ट पार्टी (राष्ट्रवादी), र नेपाल कम्युनिष्ट पार्टी (संयुक्त), नेपाली कांग्रेस, नेपाली कांग्रेस (राष्ट्रवादी), नेपाली कांग्रेस (वि पी) आदी । यसैगरी निर्वाचन चिन्ह समेत समान किसिमको माग गर्ने प्रचलनले गोलाकार भित्र ,वर्गाकार भित्र हलो,छाता जस्ता निर्वाचन चिन्ह दिएको समेत देखिन्छ ।

---

[86] Ibid, *Ramadevi & Mendiratta* 564
[87] Ibid, *Ramadevi & Mendiratta* 565

८. दल सम्वन्धी विवादका क्रममा देखिएका समस्या

राजनीतिक दल सम्वन्धी विवाद अध्ययन गरी हेर्दा निम्न वमोजिमका समस्या देखिन्छन् ।

- आयोगले निर्णय गर्दा आफ्नो सबै पूर्व निर्णयहरू र सर्वोच्च अदालतबाट भएका आदेश समेतलाई केलाई निर्णय गर्ने नगरेको ,
- कानूनी क्षेत्राधिकारको अभावमा समेत निर्वाचन आयोगले निर्णय गर्ने गरेको ,
- साविक देखि राजनीतिक दलले प्रयोग गरी आएको निर्वाचन चिन्ह दलको आधिकारीक पदाधिकारीको विवादमा समेत प्रयोग गर्न नदिइ निर्वाचन आयोग दल उपर कठोर भएको देखिएको ।
- जातीय स्वार्थ जस्तो गैर संवैधानिक उद्देश्य लिई राजनीतिक दल गठन गरी दल दर्ता गर्न निर्वाचन आयोगमा निवेदन गर्ने गरेको ।
- कुनै खास वर्ग, भाषा, संस्कृति, धर्म, नस्ल जातिहरूको आधारमा स्वशासित प्रान्त कायम गर्ने उद्देश्यले संवैधानिक व्यवस्था समेतलाई नजर अन्दाज गरी राजनीतिक दल दर्ता गर्न निर्वाचन आयोगमा निवेदन गरी दवाव दिने गरेको ।
- आफ्ना विरोधी पक्षले राजनीतिक दल खोल्न नै नपाउने गरी राजनीतिक दल खोल्न पाउने संवैधानिक स्वतन्त्रतामा रोक लगाई पाउन समेत निवेदन गर्ने गरेको ।
- दल दर्ता गर्ने नगर्ने निर्णय गर्ने निर्वाचन आयोगलाइ भएको अधिकारलाई अन्यथा अर्थ गरी सर्वोच्च अदालत प्रवेश गरी निर्वाचन आयोगलाई संवैधानिक दायित्व पूरा गर्न कठिनाई सृजना गर्ने गरेको ।
- कानून वमोजिम विभाजन नभए पनि सोही दलवाट विभाजित भएकोले आयोगमा दर्ता कायम दल कै नामसंग मिल्दो जुल्दो नाममा दल दर्ता हुनपर्ने सोही वमोजिमका निर्वाचन चिन्ह पाउनुपर्छ भनी निवेदन दिई दवाव र विवाद सृर्जना गराउने गरेको ।

९. निष्कर्ष

नवीनतम राजनीतिक विचारधाराले लोकतान्त्रीक शासन व्यवस्थालाई सबैभन्दा उत्कृष्ट शासन व्यवस्था मानेको तथा राजनीतिक दल यसका प्रमुख अवयव हुन भन्ने स्वीकार गरेको छ। राजनीतिक दल जनताको सुख, समृद्धि र विकासको शुत्रधारका रूपमा रहेका हुन्छन् । आमजनताका आवाजलाई मुखरित गर्छन् । कानूनी जामा भित्र रहेर लोकतन्त्रको आर्दशका रूपमा राजनीतिक दलले आफ्नो दायित्व निर्वाह गर्दछ । लोकतान्त्रिक व्यवस्थालाई सफल बनाउने प्रमुख दायित्व राजनीतिक दलमा नै रहेकोमा शंका गर्न सकिदैन । प्रस्तावनामा जनताको प्रतिस्पर्धात्मक बहुदलीय लोकतान्त्रिक शासन प्रणाली हुने स्पष्ट गरेको र धारा १७ (२) ग ले प्रत्येक नागरिकलाई राजनीतिक दल खोल्न पाउने स्वतन्त्रतालाई मौलिक हकका रूपमा ग्यारेन्टी प्रदान गरी जारी भएको नेपालको संविधान तथा नेपाल कानूनमा भएका

राजनीतिक दल सम्वन्धी व्यवस्थाहरूले दलको महत्वलाई अझ प्रगाढ वनाएको छ। वास्तवमा यिनै राजनीतिक दलले आफ्नो घोषण पत्र, नीति र कार्यक्रम मार्फत जनताका आवाजलाई बाहिर ल्याउदछन् र निर्वाचन मार्फत अनुमोदन गराउँदछन्। जनतावाट अनुमोदित दलले वैधता प्राप्त गर्दछ र वैंध सरकार गठन गर्दछ। यसका लागि स्वच्छ, आर्थिक रूपमा पारदर्शी राजनीतिकदल अपरिहार्य भएको छ। जनताका आवाजलाई निर्वाचन मार्फत अनुमोदन गराउने महत्वपूर्ण घडीमा निर्वाचन नै रोक्ने अरुको राजनैतिक दल खोल्न पाउने स्वतन्त्रतामा रोक लगाउने उद्देश्यले अदालतको दैलो खोज्दै हिड्ने, कुनै खास वर्ग, भाषा, सँस्कृति, धर्म, नस्ल जातीहरूको आधारमा दल दर्ता गरी जातीय राजनीति गर्ने , निर्वाचन आयोगमा पूर्ववत रूपमा दर्ता कायम रहेका दलकै नामसंग मिल्ने दल दर्ता गराउने र निर्वाचन चिन्ह पनि सो दलसंग मिल्ने माग गर्ने चाहना राखी जनतामा भ्रम सृर्जना गराउने काम गहन जिम्मेवारी भएका राजनीतिक दलले गर्न हुदैन यसैगरी निर्वाचन आयोग पनि आफ्ना पूर्व निर्णय, संविधान, कानून र सर्वोच्च अदालतवाट विकसित विधिशास्त्रलाई आधार वनाएर अधिवढ्न कटिवद्ध हुनपर्ने देखिन्छ।

राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरू

✍ प्रकाश कोइराला♦

परिचय

राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरु राज्यको शासन व्यवस्था सञ्चालनका लागि मार्गदर्शनको रुपमा रहेका हुन्छन् । यस्ता निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरु अनुकूल राज्य व्यवस्था संचालन भएमा मात्र त्यस्तो राज्य व्यवस्थाले वैधानिकता प्राप्त गर्ने भएकोले निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरु शासन व्यवस्थाको वैधताको मापदन्ड र सरकारलाई पारदर्शी, जिम्मेवार र उत्तरदायी बनाउने आधार र संयन्त्रका रुपमा रहेका हुन्छन् । जनताले राज्यका निर्देशक सिद्धान्त मार्फत राजनैतिक दलहरुलाई शर्त सहितको शासनाधिकार प्रदान गर्दछन् । [1]

आधुनिक संविधानहरु खासगरी विकासोन्मुख राष्ट्रका संविधानहरुमा राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरूको उल्लेख गर्ने प्रचलन बढ्दै गइरहेको छ । प्रहरी राष्ट्र (Police State) सम्बन्धी पुरानो अवधारणा अनुसार आन्तरिक सुव्यवस्था र वाह्य आक्रमणबाट सुरक्षा मात्र राष्ट्रको कार्य मानिन्थ्यो भने लोककल्याणकारी राष्ट्र (Welfare State) सम्बन्धी अवधारणा अनुसार आर्थिक, सामाजिक, साँस्कृतिक, प्राविधिक आदि विभिन्न क्षेत्रहरुमा जनताको कल्याण र सम्वृदि सम्बन्धी कुराहरु पनि राष्ट्रका कार्यहरु मानिन्छन् ।

राष्ट्रहरुको आन्तरिक स्रोत र साधनहरुको सीमिततले गर्दा कुनै पनि राष्ट्रले सबै प्रकारका कल्याणकारी कार्यहरु एकसाथ गर्न सक्दैन र विकासोन्मुख राष्ट्रहरुको सम्वन्धमा यो कुरा बढी टड्कारो देखापर्छ । कल्याणकारी राज्यको अवधारणा अनुसार राष्ट्रले सम्पन्न गर्न खोजेका सबै कल्याणकारी कार्य एकसाथ सम्पन्न गर्न नसक्ने तथ्यलाई वुझी केही कल्याणकारी कार्यलाई कानूनी बाध्यता प्रदान नगर्ने किसिमबाट राष्ट्रको दीर्घकालीन लक्ष्यलाई संविधानमा "राज्यको निर्देशक सिद्धान्त वा नीति वा दुवै शीर्षक अन्तर्गत राखिन्छ । जस्को स्पष्ट अर्थ हुन्छ कि सम्वन्धित लक्ष्यहरु पूरा गर्ने उद्देश्य राष्ट्रले राखेको छ तर यी लक्ष्यहरु राष्ट्रले आफ्नो आर्थिक स्रोत र साधनले भ्याएसम्म क्रमिक रुपमा प्राथमिकता अनुसार पूरा गर्दै लाने प्रयास गर्दछ ।

♦ उपन्यायाधिवक्ता, महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय ।

[1] संविधान सभा मौलिक अधिकार तथा निर्देशक सिद्धान्त समितिको विषयगत अवधारणागत तथा प्रारम्भिक मस्यौदाको प्रतिवेदन , २०६६ पृ ४०१-४०२

महत्व

संविधान आफैमा एक विशिष्ट प्रकारको दस्तावेज भएको र शासन संचालन सम्बन्धी सबै विषयहरु यसमा समावेश गर्न सम्भव नहुने भएकोले यसले प्रमुख नीतिगत विषयहरु मात्र निर्धारण गरी बाँकी नीति र कानून जनप्रतिनिधि मार्फत निर्माण र कार्यान्वयन गर्ने गरी अधिकार प्रदान गर्दछ। यसरी राष्ट्रिय नीतिहरुको निर्धारण गर्ने क्रममा राज्यका निर्देशक सिद्धान्तका रुपमा रहेका संविधानमा उल्लिखित नीतिहरुले राष्ट्रिय प्राथमिकताको निर्धारण गर्दछन्, राज्यले भविष्यमा अपनाउने प्रमुख क्षेत्रगत नीतिहरुको पहिचान गर्ने गर्छन्।

राजनैतिक र आर्थिक रुपले संक्रमणको अवस्थाबाट गुज्रिएका विकाशोन्मुख मुलुकहरुको साझा समस्या र चुनौतीको रुपमा रहेको सार्वजनिक नीतिमा रहने अस्थिरता समाप्त गरी नीतिगत स्पष्टता कायम गर्न समेत निर्देशक सिद्धान्त र नीतिहरु महत्वपूर्ण मानिन्छन्। यी सिद्धान्त र नीतिहरु राज्य संचालनको मार्ग दर्शन भएकोले राज्यबाट निर्माण हुने सबै सार्वजनिक नीतिहरुलाई समन्वय गर्ने भूमिका यस्ता निर्देशक सिद्धान्तहरुबाट हुने गर्दछ। राज्य संचालन गर्दा मार्गदर्शनका रुपमा रहने भएकोले यस्ता सिद्धान्त र नीतिहरुलाई संविधानको मर्म र विवेक (Conscience of Constitution) मान्ने गरिन्छ।[2]

मानव अधिकारको अवधारणाको विकाससँगै आर्थिक, सामाजिक र साँस्कृतिक प्रकृतिका जनताका अधिकारले पनि संविधानमा स्थान पाउँन थालेकोले यस्ता अधिकारहरुको संरक्षण गर्ने राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरू विश्वमा पछि बनेका संविधानमा संविधानका अन्तरवस्तुका रुपमा विकसित हुदै आइरहेका छन्।

लोककल्याणकारी राज्यले सबै नागरिकलाई समान रुपमा वितरणमुखी न्यायको सुनिश्चितताको लागि आवश्यक प्रवन्ध गर्नुपर्छ। समयको विकाससँगै अधिकार बढ्दै जाने हुँदा संविधान निर्माणको अवसरमा मुलत साधन स्रोतको सिमाको कारण सुनिश्चित हुन नसकेका जनताका अधिकार क्रमशः सुनिश्चित गर्दै लैजाने राज्यका प्रमुख आधार पनि निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरु नै हुन्। राज्य असक्षम र कमजोरलाई सक्षम वनाउने संयन्त्र हो। यसरी नागरिकलाई सक्षम, राज्यलाई लोककल्याणकारी, पारदर्शी, उत्तरदायी र कर्तव्य उन्मुख वनाउने प्रमुख आधार पनि निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरु नै हुन्।[3]

राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरुको प्रभावकारिता राजनैतिक शक्ति (Political Sanction) मा रहेको हुन्छ। सरकारले यसको पालना गरे नगरेको विषयमा चुनावमा प्रतिकूल स्थितिको सामना गर्नुपर्ने हुन्छ। यस सन्दर्भमा भारतीय सर्वोच्च अदालतले Keshavanand Bharati V. State of Kerala को मुद्दामा,

---

[2] Keshavanand Bharati vs. State of Kerala, AIR 1973

[3] ऐ.ऐ.

The authorities of the state may not have to answer for the breach in a law court, but they will certainly have answer for them to the electorate at election time. These principles have great educational value. They are really in the nature of moral precepts for the authorities of the State; Constitutional declaration of policy of this kind is now becoming increasingly popular भनी उदृत गरिएको छ ।

आधारभूत विशेषता

निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरु संवैधानिक प्रतिवद्धताको रुपमा रहेका हुन्छन् । शासन व्यवस्थामा जुनसुकै राजनैतिक दलहरु जनताबाट चुनिएर आएपनि ती शाषकहरुले यी सिद्धान्तलाई शिरोपर गर्नुपर्ने हुन्छ । शासन गर्ने सन्दर्भमा राज्यका प्रत्येक अंगले यी सिद्धान्तहरुलाई पालना गर्ने तर्फ नै आफ्ना क्रियाकलापलाई निर्देशित गर्दछन् भन्ने विश्वासमा यिनीहरुको व्यवस्था गरिएको हुन्छ ।

संविधानका अधिकांश व्यवस्थाहरु तत्काल कार्यान्वयन हुने प्रकृतिका हुने हुँदा त्यस्ता व्यवस्थाहरु लागू भएनन् भने तत्कालै अदालतबाट लागू गराउन सकिन्छ । तर निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरु तत्काल कार्यान्वयन हुने प्रकृतिका हुदैनन् । यस्ता सिद्धान्त तथा नीतिहरु राज्यले कानुन वनाएपछि मात्र लागू हुने हुन्छन् । त्यसैले यी सिद्धान्त तथा नीतिहरु भविष्यप्रति लक्षित हुन्छन् ।[4]

निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरु न्यायिक पुनरावलोकनबाट बाहिर राखिएको हुन्छ । यिनीहरुको कार्यान्वयनको विषयमा अदालतमा प्रश्न उठाउन सकिदैन् । न्यायिक सक्रियताको अभावमा यी सिद्धान्त तथा नीति मात्र रहेर अदालतले कुनै निर्णय गर्न सक्दैन् ।

निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरू सिङ्गो समाज वा राष्ट्रप्रति र देशको शासन व्यवस्थाको उत्थान प्रति लक्षित हुन्छन् । यिनिहरूको कार्यान्वयनबाट सम्पुर्ण समाज, वर्ग वा देश नै लाभान्वित हुन्छ । निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिमा वर्ग, समाज, राष्ट्र वा शासन व्यवस्था प्रधान हुन्छ । यी सिद्धान्त तथा नीतिहरु कल्याणकारी सिद्धान्तहरु हुन् । जसले सिङ्गो समाज वा राष्ट्रको उत्थानको लागि निर्देशन गर्दछ ।[5]

समग्रतामा राज्यहरूलाई पूँजीवादी राज्य, साम्यवादी राज्य र लोककल्याणकारी राज्य गरी तीन वर्गमा वाँडने गरिएको छ । पूँजीवादी प्रणाली र साम्यवादी प्रणालीको अभ्यासले सिङ्गो समाजलाई सन्तुष्टी दिन नसकेकोले विकल्पको रुपमा पूँजीवादी प्रणाली र साम्यवादी प्रणालीमा रहेका सकारात्मक पक्षहरुलाई अनुकरण गर्ने र नकारात्मक पक्षहरुलाई निरुत्साहित गर्ने प्रणालीको रुपमा लोककल्याणकारी राज्य (Welfare State) लाई लिइयो र राज्य नीतिका निर्देशक सिद्धान्तलाई लोककल्याणकारी राज्यको उद्देश्य र सिद्धान्तको घोषणापत्रका रुपमा संविधानमा व्यवस्था गरियो । भारतीय संविधान होस् वा आयरिश संविधान

---

[4] माधव कुमार बस्नेत, राज्यका निर्देशक सिद्धान्तहरु, लोकतान्त्रिक संविधानका आधारहरु, अग्रसारथी अध्ययन तथा अनुसन्धान केन्द्र,२०६५ पृ.२२२ -२२४

[5] ऐ. ऐ.

होस् यिनमा गरिएको राज्य नीतिका सिद्धान्तहरूलाई हेर्ने हो भने पूँजीवादी राज्य पनि होइन समाजवादी राज्य पनि होइन वरू सामाजिक उद्देश्यहरू परिपुर्ति गर्ने किसिमको लोककल्याणकारी राज्यको स्वरुप व्यक्त गरिएको पाइन्छ ।[6]

मौलिक हक तथा निर्देशक सिद्धान्तको सम्वन्ध

> *Since both Fundamental Rights and Directive Principles are of common origin, it is clear that they both have the same objectives, namely, to ensure the goal of a welfare society envisaged by the Preamble of the Constitution. If the Fundamental rights seek to achieve the goal by guaranteeing certain minimal rights to the individual as against State action, the Directive Principles enjoin the State to ensure the welfare of the people collectively. Whenever the State makes laws, those laws should be made in consistence with these principles with a view to establishing an egalitarian society.* [7]
>
> *While moving the Constitution (First Amendment) Bill, 1951, Pandit Nehru said, "Directive Principles of State Policy represent dynamic move towards a certain objective. The Fundamental Rights represent something static to preserve certain rights which exist. Both again are rights." "The dynamic provisions of Directive Principles fertilize the static provisions of the Fundamental Rights." –Justice P.N. Bhagawati in Minerva Mills case (1980) Thus the Fundamental Rights and the Directives are complementary to each other.*[8]

यसर्थ मौलिक अधिकार तथा निर्देशक सिद्धान्तहरु लिखित संविधानका अन्तरवस्तुका रुपमा रहेका हुन्छन् । यी दुवैको प्रयोजन राज्यको दायित्व र सीमा निर्धारण गर्ने, नागरिकलाई बढी अधिकारमुखी वनाउने र लोककल्याणकारी राज्यको अभिवृद्धि गर्ने नै हो । राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरु आर्थिक, सामाजिक र राजनैतिक रुपान्तरणका आधारशीला भएकोले यिनीहरू दुवैले जनताको मौलिक अधिकारलाई व्यवस्थित गर्न योगदान पुर्याउछन् ।

सामान्यतया मौलिक हकले राज्यको निषेधात्मक अवस्थालाई दर्शाउछ र नागरिकको अधिकारमा हस्तक्षेप गर्न नपाउने प्रकारको राज्यको निषेधात्मक भूमिकाको (Negative Duty) अपेक्षा गर्दछ । तर निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिले राज्यको सकरात्मक अवस्थालाई जनाउँछ । मुलतः आफ्नो अधिकार प्रयोग गर्ने नसक्ने नागरिकहरुको लागि राज्यले नागरिकका मौलिक हकको संरक्षण गर्ने वातावरण वनाईदिनु पर्ने मान्यता निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिले राख्दछ । यसर्थ निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिका सन्दर्भमा राज्यको सकरात्मक कर्तव्यको (Positive Duty) अपेक्षा गरिन्छ ।

मौलिक अधिकार नागरिकलाई प्राप्त हुने राज्य विरुद्धका अधिकार हुन् । यी अधिकार राज्यका काम कारवाही विरुद्ध लक्षित हुन्छन् भने निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरु पक्ष विपक्षभन्दा पनि राज्यले जनताको

---

6 सुरेन्द्र भण्डारी, संवैधानिक कानून पृ १८२- १८३

7 Dr. Hari Bansh Tripathi, Directive Principles & Policies of the state

8 ऐ.ऐ.

संरक्षण गर्ने दायित्वको विषय बन्दछन् । मौलिक हकमा राज्यले कुनै काम गरे वा नगरेबाट नागरिकका अधिकार प्रत्यक्ष कुन्ठित हुन सक्छन् भने राज्यका निर्देशक सिद्धान्त र नीतिको अवलम्वन नगरेमा जनताका अधिकार अप्रत्यक्ष रुपले प्रभावित हुन पुग्छन् ।

मौलिक अधिकारको उल्लंघन भएमा सो को उपचारको लागि न्यायिक विवादको रुपमा अदालतमा प्रवेश गरी कार्यान्वयन गराउन सकिने प्रभावकारी संयन्त्रलाई उपयोग गर्न सकिन्छ तर निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरु कानूनीभन्दा राजनैतिक प्रकृतिको विषय भएकोले राजनैतिक इच्छा शक्ति र उपलव्ध साधन स्रोतको आधारमा यसको कार्यान्वयन निर्भर रहने गर्दछ ।

मौलिक हक देशको मूल कानूनद्वारा संरक्षित नागरिक र राजनैतिक प्रकृतिका प्रमुख अधिकार मानिन्छन् । सामन्य विधायिकी कानूनले यसलाई संशोधन वा खारेज गर्न सक्दैन । तर निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरु कार्यान्वयनको दायित्व राज्यमा रहने, कार्यान्वयनमा जटिलता हुने र संविधान मै उल्लेख भएपनि ती अधिकार कानून निर्माण गरी लागू गर्न सकिने प्रकृतिका कानूनी अधिकारहरु (legal right in the law making) हुन् ।

मौलिक अधिकारको प्रयोजन नागरिक अधिकारको तत्काल प्रचलन गराउनु हो भने निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरुको प्रयोजन राज्यको साधन र स्रोतको उपलव्धताको आधारमा जनतालाई क्रमशः अधिकार सम्पन्न गराउदै लैजाने हो । यसर्थ मौलिक अधिकार र निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरु एक अर्काका परिपूरक मानिन्छन् । जे जस्ता प्रकृतिका भएपनि यी दुवै अधिकार र सिद्धान्त तथा नीतिहरु संविधान कै अन्तर्वस्तुहरु हुन् भन्न सकिन्छ ।

निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरु र मौलिक हकको वीचमा प्रत्यक्ष विरोधाभाष पूर्ण स्थितिको सृजना भएमा मौलिक हकको सहायकको रुपमा निर्देशक सिद्धान्तलाई राख्नुपर्छ भन्ने मान्यता समाप्त भै यी दुवै संविधानको अंग भएकोले यी दुवैलाई एक अर्कामा नवाझिने गरी एकरुपताको विन्दु खोजी व्याख्या (Harmonious Interpretation) गरिनुपर्छ भन्ने मान्यता विकास भएको छ ।

केही संविधानहरुमा निर्देशक सिद्धान्त तथा नीति

The concept of Directive Principles of State Policy (DPSP) was borrowed from the Irish Constitution of 1937 which embodied a Chapter on "Directive Principles of State Policy."However, it was the Constitution of Republican Spain of 1931 which was the first ever Constitution to incorporate such principles of State Policy. The idea of such policies can be traced back to the Declaration of the Rights of the Man and of the Citizen,

1789 proclaimed by Revolutionary France and the US Declaration of Independence (1776) by the 13 American Colonies, besides Universal Declaration of Human Rights (1948).[9]

राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरुले विश्वका कतिपय मुलुकहरुमा संवैधानिक मान्यता प्राप्त गरेका छन् । तथापि अमेरिका जस्ता धेरै प्रजातान्त्रिक देशहरुमा यस्ता सिद्धान्त र नीतिहरुलाई संविधान मै निर्धारण गरिएका छैनन् । अमेरिकी संविधानमा पटक पटक संशोधन हुँदा समेत यसलाई संवैधानिक मान्यता दिने तर्फ कुनै छलफल र प्रस्ताव समेत भएको देखिदैन् । तथापि नयाँ वन्ने विश्वका कतिपय संविधानहरुमा यस्ता निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरुले स्थान पाउन थालेका छन् ।

आयरल्यान्डको संविधानमा निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरुलाई राज्यका सामाजिक लक्ष्य अन्तर्गत विधायिकाको मार्ग दर्शनको रुपमा रहने गरी राखिएको छ । सर्वसाधारणको भलाको लागि राज्यले आवश्यक प्रवन्धहरु गर्ने, सर्वसाधारणको हित र लोककल्याणलाई ध्यानमा राखी समुदायको स्वामित्वमा रहेका साधन स्रोतको परिचालन गर्ने, समाजमा रहेका कमजोर वर्गको सामाजिक संरक्षण गर्ने लगायतका व्यवस्थाहरुलाई यस संविधानमा राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीति अन्तर्गत राखिएको छ ।[10]

भारतको संविधानमा राज्यका निर्देशक सिद्धान्तहरुको व्यवस्था गरिएको छ । अदालतबाट लागू नहुने, राज्यको शासन व्यवस्थाको आधारभुत सिद्धान्तको रुपमा रहने, राज्यले कानून वनाई क्रमशः कानून वनाउदै कार्यान्वयन गरिने गरी यी निर्देशक सिद्धान्तहरुलाई संविधानमा स्थान दिइएको छ । लोककल्याणकारी राज्यको रुपमा सामाजिक सुव्यवस्थाको प्रवर्द्धन गर्ने, समाजमा रहेका अन्याय र सवै प्रकारका शोषणहरुको अन्त गर्ने, कमजोर वर्ग र समुदायको भलाई, वातावरणको संरक्षण, आर्थिक, सामाजिक, न्यायिक पक्षको संरक्षण र सिद्दान्त गर्ने विषय समेतलाई भारतको संविधानमा राज्यका निर्देशक सिद्धान्त र नीति अन्तर्गत राखिएको छ ।[11]

जनवादी गणतन्त्र चीनको संविधानमा राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिका रुपमा छुट्टै व्यवस्था भएको पाईदैन् । तथापी यस संविधानमा जनताको शिक्षा, स्वास्थ्य र सुरक्षाका लागि राज्यले आवश्यक व्यवस्था गर्ने, राज्यको आर्थिक र सामाजिक विकासको लागि उपयुक्त हुने गरी परिवार नियोजनलाई प्रर्वधन गर्ने, कला, संस्कृति र प्रेसलाई प्रर्वधन गर्ने, वातावरण संरक्षण, अल्पसंख्यकको कानूनी अधिकारको संरक्षण गर्ने आदि विषयलाई चीनको संविधानमा राज्यका नीतिका रुपमा स्थान दिइएको ।[12]

---

[9] Dr. Hari Bansh Tripathi, Directive Principles & Policies of the State संवैधानिक कानूनमा विशिष्टिकरणासम्बन्धी प्रशिक्षण कार्यक्रममा प्रस्तुत कार्यपत्र

[10] संविधान सभा मौलिक अधिकार तथा निर्देशक सिद्धान्त समितिको विषयगत अवधारणागत तथा प्रारम्भिक मस्यौदाको प्रतिवेदन २०६६ पृ ४०७ - ४०८

[11] ऐ.ऐ.

[12] ऐ.ऐ.

नेपालका संविधानहरुमा निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरु

नेपालको संवैधानिक ईतिहासमा राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरुले संविधान निर्माणको शुरुदेखि नै स्थान पाएको देखिन्छ । हालसम्म जारी भएका संविधानहरु मध्ये नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०१५ वाहेक अन्य सवै संविधानहरुले राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरुलाई ग्रहण गरेको तथ्य संवैधानिक दस्तावेजहरुको अध्ययनबाट देखिन्छ ।

पहिलो संवैधानिक दस्तावेज, नेपाल सरकार वैधानिक कानून, २००४ को भाग ६ अन्तर्गत सरकारबाट सकभर चाँडो, अवस्थाले दिएसम्म निःशुल्क र अनिवार्य प्रारम्भिक शिक्षाको व्यवस्था हुने प्रावधान राखिएको थियो । यसैगरी नेपाल अन्तरिम शासन विधान, २००७ को छुट्टै भागमा राज्यका नीतिका निर्देशक सिद्धान्तहरुको व्यवस्था गरिएको थियो । उक्त संविधानले मूलतः राजनैतिक, आर्थिक, सामाजिक, विकास र अन्तर्राष्ट्रिय सम्वन्धसँग सम्वन्धित नीतिहरुको व्यवस्था गरेको थियो ।

नेपालको संविधान, २०१९ को भाग ४ मा राज्यका निर्देशक सिद्धान्तका रुपमा पंचायत प्रणालीका निर्देशक सिद्धान्तको व्यवस्था गरेको थियो । विभिन्न वर्ग र व्यवसायको हितमा समान्जस्य ल्याई प्रजातान्त्रिक, न्यायपूर्ण, गतिशील र शोषणरहित समाजको सृजना गरी जनकल्याणको अभिवृदि गर्ने उद्देश्य रहेका ती निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरु राज्यका सामान्य मार्ग निर्देशका रुपमा थिए ।

राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरुका विषयमा विविध व्यवस्था गर्ने कार्य नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ ले गर्यो । संविधानले राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरुको उल्लेख गरी त्यस्ता सिद्धान्तहरु राज्यका क्रियाकलाप र शासन व्यवस्थाको मुख्य मार्गदर्शनको रुपमा रहने, यस्ता नीति तथा सिद्धान्तहरु अदालतबाट लागू नगरिने र देशको उपलव्ध स्रोत र साधन अनुसार कानून वनाई त्यस्ता नीति तथा सिद्धान्तहरुको क्रमशः कार्यान्वयन गर्दै जाने व्यवस्था गरेको थियो ।

लोककल्याणकारी व्यवस्था र सामाजिक न्यायको प्रवर्द्धन गर्ने, सवै प्रकारका विभेदको अन्त गर्ने र देशको सार्वभौमसत्ता, अखण्डता एवं स्वतन्त्रतालाई कायम राखी अन्तर्राष्ट्रिय जगतमा राष्ट्रिय सम्मानको अभिवृदि गर्ने राज्यको प्रमुख उद्देश्य हुने उल्लेख गर्दै समाजमा शान्ति, व्यवस्था, मानव अधिकारको संरक्षण, सार्वजनिक हितको प्रर्वधन, विकेन्द्रीकरंण, प्रजातन्त्रका लाभको न्यायपूर्ण वितरण जस्ता विषयलाई संविधानले राज्यको दायित्व अन्तर्गत राखिएको थियो । यसैगरी राज्यका नीति अन्तर्गत विकास सम्बन्धी नीति, कला र संस्कृति सम्बन्धी नीति, वातावरण सम्बन्धी नीति, निःशुल्क कानूनी सेवा सम्बन्धी नीति र परराष्ट्र नीतिलाई पनि संविधानमा स्थान दिएको थियो ।

नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ ले पनि राज्यका दायित्व, निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरुको व्यवस्था गरी उक्त भागमा लेखिएका विषयको कार्यान्वयनको विषयमा अदालतमा प्रश्न उठाउन नपाइने तर

सोको कार्यान्वयनको लागि राज्यले आवश्यक स्रोत र साधन परिचालन गर्ने व्यवस्था गरेको थियो । यस संविधानले पनि राज्यको राजनैतिक, आर्थिक र सामाजिक उद्देश्यलाई तय गरी सो उद्देश्य प्राप्तिको लागि विभिन्न नीतिहरुको उल्लेख गर्दै देशमा अग्रगामी राजनैतिक-आर्थिक र सामाजिक परिवर्तन, भ्रष्टाचार र दण्डहिनताको अन्त, राज्यको समावेशी, लोकतान्त्रिक र अग्रगामी पुनर्सरचना जस्ता विषयलाई राज्यको दायित्वको अन्तर्गत राखेको थियो ।

प्रस्तुत संविधानले पनि पूर्ववत संविधानहरुले जस्तै नागरिकको जीवनस्तर सुधार गर्ने, मुलुकको अर्थतन्त्रको विकास गर्ने, राष्ट्रिय एकतालाई कायम गर्ने, स्रोत साधनको न्यायोचित वितरण गर्ने, सामाजिक सुरक्षा र सामाजिक न्यायलाई प्रर्वर्धन गर्ने विषयलाई राज्यका नीतिको रुपमा परिभाषित गर्दै महिला, वालक, वृद्ध, किसान, मजदुर र बरोजगारको लागि सामाजिक सुरक्षाको व्यवस्था गर्ने प्रतिवद्धता व्यक्त गरको थियो ।

नेपालको संविधानमा निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरु

वर्तमान नेपालको संविधानले राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिको विषयमा व्यापक व्यवस्था गरेको छ । पूर्ववत् संविधानहरुले जस्तै यस संविधानले पनि राज्यका निर्देशक सिद्धान्त, नीति र दायित्व समेतलाई राज्य संचालनको मार्ग निर्देशनका रुपमा स्वीकार गरेको छ । यस्ता सिद्धान्त, नीति र दायित्वको कार्यान्वयनको लागि राज्यले आवश्यकता अनुसार स्रोत परिचालन गराउनु पर्ने विषयलाई पनि संविधान मै व्यक्त गरिएको छ ।

संविधानमा निर्देशक सिद्धान्तहरु

संविधानले भाग ४ मा राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरुको उल्लेख गरेको छ । देशको सार्वभौमसत्ता, स्वतन्त्रता, भौगोलिक अखण्डता र स्वाधीनतालाई सर्वोपरि राख्ने, नागरिकहरुको जीउ, धन, समानता र स्वतन्त्रताको संरक्षण गर्ने, कानूनको शासन, मानव अधिकार तथा मौलिक अधिकारको संरक्षण, लैङ्गिक समानता, समानुपातिक समावेशीकरण, सहभागिता र सामाजिक न्यायको माध्यमबाट राष्ट्रिय जीवनका सवै क्षेत्रमा न्यायपूर्ण राज्य व्यवस्था कायम गर्ने, लोक कल्याणकारी राज्यको स्थापना गर्ने, पारस्परिक सहयोगका आधारमा संघीय इकाईहरु वीच सुसम्वन्ध कायम राख्ने, स्थानीय स्वयत्तता र विकेन्द्रीकरणको माध्यमबाट संघीय लोकतान्त्रिक गणतन्त्रलाई सुदृढ गर्ने विषयलाई संविधानले राज्यका निर्देशक सिद्धान्तको रुपमा राखेको छ ।

संविधानले राज्य व्यवस्थापन, विविधता व्यवस्थापनलाई जोड दिएको देखिन्छ । धर्म, संस्कृति, सँस्कार, प्रथा, परम्परा, प्रचलनको आधारमा हुने विभेद, शोषण र अन्यायको अन्त गर्ने, सभ्य र समतामूलक समाजको निर्माण गर्ने, राष्ट्रिय गौरव, लोकतन्त्र, जनपक्षीयता, श्रमको सम्मान, उद्दमशीलता, अनुशासन, मर्यादा र सामाजिक सहिष्णुतामा आधारित सामाजिक संस्कृति मूल्य र मान्यताहरुको विकास गर्ने,

सांस्कृतिक विविधताको सम्मान गर्दै सामाजिक सदभाव, ऐक्यवद्धता र सामानजस्य कायम गरी राष्ट्रिय एकता कायम गर्ने विषयलाई राज्यको सामाजिक सांस्कृतिक उद्देश्य अन्तर्गत राखिएको छ ।

यसैगरी राज्यमा उपलव्ध स्रोत र साधनको उपयोगमा सार्वजनिक, निजी र सहकारी क्षेत्रको परिचालन, तीव्र आर्थिक विकास, उपलव्ध साधन र स्रोतको न्यायोचित वितरण, आर्थिक असमानताको अन्त, शोषणरहित समाजको निर्माण, स्वतन्त्र, समृद्ध र आत्मनिर्भर राष्ट्रिय अर्थतन्त्रको विकासलाई राज्यको आर्थिक उद्देश्यको रूपमा राखिएको छ। साथै राष्ट्रको अन्तर्राष्ट्रिय सम्वन्ध कायम गर्दा देशको सार्वभौमसत्ता, स्वतन्त्रता, भौगोलिक अखण्डता स्वाधीनता र राष्ट्रिय हितको रक्षा गर्ने, सार्वभौमिक समानताका आधारमा अन्तर्राष्ट्रिय सम्बन्ध कायम गर्ने, विश्व समुदायमा राष्ट्रिय सम्मानको अभिवृदि गर्ने प्रतिबद्धता पनि संविधानमा तय गरिएको छ ।

संविधानमा राज्यका नीतिहरु

वर्तमान नेपालको संविधानले राज्यका नीतिहरुलाई पूर्ववत संविधानहरूले भन्दा व्यापक रुपमा प्रस्तुत गरेको देखिन्छ। संविधान निर्माण हुँदाका वखतको राजनैतिक, आर्थिक र सामाजिक परिस्थिति, जनअपेक्षा, अदालतका आदेश वा निर्णय, अन्तर्राष्ट्रिय जगतमा आएका नयाँ मान्यता र नेपालले गरेका यस्ता प्रतिबद्धताहरु समेतलाई समाहित गर्दै वर्तमान संविधानले व्यापक रुपमा राज्यका नीतिहरूलाई स्थान दिएको पाइन्छ । संविधानले राष्ट्रिय एकता र राष्ट्रिय सुरक्षालाई सर्वोपरी ठानेको छ ।

नेपालको स्वतन्त्रता, सार्वभौमसत्ता, भौगोलिक अखण्डता, स्वाधीनता, विभिन्न जात, जाति, धर्म, भाषा, संस्कृति र सम्प्रदाय एवं संघीय इकाई वीचको सद्भाव, सहिष्णुता र ऐकबद्धताको माध्यमबाट राष्ट्रिय एकता कायम गर्ने विषयलाई प्राथमिकता दिइएको छ। सर्वाङ्गिण मानवीय एवं शान्ति सुरक्षा, सो को लागि सुरक्षा निकायहरुको सवलीकरण, सुदृढीकरण, व्यावसायीकरण र समावेशीकरण, नागरिकहरुलाई राष्ट्र सेवामा प्रेरित, पूर्व राष्ट्रसेवकको अनुभव र सीपलाई राष्ट्र हितमा उपयोग जस्ता विषयलाई संविधानले नेपालको राष्ट्रिय एकता र राष्ट्रिय सुरक्षा सम्बन्धी नीति [13] अन्तर्गत राखेको छ ।

संविधानले राजनीतिक तथा शासन व्यवस्था सम्बन्धी नीतिलाई पहिलो पटक छुटै स्थान दिएको छ। जनताको सर्वोत्तम हित र समुन्नतिको लागि राजनीतिक तथा शासन व्यवस्था सम्बन्धी विश्वमा विकास भएका नयाँ मान्यताहरु, नेपालले अन्तर्राष्ट्रिय मञ्चमा गरेका मानव अधिकारको संरक्षण लगायतका विभिन्न प्रतिबद्धताहरु, सार्वजनिक प्रशासनलाई स्वच्छ, सक्षम, निष्पक्ष, पारदर्शी, भ्रष्टाचारमुक्त, उत्तरदायी र सहभागितामुलक वनाई नागरिकहरूलाई शुसासनको प्रत्याभूत गर्ने एवं आमसञ्चारलाई स्वच्छ, स्वस्थ,

[13] नेपालको संविधान धारा ५१ (क)

निष्पक्ष, मर्यादित र जिम्मेवार वनाउने विषय समेतलाई संविधानले राजनीतिक तथा शासन व्यवस्था सम्बन्धी नीति [14] मा राखेको छ ।

नेपालको सामाजिक, साँस्कृतिक र धार्मिक विविधतालाई मान्यता दिने र संरक्षण गर्ने विषयमा संविधानले यसपटक व्यापक मान्यतालाई अगाडि सारेको देखिन्छ । यसै मान्यता अनुरुप स्वस्थ र सभ्य संस्कृतिको विकास गर्ने, सामाजिक सुसम्वन्धमा आधारित समाजको निर्माण गर्ने, साँस्कृतिक, पुरातात्विक, ऐतिहासिक सम्पदाको संरक्षण र सम्वर्धनको लागि अध्ययन, अनुसन्धान, उत्खनन् र प्रचार प्रसार गर्ने, धर्म, प्रथा, परम्परा, रीति तथा संस्कारका आधारमा हुने विभेद, असमानता, शोषण र अन्यायको अन्त गर्ने विभिन्न कला, साहित्य र संङ्गीतको विकासमा जोड दिने, बहुभाषिक नीतिको अवलम्वन गर्ने, साँस्कृतिक विविधता कायम राख्ने जस्ता विषयहरूलाई संविधानले सामाजिक र साँस्कृतिक रुपान्तरण सम्बन्धी नीति [15] अन्तर्गत राखेको छ ।

देशले खुला तथा उदार अर्थव्यवस्थालाई अवलम्वन गरेको छ । सहभागितामूलक अर्थतन्त्र, औद्योगिक पूर्वाधारको निर्माण, व्यापारिक स्वच्छता र अनुशासन खुला तथा उदार अर्थव्यवस्थाका आधारभूत मान्यताहरु हुन् । यसलाई आत्मसात गर्दै संविधानले अर्थ, उद्योग र वाणिज्य नीतिमा सार्वजनिक, निजी र सहकारी क्षेत्रको सहभागितामा राष्ट्रिय अर्थतन्त्र सुदृढ गर्ने, अर्थतन्त्रको विकासमा निजी क्षेत्र, वैदेशिक सहायता र गैर आवसीय नेपालीहरुको सीप, प्रविधि र पूँजीको उपयोग गर्ने, औद्योगिक करिडोर, विशेष आर्थिक क्षेत्रको निर्माण गर्ने, आर्थिक गतिविधिमा स्वच्छता, जवाफदेहिता र प्रतिस्पर्धा कायम गर्ने, आर्थिक विकासको प्रतिफलको न्यायोचित वितरण, कालोवजारी, एकाधिकार, कृतिम अभाव सृजना हुन नदिने, उपभोक्ताको हितलाई संरक्षण गर्ने विषयलाई सविधानले अर्थ, उद्योग र वाणिज्य सम्बन्धी नीति [16] मा समावेश गरेको छ ।

कृषि प्रधान देश नेपालमा कृषि र भूमिसुधारलाई व्यवस्थापन गर्ने, कृषकको हित गर्ने विषयलाई पनि संविधानले राज्यको नीतिमा छुट्टै स्थान दिएको छ । वैज्ञानिक भूमिसुधार, दोहोरो भू-स्वामित्वको अन्त, कृषकको हित, जग्गाको चक्लावन्दी, कृषकका लागि कृषि सामग्री उपलव्धता, कृषि उपजको उचित मूल्य र वजार पहुँचको विस्तार, कृषिको व्यवसायीकरण, ओद्योगीकरण, विविधीकरण र आधुनिकीकरण गर्ने विषयलाई संविधानले कृषि र भूमिसुधार सम्बन्धी नीति [17] अन्तर्गत राखेको छ ।

संविधानले विकास सम्बन्धी नीतिलाई पनि तय गरेको पाइन्छ । देशको सन्तुलित विकास गर्ने प्रयोजनको लागि विकासको दृष्टिकोणले पछि परेका क्षेत्रलाई प्राथमिकता दिई सन्तुलित, वातावरण अनुकूल, दिगो

---

[14] नेपालको संविधान धारा ५१ (ख)

[15] नेपालको संविधान धारा ५१ (ग)

[16] नेपालको संविधान धारा ५१ (घ)

[17] नेपालको संविधान धारा ५१ (ङ)

रुपमा भौतिक पुर्वाधारको विकास गर्ने, विकास निर्माणमा स्थानीय जनसहभागितालाई अभिवृदि गर्ने, विकासको प्रतिफलको न्यायोचित वितरण गर्ने, सूचना प्रविधिको प्रयोग, वैज्ञानिक अध्ययन, अनुसन्धान र विकासमा लगानीको अभिवृद्धि गर्ने गरी विकास सम्बन्धी नीति [18] तय गरेको छ ।

दिगो विकासको अवधारणालाई राष्ट्रले विकासको पूर्वाधारको रुपमा स्वीकार गरेको छ । राष्ट्रको आवश्यकता, कानून, अन्तर्राष्ट्रिय समुदायसँग गरेको प्रतिवद्धता समेतबाट दिगो विकासको अवधारणालाई पालना गर्नुपर्ने दायित्व राष्ट्रसँग रहेको छ । यसै सन्दर्भमा विकासलाई दिगो बनाउने, वातावरणीय स्चच्छतालाई कायम गर्ने, वातावरणीय प्रदुषण कम गर्ने, नवीकरणीय उर्जाको उत्पादन गर्ने, वन तथा वन्यजन्तु, जलश्रोत र जैविक विविधताको संरक्षण गर्ने जस्ता दिगो विकासका मान्यताहरुलाई संविधानले प्राकृतिक साधन स्रोतको संरक्षण, सम्वर्धन र उपयोग सम्बन्धी नीति [19] मा राखेको छ ।

नागरिकका आधारभूत आवश्यकता पूरा गर्ने प्रमुख दायित्व राज्यको हो । राज्य स्वयं तथा राज्यसँगको समन्वयमा निजी क्षेत्र समेतले नागरिकका आधारभूत आवश्यकता उपलव्ध गराउने कार्यमा सहयोग गर्ने गर्दछन् । नागरिकलाई शिक्षा, स्वास्थ्य, आवास तथा यातायात उपलव्ध गराउने विषयहरू आधारभूत आवश्यकताको प्रमुख कोटिमा पर्ने गर्दछन् । यसै आमधारणालाई संविधानले पनि स्वीकार गरेको छ । नागरिकलाई शिक्षा र स्वास्थ्यको प्रत्याभूत गर्ने, शिक्षा र स्वास्थमा सवैको पहुँच पुर्याउने यी क्षेत्रमा राज्यको लगानी बढाउने र निजी लगानीको व्यवस्थापन गर्ने, जनसङ्ख्या र आवासलाई व्यवस्थापन गर्ने, खाद्य उत्पादन, सुरक्षा र वितरण लाई प्रभावकारी वनाउने प्रतिवद्धता नागरिकका आधारभूत आवश्यकता सम्बन्धी नीति [20] मा गरेको छ । संविधानले श्रम तथा रोजगारीको हकलाई मौलिक हकको रुपमा स्वीकार गरेको छ । सबैले काम पाउने अवस्थाको सृजना गर्ने, श्रमशक्तिलाई दक्ष र व्यावसायिक वनाउने, मर्यादित श्रम, श्रमिकको सामाजिक सुरक्षा र बालश्रमको अन्त गर्ने, वैदेशिक रोजगारीलाई व्यवस्थित गरी वैदेशिक रोजगारीबाट प्राप्त आय, सीप र प्रविधिलाई यथोचित उपयोग गर्ने विषयलाई संविधानले श्रम र रोजगार सम्बन्धी नीति [21] मा राखेको छ ।

राज्यमा रहेका असहाय, जोखिममा परेका, वहिस्कृत, महिला, वालवालिका, कमैया, कम्लहरी, हरवा, चरवा, हलिया, भूमिहीन आदिवासी जनजाति, अल्पसंख्यक, मधेसी, मुस्लिम एवं पिछडा वर्गको उत्थान गर्नु, यिनीहरुको सँस्कृति, परम्पराको संरक्षण राज्यको मूल दायित्व हो । सामाजिक न्याय र सुरक्षाका दृष्टिकोणबाट पनि यो आजको आवश्यकता पनि हो । यसै तथ्यलाई मध्यनजर गर्दै वर्तमान संविधानले सामाजिक न्याय र समावेशीकरण सम्बन्धी नीति [22] अन्तर्गत यी वर्गहरुको संरक्षण र उत्थान गर्ने,

---

[18] नेपालको संविधान धारा ५१ (च)

[19] नेपालको संविधान धारा ५१ (छ)

[20] नेपालको संविधान धारा ५१ (ज)

[21] नेपालके संविधान धारा ५१ (झ)

[22] नेपालको संविधान धारा ५१ (ञ)

यिनीहरुको परम्परागत सीप, अनुभव, सँस्कृति, परम्पराको संरक्षण र संवर्धन गर्ने नीति संविधानमा गरिएको छ ।

न्यायिक सुशासन एवं न्याय प्रशासनका नवीनतम् मान्यताहरूलाई आत्मसात गर्दै सविधानमा न्याय र दण्ड व्यवस्था सम्बन्धी नीतिलाई स्थान दिइएको छ । न्यायिक शुसासन अन्तर्गत न्याय प्रशासन छिटो, छरितो, सर्वसुलभ, मितव्यायी, निष्पक्ष, उत्तरदायी बनाउने, विवाद समाधानका वैकल्पिक व्यवस्थालाई मान्यता दिने, राजनैतिक, प्रशासनिक, न्यायिक, सामाजिक लगायत सबै क्षेत्रमा रहन सक्ने भ्रष्टाचार र अनियमितताको नियन्त्रण गर्ने प्रभावकारी उपायहरुको अवलम्वन गर्ने गरी राज्यको न्याय र दण्ड व्यवस्था सम्बन्धी नीति [23] ले संवैधानिक मान्यता प्राप्त गरेको छ । यसका अतिरिक्त पर्यटन सम्बन्धी नीति र अन्तर्राष्ट्रिय सम्बन्ध सम्बन्धी नीतिलाई पनि राज्यको नीतिको रुपमा नेपालको संविधानले स्थान दिएको छ ।

नेपालको संविधानले पहिलो पटक राज्यको दायित्वलाई पनि किटान गरेको छ । वास्तवमा यी दायित्वहरु हाम्रो शासन व्यवस्थाका मुलभूत मूल्य र मान्यताहरु पनि हुन । नेपालको सार्वभौंमसत्ता, स्वतन्त्रता, भौगोलिक विविधता, अखण्डता, स्वाधीनताको संरक्षण, मानव अधिकार र मौलिक हकको संरक्षण गर्नु, राज्यका निर्देशक सिद्धान्तको अनुसरण तथा यसको क्रमशः कार्यान्वयन गर्नु राज्य संचालनको लागि अपरिहार्य नै छ । यसै अपरिहार्यतलाई स्वीकार गरी वर्तमान नेपालको संविधानले राज्य संचालनका उपरोक्त मूल्य र मान्यताहरुलाई राज्यको दायित्व [24] को रुपमा राखेको छ ।

निर्देशक सिद्धान्त, नीति र दायित्वको कार्यन्वयनको सम्बन्धमा विभिन्न मुलुकका संविधानहरूले जे जस्तो व्यवस्था गरेपनि नेपालको वर्तमान संविधानले यस सम्वन्धमा नयाँ व्यवस्था गरेको छ । यी नीति तथा सिद्धान्तहरुको कार्यान्वयनको विषयमा नेपाल सरकारको जवाफदेहितालाई संविधानले प्रस्ट गरेको छ । यी नीति तथा सिद्धान्तहरुको कार्यान्वयनको सम्वन्धमा नेपाल सरकारले गरेका काम र प्राप्त उपलव्धि सहितको प्रतिवेदन माथि संसदमा छलफल हुने व्यवस्था संविधान मै लेखिएको छ । सो सम्वन्धमा गरेका काम र प्राप्त उपलव्धि सहितको वार्षिक प्रतिवेदन नेपाल सरकारले राष्ट्रपति समक्ष पेश गर्ने र सो प्रतिवेदन संघीय संसदमा पेस हुने व्यवस्था छ ।[25] साथै यी निर्देशक सिद्धान्त, नीति र दायित्वको कार्यान्वयन भए नभएको अनुगमन र मुल्याङ्कन गर्न संघीय संसदमा समिति रहने व्यवस्था समेत संविधानमा गरिएको छ ।[26]

---

[23] नेपालको संविधान धारा ५१ (ट)

[24] नेपालको संविधान धारा ५२

[25] ऐ धारा ५३

[26] ऐ धारा ५४

निर्देशक सिद्धान्त तथा नीति सम्वन्धमा न्यायिक दृष्टिकोण

मौलिक हक र निर्देशक सिद्धान्त धेरैजसो सँगै आउने गर्छन् । मौलिक हक व्यक्तीका राज्य विरुद्दका हक हुन् भने निर्देशक सिद्धान्त सामाजिक वा समग्र राष्ट्र उत्थानको लागि दिइएका संवैधानिक निर्देशनहरु हुन् । निर्देशक सिद्धान्त र नीतिहरु अदालतमा पुनरावलोकन हुने विषय होइनन, यी विषय अदालतबाट प्रचलन गराउन सकिने होइनन् भन्ने सामान्य व्यवस्था भएपनि आजभोलि यसलाई अदालतको पुनरावलोकनको विषय बनाउन थालिएको छ । न्यायाधीशको खुवी, सृजनशीलता, न्यायिक सक्रियताका आधारमा यी निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरुलाई कार्यान्वयन गर्न अदालतको भुमिका वढ्दो छ ।

नेपालमा न्यायिक सक्रियताको आधारमा केही मुद्दाहरुमा अदालतले राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरुलाई समेत आधार वनाएर व्याख्या गर्न थालेको छ । सर्वोच्च अदालतले योगी नरहरि नाथ विरुद्ध सम्माननीय प्रधानमन्त्री गिरिजा प्रसाद कोइराला समेत[27] भएको मुद्दामा संविधानले व्यवस्था गरेको राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरुलाई अदालतले लागू गर्न नसक्ने भएपनि यदि सरकारले संविधानमा भएका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीति विपरीत गएर निर्णय गर्छ भने त्यस्तो अवस्थामा अदालतले औल्याउन भने नसक्ने होइन भनी फैसलामा वोलेको छ ।

यसैगरी प्रकाशमणि शर्मा वि. श्री ५ को सरकार, मन्त्रिपरिषद समेत[28] भएको मुद्दामा नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को भाग ४ मा व्यवस्था भएका राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरु अर्थहीन व्यवस्था होइनन् । यो उपेक्षित रहन सक्दैन । उपेक्षित रहेको देखिए भाग ४ मा रहेको यस व्यवस्थालाई प्रभावकारी बनाउने तर्फ अदालतले निर्देशन दिनसक्छ भनी व्याख्या भएको छ ।

यसैगरी अधिवक्ता सुर्य ढुङ्गेल विरुद्ध गोदावरी मार्वल ईन्डस्ट्रिज समेत[29] भएको रिट निवेदनमा सर्वोच्च अदालतले निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरुको कार्यान्वयन नभएको विषयलाई सार्वजनिक सरोकारको विवाद मानी पर्यावरण संरक्षणलाई राज्यका निर्देशक सिद्धान्तको रुपमा स्वीकार गरिएकोले सो को संरक्षणको लागि सरकारले आवश्यक व्यवस्था गर्नु भनी निर्देशनात्मक आदेश जारी गरेको पाइन्छ ।

---

[27] नेकाप २०५३ अंक १ नि.नं. ६१२७

[28] नेकाप २०५३ अंक १ नि.नं. ६३९१

[29] नेकाप स्वर्ण शुभजन्मोत्सव विशेषाङ्क २०५२ पृष्ठ १६९

निष्कर्ष

राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरु जनताका हक हितको सार्थक उपयोगको लागि गरिएका व्यवस्थाहरु हुन् । यस अर्थमा निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरु स्वयंमा राज्यको दायित्वका विषयहरु हुन् । यी सामाजिक न्यायका सिद्धान्तको रुपमा समेत परिचित छन् । यस्ता सिद्धान्त तथा नीतिहरुले विश्वका कतिपय देशहरु भारत, चीन, आयरलैन्ड लगायतका मुलुकमा संवैधानिक मान्यता प्राप्त गरेका छन् । नेपालले पनि राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरुलाई संवैधानिक मान्यता प्रदान गर्दै आइरहेको छ ।

नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०१५ वाहेक अन्य सवै नेपालमा लागू भएका संविधानहरुले राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिलाई कुनै न कुनै तवरले स्थान दिएकै छन् । यी सिद्धान्त तथा नीतिहरु क्रमिक रुपले व्यापक र विस्तार समेत हुँदै आइरहेका छन् । विश्वव्यापीकरण, नेपालले अन्तर्राष्ट्रिय क्षेत्रमा जाहेर गरेका प्रतिवद्धताहरु, नेपाली नागरिकका चाहाना र आवश्यकता समेतले निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिमा व्यापक परिमार्जन हुदै आइरहेको देखिन्छ ।

निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरु अदालतबाट लागू हुन सक्ने विषय होइनन्, कार्यान्वयनको विषयमा न्यायिक पुनरावलोकन हुन सक्दैन, यी सरकारको लागि केवल मार्गदर्शन हुन् भन्ने पुरानो मान्यतमा आएको परिवर्तनलाई नेपालले पनि स्वीकार गर्दै आएको छ । सर्वोच्च अदालतले प्रकाशमणि शर्मा, योगी नरहरीनाथ र सूर्य ढुङ्गेलको मुद्दामा गरेको व्याख्याबाट सो तथ्य पुष्टि हुन्छ । सर्वोच्च अदालतको न्यायिक सक्रियताबाट यस्ता निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरु कार्यान्वयन हुने स्थितिमा पुगेका छन् ।

यी नीतिहरूको कार्यान्वयनको विषयमा सरकार संसदप्रति जवाफदेही वन्नुपर्ने, यस्ता नीति तथा सिद्धान्तहरुको कार्यान्वयनको विषयमा सरकारले गरेका काम र प्राप्त उपलव्धि सहितको वार्षिक प्रतिवेदन संघीय संसद समक्ष पेश हुने, निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिको कार्यान्वयन भए नभएको अनुगमन गर्न संघीय संसदमा समिति रहने जस्ता व्यवस्थाले यी नीति तथा सिद्धान्तहरुको प्रभावकारी कार्यान्वयनको प्रत्याभूति भएको देखिन्छ ।

सार्वजनिक सरोकारका विवादः अवधारणा र न्यायिक अभ्यास

✍ याम बहादुर बानियाँ[♦]

१. सार्वजनिक सरोकारका विवादको अवधारणा

कुनै व्यक्ति विशेषलाई संविधान र कानूनद्वारा प्रदत्त हक अधिकारमा आघात पुग्न गएमा सो को उपचारको लागि सम्बन्धित व्यक्ति स्वयं अदालतमा प्रवेश गर्नु पर्ने मुद्दाको कार्यविधिमा अपनाइने सामान्य नियम हो। तर यो नियमलाई कठोरतापूर्वक पालना गर्दा सार्वजनिक हित र स्वार्थको संरक्षणको विषय ओझेलमा पर्न सक्ने संभावनालाई दृष्टिगत गरी कतिपय मुलुकमा न्यायिक सक्रियताको माध्यमबाट र अन्य कतिपय मुलुकमा संविधान एवं कानून मै स्पष्टरूपमा व्यवस्था गरी सार्वजनिक हित र सरोकारको विषयमा उपचारको लागि जोसुकैले पनि अदालतमा प्रवेश गर्न पाउने अभ्यासलाई मान्यता दिने प्रचलनको विकास भएको छ। वास्तवमा यही अभ्यासलाई नै सार्वजनिक सरोकारको सिद्धान्त र यसरी ल्याइने विवादलाई सार्वजनिक सरोकारको विवाद/Pulic Interest Litigation(PIL) भनिन्छ।[१]

सार्वजनिक सरोकारको विवाद/PIL को प्रयोगमा जहाँ हक अधिकार हुन्छ त्यहाँ उपचारको व्यवस्था हुन्छ भन्ने कानूनको परम्परागत मान्यताको अपवादको रूपमा अदालतमा सहज प्रवेश पाउने मान्यताको परिणाम स्वरूप विकास भएको विधिशास्त्रीय मान्यता हो। सरकार, सार्वजनिक निकाय वा पदाधिकारीले कानून बमोजिम गर्नु पर्ने कार्य नगरेको वा कानून विपरीत कार्य गरेका कारणबाट सर्वसाधारण जनताको हक अधिकारको संरक्षण वा उपभोगमा असर परेको अवस्थामा त्यस्तो अवस्था अन्त्यको लागि अदालतमा याचना गर्ने प्रकृया PIL हो। यो विशेष गरी न्यायको पहुँचमा नपुगेका वा पिछडिएका, कमजोर र वञ्चितीकरणमा परेका वर्गको हक हित संरक्षणका लागि उपयोगी हुने विश्वास गरिन्छ। यस प्रकृतिका मुद्दामा समाजको वृहत्तर हित वा सरोकार निहित रहेको हुन्छ। यस्ता मुद्दाहरूबाट सामाजिक, आर्थिक पछौटेपन लगायतका कारणबाट न्यायमा पहुँच नपुग्ने वर्गको सामाजिक आर्थिक हितको संरक्षण हुने विश्वास गरिन्छ।

Black's Law Dictionary मा Public Interest Litigation लाई यसरी परिभाषित गरिएको छ।[२]

♦ उपन्यायाधिवक्ता, महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय।

[१] सरकारी वकील दिग्दर्शन,२०६३ (परिमार्जित तेस्रो संस्करण २०७४),महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय,पृ.३४९।

[२] Black's Law Dictionary (6th edition)

A legal action initiated in a court of law for the enforcement of public interest or general interest in which the public or class of the community have pecuniary interest or some interest by which their legal rights or liabilities are affected भनी परिभाषित गरिएको छ ।

भारतीय पूर्व न्यायाधीश Krishna Iyer ले Public Interest Litigation सम्बन्धी अवधारणालाई यसरी व्यक्त गरेका छन् ।[३]

Our adjectival branch of jurisprudence, by and large, deals not with sophisticated litigants but rural poor, the urban lay and the weaker societal segments for whom law will be an added terror if technical misdescriptions and deficiencies in drafting pleadings and setting out the cause-titile create a secret weapon to non-suit a party. When foul play is grace of processual justice, test litigations, representative action, Pro bona publico and like broaded forms of legal proceedings are in keeping with the current accent of justice to the common man and necessacery disincentive to those who wish to by pass the real issues on the merits by suspect reliance on peripheral procedural shortcoming. Even Ariticle 226, viewed in wider perspective, may be amenable to ventilation of collective or common grievances, as distinguished from assertion of individual rights, although the traditional view, backed by precedents has opted for the narrower alternative. Public interest is promoted by a spacious construction of locus standi in our socio-economic circumstances and conceptual latitudinarianism permits taking liberties with the remedy is shared by a considerable number, particularly when they are weaker. Less litigation, consistent with fair process, is the aim of adjectival law.

भारतीय पूर्व प्रधानन्यायाधीश PN Bhagawati ले Public Interest Litigation लाई यसरी व्याख्या गरेका छन् ।[४]

Public Interest Litigation is the strategic arm of the legal aid movement and which is intended to brining justice within the rich of the poor masses, who constitute the low visibility area of humanitiy, is a totally different kind of litigation from the ordinary traditional litigation which is essentially of an adversary character where there is a dispute between two litigating parties, one making claim or seeking relief against the other and that other opposing such claim or resisting such relief. Public interest litigatin is broutht before the Court not for the purpose of enforcing the right of one individual against another as happens in the case of ordinary litigation, but is intended to promote and vindicate public interest which demands that violations of constitutional or legal rights of a large number of people who are poor, ignorant or

[३] Mumbai Kanghar Shaba vs Abdulbhai & others,1976 AIR 1455, 1976 SCR (3) 591

[४] People's Union for Democratic rights vs Union of India, 1982 AIR 1473, 1983 SCR (1) 456

in a socially or economically disadvantaged position should not go unnoticed and and unadressed.

नेपालमा सार्वजनिक सरोकारका विवादका रूपमा परेका मुद्दाहरूमा सर्वोच्च अदालतद्वारा व्याख्या गर्ने क्रममा यसलाई अर्थ्याएको पाइन्छ। राधेश्याम अधिकारी वि. मन्त्रिपरिषद सचिवालय समेत[५] भएको मुद्दामा नेपाल सरकार वा अन्य कुनै सार्वजनिक निकाय वा पदाधिकारीले कानून वा संविधान बमोजिम गर्नु पर्ने कुनै काम गरेन वा गर्न नहुने कुनै काम गऱ्यो र त्यसको परिणाम स्वरूप कुनै व्यक्ति वा व्यक्तिहरूलाई कानूनको दृष्टिमा कुनै क्षति पुगेको छैन तर जनसाधारणको सामान्य हित वा स्वार्थमा प्रतिकूल प्रभाव परेको छ भने त्यो सार्वजनिक हित वा सरोकारको कुरा हुन्छ भनिएको छ। त्यसैगरी कुनै खास व्यक्ति वा व्यक्तिहरूको हक वा सरोकारमा मात्र सीमित भएको विवाद नभएर नेपाल राज्यका सर्वसाधारण जनता वा जनसमुदायको सामूहिक हक वा सरोकारसँग सम्वन्धित भएको विवादको बोध हुन्छ। कुनै विवाद सार्वजनिक हक वा सरोकारको हो वा होइन भन्ने कुराको निर्णय त्यो विवाद सर्वसाधारण जनताको वा कुनै जनसमुदायको सामूहिक हक वा सरोकारसँग सम्वन्धित छ वा छैन भन्ने आधारमा गर्नु पर्ने हुन्छ भनी सार्वजनिक सरोकारको विवादको विषयलाई स्पष्ट गरेको पाइन्छ।

अतः सार्वजनिक सरोकारको विवाद भन्नाले निजी वा व्यक्तिगत हक हित वा सरोकारसँग सम्बन्धित विषय बाहेकका अन्य सर्वसाधारण जनता वा जनसमुदायको हक हित वा स्वार्थसँग जोडिएका विषयवस्तुहरूलाई बुझिन्छ। निजी सरोकार र सार्वजनिक सरोकारको विषय वस्तु पहिचान गर्ने आधार विवादसँग सम्बन्धित विषय वस्तु, त्यसको प्रकृति तथा विशेषताका आधारमा अदालतबाट निर्क्यौल हुने गर्दछ।

२. सार्वजनिक सरोकारका विवादको प्रकृति र विशेषता

सार्वजनिक सरोकारको विवाद परम्परागत प्रकृतिको विवाद जस्तो व्यक्तिगत स्वार्थ (Personal interest) को कारण अदालत प्रवेश गर्ने नभई आर्थिक, सामाजिक रूपले पछाडि परेका वर्ग वा समुदायको हक हितको प्रचलनका लागि अदालतको ढोका घच्घच्याउन दायर गरिने विवादको विषय हो। मीरा ढुंगाना वि. कानून न्याय तथा संसदीय मन्त्रालय समेत[६] को मुद्दामा सार्वजनिक सरोकारको विवादमा निजी हक अधिकारको विषयमा दायर गरिने प्रकृतिको मुद्दामा जस्तो एक पक्षको हक हित अर्को पक्षसंग विपरित हुने (Adverse Nature) प्रकृतिको विवाद हुदैन, वरु निवेदक र विपक्ष दुवैको सार्वजनिक हक हितको संरक्षण सम्वर्द्धन गर्नु पर्ने साझा कर्तव्य हुन्छ। न्यायकर्ता पनि व्यक्ति पक्ष विपक्ष हुने मुद्दामा झै पूर्ण निष्पक्ष रहनेभन्दा सार्वजनिक हक साधित हुने गरी फैसला गर्नु सहि न्याय सम्पादन गर्नु हुन्छ। यसरी सार्वजनिक हक वा सरोकारको विवादमा उजुरीकर्ता, विपक्षी र न्यायकर्ता सवैको उद्देश्य एउटै विन्दुमा केन्द्रित रहन्छ। यसमा परस्पर विरोधिताको भन्दा पनि सहयोगिताको र पक्ष विपक्षको हितको प्रतिद्वन्द्विताको सट्टा भन्दा पनि सहकारिताको भाव रहेको हुन्छ। रिट जारी वा

[५] ने.का.प.२०४८, अक १२, नि.नं.४४३०

[६] सम्वत २०५८ सालको रि.नं.५५, आ.मि.२०५९/१/१९

खारेज हुँदा दुवै अवस्थामा सार्वजनिक हितको संरक्षण हुन्छ भनी यसको प्रकृति र विशेषतालाई केलाउने प्रयास भएको पाइन्छ ।

सार्वजनिक सरोकारका विवादमा निजी हक हित समावेश भएको विवादमा कठोर रूपमा परीक्षण गरिने हकदैया, हदम्याद, प्राङ्गन्यायको सिद्धान्त आदि जस्ता कार्यविधिगत औपचारिकतामा लचकता अपनाइने, सरोकारवाला सवैको वास्तविक न्याय सम्पादनमा सक्रिय र रचनात्मक भूमीका रहने हुँदा यसको प्रकृति Private Interest Litigation भन्दा मौलिक रूपमा फरक रहेको हुन्छ। PIL को प्रकृति तथा विशेषतालाई देहाय बमोजिम हेर्न सकिन्छ ।

- PIL को प्रमुख विशेषता हकदैयाको उदारीकरण हो। तसर्थ विवादसँग सार्थक सम्बन्ध वा तात्विक सरोकार भएको जो सुकै व्यक्ति वा संस्थाले विवादको प्रतिनिधित्व गरी अदालत समक्ष निवेदन दिन सक्ने उदार हकदैया रहेको हुन्छ ।
- सरकार वा सार्वजनिक निकाय तथा सार्वजनिक अधिकार प्राप्त व्यक्तिले कानूनी कर्तव्य निर्वाह गर्न असफल भएमा वृहत्तर सामाजिक हितको लागि सार्वजनिक कर्तव्य कार्यान्वय गर्न लगाउने अधिकार हरेक नागरिकमा रहन्छ। तसर्थ सार्वजनिक भावनाबाट अभिप्ररित (Public Spirated Individual) भएको जोसुकै व्यक्तिले अदालतमा निवेदन दिन सक्दछ ।
- यसमा कार्यविधि कानूनका सामान्य सिद्धान्तहरू हकदैया, हदम्याद, प्राङ्न्याय जस्ता विषयमा लचकता अपनाइ न्याय निरोपण गरिन्छ ।
- यसमा न्यायाधीश, कानून व्यवसायी, मुद्दाका पक्ष, नागरिक समाज लगायत सबैको साझा उद्देश्य आर्थिक सामाजिक रूपले पछाडि परेका वर्ग वा समुदायको हक हितको संरक्षण गरी सामाजिक न्याय प्रदान गर्नु रहेको हुन्छ ।
- सार्वजनिक सरोकारको विवाद वृहत्तर सामाजिक हक हितसँग सम्बन्धित हुने हुँदा यस प्रकृतिका मुद्दा खारेज हुन र मिलापत्र हुन सक्दैन। प्रा. चुडानाथ भट्टराई वि. लोक सेवा आयोग समेत[७] भएको मुद्दामा रिट निवेदकको मृत्यु भएकै कारणबाट त्यस्तो हक त्यही अन्त्य वा विहिन नहुने भनी ब्याख्या भएको पाइन्छ ।
- यसमा अदालतले विवादको विषयवस्तु र प्रकृति अनुसार Fact finding commission गठन गरी सो को अध्ययन प्रतिवेदनको आधारमा निर्णय गर्न सक्छ। भारतिय सर्वोच्च अदालतले Badhuwa Mukti Morcha vs Union of India[८] को रिट निवेदनमा Investigation committee ले गठन गरी उक्त committee दिएको प्रतिवेदन समेतको आधारमा U.P. र Bihar राज्य सरकारका नाममा बाल श्रमको अन्त्य गर्ने तर्फ प्रभावकारी कदम चाल्न आदेश दिएको थियो। सार्वजनिक सरोकारको विवादमा अदालतले आवश्यक्तानुसार विवादको विषयमा

[७] ने.का.प. २०५४ अंक ७ नि.न ६४०२

[८] AIR 1984, SC 802

जांचबुझ गरी निर्णय गर्न सक्ने मान्यता वमोजिम भीमसेन थापा वि. रक्षा मन्त्रालय[९] भएको मुद्दामा सुनुवाइको क्रममा अदालतको आदेश बमोजिम गठित समितिको अध्ययन प्रतिवेदनको आधारमा आदेश जारी भएको पाइन्छ ।

- यस प्रकृतिको विवादमा अदालतले संविधान, कानून एवं न्यायका मान्य सिद्धान्तका आधारमा विवेकको अधिकतम प्रयोग गरेर न्यायिक सक्रियताको माध्यमबाट समन्यायिक उपचार प्रदान गर्ने प्रयास गरेको हुन्छ ।
- यसमा अदालतलाई सम्बोधन गरी दिईने सन्देश पत्र (Epistolary Jurisdiction) वा कूनै पत्रपत्रिकामा प्रकाशित समाचार, लेख, आदिलाई न्यायिक जानकारीमा लिई त्यसैको आधारमा कानूनी प्रक्रिया अगाडि बढाई उपचार प्रदान गर्न सकिन्छ ।

३. सार्वजनिक सरोकारको विवादमा अमेरिका तथा भारतको अभ्यासः

अमेरिकामा सार्वजनिक सरोकारको विवाद सम्बन्धी अवधारणा Public Interest laws मा आधारित छ । यो गरिव एवं सीमान्तकृत वर्गका व्यक्तिहरूको हक हित रक्षा गर्ने कार्यसँग सम्बन्धित रहेको पाइन्छ । यसको प्रारम्भिक मान्यता समाजका गरिब एवं सिमान्तकृत वर्गका व्यक्तिको हक हित रक्षा गर्ने उद्देश्यबाट विकसित भएकोमा पछिल्लो समयमा यसको क्षेत्र नागरिक अधिकार, नागरिक स्वतन्त्रता, महिला अधिकार, उपभोक्ताको अधिकारको रक्षा एवं वातावरण संरक्षण गर्ने लगायतका कार्यसम्म विस्तारित भएको पाइन्छ ।

Public Interest laws को आधुनिक स्वरूपको विकास १९६० को दशकमा व्यापक रूपमा प्रयोग भएको पाइन्छ । कानूनी सहायताको रूपमा विकास भई आएको सार्वजनिक हित कानून (Public Interest laws) असक्षमको तर्फबाट वकालत गर्ने अवधारणाबाट सन १९६० को दशकबाट शुरु भएको हो । तर त्यहाँसम्म आउनको लागि सन १८७६ मा न्यूयोर्कमा भएका कानूनी सहायता कार्यालयको महत्वपूर्ण स्थान छ । सन १९१६ देखि American Civil Liberties Union र सन १९५० को दशकदेखि फोर्ड फाउण्डेसनले नागरिक अधिकारको वकालत गर्ने कानून व्यवसायीहरू मार्फत ऐतिहासिक रूपमा पछाडि परेका समूहको अधिकार र समानताको पक्षमा काम गर्दै आइरहेका छन् ।[१०] काला व्यक्तिहरूको अधिकार अभिवृद्धि/कानूनी प्रतिरक्षा तथा शैक्षिक कोषका लागि राष्ट्रिय संगठन (National Association for the Advancement of Colored People/Legal Defense and Educational Fund) ले काला अमेरिकीहरूको कानूनी, राजनीतिक, तथा आर्थिक पक्षमा रहेको असमानता हटाउन मुद्दाको रूपबाट धेरै सहयोग गऱ्यो, जसलाई सार्वजनिक हक वा सरोकारको विवादको देनको रूपमा लिन सकिन्छ । Brown vs Board of Education (1954) को मुद्दामा सर्वोच्च अदालतलले वर्णको आधारमा फरक फरक सामुदायिक विद्यालयको व्यवस्था असंवैधानिक घोषित गरेको थियो ।[११] सन १९६६ मा न्यायाधीश वारेन

---

[९] ने.का.प. २०६० अंक ११ नि.नं. ७३०२

[१०] सर्वोच्च अदालतद्वारा जारी गरिएका निर्देशनात्मक आदेशहरुको कार्यान्वयनको अवस्था, राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठान, नेपाल, २०७०,पृ. २८

[११] ऐ.,पृ. २९

वर्गरले Office of Communication of United Church vs F.C.C. को मुद्दामा यदि सरकारले सार्वजनिक हितको सबै पक्षलाई यथोचित रूपमा प्रतिनिधित्व गराउन सक्दैन भने नागरिक समूहलाई प्रशासनिक प्रक्रियामा भाग लिने अधिकार र अवसर दिनु पर्दछ भन्ने आदेश गरेपछि सचेत सामाजिक कार्यकर्ता, व्यक्तिहरू, संघ संस्थाहरू गरिव, असहाय, उपभोक्ता, अल्पसंख्यक तथा महिलाहरूको विषयमा सार्वजनिक हक वा सरोकारका विवादको उपायहरू अवलम्वन गर्न सहज भएको र यसबाट विभेद तथा असमानतालाई हटाउन सहयोग भएको थियो ।[१२]

सन १९८० को दशकमा अमेरिकामा सार्वजनिक हित कानूनको दुरूपयोग भयो भनी सार्वजनिक हक वा सरोकारको विवादबाट प्राप्त भएको सफलतालाई केही व्यापारिक तथा परम्परागत धारणा भएका व्यक्तिहरूले असहज महसुस गरी सार्वजनिक हित कानूनको विपरीत लाग्न थाले । जसले गर्दा सार्वजनिक हक वा सरोकारको विषयमा वकालत गर्ने व्यक्तिहरू, जनता, पत्रकार र प्राज्ञिकहरू समेत यस्ता सार्वजनिक हक वा सरोकारको विवादको वकालत गर्नबाट हच्किए । परिणामतः सन १९८० को दशक पश्चात अमेरिकामा सार्वजनिक हक वा सरोकारको विवादमा सुस्तता आएको पाइन्छ । [१३]

भारतमा सन १९७० को दशकमा भारतीय सर्वोच्च अदालतको अग्रसरताबाट सार्वजनिक सरोकारको विवादको विकास भएको देखिन्छ । खासगरी भारतीय सर्वोच्च अदालतका न्यायाधीशहरू P. N. Bhagati र Krishna Iyer को नेतृत्वदायी भूमिकाबाट यस विधिशास्त्रको जन्म भएको पाइन्छ । Justice Krishna Iyer ले सन १९८१ मा Fertilizer Cooperation Kamghar को मुद्दामा हकदैयाको उदार व्याख्या गरी PIL को अवधारणाको सूत्रपात गरेका थिए ।[१४] त्यस पश्चात सन १९८२ मा Justice P.N. Bhagwati ले SP Gupta को मुद्दामा कुनै वर्ग वा समुदायका व्यक्तिको कानूनी र संवैधानिक हक उल्लंघन भएमा त्यस्तो विषयमा उपचार प्राप्त गर्नको लागि कुनै सदस्यले सर्वोच्च वा उच्च अदालतमा दिइने निवेदनलाई PIL का रूपमा उल्लेख गरेका थिए ।[१५]

---

[१२] ऐ. ऐ.

[१३] https://www.academia.edu/14844664/public_Interest_Litigation_in Comperative_Perspective.,visited at 12 september 2018, Public Interest Law in the USA suffered serious backlash in and around the 1980s.This backlash was caused mainly for two reasons. Firstly, the vested interests includingcommercial interests and conservative elements in the American society did not feelcomfortable with the remarkable achievements made by PIL and became more organizedand came together to attack those new achievements. Secondly, a new wave ofconservatism swept the national scene which resulted in the emergence of countertendencies. This led to the growth of increasing skepticism among the advocates, people,press and even academicians about the relevance of judicial activism as a means ofcorrecting governmental abuses by resorting to the strategy of PIL. Therefore, 1980s andthe period thereafter have witnessed a state of restraint and gradual decline for PublicInterest Litigation in the US judicial regime.

[१४] https://wwwfirst.com/politics.pil-the real hero of supreme court, visited at 12 september,2018. Justice Krishna Iyer laidown the foundation of PIL, by emphasising the need for relaxing the rules to *locus standi* to include those legal rights have not been directly violated.

[१५] https://wwwfirst.com/politics.pil-the real hero of supreme court, visited at 12 september,2018. Justice PN Bhagwati, in the landmark judgement SP Gupta vs Union of India,expressly articulated that when a

भारतीय सर्वोच्च अदालतले सर्वप्रथम Sunil Batra ले आफूसंगै Bihar Jail मा रहेका कैदीलाई दिइएको यातनाका सम्बन्धमा सर्वोच्च अदालतमा प्रेषित गरेको पत्रलाई भारतीय संविधानको धारा ३२ र २२६ को रिट क्षेत्राधिकार अर्न्तगत स्वीकार गरी उपचार प्रदान गरेको पाइन्छ ।[१६] त्यसपछि People's Union for Democratic rights vs Union of India[१७] भएको मुद्दा, Badhuwa Mukti Morcha vs Union of India[१८] को मुद्दामा समेत पत्र मार्फत प्राप्त उजुरीलाई PIL को स्वीकार गरेको थियो । सो पश्चात भारतीय अदालतमा सन्देश पत्र मार्फत उजुरी प्राप्त हुने स्थापित मान्यता बनेर रह्यो । सन्देश पत्र मार्फत प्राप्त हुने PIL को रूपमा उजुरी दर्ता गर्ने कार्यविधिलाई सहज एवं सरल बनाउने उद्देश्यले Epistolary Jurisdiction को अवधारणाको विकास गरेको पाइन्छ ।[१९] यस्तो Jusrisdiction मार्फत प्राप्त हुने सन्देश पत्र वा निवेदन PIL को विषय वस्तु भित्र पर्ने नपर्ने निर्क्यौल गर्नका लागि सर्वोच्चमा PIL Cell को स्थापना गरिएको छ । यसको औचित्य एवं उद्देश्य सम्बन्धमा In order to avoid misuse of letter petitions under the guise of Public Interest Litigation, Public Interest Litigation and information cell, has been set up on Supreme Court of India with a full-fledged staff to deal with its epistolary jurisdiction. [२०] भनिएको छ । PIL Cell यसको सम्बन्धमा S.K. Sarkar भन्दछन्,

> *the guidelines to be followed for entertaining letters/petitions received in Court as Public Interest Litigation were circulated by the Hon'ble Supreme Court, and examination by the PIL Cell. The guidelines that provided as Public Interest Litigation are given below.* [२१]

- Bonded labour matters
- Neglected children

---

legal right has been breached and the individual is unable to approach the for relief , any member of the public can maintain an application for appropriate deriction , both with the HIgh Court and the Supreme Court.

[१६] S. P. SATHE, JUDICIAL ACTIVISM IN INDIA, (2nd ed.), 2011, p.203, The Court responded to a letter written by Sunil Batra, a prison inmate drawing its attention to the miserable lot of a fellow prisoner who was being subjected to unbearable physical torture by the prisoner authorities. The prisoner had scribbled the letter on a piece of paper and managed to hawe it sent to the Justice Krishna Iyer, Judge of Supreme Court . The learned Judge responded to that letter and from that response emerged the firest judicial discource on prisoner's rights.

[१७] 1982 AIR 1473, 1983 SCR (1) 456

[१८] AIR 1984, SC 802

[१९] www.published yourarticle.net/eng/article2/epistolary-jurisdiction-abrief-analysis/2095/, visited at 14 september 2018. Epistolary Jurisdiction extended by the apex court is one of the most significant procedural innovations to secure the justice for all. Encouraging letter petitions is based on the idea of easy and effective to all without any procedural burden.

[२०] www.published yourarticle.net/eng/article2/epistolary-jurisdiction-abrief-analysis/2095/, visited at 14 september 2018.

[२१] S.K. Sarkar, public interest litigations and public nuisance, p.11.

- Non payment of minimum wages to the workers and exploitation of casual workers and complaints of of violation of Labour Laws(except in individual cases)
- Petitions froms Jails complaining of harassment, for premature release and seeking lelease after having completed 14 years in Jail, death in Jail, released on personal bond,speedy trails as a right.
- Petition against police for refusing to register a case, harassment by police and death in police custody.
- Persons against atrocities on women, in particular harassment of bride,bride burning, rape, murder,kidnapping,etc.
- Petitions complaining of harassment or torture of villagers by co-villagers or by police from persons belongings to Scheduled Castes and Scheduled Tribes and economically backward classes.
- Petitions pertaining to environmental pollution, distrubences of ecological balance, drugs, food adultration, maintenance of heritage and culture antiques, forest and wild life and other matters of public importance.
- Petitions from riot-victims.
- Family pension.

Matters which are not to be entertained as Public Interest Litigation are indicated as below.[22]

- Landlord-tenant matters
- Service matter and those pertaining to Pension and Gratuity.
- Complains against Centaral/State Government Deptts, and Local Bodies except those relating to Item mention above
- Administration to medical and other educational institutions.
- Petitions for early hearing of cases pending in High Courts and Subordinate Courts.

भारतमा सर्वप्रथम सन् १९७९ मा लामो समयदेखी Bihar Jail मा पूर्पक्षका क्रममा थुनामा रहेका Hussainara Khatoon समेतका १८ जना कैदी वन्दीहरूको रिहाइको लागि Senior Advocate Kapila Hingorani ले समाचार पत्रमा उदृत भएको खबरको आधारमा दायर गरेको निवेदनलाई पहिलो सार्वजनिक सरोकारको विवादको रूपमा लिने गरेको पाइन्छ। भारतीय सर्वोच्च अदालतले उक्त मुद्दामा लामो समयदेखि गैह्र कानूनी रूपमा पुर्पक्षका क्रममा थुनामा राखिएका कैदी बन्दीहरूको शीघ्र न्याय पाउनु मौलिक हक भएको भन्दै उनीहरूलाई रिहाईको आदेश जारी गरेको थियो। यस पश्चात Bihar का विभिन्न जेलहरूमा पूर्पक्षको क्रममा थुनामा रहेका करिव ४०,००० कैदी बन्दीहरूलाई रिहा गरिएको थियो। यस मुद्दामा Speedy trail लाई अभियुक्तको fundamental right र राज्यको constitutional

[२२] ऐ.ऐ.,पृ.१२

obligation को रूपमा व्याख्या गरिएको थियो ।[२३] त्यसैगरी Anil Yadav vs State of Bihar[२४] भएको मुद्दामा Bihar, भागलपुर Jail का प्रहरी अधिकारीहरूले त्यहाँ पूर्पक्षको क्रममा रहेका ३३ जना बन्दीहरूको आंखामा Niddles, Acid हाली आखां नदेख्ने बनाएको भनी परेको निवेदनमा सर्वोच्च अदालतले पीडितहरूलाई Medical सहायता, क्षतिपूर्ति र आजिवन पेन्सन दिनु भनी आदेश जारी गरेको थियो । त्यसैगरी People's Union for Democratic rights vs Union of India[२५] को मुद्दामा बाल मजदुरलाई निर्माण कार्यमा नलगाउन, कामदारको न्यूनतम पारिश्रमिकको सुनिश्चित गर्न, महिला र पुरुषको बीचमा पारिश्रमिकमा भेदभाव नहुने व्यवस्था गर्न Delhi Development Authority समेतको नाममा आदेश जारी गरेको पाइन्छ ।

त्यस्तै Badhuwa Mukti Morcha vs Union of India[२६] को मुद्दामा भारतको उत्तर प्रदेशमा गलैचा उद्योगमा रहेका बाल मजदुरीलाई रोक्न र त्यस्ता उद्योगमा रहेका बाल मजुदरलाई शिक्षा, स्वास्थ्य, पोषणयुक्त खाना दिने समेतको कल्याणकारी आदेश हुन परमादेशको रिट परेकोमा भारतीय सर्वोच्च अदालतले Investigation committee गठन गरी committee ले दिएको प्रतिवेदन समेतको आधारमा U.P. र Bihar राज्य सरकारका नाममा कारखाना, खानी र अन्य उद्योगधन्दामा १४ वर्ष मुनिका बालबालिकालाई श्रममा लगाउने कार्यको अन्त्य गर्ने तर्फ प्रभावकारी कदम चाल्न, उद्योग, कारखाना, खानी आदिमा काम गर्ने बालबालिकालाई अनिवार्य शिक्षा प्रदान गर्न, पोषणयुक्त खानापिनको व्यवस्था गर्न तथा नियमित स्थास्थ्य परीक्षणको व्यवस्था मिलाउनु भनी आदेश जारी गरेको पाइन्छ ।

त्यसैगरी गंगा नदीको पानीको प्रदुषण रोक्न भारतीय कानून व्यवसायी M.C. Mehta ले दायर गरेको निवेदनमा गंगा नदीको पानी प्रदुषित गर्ने छाला कारखानाहरूमा primary treatment Plants जडान गरी संचालन गर्न र primary treatment Plants जडान नगर्दासम्म कारखानाहरू बन्द गर्न आदेश जारी गरेको थियो । उक्त कारखानाहरूमा primary treatment plants जडान गरे पश्चात पुन संचालन गर्न अनुमति दिएको थियो ।[२७] त्यस्तै Vishaka Vs. State of Rajasthan[२८] को मद्दामा कानून बनाउने वियाधिकाको एकलौटी अधिकारको वावजूद सर्वोच्च अदालतले Sexual harrashment in work place सम्वन्धी मोडल कानून नै जारी गरी सार्वजनिक सरोकारको विवादलाई कानूनको कमीलाई पूरा गर्ने कार्यसम्म विस्तार गरेको पाइन्छ ।

यसरी भारतीय अदालतहरूले PIL को माध्यमबाट न्यायमा पहुँच पुग्न नसकेका असहाय वर्ग वा समुदायका व्यक्तिको मानव अधिकार तथा मौलिक हकको संरक्षण, आर्थिक-सामाजिक न्यायको

---

[२३] Hussainara Khatoon vs State of Bihar,AIR,1979,SC 1369

[२४] 1982 AIR 1008, 1982 SCR (3) 533

[२५] 1982 AIR 1473, 1983 SCR (1) 456

[२६] AIR 1984, SC 802

[२७] M.C. Meheta vs Union of India,1988 A IR 1115, 1988 SCR(2) 530

[२८] AIR 1997, SC 3011

प्रत्याभूति, लैङ्गिक न्यायको प्रबर्द्धन, वातावरीय संरक्षण तथा वातावरणीय न्याय प्रदान गर्ने कार्यमा महत्वपूर्ण योगदान पुऱ्याएको देखिन आउछ ।

४. नेपालमा PIL सम्बन्धी सवैधानिक एवं कानूनी व्यवस्था :

नेपालको सन्दर्भमा सीमित रूपमा भएपनि सार्वजनिक सरोकारका विवाद सम्बन्धी न्यायशास्त्रीय अवधारणाले हाम्रो कानूनी व्यवस्था र न्यायिक व्यवहारमा स्थान पाइ आएको देखिन्छ । सामूहिक कुलोपानी, सन्धिसर्पन, गौचर, निकास, सार्वजनिक बाटो सम्वन्धी मुद्दा मामिला र तत्सम्वन्धी कानूनी व्यवस्था यसका दृष्टान्त हुन् ।[२९] तर यस सम्बन्धी कानूनी व्यवस्थाको औपचारिक सूत्रपात भने मुलुकी ऐन २०२० मा संसोधनमा थप गरिएको अ.वं. १० नं. को कानूनी व्यवस्थाबाट भएको पाइन्छ । नेपाल अधिराज्यको सविधान, २०४७ मा सर्वोच्च अदालतलाई सार्वजनिक हक वा सरोकारको विवाद निरूपण गर्न सक्ने असाधारण अधिकार प्रदान गरे पश्चात यसको व्यापक रूपमा प्रयोग भएको पाइन्छ । उक्त व्यवस्थालाई तत्पश्चातका संविधानले समेत निरन्तरता दिएको पाइन्छ । नेपालको संविधान, २०७२ ले उच्च अदालतलाई समेत सार्वजनिक सरोकारको विवाद निरूपण गर्न सक्ने असाधारण अधिकारक्षेत्र प्रदान गरको पाइन्छ । यस सम्वन्धमा भएका कानूनी एवं संवैधानिक व्यवस्थको विकास क्रमलाई देहाय बमोजिम हेर्न सकिन्छ ।

४.१. कानूनी व्यवस्था :

मुलुकी ऐन २०२० को अ.वं. १० नं. मा प्रचलित कानूनमा नेपाल सरकार वादी हुने भनी लेखिएको मुद्दा बाहेक विषय वा प्रकृतिबाट नेपाल सरकारको वा सार्वजनिक हित वा सरोकार निहित रहेको मुद्दामा नेपाल सरकारले वा अड्डाको अनुमति लिई सर्वसाधारण जोसुकैले पनि वादी भै चलाउन सक्ने व्यवस्था गरेको पाइन्छ । यसमा सार्वजनिक हक वा सरोकार निहित रहेको कुनै बिषयमा अड्डाको अनुमति लिई जोसुकैले प्रतिनिधित्व गर्न सक्ने हकदैयाको उदार व्यवस्थालाई पहिलो पटक कानूनी हकका रूपमा समाहित गरेको देखिन आउँछ । उक्त व्यवस्थालाई प्रतिस्थापन गरी लागू भएको मुलुकी देवानी कार्यविधि (संहिता) ऐन, २०७४ मा समेत सोही व्यवस्थालाई नै निरन्तरता प्रदान गरेको पाइन्छ । उक्त ऐनको दफा ९१ मा यस ऐनमा अन्यत्र जुनसुकै कुरा लेखिएको भए तापनि नेपाल सरकार, प्रदेश सरकार वा स्थानीय तहको हक, हित वा सरोकार वा सार्वजनिक हित वा सरोकार निहित रहेको विवादमा अदालतको अनुमति लिई जुनसुकै व्यक्तिले फिरादपत्र दिन सक्ने व्यवस्था गरिएको छ । त्यसरी फिराद पत्र दिँदा अनुमतिको लागि छुट्टै निवेदन दिनु पर्ने र अदालतले निवेदन परेको दिनमा नै त्यस्तो विषयमा निर्णय दिनु पर्ने कानूनी व्यवस्था गरेको पाइन्छ ।

४.२ संवैधानिक व्यवस्था :

नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ८८(२) मा पहिलो पटक सार्वजनिक हक वा सरोकारका विवादमा सर्वोच्च अदालतले असाधारण अधिकारक्षेत्र ग्रहण गरी संवैधानिक वा कानूनी प्रश्न निरूपण

---

[२९] ठगिन्द्र कट्टेल, सार्वजनिक सरोकारका विवादको अर्थ, परिभाषा र विशेषता, कानुन, अंक ४८, कानुन व्यवसायी क्लब, काठमाडौं ।

गर्न सक्ने संवैधानिक व्यवस्था गरेको थियो । उक्त धारामा संविधानद्वारा प्रदत्त मौलिक हकको प्रचलनका लागि वा अर्को उपचारको व्यवस्था नभएको वा भए पनि सो उपचार अप्रर्याप्त वा प्रभावहीन देखिएको अन्य कुनै कानूनी हकको प्रचलनको लागि वा सार्वजनिक हक वा सरोकारको कुनै विवादमा समावेश भएको कुनै संवैधानिक वा कानूनी प्रश्नको निरूपणको लागि आवश्यक र उपयुक्त आदेश जारी गरी त्यस्तो हकको प्रचलन गराउने वा विवाद टुंगो लगाउने असाधारण अधिकार सर्वोच्च अदालतलाई हुने र सो प्रयोजनका लागि पूर्ण रूपमा न्याय गरी उचित उपचार प्रदान गर्न सर्वोच्च अदालतले वन्दी प्रत्यक्षीकरण, परमादेश, उत्प्रेषण, प्रतिषेध, अधिकारपृच्छा लगायत जुनसुकै उपयुक्त आदेश जारी गर्न सक्ने व्यवस्था गरेको पाइन्छ। उक्त व्यवस्थालाई नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ ले समेत निरन्तरता प्रदान गरेको पाइन्छ। हाल प्रचलनमा रहेको नेपालको संविधान (२०७२) ले सर्वोच्च अदालत र उच्च अदालतलाई सार्वजनिक हक वा सरोकारका विवादमा असाधारण क्षेत्राधिकार ग्रहण गर्न सक्ने संवैधानिक व्यवस्था गरेको छ। यस संविधानको धारा १४४(१) र (२) ले सर्वोच्च अदालतलाई सार्वजनिक हक वा सरोकारको कुनै विवादमा समावेश भएको कुनै कानूनी वा संवैधानिक प्रश्नको निरूपण गर्न आवश्यक र उपयुक्त आदेश जारी गर्न सक्ने क्षेत्राधिकार प्रदान गरेको देखिन्छ भने धारा १४४(१) र (२) ले उच्च अदालतलाई सार्वजनिक हक वा सरोकारको कुनै विवादमा समावेश भएको कुनै कानूनी प्रश्न निरूपणका लागि आवश्यक र उपयुक्त आदेश जारी गर्न सक्ने क्षेत्राधिकार प्रदान गरेको देखिन्छ।

संविधानतः सर्वोच्च अदालत र उच्च अदालत दुवैलाई सार्वजनिक हक वा सरोकारका विवाद ग्रहण गर्ने क्षेत्राधिकार प्रदान गरेको देखिन्छ। तथापि उक्त व्यवस्थाहरूको बनोटबाट सर्वोच्च अदालतलाई संवैधानिक र कानूनी प्रश्न निरूपण गर्न सक्ने र उच्च अदालतलाई कानूनी प्रश्न मात्र निरूपण गर्न सक्ने गरी सिमा निर्धारण गरेको देखिन आउँछ। उच्च अदालतलाई प्राप्त भौगोलिक क्षेत्राधिकारको सीमाको सम्वन्धमा संविधान मौन रहेको कारण भौगोलिक क्षेत्राधिकारको स्पष्ट सिमा रेखाको अभावमा सङ्घीय सरकार र अन्तर प्रदेशका निकाय संलग्न विषयमा आदेश जारी हुन सक्ने नसक्ने कुरामा द्विविधा रहेको देखिन्छ।

५. PIL का विवादमा सर्वोच्च अदालतको दृष्टिकोण :

नेपालको न्यायिक ईतिहासलाई हेर्दा वि.स. २०२२ साल देखि नै सार्वजनिक सरोकारका विषयले सर्वोच्च अदालतममा प्रवेश पाई न्यायिक निरोपण भएको देखिन्छ। बनारसी महतोले निज समेत मतदाता रहेको सावेला गाउ पञ्चातको गाउ सभाको निर्वाचन नभएको स्थितीमा जिल्ला सभाको निर्वाचन भएबाट राष्ट्रिय पञ्चायतमा प्रतिनिधित्व गर्ने हकबाट बञ्चित भएको भनी परेको रिट निवेदनमा [३०] कुनै पनि गाउँ सभाका मतदाताले आफ्नो वडा वा गाउले राष्ट्रिय पञ्चायतमा प्रतिनिधित्व पाओस् भन्ने सार्वजनिक हकको कुरामा उम्मेदवार वा कुनै पनि मतदातालाई निवेदन दिने हक हुन्छ भनी बोलिएको पाइन्छ।

---

[३०] ने.का.प. २०२२ अंक १ नि.नं. २९२

काठमाडौं नगर पञ्चायतले सार्वजनिक जग्गामा भएको भूगोल पार्कलाई बिगारी भत्काई मासिने गरी व्यापारिक प्रयोजनको लागि भवन बनाउन लागेकोमा आफू समेतको सार्वजनिक पार्क उपभोग गर्न पाउने मौलिक हक हनन् भएको हुँदा सो कार्य रोकी पाउन जिकिर लिई वृ.ज. चन्द्र बहादुर थापाले[३१] दायर गरेको रिट निवेदनमा आफ्नो हक आफू उपर मात्रै सीमित रहने, मौलिक हक प्रचलन गराई पाउँ भन्ने निवेदक नै परलोक भएपछि निजको मौलिक हक अरुमा सर्न नसक्ने भनी रिट निवेदन खारेज भएबाट सार्वजनिक सरोकारको विवादको विषयमा परेको उक्त निवेदन अनिर्णित अवस्थामा नै समाप्त भएको पाइन्छ ।

सर्वोच्च अदालतमा सार्वजनिक सरोकारका प्रश्न समावेश भएका यस्ता केही प्रश्न प्रवेश भई निक्यौल गर्ने केही प्रारम्भिक प्रयास भएको भए तापनि नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ जारी भई संवैधानिक व्यवस्था नहुँदासम्म यस सम्बन्धी अवधारणा संस्थागत हुन सकेको थिएन । उक्त संविधानमा सर्वोच्च अदालतलाई सर्वाजनिक सरोकारका विवादमा समावेश भएका संवैधानिक र कानूनी प्रश्न निरूपण गर्न पाउने स्पष्ट संवैधानिक अधिकार प्राप्त भएपश्चात मात्र सर्वोच्च अदालतमा सार्वजनिक सरोकारका विवाद प्रवेश गर्ने क्रम बढन गयो र सोही संवैधानिक व्यवस्था बमोजिम सर्वोच्च अदालतबाट विभिन्न विवादहरूमा व्याख्या गर्दै यसको अवधारणागत पक्षलाई पूर्णता प्रदान गरेको देखिन्छ । यस सम्बन्धमा सर्वोच्च अदालतबाट भएका व्याख्यालाई देहाय बमोजिम विश्लेषण गरेर हेर्न सकिन्छ ।

५.१ सार्थक सम्वन्ध वा तात्विक सरोकार सम्बन्धी अवधारणागत स्पष्टता

यो अवधारणा सार्वजनिक सरोकारको विवाद लिएर अदालतमा आउन पाउँने व्यक्ति वा संस्थालाई हकदैया (Locus Standi) रहनु पर्ने विषयसंग सम्बन्धित छ । यसमा सर्वसाधारण जनता वा कुनै जन समुदायको सामूहिक हक वा सरोकारको विषयवस्तु भएको संवैधानिक वा कानूनी प्रश्नको न्यायिक परिक्षण गराउन जो सुकै पनि अदालतमा प्रवेश गर्न पाउने उदार हकदैया (Locus Standi) रहन्छ । सार्वजनिक सरोकारको विवाद प्रमुख विशेषता नै हकदैया (Locus Standi) को उदारपन हो तर यसको प्रमुख शर्त विवादको विषयवस्तुसँग निवेदकको सार्थक सम्वन्ध वा तात्विक सरोकार रहेको हुनुपर्छ । निवेदकले प्रारम्भमा नै उक्त तथ्य पुष्टि गर्न सक्नु पर्दछ ।

नेपालको संविधान २०४७ जारी भएपछि सर्वोच्चमा पुगेको सार्वजनिक सरोकारको विषयको पहिलो मुद्दा राधेश्याम अधिकारी विरुद्ध मन्त्रिपरिषद सचिवालय समेत[३२] भएको राजदुत नियुक्ति सम्वन्धी विवादको विषय हो । जसमा सर्वोच्च अदालतले हकदैयाको अवधारणागत पक्षमा विषद व्याख्या गरेको पाइन्छ । प्रस्तुत रिट निवेदनमा सार्वजनिक विवादसँग सम्वन्धित मुद्दामा प्रतिनिधित्व गर्न मूलतः चारवटा आधारशिलाहरू तय हुनपर्ने कुरा उल्लेख गरेको पाइन्छ । पहिलो विवादको विषयवस्तुसँग निवेदकको सार्थक सम्वन्ध वा तात्विक सरोकार (Meaningful relation or substaintial interest) हुनु पर्नेछ । दोस्रो त्यस्तो विवादसँग सम्बन्धित जनसाधारणको निवेदकले सहीरूपमा प्रतिनिधित्व गर्न सक्दछ भन्ने

---

[३१] ने.का.प. २०२५ अंक ४ नि.नं. ४४६

[३२] ने.का.प.२०४८, अक १२, नि.नं.४४३०

कुरा विश्वास दिलाउन सक्नु पर्दछ। तेस्रो विवादमा न्यायिक निरूपणको बिषय हुन सक्ने संवैधानिक वा कानूनी प्रश्न हुनुपर्छ। चौथो विशुद्ध सामाजिक, राजनीतिक, बौद्धिक बहसको विषय न्यायिक निरूपणको विषय (Judicially Managable) हुन सक्दैन भन्दै निवेदकको विषयवस्तुसँग सरोकार राख्ने पर्याप्त र मनासिव कारण (Reasonable and Adequate Causes) हुनु पर्ने कुरालाई जोड दिएको पाइन्छ।

यस मुद्दामा सर्वोच्च अदालतबाट हकदैयाको सिद्धान्तलाई कठोर रूपमा अवलम्बन गरेको पाइन्छ। तर बालकृष्ण न्यौपाने वि. प्र.म. गिरिजा प्रसाद कोइराला समेत[३३] भएको मुद्दामा देशको आर्थिक विकास, वतावरण संरक्षण इत्यादि विभिन्न दृष्टिकोणहरूबाट देशको नागरिकहरूको त्यस्तो श्रोतमा सार्थक सम्बन्ध रहन्छ। त्यसैले त्यस्तो श्रोतको उपायोगको सम्वन्धमा नेपालले अरु देशसँग के कस्तो सन्धि, सम्झौता वा समझदारी गऱ्यो भन्ने कुराको चासो देखाउँछ भने त्यसलाई अस्वभाविक वा अनुचित भन्न मिल्दैन। तसर्थ राष्ट्रिय हक वा दायित्वको सृजना हुन यस्ता कुनै व्यवहारको सम्वन्धमा सरकारसँग जानकारी माग्ने र संवैधानिक व्यवस्थाको बर्खिलाप कुनै काम कुरा भए गरेको देखिएमा त्यसको विरोध गरी संविधानको धारा ८८(२) अन्तर्गतको निवेदन दिने अधिकार प्रत्येक नागरिकलाई हुन्छ भनी हकदैयाको उदार व्याख्या भएको पाइन्छ।

त्यसैगरी सूर्य प्रसाद शर्मा ढुंगेल वि. गोदावरी मार्वल इण्डष्ट्रिज प्रा.लि. समेत[३४] भएको मुद्दामा पर्यावरण समस्या सार्वजनिक चासो र सरोकारको विषय भएको र सार्वजनिक हक एवं सरोकारको विषय भित्र पर्ने हुँदा निवेदकको प्रस्तुत विवादको विषयसँग सार्थक सम्बन्ध रहेको हुँदा उजुर गर्न पाउने हकदैया रहेकै मान्नु पर्दछ भनी व्याख्या भएको पाइन्छ। त्यस्तै अधिवक्ता इश्वर प्रसाद अधिकारी वि. प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद सचिवालय समेत[३५] भएको मुद्दामा हकदैया सम्बन्धी साघुरो विधिशास्त्रीय मान्यतालाई चिर्दै सार्वजनिक हक वा सरोकार निहित विवादको विषयवस्तुमा अदालत प्रवेशका सम्बन्धमा सार्वजनिक हक र सरोकारका कारण अदालत उदार रहन्छ। यसको लागि पीडित वा प्रभावित जनसमुदायको प्रतिनिधित्व गरी जो सुकै सचेत नागरिक अदालतको ढोका घच्घच्याउन सक्ने हुन्छ। तर त्यसको लागि अदालत समक्ष ल्याइएको विवादको विषयवस्तुसंग निवेदकको व्यक्तिगत स्वार्थ निहित रहेको देखिनु हुदैन। विवादको विषयवस्तु आमजनता वा सर्वसाधारणहरूसँग सम्वन्धित देखिनु पर्छ भनी सार्वजनिक सरोकारको विवादलाई जनसाधारणको सामान्य हित वा स्वार्थमा प्रभाव परेको विषयवस्तुमा जो सुकै पनि अदालत प्रवेश गर्न सक्ने गरी व्याख्या भएको पाइन्छ। त्यस्तै अधिवक्ता मुरली प्रसाद शर्मा वि. उद्योग मन्त्रालय समेत[३६] भएको मुद्दामा सामाजिक न्यायको दृष्टिकोणबाट सरकारले गरेको निर्णयले कुनै सामाजिक, आर्थिक, साँस्कृतिक र शैक्षिक दृष्टिकोणले पिछडिएको वर्ग, समुदाय वा क्षेत्र प्रति न्याय हुन सकेको छैन वा राष्ट्रिय स्रोत र साधनको वितरणमा त्यस्ता वर्गको पहुँच सुनिश्चित हुन सकेको छैन भने त्यसरी पिछडिएका वर्ग, समुदाय वा क्षेत्रका व्यक्तिको अदालत वा राज्यका संयन्त्रहरूमा पिछडिएको

---

[३३] स.अ.बुलेटिन२०४९, अंक.१, पृ.११५

[३४] ने.का.प. स्वर्ण शुभजन्मोत्सव बिशेषांक, २०५२, पृ.१६९

[३५] ने.का.प.२०६४ अक ७ नि.नं. ७८६७

[३६] ने.का.प. २०६८ अक ९ नि.नं ८६८०

वा चेतनास्तर कम भएको कारणले सहज पहुँच हुन नसकेको कारणले मात्र सामाजिक न्यायबाट बञ्चित हुन नपरोस् भन्ने उद्देश्यले त्यस्ता व्यक्तिहरूको तर्फबाट अन्य व्यक्तिहरूले समेत न्यायिक उपचार माग गर्न सक्ने व्यवस्था सार्वजनिक सरोकारको विषय हुन्छ भनी उदार र विस्तृत व्याख्या भएको छ ।

उल्लेखित सिद्धान्तको विवेचनाबाट सर्वोच्च अदालतले सार्थक सम्बन्ध तथा तात्विक सरोकार सम्बन्धी आफ्नो प्रारम्भिक धारणामा परिवर्तन गर्दै सर्वसाधारण जनता वा जनसमुदायको हक हित (Pecuniary Interests) सँग सम्बन्धित विषयमा जो कसैले पनि त्यस्तो हकहितको विषयलाई लिएर सहज रूपमा अदालत प्रवेश गर्न पाउने उदार मान्यताको विकास गरेको पाइन्छ ।

५.२ सार्वजनिक सरोकारको विवादका विषयवस्तु निर्धारण

सर्वोच्च अदालतबाट विभिन्न मुद्दामा व्याख्या गर्ने क्रममा यसको अवधारणागत पक्ष र विषयवस्तुको निर्धारण हुदै आएको पृष्ठभूमिमा यसको क्षेत्र पहिचान गर्न गरी त्यसलाई प्रतिनिधित्व गर्न सहज बनाउने उद्दश्यले सुनिलबाबु पन्त वि. मन्त्रिपरिषदको कार्यालय समेत[३७] मुद्दामा देहायको विषयवस्तु समावेश भएको विवादलाई सार्वजनिक सरोकारको विषय हुने गरी खाका निर्धारण गर्ने प्रयास गरेको देखिन्छ ।

- राज्यको ढिलाई वा Inaction को कारण विभिन्न वर्ग, जातजाति, लिङ्ग, समूह, भाषा भाषी आदि नागरिकको विभिन्न समूह संविधानको भाग ३ ले प्रदान गरेको मौलिक हक उपभोग गर्नबाट वञ्चित हुनु परेको विषय,
- राज्यले क्रमशः लागू गर्ने निर्देशक सिद्धान्तलाई बेवास्ता गरेको कारण मौलिक हक उपभोग गर्नबाट वञ्चित हुनु परेको विषय,
- राज्यको तर्फबाट वर्तमान संविधानको प्रस्तावना खासगरी प्रस्तावनाको चौथो प्रकरणको व्यवस्था र भावना विपरीत हुने कार्य भएको विषय,
- न्यायपालिकाको स्वतन्त्रता र संविधान बमोजिम स्वतन्त्र भएर काम गर्नुपर्ने अन्य संवैधानिक निकायको स्वतन्त्रतामा हस्तक्षेप सम्बन्धी विषय,
- वातावरण प्रदूषण सम्वन्धी विषय,
- संविधानको धारा १३(३)को समानताको हकको प्रतिबन्धात्मक वाक्यांशमा उल्लेख भएका विशेष व्यवस्था गरी संरक्षण र सशक्तीकरण गर्न सकिने जातजाति वा व्यक्ति वा वर्गको हकहित सम्वन्धी विषय,
- संविधानको भाग ३ र ४ मा उल्लिखित अन्य व्यक्ति वा समूह वा वर्गको हकहित सम्बन्धी विषय,
- नेपालको प्राकृतिक श्रोत सम्पदा जस्तैः सार्वजनिक जग्गा, नदीनाला, वनजंगल आदि Public Trust Doctrine अन्तर्गत पर्ने विषय,

---

[३७] ने.का.प. २०६५ अंक४ नि.नं. ७९५८

- नेपालको साँस्कृतिक सम्पदा सम्वन्धी ऐतिहासिक र पुरातात्विक विषयहरू ,
- कार्यपालिकाले आफ्नो संवैधानिक कर्तव्य पालना नगरेको कारणबाट नागरिकहरूको कुनै वर्ग वा समूह वा जातजाति पीडित हुन परेको विषय आदि ।

प्रस्तुत मुद्दामा उल्लेखित विषयहरू हाम्रो सर्न्दभमा Public Interest Litigation का विषय हुन । यस्ता विषयमा संवैधानिक उपचारको हक अनुसार त्यस्ता Disadvantaged वर्गको तर्फबाट जोसुकै Public Spirited Individual वा समूहले पनि निवेदन दिन सक्छ । उल्लेखित विषयहरूमात्र अन्तिम होइनन, हाम्रौ संविधानको व्यवस्थाबाट बेला बेलामा अवस्था अनुसार अन्य विषयहरू पनि यस अन्तर्गत पर्न सक्दछन् । यसलाई सम्पूण रूपमा अहिले नै किटेर सीमित गर्न सकिदैन भनिएको छ । यसरी सार्वजनिक सरोकारका विषयमा कोरिएका खाकाहरूले सर्वोच्च अदालतबाट प्रारम्भिक विषयवस्तु पहिचान गर्न सहज भएको र संविधानको व्याख्याका आधारमा थप हुन सक्ने विषयवस्तु निर्क्यौल गर्न विकल्प खुल्ला रहेको समेत देखिन आउँछ ।

५.३ सार्वजनिक सरोकारको विवादमा निवेदनको दायित्व

सार्वजनिक सरोकारका विवाद समाजको बृहत्तर हक हित संरक्षण गरी सामाजिक न्याय प्रदान गर्ने न्यायिक अस्त्र हो । तथापि सार्वजनिक हक वा सरोकारको सहि रूपमा प्रतिनिधित्व हुन नसक्दा अदालतको समय र स्रोतको नोक्सानी मात्र होइन कतिपय अवस्थामा राज्यबाट प्रवाह गरिने सेवा सुविधामा समेत अवरोध सृजना हुन जान्छ । तसर्थ सर्वोच्च अदालतबाट वास्तविक सार्वजनिक विवाद, विवादसँग निवेदकको सार्थक सम्वन्ध र तात्विक सरोकार, जनसाधारणको सही प्रतिनिधित्व, संवैधानिक तथा कानूनी प्रश्नको पुष्ट्याई, कतिपय अवस्थामा निवेदकले निर्वाह गर्नु पर्ने दायित्वका सम्बन्धमा न्यायिक सिद्धान्त विकास गरी वास्तविक विवादको प्रतिनिधित्व गराउने प्रयास गरेको पाइन्छ ।

यस सम्बन्धमा अधिवक्ता सिताराम अग्रवाल वि. मन्त्रिपरिषद् सचिवालय समेत[३८] भएको मुद्दामा केवल कानून व्यवसायीको हैसियतबाट निवेदन दायर गरिएको आधारमा त्यस्तो विवादको विषयवस्तुसँग निजको सार्थक सम्बन्ध र तात्विक सरोकारको अतिरिक्त निजले सम्बन्धित जनसाधारणको प्रतिनिधित्व सहि रूपमा गरेको रहेछ भन्न सक्ने आधार देखिएन । साथै विवादित विषयवस्तुबाट निवेदकका के कस्ता हकमा प्रतिकूल असर पर्न गएको छ भन्ने कुरा देखाउन नसकेको अवस्थामा रिट निवेदन दायर गर्ने हकदैया रहेछ भन्न मिल्ने देखिएन भन्ने आदेश भएको पाइन्छ ।

त्यस्तै अधिवक्ता अच्युत प्रसाद खरेल वि. प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषदकको कार्यालय समेत[३९] भएको मुद्दामा असम्भव र काल्पनिक विषयलाई आधार बनाई अनावश्यक तर्क वितर्क र जिज्ञासा गरी सस्तो लोकप्रियताका लागि अदालतको महत्वपूर्ण समय बर्बाद गर्नु जिम्मेवार कानून व्यवसायीलाई शोभा दिने कुरा होइन । यस विषयमा आगामी दिनमा ध्यान पुऱ्याउनु पर्ने, कुनै पनि कानूनी व्यवस्था नागरिकको हक अधिकारसँग सम्बन्धित विषय हो वा होइन भन्ने कुराको निरूपण अनुमान र तर्कबाट भन्दा पनि

---

[३८] सम्वत २०५८ सालको रि. नं.५३, आ.मि.२०५९/६/१०

[३९] ने.का.प. २०६७ अंक ५ नि.नं. ८३६४

यस्तो प्रावधानबाट कसैको हक अधिकार सृजना वा समाप्त हुन सक्दछ वा सक्दैन भन्ने वस्तुनिष्ठ आधारमा गर्नु पर्दछ। त्यसमा पनि लैङ्गिक आधारमा कुनै कानून विभेदजन्य भएको भन्ने दावी लिनेले कुनै एक लिङ्गका नागरिकको हक अधिकार स्थापित भई अर्को लिङ्गका नागरिकलाई त्यस्तो हक अधिकारको उपभोगबाट बञ्चित गरिएको दृष्टान्त प्रारम्भिक रूपमा नै पेश गर्न सक्नु पर्ने हुन्छ भन्ने आदेश गरेको पाइन्छ। यस प्रकृतिका आदेशहरूबाट कानून व्यवसायी जस्तो जिम्मेवार व्यक्ति सस्तो लोकप्रियताका लागि सतही रूपमा अदालत प्रवेश गर्न नहुने, PIL का रूपमा विषय उठान गर्ने निवेदकले सार्वजनिक हक र सरोकार समावेश भएको तथ्य वस्तुनिष्ठ रूपमा पुष्टि गर्नु पर्ने तर्फ सर्तक गराएको देखिन्छ।

त्यस्तै भीमसेन पोखरेल समेत वि. व्यवस्थापिका संसद सचिवालय समेत[४०] भएको मुद्दामा सार्वजनिक हक वा सरोकारको विवाद दर्ता गरेपछि त्यसको निरूपण भई नसकुन्जेलसम्म सो विवादमा सन्निहित प्रश्नको कानून र न्यायसम्मत समाधान गर्ने प्रक्रियामा अदालतलाई निरन्तर रूपमा पृष्ठपोषण गरी सघाउ पुऱ्याउनु पर्ने हुन्छ, जुन कार्यबाट असर पर्ने सरोकारवाला भनी इङ्गित गर्न खोजेको हो, सो सरोकारवाला वर्ग वा समूह स्वयं नै न्यायिक उपचारको लागि अदालत आउँन सक्षम अवस्था छँदाछँदै त्यस्तो सक्षम वर्ग वा समूहको तर्फबाट अर्को कुनै व्यक्तिले सार्वजनिक सरोकारको विवाद भनी निवेदन दिदैमा सो विषय सार्वजनिक सरोकारको विषय हुन वा त्यस्तो विषयमा सार्थक सम्बन्ध र तात्विक सरोकार स्थापित रहेको मान्न सकिने अवस्था रहदैन भनिएको छ। प्रस्तुत मुद्दामा PIL को मुद्दा लिई अदालत प्रवेश गर्ने व्यक्तिले आर्थिक सामाजिक रूपले पछाडि परेका वर्ग वा समुदायको तर्फबाट न्यायमा पहुँच पुऱ्याउने उद्देश्यले मात्र अदालतको ढोका घचघच्याउनु पर्ने, निवेदकले विवादको प्रश्न र न्यायिक प्रक्रियामा निरन्तर अदालतलाई सहयोग गर्नु पर्ने गरी मापदण्ड स्थापित गर्न खोजेको पाइन्छ।

