

सर्वोच्च अदालत, पूर्ण इजलास
 सम्माननीय कायम मुकायम प्रधान न्यायाधीश श्री हरिकृष्ण कार्की
 माननीय न्यायाधीश डा. श्री आनन्दमोहन भट्टराई
 माननीय न्यायाधीश श्री हरिप्रसाद फुयाल

आदेश

मुद्दा नं.: ०७९-WF-०००१

विषय:- बन्दीप्रत्यक्षीकरण।

भोजराज अधिकारीको नाति, इन्द्रप्रसाद अधिकारीको छोरा, नुवाकोट जिल्ला,
 तारकेश्वर नगरपालिका, वडा नं २ घर भई हाल कारागार कार्यालय
 जगन्नाथदेवल, काठमाडौंमा थुनामा रहेका सुजन अधिकारी १

निवेदक

विरुद्ध

उच्च अदालत पाटन	१	}
काठमाडौं जिल्ला अदालत	१	
कारागार कार्यालय जगन्नाथदेवल, काठमाडौं	१	

विपक्षी

नेपालको संविधानको धारा ४६ र १३३(२) र (३) बमोजिम यस अदालतको
 असाधारण क्षेत्राधिकारभित्र दायर हुन आएको प्रस्तुत निवेदन संयुक्त इजलास समक्ष
 निर्णयार्थ पेस हुँदा सो इजलासका माननीय न्यायाधीशहरू बीच मतैक्य हुन नसकी सर्वोच्च
 अदालत नियमावली, २०७४ को नियम २३(२)(क) बमोजिम यस इजलास समक्ष पेस
 हुन आएको रहेछ। रिट निवेदनको संक्षिप्त तथ्य एवम् आदेश यस प्रकार रहेको छ:-

तथ्य खण्ड

१. म फुर्सदमा घट्टै नुवाकोट जिल्लामा बाबुआमालाई खेतीपातीको काममा समेत मदत गर्दै
 आइरहेको छु। मैले पुरानो बौद्ध धर्मको किताब ओसारपसार गरेको भनी प्राचीन स्मारक
 संरक्षण ऐन, २०१३ अन्तर्गतको कसूरमा काठमाडौं जिल्ला अदालतमा एक लाख रुपैयाँ
 धरौटी राखी तारिखमा रहेकोमा मिति २०७६।०६।०१ गते १ (एक) वर्ष कैद र
 रु.५,०००।- (पाँच हजार रुपैयाँ) जरिवाना हुने ठहर्याई फैसला भएको थिए। उक्त
 फैसलाको जानकारी पाउनासाथ मिति २०७८।१२।२८ मा निवेदन साथ काठमाडौं

५१०

जिल्ला अदालतमा हाजिर भई कैद भुक्तानको लागि कारागार चलान भएकोमा मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ बमोजिमको सुविधा प्रदान गरी पाउनका लागि निवेदन दिएकोमा प्रतिवादी सुजन अधिकारीलाई प्राचीन स्मारक संरक्षण ऐन, २०१३ को दफा १३(५) बमोजिम रु.२५,०००।- (पच्चीस हजार रुपैयाँ) सम्म जरिवाना र ५ वर्षसम्म कैद हुनसक्ने अभियोग दाबी रहेकोमा मुद्दामा फैसला हुँदा नै १ वर्षसम्म कैद र ५ हजार रुपैयाँ जरिवाना मात्र हुने ठहरी मिति २०७६।०५।०२ मा फैसला भएको देखिँदा निवेदन मागबमोजिमको सुविधा दिन मिलेन भनी मिति २०७९।०१।१२ मा काठमाडौं जिल्ला अदालतबाट आदेश भएको थियो। उक्त आदेश विरुद्ध उच्च अदालत पाटनमा मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा ७३ बमोजिम निवेदन गरेकोमा उक्त अदालतबाट "यसमा प्रतिवादीलाई प्राचीन स्मारक संरक्षण ऐन, २०१३ को दफा १३(५) बमोजिम ५ वर्ष कैद र रु.२५०००।- रुपैयाँसम्म जरिवाना हुनसक्ने मुद्दामा १ वर्ष कैद र रु.५०००।- (पाँच हजार रुपैयाँ) जरिवाना भएको देखिएको र प्रतिवादीले प्रस्तुत मुद्दामा अनुसन्धानको क्रममा अनुसन्धान अधिकृत एवम् अदालतलाई सहयोग गरेको भन्ने देखिन नआएको, पुरातात्त्विक महत्वको ऐतिहासिक हस्तलिखित धर्मग्रन्थ अवैध रूपमा बिक्री गर्ने उद्देश्यले लैजाँदा पकाउ परेको देखिँदा निवेदकलाई काठमाडौं जिल्ला अदालतबाट मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ को सुविधा दिन मिलेन भनी शुरु जिल्ला अदालतबाट मिति २०७९।०१।१२ मा भएको आदेश रितपूर्वकको देखिँदा बदर गरिरहन परेन" भनी मिति २०७९।०२।२६ मा आदेश भएको थियो। मैले अनुसन्धान अधिकारीसमक्ष तथा अदालतमा समेत कसूर स्वीकार गरी न्यायिक प्रकृयामा पूर्ण रूपमा सहयोग पुऱ्याएको छ। फैसलाको जानकारी हुनासाथ म आफै हाजिर भई कारागारमा कैद भुक्तान गरिरहेको र मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ को सुविधा मारेकोलाई एक वर्ष वा सो भन्दा कम कैदको सजाय लागेको कसूरदारको निवेदन पर्न आएमा अदालतले कसूरदारको उमेर, कसूरको गम्भिरता, कसूरको तरिका, आचरण, निजलाई छोड्दा सार्वजनिक शान्ति कानून र व्यवस्थामा खतरा पुग्नेसमेत नदेखिए लगायतका कुराहरूको आधारमा मात्र यो सुविधा प्रदान गर्न मिल्ने वा नमिल्ने आधार र कारण खुलाई आदेश गर्नुपर्ने वाध्यात्मक व्यवस्था दफा १५५ को उपदफा (१) ले गरेको छ।

५१०

- ३/१०
२. म भखैरे १९ वर्षको भएको र मैले कसूरको गम्भिरता बढाउने प्रकृतिको कुनै कार्य गरेको अवस्थासमेत छैन। मलाई विक्ती मानन्धरले यो किताब बिकास देउलालाई दिनु भनेर ट्याक्सी भाडासमेत दिएर पठाएको हो। मैले गलत मनसाय राखी उक्त किताब ओसारपसार गरेको पनि होइन। मेरो आचरण राम्रो छ। मलाई छोडादा सार्वजनिक शान्ति, कानून र व्यवस्थामा खतरा पुग्नेसमेत होइन। मैले हालसम्म कुनै अपराध नगरेकोले प्रतिबन्धात्मक वाक्यांशद्वारा नकारात्मक सूची (Negative List) को अवस्थासमेत छैन। मलाई बन्दीप्रत्यक्षीकरण लगायतका आदेशद्वारा उक्त आदेशहरू बदर गरी मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ को सुविधा प्रदान गरी मलाई थुनाबाट मुक्त गर्न उपयुक्त आदेश जारी गरिपाऊँ भन्नेसमेत बेहोराको सुजन अधिकारीले यस अदालतमा मिति २०७९।०३।०१ मा दिएको निवेदनपत्र।
३. यसमा के कसो भएको हो? निवेदकको मागबमोजिम बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश किन जारी हुनु नपर्ने हो? आदेश जारी हुन नपर्ने भए सोको आधार कारणसहित यो आदेश प्राप्त भएको मितिले बाटाको म्यादबाहेक ३ (तीन) दिनभित्र महान्यायाधिवक्ताको कार्यालयमार्फत लिखितजवाफ पेश गर्नु भनी विपक्षीहरूको नाउँमा यो आदेश र रिट निवेदनको प्रतिलिपि साथै राखी म्याद सूचना पठाई म्यादभित्र लिखित जवाफ परे वा अवधि नाघेपछि महान्यायाधिवक्ताको कार्यालयलाई पेशीको जानकारी दिई नियमानुसार पेश गर्नु भन्नेसमेत बेहोराको यस अदालतबाट मिति २०७९।०३।०२ मा भएको आदेश।
४. प्रस्तुत विषयमा प्रहरी प्रतिवेदनको जाहेरीले वादी नेपाल सरकार प्रतिवादी सुजन अधिकारीसमेत भएको मुद्दा नं.०७५-द१-१४६४ मा प्राचीन स्मारक संरक्षण ऐन, २०१३ अन्तर्गतको कसूर मुद्दामा यस अदालतको मिति २०७६।०६।०१ गतेको फैसला अनुसार निज प्रतिवादी सुजन अधिकारीलाई प्राचीन स्मारक संरक्षण ऐन, २०१३ को दफा १३(५) बमोजिम १ (एक) वर्ष कैद र जरिवाना रु.५,०००।- (पाँच हजार रुपैयाँ) हुने ठहरेकोले कैदी पूर्जी मार्फत कैद ठेकी कारागार कार्यालय जगन्नाथदेवल, काठमाडौंमा पठाइएको हो। प्रतिवादी सुजन अधिकारीलाई यस अदालतको उल्लेखित मुद्दामा भएको फैसला अनुसार फैसला कार्यान्वयनको सिलसिलामा ठहरेको कैद तथा जरिवाना वापत कैद म्याद ठेकी कारागार कार्यालय जगन्नाथदेवल, काठमाडौं पठाइएको र यस अदालतको आदेश उच्च अदालत पाटनबाट मिति २०७९।०२।२६ मा सदरसमेत भएको हुँदा निजको थुना गैरकानूनी नभई कानूनसम्मत भएकोले यस अदालतको नाममा निवेदकको ज्ञाग द्वावी
- ३/१०

Chit
बमोजिम बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी हुनुपर्ने अवस्था नहुँदा निवेदन खारेज गरिपाउँ
भन्नेसमेत बेहोराको काठमाडौं जिल्ला अदालतको तर्फबाट यस अदालतमा मिति
२०७९।०३।०७ मा पेश भएको लिखित जवाफ ।

५. "यसमा प्रतिवादीलाई प्राचीन स्मारक संरक्षण ऐन, २०१३ को दफा १३(५) बमोजिम ५
वर्ष कैद र रु.२५,०००/- रूपैयाँसम्म जरिवाना हुन सक्ने मुद्दामा १ वर्ष कैद र
रु.५,०००/- (पाँच हजार रूपैयाँ) जरिवाना भएको देखिएको र प्रतिवादीले प्रस्तुत मुद्दामा
अनुसन्धानको क्रममा अनुसन्धान अधिकृत एवम् अदालतलाई सहयोग गरेको भन्ने देखिन
नआएको, पुरातात्त्विक महत्वको ऐतिहासिक हस्तलिखित धर्मग्रन्थ अवैध रूपमा बिक्री गर्ने
उद्देश्यले लैजाँदा पकाउ परेको देखिँदा निवेदकलाई काठमाडौं जिल्ला अदालतबाट मुलुकी
फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ को सुविधा दिन मिलेन भनी
काठमाडौं जिल्ला अदालतबाट मिति २०७९।०१।१२।०२ मा भएको आदेश
रितपूर्वककै देखिँदा बदर गरिरहन परेन, कानून बमोजिम गर्नु" भनी मिति २०७९।१।२६
मा यस अदालतबाट अन्तिम आदेश भएको छ। यसरी निवेदन संलग्न कागज प्रमाणको
मूल्याङ्कन र विश्लेषण गरी तथ्य, प्रमाण र कानूनको आधारमा अदालतबाट आदेश भएको
हुँदा यस अदालतको हकमा निवेदकको माग बमोजिमको आदेश जारी हुनुपर्ने होइन। रिट
निवेदन खारेजभागी छ, खारेज गरिपाउँ भन्नेसमेत बेहोराको उच्च अदालत पाटनको
तर्फबाट यस अदालतमा मिति २०७९।०३।०८ मा पेश हुन आएको लिखित जवाफ ।
६. विपक्षी सुजन अधिकारी काठमाडौं जिल्ला अदालतको च.नं. २२८१ मिति
२०७८।१२।२८ को थुनामा राख्न पठाएको पत्रबमोजिम प्राचीन स्मारक संरक्षण ऐन,
२०१३ अन्तर्गतिको कसूर मुद्दामा हाल यस कारागारमा थुनामा रहेको बेहोरा सादर
अनुरोध गर्दछु। अधिकार प्राप्त निकायको आदेशबाट मात्र कारागारमा थुनामा राख्ने र
थुना मुक्त गर्ने समेतका कार्य कारागार कार्यालयबाट हुने भएको र थुना मुक्त गर्ने वा
थुनामा राख्ने कार्यमा कारागार कार्यालयको कुनै स्वविवेकीय अधिकार नरहने भएकोले
प्रस्तुत रिट निवेदन यस कार्यालयको हकमा खारेज योग्य भएकोले खारेज गरी पाउँ भन्ने
समेत बेहोराको केन्द्रीय कारागार कार्यालय जगन्नाथदेवलको तर्फबाट यस अदालतमा
मिति २०७९।०३।०८ मा पेश हुन आएको लिखित जवाफ ।
७. निर्णयार्थ संयुक्त इजलास समक्ष पेस हुँदा निवेदक सुजन अधिकारीलाई प्राचीन स्मारक
संरक्षण ऐन, २०१३ को दफा १३ (१) र (२) बमोजिमको अभियोग लामेको देखिन्छ ।

६१०

उक्त अभियोग उपर सुदूराको पूर्वक्षको क्रममा निवेदकले साविति बयान समेत गरेको देखिन्छ। सोही आरोपमा निज रितपूर्वक पकाउ परी काठमाडौं जिल्ला अदालतमा मुद्दा चली निजलाई १ वर्ष कैद र रु.५,०००।- (पाँच हजार) जरिवाना हुने गरी मिति २०७६।०६।०९ मा फैसला भएको पाइन्छ। उक्त फैसलाको जानकारी भएपछि निवेदक आफै हाजिर भई कारागारमा कैद भुक्तान गरिरहेको र मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ को सुविधा माग गर्दै काठमाडौं जिल्ला अदालतमा दिएको निवेदन उपर पाटन उच्च अदालतमासमेत निवेदन दिएकोमा उक्त दुवै अदालतबाट ऐनको दफा १५५ बमोजिमको सुविधा दिन नमिल्ने भनी आदेश भए उपर निवेदक सोही सुविधा माग गर्दै यस अदालतसमक्ष बन्दीप्रत्यक्षीकरणको निवेदन लिई उपस्थित भएको देखिन्छ।

