सर्वोच्च अदालत, संयुक्त इजलास

माननीय न्यायाधीश श्री प्रकाश कुमार ढुंगाना

माननीय न्यायाधीश श्री हरिप्रसाद फुयाल

आदेश

०७९-WH-०१०५

विषयः- बन्दीप्रत्यक्षीकरण।

शिव कुमार प्रसाईको नाति पुरुषोत्तम प्रसाईको छोरा काठमाडौं जिल्ला, का.म.न.पा. वडा नं.२९ बस्ने वर्ष १४ को प्रज्योत प्रसाई -१, ऐ. को नातिनी ऐ को छोरी ऐ.ऐ. बस्ने वर्ष १० की प्रत्युसा प्रसाई समेत जना २ को हकमा विरभद्र प्रसाईको नाति शिव कुमार प्रसाईको छोरा काठमाडौं जिल्ला, का.म.न.पा. वडा नं.३२ मैतीदेवी, दन्तकाली मार्ग बस्ने पुरुषोत्तम प्रसाई ---१ निवेदक

विरूद्ध

भोगेन्द्र भुर्तेलकी छोरी पुरुषोत्तम प्रसाईकी श्रीमती काठमाडौं जिल्ला, का.म.न.पा वडा नं.३२ कोटेश्वर, कोटदेवी मार्ग घर नं.१२०२।६० मा बसोबास भई हाल २४३१-३७ एभ.एन.ई. कल्गेरी एबि क्यानाडा (2431-37 Ave NE, Calagery AB, Canada) बसी क्यानडियन पि.आर.नं. ८७८९१३९९ भएकी वर्ष ३८ कि प्रजिता भुर्तेल --१ विपक्षी

नेपालको संविधानको धारा ४६ तथा १३३(२) र (३) बमोजिम यस अदालतमा दायर भई पेश हुन आएको प्रस्तुत रिट निवेदनकोको संक्षिप्त तथ्य एवं आदेश यस प्रकार छः-

तथ्य खण्ड

१. म निवेदक र विपक्षीको मिति २०६१।०३।१२ मा सामाजिक परम्परा अनुसार विवाह भई दुई सन्तानमा रहेकोमा छोरा प्रज्योत प्रसाइ २०६५ सालमा जन्मेका हुन् भने छोरी प्रत्युषा प्रसाई २०६९ सालमा जन्मेकी हुन्। छोरा १४ वर्ष र छोरी १० वर्षकी छिन्। हाम्रो सम्बन्ध बिच्छेद भएको छैन। विपक्षी २०७० सालमा क्यानडा गएकी थिइन्। छोरा तथा छोरी, म, मेरा बुबा, आमा एवम् दाई सबै काठमाडौं,

अनामनगरमा बसोबास गरी रहेका थियौं। विपक्षी २०७३ सालमा क्यानडाबाट नेपाल आई घरमा नबसी माईतमा बसि छोरा छोरी समेतलाई भेटघाट गर्न नआई माइतबाटै मुद्दा नं. ०७३-WH-००५ को बन्दीप्रत्यक्षीकरणको रिट म, मेरो बुबा, आमा र दाई समेतका विरुद्धमा हालेपछि यसै सर्वोच्च अदालतबाट मिति २०७३।०५।०६ मा छोरा छोरी दुबैलाई निज विपक्षीको संरक्षणमा दिने आदेश भई तत्पश्चात दुबै छोरा छोरी लिई निज विपक्षी माइतीघर कोटेश्वरमा बस्न थालिन्। सोही अवस्थामा म र मेरो परिवारलाई कुनै थाहा जानकारी नदिई कुनै सरसल्लाह समेत नगरी छोराछोरी दुबैलाई क्यानडा लैजाने कार्य गरी निज छोराछोरीलाई म र मेरो परिवारसँग बोलचाल, भेटघाट र सम्पर्क गर्न नदिई बन्दी तुल्य बनाई राखेको अवस्था छ।

सर्वोच्च अदालतको मिति २०७३।०५।०६ को आदेश बमोजिम निज विपक्षीलाई छोरा र छोरीको संरक्षणको अधिकार दिनु भनेको छोरा छोरीलाई म निवेदक र मेरा परिवारका सदस्यसँग कुनै सरसल्लाह नगरी छोरा छोरीलाई विदेशमा लैजाने अधिकार दिएको होइन र छैन। ती कार्य सर्वोच्च अदालतको मिति २०७३।०५।०६ को आदेश समेत विपरीत छन्। सन् १९८० को हेग संहिता, बालबालिकाको अधिकार सम्बन्धी संयुक्त राष्ट्र संघीय महासन्धि, १९८९ र यस सम्बन्धमा विभिन्न देशहरुमा भएको अभ्यासलाई विश्लेषण गर्दा पनि बाबुआमा जसले संरक्षकत्वको अधिकार पाए पनि बच्चा बच्चीहरुलाई उनीहरुले उठबस गरी हुर्केको वा भिजेको बासस्थान अर्थात आफ्नै मुलुक र उनीहरु बसी राखेको परिवेशमा (habitual residence) नै राख्नु पर्ने गरी habitual residence को अवधारणालाई आत्मसात गरिएको छ। सोही सन्दर्भमा मेरा दाजुले यसै अदालतमा दायर गर्नु भएको बन्दीप्रत्यक्षीकरण (०७५-WH-०१७५) मुद्दामा विपक्षीले छोरा छोरी समेतलाई अदालतमा नल्याउदा समेत मिति २०७६।०२।१७ मा उक्त बन्दीप्रत्यक्षीकरणको निवेदन खारेज हुने गरी फैसला भएको छ।

