सर्वोच्च अदालत, संयुक्त इजलास
माननीय न्यायाधीशडा.श्री आनन्दमोहन भट्टराई
माननीय न्यायाधीश श्री टंकबहादुर मोक्तान
फैसला
०७३-WO-१०५४
मुद्दाः- उत्प्रेषणयुक्त परमादेश ।

कन्चनपुर जिल्ला, महेन्द्रनगर नगरपालिका वडा नं. ४ घर भई हाल भक्तपुर जिल्ला, अनन्तलिंगेश्वर नगरपालिका वडा नं २ बस्ने भोजराज पन्तकी छोरी सुमन ....१ — निवेदक

विरुद्ध

गृह मन्त्रालय, अध्यागमन विभाग, डिल्लीबजार काठमान्डौं.......................१
महानिर्देशक, अध्यागमन विभाग, डिल्लीबजार काठमाडौं...........................२ — विपक्षी

नेपालको अन्तरिम संविधान २०६३ को धारा १०७(२) तथा वर्तमान नेपालको संविधान २०७२ को धारा १३३(३) बमोजिम यस अदालतको क्षेत्राधिकार अन्तर्गतको भई दायर हुन आएको प्रस्तुत रिट निवेदनको संक्षिप्त तथ्य एवं आदेश यस प्रकार रहेको छ ।

म निवेदक अल्पसंख्यक समुदायको नेपाली नागरिक हुँ । मैले पढाईको सिलसिलामा अमेरिका गएको बेला अमेरिकन नागरिक लेस्ली लुइस मेल्नीकसँग सन् २०१५ डिसेम्बर १८ मा अमेरिकाको Sacramento Country, Sacramento, California मा कोर्ट म्यारिज गरेका थियौं । नेपाल आएपछि लेस्लीले गैर पर्यटकीय भिसाको निमित्त अध्यागमन विभागमा डिसेम्बर २९, २०१६ मा आवेदन गरिन् तर विपक्षी अध्यागमन विभागले गैर पर्यटकीय भिसा दिन मौखिक रुपमा इन्कारी गरी कुनै लिखित जानकारी नदिनूका साथै सो बारेमा कुनै निर्णय समेत गरेको छैन ।

मैले अमेरिकामा विवाह गरेकाले Private International Law को सिद्धान्त अनुसार उनी मसँग कानूनी रुपमा नेपालमा बस्न पाउनै पर्दछ । नेपालको संविधान तथा अन्य कानूनले समेत नागरिकलाई भेदभाव नगरिने कुरा स्पष्ट रुपमा उल्लेख छ । नेपालको संविधानले हाम्रो अस्तित्वलाई स्वीकार गरिसकेको हुँदा नेपाली नागरिकको हैसियतले नेपालमा पनि हाम्रो विवाहलाई मान्यता पाउनु पर्ने हो । नेपाली नागरिकले विदेशीसँग विवाह गरे गैर पर्यटकीय भिसा पाउने कानूनमा व्यवस्था छ । नेपाली नागरिकसँग विवाह गरेको हैसियतले हामीले सँगै बस्ने सुविधा पाउन सकेका छैनौं र प्राकृतिक न्यायको सिद्धान्तले पनि हामी सँगै बस्न पाउनु पर्ने हाम्रो अधिकार छ ।

कुनै पनि नेपाली नागरिकले विदेशी नागरिकसँग विदेश मै विवाह गरेको भएतापनि नातामा विवाद नभएमा मान्यता पाउनु पर्ने अन्तर्राष्ट्रिय कानूनले समेत वकालत गर्दछ । अध्यागमन नियमावली, २०५१ को नियम ८(ज) मा नेपाली नागरिकसँग वैवाहिक सम्बन्ध भई विवाह दर्ताको प्रमाणपत्र पेश गर्न विदेशीहरुले नेपालमा गैर पर्यटकीय भिसा पाउने व्यवस्था छ । अध्यागमन ऐन, २०४९ को दफा ७ बमोजिम विपक्षी महानिर्देशकले भिसा दिनू पर्नेमा सो विषयमा निर्णयसम्म नगरी विपक्षी मन्त्रालय पठाइदिएका कारण नेपाली नागरिकको हैसियतले पाउने सुविधा पाउन सकेका छैनौं ।

यस विषयमा राहदानीमा तेस्रो लिङ्गीको पहिचान दिन सक्ने तथा फरक लिङ्गीहरु मानव जाति वा नागरिक होइनन् भन्न नमिल्ने भनी नजीर समेत प्रतिपादन भैसकेकोले यस्ता गम्भीर प्रकृतिका मुद्दामा अरुले समेत झन्झट व्यहोर्नु नपर्ने गरी नियम कानून नबनुञ्जेलसम्मकोलागि निश्चित मापदण्ड बनाईदिनू पर्ने समेतको माग रहेको छ । नेपालको संविधानको धारा १७, १८, १८(२), १८(३), ३८(१), १३३ र अध्यागमन ऐन तथा नियमावली बमोजिम गैर पर्यटकीय भिसा दिन मिल्ने अवस्था रहेतापनि विपक्षीले समयमा नै निर्णय नगरी दिंदा मलाई मेरो परिवार बनाई बस्न पाउने नैसर्गिक अधिकार खोसिएको छ। म निवेदकले विवाह गरेको व्यक्तिसँग सँगै बस्न पाउने मौलिक एवं कानूनी हक अधिकार समेत हनन् हुन गएकोले म निवेदक समेतलाई असर पर्ने गरी विपक्षीहरुद्वारा कुनै निर्णय भए गरेको भएमा सो सम्बन्धी निर्णय, पत्राचार लगायतका आवश्यक कुराहरु उत्प्रेषणको आदेशले बदर गरीपाउँ । लेस्लीको भिसाको म्याद सकिनु अगावै गैर पर्यटक भिसा दिनू भनी विपक्षीहरुका नाममा परमादेशको आदेश जारी गरीपाउँ । म लगायत यसता यौनिक तथा लैङ्गिक अल्पसंख्यक

समुदायका व्यक्तिहरुले समलिङ्गी विवाह गरी नेपाल आई गैर पर्यटकीय भिसा लिन चाहेमा दिनू र सहजताको लागि सो सम्बन्धी कानून तुरुन्त बनाई कार्यान्वयनमा समेत ल्याउनू भनी विपक्षीहरुका नाममा परमादेशको आदेश जारी गरी पाउँ । साथै प्रस्तुत रिट निवेदन यौनिक तथा लैङ्गिक अल्पसंख्यक समुदायको व्यक्तिको समलिङ्गी विवाह गर्न पाउने अधिकारसँग जोडिएको विषय भएको र लैङ्गिक पहिचानसँग सम्बन्धित अत्यन्त सम्वेदनशील विषयवस्तु भएकोले अग्राधिकारसमेत दिलाई पाउँ भन्ने समेत व्यहोराको रिट निवेदन ।

यसमा के कसो भएको हो ? निवेदकको माग बमोजिमको आदेश किन जारी हुनु नपर्ने हो ? यो आदेश प्राप्त भएको मितिले बाटाका म्याद बाहेक १५ दिनभित्र सम्बन्धित मिसिलसाथ राखी महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय मार्फत लिखितजवाफ पठाउनू भनी रिट निवेदनको एक प्रति नक्कल साथै राखी विपक्षीहरुलाई सूचना पठाई त्यसको बोधार्थ महान्यायाधिवक्ताको कार्यालयमा पठाई दिनू । लिखितजवाफ आएपछि वा अवधि नाघेपछि नियमानुसार पेश गर्नु । निवेदनको विषयवस्तुको गाम्भीर्यतालाई बिचार गर्दा प्रस्तुत निवेदनलाई अग्राधिकार दिई नियमानुसार पेश गर्नू भन्ने मिति २०७३।१२।२१ को आदेश।

लेस्ली नेपालमा पर्यटकीय भिसामा वर्षको १५० दिन मात्र बस्न पाउने व्यवस्था छ। प्राकृतिक न्यायको सिद्धान्त बमोजिम हामी दुवै जना सँगै बस्न पाउने संवैधानिक हक भएको र अध्यागमन नियमावली, २०५१ को नियम ८(ज) को व्यवस्थामा पनि विदेशी नागरिकले विवाह दर्ताको प्रमाणपत्र पेश गरेमा गैर पर्यटकीय भिसा दिन मिल्ने व्यवस्था समेत भएको अवस्था छ । उक्त व्यवस्था अनुसार कुनै निश्चित देशमा दर्ता भएको विवाहको प्रमाणपत्र भन्ने पनि भएको नहुँदा लेस्लीले म निवेदकसँग विवाह गरेको हैसियतले नेपालमै गैर पर्यटकीय भिसामा बस्न पाउनु पर्ने हो । विपक्षीहरुले कानून बमोजिम नगरेको हुँदा उक्त रिट निवेदन दायर गरेको थिएँ । तर रिट निवेदनमा मुद्दाको अन्तिम किनारा नहुञ्जेलसम्मको लागि लेस्लीलाई गैर पर्यटकीय भिसा दिनू भनी अन्तरिम वा अन्तरकालीन आदेश जारी गरीपाउँ भन्ने छुट हुन गएको थियो । कानून बमोजिमको १५० दिनबाट १३५ दिन व्यतित भइसकेकोले बाँकी १५ दिनभित्र मुद्दाको किनारा समेत लाग्न सक्ने अवस्था नहुँदा मुद्दाको अन्तिम किनारा नहुञ्जेलसम्मको लागि सर्वोच्च अदालत नियमावली, २०४९ बमोजिम मेरो Spouse Leslie लाई गैर पर्यटकीय भिसा दिनू भनी विपक्षीहरुका