५.४ PIL मार्फत सर्वोच्च अदालतले पुऱ्याएको योगदान

नेपालमा PIL को अबधारणा संवैधानिक एवं कानूनी व्यवस्थाबाट प्रवेश भएपनि यसको पूर्ण विकास सार्वजनिक हक वा सरोकारका मुद्दाहरूमा समावेश भएका संवैधानिक तथा कानूनी प्रश्नहरूको निरूपण गर्ने क्रममा भएको पाईन्छ। सर्वोच्च अदालतबाट यस्ता मुद्दाहरू निरूपण गरी न्याय प्रदान गर्ने क्रममा विभिन्न क्षेत्रमा रचनात्मक योगदान पुऱ्याएको पाइन्छ। सर्वोच्च अदालतले रचनात्मक योगदान गरेका विषयहरू मध्यका केही उल्लेखनिय विषयहरूलाई देहाय बमोजिम चर्चा गरिएको छ।

(क) वातावरण एवं साँस्कृतिक सम्पदाको संरक्षण तथा वातावरणीय न्यायको प्रवर्द्धन

सर्वोच्च अदालतल सार्वजनिक सरोकारको विवाद मार्फत वातावरण संरक्षण र वातावरणीय न्यायको क्षेत्रमा महत्वपूर्ण योगदान पुऱ्याएको देखिन्छ। सूर्य प्रसाद शर्मा ढुँङ्गेल[४१]ले गोदावरी क्षेत्रमा मार्वल उत्खननको लागि गरिने विष्फोटनबाट सो क्षेत्रको पर्यावरणमा प्रतिकूल असर परेको हुँदा त्यसलाई रोकी स्वच्छ एवं सन्तुलिन वातावरण कायम राख्दै त्यसबाट जनतामा हुने धन, ज्यान,

---

[४०] ने.का.प. २०७० अंक १ नि.नं. ८९४०

[४१] ने.का.प. स्वर्ण शुभजन्मोत्सव बिशेषांक, २०५२, पृ.१६९

स्वास्थ्य माथिको खतराबाट जोगाउन र उक्त क्षेत्रमा अवस्थित सम्पदाहरूलाई जोगाउन माग गरी दायर गरेको रिट निवेदनमा स्वच्छ एवं स्वस्थ्य वातावरण जिवनको समग्रताको अंग भएकोले जिउने अधिकार भित्र स्वच्छ स्वास्थ्य वातावरणको हक पनि अन्तरभूत हुन्छ भन्दै Environment Rights लाई Right to life सँग जोडेर व्याख्या गरेको पाइन्छ। साथै प्रस्तुत मुद्दामा व्यक्तिको वातावरण संरक्षणको लागि वायु, जल, ध्वनि एवं वर्यावरण संरक्षण गर्न आवश्यक कानून तर्जुमा गर्नु भनी निर्देशनात्मक आदेश जारी गरेको पाइन्छ। सर्वोच्च अदालतको सोही फैसलाको कारणबाट वातावरण संरक्षण ऐन, २०५३ र नियमावली, २०५४ जारी भई लागू भएको देखिन आउछ। यसैको प्रभाव स्वरूप नेपालको अन्तरिम सविधान, २०६३ मा प्रत्येक व्यक्तिलाई स्वच्छ वातावरणमा बाच्न पाउने हकलाई मौलिक हकमा रूपमा समाहित गरेको पाइन्छ। उक्त हकलाई हालको संविधानले समेत निरन्तरता प्रदान गरेको छ।

त्यसै गरी श्री डिष्ट्रिलरीको मदिरा र मादक पदार्थको उत्पादनबाट निस्किएको फोहोरले वातावरण प्रदुषित भई मानव स्वास्थ्यमा गम्भीर असर पारेको भनी सुरेन्द्र भण्डारीद्वारा दायर गरिएको रिटमा[४२] वातवरण प्रतिकूल असर नपर्ने गरी उद्योग संचालन गर्नु उद्योगको दायित्व भित्र पर्छ भन्दै विकास र वातावरणमा सन्तुलन हुने गरी उद्योग संचालन गर्नु पर्ने हुन्छ भनी आदेश जारी भएको पाइन्छ।

त्यस्तै बाग्मती नदीको शंखमूल देखि टेकु दोभानसम्मको क्षेत्रको प्राकृतिक, धार्मिक एवं साँस्कृतिक सम्पदाहरूमा प्रत्यक्ष वा अप्रत्यक्ष रूपमा असर पर्ने कृयाकलाप नगर्नु नगराउनु भन्ने आदेश गरी पाउँ भनी अधिवक्ता प्रकाशमणि शर्माद्वारा दायर गरिएको रिट निवेदनमा[४३] सर्वोच्च अदालतबाट पुरातत्व सम्बन्धी वा ऐतिहासिक महत्वको तिर्थस्थल वा देवालयलाई संरक्षण गर्नु, पुरातात्विक वस्तु र सँस्कृतिको संरक्षण गर्नु, बागमती नदीको प्रदुषण हटाउनको लागि मलमूत्र जस्तो विषादी पदार्थलाई वैज्ञानिक रूपमा प्रशोधन गर्ने र Treatment Plant को व्यवस्था गर्नु गराउनु तथा घाटको अस्तित्व नष्ट हुने काम नगर्नु नगराउनु भनी सरोकारवाला निकायहरूका नाममा आदेश जारी गरेको पाइन्छ।

(ख) **राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिको कार्यान्वयन** :

राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरू उपलब्ध स्रोत साधानहरूका आधारमा आर्थिक, सामाजिक, राजनैतिक न्याय प्रदान गर्ने उद्देश्यले संविधानमा सूचिबद्ध गरिएका संवैधानिक प्रतिज्ञाहरू हुन्। यसमा खासगरी मानब अधिकारका दोस्रो अधिकार रूपमा मानिएका आर्थिक, सामाजिक तथा साँस्कृतिक अधिकारहरू पर्दछन्। विधिशास्त्रीय मान्यताका आधारमा यस्ता अधिकारहरू न्यायिक निरूपणका विषयहरू हुदैनन्। त्यसैले निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरू कार्यान्वयन गराउन अदालतमा प्रश्न उठाउन पाइदैन। तर यो मान्यता निरपेक्ष होइन। PIL का कतिपय मुद्दाहरूमा यस्ता विषय लाई प्रभावकारी बनाउन सरकारका कामकारवाहीमा भएका

---

[४२] स.अ. बुलेटिन २०५४, अंक ११, पृ.४

[४३] ने.का.प. २०५६ अंक ९ नि.नं. ६७८९

त्रुटीहरू औल्याउन सक्ने धारणाको विकास भएको पाइन्छ। योगी नरहरीनाथ वि. प्रधानमन्त्री गिरिजाप्रसाद कोइराला समेत[४४] भएको मुद्दामा राज्यका नीति तथा निर्देशक सिद्धान्त अदालतबाट लागू गरिदैन तर सरकारले ती नीति र सिद्धान्त विपरीत कार्य गर्छ भने अदालतले औल्याउन सक्छ भनी उल्लेख गरेको देखिन्छ। त्यसै गरी प्रकाशमणि शर्मा वि. मन्त्रिपरिषद सचिवालय समेत[४५]भएको मुद्दामा संविधानको भाग ४ मा व्यवस्था भएको राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरू अर्थहीन व्यवस्था होइनन। यो उपेक्षित रहन सक्दैन। उपेक्षीत रहेको देखिए अदालतले त्यस व्यवस्थालाई प्रभावकारी बनाउन आवश्यक निर्देशन दिन सक्छ भनिएको छ। यसरी सार्वजनिक सरोकारको विवादको माध्यामबाट राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिको प्रभावकारी कार्यान्वयनका लागि अदलतले आवश्यक निर्देशन दिन सक्ने मान्यता स्थापित भएको छ।

(ग) लैङ्गिक न्यायको प्रवर्द्धन

नेपाली समाज परम्परागत सामाजिक संरचनामा आधारित संस्कृति, परम्परा, सामाजिक मूल्य मान्यता, गरिबी, अशिक्षा, न्यून चेतनास्तर आदिका कारणले पूर्ण लैङ्गिक समानताका अनेकौ चुनौतीहरू रहेका छन्। तसर्थ लैङ्गिग विभेदजन्य विषयलाई अन्त्य गर्न परेका विभिन्न रिट निवेदनहरूमा सर्वोच्च अदालतबाट लैङ्गिक विभेदयुक्त कानूनहरूमा संशोधन गर्न, आवश्यक कानूनहरू निर्माण गर्न, अन्य संरचनागत व्यवस्था निर्माण गर्न, महिला विरुद्धका कुप्रथा अन्त्य गर्न सरकारका अन्य अंगहरूका नाममा आदेश जारी गरी लैङ्गिक न्यायको प्रत्याभूति गर्ने प्रयास गरेको पाइन्छ।

मुलुकी ऐन अंशबण्डाको १६ नं. मा छोरीले पैत्रिक सम्पत्तिमा अंश प्राप्त गर्ने सम्बन्धमा भएको विभेदजन्य कानूनी व्यवस्था बदर गर्न अधिवक्ता मिरा ढुँगाना समेतले दायर गरेको रिट निवेदनमा[४६] समानता सम्बन्धी संवैधानिक व्यवस्थालाई समेत विचार गरी व्यापक छलफल र विचार विमर्श गरी न्यायोचित व्यवस्था हुनु पर्ने, सो प्रयोजनका लागि सम्पत्ति सम्बन्धी पारिवारिक कानूनलाई समष्टिगत रूपमा विचार गर्नु पर्ने हुँदा यस सम्बन्धमा मान्यता प्राप्त महिला संगठन, समाजशास्त्रीहरू सम्बन्धित सामाजिक संगठन तथा कानूनविदहरूसँग समेत आवश्यक परामर्श गरी अन्य देशहरूमा यस सम्बन्धमा भएको कानूनी व्यवस्थालाई समेत अध्ययन र मनन गरी एक वर्ष भित्रमा संसदमा उपयुक्त विधेयक प्रस्तुत गर्नु भनी सरकारका नाममा निर्देशनात्मक आदेश जारी गरेको थियो। साथै अंशबण्डाको १२ नं., अपुतालीको २ नं., धर्मपुत्रको ५ र ९क नं.,विहावारीको ९ नं., लोग्ने स्वास्नीको महलको २ नं., पशु करणीको महलको २ नं. मा भएको भेदभावजन्य कानूनी व्यवस्थालाई बदर गर्न डा. चन्दा बज्रचार्यले दायर गरेको रिट निवेदनमा[४७] समेत सोही बमोजिमको प्रक्रिया अपनाई २ वर्ष भित्र संसदमा उपयुक्त विधेयक पेश गर्नु भनी

---

[४४] ने.का.प. २०५३, अंक १, नि.नं. ६१२७

[४५] ने.का.प. २०५४, अंक ६, नि.नं. ६३९१

[४६] ने.का.प. २०५२, अंक ६, नि.नं. ६०१३

[४७] ने.का.प., २०५३, अंक ७, नि.नं.६२२३

निर्देशनात्मक आदेश जारी गरेको थियो।। सो पश्चात मुलुकी ऐनको उल्लेखित प्रावधानहरूमा परिमार्जन गरी छोरीलाई छोरा सरह अंश हक प्राप्त हुने समेतका अन्य लैङ्गिक मैत्री कानूनी व्यवस्था गरिएको थियो। यसै आदेशको प्रभावबाट नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ मा पैत्रिक सम्पत्तिमा छोरा र छोरीलाई समान हक हुने व्यवस्था सहितको महिलाको हकलाई मौलिक हकका रूपमा समाहित गरिएको र हालको संविधानले समेत सो व्यवस्थालाई निरन्तरता दिएको पाइन्छ।

त्यसैगरी अधिवक्ता रेश्मा थापाले दायर गरेको रिट निवेदनमा[४८] महिलामाथि बोक्सीको आरोप लगाई हुने गरेको अन्याय, अत्याचार, उत्पीडन र यातना दिने कार्य रोकथाम, नियन्त्रण एवं सजाय गर्ने प्रभावकारी ऐनको अभाव रहेकाले प्रभावकारी ऐनको तर्जुमा गर्न तथा सामाजिक सचेतना संचालन गर्नु भनी आदेश जारी भएको पाइन्छ। त्यस्तै डिल बहादुर विश्वकर्माले दायर गरेको रिट निवेदनमा[४९] छाउपडी प्रथालाई कुरीति भएको घोषणा गर्न, जनचेतना जगाउन स्थानीय निकायहरूलाई परिचालन गर्न, यसबाट हुने विभेद रोक्न निर्देशिका बनाई लागू गर्नु, कानून निर्माण गर्नु पर्ने भए सो समेत गर्नु भनी आदेश जारी भएको पाइन्छ। त्यसैगरी अधिवक्ता शर्मिला पराजुलीले दायर गरेको रिट निवेदनमा[५०] महिला वर्ग उपर हुने यौनजन्य दुर्व्यवहार सम्बन्धमा सबै पक्षलाई समेटी उपयुक्त कानून निर्माण गर्नु भनी आदेश जारी भएको र सोही आदेश वमोजिम कार्यस्थलमा हुने यौनदुर्व्यवहार (कसूर र सजाय) ऐन २०७२ जारी भई कार्यान्वयनमा रहेको छ।

(घ) संक्रमणकालीन न्यायको प्रवद्धर्नमा सहयोग

बिस्तृत शान्ति सम्झौतामा संझौता भएको ६० दिन भित्र सशस्त्र द्वन्द्वको समयमा भएका मानव अधिकारको गंम्भीर उल्लंघन गर्ने तथा मानवता विरुद्धको अपराधमा संलग्नहरूको बारेमा सत्य अन्वेषण गर्न र समाजमा मेलमिलापको वातावरण निर्माण गर्न आपसी सहमतिबाट उच्चस्तरिय सत्य निरूपण तथा मेलमिलाप अयोग गठन गर्न सहमति भएकोमा करिव आठ बर्षसम्म उक्त विषय सम्बोधन हुन सकेन। यस बीचमा संक्रमणकालीन न्यायिक संयन्त्र मार्फत सम्बोधन हुनु पर्ने विषयहरूको निकास हुन नसक्दा न्यायिक निरूपणका लागि सर्वोच्च अदालतमा प्रवेश भयो। यस्ता विवादको विषय सार्वजनिक महत्वको भएको सन्दर्भमा सर्वोच्च अदालतबाट सार्वजनिक प्रभाव पर्ने प्रकृतिको आदेश जारी गरेको पाइन्छ।

यस सम्बन्धमा बाबुराम गिरीले दायर गरेको रिट निवेदनमा[५१] राज्य लगायत जो सुकैले बेपत्ता बनाएका व्यक्तिहरूको स्थिति सार्वजनिक गर्नु पर्ने दायित्व सरकारको हुने, यस्तो दायित्वबाट राज्यले उन्मुक्ति प्राप्त गर्न नसक्ने भनी अदेश गरेको पाइन्छ। त्यस्तै राजेन्द्र प्रसाद ढकालको

---

[४८] सम्वत् २०५८ सालको रि. नं. २८९१, आ.मि. २०६१/४/२६

[४९] सम्वत् २०६१ सालको रि. नं. ३३३०, आ.मि. २०६२/१/१९

[५०] ने.का.प.२०६१, अंक १०, नि.नं. ७४४९

[५१] ने.का.प.२०६६, अंक ३, नि.नं.८०९६

हकमा रविन्द्र प्रसाद ढकालले दायर गरेको समेतका रिट निवेदनहरूमा[५२] वेपत्ता पारिएका व्यक्तिहरूलाई संरक्षण गर्नु पर्ने, न्याय दिन कानून निर्माण प्रक्रियामा बिशेष पहल गर्नु पर्ने, अदालतको आदेश बमोजिम गठित कार्यटोलीको अनुसन्धानबाट मृत्यु भएको पुष्टि भएका, सुरक्षाकर्मीले पक्राउ गरी बेपत्ता पारिएका र स्थिति प्रष्ट नभएका व्यक्तिहरूका हकमा तात्कालीन राहत उपलब्ध गाउनु, बेपत्ता भएका कारणले निरन्तर भोग्नु परेको क्षति र असुविधालाई विचार गरी आर्थिक, शैक्षिक, रोजगारी लगायतका उपयुक्त कार्यक्रम तर्जुमा गरी लागू गर्नु भनी आदेश जारी गरेको पाइन्छ ।

त्यस्तै माधव बस्नेतले दायर गरेको रिट निवेदनमा[५३] द्वन्द्वकालमा भएको घटना परिघटनाको अभिलेखन, सत्य अन्वेषण र सत्यको साक्षात्कार (Truth seeking and truth telling), परिपूरण, न्याय निरोपण, उद्दार र पुनर्स्थापना लगायतका विभिन्न न्यायको व्यवस्थापनका तत्वहरू सम्मिलित कार्ययोजनाको तर्जुमा र कार्यान्वयन, नीति र क्षमता सहित कार्यान्वयन गर्ने संयन्त्रको निर्माण गर्नु भन्ने आदेश जारी भएको पाइन्छ ।

गैर कानूनी रूपमा कब्जा गरेको सम्पत्ति फिर्ता गराई पाउन जिकीर लिई लिलाधर भण्डारीले दायर गरेको रिट निवेदनमा[५४] संविधानले सम्पत्तिलाई मौलिक हकको रूपमा सम्मानजनक र प्रभावकारी स्थान दिएको हुँनाले कानून बमोजिम अधिग्रहण गरेको अवस्थामा बाहेक सम्पत्तिको गैर कानूनी कब्जालाई वैध ठहराउने चेष्टा मान्य नहुने, ठूलो संख्यामा वा सामुदायिक रूपमा सम्पत्तिक वा व्यक्तिगत स्वतन्त्रताको हकको उल्लंघन भइरन्छ भने राज्यले हस्तक्षेपकारी भूमिका निर्वाह गरी कानूनको कार्यान्वयन गरी स्थितिलाई सामान्य बनाउनु अनिवार्य कर्तव्य हुने भनी आदेश जारी गरेको पाइन्छ ।

(ङ) **कानूनको अभावको पूर्ति**

सर्वोच्च अदालतबाट सार्वजनिक सारेकारको विवाद मार्फत कानून निर्माणको रिक्तता समेत पूर्ति गरेको पाइन्छ । गोपाल शिवाकोटी वि. अर्थ मन्त्रालय समेत[५५] भएको मुद्दामा सूचनाको हक सम्बन्धी कानूनको अभाव रहेको अवस्थामा निवेदकलाई अरुण तेस्रो जलविद्युत योजना सम्बन्धी सूचना पाउने हक प्राप्त छ भनी सूचना पाउने र दिने ८ बुँदे निर्देशन सहितको आदेश जारी भएको थियो । त्यसैगरी महिला, बालबालिका तथा एच.आई. भी. संक्रमित व्यक्तिहरूको परिचयात्मक विवरणमा गोपनीयता कायम गर्न अधिवक्ता सपना प्रधान मल्लद्वारा दायर रिटमा[५६] विशेष प्रकृतिका मुद्दा मामिलामा महिला, बालबालिका पीडित भएका वा एच. आई. भी. एड्स

---

[५२] ने.का.प.२०६४, अंक २, नि.नं.७८१७

[५३] ने.का.प.२०७०, अंक ९, नि.नं.९०५१

[५४] ने.का.प.२०६५, अंक ९, नि.नं.८०१२

[५५] ने.का.प.२०५१, अक, ४, नि.न.४८९५

[५६] ने.का.प.२०६४, अंक ९, नि.नं. ७८८०

संक्रमित व्यक्ति पक्ष भएको मुद्दा प्रहरीमा दर्ता हुने वा सिधै अदालत वा अन्य निकायमा दर्ता हुने स्थितिदेखि फैसला गर्दा वा त्यसपछिको अवस्थामा समेत तोकिएको गोपनीयताको स्तर कायम रहने गरी सम्बन्धित पक्षको हक र दायित्व सहितको कानून निर्माण गर्नु भनी र सो सम्बन्धी कानूनी व्यवस्था नहुँदासम्मका लागि विशेष प्रकृतिका मुद्दाहरूको कारवाहीमा पक्षको गोपनीयता कायम राख्ने सम्बन्धी कार्यविधि निर्देशिका, २०६४ जारी गरी उक्त निर्देशिका कार्यान्वयन गर्न निर्देशनात्मक आदेश जारी गरेको पाइन्छ। यसलाई कार्यान्वयन गर्न राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठाले विशेष प्रकृतिका मुद्दाहरूको कारवाहीमा गोपनीयता कायम गर्ने कार्यविधि दिग्दर्शन, २०६८ बनाई लागू गरेको थियो। यसलाई अझ बढी प्रभावकारी बनाउन हाल कार्यान्यनमा रहेको मुलुकी फौजदारी कार्यविधि (संहिता) ऐन,२०७४ मा पीडित तथा साक्षीको परिचय गोप्य राख्न सकिने र मुलुकी देवानी कार्यविधि (संहिता) ऐन, २०७४ मा पक्ष वा साक्षीको परिचय गोप्य राख्न सकिने कानूनी व्यवस्था गरिएको छ।

६. निष्कर्ष

सार्वजनिक सरोकारको विवाद आधुनिक विधिशास्त्रको महत्वपूर्ण उपलब्धि मानिन्छ। यसको विकास आर्थिक सामाजिक रूपले पछाडि परेका वर्ग वा समुदायका व्यक्तिहरूको मौलिक मानव अधिकारको संरक्षण गर्न तथा सरकार वा सार्वजनिक पदाधिकारीको कानूनी कर्तव्य पालना गराई त्यस्ता वर्ग वा समुदायका व्यक्तिको हक हित संरक्षण गरी न्यायमा पहुँच पुऱ्याउने प्रभावकारी माध्यामको रूपमा विकसित भएको न्याय प्रशासनको महत्वपूर्ण आयामको रूपमा देखा परेको छ।

सार्वजनिक सरोकारको विवाद अमेरिका, भारत लगायतका देशहरूमा गरिव तथा असहाय व्यक्तिलाई न्यायमा पहुँच पुऱ्याउने उद्देश्यले कानूनी सहायता प्रदान गर्ने अभियानबाट प्रारम्भ भएर सामाजिक न्याय प्रदान गर्ने क्रममा न्यायिक सक्रियताबाट विकसित र स्थापित हुदै आएको पाइन्छ। नेपालमा सार्वजनिक सरोकारको विवाद अवधारणागत रूपमा अमेरिका र भारतसँग मेल खाएपनि विकास र विस्तार भने आफ्नै परिवेशमा भएको देखिन्छ। सार्वजनिक सरोकारको विधिशास्त्र कानूनी र संवैधानिक व्यवस्थाको जगमा अदालतको ब्याख्याबाट विकसित र विस्तारित हुदै आएको देखिन्छ। नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ प्रारम्भ हुनु पूर्व सार्वजनिक सरोकारको विवादका मुद्दामा केही प्रारम्भिक अभ्यास भएको न्यायिक इतिहास भएपनि उक्त संविधानको धारा ८८(२) मा भएको संवैधानिक व्यवस्थाको पृष्ठभूमिमा विकसित र विस्तारित हुदै संस्थागत हुने क्रममा रहेको पाइन्छ। हाम्रो सन्दर्भमा सार्वजनिक सरोकारको विवादको माध्यमबाट सरकार वा सार्वजनिक पदाधिकारीहरूको अकर्मण्यताबाट सार्वजनिक हक हित प्रचलनमा पर्न गएको बाधा अन्त्य गरी बृहत्तर सामाजिक हितको संरक्षण, लैङ्गिक न्यायको प्रवर्द्धन, वातावरण तथा साँस्कृतिक सम्पदाहरूको संरक्षण, वातावरणीय न्यायको प्रवर्द्धन, वितरणमुखी न्यायको माध्यामबाट आर्थिक तथा सामाजिक न्याय प्रदान गर्न न्यायिक सक्रियता मार्फत सर्वोच्च अदालतले प्रसंशनीय भूमिका खेलेको देखिन आउँछ।

सार्वजनिक सरोकारको विवादको हकदैयाको ब्याख्यामा अदालतको दृष्टिकोण क्रमशः उदार बन्दै गएको भए पनि औपचारिक रूपमा अदालत प्रवेश गर्नु पर्ने विषय अनिवार्य प्रक्रियागत शर्तको रूपमा रहेको छ। यसलाई सरल र सहज प्रवेश गराउन भारतमा Epolistory Jusrisdiction को प्रयोग र PIL Cell

को स्थापना गरिए जस्तै विशेष र प्रभावकारी संयन्त्र निर्माण गर्नु जरुरी देखिको छ। यसमा कार्यविधि कानूनका सामान्य सिद्धान्तहरू हकदैया, हदम्याद, प्राङन्याय जस्ता विषयमा लचकता अपनाई समन्यायको सिद्धान्त वमोजिम न्याय निरोपण गर्ने स्थापित मान्यता हो, तथापि हाम्रो परिवेशमा सार्वजनिक सरोकारको विवादको मुद्दामा समेत कार्यविधिका हरेक चरण पूरा गर्नु पर्ने भएबाट विवादको प्रतिनिधित्व गरी अदालत प्रवेश गर्ने कार्य सामान्य मानिसको चाखभन्दा परको विषय बन्न सक्ने संभावना देखिएको छ। भीमसेन पोखरेलको मुद्दामा सार्वजनिक सरोकारको विवाद दर्ता गरेपछि त्यसको निरूपण भई नसकुन्जेलसम्म सो विवादमा सन्निहित प्रश्नको कानून र न्यायसम्मत समाधान गर्ने प्रक्रियामा अदालतलाई निरन्तर रूपमा पृष्ठपोषण गरी सघाउ पुऱ्याउनु पर्ने हुन्छ भनी बोलिएबाट सार्वजनिक सरोकारको विवाद सम्वन्धी मुद्दा अझ बढी औपचारिक बन्न पुगेको देखिन्छ। यसका साथै सामान्य परम्परागत मुद्दा र सार्वजनिक सरोकारको विवाद मुद्दामा एउटै कार्यविधि अबलम्वन गरिएबाट सार्वजनिक हक हितमा प्रभावित भएका वर्ग वा समुदायका व्यक्तिलाई यथासमयमा न्याय प्रदान गर्ने कार्यमा समेत कठिनाई उत्पन्न हुने अवस्था देखिन्छ। सार्वजनिक सरोकारको विवाद सम्वन्धी मुद्दामा उजुरीकर्ता, विपक्षी र न्यायकर्ता सवैको एउटै उद्देश्य विन्दुमा केन्द्रित हुने, परस्पर विरोधिताको भन्दा सहयोगिताको, पक्ष विपक्षको हितको प्रतिद्वन्द्विताको सट्टा सहकारिताको भाव रहेने भएपनि व्यवहारमा तद्अनुरूपको अभ्यास हुन सकेको छैन। विवादको प्रतिनिधित्व गर्ने पक्षले आफ्नो पक्षको दलिल मात्र राख्ने र न्यायकर्ता आफ्नो परम्परागत भूमिकाबाट बाहिर जान सकेको अवस्था छैन।

PIL का मुद्दामा कानून व्यवसायी र गैरसरकारी संस्थाहरूबाट हुने प्रतिनिधित्व पनि आलोचना मुक्त रहेको छैन। यस्ता मुद्दामा वास्तविक हक हित संरक्षण गर्ने भन्दा व्यक्तिगत प्रचारवाजी गर्ने, बौद्धिक अभ्यास गर्ने, संस्थागत उद्देश्यबाट प्रेरित हुने गरेको भन्ने टिप्पणी हुने गरेको पाइन्छ। सर्वोच्च अदालतबाट केही मुद्दामा निवेदकले हलुका र असान्दर्भिक विषयको प्रतिनिधित्व गरेको, आफ्नो दायित्व पूरा नगरेको भनी दायित्व बोध गराएको देखिएबाट उक्त तर्कलाई पुष्ट्याई गर्न थप मद्दत पुगेको आभाष हुन्छ। यसका साथै सार्वजनिक सरोकारको विवाद सम्बन्धी मुद्दामा ल्याइने विषयवस्तुहरू तुलनात्मक रूपमा शहर केन्द्रित भएको, न्यायिक लोकप्रियता र सस्तो प्रचारबाजी हुने गरी आदेश गरिएको, शक्ति पृथकीकरणको सिद्धान्तको विरुद्धमा रहेको, परम्परागत मुद्दाको सुनुवाइ प्रभावित हुने गरेको, फैसला/आदेशहरूको कार्यान्वयनको अवस्था कमजोर रहेको आदि आरोप पनि लाग्ने गरेको छ।

उल्लेखित समस्याहरूको वावजुद पनि सार्वजनिक सरोकारको विवादका विषयलाई परिणाममुखी बनाउन न्यायकर्मी, कानून व्यवसायी, पत्रकार, नागरिक समाजका व्यक्तिहरूको समन्वयकारी र सहयोगात्मक भूमिकाबाट न्यायिक सक्रियतालाई अझ बढी प्रभावकारी बनाइ संविधानले सर्वोच्च अदालतलाई दिएको विशेष जिम्मेवारी सोही अनुरूप पूरा गर्नु पर्ने अपरिहार्य आवश्यकता रहेको देखिन्छ।

लैङ्गिक न्याय सम्बन्धमा सर्वोच्च अदालतबाट जारी भएका आदेशहरूको कार्यान्वयन

✍ सन्तोष शर्मा ♦

१. विषय प्रवेश

मानवले मानव भएर जन्मिएको नाताले प्राप्त गर्ने अधिकार जसलाई मानव अधिकारको नामले बुझिन्छ, बाट मानिसलाई अलग गर्न सकिदैन र प्रत्येक मानवले विना भेदभाव यी अधिकारको प्रयोग गर्न पाउँदछन् । समाजिक रूपमा महिला र पुरुषको अलग अलग भूमिकाले गर्दा महिला र पुरुष बीचमा विभेदजन्य व्यवस्थाहरू कायम रहेकाछन् । शारीरिक एवं जैविक भिन्नतालाई आधार बनाएँर असमान व्यवहार गर्नु हुदैन भन्ने अवधारणा नै लैङ्गिक न्यायको प्रमुख पक्ष हो[१] । Robert J. Stoller ले आफ्नो पुस्तक Sex and Gender मा लिङ्ग (Sex) र सामाजिक लिङ्ग भेद (Gender) को चर्चा गर्दै सामाजिक लिङ्गभेद (Gender) को निर्धाण जन्मले भन्दापनि जन्मेपछि व्यक्तिले सिकेका संस्कारले निर्धाण गर्दछ भन्ने अवधारणा राखेपछि[२] लैङ्गिक (Gender) शव्दले चर्चा पाएको हो । [३]

विश्वमा लैङ्गिक न्याय र महिला विधिशास्त्रको अवधारणागत विकास उन्नाइसौ शताव्दीमा मात्र शुरु भएको पाइन्छ ।[४] दोस्रो विश्व युद्धको समाप्ति पछि स्थापित संयुक्त राष्ट्र संघको बडापत्रमा महिला र पुरुषको समान अधिकारमा पुनः विश्वास कायम गर्ने कुरा उल्लेख गरिएको छ ।[५] सन् १९४८ मा संयुक्त राष्ट्र संघको महासभाद्वारा जारी गरिएको मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्रले संयुक्त राष्ट्र संघको बडापत्रमा नरनारीको समान अधिकारमा पुन विश्वास कायम गर्ने उल्लेख गरिएको कुराको पुन

♦ उपन्यायाधिवक्ता, जिल्ला सरकारी वकिल कार्यालय, बबरमहल, काठमाण्डौ ।

१ लैंङ्गिक न्यायका सन्दर्भमा सर्वोच्च अदालतबाट जारी भएका आदेशहरुको कार्यान्वयनको अवस्था अध्ययन प्रतिबेदन, एक्सन एड नेपाल, काठमाडौं, २०६८, पृ.७ ।

२ Robert J. Stoller, Sex and Gender The development of Masculinity and Femininity, H.Karnac Books Ltd., London, 1968.

३ https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/20703787 मिति २०७५/०५/२२ मा उपलव्ध ।

४ M.D.A. Freemen (ed.) Lloyd's Introduction to Jurisprudence, Sweet & Maxwell Ltd, London, 2001, p. 1122.

५ संयुक्त राष्ट्रसंघको वडापत्र, प्रस्तावना ।

स्मरण गर्दै[६] लिङ्ग समेतको आधारमा भेदभाव नराखी प्रत्येक व्यक्ति उक्त घोषणामा उल्लेखित अधिकार र स्वतन्त्रताको हकदार हुने कुरा उल्लेख गरेको छ[७] भने धारा १६ ले नरनारीको विवाह, परिवार स्थापना र सम्बन्ध विच्छेदमा समान अधिकार हुने कुरा उल्लेख गरेको छ। यसै गरी सन् १९६६को नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अनुवन्धले समेत नरनारीको समान अधिकारको सुनिश्चितता गरेको छ।[८]

यसरी विभिन्न अन्तर्राष्ट्रिय लिखतहरूले महिला र पुरुषको समान अधिकारको व्यवस्था गरेको अवस्थाको वावजुद पनि महिला विरुद्ध व्यापक भेदभाव विद्यमान रहेको कुरालाई ध्यान दिदै[९] सन् १९७९ को डिसेम्बर १८ तारीखमा संयुक्त राष्ट्र संघको महासभाद्वारा महिला विरुद्ध हुने सबै प्रकारको भेदभाव उन्मूलनसम्बन्धी महासन्धिको पारित भई हस्ताक्षर, अनुमोदन तथा सम्मिलनको लागि खुला गरियो। सन् १९९१ मा नेपालले उक्त महासन्धि अनुमोदन गरी पक्ष राष्ट्र भएको छ।

महिला विरुद्ध हुने सबै प्रकारको भेदभाव उन्मूलनसम्बन्धी महासन्धि, महिलाहरूको अवस्था विषयक राष्ट्रसंघीय आयोगको तीस बर्ष लामो मेहेनतको परिणाम हो। सन् १९४६ मा गठित यस आयोगले महिला अधिकारका विषयमा थुप्रै महासन्धि र घोषणा पत्र तयार पाऱ्यो, जसमा महिला विरुद्ध हुने सबै प्रकारको भेदभाव उन्मूलनसम्बन्धी महासन्धि केन्द्रमा रहेको छ।[१०]

यसरी जैविक रूपले भिन्नता भएपनि महिला र पुरुष दुवै मानव भएको कारण विभेद गरिनु हुदैन। मानिस जन्मदा नै समान जन्मेको हुन्छ त्यसैले समान सम्मान पाउँने अधिकार उसमा अन्तरनिहित हुन्छ भन्ने नै लैङ्गिक न्यायको मूल मर्म हो। यो विधा आज छुट्टै विज्ञानको रूपमा विकसित भएको छ।

नेपालको सन्दर्भमा हेर्दा नेपालको संविधानले लैंगिक विभेद लगायत सबै प्रकारका विभेदको अन्त्य गरी आर्थिक समानता, समृद्धि र सामाजिक न्याय सुनिश्चित गर्न समानुपातिक समावेशी र सहभागितामूलक सिद्धान्तका आधारमा समतामूलक समाजको निर्माण गर्ने संकल्प[११] व्यक्त गरेको छ। संविधानले समानताको हक अन्तरगत समान कानूनको प्रयोगमा लिङ्ग समेतका आधारमा भेदभाव नगरिने तथा राज्यले नागरिकहरूका बीच लिङ्ग समेतका आधारमा भेदभाव नगर्ने कुरालाई मौलिक अधिकारका रूपमा स्थान दिएको छ भने सामाजिक वा सांस्कृतिक दृष्टिले पिछडिएका महिला समेतका नागरिकको संरक्षण,

---

[६] प्रस्तावना, मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्र, महासभाबाट १० डिसेम्बर १९४८को प्रस्ताव २१७ क(३) द्वारा जारी एवं घोषित, प्रस्तावना।

[७] उही, धारा २।

[८] नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अनुवन्ध, ९९९ राष्ट्रसंघीय सन्धि सृखला १७१, (महासभाबाट १६ डिसेम्वर १९६६ मा जारी), धारा ३।

[९] महिला विरुद्ध हुने सबै प्रकारको भेदभाव उन्मूलनसम्बन्धी महासन्धि, १२४९ राष्ट्रसंघीय सन्धि श्रृखला १३, (महासभाबाट १६ डिसेम्वर १९७९ मा जारी), प्रस्तावना।

[१०] https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx मिति २०७५/०५/२२ मा उपलव्ध।

[११] नेपालको संविधान, प्रस्तावना।

सशक्तीकरण वा विकासका लागि कानून बमोजिम प्रतिवादी व्यवस्था गर्न सकिने व्यवस्था गरी सकारात्मक विभेदलाई स्थान दिएको छ।[१२] संविधानको धारा ३८ ले महिलाको हकलाई मौलिक हकको रूपमा छुट्टै स्थान समेत दिएको छ। संविधानको धारा ४६ ले धारा १३३ वा १४४ बमोजिम सर्वोच्च अदालत तथा उच्च अदालतबाट मौलिक हकको प्रचलनको लागि संवैधानिक उपचार पाउँने हकको सुनिश्चितता प्रदान गरेको छ। यसरी अदालत संविधानले गरेका मौलिक हकको रक्षा गर्ने नागरिक हकको रक्षकको रूपमा रहेको छ।

वर्तमान संविधानको धारा १३३ को उपधारा (२) ले गरेको सार्बजनिक सरोकार सम्बन्धी व्यवस्था पूर्ववर्ती संविधानहरू नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ र नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ ले गरेको व्यवस्थाको निरन्तरता नै हो।[१३] नेपालमा वि.सं. २००७ सालको राजनैतिक परिवर्तनपछि न्यायपालिकाको स्वतन्त्रता सम्बन्धी अवधारणाले मान्यता प्राप्त गरेको र मौलिक हकको प्रचलनका लागि रिटको प्रयोग हुदै आएको भएता पनि सार्बजनिक सरोकारका विवादमा रिट क्षेत्रको व्यापक प्रयोग नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ ले गरेको तत् सम्बन्धी व्यवस्थापछि नै हो। २०४७ सालको संवैधानिक व्यवस्थापछि सार्बजनिक सरोकारका धेरै विषयसँगै महिला अधिकारका विषयमा समेत सर्वोच्च अदालतबाट व्याख्या भए र लैङ्गिक दृष्टिकोणले विभेदकारी कानूनलाई अमान्य र वदर घोषित गरी लैङ्गिक न्यायको लागि समानताको सिद्धान्तमा आधारित कानूनी व्यवस्था गर्न परमादेश एवं निर्देशनात्मक आदेशहरू समेत जारी भए।

अदालतले गरेका यी आदेशहरू न्यायको पक्षमा गरिएको उद्घोष हुन्। अदालतबाट हुने फैसलाले व्यक्तिको अधिकारको पुष्टि, न्याय र अन्यायको सीमा निर्धारणका साथै प्रमाणको आधारमा सत्यको किटान गर्दछ।[१४] अदालतका फैसला वा आदेश मात्र आफैमा पूर्ण हुदैन। ती आदेश वा फैसलाहरूको प्रभावकारी कार्यान्वयबाट नै वास्तविक अर्थमा न्याय प्राप्ति हुन्छ। यसैबाट अदालतप्रतिको आस्था र विश्वसनीयता अभिवृद्धि हुन्छ। नेपालको सन्दर्भमा फैसला कार्यान्वयनको जिम्मेवारी पनि न्यायालयले नै वहान गर्न पर्ने कानूनी व्यवस्था छ। राज्यको स्रोत र शक्ति कार्यपालिका मातहत रहने हुँदा कार्यपालिकाको सहयोग विना अदालतका फैसला वा आदेश कार्यान्वयन सम्भव हुदैन। त्यसैले पनि नेपालमा फैसला कार्यान्वयन जटिल विषय बनेको छ। त्यसैले लैङ्गिक न्यायसँग सम्वन्धित विषयमा सर्बोच्च अदालतबाट भएका फैसला कार्यान्वयनका सन्दर्भमा वस्तुनिष्ठ अध्ययनको आवश्यकतावोध गरी प्रस्तुत अध्ययन गरिएको छ।

२. असाधारण अधिकारक्षेत्र र सार्बजनिक सरोकारको विवाद

नेपालको संविधानको धारा १३३ को उपधारा (१) विधाधिकी कार्यको न्यायीक पुनरावलोकन सँग र उपधारा (२) सार्बजनिक सरोकारको विवादसँग सम्बन्धित छ। धारा १३३ को उपधारा (२) ले यस

---

[१२] नेपालको संविधान धारा १८ (२)र (३)।

[१३] हे. नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ धारा ८८(२) र नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ धारा १०७(२)

[१४] फैसला कार्यान्वयन सम्बन्धी समस्या र समाधानका उपायहरु (अनुसन्धानमूलक अध्ययन प्रतिवेदन), राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठान, काठमाडौ, २०६५, पृ.क।

संविधानद्वारा प्रदत्त मौलिक हकको प्रचलनका लागि वा अर्को उपचारको व्यवस्था नभएको वा अर्को उपचारको व्यवस्था भए पनि त्यस्तो उपचार अपर्याप्त वा प्रभावहीन देखिएको अन्य कुनै कानूनी हकको प्रचलनका लागि वा सार्वजनिक हक वा सरोकारको कुनै विवादमा समावेश भएको कुनै संवैधानिक वा कानूनी प्रश्नको निरूपणका लागि आवश्यक र उपयुक्त आदेश जारी गर्ने, उचित उपचार प्रदान गर्ने, त्यस्तो हकको प्रचलन गराउने वा विवाद टुंगो लगाउने असाधारण अधिकार सर्वोच्च अदालतलाई हुने व्यवस्था गरेको छ भने उपधारा (३) ले उपधारा (२) बमोजिमको असाधारण अधिकार क्षेत्र अन्तर्गत सर्वोच्च अदालतले बन्दी प्रत्यक्षीकरण, परमादेश, उत्प्रेषण, प्रतिषेध, अधिकारपृच्छा लगायत अन्य उपयुक्त आदेश जारी गर्न सक्ने व्यवस्था गरेको छ ।

नेपालमा मुलुकी ऐनमा २०४३ सालमा भएको नवौ संशोधनले अदालती बन्दोवस्तको १० नं.मा संशोधन गरी मुद्दाको विषय वा प्रकृतिबाट नेपाल सरकारको वा सार्वजनिक हित वा सरोकार निहित रहको मुद्दा नेपाल सरकारले वा अड्डाको अनुमति लिई सर्वसाधारण जोसुकैले पनि वादी भई चलाउन सक्ने व्यवस्था गरिएपछि कानूनी रूपमा यस विषयले प्रबेश पाएता पनि यसको व्यापक प्रयोग भने नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ८८ (२) ले यस सम्बन्धी संवैधानिक व्यवस्था गरेपछि नै भएको हो । नेपालको अन्तरिम संविधान तथा हाल प्रचलित संविधानले समेत यस विषयलाई निरन्तरता दियो ।

सार्वजनिक हक वा सरोकारको विवाद भन्नाले कुनै खास व्यक्ति वा व्यक्तिहरूको व्यक्तिगत हक वा सरोकारमा मात्र सीमित भएको विवाद नभएर सर्वसाधारण जनता वा कुनै जनसमुदायको सामूहिक हक वा सरोकारसँग सम्बन्धित भएको विवादको बोध हुन्छ, कुनै विवाद सार्वजनिक हक वा सरोकारको हो वा होइन भन्ने कुराको निर्णय त्यो विवाद सर्वसाधारण जनताको वा कुनै जनसमुदायको सामूहिक हक वा सरोकारसँग सम्बन्धित छ वा कुनै खास व्यक्ति वा व्यक्तिहरूको हक वा सरोकारसँग सम्बन्धित छ भन्ने आधारमा गर्नुपर्ने हुन्छ । [१५]

अरु विवादमा हकदैया सम्बन्धी साँघुरो विधीशास्त्रीय मान्यता सार्वजनिक हक वा सरोकार निहित (Public Interest Litigation) विवादको बिषयवस्तुका सम्बन्धमा अदालत प्रवेशका सम्बन्धमा अदालत उदार रहन्छ । यसको लागि पीडित वा प्रभावित जनसमुदायको प्रतिनिधित्व गरी जो सुकै सचेत नागरिक अदालतको ढोका घच्घच्याउन आउन सक्ने हुन्छ । तर, त्यसको लागि अदालत समक्ष ल्याइएको विवादको बिषयवस्तुसँग निवेदकको व्यक्तिगत स्वार्थ निहित रहेको देखिनु हुँदैन । विवादको बिषयवस्तु आम जनता वा सर्वसाधारणहरूसँग सम्बन्धित देखिनु पर्ने हुन्छ ।[१६]

सार्बजनिक सरोकारको विवाद भित्र कस्ता विबाद पर्दछ भनी निश्चित गर्न नसकिने भएता पनि राज्यको ढिलाई वा Inaction को कारण विभिन्न वर्ग, जातजाति, लिङ्ग, समूह, भाषा भाषी आदि नागरिकको

---

[१५] राधेश्याम अधिकारी विरुद्ध नेपाल सरकार, प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय समेत, नेपाल कानून पत्रिका, २०४८, अंक १२ पृ. ८१० नि.नं.४४३० ।

[१६] अधिवक्ता इश्वरप्रसाद अधिकारी विरुद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालयसमेत, नेपाल कानून पत्रिका, २०६४, अंक ७, पृ.९५४ नि.नं.७८६७ ।

विभिन्न समूह संविधानले प्रदान गरेको मौलिक हक उपभोग गर्नबाट वञ्चित हुनु परेको विषय[१७]समेत सार्वजनिक सरोकारको विबादमा पर्ने भनी सर्वोच्च अदालतबाट व्याख्या भएको छ। महिला अधिकार र लैङ्गिक न्याय सम्बन्धमा हाम्रो अदालतबाट थुप्रै व्याख्या भएका छन् र निर्देशनात्मक आदेश समेत जारी भएका छन्।

३. सर्वोच्च अदालतको आदेशको कार्यान्वयन सम्बन्धी कानूनी व्यवस्था

अदालतको फैसला कार्यान्वयन गर्ने कार्य समेत हाम्रो न्याय प्रणालीमा न्यायपालिकामा नै रहेको छ। यस कार्यको लागि प्रत्येक जिल्ला अदालतमा तहसिल शाखा रहन्छ र जुनसुकै तहबाट भएको फैलाको कार्यान्वयन सोही तहसिल शाखा मार्फत हुने गर्दछ।[१८]असाधारण अधिकार क्षेत्र अर्न्तरगत सर्वोच्च अदालतबाट भएका आदेशहरूको कार्यान्वयन सम्बन्धमा भने केही फरक कानूनी व्यवस्था पाइन्छ।

मुद्दा मामिलाको रोहमा सर्वोच्च अदालतले गरेको कानून व्याख्या वा प्रतिपादन गरेको कानूनी सिद्धान्तको कार्यान्वयन भए वा नभएको अनुगमन गर्ने गराउने काम, कर्तव्य र अधिकार महान्यायाधिवक्तामा रहने संवैधानिक व्यवस्था रहको छ।[१९]यस कार्यको लागि महान्यायाधिवक्ताको कार्यालयमा मानव अधिकार संरक्षण, कानूनी राय तथा सुशासन विभाग रहेको छ। यस विभागले सर्वोच्च अदालतबाट भएका अन्तिम निर्णय वा आदेशहरू तथा कानूनको व्याख्या वा प्रतिपादित कानूनी सिद्धान्तको कार्यान्वयन भए, नभएको सम्बन्धमा अनुगमन गर्ने समेत कार्य गर्दछ।[२०]

सर्वोच्च अदालत नियमावली, २०७४ को नियम १२९ ले फैसला कार्यान्वयन निर्देशनालयको व्यवस्था गरेको छ जस अनुसार सर्वोच्च अदालत र मातहत अदातलबाट भएका फैसलाको कार्यान्वयन गराउने र सो कार्यको अनुगमन समेतको कार्य गर्न फैसला कार्यान्वयन निर्देशनालय रहने व्यवस्था छ। नियमावलीको नियम १३० को (घ) ले अदालतबाट जारी भएका निर्देशनात्मक आदेश प्राप्त भएपछि ती निर्देशनलाई यथाशक्य वर्गीकरण गरी कुन निकाय वा अधिकारीले कुन काम कहिलेसम्म गरी सक्नु पर्ने हो स्पष्ट खुलाई महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय मार्फत् सो निकाय वा अधिकारी समक्ष लेखि पठाउने व्यवस्था गरेको छ। निर्देशनात्मक आदेश कार्यान्वयन भए नभएको अनुगमन गरी कार्यान्वयन गर्ने गराउने र त्यसरी अनुगमन गर्दा कुनै आदेश समयमा कार्यान्वयन हुन नसकेको पाइएमा के कुन कारणले कार्यान्वयन हुन नसकेकोहो सो सम्बन्धमा सम्वन्धित निकाय वा अधिकारीसँग जानकारी लिई कारण सन्तोषजनक नदेखिएमा इजलास समक्ष पेश गरी भएको आदेश अनुसार गर्ने गराउने अधिकार समेत फैसला कार्यान्वयन निर्देशनालयमा रहेको छ। [२१]

---

[१७] सुनिलबाबु पन्त विरुद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय समेत, नेपाल कानून पत्रिका, २०६५, अंक ४ पृ.४८५, नि.नं.७९५८।

[१८] जिल्ला अदालत नियमावली, २०७५, नियम ११।

[१९] नेपालको संविधानको धारा १५८ को उपधारा (६) (ख)।

[२०] http://ag.gov.np/departments मिति २०७५/०५/२२ मा उपलब्ध।

[२१] सर्वोच्च अदालत नियमावली, २०७४, नियम १३०(ङ)।

सर्वोच्च अदालत तथा मातहतका अदालतहरूबाट भएका फैसला तथा जारी आदेशहरूको कार्यान्वयनको स्थितिलाई प्रभावकारी रूपमा फैसला कार्यान्वयन गर्न सरोकारवाला निकायसँग सहकार्य गर्ने गराउने अधिकार केन्द्रीय न्याय क्षेत्र समन्वय समितिमा समेत रहेको छ ।[२२]

नेपाल सरकार (कार्य विभाजन) नियमावली, २०७२ ले प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालयलाई अदालतको फैसला कार्यान्वयनको अनुगमन गर्ने जिम्मेवारी प्रदान गरेको छ । यसका लागि प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालयको कानून तथा मानव अधिकार महाशाखा अन्तर्गत कानून तथा फैसला कार्यान्वयन शाखाको स्थापना गरिएको छ । [२३] यसै गरी सबै मन्त्रालयमा कानून तथा फैसला कार्यान्वयन शाखा वा महाशाखा रहने र एक भन्दा वढी निकाय वा मन्त्रालयलाई विपक्षी बनाई दायर भएको रिटको सम्बन्धमा कार्यान्वयनमा कुनै दुविधा भएमा नेपाल सरकार प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालयको कानून तथा फैसला कार्यान्वयन शाखामा लेखी पठाउने र त्यसरी लेखी आएमा पन्ध्र दिन भित्र स्पष्ट निकाशा दिई सो को जानकारी फैसला कार्यान्वयन निर्देशनालयलाई समेत दिने गरी मन्त्रिपरिषद्बाट निर्णय भएको अवस्था छ ।[२४]

४. लैङ्गिक न्याय सम्बन्धी सार्बजनिक सरोकारका विवादमा सर्वोच्च अदालतबाट जारी भएका आदेश र निर्देशनात्मक आदेशहरूको कार्यान्वयनको अवस्था

प्रस्तुत अध्ययनमा नेपाल कानून पत्रिकामा वर्तमान संविधान जारी भएपछि अर्थात् वि.स.२०७२ असोज अंकदेखि २०७४ सालको चैत्रको अंकसम्ममा प्रकाशित सार्बजनिक सरोकारका विवादमा भएका लैङ्गिक न्याय सम्बन्धी परमादेश र निर्देशनात्मक आदेशहरूको मात्र अध्ययन गरिएको छ । जसलाई निम्न रूपमा हेर्न सकिन्छ ।

४.१. अधिवक्ता राजुप्रसाद चापागाईंसमेत विरूद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय, सिंहदरबार, काठमाडौंसमेत[२५]

४.१.१.मुद्दाको विषय र मुख्य मागदावी :

१. जबरजस्ती करणी मुद्दामा हदम्यादको गणना गर्दा मुलुकी ऐन, अदालती बन्दोबस्तको ४० नं. को व्यवस्थाको पालना गरी अनुसन्धान तथा अभियोजन गर्नु गराउनु भनी परमादेश जारी गरिपाऊँ ।

२. जबरजस्ती करणी मुद्दाको हदम्यादलगायत महिला तथा बाल हिंसा विरूद्ध सर्वोच्च अदालतद्वारा आदेश तथा प्रतिपादित कानूनी सिद्धान्तहरूको यथोचित परिपालना गर्ने गराउन आवश्यक

---

[२२] उही नियम ११७ (५) (ग) ।

[२३] पूर्ववत पृ. २४९

[२४] सर्वोच्च अदालतबाट सार्वजनिक सरोकारको विवादमा जारी आदेश कार्यान्वयन प्रगति प्रतिवेदन -आ.ब.२०७२/७३, नेपाल सरकार प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय, कानून तथा मानव अधिकार प्रवर्द्धन महाशाखा, काठमाण्डौ, २०७३, पृ. २४९ ।

[२५] नेपाल कानून पत्रिका, २०७३, अंक २, पृ.३३५, नि.नं.९५४७ ।

कार्ययोजनासहित प्रभावकारी अनुगमन गर्नु गराउनु र परिपालना भए नभएको सन्दर्भमा आवधिकरूपमा सर्वोच्च अदालतलाई प्रतिवेदन दिनु भनी परमादेश जारी गरिपाऊँ ।

३. मुलुकी ऐन, जबरजस्ती करणीको ११ नं.को कानूनी व्यवस्थाको खारेजी तथा आवश्यक परिमार्जनका लागि प्रतिवादी प्राथमिकता दिई शीघ्र तदारूकतायुक्त प्रक्रिया अगाडि बढाउनु भनी परमादेश जारी गरिपाऊँ ।

४. जबरजस्ती करणीलगायतका यौन अपराधहरूमा अपराधबारेको सूचना दर्ता गर्न इन्कार गर्ने तथा फौजदारी अनुसन्धानमा अनुचित बिलम्ब गर्ने, अनुसन्धान तथा अभियोजनको कामकारवाहीमा व्यवधान सृजना गर्ने, अनुचित हस्तक्षेप गर्नेसमेतका कार्यहरू पनि दण्डनीय फौजदारी कसूर हुने गरी कानूनमा आवश्यक संशोधन तथा परिमार्जनको प्रक्रिया अवलम्बन गर्न परमादेश जारी गरिपाऊँ ।

५. महिला तथा बालबालिका विरूद्ध हुने बलात्कार लगायतका यौन हिंसा तथा अपराधहरू बारेको जाहेरी दरखास्त तथा सूचनाको यथाशीघ्र दर्ता गरिए नगरिएको, प्रभावकारी फौजदारी अनुसन्धान तथा अभियोजन भए नभएको, बालबालिकाको सर्वोत्तम हितलाई ध्यान दिए नदिएको, शून्य सहनशीलता तथा लैङ्गिक संवेदनशीलता अपनाए नअपनाइएकोसमेतका सन्दर्भमा अनुगमनका लागि राष्ट्रिय महिला आयोग राष्ट्रिय मानव अधिकार आयोग तथा महान्यायाधिवक्ता कार्यालयका प्रतिनिधिसमेत रहने गरी यथोचित अनुगमन संयन्त्रको स्थापना गरी नियमित अनुगमन गर्नु गराउनु भनी परमादेश जारी गरिपाऊँ ।

६. महिला तथा बालक विरूद्ध हुने यौन हिंसाको प्रभावकारी रोकथाम तथा नियन्त्रण गर्नको लागि एउटा छुट्टै राष्ट्रिय कार्य योजना तर्जुमा गरी स्थानीय स्तरसम्म कानूनी सचेतना जागृत गर्ने लगायतका कार्यहरू गर्नु गराउनु भनी परमादेश जारी गरिपाऊँ ।

७. जबरजस्ती करणीको पीडित बालबालिकाहरूको सामाजिक संरक्षण तथा पुर्नस्थापनाको लागि आवश्यक संख्यामा बालमैत्री तथा लैङ्गिक संवेदनशील संरक्षण गृह तथा पुनर्स्थापना केन्द्र स्थापना गर्न परमादेश जारी गरिपाऊँ ।

४.१.२. **अदालतको ब्याख्या**

जबरजस्ती करणी मुद्दामा पीडित स्वयंले पनि अपराधको सूचना दिन सक्नेसम्म हो । अनुसन्धान गरी मुद्दा दायर हुने नहुने कुरा राज्यको तर्फबाट सरकारले अनुसन्धानको आधारमा निर्णय गर्ने विषय भएकोले पीडित व्यक्ति उमेर पुगेको हुँदैमा वा नहुँदैमा मुद्दा चलाउन सक्ने कुरामा बाधा नहुने हुँदा अदालती बन्दोबस्तको ४० नं. को व्यवस्था जबरजस्ती करणीबाट पीडित नाबालकको हकमा पनि लागू हुन्छ भन्न नसकिने ।

हदम्याद निर्धारण गर्दा कसरी र कति निर्धारण गर्ने भन्नेसम्बन्धमा अपराधको गाम्भीर्यता, समसामयिक परिवेश, देशको सामाजिक तथा भौगोलिक अवस्था तथा अन्तर्राष्ट्रिय कानून र अभ्याससमेतलाई विचार गरी गरिनु पर्ने हुन्छ । यो विषय विधायिकी विवेक (legislative Wisdom) को विषय भएकोले यति नै हदम्याद निर्धारण गर्नु उपयुक्त हुन्छ भनी अदालतले दिन किटान गरिदिन भने मिल्ने नहुने ।

४.१.३ अदालतको आदेश

यथाशक्य छिटो निवेदकले उठाएको हदम्यादको विषयमा नेपालको संविधान तथा महिला तथा बालबालिकाको संरक्षणको सम्बन्धमा नेपाल पक्ष भएका विभिन्न सन्धि महासन्धिसित नबाझिने गरी राष्ट्रिय अन्तर्राष्ट्रिय मान्यता र विधिशास्त्रको समेत अध्ययन गरी उपयुक्त मसौदा तयार गरी सो मसौदा सरोकारवालाहरूसँग छलफल गराई कानूनको मसौदा संसद्मा पेस गर्नु भनी विपक्षीहरूको नाममा परमादेशको आदेश जारी हुने ।

४.१.४. आदेश कार्यान्वयनको अवस्था

यस्तै विषय वस्तु रहेको अधिवक्ता सपना प्रधान मल्ल वि.श्री ५को सरकार[२६]भएको मुद्दामा समेत जवरजस्ती करणी मुद्दामा रहेको हदम्याद वढाउन सम्मानित सर्वोच्च अदालतबाट आदेश जारी भएको अवस्था थियो । मिति २०७२/०६/१४ मा लैङ्गिक समानता कायम गर्ने तथा लैङ्गिक हिंसा अन्त्य गर्ने सम्बन्धमा केही नेपाल ऐनलाई संशोधन गर्न बनेको ऐन, २०७२ ले जबरजस्ती करणी सम्बन्धी मुद्दाको हदम्यादलाई ३५ दिनबाट बढाएर ६ महिना कायम गऱ्यो भने हाल प्रचलित मुलुकी अपराध (संहिता) ऐन, २०७४ को दफा २२९ले जवरजस्ती करणीमा त्यस्तो कसूर भएको मितिले एक वर्षको हदम्यादको व्यवस्था गरेको छ ।

लैङ्गिक समानता कायम गर्ने तथा लैङ्गिक हिंसा अन्त्य गर्न केही नेपाल ऐनलाई संशोधन गर्ने ऐन, २०७२ को व्यवस्थाले अधिवक्ताा सपना प्रधान मल्ल वि.श्री ५को सरकार भएको रिट निबेदनमा भएको आदेश कार्यान्वयन भैसकेको हुँदा उक्त आदेशको फैसला कार्यान्वयनको लगत कट्टा गरिदिनका लागि च.नं.१०१ मिति २०७२/०८/२५ मा फैसला कायान्वयन निर्देशनालयमा पत्राचार गरिएको भनी कानून, न्याय तथा संसदीय मामिला मन्त्रालयको मिति २०७२/०३/३२ सम्मको प्रगति विवरणमा उल्लेख[२७] भएबाट प्रस्तुत मुद्दा कै फैसला कार्यान्वयन भएको भन्ने अवस्था नभएतापनि सर्वोच्च अदालतबाट भएको आदेशको प्रभाव विद्यमान कानूनको निर्माणमा परेको देखिन्छ ।

४.२. अधिवक्ताा मिरा ढुङ्गानासमेत विरूद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय समेत[२८]

४.२.१.मुद्दाको विषय र मुख्य मागदावी

बेपत्ता पारिएका व्यक्तिको छानबिन, सत्य निरूपण तथा मेलमिलाप आयोग ऐन, २०७१ को दफा ३ को उपदफा (२) मा आयोगको आयुक्तमा महिलाको समानुपातिक सहभागिता हुनेछ भन्ने व्यवस्था र दफा ११ को उपदफा (१) मा रहेको आयोगको कर्मचारी शीर्षकमा आयोगको कर्मचारीको सम्बन्धमा उपदफा (४) पछि प्रतिबन्धात्मक वाक्यांश थप गरी समानुपातिक संख्यामा महिला कर्मचारीको नियुक्तिको

---

[२६] नेपाल कानून पत्रिका, २०६५, अंक ११, पृ.३८३, नि.नं. ८०३८ ।

[२७] नेपाल सरकार प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय, कानून तथा मानव अधिकार प्रवर्द्धन महाशाखा, (पूर्वपाद २५) पृ. १३२ ।

[२८] नेपाल कानून पत्रिका, २०७३, अंक ३, पृ.३३८ नि.नं.९५५१ ।

व्यवस्था गरिने छ, दफा २९ बमोजिम दायर गर्ने मुद्दाहरूमा हदम्याद लागू हुने छैन भन्ने र पीडितको परिभाषाभित्र विवाहित छोरीलाई पनि समावेश गर्नु भन्नेसमेतका व्यवस्थाहरू थप गर्नु भनी परमादेशलगायत जो चाहिने आज्ञा आदेश जारी गरिपाऊँ ।

४.२.२. **अदालतको ब्याख्या**

द्वन्द्वकालमा भइरहेका मानवीय कानून विरूद्ध वा मानव अधिकार उल्लङ्घनका गम्भीर कसूरहरू रोक्ने, ती कसूरहरू दोहोरिन नदिने, पीडितमा आत्मसम्मानको भाव उद्‌वोधन गराउने राष्ट्रिय मेलमिलापको वातावरण बनाएँने र कानूनी राज्यको पुनस्थापन गरी शान्ति बहालीको मार्गमा योगदान पुयाउने नै संक्रमणकालीन न्यायको मुख्य अभिष्ट हो । संक्रमणकालीन अवधिमा भएका घटनाहरूको दोषीलाई मनपरी क्षमादान गर्दा विधिको शासन (Rule of law) कायम रहन सक्दैन । बरू विधिको शासन (Rule of law) कायम गर्न गम्भीर अपराधका पीडकहरूलाई क्षमादान दिनेसमेतका व्यवस्था राखिनु हुँदैन । द्वन्द्वकालमा राजनीतिकरूपले मात्र घटना घटित भएका छैनन् । अपराधिकरूपले पनि घटना भएका छन् । राजनीतिकरूपले घटित घटना र अपराधिकरूपले घटित घटनालाई एकै स्थानमा राखेर हेर्न नमिल्ने ।

मानव अधिकारको दृष्टिकोणले द्वन्द्वकालमा घटेका घटनाहरू राज्यले सम्बोधन गर्नुपर्ने हुन्छ । राज्यले कानून बनाएँ भनेर मात्र हुँदैन । बनेको कानून संविधान अन्तर्राष्ट्रिय मापदण्ड र अदालतबाट भएको फैसला वा आदेश अनुकूलको भई कार्यान्वयनयोग्य हुनुपर्दछ । संविधानसमेतको प्रतिकूल कानून बनेमा त्यस्तो कानून संवैधानिक परीक्षणको रोहमा कायम रहन नसक्ने ।

विधिको शासनको पालनाबाट नै स्थायित्व, उन्नयन र विकास हुन्छ । स्थायित्व, उन्नयन र विकासको लागि विधिको शासन स्थापित गरिनु पर्दछ । विधिको शासनमा विश्वास गर्ने संस्थाहरूले अदालतबाट भएको आदेशलाई उपेक्षा गर्न मिल्दैन । विधिभन्दा माथि व्यक्ति वा संस्था कुनै पनि हुन नसक्ने ।

राज्यका हरेक अंगहरूको आआफ्नो कार्यहरू तोकिएका हुन्छन । ती कुनै एक अर्काका विरूद्ध लक्षित छैनन । हरेक अंगले तोकिएको आआफ्नो कार्य गरेको खण्डमा मात्र राज्य सन्तुलितरूपमा विकास र समृद्धिको पथमा अग्रसर हुन्छ । राज्यका अंगहरू विधायिका, कार्यपालिका र न्यायपालिकाले पनि आआफ्नो कार्य गरेमा त्यो सार्थक र अपेक्षित हुन्छ । नीति निर्माण गर्ने काम र देशको प्रशासन सञ्चालन गर्ने काम कार्यपालिकाको क्षेत्रभित्र, कानून निर्माण गर्ने काम व्यवस्थापिका संसदको क्षेत्रभित्र र कानूनको व्याख्या गर्ने काम न्यायपालिकाको क्षेत्रभित्र पर्ने हुँदा यी तीनै अंगहरूले एक अर्काको अधिकार क्षेत्रमा हस्तक्षेप गर्न मिल्दैन । अदालतबाट भएको आदेश अन्यथा भएमा बाहेक कार्यपालिका र व्यवस्थापिकाले मान्नुपर्ने हुन्छ ।

४.२.३ **अदालतको आदेश**

निवेदकहरूले दफा २(ज) पछि २(ज१), दफा ११ को उपदफा (४) पछि प्रतिबन्धात्मक वाक्यांश र दफा ३(२) मा संशोधन गरी पाउँने माग गरेको तर्फ निवेदन दाबी पुग्न नसक्ने ।

बेपत्ता पारिएका व्यक्तिको छानबिन, सत्य निरूपण तथा मेलमिलाप आयोग ऐन, २०७१ मा नपरेका वा परेर पनि अस्पष्ट भएका तथा संविधान, अन्तर्राष्ट्रिय मानव अधिकार कानून र मानवीय कानूनसमेतसँग असङ्गत भएको कारणले कार्यान्वयन गर्न नमिल्ने व्यवस्थाहरूका सम्बन्धमा राजेन्द्र ढकाल, लिलाधर भण्डारी, सुमन अधिकारी र माधवकुमार बस्नेतसमेत निवेदक भएका मुद्दाहरूमा यसअघि जारी गरिएका तथा प्रस्तुत रिट निवेदनमा भएको आदेश, दिइएका निर्देशन र व्याख्याहरू प्रतिकूल नहुने गरी कार्य गर्नु गराउनु भनी ध्यानाकर्षणसहितको निर्देशनात्मक आदेश जारी हुने ।

४.२.४. कार्यान्वयनको अवस्था

मिति २०७२।०१।०३ मा यस मुद्दामा आदेश भएको भएता पनि हालसम्म पनि अदालतको आदेश अनुरूप बेपत्ता पारिएका व्यक्तिको छानबिन, सत्य निरूपण तथा मेलमिलाप आयोग ऐन, २०७१ मा संसोधन भएको छैन । बेपत्ता पारिएका व्यक्तिको छानबिन, सत्य निरूपण तथा मेलमिलाप आयोग (पहिलो संसोधन)ऐन, २०७५ ले समेत आयोगहरूको म्याद थप्ने मात्र काम गरेको छ । त्यसैले सर्वोच्च अदालतको यो आदेशको हालसम्म कार्यान्वयन भएको छैन भन्न सकिन्छ ।

४.३. अधिवक्ता पुण्यशिला दवाडी घिमिरेसमेत विरूद्ध नेपाल सरकार, प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय[२९]

४.३.१.मुद्दाको विषय र मुख्य मागदावी

यौन तथा लैङ्गिक हिंसाजन्य अपराधमा पीडितको पहिचान गरी जाहेरी पर्ने बित्तिकै तत्काल उपयुक्त "अन्तरिम राहत रकम" उपलब्ध गराउने प्रबन्ध मिलाउनु भन्ने परमादेश जारी गरिपाऊँ ।

४.३.२. अदालतको व्याख्या

यौन हिंसाका पीडितको न्यायमा पहुँच प्रचलित अन्तर्राष्ट्रिय कानूनमा पनि संरक्षित अधिकारको विषय हो । कानूनी उपचार सुनिश्चित गर्ने कार्य न्यायमा पहुँचको एउटा महत्वपूर्ण भाग हो । घटनाबाट पीडित भएपश्चात पीडितले न्याय प्रणालीमार्फत उपचारको खोजी तथा प्राप्त गर्ने सामर्थ्य गुमाएको अवस्थामा न्यायको पहुँचबाट वञ्चित भएको मानिन्छ । साथै यस्तो अवस्था सिर्जना हुनु भनेको कानूनी अधिकार उपभोग गर्नबाट वञ्चित हुनु हो । यसकारण चेतनाको कुनै लिज हुँदैन । हामी मानव जो जे रूपमा प्राकृतिकरूपमा जन्मिएका छौं हामी लिङ्ग रोजेर जन्मिएका पनि होइन । तसर्थ समान अधिकारको प्रत्याभूति राज्यले आम नागरिकलाई प्रदान गर्नु राज्यको अभिभावकीय दायित्व हुन आउने ।

बालअधिकारसम्बन्धी महासन्धि १९८९ ले हिंसा पीडित बालबालिकाहरूको न्यायमा पहुँच तथा कानूनी उपचारको अधिकारलाई सुनिश्चित गरेको छ । जसको धारा ३ मा हिंसा पीडित बालबालिकाको सर्वोत्तम हितलाई ध्यानमा राखेर राज्यले यथोचित उपायहरू अपनाउनुपर्ने हुन्छ भने धारा ३९ ले हिंसाबाट पीडित कुनैपनि बालबालिकाको शारीरिक तथा मनोवैज्ञानिक पुनर्लाभ र सामाजिक पुनर्स्थापना प्रवर्द्धन

---

[२९] नेपाल कानून पत्रिका, २०७४, अंक १, पृ.३७, नि.नं.९७४१ ।

गर्न सबै समुचित उपायहरू अपनाउने तथा बालबालिकाको स्वास्थ्य, आत्मसम्मान र प्रतिष्ठाको प्रवर्द्धन गर्ने दायित्व तोकिएको पाइँदा सोको व्यावहारिक परिपालनाका लागि राज्य मुकदर्शक बन्न नमिल्ने ।

४.३.३ अदालतको आदेश

यौन हिंसाबाट पीडित भनी पहिचान भइसकेपछि मुद्दामा अनुसन्धान वा न्याय निरूपणको प्रक्रिया जारी रहे वा नरहेपनि वा सोको टुंगो लाग्दासम्मको लागि पीडितको स्वास्थ्य, शिक्षा, राहत, न्यायिक एवं कानूनी सहायता तथा संरक्षणको लागि चाहिने व्यवस्थाको लागि लैङ्गिक हिंसासम्बन्धी कोषको व्यवस्था गर्न, स्थापित कोषबाट तदनुकूल सुगम ढंगले उपयोग गर्न सक्ने कार्यविधिसमेत निर्धारण गरी पीडितको राहतमा पहुँच अभिवृद्धि गर्नेलगायतको छुट्टै कार्यक्रम सरोकारवालाहरूको आवश्यकताअनुसार परामर्श गरी लागू गर्न तथा मुद्दाको किनारा नभएसम्मका लागि अन्तरिम राहत व्यवस्थापन गर्नसमेत निर्देशात्मक आदेश जारी हुने ।

४.३.४. कार्यान्वयनको अवस्था

मुलुकी अपराध (संहिता) ऐन, २०७४ को दफा ४८ ले कुनै कसूर भएको कारणबाट त्यस्तो कसूरबाट पीडित व्यक्ति वा निजमा आश्रित व्यक्तिलाई अन्तरिम क्षतिपूर्ति दिनको लागि अदालतले प्रतिवादीलाई आदेश दिन सक्ने व्यवस्था गरेको छ । यो व्यवस्था यौन हिंसाबाट पीडित व्यक्तिको सम्बन्धमा भएको विशेष व्यवस्था नभई अन्तरिम क्षतिपुर्ति सम्बन्धी सामान्य व्यवस्था हो । उल्लेखित रिट निबेदनको लिखित जवाफ दिने क्रममा "...यस विषयलार्य थप सम्बोधन गर्न नेपाल सरकारले अपराध संहिता विधेयक व्यवस्थापिका संसद्मा प्रस्तुत गरिसकेको..." भन्ने उल्लेख गरेको थियो । प्रस्तुत आदेश हुनु पूर्व नै उल्लेखित व्यवस्था कानूनको मस्यौदामा रहेको अवस्थामा अदालतको फैसलाको परिणम स्वरूप कानूनी व्यवस्था गरिएको भन्ने आधार रहदैन, तर पनि पीडित राहतको दृष्टिकोणले यस व्यवस्थालाई एउटा सकारात्मक कदम मान्न सकिन्छ ।

४.४. अधिवक्ता दलबहादुर धामीसमेत विरूद्ध नेपाल सरकार, प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय[३०]

४.४.१.मुद्दाको विषय र मुख्य मागदावी

जबरजस्ती करणीबाट पीडित बालिकाको स्वास्थ्य, शिक्षा, मनोविमर्श, कानूनी सहायता, पुनर्स्थापना, बालिकाको जबरजस्ती करणीबाट जन्मने बच्चा एवं पीडित बालिकाको सम्पूर्ण जिम्मेवारी राज्यले लिनुपर्ने कानून निर्माण गर्न परमादेशलगायत जो चाहिने आज्ञा आदेश जारी गरिपाऊँ । रिट निवेदनको अन्तिम टुङ्गो नलागेसम्म राज्यले नै विभिन्न आवास सुरक्षा गृहमा राखी जिम्मेवारी बहन गराउने गरी अन्तरिम आदेशसमेत जारी गरिपाऊँ ।

४.४.२. अदालतको ब्याख्या

नेपालको सन्धि ऐन, २०४७ को दफा ९(१) मा संसद्बाट अनुमोदन, सम्मिलिन, स्वीकृति वा समर्थन भई नेपाल राज्य वा नेपाल सरकार पक्ष भएको कुनै सन्धिको कुरा प्रचलित कानूनसँग बाझिएमा सो

---

[३०]नेपाल कानून पत्रिका, २०७४, अंक १, पृ.१७ नि.नं.९७३९ ।

सन्धिको प्रयोजनको लागि बाझिएको हदसम्म प्रचलित कानून अमान्य हुनेछ र तत्सम्बन्धमा सन्धिको व्यवस्था नेपाल कानूनसरह लागू हुनेछ भनिएको पाइन्छ। मुलुकी ऐन, २०२० को जबरजस्ती करणीको महलमा पीडकलाई सजाय गर्ने हकमा पीडिताको उमेरको हदअनुसार भिन्नाभिन्नै कैद सजाय तथा जरिवाना र नाबालकमाथि अप्राकृतिक मैथुन भएमा आवश्यक क्षतिपूर्ति दिलाउने भन्नेबाहेक पीडित बालिकाका लागि राज्यबाट हुनुपर्ने व्यवहार, सहयोग गर्नुपर्ने दायित्वलगायतका बारेमा अन्य कुरा उल्लेख भएको नदेखिने।

४.४.३ अदालतको आदेश

जबरजस्ती करणीबाट पीडित बालबालिकाको लागि छुट्टै कानूनी व्यवस्था नभएकोले हाडनाता करणी पीडित बालबालिका, निजले जन्माउने सन्तानको संरक्षण, भरण पोषणलगायतको तीनको प्रतिवादी कानूनी व्यवस्था भएको नदेखिएको हुँदा समस्या देखिएकोले त्यसको लागि भइरहेको बालबालिकासम्बन्धी कानूनले फौजदारी कानूनी र अन्य कानूनले समेत सम्बोधन गरेको देखिँदैन। त्यसको लागि पीडित बालबालिकाको हक तीनीहरूको आवश्यकताअनुसारको सेवा नहुँदा तीनको कानूनी तथा सुरक्षात्मक उपायहरू गर्न निर्देशात्मक आदेश जारी हुने।

४.४.४. कार्यान्वयनको अवस्था

बालबालिका सम्वन्धी ऐन, २०७५ को दफा ७१ ले बालबालिका विरुद्धको हिंसा वा बाल यौन दुर्व्यवहारबाट पीडित बालबालिकालाई शारीरिक वा मानसिक उपचार गराउन वा सामाजिक रूपमा पुर्नस्थापना गराउनको लागि नेपाल सरकारले आवश्यकता अनुसार पुर्नस्थापना केन्द्रको स्थापना गर्ने व्यवस्था गरेको छ। सर्वोच्च अदालतको आदेशको सार कानून निर्माण भन्दा पनि पीडित बालबालिकाको सुरक्षात्मक उपायहरू गर्नु भन्ने भएको हुँदा ऐनको उक्त व्यवस्था कार्यान्वयनमा आई नसकेको हालको अवस्थामा सर्वोच्च अदालतको आदेश कार्यान्वयनको चरणमा रहेको देखिन्छ।

४.५. अधिवक्ताा पुष्पराज पाण्डेय विरूद्ध नेपाल सरकार, प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय[३१]

नेपाल सरकार मन्त्रिपरिषद्बाट कानून बनाएँर सरोगेसी सेवा चलाउन सैद्धान्तिक सहमति दिने निर्णय र त्यसलाई कार्यान्वयन गर्ने काम कारवाही उत्प्रेषणको आदेशद्वारा बदर गरी अनधिकृतरूपमा सरोगेसी सेवा सञ्चालन नगर्नु नगराउनु भनी उपयुक्त आदेश जारी गरिपाऊँ। साथै नेपालमा सरोगेसी सेवा आवश्यक भए नभएको अध्ययन गर्न संयन्त्र निर्माण गर्नु भनी आदेश जारी गरी नेपालमा अवैधरूपमा सञ्चालनमा रहेको सरोगेसी सेवा निषेध गर्न प्रभावकारी कानूनी व्यवस्था गर्न परमादेश जारी गरिपाऊँ।

४.५.१. अदालतको ब्याख्या

...सरोगेसीसम्बन्धी सेवा वा व्यवसाय विधायिका निर्मित कानूनबाट मात्र व्यवस्थित गरिनु पर्ने जनस्वास्थ्य, शिष्टाचार वा नैतिकताको विषय हो। सरोगेसी आमा, ती आमाबाट जन्मने बच्चा र सरोगेसी आमाबाट सन्तान प्राप्त गर्न चाहने जैविक आमा बाबुको हक अधिकारका विषयहरूलाई सम्बोधन गर्ने कानूनी व्यवस्थाको शून्यतामा सरोगेसी सेवा सञ्चालनसम्बन्धी व्यवसाय सञ्चालन गर्नु

---

[३१]नेपाल कानून पत्रिका, २०७४, अंक २, पृ.२२१, नि.नं.९७५७।

वा गर्न दिनु सार्वजनिक नीति एवं सार्वजनिक हितविपरीत हुन जाने हुन्छ। सरोगेसी आमाबाट सन्तान जन्माई ग्रहण गर्न पाउँने वा त्यस्तो पेसा वा व्यवसाय सञ्चालन गर्न पाउँने कुरा संविधान प्रदत्त हकको विषय होइन। सरोगेसीबाट सन्तान प्राप्ति गर्ने गराउने व्यवसाय सञ्चालनको विषय संविधानले परिकल्पना नगरेको अवस्थामा यसलाई अधिकारको रूपमा मान्न पनि नमिल्ने...।

...परोपकारको दृष्टिकोणबाट कुनै रकम कलम नलिई स्वयम् सरोगेट हुन चाहने कुनै महिलाको परोपकारी ईच्छालाई पनि कानूनी व्यवस्था बिना वैधता प्रदान हुन सक्दैन। त्यसमा पनि सरोगेसीसम्बन्धी कानूनको अभावको अवस्थामा कुनै महिलाको आर्थिक अवस्थाको कमजोरीका कारण निजलाई केही रकम दिई जो कोही व्यक्तिले निजको कोख भाडामा लिई सन्तान जन्माउने, स्वास्थ्य संस्थाहरूले आर्थिक मुनाफाको दृष्टिकोणले सरोगेसी सेवा सञ्चालनसम्बन्धी व्यवसाय गर्न लालायित हुने र सरोगेट आमाबाट जन्मिएको बच्चा निजबाट छुटाई लैजाने कार्य अमानवीय मात्र होइन शोषणजन्य नै मानिने हुन्छ। महिलाको मातृत्व र कोख जस्तो अपनत्व भएको कुरा भाडामा लगाएर वा सोसम्बन्धी व्यवसाय सञ्चालन गरेर आर्थिक उपार्जन गर्न प्रेरित गर्नु वा हुनु नैतिक दृष्टिले पनि सुहाउँदो नमानिने...।

...सरोगेसी सेवा सञ्चालनका सम्बन्धमा अन्तरनिहित हुने कानूनी एवं नियमनकारी संस्थागत संरचनाको सुनिश्चितताको आवश्यकतालाई उपेक्षा गरी यस्तो गम्भीर मानवीय, एवं सार्वजनिक स्वास्थ्य, शिष्टाचार वा नैतिकता र महिलाको भावना र संवेदनशीलता गाँसिएको विषयमा बिना कानूनी व्यवस्था कुनै पनि किसिमको Surrogacy सेवा सञ्चालन गर्नु वा गराउनु उचित नहुने...।

४.५.२. अदालतको आदेश

निम्न विषयहरूको सम्बोधन हुने गरी सरोगेसीसम्बन्धी कानून निर्माण गर्न निर्देशनात्मक आदेश जारी गरिएको :

१. महिलाको कोखको व्यापारिकरूपमा प्रयोग गर्न नमिल्ने हुँदा व्यावसायिक सट्टा आमा (Commercial Surrogacy) लाई पूर्णरूपमा प्रतिबन्धित गर्ने,

२. कमजोर स्वास्थ्य अवस्थाको कारण वा प्रजनन क्षमता नभएको कारण सन्तान सुःख प्राप्त गर्न नसक्ने भनी स्वीकृत मेडिकल बोर्डले सिफारिस गरेका नेपाली नागरिक रहेका निसन्तान विवाहित दम्पतिलाई मात्र सरोगेसी सेवा उपलब्ध गराउने,

३. नेपाली समलिङ्गी दम्पति वा एकल पुरूष वा एकल महिलालाई सरोगेसी सेवा उपलब्ध नगराउने,

४. कुनै पनि विदेशी नागरिकलाई नेपालमा सरोगेसी सेवा उपलब्ध नगराउने,

५. सट्टा आमाबाट सन्तान प्राप्त गर्न नेपाली नागरिक रहेका निसन्तान विवाहित दम्पति दुवैको मन्जुरी हुनुपर्ने,

६. सट्टा आमा हुन चाहने महिला कुनै आर्थिक लाभ आर्जन गर्ने तथा व्यावसायिक दृष्टिले सट्टा आमा हुन नपाउँने, केवल परोपकारको भावनाले निजको स्वतन्त्र सहमतिले मात्र सट्टा आमा बन्न सक्ने, इच्छाप्रतिकूल सट्टा आमा बन्न कुनै महिलालाई बाध्य पार्न नपाइने,

७. परोपकारी सट्टा आमा हुन चाहने महिलाको निश्चित तोकिएको योग्यता पूरा हुनुपर्ने जस्तैः निजको उमेरको अवस्था, बच्चा जन्माउन सक्ने स्वास्थ्य अवस्था हुनुपर्ने, निज अविवाहित हुन

नहुने, कम्तिमा एउटा सन्तान जन्माई सकेको हुनुपर्ने, कुनै महिला एकपटक भन्दा बढी सट्टा आमा हुन नपाउँने, सट्टा आमा हुन निजको पति वा परिवारको उमेर पुगेको कुनै एक सदस्यको समेत मन्जुरी हुनुपर्ने आदि ।

८. नेपाली नागरिकलाई सरोगेसी सेवा उपलब्ध गराउन चाहने स्वास्थ्य संस्थाले पूरा गर्नुपर्ने भौतिक पूर्वाधारका सम्बन्धमा निश्चित मापदण्ड तोकी तोकिएको मापदण्ड पूरा गर्ने स्वास्थ्य संस्थाले कानूनले तोकेको निकाय वा अधिकारीबाट अनुमति पत्र लिएर मात्र कानूनबमोजिम सरोगेसीसम्बन्धी स्वास्थ्य सेवा प्रदान गर्न सक्ने,

९. कानूनबमोजिम सरोगेसी सेवा लिन चाहने नेपाली दम्पति र सट्टा आमा हुन चाहने महिलाले कानूनले तोकिदिएको निकायम सरोगेसी सेवा सम्बन्धमा निवेदन दिई उक्त निकायबाट छानबिन गरी सरोगेसी सेवाको लागि योग्य मानी सिफारिस गरेको व्यक्तिहरूका हकमा मात्र स्वास्थ्य संस्थाले सरोगेसी सेवा उपलब्ध गराउने,

१०. सरोगेसी प्रक्रियाबाट जन्मेको बच्चाको कानूनीरूपमा आमा बुबाको निर्धारण गरी बच्चाको आमा बाबुसँगको हक तथा बच्चा प्रतिको आमा बाबुको दायित्वसमेत प्रस्ट गर्ने,

११. सट्टा आमाले आफूले जन्म दिएको बच्चामा के कस्ता हक हुने हो प्रस्ट गर्ने,

१२. बच्चाको व्यक्तिगत घटना दर्ता र पञ्जीकरणको सम्बन्धमा प्रस्ट गर्ने,

१३. सरोगेसीसम्बन्धी सेवा प्रवाह कानूनसम्मत रूपमा प्रवाह भए नभएको हेर्ने नियमनकारी निकायको व्यवस्था गर्ने,

१४. सरोगेसी सम्बन्धमा विवाद उत्पन्न भएमा मुद्दा हेर्ने अधिकारक्षेत्र भएको निकाय कानूनमा नै तोकिदिने,

१५. कानून प्रतिकूल सरोगेसी सेवा प्रदान गर्ने व्यक्ति तथा स्वास्थ्य संस्था एवं सो सेवा लिनेलाई कसूरको मात्राअनुरूप कैद वा जरिवाना वा दुवै सजाय हुनसक्ने कानूनी व्यवस्था गर्ने ।

४.५.४. कार्यान्वयनको अवस्था

प्रस्तुत मुद्दामा सर्वोच्च अदालतबाट अन्तरिम आदेश भएपछि नेपाल सरकार स्वास्थ्य तथा जनसंख्या मन्त्रालयबाट मिति २०७२/०५/१६ को मन्त्रीस्तरीय निर्णयबाट सरोगेसी सेवा संचालन गरिएका भनिएका अस्पताल समेतलाई निर्देशन दिईएको र नेपालका अस्पतालहरूबाट विदेशी नागरिकहरूलाई सरोगेसी सेवा उपलब्ध गराउने विषयको नेपाल सरकार मन्त्रिपरिषद्को मिति २०७१/०६/०२ को निर्णय मन्त्रिपरिषद्को मिति २०७२/०६/०१ को निर्णयले खारेज भएबाट नेपालमा सरोगेसी सेवा बन्द हुनमा प्रस्तुत मुद्दामा भएको अन्तरिम आदेश समेतको प्रभाव परेको अवस्था पाइन्छ ।

फैसला कार्यान्वयन निर्देशनालयको च.नं.४१२ मिति २०७३/०९/२९ को पत्रबाट स्वास्थ्य मन्त्रालयलाई पत्राचार भएको भएता पनि हालसम्म सरोगसी सम्बन्धी कानून निर्माण नभएबाट यस मुद्दामा सर्वोच्च अदालतबाट भएको फैसलाको कार्यान्वयन भएको छैन भन्न सकिन्छ ।

५. निष्कर्ष तथा सुझाव

फैसला कार्यान्वयनको अवस्था कमजोर रहेको तथ्यलाई अदालतका प्रकाशनहरू र पूर्वअध्ययनहरूले समेत देखाएका छन् । सर्वोच्च अदालतको आ.ब.२०७३/७४ को वार्षिक प्रतिबेदन अनुसार आर्थिक बर्ष

२०७३/७४ मा फैसला कार्यान्वयन निर्देशनालयमा सार्बजनिक सरोकारका विवादमा भएका कुल २३७ परमादेश, निर्देशनात्मक आदेश तथा अन्य आदेश प्राप्त भएकोमा कुल १३ वटा मात्र कार्यान्वयन भएका छन् ।[३२] नेपाल सरकार प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय, कानून तथा मानवअधिकार प्रवर्द्धन महाशाखा द्वारा प्रकाशित "सर्वोच्च अदालतबाट सार्वजनिक सरोकारको विवादमा जारी आदेश कार्यान्वयन प्रगति प्रतिवेदन -आ.ब.२०७२/७३" का अनुसार प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालयमा प्राप्त हुन आएका ३१४ आदेश मध्ये ३४ वटा परमादेशको लगत कट्टा भएको छ भने ७१ बटा कार्यान्वयनको अवस्थामा रहेका छन् । यसै गरी निर्देशनात्मक आदेश तर्फ ६८ बटा लगत कट्टा भएको तथा १४१ कार्यान्वयनको अवस्थामा रहेका छन ।[३३]

प्रस्तुत अनुसन्धानको क्रममा वर्तमान संविधान जारी भएपछि अर्थात् वि.स.२०७२ असोजदेखि २०७४ सालको चैत्रको अंकसम्म नेपाल कानून पत्रिकामा प्रकाशित सार्बजनिक सरोकारका विवादमा भएका लैङ्गिक न्याय सम्बन्धी परमादेश र निर्देशनात्मक आदेशहरूको मात्र अध्ययन गरिएको थियो । सो अवधिमा सर्वोच्च अदालतबाट पाँच वटा र्साजनिक सरोकारका विवादमा परमादेश वा निर्देशनात्मक आदेश जारी भएको पाईयो ।

उक्त आदेशहरूको कार्यान्वयन सम्बन्धमा सर्वोच्च अदालत, फैसला कार्यान्वयन निर्देशनालयको तथ्याङ्क हेर्दा ५ वटा फैसला मध्ये १ वटा फैसला मात्र फैसला कार्यान्वयन निर्देशनालयबाट कार्यान्वयनको लागि पत्राचार भएको पाईयो भने अन्य फैसलाको कार्यान्वयको सम्बन्धमा रेकर्ड देखा परेन । यसो हुनुमा अध्ययन गरिएका फैसला मध्ये उक्त एक फैसलामा मात्र फैसलाको जानकारी फैसला कार्यान्वयन निर्देशनालयलाई दिनु उल्लेख भएको र अन्य फैसलामा फैसलाको जानकारी विपक्षीहरूको जानकारीको लागि महान्यायाधिवक्ताको कार्यालयलाई दिनु उल्लेख भएको पाईयो । अन्य स्रोतहरू अर्थात् नेपाल सरकार प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय, कानून तथा मानवअधिकार प्रवर्द्धन महाशाखाद्वारा प्रकाशित "सर्वोच्च अदालतबाट सार्वजनिक सरोकारको विवादमा जारी आदेश कार्यान्वयन प्रगति प्रतिवेदन -आ.ब.२०७२/७३", अदालतको फैसलापछि कानूनमा भएको संसोधन र विभिन्न मन्त्रालयबाट गरिएको स्थलगत तथ्याङ्क संकलनको आधारमा हेर्दा अध्ययन गरिएका मध्ये दुइवटा फैसला मात्र कार्यान्वयन भएको पाईयो । उल्लेखित तथ्यले यस अध्ययनको समेत नेपालमा फैसला कार्यान्वयनको अवस्था निक्कै कमजोर रहेको यस अध्ययनको निष्कर्ष रहेको छ ।

उक्त निष्कर्षको आधारमा सर्वोच्च अदातलतबाट सार्बजनिक सरोकारका विवादमा भएका फैसला कार्यान्वयनको लागि निम्न सुझव दिइएको छ :

- फैसला कार्यान्वयनको लागि सर्वोच्च अदालत नियमावलीले फैसला कार्यान्वयन निर्देशनालयको व्यवस्था गरेको सन्धर्वमा सर्वोच्च अदालतबाट सार्बजनिक सरोकारका विवादमा भएका सबै फैसला फैसला कार्यान्वयन निर्देशनालयमा पठाउन पर्ने ।
- फैसला कार्यान्वयन निर्देशनालयलाई सूचना प्रविधि मैत्री वनाउन पर्ने ।

---

[३२] हे.सर्वोच्च अदालतको वार्षिक प्रतिबेदन, २०७३/७४ पृ.४२ ।

[३३] प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय, कानून तथा मानव अधिकार प्रवर्द्धन महाशाखा, (पूर्वपाद २५) पृ. ६ ।

- फैसल कार्यान्वयन निर्देशनालयले सम्बन्धित मन्त्रालयमा पत्राचार मात्र गर्ने नगरेर फैसला कार्यान्वयन सम्बन्धमा समय समयमा प्रतिबेदन माग गर्ने ।
- प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालयको कानून तथा फैसला कार्यान्वयन शाखाले फैसला कार्यान्वयन सम्बन्धमा कार्यपालिका तर्फको केन्द्रीय निकायको रूपमा रही कार्य गर्न पर्ने ।
- महान्यायाधिवक्तको कार्यालयले आफ्नो संवैधानिक दायित्व अनुरूप मुद्दा मामिलाको रोहमा सर्वोच्च अदालतले गरेको कानून व्याख्या वा प्रतिपादन गरेको कानूनी सिद्धान्तको कार्यान्वयन भए वा नभएको सम्बन्धमा गर्ने अनुगमनको कार्य र सर्बोच्च अदालतको फैसला कार्यान्वयन निर्देशनालयको कार्य बीच समन्वय हुन पर्ने ।

सन्दर्भ सामग्री

- फैसला कार्यान्वयन सम्बन्धी समस्या र समाधानका उपायहरू (अनुसन्धानमूलक अध्ययन प्रतिवेदन), राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठान, काठमाडौं, नेपाल २०६५
- लैङ्गिक न्यायका सन्दर्भमा सर्वोच्च अदालतबाट जारी भएका आदेशहरूको कार्यान्वयनको अवस्था अध्ययन प्रतिबेदन, एक्सनएड नेपाल, २०६८ ।
- सर्वोच्च अदालतबाट सार्वजनिक सरोकारको विवादमा जारी आदेश कार्यान्वयन प्रगति प्रतिवेदन -आ.ब.२०७२/७३, नेपाल सरकार प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय, कानून तथा मानवअधिकार प्रवर्द्धन महाशाखा, २०७३ ।
- सर्वोच्च अदालतको वार्षिक प्रतिबेदन, २०७३/७४ ।
- Stoller Robert J., Sex and Gender The development of Masculinity and Femininity, H.Karnac Books Ltd., London, 1968 available at https://books.google.com.np/books?id=N20pcltSHUgC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
- http://www.njanepal.org.np/index.php/research-publication/research-reports
- http://ag.gov.np/reports/research-report/
- https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx
- http://ag.gov.np/departments ।
- http://www.ksl.edu.np/rules
- https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/20703787
- http://na.parliament.gov.np/np/bills/5atIRCEJ

रिटः अवधारणागत विकास र न्यायिक दृष्टिकोण

✍ लोकबहादुर कटुवाल ♦

परिचय (Meaning)

प्रसिद्ध कानुनी उक्ति Ubi Jus ibi remedium (where there is a right there is remedy) अर्थात जहाँ अधिकार हुन्छ त्यहाँ उपचारको व्यबस्था पनि हुन्छ भन्ने मान्यतामा रिटको अवधारणा विकास भएको हो । तर सधै र सबै अबस्थामा कानुनमा प्रस्ट र पर्याप्त उपचारको व्यवस्था नहुन पनि सक्छ । यस्तो अवस्थामा पर्याप्त एवं उचित उपचार प्रदान गर्ने कानुनी औजार (Legal instrument) नै रिट हो। रिट को अर्थ त्यस्तो लिखित अदालती आदेश वा न्यायिक प्रकृया हो, जसमा आदेशानुसारको कार्य गर्नु भनी मातहत अधिकारीलाई निर्देश गरिन्छ।(Writ means a judicial process by which one is summoned to appear before the judicial authority and comply with its command. In other words, it is a written court order or judicial process directing subordinate authority to act what is commanded by the writ.) [1]

Writ is "a formal order in writing issued under seal, in the name of sovereign, government, court or other authority commanding an officer or other person to whom it is issued to do or refrain from doing some act specified therein". Blackstone described writ as "a mandatory letter from the King in parliament, sealed with his great seal, directed to the sheriff of the country wherein the injury is committed, or supposed so the be, requiring him to command the wrongdoer or party accused, either to do justice to the complainant, or else to appear in court, and answer the accusation against him."[2]

सरकारी निकाय र सार्वजनिक अधिकारीहरुको कार्यक्षेत्रमा भएको विस्तार सँगै ती निकाय र अधिकारीहरुको अधिकारमा समेत विस्तार भयो । अधिकारको प्रयोगमा स्वेच्छाचारिता देखिएमा सो को नियन्त्रणको लागि उच्च अदालतहरुलाई असाधारण अधिकारक्षेत्र अन्तर्गत विशेष आदेश जारी गरी उपचार प्रदान गर्न सक्ने अख्तियारी प्रदान गरियो । यसलाई रिट भनियो ।[३] रिटको शाब्दिक अर्थ लिखित आदेश भन्ने हुन्छ। सामान्य अर्थमा रिट भन्नाले कुनै काम गर्न वा नगर्नका लागि राज्यको न्यायिक निकायबाट कुनै व्यक्ति वा निकायलाई दिएको आदेश भन्ने बुझिन्छ। रिट भन्नाले अदालतबाट जारी हुने असाधारण

♦ उपन्यायाधिवक्ता

1 Saharay Madhusudan,Law of Writs, Premier Publishing Co., 2009, p. 1

2 V.G. Ramachandran's, Law of Writs, 6th. Ed. Vol. 1, EASTERN BOOK COMPANY,LUCKNOW, p. 3

३ माधव पौडेल, सर्वोच्च अदालतको गठन र अधिकार क्षेत्र, नेपालको संवैधानिक कानून, फ्रिडिल

एंव अवशिष्ट आधिकार (Extra ordinary and prerogative order) हो। सर्वोच्चताको दृष्टिकोणबाट विशेषाधिकारयुक्त उपचारात्मक सर्वोच्च न्यायिक आदेश नै रिट हो। न्याय प्रदान गर्ने दृष्टिकोणबाट पूर्ण न्यायका लागि जारी गरिने सर्वोच्च आदेश नै रिट हो। अतः रिट भन्नाले नागरिकको संवैधानिक र कानूनी हक अधिकार संरक्षण र पुर्नस्थापना गर्ने सम्बन्धमा पूर्ण न्यायका लागि राज्यको न्यायिक निकायबाट जारी गरिने असाधारण एवं विशिष्ट अधिकारयुक्त आदेश हो भन्ने वुझिन्छ। कुनै निकाय वा व्यक्तिद्धारा सार्वजनिक कानुनको प्रयोगमा गरेको त्रुटी सच्चाई नागरिक एवं कानूनी हक अधिकारको संरक्षणको लागि जारी गरीने भएकोले रिट उपचारात्मक अधिकार (Remedial right) पनि हो।

नेपालमा रिट सम्बन्धी अवधारणागत विकास

रिटको विकास बेलायतबाट भएको हुनाले बेलायतलाई रिटको जननी मानिन्छ। रिटले त्यसताका कुनै विषयमा शाही इच्छा वा हुकुम के रहेछ भन्ने कुरा संकेत गर्दथ्यो। १३ औ शताब्दी देखिनै यसको व्यापक प्रचलन हुन थालेको थियो। प्रारम्भमा न्याय प्राप्तिका निमित्त नागरिकले दिएको निवेदन उपर कुरा सुनी राजाबाट दिइने विशेष प्रकारको आदेश वा हुकुम प्रमाङगीलाई रिट भनियो। समयको गतिसंगै राज्य एवं सरकरको कार्यक्षेत्रमा आएको बृद्दिपना एंव स्वतन्त्र अदालतको स्थापना संगै रिटको कार्यक्षेत्रमा समेत बृद्दि हुन गई राजाको सट्टामा अदालतबाट रिट जारी हुन थाल्यो। बेलायतमा शुरुमा थुप्रै प्रकारका रिटहरु प्रचलनमा रहे पनि सोन्हौ र सत्रौ शताब्दीदेखि बन्दीप्रत्यक्षीकरण, परमादेश,उत्प्रेषण,अधिकारपृछा प्रतिषेध र निषेधाज्ञा समेतका पाँच प्रकारका रिटहरुको प्रचलनमा व्यापकता आएको पाइन्छ।

नेपालमा रिटको विकासको शुरुवात गर्ने कानुन व्यक्तिगत स्वतन्त्रता सम्बन्धी ऐन २००६ लाई लिइन्छ। यस क्रममा प्रधान न्यायालय ऐन, २००८ को दफा ३० नागरिक अधिकार ऐन, २०१२ को दफा १६ र १७ सर्वोच्च अदालत ऐन, २०१३ को दफा ११ नेपाल अधिराज्यको संविधान, नेपालको संविधान, २०१९ को धारा ७१ महत्वपूर्ण थियो। नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ८८(१) मा पहिलो पटक सर्वोच्च अदालतलाई न्यायिक पुनरावलोकनको अधिकार सहित अन्य प्रचलित रिट क्षेत्राधिकार प्रदान गरिएको थियो। नेपालको अन्तरिम संविधान २०६३ र हाल प्रचलनमा रहेको नेपालको संविधानले भाग ३ मा प्रदत्त हकको प्रचलनका लागि धारा ४६ मा संवैधानिक उपचारको हकको व्यबस्था गरी प्रचलनका लागि सर्वोच्च अदालतलाई धारा १३३(१) मा न्यायिक पुनरावलोकन र धारा १३३(२)मा पाँच प्रकारका रिट र अन्य उपयुक्त आदेश जारी गर्न सक्ने अधिकार प्रदान गरेको छ। निम्न कार्यका लागि रिट जारि गरीन्छ।

१. संविधानद्वारा प्रदत्त मौलिक हकको प्रचलनका लागिः यस प्रावधान अनुसार संविधानको भाग ३ मा उल्लिखित मौलिक हकको प्रचलनका लागि धारा ४६ बमोजिम कुनै पनि नागरिकले सर्वोच्च अदालतमा कारबाही चलाउन सक्ने र यस्तो हक अतिक्रमण वा कुण्ठित भएमा सर्वोच्च

अदालतले स्थिति अनुसार उल्लिखित कुनै एक वा सबै वा अन्य उपयुक्त रिट जारी गरी मौलिक हक प्रचलन गराउन सक्दछ ।

२. अर्को उपचारको व्यवस्था नभएको वा उपचारको व्यवस्था भए पनि प्रभावहीन भएको अन्य कुनै कानुनी हक प्रचलनका लागिः प्रचलित कानुनद्वारा कुनै विषयमा कानूनी हकको व्यवस्था भएको तर त्यसको संरक्षणका लागि कानुनी उपचारको व्यवस्था नै नभएको वा भएमा पनि त्यसबाट प्रभावकारी उपचार प्राप्त हुन नसकेमा त्यस्तो हक संरक्षण हुन नसक्ने स्थितिमा पनि रिट जारी हुन सक्दछ ।

३. सार्वजनिक हक वा सरोकारको विवादमा समावेश भएको कुनै संवैधानिक वा कानुनी प्रश्नको निरुपणका लागिः- सार्वजनिक सरोकारको विवादमा पनि रिट जारी हुनसक्दछ तर त्यस्तो स्थितिमा अदालतले अन्य कुनै कानुनी उपचार भए नभएको वा भएमा पनि सो प्रभावहीन भए नभएको तर्फ विचार गर्नुपर्ने अवस्था देखिन्छ ।

रिटका प्रकार (Types of Writ)

रिट जारी गर्ने अदालतको एक विशिष्ट अधिकार हो । रिट विभिन्न थरिका हुन्छन तर वहुप्रचलित एवं सर्वमान्य रिटहरु पाँच प्रकारका छन्।निषेधाज्ञामा पनि रिट निवेदनकै प्रकृया अवलम्वन गरिन्छ। जसको बारेमा तल उल्लेख गरिएको छ ।

बन्दीप्रत्यक्षीकरण (Habeas Corpus)

बन्दीप्रत्यक्षीकरणको रिट सवैभन्दा पुरानो रिट हो। यसलाई रिटहरुको राजा (King of the writs) पनि भन्ने गरिन्छ।जसको खास अर्थ बन्दीलाई सशरीर अदालत समक्ष उपस्थित गरउनु (To have the body before the court) भन्ने हुन्छ।वैयक्तिक स्वतन्त्रताको पहिलो सुरक्षा (First security of personal liberty) को रुपमा लिइन्छ। यो रिट मूलतः थुनाको वैधानिकता तथा प्रशसकिय आदेशको वैधानिकता जाँच्न प्रयोग गरिन्छ।बेलायतमा बन्दीप्रत्यक्षीकरणको रिट सबैभन्दा प्राचीन रिट मानिन्छ। थुनामा रहेको व्यक्तिलाई थुनामा राख्नु पर्ने आधार कारण सहित अदालत समक्ष उपस्थित गराउनु भनी आदेश जारी गरिन्छ।तसर्थ, यो रिटको माध्यमबाट थुनाको वैधानिकता परिक्षण गरिन्छ।[4] यो रिटमा अदालतले मुद्दाको विषयवस्तु (मेरिट)मा प्रवेश नगरी केवल थुनाको आदेश कानुनको अधिकारक्षेत्रभित्र रही गरिएको छ वा छैन भन्ने

[4] The writ of habeas corpus is one of the most ancient writs known to the Common Law of England. It is a writ of immemorial antiquity and the first threads of its origin are woven deeply within the "seamless web of history" and they are concealed and perhaps untraceable among countless incidents that constituted the total historical pattern. In origin, this writ was merely a command by the court to someone to bring before itself the body of a person whose presence was required for some judicial proceeding. The person who had the custody of a prisoner was required by this writ to produce him before the court together with the grounds of detention. The writ thus became a means of testing the legality of the detention and in this form it may be regarded as the immediate ancestor of the modern writ of habeas corpus. Supra note 2, p. 5

कुराको जाँच गर्छ। यसरी परीक्षण गर्दा गैरकानुनी देखिन्छ भने बन्दी प्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी गरी थुना मुक्त गर्ने गरिन्छ। कानुन बमोजिम बाहेक कुनै पनि व्यक्तिको स्वतन्त्रता अपहरण नगरिने संवैधानिक प्रत्याभूति अनुरुप राज्य वा व्यक्तिको तर्फबाट किन नहोस व्यक्तिको स्वतन्त्रताको अपहरण गरिन्छ भने निजलाई गैरकानुनी थुनाबाट मुक्त गरी स्वतन्त्रताको पुनःस्थापना गर्नु यो रिटको मुख्य उदेश्य हो। यो रिट निवेदन थुनामा रहेको व्यक्ति स्वयंमले र आफैले दिन नसक्ने भएमा निजको तर्फबाट अन्य जो सुकैले पनि दिन सकिन्छ। नेपालको संविधानको धारा १७(१) ले कानुन बमोजिम बाहेक कुनै पनि व्यक्तिको वैयक्तिक स्वतन्त्रताबाट बन्चित गरिने छैन भनी प्रत्याभूत गरी स्वतन्त्रता अपहरण भएमा संविधानको धारा १३३,१४४ र १५१ बमोजिम क्रमशः सर्वोच्च अदालत, उच्च अदालत र जिल्ला अदलतले बन्दी प्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी गर्न सक्ने व्यवस्था गरेको छ। त्यस्तै नागरिक अधिकार ऐन, २०१२ को दफा १२ ले प्रचलित नेपाल कानुन बमोजिम बाहेक कुनै व्यक्तिको वैयक्तिक स्वतन्त्रताको अपहरण नगरिने कुराको प्रत्याभूति गरेको थियो। गत भाद्र १ गतेबाट लागु भएको मुलुकी देवानी (संहिता) को दफा २० ले कानुन बमोजिम बाहेक कुनै व्यक्तिको वैयक्तिक स्वतन्त्रताको अपहरण नगरिने कुराको प्रत्याभूति गरेको छ भने दफा २६ मा गिरफ्तार भएको वा थुनिएको व्यक्ति आफैले वा निजको तर्फबाट जोसुकैले बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेशको लागि सर्वोच्च अदालत, उच्च अदालत वा जिल्ला अदालतमा उजुरी दिन सक्ने कानुनी व्यवस्था गरेको छ।

बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी हुने अवस्थाः

१) कानुन बमोजिमको कारवाहीमा अधिकार क्षेत्रात्मक त्रुटी रहेको देखिएमा[5]

२) थुनामा राख्नुपर्ने कानुन बमोजिमको कारण नदेखिएमा[6]

३) पक्राउ पर्दाको अवस्थाको थुना कानुन विपरीत देखिएकोमा[7]

४) बाध्यात्मक रुपमा पालन गर्नुपर्ने कानुन बमोजिमको कार्यविधिको पालन नगरेमा[8]

बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी नहुने अवस्थाः

१) थुनुवा थुनामुक्त भैसकेको अवस्थामा[9]

२) मुद्वा हेर्ने अधिकारीबाट म्याद थप भई कानुनी कारवाहीको सिलसिलामा थुनामा रहेकोमा[10]

---

5 खिल बहादुर गिरी, काठमाडैं, ने.का.प. २०४९, नि.न. ४५२९

6 अम्बर बहादुर गुरुङ वि. त्रि.वि. सुरक्षा गार्ड, ने. का.प. २०५६, नि.न ४४५०

7 वैद्यनाथ प्रसाद कर्णको हकमा टंक प्रसाद लुइटेल वि. महानगरीय प्रहरी समेत, नेकाप २०६९ नि.नं. ८८८०

8 खिमलाल देवकोटाका हकमा श्रीमती लक्ष्मी, वि. गृह मन्त्रालय समेत ने.का.प २०५६, नि.न. ६७७५

9 प्रेम प्रसाद ढकालको हकमा टिकाराम अधिकारी विगृहमन् .त्रालय समेत.नं.नि ,२०४८ ,नेकाप , नि.न. ४२२८

10 सतिश कृपलानिको हकमा सुनिता कृपलानी वि. जि.प्र.का. काठमाडौं, नेकाप, २०४८ नि.न. ४२४४

३) पुर्पक्षको निमित्त थुनामा रहेकोमा[11]।

निवेदक चुडामणी शर्माको हकमा कल्पना उप्रेती शर्मा भएको रिटमा सर्वोच्च अदालतले "धरौटीको अंक केवल विवादित एवं नेपाल सरकारले आफैले उठउन नसकेको बक्यौता कर महसुलमा आधारित भएको देखिँदा त्यस्तो काल्पनिक रुपमा हिसाब गरिएको अस्वभाविक रकम धरौटी वा जमानत मागको पछाडि निज चुडामणी शर्मालाई थुनामानै राख्ने प्रवृत भावनाबाट प्रेरित रहेको थिएन भन्न मिलेन भनी बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिटबाट मुद्धाको तथ्य भित्र प्रवेश नगरी केवल थुना कानुनी वा गैरकानुनी के छ भनि थुनाको वैधानिकताको परिक्षण मात्र गरिन्छ भन्ने यो रिटको स्थापित मान्यता विपरीत आदेश भएको देखिन्छ"। [12]

कुनै पनि निकायले अनुसन्धानको क्रममा पक्राउ गर्न पाउने सो निकायको अन्तर्निहित अधिकार कदापि होइन। आफ्नो अधिकार प्रयोग गर्दा कानूनको प्रक्रियाअनुरूप गर्नुपर्ने देखिन्छ।

कानून प्रदत्त स्वविवेकको अधिकार प्रयोग गर्दासमेत वस्तुनिष्ठ र मनासिब आधार र कारण खुलेको देखिनु पर्दछ। पर्याप्त र मनासिब आधार र कारण नखुलाई प्रयोग भएको स्वविवेकिय कार्यले कानूनी मान्यता पाउन नसक्ने।

अनुसन्धान अधिकृतलाई आयोगलाई भएसरहको अधिकार हुनेछ भन्ने कानूनी व्यवस्थाको अर्थ प्रारम्भिकरूपमा नै मनासिब आधार विना थुनामा राखेर अनुसन्धान गर्न पाउने भन्ने होइन। अख्तियार दुरूपयोग अनुसन्धान आयोग ऐन, २०४८ को दफा १६(१) र दफा १९(४) को अवस्थाको विद्यमानता भएको स्थितिमा मात्र कुनै पनि व्यक्तलाई अन्तिम विकल्पको रूपमा थुनामा राखी अनुसन्धान तहकिकात गर्न सकिने देखिन्छ। थुनामा राखी अनुसन्धान तहकिकात गर्नुपर्दाको अवस्थामा समेत कानूनले निर्धारण गरेको प्रक्रिया नपुर्याई थुनामा राख्न नमिल्ने।

थुनामा राखी अनुसन्धान तहकिकात गर्नुपर्ने अधिकार निःसर्त र निरपेक्ष रहेको नभई ससर्त र सापेक्षिक रहेको हुन्छ। ऐनको दफा १६(१) र दफा १९(४) को पूर्वावस्था नदेखिएसम्म वैयक्तिक स्वतन्त्रतामा आँच आउने गरी थुनामा राख्न पाउने भन्न मिल्दैन। सो व्यवस्थाअनुसार कुनै व्यक्तिलाई पक्राउ गरी थुनामा नराखिएमा के कसरी प्रमाण लोप हुने वा अनुसन्धान तहकिकातमा प्रतिकूल प्रभाव पर्ने भन्ने वस्तुनिष्ठ आधार र कारण दिई थुनामा राख्नु पर्ने।

थुनामा राखी अनुसन्धान गर्नुपर्ने कुनै सन्तोषजनक आधार नभएको वा थुनामा नै राखी अनुसन्धान गर्ने आधार र कारण भएको प्रथमदृष्टिमा नदेखिएको अवस्थामा अनुमति माग गर्नु र यस्तो अवस्थामा अदालतले

---

[11] अम्बर बहादुर गुरुङ वि. त्रि.वि. सुरक्षा गार्ड, ने. का.प. २०५६, नि.न ४४५०

[12] चुडमणि शर्माको हकमा कल्पना उप्रेती शर्मा वि.अख्तियार दुरूपयोग अनुसन्धान आयोग समेत मुद्दा नं. ०७४२ WF-०००१(आदेश मिती २०७४-४-२७)

पनि थुनामा राखी अनुसन्धान गर्नुपर्ने पर्याप्त आधारविना म्याद थपको अनुमति माग गरेकै कारणले आदेशमा तथ्यगत आधार र कारण नखुलाई थुनामा राख्ने अनुमति दिनु मनासिब एवं कानूनसङ्गत नहुने ।[13]

असाधारण उपचार छनौट वा सुविधाको कुरा नभई मौलिक तथा कानूनी हकको गम्भीर उल्लंघन भएको अवस्थाको कुरा हो । असाधारण उपचार अवलम्बन गर्न विशेष अवस्था र परिस्थिति उत्पन्न भएको हुनुपर्दछ । कानूनको ठाडो उल्लंघन, मौलिक अधिकारको प्रत्यक्ष अपहरण र मानव अधिकारको उपहास भएको देखिएमा साधारण अधिकारक्षेत्र उपभोग गरिसकेको अवस्थामा पनि कुनै पनि बन्दी असाधारण अधिकारक्षेत्रमा प्रवेश गर्न सक्दछ । यस्तो अवस्थामा अदालतले आफ्नो न्यायिक भूमिका निभाउनु पर्ने ।

तल्लो अदालतले थुनछेकलाई लिएको तत्काल प्राप्त प्रमाणका आधार पुनरावेदन अदालत समेतले मनासिव मानेको अवस्थामा सर्वोच्च अदालतले ती आदेशहरू प्रतिकूल बन्दीप्रत्यक्षीकरण जारी गर्दा न्यायिक संयम र मर्यादाको उल्लंघन हुन पुग्ने ।

कुनै पनि व्यक्तिलाई अधिकारक्षेत्रात्मक त्रुटि गरी कानूनले अधिकार नै नदिइएको व्यक्ति वा निकायले थुनामा राखेको अवस्था, कानूनद्वारा निर्धारित प्रक्रियाप्रतिकूल थुनामा राखिएको अवस्था र प्राकृतिक न्यायको सिद्धान्त प्राङ्न्याय एवं दोहोरो खतराको सिद्धान्त जस्ता न्यायका आधारभूत मान्यताप्रतिकूल थुनामा राखिएको अवस्थामा अदालतले न्यायिक हिरासतमा रहेको अवस्थामा समेत बन्दीप्रत्यक्षीकरण जारी गर्न सक्ने । तर, तत्काल प्राप्त प्रमाणको मूल्याङ्कन गरी अधिकारप्राप्त अधिकारीले राखेको न्यायिक हिरासतका हकमा बन्दीप्रत्यक्षीकरण जारी गर्दा मुद्दाको निर्णय हुन बांकी नै रहेबाट न्यायिक हस्तक्षेप त हुन पुग्दैन भन्ने कुरामा सतकर्ता अपनाउनु पर्ने ।[14]

परमादेश (Mandamus)

परमादेश वा ल्याटिन भाषाको Mandamus को अर्थ **"हामी आदेश दिन्छौं"** (We Command) हुन्छ। यो एउटा विस्तृत उपचारको स्वभाव भएको विशेषाधिकार सम्पन्न आदेश हो। परमादेश माथिल्लो अदालत बाट अधिनस्थ अदालत, संगठित संस्था तथा सार्वजनिक अधिकारीलाई कानुनबमोजिम प्राप्त कर्तव्य पुरा गर्नु भनी निजहरुका नाममा जारी गरीन्छ।[15] सार्वजनिक कर्तव्य (Public Duty) वहन गर्ने कुनै व्यक्ति वा

---

[13] कनकमणि दीक्षितको हकमा शान्ता दीक्षित वि. अख्तियार दुरउपयोग अनुसन्धान आयोग, ने.का.प. २०४४, अंक १, नि.नं. ९७४४

[14] वासुदेव साहका हकमा अधिवक्ता रामविलास राउट ने.का.प. २०६८, अंक ७, नि.न. ८५६०

[15] In England and Wales, mandamus was originally known as a writ of mandamus and more recently as a Modification of(Supreme Court Act 1981) order 2004 to become a mandatory order. Mandamus is judicial remedy in the form of an order from a superior court to any government, subordinate court, corporation or public authority to do some specific act which that body is obliged under law to do and which is in the nature of public duty, an in certain cases one of a statutory duty. Visit https://en.m.wikipedia.org

निकायले त्यस्तो कर्तव्य पूरा नगरेको कारण उनिहरुको कनुनबमोजिम गर्नुपर्ने कर्तव्य पुरा गर्नु भनि माथिल्लो अदालतबाट तल्लो अदालत निकाय, न्यायाधिकरणका नाममा जारी गरिन्छ। यो रिट जारि हुन कम्तिमा पनि दुई वटा शर्तहरु पुरा भएको हुनुपर्छ। पहिलो, रिट निवेदकसँग निवेदन बमोजिमको माग गर्न पाउने कानुनी अधिकार (Legal Right) हुनुपर्छ। दोस्रो, जसको नाममा यो रिट जारी गरिने हो त्यस्तो व्यक्ति वा निकायसँग निवेदकले माग गरे अनुसारको कार्य गर्नुपर्ने कानुनी दायित्व रहेको हुनुपर्छ।[16]