छोरा छोरीको हेरचाह, माया, ममता, उज्ज्वल भविष्य र पहिचानका लागि निजहरु बयस्क नभए सम्म अर्थात् आफैं आफ्नो बारेमा निर्णय गर्न पाउने उमेर नपुगे सम्म नेपालमा नै बसेर पठन पाठन गर्न गराउन एवम् म निवेदक पितासँग नियमित रुपमा भेटघाट र सम्पर्क हुनका लागि विपक्षीका नाममा बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी हुनु पर्दछ। त्यसैले छोरा र छोरी दुबैलाई अदालतमा उपस्थित गराई निज

विपक्षीको नियन्त्रण र कब्जाबाट मुक्त गरी, बालबालिकाको स्वतन्त्र इच्छा बमोजिम मेरो जिम्मा लगाई छोरा छोरी दुबैलाई नेपालमा नै राख्ने गरी बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी गरी पाउँ भन्नेसमेत व्यहोराको प्रज्योत प्रसाई र प्रत्युसा प्रसाईको हकमा पुरुषोत्तम प्रसाईले दायर गरेको निवेदन पत्र।

२. यसमा के कसो भएको हो? निवेदकको माग बमोजिम बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश किन जारी हुनु नपर्ने हो? आदेश जारी हुन नपर्ने भए आधार कारण सहित यो आदेश प्राप्त भएका मितिले बाटाका म्याद बाहेक ३(तीन) दिनभित्र आफैं वा आफ्नो कानून बमोजिमको प्रतिनिधि मार्फत लिखित जवाफ पेश गर्नु भनी यो आदेश र रिट निवेदनको प्रतिलिपि साथै राखी विपक्षी प्रजिता भुर्तेलका नाममा रिट निवेदनमा उल्लेख गरेको घर ठेगानामा म्याद सूचना तामेल गरी गराई म्याद भित्र लिखित जवाफ परे वा अवधि नाघेपछि नियमानुसार पेश गर्नू भन्ने यस अदालतबाट मिति २०७९।०८।२७ मा भएको आदेश।

३. विपक्षीले आफ्नो रिट निवेदनमा निवेदकलाई थाहा जानकारी नदिई नाबालकलाई क्यानडा लगेको भन्ने रिट निवेदन व्यहोरा झुट्ठा हो। विपक्षीले नै नेपाल बसेर केही गर्न सकिएन बरु हामी परिवार नै क्यानडामा जाउँ भनेकाले विपक्षीले नै क्यानडाका लागि भिषा प्रक्रिया सुरु गरी ०६९ सालमा क्यानडा गई एक हप्ता बसी म सहित छोराछोरी र पतिको आवासीय भिषा मिलाई हामी नेपाल फर्की आयौं। नेपालमा आई केही समय घरमा बसेपछि विपक्षी पति र सासु ससुराले तिमी क्यानडामा जाउ सबै जना नेपालमा बस्दा क्यानडाको आवासीय भिषामा समस्या पर्छ भन्नु भयो। मैले पति पत्नी छोरा छोरी सहित क्यानडामा जानुपर्दछ, म एक्लै क्यानडामा जान सक्दिन भन्दा नेपालको घर व्यवहार मिलाई छोरा छोरी लिई १।२ महिना पछि म क्यानडामा आउँछु भनी विपक्षी पतिले मलाई प्लेनको टिकट बनाई २०७० साल भाद्र महिनामा क्यानडामा पठाउनु भयो। विपक्षी पतिलाई छोराछोरी लिएर क्यानडामा आउनुहोस् भनी क्यानडाबाट बारम्बार अनुरोध गर्दा पनि विपक्षी पतिले घर व्यवहार मिली सकेको छैन, व्यवहार मिलाएर आउँछु भनी आलटाल गरी क्यानडा आउनु भएन। यस्तैमा विपक्षी पति पुरुषोत्तम प्रसाईले दाई कमल प्रसाई र छोराछोरी समेत लिएर सन् २०१५ अप्रिलको अन्तिमसम्म क्यानडामा आउँछौं, मेरो र छोराछोरीको PR. Card, Landing Document र Sim Card पठाई दिनु भनेको हुँदा मैले क्यानडाबाट ती कागजातहरु पतिलाई नेपालमा