नाममा अन्तरिम वा अन्तरकालीन लगायत उपयुक्त जो चाहिने आज्ञा, आदेश जारी गरीपाउँ भन्ने समेत व्यहोराको मिति २०७४।२।१४ को पुरक निवेदनपत्र ।

रिट निवेदनमा नेपालमा समलिङ्गी विवाहलाई मान्यता दिने कानूनी व्यवस्था नभएको कुरा निवेदक स्वयंले स्वीकार गर्नुभएको छ । कानूनमा व्यवस्था नभएको विषयलाई अध्यागमन विभागले कार्यान्वय गर्न सक्ने अवस्था भएन । रिट निवेदनमा औल्याए अनुसार विपक्षी सुमन पन्तको संवैधानिक तथा कानूनी हक अधिकार हनन् हुने तथा निजको पहिचान नामेट हुने कार्य यस विभागबाट भए गरेको छैन । तसर्थ यस विभागले गर्न नसक्ने कार्यलाई भए गरेको भनी यस विभागलाई समेत लाञ्छना लगाई दिएको रिट निवेदन खारेज गरी गराई झूठ्ठा अभियोगबाट फुर्सद दिलाई पाउँ भन्ने नेपाल सरकार गृह मन्त्रालय, अध्यागमन विभागको लिखितजवाफ ।

यसमा Spouse Leslie को हकमा गैर पर्यटकीय भिसा दिनू भनी सम्बन्धित व्यक्तिको निवेदन नपरी सुमन पन्तको निवेदन परेको देखियो । त्यसरी सम्बन्धित व्यक्तिले निवेदन दिन नसक्नाको कारण पनि प्रस्तुत निवेदनमा उल्लेख भएको नहुँदा निवेदन जिकिर अनुसार गर्न मिलेन । कानून बमोजिम गर्नु भन्ने मिति २०७४।३।६ को आदेश ।

नियम वमोजिम पेश हुन आएको प्रस्तुत रिट निवेदनमा निवेदकतर्फबाट उपस्थित विद्वान अधिवक्ताहरू श्री दीपकराज जोशी तथा श्री विश्वास आचार्यले निवेदक नेपाली नागरिक रहेकोमा विवाद छैन, त्यस्तै गरी निजले संयुक्त राज्य अमेरिकामा विवाह गरेकोमा पनि विवाद छैन। नेपालको संविधान अन्तर्गत नागरिकले लैङ्गिक पहिचानसहितको नागरिकता पाउने, निज पुरुष वा महिला जे भए पनि नागरिकलाई समान वंशीय हक हुने, लैङ्गिक पहिचानको आधारमा विभेद गर्न नपाउने भएपछि निवेदकले वैवाहिक सम्बन्ध राखेको व्यक्तिलाई गैर पर्यटकीय भिसा नदिनु संविधान, कानून र यस अदालतबाट प्रतिपादित सिद्धान्तसमेतको बर्खिलाप हुन जान्छ। आफ्ना इच्छा बमोजिम परिवार कायम गर्न र परिवारसहित नेपालमा रहन निवेदकले पाउने नै हुँदा निवेदकसंग वैवाहिक सम्बन्ध कायम रहेको व्यक्ति लेस्ली लुइस मेल्नीकलाई गैर पर्यटकीय भिसा प्रदान गर्नु भन्ने विपक्षीहरुको नाउँमा परमादेशको आदेश जारी हुनुपर्छ भन्ने समेत बहस गर्नुभयो। विपक्षी परराष्ट्र मन्त्रालय, अध्यागमन विभाग समेतको तर्फबाट उपस्थित विद्वान सह-न्यायाधिवक्ता श्री श्याम कुमार भट्टराईले गैर पर्यटकीय भिसा नदिएको कारण असर परेको व्यक्ति निवेदक नभै लेस्ली लुइस मेल्नीक हो,

निजको यस अदालतमा रिट निवेदन नै परेको छैन । तसर्थ प्रस्तुत रिट निवेदनबाट निवेदकले उठाएको कुराको सुनुवाई हुन सक्दैन। समलिङ्गी विवाहलाई मान्यता दिने अधिकार अध्यागमन विभागलाई नभएको र रिट निवेदिकाको नेपालमा रहने वा बस्ने कुनै हक विभागबाट हनन् हुने कुनै कार्य नभएको हुँदा रिट निवेदन खारेज हुनुपर्छ भन्ने समेत बहस गर्नुभयो।

निवेदन जिकिर लिखित जवाफ तथा दुवैतर्फबाट उपस्थित विद्वान अधिवक्ताहरुको बहस समेत सुनी निर्णय तर्फ हेर्दा प्रस्तुत रिट निवेदनमा देहायको प्रश्नहरुको निरोपण गर्नुपर्ने देखियो ।

१. निवेदिकासंग दाम्पत्य सम्बन्ध कायम भएको भनी दावी लिएको व्यक्तिलाई गैर पर्यटकीय भिसा प्रदान नगरिएको अवस्थामा निवेदिकालाई रिट निवेदन दिने हकदैया छ वा छैन ?
२. निवेदिकाले व्यक्त गरेको लैङ्गिक तथा यौनिक हैसियतको विषयमा संविधान र कानूनमा के व्यवस्था छ ?
३. निवेदिकाले वैवाहिक सम्बन्ध स्थापित गरेको भनिएको व्यक्तिलाई गैर पर्यटकीय भिसा प्रदान गर्नु पर्ने हो वा होइन ?
४. निवेदकको माग वमोजिमको आदेश जारी हुनुपर्ने हो वा होइन ?

सर्वप्रथम पहिलो प्रश्न तर्फ हेर्दा प्रस्तुत निवेदन गैर पर्यटकीयको भिसा प्राप्त गर्न नसकेको अमेरिकी नागरिक लेस्सी लुइस मेल्नीकद्वारा दायर गरिएको नभै उनीसंग विवाह गर्ने नेपाली नागरिक सुमन पन्तद्वारा दायर गरिएको छ।[1] यही कुरा उल्लेख गर्दै विपक्षी तर्फबाट उपस्थित विद्वान सह-न्यायाधिवक्ताले सरोकार परेको एवं हकदैया प्राप्त व्यक्तिबाट दायर नभएको रिट निवेदनबाट विपक्षीहरुका नाममा कुनै आदेश जारी हुन सक्दैन भन्ने जिकिर लिनु भएको छ । यस सन्दर्भमा हेर्दा लेस्सी लुइस मेल्नीक विद्वान सहन्यायाधिवक्ताले भने जस्तै प्रस्तुत विवादमा सरोकार राख्ने व्यक्ति हुन् । उनले निवेदन दिएको भए राम्रै पनि हुन्थ्यो होला । तर यहाँ सुमन पन्तको रिट निवेदन परेको हुँदा रिट निवेदनबाट उपचार प्रदान हुन सक्छ वा सक्दैन ? सुमन पन्तलाई रिट निवेदन दिने हकदैया प्राप्त छ वा छैन ? सो नै हेर्नुपर्ने हुन आयो । वस्तुतः कुनै विषयमा कसैको रिट लाग्छ वा लाग्दैन भन्ने कुरा अरु

[1] उनले आफूलाई भोजराज पन्तकी “छोरी” भनी रिट निवेदनमा उल्लेख गरेकोले संक्षेपमा “निवेदिका” भनिएको छ ।

कसैले रिट हाल्यो वा हालेन भन्दा पनि रिट निवेदन लिएर आउने व्यक्तिको संविधान प्रदत्त कुनै हक हनन् हुन गएको छ वा छैन र सो हक प्रचलन गराइ माग्ने हकदैया उसलाई छ वा छैन भन्ने नै हेरिनु पर्ने हुन्छ। प्रस्तुत विवादमा रिट निवेदिकाले आफूलाई "लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यक समुदाय" को व्यक्ति भएको दावी गर्दै नेपालको संविधानको धारा १६,१७,१८,१८(२),१८(३),३८(१) द्वारा प्रदत्त हक हनन् भयो भनी धारा १३३ अन्तर्गत यस अदालतमा प्रवेश गरेको देखियो। अर्थात निवेदिकाले सम्मान, समानता र स्वतन्त्रताको हक तथा लिङ्ग एवं वैवाहिक स्थितिको आधारमा गरिने भेदभाव विरुद्धको हक एवम् समान वंशीय हक हनन् भएको जिकीर लिएको र आफूसंग अमेरिकामा विवाह गर्ने लेस्ली लुइस मेल्नीकलाई गैर पर्यटकीय भिसा नदिंदा आफ्ना उपर्युक्त हकहरू हनन् भएको भन्ने जिकीर गरेकोबाट निवेदिकाको हकको सापेक्षतामा प्रस्तुत विवादलाई हेर्नुपर्ने हुन आयो।