साधिकार निकायले फैसलाबमोजिम आवश्यक कानूनको प्रकृया पुऱ्याएर निवेदकलाई थुनामा राख्न पठाएको कार्य गैरकानूनी नहुँदा निवेदकलाई बन्दीप्रत्यक्षीकरणको रिट मार्फत थुना मुल्क गर्न मिल्ने हुँदैन। विधिवत् रूपमा प्राचीन स्मारक संरक्षण ऐन, २०१३ को दफा १३ (१) र (२) बमोजिमको कसूरमा यी निवेदक सुजन अधिकारी उपर किटानी जाहेरी परी साधिकार निकाय काठमाडौं जिल्ला अदालतबाट १ वर्ष कैद र रु.५,०००।- (पाँच हजार) जरिवाना हुने गरी मिति २०७६।०६।०९ मा भएको फैसलाको रोहमा थुनामा राखिएको विषयलाई लिएर बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी गर्नु कानून बमोजिम मिल्ने देखिन्दैन। निवेदकलाई गैरकानूनी तबरबाट थुनामा राखेको नभई काठमाडौं जिल्ला अदालतबाट भएको फैसलाको कार्यान्वयनको सिलसिलामा थुनामा राखेको देखिएको हुँदा बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी गर्न मिल्ने देखिएन।

निवेदकले गरेको कसूरको प्रकृतिमा दफा १५५ को अवस्थाको विद्यमानता भए नभए तर्फ हेर्दा, निवेदक सुजन अधिकारीलाई प्राचीन स्मारक संरक्षण ऐन, २०१३ को दफा १३ (१) र (२) बमोजिमको कसूरमा ऐ. को दफा १३(५) बमोजिम १ (एक) वर्ष कैद र रु.५०००।- (पाँच हजार रुपैयाँ) जरिवाना हुने ठहरी काठमाडौं जिल्ला अदालतबाट फैसला भएको देखिन्छ। यसरी निवेदकलाई एक वर्षको कैद सजाय भएको अवस्था छ भने निजको कसूरमा कसूरको गम्भिरता बढाउने अंवस्थासमेत छैन। निवेदकलाई विक्षी मानन्धरले किताब बिकास देउलालाई दिनु भनेर ट्याक्सी भाडासमेत दिएर पठाउँदा निवेदकले उक्त किताब लिएर गएकोसम्म देखिएको तथा निवेदकले आरोपित कसूरमा सावित रही बयान गरेको र निजको आचरण खराब रहेको भन्ने समेत

देखिँदैन। निवेदकको उमेर समेत १९ वर्ष लागेको अवस्था छ भने निजलाई छोड़ना सार्वजनिक शान्ति कानून र व्यवस्थामा खतरा पुग्ने अवस्था समेत देखिँदैन। मिसिल संलग्न कागजातहरूबाट निवेदक पटके कसूरदार भएको समेत नदेखिएबाट निवेदकलाई काठमाडौं जिल्ला अदालतबाट १ वर्ष कैद हुने गरी भएको फैसलामा उक्त कैद बापत निवेदकलाई मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ बमोजिमको सुविधा प्रदान गर्दा कानून र न्यायको मर्ममा आधात पुग्ने देखिँदैन। काठमाडौं जिल्ला अदालतबाट निवेदकलाई १ वर्ष कैद र रु.५,०००।- (पाँच हजार रुपैयाँ) जरिवाना भएकोमा उक्त कैद बापत मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ बमोजिमको सुविधा पाउन मिल्ने नै देखिँदा निज निवेदकको हकमा मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ बमोजिमको सुविधा प्रदान गर्नु भनी विपक्षीहरूको नाममा परमादेशको आदेश जारी हुने ठहर्छ भन्ने समेत माननीय न्यायाधीश श्री प्रकाश कुमार ढुंगानाको राय।

बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी नहुने गरी माननीय न्यायाधीशज्यूबाट व्यक्त राय प्रति मेरो पनि सहमति रहेको छ। जहाँसम्म काठमाडौं जिल्ला अदालतबाट निवेदकलाई १ वर्ष कैद र रु.५,०००।- (पाँच हजार) जरिवाना भएकोमा उक्त कैद बापत मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ बमोजिमको सुविधा पाउन मनासिव नै देखिएको भनी निज निवेदकको हकमा मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ बमोजिमको सुविधा प्रदान गर्नु भनी विपक्षीहरूको नाममा परमादेशको आदेश जारी हुने ठहर्याई माननीय न्यायाधीशज्यूबाट व्यक्त राय छ, सो सम्बन्धमा मेरो सहमति रहन नसकेको हुँदा यो छुट्टै राय व्यक्त गरेको छु। सिद्धान्ततः परमादेशको रिटलाई कुनै सार्वजनिक पदाधिकारीलाई तोकिएको सार्वजनिक कर्तव्य पालन गर्न वाध्य तुल्याउन अदालतबाट जारी गरिने परमाधिकार सम्पन्न आदेश मानिन्छ। तर यस्तो आदेश जारी हुनका लागि ४ वटा पूर्वशर्तहरू पूरा भएको देखिनुपर्ने मान्यता रहेको पाइन्छ - (क) कुनै काम गर्नुपर्ने वा पाउने गरी कुनै सार्वजनिक पदाधिकारीलाई कानूनले कर्तव्य वा अधिकार तोकेको वा प्रदान गरेको हुनुपर्ने, (ख) कुनै व्यक्तिसँग सार्वजनिक पदाधिकारीलाई तोकिएको त्यस्तो कर्तव्य पालन गराई पाउने अधिकार रहेको, (ग) त्यस्तो कर्तव्य पालन गराई पाउन माग गरेको, र (घ) सार्वजनिक पदाधिकारीले त्यस्तो कर्तव्य पालन गर्न इन्कार गरेको। यहाँनिर विचार गर्नुपर्ने कुरा के रहन्छ भने सार्वजनिक पदाधिकारीलाई

४१०

तोकिएको जुन कर्तव्य वा अधिकारको पालन वा प्रयोग गराई पाउन माग गरिने हो, निजलाई तोकिएको त्यस्तो कर्तव्य वा अधिकार वाध्यात्मक प्रकृतिको हुनुपर्छ। सार्वजनिक-पदाधिकारीकै स्वविवेकमा प्रयोग हुन सक्ने प्रकृतिको स्वविवेकीय कर्तव्य वा अधिकार रहेछ भने केही निश्चित अवस्थामा बाहेक त्यस्तो स्वविवेकीय अधिकारको प्रयोगका लागि सामान्यतया परमादेशको आदेश जारी गर्न सकिंदैन। स्वविवेकीय अधिकारकै विषय भए पनि अधिकारको प्रयोगै नगरेको अवस्था छ वा प्रयोग गरेकोमा पनि कानूनको देखादेखी त्रुटि गरी प्रयोग भएको छ वा दूषित मनसाय राखी बदनियतपूर्वक प्रयोग गरेको छ वा अनुचित उद्देश्यको लागि प्रयोग गरिएको छ वा जुन विषयहरूलाई आधार मान्नुपर्ने हो ती विषयहरूलाई आधार नमान्ने अनि जुन विषयहरूलाई आधार नमान्नुपर्ने हो ती विषयहरूलाई आधार मानेर प्रयोग भएको वा जुन कार्यविधिगत पूर्वशर्तहरू पूरा गरेर मात्र प्रयोग गर्नुपर्ने हो ती पूर्वशर्तहरूको विपरीत प्रयोग गरेको वा आफ्नो विवेकको प्रयोगै नगरेको (Non-application of mind) वा त्यस्तो अधिकार प्रयोग गर्दा कुनै कारणै नदिएको अवस्था रहेको प्रभाणित हुन्छ भने परमादेशको आदेश जारी हुनसक्ने कुरालाई इन्कार गर्न सकिंदैन। तर उल्लिखित अवस्थाको विद्यमानता रहेको नदेखिएको अवस्थामा कुनै अखित्यार प्राप्त अधिकारी वा निकायले आफ्नो स्वविवेकीय अधिकारको प्रयोग गरेको विषयलाई लिएर तिमीले त्यो अधिकारको प्रयोग यसरी गर्नुपर्यो भनेर पुनरावेदनको रोहबाट हेरे जस्तो गरी परमादेशको आदेश जारी गर्न मिल्दैन। कुनै सार्वजनिक पदाधिकारीले आफूलाई प्राप्त स्वविवेकीय अधिकारको प्रयोग कानून विपरीत नै गरेको रहेछ भने पनि एउटै मात्र निर्णयको सम्भावना रहेको अवस्था रहेछ भने भिन्नदै हो। तर वैकल्पिक प्रयोगको सम्भावना छ भने त्यस्तो निर्णय बदरसम्म गरेर पुनः कानून बमोजिम निर्णय गर्नका लागि पठाउने हो, यसै गरी गर वा तिमो अधिकारको प्रयोग म आफै गर्दै भन्न मिल्दैन।

उल्लिखित सैद्धान्तिक मान्यताका सन्दर्भमा प्रस्तुत निवेदनको स्थितिलाई मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५(१) मा उल्लिखित यो व्यवस्थाबाट एक वर्ष वा सो भन्दा कम कैद संजाय भएको अवस्थामा रकम तिरी कैद बस्न नपर्ने कुरा त्यस्तो व्यक्तिको अधिकारको विषय नभएर सुविधाको विषय रहेको देखिन्छ। स्वविवेकीय अधिकार भए पनि सोको प्रयोग गर्न नै इन्कार गरेको वा प्रवृत्त धारणा बनाई प्रयोग गरेको वा कुनै कारण नै नदिई त्यस्तो आदेशमा देखादेखी त्रुटि (Patent error) गरेको वा जुन आधारहरूमा प्रयोग गर्नुपर्ने हो सो आधारहरूमा प्रवेशै नगरेको स्थिति रहेको देखिंदैन।

३१०

प्रस्तुत निवेदनका सन्दर्भमा उठाइएको विषयमा दुई तहको अदालतबाट न्यायिक परीक्षण भइसकेको अवस्था देखिएको छ। न्यायिक परीक्षणका सिलसिलामा भएको न्यायिक विवेकको प्रयोगमा सरसरी हेर्दा नै देखिने किसिमको गम्भीर त्रुटि रहेको देखिँदैन। दफा १५५(१) को व्यवस्था स्वयंमा कसूरदारलाई सजाय गर्ने स्वतन्त्र व्यवस्था नभई मुलुकी अपराध संहिता र अन्य प्रचलित कानूनमा गरिएको सजाय सम्बन्धी व्यवस्थाको प्रतिवन्धात्मक व्यवस्थाको रूपमा राखिएको देखिन्छ। कुनै पनि कसूरदारलाई कानून बमोजिम अदालतको फैसलाले लागेको कैद सजाय हो भने कैदमै बस्नुपर्ने कुरा सामान्य व्यवस्था हो। तर ती व्यवस्थाहरूको अपवांदको रूपमा एक वर्ष वा एक वर्षभन्दा कम कैद सजाय भएका व्यक्तिलाई खास अवस्थामा रकम तिरी कैद बस्न नपर्ने व्यवस्था यो दफा १५५(१) मा गरिएको पाइन्छ। निवेदकलाई लगाइएको अभियोगमा रु.२५,०००।- सम्म जरिवाना र ५ वर्षसम्म कैद हुन सक्नेमा निवेदकको यीनै अवस्थाहरूलाई विचार गरेर नै जम्मा १ वर्ष कैद र रु.५,०००।- मात्र जरिवाना हुने ठहराएको हुँदा पुनः सोही विषयहरूलाई आधार बनाई माग बमोजिमको सुविधा दिन मिलेन भन्ने कारण उल्लेख गरेको देखिन्छ। वास्तवमा निवेदकले उल्लेख गरेका आधारहरू मुलुकी अपराध संहिता, २०७४ को दफा ३९ मा कसूरको गम्भीरता घटाउने अवस्थाको रूपमा उल्लेख भएको र फौजदारी कसूर (सजाय निर्धारण तथा कार्यान्वयन) ऐन, २०७४ को दफा १५ बमोजिम यी अवस्थाहरूलाई सजाय निर्धारण गर्दाका बखत समेत आधार लिनुपर्ने गरी व्यवस्था भएको देखिएको हुँदा निजउपर ५ वर्षसम्म कैद हुनसक्ने अवस्था रहेकोमा निवेदकले उल्लेख गरेका आधारहरूलाई विचार गरेर नै १ वर्षमात्र कैद हुने गरी सजाय निर्धारण गरिएको भन्ने जिल्ला अदालतको आदेश बेहोरालाई बेमनासिव मान्न सकिने अवस्था देखिँदैन। एउटै विषयलाई सजाय निर्धारणका बखत सजाय कम निर्धारण गर्न आधार लिने र सजाय कम निर्धारण भइसकेपछि पुनः कैदमा बस्न नपर्ने सुविधा प्रदान गर्न आधार लिने अभ्यासले कैद सजाय सम्बन्धी कानूनको उद्देश्य पूरा हुन्छ भन्न सकिन्न। निवेदक उपर कैद हुने सजाय हुने ठहर भए पछि २ वर्षसम्म फरार रहेको देखिएको छ। आफूबाट अब सार्वजनिक शान्ति, कानून र व्यवस्थामा खतरा नपुग्ने कुराको कुनै विश्वसनीय आधार पनि निवेदकले शुरु अदालतलाई दिन सकेको देखिँदैन। दफा १५५(१) को व्यवस्था सो बमोजिमको सुविधा दिने अधिकार प्राप्त अदालतको स्वविवेकीय अधिकारको विषय रहेकोले आफूलाई कैदको सट्टा रकम लिई कैदबाट छाडिदिन उपयुक्त