बेलायतमा सन २००४ बाट यसलाई Mandatory order का नामले सम्वोधन गर्ने गरिन्छ (The orders of mandamus, prohibition and certiorari shall be known as instead as mandatory, prohibiting and quashing orders respectively)[17] परमादेश र निषेधाज्ञामा मौलिक भिन्नता रहेको छ। कुनै पनि व्यक्तिको कानून प्रदत्त हक अधिकारमा आघात पुग्ने प्रवल आशंकाको विद्यमानता रहेको अवस्थामा त्यसलाई रोक्न निषेधाज्ञाको आदेश जारी गरी व्यक्तिको त्यस्तो कानून प्रदत्त हक अधिकारउपर आघात पुग्न नदिनु निषेधाज्ञाको मूल उद्देश्य हो। त्यस्तै कुनै सार्वजनिक निकाय वा पदाधिकारीले कानूनबमोजिम आफूलाई तोकिएको दायित्व र जिम्मेवारी पूरा नगरेको कारणबाट कसैको कानून प्रदत्त हक अधिकारमा आघात पुगेको अवस्थामा त्यस्तो सार्वजनिक निकाय वा पदाधिकारीलाई कानूनबमोजिमको दायित्व पूरा गर्न लगाई व्यक्तिको त्यस्तो कानून प्रदत्त हक अधिकारको प्रचलन गराउन परमादेशको आदेश जारी हुने।[18]

यो रिट जारि हुने वा नहुने बिभिन्न अवस्थाहरु रहेका छन। अनिश्चितकाल सम्म निर्णय नगरेमा, कानुन बमोजिम पूरा गर्नुपर्ने दायित्व पूरा नगरेमा, मौलिक हकको प्रचलन गराउन, संविधान र कानुनद्वारा प्रदान गरिएको सार्वजनिक कर्तव्य निर्वाह गराउन यो रिट जारी गरिनुका सथै क्षेत्राधिकारको अभावमा वा क्षेत्राधिकारभन्दा बढि अधिकार प्रयोग गरी वा निर्धारित कार्यविधि पूरा नगरेमा जारी गरिन्छ भने परमादेशले भैसकेको निर्णय खरेज गर्दैन, किनकी यसको उद्धेश्य त्यसो गर्नु होइन। करारीय (Contractual) हक दायित्व पलना गराउन माग गरेकोमा, कुनै काम गर्ने अधिकार नै नभएको निकायका विरुद्ध परेकोमा, नीतिगत विषयमा, कानुन बमोजिम काम सम्पन्न भैसकेकोमा यो रिट जारी हुदैन।

परमादेशका प्रकार (Types of Mandamus)[19]

A) **Alternative Mandamus:-** an order often issued when an application for writ of mandamus has been made. The alternative mandamus allows the defendant to either perform the action demanded, or appear before the court to give good reason for not performing

---

16 भीमार्जुन आचार्य, सोपान, २०६१, पृ. ४६

17 Section 3(a)(1) of The Civil Procedure (Modification of Supreme Court Act, 1981) Order 2004

18 राजेश कुमार साह वि. पुनरावेदन अदालत जनकपुर, धनुषा समेत,ने.का.प. २०६८, अंक १२, नि.न ८७२७

19 किरण पौडेल, कार्यपत्र रिट, सरकारी वकीलहरूका लागी संवैधानिक कानुनमा विशिष्टीकरण प्रशिक्षण कार्यक्रम, मिति २०७५ श्रावण २० देखि भाद्र ५, महान्यायधिवक्ताको कार्यलय

it.(यसमा अदालतले प्रत्यर्थीलाई निवेदकको माग बमोजिम काम सम्पादन गर्न वा सम्पादन गर्नुनपर्ने भए आधार र कारण सहित अदालतमा उपस्थित हुन आदेश दिन्छ)।

B) **Peremptory Mandamus: -** a categorical command to the defendant to perform the act in question, with no choice or alternative given. The peremptory mandamus is issued when the defendant failed to both perform the act and to appear before the court as ordered in the alternative mandamus. .(यसमा अदालतले प्रत्यर्थीलाई निवेदकको माग बमोजिम काम सम्पादन गर्न वा सम्पादन गर्नुनपर्ने भए आधार कारण सहित अदालतमा उपस्थित हुन दिएको आदेश बमोजिमको काम सम्पादन गर्न अटेर गरेमा निवेदककले उठाएको जिकिर बमोजिमको काम गर्न आदेश दिन्छ)।

C) **Continuing Mandamus:**- an order issued to a lesser government official, or a lower authority, to perform its duty promptly for an unspecified period of time, in order to prevent a miscarriage of justice.(यसमा अदालतले मातहत निकाय वा अधिकारीलाई तत्काल आफ्नो कर्तव्य पुरा गरी अन्याय रोक्न आदेश दिन्छ)।

उत्प्रेषण (Certiorari)

उत्प्रेषण शब्द संस्कृतबाट लिएको हो र यसको अर्थ माथि उठाउनु भन्ने हुन्छ।[20] उत्प्रेषण (Certiorari) को शाब्दिक अर्थ प्रमाणित गर्नु (To Certify अथवा पूर्णरुपमा सूचित हुनु (To be fully informed of) हो। तल्लो अदालत वा निकायले विना क्षेत्राधिकार वा प्राप्त क्षेत्राधिकार भन्दा बाहिर गई कुनै विषयमा निर्णय गरेमा सो निर्णयवाट मर्का पर्ने पक्षले माथिल्लो अदालतमा निवेदन गरेमा माथिल्लो अदालतले सो निर्णय उत्प्रेषणको आदेश द्वारा क्षेत्राधिकारको आधारमा बदर गरिदिन्छ।[21] उत्प्रेषण परमादेश जस्तै सुरुमा "अवशिष्ट रिट" को रुपमा विकसित भएको थियो भने बेलायतमा सन २००४ बाट यसलाई Quashing order का नामले सम्वोधन गर्दै स्थापित न्यायिक आदेशका रुपमा लिइन्छ (The order of mandamus, prohibition and certiorari shall be known instead as mandatory, prohibiting and quashing orders respectively)[22] यसको उद्देश्य कुनै प्रशासनिक अर्धन्यायिक वा तल्लो तहका न्यायिक निकायले आफ्नो कार्यसम्पादन गर्ने सिलसिलामा कुनै गैरकानूनी निर्णय गरेमा त्यसलाई बदर गर्नु हो। यो रिट भैसकेको निर्णय बदर गर्न जारी गरिन्छ। यस अर्थमा यो परमादेश भन्दा फरक छ। बेलायतमा सुरुमा यो रिट चान्सरी डिभिजनबाट मात्र जारी हुने गर्दथ्यो तर बिस्तारै क्विन्स बेन्च डिभिजनबाट पनि जारी हुन थालेको

---

[20] रेवतीरमण खनाल रिट निवेदन,सिद्धान्त र विवेचना,(दोस्रो संस्करण) काठमाडौं साझा प्रकाशन २०४४

[21] A writ of certiorari is a writ directing an inferior court or tribunal, requiring the record of the proceedings in some cause or matter, to be transmitted into the court of the King's Bench Division, to be dealt with there. When an inferior court or tribunal takes up for hearing a matter over which it has no jurisdiction and gives a decision, the aggrieved party may move the superior court for a writ of certiorari and on that an order will be made quashing the decision on the ground of want of jurisdiction. Ramachandran Supra note 2, p.7

[22] Section 3(a)(1) of The civil procedure (Modification of Supreme Court Act, 1981) Order 2004

हो । यस्तो रिट परमादेश जस्तै सार्वजनिक जवाफदेहीको पदमा रहेको पदाधिकारी वा यो प्रकृतिको कार्य गर्ने निकायका नाँउमा जारी गरिन्छ । क्षेत्राधिकारको अभावमा वा क्षेत्राधिकारको सीमा उल्लङ्घन गरेर वा निर्धारित कार्यविधि पुरा नगरेर वा अन्य कुनै कारणले कुनै न्यायिक अर्धन्यायिक वा प्रशासनिक निकायको निर्णय गैरकानूनी र बदरभागी भएमा उत्प्रेषणको रिटबाट त्यस्तो अदालतबाट भएका कुनै त्रुटि वा गल्ति सच्याउन पनि यो रिटको प्रयोग गर्ने प्रचलन छ ।

१. अधिकारक्षेत्रको अभावमा (Absence of jurisdiction) वा सोभन्दा बढी अधिकार प्रयोग गरी निर्णय भएकोमा (Jurisdictional facts)[23]
२. निर्णय गर्नुभन्दा अघि सम्बन्धित पक्षहरू नबुझिएको वा प्राकृतिक न्यायको सिद्धान्त विपरीत निर्णय भएको (Violation of natural justice)[24]
३. कुनै निर्णय गर्नका लागि कानूनद्वारा निर्धारित कार्यविधीको पालना नभई निर्णय गरिएको भएमा,[25]
४. निर्णय गर्दा निर्णय गरिने अधिकारीले बदनियत गरेमा वा निर्णयमा जालसाज वा प्रत्यक्ष गल्ती वा त्रुटी भएको सम्बन्धित निर्णयको मिसिलबाट देखिएमा[26] तर प्रकट रुपमा त्रुटी (Apparent error of law) रहेको नदेखिएमा, नीतिगत विषयमा, वैकल्पिक उपचारको व्यवस्था भएकोमा, करारबाट उत्पन्न हक प्रचलन गराउन माग भएकोमा आदि।

प्रतिषेध (Prohibition) उत्प्रेषण जस्तै यो पनि सुरुमा बेलायतमा अवशिष्ट रिटको रुपमा विकसित भई आधुनिक रिटका रुपमा स्थापित हुनगएको छ ।यो रिट कुनै न्यायिक वा अर्धन्यायिक अधिकारीले गैरकानुनी रुपमा गर्न लागेको निर्णय वा कुनै कार्य रोक्न प्रयोग गरिन्छ।(Prohibition, this remedy prohibits an unlawful act which a public authority is proposing to perform)[27] कुनै न्यायिक वा अर्धन्यायिक निकायले अधिकारक्षेत्र वा अधिकारक्षेत्रभन्दा बढी अधिकार प्रयोग गरी वा कानून उल्लङ्घन गरी कुनै कामकारबही गर्न लागेमा त्यस्तो नगर्नु भनी दिइएको न्यायिक आदेश नै प्रतिषेध हो ।तल्लो अदालत, निकाय वा न्याधिकरणले आफुलाई प्राप्त क्षेत्राधिकार नाघी कुनै न्यायिक प्रकृया निरन्तर जारी गरेमा त्यसो गर्नबाट ति निकाय लाई रोक्न माथिल्लो अदालत बाट प्रतिषेदको आदेश जारी गरिन्छ।[28]

---

23 उषा सिंह राजपुत जिल्ला प्रशासन कार्यालय, काठमाण्डौ, ने.का.प. २०४९, नि.नं. ४५०८, पृ. ३३२

24 भीमबहादुर श्रेष्ठ वि, ने.का.प. २०५३,नि.न. ६२५०,पृ.६५९

25 गजेन्द्र ब. अधिकारी, वि. पहु ककिर्नी, ने.का.प. २०५०, नि.न. ४८२६, पृ. ६७१

26 अच्युतकृष्ण खरेल वि. मन्त्री परिषद्, सचिवालय, ने.क.पा. २०५५, नि.न. ६६२, पृ. ६२४

27 M. Allen B. Thompson. B. Walsh, cases and materials on Constitutional and Administrative Law, 1994 , p.463

28 Prohibition is one of the oldest writs known to law. A writ of prohibition is a writ directed to an inferior court or tribunal forbidding such court or tribunal from continuing proceedings in excess of its jurisdiction or in contravention of the laws of the land. In other words, the object is to confine the courts or tribunals of inferior or limited jurisdiction within their bounds. Ramachandran , supra note 2, p. 6

बेलायतमा सन २००४ बाट यो रिट लाई Prohibiting order को नामले सम्वोधन गरिन थालिएको छ (The order of mandamus, prohibition and certiorari shall be known instead as mandatory, prohibiting and quashing orders respectively.)[29] यसको उद्देश्य सार्वजनिक अधिकार पाएको निकाय वा पदाधिकारीले कुनै कारणले गैरकानूनी निर्णय गर्न लागेमा त्यस्तो गर्नबाट रोक्नु हो । यस अर्थमा यो केही हदसम्म निषेधाज्ञा र प्रतिषेधमा मौलिक भिन्नता छ । कुनै न्यायिक वा अर्धन्यायिक निकाय वा सार्वजनिक अधिकार पाएको व्यक्तिलाई कुनै गैनकानुनी काम गर्नबाट रोक्नका लागी जारी गरिन्छ भने निषेधाज्ञा कुनै कुरा यथास्थितिमा (status quo) राख्नको लागि जारी हुन्छ । तसर्थ यिनिहरुको उद्देश्यमा नै भिन्नता छ ।त्यसैगरी प्रतिषेध भविष्यमा हुने संभावना भएको कार्यका सम्वन्धमा जारी गरिन्छ भने उत्प्रेषण भैसकेकको कार्यका सम्बन्धमा जारी गरिन्छ।

यस बाहेक निषेधाज्ञ कुनै न्यायिक वा अर्धन्यायिक निकाय वा पदाधिकारी वा सार्वजनिक अधिकार पाएको पदाधिकारी वा सर्वसाधारण व्यक्तिको नाँउमा पनि जारी गरिन्छ तर प्रतिषेध सधै सार्वजनिक अधिकार पाएको पदाधिकारी वा निकायका नाँउमा मात्र जारी गरिन्छ।यो रिट निरोधत्मक एंव निषेधात्मक प्रवृतिको हुन्छ। उपचारात्मक होइन।निषेधाज्ञ अस्थायी प्रकृतिको पनि हुन सक्दछ, तर प्रतिषेध सधै स्थायि हुन्छ ।सामान्यतया प्रतिषेधको आदेश देहायको स्थितिमा जारी हुनेगर्दछ।[30]

१. अधिकारक्षेत्रका अभावमा वा सो को सिमा नाघी (absence or excess of jurisdiction) निर्णय हुन लागेमा,
२. प्राकृतिक न्यायको सिद्धान्त विरुद्द निर्णय हुन लागेमा,
३. कानूनद्वारा निर्धारित कार्यविधि पूरा नगरी वा अवैध कानून वा असान्दर्भिक कानूनको आधारमा निर्णय हुन लागेमा,
४. प्रारम्भिकरुपमै कानुनी त्रुटी देखीएको अवस्था (apparent error of law on the face of the record) मा पनि यो रिट जारी गरीन्छ।तर प्रशासनिक कामकारबाहीको विषयमा, वैकल्पिक उपचारको व्यवस्था भएकोमा, नीतिगत विषयमा र निवेदको हकमा कुनै तात्विक असर परेको देखिन नआएकोमा।

अधिकारपृच्छा (Quo warranto)

यसको शाब्दिक अर्थ कुन अधिकारद्वारा (By what authority)यो मल्लकालीन रिट हो, जसबाट कुनै व्यक्ति वा पदाधिकारीले गरेको कुनै कामकारबाही के कस्तो अधिकारअन्तर्गत गरिएको हो भनी सोधिन्छ । भूमिमा बलपूर्वक आफ्नो अधिकार प्रयोग गर्ने भूमिपतिलाई कुन हैसियतले शाही अधिकार प्रयोग गरेको हो

---

29 Section 3(a)(1) of The Civil Procedure (Modification of Supreme Court Act, 1981) Order 2004

30 बालकृष्ण के.सी. वि. जिल्ला प्रहरी कार्यलय, दैलेख समेत, ने.का.प. २०६७, नि.न. ८४५९, पृ. १५१४

भनी सन् १२७४ मा जाँचबुझ गर्न बेलायतमा राजा एडवार्ड प्रथमले आफ्नो एक आयोग पठाएका थिए र यही आधारमा सन् १२९० देखि अधिकारपृच्छाको रिट स्थापित भएको हो।[31] यो रिट सार्वजनिक अधिकारीका नाममा मात्र जारि हुनसक्छ।कुनै पनि सार्वजनिक पदाधिकारीले प्राप्त गरेको सो पद कुन कानुन अन्तर्गत प्राप्त गरेको हो भनि जवाफ माग गरिन्छ,यदि विना अधिकार सो पद प्राप्त गरेको देखिएमा सो पदको enjoyment गर्न बाट खोसिन्छ।[32]

अधिकारपृच्छाको उद्देश्य कुनै न्यायिक वा अर्धन्यायिक वा कुनै सार्वजनिक अधिकार पाएको व्यक्तिले अधिकारक्षेत्रका अभावमा कुनै काम कारबाही वा निर्णय गरेमा त्यस्तो काम कारबाही र निर्णय गर्ने अधिकार कसरी प्राप्त भयो र कुन कानूनअन्तर्गत त्यस्तो गरिएको हो भन्ने कुराको जवाफ माग गरी जारी गरिन्छ । सामान्यतया अनधिकृत रुपमा कसैको अधिकार ,स्वतन्त्रता वा पद खोसिएमा यस्तो रिटको माग गरिन्छ । यो रिट सार्वजनिक अधिकारप्राप्त अधिकारीका नाँउमा मात्र जारी गरिन्छ । अधिकारपृच्छा न्यायपालिकाको त्यस्तो क्षेत्राधिकार हो, जसमा सार्वजनिक अधिकारीको कार्यपालिकीय नियुक्तिमाथि नियन्तण राख्दछ।[33] अधिकारपृच्छालाई अदालतको स्वविवेकमा जारी गरिने रिट भनिन्छ।संविधान र कानुन बमोजिम स्थापित सार्वजनिक निकायका अधिकरी विरुद्द यस्तो रिट जारी गरिने भएकाले यस्तो रिट लाई Remedy against public authority भन्न सकिन्छ।त्यसैले यसलाई निवेदकले अधिकारको रुपमा दावी गर्न सक्ने अवस्था हुदैन (Quo warranto is a discretionary remedy and the petitioner cannot claim this writ as of right.) । सामान्यतया यो यस्तो रिट निम्न स्थितिमा जारी गरिन्छः

१. सार्वजनिक अधिकार पाएको निकाय वा पदाधिकारीले अनधिकृत रुपमा कसैको हक ,स्वतन्त्रता , पद लाभ वा सुविधा खोसेमा
२. सार्वजनिक अधिकार पएको निकाय वा पदाधिकारीले आफ्नो अधिकार प्रयोग गर्दा कनूनद्वारा निर्धारित कार्यविधि पुरा नगरेमा,
३. प्राकृतिक न्यायको सिद्धान्तविपरित निर्णय गरेमा ,
४. यो रिट सार्वजनिक निकाय वा कार्यालयका अधिकारी विरुद्दमा मात्र जारी हुन सक्छ।निजी व्यक्ति वा कम्पनीका विरुद्दमा जारी हुदैन।

---

31 Supra note, 3 p. 426

32 The writ of quo warranto can be issued against the holder of a public office. The writ calls upon him or show the court under what authority he holds the office. If the holder has no authority to hold the office, he can be ousted from its enjoyment. If, on the other hand, he has the authority to hold it, the writ of quo warranto protects him from being deprived of the same. Ramachandran, supra note 2, p. 8.

33 The procedure of quo warranto confers jurisdiction and authority on the judiciary to control executive action in the matter of making appointments to public offices against the relevant statutory provisions: it also protect a citizen being deprived of public to which he may have a right. Supra note 1, p. 157

कुनै सार्वजनिक पद छ र त्यस पदमा भएको नियुक्ति अवैध छ भने सो को विरोध गरी त्यसलाई वदर गराउन कुनै पनि नागरिकले अधिकारपृच्छा माग देखाउनु आवश्यक छैन, विवादास्पद पद सार्वजनिक हो भनेर देखाउनु पर्याप्त हुन्छ।[34]

निषेधाज्ञा (Injunction)

निषेधाज्ञाको साव्दिक अर्थ निषेध गर्नु हो।सामान्यतया कुनै कार्य गर्नबाट निषेध गर्न निषेधाज्ञा जारी गरिन्छ।तर मुद्दाको स्वभाव अनुसार यसको रु निषेधात्मक वा निर्देशनात्मक दुबै हुन्छ।निषेधात्मक निषेधाज्ञा बाट कुनै कुरा गर्न वा गरिरहनबाट रोक्ने वा मनाही गरिन्छ भने निर्देशनात्मक निषेधाज्ञा बाट कसैलाई कुनै कार्य गर्न भनिन्छ।यसरी हेर्दा परमादेश र प्रतिषेध दुबैको केही रुप निषेधाज्ञामा झल्किन्छ । तापनि परमादेश र प्रतिषेध जस्तो संवैधानिक उपचारका असाधारण अधिकारक्षेत्र भित्रका पूर्जी आदेशहरु भन्दा कुनै अवस्थामा निषेधाज्ञा छिटो र बलियो उपाय हुन जान्छ।शुद्ध कारबाहीको दृष्टिकोणबाट हेर्दा पक्षहरुलाई यथस्थितीमा राखी निषेधाज्ञाबाट धेरै जस्तो अवस्थामा छिटो काम हुने मात्र होइन कि तत्कालीक कठिनाई समाधन गर्ने अन्तरिम व्यवस्थाको उपाय पनि हो। कुनै व्यक्तिको कानून प्रदत्त अधिकारमा कसैले आघात पार्ने आशंका भएमा नागरिक अधिकार ऐन, २०१२ को दफा १७ अनुसार उच्च अदालत वा जिल्ला अदालतमा निवेदन दिन सकिने र सम्वन्धित अदालतले अवस्था हेरी आदेश जारी गर्ने र कसैलाई क्षति भएको ठहरेमा क्षतिपूर्ति समेत भराईदिने व्यवस्था ऐनले गरेको थियो। निषेधाज्ञा रिट होइन मुद्दा हो भन्ने मानिन्छ।यस्तो आदेश जारि हुन मुलतः आदेश जारी नगरेमा निवेदकलाई अपुरणीय क्षति हुने देखिएमा, प्रत्यर्थीले प्रथम दृष्टिमा (Prima facie) गरे विराए जस्तो देखिएमा र सुविधा सन्तुलनको (Balance of convenience) दृष्टिबाट उपयुक्त देखिएमा जस्ता अवस्था आवश्यक मानिन्छ। मूलतः अदालतले निषेधाज्ञाको आदेश जारी गर्दा हुन गइरहेको वा भइरहेको काम कारोबारबाट कुनै पनि व्यक्तिको कानूनी हकमा आघात पर्न जाने स्थितिको आशंकाको विद्यमानतालाई नै हेर्ने गरिन्छ र त्यस्तो आशंका तथ्यपरक एवं प्रमाणपरक ढंगले पुष्टि भएको पनि हुनुपर्छ। निषेधाज्ञाको रिटबाट उपचार खोज्ने पक्षले आफूलाई मर्का परेको कुराको आशंकाको विद्यमानता रहेको कुरामा अदालतलाई आश्वस्त पार्न सक्नुपर्छ।[35]

नागरिक अधिकार ऐन, २०१२ को दफा १७०२ (बमोजिम निषेधाज्ञा जारी हुनका लागि जुन सम्पत्तिसम्बन्धी हकमा आघात पर्ने भनिएको हो सो सम्पत्तिमा निवेदकको पूर्ण हक (Absolute Right) अथवा विवादरहित हक (Undisputed Right) हुनपर्ने ।

---

[34] केशवप्रसाद भट्टराई, वि. श्री ५ को सरकार मन्त्रिपरिषद् सचिवालय समेत

[35] गोमा कुमारी पण्डित, मननोरीया देवी, ने.क.पा. २०७४, नि.न. ९७६३ अंक २

सम्पत्तिको आफ्नो हक निहित रहेको तथ्यपूर्ण एवम् सारभूत प्रमाण देखाउन सकेको अवस्थामा निषेधाज्ञा जारी हुन्छ । ऐनद्वारा प्रत्याभूत हकमा आघात पर्ने आशंका व्यक्त गर्नेले सर्वप्रथम आफ्नो हकलाई आधारभूत र सारभूत रूपमा (Substantially) स्थापित गर्न सक्नु पर्ने ।[36]

निषेधाज्ञाको आदेश विवाद रहित हकभोग रहेको अवस्थामा जारी हुने हुन्छ । निषेधाज्ञा जारी हुन निर्विवाद हकको प्रमाण हुनुका साथै त्यस्तो हकको भोग चलनमा अवरोध हुने आशंकाको पनि विद्यमानता रहेको हुनुपर्ने अनिवार्यता रहन्छ ।[37]

नेपालमा पहिलो पटक निषेधाज्ञाको रिट जारी गर्ने अधिकार नेपालको संविधानको धारा १५१ ले जिल्ला अदालतलाई समेत प्रदान गरेको छ। त्यसै गरी गत भाद्र १ गते बाट लागु भएको मुलुकी देवानी (संहिता) ऐन, २०७४ मा कसैले यस परिच्छेद विपरीत कुनै काम कारबाही गरेमा वा गर्न लागेको पर्याप्त आशंका भएमा त्यस्तो काम कारबाहीबाट मर्का पर्न जाने व्यक्तिले आफ्नो अधिकारको प्रचलनको लागि प्रादेशिक क्षेत्राधिकार भएको उच्च अदालत वा जिल्ला अदालतमा उजुर गर्न सक्ने व्यवस्था गरी निषेधाज्ञा शव्द प्रयोग नगरीए पनि सो अनुरुपको उपचार प्राप्त गर्न सकिने देखिन्छ।[38] त्यसैगरी मुलुकी देवानी कार्यविधि (संहिता) ऐन, २०७४ ले कुनै निवेदनको अन्तिम किनारा नभएसम्मका लागि कुनै माग दाबीको कुनै विषय यथास्थितिमा नराखेमा त्यस्तो निवेदनको माग दाबी निरर्थक हुने लागेमा सम्बन्धित निवेदकले व्यहोरा खुलाई अन्तरिम आदेश जारी गर्न माग सक्ने र अदालतले उचित र आवश्यक देखेमा निवेदनको टुङ्गो नलागेसम्मको अवधिको लागि अन्तरिम आदेश जारी गर्न सक्ने व्यवस्था गरेको छ।[39]

निषेधाज्ञा प्रकार (Types of Injunction)[40]

१) **आदेशात्मक निषेधाज्ञा (Mandatory Injunction):-** कुनै काम रोक्न अदालतले नकारात्मक आदेश दिनु भन्दा सकारात्मक आदेश दिनु आवश्यक देखियो भने त्यस्तो अवस्थमा आदेशात्मक निषेधाज्ञा जारी गर्न पनि सक्छ। अर्थात कुनै कानुनी कर्तव्य पालना गर्न बाध्य गर्नको लागि (A mandatory injunction is issued to compel the performance of a duty) आदेशात्मक निषेधाज्ञा गरीन्छ। सार्वजनिक कानुनमा कुनै सार्वजनिक अधिकारीलाई कर्तव्य पालना गर्न लगाउने सम्बन्धमा विशेष उपचारको रुपमा परमादेशको आदेश जारी गर्ने सम्बन्धी छुट्टै उपचारको व्यवस्था भए पनि सर्वसाधारण नागरिकहरुको विरुद्धमा यो ज्यादै उपयोगी हुन्छ।

---

36 देवेन्द्र साह समेत वि. जगदेव साह हलुवाई, ने.का.प.२०६८, नि.नं. ८७१२, अंक ११

37 सूर्यभक्त साँगाछेँ समेत विजय व. राजभण्डारी समेत, ने.का.प. २०५५, नि.न. ६५३४, अंक ४

38 मुलुकी देवानी (संहिता) ऐन, २०७४, परिच्छेद ३, दफा २६(३)

39 मुलुकी देवानी कार्यविधि (संहिता) ऐन, २०७४, परिच्छेद १४, दफा १५८

40 केशवराज पाण्डे, प्रशासकीय कानुन, रमेश सिलवाल, सौराह, चितवन, २०६८ पृ. ३३८

२) **निषेधात्मक निषेधाज्ञा (Prohibitory Injunction):-** कुनै गैरकानुनी रुपमा निरन्तर भैरहने कारबाही वा व्यवहारलाई नियन्तण गर्न वा रोक्न निषेधात्मक आदेश जारी गरिन्छ।(A prohibitory injunction is issued to restrain the commission or continuance of unlawful conduct) खासगरी बारम्बार दोहोरीहरने र गम्भिर रुपमा अपूरणीय क्षति हुने विषयको मुद्धाको अन्तिम सुनुवाई नहुन्जेलसम्मका लागि यस्तो आदेश जारी गरिन्छ।

निषेधाज्ञाको आदेश जारी हुने अवस्थाहरु

१) हकमा आघात पार्ने आशंका भएमा

२) आकृति अनुहार परिवर्तन गर्ने आशंकाको स्थिति विद्दमान भएमा

३) अपूरणीय क्षति व्यहोर्नु पर्ने स्थितिको विद्यमानता भएमा

४) मुद्धा चलिरहेको अवस्थामा विवादित विषयवस्तुलाई यथास्थितिमा राख्नु पर्ने भएमा।

निषेधाज्ञाको आदेश जारी नहुने अवस्थाहरु

१) कार्य नै सम्पन्न भैसकेकोमा

२) हकबेहक छुट्याउन र हकको सिर्जना गर्नुपर्ने भएमा

३) विचाराधीन मुद्धामा असर पर्ने भएमा

४) अनुसन्धानको कार्यमा असर पर्ने भएमा

५) आशंका विद्धमान नभएमा।

रिट पुनरावेदन होइन र रिट अन्तर्गतको सुनुवाइ पुनरावेदन सरहको सुनवाइ पनि हुन सक्दैन । कुनै पनि व्यक्ति रिट निवेदनअन्तर्गत अधिकारप्राप्त अदालतमा प्रवेश गर्दा निजको अधिकार उल्लङ्घन भएको वा हुन लागेको स्पष्टतया स्थापित हुनुपर्दछ । त्यस्तो अधिकारको संरक्षणका लागि कुनै वैकल्पिक उपचार हुनुहुँदैन वा भएमा पनि प्रभावकारी नभएको हुनुपर्दछ वा त्यस्तो उपचारअन्तर्गत संरक्षण गराउन निवेदक सचेत रही कार्यविधि पुरा गरिसकेको हुनुपर्दछ । रिट सार्वभौम वा राष्ट्राध्यक्षका विरुद्व जारी नगरिने पनि प्रचलन छ । रिटमा हदम्यादको व्यवस्था हुँदैन तर मनासिव माफिकको समयभित्र रिट क्षेत्राधिकार अन्तर्गत उपचार माग नगर्ने वा आफ्नो अधिकारप्रति सचेत नरहने व्यक्तिको हकमा भने अनुचित विलम्बको सिद्धान्त (Doctrine of Laches) अनुरुप रिट जारी नगरिने प्रचलन छ ।

स्मरणिय कुरा के छ भने लिखित संविधान भएका देशमा संविधानद्वारा नै मौलिक हकको व्यवस्था हुने र त्यस्तो अधिकारको संरक्षणका लागी मात्र रिट जारी गरीन्छ। अन्य कानूनी हक वा करार कानूनअन्तर्गतको हकमा भने सामान्यतया रिट क्षेत्राधिकार आकृष्ट हुँदैन ।

रिट क्षेत्राधिकारका सीमाहरु (Limitations of writ jurisdiction)

देशको सर्वोच्च न्यायलयलाई प्रदान गरिएको असाधारण अधिकारक्षेत्र अन्तर्गत रिट जारी गरीन्छ। तर यो अदालतको निरपेक्ष अधिकार भने होइन। यसका पनि केही निश्चित सिमाहरु छन्। जसलाई निम्नानुसार उल्लेख गरीएको छ।

१) एक पटक समाधान भइसकेको विषय वा अदालतमा विचाराधीन रहेको विषय

२) सामान्यता राजनीतिक प्रश्नमा रिट क्षेत्र आकर्षित हुदैन।

३) संविधान विपरीत कार्य गरेको अवस्थामा बाहेक विधायिकी कार्यमा रिट जारी गरिदैन।

४) प्रभावकारी वैकल्पिक उपचारको मार्ग भएको बिषय।

५) अनुचित विलम्व गरी अदालतमा प्रवेश गरको विषय।

६) नीतिगत प्रश्न समावेश भएको विषय आदि जस्ता विषयहरु रिट क्षेत्राधिकारका अपवाद मानिने हुँदा यि विषयहरुको निरुपण रिटबाट गर्न सकिन्दैन।

रिट क्षेत्राधिकारका सम्वन्धमा सर्वोच्च अदालतको न्यायिक दृष्टिकोण: नेपालको संविधानले संविधान र कानूनको व्याख्या गर्ने अन्तिम अधिकार सर्वोच्च अदालतलाई हुने व्यवस्था गरेको छ। यसका अलावा संविधानद्वारा प्रदत्त मौलिक हक उपर अनुचित बन्देज लगाईएको वा अन्य कुनै कारणले कुनै कानून संविधानसँग बाझिएकोमा प्रारम्भ देखि वा निर्णय भएको मिति देखि अमान्य वा बदर घोषित गर्न सक्ने अधिकारक्षेत्र सर्वोच्च अदालतलाई हुने व्यवस्था छ। यसैगरी संविधानद्वारा प्रदत्त मौलिक हकको प्रचलनका लागि वा अर्को उपचारको व्यवस्था नभएको वा अर्को उपचारको व्यवस्था भए पनि त्यस्तो उपचार अपर्याप्त वा प्रभावहिन विवाद समावेश भएको कुनै संवैधानिक वा कानूनी प्रश्नको निरुपणका लागि उपयुक्त र आवश्यक आदेश जारी गर्ने, उचित उपचार प्रदान गर्ने, त्यस्तो हकको प्रचलन गराउने वा विवादको टुङ्गो लगाउने असाधारण अधिकारक्षेत्र सर्वोच्च अदालतमा निहित छ।असाधारण अधिकारक्षेत्र अन्तर्गत सर्वोच्च अदलतले बन्दीप्रत्यक्षीकरण, परमादेश, उत्प्रेषण र अधिकारपृच्छा लगायत अन्य उपयुक्त आदेश जारी गर्न सक्छ। यसको अलावा संविधानको व्याख्या तथा कानूनको शासन कायम गर्ने कुरामा पनि सर्वोच्च अदालतको भूमिका रहने देखिन्छ। सो भूमिका निर्वाह गर्ने क्रममा केहि मुद्धाका सन्दर्भमा सर्वोच्च अदालतको दृष्टिकोणलाई यहा उल्लेख गर्ने प्रयास गरीएकको छ।

कारागार नियमावली, २०२० को नियम २९को उपनियम (१क) मा भएको सजाय छोट्याउन नसकिने नकारात्मक सूचीका अपराधहरुमा जबरजस्ती करणीको अपराध समावेश भएपनि सोही नियमको उपनियम (२क) को व्यवस्थाले ७० बर्ष उमेर पुगेका कैदीहरुलाई पचहत्तर प्रतिशत सजाय छोट्याउन उपनियम (१क) मा रहेको सूचि आकर्षित हुनसक्ने अवस्था देखिएन।उपनियम (१क) ले नै ७० बर्ष पुगेका

कैदीहरुलाई सजाय छुट दिँदा (१क) लाई बाहेक गरेको हुँदा उमेरको आधारमा सजाय छोट्याउँदा उपनियम (१क) मा उल्लिखित अपराधमा सजाय पाएका कैदीहरुको हकममा समेत उपनियम (२क) आकर्षित हुने।[41]

कानुन अनुसार अदालतबाट भएको फैसला अनुरुपको जरिवाना, सजाय तिर्न नसकेबापत कैदमा बस्नुपर्ने अवधि भुक्तान भइसकेपछिको थुनालाई कानुनी थुना मान्न नसकीने।[42]

कानून बमोजिम आदेश गरी थुनामा राखेको मुद्दाको विषय वस्तु भित्र प्रवेश गरी उक्त मुद्दालाई असर पर्ने रिट क्षेत्रबाट हेर्न नमिल्ने भएपनि चलाइएको मुद्दामा थुनामा राख्दा कानूनको जालसाजीपूर्ण प्रयोग गरिएको छ छैन।थुनामा राख्दा अनिर्वाय रुपमा पालन गर्नुपर्ने आधारभूत कानूनी प्रक्रियाको अवलम्वन गरिएको छ छैन जस्ता कानूनी तथा सैद्दान्तिक दृष्टिकोणले कुनै व्यक्तिलाई थुनामा राखिएको कार्यको न्यायिक परिक्षण रिट क्षेत्रबाट गर्न मिल्ने मान्यता स्थापित भएको छ।[43]

देशको सार्वभौमसत्ता ,अखण्डता वा सार्वजनिक शान्ति र व्यवस्थामा तत्काल खलल पर्ने पर्याप्त आधारको विद्यमानता देखिएकोमा कुनै व्यक्तिलाई थुन्नुपर्ने कुनै उचित र पर्याप्त आधार रहेको स्थानिय अधिकारीको निष्कर्ष, नजरबन्दमा राख्नुपर्ने कारण र आधार स्पष्ट रुपमा खुलेको आदेश र आदेशमा उल्लेखित संभावनामा वस्तुगत र तथ्यगत आधार देखिनुपर्ने दृष्टिकोण अदालतले राखेको देखिन्छ। नजरबन्दको आदेश जारी गरिएकोमा ऐनमा परेको वाक्य उल्लेख गर्नु मात्र नजरबन्दमा राख्नको लागि पर्याप्त हुँदैन र त्यसमा लिइएको आधार र कारण उचित र पर्याप्त देखिनु पर्दछ।[44]

Legislature ले बनाएको कानून संविधानसँग बाझेको भनी त्यस्तो कानूनलाई अमान्य वा वदर गर्न माग गरेको कानून कसरी र कति कारणले बाझियो सो प्रमाणित गर्ने भार निवेदकमा रहन्छ।संविधानसँग Legislature ले बनाएको कानून बाझिएको छ भन्नेले अदालतलाई सन्तोषजनक तरिकाले Convince गर्न नसकेमा शंकाको सुविधा Parliament लाई जाने सिद्धान्तलाई अदालतले अवलम्वन गरेको छ।[45] कुनै पनि व्यक्तिले आफ्नो हक भोगको सम्पति कानूनले व्यवस्था गरे बमोजिम उपयोग गर्ने, भोग गर्ने बेच बिखन गर्ने वा अन्य कारोवार गर्न पाउने हुन्छ। Eminent Domain को विधिशास्त्रिय अवधारणा अनुसार राज्यले व्यक्तिगत सम्पतिको अधिग्रहण, प्राप्ति वा सो उपर अधिकारको सिर्जना (Requisition, Acquisition and creation of Encumbrance) गर्न सक्छ। तर व्यक्तिगत सम्पतिको अधिग्रहण ,प्राप्ति वा अधिकारको

---

41 Earnest Fenwick Macintosh भन्ने E Fenwick Macintosh विरूद्ध कारागार कार्यालय जगन्नाथदेवल, त्रिपुरेश्वर काठमाडौं समेत, ने.का.प,२०७४, अङ्क १२, नि.नं. ९९०९,पृ. १९८२

42 ल्हामू तामाङ विरूद्ध उच्च अदालत,पाटनसमेत, ने.का.प.२०७४, अङ्क ८, नि.नं. ९८६४,पृ. १४४७

43 ठाकुर गैरे समेत विरुद्ध गृह मन्त्रालय, काठमाडौं समेत ने.का.प.२०६३, अङ्क ३, नि.नं. ७६७२

44 टिकाराम अधिकारी विरुद्ध प्रम तथा मपका,सिंहदरवार समेत ने.का.प .२०६३ अङ्क २, नि.नं .७६४५

45 राजिव वास्तोला विरुद्ध प्रम तथा मपका,सिंहदरवार समेत ने.का.प .२०६३ ,अङ्क ६ ,नि. नं. ७७०९

सिर्जना सार्वजनिक हितको लागि मात्र हुनु पर्ने र त्यस्तो गर्दा सम्पतिको मनासिव क्षतिपूर्ति दिइनु पर्ने हुन्छ भन्ने मान्यतालाई अदालतले स्थापित गरेको छ।[46]

सवै प्रकारका नीतिगत निर्णयमा अदालतले हस्तक्षेप गर्ने हो भने ती निकायको कार्यप्रणालीमा एकातर्फ अदालतको अनावश्यक हस्तक्षेप हुन पुग्दछ भने अर्कोतर्फ अदालतको आदेश सधै र सवै अवस्थामा कार्यान्वयनयोग्य हुन नसकी यस्तो विषय न्यायिक व्यवस्थापकीय मापदण्ड (Judicially Manageable Standard) भन्दा बाहिर समेत पर्न आउने हुँदा निवेदनमा उल्लिखित प्रकृतिका विषयहरूमा नेपाल सरकारलगायत अन्य स्वायत्त निकायहरूले लिने र लिनुपर्ने नीतिगत निर्णयका विषयमा अदालतले सकभर हस्तक्षेप गर्न उपयुक्त हुने देखिदैन। त्यसैले निवेदनमा उठाइएको जस्ता विषयहरूमा अदालतले हस्तक्षेप नगरी स्वेच्छिक रुपमा न्यायिक आत्मसंयम (Judicial Self-Restraint) अपनाउनु नै वान्छनीय देखिन आउने।।[47]

संविधान र कानूनले नागरिक हुन तोकेको योग्यता नपुगेको व्यक्ति जतिसुकै अवधि बसोवास गरेको भएपनि नागरिक बन्न नसक्ने। प्रत्येक व्यक्तिको लागि नागरिकताको प्रमाणपत्रको महत्व हुन्छ।नागरिक नभई कसैले पनि यो देशको राजनीतिक अधिकार प्रयोग गर्न नपाउने। तोकिएको अधिकारीले संविधान , कानून वा कानूनको गलत अर्थ गरेर कुनै नागरिक नागरिकताको प्रमाणपत्र पाउनबाट बञ्चित हुन सक्दैन। नागरिकताको प्रमाणपत्र प्राप्त गर्न कठिनाईको सामना गर्न पर्ने कुरा स्वीकार्य नहुने। बाबु वा आमा मध्ये कुनै एक मात्र नेपालको नागरिक भए पनि त्यस्तो व्यक्तिले नेपालको नागरिकता प्राप्त गर्नसक्ने सिद्दान्त सर्वोच्च अदालतले प्रतिपादन गरेको छ।[48]

फौजदारी मुद्दाको अनुसन्धानका क्रममा मनासिब शंकाको घेरामा परेका व्यक्तिलाई नियन्त्रणमा लिई अनुसन्धान प्रक्रियालाई सहज बनाउने कानूलाई हस्तक्षेप गर्दा शान्ति, सुव्यवस्था कायम गर्ने राज्यको अधिकार कुण्ठित हुन जान्छ।मुद्दाको पुर्पक्ष भनेको मुद्दाको अन्तिम निर्णय होइन, अभियुक्तको कसूर प्रमाणित नहुँदैको अवस्थामा त्यसरी थुनामा राखिने क्रियाले व्यक्तिगत दृष्टिले वैयक्तिक स्वतन्त्रता नियन्त्रित भएको हुन सक्छ, तर अपराधको प्रभावकारी अनुसन्धान गरी अपराधीलाई दण्डित गर्ने कार्यको अभावमा स्वतन्त्रता र सुरक्षाको हकले सार्थकता पाउन नसक्ने हुँदा अभियोग लागेका मानिसलाई अनुसन्धानका सिलसिलामा पक्राउ गर्न नपाउने हो भने व्यक्तिको सुरक्षाको अधिकार सुरक्षित हुने वातावरण बन्दैन भन्ने सिद्दान्त सर्वोच्च अदालतले प्रतिपादन भएको छ।[49]

---

[46] पदमवहादुर भण्डारी समेत विरूद्ध नेपाल सरकार, रक्षा मन्त्रालय समेत ने.का.प.२०६३,अङ्क ८ ,नि. नं . ७७४७

[47] अधिवक्ता रामकृष्ण काफ्ले वि. प्र.तथा मं. कार्यालय समेत ने.का.प.२०६७ ,अङ्क ६ , नि. नं. ८३९०

[48] सविना दमाई समेत विरुद्ध नेपाल सरकार, प्रम तथा मपका समेत ने.का.प .२०६६, अङ्क २ नि. नं .८५५७

[49] अच्यूतप्रसाद खरेल विरुद्ध प्रम तथा मपका, सिंहदरवार, काठमाडौं समेत ने.का.प.२०६६ अक १२ नि. नं .८२७५

पदिय जिम्मेवारी अनुसारको योग्यता र क्षमता वस्तुगत आधारमा यकिन गरेर मात्र योग्यतम् व्यक्तिलाई संवैधानिक अङ्गगको पदाधिकारीको पदमा नियुक्त गरिनु वाञ्छनिय देखिन्छ। योग्यता नै नपुगेको व्यक्तिलाई संवैधानिक पदाधिकारीको पदमा स्वेच्छाचारी तवरबाट नियुक्त गरिएमा संविधानको उल्लङ्घन हुन पुग्ने भनी त्यस्ता नियुक्ति बदर हुने भन्ने दृष्टिकोण अदालतले अबलम्बन गरेको छ।[50]

नियुक्ति पाउनेले तोकिएको अवधिसम्म प्रचलित कानूनअनुरुप काम गर्न पाउने र सो वापत तलब भत्ता सुविधा पाउने वैध अपेक्षा (Legitimate Expectation) राख्नु स्वभाविक नै हुन्छ।ऐन, नियम सुचित आदेश तथा निर्णय समेतवाट कुनै अवधि तोकी दिइएको नियुक्तिपत्रमा तोकिएको अवधिसम्म काम गर्न पाउने वैध अपेक्षा राख्न पाउने हक भएको व्यक्तिका हकमा विना कानूनी प्रक्रिया नियुक्तिकर्ताको ईच्छानुकूलताको सिद्धान्त (Doctrine of Pleasure) क्रियाशील हुन सक्तैन।सार्वजनिक पदमा नियुक्ति पाई सो पदमा रहने समेतको कानूनी हक सिर्जना भएको व्यक्तिलाई के कति कारणले आफ्नो सेवाको अन्त्य गरिएको हो भन्ने जानकारी पाउने अधिकार रहन्छ ।[51]

समान पदका लागि आफ्नो शैक्षिक उपाधिलाई मान्यता प्रदान गरी राजपत्रमा सुचना समेत प्रकाशित भएसकेको अवस्थामा सोही शैक्षिक उपाधी समान पदमा बढुवा हुनका लागी द्विविधा पर्न जाने अवस्था नै हुँदैन। यस्तो व्याख्या गरिने हो भने त्यो Absurd interpretation हुनजाने।

कुनै व्यक्तिले संविधान एवं कानून प्रदत्त हक अधिकारकको उल्लङ्घन भएको अवस्थामा त्यस्तो अधिकारको प्रचलत गराउने कानूनी मार्ग अख्तियार नगरी अधिकार प्रचलन गराउन तिर नलागेर चुपचाप बस्दछ भने त्यस्तो अवस्थामा समर्पणको सिद्धान्त आकर्षित हुने।

अधिकार परित्याग गर्ने मनसाय राखि वा स्वेच्छाले अधिकार परित्याग नगरेसम्म अधिकार परित्याग गरेको मान्न नमिल्ने।

एउटै शैक्षिक योग्यता एकपटक सेवासँग सम्बन्धित हो भनी निर्धारण भइसकेपछि कानून त्यही रहीरहेको अवस्थामा अर्को पटकको बढुवामा पुनः मूल्याङ्कन गराई रहनु नपर्ने।

कुन श्रेणिको भन्ने विषयमा सम्बन्धित विश्वविद्यालयले आफूले दिएको उपाधि अमूक श्रेणिमा पर्छ भनी प्रमाणित गरिदिइसकेपछि त्यस विषयमा पनि अल्मलिई रहनु नपर्ने।[52]

संवैधानिकता को प्रश्नमा अनुचित विलम्बको सिद्धान्त (Principle of Laches) लागू नहुने।

---

50 ओमप्रकाश अर्याल विरूद्ध राष्ट्रपतिको कार्यालय,काठमाडौं समेत, ने.का.प. २०७३,अक ११, नि. नं. ९७१०

51 स.अ.वु २०६८, अंक २४, आदेश मिति २०६८ चैत १७

52 शिवकुमार बस्नेत विरुद्ध लोकसेवा आयोग केन्द्रीय कार्यालय समेत ने.का.प.२०६४ अंङ्क१०, नि. नं. ७८९४, पृष्ठ ३५२

मौलिक हक र संवैधानिकताको प्रश्नमा केही सिमित व्यक्तिको हितलाई विचार गरि निर्णय गर्न मिल्ने हुँदैन। सम्पुर्ण संवैधानिक व्यवस्था र संविधानको मर्म एवं केही सिमित व्यक्तिहरुको हितभन्दा सम्पुर्ण नेपाली जनताको हित हेर्नुपर्ने।[53]

कुनै फौजदारी अपराध नैतिक पतन देखिने फौजदारी कसुर हुनका लागि सो कसुर निज कसुरदारको नैतिक आचरणसँग सम्बन्धित कार्य वा कसुर हो भनि ठोस आधार र वस्तुगत कारण हुनुपर्दछ। साथै सो कसुर गर्दा कसुरदारको अपराधिक मनसाय वा उद्देश्य कसुर गर्दाको परिस्थिति अवस्था र परिणाम तथा त्यसबाट पर्नसक्ने प्रभाव समेतलाई विचार गर्नुपर्छ।

कुनै कार्य नैतिक आचरणसँग सम्बन्धित कार्य वा कसुर हो भन्ने कुरा व्यक्ति वा समाजको परिवेश, अवस्था, विचार र दृष्टिकोणमा पनि आधारित हुन्छ। फौजदारी अपराध र नैतिक पतन देखिने फौजदारी अपराध पर्यायवाची होइन। कानूनले दुवैलाइ पर्यायवाची मानेको भए फौजदारी अपराधमा नैतिक पतन देखिने भन्ने विशेषण लगाउन आवश्यक हुने थिएन। नैतिक पतन देखिने कसुरलाई कुनै कानूनद्वारा परिभाषित गरिएको नभएपनि सो कसुर सामान्य फौजदारी कसुरभन्दा पृथक र सामान्य समझ (Ordinary Prudence) भएका व्यक्तिको दृष्टिकोणमा नैतिकता, आचारण, तथा मानिसको चरित्रलाई, गिराउने र धमिलो पार्ने, दाग लगाउने किसिमको कसुर हो भनी बुझ्नुपर्ने।

दुई पक्षबिच झैझगडा भई मानिसको मृत्यु भएको कारणबाट फौजदारी मुद्दा चलेको र सो फौजदारी मुद्दामा सजाय पाएको परिस्थितिमा चलेकको ज्यान मुद्दालाई नैतिक पतन देखिने कसुर हो भनि कुनै दृष्टिकोणले भन्न नमिल्ने। फौजदारी कसुरमध्ये केवल नैतिक पतन देखिने फौजदारी कसुरमा अदालतबाट सजाय पाएकोलाइ हटाउनेसम्म व्यवस्था भएबाट ज्यान मुद्धा लगायतका अन्य फौजदारी कसुरमा सजाय पाएकालाई उक्त कानुनी व्यवस्थाबमोजिम शैक्षिक नोकरीबाट हटाउन नमिल्ने। [54] अनियमित र गैरकानूनी ढंगले प्राप्त गरिएको पेन्सन पट्टाबाट यी निवेदिकाको कानूनी हकको सिर्जना हुन सक्दैन। साथै गैरकानूनी ढंगबाट पहिला पेन्सन पट्टा प्राप्त गरिएता पनि त्यसलाई रोकेको कार्यलाई गैरकानूनी भन्न नमिल्ने। कानुन बमोजिम पुरा गर्नु पर्ने दायित्व पुरा नगर्ने सरकारी वा सार्वजनिक निकायको पदधिकारीलाई सो कानुनी दयत्वि पुरा गर्न लगाउने प्रयोजनको लागि परमादेश जारी हुने हो। अनियमित र गैरकानुनी कार्यलाई रोकेकोमा सोही कार्यलाई पुनः निरन्तरता दिन लगाउने परमादेश कदापी होइन। यसको प्रयोग गरेर कसैले कुनै पदधिकारी बाट अनियमित काम गराउन सक्ने वा गैरकानुनी लाभ प्राप्त गर्न सक्ने अपेक्षा राख्न नै सफा हातले अदालत प्रवेश नगर्नु हो। असल नियत र सफा हातले अदालत

---

[53] सञ्चिता न्यौपाने विरुद्ध प्रम तथा मपका समेत ने.का.प.२०६९, अङ्क ४ नि. नं. ८८०२, पृष्ठ ५५१

[54] वृषबहादुर राई विरुद्द शिक्षा तथा खेलकुद मन्त्रालय समेत ने.का.प. २०६७ अङ्क १० नि.नं. ८४८१

प्रवेश नगरेको व्यक्तिको हकमा अदालतले असाधारण अधिकारक्षेत्रको प्रयोग गरी कानूनि उपचार प्रदान गर्न नसकिने।[55]

Public Trust Doctrine अन्तर्गत नेपालको प्राकृतिक स्रोतमा नेपाल सरकार Trustee सम्म मात्र हुने र नेपालको प्राकृतिक स्रोतको कुनै कानूनी आधारवेगर छाडा रुपले केवल नाम मात्रको राजश्व बुझाएको भरमा मात्र वातावरणमा प्रतिकूल प्रभाव पार्ने गरी कार्य गर्न दिन नहुने। वातावरण प्रदूषण वास्तवमा राज्यको खराब Socio–Economic Policy को कारण नै हुने हो। यदि यस पुनीत कार्यमा कार्यपालिकाले आफ्नो संबैधानिक कर्तव्य पालना गर्न ढिलाई गर्छ वा पछि पर्छ भने नागरिकहरूको मौलिक हकको Guardian अदालत चूप लागेर बस्न हुँदैन। वातावरण जोगाउने यस अदालतले पाएको Constitutional Mandate पूरा र पालना गर्नुपर्ने।[56]

निष्कर्ष

नागरिकको मौलिक हकअधिकारको संरक्षण गर्ने महत्वपूर्ण कानुनी माध्यमको रुपमा रिट क्षेत्र लाई मानिन्छ। खास गरी २०४७ मा प्रजातन्त्र पुनःस्थापना भएपछि नेपाल अधिराज्यको संविधानले न्यायपालिकालाई न्यायिक स्वतन्त्रता प्रदान गरि सर्वोच्च अदालतले रिट क्षेत्रको माध्यम बाट जारी अदेशहरुले संवैधानिक विधिशास्त्र लाई समृद्ध तुल्याउन सहयोग पुगेको छ। कानुनी शासन स्थापना गर्नका लागि, शक्तिको स्वेच्छाचारी प्रयोगमा नियन्तण लगाउन लागि एवं पूर्ण न्याय प्रदान गर्नका लागि विकसित भएको अवधारणा हो। तल्ला तहका अदालतमा समेत रिट क्षेत्राधिकारको वृद्धि भएबाट न्यायिक अधिकार विदेन्द्रित हुनगई न्यायमा पहुँच अभिवृद्धि हुन गएको छ।

---

[55] उषामैया के.सी. विरुद्ध रक्षा मन्त्रालय, काठमाडौं समेत, ने.का.प. २०६६ अङ्क ६, नि.नं. ८१७६

[56] अधिवक्ता नारायणप्रसाद देवकोटा, ने.का.प. २०६७, अंक १२, नि.व. ८५२१

नेपालमा अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको संवैधानिकीकरण

✍ दशरथ पगेनी♦

१. विषय प्रवेश

राष्ट्र, अन्तर्राष्ट्रिय संगठन तथा अन्य अन्तर्राष्ट्रिय व्यक्तिहरूको आचरण तथा पारस्परिक सम्बन्धलाई संचालित एवं नियमित गर्ने नियम तथा अन्य श्रोतहरूको समूहलाई अन्तर्राष्ट्रिय कानून भनिन्छ। प्रारम्भमा अन्तर्राष्ट्रिय कानून धर्मशास्त्रबाट प्रेरित भएको देखिन्छ। अन्तर्राष्ट्रिय कानूनका कतिपय नियमहरू जस्तैः न्यायपूर्ण र अन्यायपूर्ण एवं उचित र अनुचित युद्ध, दुत बध निषेध, योध्दा र अयोध्दा बीच फरकका मान्यताहरू विभिन्न धर्म ग्रन्थहरूबाट अनुशरण गरेको पाइन्छ। तापनि आधुनिक अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको थालनी भने सोह्रौ शताब्दिमा युरोपबाट भएको हो। यसका प्रणेता हलैन्डका विधिशास्त्री ह्युगो ग्रोशस (Hugo Grotius (1853) लाई मानिन्छ। उनले सन् १६२५ मा "युद्ध तथा शान्तिको कानून"नामक पुस्तक मार्फत अन्तर्राष्ट्रिय विधिशास्त्रको एक शाखाको रूपमा प्रस्तुत गरेकाले उनलाई अन्तर्राष्ट्रिय कानूनका पिता (Father of International Law) पनि भन्ने गरिन्छ। यस पुस्तकबाट प्रभावित भई युरोपका धार्मिक युद्धरत राष्ट्रहरूले युद्ध अन्त गर्नका लागि अन्तर्राष्ट्रिय सम्मेलनको आवश्यकता देखी वेस्टफालियामा पहिलो अन्तर्राष्ट्रिय सम्मेलन समेत गरे। यस सम्मेलनले युरोपमा ३० वर्षदेखि चलिआएको धार्मिक युद्धको अन्त्य गऱ्यो। अन्तर्राष्ट्रिय सम्मेलनलाई साझा मञ्चको रूपमा प्रयोग गर्ने अभ्यासको थालनी गरिदियो। यसका साथै स्थायी कुटनीतिक नियोग र विदेश मामला हेर्ने कार्यालयहरूको स्थापना हुन थाले। अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको विकासक्रममा प्रथम विश्वयुद्धको समाप्तिको सम्बन्धमा भएको भर्सेयाली सन्धिले राष्ट्र संघ (League of Nations) र दोश्रो विश्वयुद्ध पश्चात् सन् १९४५ मा संयुक्त राष्ट्र संघ (United Nations) जस्ता महत्वपूर्ण अन्तर्राष्ट्रिय संगठनहरू स्थापना हुन पुगे। संयुक्त राष्ट्र संघको स्थापना भए पश्चात् भने सन्धि संयुक्त राष्ट्र संघमा दर्ता गर्नु पर्ने[१] व्यवस्था भएबाट अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको विकास मुख्य रूपले यसै संगठनको तत्वावधानमा हुदै आइरहेको पाइन्छ।

विधिशास्त्रको प्रकृतिवादी विचारधाराले राष्ट्रहरू बीचको सम्बन्ध प्रकृति प्रदत्त नियममा आधारित रहेकाले अन्तर्राष्ट्रिय कानूनलाई प्राकृतिक कानूनको भागको रूपमा व्यख्या गर्न पुगे भने प्रत्यक्षवादी विचारधाराले अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको मुख्य आधार अन्तर्राष्ट्रिय सन्धि, प्रथा र राष्ट्रहरूको आपसी व्यवहारलाई जोड दियो। पछिल्लो समयसम्म आइपुग्दा सन्धिजनित कानूनको आधारमा अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको विकास हुन थाल्यो। फलस्वरूपः सन् १८१५ को भियना सम्मेलन पश्चात् अन्तर्राष्ट्रिय कानूनमा सहमतिको सिद्धान्त, आत्म परिसीमनको सिद्धान्त, इमान्दारीसाथ सन्धिहरूको पालना गर्नुपर्ने

♦ उपन्यायाधिवक्ता, महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय।

[१] Charter of the United Nations, 1945, Articles 102.

सिद्धान्त, मौलिक अधिकारको सिद्धान्त, नैतिकताको सिद्धान्त लगायतका सिद्धान्तहरू विकसित भएका देखिन्छन् । यी सिद्धान्तहरूको सारलाई समष्टिगत रूपमा केलाउदा सन्धि मार्फत नै राज्यले अन्तर्राष्ट्रिय कानूनका नियमहरू निर्माण गरेका हुन्छन् र त्यसलाई यसका सदस्य राष्ट्रहरूले नैतिकरूपमा इमान्दारीसाथ पालना गर्नुपर्छ भन्ने नै हो । राज्यहरूले निर्माण गरेका अन्तर्राष्ट्रिय कानूनका यी नियमहरूबाट उत्पन्न हुने दायित्व कार्यान्वयनका लागि सम्बन्धित मुलुकको राष्ट्रिय कानून प्रतिकूल वा बाधक नबनोस् भनी संसारका प्रायः सबै मुलुकहरूको संविधान एवं कानूनमा नै आवश्यक संयन्त्रको व्यवस्था गरिएको हुन्छ । संविधानमा गरिएको यस्तो प्रकारको व्यवस्थालाई अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको संवैधानिकीकरण भनिन्छ । यसलाई अर्को अर्थमा अन्तर्राष्ट्रिय सन्धिहरूलाई राष्ट्रिय कानूनमा समाहित गर्ने प्रक्रियाको रूपमा पनि बुझ्न सकिन्छ । तसर्थः प्रस्तुत कार्यपत्रमा अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको संवैधानिकीकरणका सम्बन्धमा नेपालको संवैधानिक व्यवस्था, दुई पक्षीय र बहुपक्षीय सन्धि सम्झौताको अधिकार, सन्धिको अनुमोदन गर्ने प्रक्रिया, सघीय शासन र सन्धि सम्झौता तथा करारको अधिकार, सन्धि सम्झौताको अनुमोदनमा आउन सक्ने विवादहरू, सन्धिको व्यवस्था र राष्ट्रिय कानूनको न्यायिक पुनरावलोकन एवं न्यायिक दृष्टिकोणका बारेमा समेत उल्लेख गर्ने जमर्को गरिएको छ ।

२. सवैधानिक व्यवस्था

नेपाल एक स्वतन्त्र तथा सार्वभौमसत्ता सम्पन्न राष्ट्र भएकोले यो अन्तर्राष्ट्रिय समुदायको पूर्ण सदस्य र अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको विषय पनि हो । नेपाल संयुक्त राष्ट्रसंघको सदस्य (सन् १९५५ डिसेम्बर १४) समेत बनिसकेको छ । यसले १५८ (उज्वेकिस्तान)[२] राष्ट्रहरूसँग दौत्य सम्बन्ध कायम गरेको छ भने २७ वटा भन्दा बढी बिभिन्न मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय महासन्धिहरूको पक्ष समेत भइसकेको छ । यसरी अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको दायित्वलाई स्वीकार गरेको नेपालले ऐतिहासिक कालखण्डदेखि नै राष्ट्रहरूको आपसी हित र पारस्परिक सम्बन्धलाई संविधानमा कुनै न कुनै रूपले अङ्गिकार गरेको पाइन्छ ।

नेपालको इतिहासमा पहिलो संविधान मानिएको नेपाल सरकार वैधानिक कानून, २००४ ले नेपाललाई सामाजिक आर्थिक राजनीतिक सबै सुधारद्वारा संसारका अग्रगामी राष्ट्रहरूको उन्नतिको दाँजोमा पुऱ्याउने[३] भन्ने र प्रचलित वा पछि हुने सम्झौताद्वारा हुनु पर्ने समेत परराष्ट्र सम्बन्धको विषयको खर्च वार्षिक बजेटमा समावेश गर्ने[४] उल्लेख भएबाट परराष्ट्र सम्बन्धलाई महत्व दिदै शिक्षाको मुख्य लक्ष्य नैतिक उपदेश, व्यक्तिगत योग्यता र कार्यकुशलता, राष्ट्रप्रेम र अन्तर्राष्ट्रिय मैत्रीभाव फैलाउने हुनुपर्दछ[५] भनी अन्तर्राष्ट्रिय सम्बन्धलाई शैक्षिक लक्ष्यका रूपमा समेत उल्लेख गरेको देखिन्छ । तथापि यो कानून लागू भने हुन सकेन । त्यस समयको शासन व्यवस्थाले बेलायत र बेलायतका मित्र राष्ट्रहरू अमेरिका र

---

२ www.mofa.gov.np.com

३ नेपाल सरकारको वैधानिक कानून, २००४ प्रस्तावना

४ नेपाल सरकारको वैधानिक कानून. २००४ धारा ३८ खण्ड (ग)(४)

५ नेपाल सरकारको वैधानिक कानून, २००४ धारा ६०

फ्रान्ससँग सम्बन्ध राखी बाँकी विश्वबाट अलग रहने एकलकाटे विदेश नीति[६] अवलम्बन गरेको पाइन्छ। त्यसपछिको नेपालको अन्तरिम शासन विधान, २००७ मा अन्तर्राष्ट्रिय सम्बन्धका लागि सरकारले अन्तर्राष्ट्रिय शान्ति र सुरक्षा बढाउने, राष्ट्रहरूबीच न्याय र सम्मानपूर्वक सम्बन्ध कायम गर्ने, संगठित राष्ट्रहरूको, राज्य (राज्यको परस्पर सम्बन्धमा अन्तर्राष्ट्रिय नियम र सम्बन्धप्रति आदर बढाउने र अन्तर्राष्ट्रिय झगडा मध्यस्थताद्वारा निर्णय गराउन प्रोत्साहन दिने[७] काम गर्न प्रयत्न गर्नुपर्नेमा जोड दिएको पाइन्छ। यो शासन विधानले अघिल्लो शासन व्यवस्थाले अवलम्वन गरेको एकलकाटे विदेश नीतिको सट्टा स्वतन्त्र तथा असंलग्नताको नीतिलाई अत्मसात् गर्न पुग्यो। फलस्वरूप: सन् १९५० मा नेपाल र भारतका बीच शान्ति तथा मैत्री सन्धि सम्पन्न भयो र औपचारिक रूपमै कुटनीतिक सम्बन्धलाई अगाडि बढाउदै बाह्य विश्वसँग असंलग्न रहने[८] नीतिको प्रादुर्भाव भएको देखिन्छ। यसै अवधिमा चीनसँग पञ्चशीलको सिद्धान्तका आधारमा सम्बन्ध कायम गरियो भने नेपाल संयुक्त राष्ट्रसंघको सदस्य समेत भयो। नेपाल अन्तर्राष्ट्रिय मञ्चमा आफ्नो पहिचान सहित विभिन्न भूमिकामा सक्रिय उपस्थिति देखाउदै एक स्वतन्त्र असंलग्न विश्व राजनीति तथा क्षेत्रीय राजनीतिमा प्रतिष्पर्धात्मक शक्तिबीच सन्तुलन कायम गर्न सफल भयो। नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०१५ ले नेपालको सुरक्षा, नेपाल र अन्य राष्ट्रहरूको सुसम्बन्ध कायम राख्ने[९] विषयलाई सार्वजनिक हित अनुकूलको कार्य अन्तर्गत राखेको पाइन्छ भने नेपालको संविधान, २०१९ मा संयुक्त राष्ट्रसंघको मूलभूत मान्यता तथा असंलग्नताको सिद्धान्तलाई अवलम्बन गरी नेपाललाई शान्ति क्षेत्र बनाउने प्रयास गर्नु पञ्चायती प्रणालीको परराष्ट्र नीतिको लक्ष्य हुनेछ[१०] भनी पञ्चायती शासन प्रणालीले अख्तियार गर्ने परराष्ट्र नीतिको संविधानमै पहिलोपटक उद्घोष गरेको देखिन्छ। शाही नेपाली राजदूत र विशेष प्रतिनिधिको नियुक्ति श्री ५ बाट गरिबक्सनेछ[११] भन्ने उक्त संवैधानिक व्यवस्थाले कुटनीतिक नियुक्तिलाई समेत संविधानको परिसीमा भित्र समेटको थियो भन्न सकिन्छ। यस अवधिमा नेपाललाई शान्ति क्षेत्र घोषित गर्ने प्रस्ताव समेत राखियो। शान्ति क्षेत्रको प्रस्तावबाट नेपाल कसैको प्रभाव अन्तर्गत नबस्ने, बाह्य शक्तिको चलखेल र युद्ध गर्ने ठाउँ नेपाललाई बन्न नदिने र शान्तिलाई संस्थागत गरी आफ्नो स्वतन्त्रताको संरक्षण तथा राष्ट्रको विकासमा लाग्ने दृढता व्यक्त गरिएको थियो। यसले नेपालको विदेश नीतिमा महत्वपूर्ण नयाँ आयाम थपिदिएको थियो। तत्पश्चात् नेपालको कुटनीतिक क्षेत्र शान्ति क्षेत्रका प्रस्तावलाई अधिकतम् रूपले अन्तर्राष्ट्रिय समुदायको समर्थन जुटाउने प्रयासमा केन्द्रित रह्यो र विश्वका ११६[१२] राष्ट्रहरूले समेत शान्ति क्षेत्रको प्रस्तावलाई समर्थन गरेका थिए।

---

[६] संविधानसभा राष्ट्रिय हितको संरक्षण समिति अवधारणापत्र सहितको प्रारम्भिक मस्यौदाको प्रतिवेदन २०६६

[७] नेपालको अन्तरिम शासन विधान २००७ धारा १३

[८] संविधानसभा राष्ट्रिय हितको संरक्षण समिति अवधारणापत्र सहितको प्रारम्भिक मस्यौदाको प्रतिवेदन २०६६

[९] नेपाल अधिराज्यको संविधान २०१५ धारा ८ उपधारा २

[१०] नेपालको संविधान, २०१९ धारा १९ उपधारा ६

[११] नेपालको संविधान, २०१९ धारा ८६ग

[१२] संविधानसभा राष्ट्रिय हितको संरक्षण समिति अवधारणापत्र सहितको प्रारम्भिक मस्यौदाको प्रतिवेदन २०६६

बहुदलीय प्रजातन्त्रको स्थापना पछि बनेको नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ अनुसार, देशको सार्वभौमसत्ता, अखण्डता र स्वतन्त्रतालाई कायम राखी अन्तर्राष्ट्रिय जगतमा राष्ट्रिय सम्मानको अभिवृद्धि गर्ने दिशामा राज्यको अन्तर्राष्ट्रिय सम्बन्ध निर्देशित हुनेछ ।[१३] संयुक्त राष्ट्रसंघको बडापत्र, असंग्लनता, पञ्चशीलको सिद्धान्त, अन्तर्राष्ट्रिय कानून र विश्व शान्तिको मान्यताका आधारमा नेपालको परराष्ट्र नीति सञ्चालित हुनेछ ।[१४] छिमेकी मित्रराष्ट्रहरू र संसारका अरु सबै मुलुकहरूसित आर्थिक, सामाजिक एवं अन्य क्षेत्रमा समानताको आधारमा सहयोगात्मक सुसम्बन्ध कायम गरी नेपालमा शान्तिलाई अन्तर्राष्ट्रिय मान्यताका आधारमा संस्थागत गर्दै जाने नीति राज्यले अवलम्बन गर्नपुग्यो[१५] यस संविधानको प्रादुर्भाव सँगै नेपालले अवलम्बन गर्दै आएको शान्ति क्षेत्रको नीति त्याग गरी तटस्थ नीति अवलम्बन गरेको छ । नेपाल अधिराज्य वा श्री ५ को सरकार पक्ष हुने सन्धि वा सम्झौताको अनुमोदन सम्मिलन स्वीकृति वा समर्थन कानूनद्वारा निर्धारण भए बमोजिम हुनेछ ।[१६] कानून बनाउँदा अरु कुराका अतिरिक्त देहायका विषयका सन्धि वा सम्झौताको अनुमोदन सम्मिलन स्वीकृति वा समर्थन संसदका दुवै सदनको संयुक्त बैठकमा उपस्थित सदस्यहरूको दुई तिहाई बहुमतले गर्नुपर्ने शर्त राखिनेछ[१७] भनी सन्धि वा सम्झौताको अनुमोदनलाई संसदीय प्रक्रियमा प्रवेश गराउने उल्लेखनीय भूमिका यस संविधानले गऱ्यो ।

(क) शान्ति र मैत्री

(ख) सुरक्षा एवं सामरिक सम्बन्ध

(ग) नेपाल अधिराज्यको सीमाना र

(घ) प्राकृतिक श्रोत तथा त्यसको उपयोगको बाँडफाँड ।

तर शान्ति र मैत्री एवं प्राकृतिक श्रोत तथा त्यसको उपयोगको बाँडफाँड विषयका सन्धि वा सम्झौताहरू मध्ये राष्ट्रलाई व्यापक, गम्भीर वा दीर्घकालीन असर नपर्ने साधारण प्रकृतिका सन्धि वा सम्झौताको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन प्रतिनिधिसभाको बैठकमा उपस्थित सदस्यहरूको साधरण बहुमतबाट हुन सक्नेछ । यो संविधान प्रारम्भ भएपछि हुने कुनै सन्धि वा सम्झौता यस धारा बमोजिम अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन नभएसम्म श्री ५ को सरकार वा नेपाल अधिराज्यको हकमा लागू हुने छैन ।[१८] नेपाल अधिराज्यको प्रादेशिक अखण्डतामा प्रतिकूल असर पर्ने गरी कुनै सन्धि वा सम्झौता गरिने छैन ।[१९] श्री ५ बाट शाही नेपाली राजदूत नियुक्ति एवं विशेष समारोहमा मौसूफको प्रतिनिधित्व गर्न शाही प्रतिनिधि र कुनै खास प्रयोजनको लागि विशेष प्रतिनिधि नियुक्ति गर्न

---

[१३] नेपाल अधिराज्यको संविधान २०४७ धारा २५ उपधारा ५

[१४] नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ धारा २६ उपधारा १५

[१५] नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ धारा २६ उपधारा १६

[१६] नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ धारा १२६ उपधारा १

[१७] नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ धारा १२६ उपधारा २

[१८] नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ धारा १२६ उपधारा ३

[१९] नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ धारा १२६ उपधारा ४

सकिबक्सनेछ।[२०] यसरी नेपालको संवैधानिक विकासको इतिहासमा पहिलो पटक यस संविधानले राज्यको अन्तर्राष्ट्रिय सम्बन्धलाई निर्देशित गर्ने कुरा, परराष्ट्र नीति सञ्चालनका मुख्य आधारको खाँका तय, नेपालमा शान्तिलाई अन्तर्राष्ट्रिय मान्यताका आधारमा संस्थागत गर्दै जाने र सन्धिलाई संसदबाट पारित गराउनु पर्ने, एवं अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको मुख्य विषय मानिएको मानव अधिकारहरूलाई विभिन्न १३ वटा मौलिक हक अन्तर्गत समाहित समेत गरेकोले यस संविधानलाई अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको संवैधानिकीकरणको सन्दर्भमा विशेष महत्वका साथ हेर्ने गरिएको छ। यसपछि जारी भएको नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ ले राजतन्त्रको विधिवत अन्त्य गरी नेपाललाई सघीय लोकतान्त्रिक गणतन्त्रात्मक राज्यको रूपमा स्थापित गरिदियो। यस संविधानले राज्य पक्ष भएको अन्तर्राष्ट्रिय सन्धि सम्झौताको प्रभावकारी कार्यान्वयन गर्ने दायित्व राज्यको हुने[२१] थप व्यवस्था गरी वैदेशिक मामिला सम्बन्धी सिद्धान्त तथा नीति र सन्धि वा सम्झौताको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थनलाई अघिल्लो संविधानले गरेका व्यवस्थालाई नै यथावत कायम गऱ्यो। नेपाली राजदूत र विशेष प्रतिनिधिको नियुक्ति भने मन्त्रिपरिषद्को सिफारिसमा राष्ट्रपतिले[२२] गर्ने नयाँ व्यवस्थाको थालनी भयो।

संघीय लोकतान्त्रिक गणतन्त्र नेपालको मूल संरचनालाई संघ, प्रदेश र स्थानीय तह गरी तीनतहमा विभाजन गरेको नेपालको संविधानले सन्धि वा सम्झौता सम्पन्न गर्ने अधिकार संघमा निहित गरेको, प्रदेशको अधिकारको सूचीमा पर्ने विषयमा सन्धि वा सम्झौता गर्दा नेपाल सरकारले सम्बन्धित प्रदेशसँग परामर्श गर्नु पर्नेछ र प्रदेश मन्त्रिपरिषद्ले नेपाल सरकारको सहमति लिई आर्थिक तथा औद्योगिक विषयका करारजन्य सम्झौता गर्न सक्नेछ[२३] भन्ने नयाँ शासन प्रणालीको सिर्जना गर्दै अन्तर्राष्ट्रिय कानूनलाई नियमन गर्ने अधिकार संघलाई सुम्पेको पाइन्छ। राष्ट्रपतिले नेपाली राजदूत र विशेष प्रतिनिधिको नियुक्ति समावेशी सिद्धान्तका आधारमा गर्ने[२४] परिपाटीको थालनी गर्दै सघीय लोकतान्त्रिक गणतन्त्रात्मक शासन व्यवस्थाको जगेर्ना गर्न खोजिएको देखिन्छ। नेपालको स्वतन्त्रता, सार्वभौमसता, भौगोलिक अखण्डता, स्वाधीनता र राष्ट्रिय हितको रक्षा गर्दै सार्वभौमिक समानताका आधारमा अन्तर्राष्ट्रिय सम्बन्ध कायम गरी विश्व समुदायमा राष्ट्रिय सम्मान अभिवृद्धि गर्नेतर्फ राज्यको अन्तर्राष्ट्रिय सम्बन्ध निर्देशित हुने[२५] तर्फ राज्यको विदेश नीति सम्बन्धी सिद्धान्त निर्देशित भएको पाइन्छ। नेपालको सार्वभौमसत्ता, भौगोलिक अखण्डता, स्वाधीनता र राष्ट्रिय हितको रक्षा गर्न क्रियाशील रहदै संयुक्त राष्ट्रसंघको बडापत्र, असंग्लनता, पञ्चशीलको सिद्धान्त, अन्तर्राष्ट्रिय कानून र विश्व शान्तिको मान्यताका आधारमा राष्ट्रको सर्वोपरि हितलाई ध्यानमा राखी स्वतन्त्र परराष्ट्र नीति

---

[२०] नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ धारा १२०

[२१] नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ धारा ३३ खण्ड ड

[२२] नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ धारा १५०

[२३] नेपालको संविधान, धारा २७८

[२४] नेपालको संविधान, धारा २८२

[२५] नेपालको संविधान, धारा ५० उपधारा ४

सञ्चालन गर्ने[२६] अन्तर्राष्ट्रिय सम्बन्ध सम्बन्धी नीति राज्यले अवलम्बन गरेको पाइन्छ। अन्तर्राष्ट्रिय सम्बन्धको नियमित एव् नियमन गर्दा राष्ट्रको सर्वोपरि हितलाई ध्यानमा राखेर गर्नु पर्दछ। नेपालको स्वतन्त्रता, सार्वभौमसता, भौगोलिक अखण्डता, राष्ट्रियता, स्वाधीनता, स्वाभिमान, नेपालीको हक हितको रक्षा, सीमानाको सुरक्षा, आर्थिक समुन्नति र समृद्धिलाई[२७] संविधानले नेपालको राष्ट्रिय हितका आधारभूत विषयको रूपमा उल्लेख गरेको छ। उक्त राष्ट्र हित प्रतिकूलको आचरण र कार्य संघीय कानून बमोजिम दण्डनीय हुनेछ[२८] भन्ने संविधानले उल्लेख गरेको पाइन्छ। संविधानको यो मर्म एवं भावना (Spirit) लाई कार्यान्वयन गर्ने सिलसिलामा मुलुकी अपराध (संहिता) ऐन, २०७४ को दफा ५१ ले राष्ट्रहित प्रतिकूल कार्यमा सजाय गर्नका लागि सजायको मात्रा समेत निर्धारण गरिसकेको देखिन्छ।[२९] यसरी नेपालको विदेश नीतिको निर्माण र यसको विकासक्रमलाई हेर्दा नेपालको विदेशनीतिका मूलतः ३ वटा उद्देश्य रहेको देखिन्छ। पहिलोः नेपालको स्वतन्त्रता र राष्ट्रिय अखण्डताको संरक्षण गर्ने, दोश्रोः राजनीतिक संरचनामा स्थायित्व प्रदान गर्नु र तेश्रोः अन्तर्राष्ट्रिय जगतमा नेपालको स्वतन्त्र पहिचान कायम गर्ने दिशामा नेपालको परराष्ट्र नीतिको उद्देश्य केन्द्रित रहेको देखिन्छ।

सन्धि वा सम्झौताको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन तर्फ नेपालको संविधानले संघीय कानून बमोजिम हुने कुरा उल्लेख गरेको छ। त्यस्तो सघीय कानून बनाउँदा देहायका विषयका सन्धि वा सम्झौताको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन संघीय संसदका दुवै सदनमा तत्काल कायम रहेका सम्पूर्ण सदस्य संख्याको दुई तिहाई बहुमतले गर्नुपर्ने शर्त राखिनेछ .

(क) शान्ति र मैत्री

(ख) सुरक्षा एवं सामरिक सम्बन्ध

(ग) नेपाल राज्यको सीमाना र

(घ) प्राकृतिक श्रोत तथा त्यसको उपयोगको बाँडफाँड ।

माथि उल्लेख गरिएका सन्धिहरूमा शान्ति र मैत्री एवं प्राकृतिक श्रोत तथा त्यसको उपयोगको बाँडफाँड विषयका सन्धि वा सम्झौता मध्ये राष्ट्रलाई गम्भीर वा दीर्घकालीन असर नपर्ने साधारण प्रकृतिका सन्धि वा सम्झौताको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन प्रतिनिधि सभाको बैठकमा उपस्थित सदस्यहरूको साधरण बहुमतबाट हुन सक्नेछ। यसरी सन्धिको प्रकृति अनुसार संघीय संसदका दुवै सदनमा र प्रतिनिधि सभाको बैठकमा सन्धि अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थनका लागि पेश हुने देखिन्छ। संविधान प्रारम्भ भएपछि हुने कुनै सन्धि वा सम्झौता भने यसै संविधान बमोजिम अनुमोदन,

---

[२६] नेपालको संविधान, धारा ५१ खण्ड ड

[२७] नेपालको संविधान, धारा ५ उपधारा १

[२८] नेपालको संविधान, धारा ५ उपधारा २

[२९] मुलुकी अपराध संहिता ऐन, २०७४ को दफा ५१ अनुसार राष्ट्रहित प्रतिकूल काम गर्नेलाई पाँच वर्षसम्म कैद र पचास हजार रुपैयाँ सम्म जरिवाना हुन सक्ने प्रावधान रहेको पाइन्छ । म्याच फिक्सिङ्ग गर्ने कार्यलाई समेत राष्ट्रहित प्रतिकूलको कसूरजन्य कार्य मानि तीन वर्ष सम्म कैद र तीस हजार रुपैया सम्म जरिवाना हुन सक्ने कानूनी व्यवस्था छ ।

सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन नभएसम्म नेपाल सरकार वा नेपालको हकमा लागू हुने छैन । नेपालको भौगोलिक अखण्डतामा प्रतिकूल असर पर्ने गरी कुनै सन्धि वा सम्झौता नगर्ने प्रतिबद्धता संविधानले गरेको पाइन्छ ।

३. दुईपक्षीय र बहुपक्षीय सन्धि सम्झौताको अधिकार

अन्तर्राष्ट्रिय कानूनका पक्षहरूबीच कुनै अधिकार तथा कर्तव्य सृजना गर्न गरिएको सम्झौतालाई अन्तर्राष्ट्रिय सन्धि भनिन्छ। लामो समयसम्म सन्धि सम्बन्धी मान्यताहरू अन्तर्राष्ट्रिय प्रथाका नियमहरूबाट संचालित थियो । अन्तर्राष्ट्रिय प्रथाका ती नियमहरूलाई अन्तर्राष्ट्रिय सन्धिका रूपमा संहिताकरण गर्ने कार्य सन् १९६९ को सन्धिहरूको कानून विषयक भियना सन्धि (Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969) बाट भएको हो । यस सन्धि अनुसार अन्तर्राष्ट्रिय सन्धि भन्नाले राष्ट्रहरू बीचको त्यस्तो लिखित सम्झौता हो, जुन अन्तर्राष्ट्रिय कानूनद्वारा संचालित हुन्छ ।[३०] नेपाल सन्धि ऐन, २०४७ अनुसार सन्धि भन्नाले दुई वा दुई भन्दा बढी राज्यहरू वा कुनै राज्य र अन्तर सरकारी संगठन बीच लिखित रूपमा सम्पन्न भएको सम्झौता सम्झनु पर्छ र सो शव्दले यसै प्रकृतिको जुनसुकै नामाकरण गरिएको लिखत समेतलाई जनाउँनेछ । अन्तर्राष्ट्रिय सन्धिहरू अन्तर्राष्ट्रिय कानूनका मुख्य श्रोतहरू हुन् ।[३१] अन्तर्राष्ट्रिय कानूनका कुनैपनि विषय अन्तर्राष्ट्रिय सन्धिका पक्ष बन्न सक्तछन् । सन्धिलाई यसमा सम्मिलित हुने पक्षहरूको संख्याका आधारमा दुईपक्षीय सन्धि र बहुपक्षीय सन्धि गरी दुई भागमा वर्गीकरण गरेर हेर्न सकिन्छ ।

अन्तर्राष्ट्रिय कानूनका दुईवटा विषयहरूले मात्र सहभागिता जनाई सम्पन्न गरेको सन्धिलाई दुईपक्षीय सन्धि भनिन्छ । यस्तो सन्धिले दुई पक्षको मात्र आपसी हित वा स्वार्थ संचालित गर्ने गर्दछ (The Standard International Legal Relation remains that bilateral rights and duty between two states)[३२]. अन्तर्राष्ट्रिय कानूनका दुई पक्षमात्र सम्मिलित हुने भएकाले यस प्रकारको सन्धिलाई बन्द सन्धि पनि भन्ने गरिन्छ । सामान्यतया: यस प्रकारको सन्धिले अन्तर्राष्ट्रिय कानूनका नियमहरू प्रतिपादन गर्दैनन् र गरेपनि अन्तर्राष्ट्रिय कानूनका अन्य विषयहरूलाई लागू हुदैन । सन्धि सम्पन्न गर्ने सीमित पक्षहरूमाथि मात्र लागू हुने भएकाले दुईपक्षीय सन्धिलाई करारीय प्रकृतिको सन्धि पनि भन्ने गरेको पाइन्छ । दुईपक्षीय सन्धिको नामाकरण पक्ष राष्ट्रको नामको आधारमा गरिन्छ । जस्तै जापान र नेपाल बीच भएको सन्धिमा नेपालसँग रहनेमा नेपाल-जापान सन्धि र जापानसँग रहने प्रतिमा जापान नेपाल राखिन्छ । सन्धिको वर्गीकरण अन्तर्गतको अर्को सन्धि बहुपक्षीय सन्धि हो । यसप्रकारको सन्धिमा अन्तर्राष्ट्रिय कानूनका दुईभन्दा बढी विषयहरूले सहभागिता जनाई सन्धि सम्पन्न गर्ने गर्दछन् । पक्षहरूको संख्या कहिलेकाही तीनवटा वा चारवटा मात्र भएको अवस्था रहेमा त्यस्तो सन्धिलाई क्रमश: त्रिपक्षीय वा चतुर्पक्षीय सन्धि पनि भनिन्छ । तापनि तीनीहरूलाई बहुपक्षीय सन्धि अन्तर्गत नै राख्ने गरिन्छ । बहुपक्षीय सन्धिको क्षेत्र दुईपक्षीय सन्धिको तुलनामा व्यापक हुन्छ । यसलाई भौगोलिक क्षेत्रको

---

30 Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969 Article 2

31 Statute of the International Court of Justice Article 38

32 Sir Ian Brown Lie and James Crawford, Brown lie's Principle of Public International Law, 8th edition 2012, Oxford University Press , United Kingdom, p.16

आधारमा एवं विश्वव्यापी रूपमा समेत सम्पन्न गर्ने गरिन्छ। भौगोलिक क्षेत्रको आधारमा सम्पन्न गरिएको सन्धिमा सम्बन्धित भौगोलिक क्षेत्रको अन्तर्राष्ट्रिय कानूनका विषय मात्र पक्ष बन्न सक्दछन्। जस्तैः सार्कको बडापत्र भौगोलिक क्षेत्रको आधारमा सम्पन्न गरिएको सन्धि हो। विश्वव्यापी सन्धिमा भने अन्तर्राष्ट्रिय कानूनका सबै विषय पक्ष बन्न सक्दछन्। बहुपक्षीय सन्धिहरूमा प्रायः घोषणा पत्रहरू जारी हुन्छन्। यी घोषणा पत्रहरूमा दुईभन्दा बढी राज्यका औपचारिक सम्बन्धका आधारभूत मान्यताहरू पाउन सकिन्छ। (Formal basis of the relationship is found in a multilateral Treaty)33 जस्तैः संयुक्त राष्ट्रसंघको बडापत्र विश्वव्यापी रूपमा सम्पन्न भएको सन्धिको उदाहरण हो।

सन्धि वा सम्झौता अन्तर्राष्ट्रिय कानून बमोजिमको कार्य हो र प्रत्येक राष्ट्रको सार्वभौम अधिकारको विषय पनि हो। विगतमा सन्धि वा सम्झौता सम्पन्न गर्ने कार्य कार्यकारिणीको अवशिष्ट अधिकारको विषय ठानिन्थ्यो। बेलायतमा यस कार्यलाई crown को अवशिष्ट अधिकारको रूपमा लिइन्छ। मन्त्रिपरिषद्को सिफारिसमा यसको प्रयोग हुन्छ। कन्टिनेन्टल कानून प्रणाली अपनाउने मुलुकहरूमा यसलाई कार्यकारिणी र विधायिकाको संयुक्त सक्षमताको विषय ठानिन्छ। अमेरिकामा सन्धि गर्ने विषय कंग्रेसको नियन्त्रणमा राष्ट्रपतिले प्रयोग गर्ने र सम्झौता गर्ने विषय सरकारको एकलौटी अधिकारको विषय रहेको छ। नेपालमा भने २०४७ को संविधानबाट नै कार्यकारिणी र विधायिकाको बीचमा विभाजन गरेको थियो भने वर्तमान संविधानले पनि यसलाई अवलम्वन गरेको पाइन्छ।

सन्धिको निर्माण गर्नुपर्ने आवश्यकता अनुभव गर्ने अन्तर्राष्ट्रिय कानूनका विषयहरूले निर्माण गर्नुपर्ने सन्धिको सम्बन्धमा सम्मेलनको आयोजना गर्नका लागि कुटनीतिक तयारी गर्दछन्। दुई पक्षीय सन्धिका सम्बन्धमा सम्बन्धित राष्ट्रहरूले परराष्ट्र मन्त्रालय र कुटनीतिक नियोग मार्फत सन्धिको निर्माणको आवश्यकतामाथि छलफल गर्दछन्। सम्बन्धित दुवै पक्ष सन्धिको आवश्यकतामा सहमति भएमा सन्धिको निर्माणमा सहभागी हुने ठाउँ, मिति र समय निर्धारित गर्दछन्। बहुपक्षीय सन्धिहरूको हकमा यस्तो कुटनीतिक तयारी सन्धिको आवश्यकता अनुभव गर्ने अन्तर्राष्ट्रिय कानूनका विषयहरूले कुटनीतिक नियोग वा परराष्ट्र मन्त्रालय वा अन्तर्राष्ट्रिय संगठन मार्फत गर्दछन्। यसरी सम्मेलनका लागि समय र स्थान तय भएपछि सम्मेलनमा भाग लिन आ आफ्नो पक्षको प्रतिनिधित्व गर्नका लागि प्रतिनिधिहरूको नियुक्ति गर्दछन्। नियुक्त गरिएका प्रतिनिधिहरूलाई अधिकार पत्र प्रदान गरिन्छ। सन्धि वार्ता गर्न र सन्धिमा हस्ताक्षर गर्न पूर्ण अधिकार प्रदान गर्ने प्रचलन एउटा पुरानो प्रचलन हो। भौगोलिक दुरी, आवागमनको असुविधा, छिटो संचार साधनको अभावले गर्दा सन्धि गर्ने राष्ट्राध्यक्षहरूको बीचको सम्पर्क कठीन हुने भएकोले आफ्ना दुत वा प्रतिनिधिलाई पूर्ण अधिकार दिएर सन्धि वार्ता गर्न र सन्धिपत्रमा हस्ताक्षर गर्न पठाउने चलन प्राचीनकालदेखि नै चली आएको हो। त्यो प्रचलन औपचारिक रूपमा हुने सन्धिहरूका सम्वन्धमा अद्यापि कायम रहेको देखिन्छ ता पनि आर्थिक एवं प्राविधिक क्षेत्रमा राज्यहरूका बीच बढ्दै गएको सम्पर्कले गर्दा वर्तमान समयको माग अनुसार राज्यहरूका बीच हुने सम्झौताको लागि पूरा औपचारिक रूपको सन्धि गर्ने चलन घट्दै गएको छ। पत्राचार वा घोषणाबाट पनि अधिकार र दायित्वको सृष्टि हुन सक्तछ भन्ने करार सम्वन्धी सामान्य कानूनी अवधारणालाई स्वीकार गरी त्यस्तो

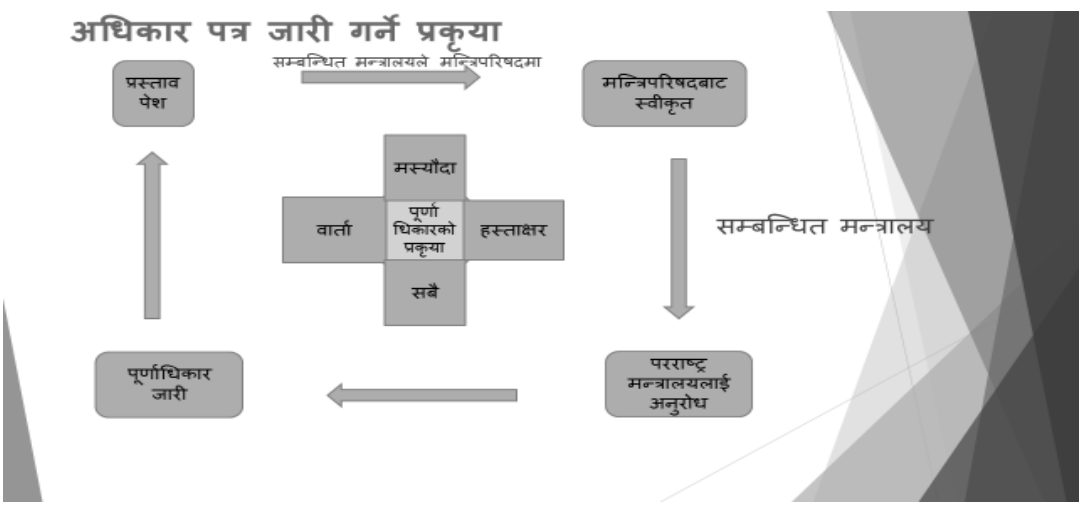
---

33 Sir Ian Brown Lie and James Crawford, Brown lie's Principle of Public International Law, 8th edition 2012, Oxford University Press , United Kingdom, p.16

पत्राचार वा घोषणामा हस्ताक्षर गर्ने पदाधिकारीलाई पूर्णाधिकार प्राप्त व्यक्ति मानी निजको हस्ताक्षरबाट सन्धि वा सम्झौता हुन सक्ने कुरा अन्तर्राष्ट्रिय क्षेत्रमा मान्य भै सकेको छ। नेपाले पनि पत्रहरूको आदान प्रदान गरेर अन्तर्राष्ट्रिय सम्झौता गर्ने गरेको प्रशस्त उदाहरणहरू छन्। कसैको कुनै अनधिकृत काम कारवाहीबाट राज्य वा सरकारमाथि कुनै दायित्व नआओस् भनी राज्य वा सरकारलाई जोगाउन पूर्णाधिकारलाई आवश्यक मानिएको हो। राज्य वा सरकारले नै स्वीकार गरेको वा सहमति प्रदान गरेको कुरामा पूर्णाधिकारको प्रश्न नै उठ्न सक्दैन। नेपाल सन्धि ऐन, २०४७ को दफा ३ मा पनि अनधिकृत व्यक्तिले सन्धि वार्ता गर्न वा सन्धिमा हस्ताक्षर गर्नसम्म वन्देज गरेको हो अन्तर्राष्ट्रिय र राष्ट्रिय प्रचलनको विपरित राज्य वा सरकारले नै स्वीकार गरेको कुरामा पूर्णाधिकार अनिवार्य गराएको सम्झन मिल्दैन।[३४]

अधिकार पत्र वार्ताका लागि वा मस्यौदा अपनाउनका लागि वा मस्यौदामा हस्ताक्षर गर्नका लागि वा यी सबै कार्यहरूका लागि प्रदान गर्न सकिन्छ। अधिकार पत्रमा उल्लेख भएको अधिकार भन्दा बढी कार्य प्रतिनिधिहरूले सम्पन्न गर्न पाउदैनन्। अधिकार पत्र पक्षको त्यस्तो अंगले जारी गर्दछ, जसलाई सन्धिको निर्माण गर्ने अधिकार हुन्छ वा जसको नाममा सन्धिको निर्माण गर्न खोजिएको हुन्छ। अन्तर्राष्ट्रिय समुदायमा राज्यको प्रतिनिधित्व सरकारले गर्दछ। सन्धि वा सम्झौता सम्पन्न गर्नका लागि वार्ता गर्ने र हस्ताक्षर गर्ने कार्य पनि सरकारबाट मात्रै हुन्छ। यो सन्धिप्रति राज्यको सहमति व्यक्त गर्ने माध्यम हो। ती माध्यमहरू सन्धिको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन मार्फत हुने गर्दछन्। यसरी सन्धिमा हस्ताक्षर गर्ने अधिकार सरकारलाई हुने भएकाले सन्धि सम्पन्न गर्ने अधिकार पत्र पनि सरकारले नै जारी गर्दछ।

नेपालमा नेपाल सरकार परराष्ट्र मन्त्रालयले पूर्णाधिकार सहितको अधिकार पत्र जारी गर्दछ। नेपाल सरकारका सम्बन्धित मन्त्रालयले सन्धि सम्पन्न गर्ने प्रक्रियामा सहभागी हुने टोलीको नेता वा अन्य कुनै अधिकारीलाई सोको लागि पूर्णाधिकार दिने



[34] बालकृष्ण न्यौपाने विरुद्ध नेपाल सरकार नेकाप २०५४, अंक २, नि नं ६३१३

स्वीकृतिको लागि नेपाल सरकार मन्त्रिपरिषदमा प्रस्ताव पेश गर्दछन्। यसरी पेश हुन आएको प्रस्तावलाई नेपाल सरकार मन्त्रिपरिषदबाट स्वीकृत भएपछि सम्बन्धित मन्त्रालयले निर्णयको प्रति संलग्न गरी पूर्णाधिकार जारी गर्नका लागि नेपाल सरकार परराष्ट्र मन्त्रालयलाई अनुरोध गरी पठाउछ। उक्त अनुरोध प्राप्त भएपछि नेपाल सरकार परराष्ट्र मन्त्रालयले मन्त्रिपरिषदको निर्णय बमोजिम वार्ता टोलीको अधिकार समेत खुलाई तोकिएको ढाँचामा पूर्णाधिकार जारी गर्दछ। तर अनुदान वा ऋण सम्बन्धी सन्धिको हकमा नेपाल सरकार मन्त्रिपरिषदको निर्णय बमोजिम अर्थ मन्त्रीले त्यस्तो पूर्णाधिकार जारी गर्न सक्दछ। पूर्णाधिकार विना कसैले पनि नेपाल राज्य वा नेपाल सरकारको तर्फबाट कुनै पनि सन्धि वार्ता गर्न वा सन्धिको अन्तिम मस्यौदा वा प्रमाणिक प्रति स्वीकार गर्न वा त्यस्तो सन्धिमा हस्ताक्षर गर्न वा आरक्षण राख्न वा तत्सम्बन्धी अन्य कुनै काम गर्नु हुदैन।[३५] राष्ट्रपति, प्रधानमन्त्री र परराष्ट्र मन्त्रीलाई भने पूर्णाधिकारको जरुरत पर्दैन। त्यसैगरी कुनै विदेशी राज्य वा अन्तर्राष्ट्रिय संगठनमा नेपालको प्रतिनिधित्व गर्ने नेपाली राजदूत वा नियोग प्रमुखले त्यस्तो राज्य वा अन्तर सरकारी संगठनसँग गर्ने जुनसुकै विषयको सन्धि सम्बन्धमा र कुनै अन्तर्राष्ट्रिय संगठनमा भाग लिने प्रतिनिधि मण्डलका नेताबाट सो सम्मेलनमा गरिने सन्धिको सम्बन्धमा वार्ता गर्न वा सन्धिको अन्तिम मस्यौदा वा प्रमाणिक प्रति स्वीकार गर्न सक्दछन्।[३६]

४. सन्धिको अनुमोदन गर्ने प्रक्रिया

संसदीय शासन प्रणाली भएका मुलुकहरूमा सन्धिको अनुमोदन पक्ष राष्ट्रको व्यवस्थापिकाको सर्वोच्च अंग संसदले गर्दछ। संसदले सन्धि प्रति जनाएको पूर्ण तथा अन्तिम सहमतिलाई सन्धिको अनुमोदन भनिन्छ। सन्धिलाई अनुमोदन चाहिने हो वा होईन भन्ने सम्बन्धमा सन्धिका पक्षहरूले नै निक्यौल गर्दछन्। सन्धिहरूको कानून विषयक भियना सन्धि १९६९ अनुसार सन्धिमा नै अनुमोदनको उल्लेख भएमा, सन्धिका पक्षहरूले अनुमोदन आवश्यक छ भनी मनसाय व्यक्त गरेमा, सन्धिको निर्माण सम्बन्धी वार्तामा भएको छलफलको समयमा पक्षहरूले व्यक्त गरेको विचारबाट अनुमोदन आवश्यक छ भनी स्पष्ट हुन आएमा र अनुमोदन गर्ने शर्तका आधारमा हस्ताक्षर गरिएको भएमा सन्धिमा अनुमोदनको आवश्यकता पर्दछ।[३७] सन्धिको अनुमोदनबाट यसका पक्षहरूलाई सन्धिका बारेमा विचार विमर्श गर्ने अवसर मिल्ने, जनताको विचार जान्न र समर्थन प्राप्त गर्न अवसर मिल्ने, सन्धि र राष्ट्रिय कानूनको उत्तरदायीत्वका बीचमा तुलना हुने, सन्धिसँग राष्ट्रिय कानून बाझिएमा राष्ट्रिय कानूनमा संशोधन गर्ने मौका मिल्ने र संविधानको मर्म र भावनालाई परिपालना गर्न सहज तुल्याउने लगायतका विभिन्न फाईदाहरू प्राप्त हुन्छन्। त्यसैले राष्ट्रका लागि बढी महत्वपूर्ण मानिने सन्धिहरूको अनुमोदनको प्रक्रिया राष्ट्रका संविधान एवं कानूनले निर्दिष्ट गरेको हुन्छ। अमेरिकामा सन्धिको अनुमोदन सिनेटको दुईतिहाई सदस्यबाट[३८] गरिन्छ। नेपालमा सन्धि अनुमोदन गर्ने प्रचलन धेरै पुरानो छैन। नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ आउनुपूर्व कार्यकारिणी अधिकार श्री ५ मा निहित रहेको र सन्धि सम्पन्न गर्ने अधिकार

---

[३५] नेपाल सन्धि ऐन, २०४७ दफा ३

[३६] नेपाल सन्धि ऐन, २०४७ दफा ३

[37] Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969 Article 14

[38] Constitution of the United States Art II Sec. 2

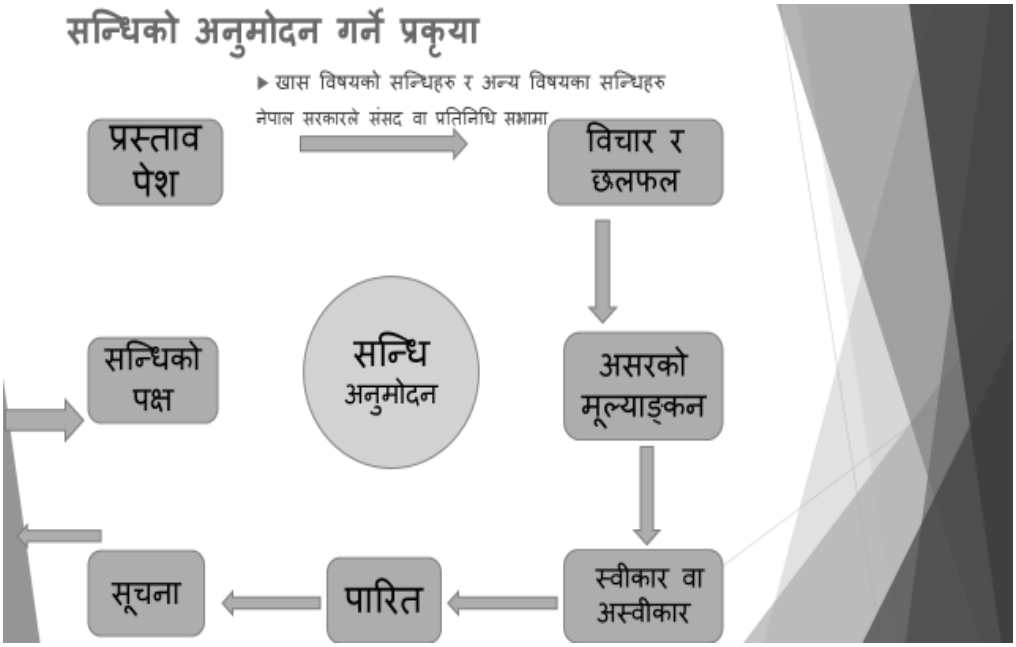
कार्यकारिणीको अवशिष्ठ अधिकार भित्र पर्ने भएकाले श्री ५ बाट गरेका उक्त सन्धिलाई कतै प्रश्न उठाउन सक्ने स्थिति रहेको पाइदैन । न त तत्कालीन संसद राष्ट्रिय पंचायतमा पेश गर्नुपर्ने व्यवस्था संविधानले नै गर्न सक्यो । नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ ले सन्धिको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थनका लागि सन्धिलाई खास विषयको सन्धिहरू र अन्य विषयका सन्धिहरू गरी दुई किसिमले वर्गीकरण गर्न खोजेको पाइन्छ । खास विषयको सन्धिहरू अन्तर्गतः शान्ति र मैत्री, सुरक्षा एवं सामरिक सम्बन्ध, नेपाल राज्यको सीमाना र प्राकृतिक श्रोत तथा त्यसको उपयोगको बाँडफाँडका विषयहरू पर्दछन् । जसलाई यसपछिका संविधानहरूले पनि निरन्तर रूपमा स्वीकार गर्दै आएका छन् । वर्तमान नेपालको संविधानले यी खास विषयका सन्धिहरूको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन सघीय संसदका दुवै सदनमा तत्काल कायम रहेका सम्पूर्ण सदस्य संख्याको दुई तिहाई बहुमतले गर्नु पर्ने उल्लेख गरेको छ । तर शान्ति र मैत्री र प्राकृतिक श्रोत तथा त्यसको उपयोगको बाँडफाँड सम्बन्धी खास विषयका सन्धि वा सम्झौता भैकन पनि राष्ट्रलाई व्यापक गम्भीर वा दीर्घकालीन असर नपर्ने साधारण प्रकृतिका सन्धि वा सम्झौता छ भने त्यसको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन प्रतिनिधि सभाको बैठकमा उपस्थित सदस्यहरूको साधारण बहुमतबाट हुन सक्नेछ ।[३९] माथि उल्लेख गरिएका खास विषयको सन्धिहरू बाहेकका सन्धिहरू भने अन्य विषयका सन्धिहरू अन्तर्गत पर्ने देखिन्छ । यस्ता सन्धिहरूको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन प्रतिनिधि सभाको बैठकमा उपस्थित सदस्यहरूको साधारण बहुमतबाट पारित हुनेछ ।[४०] संविधानको यो प्रावधानभित्र सन्धीहरूको प्रकृतिका आधारमा अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थनका सन्दर्भमा दुई भिन्न संसदीय निकाय संघीय संसदका दुवै सदन र प्रतिनिधि सभाको बैठकमा पेश गर्नु पर्ने व्यवस्था रहेको पाइन्छ । यद्यपि ती संसदीय निकायमा सन्धिहरूको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थनको प्रस्ताव भने नेपाल सरकारले नै पेश गर्दछ । आफूले गरेको सन्धि वा सम्झौताको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन गराउने उत्तरदायीत्व सरकारको हो । त्यसका लागि संविधान बमोजिम संसदको दुवै सदनको संयुक्त बैठकमा वा प्रतिनिधि सभामा प्रस्ताव पेश गर्ने अधिकार र कर्तव्य पनि सरकारकै हो । सो प्रयोजनको लागि सरकारले सन्धि वा सम्झौताबाट राष्ट्रलाई पर्ने असर वारे आफ्नो मूल्याकंन गर्नु पर्ने हुन्छ । सरकारको त्यो मूल्याङ्कन सही वा गलत जे पनि हुन सक्तछ । आफूले गरेको सन्धि वा सम्झौताको अनुमोदन, सम्मीलन, स्वीकृति वा समर्थन गराउन प्रतिबद्ध सरकारको मूल्याङ्कन सजिलो विकल्प रोज्ने दिशामा प्रवृत्त पनि हुन सक्तछ । तर सन्धि वा सम्झौताको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन सम्बन्धी संवैधानिक एवं कानूनी प्रक्रिया प्रारम्भ गर्नेका लागि पनि सरकारले आफ्नो मूल्याङ्कनको आधारमा प्रस्ताव पेश गर्नु बाहेक अर्को बिकल्प पनि छैन । संसदको दुवै सदनको संयुक्त बैठक वा प्रतिनिधि सभाले आफू समक्ष पेश भएको प्रस्ताव उपर विचार र छलफल गरी सन्धि वा सम्झौताबाट राष्ट्रलाई पर्ने असरको मूल्याङ्कन गर्ने प्रक्रिया स्वयं निर्धारित गरी त्यो प्रस्तावलाई स्वीकार वा अस्वीकार गर्न सक्तछ ।[४१]

---

[३९] नेपालको संविधान, धारा २७९ उपधारा २

[४०] नेपाल सन्धि ऐन, २०४७ दफा ४ उपदफा २

[४१] बालकृष्ण न्यौपाने विरुद्ध, नेपाल सरकार ने का प २०५४ अंक २ नि नं ६३१३



सो प्रस्ताव संसदबाट स्वीकार भई पारित भएपछि त्यस्तो सन्धिको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थनको सूचना नेपाल सरकारले सम्बन्धित पक्ष वा अधिकारीलाई दिनु पर्छ। कुनै अन्तरसरकारी संगठनको स्थापना गर्ने वा त्यस्तो कुनै संगठनको सदस्यता प्राप्त गर्ने सन्धि वा प्रचलित कानूनको प्रतिकूल हुने सन्धिको हकमा त्यस्तो सन्धिमा अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थनको व्यवस्था नगरिएको भएतापनि संघीय संसदबाट पारित नभए सम्म नेपाल राज्य वा नेपाल सरकार त्यस्तो सन्धिको पक्ष हुन सक्ने छैन ।.[४२]

५. संघीय शासन र सन्धि सम्झौता तथा करारको अधिकार

कुनै पनि राष्ट्रले अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको विषयमा मान्यता पाउनका लागि त्यस्तो राष्ट्र सार्वभौमसत्तायुक्त हुनुपर्दछ। सार्वभौमसत्ता भनेको राष्ट्रहरूसँग सम्बन्ध स्थापित गर्न सक्ने क्षमता हो। यसले राष्ट्रलाई आफ्नो आन्तरिक तथा बाह्य मामिलाहरूमा अन्य सबै सत्ताहरूबाट स्वतन्त्र राख्दछ। राष्ट्रको यही सार्वभौमसत्ताको आधारमा राष्ट्रहरूको सार्वभौमिक समानताको सिद्धान्त विकसित गरिएको छ। सार्वभौमिक समानता भनेको सार्वभौमसत्ताको आधारमा सबै राष्ट्र समान छन् भन्ने हो। यस मान्यतालाई संयुक्त राष्ट्रसंघको बडापत्रले[४३] पनि अनुशरण गरेको पाइन्छ। नेपालको अन्तर्राष्ट्रिय सम्बन्ध सार्वभौमिक समानताको आधारमा कायम गरी विश्व समुदायमा राष्ट्रिय सम्मान अभिवृद्धि गर्नेतर्फ

[४२] नेपाल सन्धि ऐन, २०४७ दफा ४ उपदफा ४

[43] Charter of the United Nations 1945 Article 2

निर्देशित हुनेछ[४४] भन्ने संवैधानिक व्यवस्था रहेको र यसैका आधारमा नेपालले अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको विषयमा मान्यता पाई राष्ट्रहरूसँग सम्बन्ध स्थापित गर्ने क्रममा सन्धि गर्दै आएको छ ।

सन्धि सम्पन्न गर्ने अधिकार परराष्ट्र सम्बन्धको विषय हो । संघीय व्यवस्था भएका मुलुकमा परराष्ट्र सम्बन्धको विषय संघलाई प्रदान गरिएको हुन्छ । राज्य र प्रान्तलाई यो अधिकार दिइएको हुदैन । संघ अन्तर्गतका प्रदेश अखण्ड र सार्वभौम होइनन् । शासन सञ्चालन गर्न र जनतालाई अधिकार दिलाउने अभिप्रायबाट प्रदेशको सीमा तय गरिएका हुन्छन् । यो शाश्वत मान्यता हो । यसलाई संसारका सबै संघीय मुलुकहरूले आत्मसात् गर्दै आएका छन् । केही मुलुकका अभ्यासहरूलाई हेर्दा: दक्षिण अफ्रिकामा सबै प्रकारको अन्तर्राष्ट्रिय सन्धि सम्झौताहरू सम्पन्न गर्ने जिम्मेवारी राष्ट्रिय सरकारलाई छ ।[४५] अमेरिकामा प्रान्तलाई सन्धि गर्ने अधिकार प्रदान गरिएको छैन ।[४६] जर्मनीमा अन्तर्राष्ट्रिय सम्बन्ध विकास गर्ने उत्तरदायीत्व संघीय सरकारलाई छ र संघ सरकारको अधिकारको प्रयोग गर्दै राष्ट्रपतिले विदेशी मुलुकहरूसँग सन्धि सम्झौता गर्दछन् ।[४७] डेनमार्कमा राजाले राज्यको तर्फबाट विदेश मामिला सम्बन्धी कार्यहरू गर्दछन् र सन्धि सम्पन्न गर्न संसदको सहमति प्रप्त गर्दछन् ।[४८] चीनमा वैदेशिक सम्बन्धको सञ्चालन तथा विदेशी मुलुकहरूसँगको सन्धि वा सम्झौता सम्पन्न गर्ने अधिकार राज्य परिषद् (State Council) मा निहित छ ।[४९] तथापि तत्कालीन सोभियत संघका दुई राज्यहरू युक्रेन र बेलारुस र स्वीट्जरल्याण्डका क्यान्टोनहरूले भने सन्धि सम्पन्न गर्ने अधिकार पाएका छन् ।[५०] यो अधिकार भिन्न परिस्थितिमा अर्थात् अवशिष्ट अधिकार तत्कालीन राज्यहरूमा रहेकाले ती राज्यहरूले त्यस्तो अधिकार पाएका हुन् । नेपालको सन्दर्भमा नेपाल स्वतन्त्र अविभाज्य सार्वभौमसत्ता सम्पन्न लोकतन्त्रात्मक सघीय लोकतान्त्रिक गणतन्त्रात्मक राज्य हो ।[५१] संघीय लोकतान्त्रिक गणतन्त्र नेपालको राज्य शक्तिको प्रयोग संघ, प्रदेश र स्थानीय तहले संविधान तथा कानून बमोजिम गर्दछन् । राज्य शक्तिको बाँडफाँड गर्ने क्रममा संविधानले अनुसूचीहरूमा नै यी तीनै तहका अधिकारहरूको सूचीकरण गरिदिएको छ । अधिकारहरूको सूचीकरणमा विदेशी अनुदान, सहयोग र ऋण, परराष्ट्र तथा कुटनीतिक मामिला, अन्तर्राष्ट्रिय सम्बन्ध र संयुक्त राष्ट्रसंघ सम्बन्धी तथा अन्तर्राष्ट्रिय सन्धि वा सम्झौता, सपुर्दगी, पारस्परिक कानूनी सहायता र अन्तर्राष्ट्रिय सीमा र अन्तर्राष्ट्रिय सीमा नदी संघको अधिकार[५२] सूची अन्तर्गत राखेको पाइन्छ भने प्रदेशले केन्द्रको सहमतिमा विदेशी अनुदान र सहयोगको अधिकार [५३]

---

[४४] नेपालको संविधान, धारा ५० उपधारा ४

[45] The Constitution of the Republic of South Africa, 1993, Article 231

[46] The Constitution of United States of America, 1787 Article I section 10

[47] The Constitution of Federal Republic of Germany, 1949, Article 59

[48] The Constitutional Act of Denmark, 1953, Articles 19

[४९] The Constitution of the People's Republic of China, 1982, Article 89

[५०] संविधानसभा राष्ट्रिय हितको संरक्षण समिति अवधारणापत्र सहितको प्रारम्भिक मस्यौदाको प्रतिवेदन, पृष्ठ ८३

[५१] नेपालको संविधान, धारा ४

[५२] नेपालको संविधान, अनुसूची ५

[५३] नेपालको संविधान, अनुसूची ६

प्रयोग गर्न पाउने देखिन्छ। केन्द्रको सहमति नभएमा प्रदेशले उक्त विदेशी अनुदान र सहयोगको अधिकार प्रयोग गर्न पाउदैन। करारको अधिकारको विषय भने संघ र प्रदेशको साझा अधिकार सूची[५४] भित्र पर्दछ। सन्धि वा सम्झौता गर्ने अधिकार संघमा निहित रहनेछ, प्रदेशको अधिकारको सूचीमा पर्ने विषयमा सन्धि वा सम्झौता गर्दा नेपाल सरकारले सम्बन्धित प्रदेशसँग परामर्श गर्नु पर्नेछ, प्रदेश मन्त्रिपरिषद्ले नेपाल सरकारको सहमति लिई आर्थिक तथा औद्योगिक विषयका करारजन्य सम्झौता गर्न सक्नेछ[५५] भन्ने संवैधानिक प्रावधान रहेको पाइन्छ। संविधानको यो प्रावधानले राज्यको सार्वभौमिक अधिकारको प्रयोग संघ सरकारले मात्र गर्न सक्ने देखिन्छ। संघ सरकारले सार्वभौमिक अधिकारको प्रयोग गर्ने सिलसिलामा प्रदेशको अधिकारको सूचीमा पर्ने विषयमा सन्धि वा सम्झौता गर्नु पर्ने अवस्था सिर्जना भएमा सम्बन्धित प्रदेशको परामर्शका आधारमा गर्नुपर्ने भन्ने व्यवस्थाले प्रदेशको आन्तरिक सार्वभौमिक अधिकारको सम्मान गरेको पाइन्छ। अर्कोतर्फ प्रदेश मन्त्रिपरिषद्ले नेपाल सरकारको सहमति लिई आर्थिक तथा औद्योगिक विषयका करारजन्य सम्झौता गर्न सक्ने प्रावधानले प्रदेशहरूलाई सार्वभौमिक अधिकारको प्रयोगमा संघको सम्मान गर्नुपर्ने भाव प्रकट गरिदिएको पाइन्छ।

६. सन्धि सम्झौताको अनुमोदनमा आउन सक्ने विवादहरू

सन्धि सम्बन्धमा संघ सरकारले प्रयोग गर्ने राज्यको सार्वभौमिक अधिकार प्रभावित भएमा त्यसको उपचार कस्तो र कसरी हुने ?

