

जस्तोसुकै सांस्कृतिक तथा धार्मिक परिवेश किन नहोस्- विश्वमा जहाँ पनि मानिसहरुको वास्तविक वा अनुभूत गरिएका लैङ्गिक अभिमुखिकरण वा लैङ्गिक पहिचानको आधारमा मानव अधिकारको उलझन हुने गरेका छन्। सम्पूर्ण मानव जाति तिनीहरुको लैङ्गिक अभिमुखिकरण वा लैङ्गिक पहिचान जेसुकै किन नहोस्- कानून समक्ष समान व्यक्तिहरु हुन् र विना भेदभाव मानव व्यक्तिमा अन्तिमिहि गरिमा अन्तर्गत प्राप्त अधिकार तथा स्वतन्त्रताका अतिरिक्त, कानूनको समान संरक्षणका हकदार हुन्छन्। न्यायमूर्ति तथा कानून व्यवसारीहरु- सबै व्यक्तिहरुको मानव अधिकारको लागि संरक्षक एवं प्रत्याभूतिकर्ताहरु (guarantors) भएकाले तिनीहरुले विना भेदभाव फरक लैङ्गिक अभिमुखिकरण वा लैङ्गिक पहिचान भएका व्यक्तिहरु लगायत सबैका अधिकार तथा स्वतन्त्रताहरुको संरक्षण गर्न आवश्यक भूमिका खेल्न सक्दछन्।

अन्तर्राष्ट्रीय कानूनले न्यायपालिका र कानूनी क्षेत्रलाई लैङ्गिक अभिमुखिकरण तथा लैङ्गिक पहिचानको आधारमा अस्वीकृत गरिएका अधिकारहरुको संरक्षणको निम्नि शक्तिशाली औजार प्रदान गरेको छ। यो निर्देशिकाले अन्तर्राष्ट्रीय कानून र त्यसका मापदण्डहरु लैङ्गिक अभिमुखिकरण तथा लैङ्गिक पहिचानको आधारमा गरिएका मानव अधिकार उलंघनका पीडितहरुको संरक्षणका लागि – जस्ता निम्नि तिनीहरु हकदार छन् – कसरी उपयोग गर्न सकिन्छ, वा हुनु पर्दछ, भनेर वर्णन गरेकोछ। यो निर्देशिकाले भन्नैर जारी गरिएका जजाकर्ता सिद्धान्त कसरी लागु गरिन्छ, भन्नै विषयमा पनि वर्णन गर्दछ र यसमा क्षेत्रीय अदालत तथा न्यायाधिकरणहरुका प्राथमिक दस्तावेजहरुका अंशहरु समेत समावेश गरिएका छन्।

लैङ्गिक अभिमुखिकरण, लैङ्गिक पहिचान तथा अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकार कानून

लैङ्गिक अभिमुखिकरण, लैङ्गिक पहिचान तथा अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकार कानून

अभ्यासकर्ताको निर्देशिका नं. ४



International Commission of Jurists
P.O. BOX. 91
33 Rue des Bains
CH- 1211 Geneva 8
Switzerland



INTERNATIONAL
COMMISSION
OF JURISTS

International Commission of Jurists

इन्टरनेशनल कमिशन अफ् जुरिष्ट (आईसिजे) विश्वभर कानूनको शासन सम्बन्धी ज्ञान र अभ्यास तथा मानव अधिकारको कानूनी संरक्षणको प्रवर्धन गर्नको लागि समर्पित एउटा गैह-सरकारी संस्था हो । यसको मुख्यालय स्वीजरलैण्डको जेनेभामा अवस्थित छ; र यसका धेरै राष्ट्रिय शाखाहरु तथा आवद्ध कानूनी संस्थाहरु छन् । यस्ले संयुक्त राष्ट्रसंघीय आर्थिक तथा सामाजिक परिषद, युनेस्को, युरोपेली परिषद तथा अफ्रिकी एकता संगठन संघको परामर्शदाताको रूपमा समेत कार्य गर्दछ । आईसिजेले अमेरिकी राज्यहरुको संगठनका विभिन्न निकायहरुमा पनि सहकार्यगत सम्बन्ध राख्दछ ।

P.O. Box 91
33 Rue des Bains
CH-1211 Geneva 8
Switzerland
E-mail: info@icj.org
www.icj.org



INTERNATIONAL
COMMISSION
OF JURISTS

सभापति

श्रीमती मेरी रोविन्शन, आयरल्याण्ड

उप-सभापतिहरु

डा. राजीव धवन, भारत

न्यायमूर्ति जोन डाउड, अष्ट्रेलिया

कार्यकारिणी समिति

प्रा. भोजिन दिमित्रिजेविक, सर्विया
न्यायमूर्ति युनिटी डाऊ, बोस्वाना
डा. गुस्तावो ग्यालोन गिराल्डो, कोलम्बिया
श्री स्टेलान गार्ड, स्वीडन
प्रा. रोवर्ट गोडम्यान, संयुक्त राज्य अमेरिका

डा. पेंडो निक्लेन, भेनेज्युयला
न्यायमूर्ति मिशेल रिवेट, क्यानडा
श्री राजी सीरानी, यालेप्टाइन
प्रा. लेइला जरोग्झ, अल्जेरिया

आयोगका अन्य सदस्यहरु

श्री महान्द अल-हशनी, सिरिया
श्री गनिम अलनाजर, कुवेत
श्री राजा अजिज अदुसे, मलेशिया
प्रा. अब्दलाही अन-नह्म, सुडान
न्यायमूर्ति सोलोमी वालुडी बोसा, युगान्डा
श्री अब्देलाजिज बेन्नाकोर, मोरक्को
न्यायमूर्ति इयान् विनी, इयान्
प्रा. अल्काजानडर ग्रोस्त्वाल, स्तोमाकिया
न्यायमूर्ति आर्थर चास्काल्वान, दक्षिण अफ्रिका
प्रा. सान्टीआगो कोशुएरा, मेक्सिको
प्रा. लुइस डस्वाल्ड वेक, स्वीजरलैण्ड
न्यायमूर्ति हिसाम एल वाताविसी, मिस्र
प्रा. पाउला एस्कारामेड्या, पोर्चुगल
न्यायमूर्ति इलिजावेथ इमाट, अष्ट्रेलिया
प्रा. जोचेन ए. फ्राउविन, जमैनी
श्री रोवेट ग्यरेन्टन, चिली
प्रा. जेनी ई. गोल्डसमिट, नेदरलैण्ड
सुश्री आस्मा जहागिर, पाकिस्तान
सुश्री इमराना जलाल, फिजी
प्रा. डेविट किंजर, इजराइल

प्रा. काजिमियर्ज मारिया लानकोज, पोल्याण्ड
न्यायमूर्ति जोश आन्टोनियो मार्टिन पोलिन, स्पेन
श्री कथरिमा मिनोटी, केन्या
न्यायमूर्ति सज्जी मनाज़ह, बोस्वाना
सुश्री करिन मोस्कालेनको, रसिया
प्रा. इयुलिया मोस्टोक, रसिया
प्रा. भित्त भन्ताभोर्न, थाइलैण्ड
प्रा. मान्फ्रेड नोवाक, अष्ट्रेलिया
डा. जोर्ज एडवार्ड पान कुज, उरुग्वे
प्रा. आन्द्रेई रिचर, रसिया
सर निजेल रोड्ली, संयुक्त अधिराज्य
श्री क्लेस सान्हिन, चिव्डन
श्री वेलिसारियो डस् सान्तोस जुनियर, ब्राजिल
न्यायमूर्ति फिलिप्स टेक्सियर, फ्रान्स
प्रा. डेनियल थुरर, स्वीजरलैण्ड
प्रा. यू.ओ.जी उमोजुरिक, नाईजेरिया
प्रा. भिलेनास वदापलास, लिथोनिया
प्रा. योजो योकोता, जापान
न्यायमूर्ति ई. राउल जाफकोरोनी, अर्जेन्टिना

मानार्थ सदस्यहरु

प्रा. जज अवि-साव, मिस्र
न्यायमूर्ति पि. एन. भगवति, भारत
डा. वुत्रोस वुत्रोस-धाली, मिस्र
श्री विलियम जे. बट्टलर, संयुक्त राज्य अमेरिका
प्रा. आन्टोनियो क्यास्सेसी, इटाली
न्यायमूर्ति म्यारिया-जोस क्रेस्पिन, सेनेगाल
दातो परम कुमारास्वामी, मलेशिया
डा. डालमो ए. डे आबू दलारी, ब्राजिल
प्रा. अलफ्रेडो इचेवरी, चिली
श्री देशमण्ड फरनाण्डो, श्रीलङ्का
लई विलियम गडहार्ट, संयुक्त अधिराज्य
न्यायमूर्ति लेनट गोल, स्वीडन
प्रा. हेनस-हेन्रिच जेचेक, जर्मनी
श्री लुइस जोडनेट, फ्रान्स
प्रा. पि. जे. जी. कप्टेन, नेदरलैण्ड
न्यायमूर्ति मिचेल डि. किर्भी, एसि सिएमजि, अष्ट्रेलिया

प्रा. कोफी कुमाण्डो, घाना
प्रा. जिन फ्लाविन् ललाइव, स्वीजरलैण्ड
न्यायमूर्ति क्यारा एल-हेरेक्स-दुवे, क्यानडा
डा. रुडोल्फ म्याकसेक, अष्ट्रेलिया
प्रा. डेनियल एच. मर्च्याण्ड, फ्रान्स
श्री ज. आर. डब्ल्यू. उस. मावला, टान्जानिया
श्री फ्रानकोस-जेवियर मबोयाम, क्यामरन
श्री फालि एस. नारीमन, भारत
सर श्रान्थ एस. रामफल, गुयाना
श्री वट्रान्ड रामचरण, गुयाना
डा. जाविनि रुझ-गिमेनेज, स्पेन
प्रा. विश्वचयन टमुचाट, जर्मनी
श्री मिचूल ए. त्रियान्तोफायलिज, साइप्रश
प्रा. थेऊ भान् वोवेन, नेदरलैण्ड
प्रा. लुजिस् वाइल्डवेर, स्वीजरलैण्ड

नेपाली संस्करण

लैङ्गिक अभिमुखिकरण, लैङ्गिक पहिचान तथा अन्तर्राष्ट्रिय मानव अधिकार कानून

अभ्यासकर्ताको निर्देशिका नं. ४

© Copyright International Commission of Jurists, 2009

उचित कृतज्ञता जनाई प्रकाशनको एक प्रति आईसिजे मुख्यालयको
निम्न ठेगानामा पठाउने गरी यस्ले आफ्नो कुनै पनि प्रकाशनहरुबाट
उद्धरणको स्वतन्त्र पुनरुत्पादन गर्न अनुमति प्रदान गर्दछ ।

International Commission Of Jurists

P.O. Box 91

33 Rue des Bains

CH-1211 Geneva 8

Switzerland

E-mail: info@icj.org

www.icj.org

® Sexual Orientation, Gender identity and International
Human Rights Law- Practitioners Guide Book No. 4

ISBN: 978-92-9037-137-4

Geneva, 2009

लैंगिक अभिमुखिकरण, लैंगिक पहिचान तथा अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकार कानून

अभ्यासकर्ताको निर्देशिका नं. ४



INTERNATIONAL
COMMISSION
OF JURISTS

यो अभ्यास निर्देशिका Philip Dayle तथा David Brown को योगदानमा विस्तारित गरिएको हो । Federico Andrew-Guzmán ले कानूनी पुनरावलोकन गर्नु भएको हो, र Erin Brechtelsbauer को सहयोगमा Priyamvada Yarnell ले सम्पादन र समन्वय गर्नु भएको हो । यसको नेपाली अनुवाद र सम्पादन तुला राम गुरुङ र हरि फुयालले गर्नु भएको हो ।

विषयसूची

परिचय	१
परिच्छेदहरु	
क. सामान्य छलफल	६
१. धार्मिक तथा नैतिक संवादहरु	६
२. “वैज्ञानिक” संवादहरु	१०
३. राजनैतिक तथा विचारधारात्मक संवादहरु	१५
४. विभेद तथा निरन्तर अपराधिकरण	१७
५. मान्यता तर्फको अभियान	१९
६. केही परिभाषाहरु	२३
ख. अन्तर्राष्ट्रीय तथा तुलनात्मक सार्वजनिक कानूनमा आधारहरु	२७
१. कानून समक्ष अविभेद तथा समानता वीच सम्बन्ध	२७
२. कानून समक्ष अविभेदको सिद्धान्त तथा समान हुने अधिकारका क्षेत्र तथा पहुँच	२८
३. कानून समक्ष अविभेद तथा समानताको अधिकार	३०
४. कानून समक्ष अविभेद, समानता र लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचान	३१
४.१ संयुक्त राष्ट्रसंघीय मानव अधिकार सन्धि निकायहरु तथा मानव अधिकार सम्बन्धी राष्ट्रसंघीय विशेष कार्यविधिहरु	३४
४.२ मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालत र अविभेद	३९
४.३ मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी प्रणाली	४१
४.४ यूरोपेली समुदायहरुको न्याय अदालत (court of justice)	४२
४.५ मानव तथा जनअधिकार सम्बन्धी अफ्रिकी आयोग	४४
५. लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानको संरक्षणको सन्दर्भमा विभेदकारी प्रभावको संभाव्य प्रयोग	४६
सारांश	४९

ग. निजी जीवनको अधिकार	५१
१. कानूनी प्रकृति र क्षेत्र	५१
२. निजी जीवनको अधिकार रक्षाको निम्नित राज्यको दायित्व	५३
३. निजी जीवनको अधिकार माथि स्वेच्छाचारी वा गैह-कानूनी वन्देज वा हस्तक्षेप	५५
४. लैंड्रिंग अभिमुखिकरण तथा लैंड्रिंग पहिचान र गोपनीयताको अधिकार	५६
४.१ तुलनात्मक सार्वजनिक कानून तथा गोपनीयताको अधिकार	६४
५. लैंड्रिंग अभिमुखिकरण तथा लैंड्रिंग पहिचानको क्षेत्रमा गोपनीयताको अधिकारको उपभोगमा हस्तक्षेप तथा वन्देज	६७
५.१ तुलनात्मक सार्वजनिक कानून तथा गोपनीयताको अधिकार माथि हस्तक्षेप एवं वन्देज	६९
सारांश	७२
घ. स्वतन्त्रताको स्वेच्छाचारी विमुखिकरण	७४
१. कानूनी प्रकृति तथा क्षेत्र	७४
२. स्वतन्त्रताको स्वेच्छाचारी विमुखिकरणको परिभाषा	७५
३. स्वतन्त्रताको कानूनी विमुखिकरणका मुख्य आधारहरू	७८
३.१ वैधता	७९
३.२ वैधानिक उद्देश्य	८०
४. लैंड्रिंग अभिमुखिकरण तथा लैंड्रिंग पहिचानको आधारमा स्वतन्त्रताको विमुखिकरण	८१
५. फरक- लैंड्रिंग (LGBT) व्यक्तिहरूको स्वतन्त्रताको कानूनी विमुखिकरण सम्बन्धमा भएका विशेष सरोकारहरू	८७
सारांश	९१
ड. जीवनको अधिकार	९३
१. कानूनी प्रकृति तथा क्षेत्र	९३
२. जीवनको अधिकारको संरक्षणका लागि राज्यको दायित्व	९४

