सर्वोच्च अदालत, संवैधानिक इजलास

सम्माननीय कायममुकाय प्रधान न्यायाधीश श्री सपना प्रधान मल्ल

माननीय न्यायाधीश श्री कुमार रेग्मी

माननीय न्यायाधीश श्री हरिप्रसाद फुयाल

माननीय न्यायाधीश डा. श्री मनोजकुमार शर्मा

माननीय न्यायाधीश डा. श्री नहकुल सुवेदी

आदेश

०७६-WC-००३६

विषयः उत्प्रेषणसमेत।

काठमाडौं जिल्ला, काठमाडौं महानगरपालिका वडा नं. ११ आदर्श मार्ग, थापाथली स्थित महिला, कानून र विकास मञ्चको तर्फबाट अख्तियार प्राप्त साथै आफ्नो तर्फबाटसमेत अधिवक्ता मीरा ढुंगाना १

काठमाडौं जिल्ला, बुढानिलकण्ठ नगरपालिका वडा नं. ७ स्थित मानव अधिकारको लागि एकल महिला समुह (WHR) संस्थाको संस्थापक अध्यक्ष लिलि निवेदक हजुर बस्न्यात (थापा) १

महिला जागरण तथा विकास केन्द्र (CWAD) मा आवद्ध काठमाडौं जिल्ला, काठमाडौं महानगरपालिका वडा नं. ३५ बस्ने अधिवक्ता मनिषा पौडेल १

ऐ.ऐ. बस्ने पुष्पा पौडेल १

विरूद्ध

प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषदको कार्यालय, सिंहदरबार, काठमाडौं १

कानून, न्याय तथा संसदीय मामिला मन्त्रालय, सिंहदरबार, काठमाडौं १

महिला, बालबालिका तथा जेष्ठ नागरिक मन्त्रालय, सिंहदरबार, काठमाडौं १

प्रतिनिधि सभाको कार्यालय, सिंहदरबार, काठमाडौं १

विपक्षी

राष्ट्रिय सभाको कार्यालय, सिंहदरबार, काठमाडौं १

नेपालको संविधानको धारा १३३(१), (२) र (३) तथा धारा १३७ बमोजिम यस अदालतको क्षेत्राधिकार अन्तर्गत संवैधानिक दायरीमा दर्ता भएको प्रस्तुत रिट निवेदनको संक्षिप्त बेहोरा, आदेश एवं तपसिल खण्ड यसप्रकार रहेको छ।

रिट निवेदनको संक्षिप्त बेहोरा

१. नेपालको संविधानको प्रस्तावनामा नै लैङ्गिक विभेद अन्त्य गरी सामाजिक न्याय सुनिश्चित गर्न समानुपातिक समावेशी र सहभागितामूलक सिद्धान्तको आधारमा समतामूलक समाजको निर्माण गर्ने भन्ने उल्लेख छ। तर समाजमा महिला र पुरुषको विवाह हुन्छ, पुरुषले मात्रै मृत्युवरण गरेका हुँदैनन्। महिलाको पनि मृत्यु हुन्छ। महिलाको मृत्यु भएपछि अधिकांश पुरुषले अर्को विवाह गरेका हुन्छन्, पुरुषले दोस्रो विवाह गरेपछि छोराछोरी भए पनि आफ्नो अंश छोराछोरीलाई छोड्नु पर्ने कानूनले व्यवस्था गरेको छैन। अंश भनेको नैसर्गिक अधिकार हो। महिलाले कि त दाम्पत्य अधिकार छनौट गर्नुपर्ने कि त साम्पत्तिक अधिकार छनौट गर्नुपर्ने गरी साथै प्रत्यक्ष रुपमा लिङ्ग र वैवाहिक स्थितिको आधारमा भेदभाव हुने गरी बनाइएको मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २१४ को उपदफा (२) बदरभागी रहेको छ। उक्त दफा २१४ को उपदफा (२) मा "विधवाले अर्को विवाह गरेमा निजले अंशबापत पाएको सम्पत्ति त्यस्ती विधवाको अघिल्लो पतितर्फ छोराछोरी भएमा त्यस्ता छोराछोरीले र नभएमा निजले आफैले लिन पाउनेछ।" भन्ने व्यवस्था गरिएको छ। उक्त कानून महिलालाई मानवको रुपमा नभई वस्तुको रुपमा हेरी बनाइएको छ। यसबाट प्रष्टरुपमा महिला र पुरुषबीच लिङ्गको आधारमा भेदभाव भएको छ, जुन पुरुष प्रधान संस्कृतिको अवयव हो। मुलुकी ऐनलाई विस्थापित गर्न आएको मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ ले "मुलुकी ऐनले दिएको अधिकारलाई समेत कटौती गरी खाईपाई आएको अधिकारलाई खुम्च्याएको छ। तत्कालिन मुलुकी ऐनको अंशबण्डाको महलको १२ नं. ले विधवा महिलाको अंश सम्बन्धी व्यवस्था गरेको थियो। उक्त कानूनी व्यवस्था विधवा विवाहलाई प्रोत्साहन गर्ने खालको थियो। पछि आएको मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २१४ को उपदफा (२) को व्यवस्थाले अधिकार अझ विस्तार गरी समाजमा विधवालाई सम्मानपूर्वक बाँच्न पाउने वातावरण

श्रृजना गर्नुपर्नेमा खाईपाई आएको अधिकारलाई पनि कुण्ठित र कटौती गरिएको छ। यसरी खाईपाई आएको अधिकार कटौती गर्नु हुँदैन भन्ने सामान्य सिद्धान्तको बर्खिलाप गरी विधवा महिलाको अधिकार कटौती गरिएको छ। तर विधुरले छोराछोरी प्रति गर्नुपर्ने दायित्व पनि कानूनमा उल्लेख नगरी उन्मुक्ति प्रदान गरिएको छ। अत: मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २१४ को उपदफा (२) नेपालको संविधानको धारा १८, १६, २५ को हकसँग स्पष्ट रुपमा बाझिएको हुँदा बदर घोषित गरी पाउँ भन्नेसमेत बेहोराको निवेदन दावी रहेको।

२. यसमा के कसो भएको हो? निवेदकको मागबमोजिमको आदेश किन जारी हो? आदेश जारी हुनु नपर्ने कानूनबमोजिमको आधार र कारण भए सोसमेत साथै राखी यो आदेश प्राप्त भएको मितिले बाटाको म्याद बाहेक ७ दिनभित्र महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय मार्फत लिखित जवाफ पेश गर्नु भनी प्रत्यर्थीहरुलाई यो आदेश र रिट निवेदनको प्रतिलिपि साथै राखी सूचना म्याद जारी गरी लिखित जवाफ प्राप्त भएपछि वा अवधि नाघेपछि नियमानुसार पेश गर्नू भन्नेसमेत बेहोराको यस अदालतबाट मिति २०७८।४।२९ मा भएको आदेश।

३. मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ संघीय संसदबाट विधायिकी प्रकृया पुरा गरी निर्माण गरिएको मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २१४ को उपधारा (२) को व्यवस्था संविधानको कुनै भाग वा धारासँग बाझियो भनी दावी लिनु मात्र पर्याप्त हुँदैन, त्यसको वस्तुनिष्ठ आधार र कारण खुलाउन सक्नु पर्दछ भनी सम्मानित सर्वोच्च अदालतबाट निवेदक रविन्द्र श्रेष्ठ समेत विरुद्ध नेपाल सरकार, स्वास्थ्य मन्त्रालय समेत भएको उत्प्रेषण मुद्दा (ने.का.प.२०७३, अंक- २, भाग ५८) मा सिद्धान्त प्रतिपादन भएको छ।