६१८

रहेको तथ्यमा विश्वसनीय आधार पेस गर्ने जिम्मेवारी त्यस्तो सुविधा माग गर्ने पक्ष मैं रहने हुन्छ। वस्तुतः फौजदारी कसूर (सजाय निर्धारण तथा कार्यान्वयन) ऐन, २०७४ को दफा १५(२) को खण्ड (क) मा उल्लेख भए अनुसार जघन्य वा गम्भीर प्रकृतिका कसूर गर्ने कसूरदारलाई कैद सजाय नै गर्नुपर्ने गरी व्यवस्था भएको पाइन्छ भने मुलुकी अपरोध संहिता, २०७४ को दफा ३(च) मा तीन वर्षभन्दा बढी दश वर्षसम्म कैद सजाय हुने कसूरलाई गम्भीर कसूरको रूपमा परिभाषित गरेको देखिँदा यी निवेदकलाई ठहर भएको कसूरको प्रकृति पनि गम्भीर कसूर अन्तर्गत पर्ने देखिन आएको छ। यसरी कैद कै सजाय गर्नुपर्ने गरी तोकिएको निवेदक उपरको कसूरमा ५ वर्षसम्मको कैद सजाय हुन सक्ने भए पनि निजको उमेर आदि अवस्थालाई विचार गरी १ वर्षमात्र कैद सजाय तोकिएको अवस्था देखिएको छ। कैद सजाय तोकिएको व्यक्तिलाई सुधारको कुनै कार्यक्रम बिना केवल कैदमा बस्न नपर्ने सुविधा दिनु स्वयंमा कसूरदारको सुधारको मापदण्ड मान्ने मान्यता समाज र राज्यको हितमा तथा दण्डको सिद्धान्त अनुकूल पनि छैन। कैदबाट रिहाइ गर्नु नै सुधारात्मक सिद्धान्तको अवलम्बन गरेको मान्न मिल्दैन। यस अदालतबाट ०७६-WH-०३३० र ०७७-WH-००९९ को मुद्दाहरूमा प्रतिपादित सिद्धान्तहरू बालबालिकाको मुद्दा र कोभिड महासारीको खास परिस्थितिको सन्दर्भलाई लिएर प्रतिपादित भएको देखिँदा प्रस्तुत निवेदनको विषयवस्तुको सन्दर्भ भन्दा फरक सन्दर्भमा प्रतिपादित भएको देखिन्छ। निवेदकलाई तोकिएको १ वर्ष कैद बापत पनि कैद बस्न नपर्ने सुविधा पाऊँ भन्ने निवेदकको निवेदन माग दावी अस्वीकार गरी माग बमोजिमको सुविधा दिन नमिल्ने गरी शुरु जिल्ला अदालतबाट भएको आदेश तथा सो आदेशलाई सदर गर्ने उच्च अदालतको आदेश कानून विपरीत रहेको नदेखिएको र सो अवस्थालाई विचार गरी माननीय न्यायाधीशज्यूबाट पनि बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी नहुने गरी भएको आदेशको हदसम्म मेरो पनि सहमति नै रहेको छ। तथापि निवेदकलाई १ वर्ष कैद र रु. ५,०००। - (पाँच हजार) जरिवाना भएकोमा उक्त कैद बापत मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ बमोजिमको सुविधा पाउन मनासिव नै देखिएको भनी निज निवेदकको हकमा मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ बमोजिमको सुविधा प्रदान गर्नु भनी विपक्षीहरूको नाममा परमादेशको आदेश जारी हुने ठहराई भएको आदेशको हदसम्म माननीय न्यायाधीश श्री प्रकाश कुमार दुङ्गानाज्यूको आदेशसँग सहमत हुन नसकेकोले निवेदकका तर्फबाट र्हन आएको प्रस्तुत निवेदन खारेज

६,४

हुने ठहर्दै। माननीय न्यायाधीश श्री प्रकाशकुमार दुंगानाज्यूको रायसँग फरक राय भएकाले सर्वोच्च अदालत नियमावली, २०७४ को नियम २३(२)(क) बमोजिम प्रस्तुत मुद्दामा सुनुवाईका लागि पूर्ण इजलास समक्ष पेस गर्नु भन्ने समेत माननीय न्यायाधीश श्री तिल प्रसाद श्रेष्ठको राय।

यस अदालतको आदेश

८. नियम बमोजिम दैनिक पेशी सूचीमा चढी निर्णयार्थ पेस हुन आएको प्रस्तुत रिट निवेदनमा मिसिल कागज अध्ययन गरी निवेदक तर्फबाट विद्वान् अधिवक्ताहरू श्री शान्तिराम खतिवडा, श्री राजन सापकोटा र श्री दिपक विक्रम मिश्र तथा विपक्षीहरू तर्फबाट विद्वान् सहन्यायाधिवक्ता श्री लोकराज पराजुली र विद्वान् उपन्यायाधिवक्ता श्री शान्ति प्रसाद लुइंटेलले गर्नुभएको बहस समेत सुनियो।
९. आफ्नो बहसको क्रममा निवेदकतर्फका विद्वान् अधिवक्ताहरूले आफ्नो पक्षलाई प्राचीन स्मारक संरक्षण ऐन, २०१३ को दफा १३(२) को कसूरमा सोही दफाको उपदफा (५) अनुसार एक वर्ष कैदको सजाय भएको, मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ सा कैदको सजाय हुने कसूर नभनी “कैदको सजाय भएको” भन्ने शब्दावली प्रयोग भएको छ। त्यसैले एक वर्षसम्म कैद भएको मुद्दामा सो दफाको प्रयोग गर्न मिल्दछ। निवेदक कसूर गर्दाको अवस्थामा १९ वर्षीय युवा छन्। निजले पहिलो पटक कसूर गरेको र सम्पूर्ण कसूर आफैले नगरी विक्री मानन्दरले किताब बिकास देउलालाई दिनु भनेर ट्याकसी भाडासमेत दिएर पठाउँदा निवेदकले उक्त किताब लिएर गएकोसम्म देखिएको, सो किताब के कस्तो प्रकृतिको हो भन्ने जानकारी नभएको अवस्था समेत छ। प्रस्तुत मुद्दामा कुनै पीडित छैन, कसूरको गम्भीरता, कसूरको तरिका, आचरण समेतलाई विचार गर्दा, कारागारमा राख्नुपर्ने कुनै कारण छैन। आफ्नो पक्षबाट सार्वजनिक शान्ति, कानून र व्यवस्थामा खलल पुर्ने अवस्था समेत नहुँदा मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ को सुविधा आफ्नो पक्षले पाउनुपर्छ। तसर्थ, निवेदकको हकमा मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ बमोजिमको सुविधा प्रदान गर्नु भनी विपक्षीहरूको नाममा परमादेशको आदेश जारी हुने ठहराएको माननीय न्यायाधीश श्री प्रकाश कुमार दुंगानाको राय सदर हुनुपर्छ भन्ने समेत बहस गर्नुभयो।
१०. त्यसैगरी विपक्षीहरू तर्फबाट उपस्थित विद्वान् सहन्यायाधिवक्ता तथा उपन्यायाधिवक्ताले निवेदकको विरुद्धमा कानून बमोजिम मुद्दा चली अधिकार प्राप्त अदालतबाट कैदको सजाय भएको र निज सोही कैदको सजाय भक्तान गर्ने सन्दर्भमा कैदमा रहेको हुँदा यो

G/W

अधिकारको विषय नै होइन। त्यसमाथि मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ को व्यवस्था बमोजिम कैदमा राख्नुको सट्टा त्यस वापत रकम लिई कैदबाट छाडिदिन उपयुक्त ठहर्याएमा अदालतले रकम तिर्ने सुविधा दिनसक्ने हुँदा सजाय कार्यान्वयन गर्ने निकाय अर्थात् जिल्ला अदालतको स्वविवेकीय अधिकारको क्षेत्र हुँदा यसो गर्नु वा उसो गर्नु भनी पुनरावेदन सुने जस्तो गरी परमादेशको आदेशद्वारा हस्तक्षेप गर्ने विषय नै होइन। कोभिड प्रकोपको असाधारण अवस्थामा जे निर्णयहरू भए त्यसलाई नियम मानेर सबै अवस्थामा कैद नै बस्नु नपर्ने सुविधा दिने निर्णय गर्दा न्याय पढैन। मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ को व्यवस्था कैद किन्ते व्यवस्था होइन, तर हाल त्यसरी बुझन थालिएको छ। त्यसैले यसलाई रोक्न जरुरी छ। निवेदकलाई प्राचीन स्मारक संरक्षण ऐन, २०१३ को दफा १३ बमोजिमको कसूरमा मुद्दा चलेको हो। सो कसूरमा पाँच वर्षसम्म कैदको सजाय हुन सक्ने गम्भीर कसूर हो। सम्बन्धित अदालतले २०७६।०६।०९ मा फैसला गर्ने सन्दर्भमा फौजदारी कसूर (सजाय निर्धारण तथा कार्यान्वयन) ऐन, २०७४ बमोजिम निवेदकको व्यक्तिगत परिस्थिति, कसूरको गम्भीरता घटाउने तत्व, सजायको उद्देश्य समेतलाई विचार गरी एक वर्ष कैदको सजाय गरेको हुँदा त्यसमा पुनः छाग १५५ को सुविधा प्रदान गरी कैद नै बस्नु नपर्ने आदेश गर्दा एक वर्ष भन्दा कमको कसूरमा कसैले पनि कैदमा बस्नु नपर्ने स्थिति बन्न जान्छ, जुन फौजदारी न्यायको मुलभूत सिद्धान्त समेतको विपरित हुन जान्छ। त्यसमाथि प्रस्तुत विवाद प्राचीन स्मारक संरक्षण ऐन, २०१३ अन्तर्गतको कसूर हुँदा फौजदारी कसूर (सजाय निर्धारण तथा कार्यान्वयन) ऐन, २०७४ को दफा २४(३) बमोजिम कैदको सजाय निलम्बन गर्न नसकिने कसूर हो। कैदको सजाय नै निलम्बन गर्न सकिन्दैन भने कैदको सट्टा रकम तिर्न पाउने व्यवस्था गर्न पनि मिल्दैन। तसर्थ, रिट निवेदन खारेज गर्ने गरेको संयुक्त इजलासका माननीय न्यायाधीश श्री तिलप्रसाद श्रेष्ठको राय सदर हुनुपर्छ भन्ने समेत बहस गर्नुभयो।

११. संयुक्त इजलासमा माननीय न्यायाधीशहरू बीच मतैक्य हुन नसकी सर्वोच्च अदालत नियमावली, २०७४ को नियम २३(२)(क) बमोजिम यस इजलास समक्ष पेसं हुन आएको प्रस्तुत रिट निवेदनमा निवेदकलाई प्राचीन स्मारक संरक्षण ऐन, २०१३ अन्तर्गतको कसूरमा काठमाडौं जिल्ला अदालतबाट मिति २०७६।०६।०९ मा १ (एक) वर्ष कैद र रु.५,०००।- (पाँच हजार रुपैयाँ) जरिवाना हुने गुरी फैसला भई अन्तिम भएको र उक्त फैसलापछि निवेदक मिति २०७८।१२।२८-का थुनुवा पूर्जी

६१०

बमोजिम थुनामा रहेको अवस्थामा मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ बमोजिम सुविधा पाँऊ भनी निजले निवेदन दिएकोमा काठमाडौं जिल्ला अदालतबाट निवेदन माग बमोजिमको सुविधा दिन मिलेन भनी मिति २०७९।०९।१२ मा आदेश भएको रहेछ। उक्त आदेश विरुद्ध निवेदकले उच्च अदालत पाटनमा मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ की दफा ७३ बमोजिम निवेदन गरेकोमा काठमाडौं जिल्ला अदालतकै आदेश सदर हुने गरी मिति २०७९।०२।२६ मा आदेश भएको थियो। तत्पश्चात दफा १५५ को सुविधा पाउनुपर्ने भनी बन्दीप्रत्यक्षीकरणको निवेदन यस अदालत समक्ष दर्ता भएको रहेछ। उक्त निवेदन संयुक्त इजलास समक्ष पेस हुँदा निवेदक अदालतका फैसला बमोजिम थुनामा हुँदा बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी हुन सक्दैन भन्नेमा दुबै माननीय न्यायाधीशहरूको मतैक्य रहेको तर मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ बमोजिमको सुविधा निवेदकले पाउनुपर्ने र सो विषयमा परमादेशको आदेश जारी हुनुपर्ने हो वा होइन भन्ने विषयमा फरकफरक राय रहेको देखियो।

१२. उक्त रायहरू मध्ये निवेदकलाई एक वर्षको कैद सजाय भएको, कसूरको गम्भीरता बढाउने अवस्थासमेत नरहेको, निजको आचरण खराब रहेको भन्ने समेत नदेखिएको कसूर गर्दाको समयमा निजको उमेर समेत १९ वर्ष लागेको अवस्था र निजलाई छोड्दा सार्वजनिक शान्ति कानून र व्यवस्थामा खतरा पुग्ने अवस्था समेत देखिन्दैन। निवेदक पटके कसूरदार भएको समेत नदेखिएबाट निवेदकलाई काठमाडौं जिल्ला अदालतबाट १ वर्ष कैद हुने गरी भएको फैसलामा उक्त कैद वापत निवेदकलाई मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ बमोजिमको सुविधा प्रदान गर्दा कानून र न्यायको मर्ममा आघात पुग्ने नभएबाट निवेदकलाई लागेको कैद वापत मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ बमोजिमको सुविधा प्रदान गर्न मिल्ने हुँदा उक्त सुविधा प्रदान गर्नु भनी विपक्षीहरूको नाममा परमादेशको आदेश जारी हुनसक्छ भन्ने माननीय न्यायाधीश श्री प्रकाश कुमार ढुंगानाको राय रहेको देखिन्छ भने प्रस्तुत निवेदनका सन्दर्भमा उठाइएको विषयमा दुई तहको अदालतबाट न्यायिक परीक्षण भइसकेको अवस्था देखिएको छ। न्यायिक परीक्षणका सिलसिलामा भएको न्यायिक विवेकको प्रयोगमा सरसरी हेर्दा नै देखिने किसिमको गम्भीर त्रुटि रहेको देखिन्दैन। निवेदकलाई लगाइएको अभियोगमा रु.२५,०००।- सम्म जरिवाना र प्रे वर्षसम्म कैद हुनसक्नेमा निवेदकको यीनै अवस्थाहरूलाई विचार गरेर नै जम्मा १ वर्ष कैद र