संविधानले सन्धि वा सम्झौता गर्ने अधिकार संघमा निहित रहने गरी तय गरिदिएको छ। संविधानको यो प्रावधानले संघ सरकार सन्धि वा सम्झौता गर्न स्वतन्त्र र सार्वभौम छ भन्ने दर्शाउछ। तर प्रदेशको अधिकारको सूचीमा पर्ने विषयमा सन्धि वा सम्झौता गर्दा नेपाल सरकारले सम्बन्धित प्रदेशसँग परामर्श गर्नु पर्नेछ भन्ने प्रावधानले संघीय सरकारले प्रयोग गर्ने राज्यको सार्वभौमिक अधिकारलाई सीमित गर्न खोजेको हो कि भन्ने देखिन्छ। जहाँ संघीय सरकारले मागेको परामर्श दिन प्रदेश सरकार अनिच्छुक देखिएमा त्यसको परिणाम वा उपचार के हुने भन्ने सम्बन्धमा संविधान मौन रहेको छ। यसबाट संघ सरकारले संविधान बमोजिम प्रयोग गर्न पाउने राज्यको सार्वभौमिक अधिकार स्वतः प्रभावित हुन जाने देखिन्छ। त्यसैले यसलाई सघीय कानून बनाउदा निक्यौलको विषय बनाउनु पर्ने देखिन्छ।

सन्धिबाट राष्ट्रलाई गम्भीर असर पर्ने र नपर्ने विषयलाई मापन गर्ने आधार के र कस्तो हुने ?

सन्धिहरूको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थनको प्रस्ताव नेपाल सरकारले संसदमा पेश गर्दछ। आफूले गरेको सन्धि वा सम्झौताको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन गराउने उत्तरदायीत्व सरकारको हो। त्यस्को लागि संविधान बमोजिम संघीय संसदको दुवै सदनको संयुक्त बैठकमा वा प्रतिनिधि सभामा प्रस्ताव पेश गर्ने अधिकार र कर्तव्य पनि संघीय सरकारकै हो। सो प्रयोजनको लागि संघीय सरकारले सन्धि वा सम्झौताबाट राष्ट्रलाई पर्ने असर वारे आफ्नो मूल्याङ्कन गर्नु पर्ने हुन्छ। मापन गर्ने आधार स्पष्ट नहुँदा सरकारको त्यो मूल्याङ्कन सही वा गलत जे पनि हुन सक्तछ। आफूले

---

[५४] नेपालको संविधान, अनुसूची ७

[५५] नेपालको संविधान, धारा २७८

गरेको सन्धि वा सम्झौताको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन गराउन प्रतिबद्ध सरकारको मूल्याङ्कन सजिलो विकल्प रोज्ने दिशामा प्रवृत्त पनि हुन सक्छ ।

७. सन्धिको व्यवस्था र राष्ट्रिय कानूनको न्यायिक पुनरावलोकन

बाझिएको कानूनलाई वदर घोषित गर्ने संवैधानिक सिद्धान्तलाई न्यायिक पुनरावलोकनको सिद्धान्त भनिन्छ । यसको विकास अमेरिकाबाट भएको मानिन्छ । अमेरिकी न्यायालयले सन् १८०३ मा Marbury vs. Madison को मुद्दामा पहिलो पटक यस सिद्धान्तको प्रयोग गरेको र उक्त मुद्दाबाट न्यायिक पुनरावलोकनको सम्बन्धमा देहायका ४ वटा मान्यताहरू[५६] विकसित हुन पुगको मानिन्छ:

(क) संविधान लिखित कानून भएकोले यसले स्पष्ट रूपमा सरकारको शक्तिको व्याख्या गरी सीमा तोक्ने गर्दछ ।

(ख) संविधान मूल कानून भएकोले देशको अन्य विधायिकी कानून भन्दा सर्वोच्च हुन्छ ।

(ग) देशको मूल कानूनसँग बाझिने विधायिकी कानून वदर हुने भएकाले त्यस्तो वदरभागी कानूनका आधारमा काम गर्न अदालत बाध्य छैन ।

(घ) संविधानको संरक्षण गर्ने सपथ खाएका न्यायाधीश कंग्रेसबाट संविधानको उल्लंघन हुँदा आफ्नो कर्तव्यलाई भुली चुप लागेर बस्न नसक्ने ।

यसरी अमेरिकाबाट विकसित भएको यस मान्यताले पछिल्लो समयमा लिखित संविधान र संवैधानिक सर्वोच्चता भएका मुलुकहरूमा उच्च स्थान पाएको देखिन्छ । बेलायतमा अलिखित संविधान र संसदीय सर्वोच्चता भएकाले विधायिकाले बनाएको कानूनलाई अदालतले बदर घोषित गर्न नसक्ने भएकाले न्यायिक पुनरावलोकनको अधिकार अदालतलाई रहेको पाईदैन । भारतमा भने न्यायिक पुनरावलोकनको सिद्धान्तलाई भारतीय संविधानले त्यहाँको सर्वोच्च अदालतलाई अधिकार दिएको र यसको प्रयोग र अभ्यासका क्रममा भारतीय अदालतले आधारभूत सिद्धान्तको रूपमा स्थापित गरिसकेको छ । नेपालमा विधायिकी र कार्यपालिकीय कार्यको संवैधानिकताको परीक्षण गर्ने सर्वोच्च अदालतको असाधारण अधिकार क्षेत्र अन्तर्गत राखेको पाइन्छ । न्यायिक पुनरावलोकनको मान्यता अनुसार न्यायिक पुनरावलोकनको प्रयोग तीन पक्षबाट गरिन्छ । पहिलो: कार्यविधिगत पक्ष हो । यसमा प्रत्यायोजित विधायन अन्तर्गत निर्माण गरिएको नियमहरूको जाँच पड्ताल हुन्छ । नियम बनाउदा अवलम्बन गर्नुपर्ने बाध्यात्मक कार्यविधिहरूको पालनामा त्रुटी गरियो वा गरिएन भन्ने हेरिन्छ । दोश्रो: सारवान पक्ष हो । यसमा संविधान र मूल ऐनहरू बाझिए नबाझिएको हेरिन्छ । तेश्रो: आंशिक पक्ष हो । यसमा संविधानसँग कुनै भाग वा धारा मात्र बाझिएको छ छैन भन्ने हेरिन्छ ।

सन्धिको व्यवस्था र राष्ट्रिय कानूनको बीचमा न्यायिक पुनरावलोकन हुन सक्छ कि सक्दैन भन्ने सन्दर्भलाई हेर्दा यसमा दुईवटा धारणाहरू पाउन सकिन्छ । पहिलो: एकत्ववादको सिद्धान्त (The Theory of Monism) हो । जसले विधिशास्त्रको प्रकृतिवादी विचारधारासँग सामिप्यता राख्दछ । यसको विकास प्रथाजनित अन्तर्राष्ट्रिय विचारधाराबाट भएको मानिन्छ । यस विचारधाराहरूका अनुसार राष्ट्रिय कानून

[५६] सुरेन्द्र भण्डारी: संवैधानिक कानून, दोश्रो संस्करण, पैरवी प्रकाशन, २०५४ पृष्ठ ४०६

र अन्तर्राष्ट्रिय कानूनका बीचका मान्यताहरू समान हुन्छन्। राष्ट्रिय कानून संसदले बनाउने र अन्तर्राष्ट्रिय कानून पनि संसदले अनुमोदन गरेपछि लागू हुने भएकाले स्वतः राष्ट्रिय कानून हुन्छन्। त्यसका लागि छुट्टै कानूनको जरुरत पर्दैन भन्ने रहेको पाइन्छ। त्यसैले यस सिद्धान्तलाई Doctrine of Incorporation पनि भनिन्छ। जस अन्तर्गत सन्धि न्यायिक पुनरावलोकनको विषय बन्न सक्दछ। ईण्डोनेशिया, अष्ट्रिया, सानामारिनो, नेदरल्याण्ड्स लगायतका मुलुकहरूले यस सिद्धान्तलाई अनुशरण गरेका छन् भन्ने गरिन्छ। भारतमा बर्तमान संविधानको धारा २५३ को प्रावधान आउनु पूर्व Shri Krishna Sharma vs. The State of West Bengal १९५४ र Gram Phone Company of India Ltd vs. Birendra Bahadur Pandey 1954 को मुद्दामा सन्धिका प्रावधानहरू विधायिकी कानूनसँग बाझिन नहुने सिद्धान्त प्रतिपादन गर्दै Doctrine of Incorporation को मान्यतालाई अनुशरण गरेको पाइन्छ। नेपालमा व्यवस्थापिकाबाट अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन भई नेपाल वा नेपाल सरकार पक्ष भएको कुनै सन्धिको कुरा प्रचलित कानूनसँग बाझिएमा सो सन्धिको प्रयोजनका लागि बाझिएको हदसम्म प्रचलित कानून अमान्य हुनेछ र तत्सम्बन्धमा सन्धिको व्यवस्था नेपाल कानून सरह लागू हुनेछ[५७] भन्ने प्रावधान भएकाले नेपालले अन्तर्राष्ट्रिय स्तरमा गरेका प्रतिबद्धता एवं सन्धिका प्रावधानहरूलाई क्रमिक रूपमा कार्यान्वयन गर्दै जानुपर्ने देखिन्छ। दोश्रोः द्वैधवादको सिद्धान्त The Theory of Dualism हो। यस सिद्धान्तलाई प्रत्यक्षवादीहरूले जन्माएका हुन्। यस सिद्धान्तका विचारधाराहरूले राज्यको सार्वभौमिकताको र कानूनको श्रृंखलताको मान्यतालाई जोड दिएका छन्। राज्यको सार्वभौमिकताको मान्यता अनुसार अन्तर्राष्ट्रिय सन्धिहरू राष्ट्रहरूको सार्वभौमिक अधिकारबाट जन्मेको हुन्छ। यसलाई जन्माउने अधिकार संविधानले नै राष्ट्रको सार्वभौमिक अधिकार प्रयोग गर्ने आधिकारिक मान्यता पाएको व्यक्ति वा निकायलाई प्रदान गरेको हुन्छ। राष्ट्रको त्यस्तो सार्वभौमिक अधिकारलाई संसदले मूल्यांकनसम्म गर्दछ। संसदले सन्धिको सिर्जना गर्ने होईन। सिर्जित सन्धिलाई वैधानिकता दिने वा नदिने भन्नेसम्म अनुमोदन प्रक्रियाबाट निक्यौल गर्ने विषय हुन्छ। कानूनको श्रृंखलताको मान्यताले सन्धिलाई Derived Law मन्दछ। Derived Law भएकाले यो कानूनको श्रृंखलमा राष्ट्रिय विधायिकी कानून भन्दा माथि तर संविधान भन्दा तल हुन्छ। संविधान मुलुकको सार्वभौमसत्ता सम्पन्न शक्तिले बनाएको हुन्छ। सार्वभौमसत्तायुक्त शक्तिले बनाएको संविधानले दिएको अख्तियार बमोजिम सन्धि बन्ने भएकाले यो संविधानभन्दा तल रहन गएको हो। त्यसैले सन्धिलाई राष्ट्रिय कानूनमा समाहित गर्न Doctrine of Transformation लाई आत्मसात् गर्नुपर्छ भन्ने मान्यता यस विचारधाराको रहेको पाइन्छ। जसको तात्पर्य सन्धिको न्यायिक पुनरावलोकन हुदैन तर अदालतले सन्धिलाई कार्यान्वयन गर्ने गरी मान्यतासम्म दिन्छ भन्ने नै हुन्छ। बेलायत, अमेरिका, अष्ट्रेलिया, भारत, नेपाल लगायतका मुलुकरुमा The Theory of Dualism लाई अनुशरण गरिएको र सन्धिको कार्यान्वयनका लागि Doctrine of Transformation लाई आत्मसात गरेको पाइन्छ। नेपालमा व्यवस्थापिकाबाट अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन नभएको वा सम्मिलनको स्वीकृति नपाएको तर नेपाल वा नेपाल सरकार पक्ष भएको कुनै सन्धिबाट नेपाल वा नेपाल सरकार उपर कुनै थप दायित्व वा भार पर्न जाने र त्यसको कार्यान्वयनको लागि कानूनी व्यवस्था गर्नपर्ने रहेछ भने त्यस्तो

---

[५७] नेपाल सन्धि ऐन, २०४७ दफा ९ उपदफा १

सन्धि कार्यान्वयनको लागि नेपाल सरकारले यथासम्भव चाँडो कानून बनाउने कारवाही चलाउनु पर्नेछ[५८] भन्ने व्यवस्था भएबाट नेपालले The Theory of Dualism लाई अनुशरण गरेको र सन्धिको कार्यान्वयनका लागि Doctrine of Transformation लाई आत्मसात गरेको पाइन्छ ।

न्यायिक पुनरावलोकनको लागि कम्तीमा पनि लिखित संविधान, संविधान मूल कानून र मूल कानूनसँग बाझिने विधायिकी कानून यी तीनै तत्वको आवश्यकता पर्दछ । सन्धि Derived Law भएको र विधायिकी निर्मित कानून नभएकाले यसको न्यायिक पुनरावलोकन हुदैन । नेपालमा व्यवस्थापिकाबाट अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन भई नेपाल राज्य वा नेपाल सरकार पक्ष भएको कुनै सन्धिको कुरा प्रचलित कानूनसँग बाझिएमा सो सन्धिको प्रयोजनका लागि बाझिएको हदसम्म प्रचलित कानून अमान्य हुनेछ र तत्सम्बन्धमा सन्धिको व्यवस्था नेपाल कानून सरह लागू हुनेछ भन्ने Doctrine of Incorporation व्यवस्थाले सन्धिलाई कानूनको श्रृंखलामा राष्ट्रिय विधायिकी कानूनभन्दा माथि राखेकोसम्म मात्र हो । संविधानको धारा १३३ अनुसार संविधानसँग नेपाल कानून बाझिएकोमा मात्र न्यायिक पुनरावलोकन गर्न सक्ने भन्ने उल्लेख भएबाट सन्धि र नेपाल कानून एकआपसमा बाझिएमा न्यायिक पुनरावलोकन हुन नसक्ने देखिन्छ ।

८. न्यायिक दृष्टिकोण

(क) संविधान र मानव अधिकार सम्बन्धी महासन्धि अनुकूलको नयाँ कानून लागू गर्न आवश्यक व्यवस्था गर्नु भनी सरकारका नाउँमा निर्देशनात्मक आदेश जारी ।

नेपालले अनुमोदन गरी सकेको नेपाल पक्ष भएको कुनै सन्धिमा व्यवस्था भएको कुरा प्रचलित नेपाल कानूनसँग वाझिएमा सो बाझिएको हदसम्म प्रचलित नेपाल कानून अमान्य हुनेछ र तत्सम्बन्धमा सन्धिको व्यवस्था नेपाल कानून सरह लागू हुनेछ भन्ने व्यवस्था प्रचलित नेपाल कानूनले उल्लेख गरेबाट नेपालले अनुमोदन गरेका सन्धि, सम्झौता, प्रतिज्ञापत्रको कुराहरूलाई हाम्रो जस्तो प्रजातान्त्रिक व्यवस्था अपनाएको देशले क्रमशः कार्यान्वयन गर्दै जानुपर्ने कुरालाई नकार्न नमिल्ने ।

नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ११ को व्यवस्था र नेपालले अनुमोदन र सम्मिलन गरेको सन्धि सम्झौता तथा महासन्धि समेतको व्यवस्थाको प्रतिकूल नहुने गरी प्रस्तुत विवादित विषयमा र पारिवारिक र सम्पत्ति सम्बन्धी विषयमा राष्ट्रिय मानव अधिकार अयोगसँग परामर्श गरी सम्भव भएसम्म राष्ट्रिय मानव अधिकार आयोगको सचिवको संयोजकत्वमा महिला, बालबालिका तथा समाज कल्याण मन्त्रालयका सम्बन्धित विषयवस्तुको ज्ञान भएका प्रतिनिधि, कानून तथा न्याय मन्त्रालयको विषयवस्तुमा जानकार भएका प्रतिनिधि, विषयवस्तुको ज्ञान भएको समाजशास्त्री र विषयवस्तुको ज्ञान भएका महिलासँग सम्बन्धित सामाजिक संगठनको प्रतिनिधि रहने गरी एक विशेषज्ञ समिति बनाई संविधान र मानव अधिकार सम्बन्धी नेपालले अनुमोदन गरेका महासन्धिसँग वाझिएको ऐन नियमहरूको पहिचान गरी सो सम्बन्धमा अध्ययन गरी गराई विद्यमान ऐन कानूनमा संशोधन गर्ने वा संविधान र मानव अधिकार सम्बन्धी महासन्धि अनुकूलको

[५८] नेपाल सन्धि ऐन, २०४७ दफा ९ उपदफा (२)

नयाँ कानून यथोचित समयमा लागू गर्न आवश्यक व्यवस्था गर्नु भनी प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषदको कार्यालयका नाउँमा निर्देशनात्मक आदेश जारी हुने ।[५९]

शिशु स्वास्थ्य मातृत्व संरक्षण सम्बन्धी कानूनी व्यवस्थाको परिप्रेक्ष्य र मातृत्व संरक्षण सम्बन्धमा प्रसूति बिदा लगायतका अन्तर्राष्ट्रिय अभिसन्धिहरू समेतलाई विचार गरी उपयुक्त मापदण्ड बनाई सोका आधारमा महिला कामदार कर्मचारीहरूका हकमा तोकिए भन्दा कम गर्न नपाइने गरी न्यूनतम प्रसूति बिदाको अवधि निर्धारण गरी तोकी मातृत्व संरक्षण सम्बन्धमा आवश्यक व्यवस्था मिलाउनु भनी श्री ५ को सरकारका नाउंमा निर्देशनात्मक आदेश जारी हुने ।[६०]

(ख) जेनेभा महासन्धिको कार्यान्वयनको लागि त्यसको भावना अनुरूप राष्ट्रिय कानून बनाइनु पर्ने ।

जेनेभा महासन्धि युद्धको अवस्थामा लागू हुने मानवीय कानून (Humanitarian Law) सँग सम्बन्धित देखिन्छ, तर यी निवेदकहरूले आफ्नो निवेदनमा मुख्य रूपले युद्धमा भाग नलिने वा नलिएका व्यक्तिहरूको मानव अधिकार (Human Rights) संरक्षणको प्रश्नलाई उठाएको पाइयो । मानव अधिकार (Human Rights) सम्पूर्ण मानव जातिलाई नैसर्गिक र निरन्तर रूपमा प्राप्त हुने विषय भएकोले यो सशस्त्र द्वन्दको बेला पनि क्रियाशील रहन्छ । तर मानवीय कानून (Humanitarian Law) सशस्त्र द्वन्दको बेला वा तोकिएको अवस्थामा मात्र क्रियाशील हुने भएकोले यसको प्रकृति नैं अवस्थामूलक (Conditional) छ । वास्तवमा मानवीय कानून भन्नु र मानव अधिकार भन्नु अलग अलग विषय र अवस्था हुन् । मानव अधिकारको संरक्षण सम्बन्धमा देशको संविधान कानून र मानव अधिकारसँग सम्बन्धित कैयन अन्तर्राष्ट्रिय दस्तावेजहरू सक्रिय छन् । Geneva Convention विशुद्ध रूपले दुई वा सो भन्दा बढी युद्धरत उच्च संविदाकारी पक्ष (High Contracting Parties) बीच लागू हुने मानवीय कानून भएको र नेपालको हालको अवस्था कुनै घोषित युद्धको अवस्था नभएको हुँदा यस सम्बन्धमा अरु विचार गरी रहन नपर्ने ।

नेपाल पक्ष भएको सन्धि सम्झौता राष्ट्रिय कानून सरह लागू हुने र त्यस्ता सन्धि सम्झौतासँग राष्ट्रिय कानून बाझिएमा राष्ट्रिय कानून नैं अमान्य हुने समेतको परिप्रेक्षमा सर्वसाधारणको जानकारी र महासन्धिको राष्ट्रिय स्तरमा कार्यान्वयनको लागि सन्धि ऐनको उल्लेखित दफा ९(२) समेतलाई विचार गर्दा जेनेभा महासन्धिको कार्यान्वयनको लागि त्यसको भावना अनुरूप राष्ट्रिय कानून बनाइनु पर्ने कुराको उपयुक्तता र आवश्यकता रहेको देखिने ।[६१]

(ग) नेपालले आफ्नो Treaty Obligation पूरा गर्नुपर्ने ।

एसिड खन्याउने कार्य अपराधको परिभाषाभित्र पार्ने भन्ने विषय वा सजाय बढाई यति नै सजाय गर्ने भन्ने विषय बिधायिकी नीतिगत स्वविवेकीय कुरा भएकोले Legislative Policy मा असाधारण अधिकार अन्तर्गत अदालतले हस्तक्षेप गर्न उचित होइन तर नेपाल धेरै अगाडि

---

[५९] सपना प्रधान मल्ल विरुद्ध मन्त्रिपरिषद सचिवालयसमेत, ने. का. प. २०६१, अंक ४, नि. नं. ७३५८

[६०] प्रकाशमणि शर्मा विरुद्ध महिला बालबालिका तथा समाज कल्याण मन्त्रालयसमेत, ने. का. प. २०६०, अंक ९,नि. नं. ७२६८

[६१] राजाराम ढकाल समेत विरुद्ध मन्त्रिपरिषद सचिवालयसमेत, ने. का. प. २०६०, अंक ९, नि. नं. ७२७४

CEDAW मा पक्ष बनेको संविधानको धारा १५६ मा नेपाल कुनै सन्धि वा महासन्धिमा पक्ष बनेपछि त्यसको प्रभावकारिताको सम्बन्धमा व्यवस्था भएको र नेपाल सन्धि ऐन, २०४७ को दफा ९ मा नेपाल पक्ष भएको कुनै सन्धि वा महासन्धिको व्यवस्था र नेपाल कानून बाझिएमा नेपाल कानून लागू नभई सन्धि महासन्धिको व्यवस्था नेपाल कानून सरह लागू हुने भनी नेपाल कानूनउपर Treaty Obligation लाई Primacy दिएको हाम्रो आफ्नै र Unique कानूनी व्यवस्थाको सन्दर्भमा घरेलु हिंसाबाट पीडित महिलाले दिएको उजूरीउपर अनुसन्धान गर्ने, अभियोग लगाउने आदि अभियोजन कार्य सम्बन्धमा पछिल्लो ऐन, घरेलु हिंसा (कसूर र सजाय) ऐन, २०६६ मा कुनै व्यवस्था नभएको, पीडकलाई प्रभावकारी सजायको व्यवस्था नभएको यस प्रकारका संवेदनशील मुद्दामा छिटो न्याय प्रदान गर्न छुट्टै अदालतको व्यवस्था नभएको पीडितलाई पुनर्स्थापना गर्ने र राहतको लागि केही व्यवस्था नभएको हुँदा नेपालले आफ्नो Treaty Obligation पूरा गरेको नदेखिएकोले यस अदालतले Guardian of the Fundamental Right of the Citizen को नाताले असाधारण अधिकार अन्तर्गत नेपाल सरकारको नाममा उपयुक्त आदेश जारी गर्न सक्ने ।[६२]

(घ) अदालतले संविधानसँग नेपाल कानून बाझिएकोमा मात्र न्यायिक पुनरावलोकन गर्न सक्ने ।

यस अदालतले संविधानसँग नेपाल कानून बाझिएकोमा मात्र न्यायिक पुनरावलोकन गर्न सक्ने तर, सन्धि र नेपाल कानून एकआपसमा बाझिएमा धारा ८८(१) आकर्षित हुन नसक्ने ।[६३]

सर्वोच्च अदालतले नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ८८(२) अन्तर्गत नेपाल सरकार सरकारी अंग र नेपाल कानून बमोजिम गठित राज्यका Instrumentalities द्वारा नेपाल कानून प्रयोग गरी गरिएको निर्णयको मात्र न्यायिक पुनरावलोकन गर्दछ । नेपाल कानून बाहेकका अन्य Document, विधान वा Charter को आधारमा गरिएको निर्णयको न्यायिक पुनवरालोकन गर्दैन अर्थात् यस अदालतले धारा ८८(२) अन्तर्गत ICIMOD को service law सरहको Human Resources Policy को व्याख्या र पुनरावलोकन गर्न नसक्ने ।[६४]

दुई राष्ट्रबीच सम्पन्न सन्धि दुवै राष्ट्रमा लागू हुने विषय हो । लागू हुने प्रयोजनका निमित्त कुनै राष्ट्रको कानूनले सन्धिलाई कानून सरहको वैधानिकता प्रदान गरे पनि त्यसकै आधारमा अर्को राष्ट्रको भूमिमा अर्को राष्ट्रको सरकारद्वारा लागू हुने विषयलाई लिएर कुनै एक राष्ट्रको अदालतले कुनै न्यायिक आदेश जारी गर्न सक्दैन र त्यस्तो आदेश जारी नै भएमा पनि त्यसले कुनै अर्थ राख्दैन । संवैधानिक क्षेत्राधिकार बाहिरको छुट्टै सार्वभौम राष्ट्र समेत संलग्न भएको काम कारवाही कुनै एक राष्ट्रको अदालतबाट बदर हुन समेत सक्दैन । सन्धिको व्यवस्था कुनै राष्ट्रको भूमि भित्र कानून सरह लागू हुने भएपनि त्यस्तो सन्धिमा अन्तर्निहित विषयवस्तुहरू संविदाकारी पक्षहरूको आपसी सहमतिमा मात्र हेरफेर संशोधन वा खारेजी हुन सक्ने भएको हुनाले त्यस्तो दुई वा बढी

---

[६२] अधिवक्ता ज्योति पौडेल समेत विरुद्ध नेपाल सरकार समेत, ने. का. प. २०६६, अंक १२, नि. नं. ८२८२

[६३] अरुण कुमार चौधरी विरुद्ध मन्त्रिपरिषद कार्यालय समेत, ने. का. प. २०६४, नि. नं. ७८०३

[६४] जे.ग्रावेल काम्वेल विरुद्ध श्रम अदालत अनामनगर काठमाडौं समेत ने.का.प. २०६५, अङ्क २ नि नं.७९३४

राष्ट्रको पारस्परिक सहमतिबाट संचालित हुने विषयहरू एक राष्ट्रको अदालत मार्फत लागू गराउन सकिने अवस्था हुदैन। कुनै राष्ट्रको अदालतले आफ्नो राष्ट्रिय सीमाभित्र क्रियाशील हुन सक्ने विषय मात्र ग्रहण गर्न सक्दछ। एक राष्ट्रको अदालतले दिएको निर्णय वा आदेश राज्यहरूको सार्वभौमिक समानताको सिद्धान्तका आधारमा अर्को राष्ट्रमा लागू हुन सक्तैन। अदालतमा कुनै विषय निर्णयका लागि प्रस्तुत गर्दा प्रस्तुत विषयमा हुने निर्णय कार्यान्वयन हुन सक्तछ सक्तैन भन्ने समेत विवादलाई अदालत समक्ष प्रस्तुत गर्ने पक्षले विचार गर्नुपर्ने हुन्छ।[६५]

(ङ) कानून हुनु र कानून सरह लागू हुनु दुई पृथक कुरा हुने

नेपाल पक्ष भएका सन्धिहरू कानून सरह लागू हुन सक्छन्, तर कानून नै भनिहाल्न मिल्दैन। कानून हुनु र कानून सरह लागू हुनु दुई पृथक कुरा हुन्। कुनै कुरा कानून सरह लागू हुन्छ भन्दैमा सबै सन्दर्भमा सबै प्रयोजनको निमित्त त्यसलाई वैधानिक प्रक्रियाद्वारा निर्मित कानूनको रूपमा ग्रहण गर्न नमिल्ने।[६६] सिद्धान्त प्रतिपादन गरिएको छ।

(च) मानव अधिकार सम्बन्धी सन्धिलाई सामान्य कानूनको भन्दा माथिल्लो श्रेणीमा राखेको ।

सन्धि ऐन, २०४७ को दफा ९ ले मानव अधिकार सम्बन्धी सन्धिलाई सामान्य कानूनको भन्दा माथिल्लो श्रेणीमा राखी तीनको कार्यान्वयनलाई सरल र छिटो छरितो बनाएको मान्न सकिन्छ।[६७]

(छ) सन्धि वा सम्झौताको सम्वन्धमा बनेका कानूनहरूमा एकरूपता हुनु पर्ने ।

सन्धि वा सम्झौताको असर के कति व्यापक गम्भीर वा दीर्घकालीन हुन सक्तछ भन्ने कुरा कोरा तर्कका आधारमा वा सम्झौताका लिखतहरूमा व्यक्त भएका कुराहरूबाट मात्र एकिन हुन सक्तैन। गम्भीर व्यापक र दीर्घकालीन भन्ने सापेक्षिक कुरा हुन जस्को निरूपण सबै सम्बद्ध कुराहरूको समष्टिगत अध्ययन र विश्लेषणबाट मात्र हुन सक्तछ। श्री ५ को सरकारबाट प्रस्ताव पेश नहुँदै संसद वा प्रतिनिधि सभाले सन्धि वा सम्झौताबाट पर्न सक्ने असरको मूल्याङ्कन गरेर कहाँ प्रस्ताव पेश गर्ने भनी श्री ५ को सरकारलाई निर्देशन दिने प्रश्न पनि उठदैन। आफूले गरेको सन्धि वा सम्झौताको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन गराउने उत्तरदायित्व श्री ५ को सरकारको हो। त्यस्को लागि संविधान बमोजिम संसदको दुवै सदनको संयुक्त बैठकमा वा प्रतिनिधिसभामा प्रस्ताव पेश गर्ने अधिकार र कर्तव्य पनि श्री ५ को सरकारकै हो। सो प्रयोजनको लागि श्री ५ को सरकारले सन्धि वा सम्झौताबाट राष्ट्रलाई पर्ने असर बारे आफ्नो मूल्याङ्कन गर्नु पर्ने हुन्छ। श्री ५ को सरकारको त्यो मूल्याङ्कन सही वा गलत जे पनि हुन सक्तछ। आफूले गरेको सन्धि वा सम्झौताको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन गराउन प्रतिबद्ध श्री ५ को सरकारको मूल्याङ्कन सजिलो विकल्प रोज्ने दिशामा प्रवृत्त पनि हुन सक्तछ। तर सन्धि वा सम्झौताको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन सम्वन्धी संवैधानिक एवं कानूनी प्रक्रिया

---

[६५] ज्ञानराज राई विरुद्ध मन्त्रिपरिषदको सचिवालय समेत, ०५७ सालको रिट नं २६५१ अदेश मिति ०५८।१२।८

[६६] दिनेश कुमार शर्मा वि मन्त्रिपरिषदको सचिवालय समेत, ने. का. प. २०६३, अंक ९, नि. नं. ७७५७

[६७] रिना बज्राचार्य समेत विरुद्ध नेपाल सरकार समेत, ने. का. प. २०५७, अंक ५, नि. नं. ६८९८

प्रारम्भ गर्नका लागि पनि श्री ५ को सरकारले आफ्नो मूल्याङ्कनको आधारमा प्रस्ताव पेश गर्नु बाहेक अर्को बिकल्प पनि छैन ।

कुन सन्धि वा सम्झौताबाट राष्ट्रलाई कस्तो असर पर्छ भन्ने कुराको निर्णय कस्ले र कहिले गर्ने भन्ने कुरा स्पष्ट रूपमा व्यवस्था भएको पाईदैन । यस सम्बन्धमा भएका कानूनी व्यवस्थाहरूलाई हेर्दा नेपाल सन्धि ऐन, २०४७ को दफा ६ ले "प्राकृतिक श्रोत" तथा त्यसको बाँडफाँड विषयको सबै सन्धि वा सम्झौताहरू अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थनको लागि संसदमा पेश गर्नु पर्ने व्यवस्था भएको पाइन्छ । उक्त दफा ६ ले संविधानको धारा १२६ को उपधारा (२) मा भएको व्यवस्थाको जानकारी लिन खोजको देखिन्न । साथै उक्त उपधाराले संसदको दुवै सदनको संयुक्त बैठक भनेकोमा पनि उक्त दफा ६ ले संसद भनेर अनुमोदन इत्यादिको प्रक्रियालाई भ्रम र दुविधापूर्ण गराएको छ । यस सम्वन्धमा संविधानको धारा ६३ को उपधारा (१) अन्तर्गत प्रतिनिधि सभाको कार्य संचालन नियमित गर्न बनेको प्रतिनिधि सभा नियमावली, २०४८ को नियम २१९ को उपनियम (१) को खण्ड (घ) ले संविधानको धारा १२६ को उपधारा (२) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांशमा उल्लेख भए वमोजिमका सन्धि वा सम्झौताको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा सर्मथनको लागि प्रतिनिधि सभामा प्रस्ताव पेश हुने व्यवस्था गरी त्यस्को प्रक्रिया समेत निर्धारित गरेको छ । त्यस्तै संविधानको धारा ६३ को उपधारा (२) अतर्गत संसदको संयुक्त सदन र संयुक्त समितिको बैठक र कार्य सञ्चालन, संयुक्त समितिको गठन र काम कारवाई नियमित गर्न बनेको संयुक्त सदन र संयुक्त समितिको नियमावली, २०४८ को नियम १८ को उपनियम (१) अनुसार उक्त उपधारा (२) अन्तर्गतका सन्धि वा सम्झौता सम्वन्धी प्रस्तावहरू संसदको संयुक्त बैठकमा प्रस्तुत हुन सक्ने व्यवस्था गरेको देखिन्छ । यस प्रकार सन्धि वा सम्झौताको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थनको सम्बन्धमा बनेका कानूनहरूमा सामन्जस्य र एकरूपता रहेको पाईदैन । यस सम्वन्धमा संविधान अनुरूप उपर्युक्त कानूनहरूमा एकरूपता ल्याई एउटा निश्चित प्रक्रिया निर्धारित हुनु पर्ने देखिन आउँछ ।[६८]

(ज) लैङ्गिक न्यायको प्रवर्द्धनमा अन्तर्राष्ट्रिय स्तरमा गरिएका प्रतिवद्धताको प्रतिकूल असर पर्न नदिने दायित्व राज्यको हुने ।

कानूनको सबै व्यक्तिका बीच समान प्रयोग हुनुपर्ने र विशेष गरी महिलालाई विभिन्न कुराहरूमा पुरुष सरह समान व्यवहार गर्ने पुरुष 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 र्राष्ट्रिय दायित्व निर्वाह गर्ने क्रममा त्यस्तो दायित्वको निर्वाह गर्नु र गर्न लगाउनु राज्यको एउटा महत्वपूर्ण अंग भएको नाताले न्यायपालिकाको दायित्व पनि

[६८] बालकृष्ण न्यौपाने विरुद्ध प्रधानमन्त्री गिरीजाप्रसाद कोइराला समेत, ने. का. प. २०५४, अंक १, नि. नं. ६३१३

संविधान कानून तथा न्यायिक मूल्य र मान्यताका आधारमा निर्वाह भएको हुनुपर्छ भन्नु अत्युक्ति हुनेछैन ।[६९]

(झ) **विदेशी कुट्नीतिक प्रतिनिधिहरूलाई कानूनको क्षेत्राधिकारबाट बाहेक गरी उन्मुक्ति दिएकाले अदालतले उक्त मुद्दा हेर्नु अधिकारक्षेत्रको अतिक्रमण हुने ।**

कुटनीतिक उन्मुक्तिको सिद्धान्तका बारेमा अन्तर्राष्ट्रिय कानूनले निश्चित अवधारणा एवं सिद्धान्त स्थापित गरेको छ । अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको मान्य सिद्धान्त अन्तर्गत हरेक देशको आफ्नो राज्य सीमा अर्थात् राज्यको प्रादेशिक क्षेत्राधिकार भित्रको व्यक्ति सम्पत्ति वा घटना माथि मात्र क्षेत्राधिकार हुन्छ राज्य सीमा बाहिर होइन । कुट्नीतिक उन्मुक्तिको सिद्धान्त अन्तर्गत विदेशी राष्ट्रको कुटनीतिक प्रतिनिधि विरुध्द उसले गरेको पदीय काम कारवाही उपरकुटनीतिक प्रतिनिधि रहेको देशमा मुद्दा चलाउन अदालतको क्षेत्राधिकार प्रयोग हुन नसक्ने, विदेशी राज्य वा कुटनीतिक प्रतिनिधिको सम्पत्ति आवास एवं दुतावास परिसर अनतिक्रम्य हुने, कर दस्तुर नलाग्ने गरी छुट हुने कुटनीतिक प्रतिनिधिको संचार अनतिक्रम्य हुने लगायतका कुराहरू पर्दछन् । यस्तो छुट वा उन्मुक्ति सार्वजनिक नीति अन्तर्राष्ट्रिय कानून एवं सद्भावको आधारमा दिइने प्रचलन देखिन्छ ।[७०]

नेपाल कानून एवं अन्तर्राष्ट्रिय दुवै कानूनले Conve ntion on the Privileges and immunities of the Specialized Agencies मा नेपाल पक्ष भएको रहेछ भने पक्ष भएपछि उक्त Convention को व्यवस्था पक्ष राष्ट्र भएको कारण नेपालले कानून सरह लागू र पालना गर्नुपर्ने । नेपाल कानून तथा Head Quarters Agreement ले ICIMOD का कर्मचारीले कर्तव्य पालनको सिलसिलामा गरेको काममा नेपाली अदालतको अधिकारक्षेत्रबाट उन्मुक्ति प्रदान गर्ने [७१]

(ञ) **मेची नदी सीमा विवाद संविधानको भावना अनुकूल समाधान गर्न निर्देशनात्मक आदेश जारी ।**

नेपाल अधिराज्यको प्रादेशिक अखण्डता नेपाली मात्रको सर्वोपरि चासो र सरोकारको विषय हुन्छ । राष्ट्रिय अखण्डता सदैव निर्वाध रूपमा संरक्षित हुनु अनिवार्य हुँदा मेची नदी सीमानामा सिमांकनलाई व्यवस्थित गर्ने विग्रे भत्केका स्तम्भहरूको मर्मत सम्भार गर्ने लगायतका अस्थायी सीमा स्तम्भहरू निर्माण गर्ने कार्य प्रारम्भ भई रहेको भन्ने तथ्य खुल्न आइरहेको भन्ने तथ्य खुल्न आएको सन्दर्भमा सीमाना एकिन गरी निर्माण गर्दा वा निर्माण गरिएका सीमा स्तम्भहरूलाई अन्तिम रूप दिई स्वीकृत समेतको काम कारवाहीहरू गर्दा वा दुई छिमेकी राष्ट्रबीच रहेका सीमा सम्बन्धी विवाद यथासम्भव चाँडो समाधान गरी दुवै देशको सम्बन्ध सुधार गर्नु अत्यावश्यक हुन्छ । त्यस्ता विवाद समाधान गर्दा संविधानको उद्देश्य भावना र प्रावधानको समुचित पालना हुनैपर्ने हुँदा नेपालको साविक सीमाना हेरफेर हुन सक्ने अवस्थामा संविधानको प्रष्ट भावना

---

[६९] लिलि थापा समेत विरुद्ध मन्त्रिपरिषदको कार्यालय समेत, सम्वत् ०६१ को विशेष रिट नं ३४, आदेश मिति २०६२।८।३०।५

[७०] कुमार लेप्चा विरुद्ध बेलायती राजदुतावास, काठमाडौं समेत, सम्वत् ०६३ को निवेदन नं ००७५, आदेश मिति २०६३।८।१०

[७१] जे.ग्रावेल काम्वेल विरुद्ध श्रम अदालत,काठमाडौं समेत, ने.का.प. २०६५, अङ्क २ नि नं.७९३४

प्रतिकूल हुनेगरी कुनै कार्य नगर्नु तथा गर्न नदिनु भनी विपक्षीहरूका नाममा निर्देशनात्मक आदेश जारी गरिएको ।[७२]

(ट) व्यापारिक वा व्यावसायिक प्रतिफल देखिएको करारीय सम्झौतालाई दुई देशबीच प्राकृतिक स्रोतको बाँडफाँडको रूपमा भएको भनी अर्थ गर्न नमिल्ने ।

टनकपुर बाँधको सम्बन्धमा तत्कालीन श्री ५ को सरकार र भारत सरकारका बीच भएको सम्झौताले प्राकृतिक स्रोत र त्यसको उपयोगको बाँडफाँड गरेकै सम्झनु पर्ने हुन्छ भनिएको पाइन्छ । उक्त सम्झौता दुई सार्वभौम राष्ट्रका सरकारहरू तत्कालीन श्री ५ को सरकार र भारत सरकारबीच सम्पन्न भएको र त्यसमा दुई देश बीच जलविद्युतको बाँडफाँडका अतिरिक्त पानीको बाँडफाँड र नेपाली जमीनको उपयोग गर्ने विषय समेत सन्निहित रहेकोमा प्रस्तुत विवादको विषय त्यस्तो नभई नेपालको कम्पनीलाई विद्युत उत्पादन र बिक्री वितरणको लागि कानूनबमोजिम इजाजत वा अनुमति दिएको विषयसँग तुलना गर्न नमिल्ने ।

एकले अर्कालाई दिएको व्यापारिक वा व्यावसायिक प्रतिफल देखिएकोले त्यस्तो कुरालाई दुई देशबीच प्राकृतिक स्रोतको बाँडफाँडको रूपमा अर्थ गर्न मिल्ने देखिन्न । निश्चित समयको लागि मात्रै आयोजना सञ्चालन अनुमति कम्पनीलाई दिइएको देखिँदा उक्त अवधि व्यतित भएपछि आयोजना र सम्पूर्ण सञ्चालन प्रणाली नै नेपाल सरकारमा फिर्ता आउने हुनाले त्यसलाई सही अर्थमा बाँडफाँड भन्न नमिल्ने ।

करारीय सम्झौता दुई देशबीचको वा वहुराष्ट्रिय प्रकृतिको प्राकृतिक स्रोत साधनको बाँडफाँडसम्बन्धी सम्झौता नभएको र उक्त व्यापारिक सम्झौतावाट कम्पनीलाई जल विद्युत उत्पादन गर्ने र विक्री गर्ने गरी निश्चित शर्तहरू सहित खास अवधिको लागि अनुमतिसम्म दिइएको हुँदा स्रोत वा तीनको उपयोगको बाँडफाँड गरेको भन्न नमिल्ने ।[७३]

(ठ) सार्वजनिक नीतिविपरीत नभएका विदेशी स्वतन्त्र न्यायपालिकाका फैसलाहरूलाई Judicial Notice मा लिनुपर्ने ।

नेपालमा Foreign Judgment Enforcement Act अर्थात् विदेशी अदालतबाट भएको निर्णय कार्यान्वयन गर्ने कानून नबने तापनि कुनै एक सार्वभौम राष्ट्र, जसको न्यायपालिका स्वतन्त्र छ त्यस देशको अदालतको फैसलालाई यस अदालतले Judicial Notice मा लिनुपर्ने ।[७४]

एक देशको अदालतबाट भएको फैसला अर्को देशको अदालतले मान्यता (Recognition) दिने नदिने भन्ने महत्वपूर्ण कानूनी प्रश्न हो । सार्वभौमसत्ताको कारण आ-आफ्नो भू-भागभित्र प्रत्येक राष्ट्र सार्वभौम मानिन्छ । आफ्नो भू-भागभित्र त्यस देशभित्र बसोवास गर्ने प्रत्येक व्यक्ति र त्यहाँको

---

[७२] रामजी विष्ट समेत विरुद्ध मन्त्रिपरिषद सचिवालय समेत, ०६३ को रिट नं २३२५, आदेश मिति २०६०।३।१२

[७३] रामचन्द्र चटौत समेत विरुद्ध नेपाल सरकार समेत, नेकाप २०६६ अङ्क १ नि नं.८०५९

[७४] विकी शेर्पा भनिने मारिया भिक्टोरिया सुविराना रोट्रिगेजविरुद्ध अध्यागमन विभाग माइतीघर मण्डला, काठमाडौं समेत ने.का.प. २०६७अङ्क ११ नि नं. ८५०५

सम्पत्तिमाथि त्यस देशको कानून लागू हुन्छ र Exclusive Jurisdiction ग्रहण गरेको हुन्छ। कुनै पनि देशले आफ्नो देशको कानूनबाहेक अन्य देशको कानून लागू गर्दैन। तर यस्तो Exclusive Jurisdiction पहिला पहिला सम्भव भएपनि आजको पारस्परिक निर्भरतायुक्त (Interdependent) विश्वमा सम्भव हुँदैन। त्यसैले आजका राष्ट्रहरूले Territorial Sovereignty को नाममा विदेशको कानून र विदेशको अदालतबाट भएका फैसलाहरू बेवास्ता गर्न सकिँदैन। Public Policy विपरीत नभएका फैसलाहरूलाई मान्यता प्रदान गरी कानूनको रीत पुऱ्याइ Reciprocity, Comity समेतको आधारमा कार्यान्वयन गर्नुपर्ने।[७५]

(ङ) नेपालले हस्ताक्षर गरी अनुमोदन गरेका मानव जीवनका सबै अवस्थालाई समेट्ने अत्यावश्यकीय महासन्धिहरू पाठ्यक्रममा नै समावेश गर्न निर्देशनात्मक आदेश जारी

नेपालले हस्ताक्षर गरी अनुमोदन गरेका मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय महासन्धिहरू खास गरी CRC, ICCPR ICESCR जस्ता मानव जीवनका सबै अवस्थालाई समेट्ने अत्यावश्यकीय Convention हरू बालबालिकाको पाठ्यक्रममा नै समावेश गर्न उपयुक्त हुने तर्फ बिपक्षी मन्त्रिपरिषद् र शिक्षा मन्त्रालयको नाममा निर्देशनात्मक आदेश समेत जारी हुने।[७६]

(ढ) सबै अन्तर्राष्ट्रिय सन्धि सम्झौता अन्तर्गतको दायित्व पालना गर्न व्यवस्थापिकीय संयन्त्रबाट कानूनको निर्माण नै गर्नुपर्छ भन्न नमिल्ने ।

नेपाल सन्धि ऐन, २०४७ को दफा ९ मा नेपाल पक्ष भएका सन्धि सम्झौता नेपाल कानून सरह लागू हुने व्यवस्था भएबाट पनि नेपाल पक्ष रहेका अन्तर्राष्ट्रिय सन्धि सम्झौताले सिर्जना गर्ने दायित्व पालनाबाट राज्यले उन्मुक्ति पाउन नसक्ने। राज्यले हरेक अन्तर्राष्ट्रिय सन्धि सम्झौता अन्तर्गतको दायित्व पालना गर्दा व्यवस्थापिकीय संयन्त्रबाट कानूनको निर्माण नै गर्नुपर्ने हुन्छ भनी भन्न मिल्ने हुँदैन। कतिपय अन्तर्राष्ट्रिय सन्धि सम्झौताको तर्जुमा हुँदाको अवस्थामा नै व्यवस्थापिकीय वा कार्यपालिकीय वा अन्य उपयुक्त माध्यमबाट राज्यले सन्धिको व्यवस्था कार्यान्वयन गराउन सक्ने भन्ने प्रावधान राखेको पाइने।[७७]

५. निष्कर्ष

नेपाल एक स्वतन्त्र तथा सार्वभौमसत्ता सम्पन्न राष्ट्र हो। यो संयुक्त राष्ट्र संघको सदस्य, राष्ट्रहरूसँग दौत्य सम्बन्ध स्थापित, विभिन्न मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय महासन्धिहरूको पक्ष र थुप्रै दुईपक्षीय एवं बहुपक्षीय सन्धिहरू गरिसकेको छ। यसरी अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको दायित्वलाई स्वीकार गरेको नेपालले संविधानको ऐतिहासिक कालखण्डदेखि नै राष्ट्रहरूको आपसी हित र पारस्परिक सम्बन्धलाई परराष्ट्र नीति संचालनका आधार, अन्तर्राष्ट्रिय सहयोगका क्षेत्रलाई संस्थागत गर्ने विषय, राजदूत र कुट्नीतिक प्रतिनिधिको नियुक्तिको विषय तथा सन्धि सम्झौता र सो को पक्ष हुने लगायत

---

[७५] डा. पुष्करराज पाण्डे समेत विरुद्ध सविना पाण्डे, ने.का.प. २०६८ अङ्क ३ नि नं. ८५७२

[७६] सोमप्रसाद पनेरु समेत विरुद्ध श्री ५ को सरकार समेत, ने.का.प. २०६३अङ्क ५ नि नं. ७७०५

[७७] नारायणबहादुर खडका विरुद्ध गृह मन्त्रालय समेत, ने.का.प. २०६१अङ्क ६ नि नं. ७३९६

अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको महत्वपूर्ण विषय मानिएको मानव अधिकारलाई मौलिक हक र अन्य संवैधानिक हक अन्तर्गतका विषयका रूपमा संविधानमा कुनै न कुनै रूपले अङ्गिकार गरेको पाइन्छ ।

नेपालको संविधानले सन्धिको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थनका दृष्टिकोणले यसलाई खास विषयको सन्धिहरू र अन्य विषयका सन्धिहरू गरी दुई किसिमले वर्गीकरण गरेको देखिन्छ । खास विषयको सन्धिहरू अन्तर्गतः शान्ति र मैत्री, सुरक्षा एवं सामरिक सम्बन्ध, नेपाल राज्यको सीमाना र प्राकृतिक श्रोत तथा त्यसको उपयोगको बाँडफाँडका विषयहरू पर्ने देखिन्छ । यी खास विषयको सन्धिहरूको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन सघीय संसदका दुवै सदनमा तत्काल कायम रहेका सम्पूर्ण सदस्य संख्याको दुई तिहाई बहुमतले गर्नु पर्नेछ । तर शान्ती र मैत्री र प्राकृतिक श्रोत तथा त्यसको उपयोगको बाँडफाँड सम्बन्धी खास विषयका सन्धि वा सम्झौता भैकन पनि राष्ट्रलाई व्यापक गम्भीर वा दीर्घकालीन असर नपर्ने साधारण प्रकृतिका सन्धि वा सम्झौता छ भने त्यसको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन प्रतिनिधि सभाको बैठकमा उपस्थित सदस्यहरूको साधारण बहुमतबाट हुन्छ ।

सन्धिहरूको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थनको प्रस्ताव सघीय सरकारले संघीय संसदमा पेश गर्दछ । आफूले गरेको सन्धि वा सम्झौताको अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन गराउने उत्तरदायित्व पनि संविधान बमोजिम सघीय सरकारले नै बहन गर्दछ । सो प्रयोजनको लागि संघीय सरकारले सन्धि वा सम्झौताबाट राष्ट्रलाई पर्ने असर वारे आफ्नो मूल्याङ्कन गर्दछ । संघीय सरकारको त्यो मूल्याङ्कन सही वा गलत जे पनि हुन सक्तछ । सन्धिबाट राष्ट्रलाई गम्भीर असर पर्ने र नपर्ने विषयलाई मापन गर्ने आधार के र कस्तो हुने? भन्ने सम्बन्धमा उत्पन्न हुने द्विबिधाले सरकारको मूल्याङ्कन सजिलो विकल्प रोज्ने दिशामा प्रवृत्त पनि हुन पनिसक्तछ । तर कानूनी प्रक्रिया प्रारम्भ गर्नका लागि पनि सरकारले आफ्नो मूल्याङ्कनको आधारमा प्रस्ताव पेश गर्नु बाहेक अर्को बिकल्प पनि देखिदैन । प्रदेशको अधिकारको सूचीमा पर्ने विषयमा सन्धि वा सम्झौता गर्ने विषयमा नेपाल सरकारले सम्बन्धित प्रदेशसँग परामर्श गर्दा उक्त परामर्श दिन प्रदेश सरकार अनिच्छुक देखिएमा त्यसको परिणाम वा उपचार के हुने भन्ने सम्बन्धमा संविधान मौन रहेको देखिन्छ । संघीय कानून बनाउदा यस विषयलाई निर्क्यौल गरी अगाडि बढाउनु पर्ने अवस्था छ ।

न्यायिक पुनरावलोकनको लागि कम्तीमा पनि लिखित संविधान, संविधान मूल कानून र मूल कानूनसँग बाझिने विधायिकी कानून यी तीनै तत्वको आवश्यकता पर्दछ । सन्धि विधायिकी निर्मित कानून नभएकाले यसको न्यायिक पुनरावलोकन हुदैन । नेपालमा व्यवस्थापिकाबाट अनुमोदन, सम्मिलन, स्वीकृति वा समर्थन भई नेपाल वा नेपाल सरकार पक्ष भएको कुनै सन्धिको कुरा प्रचलित कानूनसँग बाझिएमा सो सन्धिको प्रयोजनका लागि बाझिएको हदसम्म प्रचलित कानून अमान्य हुनेछ र तत्सम्बन्धमा सन्धिको व्यवस्था नेपाल कानून सरह लागू हुनेछ भन्ने व्यवस्था Doctrine of Incorporation अन्तर्गतको हो कि भन्नलाई पनि सिद्धान्ततः संविधानसँग नेपाल कानून बाझिएकोमा मात्र न्यायिक पुनरावलोकन गर्न सक्ने पाइन्छ । तर, सन्धि र नेपाल कानून एक आपसमा बाझिएमा न्यायिक पुनरावलोकन हुन नसक्ने देखिन्छ । तसर्थः नेपाली कानून प्रणालीले The Theory of Dualism लाई अनुशरण गरेको र सन्धिको कार्यान्वयनका लागि Doctrine of Transformation लाई आत्मसात गरेको पाइन्छ । यस सम्बन्धमा सर्वोच्च अदालतले विभिन्न मुद्दामा सिद्धान्त समेत प्रतिपादन गरिसकेको छ ।

सन्दर्भ सामाग्री

- नेपालको संविधान, कानून किताब व्यवस्था समिति, २०७२, काठमाडौं ।
- मुलुकी अपराध (संहिता) ऐन २०७४,कानून किताब व्यवस्था समिति, २०७४, काठमाडौं ।
- नेपाल ऐन संग्रह खण्ड १, कानून किताब व्यवस्था समिति, २०७२, काठमाडौं ।
- Sir Ian Brown Lie and James Crawford, Brown lie'sPrinciple of Public International Law, 8th edition 2012, Oxford University Press , United Kingdom.
- Pravakar Adhikari, An Overview of Constitutional and Legal Provisions of Nepal Concerning Internalization of International Law, Nepal Law Review, Nepal Law Campus, Faculty of Law, Volume 21,no. 1 & 2, 2009 .
- डा. गोपाल शर्मा, संक्षिप्त अन्तर्राष्ट्रिय कानून (प्रथम संस्करण), २०४६, हिस्सि प्रेस, सेतो दरवार जमल, काठमाडौं ।
- भरतराज उप्रेती समेत (सं), नेपालको संवैधानिक कानून (दोश्रो संस्करण), २०५४, कानून अनुसन्धान तथा विकास फोरम (फ्रिडिल), काठमाडौं ।
- सुरेन्द्र भण्डारी, संवैधानिक कानून (दोश्रो संस्करण), २०५४, पैरवी प्रकाशन, काठमाडौं ।
- नरेन्द्र प्रसाद पाठक समेत (सं), संवैधानिक विवादमा सर्वोच्च अदालतको फैसला २०६३, भाग १, प्रकाशक, सम्पादक स्वयं ।
- नरेन्द्र प्रसाद पाठक समेत (सं), संवैधानिक विवादमा सर्वोच्च अदालतको फैसला २०६३, भाग २, प्रकाशक, सम्पादक स्वयं ।
- नरेन्द्र प्रसाद पाठक समेत (सं), संवैधानिक विवादमा सर्वोच्च अदालतको फैसला २०६३, भाग ३, प्रकाशक, सम्पादक स्वयं ।
- नरेन्द्र प्रसाद पाठक समेत (सं), संवैधानिक विवादमा सर्वोच्च अदालतको फैसला २०६३, भाग ४, प्रकाशक, सम्पादक स्वयं ।
- नेपाल कानून पत्रिका
- संविधानसभा राष्ट्रिय हितको संरक्षण समितिको अवधारणापत्र सहितको प्रारम्भिक मस्यौदाको प्रतिवेदन २०६६, काठमाडौं ।
- https://en.wikisources.org/wiki/Constitution_of_the_Republic_of_South_Africa_1993
- www. britannica.com/topic/Vienna_Convention_on_the_Law_of_Treaties
- www.constitution.com
- www.icj/cij.org/en/statute
- www.mofa.gov.np.com
- www.supremecourt.gov.np.com
- www.un.org./en/sections/un_charter/un_charter_full _text/

मुद्दा फिर्ताः कानून र अभ्यास

✍ सीतादेवी सुवेदी ♦

१. विषय प्रवेश

संसारका हरेक राज्य आफ्ना नागरिकको हितप्रति सचेत हुन्छन्। राज्यको लक्ष्य देशमा अमनचयन कायम गर्नु रहेको हुन्छ। लोककल्याणकारी राज्यले प्रजातान्त्रिक व्यवस्था अवलम्वन गरी कानूनको शासनलाई आत्मसात गरी राज्य व्यवस्था सञ्चालन गरेको हुन्छ। आफ्ना नागरिकलाई विभिन्न हक अधिकारको संविधान तथा कानूनद्वारा प्रत्याभूत गरी तीनको उल्लंघनमा उपचारको समेत व्यवस्था गरेको हुन्छ। त्यसैगरी समाजको सुरक्षामा खतरा पुऱ्याउनेगरी ब्यक्ति उपर कुनै अपराध भएमा अपराधीलाई मुद्दा चलाई अदालत मार्फत दण्डित समेत गर्दछ।

राज्यको उद्देश्य जनताको जीउ, धन, समानता र स्वतन्त्रताको संरक्षण गर्नु, सामाजिक, आर्थिक एवं राजनैतिक सबै क्षेत्रमा न्यायपूर्ण व्यवस्था कायम गर्नु, मानव अधिकारको संरक्षण र सम्मान गर्नु, सार्वजनिक हितको प्रबर्धन गर्नु, सामाजिक न्याय कायम गर्नु, न्याय र नैतिकतामा आधारित सामाजिक जीवनको स्थापना र विकास गर्नु हो। राज्यको यी उद्देश्य पूरा गर्न सरकारको स्थापना गरिन्छ र सरकारलाई संविधान तथा कानूनले अख्तियारी प्रदान गर्दछ। ती वैधानिक व्यवस्था अन्तर्गत रही सरकारले आफ्ना क्रियाकलापहरू संचालन गर्दछ। सरकार राज्यको कार्यकारिणी अधिकारको प्रयोग गर्ने निकाय हो। सरकार ती व्यक्ति र संस्थाको समष्टिगत रूप हो जसलाई राज्यक्षेत्र भित्र सार्वजनिक नीति निर्माण र कार्यान्वयन गर्ने तथा राज्यका मामला (state affair) सञ्चालन गर्ने अधिकार हुन्छ।[१]

जनताको हित सुरक्षा गर्न एवं राज्य सञ्चालन गर्न सरकारसँग केही विशिष्ट अधिकारहरू रहेका हुन्छन्। जस्तैः संकटकालीन अधिकारको घोषणा गरी केही समयको संवैधानिक एवं कानूनी अधिकार निलम्बन गर्ने, सजाय माफी, मुल्तवी वा कम गर्ने, अध्यादेश जारी गर्ने, बाधा अड्काउ फुकाउने, सरकारको तर्फबाट अभियोजन गरिएका मुद्दा फिर्ता लिने इत्यादि। तर ती अधिकारहरू स्वतन्त्र र स्वेच्छाचारी रूपमा प्रयोग गर्न सकिन्छ भन्ने अर्थ लगाउन भने हुँदैन। जनताको हित र सुरक्षा, समाजमा शान्ति स्थापना कायम गर्नुपर्ने सरकारको कर्तव्य पूरा गर्नका लागि यी अधिकार प्रयोग गरिनु पर्ने मानिन्छ।

सरकारको तर्फबाट लगाइएको अभियोग गल्ती, वैचारिक आस्था, राजनैतिक प्रतिशोध/पूर्वाग्रहका कारण झुट्टा हुन सक्ने वा देश र समाजको वृहत्तर हितको लागि कतिपय अवस्थामा त्यस्ता मुद्दाहरू चलाउनु भन्दा फिर्ता लिँदा नागरिकको हित तथा समाजमा शान्तिपूर्ण अवस्था कायम हुने विशेष अवस्थामा सरकारले यो अधिकार प्रयोग गर्न पाउँदछ। मुद्दा फिर्ता लिने कार्यले पीडित र समाजले असुरक्षित महसुस गर्ने, न्यायमा बिचलन ल्याउने, दण्डहीनता र अराजकता मौलाउने तथा राज्य प्रणाली कमजोर हुने

♦ सहायक जिल्ला न्यायाधिवक्ता, जिल्ला सरकारी वकील कार्यालय, ललितपुर

१ कृष्णजीवी घिमिरे र रेवतीराज त्रिपाठी, सरकारको भूमिका तथा कार्य क्षेत्र, सार्वजनिक व्यवस्थापन स्रोत सामग्री, सम्पादक विदुर कोइराला समेत, प्रकाशक सोपान मासिक, काठमाडौं, २०६९, पृ २३ .

स्थितिमा पुऱ्याउने हुँदा प्रस्तुत लेखमा यस सम्बन्धी अवधारणा, कानूनी ब्यवस्था र अभ्यास केलाउँदै उचित सुझाव समेत सुझाउने प्रयास गरिएको छ।

२. मुद्दा फिर्ताको आवश्यकता

समाजको सुरक्षामा नै खतरा श्रृजना गर्ने ब्यक्ति तथा राज्य विरुद्धका अपराधमा अपराधीलाई दण्ड दिलाई समाजमा शान्ति सुरक्षा कायम गर्नु राज्यको मुख्य कार्य हो। सार्वजनिक शान्ति एवं व्यवस्थामा असर पर्ने वा सार्वजनिक सदाचार वा नैतिकतामा प्रतिकूल प्रभाव पुऱ्याउने गंभीर प्रकृतिका फौजदारी अपराधका कसुरदारलाई अदालत वा अन्य न्यायिक निकायबाट सजाय गराउने मुख्य जिम्मेवारी सरकारको हुन्छ। नागरिकको हित तथा समाजमा शान्ति र स्थिरताका लागि सरकारको तर्फबाट लगाइएको अभियोग वैचारिक आस्था, राजनैतिक प्रतिशोध/पूर्वाग्रहका कारण झुट्टा हुन सक्ने वा देश र समाजको वृहत्तर हितको लागि कतिपय अवस्थामा त्यस्ता मुद्दाहरू चलाउनु भन्दा फिर्ता लिँदा श्रेयस्कर हुने अवस्था आउँदछ। यसैगरी देशमा भएको राजनैतिक परिर्वतन संबोधन गर्नका लागि समेत मुद्दा फिर्ता लिनुपर्ने हुन्छ। मुद्दा फिर्ता गर्दा न्याय अर्थात फैसलामा भएका गल्तीको सुधारको रूपमा, आपराधिक दाग मेटाउनको लागि, तथा सजायको कठोरतालाई कम पार्न यसलाई अपनाउनु पर्ने मानिन्छ[२]। सरकारको तर्फबाट अभियोजन गरिएको मुद्दा फिर्ता लिने निर्णय गर्दा निश्चित उद्देश्य र कारण समेत उल्लेख हुनु आवश्यक हुन्छ। साथै त्यस्तो आधार र कारणमा अदालत पनि सन्तुष्ट हुनु पर्दछ। यसलाई त्यस्तै सामाजिक, धार्मिक वा साम्प्रदायिक सहिष्णुता वा सद्भाव कायम राख्न, गल्तिले अभियोजन भएमा सुधार गर्न, कुटनैतिक सम्बन्धमा असर पुग्ने अवस्थामा, झुट्टा मुद्दा चलाएको अवस्थामा मुद्दा फिर्ता लिनु पर्ने राष्ट्रिय आवश्यकता वा बाध्यता पर्ने हुन्छ।

राज्य सञ्चालनका क्रममा अनेक परिस्थिति, अवस्था, परिवेश सिर्जना हुनसक्ने र त्यसलाई सहजीकरणका लागि सार्वजनिक हितमा सरकारले आफ्नो अभियोजन फिर्ता लिनपर्ने अवस्था आउन सक्छ। यसरी मुद्दा फिर्ता लिँदा समान स्थितिका मुद्दाहरू वा एकै मुद्दामा पनि समान अवस्थाका प्रतिवादीहरू बीच समान व्यवहारको अपेक्षा, अभियोजनकर्ताको अधिकारको मर्यादा र राय, पीडितको हक र क्षतिपूर्ति, जसको हकमा मुद्दा फिर्ता लिने हो सो व्यक्तिले अदालतसमक्ष समर्पण गरेको स्थिति, अदालतले मुद्दा फिर्ता लिने मागको सम्बन्धमा विचार गर्दा पीडित वा जाहेरवालाले सरोकार व्यक्त गर्ने मौका आदि महत्वपूर्ण हुने देखिन्छ। राज्यले मुद्दा फिर्ता लिँदा अपवादात्मक रूपमा राज्य र समाजका लागि गरेको हो भन्ने देखिनु पर्दछ। सरकार वादी भई चलेका मुद्दा फिर्ता लिने अवस्था राज्यको इतिहासमा विरलै आउँछ। यो सरकारको लागि सुरक्षित निकास (Safety valve_ हो। जसको प्रयोग वृहत्तर सावजनिक हितका लागि गर्न सकिन्छ।

३. मुद्दा फिर्ता सम्वन्धमा अन्तर्राष्ट्रिय कानून र केही देशका प्रावधान

मानवाधिकारको उल्लंघनको घटनामा पीडितहरूलाई प्रभावकारी उपचार प्रदान गर्नु अन्तर्राष्ट्रिय कानून अन्तर्गत राज्यको दायित्वभित्र पर्दछ। पीडितलाइ प्रभावकारी उपचार प्रत्याभूति गर्ने अन्तर्राष्ट्रिय कानूनमा मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्रको धारा ८, नागरिक तथा राजनैतिक अधिकार सम्बन्धी संयुक्त राष्ट्रसंघीय अनुबन्धको धारा २, यातना विरुद्धको महासन्धीको धारा १३, सबै प्रकारका जातीय भेदभाव तथा छुवाछुत विरुद्धको माहासन्धीको धारा ६, बलपूर्वक बेपत्ता पार्ने कार्यबाट सवै ब्यक्तिको बचाउ सम्बन्धी संयुक्त राष्ट्रसंघीय घोषणाको धारा ९ तथा १३ , गैर न्यायिक तथा स्वेचछाचारी हत्याको

---

[२] अधिवक्ता श्री गोविन्द शर्मा "बन्दी", फौजदारी अभियोग फिर्ताः अन्तराष्ट्रिय कानून अन्तर्गत नेपालको दायित्व, नेपालमा गम्भीर फौजदारी मुद्दा फिर्ता र दण्डहीनता, सम्पादन अधिवक्ता राजकुमार शिवाकोटी, फोरिड, २०१०, पृ. ९

प्रभावकारी रुपमा रोकथाम तथा अनुसन्धान सम्बन्धी सिद्धान्तहरूको सिद्धान्त ४ तथा १६ पर्दछन्।[३] नेपाल संयुक्त राष्ट्रसंघको सदस्य राष्ट्र भएको नाताले पीडितलाई प्रभावकारी न्याय दिनुपर्ने दायित्वबाट उन्मुक्ति पाउन सक्दैन। जथाभावि सरकारी मुद्दा फिर्ता लिदा पीडित न्यायबाट बञ्चित हुने स्थिति आउछ।

मुद्दा फिर्ता सम्वन्धमा अन्य छिमेकी मुलुकमा के कस्तो कानूनी व्यवस्था र अभ्यास रहेछ भन्ने सन्दर्भमा हेर्दा बेलायतमा मुद्दा फिर्ता लिने अधिकार Crown को Prerogative मानिन्छ। त्याहाँ यो अधिकारको प्रयोग Prosecution Services Act, 1985 बमोजिम गरिन्छ। त्यसरी मुद्दा फिर्ता लिएपछि सो मुद्दाले निरन्तरता पाउदैन। जर्मनीमा औपचारिक अभियोजन विना अभियोजन प्रारम्भ हुदैन। अभियोजनकर्ताले लगाएको अभियोग अदालतले फिर्ता लिन आदेश दिएपछि मात्र फिर्ता हुन सक्ने गरी जर्मनीको Criminal Procedure code ले व्यवस्था गरेको पाइन्छ। भारतिय फौजदारी कार्यविधि संहिता, १९७३ ले Public Prosecutor र Assistant Public Prosecutor ले अभियोजन फिर्ता लिन कार्वाही गर्न सक्ने, केही खास कसूरमा केन्द्रिय र राज्य सरकारको पूर्व अनुमति लिनुपर्ने, सरकारले सुझाव दिन सक्ने तर बाध्य पार्न नसक्ने व्यवस्था गरेको पाइन्छ। Rajendra Kumar Jain vs. State of Bihar (1980,SC.15010) मा मुद्दा फिर्ता लिने अभियोजनकर्ताको मात्र स्वविवेकको अधिकार हुने भनी ब्याख्या गरेको पाइन्छ भने State of Orissa vs. Chandrika Mohapatra(1977,SC.903) मा एउटै मुद्दामा कसैको मुद्दा फिर्ता भएमा बाँकी अरूको पनि मुद्दा फिर्ता हुनुपर्ने भनी ब्याख्या गरेको देखिन्छ।[४]

४. मुद्दा फिर्ता सम्बन्धमा नेपालमा कानूनी विकासक्रम

नेपालमा विगतमा धर्मशास्त्रका आधारमा आफ्नै तरिकाले न्याय व्यवस्था चलेको पाइन्छ। राज्यले चलाएका मुद्दा के कुन अवस्थामा फिर्ता लिइन्थ्यो भन्ने तथ्य राणाकालपूर्व त्यति भेटिदैन। तत्कालीन राजा त्रिभुवनले वि.सं. २००७ साल फागुन ७ को शाही घोषणामा "राजनैतिक अपराधमा परेका सबै ब्यक्तिहरू २००७।१२।२०।०२ अघि आफ्ना घर फर्की शान्तिमय कामकाजमा लागे भने निजहरूलाई माफी र विस्मृति दिने, औ त्यस्ता अपराधमा जफत भएको निजहरूको जायदात तिनीहरूलाई फिर्ता दिने हाम्रो शाही इच्छा छ" भनेर घोषणा गरेका थिए।[५] यसरी नेपालमा राज्यको तर्फबाट औपचारिक रूपमा अभियोगबाट उन्मुक्ति दिने सुरुवात भएकोमा मुद्दा फिर्ता लिने सम्बन्धी कानूनी व्यवस्थाको न्याय प्रशासन (विविध व्यवस्था) ऐन, २०१८ मा गरिएको भेटिन्छ। उक्त ऐनको दफा १३ मा अदालतको मञ्जुरीमा सरकारले फौजदारी मुद्दा वापस लिन सक्ने सहितको कानूनी व्यवस्था गरेको थियो। सरकारी मुद्दा सम्बन्धी ऐन, २०१७ मा भएको न्याय प्रशासन सुधार (पहिलो संशोधन) २०३३ ले दफा ९क थप गरी मुद्दा फिर्ता लगायतका व्यवस्थालाई समावेश गरेको देखिन्छ।[६]

५. मुद्दा फिर्ता सम्बन्धी संवैधानिक एवं कानूनी व्यवस्था

५.१ संवैधानिक व्यवस्था

मुद्दा फिर्तासँग सम्वन्धित संवैधानिक व्यवस्था यसप्रकार देखिन्छ।

---

[३] पूर्व पाद पृ.२३

[४] माधव पौडेलद्वारा प्रस्तुत कार्यक्रमबाट

[५] अधिवक्ता श्री माधवकुमार वस्नेत, सरकार वादी भएका मुद्दा फिर्ता सम्बन्धी कानून र व्यवहार, नेपालमा गम्भीर फौजदारी मुद्दा फिर्ता र दण्डहीनता, सम्पादन अधिवक्ता राजकुमार शिवाकोटी, फोरिड, २०१०, पृ १२ .

[६] सरकारी वकील दिग्दर्शन, २०६३, महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय, काठमाडौं, पृ ४४७ .

कार्यकारिणी अधिकारः[७] नेपालको कार्यकारिणी अधिकार यो संविधान र अन्य कानून बमोजिम मन्त्रिपरिषदमा निहित हुनेछ। यो संविधान र अन्य कानूनको अधीनमा रही नेपालको शासन व्यवस्थाको सामान्य निर्देशन, नियन्त्रण र सञ्चालन गर्ने अभिभारा मन्त्रिपरिषद् उपर हुनेछ। सरकारले यही अधिकारको प्रयोग गरी मुद्दा फिर्ता लिने निर्णय गर्दछ।

न्याय सम्बन्धी अधिकार अदालतबाट प्रयोग हुनेः नेपालको न्याय सम्बन्धी अधिकार यो संविधान र अन्य कानून तथा न्यायका मान्य सिद्धान्त अनुसार अदालत तथा न्यायिक निकायहरूबाट प्रयोग गरिनेछ। [८] अदालतले यही अधिकारको प्रयोग गरी मुद्दा फिर्ता लिने निर्णयलाई संविधान, कानून र न्यायका मान्य सिद्धान्त अनुसार जाँचबुझ गर्दछ।

महान्यायाधिवक्ताको काम, कर्तव्य र अधिकारः[९] नेपाल सरकारको हक, हित वा सरोकार निहित रहेको मुद्दामा महान्यायाधिवक्ता वा निजको मातहतका अधिकृतहरूबाट नेपाल सरकारको प्रतिनिधित्व गरिनेछ। यस संविधानमा अन्यथा लेखिएदेखि बाहेक कुनै अदालत वा न्यायिक निकाय समक्ष नेपाल सरकारको तर्फबाट मुद्दा चलाउने वा नचलाउने भन्ने कुराको अन्तिम निर्णय गर्ने अधिकार महान्यायाधिवक्तालाई हुनेछ। धारा १५८(३) अनुसार नेपाल सरकारको तर्फबाट दायर भएको मुद्दा फिर्ता लिंदा महान्यायाधिवक्ताको राय लिनुपर्ने गरी संबैधानिक रुपमा नै व्यवस्था गरेको छ।

५.२ कानूनी व्यवस्था

सरकारी मुद्दा फिर्ता लिने वा मिलापत्र गर्नेः[१०] प्रचलित कानून बमोजिम नेपाल सरकार वादी भई हेरिने वा नेपाल सरकारको तर्फबाट चलाइएको वा नेपाल सरकार उपर परेको मुद्दा मामिला नेपाल सरकारको आदेश भएमा सरकारी वकीलले अरु पक्षको सहमतिले त्यस्तो मुद्दा मिलापत्र गर्ने वा अदालतको मञ्जुरीले त्यस्तो मुद्दा मध्ये नेपाल सरकार वादी भएको फौजदारी मुद्दा फिर्ता लिन हुन्छ र सो भएमा देहायका कुरामा देहाय बमोजिम हुनेछ:

(क) मुद्दामा मिलापत्र गरेकोमा कसैलाई बक्सौनी लाग्ने छैन।

(ख) मुद्दा फिर्ता लिएकोमा फौजदारी अभियोग वा सरकारी दावी समाप्त भई प्रतिवादीले फुर्सद पाउँछ।

माथि जेसुकै लेखिएको भए तापनि कुनै गैरसरकारी व्यक्तिको सम्पत्ति सम्बन्धी कुरामा असर पर्ने रहेछ भने त्यस्तो मुद्दा यस दफा बमोजिम अदालतबाट फिर्ता लिन हुँदैन।

सरकारी मुद्दा फिर्ता सम्बन्धी २०५५ को मापदण्ड र कार्यविधी खारेज गरी नेपाल सरकारले नेपाल सरकारवादी भई चलाइएका फौजदारी मुद्दाहरु फिर्ता लिने सम्बन्धी कार्यविधी, २०७१ लागू भएको छ। सर्वोच्च अदालतबाट २०६९।१।५ भएको आदेशको कार्यान्वयनको सिलसिलामा यो निर्माण भएको देखिन्छ भने यसले पुरानो कार्यविधीमा रहेका अष्पस्टतालाइ हटाएको देखिन्छ।१६ वटा नियम रहेको यस कार्यविधीले फिर्ता नहुने मुद्दाको सूची बनाएको छ भने महान्यायाधिवक्ताको राय लिनुपर्ने व्यवस्था समेत गरेको पाइन्छ। फौजदारी कार्यविधि संहिताले हाल मुद्दा फिर्ता सम्बन्धी कानूनी व्यवस्था गरेको र सरकारी मुद्दा सम्बन्धी ऐन, २०४९ खारेज भै सकेको परिवेशमा सरकारले मुद्दा फिर्ता सम्बन्धी नयाँ मापदण्ड सम्बन्धी निर्देशिका जारी गर्नु पर्ने अवस्था टड्कारो देखिएको छ।

---

[७] नेपालको संविधान, २०७२ को धारा ७५

[८] ऐजन धारा १२६

[९] ऐजन धारा १५८

[१०] सरकारी मुद्दा सम्बन्धी ऐन २०४९ को दफा २९

मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ मा मुद्दा फिर्ता

२०७५ भाद्र १ गतेदेखि मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता २०७४ लागू भएको छ। यसले सरकारी मुद्दा सम्बन्धी ऐन, २०५५ लाई खारेज गरेको हुँदा २०७१ सालमा जारी भएको फौजदारी मुद्दाहरु फिर्ता लिने सम्बन्धी कार्यविधिको सट्टा संहिता अन्तर्गत नया निर्देशिका जारी गर्नुपर्ने अवस्था देखिन्छ। सरकारी मुद्दा सम्बन्धी ऐनले मुद्दा फिर्ता सम्वन्धमा विस्तृत रुपमा उल्लेख गरेको थिएन। अहिले सम्म सर्वोच्च अदालतबाट भएका ब्याख्याका आधारमा स्थापित मान्यतालाई समेत समेटेर संहितामा विस्तृत व्यवस्था गरेको देखिन्छ। जुन यस प्रकार छ:

अदालतमा एक पटक दायर भएका अनुसूची १ र २ अन्तर्गतका कसूरका मुद्दाहरू फिर्ता लिन सकिदैन। निश्चित परिस्थितिमा सरकारले मुद्दा फिर्ता लिन सक्नेछ। तर देहायका मुद्दाहरू सरकारले फिर्ता नै लिन नसक्ने गरी मुद्दा फिर्ता लिन सक्ने सरकारको अधिकार सीमित गरेको छ।[११]

(क) झुट्टा राहदानी वा नागरिकता, अध्यागमन, भष्ट्राचार, मानव बेचबिखन तथा ओसार पसार, लागू औषध ओसार पसार वा कारोबार, वन्यजन्तुको अवैध शिकार तथा व्यापार, सार्वजनिक उपभोगका वस्तुमा विष मिसाएको, विष प्रयोग गरी वा क्रुर, अमानवीय तवरले वा नियन्त्रणमा लिई ज्यान मारेको, सम्पत्ति शुद्धीकरण, प्राचीन स्मारक संरक्षण सम्बन्धी मुद्दा,

(ख) अपराध संहिताको भाग–२ को परिच्छेद–२ को दफा ५६ (जासूसी सम्बन्धी), परिच्छेद–६ को दफा १२९, १३० १३१ र १३४ (विना अनुमति हातहतियार उत्पादन,कारोवार, प्राप्ती र आणविक रासायनिक जैविक हातहतियार उत्पादन कारोवार सम्बन्धी), परिच्छेद–७ को दफा १३८, १३९ (विष्फोटक पदार्थ उत्पादन, कारोवार) र १४१ (बारुदी सुरुङ बनाउने तथा बिष्फोटक पदार्थ ओछ्याउने), परिच्छेद–८ (राष्ट्रिय तथा सार्वजनिक सम्पदा बिरुद्धको कसूर), परिच्छेद–१० को दफा १६७ (यातना सम्बन्धी कसुर), परिच्छेद–१६ को दफा २०६ (ब्यक्ति बेपत्ता सम्बन्धी कसूर), परिच्छेद–१७ (अपहरण तथा शरिर बन्धक), परिच्छेद–१८ को दफा २१९ को उपदफा (१), (२) र (३) (जवर्जस्ती करणीको कसूर), परिच्छेद–१९ को दफा २३० र २३१ (इजाजत प्राप्त नभएकोले इलाज गरेको र बदनियत चिताई इलाज गरेको कसूर) तथा परिच्छेद– २२ को दफा २५६ (खोटा मुद्रा बनाउने कसूर) अन्तर्गतको कसूर सम्बन्धी मुद्दा,

(ग) मुद्दा फिर्ता लिदा कुनै ब्यक्तिको सम्पत्ति सम्बन्धी अधिकारमा प्रतिकूल असर पर्ने भएमा त्यस हदसम्मको कुरामा त्यस्तो ब्यक्तिको स्वीकृति नभएको मुद्दा।

उल्लेखित मुद्दा बाहेकका अन्य मुद्दा फिर्ता लिने सम्वन्धमा आवश्यक मापदण्ड सहितको निर्देशिका बनाउनु पर्ने देखिन्छ।[12] मुद्दा फिर्ता लिने निर्णय गर्दा नेपाल सरकारले महान्यायाधिवक्तासँग परामर्श गरी बनाइएको निर्देशिका बमोजिम गर्नुपर्छ। नेपाल सरकारले मुद्दा फिर्ता लिने निर्णय गरेमा महान्यायाधिवक्ता वा निजले अख्तियारी दिएको सरकारी वकिल मार्फत सम्वन्धित अदालतमा मुद्दा फिर्ता लिनुपर्ने कारण सहितको निवेदन दिनु पर्छ। त्यस्तो निवेदन पर्न आएमा अदालतले मुद्दा फिर्ता लिने आदेश दिनुअघि सुनुवाई गराउनु पर्ने र त्यसरी सुनुवाई गर्दा मुद्दा फिर्ता लिन आदेश गर्न मनासिव हुने देखेमा कारण खुलाई आदेश गर्नुपर्नेछ। तर पुनरावेदन, साधक जाँच वा पुनरावलोकनको रोहमा वा मुद्दा दोहोऱ्याउने अवस्थामा विचाराधीन रहेको

---

११ मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिताके दफा ११६

12 ऐजन दफा ११६(३)

मुद्दा फिर्ता लिन नसक्ने गरी कानूनले बन्देज लगाएको पाइन्छ ।[13] एक पटक नेपाल सरकारले कुनै ब्यक्ति उपरको अभियोग फिर्ता लिएपछि सोही कसूरमा निज अभियुक्त उपर पुन: अर्को मुद्दा लाग्ने छैन ।[14]

६. मुद्दा फिर्ता सम्बन्धी प्रक्रिया

नेपाल सरकार (मन्त्रिपरिषद्) बाट मुद्दा फिर्ता लिने निर्णय पश्चात् कार्यान्वयनका लागि कानून तथा न्याय मन्त्रालय मार्फत महान्यायाधिवक्ताको कार्यालयमा कार्यान्वयनका लागि आउँदछ। सरकारले निर्णय लिनुपूर्व महान्यायाधिवक्ताको परामर्श लिनु पर्दछ। महान्यायाधिवक्ताको कार्यालयले मुद्दाको विवरण सहित मुद्दा फिर्ता लिन अख्तियारी दिई सम्बन्धित अदालतमा निवेदन गर्नका लागि जिल्ला सरकारी वकील कार्यालयमा मन्त्रिपरिषद्को निर्णय सहित पठाउँन पनि सक्छ र उ आफैले निवेदन दिन पनि सक्दछ। मुद्दा फिर्ता लिने सम्बन्धमा भएको नेपाल सरकारको निर्णयलाई अदालत समक्ष मञ्जुरीका लागि प्रस्तुत गरी कार्य रूपमा ल्याउने काम सरकारी वकीलको हो। यसरी सम्बन्धित सरकारी वकीलले अदालतमा मुद्दा फिर्ताका लागि निवेदन दिने र अदातलले सरकारी मुद्दा सम्बन्धी ऐन, २०४९ को दफा २९ हाल फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा ११६ बमोजिम सुनुवाई गरी फिर्ता गर्ने अनुमति दिने गरी आदेश भएमा आरोपित व्यक्तिले आरोपबाट फुर्सद पाउँछ। यसरी हेर्दा मुद्दा फिर्ता गर्ने अधिकार सरकारलाई निशर्त, स्वतन्त्र र एकलौटी रूपमा कानूनले अधिकार दिइएको छैन। सरकारबाट मुद्दा फिर्ताका लागि गरिने निर्णय न्यायिक निकायबाट अनुमति पश्चात्त कार्यान्वयन हुने हुँदा यसलाई न्यायिक कार्यसँग पनि सम्बन्धित विषयको रूपमा बुझिनु पर्दछ। अदालतको मञ्जुरी केवल प्रक्रियागत कानूनी औपचारिकता होइन, त्यो एउटा सारभूत कानूनी व्यवस्था हो।संहिताले सरकारले निर्णय लिनुपूर्व महान्यायाधिवक्ताको परामर्श लिनु पर्ने र मुद्दा फिर्ता लिन नमिल्ने मुद्दाहरुको सूची कानूनले नै तोके पश्चात मुद्दा फिर्ता कार्यलाई विगतको तुलनामा अझ बढी ब्यबस्थित गरेको पाइन्छ। यो अधिकारको प्रयोग उचित कारणको लागि गर्न खोजेको हो वा होइन भन्ने जाँचबुझ गरेर मात्र अदालतले मुद्दा फिर्ता गर्न मञ्जुरी दिने वा नदिने कुराको निर्णय गर्नु पर्ने हुँदा अदालतलाई पनि थप जिम्मेवारी सुम्पिएको देखिन्छ।

सरकारले मुद्दा फिर्ता लिँदा फिर्ता लिनु पर्नाको आधार र कारण खुलाई पीडितलाई समेत बुझेर निर्णय गर्नु पर्दछ र अदालतले पनि मुद्दा फिर्ता दिने आदेश दिँदा अपराधको प्रकृति, पीडितको अवस्था, विद्यमान फौजदारी न्याय प्रशासनमा पर्ने असर आदि हेरी निर्णय गर्नु पर्दछ। सो निर्णय लिनुपूर्व अदालतमा समेत सुनुवाई गर्नुपर्दछ। ऐनको दफा २९ तथा संहिताको दफा ११६ मा भएको अदालतको मञ्जुरीको व्यवस्था अदालतले Rubber Stamp को रूपमा आँखा चिम्लेर मञ्जुरी दिने कानूनको मनसाय र व्यवस्था होइन। उक्त मञ्जुरीको व्यवस्था मुद्दा फिर्ता लिने सम्बन्धमा executive function को judicial check and balance को रूपमा राखिएको व्यवस्था भनी बुझ्नु पर्ने हुन्छ। यसकारण पनि सरकारले मुद्दा फिर्ता लिनु पर्ने आधार, कारण, कानून र न्यायको क्षेत्रमा यसको असर, पीडितको न्याय प्राप्त गर्ने हक र सरकारको मुद्दा फिर्ता लिनुपर्ने आवश्यकता/बाध्यता आदि विचार गरेर मात्र निर्णय लिनु पर्दछ।

७. मुद्दा फिर्ता लिने सम्वन्धमा नेपालको अभ्यास

सरकारी मुद्दा फिर्ता लिनुपर्ने विभिन्न कारणमध्ये राजनीतिक परिवर्त मुख्य कारण हो। नेपालमा पछिल्लो शताब्धिमा छिटोछिटो राजनीतिक परिवर्तन भएको पाइन्छ। सरकारको तर्फबाट लगाइएको अभियोग फिर्ता लिने इतिहास नै २००७ सालको राजनीतिक परिवर्तन भएबाट नै स्पष्ट हुन्छ। राजनीतिक परिवर्तनको कारण राज्यले आफ्नो अभियोग फिर्ता लिनु पर्ने अवस्था

---

[13] ऐजन दफा ११६(८)

[14] ऐजन दफा ११९

सिर्जना हुनसक्छ। नयाँ राजनीतिक माहोललाई सौहार्दपूर्ण रूपमा गतिशील बनाउन र संक्रमणकाललाई संबोधन गर्न यस्ता निर्णय गर्नु पर्ने हुन्छ। २००७ सालमा यसको सुरुवाती प्रयोग भए पनि वि.सं. २०४६ सालको राजनीतिक परिवर्तन पश्चात् भएका यस सम्बन्धी निर्णयहरूले जनमानसमा चर्चाको विषय बन्न पुगेको हो। पञ्चायती शासन कालमा जघन्य अपराधीका मुद्दा फिर्ता लिने गरिए पनि त्यसको जानकारी जनमानससम्म नपुग्नु, विरोधको वातावरण सरल र सहज नहुनु आदिका कारण समेतले अहिले जस्तो चासो र सरोकार भएको पाइदैन। २०६३ सालको अर्को राजनैतिक परिवर्तन र देश केही समय संक्रमणकालमा गुज्रीरहेको कारण पनि सरकारबाट फिर्ता लिइएका मुद्दाहरूको संख्यामा अत्याधिक वृद्धि भएको देखिन्छ। २०४७ सालको अन्तरिम सरकारले २४३, पहिलो जननिर्वाचित नेपाली कांग्रेस नेतृत्वको सरकार (२०४८-०५१) ले ९९, नेपाल कम्युनिष्ट पार्टी (एकीकृत मार्क्सवादी, लेनिनवादी) सरकार (२०५१) ले २१०, त्यस पश्चात् गठन भएको नेपाली कांग्रेस सहतिको संयुक्त सरकारले १० र संविधान सभा पश्चात गठन भएको नेपाल कम्युनिष्ट पार्टी माओवादी नेतृत्वको सरकारले ३४९ मुद्दाहरू फिर्ता लिएको देखिन्छ।[15] त्यसैगरी मधेशी मोर्चा सहितको गठबन्धनमा बनेको नेपाल कम्युनिष्ट पार्टी एकीकृत माओवादी नेतृत्वको सरकारले १०९ मुद्दा फिर्ता लिई कूल १७१५ प्रतिवादीका मुद्दा फिर्ता लिएको देखिन्छ।[16] यसरी फिर्ता लिइएका मुद्दाहरूमा खुन डाँका, कर्तव्य ज्यान, जबरजस्ती करणी, लागू औषध लगायतका मुद्दाहरू रहेका छन्।[17] यसरी मुद्दा फिर्ता लिनको लागि गरिएका निर्णयमा राजनैतिक परिवर्तनलाई संबोधन गर्न भन्दै सरकारले आफैले बनाएको मापदण्ड र कार्यविधिको मर्म र भावनाको पूर्ण पालना गरेको देखिदैंन।

आर्थिक वर्ष २०६२।६३ पश्चात हाल सम्म सरकारबाट सरकार वादी फौजदारी मुद्दामा सरकारी मुद्दा सम्बन्धी ऐन, २०४९ को दफा २९ बमोजिम अदालतबाट मञ्जुरी प्राप्त भई फिर्ता भएका मुद्दाहरूको विवरण देहाय बमोजिम रहेका देखिन्छ।[18]

आ.व.	६२\६३	६३\६४	६४\६५	६५\६६	६६\६७	६७\६८	६८\६९	६९\७०	७०\७१	७१\७२	७२\७३	७३\७४	हाल सम्म
मुद्दा संख्या	३३६	२८	८९	१८४	४२	३	१०	६	९	३	०	०	७१०

८. मुद्दा फिर्ता सम्बन्धमा सर्वोच्च अदालतको दृष्टिकोण

मुद्दा फिर्ता सम्बन्धी कानूनी व्यवस्था पुरानो भए पनि यस सम्बन्धी विषय विवादको रूपमा २०४७ साल पश्चात् जघन्य अपराधीलाई राजनीतिक रंग दिई मुद्दा फिर्ता लिने प्रवृत्ति बढेबाट भएको हो। सर्वोच्च अदालतले सरकारबाट मुद्दा फिर्ता लिने निर्णय माथि सुनवाइ गरी फैसला गर्ने क्रममा विभिन्न निर्णय गरेको पाइन्छ। २०४७ साल पश्चात् सर्वोच्च अदालतले सरकारले अदालतमा दायर भएको मुद्दा उचित कारण बेगर फिर्ता गर्नु हुँदैन र सरकारले फिर्ता गर्ने निर्णयमा खुलाएको आधार र कारण

---

15 अधिवक्ता श्री वीरेन्द्रप्रसाद थपलिया, दण्डहीनताः समस्या विश्लेषण, विगतमा भएका प्रयास र अन्तर्राष्ट्रिय अनुभव, दण्डहीनता र जवाफदेहिता, फोरिड, काठमाडौं, २०६७, पृ ६ .

16 सोमकान्त भण्डारी, सरकारवादी फौजदारी मुद्दा फिर्ता सम्वन्धी ब्यबस्था र दण्डहीनता, सोपान मासिक, २०७० फाल्गुण,पृ ३७

17 वीरेन्दप्रसाद थपलिया, दण्डहीनता : समस्या विश्लेषण, विगतमा भएका प्रयास र अन्तर्राष्ट्रिय अन्तराष्ट्रिय अनुभव, दण्डहीनता र जवाफदेहिता, फोरिड काठमाडौं, २०६७, पृ. ६७-

18 महान्यायाधिवक्ताको कार्यालयबाट प्रकाशित आर्थिक वर्ष २०७३।०७४ को वार्षिक प्रतिवेदन, पृ ५७

न्यायिक परीक्षणको विषय हुन्छ भन्दै राजनीतिक आधार मात्रले मुद्दा फिर्ता गर्ने कार्यलाई अदालतले मान्यता दिएको छैन्।[19] सर्वोच्च अदालतले गरेका निर्णयलाई देहाय बमोजिम हेर्न सकिन्छ:

(क) मुद्दा फिर्ता लिंदा अदालतको मञ्जुरी लिनुपर्ने प्रावधानले सरकारको अधिकारको जथाभावी प्रयोगलाई नियन्त्रण गर्दछ।

बिरी पंडित कुम्हार वि. मन्त्रिपरिषद्को सचिवालय समेत[20] भएको मुद्दामा सर्वोच्च अदालतले "सरकार वादी मुद्दामा नेपाल सरकारले मुद्दा फिर्ता लिँदा अदालतको मञ्जुरी दिनु पर्ने व्यवस्थाको पछाडि नै सरकार वादी मुद्दा फिर्ता लिने अधिकारको दुरूपयोग नहोस भन्ने हो, अदालतले मुद्दा फिर्ता लिँदा आधार र कारण खोली विवेचना गरी मुद्दा फिर्ता लिँदा नेपाल सरकारले खोलेकै आधार र कारणबाट अदालत सन्तुष्ट भएमा मात्र मुद्दा फिर्ता लिन आदेश दिन सक्ने कुरा हो। अदालतको मञ्जुरी नेपाल सरकार वादी हुने मुद्दा फिर्ता लिन पाउने अधिकारको दुरूपयोग नियन्त्रण गर्ने कडी हो" भनी निर्णय गरेको छ।

(ख) अदालतको मञ्जुरी लिने सारभूत कानूनी व्यवस्था हो, औपचारिकता मात्र होइन:

नेपाल सरकार विरुद्ध दिलबहादुर लामा समेत[21] भएको मुद्दामा "मुद्दा वापस लिने उक्त अधिकारको प्रयोग व्यक्तिगत पक्षपात मोलाहिजा वा स्वार्थबाट प्रेरित हुनु हुँदैन। अपराधको फलस्वरूप सम्बन्धित व्यक्ति परिवार र समाजलाई परेको पीडा वा क्षतिलाई तुच्छ ठानी वा त्यसको उपेक्षा गरी विना कुनै उचित कारण मुद्दा वापस लिने अधिकारको प्रयोग गर्न खोज्नु अधिकारको दुरूपयोग गर्न खोज्नु हो। त्यसरी अधिकारको दुरूपयोग गर्नको लागि कानूनले कसैलाई अधिकार दिंदैन। त्यसैले मुद्दा वापस लिने नेपाल सरकारको अधिकार पनि उचित कारणको लागि सद्नियतले प्रयोग हुनु पर्ने बन्देज उक्त कानूनी व्यवस्थामा निहित रहेकोले त्यसलाई निरपेक्ष भन्न मिल्दैन। अदालतको मञ्जुरी केवल प्रक्रियागत कानूनी औपचारिकता होइन, त्यो एउटा सारभूत कानूनी व्यवस्था हो।त्यो अधिकारको प्रयोग उचित कारणको लागि सद्नियतले गर्न खोजेको हो वा होइन भन्ने जाँचबुझ गरेर मात्र अदालतले मुद्दा वापस गर्न मञ्जुरी दिने वा नदिने कुराको निर्णय गर्नु पर्छ" भनी उल्लेख गरेको छ।

(ग) पुनरावेदन तहको अदालतबाट मुद्दा फिर्ता नहुने

नेपाल सरकार विरुद्ध देबेन्द्र मण्डल समेत[22] भएको मुद्दामा "मुद्दा फिर्ता लिने कार्य Executive Domain भित्र पर्ने नीतिगत कुरा भएकोले जनता प्रति उत्तरदायी र जनताको हितको लागी कटिवद्ध भई संविधान र जनताप्रति उत्तरदायी भएर नै सरकारले काम गर्नुपर्ने हुँदा सरकारले गरेको यस्ता नीतिगत कुराहरूमा अदालत प्रवेश गर्न नमिल्ने। मुद्दा नै फैसला भै प्रतिवादीलाई जन्म कैदको सजाय समेत तोकी यस अदालतमा साधक सदरको लागि विचाराधिन रहेको हुँदा Convict भै दोषी ठहर भएको र सफाई पाएका अन्य प्रतिवादीहरूको हकमा सरकारको पुनरावेदन परेको हुँदा पुनरावेदन तहको यस अदालतबाट सरकारी मुद्दा सम्बन्धी ऐन, २०४९ को दफा २९ अनुसार मुद्दा फिर्ता हुन सक्दैन" भन्ने निर्णय गरेको छ।

---

19 NJA Law Journal,(2010), National Judicial Academy, volume 4, p.10.

20 २०५५ को रि.नं. ७७ आदेश मिति २०५६।८।१

21 नेकाप २०५२ अंक १० पृ. ८४४

22 नेकाप २०६४ को अंक ६ पृ. ७९४

(घ) मापदण्डको परिपालना, मुद्दा फिर्ताको परिपाटी आदिका लागि परमादेशको आदेश जारी

अधिवक्ता गोपीबहादुर भण्डारी विरुद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय समेत[23] भएको मुद्दामा सर्वोच्च अदालतले देहाय बमोजिम परमादेशको आदेश जारी गरेको छः

मन्त्रिपरिषदबाट सरकारी मुद्दा सम्बन्धी ऐन, २०४९ को दफा २९ को प्रयोग पटक–पटक गरी मुद्दा फिर्ता लिने गरेको देखिएको र सो प्रयोगमा विविध र परस्पर विरोधी आधारहरू लिने गरेको देखिएकोले निम्न कुराहरूमा ध्यान दिएर मात्रै उक्त दफा २९ को प्रयोगतर्फ विचार गर्नु भनी विपक्षी नेपाल सरकार, प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय समेतका नाममा र हाल विचाराधीन रहेको मुद्दामा बारा जिल्ला अदालतले निर्णय गर्दा पनि सो बमोजिम विचार गर्नु भनी विपक्षी बारा जिल्ला अदालतका नाममा समेत परमादेशको आदेश समेत जारी हुनेः

- नेपाल सरकारले जारी गरेको सरकार वादी हुने फौजदारी मुद्दाहरू फिर्ता लिने सम्बन्धमा अपनाउनु पर्ने नीतिगत मापदण्ड र कार्यविधि, २०५५ को मापदण्डको प्रकरण ४ मा उल्लिखित अपराधहरूका अतिरिक्त गम्भीर प्रकृतिका नियतवस गरेको हत्या, राज्य विरूद्धका अपराध, युद्ध अपराध, मानव अधिकार र क्रुर र अमानवीय प्रकृतिका मानवता विरूद्धको अपराध, संगठित अपराध, महिला एवं बालबालिका विरूद्धको अपराध, जाति हत्या, सार्वजनिक हक विरूद्धको अपराध जस्ता अपराधमा जुनसुकै सौदा गरी मुद्दा फिर्ता लिने निर्णय नगर्नू,
- दायर रहेका मुद्दालाई फिर्ता गर्नुपर्ने निर्णय गर्नु अघि सो गर्नुपर्ने मुनासिब कारण सम्बन्धमा मुद्दा चलाउने महान्यायाधिवक्ता वा अन्तर्गतको अभियोक्तासँग पनि परामर्श गरी मात्र मुद्दा फिर्ता गर्ने निर्णयको परिपाटी विकास गर्नु,
- मुद्दा चलाइएको कानूनमा पीडितले क्षतिपूर्ति समेत पाउने व्यवस्था रहेकोमा मुद्दा फिर्ता लिँदा सो क्षतिपूर्ति पाउने कुरामा प्रतिकूल असर नपर्ने व्यवस्थामा विचार पुऱ्याउनु,
- जसको हकमा मुद्दा फिर्ता लिने हो सो व्यक्तिले अदालतबाट जारी भएको म्यादमा हाजिर नभई फरार रहेको अवस्थाको प्रतिवादीको हकमा फिर्तासम्बन्धी विचार नगर्नु,
- घटनाबाट पीडित हुने भनेको जाहेरवाला वा पीडितलाई मुद्दा फिर्ताको सुनुवाइ प्रक्रियामा सहभागी हुन सक्ने गराउन सूचना दिई निजलाई आफ्नो कुरा भन्ने मौका प्रदान गर्नु,
- उल्लिखित कार्यको प्रभावकारी कार्यान्वयनका लागि नेपाल सरकार मन्त्रिपरिषदबाट मुद्दाहरू फिर्ता लिने सम्बन्धमा अपनाउनु पर्ने मापदण्ड र कार्यविधिमा आवश्यक परिमार्जन गर्नु।

(ङ) गंभीर प्रकृतिका अपराधमा मुद्दा फिर्ता लिन नहुने[24]

गम्भीर प्रकृतिका मुद्दाहरूमा समेत विषयवस्तुको गम्भीरता नहेरी कानूनी व्यवस्थाको पालनबाट हुने दूरगामी प्रभाव, त्यसबाट समाजमा पर्ने नकारात्मक असर, आपराधिक मनोवृत्तिमा हुन सक्ने वृद्धिको दुष्परिणाम समेत केही विचार नगरी सरकारले मुद्दा फिर्ता लिँदै जाने हो भने शान्ति सुव्यवस्था खतरामा पर्ने तथा नागरिकको जीउ धनको संरक्षण हुन नसक्ने सम्भावना हुने हुँदा सो तर्फ सरकार सदैव सचेत रहनु पर्ने। राजनीतिक व्यवस्था वा सरकार परिवर्तन भएको अवस्थामा वा

---

23 गोपि बहादुर भण्डारी वि. प्रमसमेत, नेकाप २०६९ अंक ३ पृ. ४४२

24 रामु महतो वि. प्रधान मन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को सचिवालयको कार्यालय समेत, नेकाप २०६९ अंक ५ नि.नं. ८८२८

कुनै राजनीतिक दल वा संघसँग आबद्ध भएको आडमा मानिसको बाँच्न पाउने हक (Right to Live) लाई कुण्ठित गर्न नमिल्ने।

जघन्य एवं पाशविक प्रकृतिका अपराध, मानवता विरुद्धका अपराध, लागू औषध, मानव बेचबिखन, बालबालिकाका विरुद्धको अपराध, हातहतियार खरखजाना सम्बन्धी अपराध, व्यक्तिको बाँच्न पाउने अधिकारलाई कुण्ठित गरेको सम्बन्धी अपराध, पेशेवर अपराधीद्वारा गरिएको तथा संगठित रुपमा गरिएको अपराध साधारणतया फिर्ता लिन नहुने प्रकृतिका मुद्दाहरू वस्तुनिष्ठ एवं मनासीब आधार र कारण बिना राजनीतिक दलसँग आवद्ध रहेको कारणबाट मात्र फिर्ता लिने कार्य स्वीकार्य हुन नसक्ने।

सरकारको फेरबदल सँगै फौजदारी कसूरका सम्बन्धमा अदालतमा दायर भएका मुद्दाहरू कुनै निश्चित आधार र मापदण्ड बिना नै कुनै राजनीतिक दल विशेषसँग आबद्ध भएकै नाताले मात्र मुद्दा फिर्ता लिने परिपाटीले शान्ति सुव्यवस्था कायम गर्ने, दण्डहीनताको अन्त्य गर्ने तथा नागरिकको जीउ धन एवं वैयक्तिक स्वतन्त्रताको संरक्षण गरी कानूनको शासन स्थापना गर्ने राज्यको उद्देश्यमा कुठाराघात पुग्न जान्छ। त्यसो हुन नदिन सरकारले ऐनको प्रावधान अनुरूप तथा निश्चित मापदण्ड र आधार तय गरी कारण र औचित्यका आधारमा मुद्दा फिर्ता लिने निर्णय गरेमा त्यस्तो निर्णय मान्य र निर्विवाद हुन जाने।

(च) जुनसुकै मुद्दा फिर्ता लिन नहुने[२५]

कानून र संविधानको मनसाय जुनसुकै मुद्दा फिर्ता लिन हुन्छ भन्ने होइन र सरकारको उद्देश्य दण्डहिनतालाई प्रोत्साहन दिनु पनि होइन। गम्भिर प्रकृतिका मानवीय कानून उल्लङ्घन भएका मुद्दाहरुमा समेत विषयवस्तुको गंभीरता नहेरी सरकारले फिर्ता गर्दै जाने र अदालतले पनि औचित्य तर्फ नहेर्ने हो भने जनताको जीउ धनको संरक्षण गर्ने सरकारको उत्तरदायित्व तथा जवाफदेहीपनको अभाव हुन गई कानूनी राज्यको अस्तित्व मै प्रश्न उठ्ने। राजनैतिक व्यवस्था वा सरकार परिवर्तन हुँदैमा जनताको बाँच्न पाउने स्थापित मौलिक हक अधिकारको उपभोगलाई अन्यथा रुपमा प्रभावित गर्न दिन मिल्ने अवस्था आए संविधान र कानून बमोजिम अदालतले जनताको हक अधिकारको संरक्षण गर्ने कुरामा पछि हट्न नहुने।

कानून र न्यायको मापदण्डको अधिनमा रहेर मुद्दा फिर्ता दिनुपर्ने, अत्यन्त गम्भिर कारणले मुद्दा फिर्ता लिनुपर्ने भएको तर न्यायमा असर नपर्ने उपयुक्त अवस्थामा फिर्ताको माग भएमा अनधिकृत हस्तक्षेप गर्ने नीति अदालतको नहुने। मुद्दा फिर्ता माग गर्ने अधिकार भनेर जस्तोसुकै मुद्दामा पनि माग गर्ने र जहिले पनि वा जस्तोमा पनि मुद्दा फिर्ता दिने कुरा अदालतलाई सुम्पिएको न्यायिक अधिकार सुहाउँदो नहुने, अदालतले यथार्थमा न्यायको संरक्षक बन्नु पर्ने।

आफ्नो बचाउ गर्न नसकी अपराधबाट पीडित भएको व्यक्तिको अधिकारको संरक्षणबाट नै समाजमा न्यायको प्रत्याभूति दिने हुनाले यस्तो प्रश्नलाई संवेदनशील भएर हेर्नुपर्ने। अभियोगपत्र दायर भएदेखि फैसला र त्यसको परिणामलाई अनदेखा गरी फिर्ता माग गरिएको मुद्दा फिर्ता माग गर्ने अधिकार अन्तर्गत भएको फैसला दण्ड जरिवानालाई शुन्य बनाउन सक्ने अधिकार समावेश भएको भन्न नमिल्ने।

(छ) मुद्दा फिर्ता लिने वा नलिने निर्णय विशुद्ध फौजदारी न्यायको सिद्धान्त सँग सम्बन्धित कुरा

सम्मानीत सर्वोच्च अदालतको संवैधानिक इजलासबाट माधवकुमार बस्नेत विरुद्ध नेपाल सरकार समेत[26] (०६८-DI-०८१९) उत्प्रेषण युक्त परमादेश मुद्दामा मिति २०७२ साल पौष ३० गतेभएको फैसलामा मुद्दा फिर्ता लिने वा नलिने निर्णय

---

[25] नेपाल सरकार वि. गगनदेव राय यादव नेकाप २०६५ अंक ९ नि.नं. ८०१३

विशुद्ध फौजदारी न्यायको सिद्धान्त सँग सम्बन्धीत कुरा हो। फौजदारी न्यायको राजनीतिकरण गर्ने प्रत्यक्ष वा परोक्ष कुनै प्रयास न्यायको स्वच्छताको लागि विष सरह हुन्छ। अभियोजन स्वयं न्यायिक प्रक्रियाको अभिन्न अंग बनेको हुन्छ, अभियोजनलाई विशुद्ध कार्यकारी निर्णय र त्यसमाथि हुने निर्णय मात्रै न्यायिक भए पुग्छ भन्ने ठान्ने हो भने न्यायको जरोमा नै स्वेछाचारिता प्रभावि हुन जान्छ र न्यायिकतामा असर पर्न सक्ने स्थिति रहन सक्छ भन्ने व्याख्या गर्दै मुद्दाफिर्ता सम्बन्धी तात्कालीन मन्त्री परिषदको निर्णय खारेज गरेको छ।

(ज) मुद्दा फिर्ता प्रक्रियामा पीडितको परामर्श, सुनुवाइमा सहभागिता र प्रतिबादीको समर्पण जरुरी[27]

कुनै राजनीतिक दलमा आवद्ध ब्यक्तिलाई कुनै अपराधको अनुसन्धानबाट दोषी देखिई मुद्दा दायर भएकै आधारमा त्यस्तो कसूरलाई राजनीतिक कसूर तथा राजनीतिक मुद्दा मान्न मिल्दैन।सरकारले आफुले दायर गरेको मुद्दा आफ्नो स्वेच्छामा फिर्ता लिन मिल्दैन।सरकारले आफैले बनाएको मापदण्डलाई पालना नगरी मुद्दा फिर्ताको लागि अनुकूल हुनेगरी मापदण्डको व्यवस्थालाई नै निलम्वन गरी मुद्दा फिर्ता लिने काम कारवाही कानून सम्मत मान्न मिलेन।मुद्दा फिर्ता लिने प्रक्रियामा पीडितको परामर्श, सुनुवाईमा सहभागिता र न्यायिक प्रक्रियामा प्रतिबादीले गर्नुपर्ने समर्पण जरूरी छ।न्याय दिने दिलाउने राज्यको कार्यलाई पव्लिक ट्रष्टको रुपमा लिनु पर्छ। जथाभावि मुद्दा फिर्ता लिने दिने गर्दा पीडित पक्षको न्याय प्राप्तीको हक कुण्ठित हुन जानेहुँदा मुद्दा फिर्ता लिने नेपाल सरकारको निर्णय उत्प्रेषणको आदेशले बदर हुन्छ।

(झ) मुद्दा फिर्ता लिने कार्य न्यायिक मार्गको विचलन वा विमुखकारी हुन नहुने[28]

गलत अनुसन्धानको कारण निर्दोष मानिस माथि अभियोग लाग्न गएको अवस्थामा न्यायिक प्रक्रियाप्रति जनताको विश्वास कायम राख्न, समाजमा सामाजिक सद्भाव र शान्ति सुव्यवस्था कायम गर्न, कुटनैतिक सम्वन्ध विग्रिनबाट जोगाउन, सामाजिक तथा धार्मिक सद्भाव कायम राख्ने जस्ता उद्देश्य र बृहत्तर राष्ट्रिय हितका लागि न्यायिक सुजबुझका आधारमा बिसुद्ध अपराधिक घटना बाहेकका कसूरसँग सम्वन्धित मुद्दा फिर्ता लिन जायज मानिन्छ। फौजदारी न्यायको राजनीतिकरण गर्ने प्रत्यक्ष वा परोक्ष कुनै प्रयास न्यायको स्वच्छताको लागि विष सरह हुन्छ। कार्यकारी प्रभाव वा पहुँच भएकाको हकमा फौजदारी न्याय खेलौना जस्तो र अन्यलाई सन्नासो जस्तो भयो भने न्यायले न्यायिकता नै गुमाउन जाने अवस्था हुन्छ। त्यस्तो कुरालाई सम्पूर्ण राज्य र फौजदारी न्याय प्रणालीका सञ्चालकहरूले विचार गर्नुपर्ने हुन्छ।

मुद्दा फिर्ता लिने प्रक्रियामा न्यायिक मार्गको विचलन वा विमुखकारी हुन हुँदैन। यो न्यायपूर्ण स्वभाविक स्वच्छ र दवावरहित हुनुका साथै मुद्दा फिर्तामा पारदर्शिता र स्वीकार्यता रहनुपर्छ। यो समानता र न्यायको अधिकारमा आधारित हुनुपर्छ। अपराधको आवश्यक अनुसन्धान नगरी मुद्दा चलाउन हतार गर्ने र स्वेच्छाचारी ढंगले मुद्दा फिर्ता लिने हो भने यो समग्र प्रक्रियाले एउटा राजनीतिक हत्कण्डाको रुप लिन पुग्दछ। जथाभावी मुद्दा फिर्ता लिने दिने गर्दा पीडित पक्षको न्याय प्राप्तिको हक कुण्ठित हुन जान्छ। अदालतले विभिन्न मुद्दाहरू मार्फत दिएको निर्देशन गरेको फैसलाको अतिरिक्त सरकार आफैले बनाएको मापदण्ड र कार्यविधिको दुरूपयोगको प्रवृत्ति कानूनी शासनमा सुहाउने देखिदैंन।विशुद्ध अपराधिक चरित्रका मुद्दाहरु फिर्ता लिन न्यायिक मान्यता अनुकूल हुँदैन।

---

26 नेकाप २०७५, संवैधानिक इजलास खण्ड, नि.नं. ०००४

27 रुपिया देवी वि. नेपाल सरकार, नेकाप २०७५ संवैधानिक इजलास खण्ड नि.नं. ०००५

28 अधिवक्ता प्रकाशमणि शर्मा वि. नेपाल सरकार, नेकाप २०७५ संवैधानिक इजलास खण्ड नि.नं. ०००३

९. जथाभावि मुद्दा फिर्ता र दण्डहीनता

राज्यमा न्यायपूर्ण व्यवस्था कायम गर्नु राज्यको उद्देश्य हो तापनि यो कार्यमा राज्य पूर्न सफल बन्न सकेको पाईदैन। एकातर्फ अपराधीहरू सवैलाई दण्डित गर्न सकिएको हुँदैन भने अदालतबाट सजाय ठहरेका सवै फैसला कार्यान्वयन हुन सकेको देखिदैन। आपराधिक क्रियाकलाप कानूनी दायरामा नआउनु दण्डहीनता हो। कानूनको शक्ति तथा राज्यका संयन्त्रहरू कमजोर हुनु, नागरिकका अधिकार संरक्षण नहुनु र राज्यमा विधिको शासन नहुनु दण्डहीनताको अवस्था हो। मूलतः अपराधीलाई कानूनको दायरामा नल्याउनु, प्रभावकारी अनुसन्धान तथा अभियोजन नगर्नु, पीडितलाई न्याय दिन नसक्नु वा न्याय दिन इन्कार गर्नु तथा अदालती निर्णयको प्रभावकारी कार्यान्वयन नहुनु दण्डहीनता निम्त्याउनु हो। दण्डहीनता भनेको पीडक माथि अनुसन्धान, अभियोजन, पुर्पक्ष तथा कारबाही नगरिएको वा गर्ने इच्छा नगरिएको वा असफल भएको अवस्था हो। गम्भीर प्रकृतिका मुद्दाहरू पनि राजनैतिक स्वार्थसिद्धिका निम्ति फिर्ता लिने गरेको देखिएको हुँदा त्यसले अभियोजन कार्य र औचित्यमा प्रश्न खडा गरेको देखिन्छ। यसले अपराधको राजनीतिकरण र राजनीतिको अपराधीकरण गरेको र दण्डहीनता मौलाउने सुअवसर प्राप्त गरेको गुनासो सुनिन्छ। अभियोजन गर्ने सरकारी वकीलहरूको केन्द्रीय सम्मेलन, २०६८ ले "सरकार वादी मुद्दा फिर्ता सम्बन्धी निर्णयहरू विवादित हुने गरेका र त्यसले दण्डहीनता बढाएको भन्ने प्रस्ताव नै पारित गरेको देखिन्छ।

२०६३ सालको राजनीतिक परिवर्तन पश्चात् देश संक्रमणकालीन अवस्थामा रहेको छ। द्वन्द्वकालीन समयमा मानव अधिकारको हनन्, व्यक्ति वेपत्ता पार्ने कार्य र राजनीतिक परिवर्तनलाई संबोधन गर्न मुद्दा फिर्ता लिने तथा समाजमा मेलमिलापको वातावरण बनाउनु आवश्यक हुन्छ। सो बमोजिम द्वन्द्वको समयमा भएका मानवीय विरुद्धका क्रियाकलापलाई सत्य निरूपण तथा मेलमिलाप आयोग गठन गरी सत्य अन्वेषण गर्ने, समाजमा मेलमिलापको वातावरण निर्माण गर्ने र पीडितलाई राहत प्रदान गर्ने संवैधानिक प्राबधान अनुरूप आवश्यक कानूनी व्यवस्था र संयन्त्र बन्न सकेको छैन। यसबाट गंभीर प्रकृतिका सरकार वादी मुद्दा फिर्ता लिने तर द्वन्द्वकालीन समयमा भएका मानव अधिकार विरुद्धका कार्य, व्यक्ति वेपत्ता, ज्यादतीका सम्बन्धमा सत्यको खोजी, दोषीलाई कारबाही, पीडितलाई क्षतिपूति प्रदान गर्ने र समाजमा मेलमिलापको अवस्था कायम गर्ने कार्य नगरेबाट मुद्दा फिर्ता लिने कार्य सामाञ्जस्यपूर्ण भएको देखिदैन। मानव अधिकार उल्लङ्घन\ज्यादतीका घटनाका दोषीहरूलाई कारबाही नगरी हत्या, जबरजस्ती करणी, व्यक्ति बेपत्ता गर्ने जस्ता गंभीर प्रकृतिका फौजदारी अपराध सम्बन्धी अदालतमा विचाराधीन मुद्दा फिर्ता लिने कार्य गरियो। मुद्दा फिर्ता लिनु पर्ने आवश्यकता र अपरिहार्यता रहँदा रहँदै पनि यसको प्रयोग र प्रक्रिया भने दिनदिनै विवादित बन्दै गएको अवस्था छ। जस्तोसुकै संगीन प्रकृतिको फौजदारी अपराध भनिएको मुद्दा पनि नेपाल सरकारको आदेश भएमा र अदालतको मञ्जुरी भएमा फिर्ता लिन सक्ने व्यवस्था र यसको जथाभावी प्रयोग विवादको घेराभन्दा बाहिर रहेको छैन।शान्ति संझौतामा जनाइएको प्रतिबद्धता अनुरूप हालसम्म सत्य निरूपण तथा मेलमिलाप आयोगले प्रभावकारी रूपमा कार्य सम्पादन गर्न नसकेबाट दण्डहीनताले प्रश्रय पाएको अरोप लाग्ने गरेको छ। संविधानले नेपाल सरकारको तर्फबाट फौजदारी मुद्दाको अभियोजन गर्ने अधिकार महान्यायाधिवक्तालाई सुम्पे पनि मुद्दा फिर्ता लिने अधिकार भने सरकारलाई प्रदान गरेको छ। यसरी सरकारको तर्फबाट सरकार वादी हुने फौजदारी मुद्दामा अभियोजनकर्ता सरकार भए पनि त्यसबाट पीडित हुने पक्ष व्यक्ति नै हुन्छन्। यसमा सरकारको उपस्थिति पीडित व्यक्तिको अभिभावक वा संरक्षकको रूपमा रहेको हुन्छ। अतः अभिभावकले निर्णय गर्दा आफूबाट संरक्षित जनताको पीडा, क्षतिलाई समेत ध्यान दिई गर्नु पर्दछ। मुद्दा फिर्ता लिएको सरकारी निर्णय विरुद्ध सर्वोच्च अदालतमा घटनाबाट पीडित पक्षले निवेदन दिने गरेको हुँदा मुद्दा फिर्ता लिँदा पीडितको क्षतिपूर्तिको अवस्था र उसको राय समेत लिई फिर्ता गर्दा कम विवादित हुने देखिन्छ। यसतर्फ ध्यान नदिई मुद्दा फिर्ता लिने सरकारको कार्यबाट पीडकले सजाय र पीडितले न्याय नपाउने अवस्था आउन सक्छ। यसबाट कानूनको कार्यान्वयन हुन नसकी समाजमा