पठाई दिएँ। ती कागजात हातमा परेपछि विपक्षी पतिले छोराछोरी पनि क्यानडामा पठाउँदिन म पनि क्यानडा आउँदिन छोराछोरीलाई सम्पर्क गर्न पनि दिन्न तलाई पनि नेपालमा आउन दिन्न म अर्कै विवाह गरी बस्छु भनी मलाई बारम्बार फोनबाट धम्की दिनु भएको र नाबालक छोराछोरीलाई सम्पर्क गर्न समेत नदिई छोराछोरीलाई विपक्षी समेतले बन्दी बनाएको हुँदा सर्वोच्च अदालतमा मैले मुद्दा नं. ०७३-WH-०००५ को बन्दीप्रत्यक्षीकरणको रिट निवेदन दायर गरी माग बमोजिम बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी हुने ठहरी आदेश भएकोले सो अनुरुप नाबालक प्रत्ज्योत प्रसाई र प्रत्युसा प्रसाईलाई म निवेदिकाले जिम्मा लिई क्यानडा ल्याएकी हुँ। छोराछोरीलाई क्यानडामा शिक्षादिक्षा स्वास्थ्य उपचार मैले नै गराई आएकी छु। निजहरुको स्वास्थ्य बीमा समेत म प्रजिता प्रसाइले नै गरेकी हुँ। तत्सम्बन्धी कागजातहरु कमल प्रसाईले सर्वोच्च अदालतमा दायर गरेको ०७५-WH-०१७५ को रिट निवेदनमा पेश गरेको र सोही कागजात समेतको आधारमा उक्त रिट खारेज भएको हो। विपक्षीलाई छोराछोरीसँग सम्पर्क गर्नबाट मैले कुनै रोक लगाएकी छैन। नाबालकहरुको अध्ययनलाई बीचमै टुटाई निजहरुको पढाई लेखाईमा अवरोध सिर्जना गर्ने नियतले निजहरुलाई नेपालमा ल्याउनु पर्ने भन्ने विपक्षीको निवेदन जिकिर नाबालकहरुको हकहित भन्दा नाबालकहरुको अध्ययनलाई विगारी भविष्य अन्धकार गराउने मनसाय बाहेक अरु केही हुनै सक्दैन। सम्मानित सर्वोच्च अदालतकै आदेश बमोजिम नाबालक छोराछोरी मेरो संरक्षकत्वमा रहेकोमा हाल आएर नाबालक छोराछोरीलाई आमाले बन्दी बनाएको भन्ने कपोकल्पित व्यहोरा उल्लेख गरी रिट निवेदन दायर गरिएको छ। यिनै विपक्षीले सम्मानित पुनरावेदन अदालत पाटनमा छोराछोरीलाई विदेश लानबाट रोकी पाउँ भनी मुद्दा नं. ०७३-WO-०१४८ को निषेधाज्ञा निवेदन दायर गरेकोमा सो निवेदन खारेज हुने गरी मिति २०७३।०५।२३ मा आदेश भएको छ। साथै प्रस्तुत रिट निवेदनमा उठाइएको विषय वस्तु र माग गरिएको कानूनी उपचारको विषयमा विपक्षीका दाजु कमलराज प्रसाईले दिएको ०७५-WH-०१७५ को रिट निवेदनमा सम्मानित सर्वोच्च अदालतबाट प्रस्तुत रिट निवेदनमा उठाइएका विषयवस्तुमा व्याख्या गरी रिट निवेदन खारेज हुने गरी मिति २०७६।०२।१७ मा फैसला भएको छ। विपक्षीले सो फैसलामा उल्लेख भएको विषय र प्रस्तुत रिट निवेदनमा उठाएको विषय फरक रहेको भन्न सकेको अवस्था छैन। पहिले नै फैसला भई निरुपण भएको विषयमा प्रस्तुत रिट

निवेदन पर्न आएको हुँदा प्राङ्न्यायको सिद्धान्त विपरीत भएकोले झुट्ठा व्यहोरा उल्लेख गरी दर्ता गरेको रिट निवेदन खारेज गरी पाउँ भन्नेसमेत व्यहोरको प्रजिता प्रसाई भुर्तेलको लिखित जवाफ।

४. यसमा यिनै निवेदक र विपक्षी बीच यस अदालतमा चलेका रिट नं.०७३-WH-०००५ र ०७५-WH-०१७५ का रिट निवेदनहरु, उच्च अदालत पाटनमा चलेको ०७७-DP-०९०६ र ०७३-WO-०१४८ तथा काठमाडौं जिल्ला अदालतमा चलेको ०७४-CP-४४८७ र ०७५-CP-११०५ नं. मुद्दाका सक्कल मिसिलहरु सम्बन्धित अदालतबाट झिकाई आएपछि नियमानुसार गरी पेश गर्नुहोला भन्ने यस अदालतबाट मिति २०७९।१०।४ मा भएको आदेश।

आदेश खण्ड

५. नियम बमोजिम पेशी सूचीमा चढी निर्णयार्थ यस इजलास समक्ष पेश हुन आएको प्रस्तुत रिट निवेदनमा निवेदकको तर्फबाट उपस्थित हुनु भएका विद्वान् वरिष्ठ अधिवक्ताहरु डा. श्री सुरेन्द्र भण्डारी, श्री रमेश वडाल र विद्वान् अधिवक्ता श्री जानकी पाण्डेले मेरो पक्ष एवम् विपक्षी समेतका छोरा छोरीलाई मेरो पक्षको अनुमति र सल्लाह बेगर नेपालको संविधानले छोरा छोरीलाई दिएको मौलिक अधिकार, बाल अधिकार सम्बन्धी महासन्धि १९८९, नाबालकको अपहरण सम्बन्धी हेग संहिताले तोकेको मापदण्ड विपरीत हुने गरी निवेदकका छोरा प्रज्योत प्रसाई र प्रजिता प्रसाईलाई जवरजस्ती क्यानडा लगि राखेको, मेरो पक्षलाई भेटघाट एवम् सम्पर्क गर्न नदिएको, निज बालबालिकालाई शारीरिक मानसिक यातनामा राखेको हुँदा छोरा छोरी बालबालिकाको इच्छा बमोजिम सम्मानित अदालतमा उपस्थित गराई बन्दीप्रत्यक्षीकरण आदेशद्वारा विपक्षीको कब्जाबाट मुक्त गरी बाबुको जिम्मा लगाइ पाउँ भनी बहस प्रस्तुत गर्नुभयो।

६. यसैगरी, विपक्षीको तर्फबाट उपस्थित विद्वान् वरिष्ठ अधिवक्ता श्री ज्ञानेन्द्र पोखरेल, विद्वान् अधिवक्ताहरु श्री लक्ष्मण आचार्य र श्री कृष्ण कुमार श्रेष्ठले यी निवेदकले नाबालक छोरा छोरीलाई हेलो होचो गरी उचित शिक्षा दिक्षा हेरचाह औषधोपचार नगरी राखेको र बालबालिकालाई आमासँग भेटघाट गर्न नदिइ मातृ वात्सल्यबाट वञ्चित गरेकोले यसै अदालतमा मुद्दा नं. ०७३-WH-०००५ को बन्दीप्रत्यक्षीकरण मुद्दा दिई सो मुद्दामा बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी भई यसै अदालतका उपरजिष्ट्रारको रोहवरमा मेरो पक्षले छोराछोरी बुझिलिई उचित शिक्षा, दिक्षा स्वास्थ्य उपचारको लागि

