

संयुक्त इजलास

माननीय न्यायाधीश श्री बलराम के.सी.
माननीय न्यायाधीश श्री पवनकुमार ओझा
संवत् २०६४ सालको रिट नम्बर ९१७
आदेश मिति: २०६४।९।६।

विषय:- उत्प्रेषण, परमादेश, प्रतिषेध लगायत
जो चाहिने आज्ञा आदेश वा पुर्जी जारी
गरिपाउँ ।

निवेदक: सुनिल बाबु पन्त
विरुद्ध

विपक्षी: नेपाल सरकार, प्रधानमन्त्री तथा
मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय, सिंहदरवार
समेत

समाज विभिन्न धर्म, वर्ण, उत्पत्ति,
भाषा भाषी, वर्ग, लिङ्ग, लिङ्गी, जात
जाति, समुदाय समूहको समष्टिगत स्वरूप
हो । सबै समाजहरु एकै स्वरूप र चरित्रका
हुन सक्दैनन् । समाजका सबै वर्गले समान
अवसर प्राप्त गर्न नसकेको अवस्था पनि
हुन सक्छ । यसरी अवसर नपाएका
र सामाजिक रुपमा पछाडि परेका
वर्ग समुदायलाई पनि अरु सरह अवसरको
उपयोग गर्न सक्ने र अधिकारको प्रयोग
गर्न सक्ने बनाउनु राज्यको संवैधानिक
कर्तव्य एवम् दायित्व हो ।
जसलाई विधिशास्त्रीय भाषामा वितरणात्मक
न्याय (Distributive Justice) भन्ने गरिन्छ
भने यसलाई सामाजिक न्यायको परिधि भित्र

पनि राख्ने गरिन्छ । हाम्रो न्यायिक
अभ्यासमा सामाजिक न्यायको
विषयलाई सार्वजनिक सरोकारको विषय
वा सार्वजनिक सरोकारको विवादको
विषयको रुपमा मान्यता प्रदान गर्दै आएको
पाइन्छ । निश्चय नै सामाजिक,
आर्थिक, सांस्कृतिक आदि विभिन्न कारण
लगायत राज्यको Inaction का कारणले
आफ्नो हक अधिकारको उपभोग गर्न
असमर्थ रहेका व्यक्ति वा समूहको
अधिकारको सुरक्षाको विषय सार्वजनिक
सरोकारको विवादको विषय भित्र पर्दछ ।
हाम्रो न्यायिक अभ्यास र संवैधानिक
व्यवस्था पनि यसै दिशातर्फ उन्मुख रहेको
छ ।

प्रस्तुत निवेदन नेपालको
अन्तरिम संविधान, २०६३ को धारा ३२ र
धारा १०७ (२) अन्तर्गत पर्न आएको
देखिन्छ । धारा ३२ को संवैधानिक उपचारको
हक पनि मौलिक हक हो । तर धारा ३२ को
यो हक आफैमा निरपेक्ष रुपमा कुनै हक
नभए पनि भाग ३ को धारा १२ देखि धारा
३१ सम्म प्रदान भएका हकहरु हनन् भएमा
यस अदालतको धारा १०७ (२) को
असाधारण अधिकार क्षेत्र अन्तर्गत त्यस्तो
हनन् भएको हक प्रचलन गराई पाउन
निवेदन दिन पाउने हक हो । अर्थात् धारा
३२ को हकलाई संविधानको भाग ३ द्वारा
नागरिकलाई प्रदान भएका विभिन्न मौलिक
हकहरु हनन् भएमा त्यस्तो हक प्रचलन
गराउन यस अदालतमा निवेदन गर्ने हकद्वारा
(Locus standi) प्रदान गर्ने हक भन्नु पर्दछ ।

अझ अर्को शब्दमा भन्नु पर्दा धारा ३२ को हक भनेको मौलिक हक हनन् भएको अवस्थामा उपचारका लागि सर्वोच्च अदालतमा प्रवेश गर्न पाउने हक (Right to move the supreme court) को हक हो ।

त्यसै गरी धारा १०७ मा यस अदालतको दुई प्रकारका असाधारण अधिकारहरूको व्यवस्था भएको छ । धारा १०७(१) को असाधारण अधिकार भनेको विधायिकाले आफ्नो विधायिकी अधिकार अन्तर्गत बनाएका ऐनहरू वा ऐनको नियम बनाउन पाउने अधिकार अन्तर्गत बनेका नियमहरू संविधान अनुकूल छन् वा छैनन् भनी न्यायिक पुनरावलोकन गर्ने असाधारण अधिकार हो । कहिले काहीँ विधायिकाले नचाहेर वा मस्यौदाकारको गल्ती वा भूलले पनि संविधानको व्यवस्था विपरीत ऐनहरू तर्जुमा हुन गई विधेयकको रूपमा पारित हुन सक्छ । विधायिकाको दृष्टि नपुग्नाले त्यस्तो ऐन पारित हुन सक्छ । कानून बनाउने (Law Making) को काममा मात्र विधायिका सर्वोच्च हुने भएकोले संवैधानिक सर्वोच्चता (Constitutional Supremacy) भएका हाम्रो जस्तो देशमा संविधानसंग बाझिने कानूनको कुनै स्थान हुदैन । यसका लागि संविधान नै मापदण्ड हो । संविधान सार्वभौम जनताले आफूमा भएको संविधान निर्माण गर्ने सार्वभौम अधिकार प्रयोग गरी छानेका Delegate हरूद्वारा संवैधानिक अधिकार अन्तर्गत निर्माण गरिएको हुन्छ ।

विधायिका संविधानको सिर्जना (Creation) हो अर्थात् creature हो । त्यसैले संविधानले जन्माउने विधायिकाले आफूलाई जन्माउने संविधान विपरीत हुने गरी Legislative Power प्रयोग गरी कानून बनाउन सक्दैन । संविधान विपरीत बनेको कानून संवैधानिक प्रकृयाद्वारा नै खारेज वा संशोधन हुन सक्छ । तर संवैधानिक प्रक्रियाद्वारा खारेज वा संशोधन गर्न पनि समय लाग्दछ । विधायिकाको अधिवेशन बोलाई अधिवेशन बसी संविधान विपरीत बनेको ऐन खारेज वा संशोधन गर्न विधायिकाको समय नहुन सक्छ । संविधान विपरीत बनेको ऐन खारेज वा संशोधन गर्न त्यति लामो समय पर्खिरहँदा नागरिकहरूलाई संविधानले प्रदान गरेको हकहरू जोखिममा पर्ने हुन्छ । त्यस्तो जोखिमबाट नागरिकलाई बचाउनका लागि नै संविधान स्वयंले नै संविधानसंग बाझिने गरी बनेका त्यस्तो ऐन अमान्य गर्न सक्ने असाधारण अधिकार यस अदालतलाई धारा १०७(१) ले प्रदान गरेको हो । प्रस्तुत बिवादको विषय धारा १०७(१) संग प्रत्यक्षरूपले सम्बन्धित विषय नभएकोले त्यस तर्फ थप विवेचना गरी रहनु परेन ।

संविधानको धारा १०७ (२) ले पनि यस अदालतलाई असाधारण अधिकार प्रदान गरेको छ । सो धारा अन्तर्गत यस अदालतले देहायको अवस्थामा असाधारण अधिकार प्रयोग गरी पूर्ण न्याय प्रदान गर्दछ ।

- संविधानद्वारा प्रदत्त मौलिक हक प्रचलनका लागि ।
- बैकल्पिक उपचारको व्यवस्था नभएको वा प्रभावकारी उपचार प्राप्त हुन नसकेको कुनै कानुनी हकको प्रचलनका लागि
- सार्वजनिक सरोकारको विवादमा समावेश भएको संवैधानिक वा कानुनी प्रश्नको निरूपण गर्नका लागि ।

धारा १०७ को उपधारा (२) को उपरोक्त व्यवस्था अनुसारको हक प्रचलन गराउन वा सार्वजनिक सरोकारको विवादमा समावेश भएको संवैधानिक वा कानून प्रश्नको निरूपणका लागि (जसलाई Public Interest Litigation वा Social Action Litigation भनिन्छ) यस अदालतबाट बन्दीप्रत्यक्षीकरण, परमादेश, उत्प्रेषण, प्रतिषेध, अधिकारपृच्छा लगायत आवश्यकता अनुसार अन्य उपयुक्त आदेश जारी गरी हक प्रचलन गराइन्छ । निजी हक प्रचलन गराउन माग भएको विवादको विषयमा निवेदकको हकहित समावेश भएको देखिनु पर्छ अन्यथा हकद्वैया (Locus Standi) को अभावमा निवेदन खारेज हुन्छ भने यसको विपरीत सार्वजनिक सरोकारको विवादमा समावेश भएको संवैधानिक वा कानुनी प्रश्नको निरूपणका लागि निवेदकले आफ्नो हकद्वैया स्थापित गरी प्रमाणित गरिरहनु पर्दैन । जोसुकै Public spirited Individual ले सार्वजनिक हितका लागि (pro-bono publico) निवेदन गर्न सक्छ र

उसको निवेदन लाग्दछ । यस्तो निवेदनबाट पनि धारा १०७ (२) वमोजिम हक प्रचलन गराइन्छ । अर्थात् सार्वजनिक सरोकारको विवादमा समावेश भएको संवैधानिक वा कानुनी प्रश्न निरूपणका लागि गरिने निवेदनमा परम्परागत हकद्वैया (Traditional & Conservative Locus Standi) लाई व्यापक (Widen) गरिएको छ र गरिनु पनि पर्दछ । यस्ता प्रकारका विवादमा हकद्वैयालाई व्यापक नगर्ने हो भने यस अदालतलाई जतिसुकै व्यापक असाधारण अधिकार प्रदान गरे पनि पीडित समूहले न्याय पाउन नसक्ने हुनाले हकद्वैयालाई यसरी व्यापक गरिएको हो ।

प्रस्तुत निवेदन निलहिरा समाजको तर्फबाट उक्त संस्थाका कार्यकारी निर्देशक समेतबाट पर्न आएको देखिन्छ । निवेदकतर्फका कानून व्यवसायीबाट प्राप्त लिखित बहस नोट हेर्दा निवेदक संस्थाको अंग्रेजी नाम Blue Diamond Society रहेको र सो संस्था २०५७ सालमा तेस्रो लिङ्गी समुदायको हकहितका लागि स्थापित भएको भन्ने देखिन्छ । निवेदक संस्थाले नेपालमा लैङ्गिक अल्पसंख्यक (Sexual Minorities) को हक अधिकारमा काम गरिरहेको भन्ने पनि देखिन्छ । निवेदकको माग हेर्दा लैङ्गिक अल्पसंख्यकको रूपमा रहेका Lesbian, Gay, Bisexual, Transsexual र Intersex (LGBTI) लाई उनीहरूको लैङ्गिक अनुभूतिका आधारमा लैङ्गिक पहिचान (Gender Identity) र यौन अभिमुखीकरण (Sexual Orientation) का आधारमा उनीहरूको

आपसी सम्बन्धलाई मान्यता प्रदान गर्ने गरी परमादेश लगायत जो चाहिने आज्ञा आदेश जारी गरिपाउँ भन्ने माग गरेको देखिन्छ ।

संविधानको धारा १०७ (२) मा भएको सार्वजनिक सरोकारको विवादमा समावेश भएको संवैधानिक एवं कानूनी प्रश्न सम्बन्धी विवादका मुद्दालाई Public Interest Litigation अन्तर्गत पर्ने विवाद भनिन्छ । यस्तो विवादमा यस अदालतमा मुद्दा ल्याई दिनलाई ल्याई दिने व्यक्ति कै व्यक्तिगत हक हनन् भएको हुन नपर्ने त्यस्ता विवादका पीडितको तर्फबाट जो सुकैले यस अदालतमा निवेदन ल्याई दिन सक्ने व्यवस्था हुनुको पछाडि केही मान्यताहरु छन् ।

संविधानले नागरिकहरुलाई विभिन्न प्रकारका मौलिक हकहरु प्रदान गरेको छ । नेपाली समाजमा सबै व्यक्ति वर्ग समूह र जात जातिका नागरिकहरु शिक्षित र सचेत छैनन् । नेपाली समाजमा राज्यको दृष्टि नपुग्नु र प्रचलित अशिक्षा, अज्ञानता सामाजिक मान्यता, रुढीवादी परम्परा, प्रचलन तथा आर्थिक विपन्नता अर्थात गरिवी आदिको कारण सम्पन्न वर्गबाट विपन्न वर्ग शोषित र दविएको हुनाले नेपालका विभिन्न क्षेत्रका विभिन्न वर्ग समुदाय जात जाति Disadvantaged हुन पुगी उनीहरु आफ्नो हक र अधिकार प्रति सचेत छैनन र उनीहरुलाई आफ्नो हक प्रचलन गराउन सकिन्छ भन्ने सम्म पनि थाहा छैन । यही कारणले नै उनीहरु

पिछडिएको (Disadvantaged) वर्गको रुपमा रहनु परेको छ ।

समाजमा सबै वर्ग र नागरिक आर्थिक रुपले सम्पन्न छैनन् । अर्थात शिक्षाको कमी, अनभिज्ञता वा आर्थिक विपन्नता आदिको कारणले गर्दा संविधानले आफूलाई विभिन्न हकहरु प्रदान गरेको छ र आफ्ना ती हकहरु हनन् भैरहेका छन् र ती हकहरु यस अदालतबाट प्रचलन हुन सक्छ भन्ने सम्म पनि जानकारी नहुने Disadvantaged समूहको हक प्रचलन गराइदिन त्यस्ता Disadvantaged समूहको तर्फबाट जो सुकैले संविधानको धारा १०७(२) अन्तर्गत यस अदालतको असाधारण क्षेत्र अन्तर्गत निवेदन गर्न सकोस् भनेर नै धारा १०७(२) अन्तर्गतको सार्वजनिक सरोकारको विवाद समावेश भएको संवैधानिक वा कानूनी प्रश्नको निरूपणका लागि परम्परागत Locus Standi को Rule लाई Widen गरी जोसुकै Public Spirited Individual ले पनि त्यस्ता Disadvantaged समूहको तर्फबाट निवेदन गर्न पाउने हक प्रदान गरेको हो ।