३.	जीवनको स्वेच्छाचारी जीवन हरण तथा ज्यान मार्ने धम्की	९६
३.१	गैह-न्यायिक हत्या	९७
३.२	स्वेच्छाचारी हत्या	९८
३.३	संक्षिप्त हत्या तथा मृत्युदण्ड	९९
३.४	ज्यान मार्ने धम्की	१००
४.	लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचान र जीवनको अधिकार	१०१
सारांश		१०४
च.	यातना तथा दुर्घटवहार	१०६
१.	यातना तथा दुर्घटवहारको निषेधको प्रकृति तथा दायरा	१०६
२.	यातना तथा दुर्घटवहार	१०८
२.१	यातना : परिभाषाका दायरा तथा लिङ्ग प्रेरित अपराध	१०८
२.२	कुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार वा सजाय	११०
३.	राज्यको दायित्व	१११
४.	लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानको आधारमा यातना तथा दुर्घटवहार	११५
४.१	पूर्वाग्रह तथा विभेदवाट उत्पन्न यातना तथा दुर्घटवहार	११५
४.२	लैंगिक अल्पसंख्यक उपर 'उपचार' मार्फत गरिने यातना तथा दुर्घटवहार	११६
सारांश		११८
छ.	अभिव्यक्ति, सभा तथा संगठनको स्वतन्त्रता सम्बन्धी अधिकार	१२०
१.	अधिकारको क्षेत्र तथा प्रकृति	१२०
१.१	अभिव्यक्ति स्वतन्त्रता	१२१
१.२	शान्तिपूर्ण भेला तथा संगठनको अधिकार	१२२
२.	निलम्बन, सिमा तथा वन्देज	१२२
२.१	अभिव्यक्ति स्वतन्त्रता माथि सिमा तथा वन्देज	१२३

२.२ सभा तथा संगठनको स्वतन्त्रता सम्बन्धी अधिकार माथि सिमा तथा वन्देज	<u>१२४</u>
३. लैङ्गिक अभिमुखिकरण तथा लैङ्गिक पहिचानमा अभिव्यक्ति स्वतन्त्रता, शान्तिपूर्ण भेला तथा संगठनको प्रयोग	<u>१२७</u>
सारांश	<u>१३२</u>
ज. शरण र शरणार्थी	<u>१३४</u>
१. कानूनी प्रकृति तथा क्षेत्र	<u>१३४</u>
२. शरणार्थीप्रति राज्यको दायित्व	<u>१३५</u>
३. लैङ्गिक अभिमुखिकरण तथा लैङ्गिक पहिचानको आधारमा हुने शरण तथा शरणार्थी	<u>१३७</u>
३.१ लैङ्गिक अल्पसंख्यक लगायतका खास सामाजिक समूह	<u>१३७</u>
३.२ उत्पीडन	<u>१४१</u>
३.२.१ उत्पीडनको क्षेत्र	<u>१४१</u>
३.२.२ लैङ्गिक अभिमुखिकरण तथा लैङ्गिक पहिचानको परिपेक्ष्यमा उत्पीडन	<u>१४१</u>
सारांश	<u>१४४</u>

“न त राष्ट्रिय कानूनको अस्तित्वले, न त प्रथाहरुको विद्यमानताले नै पुरुष-समलिङ्गी, महिला-समलिङ्गी, द्विलिङ्गी एवं विलोम-लिङ्गी (transgender) व्यक्तिहरु के कस्ता हुन् वा देखिन्छन् - सोको कारणले भोग्नु परेका दुव्यवहार, आक्रमण, यातना तथा हत्याहरुको औचित्य सावित गर्न सकिदैना लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानका समस्याहरुसंग जोडिएका कलङ्ग, फरक-लैंगिक (LGBT) व्यक्तिहरु विस्तृद्ध हुने हिंसा निरन्तर रूपबाट जाहेरी नहुने, प्रमाणित नहुने र अन्ततोगत्वा दण्डित नहुने गरेको देखिन्छ । यस कुराको कमै मात्रामा सार्वजनिक चर्चा र बहश हुने तथा अधिकारको हनन मानिने गरेको छ । यस लज्जास्पद मौनताले अधिकारको सार्वभौमिकताको मौलिक सिद्धान्त अन्ततः अस्वीकार गरिएको प्रतीत हुन्छ ।”

– लुइसअवर्ओर, पूर्व राष्ट्र संघीय मानव अधिकार सम्बन्धी उच्च आयुक्त¹

परिचय

जस्तोसुकै सांस्कृतिक तथा धार्मिक परिवेश किन नहोस् - विश्वमा जहां पनि मानिसहरुको वास्तविक वा अनुभूत गरिएका लैंगिक अभिमुखिकरण वा लैंगिक पहिचानको आधारमा स्वेच्छाचारी थुनछेक, यातना तथा गैह-न्यायिक हत्या जस्ता निकृष्ट कार्य लगायतका मानव अधिकारको उलझन हुने गरेका छन् । धेरै देशहरुका विभेदकारी राष्ट्रिय ऐन तथा अभ्यासहरु एवं कानूनहरुले लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानको अभिव्यक्तिलाई अपराधिकरण गरेकाछन् । यस्ता कुराले समलिङ्गी-पुरुष (gay), समलिङ्गी-महिला (lesbian), द्विलिङ्गी (bisexual) एवं विलोम-लिङ्गी (transgender) व्यक्तिहरु विस्तृद्ध हुने मानव अधिकार उलझनलाई वैधता प्रदान गर्नातिर लागेको जस्तो भान पर्दछ । यो अवस्था विश्वभरिका धेरै न्यायिक तथा कानून व्यवसायका लागि एउटा सरोकारको विषय बनेको छ । कोलम्बियाको संवैधानिक अदालतले गरेको उचित टिप्पणी यहां सार्वभिक देखिन्छ :

“हाम्रो देशमा मात्र होइन अन्य धेरै समाजहरुमा धेरै लामो समयसम्म, समलिङ्गीहरु सिमान्तकृतताको निर्मम स्थिति भोगेका तथा सामाजिक एवं राजनैतिक बहिष्करणमा परेका छन् – समलिङ्गीका लैंगिक व्यवहारहरुलाई विभिन्न कानूनी प्रावधानहरुले अपराधिकरण गरेको र अझे गरिरहेको मात्र होइन, यसका अतिरिक्त, दैनिक जीवनमा यस्ता लैंगिक प्राथमिकता भएका व्यक्तिहरुले धेरै सामाजिक अवसरहरुबाट बहिष्कृत हुनुको साथै सामाजिक कलङ्ग पनि सहनु परेकोछ – त्यति मात्र होइन, अधिकांश परिस्थितिमा यी समुदायहरु विस्तृद्ध उन्मुलन-अभियान नै संचालन गरिएका

1 मानव अधिकार सम्बन्धी राष्ट्र संघीय आयुक्त श्री लुइस अवरद्वारा LGBT (महिला समलिङ्गी, पुरुष समलिङ्गी, द्विलिङ्गी तथा विलोमलिङ्गीहरुको) मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रीय सम्मेलनमा प्रस्तुत । Montreal, July 26, 2006

छन् । यी व्यक्तिहरुप्रतिको अनुभूतिको कारणबाट समलिङ्गीहरुको यो दुरावस्था पुष्टि भएकोछ । किनकि तिनीहरुले बहुसंख्यक मानिसहरु भन्दा फरक लैङ्गिक अभिमुखिकरण देखाउने भएकाले असामान्य, विरामी वा अनैतिक ठानिएका छन् । बहुलवाद तथा स्वायत्ताको पहिचान र मानिस वीचको बराबरी सम्मान एवं जीवनको विभिन्न क्षेत्रहरुमा आधारित समकालिन सार्वजनिक कानूनको आवश्यक मूल्यहरुसग समलैङ्गिकता विस्त्रिकायी अनुभूतिहरु स्पष्टरूपमा बाभुदछन् ।²

धेरै देशहरुमा लैङ्गिकताको स्वरूप सम्बन्धमा फरक लैङ्गिक अभिमुखिकरण वा लैङ्गिक पहिचान भएका मानिसहरुको सामाजिक वा नैतिक रूपबाट स्वीकार गरिएको वा बाध्य पारिएको किन नहोस् – तिनीहरुको ऐटा जोखिमपूर्ण सामाजिक समूह बन्दछ र उत्पीडन, विभेद तथा गम्भीर मानव अधिकार उलझनका निरन्तर शिकार हुने गर्दछन् । यी अवस्थाहरुको संबन्धमा धेरै देशका अदालतहरुले समेत व्याख्या गरिसकेका छन् । उदाहरणको लागि, दक्षिण अफ्रिकाको संवैधानिक अदालतका न्यायमूर्ति एल्वी साच्स ले गर्नु भएको टिप्पणीलाई हेरौः

“पुरुष-समलिङ्गीको सम्बन्धमा इतिहास र अनुभवले हामीलाई यही सिकाएको छ कि यो संत्रास गरिवी वा शक्तिहीनताबाट नभई अदृष्यता (*Invisibility*) बाट उत्पन्न भएको हो । यो ईच्छाको धब्बा हो; वैपरित्यको गुण हो र स्वेच्छक शारीरिक चाहना प्रतिको लज्जा हो; माया-प्रेमरूपी अभिव्यक्तिको निषेध हो; समाजको ऐटा पूर्ण नैतिक नागरिकताको अस्वीकारात्मक हो; किनकि तपाईं जे हो त्यही हो – जस्ते त्यो ऐटा समूहको ईज्जत एवं आत्म-प्रतिष्ठामा आँच पुऱ्याउंदछ । अल्पसंख्यक रहेका, विशेष जोखिममा परेका यी पुरुष-समलिङ्गी तथा महिला-समलिङ्गीहरु – जस्ता लैङ्गिक व्यवहार औपचारिक मूल मान्यता भन्दा यस तथ्यबाट भिन्न देखिन्छ । पुरुष समलिङ्गीहरु समुदायको ऐटा भिन्न, तर समुदायको त्यस्तो भाग हो, जस्लाई अपमान वा अर्थपूर्ण अपहेलना (*condescension*) मात्रै गरिन्न, अपितु द्वेष एवं घृणापात्रको रूपमा हेर्ने गरिन्छ : यद्यपि तिनीहरु सामान्यतः समूहको रूपमा स्पष्ट भने छैनन् – समाज र कानूनद्वारा आफूनो अलगा पहिचान सहित अदृष्य रहन वाध्य छन् – लैङ्गिकताले उत्पन्न गरेका सम्पूर्ण चिन्ताहरु बोकेर – अरुले भन्दा भिन्न परिणाम निकाल्ने, विशेषतायुक्त ऐटा समूहकोरूपमा र तिनीहरु खासगरी स्पर्शद्वारा तै सर्वे सरुवा रोगको जस्तो रूपमा वा अरुलाई शोषण गर्न उच्चत देखिन्छन् । यी कुराहरु परम्परागतरूपमा रहेका रंगीन मानिसहरु वा महिला जस्ता समूहहरुमा लागु हुदैनन् – जस्ता प्रत्येक समूहले निश्चय तै आ-आफूनो किसिमका-विशेष प्रकारको दमन सहने गरेकै छ । ”³

2 कोलम्बियाको संवैधानिक अदालत, निर्णय नं. C – 481/98, 9 Sept 1998, paras. 10, 11 and 12 (मूल स्पेनिशमा, अनौपचारिक अनुवाद)

3 दक्षिण अफ्रिकाको संवैधानिक अदालत, निर्णय मिति 9th Oct 1998, Case : *National Coalition of Gay & Lesbian, Equality and Another V. Minister of Justice and others*, Case CCT11/98, paras. 127 and 128

उपरोक्त बमोजिमका परम्परागत तर्कहरु— ‘वैज्ञानिक’ लगायत धार्मिक तथा नैतिक दृष्टिकोणहरु – विज्ञानमा भएका प्रगतिद्वारा मात्रै होइन, बरु अन्तराधिकार विधिशास्त्र तथा विश्वभरिका विभिन्न अदालतहरुद्वारा समेत चुनौति दिएका वा अस्वीकार गरिएका छन्।⁴

सम्पूर्ण मानव जाति तिनीहरुको लैंगिक अभिमुखिकरण वा लैंगिक पहिचान जेसुकै किन नहोस् – कानून समक्ष समान व्यक्तिहरु हुन्छन् र विना भेदभाव मानव व्यक्तिमा अन्तर्निहित सम्मान अन्तर्गत प्राप्त अधिकार तथा स्वतन्त्रताका अतिरिक्त, कानूनको समान संरक्षणका हकदार हुन्छन्। न्यायमूर्ति तथा कानून व्यवसायीहरुले सबै व्यक्तिहरुको मानव अधिकारको लागि संरक्षक एवं प्रत्याभूतिकर्ताहरु (guarantors) भएकाले फरक लैंगिक अभिमुखिकरण वा लैंगिक पहिचान भएका व्यक्तिहरुको अधिकार तथा स्वतन्त्रताहरुको संरक्षण गर्न आवश्यक भूमिका खेल्न सक्दछन्। वस्तुतः हडकडको अन्तिम पुनरावेदन अदालतले एउटा फैसला गयो— जसअन्तर्गत समलैंगिकतालाई अपराधिकरण गर्ने कानूनी प्रावधानलाई न्यायपालिकाले असंवैधानिक घोषित गरी दियो जुन् यस प्रकार छ :

”अदालतको कर्तव्य भनेको कानून समक्ष समानताको संवैधानिक प्रत्याभूतिको कार्यान्वयन गर्नु हो र विभेदकारी कानून विरुद्ध संरक्षणको सुनिश्चितता प्रदान गर्नु हो।⁵

यद्यपि यो सत्य हो कि अन्तराधिकार कानूनले लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानको मुद्दा विगत केही दशकदेखि उपेक्षा गर्दै आएकाछन्, तथापि ती मुद्दाहरु उपर मानव अधिकार अदालत एवं निकायहरुले चासो लिएका छन् वा ध्यान दिएका छन्। लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानको आधारमा मानव अधिकार उलझनका विषयहरु संयुक्त राष्ट्र संघीय संघि-निकायहरु (UN treaty bodies) र मानव अधिकार सम्बन्धी पूर्व आयोग र यसका उत्तराधिकारी निकाय अन्तर्गत विभिन्न तहहरु तथा राष्ट्र संघीय मानव अधिकार परिषद अन्तर्गत विशेष कार्यविधिहरु समेतमा उठ्ने गरेका छन्। क्षेत्रीय अदालत एवं निकायहरुले फरक लैंगिक अभिमुखिकरण वा लैंगिक पहिचान भएका व्यक्तिहरुको अधिकार संरक्षण गर्ने तथा अन्तराधिकार कानूनमा आधारित कानूनी बहशहरुको विकाश गर्ने सन्दर्भमा निकै महत्वपूर्ण योगदान गरेका छन्। हालसालैका बर्षहरुमा, लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानका विषयले निकै महत्व पाएका छन् र विश्वव्यापी एवं क्षेत्रीय दुबै गरी नयाँ कानूनी दस्तावेज एवं कानूनी मापदण्ड अन्तर्गत समावेश गरिएका छन्। संयुक्त राष्ट्र संघीय एवं क्षेत्रीय समेत गरी अन्तर-सरकारी संगठनहरुका राजनैतिक निकायहरुले लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानको आधारमा गरिएका मानव अधिकार उलझनका प्रश्न उठाउदै प्रस्तावहरु पारित गरेका छन्।

4 उदाहरणको लागि हेन्होस् : (फुटनोट नं. ३ को मुद्दा); र हडकडको विशेष प्रशासनिक क्षेत्रको अन्तिम पुनरावेदन अदालतको फैसला; 17th July 2007 Case : *Secretary for Justice V. Yau Yuk Lung Zigo and Lee Kam Chuen*; कोलम्बियाको संवैधानिक अदालत (फुटनोट नं. २ अनुसार); र इक्वेडरको संवैधानिक ट्राइबुनलको निर्णय नं. 111-97-TC; 27th. November 1997