क्यानडा लिई गएको अवस्था छ। विनाकारण आमाले आफ्ना छोरा छोरीलाई बन्दी बनाउने कुरा हुँदैन। यसै विषयमा विपक्षीका दाजु कमल प्रसाईले यसै अदालतमा दायर गरेको ०७५-WH-०१७५ को बन्दीप्रत्यक्षीकरणको रिटमा रिट खारेज भई टुङ्गि सकेको छ। विपक्षी निवेदकले मेरो पक्ष उपर काठमाडौं जिल्ला अदालतमा दायर गरेको ०७४-CP-४४८७ को अंश मुद्दा र मेरा पक्षले निवेदक उपर दायर गरेको ०७५-CP-११०५ को अंश मुद्दामा समेत छोराछोरी आमाको जिम्मामा रहने भनी फैसला भएको छ। अदालतबाट पहिले नै निरुपण भएको विषयमा पुनः प्रस्तुत रिट निवेदन पर्न आएको हुँदा रिट निवेदन खारेज गरीपाउँ भनी बहस प्रस्तुत गर्नुभयो।

७. अब दुबै तर्फका विद्वान कानून व्यवसायीहरुले गर्नुभएको बहस जिकिर सुनी मिसिल कागजातहरु अध्ययन गरी हेर्दा निवेदन माग बमोजिम बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी हुने हो होइन? सोही विषयमा निर्णय दिनुपर्ने देखियो।

८. यसमा मेरा नाबालक छोरा प्रज्योत प्रसाई र नाबालक छोरी प्रत्युसा प्रसाईलाई नेपालको संविधानले प्रदान गरेको मौलिक अधिकार, बाल अधिकार सम्बन्धी महासन्धि, १९८९ र नाबालकको अपहरण सम्बन्धी हेग संहिताले तोकेको मापदण्ड विपरीत हुने गरी जवरजस्ती क्यानडा लगि राखेको, भेटघाट गर्न नदिएको शारीरिक मानसिक यातनामा राखेको, नाबालक छोरा छोरीको इच्छा विपरीत नेपाली संस्कार, सस्कृति विपरीत विदेशीकरण गरेको हुँदा सो गर्न समेत रोक लगाई दुबै जना छोरा छोरीलाई बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेशद्वारा मुक्त गरी मेरो जिम्मा लगाई पाउँ भन्ने मुख्य निवेदन व्यहोरा र नाबालक छोरा प्रज्योत प्रसाई र नाबालक छोरी प्रत्युसा प्रसाई मेरो संरक्षणमा रहने भन्ने म वादी र निवेदक प्रतिवादी भई काठमाडौं जिल्ला अदालतमा चलेको मुद्दा नं. ०७५-CP-११०५ र म उपर निवेदकले दिएको ०७४-CP-४४८७ को अंश मुद्दाबाट टुङ्गो लागि सकेको छ। निवेदक पुरुषोत्तम प्रसाई र निजका परिवारले छोराछोरीलाई मसँग भेटघाट गर्न नदिई जवरजस्ती राखेको विषयमा मैले यसै अदालतमा ०७३-WH-०००५ को बन्दीप्रत्यक्षीकरणको रिट दायर गरेकोमा सो रिट निवेदनमा बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी भई मैले छोरा छोरी जिम्मा लिएको हुँ। मैले क्यानडा लगेर इज्जत आमद अनुसार खान लागाउन दिई बस्न, खान र बच्चाको शिक्षा, स्वास्थ्यको उचित प्रबन्ध मिलाएको छु। विपक्षीहरुले मैले बालबच्चा क्यानडा लिएर आउने बेलामा समेत बाल बच्चा लान नदिने भनी उच्च अदालत पाटनमा

निषेधाज्ञा मुद्दा दायर गरेका थिए। सो निषेधाज्ञा मुद्दा समेत खारेज भएको छ। यसैगरी विपक्षीका दाजु कमल प्रसाईले म उपर यसै विषयमा दायर गरेको ०७५-WH-०१७५ को बन्दीप्रत्यक्षीकरणको रिट खारेज हुने गरी यसै अदालतबाट मिति २०७६।०२।१७ गते फैसला भएको छ। पुनः विपक्षीले म उपर प्रस्तुत रिट निवेदन दिएकोले निरुपण भईसकेको एउटै विषयमा पटक पटक दिएको निवेदन प्राङ्गन्यायको सिद्धान्त विपरीत, हकदैया विहिन र झुठ्ठा भएकोले खारेज गरी पाउँ भन्ने विपक्षी प्रजिता भुर्तेलको लिखित जवाफ देखिन्छ।