मुलुकमा के-कस्तो कानून बनाउने वा भइरहेको कानूनमा के-कस्तो संशोधन वा परिमार्जन गर्ने भन्ने विषय विधायिकी बुद्धिमता एवं क्षेत्राधिकार **(Legislative Wisdom or Exclusive Legislative Competence)** को विषय भएको र संघीय संसदको संवैधानिक विधि र प्रकृया बमोजिम पारित भएको ऐन कार्यान्वयनमा रहेको हुँदा रिट निवेदन खारेज गरी पाउँ भन्नेसमेत बेहोराको प्रतिनिधि सभा तथा राष्ट्रिय सभाको संयुक्त लिखित जवाफ रहेको।

४. महिला, किशोरी तथा बालिकाको हक, अधिकार संरक्षण गर्ने महिला, बालबालिका तथा ज्येष्ठ नागरिक मन्त्रालय प्रतिबद्ध रहेको छ। जहाँसम्म रिट निवेदकले उठाएको विषय छ। नेपालको संविधानले प्रत्याभूत गरेको मौलिक हक अधिकारको संरक्षण गर्न नेपाल सरकारले बिभिन्न ऐन, नियम बनाई कार्यान्वयनमा ल्याई सोही बमोजिमका कार्यक्रमसमेत सञ्चालन गर्दै आइरहेको छ। नेपालको संविधानको धारा १८ को उपधारा (१) मा सबै नागरिक कानूनको दृष्टिमा समान हुने र कसैलाई पनि कानूनको समान संरक्षणबाट बञ्चित नगरिने व्यवस्था रहेको छ। धारा २५ मा प्रत्येक नागरिकलाई कानूनको अधिनमा रही सम्पत्ति आर्जन गर्ने बेचबिखन गर्ने व्यावसायिक लाभ प्राप्त गर्ने र सम्पत्तिको अन्य कारोबार गर्ने हक हुने व्यवस्था रहेको छ। मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ (यसपछि "संहिता" भनिएको) को दफा २०५ मा सगोलको सम्पत्ति अंशबण्डा गर्ने प्रयोजनको लागि यस परिच्छेदको अन्य दफाको अधीनमा रही पति, पत्नी, बाबु, आमा, छोरा, छोरी अंशियार मानिने व्यवस्था गरी दफा २०६ मा प्रत्येक अंशियार अंशको समान हकदार हुने व्यवस्था गरी प्रत्येक महिलाको अंश सम्बन्धी हक सुनिश्चित गरिएको छ। संहिताको दफा २१४ को उपदफा (१) मा विधवाले अंश लिई भिन्न हुन सक्ने व्यवस्थामा विधवाले जहिलेसुकै आफ्नो अंश लिई भिन्न हुन सक्नेछन् भन्ने प्रावधान रहेको छ। सोही दफाको उपदफा (२) मा विधवाले अर्को बिवाह गरेमा निजले अंशबापत पाएको सम्पत्ति त्यस्ती विधवाको अघिल्लो पतितर्फ छोराछोरी भएमा त्यस्ता छोराछोरीले र नभएमा निज आफैले लिन पाउनेछ भन्ने व्यवस्था रहेको छ। विधवाले अर्को बिवाह गरेमा निजको पछिल्लो पतिको सम्पत्तिमा निजको कानूनी हक सृजना हुने गर्दछ। विधवा महिलाले विवाह गरे पश्चात निजको पूर्वपतितर्फको सन्तान अभिभावक विहीन हुने अवस्था रहने, अघिल्लो पतितर्फका छोराछोरीको सम्पत्तिमाथिको हकको सुनिश्चितता र त्यस्तो सन्तानमा पर्न सक्ने आर्थिक अभावको जोखिमलाई न्यूनीकरण गर्नको लागि सो व्यवस्था गरिएको हुँदा सो कानूनी व्यवस्थालाई विभेदकारी कानूनी व्यवस्थाको रुपमा लिन मिल्ने अवस्था देखिँदैन। साथै विधवाले अर्को विवाह गर्दा विवाह गरेको पतिबाट अंश पाउने हुँदा दोहोरो रुपमा अंश पाउने व्यवस्था गर्नुको औचित्य एवम् के कस्तो हक अधिकारको विपरित रहेको भनी रिट निवेदनमा खुलाउन नसकेको हुँदा संहिताको

दफा २१४ को उपदफा (२) को व्यवस्था समानताको सिद्धान्त विपरित रहेको भनी मान्न मिल्ने अवस्था हुदैन भन्नेसमेत बेहोराको महिला, बालबालिका तथा ज्येष्ठ नागरिक मन्त्रालयको लिखित जवाफ रहेको।

५. मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ (यसपछि "संहिता" भनिएको) को दफा २०५ मा सगोलको सम्पत्ति अंशबण्डा गर्ने प्रयोजनको लागि यस परिच्छेदको अन्य दफाको अधीनमा रही पति, पत्नी, बाबु, आमा, छोरा, छोरी अंशियार मानिने व्यवस्था गरी दफा २०६ मा प्रत्येक अंशियार अंशको समान हकदार हुने व्यवस्था गरी प्रत्येक महिलाको अंश सम्बन्धी हक सुनिश्चित गरिएको छ। संहिताको दफा २१४ को उपदफा (१) मा यस परिच्छेदमा अन्यत्र जुनसुकै कुरा लेखिएको भए तापनि विधवाले जहिलेसुकै आफ्नो अंश लिई भिन्न हुन सक्ने व्यवस्था गरी उपदफा (२) मा विधवाले अर्को विवाह गरेमा निजले अंशबापत पाएको सम्पत्ति त्यस्ती विधवाको अघिल्लो पतितर्फ छोराछोरी भएमा त्यस्ता छोराछोरीले र नभएमा निज आफैले लिन पाउने व्यवस्था रहेको छ। विधवा महिलाले विवाह गरे पश्चात निजको पूर्वपतितर्फको सन्तान अभिभावक विहीन हुने अवस्थाको संवेदनशीलतालाई विचार गरी निजले अर्को विवाह गरेमा त्यस्तो सन्तानमा पर्न सक्ने आर्थिक अभावको जोखिमलाई न्यूनीकरण गर्ने विधायिकी मनसाय रहेको देखिन्छ। अघिल्लो पतिबाट कानून बमोजिम अंश लिएकी विधवाले अर्को विवाह गरेमा पछिल्लो पतिबाट पुनः अंश प्राप्त गर्ने र दफा २१४ को उपदफा (२) मा पूर्वपतितर्फको छोराछोरी भएमा मात्र उक्त कानुनी व्यवस्था आकर्षित हुने हुँदा विधवा महिलाको सम्पत्ति सम्बन्धी हकमा उक्त कानुनी व्यवस्थाले संकुचन लगाएको मान्न मिल्ने हुँदैन। साथै उक्त व्यवस्था अंश हकको सन्तुलन कायम गर्ने समेतको उद्देश्यले व्यवस्थित गरिएको देखिएको हुँदा समानताको हक विपरीत भयो भनी जिकीर लिन मिल्ने पनि हुँदैन।