दण्डहीनता निम्तन्छ। मुद्दा फिर्ता लिने कार्य अभियोगबाट अपराधीलाई उन्मुक्ति दिने मात्र नभई न्यायिक निकाय समक्ष निरोपणको सिलसिलामा रहेको विवादलाई वैधानिक रूपमा निर्णय हुनु पूर्व बीच बाटैमा अलग गराउने कार्य पनि हो। मुद्दामा अभियोजन गरेपछि न्यायिक प्रक्रियाबाट सफाइ लिन पाउने अभियुक्तको पनि अधिकार हुने हुँदा आरोपले वैधानिक रूपमा अन्तिमता प्राप्त गर्न पाउँदैन एवं पीडितले पनि अन्याय भएको महसुस गरिरहेको हुन सक्छ र समाजमा विवादको अन्त्य नभई भित्री तहमा तुष राखी रहेको हुन सक्छ। त्यसकारण जनताले विश्वास गर्ने आधार बेगर गंभीर फौजदारी मुद्दा फिर्ता लिने कार्यले राज्यको बैधतालाई चुनौती दिन्छ र यसले कानून विहीनता र दण्डहीनताको सिर्जना गर्दछ।

१०. निष्कर्ष तथा सुझाव

जनातालाई शान्ति सुरक्षाको प्रत्याभूत गराइ समुन्नत समाजको स्थापना गर्नु राज्यको मुख्य कार्य हो भन्ने कुरामा दुईमत छैन। न्यायपूर्ण समाजको स्थापना र निरन्तरताका लागि राज्यका हरेक निर्णय हुनु पर्दछ। सरकारले शासन व्यवस्था सञ्चालन गर्दा विभिन्न परिस्थिति, परिवेश, अवस्था अनुसार निर्णय गर्नु पर्ने बाध्यता पनि आउँदछ। तथापि ती निर्णयबाट नागरिकको सुरक्षा, हक अधिकारको संरक्षण तथा न्याय खोसिनु हुँदैन। सरकारको तर्फबाट गरिएको अभियोजन पनि अपवादात्मक रूपमा गलत सूचना, झुट्ठा प्रमाणबाट वा तत्कालीन अवस्था, राजनीतिक पूर्वाग्रह तथा कारणले पनि गरिएको हुन सक्छ। यदि कारणबश गलत अभियोजन गरिएकोमा त्यसलाई निरन्तरता प्रदान गर्नु अर्को अन्याय हुन जान्छ। मुद्दा चलाउँदा भन्दा मुद्दा फिर्ता लिँदा समाजमा शान्ति कायम हुने अवस्था पनि आउन सक्दछ। त्यसैगरी राजनीतिक परिवर्तन लगायतका कारण संक्रमणकाललाई सुरक्षित गन्तव्यमा पुऱ्याउन पनि मुद्दा फिर्ता लिनु पर्ने अपरिहार्यता हुन्छ। यसरी मुद्दा फिर्ता लिँदा मुद्दाका प्रतिवादीहरू बीचको समानता, पीडितको हक र क्षतिपूर्ति समेत विचार गरी निर्णय गर्नु पर्दछ। यो राज्यलाई नागरिकहरूको संरक्षणका लागि विशेष अधिकारको रूपमा सुम्पिएको जिम्मेवारी पनि हो। त्यसकारण यो प्रक्रिया सामान्य होइन, अपवादात्मक हो। विशेष परिस्थितिमा आधार, कारण खुलाई समाज, जनताप्रति लक्षित भई पीडितको अवस्था र उसको भनाइलाई समेत मध्यनजर गर्दै सरकारले मुद्दा फिर्ता लिन सक्छ र यो आवश्यक पनि हुन्छ। तर अभियुक्तको प्रभाव, पहुँच, पद, राजनीतिक आस्थाको आडमा अपराधबाट उन्मुक्ति प्रदान गर्ने र यसलाई एक नियमको रूपमा यस किमार्थ प्रयोग गरिनु हुँदैन। मुद्दा फिर्ता लिने निर्णय गर्दा यसको आवश्यकता र औचित्यता हेरी आधार र कारण सहित सजग भई गर्नुपर्दछ।

अपराधबाट भएको पीडा वा क्षतिलाई कम आंकलन गरी मुद्दा फिर्ता लिने कार्य गर्नु अति नै जोखिमपूर्ण हुन्छ। त्यसैले, मुद्दा फिर्ता गर्ने कानूनको प्रयोग गर्दा व्यक्तिगत, राजनैतिक लाभ लिनेदिने गरी वा कुनै क्षणिक स्वार्थबाट प्रेरित भई गरेमा यसको असर सम्बन्धित व्यक्ति, परिवार र समाजलाई मात्र नभई समग्रमा राष्ट्र, राष्ट्रिय न्याय प्रशासन र अन्तर्राष्ट्रिय क्षेत्रमा समेत पर्ने हुँदा त्यसतर्फ समेत विचार पु¥याउनु पर्दछ। यस कार्यको दुरूपयोगले पीडितलाई थप पीडा गराउँदछ भने राज्यमा दण्डहीनता बढाउँदछ। विधिको शासन, कानूनको कार्यान्वयन, न्यायप्रति रहेको जनताको आस्था खस्काउँछ भने अनुसन्धान र अभियोजनकर्ताको मनोबल गिराउँदछ। यसले पद, पहुँच, पैसाको बलमा अपराधीले उन्मुक्ति पाउने, पीडितले असुरक्षा र थप पीडा भोग्नु पर्ने प्रक्रिया बन्दछ। नागरिकको न्याय पाउने हकमा आघात पुग्ने मात्र नभई व्यक्तिमा कानून उल्लंघन गर्ने अभ्यास विकास हुने र राज्यको न्याय प्रशासनमा आस्था गुम्न जाने, राज्यमा अराजकता र अस्थिरता उत्पनन हुन गई दण्डहीनताले प्रश्रय पाउँदछ।

देशमा कानूनको शासन कायम गर्नु, न्यायपूर्ण व्यवस्थाको सिर्जना गर्नु, मानव अधिकारको संरक्षण गर्नु, राज्यका संयन्त्रप्रति जनविश्वास कायम गराउनु सरकारको दायित्व हो। सरकारका हरेक क्रियाकलाप तथा गतिविधि यिनै विषयप्रति केन्द्रित हुन

आवश्यक हुन्छ। विशेष अवस्था आई अपावादात्मक मुद्दा फिर्ता लिने निर्णय कार्यलाई राजनीतिक भन्दा कानूनी आधारमा राज्य तथा नागरिकप्रति उत्तरदायी भई गर्नु आवश्यक हुन्छ। विगतमा भएका कमि कमजोरीलाई हटाउदै मुद्दा फिर्ता लिने निर्णय गर्दा सरकारले देहायका कुरामा ध्यान दिनुपर्ने देखिएको छ।

- संहिताको भावना अनुरूप तुरून्त मुद्दा फिर्ता सम्बन्धी निर्देशिका जारी गर्नुपर्ने र विगतका गल्तिहरू सच्याउदै बस्तुपरक तरिकाले मुद्दा फिर्ता प्रावधानलाई लागू गर्नुपर्ने।
- सरकार फेरिएपिच्छे नभै बर्षको २ पटक मात्र यस सम्बन्धमा विस्तृत अध्ययन गरी गर्नै पर्ने भएमा आधार कारण खोली एकै पटक निर्णय गर्ने, पटक पटक निर्णय नगर्ने,
- मुद्दा फिर्ता लिने निर्णय गर्दा संहिता बमोजिम महान्यायाधिवक्ताको परामर्श लिनुपर्ने प्रावधानलाई कडाईका साथ पालना गर्ने। महान्यायाधिवक्ताले परामर्श दिदा पनि पीडित समेत बुझी समाजमा पर्न सक्ने नकारात्मक असर समेत विचार गरेर मात्र दिने परिपाटिको विकास गर्नुपर्ने,
- सम्बन्धित पीडित, प्रतिवादीको अवस्था, उनीहरूको भनाई, प्रतिवादीको पृष्ठभूमि, आवश्यक अन्य विवरण संकलन गरी निर्णय गर्ने,
- अदालतमा समर्पण नगरेको वा न्यायिक कार्यमा अवरोध गरेको प्रतिवादीको मुद्दा फिर्ता नलिने,
- पद, पैसा, पहुँच तथा राजनीतिक आडमा मुद्दा फिर्ता नगर्ने,
- द्वन्द्वको समयमा भएका मानवीय विरुद्धका क्रियाकलापलाई सत्य निरूपण तथा मेलमिलाप आयोग गठन भई कार्य गरिरहेकोले आयोगहरुबाट चाडो सत्य अन्वेषण गर्ने, समाजमा मेलमिलापको वातावरण निर्माण गर्ने र पीडितलाई राहत प्रदान गरेर मात्र त्यस्ता मुद्दा फिर्ता लिने पर्ने परिस्थिति देखिए मात्र फिर्ता लिने,

नेपालमा कानून निर्माण प्रक्रिया

✍ श्रीराम खनाल ♦

१. परिचय

कानून निर्माण गर्ने काम राज्यको प्रमुख कार्य हो। शक्ति पृथकीकरणको शास्त्रीय मान्यता अनुसार विधायिकाले कानून बनाउने, कार्यपालिकाले कानून कार्यान्वयन गर्ने र न्यायपालिकाले कानूनको व्याख्या गर्ने भए पनि यथार्थमा राज्यका तीनवटै प्रमुख अंगले नै कानून बनाउदछन्।[१] कार्यपालिकाले प्रत्यायोजित विधायन अन्तर्गत कानून बनाउँछ भने न्यायापालिकाले न्यायिक नजीर मार्फत कानून बनाउने गर्दछ। यस बाहेक प्रशासनिक अंग, सार्वजनिक प्रतिष्ठानहरूले पनि कानून बनाउदछन्। कानून बनाउने विधि र प्रक्रियालाई व्यवस्थापन विधि (Legislative Procedure) भनिन्छ। कानून निर्माण गर्ने अभ्यासलाई अनुशासित र उत्तरदायी बनाउन व्यवस्थापन विधिको आवश्यकता हुन्छ। नेपालको संविधानले भाग ९ मा संघीय व्यवस्थापन कार्यविधि र भाग १५ मा प्रदेश व्यवस्थापन कार्यविधिको व्यवस्था गरेको छ।

संविधानले मुलुकको विधायिकी अधिकारलाई आ-आफ्नो कार्यक्षेत्रभित्र रही कार्य सम्पादन गर्ने गरी संघ, प्रदेश र स्थानीय तहमा विभाजन गरको छ।[२] जस अनुसार संघले तर्जुमा गरेको कानूनको प्रतिकूल नहुने गरी प्रदेश सभाले कानून बनाउनु पर्ने र प्रदेश सभाले बनाएको कानूनको मूल मर्मभित्र रही गाँउ वा नगरसभाले कानून तर्जुमा गर्ने व्यवस्था रहेको छ। नयाँ संवैधानिक व्यवस्था अनुसार संघको एकलौटी अधिकारको सूचीमा रहेको विषय तथा साझा सूचीमा परेको विषयमा आवश्यक कानून निर्माण गर्ने अधिकार संघमा रहेको छ। त्यसै गरी संघ, प्रदेश र स्थानीय तह गरी कुनै पनि तहको अधिकारको सूचीमा नपरेको विषयमा कानून निर्माण गर्ने अवशिष्ट अधिकार[३] संघमा रहेको छ। प्रदेश र स्थानीय तहले आफ्नो एकलौटी अधिकारको सूचीमा रहेको विषयमा कानून निर्माण गर्ने तथा संघ र प्रदेशको साझा अधिकारको सूचीमा रहेको विषयमा संघीय कानूनको प्रतिकूल नहुने गरी प्रदेशले समेत कानून निर्माण गर्नसक्ने, संघ, प्रदेश र स्थानीय तहको अधिकारको सूचीमा परेको विषयमा संघ र प्रदेशले बनाएको कानूनको प्रतिकूल नहुने गरी स्थानीय तहले कानून निर्माण गर्न सक्ने गरी संघ, प्रदेश तथा स्थानीय तह बीचको विधायिकी अधिकारको बाँडफाँड तथा विधायिकी सम्बन्ध निर्धारण गरिएको छ।

♦ शाखा अधिकृत, महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय।

[१] माधव पौडेल, कानून तर्जुमाः संरचना तथा ढाँचा, कानून तर्जुमा सम्बन्धी अवधारणात्मक पक्षहरु, पृष्ठ १,

[२] नेपालको संविधान, धारा ५७

[३] नेपालको संविधान, धारा ५८

२. कानून निर्माण गर्ने विधिः

कानूनलाई सन्दर्भले व्यापक अर्थमा र संकुचित अर्थमा लिइन्छ। व्यापक अर्थमा कानूनलाई कुनै पनि मुलुकको संविधान, ऐन, नियम, अध्यादेश, विनियम, आदेश, अदालतबाट प्रतिपादित नजीर तथा न्यायिक परम्परालाइ समग्र वा छुट्टा छुट्टै रूपमा लिइन्छ। संकुचित अर्थमा कानूनलाई ऐनका रूपमा लिइन्छ।[४] तसर्थ कानून निर्माण प्रक्रियामा विधायिकी अधिकार अन्तर्गतको ऐन निर्माण, प्रत्यायोजित अधिकार अन्तर्गतको नियम, विनियम, निर्देशिका, कार्यविधि आदिको निर्माण र अध्यादेश निर्माणको कार्यहरू पर्दछन्। संविधानको निर्माण राजनीतिक प्रक्रियावाट हुन्छ। विधायिकाले व्यवस्थापन विधिको प्रयोग गरी ऐन निर्माण गर्दछ। प्रत्यायोजित विधायन कार्यकारी निर्णयबाट बनाइन्छ। अध्यादेश कार्यकारी निर्णयबाट जारी हुन्छ तर यसले ऐन सरहको हैसियत राख्दछ। विधि निर्माण प्रक्रिया अन्तर्गत सामाजिक, राजनीतिक, आर्थिक र आवश्यकता सम्बन्धी विभिन्न चरणहरू रहन्छन्।[५]

विधेयक

ऐन निर्माणको सुरुवात विधेयकबाट प्रारम्भ हुन्छ तसर्थ विधेयकलाई विधि निर्माणको प्रारम्भिक दस्तावेजको रूपमा लिइन्छ। विधेयक कानूनको मस्यौदा हो जसलाई कानून बनाउनका लागि संसदसमक्ष प्रस्तुत गरिने गरिन्छ। नेपालको संविधानले विधेयकलाई संघीय संसद वा प्रदेश सभामा पेश भएको संविधान संसोधन वा ऐनको मस्यौदा भनी परिभाषित गरेको छ।[६] विधेयक कानून निर्माणका लागि संसद समक्ष प्रस्तुत गरिने लिखित प्रस्ताव पनि हो। सामान्यतया यस्ता प्रस्ताव सरकार वा कार्यपालिकाको तर्फबाट प्रस्तुत गरिन्छ। सरकारका विभिन्न निकायहरूले आफूसँग सम्बन्धित विषयका सम्बन्धमा कानून बनाउन आवश्यक देखेमा वा विद्यमान कानून संशोधन गर्नुपर्ने आवश्यकता देखेमा त्यसको मस्यौदा तयार गरी मन्त्रिपरिषद् समक्ष पठाउनु पर्दछ र मन्त्रिपरिषदको स्वीकृतिपछि मात्र ती विषय विधेयकको रूपमा संसदमा प्रवेश गर्दछन्। यसरी सरकारले पेस गरेको विधेयकलाई सरकारी विधेयक भनिन्छ। यस अतिरिक्त संसद सदस्यहरूले तोकिएको कार्यविधि पूरा गरी व्यक्तिगत रूपमा समेत संसदमा जनताको दैनिक जीवनसँग सरोकार राख्ने विषय एवं सरकारको ध्यान नपुगेका विषयका सम्बन्धमा कानून बनाउन उपयुक्त लागेमा विधेयक बनाई पेस गर्न सक्छन्। यस्ता संसद सदस्यले निजी तवर बाट पेस गरिएको विधेयकलाई निजी वा गैर सरकारी विधेयक भनिन्छ। सरकार वा कार्यपालिकाले पेस गरेको वा विधायिकी सदस्यहरूले पेस गरेका विधेयकहरू विधायिकाले आवश्यक प्रक्रियाहरू पूरा गरी पारित गरिसके पछि मात्र कानून बन्दछन्।

विधेयकका प्रकारः

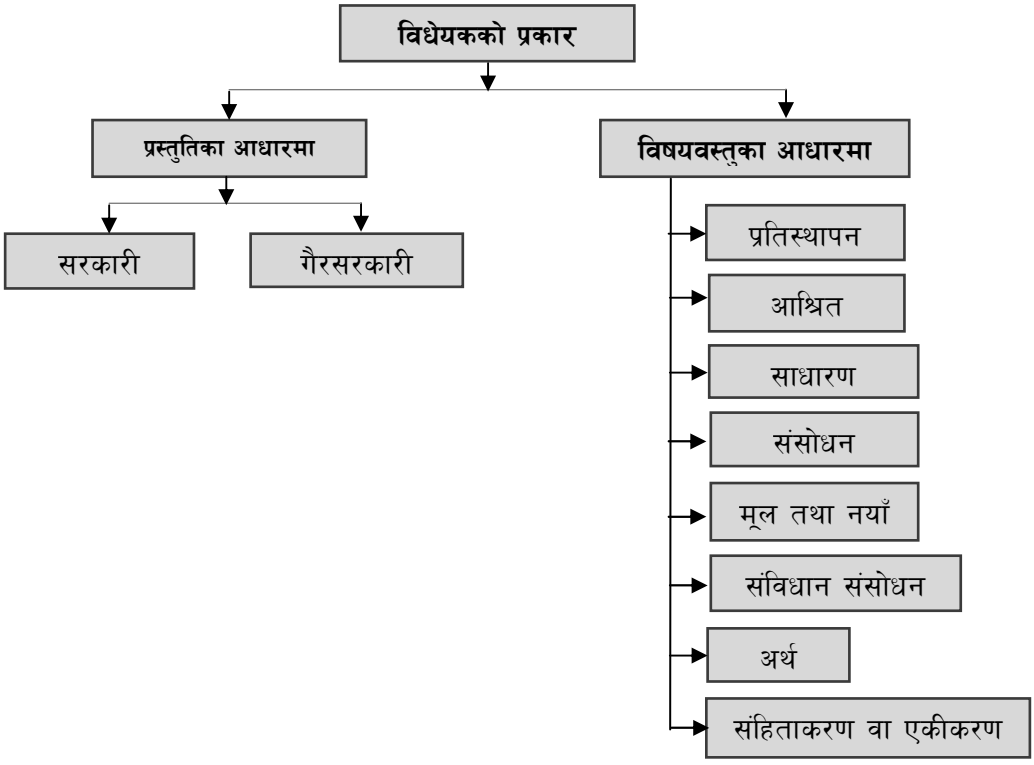
विधेयकलाई विभिन्न आधारमा वर्गीकरण गर्ने गरिन्छ। मुख्यतया विधेयकलाई देहायका प्रकारमा उल्लेख गर्न सकिन्छः-

---

[४] माधव पौडेल, कानून तर्जुमाः संरचना तथा ढाँचा,नेपाल कानून आयोग, कानून तर्जुमा सम्बन्धी अवधारणात्मक पक्षहरु, पृष्ठ १, २०६४

[५] Surendra Bhandari, Law and State in the Globalized World: A comparative and Conceptual Analysis, page 39.

[६] नेपालको संविधान, भाग ३४, धारा ३०६



(१) **प्रस्तुतिका आधारमा**

(क) **सरकारी विधेयक**

सरकारको तर्फबाट प्रस्तुत हुने विधेयकलाई सरकारी विधेयक भनिन्छ। अर्थ र नेपाली सेना, नेपाल प्रहरी वा सशस्त्र प्रहरी बल नेपाल लगायतका सुरक्षा निकाय सम्बन्धी विधेयक सरकारी विधेयकका रूपमा मात्र संसदमा पेस हुने व्यवस्था संविधानले गरेको छ[७] ।अर्थात् यी विधेयक गैर सरकारीरूपमा प्रस्तुत गर्न सकिँदैन। सरकारको तर्फबाट प्रस्तुत गरिने जुनसुकै विधेयकलाई सरकारी विधेयक भनिन्छ। नेपालको कानून निर्माण प्रक्रियामा सरकारी विधेयकको बाहुल्यता छ। सरकारी विधेयक प्रस्तुत गर्दा सरकारी निकायको संलग्नता व्यापक हुन्छ र औपचारिक प्रक्रिया धेरै हुन्छ ।सरकारी विधेयकको तयारीमा मूलतः देहायको प्रक्रिया अवलम्वन गरिन्छ।

(१) सम्बन्धित कानूनको आवश्यकता पहिचान,

(२) आवश्यकता पहिचान गरिएको विषयमा तुलनात्मक अध्ययन,

(३) कानून मन्त्रालयको सहमतिमा मन्त्रिपरिषदको सैद्धान्तिक सहमति,

(४) मस्यैदाको तयारी र सरोकारवालाहरू सँग छलफल,

(५) विज्ञहरूको सुझाव, प्रतिक्रिया संकलन,

---

[७] नेपालको संविधान, धारा ११०(२)

(६) विधेयकलाई अन्तिम स्वरूप प्रदान ।

(ख) गैर सरकारी विधेयकः

संघीय संसदको कुनै पनि सदस्यले व्यक्तिगत रूपमा वा सदस्यहरूले सामूहिक रूपमा तोकिएको कार्यविधि पूरा गरी जनताको दैनिक जीवनसँग सरोकार राख्ने वा सार्वजनिक सरोकारका विषयमा कानून बनाउन उपयुक्त लागेमा विधेयकको मस्यौदा गरी पेस गर्न सक्छन् । सरकार बाहेक अन्य संसद सदस्यले सदनमा प्रस्तुत गर्ने विधेयकलाई गैर सरकारी वा निजी विधेयक भनिन्छ । यस्तो विधेयक आफू निर्वाचित वा मनोनित सभामा मात्र पेस गर्नसक्ने र पारित भएमा अर्को सदनको काम कारबाहीका लागि सो सदनको कुनै सदस्यलाई वारेस तोक्नु पर्ने हुन्छ । नेपालको कानून निर्माण प्रक्रियामा गैर सरकारी विधेयकको अभ्यास न्यून छ । राष्ट्रिय मानव अधिकार आयोग ऐन, २०५३ गैर सरकारी विधेयकबाट बनेको कानून हो ।

(२) **विषयका आधारमा**

(क) अर्थ विधेयकः

सरकारले लगाउने कर र सरकारको खर्चसम्बन्धी व्यवस्था भएको विधेयक आर्थिक वा अर्थ विधेयक हो । यस्तो विधेयकमा कर लगाउने, उठाउने, खारेज गर्ने, सर्वसञ्चित कोषमा रकम जम्मा गर्ने, राष्ट्र ऋण उठाउने र जमानत दिने, सरकारी कोषमा जम्मा हुने राजस्व, ऋण असुलीबाट प्राप्त रकम वा अनुदानबाट प्राप्त रकम जिम्मा राख्ने र लागत राख्ने , सरकारी लेखा वा लेखा परीक्षणको विषय समावेश भएको हुन्छ । तर निवेदन, अनुमतिपत्र र नवीकरण दस्तुर, कुनै शुल्क लगाउने, कैद र जरिवाना लगाउने गरी बनाइएका सबै विधेयक अर्थ विधेयक नहुन पनि सक्छन् । नेपालका संविधानको भाग ९, संघीय व्यवस्थापन कार्यविधि अन्तर्गत धारा ११०(३) मा र भाग १५, प्रदेश व्यवस्थापन कार्यविधि अन्तर्गत धारा १९८(३) मा अर्थ विधेयककोबारेमा व्यवस्था गरिएको छ । संघीय संसदमा प्रस्तुत कुनै विधेयक अर्थ विधेयक हो वा होइन भनी निर्णय गर्ने अन्तिम अधिकार संघीय संसदको सभामुखलाई छ[८] भने प्रदेशसभामा प्रस्तुत भएको कुनै विधेयक अर्थ विधेयक हो वा होईन भनी निर्णय गर्ने अन्तिम अधिकार प्रदेशसंसदको सभामुखलाई[९] दिएको छ ।

(ख) साधारण विधेयकः

सुरक्षा र अर्थ विधेयक एवम् संविधान संशोधन बाहेकका अन्य सबै विधेयकलाई साधारण विधेयक भनिन्छ । नेपालको संविधानको धारा ११०(२) अनुसार नेपाली सेना, सशस्त्र प्रहरी बल र नेपाल प्रहरी लगायत सुरक्षा निकायसँग सम्बन्धित विधेयकलाई पनि विशेष किसिमको विधेयकको रूपमा राखिएको छ । यससँग सम्बन्धित विधेयक संसदमा सरकारले मात्र पेस गर्न सक्छ । त्यस्तै, धारा १९८(२) ले पनि अर्थ विधेयक र सुरक्षासँग सम्बन्धित विधेयक सरकारी विधेयक मात्र हुने व्यवस्था

---

[८] नेपालको संविधान, धारा ११० को उपधारा ४

[९] नेपालको संविधान, धारा १९८ को उपधारा ४

गरेको छ। अर्थात यस्ता विधेयकहरू सांसदहरूबाट व्यक्तिगत तवरले पेस गर्न सकिँदैन। सामान्यतयाः साधारण विधेयक सरकार वा सांसदले व्यक्तिगत रूपमा दर्ता गर्न सक्ने स्पष्ट हुन्छ। दुई सदनात्मक व्यवस्थापिका भएका मुलुकहरूमा साधारण विधेयक दुवै सदनबाट उत्पत्ति हुन सक्छन्। संघीय तहमा दुई सदनात्मक व्यवस्थापिका अङ्गीकार गरेकाले साधारण विधेयक प्रतिनिधि सभा वा राष्ट्रिय सभा दुवै सदनबाट उत्पत्ति हुन सक्छन्।

(ग) **मूल वा नयाँ विधेयकः**

कुनै पनि विषयमा नयाँ नीति र व्यवस्था कार्यान्वयनका लागि ल्याइने विधेयकलाई मूल विधेयक भनिन्छ। समाजको चरित्र गतिशील किसिमको हुन्छ र यस्तो गतिशीलताले समाजमा अवसर तथा चुनौती दुवै साथसाथै लिएर आउँछ। वर्तमान समयको ज्ञान, विज्ञान, प्रविधिको विकास, बढ्दो अन्तर्राष्ट्रिय व्यापार, आन्तरिक एवं बाह्य आप्रवासन, नयाँ अन्तर्राष्ट्रिय कानूनहरूको विकास एवं प्रयोग आदि समेतले समाज परिवर्तनमा उल्लेखनीय भूमिका खेलेका हुन्छन्। सामाजिक परिवर्तनका कारण समाजले एकातर्फ नयाँ किसिमका समस्या तथा चुनौती सामना गर्नुपर्ने हुन्छ भने अर्कोतर्फ राज्यसँग जनताका अपेक्षा एवं आकाङ्क्षा पनि बढिरहेका हुन्छन्। ती जनआकाङ्क्षाहरू र समाजका नयाँ समस्या एवं चुनौतीहरूलाई सम्बोधन एवं समाधान गर्न राज्यले तत्काल नयाँ नीति, नियम र योजना बनाई लागू गर्नुपर्ने हुन्छ किनकि पुराना नीति, नियम र योजना नयाँ सन्दर्भ र परिवेशमा पूर्णरूपले काम नलाग्ने भइसकेका हुन सक्छन्। यस अवस्थामा एकदमै नयाँ विचार र नीतिहरू समाविष्ट भएको विधेयक संसदमा पेस गरी कानून बनाई लागू गर्न अत्यावश्यक हुन्छ। यस्ता नयाँ प्रस्ताव, विचार र नीतिहरू समावेश भएको विधेयकलाई नयाँ विधेयक वा मूल विधेयक भनिन्छ।

(घ) **आश्रित विधेयकः**

सदनमा प्रस्तुत भइसकेको विधेयकको पूरकको रूपमा ल्याइने विधेयकलाई आश्रित विधेयक भनिन्छ। आर्थिक विधेयक र राष्ट्र ऋण उठाउने विधेयकलाई आश्रित विधेयकको उदाहरणको रूपमा लिन सकिन्छ। संसदको बैठकमा विचाराधीन विधेयक संसदबाट पारित नहुँदै उक्त विधेयकमाथि पूर्ण वा आंशिक आश्रित विधेयक प्रस्तुत गर्न सकिन्छ। पूर्ण वा आंशिक आश्रित विधेयक मूल विधेयकको संशोधन भने होइन। त्यस्तो विधेयक मूल विधेयकसँग सम्बन्धित रहेर उक्त विधेयकको प्रभावकारी कार्यान्वयन गर्न बनाइने विधेयक हुन्छ। मूल विधेयक पारित नभएसम्म आश्रित विधेयकमाथि विचार गरिँदैन। कदाचित मूल विधेयक नै सदनबाट अस्वीकृत भएको अवस्थामा आश्रित विधेयकको कुनै सान्दर्भिकता समेत रहँदैन र स्वतः निस्कृय हुन्छ।

(ङ) **संशोधन विधेयकः**

विद्यमान कानूनमा समसामयिक रूपमा हेरफेर वा थपघट गर्न ल्याइने विधेयकलाई संशोधन विधेयक भनिन्छ। एकातर्फ समाजको गतिशीलताका कारण विद्यमान कानूनहरूको प्रभावकारिता सो को अनुपातमा कम हुँदै गइरहेको हुन्छ भने अर्कातर्फ कानूनको प्रभावकारी कार्यान्वयन गर्दा त्यसमा रहेका कमी कमजोरीको पहिचान हुन जान्छ। यस्तो अवस्थामा कानूनको प्रभावकारिता

निरोधक शक्ति (deterrence power) एवं सान्दर्भिकता कायम राखि रहन विद्यमान कानूनमा केही संशोधन वा परिमार्जन गर्नुपर्ने हुन्छ। लागू भइरहेको कानूनमा केही संशोधन वा परिमार्जन गर्ने उद्देश्यले पेस गरिएको विधेयकलाई संशोधन विधेयक भनिन्छ

(च) **प्रतिस्थापन विधेयकः**

विगतमा जारी भएको अध्यादेशलाई ऐनद्वारा प्रतिस्थापन गर्न ल्याइने विधेयकलाई प्रतिस्थापन विधेयक भनिन्छ। ऐन सरह लागू हुने गरी जारी गरिने कार्यकारी आदेशलाई अध्यादेश भनिन्छ। संघीय संसदको दुवै सदनको अधिवेशन चलिरहेको अवस्थामा बाहेक अन्य अवस्थामा तत्काल कुनै काम गर्न कानूनको आवश्यक परेमा मन्त्रिपरिषदको सिफारिसमा राष्ट्रपतिले अध्यादेश जारी गर्न सक्ने व्यवस्था नेपालको संविधानले गरेको छ।[१०] जारी भएको अध्यादेशबाट बनेको कानून संसदबाट अनुमोदन गर्नु अनिवार्य हुन्छ। अध्यादेशका रूपमा जारी गरेको विषयलाई कानून नै बनाउनु पर्ने देखिएमा सरकारले लागू रहेको अध्यादेशलाई अनुमोदनका लागि विधेयक बनाई संसदमा पेस गर्न सक्छ। यो नै प्रतिस्थापन विधेयक हो।

(छ) **संहिताकरण वा एकीकरण विधेयकः**

एकै प्रकृति र सरोकार क्षेत्रका कानूनहरूलाई एकै स्थानमा राख्ने उद्देश्यले ल्याइने विधेयकलाई संहिताकरण वा एकीकरण विधेयक भनिन्छ। देशमा एकै विषयसँग सम्बन्धित छुट्टाछुट्टै कानून वा कानूनी प्रावधानहरू रहेका हुन सक्छन्। एकै विषयमा छुट्टाछुट्टै कानून वा कानूनी प्रावधानहरू बहाल भई लागू रहँदा त्यसबाट निस्कने परिणाम फरक फरक नै आउने गर्दछन्। एकातर्फ एकै विषयमा फरक कानून लागू गर्दा भिन्न परिणाम आइ कानूनी शासन विपरित हुनजान्छ भने अर्कातर्फ कानूनका उपभोक्तालाई कानूनी प्रावधानका सम्बन्धमा दुविधा उत्पन्न भई असुविधा पनि पर्न जान्छ। यस्तो अवस्थामा एकै विषयमा छरिएर रहेका प्रावधानहरूलाई एकीकृत गर्ने उद्देश्य राखी विधेयक बनाइन्छ।

(ज) **संविधान संशोधन विधेयकः**

संविधानको कुनै प्रावधानलाई हटाउन वा संशोधन गर्न वा नभएको प्रावधान थप गर्न ल्याइने विधेयकलाई संविधान संशोधन विधेयक भनिन्छ। संविधान देशको मूल कानून भएकाले यो विशेष परिस्थिति वा अवस्था वा अत्यावश्यक परेको बेलामा मात्र संशोधन गर्ने गरिन्छ। संविधान आफैले संविधानको संशोधनका लागि विशेष व्यवस्था गरेको हुन्छ। संविधानको कुनै पनि व्यवस्थाको संशोधन संविधान संशोधन विधेयक मार्फत मात्र गर्न सकिन्छ। नेपालको संविधानको धारा २७४ ले संविधान संशोधनसम्बन्धी विशेष व्यवस्था गरेको छ।

---

[१०] नेपालको संविधान, धारा १११

(झ) **म्यादी ऐन निरन्तर लागू गर्ने विधेयकः**

कुनै कानूनहरू समय सीमा निर्धारण गरी तोकिएको समयभित्र निश्चित उद्देश्य हासिल गर्ने गरी बनाइएका हुन्छन् । कतिपय अवस्थामा उक्त तोकिएको समयभित्र ऐनले प्राप्त गर्न खोजेको उद्देश्य प्राप्त नहुन पनि सक्छ । यस्तो अवस्थामा ऐनको म्याद थप गर्ने गरी विधेयक बनाइन्छ । बेपत्ता पारिएका व्यक्तिहरूको छानविन र सत्य निरूपण तथा मेलमिलाप आयोग ऐनलाई यसको उदाहरणको रूपमा लिन सकिन्छ ।

विधेयकको समाप्तिः

संसदमा पेस भएका विधेयकहरू सदैव जीवन्त रहँदैनन् । संसदबाट पारित विधेयक राष्ट्रपतिबाट प्रमाणीकरण भएपछि ऐनको रूप ग्रहण गरी पूर्व अवस्थाको समाप्ति हुन्छ । नेपालको संविधान, संसदका नियमावली एवं संसदीय अभ्यासबाट नेपालमा विधेयक देहायकाकारण र आधारबाट समाप्त हुन्छः-

(१) विधेयक संसदबाट पारित भई कानून बनेको अवस्थामा;

(२) विधेयक प्रस्तोता संसद सदस्यले सदनको अनुमतिमा विधेयक फिर्ता लिएमा;

(३) विधेयक प्रस्तुत गर्ने प्रस्ताव, विधेयक माथि वा समितिको प्रतिवेदन सहितको विधेयकमाथि विचार गरियोस् भन्ने प्रस्ताव, विधेयक वा संशोधन सहितको विधेयक पारित गरियोस् भन्ने प्रस्ताव सदनबाट अस्वीकृत भएमा;

(४) गैर सरकारी विधेयक प्रस्तुतकर्ता सदस्य संघीय संसदको सदस्य नरहेमा;

(५) गैरसरकारी विधेयक पारित नहुँदै प्रस्तुतकर्ता सदस्य मन्त्री भएमा;

(६) संसदमा विधेयक प्रस्तुत भएपछि संसद भङ्ग भएमा वा कार्यकाल सकिएमा ।

विधेयक तर्जुमा, संशोधन, मूल्याङ्कन र पारित गर्दा ध्यान दिनुपर्ने विषयहरू

कुनै पनि विषयवस्तु र विचारको निश्चित स्रोत भएजस्तै कानूनको पनि स्रोत रहेका छन् । सामान्यतया अदालतका फैसलाहरूद्वारा स्थापित सिद्धान्त, सरकारका नीति, नियम, निर्देशिका, निर्णय, निर्देशनहरू, अन्तर्राष्ट्रिय द्विपक्षीय वा बहुपक्षीय सन्धि सम्झौताहरू, ऐतिहासिक रूपमा स्थापित मूल्य, मान्यता, प्रथा र परम्परा, कानूनका विद्वान्हरूका विचारहरूलाई कानूनका स्रोतका रूपमा लिइन्छ । विधेयकको तर्जुमा गर्दा यी स्रोत लगायतका निम्नानुसारका विषयहरूमा ध्यान दिनु पर्दछ ।

(१) **संविधान**

संविधान देशको मूल कानून हो । नेपालको संविधानले संविधान मूल कानून भएको र यससँग बाझिने कानून बाझिएको हदसम्म अमान्य हुने व्यवस्था गरेको छ ।[११] यसको अर्थ कुनै पनि कानूनहरू यो संविधानको प्रस्तावना, भागहरू, धाराहरू, उपधाराहरू, खण्डहरू, उपखण्डहरू, स्पष्टीकरणहरू र परिभाषाहरूद्वारा स्थापित सिद्धान्त, मर्म, भावना र मूल्यमान्यताहरू विपरीत हुनु

[11] नेपालको संविधान, धारा १ को उपधारा १

हुँदैन । त्यस्तो भएमा स्वतः खारेज हुन्छ । सर्वोच्च अदालतले माधव कुमार बस्नेत वि. प्रधानमन्त्री कार्यालय समेत भएको परमादेश मुद्दामा व्यवस्थापन विधिको सिद्धान्त अनुसार संविधानले तोकेको सीमाभित्र रही ऐन निर्माण हुनु पर्ने र ऐनले संविधानको सीमा नाघ्न नहुने सिद्धान्त प्रतिपादन गरेको छ ।[१२] त्यसैले संविधान नै देशको मूल कानून र मूलस्रोत भएकाले कुनै पनि नयाँ विधेयक वा संशोधन विधेयक तर्जुमा, संशोधन, मूल्याङ्कन र पारित गर्दा संविधानसँग बाझिन्छ कि भनेरध्यान दिनुपर्ने हुन्छ । किनभने संविधानसँग बाझिने कानून स्वतः खारेजहुने हुँदा त्यस्तो कानून निर्माणको अर्थ हुँदैन ।

(२) **मानव अधिकार र अन्तर्राष्ट्रिय कानूनः**

आजको विश्वमा निर्माण हुने कुनै पनि राष्ट्रिय कानून मानव अधिकारको विश्वव्यापी सिद्धान्त, मूल्य, मान्यता र मापदण्ड विरुद्ध हुनु हुँदैन । संयुक्त राष्ट्रसंघको सदस्य भएका नाताले नेपाल स्वभावतः अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको अधिकार क्षेत्रभित्र पर्दछ । त्यसमाथि चालीसभन्दा बढी अन्तर्राष्ट्रिय बहुपक्षीय तथा द्विपक्षीय सन्धि सम्झौताको पक्ष राष्ट्र भएकाले नेपालले स्वतः ती सन्धि सम्झौताहरूद्वारा सिर्जित दायित्व वहन गर्नुपर्ने हुन्छ । यसका साथै नेपालको सन्धि ऐन, २०४७ ले अन्तर्राष्ट्रिय सन्धि सम्झौताहरूद्वारा सिर्जित दायित्वहरूमध्ये कतिपय स्वतः नेपालको कानूनसरह लागू हुने र कतिपय कानून बनाएर कार्यान्वयन गर्नुपर्ने व्यवस्था गरेको छ । यसका अतिरिक्त यसले नेपाल पक्ष भएका अन्तर्राष्ट्रिय कानूनसँग बाझिने नेपाल कानून स्वतः अमान्य हुने व्यवस्था समेत गरेको छ[१३] । त्यसैले कुनै पनि नयाँ विधेयक वा संशोधन विधेयकको तर्जुमा, संशोधन, मूल्याङ्कन र पारितगर्दा मानवअधिकार को स्थापित सिद्धान्त र अन्तर्राष्ट्रिय कानूनद्वारा सिर्जित दायित्वहरूउपर ध्यान दिनुपर्ने हुन्छ ।

(३) **न्यायालयबाट प्रतिपादित न्यायिक सिद्धान्तहरूः**

शक्ति पृथकीकरणको सिद्धान्त बमोजिम संसदले संविधान तथा कानून बनाउने र न्यायालय त्यसको व्याख्या गर्ने अङ्गका रूपमा मानिन्छ । तर नेपालले अवलम्बन गरेको न्याय प्रणालीमा न्यायालयले पनि कानून निर्माणमा महत्वपूर्ण भूमिका खेल्दछ । त्यसैले न्यायालयलाई कानूनको महत्वपूर्ण स्रोतका रूपमा लिने गरिन्छ । न्यायालयले संसदले जस्तै प्रत्यक्ष नभई अप्रत्यक्ष वा अनौपचारिक रूपमा कानून निर्माण गर्दछ । न्यायालयमा निर्णय गर्नुपर्ने विषयका रूपमा आएको तर त्यस सम्बन्धमा कुनै कानून नबनेको वा बनेर पनि अपुग भएको अवस्थामा न्यायालयले फैसला मार्फत नयाँ कानूनको आवश्यकताबारे व्याख्या गर्दै विभिन्न नजीर वा सिद्धान्त प्रतिपादन गर्दछ । जसलाई नेपालको न्याय प्रणालीमा संसदले निर्माण गरेको कानून सरह मानिन्छ । नेपालको संविधानले मुद्दा मामिलाका रोहमा सर्वोच्च अदालतले गरेको संविधान र कानूनको व्याख्या वा प्रतिपादन गरेको कानूनी सिद्धान्त सबैले पालना गर्नुपर्ने व्यवस्था गरेको छ ।[१४] कानून तर्जुमा गर्दा

---

12 नेकाप २०६३, निर्णय नं ७६४६

१३ नेपाल सन्धि ऐन, २०४७ को दफा ९

१४ नेपालको संविधान, धारा १२८ को उपधारा ४

अदालतबाट प्रतिपादित त्यस्ता नजीरहरूको समेत विचार गर्नु पर्दछ। त्यस्ता आदेशको प्रतिकूल नहुने तर्फ सोच विचार गर्नु पर्दछ। नेपालको सन्दर्भमा सर्वोच्च अदालतले विभिन्न समयमा दिएका निर्देशनात्मक आदेश बमोजिम कानुन निर्माण भएका तथा कानूनमा संसोधन भएका छन्। मिरा कुमारी ढुंगाना समेत वि. कानून तथा न्याय मन्त्रालय भएको उत्प्रेषण[१५] मुद्दामा अंशबण्डाको १६ नं असमान भएकोले अमान्य घोषित गरी छोरिले समेत छोरा सरह अंश पाउने व्यवस्था गर्न दिएको निर्देशनात्मक आदेश बमोजिम कानून संसोधन गरियो[१६]।

(४) **संसदबाट पारित प्रस्तावहरूः**

संसदले प्रत्यक्ष कानून निर्माणका साथै विभिन्न समय र परिस्थितिमा विभिन्न सार्वजनिक महत्व र दूरगामी प्रभाव पार्ने प्रस्ताव पारित गर्दछ। यस्ता सार्वजनिक महत्वका प्रस्तावहरूलाई समेत नयाँ विधेयक तर्जुमा गर्दा ध्यान दिनु पर्दछ।

(५) **राज्यले अवलम्बन गरेका नीतिहरूः**

राज्यले आवश्यकता अनुसार विभिन्न विषयसँग सम्बन्धित नीति तर्जुमा गरी जारी गरेको हुन्छ। त्यस्ता नीतिको कार्यान्वयन गर्ने तथा तीनको मर्म र मान्यताको प्रतिकूल नहुने तर्फ विधेयक तर्जुमा गर्दा ध्यान दिनु पर्दछ।

(६) **प्रथा/परम्परा**

विधेयकको तर्जुमा गर्दा देशका आम नागरिकले अवलम्बन गर्दै आइरहेका धर्म, संस्कृती, प्रथा र परम्परा अनुकूल हुनु पर्दछ। समाजको कुनै पनि व्यक्ति, परिवार, समूह र समुदायको पहिचान, हित, मर्यादा र आत्मसम्मानको विरुद्धमा हुनु हुँदैन र विभेदकारी हुनु हुँदैन। समाज विकास र परिवर्तनको बाधक हुनु हुँदैन।

यसका अतिरिक्त विधेयक तर्जुमा गर्दा निम्न विषयहरूमा ध्यान दिनु पर्दछः

१. अन्य कानूनसँगको तादाम्य र निरन्तरता
२. राजनैतिक दलका घोषणापत्र
३. आम नागरिकका समस्या र आवश्यकताको सम्बोधन
४. समयसापेक्षता र भविष्य परक दृष्टिकोण
५. लैङ्गिक तथा सामाजिक समावेशीकरण
६. भाषिक शुद्धता
७. स्वार्थ गाँसिने वा बाझिने अवस्था
८. कार्यान्वयनको सम्भाव्यता र स्वामित्व ग्रहण आदी।

---

[१५] नेकाप २०५२, अंक ६ , निर्णय नं ६०१३

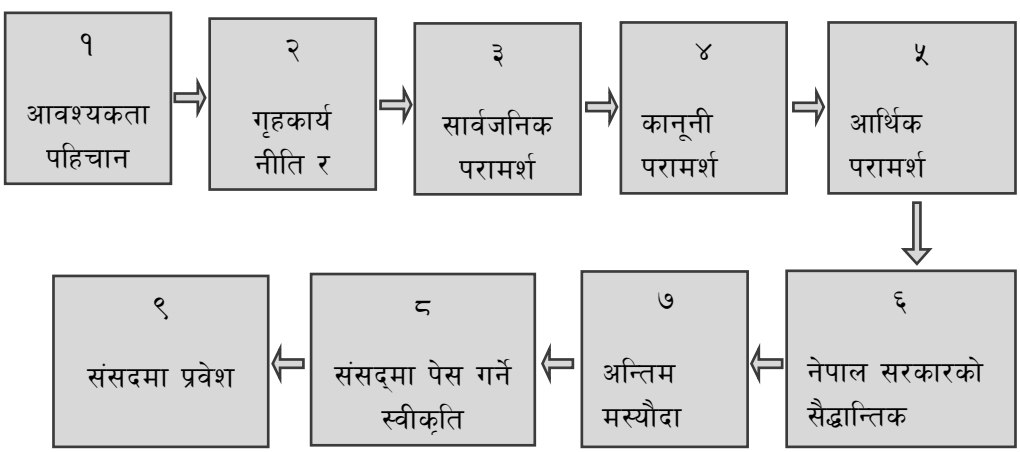
[१६] मुलकी ऐनमा एघारौं संशोधन गरी २०५८ सालमा पैत्रिक सम्पतिमा छोरीको समान हक कायम हुने समेत व्यवस्था गरियो।

विधेयक तर्जुमा प्रक्रिया:

कानून निर्माण आफैमा जटिल, लामो समय लिने र बढी खर्च लाग्ने विषय हो । कानून निर्माण प्रक्रिया जटिल भएको उल्लेख गर्दै संवैधानिक कानून विज्ञ A W Bradley र K D Ewing आफ्नो पुस्तकमा उल्लेख गरेका छन्: The process of legislation, like most aspects of parliamentary procedure, is complicated.[17] र कानून निर्माणमा निश्चित प्रक्रिया र विधिहरू अवलम्बन गर्नुपर्ने हुन्छ । यसमा पनि जननिर्वाचित प्रतिनिधिहरूले तर्जुमा गर्ने र प्रत्यायोजित अधिकार अन्तर्गत कार्यकारिणीले तर्जुमा गर्ने कानूनको प्रक्रिया र विधिमा विविधता पाइन्छ । संसदद्वारा कानून निर्माण गर्ने प्रक्रिया बढी औपचारिक र पारदर्शी हुन्छ भने प्रत्यायोजित व्यवस्था अनुरूप तर्जुमा हुने कानूनसम्बन्धी कार्य भने अनौपचारिक एवं अपारदर्शी हुने गर्दछ । कानून निर्माण प्रक्रियाको प्रारम्भ विशेषत: कार्यपालिकाबाट भई व्यवस्थापिका हुँदै राष्ट्रपतिकोमा पुगेर टुङ्गिने भए तापनि यहाँ सरकारको तर्फबाट हुने प्रारम्भिक गृहकार्यको चर्चा नगरी संसद सचिवालयको विधेयक शाखामा विधेयक दर्ता भएपछि राष्ट्रपतिले प्रमाणीकरण गरी ऐनको रूप ग्रहण गर्ने अवस्थासम्मको व्यवस्थापन कार्यविधिका सम्बन्धमा मात्र चर्चा गरिएको छ । नेपालको संविधानले सरकारी र निजी दुवै थरी विधेयक सम्बन्धी व्यवस्था गरेको छ । सिद्धान्तत: सरकारी विधेयक र निजी विधेयकबिचको भिन्नता सभामुखको स्वीकृतिमा सदनमा पेस नगर्दासम्म कायम रहन्छ । सदनमा पेस भई सदनबाट सैद्धान्तिक स्वीकृत प्राप्त भइसके पछि सरकारी एवं निजी दुवै विधेयकको हैसियत एकै हुन जान्छ । किनभने संसदभित्र प्रवेश भइसकेपछि सरकारी वा निजी विधेयकहरूको छलफल र पारित समान कार्यविधिका आधारमा हुन्छ ।

सरकारी विधेयक तर्जुमा प्रक्रिया:

सरकारी विधेयक तर्जुमा प्रक्रिया अन्तर्गत आवश्यकता पहिचानदेखि संसदमा पेशसम्म विभिन्न चरणहरू रहेका छन् । जसलाई निम्नानुसार उल्लेख गर्न सकिन्छ ।



[17] Bradley and Eving, Constitutional and Administrative Law, page 200.

(१) **आवश्यकता र कारण पहिचान**

विद्यमान कानूनले अपुग भई मुलुकले भोगेका समस्याको समाधान र आवश्यकताको परिपूर्तिकालागि के कस्तो नयाँ कानूनको आवश्यकता पर्दछ वा विद्यमान कानूनमा के कस्तो संशोधन गर्नु पर्दछ भन्ने बारेको कारण र आवश्यकताको पहिचान कानून मन्त्रालय वा सम्बन्धित मन्त्रालयले गर्ने गर्दछ ।

(२) **गृहकार्य, नीति र विधि तर्जुमा**

समस्या समाधान सहितको आवश्यकता पूरा गर्न के कस्तो कानूनको आवश्यकता परेको हो, सो सम्बन्धमा विद्यमान संविधान, ऐन, सरकारको नीति, नियम, अन्तर्राष्ट्रिय सन्धि, सम्झौता, प्रचलन र आम जनताको अपेक्षा अध्ययन विश्लेषण गरी सम्बन्धित मन्त्रालयले आवश्यक गृहकार्य गर्दछ ।

(३) **सार्वजनिक परामर्श**

यसरी तयार भएको प्रारम्भिक मस्यौदा उपर सम्बन्धित मन्त्रालयले विभिन्न सरोकारवाला संघसंस्था, समूह र आम नागरिकहरू सँग परामर्श गरी उनीहरूको सरोकारका विषयहरू सङ्कलन गर्ने र सो बमोजिम प्रारम्भिक मस्यौदामा आवश्यक परिर्माजन गर्ने गर्दछ ।

(४) **कानूनी परामर्श**

सम्बन्धित मन्त्रालयले तयार गरेको विधेयकको प्रारम्भिक मस्यौदाउपर कानून, न्याय तथा संसदीय मामिला मन्त्रालयको राय परामर्श लिई आवश्यक परिमार्जन गरिन्छ ।

(५) **आर्थिक परामर्श**

सम्बन्धित मन्त्रालयले तयार गरेको विधेयकले ऐन कार्यान्वयनमा जाँदा के कति आर्थिक भार पर्छ राष्ट्र त्यसका लागि सक्षम छ वा छैन भन्ने सहितको राय सुझाव अर्थ मन्त्रालयबाट लिने र सोको आधारमा आवश्यक परिमार्जन गर्ने गरिन्छ ।

(६) **सैद्धान्तिक स्वीकृति**

सरोकारवाला संघसंस्था र नागरिकहरू, कानून, न्याय तथा संसदीय मामिला मन्त्रालय र अर्थ मन्त्रालयको समेत राय परामर्शका आधारमा परिमार्जित मस्यौदालाई सम्बन्धित मन्त्रालयले नेपाल सरकार समक्ष पेस गरी विधेयक तर्जुमाको सैद्धान्तिक स्वीकृति प्राप्त गर्ने गर्दछ ।

(७) **अन्तिम मस्यौदा तर्जुमा**

नेपाल सरकारको सैद्धान्तिक स्वीकृति प्राप्त भएपछि विधेयकलाई सम्बन्धित मन्त्रालयले अन्तिम मस्यौदा तयार गर्छ ।

(८) **संसदमा पेस गर्ने स्वीकृति**

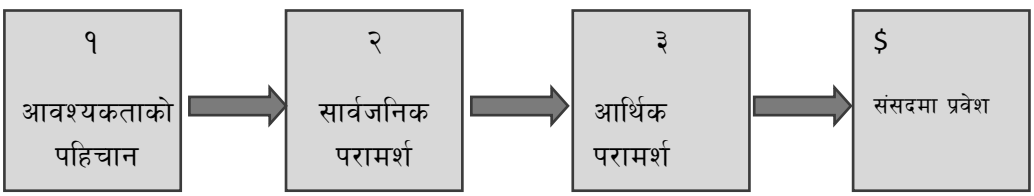
सम्बन्धित मन्त्रालयले विधेयकको अन्तिम मस्यौदालाई नेपाल सरकार समक्ष पेस गरी संसदमा पेस गर्न स्वीकृति प्राप्त गर्दछ। सरकारको स्वीकृति विना कुनै पनि सरकारी विधेयकलाई संसद सचिवालयमा दर्ता गर्न मिल्दैन ।

(९) **संसद प्रवेश**

नेपाल सरकारको स्वीकृत प्राप्त मस्यौदालाई विधयेकको रूपमा सम्बन्धित मन्त्रालयले कानून, न्याय तथा संसदीय मामिला मन्त्रालयमार्फत संघीय संसद सचिवालयमा दर्ता गर्दछ ।

गैर सरकारी विधेयक तर्जुमा प्रक्रिया

विद्यमान कानूनले अपुग भई मुलुकले भोगेका समस्याको समाधान र आवश्यकताको परिपूर्तिका लागि वा भविष्यमा आइपर्ने त्यस्ता समस्या र आवश्यकताको सम्बोधनका लागि तत्काल नयाँ कानूनको आवश्यकता परेको तर सरकार वा सम्बन्धित मन्त्रालयले त्यस सम्बन्धमा कुनै तयारी नगरेको लागेमा कुनै पनि संसद सदस्यले आफू सम्बद्ध राजनीतिक दलको आग्रह वा सहमति वा त्यो विना पनि निजी तवरमा विधेयक तयार गरी संसद सचिवालयमा दर्ता गराउन सक्दछ। त्यसलाई गैरसरकारी वा निजी विधेयक भनिन्छ। यस प्रकारको विधेयक तर्जुमा प्रक्रिया यस प्रकार छ।



(१) **गुणात्मकतामा जोड**

आफूले पहिचान गरेको समस्या र आवश्यकताको सम्बोधनको आवश्यकता देखेको कानूनका बारेमा विद्यमान संविधान, ऐन, सरकारको नीति, नियम, अन्तर्राष्ट्रिय सन्धि, सम्झौता, प्रचलन र आमनागरिकको मनस्थितिको अध्ययन विश्लेषण गरिएको हुनुपर्दछ।

(२) **सार्वजनिक परामर्श**

यसरी गैर सरकारी रूपमा तयार भएको प्रारम्भिक मस्यौदाउपर सम्बन्धित दल वा सांसदले विभिन्न सरोकारवाला संघसंस्था, समूह र आमनागरिकहरूसँग परामर्श गरी उनीहरूको सरोकारका विषयहरू सङ्कलन गर्न र सो बमोजिम आवश्यक परिर्माजन गर्न सक्दछ।

(३) **आर्थिक परामर्श**

गैर सरकारी विधेयक प्रस्तुत गर्न चाहने संसद सदस्यले विधेयकको साथमा उद्देश्य, कारण र व्याख्यात्मक टिप्पणी सहितको विवरण समेत संलग्न गर्नुपर्दछ। कानून बनाउने संसदको अधिकार सरकार लाई प्रत्यायाजेन गर्नुपर्ने ऐनको हकमा प्रकृति, सीमा र पर्न सक्ने प्रभाव उल्लेख भएको विवरण समेत पेश गर्नु पर्ने हुन्छ।

(४) **संसद प्रवेश**

यस्तो गैर सरकारी विधेयक सम्बन्धित संसद सदस्यबाट संसदमा छलफल हुनुभन्दा कम्तीमा सात दिनअगावै संसद सचिवालयमा दर्ता भएको हुनु पर्दछ। संसदीय भाषामा यसलाई विधेयक सदनमा प्रस्तुत गर्नका लगि परिपक्व हुने समयको रूपमा लिइन्छ।

३. ऐन निर्माण प्रक्रिया

विधेयकमाथि सारभूत एवं गहन छलफलविना परिष्कृत कानून बन्न सक्दैन। विधेयकको सैद्धान्तिक ज्ञान, विधेयकको प्रकृति एवं चरित्र र कानून निर्माण प्रक्रियाको जानकारी विना विधेयकमाथिको छलफलले सही दिशा लिन सक्दैन। यसका अतिरिक्त वर्तमानको व्यस्तता एवं गतिशीलतामा छिटो, छरितो र परिष्कृतरूपले विधेयकको मूल चुरो पत्ता लगाउनु उत्तिकै कठिन छ। छिटो र बोधगम्य तरिकाले व्यवस्थापन कार्यविधिसहित सम्बन्धित विधेयकको मर्म एवं भावना पत्ता लगाई विधेयकमाथिको छलफलमा सही र सार्थक योगदान दिन विभिन्न सैद्धान्तिक र व्यावहारिक आधारहरूलाई केन्द्रविन्दु बनाउनु अत्यावश्यक छ।

ऐन बन्ने प्रक्रिया /व्यवस्थापन कार्यविधि (Legislative Procedure)

नेपालको संविधानले संघ, प्रदेश र स्थानीय तह समेतले संविधानले निर्दिष्ट गरेको विषयवस्तु उपर कानून बनाई लागू गर्न सक्ने व्यवस्था गरेको छ। संविधानको भाग ९ मा "संघीय व्यवस्थापन कार्यविधि" र भाग १५ मा "प्रदेश व्यवस्थापन कार्यविधि" को व्यवस्था गरी संघीय संसद र प्रदेशसंसदले विधेयकका सम्बन्धमा अवलम्बन गर्नुपर्ने मूलभूत कार्यविधिका बारेमा स्पष्ट गरेको छ। संविधानको धारा २२६ मा गाउँ सभा र नगरसभाको कानून बनाउने प्रक्रिया प्रदेश कानून बमोजिम हुने व्यवस्था गरेको छ। संघीय संसदको व्यवस्थापन कार्याविधि संघीय संसद नियमावली अनुसार हुने र प्रदेश तथा स्थानीय तहको व्यवस्थापन कार्यविधि सो सम्बन्धमा प्रदेश कानूनबमोजिम हुने देखिन्छ। तर कुनै पनि तहको संसद वा सभाले नयाँ विधेयक वा संशोधन विधेयकको तर्जुमा, संशोधन, मूल्याङ्कन र पारित गर्दा सम्बन्धित तहको नियमावलीले निर्दिष्ट गरेको व्यवस्थापन कार्यविधिको पालनामा भने ध्यान दिनै पर्दछ। जसमा निम्न बमोजिमका प्रक्रियाहरू पर्दछन्।

(१) **विधेयक प्रस्तुत गर्ने अनुमतिको सूचना:** सूचनाका साथमा विधेयकमा निम्न बमोजिमका कागजातहरू संलग्न र हनुपर्ने हुन्छ।

(क) **उद्देश्य र कारण**

विधेयकको दुई प्रतिमा सम्बन्धित मन्त्रीको हस्ताक्षर भएको र अन्य आवश्यक सबै प्रतिमा मन्त्रालयको छाप सहितको उद्देश्य र कारण अनिवार्य रूपमा संलग्न रहेको हुनु पर्दछ।

(ख) **व्याख्यात्मक टिप्पणी**

प्रस्तुत विधेयकका सम्बन्धमा के गर्न, किन, कसका लागि र के समस्या परेकोले के कसरी समाधान गर्न खोजिएको हो सो सहित प्रत्येक दफाले भन्न खोजेको विषयवस्तु समेटिएको व्याख्यात्मक टिप्पणी रहेको हुनु पर्दछ।

(ग) **आर्थिक टिप्पणी**

सरकारले ऐन कार्यान्वयनका लागि सालवसाली वा पटके खर्च विनियोजन गर्नुपर्ने भए सोको अनुमानित खर्च र कम उल्लेख भएको विवरण संलग्न र हनुपर्दछ ।

(घ) **प्रत्यायोजन व्यवस्थापनसम्बन्धी टिप्पणी**

कानून बनाउने संसदको अधिकार सरकारलाई प्रत्यायोजन गर्नुपर्ने ऐनको हकमा प्रकृति, सीमा र पर्न सक्ने प्रभाव उल्लेख भएको विवरण संलग्न रहेको हुनु पर्दछ । जसलाई आफूले प्रत्यायोजन गरेको अधिकार अन्तर्गत रही सम्बन्धित निकायले बनाएका नियम, विनियम, आदेश र तर्जुमा गरी एका नीति नियम संसदले गरेको अधिकार प्रत्यायोजन अनुरूप छ वा छैन भन्ने कुराको परीक्षणका लागि पहिलो प्राथमिक औजार वा सूचकको रूपमा संसदले नै प्रयोग गर्नुपर्ने हुन्छ ।

(ङ) **तीन महले:**

संशोधन विधेयकको हकमा प्रत्येक प्रतिमा निम्न व्यवस्था भएको तीन महले विवरण थप आवश्यक पर्ने हुन्छ । त्यस्तो विवरणमा (क) साविकको व्यवस्था, (ख) संशोधन गर्न प्रस्ताव गरिएको व्यवस्था, र (ग) संशोधन गर्नुपर्ने कारण पर्दछन् ।

विधेयक संसदमा दर्ता प्रक्रिया:

(क) **दर्ता:**

यसरी हरेक हिसाबले तयार विधेयकलाई संघीय संसद सचिवालयको विधेयक शाखामा दर्ता गर्नु पर्दछ । दिनको २ बजे भन्दा अघि दर्ता भएका विधेयक सोही दिनको र दुई बजे पछि दर्ता भएकालाई भोलिपल्टको मानिने प्रचलन छ ।

ख) **आन्तरिक वितरण:**

विधेयक सचिवालयमा दर्ता लगत्तै सभामुख/सभाध्यक्ष लगायत अन्य आवश्यक पदाधिकारीहरूका लागि विधेयकको प्रति आन्तरिक रूपमा सम्प्रेषण वा वितरण गर्नु पर्दछ । यो कार्य संसद सचिवालयले गर्दछ ।

(ग) **विधेयक प्रस्तुतिको अनुमति र वितरण:**

विधेयक संसदमा पेस गर्नुभन्दा कम्तिमा पनि दुई दिन अगावै सोको प्रति संघीय संसदका सम्पूर्ण सदस्यहरूलाई उपलब्ध गराउनु पर्दछ । त्यसका लागि हरेक सांसदको नाम अङ्कित तखता (पिजनहोल) मा राख्ने गर्नु पर्दछ । यो कार्य संसद सचिवालयले गर्दछ ।

(घ) **परिपक्वता:**

सरकारी विधेयक संसद सचिवालयमा दर्ता भएको कम्तीमा पाँच दिनपछि र गैर सरकारी विधेयक सात दिनपछि संसदमा छलफलका लागि परिपक्व भएको मानिन्छ ।

(ङ) **कार्यसूचीमा प्रवेश:**

सरकारको प्राथमिकता र संसदको कार्यबोझका आधारमा सभामुख/सभाध्यक्षको निर्णय बमोजिम विधेयक संसदमा प्रस्तुत र छलफलका लागि कार्यसूचीमा समावेश हुने गर्दछ। तर सभामुखले अन्यथा आदेश दिएमा बाहेक कुनै विधेयक सदनमा विचाराधीन अवस्थामा उस्तै विषय र उद्देश्य समावेश भएको कुनै विधेयकलाई सूचीमा राख्न मिल्दैन।

(च) **अनुमतिको विरोधको सूचना:**

विधेयक प्रस्तुतिको अनुमति माग्ने प्रस्तावमाथि विरोधको सूचना दर्ता गर्न चाहने संसद सदस्यले सदनमा विधेयक पेस गर्ने दिनभन्दा एक दिन अगावै सचिवालयमा दर्ता गर्नु पर्दछ।

विधेयक उपरको छलफल प्रक्रियाको पहिलो चरण वा प्रथम बाँच्न (First Reading):

विरोधको सूचना प्राप्त भएको भए बैठकमा सभामुख वा सभाध्यक्षले विरोधकर्ता सदस्य र विधेयक प्रस्तुतकर्ता मन्त्री वा संसद सदस्यलाई सङ्क्षिप्त मन्तव्य राख्न अनुमति दिने र त्यसपछि थप छलफल हुन नदिई निर्णयार्थ पेस गर्नु पर्दछ। विरोधको सूचना पारित भएमा विधेयकको काम कारबाही त्यहीँ अन्त्य हुन्छ भने पारित नभएमा विधेयकको उद्देश्य र कारणको बाँच्न गरी सम्बन्धित मन्त्री वा संसद सदस्यले सदनमा प्रस्तुत गर्नु पर्दछ। यसरी प्रस्तुत गरिसकेपछि प्रस्तुतकर्ताले देहायको कुनै एउटा प्रस्ताव प्रस्तुत गर्न सक्ने छ:-

(क) विधेयकमाथि विचार गरियोस् भन्ने, वा

(ख) विधेयकलाई जनताको प्रतिक्रियाको निम्ति प्रचारगरि योस् भन्ने।

विधेयक उपरको छलफल प्रक्रियाको दोस्रो चरण वा दोस्रो बाँच्न (Second Reading):

(क) **विधेयकमाथिको सामान्य छलफल:** विधेयक प्रस्तुतकर्ताको "विधेयकमाथि विचार गरियोस्" भन्ने प्रस्ताव स्वीकृत भएमा विधेयक प्रस्तुतकर्ताले विधयेकका आवश्यकता, महत्व र प्रभाव बारे आफ्नो धारणा राख्दछन्। त्यसपछि विधेयकको सैद्धान्तिक पक्षमा मात्र छलफल हुन्छ। यसमा सामान्यतया विधेयकको मनसाय स्पष्ट गर्न कुनै दफा वा दफाहरूको उल्लेख गर्नुपर्ने अवस्था आएकोमा बाहेक विधेयकको दफाहरूमाथि छलफल हुँदैन र संशोधन प्रस्ताव पेस गर्न पनि सकिँदैन।

(ख) **जनताको प्रतिक्रिया लिने :**

विधेयक प्रस्तुतकर्ताको"विधेयकलाई जनताको प्रतिक्रिया प्राप्त गर्नका लागि प्रचार गरियोस्" भन्ने प्रस्ताव स्वीकृत भएमा सचिव वा महासचिवले राय सङ्कलन गर्नु पर्दछ। जसका लागि निम्न प्रक्रिया अवलम्बन गर्नुपर्दछ:-

(क) विधेयकलाई राजपत्रमा प्रकाशित गर्ने ;

(ख) अन्य उपयुक्त माध्ययमबाट प्रचार प्रसार गर्ने ;

(ग) सभामुख/अध्यक्षले तोके बमोजिमको जनमतको प्रतिक्रिया अवलम्बन गर्ने ।

(ग) विधेयकमाथिको सामान्य छलफल:

उपरोक्त विधिमार्फत जनताको राय सङ्कलन भइसकेपछि त्यसरी सङ्कलित राय सुझावलाई संसद सचिवालयका महासचिव वा सचिवले विधेयक प्रस्तुतकर्ता सदस्यलाई उपलब्ध गराउने र सो प्रस्तुतकर्ता सदस्यले जनताको राय सहितको सो विधेयकमाथि सदनमा विचार गरियोस् भनी प्रस्ताव प्रस्तुत गर्दछ । र , विधेयकमाथि सामान्य छलफल गरिन्छ ।

विधेयक उपरको छलफल र पारित प्रक्रियाको तेस्रोचरण वा तेस्रो बाँच्न (Third Reading):

(क) विधेयकमाथिको दफावार छलफलका लागि प्रस्ताव:

सामान्य छलफल सकिएपछि सदनबाट सैद्धान्तिक सहमति प्राप्त भएपछि विधेयक प्रस्तुतकर्ताले विधेयकमाथि दफावार छलफलका लागि देहायको कुनै एक प्रस्ताव प्रस्तुत गर्न सक्ने छः-

(अ) विधेयकमाथि दफावार छलफल सदनमा गरियोस् भन्ने, वा

(आ) दफावार छलफलका लागि विधेयकलाई सम्बन्धित समितिमा पठाइयोस् भन्ने ।

(ख) विधेयकमा संशोधनको सूचना:

विधेयकमा संशोधन पेस गर्न चाहने कुनै पनि सदस्यले विधेयक माथिको सामान्य छलफल समाप्त भएको बहत्तर घण्टाभित्र आफूले पेस गर्न चाहेको संशोधन सहितका सूचना महासचिव वा सचिवलाई दिनु पर्दछ र त्यसरी प्राप्त संशोधनहरूको विवरण महासचिव वा सचिवले अन्य संसद सदस्यहरूलाई उपलब्ध गराउनु पर्दछ ।

(ग) विधेयकको संशोधन सम्बन्धी सर्तहरू:

सदनमा प्रस्तुत विधेयकमाथि संशोधन पेस गर्न चाहने संसद सदस्यले संघीय संसद नियमावलीमा उल्लिखित सर्तहरूको अधीनमा रही संशोधन पेस गर्न सक्दछ । सो बमोजिमका सर्तहरू पालना नभई दर्ता भएका संशोधनलाई सभामुखले अस्वीकार गर्न सक्छ ।

(अ) संशोधन विधेयकको विषयसँग सम्बद्ध र विधेयकको परिधिभित्र हुनुपर्दछ ।

(आ) संशोधन विधेयकमा निहित सिद्धान्तको विपरीत हुनु हुँदैन ।

(इ) संशोधन अस्पष्ट वा निरर्थक हुनु हुँदैन ।

(ई) कुनै दफामा गर्न खोजिएको संशोधन उक्त दफामा रहेको कुरासँग सम्बद्ध हुनु पर्दछ ।

(उ) संशोधन सदनद्वारा पूर्व स्वीकृत सिद्धान्त वा निर्णयको विपरीत हुनु हुँदैन ।

(ऊ) संशोधनमा विधेयकको कुन दफाको कुन व्यवस्था वा शब्दावलीको सट्टामा के कस्तो व्यवस्था वा शब्दावली राख्न खोजिएको हो भन्ने कुरा स्पष्ट खुलाएको हुनु पर्दछ ।

(ए) संविधान संशोधन सम्बन्धी विधेयकको हकमा भने जुन धारा, उपधारा, खण्ड, उपखण्ड वा स्पष्टीकरण जहाँ संशोधन प्रस्ताव गरिएको छ सोही बुँदामा मात्र संशोधन प्रस्ताव पेस हुनु पर्दछ । अन्यथा प्रस्तावित संशोधन अस्वीकृत हुन्छ ।

(घ) सभामुखको अधिकार :

विधेयकको संशोधन स्वीकृत गर्ने वा नगर्ने वा सम्बन्धित सदस्यलाई बोलाएर त्यसमा सुधार गर्ने वा एकै आशयका एकभन्दा बढी संशोधनहरूलाई एकीकृत गरी स्वीकार गर्ने अधिकार सभामुखलाई हुन्छ ।

(ङ) संशोधनसहित दफावार छलफलः

(अ) संसदको स्वीकृति बमोजिम विधेयकमाथिको दफावार छलफल सदन वा संसदीय समितिमा हुन्छ । यसरी छलफल हुँदा दफाको क्रम अनुसार छलफल हुन्छ

(आ) छलफलबाट यथावत् कायम रहेको वा संशोधनबाट स्वीकार गरेको प्रत्येक दफालाई विधेयकको अङ्ग बनोस् भनेर प्रस्ताव निर्णयार्थ पेस गर्नुपर्ने हुन्छ । संशोधन प्रस्तुतकर्ता सदस्यले सदनको अनुमति लिई आफूले पेस गरेको संशोधन फिर्ता लिन सक्ने भए पनि कुनै संशोधनमाथि संशोधन प्रस्तुत भईसकेको अवस्थामा सो को टुङ्गो लागे पछि मात्र फिर्ता लिन सकिने हुन्छ ।

(इ) यसमा विधेयकको हरेक दफामाथि छलफल हुन्छ । यदि विधेयकको कुनै दफामाथि संशोधन रहेको र सो संशोधनलाई सदनले स्वीकार गरेको अवस्थामा उक्त संशोधनलाई समेत अभिन्न अङ्ग मानी छलफल गरिन्छ ।

(ई) सदन वा समितिमा दफावार छलफलपछि ती दफाहरूलाई निर्णयार्थ संसदमा पेस गरी स्वीकृत गरेपछि अनुसूचीमाथिको छलफल गरी निर्णय गर्नुपर्ने हुन्छ । विधेयकको दफा र अनुसूचीको छलफल समाप्त भइसके पछि विधेयकको प्रस्तावना र नाम सम्बन्धी दफालाई विधेयकको अङ्ग बनाइयोस् भने र प्रस्ताव गर्नुपर्दछ । यसै क्रममा स्वीकृति गर्दै गइन्छ ।

(च) विषयगत समितिमा हुने प्रक्रियाः

संसदमा पेस भएको विधेयकमाथिको सामान्य छलफल समाप्त भइसकेपछि र संशोधनका लागि निर्धारित समय सकिएपछि प्रस्तुतकर्ताले वा अन्य कुनै सदस्यले उक्त विधेयकलाई दफावार छलफलका लागि सम्बन्धित विषयगत समितिमा पठाइयोस् भनी सदनसमक्ष राखेको प्रस्ताव सदनले अनुमोदन गरेकोमा उक्त विधेयक दफावार छलफलका लागि सम्बन्धित समितिमा पठाइन्छ । सामान्यतया जटिल विषयवस्तुको विधेयक, व्यापक संशोधन प्राप्त भएको विधेयक, विज्ञ र विशेषज्ञहरूको राय सुझाव आवश्यक पर्ने विधेयक, सरोकारवाला तथा हितसमूहहरूसँग छलफल गर्नुपर्ने विधयेक वा आम नागरिकसँग व्यापक अन्तरक्रिया तथा परामर्श गर्नुपर्ने विधेयकहरूलाई सदनले दफावार छलफलका लागि सम्बन्धित समितिमा (सार्वजनिक लेखा समिति बाहेक) पठाउने गर्दछ । सम्बन्धित समिति भन्नाले जुन मन्त्रालयले विधेयक सदनमा पेस गरेको

हो, सो मन्त्रालय वा विषयवस्तुसँग सम्बन्धित संसदीय समितिलाई बुझ्नु पर्दछ। सामान्यतया सदनमा भन्दा विषयगत समितिमा दफावार छलफल गर्दा विधेयक बढी परिष्कृत र समृद्ध बन्न सक्ने मानिन्छ। विधेयकमाथि दफावार छलफल हुँदा समितिबाट देहाय बमोजिमको प्रक्रिया अवलम्बन गरिन्छः-

(अ) उपसमिति गठन

(आ) विषय विज्ञको राय सल्लाह

(इ) सार्वजनिक परामर्श, गोष्ठी

(ई) दफावार छलफल

(उ) संशोधन प्रस्ताव फिर्ता लिन सक्ने

(ऊ) अनुसूची उपर छलफल

(ए) प्रस्तावना र नामउपर छलफल

(ऐ) समितिको प्रतिवेदन सदनमा प्रस्तुत

(ओ) समितिको प्रतिवेदन उपर सदनमा कारबाहीः समितिबाट प्राप्त विधेयकउपरको प्रतिवेदन सम्पूर्ण सदस्यहरूलाई वितरण गरिन्छ। सभामुखले अन्यथा आदेश दिएमा बाहेक सम्बन्धित समितिको प्रतिवेदन वितरण भएको चौबीस घण्टापछिको कुनै समयमा विधेयक प्रस्तुतकर्ता सदस्यले देहायको कुनै प्रस्ताव पेश गर्न सक्दछः-

(क) प्रतिवेदनसहितको विधेयकमाथि छलफल गरियोस् भन्ने, वा

(ख) कुनै खास दफा वा उपदफाहरूका सम्बन्धमा पुनः विचारार्थ निर्देशनसहित सम्बन्धित समितिमा विधेयक फिर्ता पठाइयोस् भन्ने।

(औ) पुनः सदनमा फिर्ताः

(अं) विधेयक फिर्ता लिन सकिने

(छ) **विधेयक पारित गर्ने प्रस्ताव र प्रक्रियाः**

सदनको बैठकमा दफावार छलफल भएकोमा सो समाप्त भएपछि र सम्बन्धित समितिमा दफावार छलफल भएकोमा सोको प्रतिवेदनमाथिको छलफल समाप्त भई संशोधनहरूलाई संघीय संसदको निर्णयार्थ क्रमशः पेश गरिसके पछि विधेयक प्रस्तुतकर्ता सदस्यले विधेयक पारित गरियोस् भन्ने प्रस्ताव पेस गर्दछ। सदनबाट उक्त प्रस्ताव पारित भएमा विधेयक सदनबाट पारित भएको मानिन्छ। विधयेक सामान्य बहुमतबाट पारित गर्ने गरिन्छ।

(ज) **अर्को सदनमा पठाउनु पर्ने:**

नेपालको संविधानले संघीय व्यवस्थापिका दुई सदनात्मक हुने व्यवस्था गरेको छ।[१८] संविधानले एक सदनबाट पारित भएको विधेयक अर्को सदनमा पठाउनु पर्ने व्यवस्था गरेको छ।[१९] सो सदनले उक्त विधेयक पारित गरी सकेपछि राष्ट्रपतिसमक्ष प्रमाणीकरणकालागि पेस गर्नुपर्छ।

(झ) **संयुक्त समिति:**

संघीय संसदको दुई सदनका बीचको कार्य प्रणालीलाई व्यवस्थित गर्न वा कुनै विधेयकमा रहेको मत भिन्नता अन्त्य गर्न वा अन्य कुनै खास कार्यका लागि प्रतिनिधि सभाका ५ र राष्ट्रिय सभाका १ सदस्यको अनुपातसहित समावेशिताका आधारमा बढीमा २५ सदस्य रहेको संयुक्त समिति गठन गर्न सकिने व्यवस्था संविधानले गरेको छ।[20]राष्ट्रिय सभाबाट पारित भएको तर प्रतिनिधिसभाबाट अस्वीकृत भएको वा प्रतिनिधि सभाले संशोधनसहित राष्ट्रिय सभामा फिर्ता पठाएको तर राष्ट्रिय सभा त्यस्तो संसोधनमा सहमत हुन नसकेको विवादित विषयको निरूपण गर्न संसदको संयुक्त समितिमा पठाउने व्यवस्था संविधानले गरेको छ।[२१]

प्रमाणीकरण प्रक्रिया

प्रमाणीकरण ऐन निर्माणको अन्तिम चरण हो। प्रतिनिधि सभा र राष्ट्रियसभाद्वारा पारित विधेयक राष्ट्रपतिबाट प्रमाणीकरण नभएसम्म ऐनकोरूपमा कार्यान्वयन हुँदैन। कुनै पनि विधेयक संसदद्वारा पारितभइसकेपछि विधेयक उत्पति भएको सदनको सभामुख वा अध्यक्षले प्रमाणित गरेर उक्त विधेयक प्रमाणीकरणका लागि राष्ट्रपति समक्ष पठाउनु पर्छ।[२२] राष्ट्रपतिबाट प्रमाणीकरण भएपछि मात्र विधेयकले ऐनको रूपमा धारण गर्दछ र लागू हुन्छ।

विधेयक पारित भई सकेपछिको प्रक्रिया

(१) संशोधन प्रस्तावलाई विधेयकमा समावेश: सदनबाट स्वीकृत संशोधनहरूलाई दफाक्रम मिलाई विधेयकलाई पूर्ण दिने कार्य गर्नु पर्दछ।

(२) अनुसाङ्गिक सुधार : सदनबाट पारित भइसकेको विधेयकमा दफाक्रम मिलाउन आवश्यक आनुसाङ्गिक सुधार गर्नुपर्ने भएमा टिप्पणीमार्फत सभाध्यक्षबाट स्वीकृत गराउनु पर्ने हुन्छ।

(३) प्रमाणीकरण प्रति: पूर्ण विधेयकलाई नेपाली कागजमा छापी प्रमाणित एवं प्रमाणीकरणप्रति तयार गर्नुपर्ने हुन्छ।

---

[१८] नेपालको संविधान, धारा ८३

[१९] नेपालको संविधान, धारा १११ को उपधारा १

[२०] नेपालको संविधान, धारा ९७ को उपधारा २

[२१] नेपालको संविधान, धारा १११ को उपधारा ९

[२२] नेपालको संविधान, धारा ११३

(४) सभाध्यक्षबाट प्रमाणितः संघीय संसदबाट पारित भएको विधेयकउत्पत्ति भएको सदनको सभामुख वा अध्यक्षले प्रमाणित गरी प्रमाणीकरणका लागि राष्ट्रपतिसमक्ष पठाउनु पर्छ। तर अर्थ विधेयकको हकमा भने यो अर्थ विधेयक हो भनी सभामुखले प्रमाणित गर्नुपर्ने हुन्छ।

राष्ट्रपतिबाट प्रमाणीकरण प्रक्रिया

(१) प्रमाणीकरण प्रक्रियाः संसदबाट पारित भई प्रमाणीकरणका लागि पठाइएको विधेयकलाई सामान्यतया पन्ध्र दिनभित्र प्रमाणीकरण गर्नु पर्दछ। तर अर्थ विधेयक बाहेक अन्य विधेयकमा पुनर्विचार गर्नुपर्छ भन्ने राष्ट्रपतिलाई लागेमा त्यस्तो विधेयक पेश भएको पन्ध्र दिनभित्र निजले सन्देश सहित विधेयकउत्पत्ति भएको सदनमा फिर्ता पठाउनु पर्दछ। सम्बन्धित सदनले राष्ट्रपतिको सन्देश समावेश गरी वा नगरी उक्त विधेयकलाई पन्ध्र दिनभित्र पारित गरी पुनः राष्ट्रपतिसमक्ष प्रमाणीकरणको लागि पेश गर्नु पर्दछ।

(२) प्रमाणीकरणको सूचनाः प्रमाणीकरणका लागि राष्ट्रपति समक्ष पेश भएको विधेयक पन्ध्र दिनभित्र प्रमाणीकरण गरी त्यसको सूचना यथासम्भव चाँडो दुवै सदनलाई दिनु पर्दछ। त्यसरी प्राप्त विधेयक प्रमाणीकरणको सूचना सभामुख र अध्यक्षले बैठकमा पढेर सुनाउनु पर्दछ। यदि अधिवेशन चालु नभएको अवस्थामा त्यस्तो सूचना प्राप्त भएमा संघीय संसदको सूचनापत्रमा प्रकाशन गराई त्यसको प्रचार प्रसार गराउनुपर्दछ।

(३) अभिलेखः राष्ट्रपतिबाट प्रमाणीकरण गरिएको विधेयकको एक प्रति संसदमा र अन्य एक-एकप्रति राष्ट्रपतिको कार्यालय, प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय र कानून, न्याय तथा संसदीय मामिला मन्त्रालयले अभिलेखको रूपमा सुरक्षित राख्नु पर्दछ।

(४) राजपत्रमा प्रकाशितः प्रमाणीकरण भई ऐनको रूप धारण गरेको विधेयकलाई कानून, न्याय तथा संसदीय मामिला मन्त्रालयले ऐनको रूपमा राजपत्रमा प्रकाशित गर्ने कार्य यथाशीघ्र सम्पन्न गर्नु पर्दछ।

अध्यादेश

ऐन सरह लागू हुने गरी जारी गरिने कार्यकारी आदेशलाई अध्यादेश भनिन्छ। संसदको अधिवेशन वा बैठक चलिरहेको अवस्थामा बाहेक अन्य अवस्थामा तत्काल केही गर्न आवश्यक परेमा अध्यादेश जारी गरिन्छ। संघीय संसदको दुवै सदनको अधिवेशन चलिरहेको अवस्थामा बाहेक अन्य अवस्थामा तत्काल कुनै काम गर्न कानूनको आवश्यक परेमा मन्त्रिपरिषदको सिफारिसमा राष्ट्रपतिले अध्यादेश जारी गर्न सक्ने व्यवस्था नेपालको संविधानले गरेको छ।[२३] संवैधानिक व्यवस्था अनुसार ऐन सरह लागू हुनेछ। यस्तो अध्यादेश जारी भएपछि बसेको संघीय संसदको दुवै सदनमा पेश गरिनेछ र दुवै सदनले स्वीकार नगरेमा स्वतः निष्क्रिय हुनेछ।

[२३] नेपालको संविधान, धारा ११४

खड्ग बहादुर श्रेष्ठ वि. न्याय सेवा आयोग भएको उत्प्रेषण मुद्दामा[२४] सर्वोच्च अदालतले अध्यादेश लागू अवधिभर संसदले पारित गरेको ऐन सरह नै प्रभावकारी हुन्छ। लागू अवधिमा अध्यादेश अन्तर्गत भए गरेका सबै कामकारवाही Valid पनि हुन्छ। त्यसको Validity को प्रश्न उठ्न सक्तैन। तर जारी भएको मितिबाट छ महिना पूरा भएपछि संसदले अनुमोदन नगरेमा स्वतः निष्क्रिय हुने र संसदमा पेशै नभएको अध्यादेशले वा संसदले स्वीकार नगरेको अध्यादेशले व्यवस्थापन विधि पूरा गरी बनेको ऐनलाइ संसोधन गर्न नसक्ने सिद्धान्त प्रतिपादन गरेको छ। सोही मुद्दामा अध्यादेश र ऐनको हैसियत र मान्यताको बीचमा भिन्नता उल्लेख गर्दै ऐन संविधानको व्यवस्थापन विधि र प्रक्रिया पूरा गरेर निर्माण भई लागू हुन्छ तर अध्यादेश तत्काल काम चलाउनको लागि मात्र सीमित अवधिको लागि संसदले अनुमोदन गरेमा लागू रहने शर्तमा जारी हुन्छ । ऐन एकपटक लागू भएपछि असंवैधानिक भएको कारण अदालतले अमान्य गरेको अवस्थामा बाहेक perpetual हुन्छ अर्थात् ऐनलाई संसदले मात्र संशोधन वा खारेज गर्नसक्छ तर अध्यादेश त्यस्तो होइन । विधायिकामा पेश नभएमा वा विधायिकाले स्वीकृत नगरेमा स्वतः निष्क्रिय हुने भनी उल्लेखे छ ।

अध्यादेश जारी गर्दा देहायका कुराहरूमा ध्यान दिनु पर्दछ ।

क) संसदको अधिवेशन वा बैठक चलिरहेको हुन नहुने,

ख) तत्कालै कानूनी व्यवस्था नगरेमा काममा बाधा पर्ने अवस्था रहेको हुनुपर्ने,

ग) जारी हुने अध्यादेश संविधान अनुकूल हुनुपर्ने ।

अध्यादेश जारी हुने प्रक्रिया

सम्बन्धित मन्त्रालयले तत्काल कानूनी व्यवस्था गर्न परेको कारण, अवधारणा तथा नीतिपत्र सहित अध्यादेश जारी गर्ने सम्बन्धमा राय परामर्शको लागि कानून मन्त्रालयमा पठाउनु पर्दछ। कानून न्याय तथा संसदीय मामिला मन्त्रालयबाट राय परामर्श प्राप्त भएपछि सम्बन्धित मन्त्रालयले सिद्धान्त स्वीकृतिको लागि मन्त्रिपरिषदमा प्रस्ताव पेश गर्नु पर्दछ। मन्त्रिपरिषदबाट सिद्धान्त स्वीकृत भएमा अध्यादेशको मस्यौदाको तर्जुमाको लागि कानून मन्त्रालयमा पठाउनु पर्दछ। कानून मन्त्रालयबाट मसौदा तर्जुमा भई कारबाही अघि बढाउन सहमति प्राप्त भएपछि सम्बन्धित मन्त्रालयले मन्त्रिपरिषदमा प्रस्ताव पेश गर्नु पर्दछ। मन्त्रिपरिषदले राष्ट्रपति समक्ष अध्यादेश जारी गर्न सिफारिस गरेपछि राष्ट्रपतिबाट अध्यादेश जारी हुन्छ।

५. नेपालमा कानून निर्माणमा समस्याहरू

कानून निर्माण एक जटिल कार्य हो। अनुसन्धानमा आधारित भएर सरोकारवालाहरूको प्रत्यक्ष वा परोक्ष सहभागितामा सवैका भावना समेटिदै निश्चित विधिबाट सम्पन्न गरिने कार्य भएकोले नै कानून निर्माण प्रक्रिया जटिल भएको हो। नेपालको कानून निर्माण प्रक्रियाका सम्बन्धमा धेरै समस्याहरू रहेका छन्। विधायकहरूमा विधायिकी कार्य भन्दा गैरविधायिकी कार्यमा वढि समय दिने, पर्याप्त अध्ययन र अनुसन्धान विना हतारमा ऐन कानून निर्माण गर्ने तथा पुनरावलोकन गर्नु पर्ने कानूनहरूलाइ समयमा

[२४] नेकाप, २०६४ अंक १२, नि.नं. ७९१०

नै नगरिने परिपाटीको विकास भै राखेको वर्तमान सन्दर्भमा नेपालमा कानून निर्माणका समस्याहरूलाइ निम्नानुसार उल्लेख गर्न सकिन्छ ।

क) अनुसन्धानमा आधारित भएर कानून निर्माण नगरिनु

नेपालमा अनुसन्धानमा आधारित भएर कानून निर्माण गर्ने परिपाटीको विकास हुन सकेको छैन । अनुसन्धानात्मक ढंगबाट कानूनको आवश्यकता, औचित्यता र प्रभावकारिताको मूल्यांकन गर्दै निर्माण गरिने कानूनको सम्भावित असर र प्रभावकारिताको लेखाजोखा नगरिकन कानूनको निर्माण गर्ने गरिन्छ । यसवाट कानूनको प्रभावकारिता र स्थायित्वमा प्रत्यक्ष असर पर्दछ ।

ख) विशेषज्ञताको अभाव

कानून निर्माण गर्ने जटिल कार्य हो । राज्यमा कानूनको आवश्यकता, औचित्यता र प्रभावकारिताको विश्लेषण गर्दै जनभावना र जनचाहना अनुसारको सारवान प्रावधानको व्यवस्था गरी सो लाइ प्रभावकारी कार्यान्वयन गर्न आवश्यक कार्यविधिगत प्रक्रियाहरूको व्यवस्था गर्नु पर्ने हुनाले सामान्य ज्ञान र सीपबाट प्रभावकारी कानून निर्माण हुन सक्दैन । तसर्थ कानून निर्माणमा विशेषज्ञताको आवश्यकता पर्दछ । नेपालमा विशेषज्ञहरूको अभाव छ ।

ग) कानून निर्माणमा अनुभवी विधायकहरू आवश्यकता

नेपालमा कानून निर्माणमा अनुभव नभएका विधायकहरूको बाहुल्यता रहेको छ । यसले गर्दा प्रभावकारी कानून निर्माणमा समस्या हुने गरेको छ । विधि निर्माणमा विधायकहरूकै प्रत्यक्ष संलग्नता र प्रभावकारी भूमिका रहने भएकोले र अनुभवले खारिएका विधायकको अवाश्यकता देखिएको हो ।

घ) विधायकहरूमा कानून निर्माणप्रतिको लगावको कमी

कानून निर्माणमा विधायकहरूकै सशक्त भूमिका अपरिहार्य रहन्छ । कानून निर्माणमा विधायकहरूको लगाव र झुकाव भएमात्र प्रभावकारी कानून निर्माण हुने गर्दछ । नेपालमा विधायकहरूमा कानून निर्माणप्रतिको लगाव कम रहेको पाइन्छ । जसले गर्दा स्तरीय कानून निर्माण हुन सकेको छैन ।

ङ) गैरविधायिकी कार्यप्रति विधायकहरूको लगाव

विधायिकाको प्रमुख कार्यविधि निर्माण भएता पनि नेपालमा विधायकहरूको चासो र प्राथमिकता यस विषयमा भएको देखिदैनन् । कयौ पटक गणपूरक संख्या नपुगेर संसद स्थगित हुनु परेको र विधायकहरू अन्य कार्य कार्यक्रममा व्यस्थ हुने गरेवाट गैर विधायिकी कार्यप्रति विधायकहरूको लगाव रहेको स्पष्ट हुन्छ । सभासदहरू सरकार गठन, विघटन, कर्मचारीको सरुवा, वढुवा र ठेक्काहात पार्ने कार्यमा संलग्न रहने गरेको आरोपबाट यस विषय अझ बढी समर्थित भएको पाइन्छ ।

च) सहभागितामा र सरोकारवालाहरू सँग छलफल गर्ने पद्धतिको अभाव

कानूनले सबै सरोकारवालाहरूको भावना समेटेर अवनत्व प्रदान गर्न सक्नु पर्दछ। सवैको भावना समटेर बनाएको कानून नै दिगो र प्रभावकारी हुने गर्दछ। त्यसको लागि सरोकारवालाहरू सँग छलफल गर्ने पद्धतिको विकास गर्नु पर्दछ। नेपालमा कानून निर्माण गर्दा सरोकारवालाहरूलाई छलफलमा सहभागी गराउने गरिदैन।

६. सुझावहरू

कानून निर्माणका क्रममा देखिएका समस्याहरूको समाधानका लागि निम्नानुसारको उपायहरू अवलम्बन गर्न सकिन्छ।

- अनुसन्धानमा आधारित भएर कानूनको निर्माण गर्नु पर्दछ। के कुन समस्या निराकरणका लागि कानून निर्माण गर्न लागिएको हो, सो को बारेमा विस्तृत अनुसन्धान गरिनु पर्दछ।
- सरोकारवालाहरूको सक्रिय सहभागिता कानून निर्माण गरिनु पर्दछ। सरोकारवालाहरूको सहभागितामा गरिएको छलफलबाट निकालिएको निचोड नै कानून निर्माणको आधार बनाईनु पर्दछ।
- कानूनको मस्यौदा गर्न विशेषज्ञहरूको सहभागितालाई अनिवार्य गरिनु पर्दछ।
- विधायकहरूलाइ कानून निर्माणका बारेमा अभिमुखिकरण अनुभवि बनाउनु पर्दछ।
- गम्भीर असर पर्ने कानून निर्माण गर्दा जनमत लिने गर्नु उपयुक्त हुन्छ।

७. निष्कर्ष

कानून निर्माण प्रक्रियालाई व्यवस्थित गर्न संविधानमा नै व्यवस्थापन विधिको व्यवस्था गरिएको हुन्छ। नेपालको संविधानले पनि भाग ९ मा संघीय संसदको व्यवस्थापन विधि र भाग १५ मा प्रदेश सभाको व्यवस्थापन विधिको वारेमा व्यवस्था गरिएको भएता पनि कानून निर्माणमा विविध समस्याहरू रहेका छन्। एकातिर व्यवस्थापन विधि र प्रक्रियालाई औपचारिकताकोरूपमा मात्र लिइने गरिएको पाइन्छ भने अर्कातिर अनुसन्धान र सहभागितामूलक विधि निर्माण पद्धतिको विकास हुन सकेको पाइदैन। कानूनको प्रभाव र असरको साथसाथै आवश्यकताको वारेमा सरोकारवालाहरू सँग व्यापक मात्रामा छलफल गरेर मात्र कानूनको निर्माण गर्ने परिपाटि गर्न सकेमा मात्र लोकतान्त्रिक विधि र प्रक्रिया संस्थागत हुने हुन्छ।

सन्दर्भ सामग्रीहरू

१) कानून किताव व्यवस्था समिति, नेपालको संविधान, काठमाडौं।

२) भट्टराई, श्याम कुमार, नेपालको संवैधानिक तथा प्रशासकीय कानून, सोपान मासिक,काठमाडौं, २०७३।

३) तिवारी, नवराज, सार्वजनिक प्रशासनका विविध आयामहरू, सोपान मासिक, काठमाडौ, २०६७।

४) नेपाल कानून आयोग, कानून तर्जुमा सम्बन्धी अवधारणात्मक पक्षहरू, काठमाडौं, २०६४ ।

५) नेपाल कानून आयोग, कानून तर्जुमा दिग्दर्शन, काठमाडौं, २०६६ ।

६) खनाल, गोविन्द, समसामयिक कानून र अभ्यास, पैरवी प्रकाशन, काठमाडौं, २०७० ।

७) शर्मा, नारायण प्रसाद, नेपालका हालसम्मका संविधानहरू: समिक्षात्मक टिप्पणी सहित,मकालु प्रकासन, काठमाडौ, २०७५ ।

८) सर्वोच्च अदालत, सर्वोच्च अदालत विषयगत नजीर संग्रह सारसंक्षेप, २०६९, काठमाडौं ।

९) संघीय संसद सचिवालय, कानून निर्माण सम्बन्धी परिचयात्मक पुस्तिका,२०७४, काठमाडौं ।

१०) कानून न्याय तथा संसदिय मामिला मन्त्रालय, नेपालको संविधान कार्यान्वयन गर्न निर्माण गर्नु पर्ने कानूनको पहिचान, प्राथमिकीकरण र कानून निर्माणको विद्यमान अवस्था, २०७३, काठमाडौं ।

११) Bradley, A.W. and Ewing, K.D., Constitutional and administrative law: Longman, London;1999

१२) Bhandadri, Surendra, Law and State in the Globalized World: A comparative and Conceptual Analysis, Nova Publisher, New York, 2015

१३) Viswanathan, T.K., Legislative Drafting: Shaping the Law for the New Millennium; The Indian law Institute, 2007

१४) नेपाल कानून आयोगको वेभसाइड, www.nepallawcomission.gov.np

१५) संघीय संसदको वेभसाइट, www.parliament.gov.np

Directive Principles & Policies of the State: Their Scope & Significance

✍ **Dr. Hari Bansh Tripathi**

-

The constitution of a state is the fundamental law from which all other laws and institutions take departure.

1. Background:

The constitution of a state is the fundamental law of the land from which all other laws and institutions derive their source of strength and sustenance. *Black's Law Dictionary* defines constitution as "the fundamental and organic law of a nation or state that establishes the institutions and apparatus of government, defines the scope of governmental sovereign powers, and guarantees individual civil rights and civil liberties.' A constitution embodies the fundamental principles of the government. A constitution serves also as the linkage between the citizens and the state by means of the provisions of inalienable rights and duty-bound obligations in reciprocity. Thus there is no gain saying the fact that a constitution must be well grounded to lay down all policies that are vital for running the affairs of the state, solely guided by the principles that have been gleaned over the years from the best traditions, values and practices of great democratic societies.

These principles do not appear in the constitution by default or as a fluke. They are echoes of human struggles and successes recorded in the human history over past many centuries. In fact, the idea of such policies can be traced back to the US Declaration of Independence (1776) by the 13 American Colonies, the Bill of Rights appended to the American Constitution in 1791, *the Declaration of the Rights of the Man and of the Citizen, 1789* proclaimed by Revolutionary France, besides *the Universal Declaration of Human Rights (1948*). Precisely speaking, it was *the Universal Declaration of Human* Rights which laid down the root of the modern system of socio-economic and cultural rights, as distinct from civil and political rights. The Declaration clearly distinguished between the two types of rights and was quick to affirm their equal importance as conjoined entitlements. At the same time, the construction of the Declaration gave a clear indication as to the interdependence and indivisibility and equivalence of all human rights, whether civil and political, or whether economic, social and cultural. Subsequently, two more Covenants were

adopted by the UN for the implementation of these two distinct yet interdependent and indispensable categories of human rights, namely, *the International Covenant o Economic Social and Cultural Rights* (*ICESCR*) and *the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR*).

2. Concept and Meaning of Directive Policies:

The concept of Directive Principles of State Policy is generally believed to have been borrowed from *the Irish Constitution of 1937,* which embodied an exclusive Chapter on "Directive Principles of State Policy." However, it was *the Constitution of Republican Spain (1931)* which was regarded as the first ever constitution to incorporate such principles of State Policy.

The concept behind the Directive Principles of State Policy, hereafter referred to as DPSP, is to establish a 'Welfare State' rather than a 'Police State'. The Directive Principles may be said to contain the philosophy of every constitution. The motive behind inclusion of DPSP is to establish social and economic democracy rather than Political democracy. Directive Principles of State Policy are supposed to be a Charter of fundamental principles of governance which outline the duties of the state towards its citizens in order to achieve the objectives of a Welfare Society. These are the basic principles or policy instructions to the Executive and the Legislature to take them into account while formulating laws or policies, and also while executing them. These principles lay down that the State shall strive to promote welfare of people by securing and protecting as effectively as it may a social order in which justice - social, economic and political, shall inform all institutions of national life.

On November 19, 1948 while debating on Directive Principles of State Policy in the Constituent Assembly, Dr. B. R. Ambedkar, the chief architect of the Indian Constitution, highlighting the significance of the DPSP, stated that DPSP shall be the basis of future governance of the country:

"It is the intention of this Assembly that in future both the Legislature and the Executive should not merely pay lip service to these principles enacted in this Part, but that they should be made the basis of all executive and legislative actions that may be taken hereafter in the matter of the governance of the country."[1]

2.1 Meaning of DPSP:

The Directive Principles are some affirmative instructions to the State authorities to secure to all its citizens justice, social, economic and political; liberty of thought, expression, belief, faith and worship; equality of status and opportunity; and to promote among them all fraternity assuring the dignity of the individual and the unity and integrity of the nation.

[1] *Constituent Assembly d*ebate *on Directive Principles of State Policy,* Vol. 7, (1948)

These principles underline the philosophy of Democratic Socialism to secure the high ideals set forth in the Preamble of the Constitution.

Although the Directive Principles of State Policy cannot be enforced by the courts of law, it is the duty of a state to follow them as far as practicable to promote fraternity and equality, and to guarantee justice to the people of the country. It is the duty of the state also to follow these principles both in the matter of administration as well as in the making of laws because the basic aim of the Directive Principles is to establish a Welfare State where economic and social democracy might flourish. Hence, the Directive Principles are regarded as the basic foundation of democracy and a Welfare State.

2.2 Characteristics of DPSP:

DPSP aim at create social and economic conditions under which the citizens can lead a good life. They also aim to establish a social and economic democracy through a Welfare State. They act as a check on the government and also as a yardstick in the hands of the people to measure the performance of the government and vote it out of power through electoral verdicts.

Firstly, DPSP are not enforceable in a court of law and, therefore, even if a Directive Policy is not obeyed or implemented by the State, its compliance or implementation cannot be secured through judicial proceedings. As DPSP are not enforceable in a court of law, even if a Directive Policy is not obeyed or implemented by the State, its compliance or implementation cannot be secured through judicial proceedings. The reason behind the non-enforceability and non-justiciability of these principles is that they impose only positive obligations on the state. But while taking positive actions, the government functions under several restraints, including the most crucial constraint of financial resources. The constitution makers, therefore, take a pragmatic view and refrain from giving teeth to these principles. They believe more in an awakened public opinion rather than in court proceedings, as the ultimate sanction for the fulfillment of these principles.

Secondly, they are fundamental in the governance of the state, and it shall be the duty of the state to apply these principles in making laws. The crucial test which has to be applied is - whether the Directive Principles impose any obligations or duties on the state; if they do, the state would be bound by constitutional mandate to carry out such obligations or duties, even though no corresponding right is created which can be enforced in a court of law.

2.3 Significance of DPSP:

Firstly, Directive Principles of State Policy are intended to usher in an egalitarian order, once the limitations or resources are overcome and the state becomes competent enough to fulfill them. It is so because most of the directives are resource consuming. Secondly, they exercise an important check on the government. Thirdly, they guide both the government and the people in the realm of politics and society. They have significant educative value. Fourthly,

they emphasize the goal of Welfare State and social justice that are warranted in a democratic polity and keep check on elitist or populist measures.

Needless to say, despite accusations of being nothing more than 'moral precepts' or 'dead wood in living tree' or similar to 'the best election manifesto' – (B. R. Ambedkar), it cannot be denied that the directives are crucial in helping (directly or indirectly) to shape the face of an evolving democratic polity.

Therefore, it has been seen with optimism by leadership as well as people to be of paramount importance. Since both have inevitable interest in building a more egalitarian society than they have! And the Directives help in achieving this objective.

2.4 Non-Justiciability of Directive Principles:

On account of the non-justiciable nature of DPSP they have been variously described as "pious hopes and pious wishes"[2], and "a set of platitudes designed by clever politicians to hoodwink the credulous (people)".[3] Mr. T.T. Krishnamachari described the DPSP as "a veritable dustbin of sentiments"[4] Prof. K.T. Shah compared them with "a cheque on a Bank payable when able, viz., only if the resources of the Bank permit."[5] What P. S. Deshmukh described about DPSP is very practical and closer to reality as he likened it as "an election manifesto".[6]

But mere non-enforceability does not make them useless. Nonetheless, DPSP are considered to be an important part of the constitution mainly for three reasons. Firstly, as Sir B. N. Rau believed these Principles have an "educative value". This educative value is for reminding those in power what the aim of the constitution is which encompasses the goal of a Welfare State.[7] Secondly, though these Principles are not legally enforceable, they do have political justifiability all the same. As put by Dr. B.R. Ambedkar, "… the government has to answer for them before the electorate at election time." Thirdly, they help the Courts in interpretation of various statutes in such a way that the statutes are not in conflict with them. Above all, they also help the courts to determine the scope of fundamental rights. In the leading case of *Air India Statutory Corporation v. United Labor Union*[8], the Supreme Court of India rightly observed that DPSP are forerunners of the U.N. Convention on the Right to Development. They are imbedded as an integral part of the Constitution and that they now

---

2 CAD, 1949, Vol. 2, P. 583.

3 M.V.Pylee, *Constitutional Government in India*, Bombay: Asia Publishing House, 1965, p. 326.

4 CAD Vol. 2, PP. 41-42.

5 Ibid., p. 475.

6 Ibid., P. 225.

7 Durga Das Basu, *Introduction to the Constitution of India*, 22nd ed., 2015, p. 163.

8 AIR 1997 SC 645

stand elevated to inalienable fundamental human rights. Though non-justiciable, they are justiciable by themselves.[9]

As a parliamentary system of government is always under the constant gaze or scrutiny of the people, the programs, policies and performance of the government are ever scrutinized and assessed by the people. Thus the vigilant public opinion acts as an effective sanction behind the implementation of the Directive Principle of the State Policy.[10]

3. Features of Directive Principles of State Policy:

The Directive Principles of State Policy incorporated in the Constitution generally possess the following features:

- Directive Principles of State Policy are positive in nature and stand as some instructions to the State for achieving socio-economic development.
- DPSP denote the ideals that the State should keep in mind while formulating policies and enacting laws for governance of the State.
- DPSP are not enforceable in the courts and no one can enter the court for its proper implementation.
- DPSP aim at establishing a Welfare State by securing social and economic justice. These principles are presumed to be based on socialist thinking.
- These principles are considered as indispensable for socio-economic transformation of a country as welfare and justice are the twin objectives of every democratic constitution.
- These principles have great moral value as well. **It constitutes the conscience of every Constitution.** No responsible government can dare to go against these principles but at the risk of inviting its downfall at the ensuing elections in the future.
- Above all, Directive Principles of State Policy constitute a mirror of the public opinion because these principles always reflect the will of the people. They are embodied in the constitution to meet the aspirations of the people.
- These principles are fundamental in the governance of the country. A State should follow these principles for progress of the country because it aims at realizing the lofty ideals of justice, liberty, equality and fraternity as outlined in the Preamble of every Constitution.

---

9 Narender Kumar, *Constitutional Law of India,* 480 (8th ed., 2014).

10 Dr. Hari Bansh Tripathi, *Fundamental Rights & Judicial Review in Nepal (Evolution & Experiments),* (2002), Pairavi Prakashan, P. 327.

4. Key Differences Between Fundamental Rights & DPSP:

a. Fundamental rights can be described as the basic freedoms enjoyed by every citizen of the country, which are recognized by the society and sanctioned by the state. Conversely, Directive Principles of State Policy set out certain objectives and policies to be adopted with regard to the governance of the State.
b. Fundamental rights are negative in nature, in the sense they prevent the government from doing certain things. In contrast, Directive Principles are positive in nature, as they require the government to do certain things for their implementation.
c. Fundamental rights are a limitation on the powers of the government whereas the DPSPs are positive instructions to the government for achieving certain ends for the betterment of people.
d. Fundamental rights are justiciable as they can be enforced in the event of their infringement whereas the Directive Principles are non-justiciable, in that they are not enforceable in the court of law.
e. While fundamental rights are a means to establish political democracy, Directive Principles intend to establish social and economic democracy.
f. Fundamental rights are legal sanctions whereas Directive Principles are moral and political sanctions.
g. Fundamental rights impose certain restraints on the government with a view to guaranteeing the rights or promoting the welfare of its citizens. On the contrary, Directive Principles promote the welfare of the community as a whole.
h. In other words, fundamental rights are personal and individualistic whereas Directive Principles are societarian and socialistic by nature.
i. Fundamental Rights do not require any legislation for their implementation. They are automatically enforced whereas Directive Principles require legislation for their implementation.
j. The courts are bound to declare a law infringing any of the fundamental rights as unconstitutional and invalid. But the courts can not declare a law violative of any of the Directive Principles as unconstitutional and invalid. At best, the courts can uphold the validity of a law on the ground that it was enacted to give effect to a Directive Principle.

5. Relationship Between Fundamental Rights and Directive Principles:

Since both Fundamental Rights and Directive Principles are of common origin, it is clear that they both have the same objectives, namely, to ensure the goal of a welfare society envisaged by the Preamble of the Constitution. If the fundamental rights seek to achieve the goal by guaranteeing certain minimal rights to the individual as against state action, the Directive Principles enjoin the state to ensure the welfare of the people collectively. Whenever a state

makes laws, those laws should be made in consistence with these principles with a view to establishing an egalitarian society.

While moving *the Constitution (First Amendment) Bill, 1951* in the Indian Parliament, Pandit Jawahar Lal Nehru had said, "Directive Principles of State Policy represent dynamic move towards a certain objective. The fundamental rights represent something static to preserve certain rights which exist. Both again are rights." [11] Likewise, Justice P.N. Bhagwati, in *Minerva Mills case (1980),* expressed the opinion, "The dynamic provisions of Directive Principles fertilize the static provisions of the Fundamental Rights." [12] Thus fundamental sights and the Directives are complementary to each other.

However, the Indian judiciary has travelled a long distance over the years to define the relationship between fundamental rights and Directive Principles of the State Policy. Precisely speaking, three different views on the relationship between Fundamental Rights and Directive Principles have been pronounced by the Indian Supreme Court at different times.

A. **<u>Conservative Approach</u>: The first view is that the Fundamental Rights are superior to the Directive Principles,** and so the latter must give way to the former in case of repugnancy or an irreconcilable conflict between the two. This view is based on the quasi-natural law premise that certain rights, symbolized by fundamental rights, are sacred and transcendental and are so basic to the existence of any constitution that they must prevail over any other Part of the constitution. DPSP are, however, subject to the other provisions of the Constitution.

B. Moderate Approach: The second view is that fundamental rights and Directive Principles are equal in importance and, hence, in case of conflict between the two an attempt must be made to harmonize them with each other.

C. Supremacy Approach: The third view is that Directive Principles are superior to fundamental frights mainly because the Constitution provides that the former are 'fundamental in the governance of the country' and it shall be the 'duty' of the state "to apply these principles in making laws", and the binding nature of law does not cease to be so merely because it cannot be enforced.

When the tussle for primacy between fundamental rights and DPSP first came up before the Supreme Court of India, the court said, "The Chapter on Fundamental Rights is sacrosanct

---

[11] *Lok Sabha Debates* (1951), Part 2 as cited in Shariful Hassan, *Supreme Court: Fundamental Rights and Directive Principles*, New Delhi: Deep & Deep Publications, 1981). PP. 161-162.

[12] AIR (1980) SC, PP. 1846 - 1847.

and not liable to be abridged by any Legislative or executive act or order. The Directive Principles have to conform to and run subsidiary to the chapter on fundamental rights."[13]

Later, in ***Keshavananda Bharati v. State of Kerala* (1973),** commonly known as **the Fundamental Rights case,** the majority opinions reflected the view that what is fundamental in the governance of the country cannot be less significant than what is significant in the life of the individual. Justice Mathew, constituting the majority in that case, said: "In building up a just social order it is sometimes imperative that the fundamental rights should be subordinated to Directive Principles." In the same case, however, Justice Chandrachud laid emphasis on bringing about "a synthesis between fundamental rights and the Directive principles of State Policy..."

6. Doctrine of Harmonious Construction:

The Doctrine of Harmonious Construction implies that when there are two conflicting meanings of two different laws, the court would interpret them in a harmonious manner so that no conflict or dispute arises, and the conflict is resolved by interpreting them in accordance with the spirit of the law without sacrificing one at the cost of another. The provisions must be so interpreted that the conflict between the two is avoided, and each of them is given effect and, for that purpose, the scope and meaning of one may be constructively restricted so as to give meaning to the other as well.

6.1 Case Law on Harmonious Construction:

Although we have paucity of judicial principles regarding the Doctrine of Harmonious Construction enunciated by our judiciary, this doctrine has been extensively dealt with in several leading cases by the Indian apex court**.**

In **Hanif Quareshi Mohd. v. State of Bihar (1958)**, commonly known as **the Cow Slaughter case**, it was held by the Supreme Court of India that the Constitution has to be interpreted harmoniously, and the Directive Principles must be implemented, but it must not be done in such a way that its laws take away or abridge the fundamental rights. The apex Court also observed that "where two judicial choices are available, the construction in conformity with the social philosophy" of the Directive Principles has preference. The courts therefore should interpret a Statute in such a way so as to implement Directive Principles instead of reducing them to mere theoretical ideas. Further, the court also adopted the view that in determining the scope and ambit of Fundamental rights, the Directive Principles should not be completely ignored, and that the courts should adopt the principles of harmonious construction.

In re **Kerala Education Bill**, the Indian Supreme Court, while affirming the primacy of fundamental rights over the Directive Principles, qualified the same by pleading for a

---

[13] *State of Madras v. Champakam Dorairajan* (**1951**) SCR p.525.

harmonious interpretation of the two: "...nevertheless, in determining the scope and ambit of the fundamental rights relied upon by or on behalf of any person or body, the court may not entirely ignore these Directive Principles of State Policy laid down in part IV of the constitution but should adopt the principle of harmonious construction and should attempt to give effect to both as much as possible."

In **Golak Nath v. State of Punjab (1967),** the Supreme Court emphasized that the fundamental rights and the Directive Principles formed an **"**integrated scheme**"** which was elastic enough to respond to the changing needs of the society.

In **Kesavananda Bharti v State of Kerala1 (973),** the Supreme Court observed: "…the fundamental rights and the Directive Principles constitute the conscience of the constitution; there is no antithesis between the fundamental rights and the Directive Principles, and one supplements the other." …"Both parts III (fundamental rights) and IV (directive principle) have to be balanced and harmonized."

Likewise, in **State of Kerala v. N.M Thomas (1976**), the Supreme Court observed: "The Directive Principles and fundamental rights should be construed in harmony with each other and every attempt should be made by the court to resolve any apparent in consistency between them."

In **Minerva Mills v Union of India (1980)**, Chief Justice Chandrachud, expressing the majority opinion, observed that the fundamental rights "are not an end in themselves but the means to an end." And the end is specified in the Directive Principles. Fundamental Rights and Directive Principles together "constitute the core of commitment to social revolution and they, together, are the conscience of the Constitution**.**" The Indian Constitution is founded on the bedrock of this "balance" between the two. The apex Court very emphatically observed that "to give absolute primacy to one over the other is to disturb the harmony of the constitution. This harmony and balance between fundamental rights and Directive Principles is an essential feature of the basic structure of the Constitution." The goals set out in Directive Principles are to be achieved without abrogating the fundamental rights. The court further observed that it is in this sense that fundamental rights and Directive Principles "together constitute the core of our Constitution and combine to form its conscience. Anything that destroys the balance between the two Parts will *ipso facto* destroy an essential element of the basic structure of our Constitution."

What Justice Jagmohan Reddy has observed in the context of Indian Constitution can hold equally good in the context of other constitutions as well: "There can be no doubt that the object of the fundamental rights is to ensure the ideal of political democracy and prevent authoritarian rule, while the objective of the Directive Principles of State Policy is to

establish a Welfare State where there is economic and social freedom without which political democracy has no meaning."[14]

In light of the above-mentioned observations made by the Indian apex judiciary, it can be rightly concluded that in case of obvious conflict between fundamental rights and Directive Policies of the State one should try to establish harmony between fundamental rights and Directive Principles, since maintenance of harmony between them is a basic feature of the Constitution. Secondly, the Directive principles and fundamental rights are now not regarded as exclusionary of each other. They are regarded as supplementary and complementary to each other. The Directive Principles have got to be read into the fundamental rights. Thirdly, the values underlying the Directive Principles have also become enforceable by riding on the back of the fundamental rights. Courts have used the Directive Principles not to restrict, but rather to expand, the ambit of the fundamental rights. Thus it has been advocated by the Supreme Court of India time and again that "the fundamental rights must be construed in the light of the Directive Principles".