९. निर्णयतर्फ विचार गर्दा, यी निवेदक पुरुषोत्तम प्रसाई र विपक्षी प्रजिता भुर्तेल पति पत्नी नाताका व्यक्ति देखिन्छन्। निजहरुको सम्बन्धबाट प्रज्योत प्रसाईको २०६५ सालमा र प्रत्युसा प्रसाईको २०६९ सालमा जन्म भएको भन्ने देखिन्छ। विपक्षी प्रजिता भुर्तेल २०७० सालमा क्यानडा जादा छोरा छोरी निवेदककै जिम्मामा रहेको निवेदन तथा लिखित जवाफ व्यहोराबाट देखिन्छ। यी निवेदक र विपक्षी प्रजिता भुर्तेलका बीच पारिवारीक खटपट सुरु भई प्रजिता भुर्तेल २०७३ सालमा क्यानडाबाट नेपाल आएपछि छोराछोरीसँग यी निवेदक समेतले भेटघाट गर्न नदिएको भनी यस अदालतमा २०७३-WH-०००५ को बन्दीप्रत्यक्षीकरणको रिट निवेदन दिएकोमा सो रिट निवेदनमा नाबालक छोराछोरी यी विपक्षी प्रजिता भुर्तेलको अभिभावकत्व र संरक्षकत्वमा रहने गरी यी निवेदकबाट प्रजिता भुर्तेललाई जिम्मा लगाउने गरी बन्दीप्रत्यक्षीकरणको रिट जारी हुने गरी यस अदालतबाट मिति २०७३।०५।०६ मा फैसला भएको देखिन्छ। सो पश्चात यी विपक्षीले निज नाबालक छोराछोरी आफूले रोजगारी गरेको मुलुक क्यानडा लिई गएको देखिन्छ। यी निवेदकले यिनै विपक्षी उपर ०७४-CP-४४८७ को अंश मुद्दा काठमाडौं जिल्ला अदालतमा दायर गरेको तथा विपक्षी प्रजिता भुर्तेलले नाबालक छोराछोरी र आफ्नो हकमा समेत यी निवेदक समेत उपर ०७५-CP-११०५ को अंश मुद्दा काठमाडौं जिल्ला अदालतमा दायर गरेकोमा उल्लेखित अंश मुद्दाहरुमा यी निवेदकबाट विपक्षी प्रजिता भुर्तेलले छोराछोरी र आफ्नो समेत ३ भाग अंश छुट्याई लिन पाउने र संरक्षक आमा हुने, छोरा छोरीसँग बाबुले नियमित भेटघाट गर्न पाउने गरी मिति २०७६।१०।२८ मा काठमाडौं जिल्ला अदालतबाट भएको फैसला उपर यी निवेदकले पुनरावेदन अदालत पाटनमा पुनरावेदन पर्दा सुरु सदर हुने ठहरी मिति २०७८।११।०८ मा फैसला भई सो फैसला अन्तिम भएको देखिन आउछ। यी

निवेदकले सामान्य रुपमा एउटै विषय देखिने फरक फरक प्रकृतिका र बन्दीप्रत्यक्षीकरणको एकै प्रकृतिका निवेदनहरु यस अदालतमा दायर गरी निर्णय समेत भई पछिल्लो समयमा प्रस्तुत निवेदन एक समयको अन्तराल पछि दर्ता भई सुनुवाईको लागि पेश भएको देखिन्छ।

१०. यसैगरी, यी निवेदकका दाजु कमल प्रसाईले नाबालक प्रज्योत प्रसाई र प्रत्युसा प्रसाईको हकमा भनी यी विपक्षी उपर ०७५-WH-०१७५ को बन्दीप्रत्यक्षीकरणको रिट निवेदन यसै अदालतमा दायर गरेकोमा अन्यथा प्रमाणित नभएसम्म नाबालकको निम्ति आमा प्राकृतिक र कानूनी संरक्षक हुने हुँदा बन्दीको अवस्था स्थापित हुन नसक्ने भनी रिट निवेदन खारेज हुने ठहरी मिति २०७६।०२।१७ मा यस अदालतबाट फैसला भएको देखिन आयो। यसरी हेर्दा, यि निवेदक र विपक्षी बीचको सम्बन्ध असहज भएपछि विभिन्न मुद्दाहरु परी निजहरुका छोरा छोरी आमा प्रजिता भुर्तेलको संरक्षणमा रहने र छोरा छोरीको अंश समेत वालिग नभएसम्म आमाको जिम्मामा रहने तथा बाबुले छोरा छोरीसँग भेटघाट गर्न पाउने गरी विवादको निरुपण भैसकेको देखिन्छ। हाल आएर पुनः यी निवेदकले बन्दीप्रत्यक्षीकरण रिटको माध्यमबाट छोरा छोरी आफ्नो जिम्मामा लगाई पाउन माग गरेको देखियो। सामान्यतया, बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश कसैको जीवन र स्वतन्त्रता माथि अतिक्रमण भएको अवस्थामा जारी गरिन्छ। यस्तो आदेश कसैले कसैको स्वतन्त्रता अपहरण गरी कब्जा, नियन्त्रण वा थुनामा राखेमा, मानव अधिकारको उलङ्घन गरी उचित खान लाउन नदिई नियन्त्रणमा राखेमा वा अन्नपानी बन्द गरी कसैले थुनामा राखेमा अथवा कानूनी प्रक्रिया पुरा नगरी गैरकानूनी थूनामा राखेको अवस्थामा जारी गरिन्छ। प्रस्तुत विवादमा त्यस्तो अवस्था देखिंदैन। बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी गरी पाउँ भनी दावी लिईएका बालबालिका नेपाल भन्दा बाहिर अर्थात क्यानडामा बसोबास गरी रहेको भन्ने देखिन्छ। सामान्यतया बालबालिका समावेश भएको विवादमा बालबालिकाको सर्वोत्तम हितलाई ख्याल गर्नुपर्ने हुन्छ। बालबालिकाको सर्वोत्तम हितलाई हेर्दा हाम्रो कानून प्रणालीले आमालाई प्राकृतिक संरक्षक मानेको देखिन्छ। काठमाडौं जिल्ला अदालतबाट अंश मुद्दा फैसला हुँदा आमालाई संरक्षक मानी फैसला समेत भएको देखिन्छ भने यिनै विपक्षी प्रजिता भुर्तेलले यिनै निवेदक समेत उपर दायर गरेको ०७३-WH-०००५ को बन्दीप्रत्यक्षीकरणको निवेदनमा बच्चाको हितलाई ध्यानमा राखी आमाको जिम्मा दिने