निवेदिकाले आफू "लैङ्गिक तथा यौनिक" अल्पसंख्यक हुँ भन्ने दावी गरेकी छन् । निज "लैङ्गिक तथा यौनिक" अल्पसंख्यक हुँ भन्ने दावी वा लेस्ली लुइस मेल्नीकसँग विवाह गरेको विषयलाई विपक्षीहरुद्वारा अस्वीकार गरिएको छैन । विपक्षीले यस वारेमा कुनै सकारात्मक वा नकारात्मक निर्णय गरिएको अवस्था पनि यहाँ देखिँदैन । निवेदकले आफूलाई लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यक भनी दावी गरेकोले के हो लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यक भन्ने कुरा, एउटा स्वभाविक प्रश्न यहाँ उत्पन्न हुन्छ। यो विषयलाई यौन(यौनिकता) र लैङ्गिकतासंग जोडी हेर्नुपर्ने हुन्छ । यौन भन्ने शब्दले जैविक पहिचान जनाउँछ। जस्तो कि जन्मदा अधिकांश व्यक्ति पुरुष वा महिलाको जनेन्द्रीय लिएर जन्मन्छ र उमेर पुगेपछि उसले पुरुष र महिलाको रुपमा व्यवहार गर्छ। तर एउटा सानो समूहका व्यक्तिहरु पुरुष वा महिला के हो भनी स्पस्ट छुट्टिने अङ्ग लिएर जन्मदैनन् वा वयस्क हुँदै गएपछि जुन जनेन्द्रीय लिएर जन्मेको छ सो जनेन्द्रीयको कारण बन्ने पहिचान अनुसारको व्यवहार गर्दैनन्। हो यही वर्ग हो, लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यक। लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यकको कुरा गर्दा लैङ्गिक पहिचान (Gender Identity) तथा यौनिक अभिमुखीकरण (Sexual orientation) भन्ने शब्दावलीहरु विशेष रुपमा प्रयोग गरिन्छन् । नेपाली भाषामा लिङ्ग शब्द "Sex" र "Gender" दुवैलाई जनाउन प्रयोग गरिने हुँदा पहिचान वा अभिमुखीकरण दुवैको लागि साझा विशेषण "लैङ्गिक" नै प्रयोग हुने गरेको पनि भेटिन्छ । तर अब

संविधानले लैङ्गिक र यौनिक शब्दलाई अलग अलग प्रयोग गरेकोले लैङ्गिक पहिचान र यौनिक अभिमुखीकरणबारे स्पष्ट हुन आवश्यक देखिन्छ ।

लैङ्गिक पहिचानबारे योगाकार्टो सिद्धान्त[२] मा भनिएको छः

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 expression of gender, including dress speech and mannerisms.

त्यस्तै गरी यौनिक अभिमुखीकरणको बारेमा उक्त सिद्धान्तमा भनिएको छः

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.

उपर्युक्त परिभाषाबाट लैङ्गिक पहिचान र यौनिक अभिमुखीकरण अलग अलग कुरा हुन् भन्ने स्पष्ट हुन्छ । तर यी दुवैको साझा कुरा के छ भने दुवैले लिङ्गको जैविक पहिचान (Biological Sex) भन्दा व्यापक दायरालाई समेट्छन् । यसमा लैङ्गिक, संवेगात्मक र मनोवैज्ञानिक भावना, अनुभूति, व्यवहार र पहिचानका कुराहरु पर्दछन् ।

लैङ्गिक पहिचान र यौनिक अभिमूखिकरण भन्ने शब्दावलीले हाम्रो कानूनी साहित्यमा २०६५ पूर्व प्रवेश पाएको थिएन। यसै अदालतले सुनिल बाबु पन्तको मुद्दामा[३] **"बच्चा जन्मदा एउटा लिङ्गमा जन्मेको भए पनि जैविक(biological) र प्राकृतिक प्रकृया अनुसार जन्मदा भन्दा फरक लिङ्गीमा लैङ्गिक परिवर्तन हुन सक्छन् । त्यस्तो परिवर्तन हुँदैमा उनीहरु मानव जाति वा नागरिक नै होइन भन्न मिल्दैन, उनीहरूलाई लैङ्गिक पहिचान वा यौन अभिमुखीकरणका आधारमा विभेद गर्न वा उनीहरुलाई संविधान प्रदत्त मौलिक हकबाट बाञ्चित गर्न मिल्दैन"** भन्ने कुराको उद्घोष गऱ्यो। उक्त निर्णयपश्चात लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यकहरू अर्थात समलिङ्गी (Homosexual) विपरीत लिङ्गी(Heterosexual) द्विलिङ्गी (Bisexual) तेस्रोलिङ्गी (Transsexual) अन्तरलिङ्गी (Intersexual) वा यो कुनै वर्गमा स्पष्टतः

---

[२] यी सिद्धान्तहरु प्रतिष्ठित मानव अधिकार विशेषज्ञहरुले इन्डोनेसियाको योगाकार्तामा २००६ को नोभेम्वर ६ देखि ९ बीच भेला भै तयार गरेका हुन् । यी सिद्धान्तहरुलाई Yogyakarta Principles on Application of International Human Right Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity भनिन्छ । माथिको उद्दरण उक्त सिद्धान्तको प्रस्तावनाबाट लिइएको हो।

[३] सुनिलबाबु पन्त विरुद्ध नेपाल सरकार, प्रधानमन्त्री तथा मन्त्री परिषदको कार्यालय समेत ने.का.प.२०६५ निर्णय नं. ७९५८ पृ.

छुट्टयाउन नचाहने तथा पुरुष र महिलाको परंपरागत वर्गभन्दा यौनिक र लैङ्गिक दृष्टिबाट शारीरिक, मनोवैज्ञानिक र संवेगात्मकरुपमा समेत फरक हुँ भन्ने वर्ग समेतले लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यकको रुपमा आफ्नो पहिचानको मुद्दालाई अघि बढाइरहेको पाइन्छ। नेपालको वर्तमान संविधानले यो पहिचानलाई स्वीकार गरेको पनि छ। वर्तमान संविधानको धारा १० ले नागरिकहरुलाई **"लैङ्गिक पहिचानसहितको नागरिकता"** पाउन सक्ने व्यवस्था गरेको छ। साथै संविधानको धारा १५ ले प्रत्येक नागरिकको परिचय खुल्ने गरी अभिलेख राख्नु पर्ने दायित्व राज्यलाई सुम्पेको छ। लैङ्गिक पहिचानसहितको नागरिकताको अतिरिक्त, लिङ्ग वा वैवाहिकस्थितिको आधारमा भेदभाव गर्न नपाइने तर "लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यक" नागरिकको संरक्षण, सशक्तिकरण वा विकासका लागि विशेष व्यवस्था गर्न सकिने व्यवस्था पनि संविधानको धारा १८ मा गरिएको छ। लैङ्गिक पहिचानसहितको नागरिकता प्रदान गर्ने भन्ने विषयमा नेपाल सरकारले २०६९ सालमा **"यौनिक तथा लैङ्गिक अल्पसंख्यक समुदायका व्यक्तिलाई लिङ्गको महलमा "अन्य" जनाई नागरिकता जारी गर्ने निर्देशिका"** जारी गरिसकेको अवस्था छ। यो व्यवस्था गरिनुपूर्व पुरुष वा महिला जनाई नागरिकता लिएकाहरूले लैङ्गिक पहिचान खुल्ने गरी नागरिकता संशोधन गर्न सक्ने गरी यस अदालतबाट परमादेश समेत जारी भएको र राहदानीमा समेत "अन्य" जनाई राहदानी जारी गर्ने विषयमा निर्देशनात्मक आदेश जारी भएको अवस्था समेत छ। संविधानको यो स्वीकारोक्तिबाट अब यो समुदायले सम्मान, समानता, स्वतन्त्रतासहित परिवार र समाजबाट गरिने विभेद, अपहेलना, यातना तथा निर्मम, अमानवीय एवं अपमानजनक व्यवहार र बञ्चनालाई चुनौति दिन र तिनको अन्त्यको लागि कानूनी रुपमा लड्न सक्ने अवस्था सृजना भएको छ। यही संवैधानिक परिवेश र पृष्टभूमिमा रिट निवेदिकाले संयुक्तराज्य अमेरिकामा विवाह गरेको लेस्ली लुइस मेल्नीकले गैर पर्यटकीय भिसा पाउन नसकेकोबाट आफ्नो संविधान प्रदत्त हक हनन् भएको भन्दै परमादेशको आदेश माग गरी यस अदालतमा निवेदन दर्ता गरेको अवस्था छ। लेस्लीले दिएको निवेदनमा निर्णय गर्नुपर्नेमा नगरेको (Omission) को कारण निवेदिकाले कायम गरेको दाम्पत्य सम्बन्धमा विचलन आउने वा उनलाई हैरानी हुने स्थिति भै निजकोसमेत स्वार्थ सन्निहित हुन आएको अवस्था विद्यमान देखिंदा उनलाई रिट निवेदन गर्ने हकदैया प्राप्त छैन भनी निवेदन अस्वीकार गर्नु न्यायसम्मत हुने देखिएन। निवेदिकालाई रिट निवेदन दिने हकदैया रहे भएकै देखियो ।