हाम्रो परम्परागत समाजले महिला र पुरुष दुई वर्गलाई मात्र पहिचान गरेकोले समाजमा महिला र पुरुष दुई लिङ्गको मात्र आधिपत्य रहेको छ । तेस्रो लिङ्गीहरुलाई समाजले बेग्लै दृष्टिले हेर्ने प्रचलन कायम रहेको छ । यो कुरालाई अदालतले Judicial Notice मा लिनु पर्दछ । चेतनाको कमी, शिक्षाको कमी र ज्ञानको कमीका कारणले गर्दा महिला र पुरुष बाहेकका तेश्रो लिङ्गीलाई हामीले मात्र

होइन बाह्य राष्ट्रहरुमा पनि भिन्नै दृष्टिले हेर्ने परम्परा र प्रचलन रहेको देखिन्छ । त्यस कारणले गर्दा तेश्रो लिङ्गी समूह आफैले एकीकृत भएर निवेदन गर्न नसक्ने अवस्थालाई अन्यथा भन्न मिल्दैन । हाम्रो संविधानको भाग ३ मा नेपाली नागरिकहरुलाई विभिन्न मौलिक हक प्रदान भएको छ । भाग ४ मा रहेको राज्यका नीति र निर्देशक सिद्धान्तले नागरिकहरुको उत्थान र विकासमा राज्य केन्द्रित हुने व्यवस्था भएको छ । बालक, वृद्ध, महिला, पुरुष, अपाङ्ग, सुस्त मनस्थितिका व्यक्ति, तेश्रो लिङ्गी लगायत सम्पूर्ण मानिसहरु (Human beings) नेपालका नागरिक हुन् । ती सम्पूर्ण

नागरिकहरुको समूह सहितको यो देशको समष्टिगत भूभाग राष्ट्र (Nation) हो । राष्ट्रको नागरिक जनसंख्या मध्येका तेश्रो लिङ्गी पनि नेपालका जनसंख्या कै एक हिस्सा हुन् । तेश्रो लिङ्गीहरु हालसम्म उनीहरु प्रतिको समाजिक दृष्टिकोण र समाजले गर्ने व्यवहार तथा तेश्रो लिङ्गी समुदायमा नै पनि शिक्षाको अभाव, अनभिज्ञता, आर्थिक विपन्नता आदि कारणले गर्दा यो वर्ग वा समुदाय अभैसम्म पनि पिछडिएको वर्ग (Disadvantaged Class) का नागरिक समूहमा रहेको मान्नु पर्दछ । अदालतबाट यस्तै सार्वजनिक सरोकारको विवादमा समावेश भएको संवैधानिक तथा कानूनी प्रश्नको निरूपण गर्नका लागि नै Public Interest Litigation को परिपाटी विकास भएको हो, अर्थात् आर्थिक, सामाजिक, शैक्षिक आदि विभिन्न

कारणले पीडित भई पछाडि परेका वर्गको भलाई र हितका लागि (Pro Bono Publico) उनीहरुको तर्फबाट जो सुकै Public Spirited Individual ले निवेदन दिन सक्ने गरी संविधानको धारा १०७ (२) मा असाधारण अधिकार क्षेत्र अन्तर्गत निवेदन दिन पाउने व्यवस्था गरिएको हो ।

हाम्रो संविधानको भाग ३ मा विभिन्न मौलिक हकहरुको व्यवस्था भएको छ । तर त्यसको उपभोग गर्नुपर्ने जनताहरु सबै शिक्षित छैनन् । जनता सबै आर्थिक रुपले सम्पन्न छैनन् । जनताहरु अनभिज्ञ पनि छन् । यस्ता विभिन्न तत्वहरु (Multiple Factor) ले गर्दा जनताहरु पिछडिन पुग्दछन् । त्यसैले यस्ता विषयमा अदालतले परम्परागत रुपमा हकद्वयाको साँघुरो दृष्टिकोण (Narrow Concept of Locus Standi) र परम्परागत अदालती ढाँचामा (Traditional Pattern of Court) मा बस्ने हो भने त्यस्तो पिछडिएका वर्गका लागि न्याय र मौलिक हकमा पहुँच नै हुदैन । यही मान्यताले त्यस्ता पिछडिएका (Disadvantaged) वर्गको तर्फबाट जो सुकैले मुद्दा दिन सक्ने व्यवस्था भएको हो । भारतको संविधानमा हाम्रो संविधानको धारा १०७(२) मा भए जस्तो सार्वजनिक सरोकारको विवादमा समावेश भएको संवैधानिक एवम् कानूनी प्रश्न निरूपण गर्ने व्यवस्था उल्लेख भएको छैन । तर पनि सार्वजनिक सरोकारको विवादमा समावेश भएको संवैधानिक तथा कानूनी प्रश्न

निरूपणका सम्बन्धमा भारतको सर्वोच्च अदालतबाट भएको

S.P. Gupta & Others vs. President of India को मुद्दामा भएको फैसला यस सम्बन्धमा महत्वपूर्ण रहेको छ । *Public Interest Litigation* मा सो मुद्दाको फैसलालाई मार्गदर्शक फैसला मान्नु पर्दछ । न्यायमूर्ति P.N. Bhagabati ले व्यक्त गर्नु भएका यी विचारहरूले यस सम्बन्धी अवधारणालाई स्पष्ट पारेको छ -

...where a legal wrong or a legal injury is caused a person or to a determinate class of persons by reason of violation of any constitutional or legal right or any burden is imposed in contravention of any constitutional or legal provision or without authority of law or any such legal wrong or legal injury or illegal burden is threatened and such person or determinate class of persons is by reason of poverty, helplessness or disability or socially or economically disadvantaged position, unable to approach the court for relief any member of the public can maintain and application for an appropriate direction or order.

नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ को भाग ३ मा मौलिक हक र भाग ४ मा राज्यका निर्देशक सिद्धान्त नीति तथा दायित्वहरूको व्यवस्था गरिएको छ । ती व्यवस्थाहरू देशलाई जनकल्याणकारी राज्य

(Welfare State) मा परिणत गरी नागरिकहरूको कल्याण गर्ने Approach बाट व्यवस्था भएको हो । यसका साथै २०४७ पछि आएर नेपालले नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार सम्बन्धी अभिसन्धि (ICCPR), आर्थिक, सामाजिक तथा सांस्कृतिक अधिकार सम्बन्धी अभिसन्धि (ICESCR), महिला विरुद्ध हुने सबै प्रकारका भेदभाव उन्मूलन गर्ने सम्बन्धी महासन्धि (CEDAW) लगायत १८ ओटा भन्दा बढी अन्तर्राष्ट्रिय महासन्धिहरू अनुमोदन समेत गरेको छ । कार्यपालिकाले काम गर्दा संविधानको मौलिक हक र राज्यका निर्देशक सिद्धान्त एवम् राज्यले अनुमोदन गरेका मानव अधिकार सम्बन्धी महासन्धिलाई मध्यनजरमा राखी सो अनुसारका नीति बनाउने, कानून बनाउने र त्यसलाई लागू गर्नु पर्दछ । तर कार्यपालिकाले त्यसो नगरेको अवस्थामा नै धारा ३२ र धारा १०७ (२) आकर्षित हुने गर्दछ । त्यसैले कार्यपालिकाले उपरोक्त व्यवस्थालाई मध्यनजरमा राखी आफ्नो संवैधानिक कर्तव्य पालना गर्नु पर्दछ । हालसम्मको कार्यपालिकाको कार्यशैली हेर्दा उल्लिखित व्यवस्थाको परिपालना भएको देखिएको छैन ।

सार्वजनिक सरोकारको विवादमा समावेश भएको संवैधानिक तथा कानूनी प्रश्न निरूपण गर्न जो सुकैले निवेदन गर्न पाउने वर्तमान संविधानको धारा १०७ (२) मा मात्र होइन खारेज भएको नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ८८

(२) मा पनि समावेश भएको थियो । यस अदालतले आफ्नो असाधारण अधिकार क्षेत्र अन्तर्गत सार्वजनिक सरोकारको विवादमा समावेश भएको संवैधानिक तथा कानूनी प्रश्नको निरूपणमा हकदैयालाई व्यापक गरिएको कारण Disadvantaged वर्गको तर्फबाट विभिन्न गैर सरकारी संस्था (NGOs, INGOs) र Public Spirited Individual बाट परेको निवेदनमा उचित र उपयुक्त आदेश जारी गर्दा गर्दै पनि हकदैयाको विषयमा विवाद उठ्ने गरेकोले कस्तो विवाद संवैधानिक वा कानूनी प्रश्न समावेश भएको सार्वजनिक सरोकारको विवाद हुन सक्छ भन्ने व्याख्या गर्नु आवश्यक देखिएको छ । वर्तमान नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ को धारा १०७ (२) को सन्दर्भमा देहायको विवाद सार्वजनिक हक वा सरोकारको विवाद समावेश भएको संवैधानिक वा कानूनी प्रश्न निरूपण गर्नुपर्ने विवादको रूपमा अर्थात् Public Interest Litigation को विवाद मान्न सकिन्छ:

- 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 वेवास्ता 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 अवस्थामा,
- न्यायपालिकाको स्वतन्त्रता र संविधान बमोजिम स्वतन्त्र भएर काम गर्नुपर्ने अन्य संवैधानिक निकायको स्वतन्त्रतामा हस्तक्षेप सम्बन्धी विषय,
- वातावरण प्रदूषण सम्बन्धी विषय,
- संविधानको धारा १३(३)को प्रतिवन्धात्मक वाक्यांशमा उल्लेख भएका विशेष व्यवस्था गरी संरक्षण र सशक्तीकरण गर्न सकिने जातजाति वा व्यक्ति वा वर्गको हकहित सम्बन्धी विषय,
- संविधानको भाग ३ र ४ मा उल्लिखित अन्य व्यक्ति वा समूह वा वर्गको हकहित सम्बन्धी विषय,
- नेपालको प्राकृतिक श्रोत सम्पदा जस्तै: सार्वजनिक जग्गा, नदीनाला, वनजंगल आदि Public Trust Doctrine अन्तर्गत पर्ने विषय,
- नेपालको सांस्कृतिक सम्पदा सम्बन्धी ऐतिहासिक र पुरातात्विक विषयहरु ,
- कार्यपालिकाले आफ्नो संवैधानिक कर्तव्य पालना नगरेको कारणबाट नागरिकहरुको कुनै वर्ग वा समूह वा जातजाति पीडित हुन परेको विषय आदि ।

हाम्रो सन्दर्भमा उल्लिखित विषयहरु Public Interest Litigation का विषय हुन् । यस्ता विषयमा संविधानको धारा १०७(२.) अनुसार त्यस्ता Disadvantaged वर्गको तर्फबाट जोसुकै Public spirited Individual वा समूहले पनि निवेदन दिन सक्छ । तर माथि उल्लिखित विषय मात्र अन्तिम होइनन्, हाम्रो संविधानको व्यवस्थाबाट बेला बेलामा अवस्था अनुसार अन्य विषयहरु पनि यस अन्तर्गत पर्न सक्दछन् । यसलाई सम्पूर्णरूपमा अहिले नै किटेर सीमित गर्न सकिदैन ।

प्रस्तुत रिट निवेदनमा उठाइएका लैङ्गिक पहिचान, लैङ्गिक विभेद र यसैका कारणबाट व्यहोर्नु परेका कठिनाई, लैङ्गिक मान्यता आदि जस्ता विषयहरु सामाजिक न्याय र सरोकारका विषय हुन् । यस्तो विषयमा आवश्यक उपचारको माग गरी अदालत आउन पाउने भनी यस अदालतले पनि विभिन्न मुद्दामा व्याख्या गरेको छ । लैङ्गिक पहिचान र यौन अभिमुखीकरणको विषयमा समलिङ्गी र तेस्रो लिङ्गी व्यक्तिहरुको प्रतिनिधित्व गर्दै आफूहरुप्रति राज्य र समाजले गरेको व्यवहारको विषयमा असहमति जनाउँदै आफ्नो वर्गको हक अधिकारको विषयलाई लिएर दायर भएको प्रस्तुत रिट निवेदन सार्वजनिक सरोकारको विषय भित्रै पर्ने देखिन्छ, र प्रस्तुत रिट निवेदनमा उठाइएका विषयहरुसित निवेदकहरुको तात्त्विक सरोकार (Substantial Interest) र अर्थपूर्ण सम्बन्ध (Meaningful Relation) पनि रहेको छ ।

तसर्थ माथि उल्लेख गरिए अनुसार LGBTI को हकहित संरक्षण गर्न स्थापित संस्थाहरुको प्रस्तुत रिट निवेदन दिने हकद्वारा हुदैन भन्ने बिपक्षी तर्फको जिकिरसँग सहमत हुन सकिएन । अतः निवेदकहरुलाई प्रस्तुत निवेदन दिने हकद्वारा पुग्ने देखिन्छ ।

अब समलिङ्गी वा तेस्रो लिङ्गी व्यक्तिहरुको पहिचानको आधार के हो ? यो व्यक्तिको मनोवृत्तिका कारण हुन्छ वा प्राकृतिक रुपमा नै यस्तो विशेषता कायम भएको हो ? भन्ने दोस्रो प्रश्न तर्फ विचार गर्दा व्यक्तिको यौन अंग अनुसार देखा पर्ने भिन्नतालाई लिङ्ग (Sex) र लिङ्गको आधारमा समाजले निर्धारण गरेको सामाजिक भूमिकालाई लैङ्गिकता (Gender) भनी परिभाषित गर्ने गरिएको छ । लैङ्गिक पहिचानको दृष्टिकोणबाट मूलधार (Mainstream) को रुपमा रहेका महिला र पुरुष भन्दा अलग तेस्रो लिङ्गी (Third Gender) पहिचान भएका व्यक्तिहरु समेत समाजमा अल्पसंख्यक रुपमा रहेका हुन्छन् ।