5 उदाहरणको लागि हेन्होस् : (फुटनोट नं. ३ को मुद्दा); र हडकडको विशेष प्रशासनिक क्षेत्रको अन्तिम पुनरावेदन अदालतको फैसला; 17th July 2007 Case : *Secretary for Justice V. Yau Yuk Lung Zigo and Lee Kam Chuen*; कोलम्बियाको संवैधानिक अदालत (फुटनोट नं. २ अनुसार); र इक्वेडरको संवैधानिक ट्राइबुनलको निर्णय नं. 111-97-TC; 27th. November 1997

लैङ्गिक अभिमुखिकरण तथा लैङ्गिक पहिचानले कानून समक्ष अविभेद, समानता एवं निजी जीवनको अधिकार लगायत अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकार कानूनका शास्त्रीय (classic) सवालहरु उठाएका छन् । यी लैङ्गिक अभिमुखिकरण तथा लैङ्गिक पहिचानको प्रश्न यी कानूनी सवालहरुमा बन्देज भने छैनन् । वास्तवमा लैङ्गिक अभिमुखिकरण तथा लैङ्गिक पहिचानको प्रश्न सम्पूर्ण मानव अधिकार तथा मौलिक स्वतन्त्रताको सन्दर्भमा उठाउन नसकिने विषय होइन । केही खास सन्दर्भमा, अनुभवले हामीलाई बताएको छ, – फरक लैङ्गिक अभिमुखिकरण भएका व्यक्तिहरुलाई सर्वव्यापी एवं मौलिक हक अन्तर्गत कानूनले व्यक्तिको हैसियतमा पूर्णरूपले स्वीकार गरेको पाइएन । धेरै देशहरुमा, ती व्यक्तिहरुले धेरै वाधा-अवरोधहरु भेल्नु पत्त्यो, लैङ्गिक अभिमुखिकरण तथा लैङ्गिक पहिचानको कारणबाट तिनीहरुले काम गर्ने, सामाजिक संरक्षण प्राप्त गर्ने, शिक्षा तथा यथोचित आवास पाउने अधिकारबाट वंचित हुनु पत्त्यो । यद्यपि विगत दशकको अवधिमा लैङ्गिक अभिमुखिकरण तथा लैङ्गिक पहिचानको प्रश्नले सबैको ध्यान खिचेको छ, र अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकार कानून तथा विधिशास्त्रहरुबाट धेरै कानूनी उत्तरहरु पाउन सकेको छ – केही कुराहरु भने विकसित हुने क्रममा पनि देखिएका छन् ।

आईसिजेले ती पीडितहरुको कानूनी संरक्षणको अभिवृद्धि गर्ने गर्दछ, जसको मानव अधिकार वास्तविक वा अनुभूत लैंगिक अभिमुखिकरण तथा वा लैंगिक पहिचानको कारणबाट उलझन हुने गरेका छन्; र वहतर दृष्टिकोणबाट विभिन्न लैङ्गिक अभिमुखिकरण तथा लैङ्गिक पहिचान भएका व्यक्तिहरुको मानव अधिकारको सम्यक पहिचान एवं संरक्षण गरी अन्तर्राष्ट्रीय कानूनको विकाश गर्न लागीपरेको देखिन्छ ।

पहिलो योगदान स्वरूप, इन्टरनेशनल कमिशन अफ जुरिष्ट(आईसिजेले) इन्टरनेशनल सर्विस फर त्यूमन राइट्स् संग मिलेर यी विषयहरुको सम्बन्धमा कानूनी विशेषज्ञहरुको एउटा बैठकको आयोजना गच्छो । उक्त बैठक नोभेम्बर, २००६मा ईण्डोनेसियाको जजाकर्ता(Yogyakarta) भने ठाउंमा सम्पन्न गरियो, जसमा २१ जना अन्तर्राष्ट्रीयरूपमा मानव अधिकार संबन्धी कानूनी विशेषज्ञ एवं कानूनिविदहरुको सहभागिता थियो – जसले लैङ्गिक अभिमुखिकरण तथा लैङ्गिक पहिचान सम्बन्धमा अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकार कानूनको कार्यान्वयन सम्बन्धी सिद्धान्तहरु (जसलाई जजाकर्ता सिद्धान्त भनिन्छ) पारित गच्छो, र तिनै सिद्धान्तलाई पछिबाट मार्च २००७ मा जेनेबामा औपचारिक रूपले लोकार्पण गरियो । उपरोक्त सिद्धान्तहरुलाई यस विषय सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकार कानूनको आधिकारिक व्याख्या मान्न सकिन्छ, र जसस्मा अधिकारहरुको उल्लेख गरिनुको साथै राज्यहरुको दायित्व समेत समावेश गरिएका छन् ।

जजाकर्ता सिद्धान्त जारी गरिए पश्चात, आईसिजेले मानव अधिकार तथा लैङ्गिक अभिमुखिकरण एवं लैङ्गिक पहिचान सम्बन्धमा राज्यको विद्यमान दायित्वको प्रकृति एवं क्षेत्र वारे पुर्नव्याख्या गर्ने उद्देश्यले अध्ययनको एउटा शृङ्खला चलाउने र त्यसबाट एउटा कानूनी बहश नै संचालन गर्ने निर्णय गच्छो – ताकि अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकार कानूनले उपरोक्त आधारमा हुने गरेका अधिकार हनन-दुरुपयोग विरुद्ध संरक्षण गर्न सकियोस् । यिनै कुरालाई दृष्टिगत गरी, आईसिजेले यो लैङ्गिक अभिमुखिकरण, लैङ्गिक पहिचान तथा अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकार कानून सम्बन्धी अभ्यासकर्ताको लागि निर्देशिका को तर्जुमा गच्छो । यो निर्देशिका ले निश्चित मानव अधिकार तथा मौलिक

स्वतन्त्रताको लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचान सम्बन्धी प्रश्नहरुको सम्बोधन गर्दछ । यसको मूल उद्देश्य हो – लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानको आधारमा हुने गरेका निश्चित मानव अधिकारको हनन् वा दुरुपयोग रोकन विद्यमान अन्तर्राष्ट्रीय कानूनी रूपरेखालाई व्याख्या गर्नुः र मानव अधिकार संरक्षणको लागि संचालित कानूनी छलफल कत्तिको विकसित र दिगो गर्न सकिन्छ सो वारे स्पष्ट पार्नु पनि हो । अन्य अधिकार तथा स्वतन्त्रताहरु– जस्तै कानून समक्ष व्यक्ति समान हुन पाउने, काम गर्न पाउने, परिवार बसाउन पाउने, सामाजिक संरक्षण प्राप्त गर्न पाउने, शिक्षा पाउने वा उचित आवास पाउने अधिकारहरु भने यस निर्देशिका मा समावेश गरिएका छैनन् ।

जजाकर्ता सिद्धान्त द्वारा प्रेरित हुदै यो निर्देशिकाले धेरै अन्तर्राष्ट्रीय कानून तथा विधिशास्त्र र केही तुलनात्मक राष्ट्रिय कानून एवं अभ्यास लगायतका साधन-श्रोतहरु वारे ध्यानाकर्षण गरेकोछ । अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकार भन्नाले विधिशास्त्रका निम्नि मुख्य साधन-श्रोतहरुः संयुक्त राष्ट्र संघीय मानव अधिकार सन्धि-निकायहरु, राष्ट्र संघीय विशेष कार्याविधिहरु, मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी अदालत, मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी आयोग, मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपीय अदालत, मानव तथा जनअधिकार सम्बन्धी अफ्रिकी आयोग ईत्यादि हुन् । एउटा सामान्य संरचनाको अवलम्बन गर्दै अन्तर्राष्ट्रीय कानून तथा विधिशास्त्र एवं सम्बन्धित विषयहरुमा तुलनात्मक कानून लगायतका विषयहरुमा यसबाट पुर्णविचार हुन सक्छ ।

प्रस्तुत निर्देशिकाले, सर्वप्रथम ऐतिहासिक परिपेक्ष्यमा लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचान सम्बन्धी व्यवहारहरुलाई प्रस्तुयाउदै विषयको परिचय गराएको छ । परिच्छेद क र ख ले लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानमा आधारित मानव अधिकार सम्बन्धी दावीलाई अन्तर्राष्ट्रीय एवं तुलनात्मक सार्वजनिक कानूनको परिपेक्ष्यमा अध्ययन गर्दछ । खासगरी, यी परिच्छेदहरुले यो दावीको पुष्टि गर्ने सन्दर्भमा कानून समक्ष समानता एवं अविभेदको बहश कसरी उपयोग गरिन्छन् भनेर खोजिन गर्दछन् । परिच्छेद ग ले निजी जीवनको अधिकार माथि प्रकाश पार्दछ । परिच्छेद घ ले स्वतन्त्रताको स्वेच्छाचारी विमुखिकरण वारे उल्लेख गरेको छ । परिच्छेद ङ मा जीवनको अधिकार संवोधन गरिएको छ । परिच्छेद च मा यातना तथा दुर्व्यवहार वारे छलफल गरिएको छ । परिच्छेद छ मा अभिव्यक्ति स्वतन्त्रता, तथा भेला हुन पाउने एवं संगठन गर्न पाउने अधिकारहरु वारे प्रकाश प्पारिएको छ । त्यस्तै, परिच्छेद ज ले शरण तथा शरणार्थीहरुको मान्यता एवं अधिकार वारे प्रकाश पारेको छ ।

“लैंगिक अभिमुखिकरणको कारणबाट कसैलाई दण्डित गर्नु हामी माथि गरिनु जस्तै हों, केही गरेबापत दण्डित गरिएमा हामी हाम्रो जाति, वर्ग भनेर केही गर्न सक्दैनन् । [...] यस अधि नै अल्पसंख्यकमा रही उत्पीडनमा परेकालाई घृणा गर्नु, उत्पीडन गर्नु म विल्कुलै अस्वीकार्य ठान्दछु ।”⁶

– आर्कविशाप डे शमण्ड टुटु, नोवेल पुरस्कार विजेता तथा एडलो-आर्कविशाप⁶

क. सामान्य छलफल

ऐतिहासिकरूपले, फरक लैंगिक अभिमुखिकरण वा लैंगिक पहिचान भएका व्यक्तिहरुको लैंगिकताको स्वरूप सम्बन्धमा सामाजिक रूपले वा नैतिक रूपले मान्यता दिएको वा थोपरिएको जेसुकै होस्-उत्पीडन र विभेदमा परेका छन् । संवादहरुको विविधता – धार्मिक, नैतिक, ‘वैज्ञानिक’ तथा ‘सांस्कृतिक’ – जेसुकै किन नहोस् –ती सबै समलैंगिकताको दमन पुष्टि गर्ने तथा फरक लैंगिक अभिमुखिकरण वा लैंगिक पहिचान भएका व्यक्तिहरुको अधिकार दमन गर्नमा उपयोग हुदै आएको देखिएका छन् । तथापि, यो पनि उत्तिकै सत्य हो कि सबै समाजहरु तथा धार्मिक प्रणालीहरु वा नैतिक मूल्यहरु समलैंगिकता तथा समलैंगिक चाहना विरुद्ध छैनन् ।

१. धार्मिक तथा नैतिक संवादहरू

सामाजिक मूल्य एवं सदाचारका परिकल्पनाहरु नैतिकताका धार्मिक सिद्धान्तहरुमा निरन्तर आधारित हुने गरेका छन् । धार्मिक तथा नैतिक मान्यता अनुरूप नै लिङ्ग र लैंगिकता सम्बन्धी दृष्टिकोण बन्दछन् । सोहीअनुरूप कानून पनि निर्माण हुन्छन् । त्यसकारण, आश्चार्य मान्नु पर्दैन कि लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचान सामाजिक दृष्टिकोणसंग सिधै जोडिएका हुन्छन् – जस्तै यी विश्वासहरुको प्रतिविम्बन गर्दछ र कानून पनि सोहीअनुरूप बन्ने गर्दछ । सबै ईस्लामिक धार्मिक संप्रदायहरु वीचमा⁷ समलैंगिक चाहनाको सम्बन्धमा विभिन्न कालखण्ड, स्थान तथा शाखा-प्रशाखाहरुमा दमन र समन दुवै हुदै आएको देखिन्छ ।

यहुदी कानूनले गर्भाधान नहुने (non-procreative) लैंगिक अभ्यासहरुलाई प्रारम्भमै भर्त्सना गर्यो, किनकि ईश्वरको आदेश (mandate) अनुसार आदम् र ईश्वर यो पृथ्वीलाई आवाद गर्नुपर्ने थियो ।⁸ त्यसमा पवित्रता सम्बन्धी कडा भाव विद्यमान थियो । त्यसैले, पवित्रता सम्बन्धी कानूनको उलझन गर्ने समलैंगिक अभ्यासलाई सिधै मृत्युदण्ड⁹ दिइन्थ्यो । अन्य समकालीण संस्कृतिहरुले पुरुषमेह(sodomy)लाई घृणा गरेन, र यसलाई ‘पैसा’ को लागि वा भिन्न किसिमबाट – संस्कार

6 World Social Forum, 19th March 2007, Nairobi, Kenya

7 यो एउटा शब्दावली हो, जसले अब्राहिम, खासगरी यहुदी, क्रिश्चियन तथा इस्लाम (मुश्लिम) धर्महरूसंग ऐतिहासिक-धार्मिक सम्बन्ध जोडन प्रयोग गरिन्छ । हेर्नहोस् : <http://lisar.lss.wise.edu/welcome/abrahamic.html>

8 The Bible, Cenesis 1:28.

9 The Bible, Leviticus 18:22, 20:13 .

वा उत्सवको रूपमा वा युवालाई शिक्षा दिने अभ्यासको रूपमा विद्यमान रहन पुग्यो ।¹⁰ तर, यो क्रिश्चयन धर्मको अभ्युदय संगसंगै परिवर्तित भयो । क्रिश्चयनहरूले पुरुषमेहलाई प्रतिबन्धित गरे । चौथो शताब्दिमा रोमन साम्राज्यको क्रिश्चयन धर्म राज्य धर्म भएपछि, राज्यको कानूनले यस्तो विचारको प्रार्दधाव गयो । क्रिश्चयन धर्मशास्त्रको निम्नि जन्म दिने बाहेकका लैंगिक अभ्यास पूर्णतः धर्मविरोधी मानियो । क्याथोलिक चर्च ले पुरुष-पुरुष तथा स्त्री-स्त्री वीचको समलैंगिक अभ्यासलाई “प्रकृति विरुद्धको अपराध” (*crimen contra naturam and crimen nefandum*)¹¹ मान्यो । यस प्रतिबन्धको प्रयोग धर्ममा विश्वास नगर्ने (paganism) विरुद्ध उपयोग गरियो; र यसरी एउटा सामाजिक व्यवस्था तथा सदाचारको प्रणाली (model) कायम हुन गयो ।

ऐतिहासिक रूपबाट दृष्टिगोचर गर्दा इश्लाम धर्म समलैंगिक चाहनातर्फ सबैभन्दा सहिष्णु रहेको पाइन्छ । समलिङ्गी आकर्षण वारे यहुदी तथा क्रिश्चयन मतको विपरित – जस्ते समलैंगिकतालाई “प्रकृति विरुद्ध” चित्रण गयो; तर मुश्लिम परम्पराले स्वभाविक चाहना प्रतिको समर्पणको रूपमा हेयो ।¹² इश्लाम धर्मको पुरुषमेह(sodomy) प्रतिको दृष्टिकोण परिणामतः न रामो छ, न नराम्भो नै । ‘हादिथ’ (एक मुश्लिम ग्रन्थ)का अनुसार, महम्मद का ज्वाई र उनका मूल्य सहायकले “धेरै मानिसले गरेका कार्य”¹³ वापत भनेर त्यस्ता मानिसहरूलाई फाँसी दिए । अर्कातिर ठीक उल्टो, कुरान ले भनेको छ – स्वर्गमा मुश्लिम सहिदहरु “छारिएका मोतिदाना”¹⁴ जस्ता केटाहरुद्वारा घेरिएर मस्तिकासाथ बसेका हुन्छन् ।

हादिथले यो पनि भनेको छ – महम्मद मुखान-नाथुन् (लैंगिक विविधता भएका मानिसहरु – मनोरञ्जन गराउनेहरु) प्रति निकै सहिष्णु थिए; केही बन्देजका साथ मक्का-मदिनामा पनि पस्त आउने– मुश्लिम धर्म मान्डेल कुनै उत्पीडन खोग्नु नपर्ने गरी सजायबाट छुट गरिएको पनि थियो ।¹⁵ त्यसकारण, मुश्लिमले समलैंगिक अभ्यासलाई कुकर्मको रूपमा हेर्थे र त्यस्ता व्यक्तिहरूलाई भन्दा पनि पुरुषमेहको अभ्यासलाई अनादर गर्ने गर्दथ्यो ।¹⁶ ईतिहासको लामो कालखण्डमा, धेरै मुश्लिम राष्ट्रहरूले समकालीन विश्वमा कुनै निश्चित प्रकारको समलैंगिक चाहनाको विषयमा सहिष्णुता र सदाचारको लगातार समान नीति अवलम्बन गरिरहेको पाइन्छ । अफगानिस्तानमा भने विवादास्पद दृष्टान्त देखन सकिन्छ – जहां जिमिदारहरूले ‘वाच’ (नाच्ने केटाहरु) राख्ने प्रथा अझै छ, जब कि छिमेकी इरानमा पुरुषमेहको आरोप लागेकालाई मृत्युदण्ड दिने चलन छ ।¹⁷

10 Ibid.

11 See *inter alia*, Jacques Chiffolleau, « Contra naturam. Pour une approche casuistique et procédurale de la nature médiévale », in *Micrologus*, IV, 1996, pp.-312; Mark Jordan, *The Invention of Sodomy in Christian Theology*, University of Chicago Press, Chicago, 1997; and Carla Casagrande and Silvana Vecchio, «Péché» in Javques Le GOFF and Jean-Claude SCHMITT, *Le dictionnaire raisonné de l'Occident medieval*, Paris, Fayard, 1999,pp.877-878.