अब निवेदिकाले दावी गरेको लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यक हैसियतको विषयमा संविधान र कानूनमा के व्यवस्था छ भन्ने दोश्रो प्रश्न तर्फ हेरौं। रिट निवेदनमा निवेदिकाले अमेरिकी नागरिक लेस्ली लुइस मेल्नीकसंग सन् २०१५ को डिसेम्बर १८ का दिन अमेरिकाको SACRAMENTO COUNTY, SACROMENTO, CALIFORNIA मा दर्ता विवाह गरेको कुरा उल्लेख गर्दै उक्त विवाहको प्रतिलिपि रिट निवेदनसाथ संलग्न गरेको पाइन्छ। यस्तो विवाहले नेपालमा के हैसियत राख्छ भन्ने प्रश्न प्रस्तुत विवादमा प्रत्यक्ष रुपमा निरोपण गरिनु पर्ने प्रश्न नभै निवेदिकाले आफूले अमेरिकामा विवाह गरेकी लेस्ली लुइस मेल्नीकलाई गैर पर्यटकीय भिसा दिइनुपर्छ भन्नेसम्म जिकिर लिएको र विपक्षीहरुले निवेदकको वैवाहिक सम्बन्धका बारेमा कुनै प्रशन उठाएकोसमेत नदेखिएको हुँदा संविधान र कानूनको व्यवस्थाको विश्लेषण गरी सो प्रश्नमा मात्र सीमित रही निर्णय गर्न सकिने अवस्था छँदैछ । तर २०७२ सालमा निर्मित नेपालको संविधानले लैङ्गिक पहिचानसहितको नागरिकता पाउने, लिङ्ग वा वैवाहिकस्थितिको आधारमा भेदभाव गर्न नहुने कुरा उल्लेख गर्दै **“लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यक समुदायको संरक्षण, सशक्तिकरण र विकास”** को मुद्दालाई स्वीकार गरिसकेको अवस्थामा यस्ता व्यक्तिहरुले संविधान प्रदत्त हकको कसरी सहजरुपमा उपभोग गर्न पाउछन्, त्यसमा के कस्ता कुराहरुले वाधा गरिरहेका छन् र लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यक वर्गको संरक्षण, सशक्तिकरण र विकासमा अबको हाम्रो कानूनी तथा संस्थागत मार्ग के हुन सक्छ र हुनुपर्छ भन्ने विषयमा पनि यस अदालतको स्पष्ट दृष्टिकोण बन्नु न्यायको रोहमा वान्छनीय देखियो र यही सन्दर्भमा तुलनात्मक विधिशास्त्रमा भएको विकास वारेमा पनि अवगत रहनु आवश्यक समेत देखियो।

यस पूर्वका संविधानहरु जस्तै वर्तमान संविधानले पनि मौलिक हकहरुको घोषणा गर्दा “व्यक्ति” “नागरिक” जस्ता शब्दहरु प्रयोग गरेको छ । केही हकहरु जस्तो सम्मानपूर्वक बाच्न पाउने हक, स्वतन्त्रताको हक, यातना विरुद्धको हक, न्याय सम्बन्धी हक, छुवाछुत तथा भेदभाव विरुद्धको हक, गोपनियताको हक, शोषण विरुद्धको हक जस्ता हकहरु व्यक्तिलाई पत्याभूत गरिएका छन् । त्यस्तै गरी अन्य केही हकहरु जस्तो समानताको हक, सम्पत्तिको हक, सूचनाको हक, शिक्षा, स्वास्थ्य, आवाश, खाद्य, वातावरण सम्बन्धी हकहरु नागरिकहरुलाई प्रत्याभूत गरिएका छन् । **संविधानमा प्रयुक्त “व्यक्ति” वा “नागरिक” भन्ने शब्दहरु लैङ्गिकरुपमा निरपेक्ष शब्द हुन् । यी शब्दले पुरुष मात्र वा महिला मात्र भनी**

बुझाउदैनन्। तसर्थ संविधानद्वारा प्रत्याभूत मौलिक हकहरु पुरुष वा महिलालाई मात्र प्राप्त हुन्छन्; पुरुष वा महिलाको परम्परागत वर्गमा नपर्ने वा आफूलाई सो वर्गमा राख्न नचाहने अन्य वर्गका व्यक्तिहरुलाई प्रत्याभूत गरिएका होइनन्; संविधानको समान संरक्षण उनीहरुलाई प्राप्त छैन भनी भन्न र त्यसरी प्रत्याभूत गरिएका हकहरुबाट उनीहरुलाई बञ्चित गर्न मिल्ने हुँदैन । संविधानले प्रत्येक व्यक्तिलाई प्रत्याभूत गरेको सम्मानपूर्वक बाच्न पाउने हक अन्तर्गत व्यक्तिको रुपमा उसको पहिचानको हक पनि पर्छ । व्यक्तिको रुपमा उसको भौतिक अस्तित्व र पहिचानलाई नस्वीकारेसम्म सम्मानको कुरा आउँदैन । त्यस्तै गरी व्यक्तिको रुपमा जीवनलाई पूर्ण बनाउने स्वायत्तताको सम्मान नगरेसम्म उसको सम्मानलाई स्वीकार गरिएको भन्न मिल्दैन। यस दृष्टिबाट संविधान प्रदत्त हकहरुसँग नमिल्ने कानून, नीति र व्यवहारहरुले मान्यता पाउन सक्ने अवस्था हुँदैन । यति कुरासम्म त स्पष्ट नै छ। तर यत्तिले मात्र लैङ्गिक र यौनिक अल्पसंख्यकहरुले सहज रुपमा आफ्ना हकहरु उपभोग गर्न सक्ने अवस्था बनिहाल्दैन र बनेको पनि छैन । यसको लागि प्रथमतः समाजले उनीहरुका वास्तविक समस्या एवं पीडाहरु के हुन् सो बुझ्न र महसुस गर्न सक्नुपर्छ । साथै उनीहरुको जीवनको सहज विकास र अधिकारको सहज प्रचलनको लागि कानूनमा सकारात्मक कानूनी व्यवस्थाहरु (Positive enactments) आवश्यक पर्दछ । संविधानले लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यकको विकास र सशक्तिकरणको लागि सकारात्मक विभेद गर्न सकिने कुरालाई स्वीकार गरिसकेकोले अब त्यसतर्फ समेत हाम्रो ध्यान जानु आवश्यक देखिन्छ ।

हाम्रो धार्मिक तथा सास्कृतिक इतिहासतर्फ हेर्‍यो भने पुरुष तथा महिलाको वर्गमा नपर्ने तेस्रो लिङ्गीहरुको अस्तित्व कतै न कतै भेटिन्छ। चाहे स्वयं भगवान शिवजीको अर्धनारी स्वरुपलाई लिउँ वा रामायणमा वर्णित हिजडाहरु भगवान श्री राम बनवास जाँदा वहाँको पछि लागेको र श्रीरामबाट वरदान पाएको कथा लिउँ वा महाभारतमा अर्जुन र नागकन्या उलुपीको संसर्गबाट जन्मिएका अर्भानको प्रसङ्ग लिउँ वा मुस्लिम राजप्रसादमा किन्नर किन्नरी हिजडाहरुले खेल्ने भूमिकालाई नै लिउँ, हाम्रो इतिहास, धर्म र संस्कृतिमा उनीहरुको अस्तित्वलाई स्वीकार गरिएको र एक प्रकारको आदर तथा सम्मान प्रकट गरिंदै आएको पाइन्छ ।

तर आधुनिक समाजको प्रारम्भसँगै र विशेषतः संहितावद्ध कानूनको विकाससँगै तेस्रो लिङ्गीहरुउपर बक्रदृष्टि पर्न थालेको, उनीहरुका यौनजन्य गतिविधिहरुलाई अप्राकृतिक मान्न