यौन अभिमुखीकरणका आधारमा तीन प्रकृतिका लैङ्गिक आकर्षण (Sexual Attraction) भएका मानिसहरु हुन्छन् भनी चिकित्साशास्त्र एवम् मनोविज्ञानले समेत बर्गीकरण गरेको पाईन्छ । यसअनुसार समान लिङ्गीका बीचमा हुने यौन सम्बन्ध वा यौन आकर्षणलाई समलिङ्गी (Homosexual) सम्बन्ध, विपरीत लिङ्गीप्रति हुने यौन सम्बन्ध वा यौन आकर्षणलाई विपरीत लिङ्गी (Heterosexual) सम्बन्ध र समान तथा

विपरीत दुवै लिङ्गी प्रति उत्तिकै रुपमा हुने यौन सम्बन्ध वा यौन आकर्षणलाई द्विलिङ्गी (Bi-sexual) सम्बन्ध भनिन्छ । लैङ्गिक पहिचानका दृष्टिले जसरी महिला पुरुषलाई समाजको mainstream वर्गको रुपमा लिइए जस्तै यौन अभिमुखीकरण (Sexual Orientation) का आधारमा विपरीत लिङ्गीप्रति यौन आकर्षण भएका (Heterosexual) व्यक्तिहरुको बाहुल्यता हुने भएकाले उनीहरुलाई पनि सो वर्गको mainstream का रुपमा लिइन्छ । अर्को तिर समलिङ्गी र द्विलिङ्गी व्यक्तिहरुको संख्या समाजमा मात्रात्मक रुपमा ठूलो रुपमा रहेको पाइदैन । समलिङ्गीहरु भित्र पनि महिला समलिङ्गी (Lesbian) र पुरुष समलिङ्गी (Gay) गरी दुई प्रकारका समलिङ्गीहरु रहेका हुन्छन् । यस्तै एउटा लिङ्ग जनाउने कोषीय तत्व लिएर जन्मेका तर मानसिक रुपमा आफू अर्को लिङ्गको रुपमा रहेको अनुभूति दिलाउने श्रेणीका मानिसहरुलाई तेश्रो लिङ्गी (transsexual) भनिन्छ ।

यौन अल्पसंख्यकको रुपमा रहेको अर्को वर्ग भनेको अन्तरलिङ्गी (Intersexual) वर्ग हो, जुन प्राकृतिक रुपमा नै महिला र पुरुष दुवैको जैविक लिङ्ग लिएर जन्मिएको हुन्छ । यस्ता व्यक्तिहरुको संख्या अत्यन्त न्यून (Rarest of the Rare) रहेको छ । उनीहरुमा वयस्क भएपछि Sexual Orientation का आधारमा लैङ्गिकताको निर्धारण हुने गर्दछ । यसरी समग्रमा हेर्दा यौन अल्पसंख्यक भित्र रहेका सबै वर्गका

व्यक्तिहरु भित्र Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender र Intersexual गरी ५ प्रकारका वर्गहरु रहेका पाइन्छ । यसलाई छोटकरीमा LGBTI भनेर पनि भन्ने गरिन्छ । यो वर्गलाई अहिलेसम्म यौन अभिमुखीकरण र लैङ्गिक पहिचानको आधारमा मान्यता प्रदान गरिएको छैन भन्ने रिट निवेदकहरुको मुख्य दावी रहेको छ ।

निवेदकको दावीका सम्बन्धमा विवेचना गर्नु पूर्व यौन अभिमुखीकरण र लैङ्गिक पहिचानको परिभाषा गर्नु सान्दर्भिक देखिन्छ । यौन अभिमुखीकरण र लैङ्गिक पहिचानको क्षेत्रमा क्रियाशील रहेका मानव अधिकारवादीहरुको सन् २००६ को नोभेम्बर ६ देखि ९ सम्म इण्डोनेसियाको जकार्तामा सम्पन्न भेलाले अन्तर्राष्ट्रिय मानव अधिकार कानूनको प्रयोग सम्बन्धी जकार्ता सिद्धान्त (The Yogyakarta Principles) लाई पारित गरेको छ । सो सिद्धान्तमा गरिएको यौन अभिमुखीकरण (Sexual Orientation) र लैङ्गिक पहिचान (Gender identity) को परिभाषा यस प्रकार रहेको छ :

Sexual Orientation is understood to refer to each person's capacity for profound emotional, affectional and sexual attraction to, and intimate and sexual relations with, individuals of a different gender or the same gender or more than one gender.

अर्थात् यौन अभिमुखीकरण भन्नाले हरेक व्यक्तिले अर्को समान लिङ्ग भएको, भिन्न लिङ्ग भएको वा दुवै लिङ्गीसंग गहन संवेगात्मक, भावनात्मक तथा यौन आकर्षण

र आत्मीय तथा यौन सम्बन्ध राख्न सक्ने क्षमतालाई बुझ्नु बुझाउनु पर्दछ ।

Gender identity is understood to refer to each person's deeply felt internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex assigned at birth, including the personal sense of the body (which may involve, if freely chosen, modification of bodily appearance or function by medical, surgical or other means) and other expressions of gender, including dress, speech and mannerisms.

अर्थात लैङ्गिक पहिचान भन्नाले हरेक व्यक्तिले अन्तःस्करणमा व्यक्तिगत रूपमा अनुभव गरेको लैङ्गिक पहिचान हो जसमा व्यक्तिगत शारीरिक संवेदना (जसमा स्वतन्त्रपूर्वक छनौट गरिएको हकमा शारीरिक स्वरूपको परिवर्तन र स्वास्थ्यगत शल्यक्रिया वा अन्य माध्यमबाट गर्ने कुरा पर्दछ) का साथै व्यक्ति जन्मदै निरूपण गरिएको लैङ्गिक निरूपणसंग मेल खाने वा नखाने अवस्था पहिचानको अभिव्यक्ति गर्ने पोशाक, बोलीचाली वा व्यवहार समेत पर्दछन् ।

यसै सन्दर्भमा प्रस्तुत रिट निवेदनमा पटक पटक उल्लेख भएका केही शब्द र शब्दावलीहरूको सम्बन्धमा शब्दकोशमा गरिएको परिभाषालाई समेत यहाँ उल्लेख गर्नु सान्दर्भिक देखिन्छ ।

Lesbian - A woman who is sexually attracted to other woman.

Gay - A homosexual person especially a man.

Bisexual - A person who is attracted to both man and woman.

Transsexual - A person especially a man who feels that he should have been opposite sex, and therefore behaves and dresses like a member of that sex.

Homosexual - A person, especially a man, who is sexually attracted people of the same sex and not to people of the opposite sex.

Source: - Cambridge Advanced Learner's Dictionary (online version).

Transgender- Transgender is the state of one's "gender identity (self-identification as woman, man, or neither) not matching ones "assigned sex" (identification by others as male or female based on physical/genetic sex). "Transgender" does not imply any specific form of sexual orientation; transgender people may identify as heterosexual, homosexual, bisexual, pansexual, polysexual, or asexual. The precise definition for transgender remains in flux, but includes:

- "Of, relating to, or designating a person whose identity does not conform unambiguously to conventional notions of male or

female gender roles, but combines or moves between these."

- "People who were assigned a sex, usually at birth and based on their genitals, but who feel that this is a false or incomplete description of themselves."
- "Non-identification with, or non-presentation as, the sex (and assumed gender) one was assigned at birth."

Intersexuality- Intersexuality is the state of a living thing of a gonochoristic species whose sex chromosomes, genitalia, and/or secondary sex characteristics are determined to be neither exclusively male nor female. An intersex organism may have biological characteristics of both the male and female sexes. Intersexuality is the term adopted by medicine during the 20th century applied to human beings who cannot be classified as either male or female. Intersexuality is also the word adopted by the identity-political movement, to criticize medical protocols in sex assignment and to claim the right to be heard in the construction of a new one.

Source-wikipedia

यसै प्रसंगमा International Commission of Jurists द्वारा प्रकाशित

Sexual Orientation and Gender Identity in Human Rights Law मा प्रकाशित यो सन्दर्भ यहाँ उल्लेख गर्नु सान्दर्भिक देखिन्छ :

Discrimination on the grounds of sexual orientation and gender identity may give rise to the most egregious human rights violations, such as extrajudicial killings, torture and ill-treatment and arbitrary detention. Demonstrating that discrimination has consequences in the deprivation of enjoyment of all other guaranteed human rights. These include inter alia the right to life, right to liberty, right to a fair trial by an independent and impartial tribunal, right to privacy, freedom of conscience, freedom of opinion, freedom of assembly and freedom of association, equal access to public services, equality before the law and equal protection of the law, right to work, right to social security including social insurance, right to the enjoyment of the highest attainable level of health, right to education, and right to adequate housing. The social sexual orientation exposes them more to violence and human rights abuses; this stigmatisation also increases the climate of impunity, in which such violations frequently occur.

In some countries, sexual relationships between same-sex consenting adults or "unnatural

behaviour", such as the manifestation of transgender behaviours, are criminalized under "sodomy laws" or under the abuse of morality laws, which violate the right to privacy and the equal protection of the law without discrimination. such criminalisation reinforces attitudes of discrimination between persons on the basis of sexual orientation. In some countries such acts are punishable by corporal punishments or the death penalty impairing the right to be free from cruel, inhuman or degrading punishment and the right to life. Treaty bodies, the former Commission on Human Rights and special procedures have expressed concern at such criminalisation, called on States to refrain from such criminalisation and where such laws exist repeal them, and urged all States that maintains the death penalty not to impose for sexual relations between same-sex consenting adults.

Violence taking place in some countries against lesbian, gay, bisexual or transgender (LGBT) persons, including killing, "social cleansing", torture and ill- treatment, impairs the right to life, the right to be free from torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, and the right to security and is also a matter of concern of treaty bodies and special procedures

of the former Commission. Victims of criminal offences suffer.

From discrimination because of their sexual orientation and gender identity, as they are often perceived as less credible by law enforcement agencies and police officials frequently show prejudice towards such persons. These particular in cases of abuse, ill treatment, including rape or sexual assault, torture, or sexual harassment, and may be disinclined to investigate promptly and thoroughly extrajudicial executions of LGBT persons. The refusal to bring those responsible for such killings to justice and to ensure that such killings particularly disturbing. The special procedures and the treaty bodies have repeatedly asked the States to take action to protect the right to life of LGBT persons, including proper investigation in cases of violence against LGBT persons. They have also called on states to take initiatives against homophobia and hate crimes, including policies and programmes aimed towards overcoming hatred and prejudice against LGBT persons.

लैङ्गिक पहिचानका सम्बन्धमा भएको अभ्यास र प्रचलन हेर्दा सन् १९७० मा बेलायतको उच्च अदालतले व्यक्तिका अन्तर्निहित तीन ओटा तत्वहरु जनेन्द्रिय (

Genital Sex), कोषीय (Chromosomal Sex) र जनन ग्रन्थीय तत्व (Gonadal Sex) का आधारमा लैङ्गिक पहिचान निर्धारणको आधार हुनु पर्ने फैसला गरेको देखिन्छ । तर अष्ट्रेलियाको पारिवारिक अदालतले उक्त नजीर प्रति असहमति जनाउँदै लैङ्गिकता (gender) निर्धारण गर्दा उसको वास्तविक लिङ्ग छुट्याउनु पर्ने र त्यसका लागि जैविक, शारीरिक र मानसिक तत्व (जस्तो Brain Sex) लाई समेत आधार मान्नु पर्ने व्याख्या गर्‍यो । यो फैसलाले सम्बन्धित व्यक्तिको स्वधारणा (self perception) लाई समेत स्वीकार गरेको छ । अष्ट्रेलियाको पारिवारिक अदालतको उक्त फैसलाको केही अंश यहाँ उद्धृत गर्नु सान्दर्भिक देखिन्छ ।

It is wrong to say that a person's sex depends on some limited range of factors, such as the state of the person's gonads, Chromosomes or genitals (whether at birth or at some other time)... the relevant matters include the person's biological and physical characteristics at birth; ... the person's self perception as a man or woman; and the person's biological, psychological and physical characteristics at the time of the marriage, including any biological features of the person's brain that are associated with a particular sex.

यही फैसलालाई आधार बनाएर युरोपियन मानव अधिकार अदालत (The European Court of Human Rights) ले पनि गडविन विरुद्ध संयुक्त अधिराज्य (

Goodbin v. United Kingdom) भएको मुद्दामा उक्त अवधारणालाई स्वीकार गरेको देखिन्छ । त्यसै गरी विभिन्न खोज अनुसन्धानबाट निकालिएका वैज्ञानिक र चिकित्सकीय तथ्यहरूले पनि जन्मदाको लिङ्गको आधारमा मात्र व्यक्तिको लैङ्गिक पहिचान कायम नहुने र मस्तिष्कमा रहेको चरित्रले पनि यसमा प्रभाव पार्ने निष्कर्ष निकालेको देखिन्छ ।

रिट निवेदनमा यौन अभिमुखीकरण (Sexual Orientation) को प्रसंग पनि उठाइएको छ । समान लिङ्गीहरू बीच हुने यौन आकर्षणका कारण समलिङ्गीहरूलाई समाजले वेग्लै र असमाजिक व्यवहार गरिदै आएको भनी निवेदकहरूले उल्लेख गरेका छन् । यस प्रसंगमा दक्षिण अफ्रिकाको संवैधानिक अदालतले गरेको व्याख्यालाई महत्वपूर्ण व्याख्या मान्नु पर्दछ । *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and others v. Minister of Justice and others* भएको मुद्दामा सो अदालतले गरेको व्याख्याको केही अंश यहाँ उद्धृत गर्नु सान्दर्भिक देखिन्छ :

"..... Sexual Orientation is defined by reference to erotic attraction: in the case of heterosexuals, to members of the opposite sex; in the case of gays and lesbian, to members of the same sex. Potentially a homosexual or gay or lesbian person can therefore be anyone who is erotically attracted to member of his or her own sex."