८१०

रु.५,०००। - मात्र जरिवाना हुने ठहराएको हुँदा पुनः सोही विषयहरूलाई आधार बनाई माग बमोजिमको सुविधा दिन मिलेन भन्ने कारण उल्लेख गरेको देखिन्छ। वास्तवमा निवेदकले उल्लेख गरेका आधारहरू मुलुकी अपराध संहिता, २०७४ को दफा ३९ मा कसूरको गम्भीरता घटाउने अवस्थाको रूपमा उल्लेख भएको र फौजदारी कसूर (सजाय निर्धारण तथा कार्यान्वयन) ऐन, २०७४ को दफा १५ बमोजिमका आधारहरूलाई विचार गरेर नै १ वर्ष मात्र कैद हुने गरी सजाय निर्धारण गरिएको भन्ने जिल्ला अदालतको आदेश बेहोरालाई बेमनासिव मान्न सकिने अवस्था देखिँदैन। एउटै विषयलाई सजाय निर्धारणका बखत सजाय कम निर्धारण गर्न आधार लिने र सजाय कम निर्धारण भई सकेपछि पुनः कैदमा बस्नु नपर्ने सुविधा प्रदान गर्न आधार लिने अभ्यासले कैद सजाय सम्बन्धी कानूनको उद्देश्य पूरा हुन्छ भन्न सकिन्न। निवेदकलाई कैद सजाय हुने-ठहर भएपछि निज २ वर्षसम्म फरार रहेको देखिएको छ। वस्तुतः फौजदारी कसूर (सजाय निर्धारण तथा कार्यान्वयन) ऐन, २०७४ को दफा १५(२) को खण्ड (क) मा उल्लेख भएको अनुआर असन्य वा गम्भीर प्रकृतिका कसूर गर्ने कसूरदारलाई कैद सजाय नै गर्नुपर्ने गरी व्यवस्था भएको पाइन्छ भने मुलुकी अपराध संहिता, २०७४ को दफा ३(च) मा तीन वर्षभन्दा बढी दश वर्षसम्म कैदको सजाय हुने कसूरलाई गम्भीर कसूरको रूपमा परिभाषित गरेको देखिँदा यी निवेदकलाई ठहर भएको कसूरको प्रकृति पनि गम्भीर कसूर अन्तर्गत पर्ने देखिन आएको, निवेदक उपरको कसूरमा ५ वर्षसम्मको कैद सजाय हुनसक्ने भए पनि निजको उमेर आदि अवस्थालाई विचार गरी १ वर्षमात्र कैद सजाय तोकिएको अवस्था देखिएको छ। कैदको सजाय तोकिएको व्यक्तिलाई सुधारको कुनै कार्यक्रम बिना केवल कैदमा बस्न नपर्ने सुविधा दिनु स्वयंमा कसूरदारको सुधारको मापदण्ड मान्ने मान्यता समाज र राज्यको हितमा तथा दण्डको सिद्धान्त अनुकूल पनि छैन। कैदबाट रिहाइ गर्नु नै सुधारात्मक सिद्धान्तको अवलम्बन गरेको मान्न मिल्दैन। निवेदकलाई तोकिएको १ वर्ष कैद ब्राप्त पनि कैद बस्नु नपर्ने सुविधा पाऊँ भन्ने निवेदकको निवेदन मागदावी अस्वीकार गरी माग बमोजिमको सुविधा दिन नमिल्ने गरी शुरु जिल्ला अदालतबाट भएको आदेश तथा सो आदेशलाई सदर गर्ने उच्च अदालतको आदेश कानून विपरीत रहेको नदेखिँदा परमादेशको आदेश जारी गर्न मिल्दैन भन्ने सारमा माननीय न्यायाधीश श्री तिल प्रसाद श्रेष्ठको राय रहेको देखिन्छ।

१३. यसरी दुईजना माननीय न्यायाधीशहरू बीच मतैक्य हुन नसकेको स्थितिमा सो रायहरू अदालतको अन्तिम निर्णय नभई पूर्ण इजलास समक्ष पेस भएका रायसम्म मान्नुपर्ने भएबाट

५१८

सो मध्ये कुनै रायलाई ग्रहण गर्न सक्ने वा सो बाहेक स्वतन्त्र निष्कर्षमा समेत पुग्न सक्ने नै हुन्छ। यस्तो स्थितिमा पूर्ण इन्साफ गर्नको लागि संयुक्त इजलासका दुई जना माननीय न्यायाधीशहरूको राय मध्ये कुनै एक रायसँग सहमत हुन वा नहुनका अतिरिक्त आफ्नो भिन्नै रायका साथ निर्णय गर्न पूर्ण इजलास सक्षम र अधिकार सम्पन्न हुने भन्ने मैना देवी पटेलको मुद्दा^१ मा यस अदालतको पूर्ण इजलासबाट सिद्धान्त कायम भएको र सो सिद्धान्तलाई रण बहादुर शाहको मुद्दा^२ मा समेत अनुशरण गरिएको पाईँदा प्रस्तुत विवादलाई स्वतन्त्र रूपले हेर्न यो इजलास सक्षम नै देखियो। यस दृष्टिबाट प्रस्तुत रिट निवेदनमा निवेदकको जिकिर र लिखित जवाफहरू समेत हेर्दा मुलभूत रूपमा देहाय बमोजिमका प्रश्नहरूको निरूपण हुनु आवश्यक देखियो:

क) मुलुकी अपराध संहिता, २०७४, मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४

र फौजदारी कसूर (सजाय निर्धारण तथा कार्यान्वयन) ऐन, २०७४ ले कसूर कायम, सजाय निर्धारण र कार्यान्वयनमा गरेका व्यवस्थाहरूको अन्तरसम्बन्ध र तिनले साझा रूपमा गरेका निर्देश समेतको सन्दर्भमा मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ को प्रयोगका आधार र अवस्थाहरू के हुन्?

ख) मातहत अदालतले मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ को सुविधा प्रदान नगरेको अवस्थामा यस अदालतको असाधारण अधिकारक्षेत्र प्रयोग गरी आदेश जारी गर्न सक्छ वा सकैन्?

ग) निवेदकको माग बमोजिमको आदेश जारी हुन सक्छ वा सकैन्?

१४. सर्वप्रथम मुलुकी अपराध संहिता, २०७४, मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ र फौजदारी कसूर (सजाय निर्धारण तथा कार्यान्वयन) ऐन, २०७४ ले कसूर कायम, सजाय निर्धारण र कार्यान्वयनमा गरेका व्यवस्थाहरूको अन्तरसम्बन्ध र तिनले साझा रूपमा गरेका निर्देश समेतको सन्दर्भमा मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ को प्रयोगका आधार र अवस्थाहरू के हुन्? भन्ने पहिलो प्रश्नतर्फ विचार गरौँ। यी तीनबटा कानूनहरू एकै समयमा जारी भएको कारणले मात्र होइन, यिनले फौजदारी न्याय सम्बन्धमा गरेका मुलभूत व्यवस्थाहरूको कारण पनि एक आपसमा अन्योन्यान्तरित सम्बन्ध भएका देखिन्छन्। न्याय सम्बन्धी हकको प्रत्याभूति, अपराध पीडितलाई फौजदारी न्यायको

^१-मैना देवी पटेल विरुद्ध विन्देश्वरी दास पटवार समेत, ने.का.प. २०६५, निर्णय नं. ७९११, पृ.१

^२ रण बहादुर शाह विरुद्ध प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय, ०६७-DP-००१३, निर्णय मिति २०७९।०५।०९

61/6

छेउकुनाबाट केन्द्रमा राख्ने प्रयास स्वरूप अनुसन्धान तथा कारबाही सम्बन्धी जानकारी पाउने देखि सामाजिक पुनःस्थापना र क्षतिपूर्ति सहितको न्याय पाउने-हक समेतको सम्मान, पुनःस्थापकीय न्यायको व्यवस्था, फौजदारी कसूरलाई जघन्य, गम्भीर र सामान्य गरी तीन समूहमा वर्गीकरण गरी जघन्य र गम्भीर कसूरमा छुट्टै सुनुवाईको व्यवस्था, कसूरबारे जाहेरीदेखि कसूरदार कायम, सजायको निर्धारण, त्यसको कार्यान्वयन र कार्यान्वयन पश्चात कसूरदारको सामाजिकिकरण र समाजमा पुनःस्थापना सम्मका पक्षहरूलाई समेट्नु यी कानूनहरूका चाखलागदा पक्ष हुन्। यथार्थमा यी तीनवटा कानूनले न्याय व्यवस्थाको रूपान्तरण गर्न खोजेको देखिन्छ। यी तीनवटै कानूनको व्यवस्थाहरू बीच रहेको अन्तरसम्बन्धबारे मुलुकी अपराध संहिता, २०७४ को दफा ४^३ तथा फौजदारी कसूर (सजाय निर्धारण तथा कार्यान्वयन) ऐन, २०७४ को दफा ४(१)^४ समेतले स्पष्ट रूपमा निर्देश गरेकै अवस्था छ। त्यसैले यहाँ चर्चा गर्न खोजिएको मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ को प्रयोगका आधार र अवस्थाहरू के हुन भन्ने बारे पनि उल्लेखित तीनवटै कानूनमा रहेका सम्बन्धित व्यवस्थाहरूलाई समयाङ्कालीन हेरी एउटा निश्चित निष्कर्षमा पुग्नु आवश्यक देखिन्छ। सो सन्दर्भमा हेर्दा, उक्त दफा १५५ ले कैद वापत रकम तिर्न सकिने बारे व्यवस्था गर्दै सो दफाको उपदफा (१) मा देहायको व्यवस्था गरेको पाइन्छ:

“कुनै कसूरमा पहिलो पटक कसूरदार ठहरी एक चर्ष वा एक वर्षभन्दा कम कैदको सजाय भएको मुद्दामा कसूरदारको उमेर, कसूरको गम्भीरता, कसूर गरेको तरिका, आचरण समेतलाई विचार गर्दा कारागारमा राख्नु उपयुक्त नदेखिएमा तथा निजलाई छोड्दा सार्वजनिक शान्ति, कानून र व्यवस्थामा खतरा पुग्ने समेत नदेखिएमा त्यसको कारण खुलाई अदालतले निजलाई कैदमा राख्नुको सट्टा त्यस वापत रकम लिई कैदबाट छाडिदिन उपयुक्त ठहर्याएमा कैद वापतको रकम तिरी कैद बस्नु नपर्ने गरी आदेश दिन सक्नेछ”

१५. उल्लेखित कानूनी व्यवस्थाको पृष्ठभूमिमा मुलुकी ऐनमा नवौं संशोधनद्वारा थपिएको दण्ड सजायको ११क नं को व्यवस्था र सो व्यवस्थाको प्रयोगको विषयमा प्रतिपादित

61/6

^३ “यस संहिताको भाग १को परिच्छेद २, ३, ४ र ५ बमोजिमका सिद्धान्त र व्यवस्थाहरू यस संहिता र अन्य ऐन अन्तर्गतका कसूर सम्बन्धमा सामान्यतः लागू हुनेछन्।”

^४ “अपराध संहिता र फौजदारी कार्यविधि संहिताको अधिनमा रही यस संहिताको कार्यान्वयन गर्नु पर्नेछ।”

610

सिद्धान्तहरू रहेको कुरा विस्तर मिल्दैन।^५ दफा १५५ को विशेषण गर्दा, प्रथम दृष्टिमा नै यो पहिलो पटक कसूरदार ठहरी एक वर्ष वा एक वर्ष भन्दा कम कैदको सजाय भएको मुद्दामा कैदमा राख्नु सङ्गति कैद वापतको रकम तिरी कैदमा बस्नु नपर्ने भनी प्रबन्ध गरिने सुविधा हो भन्ने देखिन्छ। यस्तो सुविधा अदालतले “उपयुक्त ठहन्याएमा” मात्र प्रदान गर्न सक्छ। दफा १५५(१) मा “ठहन्याएमा” भन्ने बोली परेबाट यो कार्य न्यायिक हो; आधार र कारण उल्लेख नभारी तथा न्यायका मूल मान्यताको विरुद्ध यसको प्रयोग हुन सक्दैन भन्ने स्पष्ट छ। जसरी अभियोजन पश्चात् मुद्दामा स्वच्छ सुनुवाई गरिनुपर्छ, यो सुविधा दिने वा नदिने भन्ने निष्कर्षमा पुग्नु अघि पनि सम्बन्धित अदालत र विशेषतः सो विषयको सुनुवाई गर्ने न्यायाधीशले पीडित र पीडितको प्रतिनिधित्व गर्ने सरकारी पक्षलाई बुझेर मात्र कैदको सङ्गति रकम लिई कैदबाट छाडिदिने आदेश दिन सक्छ। यसै गरी कैदको सङ्गति रकम तिर्न लिइएका आधारहरू वस्तुनिष्ठ, तर्कसंगत र न्यायपूर्ण हुनुपर्छ। त्यसको आलावा उल्लेखित प्रावधानको प्रयोग हुन देहायको अवस्थाहरू विद्यमान हुनुपर्ने कुरा पनि दफा १५५ को अध्ययनबाट देखिन्छ:

क) कसूरदारको उमेर, कसूर गरेको तरिका र आचरण समेतलाई विचार गर्दा

बगरागारमा राख्न उपयुक्त नदेखिएको,

ख) निजलाई छोड्दा सार्वजनिक शान्ति, कानून र व्यवस्थामा खतरा पुग्ने नदेखिएको,

५६. जहाँसम्म कसूरदारको उमेर, कसूरको तरिका र आचरणको कुरा छ, यस अदालतको पूर्ण इजलासले रङ्गन भन्ने कुमार श्रेष्ठको मुद्दामा यी तीनवटै शर्तहरूको व्याख्या गरेको छ। सो मध्ये “कसूरदारको उमेर” बारे पूर्ण इजलासले यो शब्दावलीले “खास कुनै उमेर समूहलाई इङ्गित गरेको नभई कसूर गर्दाको समग्र परिस्थितिको रोहमा उमेरलाई हेर्नुपर्ने र यसले सामान्यतया तुलनात्मक रूपमा कम उमेरका वा परिस्थितिलाई गम्भीर रूपले विश्लेषण गर्न सक्ने मानसिक, वौद्धिक वा भावनात्मक परिपक्वता विकास भइनसकेको, कसैको बहकाउमा वा उक्साहटमा लागी कसूर गर्न सक्ने उमेर समूहका अपरिपक्व युवा कसूरदार^७ (Youth Offender) वा ज्यादै वृद्धावस्था वा निजको उमेरजन्य कारणबाट सिर्जित