समान हकको दाबी गर्दा समान दायित्व पनि निर्वाह गर्नुपर्ने हुन्छ। सन्तान उपर जसरी बाबु र आमा दुवैको हक हो। त्यसैगरी सन्तानको दायित्व पनि समान रुपमा बहन गर्नु पर्दछ। विधवा महिलाका सन्तान उपर आमाको पनि समान दायित्व हुन्छ। निजले अर्को विवाह गरेपछि स्वभावैले अर्को पतिको सम्पतिमा हक पाउने हुँदा दोहोरो सुविधा वा अंश हक पाउनु पर्ने भन्ने दावी आफैमा समानता विरोधी हो।

नेपालको संविधान, मुलुकी देवानी संहिता तथा अन्य प्रचलित कानूनले महिलालाई परिवारको समान अंशियारको रुपमा स्थापित गरिसकेको सन्दर्भमा महिलाको अंश हकलाई पारिश्रमिकको रुपमा संकुचित गर्न मिल्ने पनि हुँदैन। साथै तत्कालिन मुलुकी ऐनको अंश सम्बन्धी महलको १२ नं. बमोजिम विधवा स्वास्नी मानिसले प्राप्त गर्ने अंश हक सम्बन्धी व्यवस्थामा विधायिकाले सामान्य परिमार्जन गरी गरेको नयाँ व्यवस्थालाई अन्यथा अर्थ गर्न मिल्ने पनि हुँदैन भन्नेसमेत बेहोराको प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषदको कार्यालय र कानून, न्याय तथा संसदीय मामिला मन्त्रालयको प्राय: एकै मिलान बेहोराको छुट्टाछुट्टै लिखित जवाफ रहेको ।

यस अदालतको आदेश

६. नियम बमोजिम पेसी सूचीमा चढी यस संवैधानिक इजलास समक्ष पेस हुन आएको प्रस्तुत रिट निवेदनमा पेस हुन आएका मिसिल कागजातको अध्ययन गरियो।

७. प्रस्तुत रिट निवेदनमा सुनुवाई हुँदा निवेदकका तर्फबाट उपस्थित हुनु भएका विद्वान् वरिष्ठ अधिवक्ता श्री मिरा ढुङ्गाना र विद्वान् अधिवक्ता श्री पुष्पा पौडेलले मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २१४ को उपदफा (२) मा विधवाले अर्को विवाह गरेमा निजले अंशबापत पाएको सम्पत्ति त्यस्तो विधवाको अघिल्लो पतितर्फका छोराछोरी भएमा त्यस्ता छोराछोरीले र नभएमा निज आफैले लिन पाउनेछ भन्ने व्यवस्था भएको तर विधुरको हकमा त्यस्तो व्यवस्था गरिएको पाइदैन। यसरी विधुरको हकमा कानून मौन रहेको तर महिलाको हकमा विधवाले पुनः विवाह गरेमा अघिल्लो पतितर्फका छोराछोरी भएमा अंशबापत पाएको सम्पत्ति त्यस्ता छोराछोरीले पाउने व्यवस्था महिलाको हकमा विभेदकारी भई महिलाको सम्पत्तिको हक र अंश हकमा समेत गम्भीर बाधा अवरोध पुग्न जाने भई उक्त दफा २१४ को उपदफा (२) को व्यवस्था नेपालको संविधानको धारा १८, १६, २५ सँग बाझिएको हुँदा बदर घोषित गरी पाउँ भनी गर्नुभएको बहस सुनियो।

८. प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषदको कार्यालयसमेतका विपक्षीहरुको तर्फबाट उपस्थित विद्वान् नायब महान्यायाधिवक्ता श्री संजिवराज रेग्मीले मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २१४ को उपदफा (१) मा यस परिच्छेदमा अन्यत्र जुनसुकै कुरा लेखिएको भए तापनि विधवाले जहिलेसुकै आफ्नो अंश लिई भिन्न हुन सक्ने व्यवस्था गरेको

अवस्था छ। ऐ.को उपदफा (२) मा भएको व्यवस्था विधवाले अर्को विवाह गरेमा र अघिल्लो पतितर्फका छोराछोरी भएमा मात्र निजले अंशबापत पाएको सम्पत्ति छोराछोरीले पाउने गरि व्यवस्था गरेको हो। उक्त व्यवस्था विधवा महिलाले विबाह गरेपश्चात निजको अघिल्लो पतितर्फको सन्तान अभिभावक बिहीन हुने अवस्थाको संवेदनशीलतालाई विचार गरी त्यस्तो सन्तानमा पर्न सक्ने आर्थिक अभावको जोखिमलाई न्यूनीकरण गर्ने उद्देश्यले आएको देखिन्छ। अघिल्लो पतिबाट कानून बमोजिम अंश लिएकी बिधवाले अर्को बिबाह गरेमा पछिल्लो पतिबाट पुनः अंश प्राप्त गर्ने अवस्था हुन सक्ने हुँदा अंश हकको सन्तुलन कायम गर्ने समेतको उद्देश्यले गरिएको उक्त कानूनी व्यवस्था समानताको हक विपरीत भयो भन्न नमिल्ने भएकाले प्रस्तुत रिट निवेदन खारेज गरी पाउँ भनी गर्नुभएको बहस सुनियो।

९. यसमा विवादित विषयबस्तुलाई हेर्दा, मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २१४ को उपदफा (२) बमोजिम विधवाले अर्को विवाह गरेमा निजले अंशबापत पाएको सम्पत्ति त्यस्तो विधवाको अघिल्लो पतितर्फका छोराछोरी भएमा त्यस्ता छोराछोरीले पाउने र नभएमा निज आफैले लिन पाउनेछ भन्ने व्यवस्था रहेको तर विधुरको हकमा त्यस्तो व्यवस्था नगरिएको हुँदा उक्त कानूनी व्यवस्था नेपालको संविधानको धारा १८, १६ र २५ सँग बाझिएको हुँदा उक्त प्रावधान बदर घोषित गरी पाउँ भन्नेसमेत निवेदन दावी रहेको पाइयो।

१०. उक्त निवेदन दावीका सम्बन्धमा विपक्षीहरुको तर्फबाट पेस भएको लिखित जवाफ अध्ययन गर्दा, मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २१४ को उपदफा (२) मा रहेको व्यवस्था विधवा महिलाले विवाह गरेपश्चात निजको अघिल्लो पतितर्फको सन्तान अभिभावक बिहीन हुने अवस्थाको संवेदनशीलतालाई विचार गरी त्यस्तो सन्तानमा पर्न सक्ने आर्थिक अभावको जोखिमलाई न्यूनीकरण गर्ने उद्देश्यले आएको देखिन्छ। अघिल्लो पतिबाट कानून बमोजिम अंश लिएकी विधवाले अर्को बिबाह गरेमा पछिल्लो पतिबाट पुनः अंश प्राप्त गर्ने र दफा २१४ को उपदफा (२) मा पूर्वपतितर्फको छोराछोरी भएमा मात्र उक्त कानूनी व्यवस्था आकर्षित हुने हुँदा यसबाट विधवा महिलाको सम्पत्ति सम्बन्धी हकमा संकुचन नहुने र अंश हकको सन्तुलन कायम हुने भएकोले उक्त व्यवस्थालाई समानताको हक विपरीत रहेको भन्न

नमिल्ने हुँदा रिट निवेदन खारेज गरी पाउँ भन्नेसमेत बेहोराको बिपक्षीहरुको लिखित जवाफ रहेको पाइयो।

११. उपर्युक्त बमोजिमको निवेदन दाबी तथा बिपक्षीहरुको लिखित जवाफ एवम् निवेदकका तर्फबाट बिद्वान् बरिष्ठ अधिवक्ता तथा अधिवक्ता तथा बिपक्षीका तर्फबाट बिद्वान् नायब महान्यायाधिवक्ताले गर्नुभएको बहस जिकिर समेत सुनि मिसिल अध्ययन गरी हेर्दा प्रस्तुत रिट निवेदनमा मुख्यतया देहायका प्रश्नका सम्बन्धमा निर्णय दिनुपर्ने देखियो।

क. मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २१४ को उपदफा (२) को व्यवस्था नेपालको संविधानसँग बाझिएको अवस्था हो वा होइन?