7. Historical Background of DPSP in Nepal:

In the early years of constitutional exercise in Nepal, the inclusion of Directive Principles was not a consistent feature of some of the constitutions. There was no specific mention of DPSP in the first constitutional document of Nepal, i.e., *the Govt. of Nepal Act, 2004*. In its Part IV captioned ***Miscellaneous*** some limited duties were enjoined on the State regarding promoting education, nationality and international friendliness. Those limited duties may, however, be seen only as the rudimentary and fractured forerunner of modern Directive Principles of the State Policy.

It was *the Interim Govt. of Nepal Act, 2007* which for the first time provided for Directive Principles of State Policy which aimed at the creation of a just social order, ensuring social justice and promoting better relations with foreign States. Then *the Constitution of the Kingdom of Nepal, 2015* marked a retrogressive stage as it did not care to embody the Directive Principles of State Policy. Although that Constitution was drafted with substantial inputs given by Ivor Jennings, a renowned British constitutional expert, it looked so surprising, so awkward that no space was granted to DPSP. Needless to say, it was an obvious and intriguing constitutional aberration!

However, this temporary constitutional aberration was shortly rectified by *the Constitution of Nepal, 2019* which contained a Chapter on "Directive Principles of Panchayat System." As the party less Panchayat system was the brainchild of the then King Mahendra, the drafters of the Constitution, perhaps, tactically preferred to use the phrase "Directive Principles of Panchayat System" instead of the expression "Directive Principles of State Policy" in order to perhaps assuage the populist sentiment of the Royal Palace and also to reinforce the

[14] Kesavanand Bharati vs. State of Kerala, AIR (!973), SC,P. 1715.

Panchayat philosophy. But the credit goes to ***the Constitution of the Kingdom of Nepal (2047)*** which made, for the first time, elaborate provisions for a variety of Directive Principles and Policies of the State as a Charter of the objectives and principles of a Welfare State. And this tradition was well continued in *the Interim Constitution of Nepal, 2063* followed by the present Constitution of 2072.

8. Directive Principles of the State Policy in the new Constitution:

It will be opportune and relevant to briefly touch upon the **Directive Principles, Policies and Obligations of the State** as incorporated in the Constitution of the Kingdom of Nepal (2072). A perusal of these relevant provisions gives a glimpse of the socio-economic roadmap which the new Constitution has envisaged for the creation of a Welfare State.

PART 4 of the present Constitution of Nepal spread over Articles 49 through 55 is exclusively devoted to **Directive Principles, Policies and Obligations of the State.** Article 49 of the Constitution declares that the Directive Principles, Policies and Obligations of the State mentioned in this Part shall remain as "**guidelines for the governance of the State".** It also mandates the State to mobilize and cause to be mobilized the required resources and means for implementation of the principles, policies and obligations mentioned in this Part. Those Directive Principles, Policies and Obligations of the State, in fact, clearly chart out the road map of the State.

Art. 50 prescribes four main **Directive Principles of the State Policy** as follows:

1. **The Political Objective of the State** in order to strengthen a Federal Democratic Republican system.
2. **The Socio-cultural Objective of the State** intended to build a civilized and egalitarian society by ending all forms of discrimination, oppression and injustice.
3. **The Economic Objective of the State** aimed at making the national economy self-reliant and independent, and developing it towards Socialism oriented economy.
4. **Maintaining International Relations** of the State based on sovereign equality, protection of national sovereignty, independence, territorial integrity and national interest of the country.

8.1 Art. 51 requires the State to pursue the following 12 Policies:

1. Policies regarding national unity and national security,
2. Policies regarding political and governance system,
3. Policies regarding social and cultural transformation,
4. Policies regarding finance, industry and commerce,
5. Policies regarding agriculture and land reform,
6. Policy regarding sustainable socio-economic development,

7. Policy regarding conservation, management and use of natural resources,
8. Policies regarding the basic needs of citizens,
9. Policies regarding labor and employment, ensuring dignity of labor, ending child labor and all forms of labor exploitation,
10. Policy regarding to social justice and inclusion
11. Policies regarding justice and punishment for speedy and impartial justice by adopting ADR and means for corruption control,
12. Policies regarding tourism, and
13. Policy regarding international relations.

8.2 Art. 52 provides for Obligation of the Sate to maintain independence, sovereignty, territorial integrity and autonomy of Nepal, protecting and promoting fundamental rights and human rights, and to observe the Directive Principles of the State Policy and gradually implementing the policies. Likewise, Art. 53 provides for submitting an annual report to the President who will make arrangements to send such report to the Federal Legislature through the Prime Minister. Moreover, Art. 54 mandates for the creation of a Parliamentary Committee to monitor the progressive implementation of the directive principles, policies and responsibilities of the State.

Notwithstanding the rosy picture of the lofty aims and objectives of the State Policy painted by the new Constitution, all this virtually becomes punctured in one stroke by Art. 55. This Article declares that no question shall be raised in any court as to whether or not any of the provisions contained in Part Four is implemented. This provision relating to non-justiciability of the Directive Principles of the State Policy has been enshrined in the Constitution since the Directive principles and Policies of the State are subject to gradual implementation on the basis of availability of the means and resources, ability of the State and political ground. As a separate mechanism for implementing and monitoring these principles and policies has been provisioned, these are implemented in accordance with the ability, means and resources of the State. These principles and policies cannot be made a subject of judicial review in regard to their implementation.

Although DPSP are not enforceable by any Court, that is to say, no Court can force the government to enforce these Principles or make laws regarding them, they are still of paramount importance in the governance of the State affairs as has been reflected by some landmark decisions made by our apex Judiciary over the years.

9. Our Judicial Outlook on Directive Policies:

There is very limited body of Nepali case law on Directive Principles of State Policy. Non-the-less a perusal of some of the significant judgments given by the Supreme Court of Nepal clearly demonstrates the serious concern and positive outlook displayed by our apex court

with regard to the vital significance of the DPSP and the need of their implementation for the creation of a Welfare Society and the realization of social justice.

In ***Surya Prasad Dhungel (Chairman of the Board of Directors of the Leaders Inc.) vs. Godavari Marble Industries Pvt. Ltd. & Others***[15], a Full Bench led by Justice Trilok Pratap Rana, recognized the *locus satndi* of the petitioner in the case as, under the relevant provisions of DPPS, the State was obligated to accord priority to the protection of environment and prevention of its further damage on account of physical development activities. Although the apex court refused to issue a writ of *Mandamus* for want of specific legal obligations of the defendants, it seriously noted the fact that there was absence of effective and satisfactory remedial measures in regard to a sensitive issue like the protection of Godavari area. Thus, invoking Art 24(6) of *the Constitution of the Kingdom of Nepal, 2047,* the learned Justices ordered the government for the enforcement of *the Minerals Act, 2042* which, though passed many years back, had not been brought into force till then. Further, the apex court also issued an instructive order to the government to enact necessary laws relating to the protection of water, air, sound and ecological protection, besides taking suitable measures for effective protection of the Godavari area.

Likewise, in the classic case of *Yogi Narharinath & others vs. Prime Minister & others*[16], the apex court, upholding the *locus standi* of the petitioners, observed that even though the court cannot enforce the Directive Policies and Policies of the State laid down in the Constitution, still the court has power to identify any action if the government contravenes the Directive Principles. Recognizing the traditional Nepalese values of environmental protection and the rule of law in the area of sustainable development, the apex court found the impugned decision of the then His Majesty's Government of Nepal to lease out 42 bighas of land to International Society for Medical College in the area of Devghat as infringing *the Forest Act, 1992.* Also, as Devghat was significant from the natural, religious and archaeological viewpoint, and as it was also surrounded by forest, fauna and flora, the impugned decision was quashed by the court. This decision has been since criticized by some sections of the legal academia as disturbing the constitutional arrangement of fundamental rights viz-a-viz DPSP. On the other hand there is also an overwhelming current of legal opinion which forcefully defends the judicial principle laid down in the verdict as it sincerely tried to give teeth to the Directive Principles which should not be treated merely as cosmetic provisions, if and where the public interest, particularly ecological balance, is at obvious peril.

Likewise, in *Prakash Mani Sharma vs. HMG & others*[17], the act of establishing the Central Regional Police Office in the area adjacent to the historical Rani Pokhari was challenged on the ground that it may adversely affect the religious, cultural and historical significance of

---

15 *NKP, 2054, No 6.*

16 NKP (1996), Vol. 38, No. 1, P. 33.

17 Supreme Court Bulletin (1998), No. 12, P.5.

Rani Pokhari, and that the ever increasing number of regular visitors to the Police Office may expose the surrounding environment to pollution. Even though the apex court declined to issue the writ order seeking prohibition on construction of Central Regional Police Office adjacent to Rani Pokhari, the court observed that the Directive Policies and Principles mentioned in Part IV, Art. 24(2) of the Constitution should be viewed as **an open standing order** in the name of the Executive and the Legislature. It imposes moral obligation on the persons entrusted with the responsibility of running the state affairs to act in accordance with those provisions. Nobody has a right to act contrary to Directive Principles and Policies, and if someone acts contrary to them, the court cannot sit as a passive spectator. The court further forcefully observed that the Directive Principles and Policies enshrined in Part IV of the Constitution of *the Kingdom of Nepal, 2047* are neither meaningless nor can they be ignored. If it is found that they have been ignored, the court can issue necessary directives towards making them effective. Besides, an instructive order was also issued in the name of HMG to monitor whether Nepal's commitment made under *the* ***Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, 1972*** have been carried out, and to design a national policy regarding matters of religious, cultural and historical significance and to make necessary arrangements for introducing uniformity in all sectors and also to act accordingly.

Mention must be made also of *Gopal Shiwakoti and Rajesh Gautam vs. HMG, Ministry of Water Resources & others*[18]. In this case also the Supreme Court reaffirmed the *locus standi* of the general public to invoke the jurisdiction of the Supreme Court under Art 88(2) of *the Constitution of the Kingdom of Nepal, 1990* for the settlement of any dispute of public interest relating to DPSP. The apex court held that the Directive Principles and Policies of the State were matters of vital interest and concern of the general public. It cannot be deemed as constitutional to be apathetic towards those principles only because they were not justiciable in the court.

Last but not the least, in *Bal Krishna Neupane vs. HMG & others*[19], dwelling on the significance of the Directive Principles of the State Policy, the apex court observed that even though the Directive Principles of the State Policy were not enforceable by a law court, they were very helpful in the interpretation of the Constitution nevertheless. The apex court quashed the impugned clause in sub-section (1) of Sec. 4 *the Labor Act, 1994* which read as " …while thus recruiting preference shall be given to the Nepali nationals", compelling the Nepali nationals to compete with foreign nationals to find a job. So the impugned clause was declared unconstitutional as it was found contrary to the principle of justice and incongruous with the Directive Principles of State Policy.

---

[18] NKP (1994), Vol. 36, No. 4, P. 272.

[19] Ibid., (1993), Vol. 35, No. 8, P. 464.

10. Concluding Remarks:

The framers of the three successive Constitutions of Nepal following the restoration of democracy in 1990 declared socio-economic justice as one of the major goals in the Preamble of the Constitution, and enumerated social and economic precepts under the Directive Principles of State Policy to be implemented by the State to attain this end. In fact, the Directive Principles of the State Policy constitute the most important and creative part of the constitutional scheme and embody the hopes and aspirations of the people.

The Preamble of our Constitution promises to secure justice, political, social and economic. The catalogue of fundamental rights aims at securing political freedoms to the citizens by providing them protection against excessive, arbitrary or discriminatory state action whereas the Directive Principles of State policy are inspired by the pious motive of ensuring social and economic justice to the common people. It should be remembered, therefore, that the Preamble, the fundamental rights and the DPSP are all integral parts of the same constitutional edifice. They are all equally important and have to be read with together in order to attain the objective of creating a Welfare State as envisioned by the Constitution.

The Court and Judicial Review

✍ **Dr. Bhimarjun Acharya**[•]

Introduction/Background:

Judicial review is the fountain of constitutional law. This is true for several reasons. First, the process of judicial review has created the body of reported decisions that we think of as comprising *the law of constitution*. When we wish to know whether or not the Constitution allows a particular governmental practice, we usually look first to previous court decisions that have interpreted the constitutional provisions in question. Without this steadily accumulating body of case law, we should have little definitive guidance as to the meaning of Constitution. Second, it is the process of judicial review that renders the Constitution binding and enforceable *as law*. In the absence of judicial review, the Constitution would be little more than a statement of normative principles and ideas-similar to the Universal Declaration of Human Rights.[1]

Judicial review serves as mechanism by which public officials may be compelled to perform their duties in accordance with the Constitution. This is the process by which courts rule on the constitutionality of actions taken by government departments. The concept of judicial review is fully consistent with the conception of balanced democracy in which abuses of power by one branch may be checked or prevented by actions of the coordinate branches. In American history, in the case of *Marbury v. Madison*,[2] Chief Justice John Marshall, writing for a unanimous Supreme Court, ruled that the federal judiciary (Supreme Court) may review the constitutionality of actions taken by the legislature and executive branches of the

---

[•] The author is a leading constitutional lawyer and al scholar. With the specialization in constitutional law, Dr. Acharya has been practicing law at the Supreme Court of Nepal in the area of constitutional law and public interests for the last twenty years. Dr. Acharya received his LL.M. and Ph.D. in the area of constitution. He has also received a degree on special human rights course from International Academy, the Netherlands (2004). He has 22 books to his credit on constitution, law & politics related issues, hundreds of articles published in different national and international journals, magazines and newspapers. His major publications include: *Law & Politics (2014),Comparative Systems of Judicial Review* (2012), *My Essays in Law, Media Freedom and Politics (2012), Civilian Control Mechanisms of Security Forces in Nepal: A Comparative Perspective (2011); Dynamics of Fundamental Rights (2009); Fundamental Rights in the World Constitutions (2008), Constituent Assembly: Processes and Experiences* (2006); *Making of the Constitution through Constituent Assembly* (2006) and so forth.

[1] See also, Christopher N. May and Allan Ides, CONSTITUTIONAL LAW NATIONAL POWER AND FEDERALISM, (2007) Fourth Edition, Aspen Publishers at 1-53.

[2] 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

national government. If those actions are found to be in violation of the Constitution, Federal Courts may refuse to honour or enforce them.

Marbury thus in American context established that Federal Courts possess the power of judicial review. In the Nepali context, Chief Justice Hari Prasad Pradhan of the Pradhan Nayalaya (apex court of the country) which was established in 1940, in *Bed Krishna Shrestha v. Ms Secretary, Department of Industry, Commerce, Food Civil Supplies (2010)*[3] ruled that the power of judicial review was vested in the Pradhan Nayalaya. Interpreting the section 30 of the Pradhan Nayalaya Act, 2008 as a source of power of the extra -ordinary jurisdiction, the court held that power and obligation of the Pradhan Nayalaya, under section 30, was to prevent unlawful action in case it infringed the fundamental rights of people. The *Bed Krishna Shrestha* case thus in Nepal established that the apex court possess the power of judicial review. This pronouncement can be compared with the pronouncement of Chief Justice John Marshall held in the *Marbury case*.

Chief Justice Hari Prasad Pradhan in the case of *Mrigendra Shamsher J. B. Rana v. Kathmandu Magistrate (2011)*[4] held that the apex court had power to test the legality of action of the Magistrate under Public Security Act if the legality of the act so performed was questioned. In *Mrigendra Shamsher J. B. Rana v. Inspector General of Police (2011)*[5] Chief Justice Hari Prasad Pradhan first time in the judicial history of Nepal issued directive order to the government to initiate immediate amendment to the Raj Kaj Act. In *Pitamber Prasad Mudwari v. Riddi Bikram and others (2012)*[6] the court asserted the power of judicial review of administrative action in Nepal.

In *Bishwashwor Prasad Koirala v. Prime Minister of Nepal Government (2013)*[7] the Supreme Court held that it had power to issue appropriate orders and writs including the writs of habeas corpus, mandamus, quo-warranto, prohibition and certiorari for the enforcement of rights conferred by the laws for which no other remedy had been provided. Interpreting the purpose of prerogative writs, the court held that the writ of prohibition could be issued to the parties of cases or to the body which exercised judicial functions; writ of certiorari to the body or person who exercised judicial or quasi-judicial functions; writ of habeas corpus to the (illegal) detention; similarly writ of quo-warranto could be issued to hold an inquiry about the capacity of designation; and the writ of mandamus be issued if the legal duty imposed by the law to the authority had been disobeyed or ignored. The court also held that these writs could not be issued to the Prime Minister (who exercised merely the administrative functions).

---

3 2016 NLR at 171 published by Saman Prakashan Pvt. Ltd. Putali Sadak, Kathmandu with the approval from Supreme Court of Nepal.

4 2016 NLR at 134.

5 2016 NLR at 95.

6 2016 NLR at 256.

7 2016 NLR at 215, Dec. No. 56.

In *Shankerman Amatya v. His Majesty's Government , Ministry of Home (2016)*[8] Justice Ratna Bahadur Bista pronounced that the Supreme Court could exercise extra-ordinary jurisdiction on two conditions: first, if the rights of the citizens or any persons conferred by the current laws were hurdled; and secondly, if there was no any other alternative remedy available for the enforcement of such rights in other laws. In *Gajendra Bahadur Pradhananga v. Attorney General Shambhu Prasad Gyanwali (2017)*[9] Chief Justice Bhagwati Prasad Singh held that extra-ordinary jurisdiction was available on the following conditions: First, citizen must have some rights conferred on by the current laws; secondly, someone must have hurdled on the enjoyment of such rights; and third, there must not be any other alternative remedy provided for the enforcement of such rights. This was the first case of *judicial review of legislation* where the petitioner had challenged the legality of section 10 of the Civil Services Act 2013 being inconsistent with sections 19 & 20 of the Citizen Rights Act 2012.

The Constitution as Paramount Law in Court

The concept of judicial review is flowed from the fundamental premise that the constitution is to be considered, in court, as a paramount law. The province and duty of the judicial departments thus is to say what the law is. The idea that the constitution is to be considered by the courts as a *paramount law* has given birth to that vast body of case law that we think of as *constitutional law*. Constitutional law in this sense is that collective product of generations of judges who, in order to resolve cases in the judicial arena, have had to interpret and apply the constitution.

The *supremacy clause* of the constitution stated as *laws shall be made in pursuance of the constitution…all laws inconsistent with this constitution shall, to the extent of such inconsistency, be void* in almost all written constitutions offers the support for the concept of judicial review. "While the text of the Constitution does not foreclose a scheme in which each branch would have the final word as to those constitutional provisions that pertain to it, such a scheme would render the Constitution no longer enforceable as law."[10] From a purely textual standpoint, the Court's reading of the Constitution in *Marbury* case is a permissible one. Yet the lack of clear textual support for the concept of judicial review does not necessarily mean that the concept of illegitimate or that its enunciation by the Court amounted to a judicial usurpation of power.

The concept of *limited Constitution* as argued in *The Federalist*[11] *No. 81* offers another support for the concept of judicial review. Alexander Hamilton argues that by a limited

---

8 2017 NLR at 127, Dec. No. 112

9 2017 NLR at 35, Dec. No. 97.

10 Christopher N. May and Allan Ides, op. cit. at 16.

11 *The Federalist* is a collection of letters appeared in New York Newspaper in 1787 and 1788. They were written by Alexander Hamilton, James Madison and John Jay for the purpose of persuading the people of New York to ratify the Constitution.

Constitution he understands one which contains certain specified exceptions to the legislative authority; such, for instance, as that it shall pass no bills of attainder, no *ex post facto laws*, and the like. Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of courts of justice, whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing.[12]

The Role of Judicial Review

To safeguard individual rights against an unrestrained majority, the Constitution and the Bill of Rights placed an array of restrictions on the authority of the government departments. And, it is through the mechanism of judicial review that government actors could, where necessary, be forced to honour the Constitution, even if this is contrary to the wishes of those who elected them to office. The fundamental role of judicial review in a modern state thus is to protect the individual rights and make forced the government actors to honour the Constitution.

Judicial review is based on the reality that our elected representatives may at times ignore values that "We the People" care about.[13] When a court invalidates action taken by the legislature or the executive, it initiates a dialogue with the political branches and with the people by suggesting that an important value or principle has been overlooked. Judicial review forces us to reexamine what we or representatives have done and to decide whether or not we agree with the court. In the American approach of constitutional studies, in this dialogue, the Justices do not have the last word. If the Supreme Court employs judicial review in a manner contrary to values that are deeply shared by the majority, the Court's interpretation of the Constitution may, in the end, be rejected.[14]

Inherently as being the counter-majoritarian nature of judicial review, one of the debates that still surrounds the concept concerns that amount of discretion judges should have when interpreting the Constitution. The debate has largely centered on should the judges be limited to the letter of the Constitution's text or should they be allowed also to take into account the intent of the framers? May judges give even broader meaning to the Constitution's text by considering sources such as history, society, politics etc.? And finally, to what extent may judges use the Constitution as a vehicle for enforcing values that are in no way tied to the text or the intent of the framers?

---

[12] Christopher N. May and Allan Ides, op. cit. at 18.

[13] Bruce Ackerman, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS, (1991), at 3-33 as cited by Christopher N. May and Allan Ides in their book -CONSTITUTIONAL LAW NATIONAL POWER AND FEDERALISM, (2007) Fourth Edition, Aspen Publishers.

[14] See, Christopher N. May and Allan Ides, op.cit. at 32.

Interpretivism vs. Noninterpretivism

The so-called interpretivists insisted that when courts engage in judicial review, their only legitimate task is to interpret the Constitution. Courts may therefore not strike down actions of the people's elected representatives on the basis of norms that lie wholly outside the Constitution and that are discovered through judicial forays into the realm of nature law, political science, and moral philosophy.

Noninterpretivists, on the other hand, took the position that courts are not limited to interpreting the words of the Constitution. Instead, courts in appropriate cases may enforce unwritten norms that derive entirely from extra-constitutional sources such as natural law or moral philosophy, without trying or tracing them to any specific provision of the document's text. The scholars of this school of thoughts are of the views that judges should be free to strike down laws on the basis of principles and values that are fairly traceable to the Constitution.

The debate over how courts should go about interpreting the Constitution has continued within the interpretivism and noninterpretivism camps. This has helped to the emergence of three competing theories of interpretation: textualism, originalism and nonoriginalism.

Textualism: Textualists argue that judges must follow the text of the Constitution without consulting any source other than the words themselves. This approach of interpretation is also called as the strict constructionism, clause-bound interpretivism, or absolute literalism.

Originalism: Originalists contend that in construing the Constitution, a court may properly look to the text of the document itself and, where the text is unclear, to the original intent of the constitutional framers as well. However, if these two sources are not sufficient to give the meaning to a clause of the Constitution, judges cannot invoke those provisions to block action taken by the political branches.[15] According to originalism, the power of judicial review may be invoked only when it is absolutely clear from the text of the Constitution or from the framers' intent that the specific practice or conduct in question is unconstitutional. The goal of originalism thus is to prevent judges from imposing their own personal beliefs on society under the guise of interpreting the Constitution.

Nonoriginalism: Nonoriginalists, by contrast, reject the binding effect of original understanding. Nonoriginalists are of two types. Some are textualists who believe that the only legitimate basis for constitutional interpretation is the words of the document itself. They are sometimes referred to as the nonoriginalist- textualists. Yet there are nontextualists who reject texualism. They take the position that while courts may consider the text of the Constitution, as well as the intent of the framers, courts are not limited to these sources. According to these nontextualists, judges may interpret the Constitution in light of all potentially relevant sources, including history, moral philosophy, political theory and social

[15] See, ibid at 37.

policy. Nonoriginalism allows courts virtually unfettered discretion in construing the Constitution.

By shedding the extreme views and by borrowing ideas from each other, the two camps-originalism Nonoriginalism, share a great deal of common ground. This common ground is in favour of more moderate positions closer to the middle of the spectrum which seeks to implement the *general principles* and *concepts* the framers endorsed, even if doing so means extending constitutional protection to practices the framers may never have envisioned. This approach may be referred to as the *consensus approach.*

The different types of constitutional arguments in the courts of common law traditions including Nepal can be summarized as follows: arguments from the texts; arguments from framers' intent; arguments from constitutional theory, and value arguments, i.e. moral, political, social values or principles.

The supporters of value arguments argue that the court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society such as to name but a few respect for inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. Another key value is the consent of the governed that is basic to understanding of a free and democratic society.

The Grounds for Judicial Review

Various attempts have been made to find a general principle underlying the grounds for judicial review. The traditional approach is to say that the court may review action which is *ultra vires*-outside the power of the authority whose action is being challenged. Lord Diplock of the House of Lords in *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, (1985) AC 374 has laid down threefold classification of the grounds on which administrative action is subject to control by judicial review. The first ground he would call "illegality", the second "irrationality" and the third "procedural impropriety".[16]

Illegality: By illegality as a ground for judicial review Lord Diplock means that the decision-maker must understand correctly the law that regulates his decision-making power and must give effect to it. Lord Diplock used this phrase to cover a number of different grounds which are frequently treated differently. The most important are:

1. An authority must not exceed its jurisdiction by purporting to exercise powers which it does not possess.
2. An authority must direct itself properly on the law.

[16] See also, Michael Allen & Brian Thompson' CASES & MATERIALS ON CONSTITUTIONAL & ADMINISTRATIVE LAW, (2003), Oxford University Press.

3. An authority must not use its power for an improper purpose.
4. An authority must take into account all relevant considerations and disregard all irrelevant considerations.
5. An authority to which the exercise of a discretion has been entrusted cannot delegate the exercise of its discretion to another unless clearly authorized to do so.
6. An authority must not fetter its discretion.
7. Finally, an authority acts unlawfully if it fails to fulfill a statutory duty.

Procedural Impropriety: In *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, Lord Diplock used this phrase specifically to include both a branch of express statutory procedural requirements and the common law rules of natural justice. Express statutory requirements include, for example, a requirement to give notice or to consult certain persons before a decision is made. The rules of natural justice among others require the "duty of authority to act fairly". The content of natural justice and the content of duty to be fair are both flexible and depend on all the circumstances of the case. The requirements of the duty to be fair are generally divided into two general principles, *the rule against bias*[17] and *the right to a fair hearing*.[18]

The rule that *no man can be judge in his own cause*[19] is in the centre of the rule against bias. The three components of bias namely, the pecuniary bias, the personal bias and the bias on subject matter should be taken into considerations.

The requirements of a fair hearing in other words *no man shall be condemned unheard*[20] on all the circumstances. They may include: (a) the right to notice, but restrictions may be placed on this where the public interest so requires;[21] (b) the right to make representations, whether in writing or orally; oral hearings are not required in all circumstances where the rules of natural justice apply;[22] (c) where an oral hearing is held- the right to comment on any evidence presented, where evidence is given orally by witnesses, the right to put questions to those witnesses;[23] (d) legal representation, and (e) reasoned decision.

Irrationality: Prior to the decision in *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service,* this ground was often expressed in the principle that an authority must not reach a decision which is so unreasonable that no reasonable man or body could have come

---

17 Where a decision- maker has a direct pecuniary interest in the outcome of a decision, he ought not to partake in it, *R. v. Gough*, (1993), AC 646, House of Lords.

18 See also, *Ridge v. Baldwin,* (1964), AC 40, House of Lords.

19 The *memo debet esse judex in propia sua causa* is a fundamental rule in the administration of justice, that a person cannot be judge in a cause wherein he is interested.

20 The *audi alteram partem* has long been a received rule that no one is to be condemned, punished or deprived of his property in any judicial proceeding, unless he has had an opportunity of being heard.

21 See, for example, *R. v. Gaming Board of Great Britain*, (1970), 2 QB 417.

22 See, for example, *Lloyd. v. McMahon*, (1987), 1 All ER 1118.

23 See, for example, *R. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner ex parte Moore*, (1965), 1 QB 456.

to it. After the decision of *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* the term *irrationality* has become more common in the study of judicial review. By irrationality what can also be referred to as "*Wednesbury Unreasonableness*"[24] as a ground for judicial review Lord Diplock thus argues that it applies to a decision which is so outrageous in its defiance of logic or accepted moral standards that no sensible person who had applied his mind to the question to be decided could have arrived at it.

The Scope of Judicial Review

The scope of judicial review has expanded radically, now extending beyond the sphere of statutory powers to include diverse forms of public power in response to the changing architectures of government. Not only has judicial review grown wider in scope; its intensity has also increased. However, the traditional distinction between appeal and review matters even in today's court practice. Both the general principle and the practice is that bodies with appellate jurisdiction can make up their own mind about the *merits*, substituting their view for that of the original decision maker. The central question for appellate bodies, therefore, is whether they think the original decision is right or not. Reviewing courts, however, are concerned with the *legality* of the decision, not with its *correctness* or *merits*, intervention is therefore possible only if the administrator has exceeded the legal limits of its power.[25]

H.W.R. Wade and C.F. Forsyth write[26] the judicial review is radically different from the system of appeals. When hearing an appeal the court is concerned with the merits of the decision under appeal. When subjecting some administrative act or order to judicial review, the court is concerned with its legality. On an appeal the question is "right or wrong?" On review the question is "lawful or unlawful?" Rights of appeal are always statutory. Judicial review, on the other hand, is the exercise of the court's inherent power to determine whether action is lawful or not and to award suitable relief. For this no statutory authority is necessary: the court is simply performing its ordinary functions in order to uphold the rule of law. The basis of judicial review, therefore, is a common law.

Judicial Review and Constitutional Politics

Judicial review is one of the greatest and most controversial contributions of the Constitution to the law and politics of government.[27] In the course of constitutional politics, judicial review has come to be the power of Supreme Court to scrutiny the legislative and executive actions. The Anti- Federalists warned that "there are no well defined limits of the judicial

---

[24] *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp*, (1948) 1 KB 223.

[25] See also, Beatson, Matthews, and Elliott's, ADMINISTRATIVE LAW: TEXT AND MATERIALS, Fourth Edition, 2010, Oxford University Press, at 6-9.

[26] ADMINISTRATIVE LAW, Seventh Edition, (1994), Clarendon Press, at 38. Laws J has explained the difference between an appeal and a review in *R v. Somerset County Council*, (1995) 1 All ER 513 at 515.

[27] David M. O'Brien, CONSTITUTIONAL LAW AND POLITICS, Volume One, Sixth Edition, W.W. Norton and Company, New York, 2005, at 23.

powers, they seem to be left as a boundless ocean." Defenders of the Constitution countered that "the powers given the Supreme Court are only safe, but constitute a wise and valuable part of the system." During the fight for New York's ratification, Alexander Hamilton provided the classic defense of the judiciary as "the least dangerous branch."…the judiciary truly be said to have neither Force nor Will, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments.[28] That the power of people is superior to all…and that where the will of the legislature declared in its statutes, stand in opposition to that of the people declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter, rather than the former.

Prior to the pronouncements in *Marbury v. Madison* (1803), the U.S. Supreme Court in *Chisholm v. Georgia* (1793), *Ware v. Hylton* (1796) had tried to maintain the exercise of the power of judicial review in uncertain and controversial manner/with the divided opinion. Chief Justice John Marshall later provided the classic justification for the power of judicial review in the landmark ruling in *Marbury v. Madison* (1803). Marshall claimed that the Constitution created a limited government that *only* the judiciary should enforce those limitations. Madison, President Jefferson, Justice Gibson rejected *Marbury*'s implication that the judiciary has monopoly (or Supremacy) over interpreting the Constitution or, as Chief Justice Charles Evans Hughes later put it. "We are under a Constitution but the Constitution is what the judges say it is."

In providing a rationale for judicial self-restraint, Justice Gibson embraces a theory of *tripartite* constitutional interpretation namely, that each branch has the authority to interpret the Constitution. President Jefferson continued to maintain that each branch of government could interpret the Constitution and to deny that the court's interpretations were binding on the president's exercise of executive powers.

Controversy over judicial review continued. Abraham Lincoln denounced the court's ruling in *Dred Scott v. Standford* (1857) (this was the case after *Marbury* in which the court struck down the act of congress) that blacks were not citizens of the United States. President Franklin D. Roosevent proposed that Congress expand the size of the Court from nine to fifteen justices, and thereby enable him to secure a majority sympathetic to his program and policies.

Chief Justice Marshall in *Marbury* did not lay claim to judicial supremacy over interpreting the Constitution, only that the Court, no less than the President and Congress, has the authority and duty to interpret the Constitution. By contrast, in this century justices have often asserted the supremacy of their decisions. In *United States v. Butler* 297 U.S. 1 (1936), Justice (and later Chief Justice) Harlan Stone claimed that "while unconstitutional exercise of power by the executive and the legislative branches of government is subject to judicial restraint, the only check upon our own exercise of power is our own sense of self-restraint."

---

[28] Id. at 25.

The court likewise proclaimed itself the "ultimate interpreter of the constitution" in *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

In area of major and continuing political controversy, constitutional law is a kind of dialogue between the court and the country over the meaning of the Constitution, and judicial review is more provisional than final.[29] Controversy over judicial review continues even to date, nevertheless, we can say that the Constitution would become a dead letter without the power of judicial review to be exercised by the Supreme Court. The idea of judicial review now has been turned into the system of judicial review. It has been a socially accepted phenomenon.[30]

Models of Judicial Review

Broadly speaking, judicial review conforms to one of two models, the *Austrian* and the *American.* Under the former, questions of the constitutionality of legislation can be decided only by a special Constitutional Court on reference from an authorized person who may or may not be a judge before whom such a question is raised in the course of ordinary litigation, and the review may be *a priori* or *posteriori.* Under the latter, it is the duty of any judge before whom such a question is raised in the course of extra-ordinary litigation to deal with it there and then, although, no doubt, in important cases the question will finally be decided by the Supreme Court; review of this kind is necessarily *a posteriori.* The French system can, perhaps, be regarded as a particular version of the *Austrian Model*, for the *Conseil Constitutionnel* alone has power to pronounce a parliamentary law unconstitutional and then only on the reference of specified persons; the challenged law is referred to the *onseil* before promulgation, and no law or part of law declared to be unconstitutional may be promulgated. It is typical of the *Austrian Model* that the decisions of the Constitutional Court have effect *erga omnes.* Under the *American Model*, by contrast, the decision, even if of the Supreme Court, is binding as *res judicata* only between the parties. In countries of the common law tradition this is not a serious disadvantage because the doctrine *stare decisis* has the result that the decision that a law is unconstitutional will almost invariably be applied thereafter, but elsewhere as, for example, in some countries of Latin-America where the *American Model* has been followed, such a decision will be disregarded by other courts and the administration alike. On the whole, therefore, the *American Model* is seen as unsuitable for countries of the civil law tradition.

Nepal, so far it is concerned, adopts a new and hybrid model to that of *Austrian* and *American* ones. Though the *Nepalese Model* of constitutional review is closer to that of *American one*, there are some new and specific provisions for judicial review in the constitution that has made Nepal different from America and other country of the world.

---

[29] See, Paul Diamond, THE SUPREME COURT AND JUDICIAL CHOICE (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1989).

[30] How the concept of judicial review has been a system or an institution of the constitutional study has been discussed in details in Dr. Bhimarjun Acharya's COMPARATIVE SYSTEMS OF JUDICIAL REVIEW, (2012), A.K. Publication, Kathmandu, Nepal.

Article 133 of the Constitution promulgated in 2015 has vested the exclusive jurisdiction in the Supreme Court to determine all questions relating to the constitutional validity of laws in force in the territory of Nepal, and to issue order for the settlement of any constitutional or legal question involved in any dispute of public interest or concern. The Constitution gives any Nepali citizen the right of locus standi to raise the question of *ultra vires* in the Supreme Court.

The Constitution has explicitly mentioned the provision of public interest litigation (PIL), which is very much advanced form of judicial activism and cannot be found in the *Austrian* and *American Models*. In America there is a practice of PIL, but the same has not explicitly been mentioned in the Constitution. Similarly, the fundamental rights have been guaranteed in the Constitution. The Constitution has provided unlimited grounds of *locus standi* to *a*ny Nepalese citizen who can file a writ petition in the Supreme Court to declare the legislative acts and administrative actions void to the extent of inconsistency with the constitution.

The system of judicial review has been foresightedly in-built in the Nepalese Constitution, in order that the integrity of the Constitution may be preserved against any hasty or ill considered changes. The Constitution maker of Nepal very wisely incorporated *the system* in the Constitution so as to maintain the balance of state organs, to protect fundamental rights guaranteed to the citizens, to protect Constitution and to afford a useful weapon for equality, liberty and freedom. The system of judicial review in Nepal has not only a legal basis but also a philosophical and ethical foundation, and the vitality of this system stands mostly on the historical perspective, social and economic view of life and also on the persuasive conscience of the judiciary.

The judiciary is the guardian of individual rights in Nepal as in the other countries. The fundamental difference in an approach to the question of individual rights between Nepal and other countries, particularly the UK, is that while the UK seems anxious to protect individual rights only from the abuses of executive powers, but the founding fathers of Nepalese constitution are apprehensive of tyranny not only from the executive but also from the legislature.

The Role of the Courts

The role of the courts under our Constitution is to protect the Constitution, and in particular individual fundamental rights. At times, in asserting this function, courts will have to intrude to some extent on the terrain of the legislature and the executive. In doing so, however, it is clear from the jurisprudence that is emerging that courts must remain sensitive to the legitimate constitutional interests of the other arms of government and seek to ensure that the manner of their intrusion, while protecting fundamental rights, intrudes as little as possible in the terrain of the executive and the legislature.

The principle of legality implies that public bodies must be kept within their powers. There should, in general, be no reason why individual harm should be required in addition to the

public interest of the general community. Public law litigation may also differ from traditional litigation between individuals in a number of respects. A wide range of persons may be affected by the case. The emphasis will often not only be backward looking, in the sense of redressing past wrongs, but also forward- looking, to ensure that the future exercise of public power is in accordance with the principle of legality.

In constitutional democracies, the courts are the ultimate guardians of the Constitution. They not only have the right to intervene in order to prevent the violation of the Constitution, they also have the duty to do so. Therefore, although the courts have the duty to intervene in constitutional violations, they have the discretion to decide when and to what extent to intervene when such a violation occurs within the domain of other branches of government.

The Constitution clearly mandates the courts to review legislation or conduct that is inconsistent with constitutional provisions. Although there should be a culture of mutual co-operation and respect between the different branches of government, the courts are mandated by constitutional provisions to ensure that the executive and legislature operate within the boundaries of the Constitution. The courts are constitutionally mandated to uphold the provisions and values of the Constitution. The principles of judicial review represent the core of the judicial conception of justice. The judicial review matters for a policy of non-discrimination, openness, justification, accountability and participation. A person whose rights are affected must be given an opportunity to be heard, reasons must be given for decisions, and the decisions must be based on and related to an empowering statute.

Democracy in any real sense of the word cannot exist without the rule of law. It is the law that creates the framework within which the *sovereign will* is to be ascertained and implemented.[31] Thus, the people's belief in democracy should be harmonized with their belief in constitutionalism. An open-minded approach is required to determining the meaning of constitutions and constitutional principles. The task of the court is not to choose between substantive and procedural content *per se* but to secure for persons *the full benefit of the constitution's protection*. This can only be accomplished by a purposive analysis and the articulation of objective and manageable standards for the operation of the clause within such a framework. The purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the constitution and the larger objects of the constitution itself. The interpretation should be a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the constitution's protection.

Law as a culture of justification resonates with the constitutional values of accountability, participation, justification and openness.

[31] See also, Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, Andras Sajo and Susanne Baer, COMPARATIVE CONSTITUTIONALISM CASES AND MATERIALS, (2003), Thomson West, at 170.

Economic, Social and Cultural Rights in Nepalese Constitution: Political hymn or Tangible Rights?

✍ **Kosh Raj Neupane**♦

Vijay Prasad Jayshwal♥

Abstract

Comprehensive Peace Accord or Agreement is full of economic, social and cultural rights with strong and due considerations of all major political parties. This enthusiasm was also seen in drafting of constitution of Nepal where larger part of ESCR is in the chapter III of the Constitution under an adding tall subject 'as per law'.The political parties have also promised and publicly announced and proclaimed to well recognition and protection of economic, social and political transformation of old age monarchy based on theology. The conventional judicial remedies to ESCR as expanded to non-conventional where larger numbers of ESCR are made justiciable in light of Directive Principle of State Policy. The enormous points of ink are turned in order to be conceptually very clearly on non-conventional jurisprudence of ESCR. The wider range of judicial decisions is also reflections of these new norms of judicial interpretation. Under this purview, this paper has analyzed nature of ESCR, Judicial trend both in India and Nepal, the international practices and also specific nature of ESCR.

This paper is purely doctrinal in nature. The primary and secondary sources of authorities are reflected in paper.

***Key words**: Justiciablity, Hymn, Sluggish*

Introduction

Human rights are universal in nature until and unless the concerns of cultural relativism do exist.[1]Traditionally, the concern of ESC rights is also reflected in nature of government in

---

♦ Advocate.

♥ Visiting Faculty of Kathmandu University School of Law and Program Coordinator Himal Innovative Development Research Pvt. Ltd.

1 Ayodeji K. Perrin, *Human Rights and Cultural Relativism: The "Historical Development" Argument and Building A Universal Consensus,* 3, 2005, available at

the form of welfare policy. Such as, in '*The Mahabharata'*, there are numerous contexts of a welfare scheme full of ESC rights recognition and attention of government. For example the talk between *Devarshi Narad* and *KingYudhister* can be cited here:[2]

कच्चिन्न सव कर्मान्ता: परोक्षास्ते विशङ्किता :

सर्वे वापुनरुत्सृष्टा : संसृष्टं चात्र कारणम ॥[3]

Are you aware of the problems of workers in your kingdom? Are their activities under your regular notice? Do you have bond of trust with them? And whether you dismiss or reemploy them again and again, you must know that for the great progress and prosperity of nations their trust and supportare of vital importance. Similarly, राजा हितकरो नृणामin *Valmikiya Ramayana* and hundreds of similar citations in *Srimad Bhagabat*and other purans have given enriched descriptions of ESC rights such as mentioned of ' *Praja Ranjan'* – happiness of the people,'*Praja Palan'*- wellbeing of the people and '*Praja Rakshya'* - protection of the people as the main job and duty of the king and his/her people- the state .In his great work of all the time '*Arthashastra Kautilya'* has mentioned that;

प्रजासुखेसुखं राज्ञ: प्रजानां च हिते हितम ।

नात्मप्रियं हितं राज्ञ: प्रजानां तु प्रियं हितम ॥[4]

The happiness of the king lies in the happiness of his people and in their welfare is his welfare. What is good and pleasant to his subject should be treated as something good and pleasant to him. *Kautilya* further mentions that weaker section of society is tobe given priority of audience with the king and judges. They should have free travel on ferries.

दु:स्थोस्तीलोको नियमैरवद्यै, रित्यादिभि र्भूमिभुजोविधिस्तत् ।

मयो च्यते विश्वजनीनआर्या :! सो ̃ द्य-प्रभृत्याश्रयणीयउर्व्याम॥[5]

The whole economic, social and cultural rights in Nepal can be studied under different shift occurred in the constitutional history. Merely scholar puts different stages to understand the nature and historical lineages of ESC rights in Nepal as like the well known shift has occurred in the discourse on constitutional development [6] which has enlarged the involvement from capitalistic attitude to welfare mode and wider recognition of ESC rights.

---

http://www.academia.edu/2282438/Human_Rights_and_Cultural_Relativism_The_Historical_Development_Ar gument_and_Building_a_Universal_Consensus accessed on 7th Nov 2017.

2 Keshav Prasad Bhattarai, Nepal's Journey Towards Welfare State System, avaiabe at https://www.ceslam.org/files/Events/Nepal%27s%20Journey%20Towards%20Welfare%20State.pdf, p.2.accessed on 7th Nov 2017.

3 Mahabharata, Sabha ParvaPanchamodhaya, p.32.

4 Ibid.

5 n(4),p.2.

6 Dev Raj Dahal, Social Security in Social Democracy,? (2013)Tanak Prasad Acharya Memorial Foundation, edited by Meena Acharya, p.120.

There is no denial of intervention of government in order to secure the aspiration of ESC rights.[7] The Constitutional protection has been to read in line with changing context and also their expression in forms of lawful protection and recognition.[8] Economic, Social and Cultural rights have become part and parcel of International Human Rights Law (hereafter IHRL) not only at the international rather equally at national and regional level,[9]. However generally, it is believed that Human Rights do have a generational origin where economic, social and cultural rights are labeled as so-called ' second generation' and 'solidarity rights' as third generation as propagated by Karel Vasak in 1979. It has lost significance on various grounds where these biological explanations of human rights can be justified. Such as, trade union and property rights face difficult to be under any categories of human rights if they exists.

The ESCR has always been considered from the perspective of implementation and state positive and negative obligations on this regards. It is often understood that the ESCR lacked having monitoring body at the very outset which has made impossible to be considered as in terms of CPR rights justifications.[10] The recent development in Committee on ICESCR has mandated to handle the individual complaints of the violation of ESC rights by state actors.[11] These all instrumental and perceptional along with legal and procedurals hurdles depressingly contributed for flourishing the notion of 'generation theory'[12] in modern language of human rights law at world community.

The character of ESCR as known to world community by factual analysis has occupied the status of rights explicitly in human rights jurisprudence. Quoting some of fabulous and remarkable achievement in terms of due protection and recognition of ESCR at the global levels goes back to the establishment of a universal organization called, International Labour Organization (ILO), 1919. ILO's Constitution recognizes that "universal and lasting peace can be established only if it is based upon social justice" which will establish a society based on equality and fraternity of world community.[13] These historical contributions are duly

---

7 Cass R.Sanstein, *Well Being and the State*, Harvard Law Review, 1994, The Harvard Law Review Association, Vol 107, No.6,p.1303.

8 Arthur IsakApplbaum, *Professional Detachment: The Executioner of Paris*, Harvard Law Review, 1995, The Harvard Law Review Association, Vol 109, No, 2, p.464.

9 AsbjornEide, Catarina Krause & Allan Rosas, *Economic Social and Cultural Rights*, 2nd revised edition, MartinusNijhoff Publishers, 2001.p,4.

10 Article 16 of the ICESCR provided the initial mandate to the ECOSOC. The committee of ICESCR was establishedby the resolution of ECOSOC in 1985.

11 Since 1990, The Committee on Economic, Social, and Cultural Rights started its work for the possibility of drafting an Optional Protocol to the ICESCR. The Committee on ESCR finalized a draft Optional Protocol that was presented for consideration to the Commission on Human Rights in 1997 (See UN document E/CN.4/1997/105). It was adopted by the United Nations General Assembly (Resolution A/RES/63/117) on 10 December 2008 and entered into force on 5 May 2013.

12 AsjbornEide& Alan Rosas, *'Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge,*2nd revised edition, MartinusNijhoff Publishers, 2001.4.

13 Preamble to the Constitution of the International Labour Organization, 1919. http://www.ilo.org/public/english/about/iloconst.htm#pren accessed on 24thNovmber 2017.

neglected by human rights practitioner and scholar to consider ESCR as rights in reality which took decades and decades at different levels[14]. The Charter of the United Nations (1945) has adhered the principles of human rights[15], additionally setting up a specialized organ, Economic and Social Council (ECOSOC) which is working to promote observance of ESCR through different means. Tracing to the Universal Declaration of Human Rights (hereinafter UDHR), recognized as the "*International Bill of Rights"*, in due course, has secured the individual's rights, along with duty[16] with the precise "recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family" of world community.[17] There are numerous ESCRs in UDHR[18], " along with the concept 'freedom from want' included on the preamble.

A Federal-Democratic Republic Nepal is a developing nation, ranking 144th on the Human Development Index (HDI) in 2016[19]. According to Asian Development Bank Record, 25.2 % Nepalese live below the national poverty line[20] whereas Per Capita Income (GDP) is 734 $, second lowest among SAARC nations, as of 2016[21] which is more than five times lower than Sri Lanka, a South Asian country which was severely affected by internal armed conflict for more than 25 years. This demonstrates that Nepalese people are living in low income, mass unemployment and extreme poverty situation or called it more of them are extreme below poverty line or absolute and relative poverty conditions. Despite these challenges, Nepal has declared that it would be elevated from Least Developed Country[22] by 2022.[23]

---

14 For example, Roosevelt, in his 1944 state of the Union address, advocated that "*we have come to clear realization of the fact that true individual freedom cannot exist without economic security and independence.'Necessitous men are not free men'. People who are hungry and out of job are the stuff of which dictatorships are made."* For details of this Statement by Roosevelt, see also Alston, "US Ratification of the Covenant on the Economic, Social and Cultural Rights: The need for an entirely New Strategy', American Journal of International Law, Vol. 84, 1990. pp. 365-393.

15 See generally the preamble and the purpose under Article 1 of the Charter of the United Nations, 1945

16 The provision of 'duty' under the Declaration is complementary to the 'rights' by which only the free and full development of human personality is possible. See Article 29 of the UDHR.

17 Preamble of Universal Declaration of Human Rights,1948.

18 During the adoption process ofthe UDHR, many influential leaders had argued in favor of ESCRs. Then President of USA had said, "a man in need is not a free man" cited inAsbjorn Aide in BipinAdhikari ed. *Conflict, Human Rights and Peace Challenges Before Nepal, Lecture Series, NHRC* Nepal 2003, p.161.

19 Human Development Report, 2016, avaiiable at http://www.np.undp.org/content/nepal/en/home/library/human_development/human-development-report-2016.html accessed on 26th Jan 2018.

20 Poverty in Nepal, 2017 available at https://www.adb.org/countries/nepal/poverty, accessed on 26th Jan 2018.

21 List of Asian countries by GDP per capita available at http://statisticstimes.com/economy/asian-countries-by-gdp-per-capita.php, accessed on 26th Jan 2018.

22 The least developed countries (LDCs) represent the poorest and weakest segment of the international community. LDCs are characterized by constraints such as low per capita income, low level of human deelopment, and economic and structural handicaps to growth that limit resilience to vulnerabilities (UN, 2011) cited from An Approach to the Graduation from the Least Developed Country by 2022 (draft) National Planning Commission, March, 2014, p. 1

23 The National Planning Commission has drafted an Approach Paper to graduate from a least developed country to a developing country by 2022, available at

Considering the Economic and Social indicators of Nepal, most of the human rights issues are not only reflections of Civil and Political Rights (hereafter CPR), rather are further related to Economic, Social and Cultural Rights (hereafter ESCR) wisely understood in academic, political and development discussion, since years and years back. Despite the requirement and immediate needs, from early to present days, the Constitutional history embarks that ESCR had been treated as second prioritized rights always reflected in the directives principles and state's policy of the government which lacks judicial interventions. After the first Democratic uprising in *1990*, the constitution had ignored ESCR as fundamental rights and had focused more on CPR. It proved the political unwillingness to accept ESCRs as human rights. As a result, it is considered that, the negligence to ESCR was one of major cause for proliferating of non-international armed conflict for ten years or called it civil insurgency by then rebellion Communist Party of Nepal (Maoist).[24] The 10 years civil insurgency was ended with due signature and adoption of *Comprehensive Peace Accord (CPA, 2006)* which has paid more attention towards ESCRs.

Right after the CPA, Nepalese people got new Interim Constitution in 2007 that had opened the door of guaranteeing ESCRs as fundamental rights but till 8 years of existence that had become only political slogan of traditional as well as new revolutionary forces of the country. In recent development, present constitution has been promulgated in 2015 with extended list and comparatively stronger commitment on ESCRs which was also mentioned in election manifestos of all political parties during the election of Constituent Assembly, 2013. After the promulgation of Constitution, two years have been elapsed but practical realization of ESCR is still becoming sluggish.

In this context, this paper discusses and analyzes the following questions:

- Why the Fundamental Right to ESCR is becoming only political commitment than enforceable rights even after the beginning of Peace Process in Nepal?
- How can the Economic, Social and Cultural Rights guaranteed by Nepal's Constitution be translated into a practical realization?

The paper analyzes these questions on the ground of past experiences, economic and social conditions of the country and the agendas of major political parties. The outcome of the paper is expected to be advantageous to scholars, law/policy makers as well as human rights advocates of Nepal and the globe.

---

http://www.np.undp.org/content/nepal/en/home/operations/projects/poverty_reduction/snpc/nepal-braces-for-graduation-from-an-ldc.html, accessed on 26th Jan 2018.

[24] Internal armed conflict was commenced in the 90s. Throughout the decades, most prominent human rights issues include right to education, adequate standard of living, and freedom from hunger and so on cited in summary of INSEC's Year Book cited by Anand Aditya in BipinAdhikari ed. *Conflict, Human Rights and Peace Challenges Before Nepal, Lecture Series,* NHRC Nepal 2003, p.59.

ESCR: Concept and Normative Framework

Human rights are universal, inseparable, interdependent and interrelated, but there are several questions in peoples' mind which needs to be reconceptualized. If rights are universal, why 76% population of Central African Republic (CAR) continues to live in extreme poverty?[25] If people have equal right to dignity, why are there around 500,000 beggars still in India?[26] If the rights are interrelated and interdependent, why *'vote for note'* has become the fundamental issue of elections in Nepal?[27] Therefore, it should be noted that unless people are out of hunger or extreme poverty, the right to dignified life wouldn't be enjoyed. Until people have decent living conditions through employment or any other means, political rights can't be exercised without any undue influence and pressure. Likewise, the root of the conflict can't be uprooted without eliminating socio-economic disparity and inequality among the citizens. To address the existing challenges regarding effective enjoyment of economic and social rights, there are several binding and non-binding laws in practice, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) is one of those.

What are ESCRs?

According to the fact sheet of *OHCHR*, ESCRs are those human rights relating to the workplace, social security, family life, participation in cultural life, and access to housing, food, water, health care and education.[28] ESCRs are guaranteed by many international instruments; most important is the Internat*ional Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966* which has been ratified by 164 states to date.[29] The Preamble of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) recognizes, inter alia, that economic, social and cultural rights derive from the "inherent dignity of the human person" and that "[30]the ideal of free human beings enjoying freedom of fear and want can only be achieved if conditions are created whereby everyone may enjoy his economic, social and cultural rights, as well as civil and political rights." Furthermore, the Covenant was formulated on the principle of equality and non-discrimination in regard to the enjoyment of all the rights set forth in therein. The Covenant further obligates States to take steps towards

---

25 The World Bank in Central African Republic, 2015m available at http://www.worldbank.org/en/country/centralafricanrepublic/overview, accessed on 26th Jan 2018.

26 Sharel Cook, Beggars and Begging Scams in India, available at https://www.tripsavvy.com/india-beggars-and-begging-scams-1539144, accessed on 26th Jan 2018.

27 Elections, Parties and Money, available at http://www.tinepal.org/elections-parties-and-money/ accessed on 26th Jan 2018.

28 Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Fact Sheet No. 33, p.1availiable at http://www.ohchr.org/EN/PublicationsResources/Pages/FactSheets.aspx accessed on 26th Jan 2018.

29 Status of Ratification Interactive Dashboard, available at http://indicators.ohchr.org/, accessed on 26th Jan 2018.

30 Preamble of International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights,1996.

the full realization of these rights, and the CESCR has itself stated that these must be "deliberate, concrete and targeted as clearly as possible towards meeting the obligations."[31]

Beside the Covenant, ESCR have been recognized in all major international treaties protecting the human rights of vulnerable groups, such as the Convention on the Rights of the Child, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, and the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, as well as various treaties of the International Labour Organization. ESCRs have also been affirmed at the world conferences in Rio (on Development and Environment), Vienna (on Human Rights), Copenhagen (on Social Development), and Rome (on Food Security). Finally, ESCR have been incorporated into regional law through organizations such as the European Union, African and Inter American as well as the domestic law of many countries in the form of Constitutional Rights and national/local legislation.[32]

Despite widespread acceptance of ESCR in international law, their actual content and meaning is still in the process of development. It should be emphasized that the process of defining and elaborating the content of ESCR is an ongoing and dynamic one;[33] however, the core contents of the ESCR are as follows, as per ICESCR.

- The right to work and workers' rights (Article 6-8)
- The right to social security and social insurance (Article 9)
- The right to adequate of living - housing, clothing, food (article 11)
- The right to education (Article 13-14)
- The right to culture (Article 15)

In addition to these IHRL standards, there is a jurisprudence of committee on the ESCR which interprets Article 11 and 12 of ICESCR in regards to one of ESC rights as:

> The continuing contamination, depletion and unequal distribution of water is exacerbating existing poverty. States parties have to adopt effective measures to realize, without discrimination, the right to water, as set out in this general comment.[34]

Right to clean and healthy environment has also been recognized by United Nations through its resolution dated 14 December 1990, as: *All individuals are entitled to live in*

---

[31] Economic, Social and Cultural Rights in Nepal, A Civil Society Parallel Report, 2013, p.1.Available at https://www.rrn.org.np/phocadownloadpap/Research_Reports/icescr_in_nepal_2013.pdf accessed on 30th Jan 2018.

[32] Centre for Economic and Social Rights, *ESCR- A Guide to Legal Framework,* available at http://www.cesr.org/article, accessed on 26th Jan 2018.

[33] Ibid.

[34] Available at http://www2.ohchr.org/english/issues/water/docs/CESCR_GC_15.pdf, accessed on 29 January 2018.

an environment adequate for their health and well-being.[35] In this way, process of interpretation and further recognition of ESCRs is ongoing. There are so many nations whose Constitutions have provisions regarding ESCR although the content of the rights are varied from country to country. Some countries have ESCR prior to Universal Declaration of Human Rights (UDHR) [36]whereas some nations had issued their Constitutions stipulating ESCR after the UDHR. The influence of the UDHR has been substantial because its principles have been incorporated into the Constitutions of more than 193 nations Member to the UN.[37]

Models of Constitutional guarantee of ESCR seems varied and mainly three approaches are in practice at present as like: first, Inclusion of justiciable ESCR, second is Inclusion of non-justiciable ESCR or directive principles of state policy, and the third is Inclusion of initially non-justiciable ESCR which become enforceable before the courts after a period of time. Under the first approach, countries like South Africa, Brazil, Finland, Hungary etc. do practices and Ireland, India, Ghana etc can be taken as examples under second approach where as India is one of the countries that fall under third approach.[38] It should be noted that the models mentioned above, the first model has been the most common in terms of 'new' (post-1990) Constitutions or ESCR-related Constitutional amendments.[39]

Nepal's Constitution and ESCR

In *Keshavananda Bharati v State of Kerala*[40], the SC has interpreted and gave wider definition of constitution far from the political spectrum. A constitution can't be regarded as mere legal document and need to be read as a will or an agreement rather has to be considered a written vehicle to drive the life of the nations[41]**.** Every constitution is constantly undergoing changes of various kinds through the impact of new needs and necessity upon it. But the means by which changes take place differ greatly. Necessity for alternations in the

---

35 UN General Assembly Resolution A/RES/45/94, available at http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r094.htm, accessed on 29 January 2018.

36 Costa Rica recognized the right to education from the 1840s. The 1917 Constitution of Mexico had guaranteed economic, social and cultural rights as human rights—including labour rights, the right to health and the right to social security.In the 1930s measures taken in the United States of America and other countries introduced stronger protection of workers' rights and recognized the State's responsibility to ensure access to basic social services, including social security, health care and housing.(Source: Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Frequently Asked Questions on Economic, Social and Cultural Rights, Fact Sheet No. 33, p. 6.

37 Human Rights Here and Now available at http://hrlibrary.umn.edu/edumat/hreduseries/hereandnow/Part-1/short-history.htm, accessed on 26th Jan 2018.

38 Aoife Nolan, ,Models of Constitutional Economic, Social and Cultural Rights, University of Nottingham,available at https://www.constitution.ie/AttachmentDownload.ashx?mid=05b0d25d-b49b-e311-a7ce-005056a32,p. 1.

39 Ibid, p. 2.

40 AIR1973, SC, para, 1437.

41 Surendra Bhandari, "*Constitutional Law*" Published by Pairavi Prakshan, 3rd edit, 2056, p.15.

institutional structure of government arises under all systems.[42] The word constitution is ambiguous. It has two senses which are most often mixed up. Constitution is being meaning either a compact written document, comprising paragraphs with rules for the government of the state, or constitution standing for the regime.[43]In famous case of USA regarding the Federal and Central government in issue of political question has made beautiful description under principle of constitutionalism in as *Baller v Carr (1962)*[44]provided criteria reflecting classic, functional and prudential considerations for the interpretation of any constitutional Articles and insertion.

Classic doctrine: if the issue has been committed by the constitution to the discretion of another government decision maker, federal courts will treat it as a political question. But whether the issue is constitutionally committed to a particular branch is itself a judicial question.[45]

Functional Considerations: a question may be labeled, "political" because the court determines that the judicial branch lacks the resources and capabilities for resolving it. For example, a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving the question like, foreign affairs issues may render the question of political.[46]

Prudential Consideration: constitutional issues may also be labeled political because of prudential or policy considerations relating to the power use of the judicial power.[47] If process is constitutionally valued, therefore is must be valued not only as a means to some independent end. But for its intrinsic characteristics, being heard is part of what is means to be person.[48]

ESC rights are not merely political goals and aspirations of state. The judiciary has to explain and interpret the whole line of constitutionalism in line with the above three described doctrines. The ESC rights have flown from hard legal obligations, engaging the responsibility of the entities bound by those obligations, including states, intergovernmental organizations, and global, local, and regional actor. There is an increasing practice around the world that ESC rights should appropriately be incorporated as fundamental rights in Constitutions of respective states because constitution gives the strongest possible basis for the right and also provides a safeguard against the withdrawal of this fundamental right for reasons of political expediency, in comparison to ordinary legislation, modifying the

---

42 S.R. Sharma, *"Enclopaedia of Constitutional Law* "published by Anmol Publications, Pvt. Ltd ,New Delhi, 1st edit,2003. P.11.

43 Kamal Raj Thapa , " *Rule, Constitution and Emerging Issues*" published by Legal research and Advocacy Forum, Pvt. Ltd, 1st edit, 2066, p.23.

44 Jerome A. Barron & C. Thomas Diences , *" Constitutional Law*" published by Black Letter Series West Group,5th edit,1999,p.94.

45 Ibid, p.95.

46 Ibid,p.95.

47 Ibid,p.95.

48 Laurence H. Teribe , " *Constitutional Choices*" published by Universal law publishing Company Pvt, Ltd. 1st edit , 2002, p.13.

constitution requires special procedures which ensures greater permanency.[49] Constitutional recognition of ESC rights requires domestic law to respect and conform to rights, and to provide for Constitutional and legal remedies. If ESC rights are not integrated in the Constitution on an equal footing with Civil and Political (CPR) rights, such negative signals would be highly detrimental to the full realization of all human rights.[50]

After the beginning of peace process and signing on to the CPA[51] in Nepal, she has adopted two constitutions. At first, Interim Constitution was adopted in 2007 upon the recommendations of constitution drafting committee lead by famous lawyers and experts. The previous constitution of 1990, Constitution had not ensured the ESCRs in equal footing with ICPRs. The Preamble of the 1990's Constitution referred to 'social justice' and Article 18 recognized certain cultural and educational rights. However, other ESC rights were excluded from the purview of fundamental rights and instead incorporated within the Directive Principles under *Part IV* of the Constitution. No Constitutional and legal remedy was available to implement these provisions as expressly stated that these 'principles and policies shall not be enforceable in any court of law.

In the Interim Constitution, 2007, there were several ESCRs mentioned as fundamental rights. As we discussed above that one of the root causes of internal armed conflict was denial of socio-economic rights to the large number of peoples, the interim constitution had tried to reflect peoples' aspirations after cessation of armed conflict. In reality, no subsequent governments recognized ESCRs as legally binding and practically realized. Rather, very few measures were taken in the form of government's policies and annual programs.

Nepal promulgated her present Constitution in 2015, and is expected to address problems of disadvantaged, marginalized and minority groups by ensuring their voices and their interests in the new federal and legal structures. The present Constitution offers a unique opportunity for Nepal to demonstrate commitment to realize the rights of all Nepalese citizens, by addressing poverty and social exclusion, through incorporating ESC rights in the Constitution. Nepal is a state party to a number of international treaties containing obligations aimed towards the realization of ESC rights. It is an opportunity and compulsion due to signatories to such treaties for Nepal to adopt provisions and measures to realize ESC rights under national legal instruments[52] which is duly reflected in the Nepal's Constitution. The chapter on fundamental rights contains proposed rights provisions including a variety of articles that are directly related economic, social and cultural rights.[53] The committee

---

[49] FAO, Guide on Legislating for the Right to Food, 2009, p.33.

[50] Ibid, p.2.

[51] Here, the term peace process reflects the time right after the second political movement and ceasefire of Maoist insurgency resulted to CPA.

[52] Ibid, p.4.

[53] International Commission of Jurist ,Nepal's Fundamental Rights Committee's Draft Provisions Regarding Equality Rights and Economic, Social and Cultural Rights: An Assessment and Some Recommended Changes.Geneva: International Commission of Jurists.2010, p. 2.

produced draft text in the area of ESCR and equality. A broad range of ESCR was included and the equality rights of many disadvantaged groups were recognized. However, the draft concept paper was not entirely in line with international human rights law. The texts restrict judicial review regarding substance and the effect of legislation and government action. Whereas the courts should be able to look at the historical causes of discrimination against disadvantage groups, the drafts restrict it by examining only formal distinctions in legislation.[54]

As mentioned above, Constituent Assembly formed by general election promulgated the Constitution in 2015. There are many provisions regarding ESCR and seems better legal protection than the past. The following are the contents enshrined by the present constitution of Nepal reflecting the Constitutional recognition of ESCR:-

- Every person shall have the right to live with Dignity (Article 16.1)[55]
- Freedom to practice any profession, carry on any occupation, and establish and operate any industry, trade and business in any part of Nepal (Article 17.2.f)[56]
- Every citizen shall, subject to law, have the right to acquire, own, sell, dispose, acquire business profits from, and otherwise deal with, property including intellectual property (Article 25.1)[57]
- Every citizen shall have the right to live in a clean and healthy environment (Article 30.1) linked to just and favorable conditions of work
- Every citizen shall have the right of access to basic education (Article 31.1)
- Every citizen shall have the right to get compulsory and free education up to the basic level and free education up to the secondary level from the State (Article 31.2)
- The citizens with disabilities and the economically indigent citizens shall have the right to get free higher education in accordance with law(Article 31.3)
- The visually impaired citizens shall have the right to get free education through brail script and the citizens with hearing or speaking impairment, to get free education through sign language, in accordance with law(Article 31.4)
- Every Nepalese community residing in Nepal shall have the right to get Education in its mother tongue and, for that purpose, to open and operate schools and educational institutes, in accordance with law (Article 31.5)

---

54 Ibid.

55 Right to live withDignity is not directly understood as ESCR but there is several jurisprudence from Indian Supreme court which has interpreted that right to life also includes right to livelihood. For more detail, *Olga Tellis and others v. Bombay Municipal Corporation and others*, AIR 1986 SC 180 para 32-33.

56 Although the right to freedom is understood as civil rights, the freedom is interrelated with economic rights as well

57 Right to property has not been mentioned in ICESCR but can be taken as economic and social right.

- Every citizen shall have the right to employment. The terms and conditions of employment, and unemployment benefit shall be as provided for in the Federal law. (Article 33.1)
- Every citizen shall have the right to free basic health services from the State, and no one shall be deprived of emergency health services (Article 35.1) and every citizen shall have the right of access to clean drinking water and sanitation. (Article 35.4)
- Every citizen shall have the right relating to food (Article 36.1), very citizen shall have the right to be safe from the state of being in danger of life from the scarcity of food. (Article 36.2)
- Every citizen shall have the right to an appropriate housing (Article 37.1)

Thus, it is clear that, the list presented in the Constitution has protected several provisions regarding economic, social and cultural rights. Besides the specific rights mentioned above, there are rights secured for disadvantaged communities such as Dalits, Senior citizens, and people with disabilities. However, present constitution has also created hurdles by incorporating the phrases "in accordance with law." what happens if the parliament could not make law within 3 years of constitutional requirement? Therefore, some scholars has criticized that out of 31 fundamental rights of present constitution, 25 rights are merely the legal rights.[58]

Response of Government

The ultimate test of international human rights law is the extent to which it takes root at the national level, and its ability to flourish in the soil of states and to bear fruit in the lives of people. Throughout this work it has been acknowledged that the national sphere is the pre-eminent domain of concern for practical realization of ESCRs.[59] Therefore, each state party of the treaty has the responsibility of the domestication of international human rights instruments after ratification in their respective legal instruments[60] which will stress on the obligation to State, otherwise, a nation failing to recognize and guarantee these rights, (adequate standard of living which ensures right to life) can be termed as failed state in the premise of governance,[61] though this statement may be the political one.

In the manifesto of Nepali Congress (NC) - one of leading party of Nepal has made wide ranges of promises during the all tire of elections which are reflections of economic, social

---

58 Chandra Kant Gyawali, whether fundamental right or legal right in Nepalese Constitution? , NHRC Nepal, SAMBAHAK, Vol 2, pp. 153-154.

59 http://oxfordindex.oup.com accessed on 7th Nov 2017.

60 Domestication of international instruments, broadly speaking, is a process of giving effect to the provisions enumerated in the instruments to which the state is a party at the national arena. This is also a part of fulfilling obligations accruing from such instruments; there are at least two modes of giving effect to the international instruments at the national level: By incorporating the provisions of the instruments into domestic statutes, and By accepting such instruments as higher authority within then action a legal framework (NHRC Nepal, A study of the domestication status of ICCPR in Nepal, 2007, p.1)

61 Yubaraj Sangroula, *Nepalese Legal System : Human Rights Perspective*, KSL, 2005,p.211

and cultural rights. NC has also further promised for the economic, physical, social, environmental and all indicators of good governance. These are not merely reflections in the manifestos rather some are being implemented. The NC government has increased the old age allowances for the people which are one of ESC rights.[62] Similarly, the other parties have also promised for realization of economic, social and cultural rights during the election campaign. The manifesto has become one of guiding principle for the further progress of political parties in nation. All major political parties have formed government either under the coalition or under majority rule. There are very few aspirations which are turned into reality of the political parties. Most of the promises are subject to as per law or as per will of the ruling party. The UML-MC has also made similar promises during the election time and also became able to form the government. Their ruling has not also proven beneficial to larger section of society. The UML-MC has promised to redistribution of resources, social justice, and industrial revolution and free from any bondages and social exploitation which are not seen implemented.[63] The concern of political parties towards ESC rights has merely become tool for attracting voters than making real changes. The Rashtriya Janta Party (RJP) has also made similar promises towards ESC rights. In Manifesto of RJP, it is mentioned that 15 priorities areas for next election which are mostly ESC in nature.[64]

The Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966 has enumerated numerous obligations of states[65]in order to implement the Covenant at the domestic level either though the General or Specific obligations. General obligations include respect, protect and fulfill without discrimination whereas specific obligations encompass, most importantly the legislative measures and program formulation as guided by concerned law.[66]Another general responsibility of the state is non-discrimination where the state is obliged to make conducive environment for all people to enjoy human rights irrespective of his or her color, gender, religion, ethnic, social or national origin, political or other opinion, property, birth or other status. The principle of non-discrimination prohibits distinctions, exclusions, restrictions and limitations in the execution of a state's obligations. States are obligated to eliminate

---

62 Manifesto of Nepali Congress, 2074 Electionm,p.23.

63 Manifesto of UML-MC, 2074 Eleciton,p.11.

64 Manifesto of RJP, 2074 Eleciton, p.24.

65 Though there may be argument that obligations also lie with non-state actors but human rights standards must be guaranteed by law, which is something only states can do.

66 "Obligation to respect" requires that states must not destroy the human rights standard. Such obligations are sometimes also called negative obligations, since, for example, they tell states what they must not do-torture people, undermine educational opportunities, conduct unfair trials. The "obligation to protect" requires states to take action. Another positive states' obligation is the "obligation to fulfill" the human rights standards. This state obligation requires appropriate measures to be taken to make sure that the human rights standard is attained. For example, states have to provide remedies to address a faulty trial. States have to guarantee access to education (public or private). States have to provide for intervention in situations of torture to stop it.

discrimination by abolishing discriminatory laws or regulations and eliminating discriminatory practices while implementing laws, regulations and programs.[67]

Nepal's constitution has far better incorporation of ESCRs than other countries' because it safeguards right to food and water which are still quite rare in other nations,[68] but bitter reality is that citizens of Nepal are still deprived from enjoying basic fundamental rights such as basic education, basic health services.[69] The situation can be termed as serious violations of Article 2.1 of ICESCR as interpreted by General Comment 3 of Committee on ESCR.[70]

Comparative Scrutiny: Nepal and India

Human rights are those rights which belong to an individual as a consequence of being human as means to human dignity[71] and ESC Rights are indispensable for the progressive transformation of every society[72]. Constitution is an overdeveloping and evolving legal and political document and it reflects the aspirations of peoples in the given time and context. Nepal and India are close neighboours with similar socio-economic, cultural and political situations. India has long and single constitutional history of nearly 6 decades with numerous amendments whereas Nepal has been enacting her constitution time and again after radical changes in political situation. Examining the constitutional provisions of two neighboring countries, as we found that Nepalese constitution has mentioned various ESCRs as fundamental rights specially, however, Indian constitution doesn't. Indian constitution has very narrow scope of fundamental rights to ESCR. For example, article 21A of the Indian constitution stipulates that the State shall provide free and compulsory education to all children of the age of six to fourteen years in such manner as the State may, by law, determine,[73] even this was guaranteed after many decades of constitution promulgation. Another important ESCRs related matter on Indian constitution is cultural and educational

---

67 Ibid.

68 Courtney Jung et al. Economic and Social Rights inNational Constitutions p.39(available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2349680, accessed on 30 January 2018)

69 NIHRMA foundation, a NGO has requested the government to pay attention on the situation of Dom community of Dhanusha where their children are not getting primary level of education as well as peoples' of kalkot district where some persons have been died due to viral fever. (source: http://khabarbit.com/news/151679527561001573, accessed on 30 January 2018)

70 General Comment no. 3 clearly talk about minimum core obligations of state part to ICESCR. Basic health care, primary education, essential foods, basic housing etc. are the components of minimum core obligations.

71 H O Agarwal,*International law and Human Rights,* 17th edition(Central law publication: Delhi, 2010), pp. 730-731.

72 Yubraj Sangroula, *"Jurisprudence (The Philosophy of Law, Oriental Perspective with Special Reference to Nepal)"*The Loquitur Publishing Company, 2nd edit, 2014. p.260.

73 Availiable at www.india.gov.in/my-government/constitution-india/constitution-india-full-text, accessed on 24th January 2018 (Ins by the Constitution (Eighty-sixth Amendment) Act, 2002, s. 2 (which is not yet in force, dateto be notified later on)

rights.[74] Therefore, it is self-evident that India has no strong constitutional guarantee of ESCRs whereas Nepal can claims stronger assurance.

Though Indian constitution has failed to stipulate ESCRs as fundamental right, however, India has done remarkable progress in terms of enactment of laws to implement ESCRs. Some of the important laws and their output in relation to ESCRs are illustrated here:

- The right of children to free and compulsory education act, 2010 and amendment act, 2012
- The National Rural Employment Guarantee Act, 2005 (also known as MGNREGA), which is entitlement based law covering the entire country. Allocation for the MGNREGA has consistently increased each year. The Indian Government is enthused that women availed 57% of the 1.4 billion person days of work pursued under this Act.[75] In the financial year 2015-16, the Government had made a budgetary provision of Rs 346.99 billion for MGNREGA and in the financial year 2016-17, Rs 385 billion has been allocated for the same. Up to 18th February, 2015, 38 million households have been provided employment. The share of SCs, STs and Women is 22.6 per cent, 16.8 per cent and 55.1 percent respectively. The share of women in total person-days generated is well above the stipulation of 1/3 as per the Act.[76]
- Unorganized Workers (Social Security) Act, 2008 under which following schemes are being launched.[77]
- Indira Gandhi National Old Age Pension Scheme wherein assistance is provided to persons aged 60 years or above and belonging to a Below Poverty Line (BPL) family.
- National Family Benefit Scheme wherein upon the death of the primary breadwinner aged 18-59 years, the BPL household is entitled to compensation amount.
- Janani Suraksha Yojana
- Handloom Weavers' Comprehensive Welfare Scheme
- Handicraft Artisans' Comprehensive Welfare Scheme

---

[74] Constitution of India, Article29has the provisions which read **:** (1) Any section of the citizens residing in the territory of India or any part thereof having a distinct language, script or culture of its own shall have the right to conserve the same. (2) No citizen shall be denied admission into any educational institution maintained by the State or receiving aid out of State funds on grounds only of religion, race, caste, language or any of them. Similarly, *article 30* has following provisions: (1) All minorities, whether based on religion or language, shall have the right to establish and administer educational institutions of their choice.(2) The State shall not, in granting aid to educational institutions, discriminate against any educational institution on the ground that it is under the management of a minority, whether based on religion or language.(www.india.gov.in/my-government/constitution-india/constitution-india-full-text, accessed on 24th January 2018.

[75] India Report to UPR, A/HRC/WG.6/27/IND/1, p. 11. (para. 80)

[76] Ibid, p. 24.

[77] Ibid, p. 23.

- National Scheme for Welfare of Fishermen and Training and Extension
- Janshree Bima Yojana and Aam Admi Bima Yojana
- Rashtriya Swasthya Bima Yojana

National Food Security Act, 2013 that aims to provide food and nutritional security to up to 75% of the rural population and 50% of the urban population through improvement in the Public Distribution System. The Act also makes provisions to meet the nutritional requirements of pregnant women, malnourished children, and homeless and destitute persons. The law has now been implemented throughout the country. significantly, the National Nutrition Mission, launched in 2014, supplements the law and, in particular, aims to prevent and reduce maternal and child under-nutrition.[78] The Act also has a strong gender component, in keeping with India's support for gender mainstreaming in food security programmes. The Act provides that the eldest adult woman in a household be designated the head of the household for the purpose of issuing ration cards under the Act.[79]

- Prohibition of Employment as Manual Scavengers and their Rehabilitation Act, 2013 that aims to abolish undignified and unsafe practice of manual scavenging. This law prohibits the employment of persons as manual scavengers, the manual cleaning of sewers and septic tanks without protective equipment, and the construction of insanitary latrines.[80] In this way, it should be assumed that the law is an essential tool for the health safety of the workers.
- The Right to Fair Compensation and Transparency in Land Acquisition, Rehabilitation and Resettlement Act 2013 was passed by Parliament to provide a humane, participative, informed and transparent process for land acquisition. The Act also aims to bring about an improvement in the post-acquisition social and economic status of the affected persons.[81]
- Under the Scheduled Tribes and Other Traditional Forest Dwellers (Recognition of Forest Rights) Act as amended in 2012, 44,27,613 claims have been filed and 17,46,338 titles have been distributed as of May, 2016. A total of 3,863,025 claims have been disposed of, which is 87.25% of the total claims received.[82]

Beside these legislative measures, India has been implementing various plans, missions, and campaigns to fulfill its responsibilities towards ESCRs. [83] Aforementioned policies, campaigns and schemes show how India is moving forward to ensure ESCRs to its citizens

---

78 India Report to UPR, A/HRC/WG.6/27/IND/1, p. 13. (para. 91).
79 Ibid, p. 13. (para. 91).
80 Ibid, p. 25.
81 Ibid, para. 103.
82 Ibid, para. 104.
83 Some examples are : Pradhan MantriGraminAawasYojana and Housing for All Mission 2022, SwachhVidyalaya Campaign, Swachh Bharat Abhiyan (Clean India Campaign), NariArthikSashaktikaranYojana (NASY), National Rural Health Mission etc.

through legal framework. However, India has received several recommendations from UN member states during the review of Universal periodic Review(UPR)[84] which suggest requirements of additional efforts for the better performance to guarantee the ESCRs.

Judicial Interventions

The judicial intervention is not a deniable fact for making economic, social and cultural rights as justiciable in court of law. The Judiciary has to be 'pro-active' and apply judicial strategy in order to give live to black letters of law. The Indian and Nepalese Supreme Court has shown a positive and marked tendency in order to take the principle of the interdependence and interrelated of human rights very wisely and to interpret entrenched and on basis of expanded theories of Constitutional guarantees of Fundamental Rights in light of the Directive Principles of State Policy (hereafter DPSPs).[85].

Generally, the ESC Rights are defined as claims against state to have certain basic social, cultural and economic needs of life satisfied and for better livelihood. These ESC claims have also been defined by *Amartya Sen* as basic entitlements. Sen argues that people are entitled in the prevailing system of institutional rights, to adequate means for survival. This entitlement is not merely a Constitutional or legal insertion rather has to be duly protection of such insertion in Court of Law. Nepal and India's Constitution is divided into two parts in respective of question of Rights. The Part III of the Constitution provides the "Fundamental Rights (hereafter FRs)" and Part IV of the Constitution contains Directive Principles of State Policy (DPSPs). Considering the nature of ESC Rights one of prominent scholar Michelman argues,

> 'The fact that social rights make budgetary demands or call for government action and not just forbearance does not in it differentiate them radically from the standpoint of justiciability from constitutionally protected right to equality before the law, right to speech and expression or to so call negative liberties.[86]

---

[84] Some of the recommendations by the states are : Expand the scope of the Right of Children to Free and Compulsory Education Act and promote human rights education in the school curriculum (Slovakia);Continue strengthening efforts aimed at promoting food security and eradicate all forms of malnutrition, in particular among children under the age of 5 (Libya);Implement a human rights-based, holistic approach to ensure access to adequate housing as well as to adequate water and sanitation, including for marginalized groups, Dalits, scheduled castes, the homeless, the landless, scheduled tribes, religious and ethnic minorities, persons with disabilities and women (Germany);eliminate homelessness by 2030 (South Africa);Continue to increase access to safe and sustainable drinking water in rural areas and to improve sanitation coverage, especially for women and girls (Singapore); Carry on its efforts and action in the promotion of social security and labour policy (Islamic Republic of Iran);Increase public spending on the health sector in accordance with the 2017 National Health Policy and take further steps to strengthen health facilities (Kazakhstan);Increase the government expenditure in the field of education (Iraq); avaiiable at http://www.upr-info.org, accessed on 26th January, 2018.

[85] Jayna Kothari, Social Rights and the Indian Constitution, 2005 available at *https://docs.escr-net.org/usr_doc/kothari_article2.doc*accessed on 25th June 2017.

[86] F Michelman 'The Constitution, Social Rights and Liberal Political Justification' *International Journal of Constitutional Law* 1 (1),2003,pp 13-34.

The Indian and Nepalese Constitution is vision as one of '*Transformative Constitution'* as similar to South African Constitution which was in forth to change whole political, social, economic landscape. Some of drafter of Indian Constitution like Munshi, Ambedkar, K. T. Shah and B N Rau were important figure in order to provide the position of ESC rights in Constitution while in Nepal's drafter has also thought to keep places of ESC in DPSPs along with some in Part III of Constitution. Quoting one of known Indian jurist and pioneer figure of Indian Constitutional history, Ambedkar said that:

> "We have used it because it is our intentions that even when there are circumstances which prevent the Government, or which stand in the way of the Government giving effect to these Directive principles, they shall, even under hard and unpropitious circumstances, always strive in the fulfillment of these Directives…. Otherwise it would be open for any Government to say that the circumstances are so bad, that the finances are so inadequate that we cannot even make an effort in the direction in which the Constitution asks us to go.[87]

The both Supreme Court (India and Nepal) has been reaffirming that both the FRs and the DPSPs must be interpreted harmoniously hence laying the foundations for the principle, ESC rights are complimentary, interdependent and indivisible with CPR form any perspective and for which whole philosophy of Constitutionalism do exist in a democratic state. There is no disharmony between the DPSPs and FRs because they supplement each other aiming to bring social revolution and changes in society through legitimate means for lawful ends. Quoting one of known Indian Justice *Jeevan Reddy* once said : *'The Provisions of part III and IV are supplementary and complementary to each other and not exclusionary of each other and that the FRs are but a means to achieve the goal indicated in Part IV.*[88] This illustration was seen in number of cases of Indian judiciary starting from 1970s *Maneka Gandhi* case where SC said that Article 21 includes whole gamut of social rights.[89] Nepal and India's SC has applied the pro-active judicial strategy in order to realize wide range of ESC rights. Some of landmark cases in reflection of interpretation of ESC rights in terms of CP Rights are like, case of *Bandhua Mukti Morcha*[90] the SC has given new forms of remedies which has crossed conventional mode of constitutional remedies such as giving order for identifying, releasing and rehabilitating bonded labourers, ensuring minimum wage payments, observance of labour laws, providing wholesome drinking water and setting up dust-sucking machines in the stone quarries. Similarly, in case of *Mohini Jain V State of Karnataka*[91], the principle of interdependence was established as cited:

---

87 Constituent Assembly Debates aavaiiabe at*parliamentofindia.nic.in/ls/debates/vol11p3.htm,accessed on 7th Nov 2017.p.*495.

88 *Unnikrishnan J P V State of A P*, AIR 1993 SC 2178.

89 *Francis Coralie Mullin V. Union Territory of Delhi,* AIR 1981(1) SCC 608.

90 *BandhuaMuktiMorcha V Union of India*, AIR 1984, Sc 802.

91 *Mohini Jain V. State of Karnataka*, AIR 1992 SC 1858.

> 'The DPSPs which are fundamental in the governance of the country cannot be isolated from the FRs guaranteed under Part III. These principles have to be read into the FRs. Both are supplementary to each other…Without making 'right o education' under Article 41 of the Constitution a reality, the FRs under Chapter III shall remain out of reach of a large majority which is illiterate.[92]

Tracing to the principle of "appropriateness" standard in terms of ESC rights, *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others case*[93] illustrates how judicial scrutiny may nevertheless have significant practical implications and the South African Constitutional Court held that the standard of "reasonableness" embodied in the South African Constitution held that:

> 'The government has to prioritize the needs of poorer and more vulnerable groups, and to cater for short-term as well as medium- to long-term housing needs. Government food security strategies that do not tackle issues of resource access adequately in contexts where this is the main source of food for the majority of the rural population may be subject to scrutiny along these lines under the "appropriateness" standard required by the ICESCR. In addition, the ICESCR commits states to pursue measures for realizing the right to food "to the maximum of their available resources" — which may also provide an entry point for civil society scrutiny of government action.'

Nepal's judiciary has also shown its keen interest to make ESC rights as subject to judicial enquiry and also direct enforceable at court of law. Such as in case *Surya Prasad Dhungel v Godawari Marbale Industries*,[94] the SC interpreted that the right to life includes the right to clean environment. Another important judgment is related to right to health[95] and right to food.[96] There is rise of judicial tendencies in order to make Economic, Social and Cultural rights as subject to direct enforcement in court of law. The judiciary has shown positive response to make ESCR as justiciable without even although linking to the jurisprudence of Civil and Political rights. The judicial activism and large number of social action litigation in words of *Baxi* has also shown concern to economic, social and cultural rights than the civil and political rights. But still, it has not seen in expected ways as concentrated in CPR rights by political parties.

The similar judicial interventions are also made in regards to the protection of specific economic, social and cultural rights of specific communities by the foreign court. Such as, in

---

92 Ibid.

93 ZACC 19, 2001 (1) SA 46 (CC), 2000 (11) BCLR 1169 (CC), aavaiiabe at http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html accessed on 7th Nov 2017.

94 NKP Golden Jubilee Special Issue, 1995, p.169.

95 *Kamal Neol v. Government of Nepal* (2068) 53:7 NKP 1142 cited in RishikeshWagle, Sambahak, NHRC Nepal, September 2017, p.145.

96 *Prakashmani Sharma and et al. v. Office of Prime Minister et al. Government of Nepal* (2068) 53:1NKP57 cited in RishikeshWagle, Sambahak, NHRC Nepal, September 2017, p.145.

the Australian case of *Police v Abdulla,* Perry J. referred to Convention No 169, which had not been ratified by the state, as 'an indication of the direction in which the international law is proceeding'.[97] As well as the Inter-American jurisprudence on indigenous issues developed by the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights become a point of reference at the international level for land rights and natural resources rights. The decision in *Awas Tingni v Nicaragua* has been viewed as the definitive point.[98]

This was subsequently confirmed by the Inter-American Commission on Human Rights in *Marie and Carrie Dann v US*,[99] where the Commission accepted that for reasons of equality, indigenous peoples' own connections with their lands are a form of property and fall within the protection of Art 23 of the American Declaration on the Rights and Duties of Man,[100] irrespective of the individual focus of the instrument. In the *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay,* the Inter-American Court identified the 'close ties of indigenous peoples with their traditional territories and the natural resources there in associated with their culture' and upheld that they 'must be safeguarded by Article 21 of the American Convention'.[101] In the *Saramaka* People v. Suriname case, the Court concluded that:

> The natural resources found on and within indigenous and tribal people's territories that are protected under Article 21 are those natural resources traditionally used and necessary for the very survival, development and continuation of such people's way of life.[102]

Similarly, in the 2004 revision of the World Bank's Draft Operational Policy 4.10, which aims to contribute 'to the Bank's mission of poverty reduction and sustainable development by ensuring that the development process fully respect the dignity, human rights, economies and cultures of indigenous peoples'.[103]

---

97 *Police v Adbulla* (1999) 74 SASR 337.

98 *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v Nicaragua* [2001] Inter-Am Court HR (ser C) No 79; Luis Rodríguez-Piñero, 'The Inter-American System and the UN Declaration: Mutual Reinforcement' in Stephen Allen and Alexandra Xanthaki (eds), Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (2009)

99 Inter-American Commission on Human Rights, Mary and Carrie Dann v US, Rep No 75/02, Case No 11.140 (27 December 2002).

100 American Declaration of the Rights and Duties of Man, OAS Res XXX (1948)

101 *Yakye Axa Indigenous Community v Paraguay* [2005] Inter-Am Court HR (ser C) No 125 [137]. See also Inter-American Commission on Human Rights, Yakye Axa Indigenous Community of the Enxet-Lengua People v Paraguay, Rep No 2/02, Pet 12.313 (27 February 2002); Sawhoyamaxa Indigenous Community v Paraguay [2006] Inter-Am Court HR (ser C) No 146; *Moiwana Community v Suriname* [2005] Inter-Am Court HR (ser C) No 124.

102 *Saramaka People v Suriname* [2007] Inter-Am Court HR (ser C) No 172 [122].

103 World Bank, Operational Manual: OP 4.10: Indigenous Peoples (July 2005) [1] available fromhttps://policies.worldbank.org/sites/ppf3/PPFDocuments/090224b0822f89d5.pdf accessed on 25th June 2017.

Conclusion

Judiciary is only entitled to interpret law and bridges the gap between legal insertion and context. The legal interpretation is permissible to the extent where there is no clear guidance and straight legal provision. Nepalese judiciary follows the mixed system of adversarial and inquisitorial which allows establishing a binding document called precedent as equivalent to law. The judiciary has interpreted the economic, social and cultural rights not merely as instruments for political slogans rather have compelled the government to formulate necessaries legislative enactment to implement those promises. The political commitments and promises are not subject to judicial intervention until and unless they are kept either in DPSPs or in FRs chapter of the Constitution. Even in jurisprudence of FR, there need not to be clause called, as per law or similar other. The economic, social and cultural rights in Nepalese Constitution are mot of political slogans than the legal commitments. All the political parties who had made promised in CA election I and II was sometime in the government but has not performed in expected manners. The Preamble and the DPSPs are full of economic, social and Cultural rights in Nepalese Constitution which lacks immediate enforcement in the court of law.

The Nepalese judiciary has not courage as Indian's in order to interpret the whole bunch of ESC rights in line with principle of interdependence and harmonization of rights which has made all ESC as instrument of political slogans and hymn. There are numerous illustrations where by judiciary has quashed public interest litigation by interpreting the provision literally. The developing nations always face problems in regards to immediate enforcement of ESC rights in court of law due to various reasons. The judiciary of the developing nation seems more prone to interpret the ESC rights as in progressive manners than the conventional judicial remedies. Recently, in one of PIL in regards to conditions of migrant workers, the SC has issues directives to GoN in order to show causes and reasons for violation of migrant workers convention and their rights in different countries. The Judiciary has to show courage in order to establish the new non-conventional jurisprudence for making ESC rights justiciable in court of law. The political slogans which have turned into the preamble, directive principle of state policy or as per law should be disassociated in terms of interpretation of ESC rights of constitution. The other agreements of government have to be also in subject to judicial intervention and interpretation than merely a political commitment to international communities. The obligations out of multilateral or bilateral treaty, conventions or any of hard nature of law must be in sphere of judicial scrutiny and interpretation. Many policies are not translated into practice due to issues ranging from lack of political will, weak capacity, and limited resources.

Despite of huge investment on ESC rights by the court in number of cases, the government has proven inefficient in order to materialize such progressive judgment due to internal or lack of willingness to materialize it. It shows that lack of implementation of SC judgment as soon as possible. It will open new avenues for ratifying the Optional Protocol to ESCR to which Nepal is not party yet.

The FRs is not subject to national legal enactment rather has to be understood in line with the international jurisprudence and practices. None of the citizens are subject to multiple restrictions for the issues of FRs. In case of Nepal, most of the FRs is been limited and restricted by the addition of the phrase "*in accordance with law.* The major political parties, including the United Community Party of Nepal (Maoist), Nepali Congress and the Communist Party of Nepal (Unified Marxist Leninist), as well as the subsequent governments included restrictive phrase, therefore limiting the application of fundamental rights. There promises have merely become the political slogans than the real commitments. The economic, social and cultural rights are dire need for millions of people who are deprived of their basic needs and assistance. The government has to formulate and turn their budget to make these rights as direct enforceable in court of law than the merely considering as 'progressive realization' of government. The ESC rights need to get equal attention and priories as similar to any other form of human rights. The distinction need to be overruled by the active presence and interpretation of court to ESC rights.

Hence, the ESCR must not be political slogans of parties rather has to be subject of law and judicial enforcement.

Key concerns:

- ✓ It has been a strongly grounded belief in our region that 'poverty' is an outcome of the lacking of ' resources'. In fact, the poverty has largely been an outcome of 'lacking of proper resources management'.[104] The government has to establish an effective mobilization and monitoring mechanism in order to proper utilization of foreign aid and national resources.
- ✓ The Federal, Provincial and Local government have legal obligations irrespective of their position in order to manage the ESCR effectively. The beneficiaries have to realize the fruits of ESC rights than merely interpretation by the court of law. Nepalese SC has given wider range of interpretation in order to make ESC rights as one of concerning issues but has not reached out to the real needy due to multiple problems associated with the government.
- ✓ The government has failed to promulgate a specific legislations in regards to enforcement of larger number of ESCR resulted into failure of political parties to realizesocial, political and economic transformation of Nepalese society.
- ✓ Hence, these all parameters and deliberations above justify the lack of accountability and responsibility of government towards ESCR in Nepal.

[104] Yubaraj Sangroula, Nepalese Legal System: Human Rights Perspecitve, 2005, Kathmandu School of Law, p.214.

Application the Concept of Judicial Independence in the Constitution of Nepal

✍ **Uddhav Prasad pudasaini**[1]

Background

According to doctrine of separation of power each branch of government is to be separate from the others. Independence of the judiciary recognized from the notion of the separation of power. The judiciary is one of the important organs among the three organs of the state. The main function of the judiciary is to interpret the laws, as well as to protect and enforce the right of the individuals. In another word judiciary is a justice delivery organ of the state.

Judiciary is justice-delivering organ of the state. Justice must be attached with fundamental right, property right, liberty, life, happiness, peace, security, transparent government and rule of law. Without independence judiciary, we cannot enjoy these things. These elements are indispensable in modern democratic countries of word. Only an impartial and independent judiciary can stand as a bulwark for the protection of the right of the individual and mete out even handed justice without fear or favor. The judiciary is the protector of the constitution and, as such, it may have to strike down executive, administrative and legislative acts of the center and the state.[2]Independence is a precondition of impartiality whilst competence will ensure the capacity to render justice at the appropriate time and in the appropriate manner.[3]

Meaning and definition of Judicial independence

Judicial Independence means it is free from other organ of the state, especially executive, and legislative body. It must be free from power pressure or other undue thing. Independence means "the state or condition of being free from dependence, subjection, or control. Political independence is the attribute of a nation or state which is entirely autonomous, and not subject to the government, control, or dictation of any exterior power."[4] The word judiciary means "that branch of government invested with the judicial power; the system of court in a country; the body of judge, the bench that branch of government which is intended to interpret, consture and apply the law"[5]

---

1 Joint Attorney, Office of the Attorney General, Nepal

2 M.P Jain, Constitutional Law ,Nagpur india ,(4'th ed.) Wadhwa and Companaty, 1993, p.152

3 Surya Prasad Dhungle and BipinAdhikari et.al (eds.), Commentary of the Nepalese Constitution (1st ed.)Kathmandu, DELF,1998, P.59

4 Black's Law Dictionary, New York,West publishing co. 1979 p. 693

5 ibid, p. 762

Judicial independence is the doctrine that decisions of the judiciary should be impartial and not subject to influence from the other branch of government or from private or political interests. In most cases, judicial independence is secured by giving judges long, and sometimes lifetime, tenure and making them not easily removable."[6] "Judicial independence means that judges are free to decide cases fairly and impartially, relying only on the facts and law."[7] Dr. Laxmimalsindhawi clears that "Concept of judicial independence is also relative and not absolute. Judicial independence is not yet a finished product and there is no perfect model anywhere in the world."[8]

The concept of judicial independence has three aspects – functional, structural and circumstances judicial independence. Functional independence means the freedom of the individual judges or the judiciary to decide the issues before it. The judiciary shall decide matters before them. Impartially, on the basis of fact and accordance with the law, without any restrictions, improper influences, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter or for any reason.[9] The judiciary shall have jurisdiction over all issues of a judicial nature and shall have exclusive authority to decision is within its competence as defined by law.[10] There shall not be any inappropriate or unwarranted interference with the judicial process, nor shall judicial decisions by the courts be subject to revision. This principle is without prejudice to judicial review or to mitigation or commutation by competent authorities of sentences imposed by the judiciary, in accordance with the law.[11]

Structural independence of the judiciary denotes mainly the autonomy of the judiciary or it is free from other organ of the state so that all probable interference can be exclusive. "It is the duty of each member state to provide adequate resources to enable the judiciary to properly perform its functions".[12] It is the duty of the state to provide adequate financial resources to allow for the due administration of justice[13] Circumstances independence denotes not undue influence from the side of Bar, Civil society, Media etc. In this way, judicial independence means freedom from direction, control or interference in the exercise of judicial power by either the executive or legislature. Independent judiciary is backbone of the democratic state. In the beginning of the development of the concept, functional independence of the judiciary was regarded as sufficient requisite .

---

6 w.w.w. (en. wikipedia.com/wiki/judicial independence),

7 Tek Narayan Kunwar,"Global Standards of judicial independence" NJA law journal, National judicial academy, vol.-1,2007 ,p. 73,

8 Kalyan Shrestha and Bharat Raj Upreti et.al (edts.) Constitutional Law of Nepal, Kathmandu,Freedeal, 2054 p.385

9 Basic Principle of the Judicial Independence 1985, sec. 2

10 Ibid, sec. 3

11 Id. Sec. 4

12 Id. Sec. 7

13 IBA Minimum Standards of Judicial Independence 1982, sec .10

Judicial independence and separation of powers

The concept of the independence of the judiciary became popular after Montesquieu propounded the theory of separation of power. "The doctrine of separation of powers dictates that each branch of government is to be separate from the others. The twin objects behind this doctrine are to ensure that no branch of government becomes too powerful and to allow each branch to act as a check or balance on the other hand. The constitutional system adopted in the world does not abide by a strict application of separation of power."[14]

Judicial independence and rule of law

Independence judiciary and rule of law is co-related with each other where independent judiciary there also be found rule of law. Rule of law means no individual stands above law. Law should express the will of the people, not the whims of kings, dictators, military officials or self-appointed political parties. "Under the rule of law, a system of strong, independent courts should have the power and authority, resource, and the prestige to hold government officials, even top leaders, accountable to the nation's law and regulations. For this reason, judge should be well trained, professional, independent and impartial. To serve their necessary role in the legal and political system, judge must be committed to the principles of democracy."[15]

Judicial independence and impartiality

Judicial impartiality is one aspect of independent judiciary. Judicial independence requires that the judiciary be able to function effectively without undue interference from state agencies. Judicial impartiality requires judiciary decision based on facts and law. Judge should thereby not have any preconceptions regarding issues they are deciding upon, nor should they favor either of the parties to the dispute, this includes the arbitrary use of contempt of court proceedings.

Judicial independence and accountability

Accountability is very essential element. Judicial decision based on facts and accordance with the law and giving reason for their decisions. Judgment can be corrected through the appellate court and by itself through review. In spit of these methods, the disciplinary action may be exercised by the committee or council and in case of the Supreme Court by the parliament. Through media and public pressure group, a judgment may be brought before public notice and judge may be morally bound to resign from his post. "

Judicial independence and public confidence

Public confidence is one of the most important prerequisite things for independent judiciary. For the gain and promote of the public confidence judiciary must be free, fair, impartial,

---

[14] Supra note 7, p. 77
[15] Ibid

competency, accountability and dispensing proper justice in time. For this reason, the authority of the courts and their ability to carry out constitutional function is directly related to the way in which perceives,[16] In order to obtain peoples faith a judge should at least achieve the following qualities[17] -

1 Freedom from bias
2 Impartiality
3 Judicial discipline and restrain
4 Judicial mindedness in judgment

The confidence of the public in the administration of justice is of paramount important. That confidence is vital to a democratic system of government. Public confidence is the judiciary in its integrity, its impartiality, its independence and its moral authority is indispensable to the administration of justice, in the ultimate analysis, the authority of our courts rests on public acceptance of judicial decisions and that acceptance depends on public confidence in our judge. At least we can say that simple, impartial, low cost, free and fair, quick and system of justice build up the confidence of the people, but costly, delayed, partial and defective procedural certainly looses confidence of people.

Basic components of Judicial independence

There are different model of the judiciary in the world so that no single country can clear its judiciary is perfect. There are some basic norm, which accepted by the international community through conferences, symposium workshop etc. they are accepted as basic components of judicial independence, which are selection or appointment, transfer, tenure, salary and privileges security of office, process of removal etc. If these components are fully incorporated in national law judiciary will certainly be more independent. An independent judiciary requires the following basic minimum[18]

1) Adequate constitutional and legal provisions to insulate judges from illegal pressures and influences from non judicial authorities
2) Adequate physical infrastructure for discharge of judicial functions
3) Well educated and well trained judges
4) Well trained and competent court staff
5) Secured and adequate resources for court administration and
6) proper mechanism for disciplining judges and ensuring their accountability

---

[16]Justice kerby" The judiciary and Rule of law"Bombayi.c.j review vole – 41, 1988 p. 40

[17]BhimarjunAcharya, "judiciary :A Guardian of the constitution" Essay on constitutional law, kathmandu ,Nepal law society Vol..30/31, 1999,p. 83

[18]Purnamanshakya, ,"Judicial independence: challenges,initiative and recommendation " , Annual survey of Nepalese lawkathmandu, Nepal bar council volum,iv,2003 p. 20

The basic principles of judicial independence (adopted by seventh United Nations Congress on the prevention of crime and treatment of offenders held at Milan from 26 August to September 1985 and endorsed by General Assembly resolution 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985) has also mentioned those elements categorically.[19]

Legal authority

The judicial independence should be guaranteed by the constitution or law of the country. The judiciary shall decide matters before them impartially based on facts and in accordance with the law without any restrictions, improper influences, inducements, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter or for any reason. All issues of judicial nature must come into the ambit of jurisdiction of the court. The judiciary must be free from any improper and unwarranted interference and the decisions of the court should not be the subject of review everyone have the right to be produced in an ordinary court or tribunal for trial and there should not be any encroachment on the jurisdiction of the court.

Freedom of expression and association

According to section 8 and 9 of basic principle of the judicial independence freedom of expression, belief, association and assembly of the members of the judiciary like other ordinary citizens. The judge should exercise this freedom in such a manner as to preserve the dignity of their office and the impartiality and independence of the judiciary. This freedom for the judge is to promote their professional training and to protect their judicial independence.

Qualification, selection and training

Persons selected for judicial office shall be individuals of integrity and ability with appropriate training or qualification in law. Any method of judicial selection shall safeguard against judicial appointments for improper motives. In the selection of judge, there shall be no discrimination against a person or the grounds of race, color, sex, religion, political and other opinion national or social origin, property, birth or status, except that a requirement, must be a national of the country concerned, shall not be considered discriminatory[20]

Condition of service and tenure

The term of the office of judge, their independence, security, adequate remuneration and conditions of service, pensions and the age of retirement must be adequately secured by law. The tenure of the judges except their voluntary retirement must be fixed by the law. Promotion of judge should be based on objective factor, in particular ability, integrity and experience. The promotion proceedings should be in the initiation of the judiciary itself or of a board or commission where there is a majority of judicial person. The judges should

---

19 http//:www.unhchr.ch/html/menu/3/b/h com50.htm

20 Basic principle of the independence of the judiciary,1985 sec. 10

maintain professional secrecy and immunity in the course of their duty. There must be an atmosphere for the judges to enjoy personal immunity from civil suits for monetary damages for improper acts or commissions in the exercise of their judicial functions.

Discipline, suspension and removal

Judges have a right for fair hearing when a charge is against him. The examination of the matter at its initial stage shall be kept confidential, unless otherwise requested by the judge. All disciplinary, suspension or removal proceedings shall be determined in accordance with established standards of judicial conduct."[21]

Decisions in disciplinary, suspension or removal proceedings should be subject to an independent review. This principle may not apply to the decisions of the highest court and those of the legislature in impeachment or similar proceedings.[22]

Transform of judge

Improper transfer of the judge may affect the independence of the judiciary though timely transfer in essential sometimes for fair and impartial justice. Judge must not be transferred by the executive from are jurisdiction or functions to another without their consent, but when a transfer is in pursuance of an uniform policy formulated by the executive after due consolation with the judiciary, such consent shall not be unreasonably withheld by an individual judge.[23]

Professional immunity

The judges should enjoy personal immunity from civil suits for monetary damages for improper acts or omission in the exercise of their judicial duty. A judge should enjoy immunity from legal action and the obligation to testify concerning matters arising in the exercise of his official functions. The judiciary has also the power to punish in the case of contempt of court this power of the judiciary helps it to enjoy professional immunity.

Autonomy

Unless there is judicial autonomy there can be no judicial independence. Judicial autonomy has various dimensions i.e. financial autonomy, administrative autonomy and rule making autonomy.

Financial autonomy includes the self-regulatory right of the judiciary for its annual budget. The judiciary must have right to submit its budget directly to the legislature. It must be able to allocate its budget internally within the judiciary. Administrative autonomy means right to regular organizational structures, improvement of its staffing and remuneration system,

---

[21] Ibid sec. 19
[22] Id sec. 20
[23] Beijing statement of principle of the independence of the judiciary ,1995, sec. 30

filling up of positions, disciplinary actions of the employers subject to the personal management policies and civil service rules.

Judicial Independence and the Constitution of Nepal

The Constitution of Nepal has been made by the constituent assembly. The constitution full commitment to independent judiciary and the concept of rule of law. Constitutional provision regarding judicial independence can be describe are as follows.

Appointment of the judges

Regarding the appointment of judges in Nepal, present constitution provides independent institution. The President shall appoint the Chief Justice, on recommendation of the Constitutional Council, and other Judges of the Supreme Court, on recommendation of the Judicial Council. .[24]Any person who has served as a Judge of the Supreme Court for at least three years shall be qualified for appointment as the Chief Justice. [25]Parliamentary hearings shall be conducted as to appointments to the offices of the Chief Justice and Judges of the Supreme Court,.[26]The Chief Justice shall, on recommendation of the Judicial Council, appoint the Chief Judge and Judges of the High Court. and any judges of the district courts. [27]

Security of tenure of the judges

The security of tenure is most important thing toward the steps of judicial independence. Our Constitution provides The term of office of the Chief Justice shall be six years[28] The chief justice and other judges of the Supreme Court shall hold office until they attain the age of sixty -five years .[29] The judges of appellate court and district court shall continue to hold office until the age of sixty-three.[30]

One fourth of the total number of the then members of the House of Representatives may move a motion of impeachment against the Chief Justice of Nepal or a Judge of the Supreme Court, on the ground of his or her failure to fulfill his or her duties of office because of serious violation of this Constitution and law, incompetence or misconduct or failure to discharge the duties of office honestly or serious violation of the code of conduct. If the motion is passed by at least two thirds majority of the total number of the then members of the House of Representatives, the concerned person shall relieve of his or her office. [31]

---

[24] The Constitution of Nepal, Art, 129 (2)
[25] Id,Art, 129 (3)
[26] Id Art, 292 (1)
[27] Id, Art, 140 (1)149(1)
[28] Id, Art, 129 (4)
[29] Id, Art, 131 (b)
[30] Id, Art, 142 (1)(b),149(6)(b)
[31] Id, Art, 101 (2)

Salary of judges is fixed

If the Chief Justice or a Judge of the Supreme Court who has served for at least five years resigns or undergoes compulsory retirement or dies, he or she shall be entitled to such pension as may be provided for in the Federal law. The remuneration and other conditions of service of the Chief Justice or a Judge of the Supreme Court shall not be altered to his or her disadvantage. Provided that this provision shall not apply in cases where a state of emergency is declared because of extreme economic disarrays. [32]The remuneration and other conditions of service of the Chief Judge and Judges of the High Court and a judge of a District court shall be provided for in the Federal law. The remuneration and other conditions of service of the Chief Judge or a Judge of the High Court and a judge of a District court shall not be altered to his or her disadvantage.[33]

Restriction on discussion of the conduct of the judges

This provision is most important for maintaining judicial independence. Because if another body discusses the role of conduct of the judge their might be fear for criticism of judge, which cannot enjoy full confidence of the work. No discussion shall be held in either House of the Federal Parliament on any matters that may cause adverse effect on the dispensation of justice on any cases which are sub juices in any courts of Nepal and on any judicial acts done by Judges in the course of performance of their duties[34]

Power to punish for the contempt of court

The Supreme Court shall be a court of record. All must abide by any interpretation of the Constitution or a law made by or any legal principle laid down by the Supreme Court in the course of trying a lawsuit. If anyone makes obstruction in the dispensation of justice by, or disregard any order or judgment handed down by, it or any of its subordinate courts, the Supreme Court may, in accordance with law, initiate proceedings and impose punishment for contempt[35]

Supreme Court has power to judicial review

Supreme Court has two type of jurisdiction-ordinary and extra ordinary. Under extra ordinary jurisdiction, Supreme Court has the power of judicial review. Any citizen of Nepal may file a petition in the Supreme Court to have any law or any part there of declared void on the ground of inconsistency with this constitution because it imposes an unreasonable restriction on the enjoyment of the fundamental rights conferred by this constitution or on any other ground; and the supreme court shall have extra ordinary power to declare that law

---

[32] Id, Art, 130(2)(4)
[33] Id, Art, 141(1) (3) Art149 (5)
[34] Id, Art, 105
[35] Id, Art, 128

to be void either ab initio or from the date of its decision if it appears that the law in question is inconsistent with this constitution[36]

Supreme Court has power to issue writs and necessary order

Under its extra ordinary jurisdiction supreme Court has writ jurisdiction, The Supreme Court shall, for the enforcement of the fundamental rights conferred by this constitution or for the enforcement of any other legal right for which no other remedy has been provided or for which the remedy even though provided appears to be inadequate or ineffective or for the settlement of any constitutional or legal question involved in any dispute of public interest or concern, have the extra ordinary power to issue necessary and appropriate orders to enforce such rights or settle such dispute . for this purpose, the Supreme Court may, with a view to imparting full justice and providing the appropriate remedy, issue appropriate orders and writs including the writs of habeas corpus, mandamus, certiorari prohibition and quo warranto.[37]

Expenditures chargeable on federal consolidation fund

The amount required as remuneration and facilities payable to the Chief Justice of Nepal, Judges of the Supreme Court, and members of the Judicial Council, [38]

No other assignment of the chief justice or justice

No Chief Justice or Judge of the Supreme Court shall be engaged in or deputed to any office other than that of Judge. Provided that the Government of Nepal may, in consultation with the Judicial Council, depute a Judge of the Supreme Court to work concerning judicial inquiry, or to legal or judicial investigation or research for a specified period..[39]No Chief Judge or Judge of a High Court shall be engaged in or deputed to any office other than that of Judge. Provided that the Government of Nepal may, in consultation with the Judicial Council, depute a Judge of the High Court to work concerning judicial inquiry, or to legal or judicial investigation or research or to any business of national concern for any specific period[40]. No District Judge shall be engaged in or deputed to any office other than that of Judge. Provided that the Government of Nepal may, in consultation with the Judicial Council, depute a District Judge to work concerning judicial inquiry, or to legal or judicial investigation or research and to any election related work, for a specified period. [41]

---

36 Id, Art, 133 (1)
37 Id, Art, 133 (2) (3)
38 Id, Art, 118 (b)
39 Id, Art, 132 (1)
40 IdArt,143 (1)
41 Id, Art, 150 (1)

Orders and decision of court to be binding

All shall abide by the orders or decisions made in the course of trial of lawsuits by the courts. [42]

Provision of judicial council

There shall be a Judicial Council to make recommendation or give advice, in accordance with this Constitution, on the appointment of, transfer of, disciplinary action against, and dismissal of, Judges, and other matters relating to the administration of justice,. which shall consist of the following as its chairperson and members: (a) The Chief Justice - Chairperson (b) The Federal Minister for Law and Justice - Member (c) The senior-most Judge of the Supreme Court - Member (d) One jurist nominated by the President on recommendation of the Prime Minister - Member (e) A senior advocate or advocate who has gained at least twenty years of experience, to be appointed by the President on recommendation of the Nepal Bar Association - Member [43]

Provision of the judicial service commission

This provision is necessary for the protection of the interference of the executive on the judiciary. The judicial service commission is established under the Art 154 of the present constitution. It is established to make recommendation to Nepal government for the appointment, transfer, promotion departmental action and dismissal to all ranks of officers of the Nepalese judicial service. It has made judicial officials are also independent from executive.

Theory of separation of power incorporated in the constitution

Powers relating to justice in Nepal shall be exercised by courts and other judicial bodies in accordance with this Constitution, other laws and the recognized principles of.[44]

Evaluation of the Constitutional provision

The judiciary is the protector of the constitution. Only an independent judiciary can protect the right of the individual and meet out even handed justice without fear or favor. The constitution makes detailed provisions which cannot be touched by ordinary legislative process.

Reading preamble, there is full commitment for independent judiciary and rule of law. The remuneration, leave, allowances, pension, and other condition of services of the chief justice and other judges of Supreme Court as well as the judges of appellate and district court is regulated by law. The remuneration facilities and conditions of service of judges could not be altered to their disadvantages. power relating to justice in Nepal exercised by courts and

---

[42] Id, Art, 126(2)
[43] Id, Art, 153 (1)
[44] Id, Art, 126

other judicial institutions. Under Art 133(4) regulate the Supreme Court's power to review its own decision and orders. Under extra ordinary jurisdiction Supreme Court can issue direction, orders or writs. The provision amounts to an absolute constitutional prohibition against any discussion in a house, with respectto a judges. Reading Art 105,it is clear that the conduct of a judge of any court can not be discussed in a parliament expect when a motion to remove him is before parliament. Further The amount required as remuneration and facilities payable to the Chief Justice of Nepal, Judges of the Supreme Court, and members of the Judicial Council are chargeable on federal consolidated fund of Nepal, which means that it is not be required approval of the federal parliament.

Read Art 153, composition of judicial council, such provision are contradictory to the concept of independent judiciary majority of judicial personal is needed in judicial council.

Parliamentary hearing is effective check and balance mechanism in presidential system. In parliamentary systemwe need to think Constitutional provision of parliamentary hearing for judges suitable or not .

Some internationally recognized principles have been incorporated in constitution. But basic principle i.e. judicial autonomy, freedom of expression and association, professional immunity are not incorporated. It is seen that lacks of functional autonomy to determine the jurisdiction of the court, selecting its support staff. Constitution has not given rule making authority to the Supreme Court. Financial autonomy, judicial education, training are touch stone to the independent of the judiciary. But constitution has remained silent over the issue of such matter.

Evaluation the role of the Supreme Court to enhance judicial independence

Judiciary is the soul of democracy and guardian of the fundamental right. The executive sometimes violates fundamental rights of the people, which are guaranteed by the constitution. Judiciary always tries to keep them in tracks though the weapons of judicial review, Supreme Court has given decision-exercising judicial independence for the protection of right of the people against the arbitrariness of the executive. Supreme Court has reviewed much legislation of the parliament and many administrative and legislative action of the executive. Supreme Court declared void which are found in consistent to the constitution. The Supreme Court has plays active role for safeguarding the right of the people through PIL, court has issue many directive order to the government especially in the field of environment, right to life, right to equality etc. maintaining gender equality and equality the role of Supreme Court has paced the society towards the path of equality by declaring discriminatory law void and by issuing directive order to the government to bring new legislation. In **Rajiv Parajuli vs. RCCC**[45] case Supreme Court held that the duty to protect the right of the people is given to the Supreme Court by the constitution. Advocating

[45] NKP 2062, p. 1307

constitutionalism. If the power assigned to a constitutional body by the constitution is directly and indirectly intervened or interfered, it will hamper the development of constitutionalism in Nepal. Supreme Court performed its job without influences of executive; on this case Supreme Court maintain its independency. In **Madavbasnet prime ministerGirija Prasad koirala**[46] case the court remained hyper technical and callous towards social justice overlooking its role as a social engineer. The judiciary will lose credibility, even where it has worked honestly and fairly, if its decisions are not implemented. The problem becomes complicated when the decision is against the government, or if a decision cannot be implemented without the cooperation of the government. **TirthaKoirala vs. HMG, Ministry of General Administration**[47] In this case Supreme Court held that it is not executive organ, which has the power of judicial control over the judiciary rather it is the fundamental and indispensable character of judicial independence , which empowers the judiciary to examine the constitutionality and legality of the administration. If anything done, either, directly or indirectly, adversely affecting the spirit of the judicial independence is contrary to the fundamental law of the land. Supreme Court declared amendment of sub clause 8 rule 106 (d) of the civil service regulation 2050 as void.

"It is seen that a good number of decision are not complied with by the government particularly in the area of environment and public interest matters."[48]

Conclusion

Judiciary is one of the organs of the state. The independent judiciary is the cornerstone of a democratic system. Without independent judiciary, people cannot get justice. Only the independent, impartial and accountable judiciary can protect the rights of the minorities and the indigenous communities. Independent judiciary can maintain the delicate balance between the three major organs of the state.

Judge must be appointed through strict criteria and in a transparent manner. The selection criteria must be based on merit considering the candidates professional, qualifications, experience and personal integrity. There is no international norm that determines the mechanism for the appointment of judge mechanism for the appointment of judge is within the individual discretion of the state. According to Latimer, house guidelines for the commonwealth there must be a separate body for the appointment of judge. Regarding the appointment of judges in Nepal, present Constitution provides independent institution. The security of tenure is most important thing toward the steps of independence of judiciary. The provision Restriction on discussion of the conduct of the judges is most important for maintaining judicial independence. Because if another body discusses the role of conduct of

---

46 Writ no 3341 Decision date 2055-6-27

47 NKP Golden birthday issue, 2052, p. 192

48 Status of the Directive orders issued by the supreme court, research based report, Kathmandu National judicial academy, 2063, p.106

the judge their might be fear for criticism of judge, which cannot enjoy full confidence of the work.