त्यसै गरी Human Right Watch को एउटा प्रकाशनमा भनिएको छ:-

Sexual Orientation generally refers to the way in which a person's Sexual and emotional desires are directed. The term catagorizes according to the sex of the object of desire- that is, it describes whether a person is attracted primarily toward people of the same or opposite sex or to both.

संयुक्त राज्य अमेरिकाको सर्वोच्च अदालतले लरेन्स वि. टेक्सास (*Lawrence et al. v. Texas 2003*) को मुद्दामा बयस्कहरू बीच सहमतिमा गरिने समलिङ्गीहरूको सम्बन्धलाई अपराध कायम गर्ने कानूनलाई असंवैधानिक घोषणा गरेको पाइन्छ । इक्वेडरको संवैधानिक अदालतले पनि समलिङ्गी सम्बन्धलाई अपराध घोषणा गर्ने राष्ट्रिय कानूनको व्यवस्थालाई अमान्य घोषित गरेको पाइन्छ । उक्त मुलुकको अपराध संहिताको धारा ५१६, संविधान र ICCPR को धारा २६ सँग मेल नखाएको भन्ने आधारमा सन १९९७ मा नै अमान्य घोषणा गरिएको पाइन्छ ।

उल्लेखित विभिन्न सन्दर्भहरूलाई हेर्दा, लिङ्ग, लैङ्गिकता, यौन अभिमुखीकरण र लैङ्गिक पहिचान सम्बन्धमा रहँदै आएको परम्परागत मूल्य मान्यतामा क्रमशः परिवर्तन आउन थालेको देखिन्छ । व्यक्तिको शारीरिक अवस्था र मानसिक अनुभूति

अनुरूप उनीहरूको लैङ्गिक पहिचान कायम हुनु पर्दछ भन्ने मान्यता क्रमशः स्थापित हुँदै गएको पनि देखिन्छ । समलिङ्गी एवम् तेस्रो लिङ्गीहरू मानसिक रोगी होइनन्, यो उनीहरूको सामान्य जीवन शैली हो भन्ने मान्यता स्थापित हुने क्रममा छ । सोही सन्दर्भमा बेलायतको Interdepartmental Working Group को प्रतिवेदनमा समलिङ्गीको बारेमा उल्लेख गरिएका केही प्रासांगिक अंश यहाँ उद्धृत गर्नु सान्दर्भिक देखिन्छ:

There is zero evidence that psychiatric intervention can 'cure' transsexualism, just as there is zero evidence that psychiatry can 'cure' homosexuality.

एउटा प्रतिवेदन (Kinsey Report) मा उल्लेख गरिए अनुसार समाजमा ५ देखि ८ प्रतिशत मानिसहरू यौन अभिमुखीकरणको उक्त परिभाषाले समेटेको वर्गमा पर्दछन् । उल्लिखित तथ्यले मानिसको लैङ्गिक पहिचान र यौन अभिमुखीकरणको विषयलाई समाज भित्रका निश्चित संख्याका मानिसहरू जो अल्पसंख्यक अवस्थामा छन् उनीहरूको जीवनशैलीलाई चित्रण गरेको देखिन्छ । यसले यो विकृत मनोवृत्ति वा मानसिक विकारको कारणबाट नभई व्यक्तिको शरीर विकासक्रममा भएको स्व अनुभूति समेतका कारण प्राकृतिक रूपमा हुने विकास नै हो भन्ने मतलाई स्थापित गर्न बल पुऱ्याएको देखिन्छ ।

अब समलिङ्गी यौन अभिमुखीकरण भएका एवम् तेस्रो लिङ्गीय लैङ्गीय पहिचान भएका नागरिकप्रति राज्यले भेदभावपूर्ण व्यवहार गरेको छु छैन ? भन्ने तेस्रो प्रश्नतर्फ विचार गरौं । फरक लैङ्गिक पहिचान कायम भएका वा समलिङ्गी यौन अभिमुखीकरण भएका व्यक्तिहरु प्रति राज्य र समाजले भेदभाव पूर्ण व्यवहार गरेको छु भन्ने निवेदकहरुको दावी रहेको देखिन्छ । यस समुदायका मानिसहरु पारिवारिक, घरेलु, सामाजिक तथा राज्यको हिंसाबाट ग्रस्त छन्, उनीहरुलाई सामाजिक, आर्थिक, सांस्कृतिक, राजनीतिक तथा नागरिक अधिकारबाट बञ्चित गरिएको छ, उनीहरु समाज र परिवारबाट अपहेलित बन्नु परेको छ, राज्यबाट प्रदान गरिएका सेवा सुविधाको उपभोगबाट बञ्चित हुनु परेको छ, रोजगारी, विवाह र नागरिकता जस्ता आधारभूत अधिकारबाट बञ्चित हुनु परेको अवस्था छ भन्ने समेतको निवेदन जिकिर रहेको देखिन्छ ।

तेस्रो लिङ्गीहरुको लैङ्गिक पहिचान स्थापित गराउने विषय हाम्रो देशको मात्र समस्या होइन । संसार भरि नै यो विषय अहिले गम्भीर बहसको विषय भएको छ । निश्चय नै तस्रो लिङ्गी व्यक्तिहरु प्राकृतिक रुपमा आफूमा कायम भएको चरित्र अनुरूप समाजमा सहज रुपमा स्थापित हुन सकिरहेका छैनन् । यो समूहले भोग्नु परेको समस्याको वारेमा संयुक्त राष्ट्र संघीय विशेष प्रतिनिधिको प्रतिवेदनको यो अंश यहाँ उल्लेख गर्नु सान्दर्भिक देखिन्छ ।

...member of sexual minorities are disproportionately subjected to torture and other forms of ill treatment because they fail to conform to socially constructed gender expectation. Indeed, discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity may often contribute to the process of the dehumanization of the victim, which is often a necessary condition for torture and ill treatment to take place.

परम्परागत मान्यता भन्दा फरक खालको यौन अभिमुखीकरण र लैङ्गिक पहिचान भएका व्यक्तिहरुले संसारभरिनै समस्या व्यहोरी रहेको कुरालाई जर्कता सिद्धान्तले समेत स्पष्ट पारेको छ । सो सिद्धान्तको प्रस्तावनामा उल्लिखित अंश यस प्रकार रहेको छ:-

“कटु सत्य यो छ कि संसारको सबै क्षेत्रमा व्यक्तिहरुको यौन अभिमुखीकरण तथा लैङ्गिक पहिचानको आधारमा व्यक्तिहरुको विरुद्ध हिंसा, अवहेलना, भेदभाव, पृथकीकरण, कलंक तथा पूर्वाग्रह लक्षित गरिएको हुन्छ र यी अनुभवहरुलाई लिङ्ग, वर्ण, धर्म, अपाङ्गता, आर्थिक तथा स्वास्थ्य स्थितिको आधारमा गरिने भेदभावले समेत थप जटिल तुल्याएको हुन्छ र त्यस्ता हिंसा, अवहेलना, भेदभाव, पृथकीकरण, कलंक तथा पूर्वाग्रहले पीडितहरुको प्रतिष्ठा र

आत्म सम्मानलाई निस्तेज गर्दछ र सामुदायिक अपनत्वलाई समेत कमजोर तुल्याई धेरैलाई आफ्नो परिचय लुकाई त्रासपूर्ण तथा अदृश्य रूपमा जीवन विताउन बाध्य गराउँदछ ।

यो कुरामा ध्यान आकर्षण गरिन्छ कि ऐतिहासिक रूपमा मानिसहरूले आफू महिला वा पुरुष समलिङ्गी वा दोहोरो यौनिक भएकोले वा ग्रहण गरेकोले उमेर पुगेका समान लिङ्ग भएकाहरूसंगको यौन आचरण वा तेश्रो यौनिक, तेश्रो लैङ्गिक प्रकृति भएका वा सो को रूपमा हेरिने भएकोले केही समाजमा यौन अभिमुखीकरण तथा लैङ्गिक पहिचानको आधारमा पहिचान गरिएको सामाजिक समूहमा राखिएकोले यस्ता मानव अधिकार हननका घटनाहरू भोगिरहेका छन् ।”

संयुक्त राष्ट्रसंघीय मानव अधिकार उच्चायुक्तको कार्यालयबाट प्रकाशित २००६ मे १६ को एउटा प्रतिवेदनमा कोलम्बियामा लैङ्गिक अल्पसंख्यकका विरुद्ध भएका घटनाको विवरणलाई यसप्रकार प्रस्तुत गरिएको छ:

Lesbians, gays, bisexual and transgender were exposed to murder and threats in the name of "social cleansing." Generally speaking the results of investigations into the identities of perpetrators are very inadequate. Those groups were the victims of arbitrary detentions and cruel, inhuman or degrading treatment by

member of the police force. There have also been allegations of harassment of homosexuals by members of the illegal armed groups. There are no specific public policies to prevent or penalize such actions or to eliminate discrimination against those groups, especially in educational establishments, in the field of employment, in the police force and in detention centers.

यसबाट नेपालमा मात्र होइन राष्ट्रिय र अन्तर्राष्ट्रियरूपमा पनि तेश्रो लिङ्गी र समलिङ्गीहरू प्रति दुर्व्यवहारका घटनाहरू भैरहेको भन्ने देखिन्छ ।

यिनै सन्दर्भलाई पृष्ठभूमिमा राखी अब नेपालको सन्दर्भमा विचार गरौं । नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ को धारा १३ ले लिङ्ग, जात जातिको आधारमा भेदभाव नगर्ने र समान व्यवहार गर्ने कुराको प्रत्याभूति गरेको छ । धारा ३३ ले सबै विभेदकारी कानूनको अन्त्य गर्ने र धारा ३४ ले सामाजिक न्याय प्रदान गर्ने कुरालाई स्वीकार गरेको छ । त्यसै गरी मानव अधिकारको संरक्षणका लागि बनेका महत्वपूर्ण अन्तर्राष्ट्रिय महासन्धिहरूलाई नेपालले अनुमोदन गरी मानव अधिकारको विश्वव्यापी मान्यताप्रति आफ्नो प्रतिवद्धता समेत व्यक्त गरेको छ । नेपालले सबै किसिमका जातीय विभेदहरू अन्त्य गर्ने सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय महासन्धि, १९६५, नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अभिसन्धि, १९६६, आर्थिक,

सामाजिक तथा सांस्कृतिक अधिकार सम्बन्धी अभिसन्धि, १९६६, महिला विरुद्धको सबै किसिमको भेदभाव उन्मूलन सम्बन्धी संयुक्त राष्ट्रसंघीय महासन्धि, १९७९ र बाल अधिकार सम्बन्धी महासन्धि, १९८९ अनुमोदन गरिसकेको छ । यी सन्धिहरूमा व्यक्तिको मानव अधिकारको संरक्षण र सम्बर्द्धन गर्ने तथा सबै किसिमका विभेदको अन्त्य गर्ने प्रावधानलाई स्वीकार गरिएको छ । अन्तर्राष्ट्रिय सन्धि एवम् महासन्धिहरूको पक्ष राष्ट्र भएपछि Treaty सम्बन्धी भियना महासन्धि, १९६९ र नेपाल सन्धि ऐन, २०४७ बमोजिम पनि उल्लिखित महासन्धिहरूको दायित्व परिपालना गर्ने जिम्मेवारी नेपाल सरकारमा रहन्छ ।

माथि नै उल्लेख गरिसकिएको छ कि सामान्यतया लिङ्ग भन्नाले महिला र पुरुष मात्र हुन्छन् । पुरुष र महिला बाहेक अन्य तेश्रो लिङ्गी नगण्य मात्रामा हुन्छन् र ती तेश्रो लिङ्गीहरू Sexual Deviation का कारण बन्दछन् भन्ने पुरानो धारणा हो । मानव अधिकारप्रति समर्पित आजको लोककल्याणकारी राज्यले प्रत्येक नागरिकको वाचन पाउने अधिकार (Right to Life) को रक्षा गर्नु पर्छ भन्ने मान्यता राख्ने हो भने त्यस्तो पुरानो धारणाको कुनै मूल्य रहदैन । भारत, अमेरिका, ब्राजिल, मेक्सिको, बेलायत, स्पेन, बेल्जियम, निदरल्याण्ड, कोलम्बिया आदि राष्ट्रहरूमा तेश्रो लिङ्गी (Third Gender) को पहिचान र समलिङ्गी विवाह (Same Sex Marriage) लाई legalize र destigmatize गर्ने माग भई यस सम्बन्धमा आवाज

उठिरहेका छन् । हाम्रो छिमेकी मुलुक भारतको अभ्यास हेर्ने हो भने त्यहाँ पनि हजारौं संख्यामा हिजरा (Hijras) र कोथीहरू (Kothis) रहेको भन्ने देखिन्छ । समलिङ्गी वा तेश्रो लिङ्गी हुनु आफैमा कुनै रोग होइन । हामी कहाँ समलिङ्गी विवाहलाई अप्राकृतिक मैथुन मानी अपराधीकरण (Criminalization) गरिएको छ । तर आजको विश्वमा प्रत्येक व्यक्तिका आ-आफ्ना रोजाई (Choice) र यौनिक प्राथमिकताहरू (Sexual Preferences) अप्राकृतिक मैथुन नहुन सक्छन् । तसर्थ हामीले पनि अप्राकृतिक मैथुनको परिभाषामा संशोधन गरी समलिङ्गी विवाहलाई decriminalize र destigmatize गर्ने तर्फ पनि सोच्ने बेला आएको छ ।

नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अभिसन्धि (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR) को धारा २६ को व्यवस्था यस सन्दर्भमा विशेष उल्लेखनीय रहेको छ:-

All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all person's equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national

or social origin, property, birth, or other status.