ख. निवेदकको माग बमोजिमको आदेश जारी हुनुपर्ने हो वा होइन?

१२. अब, पहिलो प्रश्न मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २१४ को उपदफा (२) को व्यवस्था नेपालको संविधानसँग बाझिएको अवस्था हो वा होइन? भन्ने सम्बन्धमा विचार गर्दा, निवेदकले मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २१४ को उपदफा (२) को व्यवस्था नेपालको संविधानको धारा १८, १६, २५ द्वारा प्रदत्त मौलिक हक प्रतिकूल भएकाले बदर घोषित गरि पाउँ भनी माग गरेको देखिन्छ। उक्त दफा २१४ को उपदफा (२) को व्यवस्था विधवा महिलाको हकमा अघिल्लो पति तर्फको छोरा छोरी भएमा मात्र आकर्षित हुने हुँदा विधवा महिलाको सम्पत्ति सम्बन्धी हकमा उक्त कानूनी व्यवस्थाले संकुचन नहुने, अंश हकको सन्तुलन कायम गर्ने भएको हुँदा समानताको हक समेत विपरीत हुँदैन भनी विपक्षीहरुले लिखित जवाफ फिराएको देखिन्छ। यसबाट निवेदकले संविधानसँग बाझियो भनी दावी गरेको कानूनी व्यवस्था र नेपालको संविधान समेत हेरी विवेचना गर्नुपर्ने देखियो।

१३. मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २१४ को उपदफा (२) मा "*विधवाले अर्को बिवाह गरेमा निजले अंशबापत पाएको सम्पत्ति त्यस्ती विधवाको अघिल्लो पतितर्फ छोराछोरी भएमा त्यस्ता छोराछोरीले र नभएमा निज आफैंले लिन पाउनेछ।*" भन्ने व्यवस्था रहेको देखिन्छ। यो व्यवस्थाले विधवाले अर्को विवाह गरेमा निजले अंशबापत पाएको सम्पत्ति अघिल्लो पतितर्फका छोराछोरी भएमा त्यस्ता छोराछोरीले र नभएमा निज आफैंले लिन पाउने भन्ने देखिन्छ। यसरी विधवाले अर्को विवाह गरेमा पूर्वपतिबाट अंशस्वरूप प्राप्त सम्पत्ति अघिल्लो पतितर्फका छोराछोरी भएमा त्यस्ता

छोराछोरीले पाउने हुँदा यसबाट विधवा महिलाले अंशबापत प्राप्त गरिसकेको सम्पत्ति फिर्ता गर्नुपर्ने देखिन्छ। निवेदकले यो कानूनी व्यवस्था नेपालको संविधानको धारा १६ (सम्मानपूर्वक बाँच्न पाउने हक), धारा १८ (समानताको हक) र धारा २५ (सम्पत्तिको हक) सँग बाझिएको भनी दाबी गरेकोले संविधानको सो धाराहरूको समेत अवलोकन गरि निरुपण गर्नुपर्ने देखियो।

१४. नेपालको संविधानको धारा १६ मा सम्मानपूर्वक बाँच्न पाउने हक अन्तर्गत उपधारा (१) मा *प्रत्येक व्यक्तिलाई सम्मानपूर्वक बाँच्न पाउने हक हुनेछ* भन्ने व्यवस्था रहेको देखिन्छ। यो व्यवस्थाले प्रत्येक व्यक्तिलाई सम्मानपूर्वक बाँच्न पाउने हक हुनेमा विधवा महिलाको हकमा समेत सो हक समान रुपमा आकर्षित हुने देखिन्छ। विवाह गर्ने वा नगर्ने तथा विधवा वा सम्बन्ध विच्छेद भएका महिलाले अर्को विवाह गर्ने वा नगर्ने निर्णय गर्ने निजको वैयक्तिक स्वतन्त्रता, आत्मनिर्णय र सम्मानसँग जोडिएको विषय मानिन्छ। कुनै महिला विधवा भएको कारणले पुनः विवाह गर्न नपाउने भनी नेपाल कानूनले रोकेको देखिँदैन। मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ८३ मा पुनः विवाह गर्न सक्ने शीर्षकमा *यस परिच्छेदमा अन्यत्र जुनसुकै कुरा लेखिएको भए तापनि देहायका कुनै अवस्थामा पुरुष वा महिलाले पुनः विवाह गर्न सक्नेछ* भनी सो को देहाय (ख) मा *पति वा पत्नीको मृत्यु भएमा* भन्ने व्यवस्था रहेको छ। यो व्यवस्थाले पतिको मृत्यु भएको अवस्थामा विधवा पत्नीले पुनः विवाह गर्न पाउने भन्ने देखिन्छ। विवादित कानूनी व्यवस्था मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २१४ को उपदफा (२) को व्यवस्थाले विधवाले पुनः विवाह गर्न वर्जित गरेको नदेखिए तापनि पुनः विवाह गरेमा विधवा महिलाले अंशबापत पाएको सम्पत्ति मृतक पतितर्फका छोराछोरीले लिन पाउने व्यवस्थाले प्रकारान्तरले विधवा महिलालाई कि अंश छोड्नु पर्ने की त विवाह नगर्नुपर्ने अवस्थाको श्रृजना गरेको देखियो। यो व्यवस्थाले मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा ६९ मा भएको प्रत्येक व्यक्तिलाई विवाह गर्ने, परिवार कायम गर्ने तथा पारिवारिक जीवनयापन गर्ने स्वतन्त्रता हुने अधिकारलाई समेत कुण्ठित गर्ने देखियो।

१५. कुनै महिला स्वेच्छाले विधवा हुने पनि होइन। विवाहित महिलाको पतिको कुनै कारणले मृत्यु भएको अवस्थामा त्यस्तो विवाहित महिला विधवाको स्थितिमा