According to our constitution tenure of judge is secured, salaries of judges are fixed, the conduct of judge could not questioned in the parliament, Supreme Court has power judicial review and punish for contempt of court, judge should not be eligible for appointment in any government service, orders and decisions of court are to be binding, judge are appointed on the recommendation of the judicial council these are the significant provision regarding the judicial independence.

Our judiciary lacks functional autonomy to determining the jurisdiction of the court, selecting its support staff, execution of judgment and orders. Another issue concerning the financial judicial independence which is must for an independent judiciary. Judicial training, judicial education is necessary for judicial independence.National judicial academy was established in 2004 to serve training and research needs of who are directly involved in the administration of justice. Judicial reform will be meaningful if there is a commitment at the top and the leaders of all the wings of the government. Follow the basic principle of independence of judiciary as well as collective commitment and honesty is needed for independent, impartial, competent and accountable judiciary.

Selected Bibliography

Constitution, Acts

1. The Constitution of Nepal.
2. The Interim constitution of Nepal, 2063
3. The constitution of kingdom of Nepal,2047
4. The constitution of Nepal, 2019
5. The constitution of kingdom of Nepal 2015
6. The Nepal Interim Government Act, 2007
7. Nepal Government Act, 2004
8. The constitution of India,1949
9. The constitution of United states of America,1779

Reports, Plans

1. Strategic plan of Nepali judiciary, Kathmandu, the Supreme Court of Nepal.
2. Annual Report of the supreme court, Kathmandu, the supreme court of Nepal.
3. Annual Report of National judicial Academy, National judicial Academy.
4. Status of the Directive orders issued by the supreme court, Kathmandu, Research based report, National judicial Academy.

Books

1. Barnett, Hilaire, constitutional and administrative law, (1st Indian reprint) New Delhi,India Lawman Pvt. ltd. 1996.
2. Basu, Dr. Durga Das, constitutional law of India (Seventh edition) New Delhi prentice-Hall of India Pvt, Ltd. 1998.
3. Black's Law Dictionary, New York, West Publishing Company, 1979.
4. Dhungel Surya Prasad, BipinAdhikari et.al, commentary on the Nepalese Constitution, (1st Ed.) Kathmandu, Delf, 1998.
5. Jain, M.P , Indian constitutional law, Nagpur,IndiaWadhwa and company law publishers, 1993
6. Panta, Shastra Dutta, comparative constitution of Nepal, (third edition) Kathmandu Nepal ,PairaviPrakashan, 2007.
7. Upreti, Bharat Raj, Kalyan Shrestha et.al (eds) Constitutional Law of Nepal (2nd edition) Kathmandu, Nepal , FREEDEL 1997.

Journals

1. Various issues of Nepal KanoonPatrika ,Kathmandu supreme court of Nepal.
2. Various issues of Nyayadoot,kathmand, Nepal Bar Association.
3. 50 years of Supreme Court of Nepal, golden jubilee publications, Kathmandu supreme court of Nepal,2006.

Other publication

Recommendations on the constitution for submission to the constituent assembly of Nepal. Kathmandu, Nepal Bar Association,2008

Justice, Kirby The judiciary and rule of law ,Bombay India. ICJ. Review vol. 41, 1988.

Articles

1. Acharya, Bhimarjun, "Judiciary a Guardian of the Constitution" Essay on Constitutional Law, Kathmandu, Nepal law society, vol. 30/31, 1999.
2 Kunar, Tek Narayan, " Global Standards of Judicial Independence" NJA law journal, Kathmandu, National Judicial Academy, 2007
3 Kunar, Tek Narayan, "Independence of Nepalese Judiciary in the Present Context" Nepal Bar Council Law Journal, Kathmandu Nepal, Nepal Bar Council , 2007 .
4 Shaky Purnaman, "Judicial Independence: Challenges, Initiatives and Recommendations" Annual Survey of Nepalese Law, Kathmandu, Nepal Bar Council, vol. iv, 2003
5 Shrestha, Kalyan, "Nepali judiciary: Achievements and Challenges" NJA Law Journal, Kathmandu, National Judicial Academy, 2007.

❀❀❀

Criteria of Reasonability on Freedom of Speech and Expression

✍ **Mona Singh**[♦]

1. General Background

Constitutional Law regulates the social relations directly connected to the exercise of state power and defines the structure of the state and constitutional function and practices. It is concerned with distribution of powers (legislative, executive and judicial), functions and responsibilities in the exercise of these powers, defining and safeguarding fundamental rights and freedoms. It has two main purposes:

- To regulate the foundation, functioning and interrelations of the main bodies of states.
- To regulate the fundamental right and freedoms of the citizens.

Fundamental rights set out minimum standards to ensure that a person is treated with dignity. Whether this is the right to be free from discrimination on the basis of your age, disability or ethnic background, the right to the protection of your personal data, or the right to get access to justice, these rights should all be respected, promoted and protected.

The Fundamental Rights were intended to serve three important purposes, namely, i) to prevent the Executive from acting arbitrarily; ii) to ensure some amount of security and protection to various types of minorities; an iii) to promote and foster social revolution by establishing the conditions necessary for achieving justice, social, economic and political.[1]

The United Nations Universal Declaration of Human Rights states that "a world in which human beings shall enjoy freedom of speech and belief and freedom from fear and want has been proclaimed as the highest aspiration of the common people."

Thus, we can say fundamental rights and freedoms are important for all citizens and each citizen has a responsibility for the state and nation.

[♦] Deputy Attorney, Special Government Attorney Office.

[1] Kapur, A. C., & Mishra, K. K. (2012). *Select Constitutions*(16th ed.). Ram Nagar, New Delhi: S. CHAND & COMPANY.

2. Freedom of Speech and Expression as a Fundamental Right

The freedom of expression, universally acknowledged as both a fundamental and foundational human right, is not only the cornerstone of democracy, but indispensable to a thriving civil society.[2] Indeed, the freedom of expression is considered the "foundational human right of the greatest importance."[3]

The right to freedom of expression is protected by a multitude of regional and international treaties, charters, and frameworks. According to Article 19(2) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), a formally binding legal treaty ratified by 165 nations that echoes in key respects the Universal Declaration of Human Rights (UDHR):

Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include the freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.[4]

The freedom of expression is characterized by six key features:[5]

- It applies to "everyone" equally without distinction of any kind whatsoever; distinctions based on "race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status" are entirely irrelevant to its application.
- Its geographical scope is unlimited; it applies "regardless of frontiers."
- Its substantive scope, while not unlimited, is broad; it encompasses "information and ideas of all kinds."
- It includes the rights to both "receive and impart information and ideas"; the rights of both listeners and speakers, and observers and demonstrators are equally protected.
- It imposes a positive obligation on signatories to the ICCPR; states are obligated to "take the necessary steps" to ensure its protection, including adopting "laws or other measures as may be necessary" and providing "an effective remedy" to those whose freedom of expression has been violated.
- The manner in which expressions are disseminated is unlimited; it protects the right to impart one's ideas using "any" form of "media of his choice."

The freedom of expression, while expansive, is not absolute and can, in certain narrow circumstances, be restricted. According to Article 19(3) of the ICCPR:

---

[2] (n.d.). Retrieved August 17, 2018, from See http://www.article19.org/pages/en/freedom-of-expression.html.

[3] (n.d.). Retrieved August 17, 2018, from See http://www.law-democracy.org/wp-content/uploads/2010/07/10.03.Paper-on-Restrictions-on-FOE.pdf.

[4] (n.d.). Retrieved August 17, 2018, from See http://www.refworld.org/docid/3ae6b3aa0.html.

[5] (n.d.). Retrieved August 17, 2018, from See http://www.law-democracy.org/wp-content/uploads/2010/07/10.03.Paper-on-Restrictions-on-FOE.pdf

The freedom of expression carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:

(a) For respect of the rights or reputation of others;

(b) For the protection of national security or of public order (order public), or of public health or morals.

As interpreted, any limitation on the right to freedom of expression must meet a strict three-part test:

- It must be provided by law, which is clear and accessible to everyone;
- It must pursue one of the specific purposes set out in Article 19(3) of the ICCPR; and
- It must be necessary and the least restrictive means required to achieve its purported aim.[6]

3. Importance of Freedom of Speech & Expression

Philosophical justification for the protection of free speech serves three principle values:

- Advancing knowledge and "truth" in "the market place of ideas"
- Facilitating representative democracy and self-government
- Promoting individual autonomy, self-expression and self- fulfilment.

(Indian case,)In Maneka Gandhi vs. Union of India, Bhagwati, J., has emphasized on the significance of the speech and expression in these words:

"Democracy is based essentially on free debate and open discussion, for that is the only corrective of government action in a democratic setup. If democracy means government of the people by the people, it is obvious that every citizen must be entitled to participate in the democratic process and in order to enable him to intelligently exercise his right of making a choice, free and general discussion of public matters is absolutely essential."

So, the freedom of speech is regarded as the first condition of liberty. It occupies a preferred and important position in the hierarchy of the liberty, it is truly said about the freedom of speech that it is the mother of all other liberties. Freedom of Speech and expression means the right to express one's own convictions and opinions freely by words of mouth, writing, printing, pictures or any other mode. In modern time it is widely accepted that the right to freedom of speech is the essence of free society and it must be safeguarded at all time. The first principle of a free society is an untrammelled flow of words in an open forum. Liberty to express opinions and ideas without hindrance, and especially without fear of punishment plays significant role in the development of that particular society and ultimately for that

[6] (n.d.). Retrieved August 17, 2018, from Seehttp://www.ipu.org/splz-e/sfe/definition.pdf

state. It is one of the most important fundamental liberties guaranteed against state suppression or regulation.

4. History of Freedom of Speech and Expression

The quest for free speech has a long, turbulent history. It has been one fundamental aspect of the individual's developing relationship both to the state and to society. Until the 17th century various forms of censorship of free speech were common; they were contested principally within the framework of larger issues of political and religious conflict. In England in the 17th century, however, freedom of speech began to assume its own importance. John Milton wrote in his Areopagitica (1644): "Give me the liberty to know, to utter, and to argue freely according to conscience, above all liberties." Philosophers such as John Locke, Voltaire, and, later, John Stuart Mill took up the cry. The right to freedom of speech was recognized in the English Bill of Rights (1689), the French Declaration of the Rights of Man (1789), and the U. s. Bill of Rights (1791). It was to become an integral part of constitutional law even in countries that do not in reality permit free speech. And it gained international recognition with the United Nations' proclamation of the Universal Declaration of Human Rights (1948).

5. International Instruments in relation to Freedom of Speech and Expression

International instruments provide guidelines for legislating freedom of expression and limiting freedoms and tools to incorporate these guidelines into national law and policy. International law obligates each state to guarantee the rights of its citizens.The right to freedom of expression is recognized as a human right under Article 19 of the Universal Declaration of Human Rights and recognized in international human rights law in the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). Article 19 of the ICCPR states that "everyone shall have the right to hold opinions without interference" and "everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall in include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice". Article 19 goes on to say that the exercise of these rights carries "special duties and responsibilities" and may "therefore be subject to certain restrictions" when necessary "for respect of the rights or reputation of others" or "for the protection of national security or of public order (order public), or of public health or morals".

According to the European Court of Human Rights, information and ideas of all kinds refers not only the information and ideas that are favorably received or regarded as inoffensive or indifferent but also those that offend, shock or disturb the state or any sector of the population (subject to certain restrictions. Paragraph 3, Article 19 of the ICCPR states that freedom of expression may be limited to 1) respect the rights or reputations of others, 2) protect national security, 3) protect public order, 4) protect public health or 5) protect public morals. In addition, all restrictions must pass a three-part test; a restriction must 1) be

provided by law, 2) be imposed for legitimate grounds and 3) conform to a strict test of necessity andproportionality.

The European Court of Human Rights ruled that restrictions must be justified by the proven existence of a pressing social need and that the expression "provided by law" implies two requirements: Firstly, the law must be adequately accessible. Secondly, a norm cannot be regarded as law unless it is formulated with sufficient precision to enable a citizen to regulate his conduct. The international and regional human rights systems require strong justification for any restrictions on freedom of expression. The European, African and American human rights mechanisms have influenced the evolution of humanrights and related legal standards worldwide, includingNepal.

International, regional and national standards also recognize that freedom of speech, as the freedom of expression,includes any medium, be it orally, in written, in print, through the Internet or through art forms. This means that theprotection of freedom of speech as a right includes not only the content, but also the means of expression.

The freedom of speech and expression means the right to express ones convictions and opinions freely by word of mouth, writing, printing, pictures or any other mode. A democratic government attaches great importance to this freedom because without the freedom of speech appealed to reason, which is the basis of democracy, cannot be made. A guaranteed freedom of opinion and expression covers all forms of vocal expression, which make use of the power of speech but it has many other aspects as well, including an individual's freedom to express any view he/she wishes. It also includes freedom of press to express any view in print, the freedom of authors to right and publish, and the right of filmmakers to record and distribute films for private and public consumption.[7]

A guaranteed freedom of opinion and expression covers all forms of vocal expression, which make use of the power of speech but it has many other aspects as well, including an individual's freedom to express any view he/she wishes. It also includes freedom of press to express any view in print, the freedom of authors to right and publish, and the right of filmmakers to record and distribute films for private and public consumption.[8]

Freedom of speech and expression, especially about political and other public issue is the life blood of any democracy. Democratic governments don't have control over most written and verbal speech. For free people to govern themselves, they must be free to express themselves openly publicly and repeatedly in both speech and writing. The principle of free speech

---

[7] Dr. Bhimarjun Acharya. (2012). *My Essays in Law, Media, Freedom and Politics.* Kathmandu: AK Books and Educational Enterprise Pvt. Ltd., p.125

[8] *Ibid*

should be protected by a democracy's constitution, preventing then legislative or executive branches of governments.[9]

Thus, Freedom of speech is understood to be fundamental in a democracy. The norms on limiting freedom of expression mean that public debate may not be completely suppressed even in times of emergency.Freedom of information is an extension of freedom of speech where the medium of expression is the Internet. Freedom of information may also refer to the right to privacy in the context of the Internet and information technology. As with the right to freedom of expression, the right to privacy is a recognised human right and freedom of information acts as an extension to this right. Freedom of information may also concern censorship in an information technology context, i.e. the ability to access Web content, without censorship or restrictions.

6. Doctrine of Reasonable Restriction

The concept of reasonableness, which is inherent in the concept of law and is expressly used and applied in many of its branches and spheres, has become a constitution principle of general application to all state action. It has been hailed that "the concept of reasonableness and non-arbitrariness pervades the entire constitutional scheme and is a golden thread which runs through the whole of the fabric of the constitution. It has been said that fundamental rights are great and basic rights which are recognized and guaranteed as the natural rights, inherent in the status of a citizen of a free country, but not absolute in nature and uncontrolled in operation. However, the freedoms guaranteed as fundamental right are not absolute as no right can be. Each of these rights is liable to be controlled, curtailed and regulated to some extent by laws made by parliament or the state legislatures.

Limitations imposed by constitution as a reasonable restriction serves **a two-fold purpose**.On the one hand, they specify that these freedoms are not absolute but are subject to regulation; on the other hand, they put a limitation on thepower of a legislature to restrictthese freedoms.According to the national and international law standards the above mentioned freedoms shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order, public health or morale's or the rights and freedom of others. These conditions are further required to abide by the following:[10]

- Restrictive measures must be necessary in a democratic society for the protection of the purposes mentioned above;
- Restrictive measures must confirm the principle of pro-personality;

---

[9] M.P. Jain. (2011). *Indian Constitutional Law (Sixth Edition). Nagpur: Lexis Nexis Butterworth Wadhawa, p.1073*

[10] *Supra* Note 9, p. 121

- Restrictive measures must be under the authority of law.
- Each restrictive measure must be reasonable;
- Each restrictive measure must be related to the purposes mentioned in the law or the constitution.

Indian writer, M.P. Jain observes three significant rules for reasonable restrictions:

- A restriction must be under the authority of law; this implies that the restriction under the rights can be imposed only byor under the authority of law. No restriction can be imposed by executive action alone without there being a law to back it up.
- Each restriction must be reasonable; and
- A restriction must be related to the purposes mentioned in constitution.

England means in substance a person's right not to be subjected to imprisonment, arrest, or other physical coercion in any manner that does not admit of legal justification. [11]

The very proposition that 'reasonableness' includes substantive and procedural reasonableness shadows the concept of substantive and procedural due process. While excessiveness of restriction violates substantive due process, the denial of opportunity to be heard violates procedural due process. [12]

The standard of reasonableness is to be judged with due reference to the subject matter of the legislation. The directive principles of state policy are also relevantin considering whether a restriction on a fundamental right is reasonable or not. It is the responsibility of the state that it has to justify that the restriction imposed on any fundamental right quarantined in the constitution is reasonable under the same constitutional provision that provides the authority to make certain restriction of fundamental right.[13]

The above discussed matter, are to be determined finally by the courts when a law is challenged unconstitutional. The legislative determination of what restriction to impose on a freedom is not final and conclusive as it is subject to judicial review.

7. Test for Reasonableness

It is difficult to give an exact definition of the word "reasonable". There is no definite test to adjudge reasonableness of a restriction. Each case is to be judged on its own merits and no abstract standard, or general pattern of reasonableness is applicable uniformly to all cases.

For adjudging reasonableness of a restriction, the court considers such factors as:[14]

- The duration and the extent of the restrictions;

---

[11] W., & P. (1960). Constitutional Law (6th ed.).
[12] Basu, D. D. (2010). Comparative Constitutional Law (2nd ed.). Wadhwa, Nagpur: Lexis Nexis Butterworth.
[13] *Supra* Note 9, p. 112
[14] *Supra* Note 9*, p.1073*

- The circumstances under which, and the manner in which, that composition has been authorized;
- The nature of the rightinfringed;
- The extent and the urgency of the evil sought to be remediedthereby;
- The disproportion of the imposition;
- The prevailing conditions at the time

8. Restrictions on the Right to Freedom of Expression

Examples of states imposing restrictions on the right to freedom of expression in violation of international law have been growing in recent years. This issue of Global Trends will examine existing laws that appear to unlawfully restrict the freedom of expression. These laws fall into six categories, which include:[15]

- Laws criminalizing national betrayal
- Laws preventing extremism and terrorism
- Laws regulating the media
- Laws governing information and communications technology (ICT), including the Internet
- Laws prohibiting defamation and libel
- Laws restricting specific categories of content

9. Burden of proving reasonableness

Once the invasion of a right is *ex facie* proved, the state must prove that such invasion is justified under the constitution. The onus is upon the state of proving to the satisfaction of the court that the restriction is reasonable. The harsherare the restrictions, the heavier the onus to prove the reasonableness.[16]

10. The Requirement of Law

Reasonable restriction on any of the rights can be imposed only by law and not otherwise. Any restriction imposed without the authority of law shall be unconstitutional. The law authorizing the imposition of a restriction may either be an existing law, i.e. a law, ordinance, order, bylaw, rule or regulation passed or made before the commencement of the constitution by any legislature, authority or person having power to make.[17]

---

[15] The Right to Freedom of Expression: Restrictions on a Foundational Right. (2015). *Global Trends in NGO Law,6*(1), 1-28. Retrieved August 8, 2018, from http://www.icnl.org/research/trends/trends6-1.pdf?pdf=trends6-1

[16] *Supra* Note 9, p. 123

[17] *Supra* Note 9, p. 123

11. Grounds for Restriction on Freedom of Speech and Expression

The freedom of speech and expression does not confer an absolute right to speak or publish, without responsibility, whatever one may choose or an unrestricted that gives immunity for every possible use of language and does not prevent for those who abuse this freedom. There are certain grounds on which the freedom of speech and expression maybe restricted. It enables the legislature to impose reasonable restrictions on the right to free speech "in the interest of or in relation to" the following:

- Sovereignty and integrity of the nation.
- Security of the State
- Friendly relations with foreign states
- Public Order
- Decency or morality
- Contempt of Court
- Defamation
- Incitement to an offence
- Sedition

12. Freedom of Speech and Expression in India

Freedom of speech enjoys special position as far India is concerned. The importance of freedom of expression and speech can be easily understand by the fact that preamble of constitution itself ensures to all citizens inter alia, liberty of thought, expression, belief, faith and worship. The constitutional significance of the freedom of speech consists in the Preamble of Constitution and is transformed as fundamental and human right in Article 19(1)(a) as “freedom of speech and expression”. Explaining the scope of freedom of speech and expression Supreme Court has said that the words "freedom of speech and expression" must be broadly constructed to include the freedom to circulate one's views by words of mouth or in writing or through audio-visual instrumentalities.

Article 19 of the Indian Constitution guarantees to the citizen of India six fundamental rights that are exercisable by them throughout and all parts of the territory of India which are right to:

- Freedom of Speech and expression;
- Assembly;
- Association;
- Movement;
- Residence and settlement;
- Profession, occupation, trade or business

But none of these rights are absolute or uncontrolled, for each is liable to be curtailed by laws made or to be made by the state to the extent mentioned in clauses (2) to (6) of Article 19. Clauses (2) to (6) of Article 19 recognize the power of state to make laws reasonable restriction for reasons set out in them. The principle on which the power of the state to impose restriction is based is that all individual rights of a person are held subject to such reasonable limitations and regulations as maybe necessary or expedient for the protection of the right of others, generally expressed as social interest.

The constitution (First amendment) Act, 1951 inserted the word "reasonable" before the word "restrictions" in clause (2). hence, a law restricting the exercise any of the rights guaranteed by clause (1) of Article 19 to be constitutionally valid must satisfy two conditions:[18]

- The restriction must be for the particular purpose mentioned in the clause permitting the imposition of the restriction on that particular right, and
- The restriction must be reasonable.

According to Article 19 (2), the grounds for reasonable restrictions on the exercise of the right of speech and expression are:

- Sovereignty and integrity of India;
- The security of the state;
- Friendly relations with foreign states;
- Public order, decency or morality;
- Contempt of court;
- Defamation;
- Incitement to an offence

Thus, it may be emphasized that the requirement that a restriction should be reasonable is of great constitutional significance, for it acts as a limitation on the power of the legislature, and consequently, widens the scope of judicial review of laws restraining the exercise of freedoms guaranteed by Article 19. The determination by the legislature of constitute a reasonable restriction is not final or conclusive it is subject to supervision of courts.

Unlike the American constitution, Article 19 (1a) does not expressly mention the **liberty of the press**, i.e. the freedom to print and to publish what one pleases without previous permission. But it is settled law that the right to freedom of speech and expression in 19 (1a) includes the liberty of the press.

In various **Indian cases**, the Supreme Court of India has affirmed in ascertaining the reasonableness of restriction on the exercise of rights secured under the Article 19.

[18] *Supra* Note 7, p. 119

Bennett Coleman and cooperation v. Union of India(1972)is a case of great significance in the area of freedom of speech and expression.India faces a shortage of indigenous newsprint. Therefore, newsprint has to be imported from foreign countries. Because of the shortage foreign exchange, quantity of newsprint imported was not adequate to meet all requirements. Some restrictions therefore, become necessary on the consumption of newsprint. By a majority, the Supreme Court declared the policy unconstitutional. The court maintains that the freedom of the press embodies the right of the people to speak and express. The freedom of speech and expression is not only in the volume of circulation but also in the volume of news and views. The press has the right of free publication and their circulation without any obvious restraint on publication. In the words of the court: "Freedom of the press is both and qualitative and quantitative. Freedom lies both in circulation and in content."

Brij Bhushan v. State of Delhi (1950), an order issued under Section 7(1) (c) of the East Punjab Safety Act, 1950, directing the editor and publisher of a newspaper "to submit for scrutiny, in duplicate, before publication, till further orders, all communal matters and news and views about Pakistan, including photographs and cartoons" was struck down by the Supreme Court, observing: there can be little doubt that the imposition of pre-censorship on a journal is a restriction on the liberty of the press which is an essential part of the freedom of speech and expression declared by Article 19 (1)(a).

Romesh Thappar v. State of Madrash (1950), the notification banning the entry into or the circulation, sell or distribution in the state of Madrash or any part of it of the newspaper entitled *Crossroads* published at Bombay was invalid, because, "without liberty of circulation, the publication would be of little of value."

Sakal Papers Pvt. Ltd v. Union of India (1962), the right to freedom of speech is infringed not only by a direct ban on the circulation of a publication, but also by an action of the government which would adversely affect the paper.

13. Some other Aspects of the Freedom of Expression and Speech in India

- Commercial speech is also a part of the freedom of speech and expression guaranteed under Article 19 (1) (a).
- Demonstration being visible representation of ideas would be protected as a form of speech provided they are not violent and disorderly, but a strike is not included within the ambit of freedom of speech.
- Dramatic performance is a form of speech and expression. The constitutionality of films as a media of expression and its prior censorship came up in K.A. Abbas v. Union of India case.
- Right to know, receive and impart information has been recognized within the right to freedom of speech and expression.

- The right to reply, i.e. the right to get published one's reply in the same news media in which something is published against or in the relation to a person has also been recognized under Article 19 (1) (a).
- Telephone is also a means of expression. A person talking on telephone exercises his right to freedom of speech and expression.
- Voting at an election is a form of expression.
- Right to fly the national flag, freely with respect and dignity is included in Article 19 (1) (a). But unlike the United States the court has disapproved flag burning as free speech or free expression.

From above analysis, it is evident that Grounds contained in Article 19(2) shows that they are all concerned with the national interest or in the interest of the society. The first set of grounds i.e. the sovereignty and integrity of India, the security of the State, friendly relations with foreign States and public order are all grounds referable to national interest, whereas, the second set of grounds i.e. decency, morality, contempt of court, defamation and incitement to an offence are all concerned with the interest of the society.

14. Freedom of Expression in USA

America is leader country as far as protection of freedom of speech and expression is concerned. It provides very wide interpretation of freedom of speech to its citizen. Freedom of speech, of the press, of association, of assembly and petition -- this set of guarantees, protected by the First Amendment, comprises what we refer to as a freedom of expression. However, initially there was no provision for protecting freedom of speech in American Constitution, but very soon realizing the importance of freedom of speech it amended its constitution and pave way for protection of speech and expression. The first amendment of the American constitution specially provides that -

"Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances".

Although the text of the Amendment prohibits only the USA Congress from enacting laws that abridge the freedom of speech, the Supreme Court used the incorporation doctrine in *Gitlow v.New York (1925)* to also prohibit state legislaturesfrom enacting such laws.

On the other hand, the court has recognized that the protections of the First Amendment are not limited to pure speech and writing. Rather, the first Amendments potentially protect communication of any kind. Protests, demonstration, performances, advertisements, artistic endeavours all of these are within the ambit of expression. In short, the First Amendments protects communication regardless of its nature or medium. Whether specific instances of

expression merits First Amendmentprotection or maybe censored or sanctioned by government depend on a number of factors.[19]

Government can infringe on freedom of expression in two ways. It can employ censorship to prevent a specific instance of expression from reaching the public; alternatively, it can punish someone after the fact, usually through criminal prosecution.[20] Supreme Court develops the constitutional doctrine effectively defines the scope of permissible expression and clearly place the burden on the government to prove that its restriction on speaking or publishing can be justified.

1. **The Doctrine of Prohibition of Prior Restraint-** The prohibition of prior restraint has evolved from a technical common law rule regarding the licensing of publications into a board First Amendment principle that restricts government censorship of expression prior to is utterance (Pentagon Paper Case of 1971)

2. **The Clear and Present Danger Doctrine-***Schenck v. USA* (1919), the Supreme Court speaking through Justice Holmes, first articulated the famous clear and present danger doctrine. Under this doctrine government may punish expression if it creates clear and present dangers of bringing about conditions that government has authority to prevent. In the decades following the *Schenck* ruling, the court occasionally opted for more restrictive approaches to the First Amendment, including the bad tendency, clear and probable danger, adhocbalancing tests.

3. **Fighting Words, Hate Speech and Profanity-** In the early 1940s, the court recognize that "fighting words" utterances that are inherently likely to produce a violent reaction, are outside the scope of First Amendment. An instance of hate speech that involves criminal conduct such as trespass or assault maybe subject to criminal prosecution.

4. **Symbolic Speech and Expressive Conduct-** The term symbolic speech is applied to a wide range of non-verbal communication that is subject to First Amendment protection. Of course, not every symbol is entitled to constitutional protection; depends on the circumstances in which the symbol is displayed such as **the flag salute controversy** (*Minersville School District v. Gobitis, 1940),***flag burning** is entitled to constitutional protection as symbolic speech (*Street v. New York, 1969)* and (*Texas v. Johnson 1989*). Although **public nudity** in general is not recognized as symbolic speech, nudity as a form of artistic expression may under some circumstances be granted this constitutionally protected status.

---

[19] Jr. Otis H. Stephens &John M. Secheb. (2003). *American Constitutional Law* (3rd Ed.) Belmont: Wadsworth/Thomson Learning, p. 430

[20] *Ibid*

5. **Defamation-** Government may criminalize the production and distribution of material depicting children engaged in sexual activities,regardless of whether the materials meet the legal test of obscenity (*Miller v. California, 1973).*

15. Freedom of Speech and Expression in Nepal

Nepal's first constitution, the Government of Nepal Act 1948, which was never implemented, has also mentioned about fundamental rights including freedom of speech and liberty of the press in Article 4 .

Democracy was introduced in Nepal in 1951 ending 104-year autocratic rule by-heredity Rana Regime. The democracy brought political and media freedoms, which was institutionalized in the Interim Government of Nepal Act 1951 . Article 17(2)(a) of it mentioned the freedom of speech and expression.

King Mahendra Shah promulgated the Constitution of Nepal 1962 after dismissing popularly elected government that led to 30-year of autocratic Panchayat regime. Although the press was tightly controlled during the Panchayat regime, the Constitution, in Article 11, had guaranteed the freedom of speech and expression under the fundamental rights.

The 1990 Popular Movement restored the multi-party democracy and the constitutional monarchy. The promulgation of the Constitution of Nepal 1990 ushered a new era of liberal democracy and press freedom. The Constitution guaranteed freedom of expression and opinion in Article 12, press and publication rights in Article 13 and right to information in Article 16 under the fundamental rights. Despite the constitutional guarantees, the press freedom, including other civil liberties, were suspended when the state of emergency was imposed in 2001 and 2005. On both occasion, the government issued directives to media restricting reporting and publication of certain issues. On November 25, 2001, Nepal was declared in state of emergency after more than 280 people were killed in clashes between Maoists and security forces. The emergency order suspended at least seven constitutional articles and clauses guaranteeing civil liberties, including the freedom of opinion and expression. On February 1, 2005, King Gyanendra Shah dismissed the popularly elected government and imposed Royal Rule under the state of emergency suspending civil liberties. Before the emergency was declared, the army had already reached newsroom… and on next two days, the government issued two directives restricting media. On both occasions, the media came under immense pressure and unprecedented direct restriction. Those experiences led to media rights Press Freedom in Constitution of Nepal 2015 .Nepal organizations to demand 'complete press freedom' in the preamble of the constitution, which was included in the Interim Constitution 2007, promulgated after overthrowing of the monarchy by popular movement. The 2007 Constitution guaranteed free expression, right to information and equal freedoms to the press, broadcasting and online media. It's a step ahead than earlier constitution in a provision that constitutionally prohibits obstruction to any print or broadcasting or television medium.

On September 20, 2015, the Constituent Assembly promulgated the Constitution of Nepal 2015. The new constitution replaced the Interim Constitution, in effect since January 15, 2007. The Constituent Assembly was instituted as the result of the popular movement, also known as Jana Andolan II, and was one of the demands of the decade-long Maoist conflict. The Constitution of Nepal 2015, in principle, is the outcome of the Maoist conflict, people's movements, the Madhesh Uprising and other political movements to establish an inclusive democracy. Press freedom, and the underlying principles of it including the freedom of expression and opinion, is important ingredients of democracy.

The freedom of expression and mass media are most important freedoms for political freedom, which is the basic foundation of democracy… in modern world, the freedom of expression is considered the oxygen of democracy. The constitutional guarantee of the press freedom is an indicator towards the system of governance. In absence of the constitutional guarantee of press freedom, no government in the world could be considered democratic.

The Preamble of the constitution mentions that the constitution is promulgated 'expressing commitment to create the bases of socialism by adopting democratic norms and values, including… civil liberty, fundamental rights… complete press freedom'. Paragraph 6 of the Preamble of the Constitution of Nepal 2015 states: Expressing commitment to create the bases of socialism by adopting democratic norms and values, including peoples' competitive multi-party democratic governance system, civil liberty, fundamental rights, human rights, adult franchise, periodic elections, complete press freedom and an independent, impartial and competent judiciary, and the concept of rule of law.

The freedom of opinion and expression is guaranteed on Article 17 (2) (a) under the Fundamental Rights and Duties in Part 3 of the Constitution. Article 17 states:. Right to Freedom: (1) except as provided for by law no person shall be deprived of her/his personal liberty. (2) Every citizen shall have the following freedoms: (a) freedom of opinion and expression… However, the freedom of opinion and expression is not absolute and is governed by the 'reasonable restrictions' in the explanatory clause: Provided that, nothing in shall be deemed to prevent the making of an Act to impose reasonable restrictions on any act which may undermine the nationality, sovereignty, independence and indivisibility of Nepal, or federal units, or jeopardizes the harmonious relations subsisting among the people of various caste, ethnicity, religion, or communities, or incites racial discrimination, or untouchability, or disrespects labor, or any act of defamation, or contempt of court, or an incitement of offence, or is contrary to decent public behavior or morality.

It is important to note that nationality, sovereignty, independence, and indivisibility (or territorial integrity) are also stated as fundamental subjects of Nepal's national interest in Article 5 of Part 1 of the Constitution which also states 'act and conduct against national interest shall be punishable by Federal law'. Besides that, to protect nationality, sovereignty and integrity of Nepal by pledgingallegiance to the nation, abide by the constitution and law,

compulsorily enlist when the state needs the service and to protect and conserve public property are listed as duties of each citizen in Article 48.

Freedom of opinion and expression is not an absolute right and it's the global practice to 'reasonably restrict' the rights to ensure that the rights do not contradicts with other fundamental rights and also to safeguard the State's existence. In this regard, the list of possible restrictions provided by the Article 19 (3) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) is the guiding principle for any member state in formulating restriction on freedom of expression and opinion. Under this provision, the ICCPR allows member states to restrict freedom of expression for respect of the rights or reputations of others; and for the protection of national security or of public order, or of public health or morals. Further, such restriction shall have to be provided by law and must be necessary. However, the reasonable restrictions in the Constitution of Nepal 2015 is vague in nature, beyond what is permitted in the ICCPR and open to the arbitrary interpretations. Whereas the restrictions attempt to address the issue of national security, hate speech and human rights, the wordings are such that they leave a lot of blank spaces for interpretations thus pose multiple threats to the press freedom.

Nepal as a member of the international community has assessed and ratified a number of international instruments, including the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and the ICCPR. As a state party to international conventions, Nepal has specific international obligations. Article 2 of the ICCPR requires state party to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the ICCPR, without distinction of any kind, such as race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Pursuant to this provision, Nepal is obliged to ensure the rights protected under the ICCPR to everyone within the territory of Nepal. However, the right to freedom of expression and opinion under the new Constitution is guaranteed only to its citizen.

In Article 19, the Constitution has provided for the right to communication. The guarantees provided under right to communication were guaranteed under the right to press and publication (Article 15) in the Interim Constitution. Under this provision the constitution guarantees no prior censorship, no closure/seizure or cancellation of registration for contents and no obstruction in the means of communication, which states: (1) There shall be no prior censorship of publications and broadcasting, or information dissemination, or printing of any news item, editorial, article, feature, or other reading material, or the use of audio-visual material by any medium, including electronic publication, broadcasting and printing. (2) If there is any broadcasting, publishing or printing, or dissemination of news, article, editorial, feature, or other material through the medium of electronic equipment or the use of visuals or audio-visuals, no radio, television, online publication or any kind of digital or electronic equipment, or press, or other kind of media outlet, shall be closed, seized, or their registration cancelled for publishing, or transmitting, or broadcasting such material. Provided

that nothing in this clause shall be deemed to prevent the making of Acts to regulate radio, television, online or the use of any other kind of digital or electronic equipment, printing press or other medium of communication. (3) No means of communication including the press, electronic broadcasting and telephone shall be obstructed except in accordance with law.

Press Freedom in Constitution of Nepal 2015 is identical to the provision on right to press and publication in the interim constitution. However, the new constitution has extended the ambit of the restriction by allowing the state to make law to impose restriction on any act that disrespects labor, or incites untouchability or gender discriminations, in addition to other existing restrictions. As mentioned above, such a provision is beyond the restriction provided by the Article 19, ICCPR. Further, the provision is ambiguous and open to interpretation. For example, it is wide open for interpretation to define what constitutes disrespect to labor.

In Article 27, right to information is guaranteed to every citizen who has the constitutional right to seek information on any matters of concern to her/him or the public provided that nothing shall be deemed to compel any person to provide information about which confidentiality is to be maintained according to law. This provision on right to information is similar to the provision on right to information in the Interim Constitution. The right to information is part of the right to freedom of expression and opinion which includes the right to seek, receive and impart information. In this way, the ICCPR has guaranteed the right to information for everyone just like the right to freedom of expression and opinion. Limitation to a fundamental right should be clearly mentioned in the constitution itself. A legal provision cannot limit the constitutional protection. However, the provision under Article 27 provides that the constitutional guaranteed does not apply to the information about which confidentiality is to be maintained according to law. There are a number of statutory provisions under different Acts, which require the government official to maintain secrecy and keep the information confidential. In this way, the citizens have not been able to enjoy the constitutional guarantee provided by the constitution.

In Article 28, the constitution enlists right to privacy as a fundamental rights stating: Except in circumstances provided by law, privacy in relation to the person, and their residence, property, documents, records, statistics and correspondence, and their reputation are inviolable. The constitutional protection of the right to privacy is similar to the protection provided by the interim constitution. The provision under Article 28 has provided unrestricted power to the state to frame any kind of law on right to privacy. This constitutional provision has not been able to guide the state/legislature about its limitation while making law on privacy.

As mentioned above, limitation to a constitutionally guaranteed right should be provided in the constitution itself. In addition to the fundamental rights chapter, the constitution has a number of provisions relating to freedom of expression or press freedom. In Part 4

concerning the Directive Principles, Policies and Responsibilities of the State, the Constitution states that the State shall pursue the policies regarding political and governance system under which one of the duty of the state, Article 51 (b) (5), is 'making necessary provisions to make the mass media clean, healthy, impartial, dignified, responsible and professional'. It may take up to three years for complete enforcement of the rights conferred under the fundamental rights. Article 47 on the implementation of fundamental rights states: For the enforcement of the rights conferred in this Part, the State shall make legal provisions, as required, within three years of the commencement of this constitution.

Emergency Powers and the Press Freedom In Article 273 of Part 30, the Constitution of Nepal 2015 empowers the President to declare a state of emergency in Nepal or any specified part thereof. It states: Emergency Powers: (1) In case a grave emergency arises in relation to the sovereignty or territorial integrity of Nepal or the security of any part thereof, whether by war, external attack, armed revolt, extreme economic breakdown, natural calamity or epidemic outbreak, the President may, by Proclamation or Order, declare a state of emergency to be enforced in Nepal or any specified part thereof… (10) While issuing the Proclamation or Order of state of emergency pursuant to clause (1), the President may suspend the fundamental rights provided in Part 3 so long as the Proclamation or Order is in operation. Provided that, Article 16, section (c) and (d) of Article 17(2), Article 18, 19 (2), 20, 21, 22, 24, 26 (1), 29, 30, 31, 32, 35, 36 (1) and (2), 38, 39, 40 (2) and (3), 41, 42, 43, 45 and the right to constitutional remedy and right to habeas corpus related to Article 46 shall not be suspended. (11)

In circumstances where any Article of this constitution is suspended pursuant to clause (10), no petition may be made in any court of law, nor any question be raised for the enforcement of the fundamental rights conferred by such Article. In the state of emergency, the right of freedom of expression and opinion, right of information and right to privacy can be suspended and no question could be raised in any court of law. Article 19 (1) can be suspended whereas 19 (2) cannot be suspended. This means that during the emergency, the state can control the media by exercising prior-censorship and regulate them by deciding what can be printed and what cannot be printed (Sub-section 1), but it cannot close down or seize media or cancel registration thereof (Sub-section 2). State of emergency is an exceptional situation when the existence of state itself is in crisis. Theoretically, the state is busy protecting itself in such a situation that it cannot protect the rights of the citizens. Thus, in such situation state is allowed to derogate itself from guaranteeing rights. However, even during emergency, the fundamental rights could be derogated only to the extent necessary. All the fundamental rights mentioned in the Clause 10 of Article 273 might not be necessary to suspend in all types of emergency. For example, freedom of expression and opinion need not be suspended during an emergency erupted due to the natural calamities. However, the constitutional has blocked the door to assess the necessity. Based on our experience in recent past, the power to state of emergency is susceptible to misuse.

16. CONSTITUTIONAL PROVISION OF RESTRICTIONS

Nepal's constitution subjected freedom of expression and freedom of opinion to certain limitations and restrictions. The differences between Nepal's restrictions and international law have a significant impact on fundamental rights. Therefore, it is essential to put all restrictive provisions through the three-part test to determine their proportionality in achieving legitimate interest. The constitution proposes twenty different grounds to justify limitations on freedom of expression. According to Article 17, section 2a, (1) the right to freedom of opinion and expression shall not "prevent the making of an Act to impose reasonable restrictions on any act which may undermine the sovereignty, territorial integrity, nationality and independence of Nepal or the harmonious relations between the Federal Units or the people of various castes, tribes, religions or communities or incite caste based discrimination or untouchability or on any act of disrespect of labour, defamation, contempt of court, incitement to an offence or on any act which may be contrary to public decency or morality." Most of the exceptions specified in these restrictive clauses are also found in international law. A few, such as "harmonious relations between federal units" and "reference to nationality" are very low standards for imposing legitimate restrictions. Protection of the national sovereignty and territorial integrity of the country provides valid grounds for the restriction on freedom expression. Under the international law the national security is valid ground for the restriction on the freedom of expression whereas under the Nepalese Constitution protection of the national sovereignty and territorial integrity serves as the valid ground for similar restriction. However, the use of term nationality in this section does not seem to serve any usefulness in this context.

The national sovereignty and territorial integrity of Nepal, provides valid grounds for restrictions in the name of national security; however, the term "nationality," as used in this section, hardly justifies any legitimate threats or interests. The reference to harmonious relations among different religions, castes, tribes, and communities is more problematic. Of course, promoting harmonious relations among populations is a legitimate goal, and it can be argued that some forms of freedom of expression could potentially jeopardize positive discussions or support discrimination. However, it can also be argued that progressive discussion or thought that empowers underprivileged communities may positively impact harmonious relations. Only discriminatory activity and expressions, such as hate speech, should be restricted, as per article 20 of the ICCPR. Federal units are merely political divisions or a means of decentralization of governance of a country. Maintaining harmonious relations between federal units can be in the best interests of the nation; which can be achieved through government policies and programmes. Any limitation on the freedom of expression to protect harmonious relations between federal units would discourage people from criticising the government policy on decentralisation. Enabling a more constructive dialogue between the government and the ordinary people is one of the main functions of democracy. Risking this democratic objective may not be justified as proportionate to

maintaining harmonious relations between federal units. The 'disrespect' for labour is totally out of the scope of the legitimate interest to limit the freedom of expression. Promoting a respect for labour is, of course, a valid intention of a political society, but anything otherwise could not be reconciled with fundamental freedoms. A respect for labour can be achieved through policies or programmes that augment the lifestyles of hardworking people and by securing labour rights through strong legal mechanisms. Article 48 (C) of the constitution deals with the duties of the citizen. One of the duties and responsibilities is to render compulsory service as and when the state so requires. This provision somehow reflects the coercive intention of the state to compel people to offer ther labour to the government. This concept massively conflicts with the principle of civil liberties.

In the case of the implementation of this provision, there could be a huge debate on the nature and scope of civil liberty. The intention of this restriction based on respect for labour could be construed as means to interrupt such debates. The restrictive clause of the freedom of expression are looks like as an item of laws rather than legitimate interest. Such as defamation is a law to protect the reputation of others. Contempt of court and the incitement of crimes are laws that maintain the public order and respect for the rights of others. Including these laws in restrictive provisions may automatically acquire the status of the constitution. Whereas laws imposing restrictions on the freedom of expression should be made subject to the constitutional test. Moreover, the phrase 'may undermine' does not reflect pressing needs that lower the standards of the legitimate interest.

The concept of the national interest has been protected by strong provisions in the current constitution (Article 5). The safeguarding of freedom, sovereignty, territorial integrity, nationality, independence and dignity of Nepal, rights of the Nepalese people, border security, economic wellbeing and prosperity shall be the basic elements of the national interests of Nepal. Freedom, the dignity of Nepal, the rights of the Nepalese people, border security, economic wellbeing and prosperity are new concepts, and they were not included in the restrictive provision regarding the rights to free expression and opinion, the right to information and the right to communication. These concepts restrict the rights and freedoms provided elsewhere in the constitution. According to Section 2 of Article 5 of the constitution, any conduct and act contrary to the national interest shall be punishable by the federal law (Article 5 (2). Serving the national interest is a welcome goal; however, the consequences of this provision can have a negative impact on the freedom of expression. Section 15 of the Press and Publication Act and Section 7 of the National Broadcasting Act prescribed the national grounds to impose prior restrictions on publication and broadcasting.

The supreme court also held that the government may determine how the national interest can be served and validate these legal provisions . With the new constitution's evolution, the constitution itself determines the elements of national interest that would bring further restrictions. By virtue of the supreme court's acknowledgement and legislative provisions, the ten different elements of these constitutional provisions are automatically part of the

restrictive provisions elsewhere in the constitution. Accordingly, Section 2 of Article 5 declares that all conduct and acts contrary to the national interest are punishable. The spirit of this provision and purposed punishment clearly erode the foundation of the freedom of expression that is recognized and established as a principle by the European International Court of Human Rights in Handyside v United Kingdom. Democratic activities such as criticizing the government would be punishable under this provision. Anyone criticizing the government's economic policy would be seen as contrary to economic wellbeing and subject to punishment. In terms of the meaning and value of protected elements, they can be achieved through progressive governmental programmes and policies. Constructive dialogue among the people is essential to serve the national interest rather than imposing restrictions on fundamental rights.[21]

The Criminal Code was adopted in 2017 alongside five other Acts, designed to replace the Civil Code, 2021. In Criminal Panel Code, the chapter on Crime against public peace (Sec. 60, 65,72) has provisions related with freedom of speech and expression.

Similarly, in the chapter on Crime against Personal Privacy. (Sec. 293 and 294) has provisions which criminalize the privacy of a person without his/her consent. Also. The chapter on defamation (Sec. 305, 306[2(1, 2, 3)] has provisions which criminalize such activities.

17. Some cases related with right to freedom of speech and press in Nepalese Perspective

- Phatte B. Singh v. Sampadan (NKP, 2015), Dn. 5, Vol. 1, and Page 35:

Government can impose reasonable restriction to any publication if it causes defamation to the public.

- Shiva B. Karki ET. AL v. Cabinet Sec. (NKP, 2045), Dn. 3535, Vol. 8, Page 808 (Government has no right to expel the licence of publication only for the failure to submit its copy to the Information Department)

- Thir Pd.Pokhrel v. Harirar Birahi. (NKP, 2049)

- Madhav Kumar Basnet v. Ministry of Information and Technology ET. AL (NKP 2058), Dn. 7018, Vol. 7, 8, Page. 392

According to National Transmission Act, 2049, Sec. 7, Government can impose ban on the any news item only for 6 months considering the situation of any part of Nepalese territory

[21] Kandel, N. D. (2017). Standard Review of Freedom of Expression and Censorship in Nepal. *International Journal of Culture and History,3*(1), 56-62. Retrieved from http://www.ijch.net/vol3/078-SD0021.pdf

but no executive order or departmental order can impose ban on the transmission, should be considered as violation of Freedom of expression and press.

- BikasLakaiKhadka ET. AL v. Office of Prime Minister ET. AL, NKP 2070, Vo. 10, Dn. 9069, Page 1288

  Freedom of Speech and Expression is also incorporated in its ambit the right to select and right to reject the candidacy of any political party. (Right to no vote or reject vote)
- Advocate Babu Ram Aryal ET. AL v. Government of Nepal, NKP 2074, Vo. 1, Dn. 9740, Page. 25

  In the state of emergency or for the nation's security, government can impose ban on circulation of information by following certain due process. Call detail report, SMS, cannot be exposed publicly in the name of investigation (Right to Privacy).
- Advocate Shree Krishna Subedi ET. AL v. Government of Nepal, NKP 2073, Vo. 9, Dn. 9670, Page. 1663

  Causing defamation by any article published in paper should be liable for just compensation. Journalism is a very sensitive profession but while doing so, one must be cautious regarding if he is infringing the right of Individual Respect and Dignity.
- Advocate BhojBdr. K.C. v. Governemnt of Nepal. NKP 2074, Vo. 7, Dn. 9839, Page. 1192

  A call for general strike is a symbol of speech and expression but it should be influenced by voluntariness, rather than pressure and violence.
- Recently, in Maitighar Mandala case. The Supreme Court has given an interim order that government can define the area for demonstration. So the Government has the jurisdiction to impose ban on certain activites which disturb the public peace and security.

Conclusion

The conclusions to be drawn from the above discussion are i) the new constitution and legislative framework in Nepal fails to meet internationally recognized requirements regarding the freedom of expression to the extent that, it does not guarantee to every citizen "the right to seek, receive and impart the ideas of all kind", as the expression in the new constitution that 'every citizen should have freedom of opinion or expression, is very vague and open ended, and thus subject to conflicting interpretations; ii) the new constitutional and legislative framework doesn't seems to have learned the necessary lessons from the history of arbitrary suppression of the freedom of expression by those in power; iii) the new Nepali constitution seems to allow the restriction of the freedom of expression on 20 different grounds rather than five specific and restrictive grounds as allowed by the international standards; iv) the restrictions imposed do not comply with the internationally recognized three tests, such as the need to be sanctioned by law, imposed for the legitimate grounds and

compliance with the test of necessity and proportionality; v) as the case of Acharya v Chaudary demonstrates that in Nepali legal system and practice, the new media, such as online news blogs/social media, etc., are not given the same respect and recognitions as afforded to the traditional print and electronic media; vi) the recommendation of this paper is that the new democracy in Nepal is very fragile and it's long term future can only be assured by the respect for the freedom of expression, both in law and practice, in accordance with the currently accepted international standards.

Bibliography

Constitution

I. *Government of Nepal Act 1948*
II. *Interim Government of Nepal Act 1951*
III. *Constitution of Nepal 1962*
IV. *the Constitution of Nepal 1990*
V. *The Interim Constitution of Nepal, 2007*
VI. *Constitution of Nepal 2015*

Code

I. *Muluki Criminal Panel Code, 2074*

Books

I. Acharya, D. B. (2012). *MY ESSAYS IN LAW, MEDIA, FREEDOM AND POLITICS.* Kathmandu: AK Books and Educational Enterprise Pvt. Ltd.
II. Basu, D. D. (2010). *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* (2nd ed.). Wadhwa, Nagpur: Lexis Nexis Butterworth
III. Dicey, A. V. (2014). *AN INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION*(10th ed.). New Delhi: Universal Law Publishing
IV. Kapur, A. C., & Mishra, K. K. (2012*). SELECT CONSTITUTIONS*(16th ed.). Ram Nagar, New Delhi: S. CHAND & COMPANY.
V. M.P. Jain. (2011). *Indian Constitutional Law* (Sixth Edition). Nagpur: Lexis Nexis Butterworth Wadhawa
VI. Pandey, J. N. (2011). *THE CONSTITUTIONAL LAW OF INDIA* (48th ed.). Allahabad: Central Law Agency.
VII. W., & P. (1960). *CONSTITUTIONAL LAW* (6th ed.).

Constitutionalism And Its Implementation In Nepal

✍ **Yubaraj Mahat***

1. Introduction

Constitution is the supreme law of a country. It defines the fundamental structure and principles governing the state and also defines rights and duties. According to the first very principle laid down in the constitution, any law that is inconsistent with the constitution is invalid to the extent of such inconsistency.[1] Constitution represents a compilation of the guiding principles and rules through which system of governance of a nation is determined and carried out. It is an essential document that decides the functions, duties, powers and interrelations among the organs of the state. It is therefore the fundamental law of land.

Black's Law Dictionary defines constitution as the fundamental and organic law of a nation or state that establishes the institution and system of government, defines the scope of governmental sovereign powers, and guarantees individual civil rights and civil liberties.

Likewise, Lord Bryce defines constitution as the aggregate of laws and customs under which the life of the state goes on. Famous Jurists Sir Ivor Jennings states that constitution denotes a document that includes the structure, powers and rules of procedure of major government organs. Similarly, philosopher Aristotle has taken constitution a way of life which the state has chosen for itself.

Constitution may be written or unwritten. It establishes the character and conception of its government, laying the basic principles to which its internal life is to be conformed, organizing the government, and regulating, distributing, and limiting the functions of its different departments, and prescribing the extent and manner of the exercise of sovereign powers.[2]

The rules laid down in the constitution are partly legal in the sense that courts of law will recognize and apply them, and partly non-legal or extra-legal, taking the form of usages, understanding, customs or conventions which courts do not recognize as law but which are not less effective in regulating the government then the rules of law strictly so called.[3]

---

* Deputy Attorney, Office of the Attorney General, Nepal. E-mail: yubarajmahat@gmail.com

1 Art. 1, The Constitution of Nepal.

2 The Law Dictionary, *What is Constitution*, http://thelawdictionary.org/constitution.

3 K.C. Wheare (1967), Modern Constitutions, London: Oxford University Press, Second Reprinted Edition, P.2.

The term constitution is used in two widely differing senses. It may mean the written instrument of fundamental law which outlines the governmental system, defines the power of governing bodies, enumerates and guarantees rights of its citizens and lays down other principles and rules to be observed in carrying on the affairs of the state. It may denote the whole body of laws, customs and precedents either partially or not at all committed to writing, which determine the organization and workings of government.[4]

A codified constitution is a nation's founding document, which not only constitutes the nation, but also establishes the rules for its governance.[5]

A constitution is rightfully named as the fundamental or supreme law of land due to the following plausible reasons:[6]

I. A constitution is created through a unique and exclusive process, much complicated and time-consuming than for regular statutes.
II. A constitution is promulgated by a sovereign state official by exercising the state authority vested in the nation's people.
III. The constitution serves as bedrock for the entire system of governance.
IV. A constitution is a living document which confers powers to the government, lays down the procedures for the exercise of those powers as well as makes the government accountable to the masses.
V. No source may be higher than a prevailing constitution with regards to the making of new laws.
VI. Constitution is the only document that creates the state organs, provides for separation of powers and imposes checks and balances so
VII. The constitution has to be observed not only by the citizens of the concerned state but also by aliens residing within its territory.

In the words of Kelson, hence, a constitution can be referred to as the Grundnorm, the superior norms to which all other norms are subordinate and other nomrs derive their validity from this highest norm.

---

4 JN Verma and MA Gharekhan, The Constitutional Law of India and England (2nd edition, Popular Book Depot 1993)227.

5 Keith E Whittington, Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review (University Press of Kansas 1999)6.

6 Sharma Narayan Prasad, Rudiments of Constitutional Law, Lumbini Prakashan Bagbazar, Kathmandu Nepal, 1st. edition, 2016. p. 4

2. Constitutional Law

Constitutional law deals with the structure and powers of the government. The constitutional law of the land seeks to establish the fundamental organization of the government and administration, lays down their structure, composition, powers and principal functions, defines the inter-relationships of one organ with another and regulates the relationships of one organ with another and regulates the relationship between the citizen and the state, more particularly the political relationship. Constitutional law is more than Constitution. It is a subject of constitution but constitution itself cannot be unconstitutional law.[7]

Constitutional law as the foundation upon which government is built and other laws are created. Hence, understanding of constitutional law is imperative. Other non-legal rules are not enforced by the court and they are not under the constitutional law but under constitutional law those rules may come under consideration when they are enacted by the sovereign power and can be enforced by the court.[8]

Constitutional law is the study of fundamental laws that govern the scope of powers and authorities of various bodies in creation and execution of other laws by a government. Most commonly, constitutional law is the law of these fundamental laws, customs, and constitutional conventions in regard to nation-states. The constitutional law may also be informed by history, custom and unwritten constitutional conventions.[9]

Salmond opine that constitutional law is a body of those legal principles which determine the constitution of a state, i.e. the essential and fundamental portion of the state organization.

Famous jurist AV Diecy says constitutional law, as a term, is used to include all those rules which directly or indirectly affect the distribution or exercise of the sovereign power in a state.

Constitutional law should express a degree of consensus about the organs and procedures by which political decisions are taken. Constitutional law should reflect the value that people attach to human relations, to individual freedom under the law and to institutions such as parliament, political parties, free election and a free press.

Constitutional law also accords clarity to the constitutional provision, help in a just and true interpretation of the constitution itself and also aids in the effective implementation of the supreme law of land.[10]

---

7 Bhandari Krishna P. Senior Advocate, Foreword to the First Edition, Constitutional Law and Comparative Nepalese Constitutions, 2nd edition, Pairavi Prakashan, 2016. Nepal.

8 Kharel Laxmi Prasad, Constitutionalism: Global and Nepalese perspective, Kharel Legal Service Centre, Anamnagar, Kathmandu, Nepal, 2011 p.17

9 Bhandari Krishna Prasad, p.2

10 Sharma Narayan Prasad, p. 13

3. Constitutionalism

Constitutionalism denotes the basic idea of limited government under the rule of law. This requires imposing limits on the powers of government, adherence to the rule of law and the protection of fundamental rights.[11]

Constitutionalism is the doctrine which governs the legitimacy of governmental action. This is anti-thesis of arbitrary rule. It is opposite of despotic government. This represents the concept of limited government. The aim of constitutionalism is to ensure good government, which has optimum power to deliver goods and service to the people for their all-round development, respects rule of law and finally respects basic human rights.

Government will be accountable to the people in the notion of constitutionalism. In the theory of constitutionalism there are powers, procedures and functions of government are specified, defined, prescribed and limited by the constitutional provisions.

The doctrine of constitutionalism suggests the power within legal limitation. This principle respects individual rights and liberty. In constitution, there is a provision of separation of power and check and balance. This notion does not believe in absolute powers and nominal power of the government is exercised. It believes that power is needed to a limited democratic government. Constitutionalism is the backbone of any limited democratic government.

A few definitions relating to the constitutionalism are as following:[12]

- David Felleman says-Constitutionalism is descriptive of a complicated concept, deeply embedded in historical experience, which subjects the officials who exercise governmental powers to the limitations of a higher law.
- Don E. Fehrenbacher says Constitutionalism is a complex of ideas, attitudes and patterns of behaviour elaborating the principle that the authority of government derives from and is limited by a body of fundamental law.

Constitutionalism is a notion, often associated with the political theories of St. Thomas Aquinas, John Locke, Jean Jack Rousseau, William Paine and the founders of the American republic, that government can and should be legally limited in its powers, and that its authority or legitimacy hinge on its observing of these limitations.

Constitutionalism implies faithful devotion towards the constitution. Constitution is a means to obtain the end of constitutionalism. Montesquieu has correctly said that *the state is a necessary evil.* In the absence of a regulating state, the society will turn anarchic, uncontrollable and dangerous. The state gorges careful balance between competing interests. The state is equally a predator in a sense that it is constantly on the lookout to infringe

[11] M. Rosenfeld, Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy, 1994, p. 3
[12] Sharma Narayan P., p. 77

individual and group rights. As such, several theories have been floated to curb the oppressive instincts of state, of which constitutionalism is the most paramount one.[13]

Constitutionalism stresses on the validity and legitimacy of state rulers. It holds that the government and system should not only be constitutional and lawful but also accountable to and approved by the public. Constitutionalism, as a tenet, does not rule out the inevitability of government or a system but advocates that such rule should be free from the vices of arbitrariness, despotism and extremism.

Constitutionalism can be known as the doctrine that governs the legitimacy of government action, and it implies something far more important than the idea of legality that requires official conduct to be in accordance with pre-fixed legal rules. In other words, constitutionalism checks whether the act of a government is legitimate and whether officials conduct their public duties in accordance with laws pre-fixed/ pre-determined in advance. The latter definition shows that having a constitution alone does not secure or bring about constitutionalism. Except for a few states which have unwritten constitutions, today almost all the nations in the world have constitutions. This does not, however, mean that all these states practice constitutionalism. That is why constitutionalism is far more important than constitution.

A. Features of Constitutionalism

According to Barnett, constitutionalism embraces limitation of power (limited government), separation of powers (checks and balances) and responsible and accountable government.[14]

To understand constitutionalism, it is necessary to understand the main components of constitutionalism. There are few components of constitutionalism which are said to be the basic infrastructure of constitutionalism. The components of constitutionalism are[15]:

- supremacy of law,
- rule of law,
- supremacy of the written constitution,
- independent and competent judiciary,
- separation of powers,
- check and balance,
- elected government by periodic election system,
- judicial review,
- fundamental rights,

---

[13] ibid. p 78
[14] MIZAN LAW REVIEW Vol. 3 No.2, September 2009, p. 358
[15] Kharel, p.100

- strong and accountable opposition,
- amendment provision by the majority in constitution,
- good governance,

Constitutionalism operates a check on the powers of the state. A constitution, which is in conformity with the principle of constitutionalism on the exercise of the powers of the organs of the state is said to be foundation stone of democratic norms and values. Also, constitutionalism is natural concomitant of a written constitution is bound to define and delimit the powers and functions of various organs of the state and a government under a written constitution can only be limited government.[16]

The growth of constitutionalism reflects the effort to check or minimize the evil element of the state. Constitutionalism therefore essentially emerged as a reaction to excess of the state.[17] Constitutionalism has one essential quality: it is a legal limitation on government; it is the antithesis of arbitrary rule; its opposite is despotic government, the government of will instead of law.[18]

Constitutionalism is modern concept to limit the arbitrary action of government, to guarantee the right of governed and to define the operation of the sovereign power. Constitutionalism is the contradiction to absolute and arbitrary power.[19]

Constitutionalism recognizes the necessity for the government but insists upon limitation being placed upon its powers. It connotes in essence, therefore, a limitation on government; it is antithesis of arbitrary rule. Its opposite is despotic government, the government of will instead of government of law.[20] Constitutionalism tries to ensure accountability of the government to the will of the people and compels the government to deliver service to the people in the more effective manner.[21]

Constitutionalism is neither a rule nor a principle of law. It is a political theory as to the type of institutional arrangements that are necessary in order to support the democratic ideal. It

---

16 id.p.100

17 Shakya P.M. (1985) Crown, Court and Constitution, Edited by Dhungel, Bajracharya and Bajracharya, p. 43, recited by Kharel.

18 Constitutionalism, ANCIENT AND MODERN, CHARLES HOWARD McILWAIN, Eaton Professor of the Science of Government, Emeritus, in Harvard University, REVISED EDITION, GREAT SEAL BOOKS, A Division of Cornell University Press, ITHACA. NEW YORK, Copyright 1947 Cornell University, FIRST EDITION, 1940 REVISED EDITION, 1947

19 Kharel Laxmi Pd. Constitutionalism: Global and Nepalese Perspective, Kharel Legal Service Center Anamnagar, Kathmandu, Nepal, p. 16

20 Charles H. Mcllwain. Constitutionalism: Ancient and Moern(1947), Cornell University Press, New York, Recited through Bhattarai, S.K. Loktantrik Sambidhanka aadharharoo, p.2

21 Pudasaini Udhab et el, LL.M. Digest, Constitutional Law, p. 241

holds that the exercise of government power must be controlled in order that is should not be destructive of the very values which it was intended to promote.[22]

Constitutionalism is a complex of ideas, attitudes, and patterns of behaviour elaborating the principle that the authority of government derives from and is limited by a body of fundamental law. In constitutionalism government can and should be legally limited in its powers, and that its authority depends on enforcing these limitations.

The doctrine of constitutionalism suggests of least the following:

- That the exercise of power is within the legal limits conferred by parliament on those with power the concept of intra-vires and that those who exercise of power are accountable to law;
- The exercise of power irrespective of legal authority must confirm to the notion of respect for the individual and the individual citizens rights;
- That the powers conferred on institutions within a state whether legislative, executive or judicial be sufficiently dispersed between the various institutions so as to avoid the abuse of power;
- That the government in formulating policy and the electorate on whose trust power is held. [23]
- Constitutionalism is a key to check and balance the power of the government. It is ideology of political freedom and harmony in the government branches. The practice of constitutionalism is possible in the state where is freedom, equality, democratic government and where the people are the supreme sources of the power.

Constitutionalism is a storehouse of experiences, including unsuccessful and despotic government, but it is not a collection of recipes. It cannot give concrete prescriptions for a constitution and the governmental practices woven around it, but it can trigger outraged loathing. There is no satisfactory definition of constitutionalism, but one does not only feel when it has been violated, one can prove it. What brings about this almost instinctive antipathy toward certain acts of government differs from country to country and from age to age. Constitutionalism requires that freedom as self-government shall be institutionalized through the formation of branches of power that are accountable to the citizenry.[24]

---

[22] Lord Styen"The Weakest and Least Dangerous Department of Government" 1997, P.L.84, Cited by De Smith's Judicial Reviews(6th.ed), Thomson Sweet and Maxwell South Asian Edition, 2013 p.6.

[23] Hilaire Barnett, Constitutional and Administrative Law, New Delhi, Lawman(India) Private Ltd. 1996, p3-4, recited from Shyam Kumar Bhattarai, Nepalko Sambaidhanik tatha Prashasakiya Kanoon, Sopan Monthly, 2073, P. 23

[24] Harutyunyan G.G.-New Millenium Constitutionalism: Paradigms of Reality and Challenges, NJHAR YEREVAN Publisher-2013, p. 14

4. Constitution vs. Constitutionalism

The concepts of constitution and constitutionalism are linked, but the second is much more than just the respect and enforcement of the national constitution. The creation of a constitution is the result of years of progress and evolution, but, in some cases like in Japan the constitution can be imposed by invading or opposing forces, and may not embody the key values and principles that characterize a society. Building on the differences outlined in the previous section, we can identify few other aspects that differentiate constitution and constitutionalism.

A constitution is an official document that contains provisions that determine the structure of the government and of the country's political institutions, and that sets out regulations and limits for government and citizens. Conversely, constitutionalism is a system of governance defined in opposition to un-constitutionalism and authoritarianism. Constitutionalism is a principle that recognizes the need to limit the power of the central government, in order to protect basic right and freedoms of the population.

Therefore, both concepts are linked to the idea of limiting the power of the government–and somehow creating boundaries for the acts of the citizens as well but they are very different in nature. Constitutions, which are a key feature of today's western societies, have evolved during centuries and continue to adapt to the changing nature of societies and political systems. Both constitution and constitutionalism are tied to the idea of democracy and provide the legal framework for citizens to enjoy individual and collective rights. The constitution is the basic law and backbone of a country, while constitutionalism is the system of governance based on the constitution or on other core documents–and constitutional principles. In a constitutional system, the authority of the government depends on its compliance with the limitations under the law, which are often contained in the national constitution.[25]

5. Types of Constitutionalism

The notion of Constitutionalism is to ensure the limited government and good governance. This philosophy has been enhanced through the rule of law and political culture in a state. There are basically four types of constitutionalism:

- Legal Constitutionalism
- Political Constitutionalism
- Economic Constitutionalism
- Socio/Cultural Constitutionalism

[25] http://www.differencebetween.net/miscellaneous/politics/difference-between-constitution-and-constitutionalism/ visited on 29/9/2018

a) Legal Constitutionalism

In legal constitutionalism, fundamental rights are enforced through writ petition likewise: Public Interest Litigation and Judicial Activism. The delegated legislation shall be enforced by the court of law. This is negative and restrictive in nature. It has been fairly effective in several times but it is not far from criticism. This is called remedial constitutionalism too. The foundations of legal constitutionalism are: Constitutional Supremacy, Provision of fundamental rights, Independent and Competent judiciary, Basic Structure of the Constitution, Separation of Power and Provisions of Judicial Review etc. Legal Constitutionalism has been following ingredients:

- **Constitutional Supremacy and Rule of Law-**This is necessary that in legal constitutionalism there should be the constitution as an apex and the supreme law of land. In such constitution the theory of Separation of Power and Check and Balance should be provided in real sense. All laws will get validity by product of the Constitution. If there is contrary provision with the constitution then ultra-vires issue is prevailed.

- **Protection of fundamental rights-** Human rights are inherent rights of human beings. Protection of such rights is the duty of the government. Basic fundamental rights should manage within the constitution. The court has the ultimate rights to protect the people fundamental rights. The remedial provisions in the constitution and law have to be adopted.

- **Independent and competent Judiciary-** Independent and competent judiciary can provide justice to the people in order to enhance the constitutionalism. Independency and competency can prove by the apex court but such provision would be within the constitution. Judicial independence, as a concept, requires that the judiciary needs to be kept away from the other branches of government. That is, courts should be shielded against improper influence from the other branches of government, or from private or partisan interests, Judicial Independence is vital to the idea of separation of powers.[26]

- **Judicial Review-** Judicial activism is inherent in judicial review. Whether it is positive or negative activism depends upon one's own version of social change. Judicial activism is not an aberration but is a normal phenomenon and judicial review is bound to mature into judicial activism. Judicial review has come to be regarded as an integral part of a written constitution.[27] Without this provision constitutionalism could not be sustained. If legislature or executive makes the law

[26] Sharma Narayan Prasad, p. 237

[27] Prof. M P Jain, Indian Constitutional Law (5th.ed), Wadhwa Nagpur, 2006, p.4. recited by Bhattarai Shyam Kumar, Nepalese Constitutional and Administrative Law, p.331

inconsistent with the constitutionalism then that could be null and void. The supreme court of nation declares such verdict as ultra-vires. In the modern era of constitutionalism the judiciary is generally entrusted with the one role duty of protecting and preserving the supremacy of constitution through the effective weapon of judicial review by striking down laws inconsistent with the constitution not only this, the judiciary also expected to define and interpret the constitution and give life to the vague words and phrases and bridge over the lacunas inherent in the constitution.[28]

- **Separation of power and Check and Balance**: Separation of power is core value of the constitutionalism. If that provision is not in the constitution, we could not imagine about the constitutionalism. Separation of powers is an important theory of constitutional law that refers to a division of the legislative, executive and judicial functions of government among separate and independent bodies. Such a separation limits the possibility of arbitrary excess by government, since the sanction of all three branches is required for the making, executing and administering of laws.
- **Good governance:** Good governance is a means or precondition of constitutionalism and rule of law. Good governance shall also be taken as an essential precondition of economic prosperity. The word good means high quality or an acceptable standard. Good also means desired of pleasant thing that is wanted. Governance means activity of governing a country. So combining two terms we say that good governance means the governance which has high quality or governance which is desired as well as which has acceptable standard.
- **Representative Democracy:** Effective constitutionalism is not as all possible without a system of representative democracy. It is said power corrupts and absolute power corrupts absolutely. So the representative democratic system is the best alternative to reducing the extent of abuse of power. It provides institutional balance. The constitution and the law should restrict an elected government. A representative democracy is incomplete without the existence of political parties, civil society, free and fair election, and freedom of expression and real decentralization of power. No constitutionalism functions without a representative democracy.[29]

Constitutional supremacy, protection of fundamental rights, independent judiciary and judicial review are the prerequisites of legal constitutionalism. Under it, an arbitrary government is controlled and brought within the constitutional ambit. All law and acts of parliament derive validity from the constitution. Hence, legal constitutionalism presupposes that the entire acts of the executive and legislature should be intra-vires to the constitution, or else, they shall be scrapped by the courts. It seems to favour

[28] Kharel, Constitutionalism, p. 27
[29] Kharel, Constitutionalism...p30

parliamentary democracy as observed from international experiences.[30] Legal constitutionalism includes mechanism for enforcing in facts on the government through court process.[31]

b) Political Constitutionalism

Political constitutionalism tries to ensure accountability of the government to the will of the people and compels the government to deliver service to the people in the more effective manner. The political constitutionalism is non-legal and moral types of constitutionalism. The political constitutionalism plays the vital role for the limitation of the government and good governance. Under its periodic elections, representative democracy, parliamentary accountability, transparency and vote of no confidence or confidence may fall.

Political constitutionalism floats the idea that there is nothing above politics. Law is simply politics carried out by other means. Laws cannot resolve the individual and group conflicts definitely as they embody values, and not fact. A law can be called good only in the sense that a number of people hold that opinion of it. So, these conflicts can be resolved only by giving the final word to a democratically elected body more likely to resolve questions of values.

Hence, the crux of the political constitutionalism is political sovereignty as the right to make or unmake any law and remain unquestioned by any other body. It leaves the final call with a politically accountable institution, such as the president or legislature. Political constitutionalism thrives in societies where politics has matured and a culture of political consensus prevails.

In fact, the antagonism between legal and political constitutionalism has almost monopolized the debate on constitutional theory for the past few years. For this reason, political constitutionalism has been admitted chiefly as an alternative to legal constitutionalism.[32]

Political constitutionalism includes mechanisms to prevent excesses and ensure efficiency of the government through the political process of election, impeachment, accountability and transparency.[33]

---

[30] Sharma Narayan Pd., p.82

[31] Shakya P.M. p 3, Constitutionalism p.1, recited from Dimensions of Administration of Justice, edited by S.K. Bhattarai, Sopan Monthly Publication, 2061, Kathmandu, p.8

[32] Sharma Narayan Pd.P.82

[33] Shakya P N, p.3, recited by S.K. Bhattarai. p. 8.

c) Economic Constitutionalism

This concept is based on the holistic economic development approach of the nation. All financial resources and means are justifiable and equitable distributed in overall fields of the state.

The economic objective of the state shall be to achieve a sustainable economic development, while achieving rapid economic growth, by way of maximum mobilization of the available means and resources through participation and development of public private and cooperatives, and to develop a socialism oriented independent and prosperous economy while making the national economy independent self-reliant and progressive in order to build an exploitation free society by abolishing economic inequality through equitable distribution of the gains.[34]

d) Socio/Economic Constitutionalism

Society's needs reflect in the constitution and law.The law must be made as per the need of the society on this ground. This is called anthropology of law and sociology of law.[35] These norms said inclusive democracy, positive discrimination and legal anthropology. Right to equality, right against untouchability and discrimination, right to women, rights to dalit, rights to senior citizens, right to social justice, right to social security are provided in the Constitution of Nepal.[36]

The social and cultural objective of the state shall be to build a civilized and egalitarian society by eliminating all forms of discrimination, exploitation and injustice on the grounds of religion, culture, traditions, usage, custom, practice or on any other similar grounds, to develop social, cultural values founded on national pride, democracy, pro-people, respect of labour, entrepreneurship, discipline, dignity and harmony, and to consolidate the national unity by maintaining social cohesion, solidarity and harmony, while recognizing cultural diversity.[37]

6. Constitutional Practice as constitutionalism in Nepal

In the recorded history of Nepal, after the introduction of a formal state structure in Nepal, there have been seven constitutions so far.

6.1. The Government of Nepal Act, 2004(1948)

This Act has incorporated some basic ingredients of Constitutionalism. This Act had come in force since 1st. Baishak 2005 B. s. In the second part of the Constitution, there were fundamental rights and duties. The Act has also explained about the concept equality before

---

[34] Art.50(3), The Constitution of Nepal.
[35] Gyawali C.K., Constitutional Law of Nepal, 3rd. edition, Pairavi Prakashan, Kathmandu Nepal, p.38
[36] Part 3, The Constitution of Nepal.
[37] Art. 50(2), The Constitution of Nepal.

the law and the election on the basis of the adult franchise. In a large extent it had not incorporated some important components of constitutionalism like supremacy of people and judicial review. All the executive, legislative and judiciary powers of the state had been vested to Rana Prime minister Shree Tin Maharaj.

6.2. The Interim Government Act, 2007(1951)

This Act to be only to be interim arrangement, it was short and lacked the details. But later, the constitution was amended several times to accommodate the warring political interests in the governance of Nepal. This Act survived for eight years. The then Chief Justice of the Supreme Court Hari Parsad Pradhan held that the Nepal Interim Government Act is not the exclusive constitutional document. The totality of Royal proclamation of 2007 Fagun 7, freedom of individual Act and the Interim Government Act constitute Interim Constitution.[38]

The Interim Government of Nepal Act, 1951 included even the fundamental right under the heading of Directive Principles of state policy. It was Interim Government of Nepal Act, 1951, which appeared to be the first steps towards ensuring the separation of the Executive from the Judiciary at the highest level and consolidation of an independent judiciary by inverting the Pradhan Nyayalaya with effective powers and jurisdiction. It was invested with the authority of being Court of Record which had powers to award punishment in cases of contempt of court.[39]

The third amendment of Pradhan Nyayalaya Act, 1952 also incorporated the above mentioned provisions. In pursuance of Article 32 of this Constitution an independent judiciary with the Pradhan Nyayalaya at the apex was set up under the Pradhan Nyayalaya Act, 1952.

6.3. Constitution of the Kingdom of Nepal, 2015(1959)

This was the 'First Constitution of Nepal' which had named 'Constitution of the Kingdom of Nepal, 2015'. The constitution has embodied the principle the constitution as the fundamental law of Nepal and further declared the law inconsistent to the extent of inconsistency.[40]

There was provision of constitutional remedy as a fundamental right. Any person has locus-standi to enter in to the court not for only for declaring the law void but for supplementary relief for the gap. On the one hand it provided elected legislative assembly accountable to government and multiparty election; on the other hand it provided discretionary executive power to the king to dismiss the government and declare a state of emergency and suspend the constitution.

---

[38] Wagle Rishikesh, Judicial Review of Legislation in Nepal Retrospect and Prospect, Annual Survey of Nepalese Law- 2000, Nepal Bar Council, p. 325.

[39] Sec. 4, The Pradhan Nyayalaya Act, 1951.

[40] Art. 1, Constitution of the Kingdom of Nepal, 2015.

The system of judicial review relating to the declaration of emergency did not prevail or the declaration of emergency could not be challenged in the court of law. Despite its shortcomings, it was a great step towards democratization modernization and liberalization. It established universal adult franchise, independent judiciary, elected government multiparty democracy and enforceable fundamental rights.

6.4. Constitution of Nepal, 2019(1962)

The Constitution of Nepal, 1962 had declared Constitution as the fundamental law of the land and further declared that the law inconsistent to the provisions of the Constitution shall be null and void to the extent of inconsistency.[41]

There was no special provision providing procedure and jurisdiction of court of review legislation. Article 16 had guaranteed the fundamental right of Constitutional remedy provided under Article 70 and the Article 70 and guaranteed the Supreme Court extraordinary jurisdiction for the enforcement of the fundamental right under the constitution and any other legal right which was without remedy. The Supreme Court could issue appropriate orders including the writs of habeas corpus, mandamus, certiorari, prohibition and quo-warranto.

6.5. Constitution of the Kingdom of Nepal, 2047 (1990)

The Constitution of the Kingdom of Nepal 1990 had embodied the concept of limited government and independence of judiciary to establish an independent and competent system of justice with a view of transforming the concept of rule of law in living reality is one of the purposes of the constitution.[42]Rule of law could be realized where no government could make in road upon the fundamental rights of the citizens.

In this Constitution a few principles of constitutionalism were as following:

- Inculcation of constitutional monarchy and multiparty democracy,
- Sovereignty vested in the Nepali People for the first time,
- Continuance of the Constitution as the fundamental law of land,
- Independent and competent judiciary,
- Guarantee of basic human rights,
- Provision of modern fundamental right backed up by constitutional remedies,
- Adoption of rule of law,
- Press Freedom
- Right To Information
- Executive to be accountable to the people,

[41] Article1, The Constitution of Nepal, 1962
[42] Preamble, The Constitution of Kingdom of Nepal, 2047.

- Abolition of capital punishment

6.6. The Interim Constitution of Nepal, 2063 (2007)

An important aspect of the Interim Constitution is that provides for the setting up of the Constituent Assembly and the preparation of the new Constitution although incorporates inter alia, expressing their full commitment to democratic norms and values including a system of competitive multipart democratic rule, civil liberties, fundamental rights, human rights, adult franchise, periodic election, full freedom of press independence of judiciary and concept of rule of law. Mere incorporation of the components of the constitutionalism, constitutionalism cannot itself be assured in the context of Nepal, due to the confrontation of the political parties N.C. and CPN-UML and the Maoist has degraded the glory of constitutionalism in Nepal.

This Constitution had incorporated some of the components of the components of constitutionalism like separation of power, independence of judiciary, fundamental rights, rule of law, press freedom, human rights etc.

The Interim Constitution of Nepal, 2007 embodied the following major attributes:

- The first Constitution of Nepal to be issued at the public level,
- Vestment of Nepal's sovereignty and state power in the Nepali people.
- Vestment of executive powers at the Council of Ministers
- Formal disbandment of 240 yearlong monarchy, descendants of Shah Dynasty, and inception of republicanism.
- The local bodies and National Human Rights Commission conferred with a constitutional status for the first time.
- Addition of new fundamental rights.

6.7. The Constitution of Nepal (2015)

Prior to discussing Constitution of Nepal (2015), it would be worthwhile to shed light on the political developments post the enactment of Interim Constitution of Nepal, 2007 till the promulgation of the recent Constitution on September 20, 2015, and its first amendment of January 23, 2016.

Protecting and promoting social and cultural solidarity, tolerance and harmony, and unity in diversity by recognizing the multi-ethnic, multi-lingual, multi-religious, multi-cultural and diverse regional characteristics, resolving to build an egalitarian society founded on the proportional inclusive and participatory principles in order to ensure economic equality, prosperity and social justice, by elimination based on class, caste, region, language, religion and gender and all forms of caste-based untouchability, and being committed to socialism based on democratic norms and values including the people's competitive multiparty democratic system of governance, civil liberties, fundamental rights, human rights, adult

franchise, periodic elections, full freedom of the press, and independent, impartial and competent judiciary and concept of the rule of law, and build a prosperous nation.[43]

Salient Features of the Constitution of Nepal regarding to the Constitutionalism as following:

- The first Constitution to be drafted by a Constituent Assembly and the second one to be issued at a public level.
- Vestment of sovereignty and state power in Nepali people.
- Pursuance of inclusion so as to address national diversity.
- Inception of federal system of governance.
- Three tiers of State structuring. viz.. the Federation, the State and the Local Levels.
- Total 31 fundamental rights are guaranteed.

7. Judicial Practice as Constitutionalism in Nepal

As already mentioned earlier the Supreme Court is the court of record and has power to punish in the contempt of court. It has power of judicial review of any legislative act or executive of administrative action. The role of the Supreme Court to ensure the Constitutionalism is vital.

In this connection, it is necessary to analyse the role played by the Supreme Court of Nepal, regarding the respect and promotion of Constitutionalism. Here is attempted to analyse through the case decided by Supreme Court of Nepal regarding Constitutionalism.

7.1. Achut Prasad Kharel v. Office of Prime Minister and Council of Ministers[44]

The writ petitioner filed the writ petition to declare the first, second and third amendment to the constitution null and void and while responding to the writ petition the supreme court pronounced that the Interim constitution has not mentioned anything about the basic structure in any article and provision of the Constitution and the legislative parliament has amending power vested it and the amendment taken place by fulfilling the constitutional process cannot be declared null and void.

7.2. Balkrishna Neupane v. president Dr. Ram Baran Yadav and the office of the president[45]

The writer petitioner filed a writ saying that oath administered by the vice president before the president is contradicted with Article 36 I & schedule IA of the constitution and such action is against the spirit of the constitution. This action which opposes the Constitution cannot get the constitutional validity.

---

43 Preamble, Constitution of Nepal.
44 NKP 2065,
45 NKP 2066 p. 562

7.3. Chandra Kanta Gyawali V. Prime Minister Girija Prasad Koirala, 2008[46]

The petitioner had asked for mandamus to form a high level state re-structuring commission as required by the Article 138 of Interim constitution of Nepal, 2007. However it had been held that the Supreme Court has no power to judicial review on the political issues of the constitution.

7.4. Jit Kumari Pangeni v. the Government of Nepal, office of the Prime Minister and Council of Minister et.al.[47]

The case is regarding Rape. It is not a reasonable to distinguish in punishment provision between marital rape and non-marital rape as it is mentioned in chapter 3(6) of rape which specified that marital rape produces only the penalty of 3 months to 6 months imprisonment whereas other rape may produce the ground of 10-15 years imprisonment so to equate. Such discriminatory provision of some kind of rape with different people Supreme Court ordered to make required law even to deal with marital rape effectively.

7.5. Jyoti Pandey v. Government of Nepal, Office of the Prime Minister and the Council of Ministers, Singh Durbar, Kathmandu. Et.al[48]

In this case, the petition was filed in accordance with the Articles 32 and 107(2) of Interim Constitution of Nepal 2063. The brief facts of the writ petition and the order made thereupon are as follows:

> "Concepts of fast track Court has been incorporated into our Court hierarchy to try and hear cases involving women and children of much vulnerable state. Whereas, there is primary of treaty obligation as section 9 of the Treaty Act, 2047 provides for that any provision of a treaty or convention of which Nepal is a party happens to be inconsistent with a provision of Nepal law, the Nepal law will not come into force to the extent of inconsistency and the provisions of the treaty or convention will come into force, and whereas, our unique legal system does not have anything in the latest Act Domestic Violence (Offense and Punishment) Act , 2066 with respect to investigation, prosecution and related issues of a complaint filed by a victim of domestic violence ; and there is no effective punishment against the perpetrator, and whereas there is no separate arrangement to settle such kind of serious cases speedily in order to provide justice to the victim , and there is no provision for rehabilitation and relief of the victim; it seems that Nepal has not fulfilled its Treaty Obligation, it seems that this court , as the guardian of the fundamental right of citizen, can issue appropriate order in the name of the government."

---

46 NKP 2065 vol. 18
47 Writ no. 004-0035, 2063
48 Writ no. WO-2064- 0424

7.6. Kamal Thapa v. Legislature Parliament, secretariat of the Legislature parliament et.al.[49]

The case was related to the Supremacy of Constitution and Constitutionalism. The writ petitioners had demanded to declare the section 19 (*chha*) of the Constitutional Assembly Member election Act, 2064 as being inconsistent with the Article 113 and 107(1) of the Interim Constitution of Nepal, 2063. Finally the Supreme Court delivered a landmark decision in favour of Constitutional supremacy, separation of power, judicial review and Constitutionalism which is as follows.

> "The legal provision of part (*chha*) of the section 19 of Constituent Assembly Member Election Act, 2064 is inconsistent or against the spirit and essence of the Interim Constitution of Nepal, 2063 and the legal provision of the said Act has imposed unreasonable restriction to the right to freedom guaranteed under the Article 12, the right to of equality guaranteed under article 13 and right to justice guaranteed under article 24. It has also been consistent to the provision of the article 100 and 141. Thus the Supreme Court declared that section null and void pursuant to Article 107(1) of the Interim Constitution of Nepal 2063."

7.7. Madhav Basnet v. office of Prime Minister and Council of Ministers[50]

The legal provision of the subsection 1,2,3,4 and 5 of the section 75 of the military Act 2063 has been inconsistent to the right of a person who is arrested shall be produced before a judicial authority within a period of twenty four hours offer such arrest excluding the time of necessary for the journey from the place of arrest to such authority and the arrested person shall not be detained in custody beyond the said period except on the order of such authority and guaranteed under sub Article 3 and 9 of the article 24 of the Interim Constitution of Nepal 2063 as being inconsistent to the constitution. The supreme court of Nepal declared the said provisions of the act null and void.

7.8. Parmananda Thakur v. office of Prime Minister and Council of Minister[51]

The court can't intervene in the policies of the government when the state is in comply with obligation whereas the court cannot stay as silent spectator when the government is not in comply with the Constitutional obligation in the matter of executing and making execution of the business concerning the policy and the principle of the state. In such situation while issuing the order to make the branches the government to comply with this Constitutional and legal obligation cannot be said the usurpation the power from the judiciary to the jurisdictions of others branches of the state. The intervention from the court relating to the business concerning to the principles and policies of the absolute but conditional and relative

---

[49] NKP 2064, Decision no. 7866
[50] NKP 2066, Decision no. 8184, p1070
[51] NKP 2065, Decision date. 2065-2-13

which ensure separation of power judicial activism independence of judiciary and constitutionalism.

7.9. Prakash Mani Sharma v. the Government of Nepal, Office of Prime minister and Council of Ministers[52]

The writ was issued under the Article 32/107 of the Interim Constitution of Nepal, 2063 where the writ petitioner had filed the writ petition challenging the discriminatory provisions of the Constitution relating to the women. In this case the Supreme Court issued the mandamus with the directive order to the government to formulate the law relating the reproductive health of the women, to carry out the effective action relating to public awareness program and health for the solutions of the problem of the reproductive Health of the Women.

7.10. Prem Bahadur Khadka v. Office of Prime Minister and Council of Ministers, Government of Nepal, Singhdurbar,et.al.[53]

In this case the petition was filed in accordance with the Articles 32 and 107(2) of Interim Constitution of Nepal 2063. The brief facts of the writ petition and the order made thereupon are as follows.

> The Supreme Court by way of a writ of mandamus accessed the right to employment as the fundamental right mentioned in Part III of our Constitution. In the hearing of this case, no lawyer and parties from both sides were appeared in the call of the bench. However the bench cannot escape from its liability of giving the proper remedy sought in the petition.
>
> No institution is free not to fulfil its any of the constitutional responsibilities and if intent not to fulfil such responsibility, it may be the expression of disrespect towards the written constitution, there is not place of such logic in the present constitution.
>
> Fundamental rights are direct and immediate implementable rights of the people. So they are not depended on intension of any institution, even the legislature, and cannot create such rights uncertain or not implementable on the ground of insufficiency of resource.

7.11. Ram Lal Rana Tharu v. The office of Prime Minister and Council of Minister et.al.[54]

The writ was filed under the article 107(1) and (2) of the Interim Constitution of Nepal where the petitioner Ramesh Lal Rana Tharu had sought restoration of his right of social justice and the inclusiveness in the branches of the government organs. He challenged

---

[52] NKP 2065
[53] Writ no. 064-WO-0719
[54] NKP 2066, Decision no. 8188, p. 1112

provision of the advertisement which was against the Constitutional provisions of the inclusiveness granted by the constitution. In this case the Supreme Court delivered the justice to the petitioners. The fundamental rights guaranteed to the citizen have by guaranteed by the Constitution and the state should bear the responsibility of the function of enjoying rights by the citizens which can't be overlooked by the state. The state remains secular to those rights. The Constitution is the fundamental law of the land and it has accepted social justice as one of the fundamental rights and made the principle of inclusive representation as the main grounds for the social justice and equality so other ordinary and special laws should follow and abide by the Constitution.

7.12. Sapana Malla Pradhan v. the Government of Nepal, Office of the Prime Minister and Council of Ministers et.al.[55]

In this case the Supreme Court held that every victim women, children, HIV affected have the rights not to disclose their identification because of socio cultural background of the nation that issues should be kept secret while investigating the case while investigation the case from identical investigation from identical investigation stage and record of those shouldn't be revealed to general people as it appeared in closed session. Such issues sometime may contradict with other right which should be balance. Settled, however these is not clear demarcation be made by government with legal mechanism. In this case using the inherent power of the Judiciary, manual has been made relating to procedural manual for privacy in special nature case.

7.13. Subodh Napit v. Office of the Prime Minister and Council of Minister.[56]

Rule of law, fundamental human rights adopted by the Interim Constitution of Nepal which is of International standard and for the protection of these rights an independent and competent judiciary as well as moving towards the unitary state to federal state has been taken as the aspiration of the people. The Constitution has not expressly mentioned the federal democratic republic as the basic structure of the Constitution even though these subjects are inherent basic structure of Constitution put in the Constitution impliedly or not mentioned expressive form.

7.14. Sunil Babu Pant et.al v. the Government of Nepal, Office of the Prime Minister and council of Ministers.[57]

The writ petitioner Mr. Sunil Babu Pant had filed the write on behalf of the blue diamond society asking for the sexual orientation and gender identification for the minorities in relation to gender and sex. The petition was said to be filled under article 107(2) of the Interim Constitution of Nepal. The writ was for the restoration of the rights for those

---

[55] Supreme Court Bulletin, 2064, Magh p. 7
[56] Supreme Court Bulletin, 2067, Kartik p. 2
[57] NKP 2065

minorities who were neglected by the state law and the government machinery. Sunil Panta, the petitioners amongst others claimed that they should get non-discriminatory treatment regarding their gender identity as lesbian, gay, bisexual, transsexual and inter sex (LGBTI) in marriage, cohabitation, citizenship certificate etc. The Supreme Court acknowledged that the way to privacy is secured to two hetero sexual individual in sexual intercourse, equally secured to the people of third gender who have different gender identity and sexual orientation. It called upon the state to create appropriate environment and make legal provisions to enable LGBTI. People enjoy fundamental rights and insert provision in the new Constitution to be made by Constitutional Assembly guaranteeing non-discrimination on the ground of gender identity and sexual orientation besides sex in the line with the Bill of the Rights of the Constitution of South Africa. It also issued directive to the Government of Nepal to form a committee in order to undertake the study or overall issues regarding the rights of LGBTI people and make the legal provisions after considering recommendation made by the said committee.

8. Conclusion

According to democratic principles, a government can function only if it has the approval of those governed. The most perfect form of approval is where the citizens themselves apply self-government, obeying laws they created for themselves. "Self-government" may take the form of representative or direct democracy. Democratic government for the people is realized by the people, with the laws embodying the wishes of the people.

Constitutionalism is suspicious of democracy, but this does not necessarily mean that there is hostility. Putting aside what its individual representatives thought of popular power, constitutionalism is basically neutral on this issue so long as democracy does not threaten to become despotism. In general, modern constitutions expressly recognize equal and universal voting rights as the basis of the political system and of the legitimate exercise of political power. Constitutions and constitutionalism cannot simply disregard the most popular legitimizing theory of our age-namely, democracy. Nevertheless, exercising democratic power could also create a threat to liberty and basic rights. Constitutionalism, though it has adopted under modern conditions some of the elements of the democratic political process, attempts to domestic the people's democratic rule. Constitutionalism offers such institutions for the exercise of power, which prevent, to a certain extent, democracy's despotic inclinations. By doing this, constitutionalism is not an enemy of democracy, though it does not adulate it. According to Leo Strauss, "…the reason why we cannot allow ourselves to be the bootlickers of democracy is because we are its friends and allies."

Constitutionalism considers certain basic rights and values to be inviolable, as opposed to the majority principle of the sovereignty of people, which claims the supremacy of laws passed by the majority. The constitution, instead of declaring the sovereignty of people, settles on the appropriate restrictive institutions. What powers constitutional institutions do have was

vested in them by the people. On the other hand, the sovereignty of the people does not mean that those who exercise this sovereignty may make sovereign decisions on the individuals' existence.

The rule of the majority, be it a faction in the parliament of a majority social group, can only be acceptable if the minority has a chance under the prevalence of the majority rule to become part of the majority at least when it so wants, and if being in the majority does not lead to the oppression of the minority. If the minority has no chance of success in the long run, the system will be unacceptable to them. If the minority's status is unbearable, then there may be a revolt, because for them there is nothing to lose. The constitution is to provide guarantees of the social peace, which is its own prerequisite. Among other reasons, constitutions must protect minorities in order to maintain peace. A constitution should guarantee, therefore, partly by electoral provisions, that the minority's status be endurable and, in theory, that it be only temporary. To a certain degree, protecting fundamental rights does this, and certain group rights and minority-protection privileges can be added to this. But, completely excluding all disadvantages all use of majority power is impossible.

Consequently, constitutions offer institutional and procedural solutions in an effort to protect minorities. Such institutional protection may be provided by constitutional adjudication, if the court enforcing the constitution supplements the legislation's enactment with the minority's concerns left out of consideration by the legislative majority. It is no wonder, then, that the majority-representation principle is not considered, or violated, when constitutional adjudication is established. Separation of powers also serves as a majority-restricting constitutional solution insofar as it is not the same majority that prevails in all branches. The principles that have underlain constitutionalism for hundreds of years must continue to do so in the future. Constitutionalism is about limiting power. So long as power exists, so too should a robust commitment to constitutionalism, in this millennium and those to come.

The role of civic society, political parties, judiciary and public trust on the government are considered to be vital. Every civilized human society needs constitutionalism to maintain, balance among the various power exercised in the state and to bring harmony as well as tolerance in the society. The ideology of constitutionalism should be followed by all countries of the world, to maintain law and order, to establish peace and justice, to establish utopia in the country and to materialize the equality of opportunity. In the course of time, supremacy of law, judicial independence, check and balance, separation of power, equality before law, public accountable and responsible government, judicial activism and judicial review, fundamental rights, rule of law, limited government and representative democracy are regarded as the major contents of the constitutionalism.

Local Governance in Nepal

✍ **Anchan Bhattarai**[♦]

1. Introduction

Effective decentralization is an element of good governance and is an expression of democratic practice. It is also a prerequisite for effective and efficient public administration. Elected local authorities along with federal and state authorities are key actors in democratic governance and administration. Elected local authorities collaborate with federal and state authorities without compromising their own autonomous spheres of public action. Local self governance thus constitutes an essential element of democracy itself whatever the form of the State, whether federal, regionalized or unitary. Public responsibilities are exercised by those elected authorities on behalf of the citizens.

The Constitution defines Nepal as a Federal democratic republic nation organized around three levels of government federal, state and local. The functions and powers of local governments have been substantially increased under this new framework as the country had already conducted elections for three tiers of the government. The Constitution provides 22 exclusive powers to local-level bodies[1], 15 other shared with center and province 15 other powers are shared with the center and provinces[2]. Meanwhile the government is formally transforming 3,334 local bodies into 744 local units under the newly-adopted federal system through which people from far flung villages across the country will be able to utilize various services from the local bodies without hassle.

The local election was held a year ago while the elections for provincial and federal government were accomplished almost six months ago. The elected local representatives, for the first time exercise a list of executive and legislative powers which have been devolved to the local level by the new constitution.

The given paper expounds local bodies of the government with reference to the Constitution of Nepal, Local Governance Operation Act, 2017. The paper begins with details on historical evolution of local bodies followed by mandates vested by the Constitution of Nepal on local bodies and then the ambiguities and overlapping roles of the local bodies.

♦ Section Officer, Sepcial Attorney Office, Kathmandu.

1 The Constitution of Nepal, Schedule 8.

2 The Constitution of Nepal, Schedule 9.

2. Historical Evolution of Local Bodies (LBs)

Major events that have shaped the development of local governance in Nepal over the last sixty years can be categorized according the following periods: the first phase (1951-1960), second phase (1961-1980), third phase (1981-1990), fourth phase (1991-1998) , fifth phase (1999 2015) and sixth phase (2015 onwards.) [3]

2.1. The First Phase (1951-1960)

After the overthrow of the one hundred and four years old Rana Regime in 1951, Nepal entered the modern era. In 1951, democratic government system was introduced and it continued till 1960. During the ten-year period, some efforts were made to promote local self-governance in the country. Particularly, the Tribhuvan Village Development Programme was started with the aim of building infrastructure facilities, providing agriculture, health and education development services and promoting scientific farming, cottage industries and cooperatives. At the district level, there was a District Development Board constituting of representatives from the local people, related line agencies and relevant specialists[4]. The main objective was to involve the local people in planning and implementation of local development programmes.

2.2.The second phase (1961-1981)

In 1960, King Mahendra abruptly ended the democratic government system and introduced the Panchayat System as the main political system of the country. In 1962, the king promulgated the constitution of Nepal, which in the beginning created three tires of Local Governance: Zonal, District and Village/Municipal. Zonal units were called Zonal Panchayats, District units were called District Panchayats and accordingly Municipal and Village units were called Municipal and Village Panchayats. Separate Acts, defined roles, functions, organizational structures and horizontal and vertical relationship with government and other agencies. The Zonal provision was abolished later on[5].

2.3.The third phase (1982-1991)

The government passed the Decentralization Act (1982) and Decentralization Regulations (1984). The Act and regulation are together known as the Decentralization Scheme (DS) 1984. The scheme gave much focus on devolving more functions and powers to the Local Panchayats. The scheme incorporated many features, including: devolution of wide ranging functions in sectors such as physical infrastructure, health, education and agriculture to the local governments; devolution of authority to district level governments to coordinate and approve the district level plans and programmes of the line agencies; and making the line

---

[3] UNESCAP, 2004, *Country Report on Local Governance Systems: Nepal*, p. 5

[4] Durga Prasad Paudyal , *Strategies for Local Level Planned Development in Nepal: An Evaluation of the Decentralization Act 1982 from the Local Perspective*, Agani Printing and Publishing Co. Dhaka, p 36, 1994.

[5] Ibid.

agencies a part of District Panchayat Secretariat. Information based planning was made mandatory, quarterly internal auditing system of the local governments was introduced, and taxation rights including the Panchayat Development Land Tax were granted to the local governments.

2.4.The fourth phase (1992-1998)

In 1990, the interim government dissolved the Panchayats at district, village and municipal levels, but it gave continuity to their functions. The government appointed officials to carry out and manage the functions. In 1992 the elected majority government promulgated three separate Acts: the Village Development Committee Act, Municipality Act and District Development Committee Act. The Acts mainly changed the names of previous district, Municipal and Village Panchayat into development committees. The Acts specified the organizational structure, representation, and election process and defined tasks and functions of the local governments separately. Most of previous provision/ functions were included in the new Acts. Election at the local level uses held and the new regulations of the Acts were enacted. However, the new arrangements could not address all the issues raised regarding autonomy of local governments.

2.5.The fifth phase (1999 -2015)

The present system of local government came into effect in 1999. The Constitution of the Kingdom of Nepal (1990), in the directive principles and policies of the state, stipulates that it shall be the chief responsibility of the state to maintain conditions suitable to the enjoyment of the fruits of democracy through wider participation of the people in the governance of the country and by way of decentralization.

Although the VDC, Municipality and DDC Acts were enacted in 1991, after the restoration of democracy in 1990, these Acts could not address some key issues. First and far most, these Acts failed to make institutionalized horizontal accountability of the line agencies to the local bodies, (DDCs, Municipalities and VDCs) up to 1999. Other problems/issues seemingly appeared were that there was no adequate coordination while planning, programming, budgeting and implementing programmes among line agencies and the local bodies. There was duplication of tasks and responsibilities. The centre used to send the budget and programme directly to the district line agency offices; and there was poor resource base and weak organizational structure of local governments. To overcome these problems and make the local bodies powerful, the newly elected local bodies particularly demanded authority over line agencies.

2.6.The Sixth Phase (2015 onwards) : Promulgation of Constitution of Nepal

The Constitution of Nepal defines Nepal as a federal democratic republic organized around three levels of government federal, state, and local. Henceforth, state is divided into seven provinces and local is divided into 77 districts & 753 local levels (including six metropolises,

11 sub-metropolises, 276 municipalities and 460 gaunpalikas). These 753 local units are known as the local level in Nepal. A total of 6,743 wards are formed under these 753 local levels. The Constitution of Nepal 2015 gives 22 powers to these local levels[6]. This enables them to formulate laws to implement these powers. Besides these single powers, there are 15 such concurrent powers that can be implemented by all three level of state, i.e., federation, province, and local levels, in the principles of coordination, cooperation, and coexistence. They are entitled to monitor and evaluate local level projects. Table 1 shows briefing on historical evolution of local governance and political situation in Nepal.

Some of the general local bodies mandates given by constitution are as follows;

- They can generate their own revenue by levying tax ,
- They can design, formulate and implement small-scale projects using their own resources;
- They have right over local resource (natural resource) utilisation, conservation and management;
- They are entitled to monitor and evaluate local level projects.

Table 1: Historical evolution of local governance and political situation

Phases/Year	**Political situation**	**Emergence of Acts and local bodies**
The First phase (1951-1960): End of Rana Regime	End of 104 years old Rana Regime. A democratic government system was promulgated in 1951 till 1960.	Tribhubvan Village Development Program and District Development Board were established.
The Second phase (1961-1980): Formulation of the "Panchayat System"	End of democratic government system and initiation of the Panchayat System. Constitution of Nepal was promulgated in 1962.	Zonal Panchayats, Districts Panchayats and Village Panchayats were established.
The Third phase (1981-1989): Promulgation of Decentralization Act	Continuation of the "Panchayat System".	The Decentralization Scheme [the Decentralization Act (1982), Decentralization Regulation (1984)] were established.

[6] Schedule 8 of the Constitution of Nepal.

The Fourth phase (1990 - 1998): Restoration of Democracy	Dissolution of the "Panchayat System". Restoration of multiparty democracy under constitutional monarchy in 1990 till 2000 Maoist insurgency from 1996 until 2006. The Constitution of The Kingdom of Nepal (1990) was established.	Panchayat system at district, village and municipal level were dissolved in 1990 but their functions were given continuity. The Village Development Committee Act, Municipality Act and District Development Committee Act were enacted in 1991.
The Fifth phase (1999 - 2015): Promulgation of LSGA Act	Maoist insurgency from 1996 until 2006. 2005–2007: Dissolution of parliament and Loktantra Andolan. December 2007 to May 2008: Abolition of the monarchy. May 2008: Nepal announced as federal republic.	Local Self Governance Act (1999) was established.
The Sixth phase (2015 onwards): Promulgation of Constitution of Nepal	New Constitution promulgation ' Election held	Local Governance Order Act, 2017 promulgation

The administrative divisions of Nepal are sub national administrative units. The first level of country subdivisions are the Provinces. Each province is further subdivided into districts and districts into municipalities and village executives.

Fulfilling the requirement of the new constitution of Nepal, all old Municipalities and Village Development Committees (which were more than 3900 in number) were restructured into 753 new Municipalities and Village Executives. The former 75 district development committees (DDC) were also replaced by 77 new District Coordination Committees (DCC) which has less power than the DDCs. At present there are 6 Metropolitan Cities, 11 Sub-Metropolitan Cities, 276 Municipalities, and 460 Village Executives.

3. Structural framework of Local Bodies

Considering geographical situation, population, communal unity or diversity of inhabitant's, rural area is declared as Village Executive by the government as per the recommendation of restructuring committee. Number of people for a Village Executive has to be less than ten thousand for the hilly regions and less than fifty thousand for the plain. Each Village Executive is subdivided into five and more wards. A municipality is to be established in an area having access to facilities such as electricity, drinking water supply, roads and transport, education and communication. It needed to have a population no less than ten thousand for the hills and mountains and twenty thousand for the rest of the countries. Municipalities were divided into nine or more wards. District Coordination Committee is to be formed in each administrative district.

3.1. Composition of Village and Municipal Council

There are two chief committees within a Municipal or Village executive. They are Ward Committee and Village Executive or Municipal. All the members of ward committee are elected by direct election and these ward members along with chairman and vice chairman (mayor and deputy mayor in municipalities) elect five members for Municipal council and four members for Village Council. The Village Council acts as an apex body of village executive and municipal council acts as apex body for municipalities whereas Ward committee works under village executive/municipality. The tenure for the members of Municipal and Village Council is for five years. Composition of Village and Municipal is presented in the table below;

Table 2: Composition of Ward Committee, Village executive and Municipal

Composition of Ward Committee s	Ward Chairman – 1 Female Ward Member – 1 Female Dalit Ward Member -1 Other Ward Members – 2
Composition of Village Executive	Chairman – 1 Vice chairman - 1 Ward Chairmen - all wards in Village executive . Members – 4 (including two woman member and one dalit member and one member from minority community elected by elected representatives of village executive.

Composition of Municipality	Mayor – 1 Deputy Mayor - 1 Ward Chairmen – all wards in municipality. Nominate Member – 5 (including two woman member and one dalit and one from minority community member elected by elected representatives of Municipal).

3.2 District Coordination Committee

The District Coordination Committee (DCC), is a district level authority of Nepal. It was formed on March 14, 2017 replacing the existing district development committee. There are 77 district coordination committees in Nepal.

The district coordination committee is elected by the District Assembly[7], which consists of the Heads and Deputy Heads of all the village executives and Mayors and Deputy Mayors of all the municipalities in the district. Nine members are elected for a term of five years by the District Assembly including, one Head, one Deputy Head, at least three women and at least one person from the Dalit or minority community. Only members of the village assembly or municipal assembly in the district are eligible to candidates. The government appoints a Local Development Officer in each district coordination committee who heads the DCC in absence of an elected head or deputy head.

3.3. Rights and responsibilities of Local levels

First time in Nepalese history local bodies has exercise executive, legislative as well as judicial powers. The local bodies, which were hitherto limited to maintaining records, issuing recommendation letters, carrying out small development activities and collecting land revenue, among other things, have now been granted an array of 22 exclusive powers by the constitution itself. Additional 15 powers will be shared among the center, the provinces and the local levels. According to Schedule-8 of the new constitution, local bodies will have the power to generate revenue, plan and implement development projects on their own from the local resources and formulate laws for the exercise of the constitutional powers.

The constitution has given the powers of deploying town police, running cooperatives, operate FM radio with up to 100 watts capacity, and collect local taxes. For the purpose, the local units can formulate the policy, law and criteria for the management of town police, operation of cooperatives, collection of local taxes, and local level development projects among other things.

---

[7] *District Assembly* (**Jilla Sabha**)is an assembly in a district of Nepal. It is a local level authority in every district of Nepal. The District Assembly elects a District Coordination Committee with a maximum of nine members including a Head, a Deputy Head, at least three women and one person from the Dalit or another minority community.

According to directives circulated by Ministry of Federal Affairs and Local Development in 2017 the municipalities and village executives can prepare plans, implement and monitor their programme, update and preserve data, run development works and regulate activities of development, construction, industry, market and quality assurance. The directives have given the right to the ward units to issue recommendations for citizenship certificates, certify date of birth, marriage certificate and other relationships testimony, and carry out semi judicial activities. Authority to distribute house and land ownership certificates, which is so far done by district administration, has transferred to the local units from this fiscal year. Similarly, authorities related to protection of watersheds, wildlife, mines and minerals and protection and development of languages, cultures and fine arts at the community level will also be exercised by local units.

Article 217 of the new constitution has proposed semi-judicial powers for the local units for settling various disputes at the local level. For this purpose, a judicial committee will be formed under the coordination of the deputy mayor or deputy chief of the local unit. Local units can settle cases related to dams, canals and roads, disputes related to remuneration, sharing of family property, and use of water resources, rent and other matters.

The Local Government Operation Act 2074 BS that came into effect since 15 October, 2017 has paved a strong legal foundation towards institutionalizing legislative, executive and quasi judiciary practice of the newly formed local government.

The legal mechanism was enacted as per the Article 296 (1) of the Constitution so as to leverage local leadership and governance system. It was introduced by upholding the spirit of local autonomy and full decentralization with the motive to distribute fruits of democracy in a proportional, inclusive and just manner.

The Act has stipulated several arrangements related to authorities, duties and responsibilities of local government, assembly meeting and working system, assembly management procedures, plan formulation and implementation, judicial works, financial jurisdictions, administrative structure and district assembly, among others.

Besides it has also presented a wish list of the functions of the local governments in 22 broader areas including municipal police, cooperative organization, FM operation, local tax, service charge and tariff, management of local services, collection of local data and records and local development schemes and projects.

The Local Government Operation Act has proposed that the municipal or village assemblies should endorse their budgets including estimated annual income and expenditure from the village or municipal assembly by the Ashar end every year. The local units can generate income by enforcing property tax, house rent tax, land and building registration fees, vehicle tax, service charges, tourism fees, advertisement tax, business tax, land revenue tax and grants from central government, provincial budgets, funds from donor agencies and other sources. Further explaining, the constitutional rights have proposed powers to the local level

to formulate and execute law and policy for basic and secondary level education at the respective local units[8].

Likewise, the local units can make their own laws and policies for health and sanitation, local market management, local roads and irrigation projects, farming, animal husbandry, management of elderly people and differently able, drinking water, micro hydro projects and alternative energy and disaster management, among other things. The constitution has entrusted the local units with the powers to plan for local roads, rural roads, agro-roads and irrigation projects, which used to be decided from the central or district level before.

3.4. Judicial Power (Judicial Committee)

The Local Self–governance Act 1999 in its Section 33 and 101 entrusted authority to the VDCs and municipalities to help resolve disputes at the local level. This function, according to the legal provision enshrined in the Local Self-governance act, has to be carried out by the trained mediators using tools and techniques of interest based negotiation.

Article 217 of the Constitution of Nepal stipulates about the Judicial Committee mentioning that the panel, headed by the deputy chief of village executives and deputy mayor of the municipality, shall settle the prescribed category of disputes at the local level[9]. According to the new Local Government Operation Act, 2017, the deputy mayor as the senior elected functionaries of the executive branch of the local government have been entrusted with several functions and responsibilities, including the adjudicative functions. Section 16 of the Act lists several key and crucial responsibilities of the deputy mayors that have crucial effect and ramifications for the overall social and political development at the local level. Furthermore, sections 46 to 53 of the Local Governance Operation Act 2017 provide an elaboration of the constitutional provision on local dispute resolution with the intent to enforce it[10].

The Judicial Committee has the right to settle disputes through mediation only. These disputes include encroachment of private lands; divorce; assault that draws a prison sentence of up to a year; theft and robbery; and trespassing. The Judicial Committee is required to maintain records of all the disputes and their resolution. Annual reports have to be presented to the concerned assembly. The act also says how the Judicial Committee will exercise its jurisdiction. The head and members of the committee shall collectively exercise its jurisdiction, and the opinion of the majority shall be regarded as the decision of the

---

8 Local Self Government Act, 2017, Section 11.

9 Constitution of Nepal , Article 217.

10 The Judicial Committee has been empowered to settle disputes related to 13 specific matters. They include property boundary disputes, 'sandhi sarpan' (inconvenience with respect to boundary or way out), 'aali dhur', canals, dams, ditches or allocation of water and encroachment on roads or way out; disputes about compensation for damage to crops; disputes about payment of wages; disputes about lost and found cattle; and other disputes designated by federal and provincial laws. The local level Judicial Committee can adjudicate these disputes; but the decision can be appealed to the District Court.

committee.. Likewise, Section 49 (10) states that the committee may create a Mediation Centre in each ward for this purpose. And in case there is more than one mediation centre in a ward, the disputing parties can choose the one they like.

4. Fiscal Decentralization

The constitutional provisions define the framework of fiscal federalism within which the state of economic development, the pattern of income and resource distribution, fiscal transfer and bailouts, grants, borrowing and the institutional capacity of the federal system are devised. As stated in Article 228 of the constitution, the local government is empowered with the authority to impose tax for generating income and has access to loans from fiscal institution prescribed by the law. Such functions of the local government should not have adverse effects on the national economic policy, capital and labor market, free transportation of goods and services and fiscal policies of the neighboring provinces or local levels.

There is also a provision of Local Consolidated Fund in every Village Council and Municipality in which revenues received from various sources, grants and loans received from the federal government and province government shall be deposited. Likewise, the major sources of revenue for province and local level governments are entertainment tax, advertisement tax and registration charge for land and house simultaneously whereas property tax, land revenue, vehicle tax, business tax and house rent tax come under the jurisdiction of the local level.

The local governments can conduct various development works. Schedule 8 gives every local government the power to make local development plans and projects, work on local, rural and agricultural roads, agriculture, irrigation, animal husbandry, agro-products management, animal health, water supply, small hydropower projects, and alternative energy, to mention a few. They can work in the area of basic education, health, and protection of watersheds, wildlife, mines, and minerals.

As per constitutional provisions mentioned in Article 60, the Government of Nepal shall make necessary arrangements to equitably distribute the revenue generated by it from its sources, transparency in distribution of fiscal equalization grants to province and local level entity on the basis of their expenditure need, their capacity in generating revenue and the efforts made by them.

The Constitution has created the National Natural Resources and Fiscal Commission to perform some important role in the ensuing fiscal federalism. Article 251 of the Constitution requires it to determine detailed basis and modality for the distribution of revenues between the Federal, Provincial and Local Governments out of the Federal Consolidated Fund in accordance with the Constitution and law. This Commission is also set to make the recommendation about equalization grants to be provided to the provinces and local governments. It is obliged to conduct study and research work and prepare parameters as to

conditional grants to be provided to them in accordance with national policies and programs, norms/standards and situation of infrastructures.

Apart from many other additional responsibilities, the Commission will works on the issue of distribution of revenues, reform in the revenue collection, the ceiling of internal loans, revision of the bases for the distribution of revenues, and investments and returns in the mobilization of natural resources. In fact, it is very important for the government and the stakeholders to understand the fiscal federalism as a general normative framework for assignment of functions to the different levels of government and appropriate fiscal instruments for carrying out these functions.

4.1. Intergovernmental Fiscal Transfer (IGFT) in Nepal

The Constitution has provided some guidelines regarding the different types of grants. The constitution has provisioned Natural Resource and Fiscal Commission to assess the modality and amount of the transfers to the lower government. As per the revenue assignment modality presented in the constitution, most of the revenue generation power is centralized at federal government whereas expenditure responsibilities to the provincial and local level government are very high. As per the constitutional provision, the central government collects around 80 percent of tax revenue and 90 percent of the total revenue. The State /Local governments have to depend upon the federal transfers in order to perform their expenditure responsibilities assigned by the Constitution.

Recently the Government of Nepal has promulgated two Acts related to IGFT: (i) Intergovernmental Fiscal Management Act (IGFMA) 2017 and National Natural Resource and Fiscal Commission (NNRFC) Act 2017. The Section 6.1 under the Schedule 3 of IGFMA has the provision of establishing a Federal Divisible Fund (FDF) in order to divide the VAT and excise duty on domestic production among federal, provincial and local government. Further, the sub section 2 has made the provision of dividing the total amount of the FDF comprising 70, 15 and another 15 percent among the federal, provincial and local government respectively.

Table 3: Sharing of VAT and Excise duty of domestic production in Nepal [11]

S.N	Revenue Heading	Central Government	Provincial Governments	Local Governments
01	Value Added tax (VAT)	70%	15%	15%
02	Excise Duty on Domestic Production	70%	15%	15%

[11] Dil Bahadur Chhetry, *Intergovernmental Fiscal Transfer in Nepal, Lessons Drawn from the International practices*, Lincoln University College Malaysia , p. 23, 2018.

Similarly, Section 7 of the Intergovernmental Fiscal Management Act 2017 has provisioned that the Government of Nepal will establish a Federal Divisible Fund in order to share the royalty collected from natural resources among the federal, provincial and local governments as per the following modality[12]:

Table 4: Sharing of Royalty Collected from Natural Resources in Nepal

S N	Royalty Heading	Government of Nepal	Related Province	Related Local Government
01	Mountaineering	50%	25%	25%
02	Electricity	50%	25%	25%
03	Forest	50%	25%	25%
04	Mining and Mineral	50%	25%	25%
05	Water and Other	50%	25%	25%

The constitution has provisioned the four types of grants like equalization grant, conditional grant, matching grant and special grant. To make recommendation on the grant allocation to the various tiers of the government, the Constitution has provisioned the National Natural Resources and Fiscal Commission (NNRFC). The NNRFC has to elaborate the various components of the constitutional provisions. Although the fiscal transfer provided to the local governments has significantly increased under federal structure, the local governments again will have to depend heavily on the central government to meet their expenditure responsibilities.

The fact is clearly reflected in the budget of fiscal year 2075/076 as around 20 percent budget is allocated for the local bodies including provinces through two types of fiscal transfers- fiscal equalization and conditional grants. The variables used for the fiscal equalization grant are population, level of development and cost adjusted area of the local governments.