गरी आदेश भएको पाइन्छ। निवेदकले बालबालिकाको इच्छा विपरीत जबरजस्ती क्यानडा लगि शारिरिक मानसिक यातना दिएको, भेटघाट गर्न नदिएको, जबरजस्ती विदेशीकरण गरेको भन्ने निवेदन जिकिर लिएको तर्फ हेर्दा विपक्षीबाट शारीरिक मानसिक यातना दिने, यी बालबालिकाको अहित हुने कुनै कार्य गरेको भन्ने देखिने प्रमाण यी निवेदकले गुजार्न सकेको समेत देखिंदैन। काठमाडौं जिल्ला अदालतले अंश मुद्दामा र यस अदालतमा यी विपक्षीले दिएको बन्दीप्रत्यक्षीकरणको निवेदनमा यी नाबालक प्रज्योत प्रसाई र प्रजिता प्रसाईलाई आमाकै साथमा रहन दिएमा उनीहरुको बढी हित हुनेदेखि आधार कारण खोली निज नाबालकहरुलाई आमाको जिम्मा रहने गरी जिम्मा दिएको र सोही अनुसार आफूले रोजगार गरेको मुलुकमा लगी उतै शिक्षादिक्षा दिन राखेको कार्यलाई आमाले छोरा छोरीलाई गैरकानूनी रुपमा बन्दी बनाएको भनी अर्थ गर्न मिल्ने देखिंदैन।

११. प्रस्तुत निवेदनमा विपक्षीबाट एउटै विषयमा पटक पटक बन्दीप्रत्यक्षीकरणको निवेदन समेत दर्ता गरी प्राङ्न्यायको सिद्धान्त (Principle of Res-judicata) विपरित आफूलाई झन्झट दिएको भन्ने जिकिर तर्फ विचार गर्दा Res-judicata को सिद्धान्तको बारेमा हेर्नुपर्ने हुन्छ। यसमा अदालतले एक पटक हेरिसकेको विषय (matter in issue) अर्थात अदालतले एकपटक प्रत्यक्ष वा सारभूतरुपमा (directly or substantially) र यर्थाथ वा परोक्ष रुपमा (actually or constructively) सोही पक्ष र तथ्यहरु विद्यमान भएको विषयमा न्यायिक निरुपण गरी सकेको विषयलाई फेरी दोहोऱ्याई हेरिदैन भन्ने मान्यता रहन्छ। यस सिद्धान्तले अदालत, मुद्दाका पक्ष र न्यायिक निश्चितता तथा अन्तिमताको मान्यता स्थापित गर्दछ। अदालतले सामान्यता क्षेत्राधिकारको अभावमा गरिएको निर्णय, निरुपण नभएको विषयवस्तु वा पुर्ण सुनुवाई भई वा नभई स्पष्ट आदेश (speaking order) नभएको विषयमा र अदालतलाई गुमराहमा पारि भएको निर्णयमा सचेत रहने भए पनि न्यायिक स्थायित्वको लागि प्राङ्न्याय (res-judicata) एक महत्वपुर्ण सिद्धान्तको रुपमा परिपालना भएको कानूनी सिद्धान्त (legal doctrine) मानिन्छ। यो सिद्धान्त देवानी र फौजदारी मुद्दाहरु, अर्धन्यायिक तथा विषेश अदालतका कारवाहीहरुका रुपमा आकर्षित हुने भएतापनि रिट क्षेत्राधिकारमा समेत प्रयोग गर्ने गरिन्छ। यस सम्बन्धमा भारतमा Darayao Vs. State of UP[1] को मुद्दामा सोही

[1] 1961 AIR 1457, 1962 SCR (1) 574

विषयमा सोही पक्षहरु भएको रिट निवेदनमा उच्च अदालतमा निवेदन दिई पुर्ण सुनुवाई भई विषयवस्तुको निरुपण भईसकेपछि त्यसैलाई नयाँ विषयवस्तु बनाई (fresh issue) सर्वोच्च अदालतमा दिइएको निवेदनमा प्राङ्न्यायको सिद्धान्त प्रयोग गरी रिट निवेदन खारेज भएको पाइन्छ। यस अदालतबाट उक्त भारतीय मुद्दा समेतको उंद्दरणगरी रिट क्षेत्राधिकारमा प्राङ्न्यायको सिद्धान्त प्रयोग गर्दा अदालत सचेत रहने भए पनि रिट क्षेत्राधिकारमा प्राङ्न्यायको सिद्धान्त आकर्षित हुन सक्छ भनी **रमेशराज अर्याल वि. उच्च अदालत पाटन समेत**[2] भएको रिट निवेदनमा निरुपण भई सकेको देखिँदा यस सम्बन्धमा अदालतले एक स्पष्ट धारणा तय गरिसकेको मान्नु पर्ने देखियो।

१२. बन्दीप्रत्यक्षीकरणको निवेदनमा प्राङ्न्यायको सिद्धान्त आकर्षित हुन्छ वा हुँदैन भन्ने विषय तर्फ हेर्दा **सामान्यतया बन्द्रीप्रत्यक्षीकरणको रिट निवेदनलाई एक असामान्य संवैधानिक अधिकारको रुपमा मानिन्छ। व्यक्तिगत स्वतन्त्रतासँग गाँसिने विषय भएकोले न्यायाधीश तथा अदालतहरु बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेशमा प्रतिकुल देखिनु राम्रो मानिंदैन। अन्य प्रकारका रिट निवेदनमा पनि उही कारण (same causation) मा एकपटक रिट निवेदन दर्ता गरी त्यसको परिणाम प्राप्त भएपछि पुनः निवेदन दिनु पर्ने वस्तुगत अवस्था पुष्टि गर्न सकिने नदेखिएमा सोही विषयमा अदालतको समय नष्ट गर्ने गरी निवेदन दर्ता गर्न इन्कार गर्न सकिन्छ। यद्यपी यस्तो इन्कारीमा नयाँ वस्तुस्थिति र कारण (causation) लाई अदालत प्रशासनले राम्रो सँग निरिक्षण गर्ने गर्दछ। त्यस्तै बन्दीप्रत्यक्षीकरणको रिट निवेदन प्राङ्न्यायको सिद्धान्तमा अपवादको विषय भए तापनि सोही विषय वा परिस्थितिमा नयाँ परिवर्तन नआई एक पटक न्यायिक विश्लेषण भई सकेको विषयमा पुनः त्यस्तै प्रकृतिको निवेदन दर्ता गर्न प्राङ्न्यायको सिद्धान्त आर्कषित हुन सक्ने नै देखिन्छ। बन्दीप्रत्यक्षीकरणको निवेदनमा पनि मुद्दाको अन्तिमता र निश्चयता आकर्षित नहुने भन्ने हुँदैन।** भारतमा T.P. Moideen Koya Vs. Government of Kerala and Others (30 Sept. 2004, Case No. Writ Petition (Crl) 69 of 2004) भएको निवेदनमा 'no second petition of writ of Habeas Corpus lies ….. on the ground that a similar petition has already been dismissed (settled) by the court. However, a Second such petition will lie when a fresh and a new ground of attack against the legality of detention or custody has arisen after the decision on the first omitted in an earlier petition, in appropriate circumstances … the court will hear the second petition on such a ground for