^५ भक्त वहादुर विरुद्ध श्री ५ को सरकार, नेकाप २०५५, निन. ६५७१ पृ ३९५; प्रहरी प्रतिवददनले श्री ५ को सरकार विरुद्ध तिव्वतियन शरणार्थी लोप्साड नोर्बु लामा समेत, नेकाप २०६४ निन ७८४५ पृ ५७६।

^६ रहन भन्ने कुमार श्रेष्ठ विरुद्ध काग्रेपलान्चोक जिल्ला अदालत समेत, ०७८-WF-००३०, निर्णय मिति २०७८।१२।२४।२४।

^७ मुलुकी अपराध संहिता, २०७४ को दफा ४५, बालवालिका सम्बन्धी ऐन, २०७५ को दफा ३६

६१४

जिर्ण शारीरिक अवस्था जस्ता विषयहरू निजलाई कैदमा राख्न उपयुक्त हुने वा नहुने आधारको रूपमा विचारणीय हुन सक्ने देखिन्छ^८ भन्ने व्याख्या गरेको छ। वर्तमान संहिताले बालक तथा कम उमेरका, पहिलो पटक कसूर गर्ने र साँचो कुरा बोली र कसूरबारे पश्चाताप गरी न्यायिक प्रकृयालाई सहयोग गर्ने व्यक्तिहरू प्रति नरम दृष्टिकोण राखेको र संविधानले नै जेष्ठ/ नागरिकको हकमा पनि उदार सोच राखेको परिप्रेक्ष्यमा कसूरदारको उमेरबारे पूर्ण इजलासले गरेको व्याख्यामा असहमत हुनुपर्ने कारण देखिन्दैन।

१७. दफा १५५(१) मा प्रयोग भएको अदालतले विचार गर्नुपर्ने दोस्रो शर्त "कसूर गरेको तरिका" हो। यो शब्दावलीको व्याख्या गर्दै पूर्ण इजलासले उक्त मुदामा "कसूरको परिणाम उस्तै भएपनि कसूरदारले कसूर गर्दा प्रयोग गरेको तरिकाले निज कति हिस्तक रहेको छ वा निज ... समाजका लागि कति संत्रासपूर्ण वा हानिकारक रहेको छ भन्ने कुराको अन्जाम गर्न सकिने हुन्छ" भनेको छ। उपायविहिन अवस्थामा कसूर हुन गएको, बाध्यतावस कसूर गरेको, पीडित स्वयंले उत्तेजनामा ल्याएको कारण घटना घट्न गएको, प्रतिकार स्वरूप कसूर गरिएको स्थिति दोषरहित अपराध, वा यस्तो तरिकाले वा यस्तो यन्त्र, हतियार वा औजार प्रयोग गरी कार्य गर्दा यस्तो परिणाम आउन सक्छ भनेबारे हेका राख्न नसकेको वा हेलचक्याईको अवस्था आदि "कसूर गरेको तरिका" बारे विचार गर्दा सान्दर्भिक हुन सक्छन्। यी र यस्तै कुराहरूलाई हेरेर कसूरदारलाई कैदको सद्वा रकम तिर्ने सुविधा दिने वा नदिने भनेबारे निक्यौतमा पुरन सकिने हुँदा कैदको सद्वा रकम तिर्ने सुविधा दिने वा नदिने ठहरमा पुग्नु अदि यी पक्षहरूका ध्यान दिनु आवश्यक देखिन्छ।

१८. कारणारमा राख्न उपयुक्त नहुने निष्कर्षमा पुग्ने तेस्रो शर्त "कसूरदारको आचरण" हो। "आचरण" शब्द दफा १५५ को उपदफा(१), उपदफा (२) र उपदफा (३) मा गरी तीन ठाउँमा प्रयोग भएको देखिन्छ। सो मध्ये उपदफा (१) मा प्रयुक्त "आचरण" कैदको सद्वा रकम लिई कैदबाट छाडिदिनको लागि पूरा गर्नुपर्ने पूर्वशर्त हो भने उपदफा (२) मा प्रयोग भएको "आचरण" कैदमा नबस्ने सुविधा प्राप्त गरेपश्चात निर्वाह गर्नुपर्ने आचरण हो। उपदफा (३) मा प्रयुक्त "आचरण" उपदफा (२) बमोजिम पालना गर्न मन्जुर गरेको आचरण भङ्ग गरेको कुरासँग सम्बन्धित छ, र सो कुरा स्थापित भएमा अदालतले उपदफा (३) बमोजिम कैदको सद्वा रकम तिर्न दिएको सुविधा रद गर्ने आदेश दिन सक्छ। जहाँसम्म उपदफा(१) मा प्रयुक्त कसूरदारको आचरणको प्रश्न छ, कसूरदारले अपराधबारे

^८ रइन भन्ने कुमार श्रेष्ठ विरुद्ध कान्पेलान्चोक जिल्ला अदालत समेत, ०७८-WF-००३०, निर्णय मिति २०७८। १२। २४

G/10

अनुसन्धान र अदालतमा समेत साँचो बोलेको, पश्चाताप गरेको, सुधिने वचनवद्धता व्यक्त गरेको वा अन्य अभियुक्त, त्यसका गिरोह वा मतियारलाई पक्राउ गर्न, प्रमाण जुटाउन सहयोग गरेको, न्यायिक प्रकृयामा समर्पण र सहयोग गरेको, पीडितलाई क्षतिपूर्ति तिरेको वा तिर्न मन्जुर गरेको छ वा छैन भन्ने कुराहरू सान्दर्भिक हुन्छन्^९। आचरणलाई मध्यनजर गर्दा “न्यायिक प्रकृयालाई छली हिँड्ने फरार कसूरदारलाई अदालतले सुविधा प्रदान गर्नु मनासिव नहुने”^{१०} भन्ने मत पूर्ण इजलासको रहेको छ जुन मनासिव नै देखिन्छ। फरार रहेका, न्यायिक प्रकृया छली हिँडेका भगौडा कसूरदारहरूलाई न्यायको कठघरामा उभ्याउनु र दण्ड दिलाउनु राज्यको कर्तव्य नै हुँदा मुद्दाको अन्तिम किनारा लारेपछि मनासिव समयभित्र अदालतको फैसला स्वीकारी आफै उपस्थित हुने, सजाय भोरन इच्छुक तर गम्भीर विरामी भई उपचारको क्रममा रहेको वा तत्काल कैदमा बस्न नसकेको मनासिव कारण देखाउने कसूरदार र त्यसरी उपस्थित नभई फैसला कार्यान्वयनको चरणमा अदालत वा प्रहरीद्वारा पक्राउ भई आउने भगौडा कसूरदारलाई अदालतले फरक फरक व्यवहार गर्न सक्ने हुन्छ र सो हेर्ने क्रममा सजाय पूर्वको प्रतिवेदन प्राप्त भएमा सोबाट समेत हेर्न सकिने आचरणको कुरा सान्दर्भिक हुने देखिन्छ।

९९. अब, जहाँसम्म दफा १५५(१) मा प्रयोग भएको “निजलाई छोड्दा सार्वजनिक शान्ति, कानून र व्यवस्थामा खतरा युग्ने समेत नदेखिएमा” भन्ने शब्दावलीको प्रश्न छ, विवादित कसूरको विषयलाई राज्यले कसरी हेरेको छ भन्ने र निजलाई कैदमा नराखी छाड्दा पीडित र समाजमा के प्रभाव पर्दै भन्ने कुराहरू यसमा महत्वपूर्ण हुन्छन्। मुलुकी अपराध संहिता, २०७४ मा केही कसूरहरूलाई सार्वजनिक शान्ति, सार्वजनिक न्याय, राष्ट्रिय वा सार्वजनिक सम्पदा विरुद्धका कसूर भनी नामाकरण गरिएको छ। कतिपय कसूरहरूमा महिलाहरू उपर अत्याचारपूर्ण व्यवहार गरिएको, उनीहरूलाई वस्तुको रूपमा मात्र हेरिएको तथा लैङ्गिक न्यायको हिसावले आपत्तिजनक अवस्था हुन्छ। त्यसैगरी अन्य कतिपय कसूर मानव सभ्यताको नै विपरित भई सार्वजनिक नैतिकता विरुद्धका कसूर मानिन्छन्। त्यसैगरी कतिपय कसूरहरूलाई जघन्य र गम्भीर कसूर मानी सजायको व्यवस्था गरिएको हुन्छ। यो कुरा मुलुकी अपराध संहिता, २०७४ बाहेक अन्य कानूनले

^९ मुलुकी अपराध संहिता २०७४ दफा ३९, ४७, ४८; फौजदारी कसूर (सजाय निर्धारण तथा कार्यान्वयन) ऐन, २०७४ दफा १३, १४, १५, १६, १७

^{१०} रइन भन्ने कुमार श्रेष्ठ विरुद्ध काभ्रेपलान्चोक जिल्ला अदालत समेत, ०७८-WF-००३० निर्णय मिति २०७८। १२। २४ (अनुच्छेद १८)

६।१०९

सजाय हुने कसूरहरूमा पनि आकर्षित हुन सक्छ। त्यस्ता कसूरहरूमा अदालतले कसूरदार प्रति के कसरी व्यवहार गर्दै, के कस्तो सजाय गर्दै र के कसरी सजाय कार्यान्वयन गर्दै भन्ने कुरामा सम्पूर्ण समाजको चासो र सरोकार रहन्छ। यीनै कुराहरूलाई मध्यनजर गरी पूर्ण इजलासले “फौजदारी कसूरमा सजाय गर्नुको एउटा मूलभूत उद्देश्य कसूरदारबाट समाज वा समुदायलाई सुरक्षित तुल्याउनु पनि हो। कैदमा बस्नु नपर्ने सुविधा दिई छोडदा पुन समाज अशान्त हुने वा सार्वजनिक शान्ति खलबलिन पुग्ने वा यसबाट दण्डहिनताको अवस्था सिर्जना भई कानून र व्यवस्थामै खतरा पर्ने स्थिति देखिन्छ भन्ने कुनै कसूरदारलाई कैदमा बस्नु नपर्ने सुविधा दिनु फौजदारी न्याय प्रणाली के उद्देश्य विपरित हुन जान्छ”^{११} भन्ने धारणा व्यक्त गरेको पनि छ। सार्वजनिक शान्ति, न्याय, नैतिकता र सामाजिक सुरक्षालाई विचार गरेर नै राज्यले केही कसूरहरूको हकमा न्याय निलम्बन गर्न नसकिने,^{१२} प्यारोलमा छाडन नसकिने,^{१३} कैद कट्टा हुन नसक्ने^{१४} सजाय निलम्बन गर्न वा प्यारोलमा छाडन वा कैद कट्टा गर्न नसकिने भनी विधायिकाले नै सजाय निलम्बन गर्न वा प्यारोलमा छाडन वा कैद कट्टा गर्न नसकिने वा नकारात्मक सूचीमा राखेको छ, त्यस्ता कसूरहरूको हकमा निलम्बन गर्न नसकिने वा प्यारोलमा छाडन समेत नसकिने अवस्था हो वा होइन भन्ने हेरी अर्थात् फौजदारी कसूर (सजाय निर्धारण तथा कार्यान्वयन) ऐन, २०७४ को दफा १७ र २४ को अवस्थालाई समेत द्यनजर राखी दफा १५५ को आदेश गर्नु विधायिकी मनसायको अनुकूल हुन्छ।

२०. सार्वजनिक शान्ति, कानून र व्यवस्थावारे चर्चा गर्दा विर्सन नमिल्ने अर्को कुरा पीडितको हक, चासो र सरोकार हो। हाम्रो संविधान, मुलुकी अपराध संहिता, कार्यविधि संहिता, सजाय निर्धारण ऐन तथा अपराध पीडित संरक्षण ऐन समेतले अपराध पीडितलाई फौजदारी न्यायको केन्द्रमा राखेको कुरा माथि उल्लेख गरिसकिएको छ। संविधानले नै अपराध सामाजिक पुनःस्थापना र क्षतिपूर्ति सहितको न्यायको हक प्रत्याभूत गरेको कुरा यहाँ स्मरण गर्नु जरुरी छ। साथै संविधानद्वारा प्रत्याभूत उक्त हकहरूको कार्यान्वयन गर्ने सन्दर्भमा अपराध पीडित संरक्षण ऐन, २०७५ ले अपराध पीडितहरूलाई प्रथम स्तरको

^{११} रहिन भन्ने कुमार श्रेष्ठ विरुद्ध कान्प्रेपलान्चोक जिल्ला अदालत समेत, ०७८-WF-००३० निर्णय मिति २०७८। १२। २४
(अनुच्छेद २०)

^{१२} फौजदारी कसूर (सजाय निर्धारण तथा कार्यान्वयन ऐन), २०७४ दफा २४(३)