12 Michael Goodich, *The Unmentionable Vice : Homosexuality in Later Medieval Period*, Ross-Erikson Publishers, 1979,p.111.

13 Mishkat, vol. 1, p.765, *Prescribed Punishment*.

14 Sura 76 : 19.

15 Sunan Abu-Dawud, Book 41:*General Bahavior (Kitab Al-Adab)*.

16 Naphy, op. cit., p. 160.

17 Reuters “अफगान केटा नर्तकहरुको पूर्वयुद्ध सरदारहरुद्वारा लैंगिक हिंसा गरियो,” नोभेम्बर १८, २००७, Human Right Watch : “इरान : समलैंगिक व्यवहार गरे वापत थप दुई जनाको मृत्युदण्ड,” नोभेम्बर २२, २००५.

सोही समयमा जब मुश्लिमहरुको आगमन मध्यपूर्वमा भयो, समलैङ्गिक व्यक्तिहरु प्रतिको क्रिश्चयन उत्पीडन समाप्त भयो र भूमध्यसागरीय क्षेत्रका क्रिश्चयन यूरोप पनि एउटा सहिष्णुताको युगमा प्रवेश गयो । भिसीगोथलाई छोडेर – जस्को राजधानी मुश्लिम ‘कालिफेट’ (मुश्लिम पद्धी-‘कालिफेट’द्वारा शासित क्षेत्र)द्वारा अन्ततोगत्वा विजय गरिएको थियो- रोमन साम्राज्य भन्दा बाहिरका कुनै पनि क्रिश्चयन राज्यले पुरुषमेह (sodomy) लाई अपराधिकरण गच्यो ।¹⁸ १०औं शताब्दिको प्रारम्भमा क्रिश्चयन चर्च का लेखकहरुले पुरुषमेह सम्बन्धी नविन सजायको आव्हान गरे; तर यी आव्हानहरुलाई सामान्यतः बेवास्ता गरियो-सुनिएन ।¹⁹ चर्च कानूनले वैयक्तिक दण्ड (penance) दिने तर्फ केन्द्रित गयो – “अशुद्धिको पाप” गरे वापत भनेर उपवास बस्ने एवं प्रायशिचत गराउने जस्ता सजाय तोकियो, जब कि नागरिक कानून भने यस विषयमा प्रायशः मौन नै रह्यो ।²⁰

१२औं शताब्दिमा मात्रै चर्च उत्पीडनतर्फ फर्कियो । प्रारम्भमा सन् ११२० मा नेब्लस्का धर्मयुद्ध परिषद् संगै र लगत्तै सन् ११३९को मूलधार ल्याटेरन् परिषद तथा क्याथोलिक चर्च ले पुरुषमेहलाई नास्तिकता (heresy) सरह मान्यो र के सुनिश्चित गयो भने प्रजननको निम्नि लैङ्गिक अभ्यास “स्वभाविक क्रम” (natural order) हो र यसको विरुद्धमा जानु भनेको चाहि प्रकृति विरुद्धको विव्रोह (contra naturam) हो ।²¹ क्रिश्चयन धर्मको विरोधी सम्प्रदायका सदस्य ‘केथरहरु’ लाई १२ औं शताब्दिको अन्तिमतिर धर्मयोद्धाहरुद्वारा दमन गरियो र १३औं शताब्दिको प्रारम्भमा आईपुगदा पनि प्रजनन् नगराउने लैङ्गिक अभ्यास गर्नेहरु माथि निरन्तर कलङ्ग लागिरह्यो । साथसाथै- यस्तो लाग्दथ्यो कि नास्तिकताको मत भने तर्कपूर्ण रूपले अर्को व्यक्तिमा पनि सदै गयो । बुलोरियाको केथर-नास्तिकको उत्पति फ्रेन्च भाषाको ‘बउग्रेस’ उच्चारण हुदाहुदै अप्रभंश भई “बगरी” (buggerery)²² भन्ने शब्द को उत्पति भयो, जस्को अर्थ हुन्छ – पुरुषमेही । एकासमयमा पुरुषमेह (sodomy)लाई चर्च कानूनमा धर्म विरोधी कार्य मानियो; र यूरोपेली नागरिक कानून निर्माताहरुले यसलाई अपराधिकरण गरे । फलतः १३औं शताब्दिसम्म सम्पूर्ण युरोप भरि पुरुषमेहलाई ठूलो अपराध मानियो । एक सहश्राब्दि भन्दा बढी समयसम्म, यस्तै मत रहिरह्यो – प्रोटेस्टेन्ट सुधारवाद हुदै र यूरोपेली साम्राज्यवादको आगमनसंगै र युरोपका समन्वयपारका उपनिवेशहरुमा पनि यो मत उत्तिकै फैलिरह्यो ।²³

एकल धार्मिक मत रहेको क्षेत्रभन्दा बाहिर, समलैङ्गिक चाहनाप्रति धार्मिक शिक्षा सामान्यतः कम दमनकारी रह्यो । त्यस्तै, “धार्मिक” तथा “धर्मनिरपेक्ष” वीच पनि कमै विभाजन देखियो – तिनीहरुका संस्था एवं प्रथाहरुमा दुवैका तत्वहरु सम्मिलित भएको पाइयो । उदाहरणको लागि, समलैङ्गिकताको विषयमा बुद्ध धर्ममा खास केही छैन – किनकि बुद्धको उपदेशहरुले समलैङ्गिक चाहना तथा प्रजनन्जन्य लैङ्गिक अभ्यास वारे विलकुलै मौनता साथेको छ । श्रीलंका, थाइल्याण्ड, वर्मा, कम्बोडिया तथा लावस्का अधिकांश मानिसहरुले मान्दै आएका बुद्धको थेरवाद परम्परा अनुसार, परस्परमा लैङ्गिक अभ्यासमा लागेका भिक्षुहरु (monks)लाई गरिने सजाय सर्वसाधारण

18 Goodich, op.cit., p. 73-4; Percy, op.cit., p. 688.

19 Percy, op.cit., p. 686; “Decretals”, Encyclopedia Britannica, 1911.

20 Goodich, op.cit., p. 25.

21 Naphy, op.cit., p. 89.

22 Ibid. p. 77.

23 Goodich, at.87.

महिलासंग गरिने लैंगिक अभ्यास(करणी)लाई भन्दा निश्चय नै कम गरेको पाइन्छ : समलैंगिक क्रियाकलापलाई विपरित लिङ्गीसंग गरिने लैंगिक अभ्यास भन्दा कम् गम्भीर मानिएको छ – यो ऐउटा प्रष्ट, तर विरलै हुने – विशिष्ट प्रकारको उदाहरण हो।²⁴ त्यस्तै, चीनका कन्फ्युशियसवादी संरचना संवन्धी उपदेशहरुमा पनि समलैंगिक चाहनालाई घृणा गरेको पाइदैन । हान् वंश (२०६ वि.सि. देखि सन् २२० सम्म)का दुईवटा प्रशिद्ध कथाहरुले लैंगिक चाहनाले भरिएको संरचनागत वफादारीको वन्धनलाई देखाएको छ । ऐउटा कथामा भनिएको छ – ओइका डयुक लिङ्का तरुण सहयोगी मिजी जियाले ऐउटा नास्पाति टोक्यो र गुलियो भएकाले खाई सिध्याउन डयुकलाई दियो । फेरि अर्को कथा, समाट एझ्का पुरुष-रखैल डडजीयन समाटको वाहुला(sleeve)मा निदायो र समाट हिड्ने बेलामा उसको प्रेमीलाई बिउभाउनुको सट्टा लवेदानै काटी मिल्काई दियो । त्यसैले, समकालीन चिनिया भाषामा समलैंगिकतालाई दर्शाउन “वाहुला काटन्” अथवा “नास्पाति बाढी खानु” भन्ने जस्ता मुहावराको अझै प्रयोग हुदै आएका छन्।²⁵

खास गरी १३औं शताब्दिमा मुश्लिम आगमन भन्दा अगाडिसम्म भारतीय ग्रन्थ-शास्त्र एवं धार्मिक सहिताहरुले पनि समलैंगिक क्रियाकलापको कठोर निन्दा गरेका छैनन् । अर्थशास्त्र जस्ता दस्तावेज – जुन् करिब ३०० वि.सि. तिर साम्राज्यका सल्लाहाकार कौटिल्य ले लेखेका थिए- प्रजनन् नगराउने लैंगिक अभ्यास गरेबापत सानो जरिवाना- जस्तो नुहाउने पर्व आयोजित गरेर चोखिने व्यवस्था गरी नरम शब्दमा भर्त्सना गरेको पाइन्छ,²⁶ मनुस्मृति कानून सहिता – जुन २०० वि.सि. देखि सन् २०० ई.स. वीचमा लेखिएका थिए – अनुसार, जातिच्यूत वा स्त्रीको सतित्व हरण गरेमा मात्र समलिङ्गी अभ्यासलाई भर्त्सना गरिन्थ्यो।²⁷

यहानेर, के उल्लेख छ, भने मानवशास्त्रीय साहित्य समलिङ्गी अभ्यासको बर्णनले भरिपूर्ण छ, - यस वारे विश्व भरिका संस्कृति परिपूर्ण छ - यी त्यस्ता अभ्यास हुन् जसले अनुराग जगाउछ र तिनीहरुको धर्म वा परम्पराको ऐउटा अभिन्न हिस्सा बनेर रहेको छ, , अथवा, जस्ले “तेस्रो लिङ्ग”लाई पहिचान गरेको छ, जुन ऐउटा अनौठो आध्यात्मिक वा तान्त्रिक (shamanistic) शक्तिसंग निरन्तर रूपबाट जोडिएर रहेको पाईन्छ।²⁸

लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचान विरुद्ध भएका धार्मिक मान्यताहरु सम्बन्धमा दक्षिण अफ्रिकाका उच्च अदालतले भनेका कुरालाई यहां उल्लेख गर्नु सान्दर्भिक देखिन्छ :

“अझै पनि, धार्मिक विश्वासको ऐउटा सारभूत मान्यता छ जस्ले यो मान्दछ कि लैंगिक सहवासको उद्देश्य भनेको प्रजनन् गर्नु हो र सोही कारणबाट मात्र गर्भनिरोध हटाइएको हो । अर्कातिर, त्यतिकै बलियो धार्मिक विश्वास पनि छ, जस्लाई यो विचारले

24 Percy, op.cit. p. 169; Peter Jackson, “Performative Genders, Perverse Desires: A Bio-History of Thailand's Same-sex and Transgender Cultures”, in *Intersection : Gender, History and Culture in the Asian Context*, No. 9, August 2003, p. 54.

25 Percy, op.cit. p. 216-217; Chou Wah-Shan. “Homosexuality and the Cultural Politics of Tongzhi in Chinese Societies”, in *The Journal of Homosexuality*, Harrington Park Press, Vol. 40, No.3/4, 2001, p. 29.

26 अर्थशास्त्र 4.13.236.

27 मनुस्मृति 8 : 369, 11 : 68 and 11 : 175.

28 See for Example, Percy, op. cit., p. 64.

अब थेगन सक्वैन । गर्भनिरोध प्रतिको सामाजिक दृष्टिकोण र विवाह जुन् जानीजानी बच्चारहित हुन्छन्—ती वारेका मान्यताहरु परिवर्तित हुदैछन् । यी परिवर्तित दृष्टिकोणहरुले अवश्यम् भावी रूपले समलैङ्गिकता प्रतिको दृष्टिकोणमा पनि परिवर्तन ल्याउने छ ।”²⁹

२. “वैज्ञानिक” संवादहरु

“वैज्ञानिक” उपागमको सहारा लिएर पनि लैङ्गिक अभिमुखिकरण तथा लैङ्गिक पहिचान सम्बन्धी दमन गरिएको पाइन्छ । ऐतिहासिक रूपले र खास गरी १९औं शताब्दि तथा प्रथम् आधा २०औं शताब्दिको अवधिमा भएका वैज्ञानिक छलफलले माथि उल्लेख गरिए बमोजिमका धार्मिक एवं नैतिक मूल्य-मान्यता प्रति एउटा तरल सम्बन्ध स्थापित हुन पुग्यो – परिणामस्वरूप, सामान्यताको (normalcy) स्थिति खल्बलिन गई विकृति एवं सामाजिक चुनौति बन्न पुग्यो र फरक लैङ्गिक अभिमुखिकरण तथा लैङ्गिक पहिचान भएका व्यक्तिहरु उपर दमन हुन गयो ।

“वैज्ञानिक” छलफलमा आएका लैङ्गिक अभिमुखिकरण तथा लैङ्गिक पहिचान सम्बन्धी धारणा औषधि विज्ञानको क्षेत्रमा पनि प्रवेश गयो । औषधि विज्ञान तथा प्राकृतिक इतिहासहरुले पूर्व-आधुनिक युगदेखि नै यो विषय माथि विचार गयो । तेस्रो शताब्दि वि.सि.का प्रशिद्ध भारतीय चिकित्सक (physician) चाणक्य – जस्ले भारतीय औषधि ‘आर्युवेद’ प्रणालीको सहिताकरण गर्न सहयोग गयो – उनले आफ्नो दस्तावेज चाणक्य सहितामा त्यस्ता लिङ्गलाई “असामान्य” भनेर बताए; जस्मा पुरुष तथा महिला समलैङ्गिकता सहित अन्तर-तैङ्गिक अवस्था एवं बाभोपन (sterility) का विभिन्न स्वरूपहरु समावेश थिए ।³⁰ सोही समयका दक्षिण एशियाका बौद्धमार्गी लेखकहरुले पनि कहिलेकाही पुरुष नपुंशकता (impotence) का विभिन्न स्वरूपहरुको वर्गीकरण गर्दै समलैङ्गिकताको चाहना वारे वर्णन गरेका छन् ।³¹ अब क्षेत्रमा प्राचिन मुसलमान चिकित्सकहरुले पनि समलैङ्गिक चाहनालाई रोगको स्वरूप, वा व्यक्तिको वैकल्पिक कुरकमको स्वरूप वा जन्मसिद्ध स्थिति, वा जन्मदाको कुण्डली (horoscope) को कर्म माने ।³² पुरुषमा ग्रिक दार्शनिक अरस्तु ले पुरुषमा हुने समलैङ्गिक चाहनालाई मिर्गीरोग (epilepsy) तथा मानव शरीर भित्रको वीर्य (semen) को अव्यवस्थित प्रवाह भनी वर्णन गरे; तर पछिबाट क्रिश्चियन औषधिविज्ञहरुले सामान्यतः समलैङ्गिक अभ्यास रोग भन्दा पनि पापपूर्ण छनौट (sinful choices) को स्वरूप हो भनेर यो विषयलाई पन्थाए ।³³

१९औं तथा २०औं शताब्दिमा समलैङ्गिकतालाई दबाउने औचित्य प्रमाणित गर्न विज्ञानको एउटा मञ्च नै देखा पय्यो । समलैङ्गिकताको दमन गर्ने उद्देश्यले जीवशास्त्रीय, चिकित्सकीय, आपराधिक

29 Judgment of 1995, Case of *S. v. H.*, Para. 125A-B, cited in Constitutional Court of South Africa, Judgment of 9 October 1998, *National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and others*, Case CCT 11/98, para. 38.