[2] ने.का.प. २०७६, अङ्क ६, नि.नं. १०२९४ (प्रकरण ६, ७, ८)

ends of justice. भनी उल्लेख गरेको पाइन्छ। कुनै एउटै बन्दीप्रत्यक्षीकरणको विषयमा नयाँ प्रमाण वा वस्तुगत व्यवस्था नदेखाई पुनः सोही विषय उठाई निवेदन दर्ता गर्नु मुद्दाको अन्तिमताको मान्यता विपरित हुन्छ। बन्दीप्रत्यक्षीकरणको निवेदनमा पनि एक पटक न्यायिक निरुपण भइसकेको विषयमा नयाँ प्रमाण र वस्तुगत अवस्था नदेखाई पुनः निवेदन गर्न सक्ने भन्न सकिदैन। कुनै नयाँ आधार र कारण भए वा परिस्थितिमा परिवर्तन भए पुनः निवेदन गर्न सकिन्छ। (1981 AIR 728, 1981, SCR(2) 352) अन्यथा अपवादको अवस्थामा बन्दीप्रत्यक्षीकरणको रिट निवेदनमा पनि प्राङ्गन्यायको सिद्धान्त आकर्षित नहुने भन्ने हुदैन।

१३. प्रस्तुत निवेदनको विषय र बच्चाहरुको हेरचाह तथा भेटघाट सम्बन्धी विषय पहिलो पटक ०७३-WH-०००५ को बन्दीप्रत्यक्षीकरण निवेदनमा, दोस्रो पटक ०७५-WH-०१७५ को बन्दीप्रत्यक्षीकरणको निवेदनमा, तेस्रो पटक ०७४-CP-४४८७ को अंश मुद्दामा र ०७५-CP-११०५ को अंश मुद्दामा यस अदालत तथा काठमाडौं जिल्ला अदालतबाट निर्णय भई सकेको देखिन्छ। बच्चाहरु विदेशमा रहेको कारण परिस्थितिमा कुनै परिवर्तन आएको वा नयाँ प्रमाण तथा आधार सिर्जना भएको देखिदैन। वस्तुतः सरकारी निकाय संलग्न नभएको र पारिवारिक परिस्थितिबाट सिर्जना भएको बच्चाहरुको जिम्मेवारी (custody) सम्बन्धी विवादमा बारम्बार बन्दीप्रत्यक्षीकरणको निवेदन लिई अदालत प्रवेश गर्दा अदालतको समय नष्ट हुने र मुद्दाको अन्तिमता स्वीकार नगर्ने कार्य प्राङ्गन्यायको सिद्धान्त भित्र पर्ने देखियो।

१४. साथै जिल्ला अदालतमा अन्य मुद्दाको रोहमा सोही विषयमा विषयवस्तुको अन्त्य भएको भए उक्त निवेदनमा उच्च अदालतमा तथ्य खुलाई पुनरावेदन गर्न सकिन्छ। सत्य तथ्य नखुलाई सोही कारण (causation) मा उच्च अदालत वा सर्वोच्च अदालतमा बन्दीप्रत्यक्षीकरणको निवेदन दिइएमा त्यस्तो अवस्थामा प्राङ्गन्याय आकर्षित हुन सक्दछ। नयाँ कारण, प्रमाण र परिस्थिति देखाउन नसकेको प्रस्तुत रिट निवेदनमा पनि प्राङ्गन्यायको सिद्धान्त आर्कषित हुने नै देखियो। यस अवस्थालाई विचार गरी निवेदक **रामदेव यादव वि. प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय समेत** भएको (ने.का.प. २०६८, अङ्क ८, नि.नं. ८६६५) बन्दीप्रत्यक्षीकरणको रिट निवेदनमा यस अदालतको पुर्ण इजलासबाट "साधारण क्षेत्राधिकार र असाधारण क्षेत्राधिकार समानान्तर क्षेत्राधिकार होइनन् र असाधारण क्षेत्राधिकारले साधारण क्षेत्राधिकारलाई अनादर गर्ने, सीमित

तुल्याउने, नियन्त्रण गर्ने, प्रतिस्थापन गर्ने वा कुनै किसिमबाट निस्तेज तुल्याउने मक्सद हुन सक्दैन" भनी व्याख्या गरेको पाइन्छ।