^{१३} ऐ.ऐ., दफा २९

^{१४} ऐ.ऐ., दफा ३७

४१८

पीडित, द्वितीय स्तरको पीडित, पारिवारिक पीडित भनी वर्गिकरण र परिभाषित गर्दै^{१५}। अपराध पीडितका केही अधिकारहरू जस्तो स्वच्छ व्यवहार पाउने अधिकार, भेदभाव, विरुद्धको अधिकार, गोपनियताको अधिकार, अनुसन्धान सम्बन्धी सूचनाको अधिकार, अभियोजन, न्यायिक कारबाही सम्बन्धी सूचनाको अधिकार, सुरक्षित रहन पाउने अधिकार, धारणा व्यक्त गर्ने पाउने अधिकार, कानून व्यवसायी राख्ने पाउने अधिकार, सुनुवाईमा उपस्थिति र सहभागिताको अधिकार, सम्पत्ति फिर्ता पाउने अधिकार, क्षतिपूर्ति सम्बन्धमा जानकारी पाउने अधिकार, क्षतिपूर्ति तथा समाजिक पुनःस्थापनाको अधिकार, आदि अधिकारहरू प्रत्याभूत गरेको छ।^{१६} यी विभिन्न अधिकारहरू अन्तर्गत सरकारले मुद्दा फिर्ता लिने निर्णय गरेमा सोको जानकारी पाउने,^{१७} सो विषयमा धारणा राख्ने, अभियुक्तले जमानत तारेखमा रहन पाऊँ भनी निवेदन दिएमा, पूर्वक वा थुनाबाट छुटेमा, पूर्वक वा थुना वा कैदबाट भागेमा, सुपरीवेक्षणमा रहेकोमा, सजाय माफी मुलतवी, परिवर्तन वा कम भएमा सोको जानकारी पाउने, कसूरदारले प्रोवेसन प्यारोल, दिशान्तर वा सामुदायिक सेवा वा अन्य कुनै सुविधा दिने निर्णय गर्नु परेमा, वा त्यस्तो सुविधा पाऊँ भनी निवेदन दिएमा सोको जानकारी पाउने अधिकारका कुराहरू समेटिएका छन्।^{१८} कसूरदारबाट सुरक्षित रहन पाउने पीडितको अधिकार कानूनले प्रत्याभूत गरेको^{१९} सन्दर्भमा पीडित प्रभाव प्रतिवेदन लहेरी र कसूरदारबाट हुन सक्ने सुरक्षा चुनौती, नकारात्मक प्रभाव, सम्भावित कुरता वा धोका बारेमा पीडितको धारणा नवुझी र उसको कुरा नसुनी कसूरदारको निवेदन परेको छ भन्दैमा एक पक्षीय रूपमा कैदको सद्वा रकम तिरी थुनाबाट मुक्त गर्न अपराध पीडित संरक्षण ऐन, २०७५ का व्यवस्था र स्वच्छ न्यायको सिद्धान्त समेतले मिल्ने देखिएन। जसरी कैद तोक्ने कुरामा स्वच्छ सुनुवाई आवश्यक हुन्छ, त्यसैगरी कसूरदारलाई कैदको सद्वा रकम तिर्ने सुविधा दिने कुरामा पनि स्वच्छ सुनुवाई आवश्यक हुन्छ। खास पीडित नभएका, पहिलो पटक गरिएका सामान्य कसूर वा न्यायिक प्रक्रियामा सहयोग गरेका व्यक्तिको हकमा स्वच्छ र न्यायपूर्ण तरिकाबाट सुनुवाई गरी यो अधिकारको प्रयोग गरिनुपर्छ। अन्यथा एक वर्ष वा सो भन्दा कम कैदको सजाय कसैले भोग्नु नै नपर्ने र विद्वान् सहन्यायाधिवक्ताले भने जस्तो “कैद किन्ने व्यवस्था” कायम हुन्

^{१५} अपराध पीडित संरक्षण ऐन, २०७५, दफा २ (च), (ज) (झ)

^{१६} ऐ.ऐ., दफाहरू ४, ५, ६, ७, ८, ९, १०, ११, १२, १३, १४, १५, १६, १७, १८, १९

^{१७} ऐ.ऐ., दफा ८(ज)

^{१८} ऐ.ऐ., दफा ९(ख),(घ),(ड), (च), (छ), (ठ), (ड), (ठ), (न)

^{१९} ऐ.ऐ., दफा १०

६१८

गई फौजदारी न्यायको उद्देश्य नै परास्त हुन जाने अवस्था पनि पर्छ। न्यायाधीशले कुनै मुद्दामा कैदको सजाय तोकेको छ भने उसले फौजदारी कसूर (सजाय निर्धारण तथा कार्यान्वयन) ऐन, २०७४ को दफा २३ को व्यवस्था समेत हेरी कैदको सजाय तोक्नु नै पर्ने भएर कैदको सजाय तोकेको हो भनी बुझ्नुपर्ने हुन्छ। यसरी तोकिएको कैद कति पनि भोग्नु नपर्ने र कैदको सहा रकम तिरी कसूरदार निर्वाध समाजमा फर्कन सक्छ भनी निरपेक्ष रूपमा भन्दा न्यायको उपहास हुन पुग्छ। कैदको सहा रकम तिरी कैदबाट छुट्न पाऊँ भनी निवेदन परेको स्थितिमा सो निवेदनमा उचित समयभित्र सुनुवाई गर्ने गरी सो पूर्व दफा १५५ का अन्य शर्तहरू मुरा गरेको छ वा छैन भनी हर्ने, पीडित नै नंभएको कसूरमा वाहेक निवेदकलाई सुविधा दिने विषयमा पीडित के भन्दछ भनी उसका कुराहरू सुन्ने आदि कुराहरू गर्न सक्छ। अदालतले उपयुक्त ठहराएमा तोकिएको कैद मध्ये निश्चित अवधि कैदमा बसिसकेपछि सो सुविधा प्रदान गर्ने सोच निर्माण गरी सोही अनुरूप आदेश गर्ने पनि सक्छ। यसो गरेमा कैद किनियो भन्ने आरोप पनि नलाग्ने हुँदायी पक्षहरूबारे पनि अदालतले ध्यान पुऱ्याउनु बान्धनीय हुन्छ।

२१. मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ को प्रयोगका आधार र अवस्थाहरूकै बारेमा चर्चा गर्दा “एक वर्ष वा एक वर्षभन्दा कम कैदको सजाय भएको मुद्दा” भन्ने शब्दावली प्रयोग भएको बारे पनि स्पष्ट हुन जरुरी छ। यसबाट प्रतिवादी उपर के कसूरमा के कस्तो सजायको माग भएको छ भन्दा पनि अदालतबाट के कति सजाय भएको छ सो हेरिनुपर्छ भन्ने ऐनको मनसाय रहेको देखिन्छ। जघन्य वा गम्भीर वर्गमा पर्ने कसूर गरेको भनी आरोप लागे पनि, अदालतबाट कसूरको गम्भीरता घटाउने तत्वहरू, कसूरको तरिका, कसूरदारको आचरण समेतलाई दृष्टिगत गरी स्वविवेकीय अधिकार प्रयोग गरी अभियुक्तलाई एक वर्ष वा एक वर्ष भन्दा कम कैदको सजाय गरिएको हुनसक्छ। यस्तो स्वविवेकीय अधिकार मुलुकी अपराध संहिता, २०७४ ले न्यायाधीशलाई प्रदान गरेको छ। त्यसैले अदालतबाट भएको एक वर्षसम्म कैदको सजायलाई दफा १५५ को सुविधा दिने वा नदिने कुराको निर्णय गर्दा प्रस्थानबिन्दुको रूपमा हेर्न सकिन्छ, त्यसमा द्विविधा रहनुपर्ने कुनै कारण छैन। तर जघन्य र गम्भीर कसूरको हक्कमा कैद गर्न सकिने अधिकतम अवधि कति हो, कैदको सजाय तोकदा सर्वोच्च अदालतबाट जारी भएका सजाय निर्धारण सम्बन्धी सामान्य मार्गदर्शनिहरू समेतलाई हेरी वस्तुनिष्ठ रूपमा उपयुक्त सजाय तोकिएको छ वा छैन भन्ने कुरा दफा १५५ को प्रयोग गर्ने वा नगर्ने निर्णय निष्कर्षमा पुग्ने सन्दर्भमा पनि महत्वपूर्ण हुन्छ। अदालतको काम कठोर सजाय गर्ने होइन न त

G/W

कम सजाय गर्ने नै हो। यसको उद्देश्य त सम्बन्धित मुद्दाको समस्त परिस्थिति र विद्यमान आधारहरू हेरी उचित र समानुपातिक सजाय (Just and Proportionate Sentence) तोकी सो भित्रबाट कसूरदारका सुधारका सम्भावनाहरू खोज्ने तथा पीडित एवम् समाजको हितको समेत संरक्षण गर्ने हो।^{२०} फौजदारी मुद्दाहरूमा अक्सर पीडितको चाहना अभियुक्तलाई अधिकतम सजाय होस् भन्ने रहन्छ भन्ने कसूरदार पक्ष सके सजाय नै नहोस् र भएमा पनि कम भन्दा कम सजाय होस् भन्ने चाहन्छ। न्यायाधीशले यी दुवै चरम सोचहरूबाट मुक्त रही एउटा समान्य समझको मानिसले पनि यसमा त ठीकै न्याय भयो भन्न सक्ने गरी सन्तुलित रूपमा न्याय गर्नुपर्छ। एउटै विषयमा सजाय निर्धारणका बखत सजाय कम निर्धारण गर्ने आधारहरू प्रयोग गर्ने र सजाय निर्धारण पक्षात पुनः तिनै आधारहरू प्रयोग गरी कैदमा बस्नु नपर्ने सुविधा प्रदान गर्ने अभ्यासले सजाय निर्धारण सम्बन्धी ऐनको उद्देश्य पुरा हुँदैन। दफा १५५ को सुविधा प्रदान गर्ने वा नगर्ने सन्दर्भमा न्यायाधीशहरू ले यी कुराहरूमा पनि विचार गर्नु अत्यावश्यक देखिन्छ।

२२. यसैसँग जोडिएको अर्को प्रश्न, दफा १५५ को सुविधा दिने निर्णय गर्दा न्यायाधीशले आफूले हेरिरहेको मुद्दाको रोहमा गर्ने हो वा पहिला भएको सजायमा पनि सो दफा प्रयोग गर्न सकिने हो भन्ने पनि छ। दफा १५५ मा यो व्यवस्था अतितप्रभावी रूपमा लागू हुँदैन भनिएको छैन। कानूनले कुनै सुविधा दिन्छ भन्ने सबैले यो सुविधा प्रयोग गर्न पाउनुपर्ने नै हुन्छ। त्यसैले यस्तो सुविधा पहिला सजाय भई अन्तिम भइरहेको मुद्दामा दिने होइन, यो त चालु मुद्दामा मात्र दिइने सुविधा हो भन्ने मिल्दैन। यस विषयमा रइन भन्ने कुमार श्रेष्ठको रिट निवेदनमा "कसूरदारलाई कारागारमा राख्न उपयुक्त हुने वा कैद छोड्न उपयुक्त हुने भन्ने विषय मुद्दाको तथ्यको रोहमा निरूपण हुनुपर्ने प्रकृतिको विषय देखिँदा मुद्दा फैसला हुँदाका बखत नै सो विषयमा समेत आदेश हुनु वान्धनीय हुने भए तापनि... फैसला गर्दका अवस्थामा बाहेक पछि त्यस्तो आदेश गर्ने नसकिने भनी अर्थ गर्न मिल्ने देखिँदैन। तथापि, फैसला भइसकेपछि त्यस्तो आदेश गर्नुपर्ने विशेष परिस्थिति मिसिलबाट देखिनुपर्छ"^{२१} भन्ने अभिमत पूर्ण इजलासले व्यक्त गरेको पाइन्छ। सो अभिमतसँग असहमत हुनुपर्ने कुनै कारण छैन। यथार्थमा हाम्रो मुलुकको परिस्थितिमा हेर्दा, कतिपय अवस्थामा पुनरुवेदनको तहमा मुद्दा चली निर्णय हुँदा तल्लो तहबाट सफाइ

^{२०} आडजेन लामा विरुद्ध वर्दिया जिल्ला अदालत समेत, ०७८-NF-०००७, फैसला मिति २०७८।०९।२९।

^{२१} रइन भन्ने कुमार श्रेष्ठ विरुद्ध काभेपलान्चोक जिल्ला अदालत समेत, ०७८-WF-००३० निर्णय मिति २०७८।१२।२४ (अनुच्छेद २१)

६१०

पाएको पक्षले थाहा नपाउने वा उचित प्रतिनिधित्व हुन नसक्ने वा आर्थिक सामाजिक जर्जरताको कारण जीवन धान्न बसाई सर्नुपर्ने र रोजगारी खोज्न विदेश जानुपर्ने आदि विभिन्न परिस्थितिले गर्दा समयमा सजाय भुक्तान् नभई लगत कायम रहिरहेको पनि हुनसक्छ। यदि अभियुक्तले सोच समझकासाथ सजायबाट उम्कने प्रयास गरेको वा भागेर हिँडेको अवस्थामा सजाय कार्यान्वयनको सन्दर्भमा पक्षाउ परेको होइन र उसले दफा १५५ का समस्त शर्तहरू पुरा गर्ने स्थिति छ भने पहिला निर्णय भएको मुद्दामा पनि यो सुविधा दिन मिल्छ। तर मुलुकी अपराध संहिता, मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता र सजाय निर्धारण ऐन लागू भइसकेपछिको अवस्थामा भने विद्यमान कानूनले सजाय निर्धारणदेखि त्यसको कार्यान्वयन सम्मका कुराहरू न्यायिक रेडारमा राखेको हुँदा तोकिएको सजाय निलम्बन हुन सक्ने वा नसक्ने, कैदका विकल्पहरू प्रयोग हुन सक्ने वा नसक्ने, तोकिएको कैदको सजाय वापत रकम तिरी कैदबाट छुट्टू पाउने वा नपाउने, पाउने भए के कति हिस्सा कैदमा बसेपछि कैद सजायका अन्य विकल्पमा जान सकिने हो र त्यसका शर्तहरू के हुन सक्छन भन्ने विषयमा समेत सजाय निर्धारण गर्दा नै समग्रतामा बोलिनु बान्धनीय हुन्छ। यसो गर्नु उक्त मुद्दा फैसला गर्ने न्यायाधीशको दायित्व पनि हो। यस्तो कार्यले न्यायिक स्वच्छता, पारदर्शिता र उत्तरदायित्वको सम्बर्द्धन पनि गर्दछ। मुलुकी अपराध संहिता र फौजदारी कसूर (सजाय निर्धारण तथा कार्यान्वयन) ऐनका व्यवस्थाहरूलाई सजाय निर्धारण र सजाय कार्यान्वयन गर्दा समग्रतामा हेरिनुपर्ने कानूनी वाध्यता रहेको कुरालाई न्यायाधीशले बिस्तै मिल्दैन। साथै दफा १५५(१) मा "कैदबाट निजलाई छोड्दा" त्यसैगरी "कैदबाट छाडिदिन" भन्ने शब्दावलीहरू प्रयोग भएका छन्। यी शब्दहरूले कैदमा बसेको कसूरदारले तोकिएको कैदको सजाय मध्ये केही अंश भोगेको, उसले अदालतको फैसलालाई सिरोपर गरी कारागारबाट निवेदन दिएको अवस्थालाई त इङ्गित गर्दैन् नै, यसका साथै यी शब्दावलीहरूले तोकिएको मध्ये निश्चित अवधि कैदमा राखी, सो दफाका शर्तहरू पुरा गरेमा बाँकी अवधि कैदको सट्टा रकम तिरी कैदबाट छाडिदिन सक्ने कुरालाई फैसलामा नै इङ्गित गर्ने सम्भावनालाई पनि खोल्छन्। तसर्थ, यी कुराहरूलाई समेत मध्येनजर गरी फैसलामा नै दफा १५५ प्रयोगको विषयमा संकेत गर्न सक्यो भने कसूरदारले पुनरावेदन नगरी तोकिएको सजाय भोग्नु भन्न सक्ने, क्षतिपूर्ति तत्काल तिर्ने र विगतलाई पछि धकेली भविष्यको मार्ग पक्न सक्ने सम्भावना पनि रहन्छ। पुनरावेदनका अवसरहरू प्रयोग गरेकै अवस्थामा पनि मुद्दा अन्तिम भएपछि उचित अवधिभित्र फैसला सिरोपर गरी कैदमा बस्न मन्जुर गर्दै दफा १५५ को सुविधा