30 William Naphy, op.cit., p. 76.

31 Ibid., pp. 598-99

32 Naphy, op.cit., p. 101; Warren Johansson, "Medical Theories of Homosexuality", William Percy, op.cit., p. 790-91.

33 Pickett, Brent, "Homosexuality", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2006 Edition), Edward N. Zalta(ed.), p. 791

तथा समाजशास्त्रीय दृष्टिकोणहरु एवं धेरै सिद्धान्तहरुको प्रार्दुभाव भए। यस् सन्दर्भमा वेस्टफल तथा लम्ब्रोसोका सिद्धान्तहरु उदाहरणको रूपमा लिन सकिन्छ। सन् १८६० मा जर्मन मनोरोग विशेषज्ञ कार्ल वेस्टफलले “विलोम लिङ्गी भावना” (contrary sexual feeling) अन्तर्गत मानसिक विकृतिको अनुसन्धान गरे, जस्लाई अग्रेजी बोल्ने दुनियामा “विलोम्” (inversion) भनियो। त्यस्तै, इटलीका शेसार लोम्ब्रोसोले आपराधिक मानवशास्त्रीय एवं जीववैज्ञानिक परिपेक्ष्यमा जन्मजात अपराधको सिद्धान्तहरु (innate criminal offender) को प्रतिपादन गरे – जस्ले प्रजनन् नगर्न लैंगिक आचरणमा लाग्नाले स्नायु प्रणालीलाई कमजोर पारी दिन्छ – जस्को कारणबाट समलैंगिकता उत्पन्न हुन्छ।³⁴ सन् १८७६मा अधिक्रम मनोवैज्ञानिक रिचार्ड भन् क्याफ्ट-इविड ले “मनोवैज्ञानिक लैंगिकता” (psychopathia sexualis) भन्ने पुस्तक प्रकाशित गरे। उक्त पुस्तकले दावी गर्यो – “लैंगिक भावनाको प्रत्येक अभिव्यक्ति प्रकृतिको उद्देश्यसंग मेल खादैन” – मतलब, “प्रंजनन् उल्टो (perverse) पनि हुन सक्छ।” सोही पुस्तकले वेस्टफलको विलोमको अवधारणालाई पनि लोकप्रिय तुल्यायो; र समलैंगिकतालाई एउटा रोगकोरूपमा चित्रण गर्ने प्रथम प्रयास गर्यो। डार्विनको प्राकृतिक छनोटको सिद्धान्तले पनि समलैंगिकतालाई अप्रत्यक्ष रूपमा रोग हो भन्नेमा बल पुऱ्यायो – किनकि समलैंगिक क्रियाले बच्चा जन्माउन सक्तैनथ्यो।³⁵

केही अपराध सम्बन्धी सिद्धान्तहरु २०औं शताब्दिको प्रारम्भमा प्रतिपादित भए – जीवशास्त्रीय तथा सामाजिक नियतिवाद (social determinism) यस्तो “वैज्ञानिक” मान्यताद्वारा प्रेरित थिए – जस्ले समलैंगिकताको प्रश्नलाई “वंशीय विकृति” (genetic degeneracy) भनेर सम्बोधित गर्यो, र जस्ले “सामाजिक विकृति” (social deviance) वा “सामाजिक चुनौतिको प्रवृति” उत्पन्न गरायो। यी अपराध सिद्धान्तहरु पछिबाट धेरै देशहरुका फौजदारी कानूनमा अनुदित गरिएको पनि देखियो। धेरै देशहरुमा यी “लत लागेका अपराधीहरु”(habitual criminals) वा “उपद्रवीहरु”लाई तह लगाउन कानून तर्जुमा गरियो; र तिनीहरुलाई समाजबाट हटाउन सामाजिक बहिष्कार गरी बिना सुनुवाई निरन्तर धुनछेक गर्ने पनि गरियो। पुरुष एवं महिला समलिङ्गीहरुलाई “जन्मजात आपराधिक कसुरदार” वा “लैंगिक विलोम्” वा “लैंगिक विकार भएका व्यक्तिहरु”को रूपमा हेरिएकाले निजहरुलाई यस्ता कानूनको कठघरामा उभ्याउने गरियो। एउटा उल्लेख्य उदाहरण – सन् १९३३ को स्पेनको घटनालाई लिन सकिन्छ। त्यहाँ, कानूनले तिनीहरुलाई “गुण्डा, पातकी, अपराधी-दलाल, व्यवसायिक भिखारी र अर्काको भरमा बाँच्ने “सामाजिक खतरा उत्पन्न गर्ने” भनी घोषित गरियो र तिनीहरुको भर्त्यना गरी श्रम गर्ने “कुनै निर्माण स्थल वा कृषि उपनिवेशमा नजरबन्द अन्तर्गत पठाउने गरियो।”³⁶ “समलिङ्गीहरु”लाई समावेश गर्ने उद्देश्यले सन् १९५४ मा यो कानूनमा स्पष्टतः थप संशोधन गरियो – जस्लाई “अरुबाट पूर्णरूपमा अलग्याई भेद (segregation)³⁷ गरिनु”को साथै थप सजाय गर्ने व्यवस्था गरियो। संभाव्य अपराधबाट मुक्ति पाउने र समाजलाई हुन सक्ने हानी-नोक्सानीबाट संरक्षण गर्ने सन्दर्भमा तिनीहरुलाई बन्दी

34 *L'Uomo delinquente* (The Criminal Man), Italy, 1876. Cesare Lombroso was considered one of the founders of the criminology (see inter alia, G. Stefani, G. Levasseur and R Jambu-Merlin, *Criminologie et science pénitentiaire*, Col. Précis Dalloz Ed. Dalloz, Paris, 1983).

35 Pieter R. Adriaens and Andreas De Block, "The Evolution of a Social Construction", in *Perspectives in Biology and Medicine*, 49.4 (2006), p. 570-585.

36 Article 6 (2) of the Law of *Vagrants and Miscreants* (*Ley de Vagos y Maleantes*), of August 1933 (Original in Spanish, unofficial translation).

37 Amendment of July 1954 (Original in Spanish, unofficial translation).

बनाउनुको साथै धार्मिक शिक्षा, कडा शारीरिक श्रम तथा यातना दिइने गरिन्थ्यो ।³⁸ त्यस्ता कैदीबाट “मुक्ति वा सामाजिक चुनौतिको स्थिति” समाप्त नहोङ्जेलसम्मका लागि उक्त बमोजिमको सजाय कायमै राखियो ।³⁹

जर्मनीमा यद्यपि रेच फौजदारी कानून सहिता⁴⁰ भन्दा अगाडि धेरै बर्षदेखि समलैङ्गिक व्यवहार विरुद्ध कानून विद्यमान थियो, नाजी शासनले यी कानूनहरूलाई थप अगाडि बढायो । जर्मन फौजदारी सहिताको सन् १९३४मा गरिएको सुधारले यी “लत लागेका अपराधीहरू”लाई अनिश्चित “निवारक नजरबन्द” अन्तर्गत राख्न सकिने थयो; यसलाई सन् १९३९ को समुदाय भन्दा फरक भएको लागि कानून ले थप व्यवस्था गयो – जस्ते “असामाजिक व्यक्ति, उपद्रवी र समलिङ्गीहरू” समेतको नस्बन्दी गर्ने प्रावधान राख्यो ।⁴¹ समलिङ्गीहरूलाई समाहरण शिविर (*concentration camps*)मा नजरबन्द गरियो र समलिङ्गी त्रिकोण (*pink-triangle*) मा वर्गीकृत गरी राखियो; र यी शिविरहरूमा त्यसरी दशौ हजार मानिसहरुको हत्या गरियो ।⁴²

त्यही समयावधिमा संयुक्त राज्य अमेरिकाका केही राज्यहरूले यी “लत लागेका अपराधीहरू” को नस्बन्दी गर्ने कानून पारित गयो, यद्यपि पछिबाट सर्वोच्च अदालतले यी कानूनहरूको खारेजको आदेश दियो ।⁴³ ती समाजहरू जहाँ सामाजिक अव्यवस्था निर्मित सजाय कम गरिन्छन् – जस्तो उत्तरी यूरोप तथा संयुक्त राज्य अमेरिकाका शहरी राज्यहरूमा उपद्रवी, गुण्डागर्दी, अराजक गतिविधि र यस्तै यस्तै विरुद्ध गरिने अपराध सम्बन्धी कानूनहरू समलिङ्गी पुरुष तथा समलिङ्गी महिलाहरूलाई हतोत्साहित गर्ने उद्देश्यले अल्पकालीन नजरबन्द वा थुनामा राख्न वारम्बार प्रयोग भईरह्यो ।⁴⁴

अर्कातिर, १९४ौ शताब्दिको दौरानमा “वैज्ञानिक” आधारमा समलैङ्गिकताको दमनको पुष्ट्याई गर्ने सिद्धान्तहरुको विपक्षमा वैज्ञानिक धारा(discipline)बाट विभिन्न दृष्टिकोणहरूको विकाश थयो । उदाहरणको लागि, सन् १८६० मा जर्मन कानूनविदहरू – कार्ल हेन्रिच उर्लिज र क्यारोली कट्वेन्क्या ले तेस्रो लिङ्गीको अस्तित्व स्वीकार्ने प्रस्ताव गरे – विपरित लिङ्गको प्रवृत्ति

38 Arturo Arnalte, *Redada de violetas – La homosexualidad en el franquismo*, Ed. La Esfera de Los Libros, Madrid, 2003.

39 Article 5 of the *Law of Vagrants and Miscreants (Ley de Vagos y Maleantes)*:

40 This provision dated from 1871

41 Francisco Muñoz Conde, "El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los 'extraños a la comu-nidad'", in *Revista Cenipec*, No. 20, Madrid, 1 January 2001, p. 2.

42 यी कुरा लगायत हेन्रुहोस : Johansson, Warren को समलैङ्गिकताका विश्वकोषमा “पिङ्ग ट्रायाङ्गल” जोहन्सन वारन तथा पर्सी विलियम ए.को “नाजी जर्मनीमा समलिङ्गीहरू” हेन्री फ्राइड ल्याण्डर (सं.), Simon Wiesenthal Center Annual: Volume 7, New York, Allied Books, Ltd., 1990 लाइनी स्कटको, “समलैङ्गिकता तथा नार्जी पार्टी” जर्ज ए. रेकर्स (सं.), The Journal of Human Sexuality, Lewis & Stanley Publishers, USA, 1996

43 US Supreme Court, Judgment of 1 June 1942, Case of *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942).

44 William N. Eskridge, Jr, "Privacy Jurisprudence and the Apartheid of the Closet, 1946-1961", in *Florida State University Law Review*, No. 24, 1997; Shannon Minter, "Sodomy and Public Morality Offenses Under U.S. Immigration Law: Penalizing Lesbian and Gay Identity", in *Cornell International Law Journal*, No. 26, 1993, p. 804.

भएका वा त्यस्ता आत्मा भएका मानिस हुने बताए।⁴⁵ उल्लिङ्गले यी मानिसहरुलाई “उरानियन्स” र कट्टवेन्क्ष्याले सर्वप्रथम् “समलिङ्गी”(homosexual) भन्ने शब्दको प्रयोग गरे । यी दुबैले समलैंगिकताको स्वभाविकता एवं जन्मसिद्धता माथि विश्वास गरे; र पुरुषमेह विरोधी कानूनहरु खारेज हुनु पर्नेमा बकालत गरे ।

समलैंगिक चाहनाको सम्बन्धमा स्यागनस् हिचफेल्ड तथा सिगमण्ड फ्रायड जस्ता विद्वान तथा मनोरोग सम्बन्धी चिकित्सकहरुले थप अनुसन्धान गरे र भान् क्याफ्ट-इविड स्वयम्भले आफ्नो मृत्यु भन्दा ठीक अगाडि हृदय परिवर्तन गच्छो र समलैंगिक चाहना यथार्थमा रोग हो भन्ने पूर्व निष्कर्ष उपर प्रतिवाद गरे - तर, त्यसको कमै प्रभाव पच्यो⁴⁶ त्यसपछि, समलैंगिकताको रोग निवारण गर्ने र त्यसको थप व्याख्या गर्ने कार्यमा विज्ञान पूर्णतः लागी पच्यो । सबैले तत्कालीन स्वीकार गर्न सकिने व्याख्या के थियो भन्ने – बाल्यकालमा उब्जेका चिन्ताको कारणबाट समलैंगिकताको “आकमण” हुन्छ⁴⁷ अल्वर्ट इलिस तथा चार्ल्स सोकारिडस् जस्ता न्यूयोर्कका मनोरोग चिकित्सकहरुले “परिपूरणीय उपचार पद्धतिहरु” (reparative therapies) को विकाश गरे; जसअन्तर्गत रोगीहरुलाई भनिन्छ, “तिमीहरु विरामी छौं, तर त्यो रोग त्यतिवेळा निको हुन्छ जब तिमीहरुको लैंगिक अनिवार्यताको अचेत-स्रोत तथा आफ्नो मनोरोग वारेमा अन्तर्दृष्टि दिन सक्तछौं र आफ्नो चिन्तित अभिभावकलाई यस कुरा वारे बुझाउन सक्तछौं ।” यस्तो पद्धतिबाट एउटा अभ्यासकर्ताले २७% (प्रतिशत) सफलता प्राप्त गच्यो; जब कि अर्को एक जनाले ½ (एक तिहाई) को दावी गरे⁴⁸ कोलम्बिया विश्वविद्यालयका मनोरोग चिकित्सक सैण्डर राडोले “वैराग्य पद्धति”(aversion therapy)को विकाश गरे– जसअन्तर्गत विरामीको मनोविश्लेषण गरिनुको साथै ‘घर-गृहस्थीको आकृति-मोह’(homoerotic images) देखाई विद्युतीय भड्का लगाउने वा वमनेच्छा(nausea) हुने औषधि खाउने गरिन्थ्यो । सन् १९६२ मा यो पद्धतिले समलैंगिकताको आरोप लागेका एक वेलायती सिपाहीको मृत्यु हुन गयो⁴⁹ अर्को उपचार पद्धति– सामान्यतः अनिवार्य लिङ्ग प्रत्यारोपण गराउनु हुन्थ्यो । सन् १९५३ मा प्रशिद्ध वेलायती कम्प्युटर वैज्ञानिक एवं गणितज्ञ एलान टुरिङ्ग जस्ताराई गम्भीर अशिललताको आरोप लागेको थियो; लाई स्ट्रीलिङ्गी(oestrogen) ईन्जेक्शन लगाउने सजाय दिइयो, र त्यसपछि लगतै उनी मरे⁵⁰ जातिवाद विद्यमान रहेको युगमा दक्षिण-अफ्रिकामा करिव ९०० सिपाहीहरुमा अनिवार्य लिङ्ग प्रत्यारोपण सम्पन्न गराइयो⁵¹

45 Manfred Herzer, "Kertbenyka, Roly María", in Percy, op.cit., p. 659; Hubert Kennedy, "Ulrich, Karl Heinrich", in Percy, op.cit., p. 1339.