उल्लिखित धारा २६ ले सबै मानिसहरू कानूनको अगाडि समान हुने र कानूनको समान संरक्षणको भागीदार हुने, जाति, रङ्ग, भाषा, लिङ्ग, धर्म, राजनीति तथा अरु विचार, राष्ट्रिय उत्पत्ति, सम्पत्ति, जन्म वा अन्य हैसियत जस्ता कुनै पनि आधारमा भेदभाव नगरिने भनेको छ । सोही धाराको व्याख्या गर्ने क्रममा संयुक्त राष्ट्रसंघीय मानव अधिकार समितिले यौन अभिमुखीकरणलाई समेत सो परिभाषाले समेट्ने अर्थ गरेको छ ।

महिला पुरुषको बीचको समानता सरह नै फरक यौन अभिमुखीकरण भएका तेश्रो लिङ्गी व्यक्तिहरूलाई पनि समान व्यवहार गर्नुपर्ने र यौन अभिमुखीकरणलाई भेदभावको आधार मानी लैङ्गिक पहिचानलाई अलग हो भन्न मिल्दैन भन्ने धारणा सो समितिको रहेको छ । समितिले उल्लेख गरेको छ:-

Sexual Orientation needs to be understood as link inseparably to the equality of men and women. Thus discrimination on grounds of Sexual Orientation is connected to discrimination against people who do not live out socially accepted norms for "masculinity" and "Femininity". The concept of "Gender Identity" can not be separated from that of "Sexual

Orientation" as prohibited grounds of discrimination.

युरोपियन कोर्ट अफ ह्युमन राइट्स (European Court of Human Rights) ले पनि यस्तै खालको विधिशास्त्रीय धारणा प्रकट गरेको छ । सो अदालतले गोपनियता र यौन अभिमुखीकरणको आधारमा भेदभाव गर्नु नहुने कुरालाई विधिशास्त्र कै रूपमा विकास गर्दै लैङ्गिक पहिचानको आधारमा गरिने भेदभावलाई अस्वीकार गरेको छ । लिङ्ग परिवर्तनको शल्य क्रियाका लागि बीमाले दायित्व नलिने गरी भएको विभेदकारी व्यवस्था सम्बन्धमा परेको भान कुक विरुद्ध जर्मनी (*Van Cook v. Germany*) भएको मुद्दामा सो अदालतले ...the applicants freedom to define herself as a female person, one of the most basic essentials of self determination the very essence of the European Convention of Human Right being respect for human dignity and human freedom. Protection is given to the right of transsexual personal development and physical and moral security. भनी व्याख्या गरेको छ ।

त्यसै गरी शल्य क्रियाबाट परिवर्तित लिङ्गसंग मेल खाने गरी व्यक्तिको कानूनी पहिचान हुने लिखतहरू तयार गर्न बेलायतले इन्कार गरेको विषयमा परेका दुई ओटा महत्वपूर्ण मुद्दामा (*Goodbin vs. United Kingdom and I. vs. United kingdom*) सन् २००२ मा सो अदालतले तेश्रो लिङ्गी व्यक्तिको अधिकारलाई महत्वपूर्ण एवम्

दरिलो रुपमा मान्यता प्रदान गर्‍यो । यस सम्बन्धमा बोल्दै अदालतले Changes in their identity papers holding their right, to respect for their private lives and also their right to marry had been violated भनी बोलेको पाईन्छ ।

नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अभिसन्धि, १९६६ को धारा २६ मानव जातिको समानता सम्बन्धी अधिकारको धारा हो । धारा २६ को अधिकार भनेको लिखित संविधान भएका प्रत्येक स्वतन्त्र र सार्वभौम राष्ट्रहरुको संविधानले प्रत्याभूत गरेको समानताको हक सम्बन्धी व्यवस्थाले स्वीकार गरेको अधिकार हो । उदाहरणको रुपमा हाम्रो संविधानको धारा १३ को समानताको हकलाई लिन सकिन्छ । सो धारा १३ ले सबै नागरिकलाई समानताको हक प्रदान गर्दछ ।

१३. समानताको हक:

- (१) सबै नागरिक कानूनको दृष्टिमा समान हुनेछन् । कसैलाई पनि कानूनको समान संरक्षणबाट बञ्चित गरिने छैन ।
- (२) सामान्य कानूनको प्रयोगमा कुनै पनि नागरिक माथि धर्म, वर्ण, लिङ्ग, जात, जाति, उत्पत्ति, भाषा वा वैचारिक आस्था वा ती मध्ये कुनै कुराको आधारमा भेदभाव गरिने छैन ।
- (३) राज्यले नागरिकहरुका बीच धर्म, वर्ण, जात, जाति, लिङ्ग, उत्पत्ति, भाषा वा वैचारिक आस्था वा ती मध्ये कुनै कुराको आधारमा भेदभाव गर्ने छैन ।

तर महिला, दलित, आदिवासी जनजाति, मधेशी वा किसान, मजदुर वा आर्थिक, सामाजिक वा सांस्कृतिक दृष्टिले पिछडिएका वर्ग वा बालक, वृद्ध तथा अपाङ्ग वा शारीरिक वा मानसिक रुपले अशक्त व्यक्तिको संरक्षण, सशक्तीकरण वा विकासको लागि कानूनद्वारा विशेष व्यवस्था गर्न रोक लगाएको मानिने छैन ।

- (४) समान कामका लागि महिला र पुरुषका बीच पारिश्रमिक तथा सामाजिक सुरक्षामा भेदभाव गरिने छैन ।

नेपाल सरकारको तथ्याङ्क विभागद्वारा प्रकाशित सन् २००५ को तथ्याङ्क अनुसार नेपालमा हिन्दु धर्म, बुद्ध धर्म, इस्लाम धर्म, किराँत धर्म, जैन धर्म, क्रिश्चियन धर्म, सिख धर्म, बोहाई धर्म र अरु धर्म मान्ने धर्मावलम्बीहरु रहेको देखिन्छ । राज्यले यी धर्मावलम्बीहरुलाई भेदभाव गर्न सक्दैन । नेपाल सरकारको तथ्याङ्क अनुसार नेपालमा पहिचान गरिएका (Identified) मात्र १०२ जातजाति रहेका देखिन्छन् । जसरी राज्यले धर्म र जातजातिका आधारमा भेदभाव गर्न सक्दैन त्यसरी नै राज्यले लिङ्गका आधारमा पनि भेदभाव गर्न सक्दैन । लिङ्गका आधारमा भेदभाव नहुनु प्रत्येक नागरिकको मौलिक हक हो । तथ्याङ्क विभागद्वारा प्रकाशित तथ्याङ्कमा लैङ्गिक रुपमा महिला र पुरुष भनी उल्लेख गरिएको देखिन्छ । सो वाहेक अरु

तेश्रो लिङ्गीको अस्तित्वसम्म पनि स्वीकार गरिएको देखिदैन । सबै तथ्याङ्कमा महिला र पुरुष मात्र उल्लेख गरिएको छ । तेश्रो लिङ्गीलाई अन्य (Others) सम्म पनि भनिएको देखिदैन ।

एउटा सामान्य कुरा के हो भने बच्चा पैदा हुँदा प्रायःजसो सामान्य (Normal) पैदा हुन्छ । तर कुनै कुनै बच्चा कतै कतै, कहिले काँही हातका औंला ५ भन्दा बढी भएका वा आँखा नभएका, दुई बच्चा जोडिएको वा अपाङ्ग जस्ता अनौठा बच्चा पैदा भए जस्तै लिङ्गका सम्बन्धमा पनि सामान्य महिला र पुरुष भन्दा फरक अन्तर लिङ्गी पनि जन्मने गर्दछन् । या जन्मदा एउटा लिङ्गीमा जन्मेको भए पनि जैविक (Biological) र प्राकृतिक (Natural) प्रकृत्या अनुसार जन्मदा भन्दा अर्को लिङ्गीमा विकास भई जन्मदाको भन्दा फरक लिङ्गीमा लैङ्गिक स्वरूप परिवर्तन हुन सक्छन् । यस्तो परिवर्तन हुँदा तिनीहरू मानव जाति वा नागरिक नै नहुने होइनन् । परम्परागत समाजमा लिङ्गका आधारमा महिला र पुरुष दुई लिङ्गले मात्र मान्यता पाइआएको भन्नेमा विवाद भएन । मानव (human being) र Sex तथा Gender फरक फरक कुरा हुन् । संविधानको भाग ३ मा भएका मौलिक हकहरू राज्यका विरुद्ध नागरिकहरूलाई प्राप्त हुने कार्यान्वयनयोग्य मौलिक मानव अधिकारहरू (Enforceable Fundamental Human Rights) हुन् । यही कारणले गर्दा भाग ३ का मौलिक हकहरू Human Being भएको कारण तेश्रो

लिङ्गीलाई पनि समान रूपले प्राप्त हुने हक हो । महिला पुरुष जस्तै तेश्रो लिङ्गी वा समलिङ्गी पनि मानिस नै हुन् । महिला र पुरुष बाहेकका तेश्रो लिङ्गी वा समलिङ्गी सबै मानव हुनुका साथसाथै यो देशको नागरिकहरू पनि हुन् ।

नेपालको अन्तरिम संविधानको धारा १३ (४) मा पारिश्रमिकका सम्बन्धमा बाहेक अन्य कतै पनि महिला वा पुरुष भनी उल्लेख नभई 'नागरिक' वा 'लिङ्ग' भन्ने शब्द प्रयोग भएको छ । प्राकृतिक व्यक्तिलाई विभिन्न आधारमा वर्गीकरण (Classify) गर्न सकिन्छ । जस्तै उमेरका आधारमा बालक, प्रौढ, बयस्क, वृद्ध भन्ने जस्तो उचाईका आधारमा अग्लो र होचो भन्ने जस्तो, वा शारीरिक बनावटका आधारमा दुब्लो र मोटो भन्ने जस्तो वा वर्णका आधारमा कालो र गोरो भन्ने जस्तो लिङ्ग (Sex) को आधारमा पनि प्राकृतिक व्यक्तिलाई लैङ्गिक (Gender) आधारमा महिला, पुरुष, तेश्रो लिङ्गी भनी वर्गीकरण (Classify) गर्ने गर्नु पर्छ । तसर्थ महिला र पुरुष बाहेक अन्य तेश्रो लिङ्गी लगायतका व्यक्तिहरूलाई यौन अभिमुखीकरण (Sexual Orientation) का आधारमा भेदभाव गर्न मिल्दैन । राज्यले महिला र पुरुष बाहेकका तेश्रो लिङ्गी प्राकृतिक व्यक्ति नागरिकहरूको अस्तित्वलाई स्वीकार गरी उनीहरूलाई पनि संविधानको भाग ३ द्वारा प्रदत्त मौलिक हकहरूबाट वञ्चित गर्न सक्दैन ।

नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अभिसन्धि (ICCPR)

को धारा २६ मा हाम्रो संविधानको धारा १३ मा जस्तो महिला र पुरुष नभनी "Person" अर्थात "व्यक्ति" भन्ने शब्द प्रयोग भएको छ । सो धारामा प्रत्येक व्यक्तिहरूलाई लिङ्गका आधारमा भेदभाव गर्न नहुने कुरा उल्लेख भएको छ ।

कतिपय देशका संविधानमा नै ICCPR को धारा २६ लाई ध्यानमा राखी यौन अभिमुखीकरण (Sexual Orientation) का आधारमा हुन सक्ने भेदभावलाई अन्त्य गरी तेस्रो लिङ्गीहरूलाई पनि अन्य लिङ्गी सरहको समान व्यवहार गर्न महिला र पुरुष नभनी लिङ्गलाई आधार मान्ने व्यवस्था भएको देखिन्छ । यौन अभिमुखीकरणका आधारमा नागरिकहरूलाई भेदभाव गर्न पाइदैन । दक्षिण अफ्रिका विश्वको पहिलो राष्ट्र भनेपनि हुने देखिन्छ, जसले आफ्नो संविधानको Bill of Rights मा समानताको हकमा नागरिकलाई Sexual Orientation का आधारमा भेदभाव गर्न नपाइने व्यवस्था समावेश गरेको छ । ८ मे १९९६ मा adopt गरी ११ अक्टोबर १९९६ मा संशोधन गरिएको र ७ फ्रेब्रुअरी १९९७ देखि लागू भएको सो संविधानको धारा ९ को उपधारा (३) मा समानताको हक अन्तर्गत Sexual Orientation को आधारमा भेदभाव गर्न नपाउने गरी देहाय बमोजिमको व्यवस्था गरिएको छ:-

दक्षिण अफ्रिकाको संविधानको धारा ९ (३)

The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against

any one on one or more grounds including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.

यसरी सो संविधानमा Sexual Orientation को आधारमा पनि कसैलाई पनि भेदभाव गर्न नपाउने गरी स्पष्ट शब्दमा मौलिक हकको व्यवस्था भएको देखिन्छ ।

त्यस्तै तेस्रो लिङ्गी र समलिङ्गीहरूको समान संरक्षणका लागि दक्षिण अफ्रिकाको संवैधानिक अदालतले गरेको व्याख्या समेत यस सन्दर्भमा अत्यन्त महत्वपूर्ण रहेको देखिन्छ । लैङ्गिक पहिचानको आधारमा हुने सबै किसिमको भेदभाव विरुद्ध संवैधानिक संरक्षण रहेको हुन्छ भन्ने कुराको प्रत्याभूत गर्दै सो अदालतको फैसलामा भनिएको छ:

The concept 'Sexual Orientation' as used in s 9(s) of the 1996 constitution must be given a generous interpretation of which it is linguistically and textually fully capable of bearing. It applies equally to the orientation of persons who are bi-sexual or transsexual and it also applies to the orientation of persons who might on a single occasion only be erotically attracted to a member of their own sex.