६१८

पाँ भनी आफै निवेदन लिएर आउने सम्भावनाहरू बढ्छन्। सजाय निर्धारणमा समग्रतालाई अनुशरण गर्दा फौजदारी कानूनका मूल व्यवस्थाहरू छल्ने वा छिद्रहरूमा खेल्ने परिपाटीलाई पनि निस्त्रियहित गर्दै न्यायिक प्रकृयामा समर्पण र सहभागिताको अभिवृद्धि समेत हुने अवस्था रहन्छ। यी कुराहरू विधिको शासन र न्यायपूर्ण व्यवस्था प्रवर्द्धन गर्न सहायक हुने हुँदा जिल्ला अदालतले फैसला गर्दा नै दफा १५५ को प्रयोगलाई समेत मध्यनजर भरी सजाय निर्धारण गर्नु वान्धनीय हुन्छ।

२३. अब, मातहत अदालतले मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ को सुविधा प्रदान नगरेको अवस्थामा यस अदालतको असाधारण अधिकारक्षेत्र प्रयोग गरी आदेश जारी गर्न सक्छ वा सक्दैन? भन्ने प्रश्नबारे विचार गरैँ। प्रस्तुत विवादमा रिट निवेदकले निजलाई मिति २०७६।०३।०१ मा कैदको सजाय भएको करिव साडे दुई वर्षपछि मिति २०७८।१२।२८ मा काठमाडौं जिल्ला अदालत समक्ष उत्त दफा १५५ को सुविधा पाँ भनी निवेदन दिएकोमा निजलाई “प्राचीन स्मारक संरक्षण ऐन, २०१३ को दफा १३(५) बमोजिम रु.२५,०००। (पच्चिस हजार रुपैयाँ) जरिवाना र पाँच वर्षसम्म कैद हुन सक्ने अभियोग दावी रहेकोमा मुद्दामा फैसला हुँदा नै एक वर्षसम्म कैद र रु.५,०००। जरिवाना हुने ठहरी फैसला भएको देखिँदा निवेदन माग बमोजिमको सुविधा दिन मिलेन” भनी मिति २०७९।०१।१२ मा उत्त अदालतबाट आदेश भएको र उत्त आदेश उपर मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा ७३ अन्तर्गत उच्च अदालत पाटन समक्ष निवेदन गरेकोमा जिल्ला अदालतले लिएको तर्कको साथै “प्रतिवादीले प्रस्तुत मुद्दाको अनुसन्धानको क्रममा अनुसन्धान अधिकृत एवम् अदालतलाई सहयोग गरेको भन्ने देखिन नआएको, पुरातात्त्विक महत्वको ऐतिहासिक हस्तालिखित धर्मग्रन्थ अवैध रूपमा बिक्री गर्ने उद्देश्यले लैजाँदा पक्राउ परेको देखिँदा निवेदकलाई काठमाडौं जिल्ला अदालतबाट मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ को सुविधा दिन मिलेन भनी भएको आदेश रितपूर्वकको देखिँदा बदर गरिरहनु परेन” भन्ने आदेश भएको देखिन्छ। यस स्थितिमा अब फैसला कार्यान्वयन गर्ने शुरु जिल्ला अदालत र सो अदालतको कार्य पुनरावलोकन गर्ने उच्च अदालतले साधारण अधिकारक्षेत्र अन्तर्गत गरेको आदेश त्रुटिपूर्ण छ वा छैन भन्ने सन्दर्भमा हेर्दा, रिट निवेदक नेपालको संविधानको धारा ४६, १३३(२)(३) अन्तर्गत बन्दीप्रत्यक्षीकरण समेतको आदेश माग गरी आएकोमा संयुक्त इजलासका दुवै माननीय न्यायाधीशहरूबाट अदालतका फैसला बमोजिम निवेदक कैदमा रहेकोबाट बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी हुन नसक्ने

G/N

भन्ने आधारमा एकमतले बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी गर्न अस्वीकार गरेको पाइन्छ। कानून बमोजिम भएको अदालतको फैसला वैधताको प्रश्न यहाँ नउठाइएको र मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ को सुविधा पाई थुनाबाट मुक्त हुनुपर्ने भन्ने नै रिट निवेदकको मूल माग रहेको अवस्थामा बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी हुने प्रसङ्ग नै रहँदैन। तर फैसला कार्यान्वयन गर्ने शुरु जिल्ला अदालत र सो अदालतको कार्यको पुनरावलोकन गर्ने उच्च अदालत समेतले हेरी माग स्वीकार गर्च इन्कार गरेको अवस्था हुँदा त्यस्तो माग अस्वीकार गर्न पाउने उक्त अदालतहरूको अधिकार भएको अवस्थामा निवेदकको पक्षमा रिट क्षेत्रबाट उत्प्रेषण, परमादेशको आदेश लगायत कुनै आदेश जारी गर्न मिल्दछ वा मिल्दैन भन्ने विषयमा प्रश्नहरू बरोबर उठ्ने र यस अदालतबाट दफा १५५को प्रयोगको विषयमा यस पूर्व विभिन्न प्रकृतिका आदेशहरू समेत भएकोले यस विषयमा स्पष्ट हुनुपर्ने देखियो।

२४. यथार्थमा उत्प्रेषण वा परमादेशको आदेश कस्तो अवस्थामा जारी हुन्छ भन्ने बारेमा यस अदालतले विगत ७० वर्षदिखि एउटा सुसङ्गत अवधारणा विकसित गर्दै आएको छ। “उत्प्रेषणको आदेश तल्लो न्यायिक, अर्धन्यायिक अधिकारीले देवानी फौजदारी कारबाहीमा लार्ने आदेश हो। यसको मूल उद्देश्य न्यायिक प्रक्रियाको दोष (त्रुटि) सुधार्नु हो। यसमा उजुर परेको तल्लो न्यायिक, अर्ध न्यायिक अधिकारीको कारबाहि होरिन्छ र दोषपूर्ण वा त्रुटिपूर्ण देखिएमा उत्प्रेषणको आदेशद्वारा बदर गरिन्छ भनी यस अदालतले भनेको छ।^{२३} साथै अदालतले “अधिकारक्षेत्रको त्रुटि, प्राकृतिक न्यायको अतिक्रमण, मिसिल फाइलमा देखिने कानूनको स्पष्ट भूल वा कपट यी तीन आधारमा उत्प्रेषणको आदेश जारी गर्न मिल्दछ”^{२४} पनि भनेको छ।

२५. रिटको क्षेत्राधिकार पुनरावेद्धकीय अधिकार होइन, यो पर्यवेक्षणीय (Supervisory) अधिकार हो। त्यसैले सामान्यतः रिटमा अदालत तथ्यमा पसी आफैले निर्णय गर्दैन। यसले त्रुटिपूर्ण निर्णय भइसकेको अवस्थामा त्यस्तो निर्णयलाई उत्प्रेषणको आदेश मार्फत सफा गरेर मेटिदिन्छ भने निर्णय नभएको वा गर्न नमानेको अवस्थामा निर्णय गर्नु भनी परमादेशको सकारात्मक आदेश जारी गर्दछ। कानून बमोजिम गर्नुपर्ने कार्य गर्न इन्कार

^{२३} मूलचन्द आजाद बिरुद्ध निर्बचिन अफिसर समेत, ने.का.प. २०२५, नसर्ण नं.४५०, पृ.३२२ (अनुच्छेद १५); सोही अवधारणालाई यज्ञमूर्ति बन्जाडे विरुद्ध दुर्गादास श्रेष्ठको मुद्दामा दोहोन्याइएको छ। हर्तुहोस् ने.का.प. २०३७, निर्णय नं.५४७, पृ.१५७. (अनुच्छेद २८)

^{२४} ऐ.ऐ.

G/R

गरेको वा नगरेको अवस्थामा परमादेश जारी हुने हो। उत्प्रेषणको आदेश न्यायिक वा अर्धन्यायिक अधिकारीको विरुद्ध मात्र जारी हुनसक्छ भने परमादेशको आदेश न्यायिक र अर्धन्यायिक अधिकारी मात्र होइन प्रशासकीय अधिकारीको विरुद्ध पनि जारी हुनसक्छ भनी हाम्रो सर्वोच्च अदालतले पटकपटक भनेको छ।^{२४} हाम्रो सर्वोच्च अदालतले लामो समयदेखि विकसित गरेको उक्त अवधारणा तुलनात्मक विधिशास्त्रमा विकसित अवधारणासँग मिल्छ। यी दुई अवधारणा बीच रहेको फरक बारे V.G. Ramachandran ले भनेका छन:

"Certiorari differs from mandamus in that while mandamus acts where the authority declines jurisdiction, certiorari acts in cases of usurpation or excess of jurisdiction. Certiorari corrects while mandamus compels acts. In cases where the Tribunal declines to consider matters falling within its jurisdiction, or has not decided the case according to law, mandamus can direct the Tribunal to act according to law. Certiorari will lie to quash the proceedings on the grounds of absence or excess of jurisdiction and the order being bad on that ground. Whereas certiorari can be issued only against judicial or quasi-judicial authorities, mandamus is available against administrative authorities also".^{२५}

२६. पछिल्लो समयमा सर्वोच्च अदालतले रिटको व्यापक क्षेत्राधिकारलाई समेटेको छ। एकातर्फ उत्प्रेषणको आदेश सार्वजनिक अखित्यारी भएका न्यायिक, अर्धन्यायिक र प्रशासनिक अधिकारीहरूको निर्णयमा भएको बुटि मेटाउन प्रयोग भएको अवस्था छ भने, अर्कोतर्फ उत्प्रेषण र परमादेशको आदेश त्यस्ता अधिकारीहरूले स्वच्छतापूर्वक कार्य नगरेबाट व्यक्तिका मौलिक तथा कानूनी अधिकार र नागरिकको वैध अपेक्षा पुरा नभएको अवस्थामा पनि प्रयोग गरिँदै आएकोबाट पक्षलाई अन्य उपचार प्राप्त नभएको वा प्रभावकारी नरहेको स्थितिमा मौलिक र कानूनी हक्को संरक्षण गर्न र मुलुकमा उत्तरदायी र पारदर्शी व्यवस्था कायम गर्न रिटको क्षेत्राधिकार प्रयोग हुँदै आएको कुरा स्मरणीय छ।

२७. रिट क्षेत्राधिकारको उपर्युक्त सैद्धान्तिक परिवेशमा प्रस्तुत विवादमा फैसला कार्यान्वयन गर्ने दायित्व भएको जिल्ला अदालतले मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा

^{२४} क्रष्णविक्रम रायमाझी विरुद्ध स्थानीय विकास मन्त्रालय समेत, ने.का.प.२०५३, निर्णय नं.६२००, पृ.४२६; मूलचन्द्र आजाद विरुद्ध निर्वाचन अफिसर समेत, ने.का.प.२०२५, निर्णय नं.४५०, पृ.३२२

^{२५} V.G.Ramachandran's LAW OF WRITS (Revised by C.K. Thakker and M.C. Thakker, 6th Ed. 2006, Vol II at p.1208)

७/१०

१५५ को अधिकारको सही रूपमा प्रयोग गरेको छ वा छैन भन्ने प्रश्न उठेको छ। यदि सो अधिकारको सही रूपमा प्रयोग गरेको छैन भन्ने लागेमा सो प्रयोग गर्न इन्कार गर्न भएका आदेशहरू बदर गरी पुनः सो विषयमा कानून बमोजिम निर्णय गर्नु भनी आदेश गर्नुपर्ने हुन्छ। तर उत्प्रेषण / र परमादेशको देश माग गरी रिटको निवेदन परेको छ भन्दैमा निर्णय गर्ने अधिकारीको क्षेत्राधिकारमा सोझै पसी वा उसैको स्थान ग्रहण गरी आफैले दफा १५५ अन्तर्गत आदेश दिनु कति वानिहित हो भन्ने विषयमा प्रकारान्तरले प्रश्नहरू उठेका छन्। दफा १५५ कार्यान्वयनमा आएपछि यस अदालतले कोभिडको महामारीको असाधारण परिस्थितिमा सो दफाको सुविधा दिने बारेमा केही आदेशहरू अवश्य पनि गरेको छ। ती आदेशहरूलाई सिरानी हाली अझैपनि रिट निवेदन पर्ने गरेको अवस्था पनि छ। कोभिड महामारीको समयमा भएका आदेशहरूको जानकारी रइन भन्ने कुमार श्रेष्ठको रिट निवेदनमा यस अदालतले लिई “न्यायकर्ताले उल्लेखित परिस्थितिको विश्लेषण गरी कुनै कैदवापत रकम तिरी कैदमा बस्नु नपर्ने गरी आदेशो दिएको अवस्थामा वाहेक यदि कुनै कसूरदारले उक्त दफा बमोजिमको सुविधा प्राप्त गर्नुपर्ने भनी निवेदन दावी गरेमा पनि त्यस्तो दावी कानूनी हकका रूपमा नभई सुविधाका रूपमा सम्म विश्लेषण गर्न सम्म मिल्ने देखियो भन्ने मत व्यक्त गरेको पाइन्छ। मुलुकले व्यहोरको महामारीको असाधारण परिस्थितिमा जनताको जीउधनको रक्षा गर्नु र कारागारमा रहेको कैदी बन्दीको अत्यधिक चापलाई समेत दृष्टिगत गर्दै मानवीय रूपमा गरिएका केही आदेशलाई उदाहरण बनाई सदा सर्वदा दफा १५५ को व्यवस्थालाई हकको रूपमा प्रयोग गर्नु कदापि उचित हुँदैन। अन्य सामान्य परिस्थितिमा रिट सम्बन्धी मान्यताप्राप्त सिद्धान्तकै रोहमा दफा १५५ को प्रयोग गरेको वा गर्न इन्कार गरेको विषयलाई हेरिनुपर्ने हुन्छ।