46 Ibid.; Warren Johansson, "Magnus Hirschfeld", "Freud, Sigmund" and "Freudian Concepts" in Percy, op.cit., 430-437 and 535-539.

47 Arvind Narraian and Tarunabh Khaitan, "Medicalisation of Homosexuality", in *Combat Law*, Volume 1, No. 1 (March- April 2002)

48 Jack Drescher, "I'am Your Handyman", in *Journal of Homosexuality*, Volume 36(1) 1998, p. 27; Charles W. Socarides, "How American Went Gay", Leadership U, www.leaderu.com/jhs/socarides.html.

49 Beverley D'Silve, "When Gay Meant Mad", in *The Independent, London*, 4 August 1996.

50 Paul Gray, "Alan Turing", Time, 29 March 1999.

51 Ana Simo, "South Africa", The Gully, 25 August 2000.

वैज्ञानिक समुदायले “लैंगिक विलोमता”(sexual inversion) एउटा मानसिक रोग हो भन्ने विचार राख्न थालेकाले⁵² समलैंगिकताको अपराध गरे वापतको सजाय अनिवार्य चिकित्सकीय उपचार गर्नु पर्नेतर्फ मोडियो – सन् १९७० को स्पेनमा गुण्डागर्दी एवं हुलदड्गा सम्बन्धी कानून खारेज गरियो र सट्टामा सामाजिक खतरा एवं पुर्नस्थापन सम्बन्धी कानून ल्याइयो⁵³ यस् कानून अन्तर्गत “समलैंगिक क्रियाकलाप गर्नेहरु”, “टाट पल्टेका, पशुतुल्य वा दुर्जन” मानिसहरु लगायत “नैतिकरूपले भ्रष्टहरु” तथा “मानसिक रूपले कमजोरहरु”⁵⁴लाई विभिन्न प्रकारका सजायहरु दिइन थालियो – ती मध्ये समलिङ्गी र यौनकर्मीहरुलाई “पुर्णशिक्षा स्थापना केन्द्रमा कैद सजाय” गर्ने गरियो⁵⁵ संयुक्त राज्य अमेरिकामा तथाकथित “लैंगिक मनोवैज्ञानिक पढाति सम्बन्धी कानूनहरुको तर्जुमा गरियो – जस्ते अदालतलाई लैंगिक अपराधीहरुलाई दोहरो सजाय गर्ने क्षेत्राधिकार प्रदान गच्छो – जस्त्रन्तर्गत स्वेच्छिक समलैंगिक मैथुन गरेको अभियोग लागेका व्यक्तिहरु लगायतलाई अस्वेच्छिक कैद तथा मानसिक अस्पतालहरुमा हालियो⁵⁶ संयुक्त अधिराज्यले समलैंगिकताको अभियोग लागेका व्यक्तिहरुलाई जेल वा लिङ्ग प्रत्यारोपणको उपचार गर्नु पर्ने कानूनहरु खारेज गरियो, र वास्तवमा वलजफूती चिकित्सकीय उपचारलाई शरण (asylum) आवेदनको निम्नित मान्य आधार मानियो;⁵⁸ – केही मुलुकहरुः संयुक्त अरब ईमिरेट्स् र पूर्व सोभियत संघका केही राज्यहरु लगायतमा भने अस्वेच्छिक उपचार निरन्तर रूपले कायमै रह्यो⁵⁹

सोही समयमा अल्फ्रेड किन्सले र ईमेलिन हुकर जस्ता अमेरिकी अन्वेषकहरुका अनुशन्धानले पत्ता लगाए कि विलोम-लैंगिकता “सामान्य” हो भन्ने कुनै वैज्ञानिक आधार छैन – जब कि प्रचलित वाहेक अन्य प्रकारका लैंगिक अभिमुखिकरण “विकार” हो; अथवा भनौं समलैंगिक चाहनाको कुनै औनित्य छैन। यी अन्वेषकहरुले भने – आरोपित अपराधीहरु वा उपचार खोज्ने विरामीहरु उपर पूर्व मनोरोग चिकित्सकहरुले जस्तो यिनीहरुले उति ध्यान दिएनन्; र समलिङ्गिहरुले पनि विषम-लिङ्गीहरुले भै मनोवैज्ञानिकरूपमा सहजताकासाथ स्वास्थ्य संबन्धी परिक्षण जारी राखे⁶⁰ यी निर्णिकर्षहरुले सन् १९६० भरिका संयुक्त राज्य अमेरिकी वैज्ञानिक तथा स्वास्थ्य सेवीहरु वीचमा

52 उदाहरणको लागि अमेरिकी मनोचिकित्सक संघले प्रारम्भमा सन् १९५२ मा “समलैंगिकता”लाई रोगको रूपमा वर्णिकृत गरे। American Psychiatric Association, Diagnostic and Statistical Manual: Mental Disorders (DSM-I) (1952), 38-39.

53 Law 16/1970 (ley Sobre Peligrosidad Rehabilitation Social) of 4 August 1970, BOE No. 187.

54 Ibid., Article 20.

55 Ibid., Article 30.

56 Eskridge, doc. cit. pp. 712-716.

57 See for example, Andrew Hodges, *Alan Turing: the Enigma*, Vintage, Random House, London 1992

58 For example, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, Decision of 24 June 1997, Case of *Pitcherskaia v. INS*.

59 United States Department of State, Press Release, Forced Medical Treatment of UAE Homosexuals, 28 Nov 2005, available at www.state.gov/r/pa/ps/2005/57390.htm; Amnesty International, *Crimes of hate, conspiracy of silence: Torture and ill-treatment based on sexual identity*, ACT 40/016/2001, Chapter 4 (2001).

60 Evelyn Hooker, "The Adjustment of the Male Overt Homosexual", in *Journal of Projective Techniques*, vol. 21(1957), p. 29; A.C. Kinsey, W.B. Pomeroy, C.E. Martin, *Sexual Behavior in the Human Male*, W.B. Saunders Ed., Philadelphia, 1948.

मान्यता पायो, र सन् १९७३ मा अमेरिकी मनोवैज्ञानिक संघद्वारा समलैंगिकता एउटा रोगको रूपमा उपचार गर्न छाडियो । त्यसपछि, अमेरिकी मनोवैज्ञानिक मनोरोग चिकित्सक तथा चिकित्सक संघरु सबैको एउटै मत रह्यो कि परिपुरणीय उपचार पद्धति (reparative therapy) जस् अन्तर्गत विरामीले आफ्नो लैंगिक अभिमुखिकरण परिवर्तन गर्दछ, भन्ने भुट्टो अनुमानमा आधारित छ, –त्यो निष्प्रभावी छ र त्यसले संभवतः हानी-नोकसानी मात्र पुऱ्याउँदछ ।⁶¹

विश्व भरिनै, फरक लैंगिक अभिमुखिकरण रोग होइन भन्ने मान्यताको विस्तारै विकाश भयो । सन् १९८७ देखि अमेरिकी मनोवैज्ञानिक संघले समलैंगिकतालाई रोगमा वर्गिकरण गरी एउटा विकार(disorder) मानिएकोमा त्यसको विरोध गर्न्यो;⁶² जब कि जापान, रस तथा चीनका मनोरोग सम्बन्धी संस्थाहरुले क्रमशः १९९५, १९९९ र २००१ सम्म यसो गरेनन् । विश्व स्वास्थ्य संघले सन् १९९२ देखि समलैंगिकतालाई रोगको अन्तरार्थिय वर्गिकरण तथा स्वास्थ्य समस्यासंग सम्बन्धित (ICD-10) बाट हटायो ।⁶³

यस् सन्दर्भमा कोलम्बियाको संवैधानिक अदालतको निष्कष चर्चायोग्य छ । तिनीहरुले २०४३ शताब्दिको मध्यदेखि गरिएका वैज्ञानिक अनुसन्धान र विश्व स्वास्थ्य संघको प्रतिवेदनहरु समेतलाई दृष्टिगत गरेका छन् :

“समलैंगिकता रोग होइन, न त यो कुनै हानीकारक व्यवहार हो; जस् अन्तर्गत फरक मानवीय लैंगिक अभिमुखिकरण पर्दछन् । त्यसकारण, यो रोग हो अथवा एउटा असामान्य अवस्था हो जस्ताई उपचार गरेर मात्र निको पार्न सकिन्दै भन्ने परम्परागत दृष्टिकोण समकालीन वहुलबादी समाजमा स्वीकार्य हुन सक्वैन ।”⁶⁴

३. राजनैतिक तथा विचारधारात्मक संवादहरू

धार्मिक, नैतिक र “वैज्ञानिक” सम्बन्धी प्रायोजित तर्कहरुका अतिरिक्त, समलैंगिकताको प्रश्नले खासगरी राजनैतिक विरोधीहरुलाई लक्षित गर्दै राजनैतिक उत्पीडन/दमन गर्नमा पनि उत्तिकै प्रयोग गरिएका छन् । दुःख साथ भन्नु पर्छ, यस्ता उदाहरणहरुले ईतिहास भरिएकाछन् । स्टालिनवादी देश-निष्काशन एवं अमेरिकी-छटनी (जसलाई मकाथिजम्-McCarthyism) भनिन्छ । (अनुवादकको टिप्पणी:- मकाथिजम् भनेको सन् १९५०तिर अमेरिकी सरकार तथा अन्य संघ/संस्थाहरुमा कतै कम्युनिष्ट छन् कि भनेर गरेको आकामक छानविन हो, जहाँ धेरै मानिसहरुले जागीर गुमाए) । – यस्ता धेरै मध्ये यी दुई उद्घाहरणहरैनै काफी छन् । १९४३ शताब्दिमा पश्चिम यूरोप बाहेकका रसियन साम्राज्यमा, तुलनात्मकरूपले दृष्टिगोचर गर्दा, समलैंगिकता सम्बन्धी

61 हेन्होस : Carolyn Ann Hicks को लेख “परिपुरणीय उपचार पद्धति : बच्चाको लैंगिक अभिमुखिकरण परिवर्तन गर्ने बाबु-आमाको प्रयत्न कानूनतः बच्चा प्रतिको दुर्घटनार हुन सक्वदछ ?”, अमेरिकी विश्वविद्यालयको कानून पत्रिका, Vol. 49, May 2000.

62 Fox, R.E. (1988), Proceedings of the American Psychiatric Association, Incorporated, for the year 1987: Minutes of the Annual meeting of the Council of Representatives, *American Psychologist*, 43, 508-531.

63 WHO, "ICD-10", www.who.int/classifications/apps/icd/icd10online.

64 कोलम्बियाको संवैधानिक अदालत, Judgment No. C-481/98 of 9 September 1998, para. 11 (Original in Spanish, unofficial translation).

चिकित्सकीय बहशले थेरै मात्र प्रभाव पारेको देखिन्छ। समलैङ्गिकतालाई सन् १८३५मा अपराधिकरण गरियो, तर यथार्थमा जारशाही सत्ता समलैङ्गिक अभ्यास प्रति तुलनात्मक रूपले अनुग्रही बन्ने गयो। वोल्सोभिक कान्ति ले वयस्क वीचको सहमतीय समलैङ्गिकता सम्बन्धी कानून लगायत जारशाहीकालीन ऐनलाई खारेज गरिदियो। सन् १९२२ को सोभियत फौजदारी सहिताले समलैङ्गिकतालाई अपराध अन्तर्गत राखेन। तथापि, स्टालिनको शासनकालमा समलैङ्गिकतालाई फाँसिवादसंग जोडेर “गुदमैथुनकर्त्तर्हरु” (pederasts) लाई भष्टाचारको अभियन्ता मानी पूंजीवादको उन्मुलन अन्तर्गत भर्त्सना गरियो। समलैङ्गिकतालाई सन् १९३४ मा पुनः अपराधिकरण गरियो;⁶⁵ वैज्ञानिक औचित्य दिने चिकित्सकीय भाषाको प्रयोग गर्दै समलिङ्गीहरुलाई गुलाग भन्ने ठांउमा देश-निकाला गरी पठाउने वा मनोरोग स्थापना-केन्द्रमा नजरबन्दमा राख्ने गरियो।⁶⁶ स्टालिनको शासनकालमा राजनैतिक दमन र निस्काशनको लागि नयाँ कानून बनाउन कुनै हिचकिचावट गरिएन। मार्किसम गोर्कीको “समलिङ्गीहरुलाई खतम् गर, फाँसिवाद स्वतः लोप हुन्छ” भन्ने उद्घोषनै राजनैतिक दस्तावेजीकरण बन्यो।⁶⁷ व्याङ्गात्मकरूपले भन्नु पर्दा, संयुक्त राज्य अमेरिकामा, स्याकारी युगमा समलैङ्गिकता विरुद्धको तर्क गैह-कम्प्युनिष्ट अभियानको रूपमा प्रयोग गरियो। समलिङ्गीहरुलाई राष्ट्रिय सुरक्षाको चुनौति तथा कम्प्युनिष्ट अभिकर्ताको रूपमा चित्रित गरियो।⁶⁸ यस सन्दर्भमा, राष्ट्रपति ड्वाइट डि-आइज हावरले २७ अप्रैल, १९५३ मा “सरकारी सेवाको लागि सुरक्षा आवश्यकता” भन्ने कार्यकारी आदेश नं. १०४५० मा हस्ताक्षर गरे – जसले समलिङ्गीहरुलाई “सुरक्षा जोखिम्” भनी घोषणा गन्यो र यस्तो “लैङ्गिक विकार”को दोष लागेका सम्पूर्ण संघीय कर्मचारीहरुलाई निस्काशन गर्ने आदेश दिइयो।

समलैङ्गिकतालाई अपराधिकरणबाट हटाउने कुराको विरोध गर्ने प्रायशः राष्ट्रियता एवं सांस्कृतिक सापेक्षतावाद (cultural relativism) को सचेतनाको प्रयोग गर्ने गरिन्छ र भनिन्छ – यो राष्ट्रिय पहिचान, संस्कृति एवं मूल्य-मान्यता विपरित छ। धेरै देशहरूले समलैङ्गिकतालाई “राष्ट्र”, “राष्ट्रिय परम्परा” वा “सांस्कृतिक विशेषता” जस्ता शब्दावलीको दुहाई दिई अस्वीकार गर्ने गर्दछन्। अमेरिकी सर्वोच्च अदालतले पछिवाट फैसेला उल्ट्याएको (now-overruled) बोउर्स वि. हार्डविकस्का मुद्दामा⁶⁹ बहुमत न्यायमूर्तिहरूले पुरुषमेही कानून(sodomy laws) यथावत राख्ने सन्दर्भमा धेरै दक्षिणी देशहरूमा प्रयोग गरिएको भाषा प्रयोग गरेको देखिन्छ। एकजना न्यायमूर्तिले “संघीय सविधानले समलिङ्गीहरुलाई पुरुषमेहमा लाग्ने मौलिक अधिकार दिएको छैन” भन्ने सम्मको मत राखेको देखिन्छ। पुरुषमेहलाई प्रतिबन्ध लगाउनु पर्ने जिकिर गर्दै भनिएको छ – “यो प्रतिवन्ध यस देशको ईतिहास र परम्परामा जरा गाडिएको” विषय हो। त्यस्तै प्रकारले, डुजेन् वि. संयुक्त अधिराज्यको मुद्दामा फरक मत राख्ने मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपीयी अदालतका साइप्रिस

65 The 1934 law was revoked in 1993.

66 हेनुहास : Healey Dan को “कान्तिकारी रसियामा समलैङ्गिक चाहना : लैङ्गिक तथा लैङ्गिक असन्तुष्टको नियमावली” Univesity of Chicago Press, 2001; “कान्तिकारी रसियामा समलैङ्गिक चाहना : लैङ्गिक तथा लिङ्ग असन्तुष्टको नियमावली” लैङ्गिकताको ईतिहास सम्बन्धी पत्रिका Volume 11, No. 4, October 2002; र गर्ट हेकमा, ह्यारी ओष्टरहस र जेम्स स्टिक्ले (स.) समलिङ्गी पुरुष तथा राजनीतिक वामको लैङ्गिक ईतिहास Harrington Park Press, 1995.