दक्षिण अफ्रिकाको संवैधानिक व्यवस्था र उक्त फैसलालाई तेस्रो लिङ्गीको

हकहितका लागि महत्वपूर्ण दस्तावेज मान्नु पर्ने हुन्छ ।

त्यसै गरी महिला विरुद्धका सबै प्रकारका भेदभाव उन्मूलन गर्ने सम्बन्धी महासन्धिको धारा ५ ले लिङ्गको आधारमा समाजमा उचो निचो बनाउने पूर्वाग्रहयुक्त वा परम्परागत खालका सबै सामाजिक संस्कारहरु बदल्नु पर्ने कुरा उल्लेख गरेको छ । सो धारामा भनिएको छ:-

States parties shall take all appropriate measures to modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, with a view to achieving the elimination of prejudices and customary and all other practices which are based on the idea of the inferiority or the superiority or either of the sexes or on stereotyped roles for men and women.

उल्लिखित विभिन्न प्रयासहरु पछि यौनिक अल्पसंख्यकहरुको अधिकारको संरक्षण गरिनु पर्दछ भन्ने विधिशास्त्रीय मान्यता प्रवल बन्दै गईरहेको छ । यौनानुभूति सम्बन्धी मानिसको चाहना र त्यसको प्राकृतिक स्वभाव प्रति सचेतता र संवेदनशीलता बढ्दै गएको छ । मानवीय आचरणमा देखिने प्राकृतिक स्वभावलाई स्वीकार्ने खालको सामाजिक सिद्धान्तहरुलाई स्वाभाविक रुपमा लिन थालिएको छ । अधिकार स्वास्थ्य सम्बन्धी संयुक्त राष्ट्रसंघीय एउटा प्रतिवेदनमा Paul Hunt ले लेखेको यो अंश यहाँ उद्धृत गर्नु उपयुक्त हुने छ :

'Sexual rights include the right of all persons to express their sexual orientation with due regard for the well being and rights of others, without fear of persecution, denial of liberty or social interference.

समलिङ्गी र तेश्रो लिङ्गी व्यक्तिहरुको अधिकारको विषयमा विभिन्न अभिमतहरु प्रकट भएका छन् । कतिपय मुलुकहरु विशेष गरी मुस्लिम मुलुकहरुले आफ्नो धर्म संस्कृति र मूल्य मान्यताका कारण यसलाई अधिकारको रुपमा मान्यता प्रदान गर्न नहुने तर्क पनि अघि सारेका छन् । तर अब यो सामान्य बहसको विषय मात्र रहेन । राष्ट्रिय अन्तर्राष्ट्रिय स्तरमा यस सम्बन्धमा व्यापक चासो र सरोकार व्यक्त गर्न थालिएको छ । संयुक्त राष्ट्र संघीय मानव अधिकार उच्चायुक्त लुइस आर्वरले मन्ट्रियलमा सम्पन्न समलिङ्गी र तेश्रो लिङ्गीहरुको अन्तर्राष्ट्रिय सम्मेलनमा (२६ जुलाई २००६) व्यक्त गरेको धारणा यस प्रकार रहेको थियो:

Freedom of religion is a right that also protects the freedom not to share in religious beliefs or be required to live by them. Under the broad and ill-defined mentle of 'culture' states may fail to recognize the diverse voices within their own communities, or may deliberately chose to suppress them. Such an approach stems from and ossified vision of culture, however, which ignores the

indisputable transformation of social morel as well as the obligation to promote tolerance and respect for diversity required by human rights law as core aspects of the right to privacy.

...respect for cultural diversity is insufficient to justify the existence of laws that violate the fundamental right to life, security and privacy by criminalizing harmless private relation between coveting adults. Even when such laws are not actively enforced or worse when they are arbitrarily enforced, their mere existence fosters and atmosphere of fear, silence and devil of identity in which LGBT persons are confined. Neither the existence of national laws, nor the prevalence of custom can ever justify the abuse, attacks, torture and indeed killing that gay, lesbian, bisexual and transgender persons are subjected to because of who they are or are percieved to be. Because of the stigma attached to issues sorrounding sexual orientation and gender identity, violence against LGBT person is frequently unreported, undocumented and goes ultimately unpunished. Rarely does it provoke public debate and outrage. This shameful silence is the ultimate rejection of the fundamental principle of universality of rights.

यौन अभिमुखीकरण र लैङ्गिक पहिचानलाई स्वीकार गर्नुपर्ने सम्बन्धमा विकास भएका उल्लिखित मान्यता विपरीत विभिन्न धारणाहरु अझै पनि प्रकट भैरहेको पाईन्छ । समलिङ्गी वा तेश्रो लिङ्गीहरुको यौनिक क्रियाकलाप प्राकृतिक होइन, उनीहरु सन्तानोत्पादनका लागि सक्षम हुदैनन् । यसले सामाजिक विकृति भित्र्याउँछ । त्यसैले यस्तो अप्राकृतिक सम्बन्धलाई वैधानिकता प्रदान गर्नु हुदैन भन्ने मत पनि सशक्त रुपमा उठ्ने गरेको छ । महिला र पुरुषको आधारमा मात्र गरिने लैङ्गिक पहिचान सम्बन्धी परम्परागत मान्यताको प्रभावबाट यस्ता प्रश्नहरु उठेका हुन् । गोपनियताको अधिकार मानिसको आधारभूत मौलिक अधिकार हो । यौनिक क्रियाकलापको विषय गोपनियताको परिभाषाभित्र पर्दछ । कानूनले निर्धारण गरेको उमेर पूरा गरेका व्यक्तिहरुले कसरी यौन सम्पर्क (Sexual Intercourse) राख्छन् र त्यस्तो सम्पर्क प्राकृतिक अप्राकृतिक के हो भनी प्रश्न गर्ने अधिकार कसैलाई पनि प्राप्त हुनु हुदैन । जसरी महिला र पुरुषहरु (विपरीत लिङ्गी) ले गर्ने यौन सम्पर्कमा गोपनियताको हक सुरक्षित छ त्यस्तो अधिकार फरक लैङ्गिक पहिचान र यौन अभिमुखीकरण भएका तेश्रो लिङ्गी व्यक्तिहरुको हकमा पनि समान रुपमा आकर्षित हुन्छ । त्यसैले यौनिक क्रियाकलापलाई अप्राकृतिक भनी समलिङ्गी र तेश्रो लिङ्गीहरुको लैङ्गिक पहिचान र यौन अभिमुखीकरणलाई अस्वीकार गर्न सकिने

अवस्था हुनु हुँदैन । जब कुनै पनि व्यक्तिले आफ्नो स्वअनुभूति अनुसारको लैङ्गिक पहिचान हासिल गर्दछ, तत्पश्चात उसको जैविक लिङ्ग के हो ? निजले कस्तो यौन साथी रोज्नु पर्ने हो, कस्तो व्यक्तिसंग वैवाहिक सम्बन्ध कायम गर्नुपर्ने हो भन्ने कुराको निर्धारण अरु व्यक्ति, समाज, राज्य वा कानूनले गरिदिने होइन । यो नितान्त रुपमा त्यस्तो व्यक्तिको वैयक्तिक आत्मनिर्णयको अधिकार अन्तर्गत पर्ने विषय हो ।

उल्लिखित विकासक्रमको पृष्ठभूमिमा हेर्दा नेपालको कानूनले समलिङ्गी र तेस्रो लिङ्गीहरूको हक अधिकारको संरक्षण र सम्बर्द्धनका लागि छुट्टै कुनै प्रयास गरेको अवस्था देखिँदैन । हुनतः समलिङ्गीहरू बीचको सम्बन्धलाई प्रत्यक्ष रुपमा कसूर कायम गर्ने छुट्टै कानून नभएको (यद्यपि यसलाई अप्राकृतिक मैथुनको परिभाषा भित्र पारिएको देखिन्छ) अवस्थामा समाजको नकारात्मक दृष्टिकोण रहेको कारण उनीहरूप्रति राज्ययन्त्रले भेदभावयुक्त व्यवहार गरेका भन्ने आरोपलाई अन्यथा मान्न सकिने अवस्था छैन । तेस्रो लिङ्गीको अवधारणालाई कानूनी रुपमा स्वीकार नगरेको कारण त्यस्ता व्यक्तिहरूले आफ्नो पहिचान कायम राखी जीवन संचालन सहज रुपमा गर्न नसकेको कुरालाई पनि अन्यथा भन्न सकिने अवस्था छैन । जन्मदाको अवस्थामा देखिएको जैविक लिङ्गको आधारमा आफ्नो चरित्र स्वभाव विपरीतको पहिचान कायम राखी सार्वजनिक जीवनमा उपस्थित हुनु पर्ने

वाध्यात्मक परिस्थिति अहिले पनि यथावत रहेको कुरा प्रति मानव अधिकार र मौलिक हकको सन्दर्भमा पुनर्विचार हुनु अति आवश्यक छ ।

व्यक्तिको अधिकारको प्रयोगका सम्बन्धमा भएका अन्तर्राष्ट्रिय अभ्यासहरू, बदलिँदो विश्व समाज र अल्पसंख्यकको अधिकारको सम्मान गर्ने परिपाटीलाई हामीले पनि क्रमशः आत्मसात गर्दै जानु पर्दछ । समाजमा विकृति फैलिन्छ, कि भन्ने धारणाका आधारमा मात्र यस्ता व्यक्तिको अधिकारलाई कानूनी रुपमा नै बेवास्ता गर्दै जाने हो भने हाम्रो मानव अधिकार प्रतिको प्रतिवद्धतामा अन्तर्राष्ट्रियस्तरमा नै प्रश्न उठ्न जान्छ । यस्ता व्यक्तिहरूले उनीहरूको आत्मानुभूति अनुरूपको व्यवहार, गतिविधि, आचरण गर्दैमा समाजले लैङ्गिक पहिचान बमोजिम निर्धारण गरिदिएको भन्दा अलग प्रकारको लवाई (Cross Dress) हुँदा समाजमा विकृति फैलिन्छ, भन्न मिल्दैन । किनकी अरुको देखासिखीबाट मात्र मानिसले आफ्नो स्वाभाविक लैङ्गिक पहिचान त्यागेर अर्को पहिचान अगाल्ने होइन । यो समस्या कुनै Psychiatric समस्या नभएर प्राकृतिक रुपमा नै आउने स्वभावगत समस्या हो भन्ने कुरा चिकित्सा विज्ञानले प्रमाणित गरिसकेको छ । अब चिकित्सा शास्त्र र विज्ञानले देखाएका निचोडहरूलाई अस्वीकार गरी यथास्थितिमा रहन सकिने अवस्था पनि हुँदैन । मानिसको स्वतन्त्रता, प्रतिष्ठा र आत्मसम्मानमा चोट पुऱ्याउने खालका कुनै पनि व्यवस्थाहरू मानव अधिकारको

दृष्टिकोणबाट मान्य हुन सक्दैनन् । धर्म, संस्कृति, परम्परा, मूल्य मान्यता जस्ता कुनै पनि आधारमा व्यक्तिको आधारभूत अधिकारलाई संकुचन गरिनु पनि हुँदैन ।

हाम्रो प्रचलित कानूनमा रहेको पशुकरणीको महल, विहावारीको महल, लोग्नेस्वास्नीको महल, लगायतका कानूनी व्यवस्थाहरु, नागरिकता, राहदानी, मतदाता नामावली, सुरक्षा जाँच लगायतका कतिपय ऐन नियमावलीमा भएका व्यवस्था लगायतका हाम्रा अभ्यासहरुले तेस्रो लिङ्गीको पहिचानलाई स्वीकार नगरेको मात्र होइन उनीहरुको अस्तित्वलाई नै पनि आत्मसात गरेको छैन । त्यस्तै प्रशासनिक निकायको सोच र सामाजिक परिवेशले पनि तेस्रो लिङ्गीलाई उनीहरुलाई प्रकृतिले प्रदान गरेको स्वभाव र चरित्र अनुरूपको जीवन यापन गर्न सहज नभएको समेतको परिस्थितिलाई विश्लेषण गरिनु आवश्यक भैसकेको छ । जस्तो कि पुरुष जनेन्द्रिय लिएर जन्मेको कुनै व्यक्ति वयस्क हुँदै गएपछि Feminine चरित्रको व्यवहार गर्न थाल्दछ र त्यसै प्रकारको पोशाक लगाई महिला जस्तो भएर हिड्दछ तर उसलाई राज्य वा समाजले प्रदान गरेको पहिचान खुल्ने प्रमाणपत्र (नागरिकता इत्यादि) भने पुरुषको परिचय देखिने खालको छ वा महिला जनेन्द्रिय लिएर जन्मेको कुनै व्यक्ति उमेर बढ्दै जाँदा Masculine चरित्रको व्यवहार गर्न थाल्दछ र त्यसै प्रकारको पोशाक लगाई पुरुष जस्तो भएर हिड्छ तर उसलाई राज्य वा समाजले प्रदान गरेको पहिचान खुल्ने प्रमाणपत्र (

नागरिकता इत्यादि) भने महिलाको परिचय देखिने खालको छ भने त्यस्ता व्यक्तिलाई पहिचानको समस्या पर्न जानु स्वभाविक नै हुन्छ ।

माथि विवेचना गरे अनुरूप अब रिट निवेदकहरुको माग बमोजिम आदेश जारी हुनुपर्ने हो होइन भन्ने चौथो प्रश्नको सम्बन्धमा विचार गर्दा प्रस्तुत रिट निवेदन यौन अभिमुखीकरण तथा लैङ्गिक पहिचानमा आधारित अल्पसंख्यक व्यक्तिहरुको तर्फबाट पर्न आएको रहेछ । निवेदकहरुको मुख्य मागलाई यसप्रकार वर्गीकरण गर्न सकिन्छ:

- तेस्रो लिङ्गी (Transgender वा Third gender) का व्यक्तिहरु जसमा महिला तेस्रो लिङ्गी, पुरुष तेस्रो लिङ्गी र अन्तर लिङ्गी (Intersex) पर्दछन्, उनीहरुको स्वअनुभूति अनुसारको लैङ्गिक पहिचान (Gender Identity) कायम हुने गरी कानूनी व्यवस्था गरिनुपर्दछ । उनीहरुलाई लैङ्गिक आधारमा भेदभाव गर्न पाइदैन ।
- महिला समलिङ्गी (Lesbion), पुरुष समलिङ्गी (Gay) र द्विलिङ्गी (Bisexual) व्यक्तिहरुलाई उनीहरुको यौन अभिमुखीकरण (Sexual Orientation) का आधारमा राज्य र समाजले कानूनी एवम् सामाजिक मान्यता प्रदान गरी अरु विपरीत लिङ्गीले पाए सरह स्वतन्त्रतापूर्वक जीवन यापन गर्न पाउने गरी कानूनी व्यवस्था गरी त्यस्ता

व्यक्तिहरुको मौलिक मानव अधिकारको संरक्षण गरिनु पर्दछ ।

सर्वप्रथम पहिलो मागका सम्बन्धमा विचार गर्दा, तेस्रो लिङ्गी व्यक्तिहरु महिला वा पुरुष दुवै नभएको कारण आफ्नै लिङ्ग अर्थात आफ्नै sex को आधारहरुमा नागरिकता लगायत पहिचान दिलाउने कागजात सरकारी कार्यालयबाट प्राप्त गर्न नसकेको, अध्ययन गर्न शिक्षण संस्था लगायत कुनै पनि सार्वजनिक कार्यालयबाट नागरिकको हैसियतले प्राप्त गर्ने सुविधा प्राप्त गर्न नसकेको र सार्वजनिक कार्यालय एवं सार्वजनिक पद धारण गरेको व्यक्तिहरुबाट समेत अपमानजनक र अपहेलित हुनु परेकोले महिला, पुरुषमा आधारित र केन्द्रित वर्तमान भेदभावकारी कानून खारेज गरी स्वअनुभूति अनुसारको लैङ्गिक पहिचान प्रदान गरी आधारभूत मौलिक हक एवं मानव अधिकार सुरक्षित गरिपाउँ भनी प्रस्तुत निवेदनमा जिकिर लिएको देखियो ।

LGBTI वर्गका व्यक्तिहरु मध्येका पुरुषबाट महिला (Male to Female) र महिलाबाट पुरुष (Female to male) मा परिवर्तन सम्बन्धी शल्यक्रिया (Sex Change Operation) बाट परिवर्तन भएको बाहेक अरु व्यक्तिहरु प्राकृतिक रुप (Natural process) बाट विकास भएका हुन् । LGBTI बाहेकका प्राकृतिक तवरले जन्म एवं विकास भएकाहरुमा पनि कोही ठीक उचाइका ठीक तौलको चनाखो र स्वस्थ मनस्थितिका

व्यक्तिहरु पनि हुन्छन् । कोही अपाङ्ग, कोही सुस्त मनस्थितिका (Handicapped) व्यक्ति पनि जन्मिएका हुन्छन् भने कोही अन्धो, कोही बहिरो, कोही पुङ्को, कोही Deafmute जन्म भएका हुन्छन् । पुरुष वा महिलाको लिङ्गीय पहिचान (जनेन्द्रिय) भएका कारण यी व्यक्तिहरु महिला वा पुरुष मानिए । यसरी महिला र पुरुष भनी स्पष्ट पहिचान भएका व्यक्तिहरुलाई चाहिँ मौलिक हक उपभोग गर्नमा कुनै बाधा देखिदैन । तर लैङ्गिक पहिचानका दृष्टिले स्पष्टरूपमा महिला र पुरुष भनी चिनिएका बाहेकका तेस्रो लिङ्गीहरुलाई चाहिँ मौलिक हक उपभोग गर्नमा बाधा पर्ने खालका संवैधानिक तथा कानुनी व्यवस्था हुनु उपयुक्त हुदैन । LGBTI हरूमा अरु स्वभाव सामान्य हुन्छ । केवल sexuality मा मात्र पुरुष या महिला जस्तो विपरीत लिङ्गी प्रति आकर्षित नहुने, पोशाक पहिरन आदि भिन्न खालको लगाउने कारणले मात्र ती व्यक्तिहरु मौलिक हक उपभोग गर्नबाट वञ्चित हुनु हुदैन । राज्यले यस्ता महिला र पुरुष बाहेकका तेस्रो लिङ्गी व्यक्तिहरुका लागि समेत आवश्यक व्यवस्था गर्नु पर्दछ । यदि लिङ्गको आधारमा पुरुष वा महिला भनी पहिचान भएको तर अपाङ्ग वा पुङ्को वा Deafmute भएका व्यक्तिहरुले आफ्नै पहिचानमा संविधानले दिएको मौलिक हक वा मानव अधिकार सम्बन्धी महासन्धिहरुले दिएको मानव अधिकारको उपभोग गर्न पाउँछन् भने अरु सबै अवस्था सामान्य भएका तर केवल लैङ्गिक पहिचान र यौन

चाहना मात्र फरक भएका व्यक्तिहरूले चाहि त्यस्तो अधिकारको उपभोग गर्न पाउँदैनन् भन्नु तर्कसंगत हुदैन । यस्ता व्यक्तिहरूले हाम्रो संविधानको भाग ३ का मौलिक हक र नेपालले हस्ताक्षर गरी नेपाल कानून सरह लागू भएका मानव अधिकार सम्बन्धी विभिन्न महासन्धिहरूले दिएको अधिकार आफ्नै पहिचानमा उपयोग गर्न नपाउने कानुनी व्यवस्था छ भने त्यस्तो व्यवस्थालाई स्वेच्छाचारी (Arbitrary), आधारहीन (Unreasonable) र भेदभावयुक्त (Discriminatory) मान्नु पर्ने हुन्छ र त्यस्तो कानून कार्यान्वयन गर्ने राज्यको कार्य पनि Arbitrary, Unreasonable र Discriminatory नै मान्नु पर्दछ ।

यस प्रसङ्गमा आर्थिक, सामाजिक तथा सांस्कृतिक अधिकार सम्बन्धी अभिसन्धि (ICESCR) र नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार सम्बन्धी अभिसन्धि (ICCPR) का केही व्यवस्थाहरू यहाँ उल्लेख गर्नु उपयुक्त देखिन्छ ।

ICESCR Article 10

Marriage must be entered into with the free consent of the intending spouses.

ICCPR Article 2

1. Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in

the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

2. Where not already provided for by existing legislative or other measures, each State Party to the present Covenant undertakes to take the necessary steps, in accordance with its constitutional processes and with the provisions of the present Covenant, to adopt such laws or other measures as may be necessary to give effect to the rights recognized in the present Covenant.
3. Each State Party to the present Covenant undertakes:

(a) To ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity;

(b) To ensure that any person claiming such a remedy shall have his right thereto determined by competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided for by the legal system

of the State, and to develop the possibilities of judicial remedy;

(c) To ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted.

Article 16

Everyone shall have the right to recognition everywhere as a person before the law.

Article 17

1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.
2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.

Article 23

1. The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State.
2. The right of men and women of marriageable age to marry and to found a family shall be recognized.
3. No marriage shall be entered into without the free and full consent of the intending spouses.

4. States Parties to the present Covenant shall take appropriate steps to ensure equality of rights and responsibilities of spouses as to marriage, during marriage and at its dissolution. In the case of dissolution, provision shall be made for the necessary protection of any children.

माथि नै उल्लेख भैसकेको छ कि महिला समलिङ्गी, पुरुष समलिङ्गी, द्विलिङ्गी, तेस्रो लिङ्गी र अन्तरलिङ्गी जसलाई Lexbian, Gay, Bisexual, Trans-sexual, Intersex अर्थात् LGBTI भनिन्छ, उनीहरूको लिङ्ग (sex) महिला वा पुरुष (Male or Female) अथवा Gender को हिसाबले Masculine / Feminine अथवा यौन अभिमुखीकरण वा लैङ्गिक पहिचान जेभएपनि उनीहरू पनि प्राकृतिक व्यक्ति हुन् भन्ने कुरा विभिन्न खोज, अनुसन्धान र परीक्षणबाट स्थापित भएको छ । तसर्थ उल्लिखित अभिसन्धिका व्यवस्थाहरूको पूर्ण उपभोगका लागि उनीहरूलाई कुनैपनि आधारमा बाहेक गर्न मिल्दैन । कानूनको अगाडि व्यक्तिको रूपमा मान्यता प्राप्त भएपछि अरु कुनै कारणले व्यक्तिका मौलिक मानव अधिकार उपभोगमा संकुचन हुन सक्दैन । स्वतन्त्र सहमतिबाट विवाह गर्ने, परिवार आरम्भ गर्ने, गोपनीयतामा हस्तक्षेप नगरिने, जाति, वर्ण, भाषा, धर्म, राजनीतिक वा अन्य विचार, राष्ट्रिय वा सामाजिक उत्पत्ति, जन्म वा अन्य

हैसियतका आधारमा कुनै प्रकारको भेदभाव नगरिने भनी उल्लिखित अभिसन्धिदेखि प्रत्याभूत गरेका अधिकारको समानरूपमा उपभोग गर्न पाउने हक LGBTI हरु लाई पनि स्वभाविक रूपमा प्राप्त छ ।

प्रत्येक नेपाली नागरिक एवं व्यक्तिहरुलाई नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ को भाग ३ को धारा १२ देखि धारा ३२ सम्मको सबै मौलिक हकहरु प्रदान भएको छ । निवेदकहरु अल्पसंख्यक भएपनि नेपाली नागरिक भएको कारण आफ्नै पहिचानमा ती हकहरु उपभोग गर्न पाउने उनीहरुको मौलिक अधिकार हो । संविधानको भाग ४ मा राज्यका निर्देशक सिद्धान्त तथा नीतिहरुको व्यवस्था भएको छ । राज्यले बनाउने नीतिहरुबाट आफ्नै पहिचानमा लाभान्वित हुन पाउने निवेदकहरुको हक हो । संविधानमा महिला र पुरुष दुई लिङ्ग मात्र उल्लेख हुँदा संविधानका मौलिक हकहरु वा अन्य कानूनी हकहरु वा नेपालले हस्ताक्षर गरेको मानव अधिकार सम्बन्धी विभिन्न महासन्धि वा मानव अधिकारहरु महिला र पुरुषले मात्र उपभोग गर्न पाउँछन् भन्ने अर्थ गर्न मिल्दैन । महिला र पुरुष वाहेकका तेश्रो प्रकारको लैङ्गिक पहिचान र यौन अभिमुखीकरण भएको व्यक्ति पनि नेपाली नागरिक एवम् प्राकृतिक व्यक्ति भएको कारण उनीहरुले पनि आफ्नै पहिचानमा संविधान, कानून र मानव अधिकार सम्बन्धी सन्धि महासन्धिहरुले दिएका सम्पूर्ण हकहरु उपभोग गर्न पाउनुपर्छ । त्यस्तो हकको उपभोग गर्न

पाउने वातावरण सिर्जना गर्ने र सो अनुसारको कानूनी व्यवस्था गर्ने दायित्व राज्यको हो । फरक लैङ्गिक पहिचान र यौन अभिमुखीकरण भएको कारण ती हकहरु उपभोग गर्न नपाउने वा महिला वा पुरुष भएमात्र ती हकहरु उपभोग गर्न पाउने भन्ने अर्थ गर्न मिल्दैन ।

यसैगरी संविधानको धारा १२ ले स्वतन्त्रताको हक प्रदान गरेको छ । उक्त धारा १२ (१) ले प्रत्येक व्यक्तिलाई सम्मानपूर्वक बाँच्न पाउने हक हुनेछ र धारा १२ (२) ले कानून वमोजिम वाहेक कुनै पनि व्यक्तिको बैयक्तिक स्वतन्त्रता अपहरण नगरिने व्यवस्था गरेको छ । उक्त धारा १२ लाई जीवनको अधिकार (Right to life) को हक मान्नु पर्छ । सो धारा १२ मा महिला वा पुरुष भन्ने शब्द छैन । धारा १२ ले दिएको स्वतन्त्रता प्रत्येक व्यक्तिलाई हो । व्यक्ति भन्नाले प्रत्येक प्राकृतिक व्यक्ति (Natural person) लाई जनाउँछ । LGBTI पनि प्राकृतिक व्यक्ति (Natural person) भएको कारण उनीहरुले समाजमा ती सबै स्वतन्त्रताहरुको उपयोग गरी सम्मानपूर्वक बाँच्न पाउनु पर्छ । सो धारा १२ (२) ले मानव जातिको लागि न्यूनतम (Minimum) स्वतन्त्रताहरु प्रदान गरेको छ । सो धाराले प्रदान गरेको स्वतन्त्रता कुनै निश्चित लिङ्गको पहिचानमा आधारित नभई (Irrespective of sex) आफ्नै पहिचानमा उपयोग गर्न पाउने स्वतन्त्रता हो । धारा १२(३) को खण्ड (क) देखि खण्ड (च) सम्मको स्वतन्त्रताहरु कानून बनाएर मात्र

रोक लगाउन सकिन्छ । तर ती कानून arbitrary, discriminatory र unreasonable हुनु हुदैन । ती स्वतन्त्रताहरु नेपालको सार्वभौमसत्ता तथा अखण्डता, जातजाति, धर्म वा सम्प्रदाय बीचको सम्बन्ध खलल गर्ने वा अपराध गर्न उक्साउने वा सार्वजनिक शिष्टाचार र नैतिकताको प्रतिकूल हुने भएमा मनासिव प्रतिबन्ध लगाउने कानून बनाई रोक लगाउन सकिन्छ । धारा १२(१) को “सम्मानपूर्वक” शब्द र धारा १२(२) को “कानून बमोजिम वाहेक” भन्ने दुई शब्द महत्वपूर्ण छ । यी दुई उपधाराका शब्दको व्याख्यामा महिला पुरुष लगायत LGBTI समेत सबैको मौलिक हक र मानव अधिकारलाई प्रवर्द्धन (Furtherance) गर्ने गरी व्याख्या गर्नुपर्छ निरुत्साहित (Frustrate) गर्ने गरी होइन ।