थालिएको वा विभिन्न लाञ्छना र अपहेलनाका घटनाहरु बढ्दै गएको पाइन्छ । कमन ल (Common Law) का अनुयायी मुलुकहरुमा समलिङ्गी यौन व्यवहार (Sodomy) लाई गैरकानूनी मान्ने, विवाह, अंशबण्डा, उत्तराधिकार, अपुताली, धर्मपुत्र वा धर्मपुत्री ग्रहणमा उनीहरुलाई वञ्चित गरिने वा उपेक्षा गरिने कार्यले उनीहरु वञ्चनाको स्थितिमा पुगेको अवस्था छ। परिणामतः **अहिले तेस्रो लिङ्गी कतिपय व्यक्तिहरु आफ्नो परिचय लुकाएर एउटा त्रासपूर्ण जिन्दगी बाँच्न बाध्य भएका छन्। परिवारभित्रै र बाहिर पनि उनीहरुलाई यातना दिने, क्रूर, अमानवीय तथा अपमानजनक व्यवहार गरिने, पूर्वाग्रह देखाइने, जबरजस्ती करणी, गैर न्यायिक हत्या गरिने, स्वेच्छाचारी थुनछेक गरिने, प्रत्यक्ष वा परोक्षरुपमा घृणा, वेवास्ता वा पूर्वाग्रहपूर्वक व्यवहार गरिने, उनीहरुको पहिरन, वोली, व्यवहार, हिंडाई आदिको विषयमा खिसी टिउरी गरिने आदि गरिन्छ । तर उनीहरुको लैङ्गिक पहिचान वा यौनिक अभिमुखीकरण उनीहरुले स्वच्छापूर्वक बनाएको विषय होइन । जसरी मानिसले चाहेर पनि छाला वा आँखाको रंग बदल्न सक्दैन, त्यस्तै गरी यौनिक तथा लैङ्गिक पहिचानका कतिपय कुराहरु तथा सोसँग जोडिदिएका मनोवैज्ञानिक तथा संवेदनात्मक कुराहरु तेस्रोलिङ्गी व्यक्तिहरुले चाहेर पनि बदल्न सक्दैनन् । यो यथार्थलाई हाम्रो समाजले नबुझेको र हाम्रो राज्य संयन्त्रले बुझाउन नसकेको कारण उनीहरुले अत्यन्त पीडाको जिन्दगी विताउनु परेको कुरा यस सम्बन्धी अध्ययनहरुले देखाउँछन् ।**

समाज कै उपेक्षाका कारण उनीहरुको शिक्षा, स्वास्थ्य, आदि प्रभावित हुन पुग्छ । उनीहरुले शिक्षक र साथीभाइको खिसी टिउरी वा होच्याउने व्यवहारका कारण बीचमै पढाइ छाड्नु परेको, स्वास्थ्य सम्बन्धी समस्या भन्न नसकेको वा जबरजस्ती लैङ्गिक पहिचान दिन शल्यक्रिया वा हार्मोन सम्बन्धी उपचार गराइएको, रोजगारी नपाएको वा पाएको रोजगारी छाड्नु पर्ने अवस्था परेको, उनीहरुको लैङ्गिक झुकाव वा अभिमुखीकरणलाई नबुझेको कारण यातना र प्रताड्ना सहनु परेको, घर वा बसोबासबाट निकालिनु परेका दृष्टान्तहरु भेटिन्छन्। यसै बीच लैङ्गिक र यौनिक अल्पसंख्यकहरुको यही भोगाई एवं पीडालाई संवोधन गर्ने सन्दर्भमा विगत दुई दशकमा केही परिवर्तनहरु भने भएका छन् । अहिले विश्वका २५ भन्दा बढी मुलुकहरुले समलिङ्गी विवाह (Same Sex Marriage) लाई मान्यता दिएका छन् र

यो क्रम बढ्दो छ।[४] मानव अधिकार कानूनहरुमा त उनीहरुको पहिचान तथा हकहितका मुद्दाहरुलाई विशेष महत्वका साथ हेरिन थालिएको छ ।

मानव अधिकार कानूनको चर्चा गर्दा लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यकहरुको हकमा विशेषतः नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय महासन्धी १९६६ को धारा २, ६, ७, ९, १६ र १७ का व्यवस्थाहरु सान्दर्भिक हुन्छन् । धारा २ मा प्रत्येक राज्यले नै आफ्नो राज्यका व्यक्तिहरुलाई जातजाति, वर्ण, लिङ्ग, भाषा, धर्म, राजनीतिक वा अन्य विचार, राष्ट्रिय वा सामाजिक उत्पत्ति, सम्पत्ति, जन्म वा "अन्य हैसियत" को आधारमा कुनै भेदभाव नगरी महासन्धीमा उल्लिखित अधिकारहरुको संरक्षण, सम्मान र उपभोग सुनिश्चित गर्ने जिम्मा लिने वचनवद्धता व्यक्त गरेको कुरा उल्लेख छ । त्यस्तै व्यवस्था आर्थिक सामाजिक तथा सांस्कृतिक अधिकार सम्बन्धी महासन्धीमा छ । उक्त महासन्धीको धारा २ को प्यारा २ मा उल्लिखित "अन्य हैसियत (Other status)" भित्र लैङ्गिक पहिचान र यौनिक अभिमुखीकरण पर्ने कुरा पनि मानव अधिकार समितिले २००९ मा स्पष्ट गरेको छ। समितिले भनेको छः

Sexual orientation and gender Identity: "Other status" as recognized in Article 2 paragraph 2, includes sexual orientation. States parties should ensure that a person's sexual orientation is not a barrier to realizing Covenant rights, for example, in accessing survivor's pension right. In addition, gender identity is recognized as among the prohibited grounds of discrimination, for example, persons who are transgender, transsexual or intersex often face serious human rights violations, such as harassment in schools or in the workplace"[5]

नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय महासन्धीको धारा ६ को उपधारा (१) मा जीवनको नैसर्गिक अधिकार प्रत्याभूत गर्दै त्यस्तो अधिकार कानूनद्वारा संरक्षित गरिने कुरा उल्लेख भएको छ । जीवनको अधिकार अन्तर्गत व्यक्तिको रुपमा उसको पहिचान तथा जीवनलाई सफल एवं सम्मानयुक्त बनाउन आवश्यक पर्ने सबै कुराहरु पर्दछन् । धारा ६ मा वर्णित जीवनको हकलाई धारा ९ मा वर्णित स्वतन्त्रता र सुरक्षाको

---

[४] समलिङ्गी विवाहलाई नेदरलेण्डले सन् २००० मा मान्यता दियो । सन् २०१७ का अन्त्यसम्म अर्जेन्टिना, अष्ट्रेलिया, वेल्जियम, ब्राजिल, क्यानडा, कोलम्बिया, डेनमार्क, फिनलेण्ड, फ्रान्स, जर्मनी, आइसलेण्ड, आयरलेण्ड, लक्सम्वर्ग, माल्टा, मेक्सीको, न्युजिलेण्ड, नर्वे, पोर्चुगल, दक्षिण अफ्रिका, स्पेन, स्वीडेन, संयुक्त अधिराज्य, संयुक्त राज्य अमेरिका, उरुग्वेले मान्यता दिइसकेका छन् र ताईवान र अष्ट्रिया दिने क्रममा छन् ।

[५] ESCR, General Comment NO20, Non-Discrimination Economic, Social and Cultural Rights, UNDOC.E/C./2/GC 2O,10 June 2009(para 32)

हक एवं धारा १६ वर्णित कानूनको दृष्टिमा सर्वत्र व्यक्तिको रुपमा मान्यता पाउने हकले थप मद्दत गर्छ । धारा १६ मा भनिएको छः

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

कानूनको दृष्टिमा व्यक्तिको पहिचानलाई मान्यता प्रदान गर्नुको सोझो अर्थ हरेक मानवलाई जहाँसुकै मानवोचित व्यवहारको हक रहन्छ; उत्पत्ति, लिङ्ग, लौङ्गिक पहिचान वा अभिमुखीकरणको आधारमा कसैउपर भेदभावपूर्ण वा असंवेदनशील वा अमानवीय वा अपहेलनाजनक व्यवहार गरिँदैन भन्ने हो । महासन्धीद्वारा प्रत्याभूत जीवन, सुरक्षा, स्वतन्त्रता र मानवीय व्यवहारका हकहरु अतिरिक्त धारा ७ द्वारा प्रत्याभूत यातना, क्रूर अमानवीय एवं अपहेलनाजनक व्यवहार विरुद्धको हकले पनि लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यकहरुप्रति गरिने त्यस्तो व्यवहारलाई निषेध गर्छ ।

लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यक समुदायको हकको सन्दर्भमा महासन्धीको धारा १७ पनि उत्तिकै महत्वपूर्ण छ । सो धाराले गोप्यताको हक प्रत्याभूत गर्दै कसैको व्यक्तिगत वा पारिवारिक जीवन, विकास वा पत्राचार एवं सञ्चारमा हुने स्वेच्छाचारी वा गैरकानूनी हस्तक्षेपलाई निषेध गर्छ । साथै सो धाराले **"कसैको सम्मान र प्रसिद्धिउपर हुने गैरकानूनी आक्रमण**[६] लाई गैरकानूनी करार गर्छ । **गोप्यताको हकले व्यक्तिको निजी मामला वा क्षेत्र (Private sphere) लाई स्वायत्तक्षेत्र मान्दै त्यसमा हुने अतिक्रमणलाई रोक्छ । लैङ्गिक पहिचान र यौनिक अभिमूखिकरण व्यक्तिको निजी मामला हुँदा धारा १७ को संरक्षण प्राप्त हुने नै भयो । जहाँ नितान्त निजी मामला आउँछ व्यक्ति आफ्नो शरीर र भाग्यको मालिक आफैं हो । यसमा अरु कसैलाई हस्तछेप गर्ने हक हुँदैन । यो मान्यतालाई आधुनिक संवैधानिक विधिशास्त्रले स्वीकार गरेको पनि छ** । नागरिक र राजनीतिक अधिकारसम्बन्धी महासन्धीद्वारा प्रत्याभूत जीवन, समानता, सम्मान प्रतिष्ठा र गोप्यता सम्बन्धी उपर्युक्त हकहरुलाई यातना विरुद्धको महासन्धी, १९८४ ले गरेको यातनाविरुद्धका व्यवस्था तथा महिला उपर हुने सबैखाले भेदभावविरुद्धको महासन्धी, १९७९ ले गरेको विभेदको व्यापक परिभाषा, जसमा महासन्धीद्वारा प्रत्याभूत समानताको अधिकारको उपभोग र प्रचलनलाई निस्तेज वा निरर्थक पार्ने (Impairing or Nullifying) परहेज, वञ्चना वा प्रतिबन्ध (Distinction, exclusion or restriction)लगाउने कार्यलाई समेत विभेदको परिभाषाभित्र राखिएको छ । लैङ्गिक तथा

---

[६] "Unlawful attack on honour and reputation" ICCPR Art 17

यौनिक अल्पसंख्यकउपर हुने विभेदको सन्दर्भमा समेत आकर्षित हुने नै देखिन्छ । **मानव अधिकार कानूनको यो बृहत परिवेश र हाम्रो संविधानले गरेको मौलिक हक सम्बन्धी व्यवस्थाको आलोकमा प्रस्तुत विवादलाई हेरिएमा लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यकउपर गरिने सवैखाले विभेदहरु, चाहे कुनै कार्य (action) हुन् वा कार्य नगरिएको स्थिति अर्थात अकर्मण्यता (Omission) हुन्, गैरकानूनी देखिन्छन् ।** हाम्रो संविधानले एकातर्फ लिङ्ग, शारीरिक स्थिति, वैवाहिक स्थिति समेतको आधारमा भेदभाव गर्न नपाइने कुरा उल्लेख गरेको छ भने अर्कोतर्फ सामाजिक वा सांस्कृतिक रुपले पिछडिएको लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यक लगायतका १८ वटा समूहको हकमा उनीहरुको संरक्षण, सशक्तिकरण र विकासका लागि कानून बमोजिम विशेष व्यवस्था गर्न सकिने व्यवस्था गरेको छ । **यसबाट उनीहरुको अस्तित्व, पहिचान र सम्मानमा वा चाहनामा प्रतिकूल असर पर्ने वा अधिकारको उपभोग वा प्रचलन निस्तेज वा निरर्थक हुने गरी परहेज, वञ्चना वा प्रतिबन्धको स्थिति सृजना गर्न कुनै किसिमबाट पनि मिल्ने देखिँदैन । यस्ता कार्यहरु गैरकानूनी तथा अस्वीकार्य हुन्छन् । संविधान तथा मानव अधिकार कानूनको सार नै मानव मात्रको प्रतिष्ठा, स्वतन्त्रता, सुरक्षा र विकास हो भने लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यक समूहले सो अधिकारबाट वन्चित र विमूख हुनुपर्ने कारण देखिँदैन ।**

नेपालको संवैधानिक व्यवस्थाहरुको सापेक्ष्यतामा मानव अधिकार सम्बन्धी कानूनको यो समीक्षापछि लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यकका समस्याहरुलाई अदालतहरुले कसरी लिएका छन् भन्ने विषयमा समेत संक्षिप्त चर्चा आवश्यक हुन्छ । यस अदालतले **सुनिलबाबु पन्त**को मुद्दामा[७] तेस्रो लिङ्गी व्यक्तिहरुलाई भेदभावपूर्ण व्यवहार गर्न एवं मौलिक हकबाट बञ्चित गर्न नहुने कुरा उल्लेख गर्दै उनीहरुले गर्ने यौन सम्पर्कमा उनीहरुलाई गोप्यताको लगायत आत्मनिर्णयको अधिकार समेत हुने कुराको उद्घोष गरेको छ । त्यस्तै गरी **डिलु बदुजा**को मुद्दामा[८] यस अदालतद्वारा तेस्रो लिङ्गी व्यक्तिहरुको पहिचानसहित राहदानी दिलाउन राहदानीसँग सम्बन्धित कानूनमा संशोधन गरी यथाशीघ्र तेस्रो लिङ्गीको हकमा लिङ्गीय पहिचान हुने गरी राहदानी दिने व्यवस्था गर्दै जानू भनी निर्देशनात्मक आदेश जारी भएको छ । त्यसै गरी **सुनिलबाबु पन्त** समेतले दायर गरेको अर्को रिट निवदेनमा[९] तेस्रो लिङ्गीहरुले कतिपय अवस्थामा आफ्नो लैङ्गिक पहिचान ढिलो गरी थाहा पाउने र सो समयसम्म पुरुष वा महिला

[७] सुनिलबाबु पन्त वि. प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषदको कार्यालय समेत ने.का.प. २०६५ नि.नं. ७९५८ पृ.

३ डिलु बदुजा वि.प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषदको कार्यालय समेत ने.का.प २०७० नि.नं. ९०४८ पृ.१०५६

९ सुनिलबाबु पन्त समेत वि.नेपाल सरकार प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषदको कार्यालय समेत २०७०-WO-०२८७ निर्णय मिति ०७३।१०।१४

जनाई नागरिकता लिइसकेको अवस्था पर्न सक्ने भएबाट त्यसरी लिएको नागरिकतामा लिङ्गको महलमा “अन्य” जनाई संशोधन गर्नको लागि परमादेशको आदेश जारी गरेको छ । साथै ढिलो गरी आफ्नो लैङ्गिक पहिचान भएको अवस्थामा जैविक अंगको आधारमा पहिचान कायम गरी प्राप्त गरेको शैक्षिक प्रमाणपत्र लगायत महत्वपूर्ण व्यक्तिगत कागजातहरुमा पनि संशोधित नागरिकता अनुसार लिङ्गको महलमा संशोधन गर्न सक्ने गरी आवश्यक कानून संशोधन तथा परिमार्जन गर्नु, लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यक समुदायका व्यक्तिहरुको हक हित, अधिकार तथा दायित्वको विषयमा सम्बन्धित निकायहरु बीच आवश्यक अन्तरक्रिया गरी कानूनको अगाडि सबै समान हुने मान्य सिद्धान्तलाई सार्थकता प्रदान गर्नु तथा कहींकतैबाट पनि विभेद र असमान पर्न नपर्ने सुनिश्चितता प्रदान गर्ने वातावरण सृजना गर्नू भनी निर्देशनात्मक आदेश जारी गरेको अवस्था छ । यसरी यस अदालतबाट हालसम्म भएको निर्णयहरु हेर्दा यौनिक तथा लैङ्गिक अल्पसंख्यकहरुको हक हित, पहिचान र सम्मानको विषयमा अदालत संवेदनशील रहेको कुरा स्पष्ट हुन्छ ।

सर्वोच्च अदालतले हालसम्म खेलेको भूमिका अवश्य पनि अग्रागामी, मानवताको भावनाले ओतप्रोत र समतामूलक समाजको स्थापना गर्नेतर्फ उन्मुख छ । तर यति हुँदाहुँदै पनि यो कसैले नगरेको विशिष्ट कार्य भने अवश्य होइन । यसले त लोकतन्त्र, विधिको शासन र मानव अधिकारको कार्यान्वयनमा निस्कने समान स्वतन्त्रता, समान सम्मान, समान स्वायत्तता र समान न्याय जस्ता अभिव्यक्तिहरुलाई न्यायिक दृष्टिबाट मुखरित गरेकोसम्म हो। लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यकहरुको हक प्रचलनको विषयमा अन्य देशका अदालतहरु पनि उत्तिकै सचेत रहेको अध्ययनले देखाउछ । अध्ययनबाट धेरैजसो मुद्दाहरु पछिल्लो समयमा विवादास्पद समेत मानिएको लिङ्ग पुनः परिवर्तन शल्यक्रिया (Sex Reassignment surgery -SRS) र त्यस्तो शल्यक्रिया गरेका व्यक्तिले भोगेका जन्म दर्ता प्रमाण, सम्बन्धविच्छेद, निवृत्तिभरण सुविधा, नोकरीमा भेदभावपूर्ण व्यवहार आदि विषयसँग सम्बन्धित रहेको र यिनै विषयहरुमा अदातलहरुबाट फैसलाहरु भएको पाइन्छ । यी विषयहरुमा विभिन्न देशबाट भएका फैसलाहरु हेर्दा सबै अदालतहरुको एउटै धारणा रहेको पनि देखिदैन। तर यी मुद्दाहरुमा भएका निर्णयहरुको संश्लेषण गर्दा अदालतहरुले शुरुमा व्यक्तिको लिङ्ग जन्मबाटै निश्चित हुन्छ अर्थात क्रोमोजोम, अण्डकोष वा पाठेघर र जनेन्द्रीय (chromosome, gonads, genital) आदि कुराहरुको परीक्षण गरेर पुरुष वा महिला हो भनी