पुग्दछिन्। जिवनभर मात्र होइन मरणोपरान्त समेत सँगसँगै रहने प्रण गरेका दम्पती मध्ये पतिको मृत्युको पीडामा रहनुपर्ने विधवाले अर्को विवाह गरेमा अंशबापत पाइसकेको सम्पत्ति मृतक पतिको तर्फका छोराछोरी भएमा ती छोराछोरीले पाउने व्यवस्थाले विधवालाई आर्थिक रुपमा कमजोर बनाउने र अर्को विवाह गर्न निरुत्साहित हुने अवस्था श्रृजना हुने देखिन्छ। विधवाले चाहेमा बिवाह गर्न सक्ने कानूनी व्यवस्था वा विधवा विवाहलाई प्रोत्साहन गर्ने राज्यको नीति रहेको तर मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २१४ को उपदफा (२) को व्यवस्थाले विधवालाई विवाह गर्न प्रत्यक्ष रोक नलगाएको भए पनि अप्रत्यक्ष रुपमा विधवालाई अर्को विवाह गर्न निरुत्साहित गर्ने गरेको देखियो। उक्त कानूनी व्यवस्थामा रहेको विधवाले अर्को विवाह गरेकोमा मृतक पतिसँगको आफ्नै छोराछोरी भएमा अंशबापत पहिले प्राप्त गरेको सम्पत्ति त्यस्ता छोराछोरीलाई फिर्ता गर्नुपर्ने भएबाट अंशबापत पत्नीको हैसियतले महिलालाई प्राप्त सम्पत्तिको अधिकारबाट बञ्चित हुनुपर्ने देखिन्छ। आफ्नो पतिको देहान्तपछि विधवा पत्नीले प्राप्त गरेको सम्पत्ति निजको आफ्नो र आफूखुश गर्न पाउने सम्पत्ति हो। उक्त कानूनी प्रावधानले आफ्नो पतिको मृत्युपछि फरक सामाजिक पहिचानमा पुगेकी विधवा महिलाको विवाह गरी सम्मानपूर्वक बाँच्न पाउने हकमा गम्भीर आघात पुग्न जाने देखिन्छ।

१६. नेपालको संविधानको धारा १८ मा रहेको समानताको हक अन्तर्गत उपधारा (१) मा *सबै नागरिक कानूनको दृष्टिमा समान हुनेछन्। कसैलाई पनि कानूनको समान संरक्षणबाट बञ्चित गरिने छैन* भन्ने, उपधारा (२) मा *सामान्य कानूनको प्रयोगमा उत्पत्ति, धर्म, वर्ण, जात, जाति, लिङ्ग, शारीरिक अवस्था अपाङ्गता, स्वास्थ्य स्थिति, बैवाहिक स्थिति, गर्भावस्था, आर्थिक अवस्था, भाषा वा क्षेत्र, बैचारिक आस्था वा यस्तै अन्य कुनै आधारमा भेदभाव गरिने छैन* भन्ने र उपधारा (३) मा *राज्यले नागरिकहरुका विच उत्पत्ति, धर्म, वर्ण, जात, जाति, लिङ्ग, आर्थिक अवस्था, भाषा, क्षेत्र, बैचारिक आस्था वा यस्तै अन्य कुनै आधारमा भेदभाव गर्ने छैन* भन्ने साथै उपधारा (५) मा *पैतृक सम्पत्तिमा लैङ्गिक भेदभाव विना सबै सन्तानको समान हक हुनेछ* भन्ने व्यवस्था गरिएको देखिन्छ। यो संवैधानिक व्यवस्थाले कसैलाई पनि कानूनको समान संरक्षणबाट बञ्चित गर्न नपाइने र सामान्य कानूनको प्रयोगमा समेत लिङ्ग लगायतका

कुनै पनि आधारमा बिभेद गर्न नपाइने मात्र होइन विवाहित पतिपत्नीको सम्पत्ति एवम् पैतृक सम्पत्तिमा समान हक हुने गरी समानताको हकको प्रत्याभूति गरेको देखिन्छ। यसरी नेपालको संविधानले सुनिश्चित गरेको समानताको हकको रोहमा हेर्दा, विवादित मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २१४ को उपदफा (२) मा रहेको व्यवस्थाले विधवा महिलाले अर्को विवाह गरेको र निजको मृतक पतितर्फका छोराछोरी भएको खण्डमा अंशबापत पाएको सम्पत्ति ती छोराछोरीले पाउने देखियो। यसरी विधवाले अंशबापत प्राप्त गरिसकेको सम्पत्ति गुमाउनु पर्ने गरी विधायिकाले गरेको बर्गीकरण विवेकसम्मत वर्गीकरण भित्र पर्ने देखिँदैन। सन्तानप्रतिको दायित्व आमाबाबु दुवैको समान हुने भएकाले सन्तानको आर्थिक सुरक्षाको आधार देखाई केवल विधवा महिलाको मात्र साम्पत्तिक र वैवाहिक स्वतन्त्रता कुण्ठित गर्नु प्रत्यक्ष रुपमा लैङ्गिक र वैवाहिक स्थितिको आधारमा गरिएको वर्गीकरण हुन जाने हुँदा यसलाई संविधानसम्मत मान्न मिल्दैन। यसरी विधवा महिलाले अर्को विवाह गरेकै कारणले विधवा हुनु अघि पाएको अंश हक गुमाउनु पर्ने गरी भएको उक्त व्यवस्था महिलाको हकमा विभेदकारी भई समानताको सिद्धान्तसँग मेल खाँने देखिंदैन। नेपालको संविधानले महिला र पुरुष बिच विभेद गर्न नपाइने भनी समानताको हकको प्रत्याभूति गरेकोमा समान अवस्थामा रहेका व्यक्तिहरु मध्ये केवल महिलाको हकमा मात्र प्रतिकूल हुने गरी भएको कानूनी व्यवस्थालाई संविधानसम्मत समेत मान्न मिल्ने देखिँदैन।

१७. त्यसैगरी नेपालको संविधानको धारा २५ मा सम्पत्तिको हक अन्तर्गत उपधारा (१) मा *प्रत्येक नागरिकलाई कानूनको अधीनमा रही सम्पत्ति आर्जन गर्ने, भोग गर्ने, बेचबिखन गर्ने, व्यावसायिक लाभ प्राप्त गर्ने र सम्पत्तिको अन्य कारोबार गर्ने हक हुनेछ* भन्ने व्यवस्था गरि प्रत्येक नागरिकलाई सम्पत्तिको हकको प्रत्याभूती गरेको देखिन्छ। मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २१४ को उपदफा (२) ले विधवा महिलाले अर्को विवाह गरेको अवस्थामा अघिल्लो पतितर्फका छोराछोरी भएको भए विधवा महिलाले अंशबापत पाएको सम्पत्ति ती छोराछोरीले पाउने हुँदा विधवा महिलाले प्राप्त गरिसकेको अंश वा सम्पत्तिको अधिकारबाट वञ्चित हुनुपर्ने देखिन्छ। यस आधारमा हेर्दा विधवाले पाइसकेको अंश पनि पुनः विवाह गरेमा मृतक

पतितर्फका छोराछोरी भए त्यस्ता छोराछोरीले पाउने गरी भएको उक्त कानूनी व्यवस्था प्रत्यक्ष रूपमा लैङ्गिक विभेदकारी भएको देखिन्छ। यसरी अंशबापत वैधानिक रुपमा प्राप्त गरेको सम्पत्ति विधवा भएपश्चात अर्को विवाह गरेको आधारमा मात्र आफुले पाएको अंश मृतक पतितर्फका छोराछोरी भए ती छोराछोरीले पाउने गरी भएको उल्लेखित कानूनी व्यवस्था नेपालको संविधानले गरेको सम्पत्तिको हकको रोहमा हेर्दा असंगत र अस्वभाविक कानूनी प्रतिबन्धको रुपमा रहेको देखिन्छ। साथै दफा २१४ को उपदफा (२) को व्यवस्था विधवालाई विवाह गर्न निरुत्साहित गर्ने परम्परागत मान्यतालाई निरन्तरता दिने प्रकृतिको देखिन्छ। यस्तो प्रतिबन्धले महिलाको सम्पत्तिको हक अधिकार कुण्ठित गर्नुको साथै समग्रमा विधवा महिलाले अर्को विवाह गर्दा अंश हक त्याग्नु पर्ने र यस्तो व्यवस्थाले महिलाको अधिकारलाई गम्भीर रुपमा प्रभावित पार्ने देखिन्छ।