१५. निवेदकले छोरा छोरीसँग भेटघाट गर्न नपाएको भनी लिएको जिकिर सम्बन्धमा हेर्दा, विदेशमा रहेको बालबच्चासँग सामान्यतया आफूले चाहेकै समयमा नियमित रुपमा भौतिक भेटघाट गर्न सहज पहुँच हुने अवस्था देखिंदैन। विपक्षीले समेत भेटघाट गर्न रोक लगाएको छैन, भेटघाट गर्न दिने भनी अदालतकै फैसलाले बोली सकेपछि मैले रोक्ने कुरा हुँदैन। छोराछोरीको पढाइ नै रोकेर नेपालमा भेटघाट गर्न पठाउन पनि छोराछोरीको हितमा हुँदैन भनी लिखित जवाफमा उल्लेख गरेको देखिन्छ। छोरा छोरीसँग भेटघाट गर्न नपाएको अवस्थामा उल्लेखित अंश मुद्दामा भेटघाट गर्न पाउने भनी फैसलामै उल्लेख भएको समेत देखिन्छ। आजको विधुतीय, इन्टरनेट, श्रव्यदृष्य तथा सामाजिक सञ्जालको वर्तमान अवस्थामा भौतिक रुपमा मात्र भेटघाट गर्न पाउने भन्ने बुझ्नु हुदैन। आमा जतिकै बाबु र बाबु पट्टिका नजिकका नातेदारहरु जस्तैः हजुरबुवा, हजुरआमा, काका, काकी, ठुलाबुबा, ठुलीआमा, फुपुहरु नजिकका व्यक्तिहरु सँगै सम्पर्कमा बस्न पाउनु बालबालिकाको मनोवैज्ञानिक समृद्धिसँग पनि गासिएको विषय हो। यस्तो भेटघाट एक निश्चित समयमा गर्न दिनु आमाको समेत कर्तव्य देखिन्छ। यस्तै प्रकृतिको विवादमा **हरिकृष्ण सुवेदी विरुद्ध श्रीजया कार्की समेत** भएको ने.का.प. २०७६, अंक ११, नि.नं. १०३९१ को बन्दीप्रत्यक्षीकरणको निवेदनमा **"... सम्बन्धित बालक कोसँग बस्ने मात्र होइन, छुट्टिएका बाबु आमाको बच्चासँगको व्यक्तिगत र भावनात्मक सम्बन्ध के कति महत्त्वपुर्ण छ भन्ने आधारमा जोसुकैसँग बसेपनि एक अर्काले भेट्न र सामिप्यता प्राप्त गर्ने आधार सिर्जना गरिदिनु पर्दछ भन्ने मान्यताबाट विचलित हुनु हुँदैन। त्यस्तो सामिप्यताभित्र पारिवारिक वातावरण मात्र होइन निज नाबालकका दुवैतर्फका नजिकका नातेदारहरुसँगको सामिप्यता पनि अन्तर्निहित हुन्छ।"** भनी व्याख्या गरिएको देखिन्छ भने सोही मुद्दामा **"नाबालकलाई आमाबाट अलग राख्दा बालबालिकाको कलिलो मस्तिस्कमा नकारात्मक प्रभाव पर्ने हुँदा प्राकृतिक र कानूनी संरक्षक आमाकै जिम्मा र संरक्षणमा दिन न्यायोचित र बालबालिकाको अधिकतम हित हुने"** भनी यस अदालतबाट व्याख्या भएको समेतलाई हेर्दा, प्रस्तुत विवादमा अदालतकै आदेश बमोजिम यी विपक्षी प्रजिता भुर्तेलको संरक्षण र जिम्मामा एवम् निजकै पालन पोषणमा रहेका यी बालबालिकाको अवस्थालाई बन्दीको अवस्था मान्न सक्ने देखिएन।

१६. तसर्थ, माथि उल्लेखित तथ्य, आधार, कारण, कानूनी व्यवस्था र यस अदालतबाट भएको व्याख्या समेतका आधारमा आमा प्रजिता भुर्तेलको जिम्मा, संरक्षण र हेरचाहमा रहेका नाबालक प्रज्योत प्रसाई र प्रत्युसा प्रसाईलाई गैरकानूनी थुनामा राखेको मात्र मिल्ने नदेखिंदा निवेदन माग बमोजिम बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी गर्नुपर्ने अवस्था देखिएन। रिट निवेदन प्राङ्गन्यायको सिद्धान्त आकर्षित हुने अवस्था समेतका आधारमा खारेज हुने ठहर्छ। निवेदक बाबु र निज पट्टीका नजिकका नातेदारहरुले अप्रत्यक्ष (virtual) वा श्रव्यदृश्य सहितका समाजिक संजालका माध्यमबाट निजहरुका बीचमा सहमति भएको एक निश्चित समयमा बच्चाहरुसँग भेटघाट कुराकानी गर्न पाउने नै देखिएको र त्यसको प्रवन्ध मिलाउने मूल जिम्मेवारी बच्चाहरु आमासँग भएका कारण आमामा नै रहेको देखिनुका साथै बच्चाहरु नेपाल आएको समयमा वा यी निवेदक बच्चाहरु रहे बसेको देश क्यानडा गएको अवस्थामा निश्चित समयमा बच्चाहरुसँग भेटघाट गर्न पाउने नै देखिन्छ। प्रस्तुत आदेशको नक्कल लिन आउने सरोकारवालालाई नियमानूसार नक्कल दिनु। प्रस्तुत रिट निवेदनको दायरीको लगत कट्टा गरी यो आदेशको प्रति यस अदालतको विद्युतीय प्रणालीमा प्रविष्ट गरी मिसिल नियमानुसार अभिलेख शाखामा बुझाई दिनू।

हरिप्रसाद फुयाल
न्यायाधीश

उक्त आदेशमा म सहमत छु।

प्रकाश कुमार ढुंगाना
न्यायाधीश

इजलास अधिकृत : राजकुमार आचार्य (उपसचिव); नीति उप्रेती (शाखा अधिकृत), रोदिप सुनाम (शाखा अधिकृत)

कम्प्युटर अपरेटर : मिलन राणा

इति संवत् २०७९ साल चैत ८ गते रोज ४ शुभम् ....।