छुट्याउन सकिन्छ। शल्यक्रियाबाट लैङ्गिक पहिचान परिवर्तन गर्न सकिदैन (Corbelt V. Corbett (1970) 2 ALL ER 33) भन्नेदेखि लिएर यसरी शल्यक्रियाबाट नयाँ यौनिक पहिचान लिन चाहनेहरुको हकमा शल्यक्रिया पश्चात प्राप्त गरेको लिङ्गलाई मान्यता दिइनुपर्छ (Attorney General V. Otahuhu Family Court(1995) 1 NZLR 603); व्यक्तिको लैङ्गिक पहिचानको निम्ति अन्य कुराहरुको अतिरिक्त उसका अनुभूतिहरु र आफ्नो बारेमा उसले के सोच्दछ (Life experiences and self-perception) सो हेरिनुपर्छ (Re Kevin (2001) Fam.CA 1074 (Australia) भन्ने अवधारणालाई अदालतहरुले अनुशरण गर्दै गएको पाइन्छ । यसरी पछिल्लो समयमा जैविकभन्दा अनुभूति, संवेग तथा मनोविज्ञान लैङ्गिक पहिचानको सन्दर्भमा महत्वपूर्ण सूचक बन्दै आएको कुरा विभिन्न निर्णयहरुबाट देखिन्छ।[१०] यही आवश्यकताको वारेमा भारतीय उच्चतम् न्यायालयले एउटा मुद्दामा भनेको छ:[११]

When we examine the rights of transsexual persons...the test to be applied is not the biological test, “but the psychological test” because psychological factors and thinking of transsexual has to be given primacy than binary notion of gender of that person. Seldom people realize the discomfort, distress and psychological trauma, they undergo and many of them undergo “gender dysphoria” which may lead to mental disorder. Discrimination faced by this group in our society, is rather unimaginable and their right have to be protected, irrespective of chromosomal sex, genitals assigned birth sex, or implied gender role. Rights of transgender, pure and simple like Hijras, eunuchs, etc. have also to be examined, so also their right to remain as a third gender as well as their physical an psychological integrity”

यसरी भारतीय उच्चतम न्यायालयले तेस्रो लिङ्गी (Transgender) हरुका बारेमा जे कुरा व्यक्त गऱ्यो सो सबै किसिमका लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यकहरुको हकमा लागू हुन्छ । पछिल्लो समयमा उच्चतम् न्यायालयले गोपनीयताको हक बारेमा एउटा महत्वपूर्ण फैसला दिएको छ र उक्त फैसला पश्चात अब समलिङ्गी विवाहलाई गैरकानूनी करार गर्ने आफ्नो निर्णय पुनरावलोकन गर्ने निर्णय पनि गरेको छ ।

लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यकले भोग्नु परेको समस्याहरु र उनीहरुका विषयमा अदालती दृष्टिकोणबारे यति उल्लेख गरेपछि उनीहरुको हक अधिकारका विभिन्न पाटाहरु जस्तो विवाह एवं यौनजन्य अभिभावकत्व, अपुताली, सामाजिक सुरक्षा र निवृत्तिभरण जस्ता

---

[१०] JG.v. pengarh Jabatan P. Negara (2006)1M2J 90

[११] National Legal Service Authority V. Union of India and others . 15 April 2014 at http:/indiankanoon org/doc/193543132

विषयमा विभिन्न मुलुकहरुमा भएका कानूनी प्रयासहरुवारे संक्षिप्त चर्चा गर्नु यहाँ उपयुक्त नै हुनेछ। लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यकहरुको वैवाहिक थितिलाई मान्यता दिने क्रममा संयुक्त अधिराज्यमा सन् २००४ मा संसदले नागरिक साझेदारी ऐन (Civil Partnership Act 2004) पारित गऱ्यो । यो ऐनले समलिङ्गी विवाहलाई मान्यता दिंदै विपरीत लिङ्गी विवाहको दम्पत्तिहरुको जस्तै समलिङ्गी विवाहका दम्पत्तिहरुको पनि समान अधिकार र दायित्व रहने कुरा उल्लेख गऱ्यो । अर्थात सामाजिक सुरक्षा, भरण पोषण, निवृत्तिभरण, साझेदारका सन्तानहरुको विषयमा पैत्रिक दायित्व, घर भाडामा बस्ने अधिकार (Tenancy right), बीमा र अस्पतालमा रहँदा नजिकको व्यक्तिको हक (Next of kin rights) का साथै सम्बन्ध विच्छेद र विदेशमा बसेका वेलायती नागरिकबीच भएको विवाहलाई मान्यता दिनेबारेमा समेत ऐनले व्यवस्था गऱ्यो । देशभित्र भएको त्यस्तो विवाहलाई मान्यता दिने र नागरिक साझेदारीलाई विवाहमा बदल्ने व्यवस्था अर्को कानून अर्थात Marriage (same sex couples), Act, 2013 ले गरेको छ। विभिन्न देशहरुमा भएका कानूनी व्यवस्थाहरु हेर्दा समलिङ्गी विवाहलाई जनाउन Marriage, civil partnership, registered partnership, significant relationship, statutory co-habitation, civil union, de- facto union, civil solidarity pact, life partnership, confirmed co-habitation, registered domestic union, reciprocal beneficiary relationship, cohabitation union जस्ता शब्दावलीहरु प्रयोग गरिएको भेटिन्छ । विभिन्न मुलुकमा यस विषयमा गरिएका कानूनी व्यवस्थाको अध्ययन गर्दा यस्तो विवाहलाई सकारात्मक रुपमा मान्यता दिने, उनीहरुका यौनजन्य गतिविधिलाई अपराध घोषित गर्ने कानूनको खारेजी गर्ने साथै यस्ता विवाहित दम्पत्तिले अंश, अपुताली, संरक्षकत्व, माथवर, धर्मपुत्र, धर्म पुत्री, घर बहाल, करार आदि विषयमा पुरुष वा महिलासरह अधिकार पाउने विषयमा स्पष्ट कानून भएमा समानता र भेदभाव विरुद्धका हकलाई यथार्थमा कार्यान्वयन गर्न, एवं उनीहरुको सुरक्षा, विकास र सशक्तिकरणको कार्य अरु सहज हुन्छ भन्ने कुरामा मुलुकहरु विस्वस्त हुँदै गएको पाइन्छ। तेस्रो लिङ्गीहरुसँग सम्बन्धित यी समस्त विषयहरुमा अध्ययन र कानूनी सुधारको लागि सुनिलबाबु पन्तको मुद्दामा यस अदालतबाट सरकारका नाममा निर्देशनात्मक आदेश भैसकेको हुँदा सरकारबाट गठन गरिएको अध्ययन टोलीले समकालीन विश्वमा चालिएका कदमहरुबाट दृष्टि पुऱ्याउने अपेक्षा गरिएको छ । साथसाथै सार्वभौम जनताका प्रतिनिधि संस्था संविधानसभाद्वारा निर्मित संविधानले "लैङ्गिक तथा यौनिक" अल्पसंख्यक समुदायको अलगै पहिचानलाई स्वीकार गरिसकेको समेत सन्दर्भमा संघीय व्यवस्थापिकाले आगामी दिनमा

सकारात्मक कानूनी व्यवस्था मार्फत यो वर्गको पीडामा मलम लगाउदै संरक्षण, सशक्तिकरण र विकासमा विशेष कदमहरु लिने र विभेदका पर्खालहरु भत्काउने छ भन्ने विश्वास गरिएको छ ।