१८. जहाँसम्म पूर्व पतितर्फका छोराछोरीको हितका लागि यो कानूनी व्यवस्था गरिएको भन्ने विपक्षीहरुको लिखित जवाफ तथा बहस जिकिर रहेको छ, सोतर्फ हेर्दा छोराछोरीको हेरचाह र शिक्षा दिने कुरामा बाबुको मृत्युपछि आमाको दायित्व रहने कुरा स्वभाविकै भए तापनि विधवाले अर्को विवाह गरेकै कारण अंशबापत प्राप्त गरेको सम्पत्ति मृतक पतिको तर्फका छोराछोरीले पाउने भई विधवा महिलाको विवाह गर्ने स्वतन्त्रता र सम्पत्तिको हक एवम् अंश हक समेत कुण्ठित गर्ने व्यवस्थालाई जायज मान्न सकिदैन। अंश हकको प्रकृति र यसको कानूनी हैसियतका सम्बन्धमा हेर्दा, यो कुनै राज्य वा व्यक्तिले निगाहा स्वरुप प्रदान गर्ने दान वा बकस दिएको नभई अंशियार हुनुको नाताले प्राप्त हुने नैसर्गीक र जन्मसिद्ध अधिकार हो। अंशबण्डा भई कानूनी रुपमा आफ्नो हिस्सा प्राप्त गरिसकेपछि वा अंश लिई भिन्न भइसकेपछि त्यस्तो सम्पत्तिमा सम्बन्धित व्यक्तिको निरपेक्ष र अविच्छिन्न स्वामित्व कायम हुन्छ। अंशबण्डा भइसकेपछि प्राप्त सम्पत्ति अंशियारको निजी आर्जन सरहको निरपेक्ष सम्पत्ति हुने र त्यसमा निजको भोगचलन र बेचबिखन तथा हक हस्तान्तरणमा आफूखुशी गर्न एकाधिकार प्राप्त हुन्छ। यसरी वैधानिक प्रक्रियाबाट प्राप्त भई निरपेक्ष स्वामित्व स्थापित भइसकेको अंशलाई विधवा महिलाले अर्को विवाह गरेकै कारण वा निजको वैवाहिक स्थितिमा परिवर्तन भएकै आधारमा मृतक पतितर्फका छोराछोरीको नाममा

फिर्ता हुने गरी कानूनमा बन्देज लगाउनु संविधानको धारा २५ द्वारा प्रत्याभूत सम्पत्तिको हकको सारभूत मर्म माथीको प्रहार हुन जान्छ।

१९. निवेदकले मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २१४ को उपदफा (२) को व्यवस्था तत्कालिन मुलुकी ऐन, २०२० को अंशबण्डाको महलको १२ नं. ले विधवा महिलाको अंश सम्बन्धमा गरेको व्यवस्था भन्दा पनि घटाएर महिलाको अंश हक कुण्ठित पार्नेगरि आएको भनी दावी गरेको देखिन्छ। मुलुकी ऐन, २०२० को अंशबण्डाको महलको १२ नं. मा "*विधवा स्वास्नी मानिसले चाहेमा आफ्नो अंश लिई भिन्न हुन पाउँछे। सन्तान नभएका विधवा वा विधुरले अर्को विवाह गरेमा निजले आफ्नो अंश हक आफुखुस गर्न पाउँछन्। सन्तान भएका विधवा वा विधुरले अर्को विवाह गरेमा सन्तान नाबालक भएसम्म त्यस्ता सन्तानको पालनपोषण र शिक्षादिक्षाको व्यवस्था सोहि सम्पत्तिबाट गर्नु पर्छ। सो काममा बाहेक त्यस्तो सम्पति बण्डा र बेचबिखन गर्न पाउँदैनन्। सन्तान साबालक भएपछि आफ्नो अंश भाग आफुखुश गर्न पाउँछन्*" भन्ने व्यवस्था रहेको थियो। मानव अधिकार र लैङ्गिक न्यायको आधुनिक अवधारणा अनुसार राज्यले नागरिकहरुलाई विशेष गरी ऐतिहासिक रुपमा उत्पीडनमा परेका महिला वा समुदायलाई बिगतको कानून वा व्यवस्थाद्वारा प्रदान गरिसकेको अधिकार वा सुविधालाई पछि बन्ने कानूनद्वारा खोस्न, हटाउन, घटाउन मिल्दैन। कानून सधैँ अग्रगामी र अधिकारलाई अझ बढी सुनिश्चित गर्ने दिशामा उन्मूख हुनुपर्छ। साबिक मुलुकी ऐन, २०२० को अंशबण्डाको १२ नं. ले सन्तान भएका विधवा वा विधुरले अर्को विवाह गरेमा सन्तान साबालक भएपछि आफ्नो अंश हक आफुखुशी गर्न पाउने साम्पत्तिक अधिकार सुरक्षित रहने सुनिश्चितता गरेको देखिन्छ। तर बर्तमान मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २१४ को उपदफा (२) ले साविक मुलुकी ऐनले महिलाले पाइसकेको अंश आफूखुशी गर्न पाउने हकलाई पूर्णरुपमा कटौती गरी अघिल्लो पतितर्फका छोराछोरी भएमा सम्पत्तिको स्वामित्व नै गुमाउनु पर्ने बाध्यात्मक कानूनी व्यवस्था गरेको देखियो। यसरी विधवा महिलाले अर्को विवाह गर्दा प्राप्त गरी सकेको अंश हक गुमाउनु पर्ने गरी भएको उक्त व्यवस्थाले महिलाको हकमा लैङ्गिक र वैवाहिक स्थितिको आधारमा बिभेद सृजना गरेको देखियो।