त्यसै गरी संविधानको धारा १३ ले समानताको हकको प्रत्याभूति गरेको छ, जस अनुसार उपधारा (१) मा सबै नागरिक कानूनको दृष्टिमा समान हुने छन् र कसैलाई पनि कानूनको समान संरक्षणबाट वञ्चित नगरिने व्यवस्था गरेको छ भने उपधारा (२) ले सामान्य कानूनको प्रयोगमा कुनै पनि नागरिक माथि धर्म, वर्ण, लिङ्ग, जातजाति, उत्पत्ति, भाषा वा वैचारिक आस्था वा ती मध्ये कुनै कुराको आधारमा भेदभाव गरिने छैन भन्ने व्यवस्था छ । त्यस्तै उपधारा (३) मा राज्यले नागरिकहरुका बीच धर्म, वर्ण, जात, जाति, लिङ्ग, उत्पत्ति, भाषा वा वैचारिक आस्था वा ती मध्ये कुनै कुराको आधारमा भेदभाव गर्ने छैन । तर महिला,

दलित, आदिवासी जनजाती, मधेशी वा किसान, मजदुर वा आर्थिक सामाजिक वा सांस्कृतिक दृष्टिले पिछडिएका वर्ग वा बालक, बृद्ध तथा अपाङ्ग वा शारीरिक वा मानसिक रूपले अशक्त व्यक्तिको संरक्षण, सशक्तीकरण वा विकासका लागि कानूनद्वारा विशेष व्यवस्था गर्न रोक लगाएको मानिने छैन भन्ने व्यवस्था छ । उपधारा (४) मा समान कामका लागि महिला र पुरुषका बीच पारिश्रमिक तथा सामाजिक सुरक्षामा भेदभाव गरिने छैन भन्ने व्यवस्था छ ।

समानता सम्बन्धी उल्लिखित संवैधानिक प्रावधानले सबै नागरिक कानूनको दृष्टिमा समान हुने र समान संरक्षण पाउने, कानूनको प्रयोगमा भेदभाव नगरिने तथा राज्यले कुनै आधारमा पनि भेदभाव नगर्ने तथा सामाजिक सुरक्षामा समेत भेदभाव नगरिने प्रत्याभूति गरिएको छ ।

हाम्रो संविधानको धारा १२(२) मा कानून बमोजिम वाहेक कुनै पनि व्यक्तिको वैयक्तिक स्वतन्त्रता अपहरण हुने छैन भन्ने संवैधानिक व्यवस्था भएको छ । यस व्यवस्था हेर्दा सार्वजनिक हितको लागि कानून बनाई त्यस्तो स्वतन्त्रतामा रोक लगाउन सकिने देखिन्छ । धारा १२ को स्वतन्त्रता भनेको बाँच्न पाउने हक अर्थात जीवनको हक (Right to Life) सम्बन्धी स्वतन्त्रता हो । धारा १२ ले दिएको Right to Life को स्वतन्त्रता भनेको मानव जातिको लागि अपरिहार्य स्वतन्त्रता हो । छोटकरीमा

भन्दा यस्तो स्वतन्त्रता सबै नागरिक, सबै व्यक्तिलाई समानताको आधारमा Right to have one's own Identity को रूपमा प्राप्त हुन्छ । तर भेदभावकारी वा स्वेच्छाचारी कानून बनाउनुमा भने यस्तो स्वतन्त्रता अपहरण हुन सक्दैन । तर वर्तमान सम्पत्ति सम्बन्धी कानून, नागरिकता लगायत व्यक्तिगत पहिचानसम्बन्धी कानून, विवाहसम्बन्धी कानून लगायतका विभिन्न कानूनहरु पुरुष एवम् महिला केन्द्रित (Male and Female Sex Specific) रहेका देखिन्छन् । यस्ता कानूनले महिला र पुरुष बाहेक अन्य व्यक्तिको कुनै अस्तित्व नै मानेको देखिदैन ।

कुनै पनि व्यक्तिको लैङ्गिक पहिचान उसको जैविक लिङ्गका आधारमा मात्र नभई उसको स्वभाव, चरित्र र अवधारणाले समेत निर्धारण गर्ने गर्दछ भन्ने मान्यता अब स्थापित भैसकेको छ । सामान्यतया प्राकृतिक र जैविक आधारमा जन्ममा पुरुष वा महिला जे भए पनि शारीरिक विकासक्रम संगै उनीहरुको स्वभाव उनीहरुको पहिचान अनुरूप नै या त Masculine या Feminine प्रकारको हुँदैजान्छ । तर सबै मानिसहरुलाई एउटै सिद्धान्तबाट हेर्न सकिदैन । केही व्यक्तिहरुमा भने जन्मदाको लिङ्ग विपरीतको स्वभाव, आचरण एवं व्यवहार हुन जान्छ । जुन प्राकृतिक रूपमा नै हुने गर्दछ भन्ने सम्बन्धमा माथि नै पनि विवेचना गरिसकिएको छ । तर यस्तो परिवर्तित लैङ्गिक पहिचानको आधारमा उनीहरुले पेशा व्यवसाय लगायत वैवाहिक सम्बन्ध समेत कायम गर्न सक्ने अवस्था हाम्रो वर्तमान

कानूनमा रहे भएको देखिदैन । आफ्नै पहिचान कायम राखी मौलिक हक र स्वतन्त्रताको उपभोग गर्न नपाउने कानूनलाई भेदभावकारी कानून मान्नु पर्छ । सो सम्बन्धमा नेपालले हस्ताक्षर गरी नेपाल कानून सरह लागू भएको ICESCR को धारा १० र ICCPR को धारा २३ मा वैवाहिक सम्बन्ध महिला र पुरुषको बीचमा मात्र कायम हुन सक्ने गरी व्यवस्था गरे पनि ICCPR को धारा २, धारा १६ र १७ को व्यवस्थालाई सामन्जस्यपूर्ण व्याख्या (Harmonious Interpretation) गर्दा प्रत्येक व्यक्तिलाई आफ्नो पहिचानमा राज्यले मान्यता प्रदान गर्नुपर्ने अर्थात आफ्नोपनको पहिचानको अधिकार (Right to have one's own identity) प्रदान गरेको देखिन्छ । सो महासन्धिको उक्त व्यवस्थाले प्रत्येक व्यक्तिको इज्जत मर्यादामा दखल दिन नपाउने गरी पारिवारिक जिन्दगीको गोपनीयताको हक समेत प्रदान गरेको छ । नेपाल सन्धि ऐन, २०४७ को दफा ९ वमोजिम ICCPR / ICESCR समेत नेपाल कानून सरह भएको हुँदा भए LGBTI हरूले आफ्नोपनको अधिकार (Right to have one's own identity) को आधारमा विना भेदभाव आफ्नै पहिचान सहित नेपाल कानूनले दिएको हकहरु अरु सरह निर्बाध रूपमा उपभोग गर्न पाउनु पर्ने देखिन्छ । यसर्थ सरकारले यस सम्बन्धमा आवश्यक अध्ययन गरी फरक लैङ्गिक पहिचान र यौन अभिमुखीकरण भएका व्यक्तिहरुले समेत अरु सरह नै 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 हुन्छ ।

त्यसैगरी हाम्रो संविधानको भाग ३ को मौलिक हक तथा भाग ४ को राज्यको निर्देशक सिद्धान्त र नीतिमा महिला, बालबालिका, बृद्ध, अपाङ्ग, आदिवासी, दलित आदि जस्ता उत्पीडित, उपेक्षित वर्गको उत्थानका लागि राज्यले कानूनद्वारा विशेष व्यवस्था गर्नुपर्ने देखिन्छ । सो व्यवस्थामा लिङ्ग नभनी पुरुष र महिला भनी उल्लेख भएको हुँदा यस विषयमा हामी सबैको ध्यान आकर्षित हुनु जरुरी छ । संविधानमा महिला र पुरुष भन्ने उल्लेख नभई लिङ्ग भन्ने शब्द मात्र उल्लेख भएमा यसले महिला पुरुष लगायत तेस्रो लिङ्गीलाई समेत समेट्न सक्ने देखिन्छ । लिङ्ग भन्नाले महिला, पुरुष बाहेक तेस्रो लिङ्गीलाई समेत समेट्ने भएकोले संविधान सभाद्वारा अब बन्ने नयाँ संविधानमा व्यक्तिलाई हक प्रदान गर्दा दक्षिण अफ्रिकाको संविधानको Bill of Right को जस्तो महिला र पुरुषको अतिरिक्त Gender Identity र Sexual Orientation का आधारमा समेत भेदभाव गर्न नपाउने खालको स्पष्ट व्यवस्था नै गरिनु पर्ने देखी यो न्यायिक टिप्पणी समेत गरिएको छ ।

महिला समलिङ्गी (Lesbion), पुरुष समलिङ्गी (Gay) र द्विलिङ्गी (Bi-sexual) व्यक्तिहरूलाई उनीहरूको यौन अभिमुखीकरण (Sexual Orientation) का आधारमा राज्य र समाजले कानुनी एवम् सामाजिक मान्यता

प्रदान गरी अरु विपरीत लिङ्गीले पाए सरह स्वतन्त्रतापूर्वक जीवनयापन गर्न पाउने कानुनी व्यवस्था गरी त्यस्ता व्यक्तिहरूको मौलिक मानव अधिकारको संरक्षण गरिनु पर्दछ भन्ने निवेदकहरूको अर्को माग रहेको छ । बस्तुतः यो माग समलिङ्गी विवाह वा उनीहरूको co-habitation लाई मान्यता दिनु पर्ने विषयमा केन्द्रित रहेको छ । समलिङ्गी विवाहका सम्बन्धमा हेर्दा एउटा सावालक व्यक्तिले अर्को सावालक व्यक्तिसँग राजीखुशी मञ्जुरीले आफ्नो चाहना अनुरूप वैवाहिक सम्बन्ध राख्न पाउनु उसको नैसर्गिक हक र अधिकार हो । समलिङ्गी विवाहलाई सम्बन्धित व्यक्तिहरूको हक अधिकार र सामाजिक पारिवारिक दृष्टि सबै पक्षबाट हेरिनु पर्दछ । अन्य राष्ट्रको यस सम्बन्धी प्रचलन एवं कानुनी व्यवस्था समेत हेरी महिला तथा पुरुष समलिङ्गी विवाह (Gay and Lesbian Marriage) को सम्बन्धमा अध्ययन गरी निष्कर्षमा पुग्न उचित हुने देखिन्छ । कतिपय राष्ट्रहरूले यसलाई मान्यता समेत प्रदान गरेका छन् भने कतिपय राष्ट्रमा मान्यता दिई नसकेको पनि देखिन्छ । तसर्थ मानव अधिकार सम्बन्धी दस्तावेजहरू, विश्वमा विकास भएका यस सम्बन्धी नवीन मान्यताहरू, समलिङ्गी विवाहलाई मान्यता प्रदान गर्ने देशहरूको अनुभव र त्यसले समाजमा पार्ने प्रभावका बारेमा बृहत् अध्ययन र विश्लेषण गरिनु आवश्यक रहेको छ । यस सम्बन्धी समग्र विषयमा अध्ययन गर्न नेपाल सरकारले देहाय बमोजिमको एक समिति गठन गर्नु ।

समितिको गठन

स्वास्थ्य मन्त्रालयले तोकिएको विशेषज्ञ डाक्टर	- संयोजक
राष्ट्रिय मानव अधिकार आयोगले तोकेको आफ्नो एक जना प्रतिनिधि	- सदस्य
कानून, न्याय तथा संसदीय व्यवस्था मन्त्रालयको प्रतिनिधि	- सदस्य
नेपाल सरकारले तोकेको एक जना समाजशास्त्री	- सदस्य
नेपाल प्रहरीको प्रतिनिधि (यस विषयका विशेषज्ञ)	- सदस्य
जनसंख्या तथा वातावरण मन्त्रालयका प्रतिनिधि	- सदस्य
निवेदकहरुको प्रतिनिधित्व गर्ने अधिवक्ता हरी फुयाल	- सदस्य

उक्त समितिले निवेदकले उठाएको मागहरु मध्ये समान लिङ्गका व्यक्तिहरु बीचको बिवाह (Same Sex Marriage) र समग्र LGBTI हरुको वैवाहिक अवस्थाका सम्बन्धमा सम्भव भए अन्य राष्ट्रका कानुनी व्यवस्था समेत अध्ययन गरी उक्त समितिले दिएको राय सुझावको आधारमा नेपाल सरकारले आवश्यक निर्णय गरी कानूनी व्यवस्था गर्नु । समितिको कार्यविधि एवं समयावधिको सम्बन्धमा विषयवस्तुको गाम्भीर्यतालाई हेरी सरकारले नै तोक्न उपयुक्त हुने हुँदा कार्यविधि र समयतालिका

यस अदालतले तोक्न उपयुक्त देखिएन । सो समितिले दिएको प्रतिवेदन यस अदालतलाई समेत उपलब्ध गराउनु भनी विपक्षी नेपाल सरकारको नाममा निर्देशनात्मक आदेश जारी गरिदिएको छ ।

यो आदेशको प्रतिलिपि सहितको जानकारी विपक्षीहरुलाई दिनु भनी महान्यायाधिवक्ताको कार्यालयलाई र आदेशको कार्यान्वयनको अवस्थाका बारेमा नियमित रुपमा अनुगमन गर्नु भनी यसै अदालतको अनुगमन तथा निरीक्षण महाशाखालाई लेखी पठाई दिने ।