67 Healey, Dan, op. cit., p. 227.

68 David K. Johnson, *The Lavender Scare – The Cold War Persecution of Gays and Lesbians in the Federal Government*, Univesity of Chicago Press, 2004.

69 US Supreme Court, Judgement of 30 June 1986 [Bowers v. Hardwick, 478 US 186 (1986)].

न्यायमूर्तिले आफ्नो मतमा “अहिलेसम्मका सभ्य मुलुकहरुले पुरुषमेह(sodomy)लाई दण्डित गरेका छन्” भन्ने उल्लेख गरेको छ र अगाडि भनेको छ, – यदि यस्ता कानूनहरु साइप्रश वा उत्तर आयरलैण्डमा खारेज भयो भने “जनताले हल्ला मच्चाउँछन् र उत्पात गर्दछन् – किनकि दुवै धार्मिक मानसिकता भएका देशहरु हुन् र तिनीहरु शताब्दियौ पुराना नैतिक मूल्य प्रति अडिग रहेका छन्।”⁷⁰

यदि अन्तराधिकार मानव अधिकार कानून तथा विधिशास्त्रले सांस्कृतिक सापेक्षतावादको तर्कलाई अस्वीकार गर्दछ, र घरेलु नैतिक मूल्यहरुले व्यक्तिगत लैंड्रिक अभिमुखिकरणलाई अस्वीकृति वा असहमति जाहेर गर्दछ भने संयुक्त राष्ट्र संघीय मानव अधिकार समितिले सामान्यतः सहमतीय वयस्क लैंड्रिक अभ्यासलाई गोपनीयताको अधिकारको आधारमा समलैंड्रिकताको अपराधिकरणलाई अस्वीकार गर्दछ।⁷¹

४. विभेद तथा निरन्तर अपराधिकरण

पुर्तजागरणका यूरोपेली विश्व (*World of Enlightenment*) ले बाइबलीय मार्गमा जगाडिएको फौजदारी कानून विरासतमा प्राप्त गयो, र शताब्दियौ देखिको क्रिशिच्यन परम्पराले प्रजनन नहुने लैंड्रिक कार्य (non-proactive sex) लाई मूल्युदण्डको सजाय दिने मान्यताको स्थापना गयो।⁷²

फ्रान्सेसी क्रान्तिले सन् १७८९ देखि लागु गरिएको नयाँ अपराध संहिता अन्तर्गत पुरुषमेह लगायतका नैतिक अपराधहरुको खारेज गर्दै यो यूरोपेली प्रथालाई समाप्त गयो। नेपोलियन द्वारा अध्यावधिक गरी उनको सैनिक विजयसंगै फैलिएको यो संहिता महाद्विपीय यूरोप भरि अवलम्बन गरियो। नेपोलियनको पतनपछि, अधिकांश देशहरुले यो नेपोलियन संहिता खारेज गरे, तर मूलतः फ्रान्स, वेलियम, स्पेन तथा नेदरल्याण्ड जस्ता केही मुलुकहरुले भने पुरुषमेह (sodomy) लाई अपराधिकरण गरेनन्।⁷³ सन् १८८९ मा ईटाली (दुई सिसिलीका अधिराज्यहरु र पछिबाट नेपल्स् अधिराज्य) ले वयस्क वीचको सहमतीय समलैंड्रिक कार्यलाई अपराधिकरणबाट हटायो – पोर्चुगलले पनि सन् १८५२ मा त्यस्तै गरे (तर, अपराधको रूपमा त्यसलाई सन् १९१२ मा पुनः प्रवेश गरायो)। त्यसपछि, १९३४ शताब्दिको मध्य एवं २०३४ शताब्दिको प्रारम्भमा यूरोपमा ईटाली, पोलैण्ड जस्ता नयाँ राज्यहरु स्थापित भए – ती राज्यहरुले कहिले पनि पुरुषमेह माथि फौजदारी बन्देज लगाएनन्, अथवा आफ्नो स्वाधिनतापछि लगतै नेपोलियन संहिताका विविध स्वरूपहरु समावेश गरी कानून निर्माण गरे।⁷⁴ अन्य क्षेत्रहरुले समलैंड्रिक सम्बन्धलाई

70 Both Northern Ireland and Cyprus remained intact after *Dudgeon v. UK* (1981) and *Modinos v. Cyprus* (1993).

71 Human Rights Committee, Views of 31 March 1994, Case of *Nicholas Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, para. 8.4.

72 See for example, Leviticus 18:22.

73 Stephanie Coontz, *Marriage, A History: From Obedience to Intimacy, or How Love Conquered Marriage*, Ed. Penguin Group, New York, 2005, Chapter 9.

74 Robert Wintemute, "International Trends in Legal Recognition of Same-sex Partnerships", in *Quinnipiac Law Review*, Quinnipiac University School of Law, USA, Volume 23, 2004.

अपराधिकरणबाट हटाए – उदाहरणको लागि, जापान जहां पुरुष वीचको सहमतीय लैङ्गिक कार्यलाई अवैध बनाउने आफ्नो १८७३ को निर्णय सरकारले सन् १८८३ मा उल्ट्यायो ।

अपराधिकरणबाट हटाउने यो आधुनिक आन्दोलन २०औ शताब्दि देखि प्रारम्भ भयो । सामाजिक विज्ञानहरू – त्यसमा पनि खास गरी मनोविज्ञानको विषयमा यस सम्बन्धी तर्कले जरा गाडेको पाइयो । २०औ शताब्दिमा सन् १९३३ मा पुरुषमेह सम्बन्धी कानून खारेज गर्नेमा डेनमार्क पहिलो राष्ट्र भयो, त्यसपछि स्वीजरलैण्ड सन् १९४१ र स्वीडेन सन् १९४४ मा ।⁷⁵ द्वितीय विश्वयुद्ध पछि, सन् १९५७ को वेलायती बुफेन्टन रिपोर्ट, सन् १९५९, मा प्रथम मस्तौदा गरिएको अमेरिकी नमुना अपराध सहितहरूले पुरुषमेह सम्बन्धी कानून खारेज गर्नु पर्दछ भन्ने सिफारिश गयो ।⁷⁶ सन् १९६१ मा अमेरिकी इलिनोइस राज्य यो सिफारिश कार्यान्वयन गर्ने पहिलो राज्य भयो । इलिनोइस राज्यलाई सन् १९८३ सम्ममा संयुक्त राज्य अमेरिकाका आधा राज्यहरूले पछ्याए ।⁷⁷ युरोपेली राज्यहरूमा करिव-करिव त्यति जति राज्यहरूले पछ्याए – तर, अलि बढी गतिमा । चेकोस्लोभेकिया र हंगेरी आ-आफ्नो पुरुषमेह सम्बन्धी कानून खारेज गर्नेमा पहिलो समूहमा नै पर्दछन् – सन् १९६१ मा ।⁷⁸ सन् १९८३ सम्ममा, युरोपको फलामे पर्खालको दुवै पटिका समग्र यूरोपभरि नै पांच बटा देशहरूलाई छोडेर – वेलायती राजमुकुट अन्तर्गतका पराधीन मुलुकहरू, र पुरुषमेह विरोधी कानून स्थापित गर्ने युगोस्लाभियाका केही भागहरू बाहेक सबैले पुरुषमेहलाई अपराधिकरणबाट हटाई सकेका थियो ।⁷⁹

यहाँनेर यो पनि उल्लेख गर्नु आवश्यक छ – कि ल्याटिन अमेरिका तथा पूर्वी एशियाका धेरै देशहरूमा, या पुरुषमेह सम्बन्धी स्पष्ट कानूनी प्रतिवन्ध कहिन्त्यै गरिएको थिएन, या १९औ शताब्दिका दौरान जापान, मेक्सिको तथा ब्राजिलमा जस्तो नेपोलियन सहिताको कुनै स्वरूप स्वीकारी कानून तर्जुमा गरिएको थियो ।⁸⁰ यस अगाडिका हरफहरूमा उल्लेख नगरिएका देशहरूका अतिरिक्त अपवादमा रहेका मध्येमा चीन एउटा हो – जस्ले पुरुषमेह विरोधी कानून सन् १९९३ सम्म खारेज गरेन, र दक्षिण एशियाका केही पूर्व वेलायती उपनिवेशहरू जस्ले आजसम्म पुरुषमेह विरोधी कानून यथावत कायम राखेका छन् ।⁸¹

(अनुवादको टिप्पणी: भारत र नेपालमा हालसालै अदालतले त्यस्ता कानूनहरू खारेज गरेको छ)

75 Ibid., and Hubert Kennedy, "Chapter 1: Beginnings" in *Journal of Homosexuality*, Volume 38, No. 1/2., 1999, pp. 7, 14.

76 William Eskridge, "Challenging the Apartheid of the Closet: establishing conditions for lesbian and gay intimacy, norms, and citizenship, 1961-1981" in *Hofstra Law Review*, Volume 25, 1996.

77 Melinda Kane, " Social Movement Policy Success: Decriminalizing State Sodomy Laws, 1969-1998", in *Mobilization: An International Quarterly*, Volume 8, October 2003, pp. 313 and 315.

78 Eskridge, doc. Cit., p. 855; Michael Jose Torra, "Gay Rights after the Iron Curtain", in *Fletcher Forum of World Affairs*, Volume 22:2, summer 1998, pp. 73 and 76.

79 Ibid., and Pratima Narayan, "Somewhere Over the Rainbow: International Human Rights Protection for Sexual Minorities in the New Millennium", in *Boston University International Law Journal*, 2006, No. 24, pp. 313 and 317

80 Charles P. Sherman, "The Debt of Modern Japanese Law to French Law", in *California Law Review*, Vol. 6. No. 3, March 1918, p. 198; Wayne Percy, op.cit., p. 806; Daniel Ottosson, *LGBT world legal wrap up survey*, Ed. International Lesbian and Gay Association, 2006.

81 Daniel Ottosson, *LGBT world legal wrap up survey*, doc.cit.

अफ्रिका, क्यारिवियन तथा दक्षिण एशिया क्षेत्रका अधिकांश पूर्व वेलायती उपनिवेशहरु— त्यस्तै इजरायल बाहेकका सबै मध्य पुर्वी तथा उत्तर अफ्रिकी देशहरुले आफ्ना पुरुषमेह विरोधी कानूनहरु पुनःस्थापित गरेका छन्⁸² क्यारिवियन क्षेत्रका पूर्व वेलायती उपनिवेशहरुको सम्बन्धमा तिनीहरुको आ-आफ्नो संविधानहरुमा “बचाऊ” दफाहरु⁸³ राखेका छन् — जस्ते संयुक्त अधिराज्यको व्यक्ति विस्त्रिको अपराध कानून सम्बन्धी सन् १९६१ का प्रावधानहरु, र सन् १९८५ का संशोधित फौजदारी कानून — जस् अन्तर्गत पुरुषमेह (buggery) एवं गम्भीर अश्ललता (gross indecency) प्रति कुनै कानूनी संरक्षण गरिएको छैन — ती लगायतका देशहरुले पुराना औपनिवेशिक एवं भिक्टोरिया कालका कानूनहरुलाई पुनःस्थापित गरेका छन् । संयुक्त अधिराज्यले वोकेन्डेन रिर्पैटले उठाएका नैतिक बहशबाट प्रारम्भ भई सन् १९६० को दशकमा सो सम्बन्धी संसदीय परिवर्तन गरी — तथा यूरोपीय मानव अधिकार प्रणालीबाट मानव अधिकार हनन् भएको भन्ने हस्तक्षेप समेतलाई मध्यनजर गरी— बृहत छलफल पश्चात मात्र, समलैंगिकता विरोधी भिक्टोरिया कालीन कानूनहरु खारेज गयो ।

५. मान्यता तर्फको अभियान

सन् १९६१ को बर्षले संयुक्त राज्य अमेरिकामा पुराना ‘होमोफिल’ (homophile) संगठनहरु (जसको प्रचार बन्द भयो)को बदलामा⁸⁴ वासिङ्टन स्पार्टाचिन् समाज को स्थापना गरायो —जस्को मुख्य उद्देश्य सार्वजनिक रूपले “समलिङ्गीहरुको स्थिति एवं अवस्था अन्य समान बनाउनु” रहेको थियो । विश्वभरि नै बृहत्तर मानव अधिकार संघर्षको स्वरूप ग्रहण गर्दै पुरुषमेह विरोधी कानूनहरुको खारेज गर्ने दिशातर्फ यस्ता संस्थाहरु वेजोडले फैलिए । सन् १९९९को प्रारम्भसंगै केही अधिकारवादीहरुले आफ्ना प्रयत्नहरुलाई “पुरुष-समलिङ्गी मुक्ति” (gay liberation) भएको उद्घोष गरे ।

सोभन्दा अगावै, यूरोपेली मानव अधिकार प्रणालीले लैंगिक अभिमुखिकरणमा आधारित माग-दावी प्रति मैत्री (friendly) भइसकेका थिए । सन् १९८१ मा, यूरोपीय मानव अधिकार अदालतले उत्तर आयरलैण्डमा पुरुषमेह एवं गम्भीर अश्ललताका अपराधहरुलाई मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासंघ (ECHR)को धारा ८ अन्तर्गत गोपनीयताको अधिकार हनन् भएको फैसला गरिसकेको थियो । यो फैसलाबाट एकजना पुरुष समलिङ्गीले प्रचलित कानूनमा ठूलो चुनौति दिए — कि उत्तर आयरलैण्डमा अपराध मानिएको उक्त कानूनले उनलाई फौजदारी अभियोग लगाएकाले त्यसबाट उनको गोपनीयताको अधिकार हनन् हुन गयो भन्ने दावी गरे । अदालतले यो कोशेढुङ्गो रूपी डुड्जेन् वि. संयुक्त अधिराज्य को मुद्रामा “विवादित कानूनको कार्यान्वयनले निवेदकको निजी जीवनको गरिमाको अधिकार (जस् अन्तर्गत लैंगिक जीवन पनि पर्दछ) उपर निरन्तर हस्तक्षेप गरेको ठर्हछ, ” भन्ने फैसला गयो ।⁸⁵

82 Ibid., and Indian University, Office of Overseas Study, "LGBT Resources in the Middle East", www.indian.edu/~overseas/lesbigay/middleeast.html.

83 बार्बडोसको संविधान, धारा २६, जमैका को धारा २६(८), ट्रिनिडाड गणतन्त्र भएपछि, यस्ते बचाऊ दफा पुनः कायम ग-यो ।

84 Eskridge, doc. Cit., pp. 821-822.

85 मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालत, Judgment of 22 October 1981, Application No. 7572/76, para. 41.