२०. तत्कालिन मुलुकी ऐनमा विधवा बिबाहलाई प्रोत्साहन गर्ने खालको कानूनी व्यवस्था रहेको र हाल नेपाल सरकारको नीति समेत विधवा विवाहलाई प्रोत्साहन गर्ने रहेको देखिन्छ। यद्यपि महिलाप्रति र विशेष गरी विधवा महिलाप्रतिको पूर्वाग्रही एवम् विभेदपूर्ण सामाजिक मान्यतालाई भत्काउनु पर्नेछ भन्ने राज्यको नीति एकातिर र व्यवहार अर्कोतिर भएको देखिन्छ। अर्थात मुलुकी ऐनलाई खारेज गरी आएको मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २१४ को उपदफा (२) मा विधवा विवाहलाई निरुत्साहित गर्ने खालको प्रावधान रहेको देखियो। यसरी नेपालको संविधान बमोजिम राज्यको कानूनले विधवा महिलाको विवाह गर्ने लगायतका अधिकार प्रवर्द्धन गरी समाजमा विधवालाई सम्मानपूर्वक बाँच्न पाउने बाताबरण श्रृजना गर्नुपर्नेमा तुलनात्मक रुपमा उक्त दफा २१४ को उपदफा (२) को व्यवस्थाले विगतमा विधवा महिलाले पाएको अधिकारलाई समेत कुण्ठित र कटौती गरिएको देखिन्छ। विधवा महिलाको स्वतन्त्र अस्तित्व नस्वीकार्ने र निजको अधिकार कटौती गर्ने गरी कानून बन्नु हुँदैन भन्ने कानूनी मान्य सिद्धान्तको वर्खिलाप समेत हुने गरी उक्त दफा २१४ को उपदफा (२) को व्यवस्था आएको देखिन्छ। महिलाको सम्पत्तिको हकका सम्बन्धमा सर्वोच्च अदालतको संवैधानिक इजलासबाट *विवाहले महिलाको सामाजिक तथा पारिवारिक अवस्था एवम् हैसियत परिवर्तनसम्म हुने हो। उक्त अवस्था र हैसियतको परिवर्तनले सम्पत्तिको अधिकारमाथिको हकलाई पनि परिबर्तन गरेको अर्थमा बुझ्न हुँदैन र अदालतले त्यस्तो अर्थ लगाई व्याख्या पनि गर्नु हुँदैन*[१] भनी व्याख्या समेत भएको देखिन्छ। यसरी विगतको कानूनले सुनिश्चित गरेको अधिकारलाई न्यूनीकरण वा समाप्त गर्ने गरी निर्माण गरिएको कानूनी व्यवस्था नागरिक अधिकारको सुदृढीकरण र नेपालको संविधानको प्रस्तावनाले अङ्गीकार गरेको समतामूलक समाज निर्माण गर्ने संकल्पको सर्वथा विपरीत देखिन आयो।

२१. निवेदकले मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २१४ को उपदफा (२) को कानूनी व्यवस्था *लैङ्गिक भेदभावयुक्त* रहेको भनी दावी गरेको सन्दर्भमा हेर्दा, नेपालको संविधानको धारा ३८ को महिलाको हक अन्तर्गत उपधारा (१) मा *प्रत्येक महिलालाई लैङ्गिक भेदभाव विना समान वंशीय हक हुनेछ* भन्ने व्यवस्था रहेको

---

१ अधिवक्ता तेजबहादुर कटुवाल वि. प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय समेत, रिट नं. ०७२-WC-००१३, रिट : उत्प्रेषण समेत

देखिन्छ। यो व्यवस्थाको रोहमा हेर्दा, महिलालाई पनि पुरुष सरह अंश हक लगायत समान वंशीय हक हुने भन्ने देखियो। ऐ. को उपधारा (६) मा हेर्दा, *सम्पत्ति तथा पारिवारिक मामिलामा दम्पतीको समान हक हुनेछ* भन्ने व्यवस्था रहेको देखिन्छ। यो संवैधानिक प्रवन्धले सम्पत्ति वा पारिवारिक मामिलामा दम्पती अर्थात पति र पत्नी दुवैको समान हक हुने देखिन्छ। यसरी नेपालको संविधान बमोजिम सम्पत्ति वा पारिवारिक मामिलामा दम्पती अर्थात पति र पत्नी दुवैको समान हक हुनेमा विधवाले अर्को विवाह गरेमा र अघिल्लो पतितर्फका छोराछोरी भएमा विधवाले अंशबापत पाएको सम्पत्ति ती छोराछोरीले पाउने भन्ने उक्त दफा २१४ को उपदफा (२) को व्यवस्था महिलाको हकमा विभेदयुक्त भई संविधान प्रदत्त महिलाको हक विपरित भएको देखियो।

२२. महिला विरुद्धको भेदभाव (Discrimination against women) को सम्बन्धमा "महिला विरुद्ध हुने सबै प्रकारका भेदभाव उन्मूलनसम्बन्धी महासन्धि, १९७९" (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, 1979 - CEDAW) को धारा १ (Article 1)[३] मा महिला विरुद्धको भेदभाव भन्नाले महिलाहरुको जस्तोसुकै वैवाहिक स्थिति भए पनि राजनीतिक, आर्थिक, सामाजिक, सांस्कृतिक, नागरिक वा अन्य कुनै पनि क्षेत्रमा पुरुष र महिला बिच समानताका आधारमा महिलाहरूको मानव अधिकार तथा मौलिक स्वतन्त्रताको मान्यता उपभोग वा प्रयोगलाई रद्द गर्ने वा त्यसमा आघात पार्ने प्रभाव वा उद्देश्य रहेको, लिङ्गको आधारमा गरिने कुनै पनि किसिमको विभेद, बहिष्कार वा प्रतिबन्धलाई बुझाउँनेछ। महिला विरुद्धको विभेदको यो परिभाषाले पनि महिलाहरुको वैवाहिक स्थिति जस्तोसुकै भए पनि राजनीतिक, आर्थिक, सामाजिक, सांस्कृतिक लगायतका कुनै पनि क्षेत्रमा विभेद गर्न नपाइने भन्ने देखियो। ऐ.महासन्धिको धारा १५ ले कानूनको अगाडि समानता (equality before law)को ग्यारेण्टी गर्दै full legal capacity on civil matter को संरक्षण गर्दै legal capacity identical to that men अन्तर्गत equal rights to administer and

---

[३]https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women
the term "discrimination against women" shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.

manage property तथा धारा १६ ले all rights relating to marriage and family relations, same right to enter into marriage, same rights irrespective of their marital status, the same rights for both spouses in respect of the ownership, acquisition, management, administration, enjoyment and disposition of property, whether free of charge or for a valuable consideration भन्ने र धारा १६(२) मा the betrothal shall have no effect भन्ने व्यवस्था गरेबाट दम्पत्तिको सम्पत्तिमा समान हक हुने साथै विवाहले निजको कानूनी स्थिति र हकमा असर नपार्ने अधिकारको सुनिश्चितता गरेको देखिन्छ। विवादित दफा २१४ को उपदफा (२) मा रहेको विधवाले विवाह गरेमा उसको पूर्व पतितर्फका छोराछोरीलाई अंश दिनुपर्ने भन्ने व्यवस्थाले आफ्नै सन्तानलाई पूर्वपतिको सन्तान मात्रै र विधवाको आफ्नो तत्कालिन अवस्थाको वैवाहिक सम्बन्धबाट प्राप्त अंश हकमा क्षति पुग्न सक्ने अवस्था सिर्जना गरेको देखिन्छ। यसरी वैवाहिक सम्बन्धका कारणले अंशियार भई पाएको सम्पत्तिको हकमा विधवा भई सामाजिक हैसियत परिवर्तन भई कानूनले नै मान्यता दिएको पुनः विवाह गरेको कारणले सम्पत्तिबाट बहिष्करण हुने वा सम्पत्तिको हक उपभोग गर्न प्रतिबन्ध लाग्न सक्ने व्यवस्थालाई विभेदकै स्वरुप मान्नुपर्ने हुन्छ।