२८. परमादेशको आदेश जारी हुन सक्ने सैद्धान्तिक परिवेश बारेमा संयुक्त इजलासमा माननीय न्यायाधीश श्री तिल प्रसाद श्रेष्ठले प्रकाश पाई “सिद्धान्ततः परमादेशको रिटलाई कुनै सार्वजनिक पदाधिकारीलाई तोकिएको सार्वजनिक कर्तव्य पालन गर्न वाध्य तुल्याउन अदालतबाट जारी गरिने परमाधिकार सम्पन्न आदेश मानिन्छ। तर यस्तो आदेश जारी हुनका लागि ४ वटा पूर्वशर्तहरू पूरा भएको देखिनुपर्ने मान्यता रहेको पाइन्छ ... (क) कुनै काम गर्नुपर्ने वा पाउने गरी कुनै सार्वजनिक पदाधिकारीलाई कानूनले कर्तव्य वा अधिकार तोकेको वा प्रदान गरेको हुनुपर्ने, (ख) कुनै व्यक्तिसँग सार्वजनिक पदाधिकारीलाई तोकिएको त्यस्तो कर्तव्य पालन गराई पाउने अधिकार रहेको, (ग) त्यस्तो कर्तव्य पालन गराई पाउन माग गरेको, र (घ) सार्वजनिक पदाधिकारीले त्यस्तो कर्तव्य पालन गर्न इन्कार गरेको।

G/R

... सार्वजनिक पदाधिकारीलाई तोकिएको जुन कर्तव्य वा अधिकारको पालन वा प्रयोग गराई पाउन माग गरिने हो, निजलाई तोकिएको त्यस्तो कर्तव्य वा अधिकार वाध्यात्मक प्रकृतिको हुनुपर्छ। सार्वजनिक पदाधिकारीकै स्वविवेकमा प्रयोग हुनसक्ने प्रकृतिको स्वविवेकीय कर्तव्य वा अधिकार रहेछ भने केही निश्चित अवस्थामा बाहेक त्यस्तो स्वविवेकीय अधिकारको प्रयोगका लागि सामान्यतया परमादेशको आदेश जारी गर्ने संकिंचन” भन्ने राय व्यक्त गर्नुभएको छ। उक्त राय रिट सम्बन्धी व्यवस्थाको सैद्धान्तिक अवधारणामा आधारित देखिन्छ। परमादेशको आदेशलाई कमन लमा विकसित विशेषाधिकार सम्पन्न रिट मानिएको कारण यसको सैद्धान्तिक परिवेशबारे चर्चा गर्दा अदालतहरूले Halsbury's Laws of England को एउटा महत्वपूर्ण भन्नाई उधित गर्ने गरेको पाइन्छ, जुन यस प्रकार छ:

“Mandamus is a high prerogative writ of a most extensive remedial nature. In form, it is a command issued by High Courts and addressed to any person, corporation, or inferior court of judicature requiring them to do something therein specified, which appertains to their office, and which the court holds to be consonant to right and justice. It is used principally for public purposes, and to enforce the performance of public duties. It enforces, however, some private rights when they are withheld by public officers.”²⁶

२९. परमादेशको आदेशकै सन्दर्भमा एउटा प्रश्न स्वविकेकीय अधिकारको प्रयोगको विषयमा उठेछ। सामान्यतः स्वविवेकीय अधिकारको प्रयोगको विषयमा परमादेशको आदेशले सम्बन्धित अधिकारीलाई वाध्य पार्न सक्दैन। तर एउटा मुद्दामा भारतीय उच्चतम न्यायालयले देहायको अवस्थामा उच्च अदालतहरूले परमादेशको आदेश जारी गर्न सक्ने अधिकार राख्छन भनेको छ। अदालत भन्दै:

... “where the government or a public authority has failed to exercise or has wrongly exercised discretion conferred upon it by a statute or a rule or a policy decision of the government or has exercised such discretion mala fide or on irrelevant considerations or by ignoring the relevant consideration and materials or in such a manner as to frustrate the object of conferring such discretion or the policy for implementing which such discretion has been conferred.”²⁷

३०. प्रस्तुत विवादको सन्दर्भ अदालतद्वारा गरिएको आदेशसँग छ। सैद्धान्तिक रूपमा हेर्दा न्यायको कमी कमजोरी सच्चाई न्यायमा हुने विचलन (Miscarriage of Justice) रेक्त र

²⁶ HALSFUBRY'S LAWS OF ENGLAND, (4th Ed., Vol 1, para 89)

²⁷ Comptroller and Auditor General V.K.S. Jagannathan, (1986) 2 SCC 679 AIR 1987 SC 537, 546

६।१०

न्याय सुनिश्चित गर्न पनि परमादेश जारी गर्न सकिन्छ। सो सन्दर्भमा अधिकारको विद्यमानता रहेको, सो अधिकार प्रचलनको वैकल्पिक मार्गको अभाव रहेको वा वैकल्पिक मार्ग भएपनि सो प्रभावकारी नभएको स्थिति परमादेशको आदेश जारी गर्ने आधार बन्नसक्छ। तर जहाँ सम्बन्धित अधिकारीसँग स्वविवेकीय अधिकार रहेको छ र उसले उचित एवम् तर्कसंगत आधारमा सो स्वविवेकको प्रयोग निवेदकको पक्षमा नगरेको अवस्थासम्म हो भने त्यस्तोमा सम्बन्धित विवादको तथ्यमा पसी आधार र कारणको पर्यासिताको परीक्षण गर्ने वा पुनरावेदन हेरेजस्तो गरी यसो वा उसो गर्नु भनी परमादेशको आदेश जारी हुन सक्दैन। अदालतको न्यायिक प्रकृयालाई सबैले सम्मान गर्नुपर्ने हुन्छ। अदालत न्याय दिन बसेका संस्था हुँदा कानूनको सही प्रयोग गर्न जान्दछन् भन्ने मान्यता राखिन्छ र तल्ला अदालतहरूको न्यायिक स्वायत्तताको रक्षा गर्ने माथिल्लो अदालतको कर्तव्य ठानिन्छ। अझ सर्वोच्च अदालत त मातहत अदालतहरूको अभिभावक नै हुँदा तल्ला अदालतहरूको न्यायिक स्वायत्तताको यसले रक्षा गर्नुपर्छ। सो गर्नु यसको कर्तव्य नै हो। तर सार्वजनिक कर्तव्य पालना गर्न स्पष्टतः इन्कारी गरिएको छ वा बदनियतपूर्वक कार्य भएको छ वा सान्दर्भिक आधारहरूको ग्रहण नगरी र असान्दर्भिक आधारहरू ग्रहण गरी आदेश वा फैसला गरिएको छ वा न्याय र कानूनका मान्य सिद्धान्त अनुकूल भएको छैन भने मातहत अदालतको आदेश उत्प्रेषणको आदेशले बदर गरी सार्वजनिक कर्तव्यको उचित रूपमा प्रयोग गरी निर्णय निष्कर्षमा पुरनु भनी परमादेशको आदेश जारी हुनसक्छ। रइन भन्ने कुमार श्रेष्ठको रिट निवेदनमा शुरु जिल्ला अदालतले दफा १५५ को सुविधा दिन इन्कार गर्दा असम्बन्धित आधार ग्रहण गरेको^{२५} भनी पूर्ण इजलासले हस्तक्षेप गरेको र सोही क्रममा पूर्ण इजलासले १५५ को प्रयोगमा वस्तुनिष्ठता र एकरूपता कायम गर्ने उद्देश्यबाट विस्तृत निर्देशनात्मक आदेश समेत जारी गरेको छ। सोबाट जिल्ला अदालतलाई दफा १५५ को प्रयोगको सन्दर्भमा पर्यास मार्गदर्शन भएको र सोमा थप गर्नुपर्ने कुनै कुरा हाल नहुँदा रिट क्षेत्रबाट हस्तक्षेप गर्नको लागि लिइने सैद्धान्तिक आधार बारेमा स्पष्ट गरेपछि अब प्रस्तुत रिट निवेदनको विषयवस्तुमा नै केन्द्रीत रही उत्प्रेषण र परमादेशको आदेश जारी गर्नुपर्ने अवस्था छ वा छैन भन्ने विषयमा निर्णय निष्कर्षमा पुरनुपर्ने हुन आयो।

^{२५} साविक मुलुकी ऐन, दण्ड सजायको महलको दफा ११क.को उल्लेख गरी दफा १५५ को सुविधा दिन इन्कार भरेको कुरालाई असम्बन्धित आधार भनिएको छ। हेरुहोस् रइन भन्ने कुमार श्रेष्ठ विरुद्ध काप्रेपलाल्योक जिल्ला अदालत समेत, २०७८-WF-००३०, निर्णय मिति २०७८। १२। २४ (अनुच्छेद ३५)

४१८

३१. सोही सन्दर्भमा अब निवेदकको माग बमोजिमको आदेश जारी हुन सक्छ वा सक्दैन? भन्ने तेश्रो तथा अन्तिम प्रश्नतर्फ हेर्दा, प्रस्तुत रिट निवेदनमा निवेदक उपर प्राचीन स्मारक संरक्षण ऐन, २०१३ को दफा १३ अन्तर्गत मुद्दा चली काठमाडौं जिल्ला अदालतबाट मिति २०७६।०६।०९ मा १ वर्ष कैद र रु.५,०००। जरिवाना हुने ठहर भएको र तत्पश्चात् मिति २०७८।१३।२८ मा निवेदन साथ उपस्थित भई मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ को सुविधा पाँऊ भनी जिकिर गरेको र उक्त अदालतबाट मिति २०७९।०१।१२ मा सो सुविधा दिन मिल्दैन भनी आदेश भएकोमा उच्च अदालत पाटनबाट मिति २०७९।०२।२६ मा उक्त आदेश कानून अनुरूप देखिएको भन्दै निवेदन जिकिर अस्वीकार गरेको पाइन्छ। निवेदकको विरुद्धमा भएका फैसला र आदेशहरू साधिकार निकायबाट कानूनमा आधारित भई गरिएकोले निवेदक गैरकानूनी थुनामा रहेको मात्र नसकिने भएबाट बन्दीप्रत्यक्षीकरणको आदेश जारी गर्ने मिल्ने अवस्था देखिएन भन्ने विषयमा संयुक्त इजलासका दुवै माननीय न्यायाधीशहरूको भत्तैक्य रहेको देखिन्छ र सो रायमा यो इजलास सहमत नै छ।

३२. जहाँसम्म मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ को दफा १५५ को सुविधा प्रदान गर्न इन्कार गरेको विषय छ, निवेदक उपर चलेको प्राचीन स्मारक संरक्षण ऐन, २०१३ अन्तर्गतको कसूरमा मुलुकी अपराध संहिता, २०७४, मुलुकी फौजदारी कार्यविधि संहिता, २०७४ र फौजदारी कसूर (सजाय निर्धारण र कार्यान्वयन) ऐन, २०७४ लागू भएपछि सजाय निर्धारण बारे सुनुवाई गरिएको र मुलुकी अपराध संहिता, २०७४ को दफा ३८ र ३९ फौजदारी कसूर (सजाय निर्धारण र कार्यान्वयन) ऐन, २०७४ को दफा १३, १४, १५, १६ र १७ का व्यवस्थाहरूको समेत मध्यनजर गरी सजाय निर्धारण गर्नुपर्ने कानूनी वाध्यता रहेको समेत सन्दर्भमा निवेदकको उमेर, कसूरको तरिका, आचरण समेतको कुरा त्यतिखेरै विचार गरी उक्त कैद र जरिवानाको सजाय भएको रहेछ भनी मान्नुपर्ने हुन्छ। सजाय निर्धारणको सुनुवाई हुँदा के परिस्थिति परी दफा १५५ प्रयोग नभई अब निवेदकले कैदको सट्टा रकम तिर्न पाउनुपर्ने हो भन्ने निवेदकले स्पष्ट गर्न सकेको समेत पाइँदैन। साथै काठमाडौं जिल्ला अदालतले आदेश मिसिलमा आधारित भई आधार कारण खुलाई उक्त दफा १५५ को सुविधा दिन मिलेन भन्ने आदेश गरेको र सो आदेश कानून बमोजिम रहेको भनी उच्च अदालत पाटनबाट समर्थन भएको अवस्था छ। दफा १५५ को व्यवस्था अधिकार नभई सुविधासँग सम्बन्धित च्यवस्था हो। माग गरिएको सुविधा दिने वा नदिने भन्ने सजाय कार्यान्वयन गर्ने अदालतको स्वविवेकीय अधिकारको विषय

G/R

रहेको, अदालतले स्वविवेकीय अधिकारको प्रयोग विवेकसम्मत ढङ्गबाट गरेको देखिएको प्रस्तुत प्राचीन स्मारक संरक्षण सम्बन्धी मुद्दालाई फौजदारी कसूर (सजाय निर्धारण र कार्यान्वयन) ऐन, २०७४ को दफा २४(३) को खण्ड (ट) मा नकारात्मक सूचीमा राखिएको पाइएको र जुन कसूरमा सजाय निलम्बन हुन सक्दैन त्यस्तोमा सामान्यतया कैदको सट्टा रकम तिरी कैदबाट छुटकारा दिन नमिल्ने भएबाट समेत निवेदकको माग बमोजिमको आदेश जारी गर्ने मिल्ने देखिएन। अतः रिट निवेदन खारेज गर्ने गरेको संयुक्त इजलासका माननीय न्यायाधीश श्री तिल प्रसाद श्रेष्ठको राय सदर हुने ठहर्दै। आदेश अपलोड गरी र जानकारीको लागि प्रस्तुत फैसला र २०७८-WH-०२४८ मा भएको फैसला समेत सम्पूर्ण अदालतहरूमा पठाई मिसिल नियम बमोजिम गरी बुझाई दिन्।

G/R/WB/1/६५

न्यायाधीश

आनन्द मोहन भट्टराई

उक्त रायमा म सहमत छु ।

न्यायाधीश

हरि प्रसाद फुर्याल

इजलास अधिकृत:- कृष्णशोभा सुवाल

इति सम्बत् २०७९ साल असोज २७ गते रोज ५ शुभम्।

का.मु. प्रधान न्यायाधीश

हरिकृष्ण कार्की