अब निवेदिकाले अमेरिकामा वैवाहिक सम्बन्ध स्थापित गरेपछि निजले विवाह गरेको लेस्ली लुइस मेल्नीकलाई गैर पर्यटकीय भिसा प्रदान गर्नुपर्ने हो वा होइन भन्ने तेस्रो प्रश्नतर्फ हेरौं । यो नै प्रस्तुत रिट निवेदनको प्रमुख विवाद हो भन्ने माथि उल्लेख भैसकेको छ । सो सन्दर्भमा लिखित जवाफको अध्ययनबाट लेस्लीको विपक्षी विभागमा निवेदन परेको भन्ने कुरालाई विपक्षी अध्यागमन विभागले स्वीकार गरेको देखियो । तर नेपालमा समलिङ्गी विवाहलाई मान्यता दिने कानूनी व्यवस्था नभएको कारण निवेदकको माग अध्यागमन विभागले कार्यान्वयन गर्न नसक्ने भन्ने आशयको जिकीर विपक्षीले लिएको देखियो । यहाँ स्पष्ट हुनुपर्ने कुरा के छ भने निवेदिका वा उनले विवाह गरेको व्यक्ति आफ्नो समलिङ्गी विवाहलाई मान्यता देऊ भन्न विपक्षी विभागमा गएको नै होइन । उनीहरु त विद्यमान कानूनी व्यवस्था कार्यान्वयन गरी गैर पर्यटकीय भिसा जारी गरिनुपर्ने मागसहित निवेदन लिएर गएको अवस्था हो र सोही कानूनी व्यवस्था अन्तर्गत नै प्रस्तुत विवादको निरोपण हुने हो । यसस्थितिमा विद्यमान कानूनी व्यवस्था के रहेछ भनी हेर्दा अध्यागमन नियमावली, २०५१ को नियम ८ को उपनियम (१) मा देहायका विदेशी र तिनका परिवारका सदस्यलाई गैर पर्यटकीय भिसा दिइने छ भन्दै देहाय खण्ड (ज) मा **"नेपाली नागरिकसँग वैवाहिक सम्बन्ध गरी विवाह दर्ताको प्रमाणपत्र पेश गर्ने विदेशीहरु"** भन्ने शब्दावली प्रयोग भएको पाइन्छ । साथै उक्त नियममा "नागरिक" "विदेशी" जस्ता लैङ्गिक रुपमा निरपेक्ष शब्दहरु प्रयोग भएको देखिन्छ । उक्त नियममा कहीं कतै पनि त्यसरी वैवाहिक सम्बन्ध कायम गर्ने व्यक्ति समान वा विपरीत लिङ्गी के हुनुपर्ने भन्ने उल्लेख गरेको पाइँदैन। यसको सोझो अर्थ नेपाली नागरिकसँग वैवाहिक सम्बन्ध भएको दावी गर्ने विदेशीले विवाह दर्ताको प्रमाणपत्र पेश गर्छ भने र उसँग विवाह गर्ने नेपाली नागरिकले भिसाको निवेदनमा मैले विवाह गरेको व्यक्ति यही हो भनी सनाखत गर्छ भने नेपाली नागरिकसँग वैवाहिक सम्बन्ध कायम गरेको विदेशी नागरिकलाई गैर पर्यटकीय भिसा जारी गर्न इन्कार गर्न मिल्ने हुँदैन। ज्ञातव्य के पनि छ भने नेपाली नागरिकले नागरिकता सम्बन्धी कानून अनुसार "अन्य" जनाई नागरिकता लिन र "अन्य" जनाई राहदानी बनाउन र लिइसकेको नागरिकतामा समेत "अन्य"

जनाई संशोधन गर्न पाउने भन्ने यस अदालतबाट निर्णय भैसकेको अवस्था छ । यस परिप्रेच्क्षमा समेत अध्यागमन नियमावलीले नै नभनेको कुरामा दरखास्त फाराममा उल्लेख भएको वा अन्य कुराको अत्तो थापी गैर पर्यटकीय भिसा जारी गर्न इन्कार गर्न मिल्ने देखिदैन। **जव कुनै विषयमा कुनै व्यक्तिको हक अधिकारको प्रश्न आउँछ त्यस्तोमा कानूनले स्पष्टतः निषेध गरेको अवस्थामा बाहेक व्यक्तिलाई अधिकार प्राप्त छ भन्नेतर्फ नै सबैको सोच बन्नुपर्छ । संविधान अधिकारको दस्तावेज मात्र नभै न्यायको दस्तावेज पनि हो । संविधानले लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यकको अलग पहिचान स्वीकार गरी लिङ्गको आधारमा विभेद गर्न नपाइने कुराको प्रत्याभूति गरेको छ र अध्यागमन ऐन वा नियमले त्यस्तो पहिचानलाई अस्वीकार गरेको छैन भने दरखास्त फाराममा उल्लेख भएको पति/पत्नी भन्ने शब्दले संविधान प्रदत्त हक निस्तेज गर्नु अन्यायपूर्ण हुन्छ । यस परिप्रेक्ष्यमा विपक्षीबाट संविधान विपरीत गैरपर्यटकीय भिसा जारी गर्नबाट गरिएको अकर्मण्यता (Omission) स्वीकारयोग्य देखिएन।**

अब निवेदिकाको माग बमोजिमको आदेश जारी गर्नुपर्ने हो वा होइन भन्ने सन्दर्भमा निवेदिकालाई नेपालको संविधानले प्रत्याभूत गरेको अधिकार एवं लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यकको रुपमा स्वीकार गरेको मौलिक हक पहिचानलाई समेत मध्यनजर गर्दा **निवेदिकालाई सम्मानपूर्वक र विना भेदभाव जिउन, आफ्नो व्यक्तिगत र पारिवारिक जीवन स्वतन्त्रता र स्वायत्ततापूर्वक सञ्चालन गर्न पाउने हक रहेकोमा विवाद रहेन । आफ्नो व्यक्तिगत जीवन कसरी सञ्चालन गर्ने, आफ्नो लैङ्गिक पहिचान के हुने र आत्माको कुन पुकारलाई सुन्ने भन्ने कुराको आत्मनिर्णयको अधिकार पनि निवेदिकालाई रहे भएको हुँदा उनको निजी जिन्दगीमा समेत दखल पुग्ने गरी एवं संविधान, मानव अधिकार कानून तथा अध्यागमन नियमावलीको व्यवस्थासमेतको बर्खिलाप हुने गरी निजले दाम्पत्य सम्बन्ध कायम गरेको व्यक्तिलाई गैरपर्यटकीय भिसा प्रदान गर्न इन्कार गर्न मिल्ने देखिएन ।** अतः निवेदिकाले विवाह गरेकी लेस्ली लुइस मेल्नीकले गरेको आवेदनमा निवेदिकाले दाम्पत्य सम्बन्ध कायम भैसकेको व्यक्ति यिनै हुन् भनी सनाखत गरेमा र फाराममा आवश्यक पर्ने अन्य कागजातहरु दाखिल गरेमा पति वा पत्नी को हो भनी नखुलाएको भन्ने आधारमा निवेदन अस्वीकार नगर्नू, अध्यागमन नियमावली, २०५० को नियम ८(१) बमोजिम निवेदिकाको दाम्पत्य सम्बन्ध कायम रहेको लेस्ली लुइस मेल्नीकलाई गैरपर्यटकीय भिसा जारी गर्नू भनी विपक्षीहरुका नाउँमा परमादेशको आदेश जारी हुने ठहर्छ ।

लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यकका हक अधिकारहरुको सार्थक उपयोगको सन्दर्भमा चालिनुपर्ने कदमका वारेमा माथि विस्तृत रुपमा विवेचना गरिएको छ । यस अदालतबाट सुनिलबाबु पन्तको रिट निवेदनमा **"सरकारले आवश्यक अध्ययन गरी फरक लैङ्गिक पहिचान र यौन अभिमुखीकरण भएका व्यक्तिहरुले पनि अरु व्यक्ति सरह नै बिना भेदभाव आफ्नो अधिकार उपभोग गर्न पाउने उपयुक्त कानून बनाउनू वा भैरहेको कानून संशोधन गरी आवश्यक प्रवन्ध गर्नू"** भनी नेपाल सरकारका नाउँमा निर्देशनात्मक आदेश भैसकेको छ । सरकारद्वारा यस विषयमा अध्ययन भैरहेको भनी विद्वान सहन्यायाधिवक्ताले इजलास समक्ष भन्नु भएको छ । मुलुकमा संविधान कार्यान्वयनको चरण प्रारम्भ भएको हुँदा संघीय व्यवस्थापिकाले सकारात्मक पहल गर्ने विस्वासका साथ उक्त आदेशको कार्यान्वयन यथाशीघ्र हुने अपेक्षा गरी हाल कुनै निर्देशनात्मक आदेश जारी गरिएको छैन ।यो आदेशका प्रतिलिपि महान्यायाधिवक्ता कार्यालय मार्फत विपक्षीलाई पठाई दिनू। दायरीको लगत कट्टा गरी मिसिल नियमानुसार बुझाई दिनू ।

न्यायाधीश

उक्त रायमा सहमत छु ।

न्यायाधीश

इजलास अधिकृतः तारा देवी महर्जन

कम्प्यूटरः चन्द्रा तिमल्सेना

सम्बत् २०७४ साल कार्तिक महिना ६ गते रोज २ शुभम्-----------------------