२३. विपक्षीहरूले पेस गरेको लिखित जवाफ र बहस जिकिरमा समेत कानूनको निर्माण गर्नु र संशोधन गर्ने कार्य विधायिकी बुद्धिमत्ताको विषय भएको हुनाले यसमा अदालतले हस्तक्षेप गर्न मिल्दैन भन्ने जिकिर गरेतर्फ हेर्दा, निःसन्देह लोकतान्त्रिक व्यवस्थामा कानून निर्माण गर्ने प्राथमिक अधिकार र क्षेत्राधिकार विधायिकाकै हुन्छ। साथै अदालतले विधायिकाको नीतिगत बुद्धिमत्तामा सामान्यतया प्रश्न उठाउँदैन। तर विधायिकी अधिकार असीमित हुँदैन। यो सदैव संविधानको सर्वोच्चता र मौलिक हकको लक्ष्मणरेखाभित्र नियन्त्रित रहनु पर्दछ। यदी विधायिकाले निर्माण गरेको कानूनले संविधानले सुनिश्चित गरेको समानताको र सम्पत्तिको हकको आधारभूत संरचनालाई सङ्कुचित गर्दछ भने त्यस्तो अवस्थामा विधायिकी निर्मित कानूनको संवैधानिक परीक्षण अदालतले गर्नुपर्ने हुन्छ। कानूनको न्यायिक पुनरावलोकन गर्दा अदालतले विधायिकाको मनसाय मात्र हेर्ने नभई उक्त कानूनको प्रभाव नागरिकको मौलिक हकमा के कस्तो परेको छ भनी हेर्नु अदालतको संवैधानिक दायित्व हुन आउँछ। प्रस्तुत विवादमा विधायिकाले सन्तानको हित संरक्षण गर्ने पवित्र उद्देश्य

राखेको दावी गरे तापनि त्यसको प्रत्यक्ष र विभेदकारी प्रभाव पतिको मृत्यु भएको अवस्थामा रहेकी सामाजिक हैसियत परिवर्तन भएकी विधवा महिला(एकल महिला) माथि पर्न गई निजको वैवाहिक स्वतन्त्रता र साम्पत्तिक अधिकार हरण हुन पुगेको देखिंदा यसप्रकारको कानूनी व्यवस्थालाई संवैधानिक वैधता प्रदान गर्न सकिंदैन।

२४. यसप्रकार, मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २१४ को उपदफा (२) को व्यवस्थाले संविधानद्वारा प्रत्याभूत गरेको समानताको हक, सम्मानपूर्वक बाँच्न पाउने हक तथा सम्पत्तिको हक समेतमा अनुचित र असमान प्रतिबन्ध लगाएको देखिएको हुँदा यो व्यवस्था नेपाल पक्षधर रहेको महिला विरुद्ध हुने सबै प्रकारका भेदभाव उन्मुलनसम्बन्धी महासन्धि, १९७९ को धारा १, १५ र १६ को प्रतिकूल तथा नेपालको संविधानको धारा १६, १८ र २५ सँग बाझिएको देखियो। नेपालको संविधानको धारा १३३ को उपधारा (१) बमोजिम कुनै कानून वा त्यसको कुनै भाग नेपालको संविधानसँग बाझिएको देखिएमा त्यस्तो कानून अमान्य र बदर घोषित गर्नुपर्ने हुँदा नेपालको संविधानसँग बाझिएको देखिएको मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २१४ को उपदफा (२) को व्यवस्था बदर घोषित गर्नुपर्ने देखियो।

२५. दोश्रो प्रश्न, निवेदकको माग बमोजिमको आदेश जारी हुनुपर्ने हो वा होइन ? भन्ने सम्बन्धमा दृष्टिगत गर्दा, निवेदकले मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २१४ को उपदफा (२) मा रहेको *"विधवाले अर्को विवाह गरेमा निजले अंशवापत पाएको सम्पति त्यस्ती विधवाको अघिल्लो पतितर्फ छोरा छोरी भएमा त्यस्ता छोरा छोरीले र नभएमा निज आफैले लिन पाउनेछ।"* भन्ने व्यवस्था नेपालको संविधान विपरित भएकाले उक्त कानूनी व्यवस्था बदर घोषित गरी पाउँ भनी दावी गरेको देखिन्छ। माथीका विभिन्न प्रकरणहरुमा गरिएका विवेचनाबाट मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २१४ को उपदफा (२) को व्यवस्था नेपालको संविधानसँग बाझिएको देखिंदा नेपालको संविधानको धारा १३३ को उपधारा (१) बमोजिम प्रारम्भदेखि नै अमान्य र बदर घोषित गरिदिएको छ। अरु तपसिल बमोजिम गर्नू।

<u>तपसिल खण्ड</u>

(१) माथी आदेश खण्डमा उल्लेख भएबमोजिम मुलुकी देवानी संहिता, २०७४ को दफा २१४ को उपदफा (२) नेपालको संविधानको धारा १३३ को उपधारा (१)

बमोजिम प्रारम्भदेखि नै अमान्य र बदर घोषित गरिएकाले सर्वोच्च अदालत (संवैधानिक इजलास सञ्चालन) नियमावली, २०७२ को नियम २६ को उपनियम (१) को प्रयोजनार्थ ऐ. को नियम २७ को उपनियम (१) बमोजिम रजिस्ट्रारले यो आदेशको प्रतिलिपिसमेत राखी कानून, न्याय तथा संसदीय मामिला मन्त्रालयमा सोको जानकारी पठाउनुपर्ने हुँदा सो बमोजिम गर्नु गराउनु भनी यो आदेशको प्रतिलिपि यस अदालतको प्रशासन महाशाखामा पठाई दिनू।

(२) रिट जारी हुने आदेश भएकोले सर्वोच्च अदालत (संवैधानिक इजलास सञ्चालन) नियमावली, २०७२ को नियम १५ को उपनियम (३) बमोजिम निवेदकले राखेको धरौटी रकम फिर्ता पाउने हुँदा निवेदन दायर गर्दा यस अदालतमा राखेको धरौटी रकम रु.५०००। (अक्षेरुपी पाँच हजार) मात्र निवेदकले कानूनका म्यादभित्र धरौटी राखेको प्रमाण सहित फिर्ता माग्न आए फिर्ता दिनु भनी यस अदालतको आर्थिक प्रशासन शाखामा लेखी पठाईदिनू।

(३) प्रस्तुत आदेशको प्रतिलिपि सहितको जानकारी महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय र फैसला कार्यान्वयन निर्देशनालयलाई समेत दिनू।

(४) सरोकारवालाले प्रस्तुत आदेशको नक्कल माग गर्न आए नियमानुसार नक्कल दिनू।

(५) यो आदेश यस अदालतको विद्युतीय मुद्दा व्यवस्थापन प्रणालीमा प्रविष्ट गरी निवेदन दायरीको लगत कट्टा गरी मिसिल नियमानुसार गरी अभिलेख शाखामा बुझाई दिनू।

सपना प्रधान मल्ल
का.मु.प्रधान न्यायाधीश

उक्त रायमा हामी सहमत छौं।

नहकुल सुवेदी	मनोजकुमार शर्मा	हरिप्रसाद फुयाल	कुमार रेग्मी
न्यायाधीश	न्यायाधीश	न्यायाधीश	न्यायाधीश

इजलास अधिकृत(उपसचिव): टीकाबहादुर थापा

कम्प्युटर अपरेटर: हर्क माया राई

इति संवत् २०८३ साल वैशाख २१ गते रोज २ शुभम् ....।