Most of the provincial government has been imposing different taxes and many local bodies are also doing the same against the spirit of the constitution, so few weeks before, the federal government corresponded with the sub-national governments to look into their jurisdiction in tax collection as they had started collecting taxes haphazardly[13]. Taxpayers have been complaining about duplication in taxes in different tiers of the government, which has raised the cost of running their businesses. Though the constitution has clearly defined the jurisdiction of three layers of the government regarding tax collection, the provincial/local government's seems desperate to generate and spend resources as per their discretion. Some

[12] Ibid.

[13] Available at https://thehimalayantimes.com/business/federal-govt-should-properly-orient-sub-national-govts-on-their-tax-collection-jurisdiction/, accessed on 12th August 2018.

village executives are found to be charging between Rs 1,000 –Rs 1,500 for issuing birth registration, imposing such tax is against the spirit of federalism.

5. Conclusion

Local governance, several Acts[14] and Regulations[15] have been formulated and implemented in Nepal over the past six decades, the focus of these attempts was to provide a legal basis for the decentralization of power from central authority to district, village and municipality levels. They were however not designed to fully adhere to central idea of local governance that is meant to encourage and establish people's access, ownership, and participation in governing system.

The Local Self-Governance Act (LSGA) 1999 was the legal instrument crafted for designing local governance. It aims to enhance autonomy and greater roles to the local government bodies. Unfortunately, three years after the LSGA was passed, the entire elected leadership of local bodies was dissolved as their tenure expired. Since then Nepal has been able to hold fresh local elections only after promulgation of new constitution. The present constitution is regarded as a landmark for the devolution of power and authority to the local governing bodies and has marked important departure from earlier legal provisions.

The Local Government Operation Act 2017 constitutes a consolidation of the Acts relating to Village Executives, Municipalities and District Coordination Committees, which takes the form of a comprehensive code. The basic features includes the definition, principles provision and policies of decentralization, Implementation and Monitoring Committee and Working Committee, Capacity building. Local bodies are made as a government and sectoral ministries' task, authority to open their own sectoral units, and the recognition of the local body associations.

In the Local Government Operation Act, 2017, Ward Committees have been given a variety of functions and duties which relate to the removal or waste and sewage, maintaining canals, drains and dams; assistance in managing health centers, schools; and project supervision. The functions and duties of village executives and municipalities are much wider. They have been envisaged to carry out agricultural development; arrange for bazaars, veterinary services and animal disease control; provide drinking water; build and maintain rural roads and bridges; establish primary schools; supervise and manage schools within the area;

---

[14] The Acts relating to the local government include Gram Panchayat Acts-1949, 1956, 1961; Village Development Committee Acts-1991 ; Nepal State Nagarpanchayat Act-1949; Nepal Stae Municipality Act-1952; Nagarpanchayat Act-1962; Municipality Acts- 1991; District Panchayat Act 1962; District Development Committee Acts-1991; Zonal Panchayat Act-1962; Zonal Sabha Act-1967 and 1978 ; Decentralization Act- 1982; and Local Self Governance Act-1999.

[15] The Regulations relating to local government include Village Panchayat Regulation-1963; Gaunsabha Regulation- 1969; Village Development Committee Regulation-1993; Municipality Panchayat Regulation-1963; Municipality regulation-1992; District Panchayat Regulation-1963; District Development Committee Regulation 1992; Decentralization Regulation-1984; Local Self Governance Regulation-1999; and Local Finance Administration Body Regulation-1999.

provide adult education; irrigation; soil erosion programmes and river control; electricity generation; community buildings; land-utilization plans; operate and maintain heath posts; forestation and environmental protection; preservation of tourist sites and religious places; record keeping of population, houses, land and livestock; birth and death registration; works to control natural calamities; control immoral activities; and promote income generation[16].

In terms of social protection, local bodies have the responsibility for, i.e. helpless, orphan and disabled children; the upliftment of women within the village; and the protection of girls and women. The Village Executives and Municipalities are also the primary institution responsible for development activities. They should formulate annual development plans, collect objective data and prepare a resource map of the area, undertake feasibility studies, select, monitor and evaluate projects, and coordinate with NGOs. The legal responsibilities of Municipalities include those of VDCs, and extend beyond that commensurate to urban needs and generally higher resource levels.

But there some inadequacies and ambiguities on sharing power and authority between different governing units. The current regulatory framework for local governance is complex and often contradictory with other legislation. The local Government itself conceded that no remarkable achievement could be made in the decentralization and self-governance sector in recent years due to lack of experience and resources local level. There has been no serious attempt to implement meaningful fiscal decentralization; Constitution and Local Governance Operation Act has given the responsibility of protecting and utilizing the fallow land to the local bodies, but it has not transferred the ownership. There is a tax overlap horizontally, especially with regard to natural resources such as sand, stone and gravel, and vertically, between the central government , provincial government and local bodies, in the case of the vehicle tax. This has led to conflict between the local governments as well as central and provincial governments and local bodies. Thus, the determination of the sharing the proportion of tax is critical. Internal sources of revenue and expenditure capacity of the local bodies may differ from village executive to village executive and between one municipality and another, which leads to horizontal fiscal imbalance. In this context, to deal individually regarding the tax levied by the local bodies might create difficulties in the implementation of federalism. Now the peoples are starting to complain that the local bodies are imposing unnecessarily high tax to the people and following the suit of leaders to exploit the power for their personal benefits. The people's representatives are collecting unnecessary taxes to purchase luxurious goods and other personal benefits.

Local governments lack the legal power to coordinate and supervise any local level programme. There are no clear cut models for full fledged participation by the beneficiaries

[16] See Local Government Operation Act, 2017, Section 12 for details.

or institutional provisions to ensure the representation of the socially excluded in local governance.[17]

The role of deputy mayors as coordinator of the judicial committee is being viewed with positive note especially due to the expectations that the issues pertaining to gender justice, women empowerment and social justice have the possibility of receiving fair hearing and treatment. However, the task is easier to say than to be done. Adjudicating disputes entails the task of drawing clear lines between the right and wrong, guilty and innocent, winners and losers with reference to adduced evidences and provisions of the law. The deputy mayors are neither trained for adjudicating disputes nor have temperament as popularly elected functionary to act as judge and deliver verdict in an adversarial mode. Therefore it is necessary to take effective note before implementing the provision related to judicial committee at the local level.

Local governments have to increased responsibility for the provision of public goods and services and the management of public money. In order to fulfill this responsibility effectively and efficiently, local government bodies must maintain fiscal or financial discipline by spending revenue and local resources effectively in accordance with national or local macroeconomic objectives and targets. The scenario of fiscal discipline among the local bodies in Nepal has not been up to the mark. Though a hefty amount goes to the local bodies in the name of local development every year, the effectiveness of the grants is still a far-fetched reality.

Local bodies are the lowest units of the government's service delivery mechanism. When they themselves are not in order, people can't expect smooth delivery of public services and effective execution of development works at the grassroots. The government is inflating the volume of grants every year, but the local bodies' capacity to manage the resources is not satisfactory, and billions of rupees being allocated are not spent with accountably and transparently. Local Bodies have failed to ascertain effectiveness and transparency of the grants received annually although the offices are assumed by elected representatives.

Annexes

Annex 1

Schedule 8 of the Constitution

List of Local Level Power

S.N	Matters
01	Town police
02	Cooperative institutions
03	Operation of F.M

[17] Nepal Human Development Report (NHDR), 2017, Chapter 5.

04	Local taxes (wealth tax, house rent tax, land and building registration fee, motor vehicle tax), service charge, fee, tourism fee, advertisement tax, business tax, land tax (land revenue), penalty, entertainment tax, land revenue collection
05	Management of the Local services
06	Collection of local statistics and records
07	Local level development plans and projects
08	Basic and secondary education
09	Basic health and sanitation
10	Local market management, environment protection and biodiversity
11	Local roads, rural roads, agro-roads, irrigation
12	Management of Village Assembly, Municipal Assembly, District Assembly, local courts, mediation and arbitration
13	Local records management
14	Distribution of house and land ownership certificates
15	Agriculture and animal husbandry, agro-products management, animal health, cooperatives
16	Management of senior citizens, persons with disabilities and the 225 incapacitated
17	Collection of statistics of the unemployed
18	Management, operation and control of agricultural extension
19	Water supply, small hydropower projects, alternative energy
20	Disaster management
21	Protection of watersheds, wildlife, mines and minerals
22	Protection and development of languages, cultures and fine arts

Annex 2

Schedule 9 of the Constitution

List of Concurrent Powers of Federation, State and Local Level

S.N	Matters
01	Cooperatives
02	Education, health and newspapers
03	Health
04	Agriculture

05	Services such as electricity, water supply, irrigation
06	Service fee, charge, penalty and royalty from natural resources, tourism fee
07	Forests, wildlife, birds, water uses, environment, ecology and biodiversity
08	Mines and minerals
09	Disaster management
10	Social security and poverty alleviation
11	Personal events, births, deaths, marriages and statistics
12	Archaeology, ancient monuments and museums
13	Landless squatters management
14	Royalty from natural resources
15	Motor vehicle permits

References

Adhikar। Rajendra, *Local Governance Institutions in Nepal: Status and Challenges*, North South University, Dhaka Bangaladesh , 2010.

Chhetry, Dil Bahadur, *Intergovernmental Fiscal Transfer in Nepal, Lessons Drawn from the International practices*, Lincoln University College Malaysia , 2018

Constituent Assembly Thematic Committees, Constitution *Concept Papers of Eleven Thematic Committees*, Constitution Assembly of Nepal, 2009.

Government of Nepal, Ministry of Federal Affairs and General Administration, Frequently Asked Questions (FAQ) about Local Government Operations in Nepal, 2018.

Kelly, Roy, *Stock-taking of Fiscal Decentralization Policy in Nepal,* Journal of Fiscal federalism , Ministry of Federal Affairs and Local Development, 2016.

Khadka, Rup, *An Overview of Federal Fiscal System in Nepal*, Journal of Fiscal federalism , Ministry of Federal Affairs and Local Development, 2016.

Local Governance & Community Development Programme (LGCDP), *Study report on expenditure assignment*, Ministry of Dederal Affairs & Local Development , 2006.

Ministry of Law and Justice , The Constitution of Nepal , Kathmandu, Nepal

Paudyal, Durga Prasad , *Strategies for Local Level Planned Development in Nepal: An Evaluation of the Decentralization Act 1982 from the Local Perspective*, Agani Printing and Publishing Co. , Dhaka, 1994

Rai J. K. and Paudel N. S. , *Discourses of Local Governance in Nepal: An analysis of Legislation, Constitutional Processes and Civil Society Demands,* Forest Action, 2011.

Rijal Mukti, *Local Governance in Nepal, A Study of Local Dispute Resolution*, A Dissertation Submitted to the Faculty of Humanities and Social Sciences of Tribhuvan University, 2013.

Shah Anwar, *Introduction: Principles of Fiscal Federalism*, World Bank, USA, 2006.

The Asia Foundation, *Diagnostic Study of Local Governance in Federal Nepal*, 2017.

The Asia Foundation, *Policy Dialogue on Constitutional Provisions versus Current Support & Practice of Local Government in Nepal: An Initial Assessment*, 2018.

The Carter Center, *Observation on Political Parties in Local Bodies*, 2011.

Uprety Sudeep et.al., *Local Governance Act 2074 (2017) Key Highlights*, 2017.

United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (UNESCAP) , *Country Report on Local Governance Systems* Nepal, UNESCAP , 2004.

सरकारी वकीलहरूका लागि संवैधानिक कानूनमा विशिष्टीकरणसम्बन्धी प्रशिक्षणको पाठ्यक्रम

पाठ्यक्रमको संरचना

सत्र : ३० वटा समय : प्रति सत्र १ घण्टा ३० मिनेट कार्यदिन : १५

पाठ्यक्रमको लक्ष्य : संवैधानिक कानून सम्बन्धी विषयमा विशिष्टीकृत सरकारी वकीलहरू तयार गर्नु ।

पाठ्यक्रमको उद्देश्य : प्रस्तुत पाठ्यक्रम बमोजिमको प्रशिक्षण प्राप्त गरेका सरकारी वकीलहरू

- राज्यको शासन प्रणालीका आधारभूत सिद्धान्त र संघीय शासन प्रणालीको बारेमा जानकार हुनेछन् ।
- संवैधानिक कानूनका आधारभूत सिद्धान्त एवम् अभ्यासको बारेमा परिचित हुनेछन् ।
- संवैधानिक विवादमा अदालतबाट विकसित सिद्धान्त एवं विधिशास्त्रका बारेमा जानकार हुनेछन् ।
- संवैधानिक विवादमा नेपाल सरकारका तर्फबाट सर्वोच्च अदालतमा प्रतिरक्षा एव बहस पैरवी गर्दा संवैधानिक कानूनका सिद्धान्त, अदालती अभ्यास र विधिशास्त्रको यथोचित प्रयोग गर्न सक्नेछन् ।

पाठ्यक्रममा समावेश हुने विषयहरू

सरकारी वकीलको व्यावसायिकता विकासमा केन्द्रित भई विशिष्टीकरण गर्ने कार्यक्रम अन्तर्गत तयार गरिएको प्रस्तुत पाठ्यक्रममा समावेश भएका विषयहरूमा प्रत्येक सत्रमा ४० प्रतिशत सैद्धान्तिक पक्ष र ६० प्रतिशत व्यावसायिक र व्यावहारिक पक्षमा केन्द्रित भई सत्र सञ्चालन हुनेछ ।

पाठ्यक्रममा समावेश हुने विषयहरू

१. शासन प्रणालीको परिचय
२. संघीयता
३. राज्यको संरचना र राज्यशक्तिको बाँडफाड
४. संघ, प्रदेश र स्थानीय तहबीचको अन्तरसम्बन्ध
५. सरकारका विभिन्न तहहरूमा आँउन सक्ने विवादहरू
६. संविधानवाद
७. संवैधानिक कानूनका आधारभूत सिद्धान्तहरू
८. संवैधानिक व्याख्यामा प्रयोग हुने प्रमुख सिद्धान्तहरू

९. नागरिकतासम्वन्धी संवैधानिक व्यवस्था
१०. मौलिक हक १ : नागरिक तथा राजनीतिक अधिकारहरू १
११. मौलिक हक २ : नागरिक तथा राजनीतिक अधिकारहरू २
१२. मौलिक हक ३: न्याय सम्वन्धी हक
१३. मौलिक हक ४ : आर्थिक तथा सामाजिक अधिकारहरू
१४. सामाजिक न्याय र समावेशीकरण
१५. राज्यका निर्देशक सिद्धान्त र नीतिहरू
१६. कानूनको न्यायिक पुनरावलोकन
१७. रिट
१८. बन्दी प्रत्यक्षीकरण
१९. उत्प्रेषण र परमादेश
२०. अधिकारपृच्छा, प्रतिषेध र निषेधाज्ञा
२१. सार्वजनिक सरोकारका विवादहरू
२२. निर्वाचन प्रणाली
२३. कानून निर्माणका सिद्धान्त र कानून निर्माण प्रक्रिया
२४. प्रत्यायोजित व्यवस्थापन
२५. संवैधानिक निकायहरू -१
२६. संवैधानिक निकायहरू -२
२७. राष्ट्रप्रमुख
२८. आर्थिक कार्य प्रणाली
२९. संकटकालीन अधिकार
३०. संविधानको संशोधन
३१. संवैधानिक अदालत र संवैधानिक इजलास
३२. सर्वोच्च अदालतबाट जारी भएका आदेशको कार्यान्वयन र यसले पारेका प्रभाव
३३. न्यायपालिकाको स्वतन्त्रता
३४. नेपालको संवैधानिक विधिशास्त्र
३५. मुद्दा फिर्ता र माफी सम्वन्धी व्यवस्था
३६. महान्यायाधिवक्तासम्वन्धी व्यवस्था
३७. राजनीतिक दल र दलसँग सम्वन्धित विवादहरू
३८. अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको संवैधानिकीकरण (Constitutionalization of International Law)
३९. संवैधानिक परिषद र संसदीय सुनुवाइ
४०. संविधान निर्माण प्रक्रिया

पाठ्यक्रमको विस्तृत विवरण

१. शासन प्रणालीको परिचय

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको अन्त्यमा सहभागीहरू

- विश्वमा प्रयोगमा रहेका प्रमुख शासन प्रणालीका बारेमा परिचित हुनेछन् ।
- संसदीय शासन प्रणालीका आधारभूत मान्यता तथा अभ्यासका सम्बन्धमा जानकार हुनेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- विभिन्न शासन प्रणालीको परिचय
- संसदीय शासन व्यवस्थाका आधारभूत पक्षहरू
- संसदीय शासन प्रणाली र राष्ट्रपतीय शासन व्यवस्थाको तुलनात्मक अध्ययन
- मिश्रित शासन व्यवस्थाको अभ्यास
- संसदीय व्यवस्थामा कार्यकारी अधिकारको प्रयोग र प्रधानमन्त्रीको भूमिका
- संसदीय शासन व्यवस्थामा संसद विघटनमा प्रधानमन्त्रीको सिफारिस
- प्रधानमन्त्री उपरको विश्वासको मत र अविश्वासको प्रस्ताव
- नेपालको संविधानमा गरिएका प्रतिनिधिसभा र प्रदेश सभा विघटन सम्वन्धी व्यवस्था
- संसद विघटनसम्वन्धी विवादमा न्यायिक दृष्टिकोण

सन्दर्भ सामग्री

- W.G. Andrews, Constitutions and Constitutionalism (3rd ed). East West Press, New Delhi, 1968.
- D.D. Basu, Comparative Constitutional Law. Lexis Nexis, Butterworths Wadhwa, Nagpur, 2010.
- Ram Kumar Dahal, Constitutional and Political Developments in Nepal. Ratna Pustak Bhandar, Kathmandu, 2001.
- Hilaire Barnett,Constitutional & Administrative Law (11th Edition), Cavendish Publishing Ltd. London, 2002
- K C Wheare, Modern Constitution
- H.M. Seervai, Constitutional Law of India (4th ed.)
- M.P. Jain, Indian Constitutional Law
- Sir Ivor Jennings, Cabinet Government, Cambridge University Press, 1959.
- Sir Ivor Jennings, Parliament, Cambridge University Press,
- Bharat Raj Uprety and others (ed). Constitutional Law of Nepal. (2nd ed.) Freedeal, Kathmandu, 1997.

- नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को व्याख्यात्मक टिप्पणी,
- संविधानसभा, शासकीय स्वरूप निर्धारण समितिको प्रतिवेदन, २०६६
- निलाम्बर आचार्य, प्रजातन्त्रमा संक्रमण, भृकुटी एकेडेमिक पव्लिकेसन्स, काठमाडौं, २०६१
- हरिप्रसाद नेपाल वि. प्रम गिरिजाप्रसाद कोइरालासमेत, नेकाप स्वर्णशुभजन्मोत्सव विशेषांक, २०५२ पृष्ठ ८८
- रविराज भण्डारी वि. प्रम मनमोहन अधिकारीसमेत, नेकाप स्वर्णशुभजन्मोत्सव विशेषांक, २०५२ पृष्ठ ८८
- चित्र बहादुर केसी वि. प्रम शेरबहादुर देउवासमेत, (२०५९ को रिट नं. ३५४२)

२. संघीयता

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको अन्तमा सहभागीहरू संघीयताको अवधारणा र निर्माणका आधारहरू, नेपालमा संघीयताको अभ्यासका बारेमा परिचित हुनेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- अवधारणा
- संघीयताका सिद्धान्तहरू
- संघीयता निर्माणका आधारहरू
- एसिमेट्रिक र सिमेट्रिक संघीयता
- संघीय मुलुकको अभ्यास (भारत, संयुक्त राज्य अमेरिका)
- नेपालको संविधानले आत्मसात गरेको संघीय शासन प्रणाली र संघीयताका आधार एवम् सिद्धान्तहरू
- संघीयता, द्वन्द्व रूपान्तरण र राजनीतिक स्थायित्व
- संघीय शासन प्रणाली र विविधताको व्यवस्थापन
- नेपालमा संघीयताको अभ्यास र चुनौतीहरू

सन्दर्भ सामग्री

- Bishnu Raj Upreti (ed), Peace Process and Federalism in Nepal, NCCR North South, 2009
- D.D. Basu, Comparative Federalism. Nagpur: Wadhwa and Company, 2008.
- Michael Burgess, Comparative Federalism: Theory and Practice. London: Routledge, 2008.
- Daniel J. Elajar, Federalism : An Overview
- John Loughlin et.al, Routledge Handbook of Regionalism and Federalism, Routledge, 2014
- Chandra Kanta Gyawali, Prakash A. Raj. Federalism in the World (1st ed), 2010.

- Chandra Kanta Gyawali, Federalisation in Nepal: Challenges and Prospects, 2015
- Buddhi Karki, Rohan Idrishina (ed). The Federalism Debate in Nepal. UNDP/SPCBN, 2014.
- Surendra Bhandari, Constitutional Design and Implementation Dynamics, Himal Innovative Development and Research, Kathmandu, 2016.
- Thomas Fleiner, Lidija R. Basta Fleiner, Constitutional Democracy in a multicultural and globalised world, Springer, 2009.
- George Anderson, Federalism: An Introduction, Oxford University Press, 2008.
- K.C. Wheare, Federal Government
- Ronald W. Watts, Comparing Federal Constitutions (3rd ed). McGill Queen's University Press, London, 2008.
- संविधानसभा, राज्य पुनर्संरचना समितिको प्रतिवेदन, २०६६

३. राज्यको संरचना र राज्यशक्तिको बाँडफाँड

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको अन्तमा सहभागीहरू नेपालको राज्य संरचनाको प्रबन्ध, संघीयतामा अधिकारको विभाजनका आधार र नेपालको संघीय प्रबन्ध तथा अन्य संघीय मुलुकको अभ्यासका बारेमा परिचित हुनेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- एकात्मक र संघात्मक प्रणालीका आधारभूत विशेषताहरू
- संघीय संरचनामा अधिकारको बाँडफाँडका सिद्धान्तहरू
- नेपालको संविधानमा राज्य शक्तिको बाँडफाँड र यसको प्रयोगमा आउने चुनौतीहरू
- संघीय शासन व्यवस्था अवलम्वन गर्ने अन्य देशको अभ्यास (भारत, संयुक्त राज्य अमेरिका, दक्षिण अफ्रिका आदि)

सन्दर्भ सामग्री

- A.W. Bradley and Keith Ewing (ed). Wade and Bradley. Constitutional and Administrative Law. ELBS with Longman, UK: 1993.
- Daniel J. Elajar, Federalism : An Overview
- Thomas Fleiner, Lidija R. Basta Fleiner, Constitutional Democracy in a multicultural and Globalized World, Springer, 2009.
- George Anderson, Federalism: An Introduction, Oxford University Press, 2008.
- K.C. Wheare, Federal Government
- संविधानसभा, राज्य पुनर्संरचना समितिको प्रतिवेदन, २०६६

४. संघ, प्रदेश र स्थानीय तहबीचको अन्तरसम्बन्ध

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको अन्त पछि सहभागीहरूले नेपालको संविधानले प्रबन्ध गरेको संघ, प्रदेश र स्थानीय सरकारको कार्यक्षेत्र तथा साझा विषय र अन्य संघीय मुलुकमा गरिएको अधिकारको बाँडफाँडको अभ्यासका बारेमा जानकारी प्राप्त गर्नेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- संघीय सरकारको कार्यक्षेत्र
- प्रदेश सरकारको कार्यक्षेत्र
- स्थानीय सरकारको कार्यक्षेत्र
- साझा सूची र स्वायत्त सूचीको प्रयोग
- सरकारका तह बीचको विधायिकी र कार्यकारी सम्वन्ध
- अवशिष्ट अधिकारको प्रयोग
- अन्य देशको अभ्यास

सन्दर्भ सामग्री

- George Anderson, Federalism: An Introduction. Oxford University Press, 2008.
- D.D. Basu, Comparative Federalism. Wadhwa and Company, Nagpur, 2008.
- Michael Burgess, Comparative Federalism: Theory and Practice. London: Routledge, 2006.
- Daniel J. Elajar, Federalism : An Overview
- Buddhi Karki and Rohan Indrishina (ed). Participatory Constitution Making in Nepal: Issues of Process and Substance, UNDP/SPCBN, 2014.
- Buddhi Karki and Rohan Indrishina (ed). The Federalism Debate in Nepal, UNDP/SPCBN, 2014.
- Thomas Fleiner, Lidija R. Basta Fleiner, Constitutional Democracy in a multicultural and globalised world, Springer, 2009.
- George Anderson, Federalism: An Introduction, Oxford University Press, 2008.
- M P Jain, Indian Constitutional Law,
- K.C. Wheare, Federal Government
- संविधानसभा, राज्य पुनर्संरचना समितिको प्रतिवेदन, २०६६

५. सरकारका विभिन्न तहहरूमा आउनसक्ने विवादहरू

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको अन्तपछि सहभागीहरूले संघीय ईकाइहरू बीच अधिकार क्षेत्रको प्रयोगमा उत्पन्न हुने विवादको प्रकृति, अन्तरप्रदेश व्यापार, प्राकृतिक स्रोतको उपयोग समेतका बारेमा जानकारी पाउनेछन ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- क्षेत्राधिकारको विवाद
- प्राकृतिक स्रोतको उपयोग
- कर कानूनको कार्यान्वयन
- अन्तर प्रदेश व्यापार
- अन्तर प्रदेश परिषद र संवैधानिक जिम्मेवारी
- अन्य संघीय मुलुकले गरेका अभ्यास (भारत, संयुक्त राज्य अमेरिका)

सन्दर्भ सामग्री

- George Anderson, Federalism: An Introduction. Oxford University Press, 2008.
- Michael Burgess, Comparative Federalism: Theory and Practice. London: Routledge, 2006.
- Daniel J. Elajar, Federalism : An Overview
- Chandra Kanta Gyanwali and Prakash A. Raj. Federalism in the World (1st ed), 2010.
- Urshula K. Hicks, Federalism: Failure and Success: A Comparative Study. Macmillan, 1978.
- Karki, Buddhi and Rohan Indrishina (ed). The Federalism Debate in Nepal, UNDP/SPCBN, 2014
- Loughlin, John et al (ed). Routlegde Handbook of Regionalism and Federalism, Routledge, 2013.
- Thomas Fleiner, Lidija R. Basta Fleiner, Constitutional Democracy in a multicultural and Globalised World, Springer, 2009.
- George Anderson, Federalism**:** An Introduction, Oxford University Press, 2008.
- K.C. Wheare,Federal Government
- McCulloch v. Maryland 17 US 316 – 1819
- United States v. Lopez, 514 U.S. 549 (1995)
- United States v. Morrison, 529 U.S. 598 (2000)
- Gonzales v. Raich, 545 U.S. 1 (2005)
- Dean Milk Co. v. City of Madison, Wisconsin, 340 U.S. 349 (1951)
- Chemical Waste Management v. Hunt, 504 U.S. 334 (1992)
- Mahadayi water dispute: Goa, Karnataka + Maharashtra
- Vansadhara Water Dispute: Odisha + Andhra Pradesh
- Krishna Water Dispute: Maharashtra, Karnataka, Telangana and Andhra Pradesh

- Cauvery Water Dispute: Kerala, Pudecherry, Tamil Nadu and Karnataka - two agreements in 1892 and 1924 between Madras Presidency (TN) and Kingdom of Mysore (Kar.)
- Ravi Beas Dispute: Punjab, Haryana, Rajasthan and Himachal Pradesh.
- V. Niranjan, Interstate Trade and Commerce: The Doctrine of Propersanality Reffirmed, Indian Journal of Constitutional Law, 2008
- संविधानसभा, राज्य पुनर्संरचना समितिको प्रतिवेदन, २०६६
- संविधानसभा, प्राकृतिक स्रोत, आर्थिक अधिकार तथा राजस्व बाँडफाँड समितिको प्रतिवेदन, २०६६

६. संविधानवाद

एकाइको उद्देश्य : यस सत्र पछि सहभागीहरू

- संविधानवादका मूलभूत सिद्धान्त एवम् मूल्यहरूका बारेमा परिचित हुनेछन् ।
- नेपालमा संविधानवादका सिद्धान्तको प्रयोग र कार्यान्वयनको अवस्थाका बारेमा परिचित भइ संवैधानिक विवादको प्रतिरक्षा गर्दा ती संविधानवादका सिद्धान्तहरूलाई प्रयोग गर्न सक्षम हुनेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- संविधानवादको अवधारणा र विकास
- संविधानवादका आधारभूत मूल्य र प्रकारहरू
- नव संविधानवाद र संविधानवादका आधुनिक मान्यताहरू
- संविधानवाद र नेपालको संवैधानिक विकासक्रम
- नेपालको संविधान र संविधानवाद
- संविधानवादको दृष्टिले नेपालको संविधानको कार्यान्वयनको अवस्थाको समीक्षा
- संविधानवादका सन्दर्भमा न्यायिक दृष्टिकोण

सन्दर्भ सामग्री:

- Hilaire Barnett, Constitutional & Administrative Law (11th Edition)
- Larry Alexander, Constitutionalism Philosophycal Foundation, Cambridge University press, 2001.
- Stephen M. Griffin, American Constitutionalism, From theory to Politics, Princeton University Press, New Jersey, 1996.
- Surya Prasad Dhungel et al., Commentary on Nepalese Constitution, Delf, Kathmandu, 1998.
- H.M. Seervai, Constitutional Law of India
- M.P. Jain, Indian Constitutional Law

- Norman Redlich et. al, Constitutional Law, Lexis Nexis, 2009
- संविधानसभा, संवैधानिक समितिको अवधारणापत्र र प्रारम्भिक प्रतिवेदन, २०६६
- पूर्णमान शाक्य, संविधानबाद सुशासनको सन्दर्भमा, लोकतान्त्रिक संविधानका आधारहरू, अग्रसारथी अध्ययन तथा अनुसन्धान केन्द्र, २०६५
- विजयराज शाक्य वि. संविधान सभा, नेकाप २०६७ अंक ९ नि.नं. ८४५७
- राजीव पराजुली वि. भ्रष्टाचार निवारण शाही आयोग समेत, नेकाप २०६२ अंक ११ नि.नं. ७६१८
- ओम प्रकाश अर्याल वि. लोकमान सिंह कार्की समेत, नेकाप २०७४ अंक ११ नि.नं. ९७१०
- श्रीकृष्ण सुवेदी वि. राष्ट्रपति कार्यालयसमेत, नेकाप २०६९ अंक १२ नि.नं. ८९२६
- श्रीकृष्ण सुवेदी वि. प्रम तथा मपकासमेत, नेकाप २०६७ अंक १० नि.नं. ८४८०
- प्रविणकुमार लाभ वि. संवैधानिक परिषद समेत (निर्वाचन आयुक्तमा नियुक्तिसम्वन्धी)
- चन्द्रकान्त ज्ञवाली वि. मन्त्रिपरिषद अध्यक्ष समेत, २०६९ सालको रिट नं. ०९७६ आदेश मिति : २०७२।१२।१५
- बालकृष्ण न्यौपाने वि. उपराष्ट्रपति समेत, नेकाप २०६६ अंक ४ नि.नं. ८११७
- पुष्पकमल दाहाल वि. संवैधानिक परिषद्समेत, नेकाप २०६८ निर्णय नं. ८४०६
- सागर केसी वि. प्रम तथा मपकासमेत, नेकाप २०७० नि.नं. ९३००

७. सवैधानिक कानूनका आधारभूत सिद्धान्तहरू

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको समाप्ति पछि सहभागीहरूले संवैधानिक कानूनको सिद्धान्तका बारेमा जानकारी प्राप्त गरी यसका आधारमा बहस गर्न सक्षम हुनेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- संवैधानिक सर्वोच्चताको सिद्धान्त
- संवैधानिक सर्वोच्चता र संसदीय सर्वोच्चता
- संवैधानिक सर्वोच्चता कायम राख्न सर्वोच्च अदालतको भूमिका
- कानूनको शासनको सिद्धान्त र डायसीको अवधारणा
- कानूनको शासनको नवीन अवधारणा
- लर्ड विंगहमका आठ उपनियमहरू
- जोसेफ राजको दृष्टिकोण
- कानूनको शासन र लोकतन्त्रको अन्तरसम्बन्ध
- कानूनको शासन कायम गर्न सर्वोच्च अदालतबाट जारी भएका आदेशहरू
- शक्ति पृथकीकरण तथा नियन्त्रण र सन्तुलनको सिद्धान्त
- नेपालको संविधानले अवलम्वन गरेको शक्तिको पृथकीकरण र नियन्त्रण तथा सन्तुलन

- शक्तिको पृथकीकरण तथा नियन्त्रण र सन्तुलनको सिद्धान्तका सन्दर्भमा प्रतिपादित न्यायिक दृष्टिकोण

सन्दर्भ सामग्री

- V. Dicey, An Introduction to the Law of the Constitution, (10th ed), ELBS and Macmillan, London, 1960
- Dr. Chandrakanta Gyawali, People's Sovereignty and Constitutionalism, A.K. Publication, Kathmandu, 2012
- Joseph Raj, The Politics of Rule of Law, Indian Journal of Constitutional Law, 2008
- O.P. Gouba, Constitutionalism in a Changing Society. Gitanjali Publishing House, New Delhi, 1984.
- Hilaire Barnett, Constitutional & Administrative Law, 11th Edition, Cavandish Publishing limited, London, 2002
- H.M. Seervai, Constitutional Law of India,
- M.P. Jain, Indian Constitutional Law
- M.P. Jain and S.N. Jain, Principles of Administrative Law. Lexis Nexis, Butterworths Wadhwa, Nagpur, 2008.
- Surya Prasad Dhungel et al., Commentary on Nepalese Constitution, Delf, Kathmandu, 1998.
- S.P. Sathe v. Union of India, AIR 1982 SC 149
- Chandra Mohan v. State of U.P., AIR 1966 SC 1987
- ADM Jabalpur v. Shiv Kanta Sukla case (Minority opinion by HD Khanna)
- संविधानसभा, संवैधानिक समितिको अवधारणापत्र र प्रारम्भिक मस्यौदा सम्वन्धी प्रतिवेदन, २०६६
- संविधान सभा, शासकीय स्वरूप निर्धारण समितिको प्रतिवेदन, २०६६
- बद्री बहादुर कार्की वि. अख्तियार दुरूपयोग अनुसन्धान आयोग, नेकाप २०५८ अंक ५ र ६ नि.नं. ७००१
- ऋषिकेश शाह वि. श्री ५ को सरकार, नेकाप २०२६ अंक १ नि.नं. ५१४
- अच्युतकृष्ण खरेल वि. गृह मन्त्रालयसमेत, नेकाप २०५५ अंक ११ नि.नं. ६६२४
- रविराज भण्डारी वि. प्रम मनमोहन अधिकारीसमेत, नेकाप स्वर्णशुभजन्मोत्सव विशेषांक, २०५२ पृष्ठ ८८
- राजीव पराजुली वि. भ्रष्टाचार नियन्त्रण शाही आयोगसमेत, नेकाप २०६२ अंक ११ नि.नं. ७६१८
- चन्द्रकान्त ज्ञवाली वि. प्रम तथा मपकासमेत नेकाप २०७५ अंक १ पृष्ठ १०८

- सर्वज्ञरत्न तुलाधर वि. राष्ट्रिय पञ्चायतसमेत, नेकाप २०३५ नि.नं. ११९७
- बालकृष्ण न्यौपाने वि. उपराष्ट्रपति समेत, नेकाप २०६६ अंक ४ नि.नं. ८११७
- पुष्पकमल दाहाल वि. संवैधानिक परिषद्समेत, नेकाप २०६८ अंक ७ निर्णय नं. ८४०६
- संजय कुमार साह वि. सभामुख समेत, नेकाप २०७० अंक ८ नि.नं. ९०४०
- तुलसी सिंखडा वि. संविधानसभा सचिवालयसमेत, नेकाप २०७० अंक १ नि.नं. ८९४३
- मीरा ढुंगाना वि. प्रम तथा मपका समेत, नेकाप २०७३ अंक ३ नि.नं. ९५५१

८. सवैधानिक व्याख्यामा प्रयोग हुने प्रमुख सिद्धान्तहरू

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको समाप्तिपछि सहभागीहरू

- संवैधानिक व्याख्यामा प्रयोग हुन सक्ने सिद्धान्तहरूको अवधारणागत पक्षका बारेमा परिचित हुनेछन् ।
- उल्लिखित सिद्धान्तका सन्दर्भमा प्रतिपादन भएका न्यायिक सिद्धान्तका आधारमा प्रतिरक्षा गर्न सक्नेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- Doctrine of colourable legislation
- Doctrine of eclips
- Doctrine of necessety
- Doctrine of political question
- Doctrine of acquiesience and latches
- Doctrine of constitutional silence
- Doctrine of common right and reason
- Doctrine of fraud on the constitution
- Doctrine of harmonious interpretation
- Doctrine of implied power and prohibition
- Doctrine of pith and substance
- Doctrine of ripeness
- Doctrine of severability
- Doctrine of waiver
- Doctrine of repugnancy
- Doctrine of Submission
- Doctrine of Pleasure
- Doctrine of Judicially managalable standard

सन्दर्भ सामाग्री

- Upendra Baxi, The Indian Supreme Court and Politics, Eastern Boook Company, 1980
- Upendra Baxi, Law, Politics and Constitutional Hegemony: The Supreme Court, Jurisprudence and demoprudence, 2016
- H.M. Seervai, Constitutional Law of India
- M.P. Jain, Indian Constitutional Law
- Dr. J. N. Pandey, Constitutional Law of India, Central Law Agency, 2001
- Dr. Bhimarjun Acharya Comparative System of Judicial Review.
- Bhaikaji v. State of M.P., AIR 1955 SC 781
- Deep Chand v. State of U.P., AIR 1959 SC 648
- Bashesher Nath v. Income Tax Commissioner, AIR 1956 SC 269
- Mahendra Lal Jain v. State of U.P., AIR 1963 Sc 1019
- A.K. Gopalan v. State of Madres, AIR 1950 SC 27: 1950 SCJ 174
- Ramesh Thappar v. State of Madras, AIR, 1950 SC 124
- Baker v. carr, 369 US 186, 1962
- राधेश्याम अधिकारी वि. मन्त्रिपरिषद् सचिवालयसमेत, नेकाप २०४८ अंक १२ नि.नं. ४४३०
- दिलिप कुमार यादव वि. अख्तियार दुरूपयोग अनुसन्धान आयोग, नेकाप २०६७ नि.नं. ८४८४
- गोपाल शिवाकोटी वि. अर्थ मन्त्रालयसमेत, नेकाप २०५१ नि.नं. ४८९५
- हरिप्रसाद नेपाल वि. प्रम गिरिजा प्रसाद कोइराला, नेकाप २०५२ शुभजन्मोत्सव विशेषांक
- बाबुराम पौडेल वि. मन्त्रिपरिषद सचिवालय, नेकाप २०५१ अंक नि.नं. ४८७५
- राजीव पराजुली वि. भ्रष्टाचार निवारण शाही आयोग, नेकाप २०६२ अंक ११ नि.नं. ७६१८
- चित्र बहादुर केसी वि. प्रम शेर बहादुर देउवा, २०५९ को रिट नं. ३५४२
- बालकृष्ण न्यौपाने वि. व्यवस्थापिका संसद समेत, नेकाप २०६८ अंक ४ नि.नं. ८५८८
- इन्द्रमान कर्माचार्य वि. श्री ५ को सरकार, नेकाप २०५२ अंक १ नि.नं. ५०४४
- पुष्पकमल दाहाल वि. संवैधानिक परिषद्समेत, नेकाप २०६७ अंक ७ नि.नं. ८४०६
- चन्द्रकान्त ज्ञवाली वि. मन्त्रिपरिषद् कार्यालयसमेत, नेकाप २०६४ अंक ८ नि.नं. ७८७५
- सरकारी वकील दिग्दर्शन (तेस्रो संस्करण), २०७४ महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय, नेपाल

५. नागरिकतासम्वन्धी सवैधानिक व्यवस्था

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको अन्तमा सहभागीहरू

(१) नागरिकताको अबधारणा, नागरिकता प्राप्तिका आधार तथा नेपालको नागरिकता सम्बन्धी संवैधानिक र कानूनी व्यवस्थालाई कार्य सम्पादको क्रममा प्रयोग गर्न सक्नेछन् ।

(२) नागरिकता सम्वन्धी विवादमा सर्वोच्च अदालतको न्यायिक दृष्टिकोणका बारेमा जानकारी प्राप्त गर्नेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- नागरिकताको अवधारणा
- नागरिकता सम्वन्धी अन्तर्राष्ट्रिय व्यवस्था
- अन्तर्राष्ट्रिय सन्धिका व्यवस्थाका सम्वन्धमा पक्ष राष्ट्र
- दोहोरो नागरिकता र नागरिकताविहीनता
- बंशजको आधारमा नागरिकता
- जन्मको आधारमा नागरिकता
- अंगिकृत नागरिकता
- आमाको नामबाट नागरिकता
- तेस्रो लिंगीको नागरिकता
- नागरिकताको समाप्ति
- अन्य मुलुकले अवलम्वन गरेको नागरिकता सम्वन्धी अभ्यास (संयुक्त अधिराज्य, संयुक्त राज्य अमेरिका र भारत)
- नागरिकता सम्वन्धी संवैधानिक तथा कानूनी प्रबन्धहरू र सोको कार्यान्वयन
- नागरिकता सम्वन्धी विवादमा न्यायिक दृष्टिकोण

सन्दर्भ सामग्री

- Surya Prasad Dhungel et al., Commentary on Nepalese Constitution, Delf, Kathmandu, 1998.
- State of Bihar v. Kumar Amar Singh, AIR 1955 SC 282
- संविधानसभा, मौलिक हक तथा निर्देशक सिद्धान्त समितिको प्रतिवेदन, २०६६
- चन्द्रकान्त ज्ञवाली समेत, राष्ट्रियता, समानता र राज्यविहीनतामा नागरिकता, २०६४
- सुनिलबाबु पन्तको रिटमा भएको आदेश, नेकाप २०६५ अंक ४ नि.नं. ७९५८
- सुनिलबाबु पन्तको रिटमा भएको आदेश, नेकाप २०७४ अंक ९ नि.नं.९८७५
- सविना दमाई वि. प्रम तथा मपकासमेत, नेकाप २०६६ अंक २ नि.नं. ८५५७
- सज्दा सापकोटाको रिटमा भएको आदेश, नेकाप २०७३ अंक ७ नि.नं. ९६२७
- नागरिकता सम्बन्धी फैसलाहरूको सँगालो, महिला, कानून तथा विकास मञ्च
- सन्देश सिंह वि. जिल्ला प्रशासन कार्यालय, मोरङसमेत, नेकाप २०७४ अंक ७ नि.नं. ९८४१

१०. मौलिक हक १ : नागरिक तथा राजनीतिक अधिकारहरू १

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको अन्तमा सहभागीहरूले मौलिक हकको रूपमा रहेका नागरिक तथा राजनीतिक अधिकारको अबधारणा, विकसित विधिशास्त्र तथा न्यायिक दृष्टिकोणलाई कार्यक्षेत्रमा प्रयोग गर्न सक्नेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- मौलिक हकको अवधारणागत पक्ष
- मौलिक हकका आधारभूत विशेषताहरू
- नागरिक तथा राजनीतिक अधिकारहरू र राज्यको सकारात्मक र नकारात्मक दायित्व
- नागरिक तथा राजनीतिक अधिकारको विकास
- स्वतन्त्रताको हक र स्वतन्त्रताको हकमा लगाइने सीमा र सोको आधार एवम् कारण
- Liberty v. Security
- स्वतन्त्रताको हक सम्बन्धी अन्य मुलुकको अभ्यास (संयुक्त अधिराज्य, संयुक्त राज्य अमेरिका र भारत)
- युरोपेली मानव अधिकार अदालतका प्रतिनिधिमूलक आदेशहरू (सम्भव भएसम्म)
- मौलिक हक र नागरिक स्वतन्त्रताका नयाँ आयामहरू
- धर्म निरपेक्षता र धार्मिक स्वतन्त्रता
- सम्पत्तिको हक र न्यायिक दृष्टिकोण
- स्वतन्त्रताको हक र न्यायिक दृष्टिकोण
- मौलिक हकको परित्याग
- मौलिक हक र नागरिकका कर्तव्य

सन्दर्भ सामग्री

- Bhimarjun Acharya, Fundamental Rights in the World Constitutions. Pairavi Book
- Gyan Bahadur Basnet, The Crisis for Civil Liberties and Human Rights. Gyan Bahadur Basnet, 2008.
- Dr. Haribansha Tripathi, Fundamental Rights and Judicial Review, Pairavi Prakashan, 2002.
- F.A. Hayak, The Constitution of Liberty. Routledge Classics, London, 2006.
- Surya Prasad Dhungel et. al. Commentary on Nepalese Constitution, Delf, Kathmandu, 1998
- V.N. Shukla's Constitution of India, Eastern Book Company, 2001.
- Justice (Rtd) K S Puttaswamy v. Union of India, 2017
- Mohd. Hanif Quareshi v. State of Bihar, AIR 1958 SC 713

- Vishaka v. State of Rajasthan, AIR 1997 SC 7488, 752
- State of West bangal v. Anwar Ali Sarkar, AIR, 1952 SC 75
- संविधान सभा, मौलिक अधिकार तथा निर्देशक सिद्धान्त समितिको प्रतिवेदन, २०६६
- विकास लकाई वि. प्रम तथा मपकासमेत, नेकाप २०७० अंक १० नि.नं. ९०६९
- इमान सिंह गुरुङ वि. मन्त्रिपरिषद् सचिवालय समेत, नेकाप २०४९ अंक ७ नि.नं. ४५९७
- राजु प्रसाद चापागाई वि. मन्त्रिपरिषद सचिवालयसमेत, २०५७ सालको रिट नं. २९८६ आदेश मिति २०६०।५।११
- यज्ञमुर्ति बञ्जाडे वि. दुर्गादास श्रेष्ठ समेत, नेकाप २०२७ अंक १ नि.नं. ५४७
- पदम बहादुर भण्डारी वि. रक्षा मन्त्रालयसमेत, नेकाप २०६३ अंक ८ नि.नं. ७७४७
- ऋषिकेश शाह वि. श्री ५ को सरकार, नेकाप २०२६ अंक १ नि.नं. ५१४
- नन्द कुमारी रावलको रिट, नेकाप २०५० नि.नं. ४७२१
- माधवकुमार बस्नेतको रिट (२०५८ सालको रिट नं. २७४६ आदेश मितिः २०५८।६।४)
- मिथिलेश कुमार सिंहको रिट, नेकाप २०५६ पृ. ४७८

११. मौलिक हक २ : नागरिक तथा राजनीतिक अधिकारहरू २

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको अन्तमा सहभागीहरूले मौलिक हकको रूपमा रहेका नागरिक तथा राजनीतिक अधिकारको अबधारणा, विकसित विधिशास्त्र तथा न्यायिक दृष्टिकोणलाई कार्य सम्पादनको क्रममा प्रयोग गर्न सक्नेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- समानताको हक र सारभूत समानता
- समानताको हकको सम्बन्धमा अन्तर्राष्ट्रिय प्रबन्धले गरेको दायित्व
- समानताको हकमा लगाइने सीमा
- समानताको हक र सामाजिक न्याय
- समानताको हक र न्यायोचित वर्गीकरण
- कानूनको अगाडि समानता र कानूनको समान संरक्षण
- सकारात्मक विभेद, सारभूत समानता र आरक्षण
- समानताको हक सम्वन्धी अन्य मुलुकको अभ्यास (संयुक्त अधिराज्य, संयुक्त राज्य अमेरिका र भारत)
- समानताको हक सम्वन्धी न्यायिक दृष्टिकोण -

सन्दर्भ सामग्री

- Bhimarjun Acharya, Fundamental Rights in the World Constitutions, Pairavi Book, Kathmandu
- Dr. Haribansha Tripathi, Fundamental Rights and Judicial Review, Pairavi Prakashan, 2002.
- Fisher, Louis. Constitutional Rights: Civil Rights and Civil Liberties. USA: McGraw Hill Inc, 1995.
- V.N. Shukla's Constitution of India**,** Eastern Book Company, 2001.
- Stone, Richard. Civil Liberties and Human Rights. Oxford University Press, 2012.
- Surya Prasad Dhungel et. al. Commentary on Nepalese Constitution, Delf, Kathmandu, 1998
- Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).
- Maneka Gandhi v. UoI, AIR 1978 SC 597
- संविधान सभा, मौलिक अधिकार तथा निर्देशक सिद्धान्त समितिको प्रतिवेदन, २०६६
- मन बहादुर वि.क. वि. कानून तथा न्याय मन्त्रालयसमेत, नेकाप २०४९ अंक १२ नि.नं. ४६७०
- मीरा ढुंगाना वि. कानून तथा न्याय मन्त्रालयसमेत, नेकाप, नेकाप २०५२ अंक ६ नि.नं. ६०१३
- मीरा ढुंगानाको रिट, नेकाप २०६४ अंक ६ नि.नं. ७८५४ नि.नं. ६८९८
- रिना बज्राचार्य वि. शाही नेपाल बायुसेवा निगमसमेत, (२०५४ को रिट नं. २८१२ आदेश मिति २०५७।२।२६), नेकाप २०५७ अंक ५
- सपना मल्ल प्रधान वि. प्रम तथा मपकासमेत, नेकाप २०५३ अंक २ नि.नं. ६१४०
- सुमन पन्त वि. अध्यागमन विभाग समेत (समलिंगी विवाह र प्रवेषाज्ञासम्वन्धी)
- सुनिलबाबु पन्त वि. प्रम तथा मपकासमेत, नेकाप २०६५ अंक ४ नि.नं. ७९५८
- प्रेमकुमारी नेपाली वि. राष्ट्रिय महिला आयोगसमेत, नेकाप २०७० अंक १ नि.नं. ८९४५
- शम्भुप्रसाद सञ्जेल वि. संस्कृति, पर्यटन तथा नागरिक उड्डयन मन्त्रालयसमेत, नेकाप २०६४ नि.नं. ७८७६
- चन्द्रकान्त ज्ञवाली वि. प्रम तथा मपकासमेत, नेकाप २०६१ अंक ११ नि.नं. ७४५९

१२. मौलिक हक ३ : न्यायसम्वन्धी हक

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको समाप्तिपछि सहभागीहरू

- न्याय सम्बन्धी हकको अवधारणागत पक्षका बारेमा परिचित हुनेछन् ।
- न्याय सम्बन्धी हकका सम्बन्धमा उठेका विवादमा सो सम्बन्ध अन्य मुलुकमा भएका अभ्यास र न्यायिक दृष्टिकोणका आधारमा प्रतिरक्षा गर्न सक्नेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- पक्राउको कारणको जानकारी
- प्रचलित कानून विपरीत सजाय नहुने
- कानून व्यावसायीसँग परामर्श
- पक्राउ परेको २४ घण्टाभित्र मुद्दा हेर्ने अधिकारी समक्षको उपस्थिति
- आफ्नो विरुद्ध साक्षी हुन कर नलाग्ने
- दोहोरो खतराको सिद्धान्त
- कानूनी सहायता
- स्वच्छ सुनुवाइ

सन्दर्भ सामाग्री

- **भरतराज उप्रेती समेत (सं), नेपालको संवैधानिक कानून (दोस्रो जन्म), फिड्रिल, २०५४**
- Surya Prasad Dhungel et. al. Commentary on Nepalese Constitution, Delf, Kathmandu, 1998.
- Husseinara Khatoon v. Home Sec, State of Bihar,
- राम बहादुर हमाल वि. कारागार व्यवस्थापन विभागसमेत, (स्वच्छ सुनुवाइ), नेकाप २०६७ अंक ४ नि.नं. ८३४५
- बालकृष्ण केसी वि. जिल्ला प्रहरी कार्यालय, दैलेख, (दोहोरो खतराको सिद्धान्त), नेकाप २०६७ अंक ९ नि.नं. ८४५९
- यज्ञमूर्ति बञ्जाडे वि. दुर्गादास श्रेष्ठ (कानून व्यवसायीसँग परामर्श), नेकाप २०२७ अंक १ नि.नं. ५४७
- चन्द्र बहादुर नेपाली वि. (आफ्ना विरुद्ध साक्षी हुन कर नलाग्ने), नेकाप २०५१ अंक ९ नि.नं. ४९६८
- चरिमाया तामाङको जाहेरीले वादी नेपाल सरकार वि. उत्तम लामा (पश्चातदर्शी असर), नेकाप २०६१ अंक ९ नि.नं. ७४३२
- लीलामणि पौडेलको रिटमा जारी भएको आदेश, (कानूनी सहायता),
- गोविन्द बहादुर बटाला वि. प्रम तथा मपकासमेत, नेकाप २०६८ अंक ६ नि.नं. ८६३८ (स्वच्छ सुनुवाइ र दोहोरो खतराको सिद्धान्त)
- कमलेश द्विवेदी, नेकाप २०६६ अंक ५ नि.नं. ८१३९

१३. मौलिक हक ४ : आर्थिक तथा सामाजिक अधिकारहरू

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको अन्तमा सहभागीहरूले मौलिक हकको रूपमा रहेका आर्थिक तथा सामाजिक अधिकारको अबधारणा, विकसित विधिशास्त्र तथा न्यायिक दृष्टिकोणलाई कार्य सम्पादनको क्रममा अवलम्वन गर्न सक्नेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- आर्थिक तथा सामाजिक अधिकारहरू
- सकारात्मक अधिकार र राज्यको दायित्व
- मौलिक हकको रूपमा आर्थिक सामाजिक अधिकारहरू
- राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीति र आर्थिक सामाजिक अधिकारहरू
- नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार र आर्थिक सामाजिक अधिकारबीचको सम्वन्ध
- नेपालको वर्तमान संविधानले प्रत्याभूत गरेका आर्थिक सामाजिक अधिकारहरू र तीनको कार्यान्वयनको अवस्था

सन्दर्भ सामग्री

- Bhimarjun Acharya, Fundamental Rights in the World Constitutions. Pairavi Book
- D.D. Basu, Comparative Constitutional Law. Lexis Nexis, Butterworths Wadhwa, Nagpur, 2010.
- David M.O. Brien, Constitutional Law and Politics - 2. WW Norton and Company, New York, 2005.
- Dr. Haribansha Tripathi, Fundamental Rights and Judicial Review, Pairavi Prakashan, 2002.
- V.N. Shukla's Constitution of India, Eastern Book Company, 2001.
- Jeremy Waldron, The Right to Private Property. Clarendon Press, Oxford, 1990.
- Surendra Bhandari, Constitutional Design and Implementation Dynamics, Himal Innovative Development and Research, Kathmandu, 2016.
- Surya Prasad Dhungel et. al. Commentary on Nepalese Constitution, Delf, Kathmandu, 1998.
- DAV Collage v. State of Panjab, AIR 1971 SC 1737
- TMA Pai Foundation v. State of Karnataka (2002) 8SCC 481
- संविधानसभा, मौलिक हक तथा निर्देशक सिद्धान्त समितिको प्रतिवेदन, २०६६
- सुशीलराज प्याकुरेल वि. मन्त्रिपरिषद् सचिवालयसमेत, २०५० सालको रि.नं. ०३०२ आदेश मिति २०५४।४।१०
- खाद्य सम्वन्धी हकको बारेमा जारी भएको आदेश, नेकाप २०७४ अंक ९ नि.नं. ९८७६,
- बाजुद्दिन मिँयाको रिट, नेकाप २०६६ अंक ६ नि.नं. ८१६९
- प्रकाशमणि शर्माको रिट, नेकाप २०६५ अंक नि.नं. ७९५४
- प्रकाशमणि शर्मा वि. प्रम तथा मपकासमेत, नेकाप २०६८ अंक १ नि.नं. ८५४०
- अमृता थापाको रिटमा जारी भएको आदेश (मौलिक हकको कार्यान्वयन)

- प्रद्योश क्षेत्री वि. मपससमेत, नेकाप २०६१ अंक ७ नि.नं. ७४१२
- राजु प्रसाद चापागाई वि. प्रम तथा मपकासमेत, नेकाप २०७४ अंक ४ नि.नं. ९७९०
- भूपेन्द्र बहादुर तामाङ थिङ्ग वि. प्रम तथा मपकासमेत समेत, नेकाप २०७४ अंक ९ नि.नं. ८९६७ (खाद्य सम्प्रभूता)
- तेजमान श्रेष्ठ वि. संसद सचिवालयसमेत, (२०६८ -wo - ०३९५) सअ बुलेटिन २०७२ असार १
- डुमरे कामी वि. प्रम तथा मपकासमेत, आदेश मिति : २०७४।१२।१४ (मुक्त हलियासम्वन्धी)

१४. सामाजिक न्याय र समावेशीकरण

एकाइको उद्देश्य : यस सत्र पछि सहभागीहरूले सामाजिक न्याय, समावेशीकरण, समावेशिताका लागि गरिएको नेपालको कानूनी प्रबन्ध एवं यसको प्रयोगको समीक्षा गर्न सक्नेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- नवसंविधानवादको रूपमा सामाजिक न्याय
- सामाजिक न्यायको अवधारणागत पक्ष
- कमजोर र पिछडिएको वर्ग समुदायप्रति राज्यको अभिभावकीय दायित्व
- समावेशीकरणको अवधारणा
- समावेशीकरणको प्रबर्द्धनका लागि गरिएका संवैधानिक तथा कानूनी व्यवस्थाहरू
- समावेशीकरणको कार्यान्वयनबाट परेको सकारात्मक प्रभाव
- समावेशीकरणको अभ्यासका क्रममा देखिएका चुनौतीहरू
- समावेशीकरणको अभ्यासका सम्वन्धमा न्यायिक दृष्टिकोणहरू

सन्दर्भ सामग्री

- Surendra Bhandari, Constitutional Design and Implementation Dynamics, Himal Innovative Development and Research, Kathmandu, 2016.
- Takis Fotopoulos, Towards an Inclusive Democracy: The Crisis of the Growth Economy and the Need for a New Liberatory Project, Bloomsbury Publishing, 1997.
- Mandal Commission Case, AIR 1993 SC 477
- Davendra vs UoI, AIR 1965 SC 1430
- संविधान सभा, मौलिक अधिकार तथा निर्देशक सिद्धान्त समितिको प्रतिवेदन, २०६६
- मोहन मैनाली, समावेशी लोकतन्त्र,
- राधिका गिरीको रिटमा जारी भएको आदेश, नेकाप २०६७ अंक १२ नि.नं. ८५२७
- प्रकाशचन्द्र धिमालको रिटमा जारी भएको आदेश, नेकाप २०६७ अंक ८ नि.नं. ८४३२
- चन्द्रकान्त ज्ञवालीको रिट, नेकाप २०६३ नि.नं. ७६४३
- रूपक ढकालको रिट, नेकाप २०६३ नि.नं. ७६७८

१५. राज्यका निर्देशक सिद्धान्त र नीतिहरू

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको अन्त पछि सहभागीहरूले राज्यका निर्देशक सिद्धान्त र नीतिहरू र यसको मौलिक हकसँगको सम्बन्ध तथा न्यायिक दृष्टिकोणलाई कार्य सम्पादनको क्रममा अभ्यास गर्न सक्नेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- अवधारणागत पक्ष
- राज्यका निर्देशक सिद्धान्त र नीतिहरूको आधारभूत विशेषता
- राज्यका निर्देशक सिद्धान्त र नीतिको मौलिक हकसँगको सम्बन्ध
- संविधानको समन्वयपूर्ण व्याख्याको सिद्धान्त
- राज्यका निर्देशक सिद्धान्त र न्यायिक पुनरावलोकन
- राज्यका निर्देशक सिद्धान्त र नीतिसम्वन्धमा न्यायिक दृष्टिकोण
- राज्यका निर्देशक सिद्धान्तको कार्यान्वयन

सन्दर्भ सामग्री

- Shailja Chander, V. R. Krishna Iyer, Justice V.R. Krishna Iyer on Fundamental Rights and Directive Principles,Deep & Deep Publishing Company, 1992.
- Surya Prasad Dhungel et. al. Commentary on Nepalese Constitution, Delf, Kathmandu, 1998.
- V.N. Shukla's Constitution of India, Eastern Book Company, 2001.
- संविधान सभा, मौलिक अधिकार र राज्यका निर्देशक समितिको प्रतिवेदन, २०६६
- योगी नरहरिनाथको रिट, नेकाप २०५३ अंक १ नि.नं. ६१२७
- सूर्य ढुंगेल वि. गोदवरी मार्वल, नेकाप २०५२ स्वर्णशुभजन्मोत्सव विशेषांक, १६९, नेकाप २०५४ अंक ६
- प्रकाशमणि शर्माको रिट, नेकाप २०५४ अंक ६ नि.नं. ६३९१
- माधव कुमार बस्नेत, राज्यका निर्देशक सिद्धान्त र नीतिहरू, अग्रसारथी अध्ययन तथा अनुसन्धानकेन्द्र, काठमाडौ, २०६५

१६. कानूनको न्यायिक पुनरावलोकन

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको समाप्तिपछि सहभागीहरूले कानूनको न्यायिक पुनरावलोकनका सिद्धान्त एवम् सर्वोच्च अदालतबाट भएका व्याख्याको बारेमा जानकार भई कार्य सम्पादनमा ती विषयलाई प्रयोग गर्न सक्नेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- संवैधानिक सर्वोच्चता र संसदीय सर्वोच्चतामा न्यायिक पुनरावलोकन
- कानूनको संवैधानिकता परीक्षणमा Ultra vires / Intra viresको सिद्धान्त
- न्यायिक पुनरावलोकनका अन्य प्रमुख सिद्धान्तहरू
- न्यायिक पुनरावलोकनमा प्रमुख मोडेलहरू
- कानूनको संवैधानिकता परीक्षण सम्वन्धी संवैधानिक व्यवस्था
- अन्य मुलुकले अवलम्वन गरेका अभ्यास (भारत, संयुक्त अधिराज्य र संयुक्त राज्य अमेरिका)
- संवैधानिकता परीक्षणमा अवलम्वन गरिने सिद्धान्तहरू
- संवैधानिकता परीक्षणमा निवेदकको दायित्व
- सर्वोच्च अदालतबाट प्रतिपादन भएका सिद्धान्तहरू र न्यायिक दृष्टिकोण

सन्दर्भ सामग्री

- Bhimarjun Acharya, Comparative System of Judicial Review, A.K. Books and Educational Enterprises Pvt. Ltd., Kathmandu, 2012.
- Surya Prasad Dhungel et al., Commentary on Nepalese Constitution, Delf, Kathmandu, 1998.
- De Smith's Judicial Review, Sweet & Maxwell, 2013.
- H.M. Seervai, Constitutional Law of India
- M.P. Jain, Indian Constitutional Law
- C K Jha, Judicial Review of Legislation,
- Anirudh Prasad, Chandra Sen Pratap Singh, Judicial Power and Judicial Review: An Analysis of the Supreme Court in Action, Eastern Book Company, 2012.
- Marbury vs Madison 5 U.S. (1 Cranch) 1803
- Sylvia Snowiss, Judical Review and the Law of the Constitution. Yale University Press, Delhi, 1996.
- Soli J. Sorabjee, Gopalan to Golakhnath and beyond : A Tribute to M K Nambyar, Indian Journal of Constitutional Law, 2007
- Dr. Hari Bansha Tripathi, Fundamental Rights and Judicial Review in Nepal, Prakashan, Kathmandu, Pairavi 2002.

- Rabindra NAth Bose v. UoI, AIR 1970 SC 470
- संविधान सभा, न्याय प्रणाली समितिको प्रतिवेदन, २०६६
- सर्वोच्च अदालतबाट अमान्य र बदर भएका कानूनहरूको अनुसन्धानमूलक अध्ययन, कानून, न्याय तथा संसदीय मामिला मन्त्रालय, २०६९
- भीमसेन पोखरेलको रिटमा भएको आदेश, नेकाप २०७० नि.नं. ८९४०
- राजीव बास्तोलाको रिट, नेकाप २०६३ अंक ६ नि.नं. ७७०९
- सोमकान्त मैनालीको रिट, नेकाप २०६३ अंक ७ नि.नं.
- मुरारी भट्टराईको रिट, नेकाप २०६३ अंक ४ नि.नं. ७६७६
- रवीन्द्र श्रेष्ठको रिट, नेकाप २०७३ अंक नि.नं. ९५३८

१७. रिट

एकाइको उद्देश्य : यस सत्र पछि सहभागीहरूले रिटको अबधारणा, यसका सिद्धान्तहरू, नेपालमा यसको प्रयोगको बारेमा जानकार भई रिटको प्रतिरक्षा गर्दा ती अवधारणा र सिद्धान्तहरूलाई आवश्यकता अनुसार उल्लेख गर्न सक्नेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- रिटको अवधारणागत पक्ष
- वैकल्पिक उपचार र रिट
- अन्तरिम आदेश जारी हुने आधारहरू
- अन्तरिम आदेश तथा अल्पकालीन आदेश र सो उपरको उपचार
- सर्वोच्च अदालत र उच्च अदालतको रिट क्षेत्राधिकार
- समान विषयमा दोहोरो रिट र त्यसको सान्दर्भिकता
- रिटका सीमाहरू (व्यक्त सीमा र अव्यक्त सीमा)
- न्यायपालिका विरुद्धको रिट
- रिट र मुद्दाको बहस पैरवीमा भिन्नता
- रिट उपरको उपचार र नेपालको अभ्यास

सन्दर्भ सामग्री

- B.P. Banerjee, Writ Remedies. Haryana: Lexis Nexis, 2015.
- Shashi Adhikary Raut, Judicial Activism. Legal Aid and Consultancy Centre, Lalitpur, 2013.
- V.G. Ramachandran's Law of Writs, Eastern Book Company, 2006.
- संविधान सभा, न्याय प्रणाली समितिको प्रतिवेदन, २०६६
- न्याय चौतारी रिट विशेषांक, न्यायाधीश समाज, नेपाल २०६९ कार्तिक

- विश्वेश्वर प्रसाद कोइराला वि. नेपाल सरकार, नेकाप २०१६ अंक ८ नि.नं. ५६
- अन्नपूर्ण राणा वि. काठमाडौ जिल्ला अदालत, नेकाप, नेकाप २०५५ अंक ८ नि.नं. ६५८८
- रामदेव यादव वि. प्रम तथा मपकासमेत, नेकाप २०६८ अंक नि.नं. ८६६५
- श्रीप्रसाद उपाध्याय वि. मन्त्रिपरिषद् सचिवालयसमेत, नेकाप २०६५ अंक २ नि.नं. ७९२५ (प्रतिनिधिसभाको घोषणा विरुद्धको रिट)
- मधुरदास प्रधान वि. मालपोत कार्यालय, ललितपुर, स.अ. बुलेटिन २०६६ पूर्णांक ४०५

१८. बन्दी प्रत्यक्षीकरण

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको अन्तमा सहभागीहरूले बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिटको विकास, जारी हुने आधार, यसको क्षेत्र तथा नेपालको सर्वोच्च अदालतले प्रतिपादन गरेको न्यायिक दृष्टिकोणलाई आफ्नो कार्यक्षेत्रमा प्रयोग गर्न सक्नेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- वैयक्तिक स्वतन्त्रताको अवधारणा
- कानूनी थुना र गैरकानूनी थुना
- बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिटको विकास
- थुनाको बैधता परीक्षण गर्दा विचार गरिने विषयहरू
- बन्दी प्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी हुने अवस्था
- संकटकाल र बन्दी प्रत्यक्षीकरण
- निवारक नजरबन्द र बन्दी प्रत्यक्षीकरण
- बन्दी प्रत्यक्षीकरणको रिटमा सर्वोच्च अदालतबाट प्रकट गरिएका दृष्टिकोणहरू

सन्दर्भ सामग्री

- B.P. Banerjee, Writ Remedies. Haryana: Lexis Nexis, 2015.
- Bhimarjun Acharya, Comparative System of Judicial Review, A.K. Books and Educational Enterprises Pvt. Ltd., Kathmandu, 2012.
- R. Chakraborty, (ed). Prem's Habeas Corpus: Fundamental Rights and Other Writs, Ashoka Law House, New Delhi, 2006.
- V.G. Ramachandran's Law of Writs, Eastern Book Company, 2006.
- Surya Prasad Dhungel et al., Commentary on Nepalese Constitution, Delf, Kathmandu, 1998.
- ADM Jabalpur v. Shiv Kant Shukla, AIR 1976 SC 1276
- Sunil Batra v. Delhi Administration (1980) 3 SCC 488, AIR 1980 SC 1579
- न्याय चौतारी रिट विशेषांक, न्यायाधीश समाज, नेपाल, २०६९ कार्तिक
- यज्ञमुर्ति बञ्जाडे वि. दुर्गादास श्रेष्ठ समेत, नेकाप २०२७ अंक १ नि.नं. ५४७

- इमान सिंह गुरुङको रिट, नेकाप २०४९ अंक ७ नि.नं. ४५९७
- अम्वर बहादुर गुरुङको रिट, नेकाप २०४९ (क) अङ्क १ निर्णय नं. ४४५०
- रामदेव यादवको रिट, नेकाप २०६८ अंक नि.नं. ८६६५
- कनकमणि दीक्षितको रिट, चुडामणि शर्माको रिट,
- सिके राउतको रिट, नेकाप २०७१ अंक ८ नि.नं. ९२२९
- राजीव पराजुलीको रिट, स.अ. बुलेटिन विशेषांक २०६२ पृष्ठ ४७
- रमेशनाथ पाण्डेको रिट, नेकाप २०६३ अंक २ नि.नं. ७६४५
- सेवारामसमेत वि. पूर्वाञ्चल क्षेत्रीय प्रशासन कार्यालयसमेत, नेकाप २०७० अंक ३ नि.नं. ८९७६

१५. उत्प्रेषण र परमादेश

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको अन्तमा सहभागीहरूले उत्प्रेषण र परमादेशको रिटको प्रकृति, यसको विकास, जारी हुने आधार, यसको क्षेत्र तथा नेपालको सर्वोच्च अदालतले प्रतिपादन गरेका न्यायिक दृष्टिकोणलाई आफ्नो कार्यक्षेत्रमा प्रयोग गर्न सक्नेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- कार्यकारी कार्यको न्यायिक परीक्षण
- उत्प्रेषणको परिचय
- उत्प्रेषणको आदेश जारी हुने र नहुने अवस्था
- कानूनी, उचित र स्वच्छ निर्णय र न्यायिक परीक्षण
- परमादेशको परिचय
- परमादेशको आदेश जारी हुने र नहुने अवस्था
- उत्प्रेषण र परमादेशका बीचको भिन्नता र यसको साथसाथै प्रयोग हुने अवस्था
- सर्वोच्च अदालतको दृष्टिकोण

सन्दर्भ सामग्री

- B.P. Banerjee, Writ Remedies. Haryana: Lexis Nexis, 2015.
- Bhimarjun Acharya, **Comparative System of Judicial Review**, A.K. Books and Educational Enterprises Pvt. Ltd., Kathmandu, 2012.
- Shashi Adhikary Raut, Judicial Activism. Lalitpur: Legal Aid and Consultancy Centre, 2013.
- V.G. Ramachandran's Law of Writs, Eastern Book Company, 2006.
- Surya Prasad Dhungel et al., Commentary on Nepalese Constitution, Delf, Kathmandu, 1998.

- Dr. Hari Bansha Tripathi, Fundamental Rights and Judicial Review in Nepal. Kathmandu: Pairavi Prakashan, 2002.
- न्याय चौतारी रिट विशेषांक, न्यायाधीश समाज, नेपाल, २०६९ कार्तिक
- प्रभुकृष्ण कोइराला वि. प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद् कार्यालयसमेत, नेकाप २०६८ अंक नि.नं. ८४२०

२०. अधिकारपृच्छा, प्रतिषेध र निषेधाज्ञा

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको अन्त पछि सहभागीहरूले अधिकारपृच्छा र प्रतिषेधको रिटको प्रकृति, यसको विकास, जारी हुने आधार, यसको क्षेत्र तथा नेपालको सर्वोच्च अदालतले प्रतिपादन गरेका न्यायिक दृष्टिकोणलाई आफ्नो कार्यक्षेत्रमा प्रयोग गर्न सक्नेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- अधिकारपृच्छाको अवधारणा
- सार्वजनिक पदको परिभषा
- हकदैया र अधिकारपृच्छा
- अधिकारपृच्छाको रिट जारी हुने र नहुने अवस्था
- प्रतिषेधको अवधारणा
- प्रारम्भिक चरणमा प्रतिषेधको प्रयोग
- प्रतिषेधको रिट जारी हुने र नहुने अवस्था
- विलम्वको सिद्धान्त र प्रतिषेध
- निषेधाज्ञा जारी हुने अवस्था
- प्रतिषेध र निषेधाज्ञामा फरक
- प्रतिषेध र निषेधाज्ञा सम्वन्धमा सर्वोच्च अदालतका दृष्टिकोणहरू

सन्दर्भ सामग्री

- B.P. Banerjee, Writ Remedies. Haryana: Lexis Nexis, 2015.
- Bhimarjun Acharya, **Comparative System of Judicial Review**, A.K. Books and Educational Enterprises Pvt. Ltd., Kathmandu, 2012 .
- Surya Prasad Dhungel et. al. Commentary on Nepalese Constitution, Delf, Kathmandu, 1998.
- V.G.Ramachandran's Law of Writs, Eastern Book Company, 2006.
- P.L. Lakhanpal v. A. N. Ray, Chief Justice of India, AIR 1975 Del 66
- अधिवक्ता केशवराज भट्टराई वि. मधुसुदन गोर्खाली, नेकाप २०५२ अंक ४ नि.नं. ५०८४
- सुशीला थापा वि. रमेशबाबु मल्ल, नेकाप २०४५ अंक १ नि.नं. ३३२८
- न्याय चौतारी रिट विशेषांक, न्यायाधीश समाज, नेपाल, २०६९ कार्तिक

- ओमप्रकाश अर्याल वि. लोकमानसिंह कार्कीसमेत, नेकाप २०७४ अंक ११ नि.नं. ९७१०

२१. सार्वजनिक सरोकारका विवादहरू

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको अन्तमा सहभागीहरू

- सार्वजनिक सरोकारका विवादको अवधारणा, यसको विकासमा अदालतले खेलेको भूमिका, यसको क्षेत्रका बारेमा परिचित हुनेछन् ।
- सार्वजनिक सरोकारको विवादमा विकासित न्यायिक दृष्टिकोण तथा अन्य मुलुकको अभ्यासका बारेमा परिचित हुनेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- सार्वजनिक सरोकारका विवादको अवधारणा
- सार्वजनिक सरोकारका क्षेत्रहरू
- सार्वजनिक सरोकारका विवादमा हकदैयाको प्रश्न
- सार्वजनिक सरोकारको विवादमा निवेदकको दायित्व
- Class Interest Litigation, Social Action Litegation
- Politics of Public Interest Litigation
- न्यायिक सक्रियता र आत्मसंयम
- सार्वजनिक सरोकारको विवादको प्रतिरक्षामा सरकारी वकीलको भूमिका
- सार्वजनिक सरोकारको विवाद सम्वन्धी अन्य मुलुकले गरेका अभ्यासहरू (बेलायत, अमेरिका र भारत)

सन्दर्भ सामग्री

- Anuj Bhuwania, Courting the People : Public Interest Litegation in Post Emergency India, Cambridge University Press, 2017.
- Shashi Adhikary Raut, Judicial Activism. Legal Aid and Consultancy Centre, Lalitpur, 2013.
- V.G. Ramachandran's Law of Writs, Eastern Book Company, 2006.
- Sangeeta Ahuja, People, Law and Justice
- K L Bhatia, Judicial Review and Judicial Activisim, Deep And Deep Publications, New Delhi, 1997
- S P Sathe, Judicial Activism in India
- Dr. Hari Bansha Tripathi, Public Interest Litegation, NJA Law Journal,
- न्याय चौतारी रिट विशेषांक, न्यायाधीश समाज, नेपाल, २०६९ कार्तिक
- राधेश्याम अधिकारीको रिट, नेकाप २०४८ अंक १२ नि.नं. ४४३०
- चन्द्रबहादुर थापा (भूगोल पार्कको विषय)

- विदुर मैनालीको ग्रेड वृद्धि सम्बन्धी रिट
- भीमसेन पोखरेलको रिट, नेकाप २०७० को अंक १ नि.नं. ८९४०
- विष्णुप्रसाद पाण्डेको रिट, नेकाप २०५३ अंक ३ नि.नं. ६१५९
- अच्युत प्रसाद खरेलको रिट, (निवेदनको दायित्व)
- बालकृष्ण न्यौपानेको रिट (टनकपुर),
- धनन्जय खनाल वि. प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषदको कार्यालयसमेत, नेकाप २०६३ नि.नं. ७७२७
- जितकुमार पज्ञानी वि. प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालयसमेत, नेकाप २०६५ नि.नं. ६९७३
- नरेन्द्रप्रसाद पाठक समेत, संवैधानिक विवादमा सर्वोच्च अदालतको फैसला भाग १, २, ३, ४

२२. निर्वाचन प्रणाली

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको अन्तमा सहभागीहरूले नेपालको निर्वाचन प्रणाली, लोकतन्त्रमा निर्वाचनको महत्व, निर्वाचन आयोगको भूमिका र जिम्मेवारी, नेपालको सर्वोच्च अदालतले निर्वाचन सम्बन्धी विवादमा प्रतिपादन गरेका सिद्धान्त बारेमा परिचित हुनेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- लोकतान्त्रिक अभ्यासमा निर्वाचन प्रणाली
- निर्वाचनका आधारभूत सिद्धान्तहरू (Fundamental Principles of Election)
- पहिलो हुने निर्वाचित हुने प्रणालीको परिचय, गुण, अवगुण
- समानुपातिक निर्वाचन प्रणालीको परिचय, गुण, अवगुण
- एकलसंक्रमणीय निर्वाचन प्रणालीको परिचय, गुण, अवगुण
- लोकतन्त्र र निर्वाचनको स्वच्छता
- निर्वाचन आयोगको जिम्मेवारी
- निर्वाचन सम्वन्धी विवादहरूमा सर्वोच्च अदालतको दृष्टिकोण
- निर्वाचनको सम्वन्धमा अन्य मुलुकको अभ्यास

सन्दर्भ सामग्री

- निर्वाचन प्रणालीको प्रारूप, इन्टरनेशनल आइडिया
- वीरेन्द्रकुमार मिश्र, निर्वाचन प्रणाली
- संविधानसभा, व्यवस्थापिकीय अंगको स्वरूप निर्धारण समितिको प्रतिवेदन
- चन्द्रकान्त ज्ञवालीको रिट (स्थानीय तहको निर्वाचन सम्वन्धी)
- संविधानसभा अदालतबाट भएका फैसलाको सँगालो, २०६५ र २०७१, सर्वोच्च अदालत
- विकास लकाई वि. प्रम तथा मपकासमेत, नेकाप २०७० अंक १० नि.नं. ९०६९

- मिहिर कुमार ठाकुरको रिट (निर्वाचन आयोगमा सुशासन सम्वन्धी)
- चन्द्रकान्त ज्ञवाली वि. नेपाल सरकार, नेकाप २०७४ अंक २ (स्थानीय निर्वाचनसम्वन्धी)
- चन्द्रकान्त ज्ञवाली वि. नेपाल सरकार, नेकाप २०७४ अंक ७
- चन्द्रकान्त ज्ञवाली, विश्वमा निर्वाचन प्रणाली र संघीय शासन प्रणाली,

२३. कानून निर्माणका सिद्धान्त र कानून निर्माण प्रक्रिया

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको अन्तमा सहभागीहरूले कानून निर्माणका आधारभूत सिद्धान्त, कानूनको तर्जुमा, संघीयतामा कानूनको निर्माणमा संघीय ईकाईहरूको जिम्मेवारी तथा न्यायिक दृष्टिकोणका परिचित भई कार्य सम्पादको क्रममा ती विषयलाई अभ्यास गर्न सक्नेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- कानून निर्माणका आधारहरू
- कानून तर्जूमा प्रक्रिया
- व्यवस्थापन विधि
- कानून तर्जूमाका आधारभूत सिद्धान्तहरू
- कानून तर्जूमा प्रक्रियाका आधारभूत चरणहरू
- केल्सनको सिद्धान्त र कानूनको श्रेणीबद्धता
- विधायिकाको बुद्धिमता र न्यायिक पुनरावलोकन
- संघ, प्रदेश र स्थानीय तहको कानून निर्माणमा जिम्मेवारी
- न्यायिक दृष्टिकोण

सन्दर्भ सामग्री

- मोहन बञ्जाडे, व्यवस्थापन विधि, नेपालको संवैधानिक कानून, फिड्रिल, २०५४
- कानून तर्जूमासम्वन्धी अवधारणागत पक्षहरू, नेपाल कानून आयोग
- कानून तर्जूमा दिग्दर्शन, नेपाल कानून आयोग
- नेपालको संविधानको भाग ९ र १५
- स्थानीय सरकार सञ्चालन ऐन, २०७४
- संसदका नियमावलीमा गरिएका व्यवस्थापन विधि सम्वन्धी परिच्छेद
- श्यामकृष्ण मास्के वि. प्रम तथा मपकासमेत, नेकाप २०६८ अंक ४ नि.नं. ८५८९
- सर्वोच्च अदालतबाट अमान्य र बदर गरिएका कानूनहरूको अध्ययन, कानून, न्याय तथा संसदीय मामिला मन्त्रालयसमेत
- सर्वोच्च अदालतबाट जारी भएका निर्देशनात्मक आदेशको कार्यान्वयनको अवस्था, राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठान, नेपाल

२४. प्रत्यायोजित व्यवस्थापन

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको अन्तमा सहभागीहरू प्रत्यायोजित व्यवस्थापनको अबधारणा तथा सिद्धान्तहरू, यसका सीमा, नेपालको अभ्यास तथा न्यायिक दृष्टिकोणका बारेमा परिचित भई कार्य सम्पादनको क्रममा अभ्यास गर्न सक्नेछन ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- प्रत्यायोजित व्यवस्थापनको अवधारणा
- प्रत्यायोजित व्यवस्थापन सम्वन्धी सिद्धान्तहरू
- प्रत्यायोजित व्यवस्थापन उपरको विधायिकी नियन्त्रण
- प्रत्यायोजित व्यवस्थापन उपरको न्यायिक नियन्त्रण
- प्रत्यायोजित व्यवस्थापन सम्वन्धी नेपालको अभ्यास
- प्रत्यायोजित व्यवस्थापन सम्वन्धमा सर्वोच्च अदालतबाट प्रतिपादन भएका सिद्धान्तहरू

सन्दर्भ सामग्री

- N.M. Tripathi, Delegated legislation in India, Indian Law Institute, 1964.
- P. Sheshadri, Parliamentary control over delegated legislation (with special reference to U.K and India), Osmania University, 1974.
- Wade and Forsyth, Administrative Law,
- C.K. Takwani, Lectures on Administrative Law, Eastern Book Company, 2010
- S.P. Sathe, Administrative Law
- माधव कुमार बस्नेत, नेकाप २०६३ अंक २ निं.नं. ७६४६
- विनोद ढुंगेलको रिट, नेकाप २०६३ अंक ३ नि.नं. ७६६०
- पुष्पा न्यौपाने वि. व्यवस्थापिका संसदसमेत, नेकाप २०६७ अंक १० नि.नं. ८४७१

२५. सवैधानिक निकायहरू –१

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको अन्तपछि सहभागीहरू नेपालको संविधानले स्थापना गरेका संवैधानिक अगंहरू र तीनको कार्यक्षेत्र र भुमिकाका बारेमा जानकार हुनेछन ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- संवैधानिक निकायहरूको स्थापनाको आधार
- संवैधानिक निकायहरूका आधारभूत विशेषताहरू
- संवैधानिक निकाय र कार्यपालिकाको सम्वन्ध
- नेपालको संवैधानिक विकासमा संवैधानिक निकायको व्यवस्था र तीनले निर्वाह गरेको भूमिका
  क. अख्तियार दुरूपयोग अनुसन्धान आयोग
  ख. निर्वाचन आयोग

ग. लोक सेवा आयोग

घ. महालेखा परीक्षक

सन्दर्भ सामग्री

- संविधान सभा, संवैधानिक निकायको संरचना निर्धारण समितिको प्रतिवेदन
- टिकाराम आचार्य, संवैधानिक निकायसम्वन्धी, सार्वजनिक व्यवस्थापन स्रोत सामग्री, अग्रसारथी अध्ययन तथा अनुसन्धान केन्द्र, २०६५
- बद्री बहादुर कार्की वि. अख्तियार दुरूपयोग अनुसन्धान आयोगसमेत, नेकाप २०५८ अंक ५ र ६ नि.नं. ७०००१
- इन्दिरा ढकाल वि. लोक सेवा आयोग, नेकाप २०७० अंक ४ नि.नं. ८९९२
- ओम प्रकाश अर्याल वि. संवैधानिक परिषद, (लोकमान सिंह)
- सुनिलरञ्जन सिंह वि. निर्वाचन आयोग, (मतदाता नामावली)
- सूर्य टोवाको वि. महालेखा परीक्षक, (लेखा परीक्षण)

२६. सवैधानिक निकायहरू -२

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको अन्तपछि सहभागीहरू नेपालको संविधानले स्थापना गरेका संवैधानिक अगंहरू र तीनको कार्यक्षेत्र र भूमिकाका बारेमा जानकार हुनेछन ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- नेपालको वर्तमान संविधानले स्थापना गरेका संवैधानिक निकायहरू र तीनको कार्यक्षेत्र

  क. राष्ट्रिय मानव अधिकार आयोग

  ख. राष्ट्रिय प्राकृतिक स्रोत तथा वित्त आयोग

  ग. अन्य आयोगहरू (महिला, दलित, समावेशी, आदिवासी जनजाति, मधेशी, मुस्लिम र थारु आयोग)
- संवैधानिक निकायको काम कारवाही उपर पर्ने गरेका विवादहरू र तीनमा प्रतिपादित न्यायिक दृष्टिकोण

सन्दर्भ सामग्री

- संविधान सभा, संवैधानिक निकायको संरचना निर्धारण समितिको प्रतिवेदन, २०६६
- संविधानसभा, प्राकृतिक स्रोत, आर्थिक अधिकार तथा राजस्व बाँडफाँड समितिको प्रतिवेदन, २०६६
- मानव अधिकार सम्वन्धी राष्ट्रिय संस्थाको हैसियत सम्वन्धी पेरिस सिद्धान्त, १९९३
- ओम प्रकाश अर्याल वि. राष्ट्रिय मानव अधिकार आयोग, नेकाप २०७० अंक १
- भोजराज ऐरको रिटमा भएको आदेश, नेकाप २०५६ अंक ६ नि.नं. ६७४५

२७. राष्ट्रप्रमुख

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रमा सहभागीहरूले कार्यकारी र संवैधानिक राष्ट्र प्रमुख बीचको अन्तर, राष्ट्र प्रमुख सम्बन्धी नेपालको संवैधानिक प्रबन्ध, सरकार र राष्ट्र प्रमुख बीचको सम्बन्ध र न्यायिक दृष्टिकोणका बारेमा जानकार हुनेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- कार्यकारी र संवैधानिक राष्ट्र प्रमुख
- संवैधानिक राष्ट्र प्रमुखको भूमिका
- नेपालको संविधानले राष्ट्रपतिलाई सुम्पिएका जिम्मेवारीहरू
- संवैधानिक राष्ट्रपति र मन्त्रिपरिषदको सम्वन्ध
- अन्य मुलुकका संवैधानिक राष्ट्रपतिले सम्पादन गरेका काम कारवाहीमा न्यायालयको दृष्टिकोण
- राष्ट्रप्रमुखबाट भएका कामको न्यायिक पुनरावलोकन
- सर्वोच्च अदालतबाट प्रधान सेनापति सम्वन्धी विषयमा जारी आदेश
- बाधा अड्काउको आदेश र न्यायिक दृष्टिकोण

सन्दर्भ सामग्री

- श्रीकृष्ण सुवेदी वि. राष्ट्रपति कार्यालय, नेकाप २०६९ अंक १२ नि.नं. ८९२६
- चन्द्रकान्त ज्ञवाली वि. राष्ट्रपति कार्यालय समेत, नेकाप २०७५ भाग १ अंक १ नि.नं. ०००७
- हरि प्रसाद नेपाल वि. प्रम गिरिजा प्रसाद कोइराला, नेकाप स्वर्णशुभजन्मोत्सव विशेषांक, २०५२
- रविराज भण्डारी वि. प्रम मनमोहन अधिकारीसमेत, नेकाप स्वर्णशुभजन्मोत्सव विशेषांक, २०५२
- चित्र बहादुर केसी वि. प्रम शेरबहादुर देउवा समेत, २०५९ सालको रिट नं. ३५४२
- David Brien, Constitutional Law and Politics, Vol. 1. New York: WW Norton and Company, 2005.

२८. आर्थिक कार्य प्रणाली

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको अन्तमा सहभागीहरूले संघीय प्रणालीमा आर्थिक कार्यप्रणाली, बजेट निर्माण प्रकृया र श्रोतको बाडँफाडका तरिका र संविधानले गरेको प्रबन्धका बारेमा थाहा पाउनेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- आर्थिक कार्यप्रणाली सम्वन्धी संवैधानिक व्यवस्था
- बजेट निर्माण प्रक्रिया
- अन्तर सरकारी वित्त व्यवस्थापन

- स्रोत साधनको बाँडफाँड
- संघ, प्रदेश र स्थानीय तहको आर्थिक कार्यप्रणाली
- कर लगाउने अधिकार (संघ, प्रदेश र स्थानीय तहको)
- वित्तीय समानीकरण
- ऋण लिने अधिकार
- वैदेशिक सहायता लिने प्रक्रिया
- कर तथा राजस्व सम्वन्धी विषयमा सर्वोच्च अदालतबाट प्रतिपादन गरिएका सिद्धान्तहरू
- आर्थिक कानून र अध्यादेशको न्यायिक पुनरावलोकन

सन्दर्भ सामग्री

- संविधानसभा, प्राकृतिक स्रोत, आर्थिक अधिकार तथा राजस्व बाँडफाँड समितिको प्रतिवेदन, २०६६
- मान बहादुर सुनार वि. कर कार्यालय महेन्द्रनगर, नेकाप २०५८ अंक ३ र ४ नि.नं. ६९८४
- कमलेश द्विवेदी वि. अर्थ मन्त्रालय समेत, नेकाप २०६७ अंक ९ नि.नं. ८४५२
- सूर्य टोवाको वि. महालेखा परीक्षकको कार्यालय,

२५. संकटकालीन अधिकार

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको अन्तमा सहभागीहरू संकटकालीन अधिकारको प्रयोग सम्बन्धी संवैधानिक व्यवस्था, मौलिक हकमा पर्ने असर तथा यसको प्रयोगका आधार र नियन्त्रणका सिमाका सम्बन्धमा जानकार हुनेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- संकटकालीन अधिकारको प्रयोग गर्ने अवस्था
- संकटकालीन अवस्थामा मौलिक अधिकारको प्रयोग
- संकटकाल र निवारक नजरबन्द
- संकटकालीन अवस्थामा स्वतन्त्रतामा नियन्त्रण र क्षतिपूर्ति
- Derogable and Nonderogable Rights
- संकटकालमा न्यायिक पुनरावलोकन सम्वन्धी अन्य मुलुकको अभ्यास
- नेपालमा संकटकालीन अवस्थाका सम्वन्धमा न्यायालयबाट जारी भएका आदेशहरू

सन्दर्भ सामग्री

- O.P. Gouba, Constitutionalism in a Changing Society. Gitanjali Publishing House, 1984.
- J.C. Johary, Comparative Politics. New Delhi: Sterling Publishing Pvt. Ltd., 1980.

- Surya Prasad Dhungel et. al. Commentary on Nepalese Constitution, Delf, Kathmandu, 1998.
- संविधानसभा, संवैधानिक समितिको प्रतिवेदन, २०६६
- संविधानसभा, मौलिक अधिकार तथा निर्देशक सिद्धान्त समितिको प्रतिवेदन
- गौरी प्रधानका रिट, नेकाप २०६१ अंक ११ नि.नं. ७४६७
- डम्बर सिंह गदालको रिट (संकटकालीन अवस्थामा पनि पुराना रिटको सुनुवाइ गर्न मिल्ने) नेकाप २०६१ अंक १२ नि.नं. ७४६९
- मदन केसीको रिट (२०५८।८।१४ को आदेश)
- ADM Jabalpur v. Shiv Kanta Shukla, AIR 1975
- राजीव पराजुलीको रिट, नेकाप २०६३ अंक ११ नि.नं. ७६१८

३०. संविधानको संशोधन

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको अन्तमा सहभागीहरूले संविधान संशोधनको आधारभूत सिद्धान्त, भारतीय न्यायापलिकाले विकास गरेको अभ्यास तथा नेपालको सर्वोच्च अदालतले संविधान संशोधनका सम्बन्धमा जारी गरेको आदेशहरूको बारेमा जानकारी पाउनेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- आधारभूत संरचनाको सिद्धान्त (Basic Structure Doctrine)
- संविधान निर्माणको अधिकार र संशोधनको अधिकार
- संविधानको आधारभूत संरचनाको बारेमा भारतीय न्यायालयबाट भएका व्याख्या
- संविधान संशोधन उपरको न्यायिक पुनरावलोकन
- नेपालको अन्तरिम संविधानको संशोधन उपर परेका रिटमा सर्वोच्च अदालतबाट भएका आदेशहरूको समीक्षा

सन्दर्भ सामग्री

- D.D. Basu, Comparative Constitutional Law.: Lexis Nexis, Butterworths Wadhwa, 2010.
- Surya Prasad Dhungel et. al. Commentary on Nepalese Constitution, Delf, Kathmandu, 1998.
- Bharat Raj Uprety and others (ed), Constitutional Law of Nepal. Freedeal, Kathmandu,1997.
- संविधानसभा, संवैधानिक समितिको अवधारणापत्र र प्रारम्भिक मस्यौदा सम्वन्धी प्रतिवेदन, २०६६
- Keshavananda Bharati v. State of Kerala, AIR 1975 SC 1961 (1973) 4 SCC 225
- Indira Neharu Gandhi v. Raj Narayan, AIR, 1975, SC 2299

- Minarva Mills v. Union of India,(1980) 3 SCC 625
- अच्युत प्रसाद खरेलको रिटमा भएको आदेश, (पहिलो तथा तेस्रो संशोधन उपर)
- विजयराज शाक्यको रिटमा भएको आदेश, नेकाप २०६७ अंक ९ नि.नं. ८४५७
- सुबोधमान नापितको रिटमा भएको आदेश, नेकाप २०६७ अंक ६ नि.नं. ८३८५
- बालकृष्ण न्यौपानेको रिटमा भएको आदेश
- भरतमणि जंगमका रिटमा भएको आदेश, नेकाप २०६६ पृष्ठ ५६२

३१. सवैधानिक अदालत र सवैधानिक इजलास

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रमा सहभागीहरूले संवैधानिक अदालत र संवैधानिक इजलास सम्बन्धमा गरिएको अन्य मुलुकको अभ्यास, संबिधानको व्याख्या र संघीय विवादको निरूपणमा यी अदालतले खेल्ने भूमिकाका बारेमा बताउन सक्नेछन ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- संवैधानिक अदालतको अभ्यास गर्ने देशहरूका संरचना र प्रक्रिया
- संवैधानिक अदालतको व्यवस्था भएका देशहरूको अभ्यास
- संवैधानिक इजलासको गठन र अधिकारक्षेत्र
- संवैधानिक इजलास सञ्चालन सम्वन्धी कार्यविधि
- अन्य इजलास र संवैधानिक इजलासको कार्य प्रक्रियामा भिन्नता
- संवैधानिक इजलासबाट सुनुवाई भएका विषयमा भएका प्रतिनिधि आदेशहरू

सन्दर्भ सामग्री

- काशीराज दाहाल, संवैधानिक लोकतन्त्र : संविधान लेखन, अभ्यास र अनुभव,
- संविधान सभा न्याय प्रणाली समितिको प्रतिवेदन, २०६६
- चन्द्रकान्त ज्ञवाली वि. मन्त्रिपरिषद्का अध्यक्ष समेत, नेकाप २०७५ अंक १ संवैधानिक इजलास खण्ड, नि.नं. ०००७
- अमृतप्रसाद श्रेष्ठको रिटमा जारी भएको आदेश, नेकाप २०७५ अंक १ संवैधानिक इजलास खण्ड
- सावित्री श्रेष्ठको रिटमा भएको आदेश, नेकाप २०७५ अंक १ संवैधानिक इजलास खण्ड, नि.नं. ०००२
- प्रकाशमणि शर्माको रिटमा भएको आदेश, नेकाप २०७५ अंक १ संवैधानिक इजलास खण्ड, नि.नं. ०००३
- माधव कुमार बस्नेतको रिटमा भएको आदेश, नेकाप २०७५ अंक १ संवैधानिक इजलास खण्ड, नि.नं. ०००४

३२. सर्वोच्च अदालतबाट जारी भएका आदेशको कार्यान्वयन र यसले पारेका प्रभाव

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको अन्तपछि सहभागीहरू सर्वोच्च अदालतबाट जारी भएका महत्वपूर्ण आदेशको कार्यान्वयन र यसले पारेको प्रभावका बारेमा जानकार हुनेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- कानून निर्माणमा पारेको प्रभाव
- व्यक्तिगत स्वतन्त्रताको संरक्षण
- मौलिक अधिकारको प्रचलन
- आर्थिक सामाजिक रूपान्तरण
- संक्रमणकालीन न्याय
- कानूनको शासनको स्थापना
- संवैधानिक सीमामा राख्ने प्रयत्न

सन्दर्भ सामग्री

- सर्वोच्च अदालतबाट जारी भएका निर्देशनात्मक आदेश कार्यान्वयनको अवस्था सम्वन्धी अनुसन्धानमूलक अध्ययन प्रतिवेदन, राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठान,
- सर्वोच्च अदालतबाट अमान्य र बदर गरिएका कानूनहरूको अध्ययन, कानून, न्याय तथा संसदीय मामिला मन्त्रालय
- मीरा ढुंगाना वि. प्रधानमन्त्री तथा प्रम तथा मपकासमेत भएको रिटमा जारी भएको आदेश
- राजेन्द्र प्रसाद ढकालको रिटमा जारी भएको आदेश, नेकाप २०६४ अंक २ नि.नं. ७८१७
- प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालयबाट प्रकाशित सर्वोच्च अदालतबाट जारी भएका आदेशहरूको कार्यान्वयन सम्वन्धी प्रतिवेदन

३३. न्यायपालिकाको स्वतन्त्रता

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको समाप्तिपछि सहभागीहरूले न्यायिक स्वतन्त्रताका सिद्धान्तहरू, नेपालको संविधानले गरेका प्रबन्धहरू, न्यायिक अभ्यासको बारेमा बताउन सक्नेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- न्यायपालिकाको स्वतन्त्रताका आधारभूत सिद्धान्तहरू
- स्वतन्त्र न्यायपालिकाका मूल्य र मान्यताहरू
- स्वतन्त्र न्यायपालिकाका लागि पूर्वशर्त एवम् यसका तत्वहरू
- अदालतको अपहेलना र न्यायिक स्वतन्त्रता
- न्यायिक स्वतन्त्रता कायम राख्न अन्य मुलुकले अवलम्वन गरका अभ्यासहरू
- नेपालको संविधानले न्यायिक स्वतन्त्रताका लागि गरेका व्यवस्था
- न्यायाधीशको आचार संहिता

- न्यायिक स्वतन्त्रता र सरकारी वकीलको दायित्व

सन्दर्भ सामग्री

- M. P. Singh, Securing the Independence of the Judiciary-Theindian Experience
- Bhimarjun Acharya, Comparative Systems of Judicial Review, AK Books Publication, 2012.
- Basic Principles of Independence of Judiciary, 1985.
- Sylvia Snowiss, Judical Review and the Law of the Constitution. Yale University Press, 1996.
- International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors
- Advocate on Record v. UoI, (1993) 4 SCC 441
- काशीराज दाहाल, संवैधानिक लोकतन्त्र : संविधान लेखन, अभ्यास र अनुभव,
- न्यायाधीशको आचार संहिता सम्वन्धी बैगलोर सिद्धान्त, २००२
- न्यायाधीशको आचार संहिता,
- डा. आनन्द मोहन भट्टराई, न्यायिक आचार र न्यायाधीशको आचार संहिता, राष्ट्रिय न्यायिक प्रतिष्ठान, २०७०
- संविधानसभा, न्याय प्रणाली समितिको प्रतिवेदन, २०६६
- राजीव पराजुली वि. भ्रष्टाचार नियन्त्रण शाही आयोग, सअ बुलेटिन विशेषांक २०६२ पृष्ठ ४७
- सर्वज्ञरत्न तुलाधर वि. राष्ट्रिय पञ्चायत, नेकाप २०३५ नि.नं. ११९७
- तीर्थ कोइराला वि. सामान्य प्रशासन मन्त्रालयसमेत, नेकाप २०५२ स्वर्णशुभजन्मोत्सव विशेषांक १९२
- माधव कुमार बस्नेतको रिटमा भएको आदेश, नेकाप २०६७ अंक ४ नि.नं. ८३३७
- अम्वरबहादुर राउत वि. गृह मन्त्रालयसमेत, **ने.का.प. २०६८,अङ्क ७ निर्णय नं. ८६४२**
- सर्वोच्च अदालत वि. जनआस्था साप्ताहिक, नेकाप २०७० अंक ११ नि.नं. ९०८०
- राजीव बास्तोला वि. प्रम तथा मपकासमेत, नेकाप २०६३ अंक ६ नि.नं. ७७०९

३४. नेपालको संवैधानिक विधिशास्त्र

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको समाप्तिपछि सहभागीहरू

- नेपालको संवैधानिक विकासक्रम र संवैधानिक विधिशास्त्रको विकासको बारेमा कालक्रमिक रूपमा विश्लेषण गर्न सक्नेछन् ।
- नेपालको संवैधनिक विकासमा न्यायालयको भूमिकाको विश्लेषण गर्न सक्नेछन् ।

एकाईमा समेटिने विषयहरू

- प्रधान न्यायालयको युग

- पञ्चायत कालमा न्यायालयले गरेका संवैधानिक व्याख्याहरू
- संसदीय शासनकाल
- संक्रमणकालीन संवैधानिक व्यवस्था
- संवैधानिक रूपान्तरण
- संघीय शासनमा संवैधानिक व्याख्या
- संवैधानिक विचलनका घटनाहरू र सर्वोच्च अदालतबाट भएका प्रतिनिधि आदेशहरू

सन्दर्भ सामाग्री

- S.K. Chaturvedi, Nepal: Internal Politics and Its Constitutions, Inter-India Publications, 1992.
- Ram Kumar Dahal, Constitutional and Political Developments in Nepal, Ratna Pustak Bhandar, 2001.
- Surya Dhungel and others, Commentary on the Nepalese Constitution, DeLF, 1998.
- Surendra Bhandari, Court, Constitution and Global Policy,
- नरेन्द्र प्रसाद पाठक, संवैधानिक विवादमा सर्वोच्च अदालत भाग १,२,३,४
- मुकुन्द रेग्मी, नेपाल अधिराज्यको संविधानको व्याख्यात्मक टिप्पणी (भाग १ र २)
- टोपबहादुर सिंह, नेपालको संवैधानिक इतिहास
- यज्ञमूर्ति बञ्जाडे वि. दुर्गादास श्रेष्ठ, नेकाप २०२७ अंक १ नि.नं. ५४७
- सर्वज्ञरत्न तुलाधर वि. राष्ट्रिय पञ्चायत, नेकाप २०३५ नि.नं. ११९७
- अनार सिंह कार्की वि. वाग्मती विशेष अदालत (२०४२ सालको पश्चातदर्शी असर सम्वन्धी)
- राजीव पराजुली वि. भ्रष्टाचार नियन्त्रण शाही आयोग, स.अ. बुलेटिन विशेषांक २०६२ पृष्ठ ४८
- संसद विघटन सम्बन्धी रिटमा भएको आदेश
- पुष्पकमल दाहाल वि. संवैधानिक परिषद्समेत, नेकाप २०६८ नि.नं. ८४०६
- राजेन्द्र प्रसाद ढकाल वि. प्रम तथा मपकासमेत, नेकाप २०६४ अंक २ नि.नं. ७८१७
- चन्द्रकान्त ज्ञवाली वि. मन्त्रिपरिषद् अध्यक्ष समेत, नेकाप २०७५ अंक १ संवैधानिक इजलास खण्ड, नि.नं. ०००७

३५. मुद्दा फिर्ता र माफी सम्वन्धी व्यवस्था

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको समाप्तिपछि सहभागीहरूले मुद्दा फिर्ताको अवधारणा र माफी सम्वन्धी व्यवस्था एवम् ती विषयमा न्यायालयले प्रतिपादन गरेका दृष्टिकोणहरू बताउन सक्नेछन् ।

एकाइमा समेटिने विषयहरू

- फौजदारी मुद्दा फिर्ता लिनु पर्ने अवस्था
- मुद्दा फिर्ता सम्वन्धी संवैधानिक एवम् कानूनी व्यवस्था
- सजाय माफी मिनाहा दिने वा कम गर्ने अवस्था
- माफी मिनाहासम्वन्धी संवैधानिक एवम् कानूनी व्यवस्था
- मुद्दा फिर्ता र माफी सम्वन्धी अन्य मुलुकका कानूनी व्यवस्थाको तुलनात्मक अध्ययन (भारत, संयुक्त राज्य अमेरिका र बेलायत)
- मुद्दा फिर्ता र माफी सम्वन्धी न्यायिक दृष्टिकोण

सन्दर्भ सामग्री

- मुद्दा फिर्ता र माफी सम्वन्धी निर्देशिकाहरू
- डिवी लामाको मुद्दामा भएको आदेश, नेकाप २०५१ अंक ७ नि.नं. ४९४०
- गोपीबहादुर भण्डारीको रिटमा भएको आदेश, नेकाप २०६९ अंक १ नि.नं. ८७८९
- सावित्री श्रेष्ठको रिटमा भएको आदेश, नेकाप २०७५ अंक १ संवैधानिक इजलास खण्ड, नि.नं. ०००२
- प्रकाशमणि शर्माको रिटमा भएको आदेश, नेकाप २०७५ अंक १ संवैधानिक इजलास खण्ड, नि.नं. ०००३
- माधव कुमार बस्नेतको रिटमा भएको आदेश, नेकाप २०७५ अंक १ संवैधानिक इजलास खण्ड, नि.नं. ०००४
- नेपालमा गम्भीर फौजदारी मुद्दा फिर्ता र दण्डहीनता, फोरिड

३६. महान्यायाधिवक्तासम्वन्धी व्यवस्था

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको समाप्तिपछि सहभागीहरूले

(१) महान्यायाधिवक्तो संवैधानिक जिम्मेवारीका सम्वन्धमा नेपालको संविधानले गरेका प्रबन्धहरू र न्यायिक अभ्यासको बारेमा बताउन सक्नेछन् ।

(२) मुख्य न्यायाधिवक्तालाई संविधानले दिएको जिम्मेवारी र महान्यायाधिवक्तासँगको अन्तरसम्वन्धको बारेमा बताउन सक्नेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- महान्यायाधिवक्ताको संवैधानिक जिम्मेवारी
  - सरकारको प्रमुख कानुनी सल्लाहकारको रूपमा
  - प्रमुख अभियोजनकर्ताको रूपमा
  - मानव अधिकारको अनुगमनकर्ताको रूपमा
  - कानून व्यावसायीको नियामकको रूपमा
  - पीडितको अभिभावकको रूपमा
- महान्यायाधिवक्ता र मुख्य न्यायाधिवक्ताको अन्तरसम्वन्ध

सन्दर्भ सामग्री

- बद्री बहादुर कार्की वि. अख्तियार दुरूपयोग अनुसन्धान आयोग, नेकाप २०५८ अंक ५ र ६ नि.नं. ७००१
- नरेन्द्र बहादुर चन्द वि. अख्तियार दुरूपयोग अनुसन्धान आयोग, स.अ. बुलेटिन २०५८ फौविनं. ९५ निर्णय मिति : २०५९।२।१३
- सुन्तली धामी वि. जिल्ला सरकारी वकील कार्यालय, अछामसमेत, नेकाप २०६८ अंक १ नि.नं. ८५४१
- नारायण सिंह राजपुत वि. महान्यायाधिवक्ताको कार्यालयसमेत, नेकाप २०७० अंक १ नि.नं. ८९४९
- संविधानसभा, न्यायप्रणाली समितिको प्रतिवेदन, २०६६
- संघीय शासन व्यवस्थामा महान्यायाधिवक्ताको संरचना र कार्य प्रक्रिया विषयक अनुसन्धानमूलक अध्ययन प्रतिवेदन, महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय

३७. राजनीतिक दल र दलसँग सम्बन्धित विवादहरू

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको समाप्तिपछि सहभागीहरूले राजनीतिक दल दर्ता र दल त्यागसमेतका विषयमा नेपालको संविधानले गरेका प्रबन्धहरू र न्यायिक अभ्यासको बारेमा परिचित भई कार्य सम्पादनको क्रममा अवलम्वन गर्न सक्नेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- लोकतान्त्रिक शासन व्यवस्थामा राजनीतिक दल
- राजनीतिक दल सम्वन्धी संवैधानिक व्यवस्था
- राजनीतिक दल सम्वन्धी अन्य मुलुकको संविधानले प्रत्याभूत गरेका व्यवस्थाहरू
- राजनीतिक दल दर्ता सम्वन्धी विवाद
- दल त्याग सम्वन्धी विवाद
- निर्वाचनको क्रममा आउने विवादहरू
- राजनीतिक दल र निर्वाचनसम्वन्धी विवादमा सर्वोच्च अदालतको दृष्टिकोण

सन्दर्भ सामग्री

- D.D. Basu, Comparative Constitutional Law. Lexis Nexis, Butterworths Wadhwa, Nagpur, 2010.
- J.C. Johary, Comparative Politics. Sterling Publishing, New Delhi, 1980.
- C.F. Strong, Modern Political Constitutions. ELBS, London, 1975.
- काशीराज दाहाल, संवैधानिक लोकतन्त्र : संविधान लेखन, अभ्यास र अनुभव,
- संविधान सभा, संवैधानिक समितिको प्रतिवेदन, २०६६
- गोपाल गुरुङ वि. निर्वाचन आयोग, नेकाप २०५२ अंक १ नि.नं. ५०३०

- खगेन्द्रजंग गुरुङ वि. निर्वाचन आयोग, नेकाप २०४८ अंक २,३,४ नि.नं. ४२७०
- प्रभुनारायण चौधरी वि. निर्वाचन आयोग, नेकाप २०५६ अंक ७ नि.नं. ६७४८
- बालकृष्ण न्यौपाने वि. मपस समेत, नेकाप २०५५ अंक १० नि.नं. ६६०७
- बाबुराम भट्टराईको रिटमा भएको आदेश, नेकाप २०५४ अंक ६ नि.नं. ६३९४
- राजेन्द्र लोहनीको रिटमा भएको आदेश, नेकाप २०५८ अंक ७ र ८ नि.नं. ७०२९
- गुञ्जमान वि.क.को रिटमा भएको आदेश (भरतपुर महानगरपालिकाको निर्वाचनसम्वन्धी)
- संविधान सभा अदालतबाट भएका फैसलाहरू

३८. अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको सवैधानिकीकरण (Constitutionalization of International Law)

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको समाप्तिपछि सहभागीहरूले सन्धि सम्झौता र सोको अनुमोदनका बारेमा संविधानले गरेका प्रबन्धहरू र न्यायिक अभ्यासको बारेमा परिचित भई कार्य सम्पादनको क्रममा ती अवधारणा र अभ्यासलाई अवलम्वन गर्न सक्नेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- नेपालको संवैधानिक व्यवस्था
- दुई पक्षीय र बहुपक्षीय सन्धि सम्झौताको अधिकार
- सन्धिको अनुमोदन गर्ने प्रक्रिया
- सन्धि सम्झौताको अनुमोदनका लागि अन्य मुलुकका संविधानमा गरिएका प्रबन्धहरू (भारत र संयुक्त राज्य अमेरिका)
- संघीय शासन र सन्धि सम्झौता तथा करारको अधिकार
- सन्धि सम्झौताको अनुमोदनमा आउन सक्ने विवादहरू
- सन्धिका व्यवस्था र राष्ट्रिय कानूनको न्यायिक पुनरावलोकन
- न्यायिक दृष्टिकोण

सन्दर्भ सामाग्री

- J.C. Johary, Comparative Politics. Sterling Publishing, New Delhi, 1980.
- C.F. Strong, Modern Political Constitutions. ELBS, London, 1975.
- Pravakar Adhikari, An Overview of Constitutional and Legal Provision of Nepal concerning Internationalization of International Law, Nepal Law Review vol 21, 2009
- संविधानसभा, संवैधानिक समितिको प्रतिवेदन, २०६६
- बालकृष्ण न्यौपानेको टनकपुर मुद्दा,सर्वोच्च अदालत बुलेटिन २०४९ वर्ष १ अंक ११ नि.नं. ६३१३
- ज्ञानराज राईको रिटमा भएको आदेश, २०५७ सालको रि.नं. २६५१ आदेश मिति २०५८।१२।८
- दिनेश कुमार शर्माको रिट, नेकाप २०६३ अंक ९ नि.नं. ७७५७

- अरुण कुमार चौधरी वि. प्रम तथा मपकासमेत, नेकाप २०६४ अंक ९ नि.नं. ७८०३
- ज्योति पौडेल वि. प्रम तथा मपकासमेत, नेकाप २०६६ नि.नं. ८२८२

३९. सवैधानिक परिषद र संसदीय सुनुवाइ

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको समाप्तिपछि सहभागीहरूले संवैधानिक परिषद र संसदीय सुनुवाइका बारेमा संविधानले गरेका प्रबन्धहरू, त्यसको औचित्य र न्यायिक अभ्यासको बारेमा परिचित भई कार्य सम्पादनको क्रममा प्रयोग गर्न सक्नेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- संवैधानिक परिषदको अवधारणा
- संसदीय सुनुवाइको आवश्यकता
- अन्य देशले अवलम्वन गरेको संसदीय सुनुवाइको अभ्यास (संयुक्त राज्य अमेरिका समेत)
- नेपालको संवैधानिक एवम् कानूनी व्यवस्था
- संसदीय सुनुवाइको अभ्यासमा देखिएका केही उल्लेखनीय विषयहरू
- संसदीय सुनुवाइको अभ्यास, औचित्य र सान्दर्भिकता
- न्यायिक दृष्टिकोण

सन्दर्भ समाग्री

- Surya Prasad Dhungel et. al. Commentary on Nepalese Constitution, Delf, Kathmandu, 1998.
- संविधान सभा, संवैधानिक समितिको प्रतिवेदन, २०६६
- पुष्पकमल दाहाल वि. संवैधानिक परिषद् समेत, नेकाप २०६८ नि.नं. ८४०६
- सुबोधमान नापित वि. प्रम तथा मपकासमेत, नेकाप २०६७ नि.नं. ८३८५
- युवराज कार्कीसमेत वि. प्रम तथा मपकासमेत, २०७३ सालको रिट नं. ०७३-WO-०१११, ०७३-WO-०१३९

४०. संविधान निर्माण प्रक्रिया

एकाइको उद्देश्य : यस सत्रको समाप्तिपछि सहभागीहरू

- संविधान निर्माणका विधिहरू र नेपालको संविधान निर्माण प्रक्रियाका बारेमा बारेमा परिचित हुनेछन् ।
- संविधान निर्माणको पृष्ठभूमि र संविधान निर्माणको क्रममा भएको छलफल समेतका आधारमा संवैधानिक विवादमा संविधानमा समावेश भएका व्यवस्थाको व्याख्या गर्न सक्नेछन् ।

एकाईमा समावेश हुने विषयहरू

- संविधान निर्माणका सिद्धान्तहरू
- संविधान निर्माणका विधिहरू

- राजनीतिक परिवर्तन र संविधान निर्माणको अन्तरसम्बन्ध
- विभिन्न मुलुकले अवलम्वन गरेको संविधान निर्माण प्रक्रिया (भारत, संयुक्त राज्य अमेरिका, दक्षिण अफ्रिकासमेत)
- संविधान निर्माणको क्रममा हुने छलफल र सोको अभिलेख
- संविधानको व्याख्यात्मक टिप्पणी र संविधानको व्याख्यामा सोको प्रयोग
- नेपालको संवैधानिक विकासमा संविधान निर्माण प्रक्रिया
- पहिलो संविधानसभाले संविधान निर्माण गर्न गरेको प्रयास
- Doctrine of Necessity को प्रयोग
- नेपालको वर्तमान संविधान निर्माणको क्रममा भएका बहस र छलफलहरू

सन्दर्भ सामाग्री

- D.D. Basu, Comparative Constitutional Law, Lexis Nexis, Butterworths Wadhwa, Nagpur. 2010.
- Constitution Making Process in South Africa
- Constitution Assembly Debate (India), 1949
- Federalist Paper (America)
- O.P. Gouba, Constitutionalism in a Changing Society, Gitanjali Publishing House, New Delhi, 1984.
- C.F. Strong, Modern Political Constitutions, ELBS, London, 1975.
- H.M. Seervai, Constitutional Law of India
- M.P. Jain, Indian Constitutional Law
- काशीराज दाहाल, संवैधानिक लोकतन्त्र : संविधान लेखन, अभ्यास र अनुभव,
- भीमार्जुन आचार्य, नेपालमा संविधान निर्माण प्रक्रिया,
- संविधान सभा दर्पण (पहिलो संविधानसभा), व्यवस्थापिका संसद सचिवालय
- मुकुन्द रेग्मी, नेपालको संवैधानिक इतिहास (भाग १ र २)
- टोप बहादुर सिंह, नेपालको संवैधानिक इतिहास,
- संविधान सभाका विभिन्न समितिका प्रतिवेदनहरू

परिदृश्य (Vision)

व्यावसायिक, प्रभावकारी र जनविश्वास प्राप्त संस्थाको रुपमा स्थापित भई कानूनको शासन प्रवर्द्धन गर्नु महान्यायाधिवक्ताको कार्यालयको परिदृश्य हुनेछ ।

परिलक्ष्य (Mission)

फौजदारी मुद्दाको अनुसन्धानमा नेतृत्वदायी भूमिका, स्वच्छ र प्रभावकारी अभियोजन तथा सुदृढ प्रतिरक्षा प्रणाली एवम् व्यावसायिक कानूनी राय प्रदान गर्ने संस्थाको रूपमा विकास गर्नु महान्यायाधिवक्ताको कार्यालयको परिलक्ष्य हुनेछ ।

मूल्यहरू (Values)

- स्वच्छ सुनुवाइ,
- कानूनको शासन,
- कानून र न्यायका मान्य सिद्धान्तहरूको अवलम्बन,
- मानवअधिकार र वैयक्तिक स्वतन्त्रताको सम्मान, संरक्षण र प्रवर्द्धन,
- सार्वजनिक हितको संरक्षण,
- पीडित मैत्री र न्यायमा सहज पहुच,
- व्यावसायिक स्वायत्तता र उन्मुक्ति,
- उत्तरदायित्व र जवाफदेहिता,
- निरन्तर सुधार र सिकाइ,
- नैतिकता र सदाचार,
- लैंगिक मैत्री र विविधताको सम्बोधन,
- समावेशिता ।

महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय, नेपाल

काठमाडौं