त्यसरी नै, यूरोपेली अदालतले सन् १९८८ र १९९३ मा नोरिस वि. आयरलैण्ड^{८६} तथा मोडिनोस वि. साइप्रस^{८७} कमशःको मुद्दाहरुमा त्यस्तै फैसला गच्छ। दुबै राज्यहरुले धर्ममा आधारित भएकाले समलैंगिकता विरुद्ध कडा प्रतिवाद गरे र कानूनको परिपालनाको निम्नि “नैतिकताको संरक्षण” गर्नु जरुरी छ – कानूनको उद्देश्य बैध छ भनी बहश गरे। यूरोपेली अदालत यी दुबै मुद्दामा वैयक्तिक राज्यको अभ्यास वा ती राज्यले अवलम्बन गरेको विषयमा भुक्तेन– बरु, अधिकांश समलैंगिक वयस्कहरुका वीच हुने सहमतीय लैंगिक कार्यलाई अपराधिकरणबाट हटाउने अन्य यूरोपेली मानव अधिकार अन्तर्गतका अधिकांश सदस्य-राष्ट्रहरुले गरेका अभ्यासलाई अनुशरण गर्नुपर्ने आदेश दियो। अदालतले कुनै पनि अवस्थामा उक्त कानूनको कार्यान्वयनको लागि कुनै “ऐचिदो सामाजिक आवश्यकता” नरहेको पायो। यसको समानुपातिकता परिक्षण गर्न, यूरोपेली अदालतले व्यक्तिको गोपनीयताको अधिकारको उलझन गरी समलैंगिकता विरोधी कानूनबाट हुने हार्नी-नोक्सानी, विवादित कानून कार्यान्वयन गर्ने “बैध उद्देश्यहरु” भन्दा बढी महत्वको हुने भनी व्याख्या गरे।

तथापि, यूरोपेली अदालत – गोपनीयताको अधिकार सम्बन्धी प्रावधानको माध्यमबाट दण्ड सहिता भन्दा बाहिर राखी लैंगिक अभिमुखिकरण सम्बन्धी अधिकारको बृहत्तर क्षेत्र पहिचान गर्न अनिच्छुक देखियो^{८८} सन् १९९९मा मात्रै हो यूरोपेली अदालतले गोपनीयताको अधिकार सम्बन्धमा बृहत व्याख्या गच्छो – लुस्टिग प्रेयन तथा वेकेट वि. संयुक्त अधिराज्य^{८९} र स्विथ तथा ग्रेडी वि. संयुक्त अधिराज्य^{९०}को मुद्दाहरुमा। मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासंघिको धारा ८ को प्रयोग गर्दै, अदालतले सैनिक सेवाबाट समलिङ्गी पुरुष तथा महिलाहरुलाई विचित गर्ने कानूनलाई खारेज गरे; र गोपनीयताको व्याख्या खुल्ला पारे – ताकि समलिङ्गी-महिला तथा समलिङ्गी-पुरुषको जीवन बन्द ढोका भन्दा पर सार्वजनिक क्षेत्रसम्म पुग्न सकोस्। उत्तिकै महत्वपूर्ण सन् १९९९ रह्यो – यूरोपेली अदालतले स्पष्टताका साथ “लैंगिक अभिमुखिकरण”लाई विभेदको एउटा निषेधित वर्ग (prohibited category) अन्तर्गत राखे – यस मुद्दामा फोरुंगिज् अदालतको फैसला रद्द गच्छो, जसमा एकजना पितालाई संरक्षकत्वको अधिकारबाट वञ्चित गरिएको थियो – किनकि उनी समलैंगिक थिए^{९१}

आजसम्म, ६ वटा देशहरुले मात्र समलैंगिक विवाहलाई मान्यता दिई कानून निर्माण गरेका छन् :

८६ Judgment of 26 October 1988, Case of *Norris v. Ireland*, Application No. 10581/83.

८७ Judgment of 22 April 1993, Case of *Modinos v. Cyprus*, Application No. 15070/89.

८८ मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतले डुजेन, नोरिस तथा मोडिनसको मुद्दाहरुमा समलिङ्गी र विषम लिङ्गीहरु विचका उमेर फरक परे तापनि सहमतिको आधारमा गरिएकाले विभेद भयो भन्ने जिकिरलाई निरन्तर अस्वीकार गच्छो।

८९ Judgment of 27 September 1999, Application No. 31417/96 and 32377/96.

९० Judgment of 27 September 1999, Application No. 33985/96 and 33986/96.

९१ Judgment of 21 December 1999, Case of *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Application No. 33290/96.

ती हुन्— नेदरल्याण्ड,⁹² वेल्जियम्⁹³ स्पेन,⁹⁴ क्यानडा,⁹⁵ नर्वे,⁹⁶ तथा दक्षिण अफ्रिका,⁹⁷ यी राज्यहरु मध्ये दुई राज्यले सम्बन्धित सर्वोच्च अदालतहरुका आदेशले यसो गरे।⁹⁸

थप १८ वटा देशहरु⁹⁹ र पाँच देशका संघीय राज्यहरुले¹⁰⁰ विभिन्न कानूनी व्यक्तिहरु— सिभिल युनियन, रजिस्टर्ड पार्टनरशिप, सिभिल पार्टनरशिप, सिभिल डॉलिडारिटी इत्यादि जस्ता समलैंगिक सम्बन्धहरुलाई मान्यता दिएको पाइएको छ— जस्मा विवाहका सबै प्रकारका अधिकार एवं कर्तव्यहरु पर्दछन्। समलैंगिक जोडीले धर्मपुत्र/पुत्री राख्ने (adoption), अथवा त्यस्ता बच्चा/बच्चीलाई विभेदराहित ढंगले के कसरी राख्ने ? सो विषयमा भने सुनिश्चित व्यवस्था भईसकेको छैन। मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतले फैसला गरेको छ— राज्यले एकल व्यक्तिद्वारा गरिने धर्मपुत्र/पुत्री सम्बन्धी व्यवस्थालाई मान्यता दिएको छ, धर्मपुत्र/पुत्री राख्न गरिएको निवेदन उपर विचार गरिदा भने स्वेच्छाचारी ढङ्गले व्यक्तिको लैंगिक अभिमुखिकरणको ख्याल गर्नु हुदैन।¹⁰¹ तथापि, यस कुराबाट दुईवटा प्रश्नहरु अनुत्तरित हुन्छन् : के लैंगिक अभिमुखिकरणको आधारमा कसैको बच्चा अपनाउने निवेदन अस्वीकार गर्ने राज्यसंग कुनै औचित्यपूर्ण कारण हुन सक्छ ? समलिङ्गी जोडीलाई विवाह गर्ने अधिकार प्रदान गरिएको अवस्थामा । के राज्यहरुले प्रभावकारीढङ्गले पुरुष तथा महिला समलिङ्गी विरुद्ध वैवाहिक जोडीको धर्मपुत्र बनाउन पाउने योग्यतामा बन्देज लगाई कुनै विभेद गर्न मिल्छ ?¹⁰² सयुक्त राज्य अमेरिकामा जर्हींतही— एकल होस् वा जोडी पुरुष तथा महिला, समलिङ्गीहरुले धर्मपुत्र/पुत्री

92 Civil Code, Article 30, Book 1, reform of 2001.

93 Civil Code, Article 143, Book 1, Title V, Chapter 1, reform of 13 February 2003, *Moniteur Belge*, 28 February 2003, pp. 9880-83.

94 Civil Code, Article 44, reformed by Law 13/2005, 30 June 2005, *Boletín del Estado*, 2 July 2005.

95 Civil Marriage Act of 20 July 2005.

96 नर्वेको संसद स्टोटिङ्गले नयाँ कानून जनवरी १, २००९ देखि लागु हुने गरी समलिङ्गी विवाह(equal marriage)लाई मान्यता प्रदान गयो। उक्त कानूनले सहकर्मी दर्ता ऐन खारेज गयो र पूर्व दर्ता गरी सकेका सहकर्मीहरुलाई त्यस्तो दर्ता कायमै राख्ने वा विवाहमा परिणत गर्ने विकल्प प्रदान गयो।

97 Civil Union Act [No. 17 of 2006], 30 Nov 2006.

98 Reference Same-Sex Marriage [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79 (Canada); *Fouria and Bonthuys v. Minister of Home Affairs*, Case CCT 25/03 (South Africa).

99 Andorra; Colombia; Croatia; Czech Republic; Denmark; Finland; France; Germany; Hungary; Iceland; Israel; Luxembourg; New Zealand; Slovenia; Sweden; Switzerland; United Kingdom and Uruguay.

100 Argentina (Autonomous City of Buenos Aires; the Province of Río Negro and the city of Villa Carlos Paz), Australia (Australian Capital Territory, Tasmania and Victoria), Brazil (Río de Janeiro), Mexico (Coahuila, Mexico D.F.) and United States of America (Connecticut, Hawaii, New Hampshire, New Jersey, Vermont, district of Columbia, Maine, Oregon and Washington).

101 Judgment of 22 January 2008, Case of *E.B. v. France*, Application No. 43546/02.

102 यो मुद्दा, उदाहरणको लागि, अमेरिकाको उत्तर राज्यको हो, जसले अविवाहित युगलहरुलाई धर्मपुत्र/पुत्री राख दिएन र समविवाह गर्न पनि निषेध गर्दछ। *Utah Code* Title 30 Chapter 1 Section 2 and Title 78B Chapter 6 Section 117.

राख्न पाउँछन्।¹⁰³ र, त्यस्तै दक्षिण अफ्रिका,¹⁰⁴ इजरायल, स्पेन तथा क्यानडा तथा अष्ट्रेलियाका अधिकांश भागहरूमा¹⁰⁵ यस्तो धर्मपुत्र/पुत्री राख्न पाउने व्यवस्था छ।

लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानमा आधारित मानव अधिकारमा भएको प्रगति उत्तरी अमेरिका र यूरोपमा मात्रै सिमित छैन। सन् १९७० र १९८० को दशकमा पुरुष समलिङ्गी तथा महिला समलिङ्गीहरूको अधिकारहरूको पक्षपोषण गर्दै विश्वभरि नै स्थानीय गतिविधिहरू सम्पन्न भएका छन्। कोलम्बियाको मोभिमिन्टो पो ला लिवरेशन होमोशेक्जुयलस भन्ने संस्थाले सन् १९८१ मा पुरुषमेहलाई अपराधिकरण गर्नबाट हटाउन सफलतापूर्वक अभियान संचालन गयो। अन्य सफल अभियानहरू न्यूजिलैण्ड, इजरायल तथा अष्ट्रेलियाका स्थानीय संघ/संस्थाहरुद्वारा संचालित गरिएका छन्।

पुरुष तथा महिला समलिङ्गीहरूले केवल पुरुषमेह विरोधी कानून(anti-sodomy laws) खारेज गर्न मात्र लागेको होइन; यिनीहरूले अविभेद तथा पहिचान जस्ता मानव अधिकार सम्बन्धी विषयहरू पनि उठाएका छन्। शीतयुद्धको अन्त्यले मानव अधिकार सक्रियताको निम्नित नयाँ अवसरहरू ल्यायो। सन् १९९१ पछिको दशकमा स्थानीय नागरिक समाज तथा यूरोपेली परिषद को विस्तारले पूर्वी युरोपका १९ देशहरूमा र पूर्व सोभियत संघमा पुरुषमेह सम्बन्धी कानून खारेज गर्न सहयोग पुऱ्यायो। वितेका तीन दशकमा पुरुष तथा महिला समलैंगिक, द्विलैंगिक तथा फरक-लैंगिक (LGBT) व्यक्तिहरूको अधिकारहरूको अभियान – जस्तो आजभोलि यसरी जानिन्छ – चिली, केप वर्दे, फिजी, मार्शल द्विप समूह, मंगोलिया, निकारागुवा तथा संयुक्त राज्य अमेरिकाका बाँकि राज्यहरू¹⁰⁶को पुरुषमेही कानून (sodomy laws) को खारेज गर्न सन्दर्भमा स्थानीय तथा अन्तर्राष्ट्रिय प्रयत्नहरू संयुक्त रूपमा संचालन भईरहेको देखिन्छ। अमेरिकामा सन् १९९४ देखि प्रारम्भ भई धेरै देशहरूमा समलैंगिक अभिमुखिकरण सम्बन्धी विभेद निषेध गर्ने कानून बन्यो, जस्तो : इक्वेडरमा¹⁰⁷ संवैधानिक संशोधन गरियो; मेक्सिकोमा¹⁰⁸ विधेयक ल्याइयो, क्यानडामा¹⁰⁹ सर्वोच्च अदालतको फैसला, कोलम्बियामा¹¹⁰ संवैधानिक अदालतको निर्णय-श्रृङ्खला तथा भेनेजुयलामा¹¹¹ कार्यकारी आदेशबाट गरियो। यस सन्दर्भमा, जुन २००८ मा अमेरिकी राज्यहरूको संगठनको साधारण सभाले

103 Gary J. Gates, M.V. Lee Badgett, Jennifer Ehrle Macomber and Kate Chambers, *Adoption and Foster Care by Gay and Lesbian Parents in the United States*, Ed. The Williams Institute (UCLA School of Law)/ The Urban Institute – Washington, DC, March 2007, p. 3.

104 दक्षिण अफ्रिकाको संवैधानिक अदालत, Judgment of 10 September 2002, Case of *Du Toit and de Vos v. Minister for Welfare and Population Development*, Case CCT 40/01.

105 Adoption Act of 1994, part 3, division 6, section 39, *Western Australia Consolidated Acts*.

106 Daniel Ottoson, *State Sponsored Homophobia*, Ed. International Lesbian and Gay Association, April 2007, 3 (http://www.ilga/statehomophobia/state_sponsored_homophobia_ILGA_07.pdf).

107 इक्वेडरको संविधान, धारा २३, हरप ३

108 Federal Law to Prevent and Eliminate Discrimination (*Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*) of 11 June 2003.

109 *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513.

110 उदाहरणको लागि हेन्तोसः कोलम्बियाको संवैधानिक अदालत: Judgments No. T-097/94, T-101/98, C-481/98, C-507/99, T-268/00, C-373/02 and T-301/04.

111 Regulation of the Statutory law of the Work (*Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo*), in the official journal (*Gaceta Oficial*) No. 5.292 of January 1999.

सर्वसम्मतिद्वारा “मानव अधिकार, लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचान” भन्ने विषयमा पहिलो प्रस्ताव नै पारित गयो – जुन खासगरी निकै सार्वभिक लागदछ ।¹¹² विश्व भरिनै विभेद विरोधी कानूनहरू वा संवैधानिक प्रावधानहरू दक्षिण अफ्रिका,¹¹³ इजरायल,¹¹⁴ ताइवान,¹¹⁵ फिझी¹¹⁶ लगायत देशहरूमा ल्याइएका छन् ।

६. केही परिभाषाहरू

लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानको संबोधन गरिरहदा यसका निश्चित शब्दावली तथा धारणाहरू वरे स्पष्ट पार्नु नितान्त जरूरी छ । कसैको लैंगिक अभिमुखिकरण बताउनु पर्दा, मानिसहरूले बारम्बार “पुरुष-समलिङ्गी” (gay), “महिला-समलिङ्गी” (lesbian), लिङ्ग प्रत्यारोपण पूर्वका अवस्थालाई “विलोम-लिङ्गी” (transgendered) र लिङ्ग प्रत्यारोपण परिवर्तने अवस्थालाई “परिवर्तित-लिङ्गी” (transsexual) भन्ने गरेको सुनिन्छ । लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचान सम्बन्धमा अन्तराधिकार कानूनको कार्यान्वयन सम्बन्धी सिद्धान्तहरू (जाकर्ता सिद्धान्तहरू) ले उपयोगी परिभाषा दिएकाछन् ।

जाकर्ता सिद्धान्तहरू को प्रस्तावनाका अनुसार, लैंगिक अभिमुखिकरणको अर्थ :

“प्रत्येक व्यक्तिको कसै प्रतिको अन्तर्निहित भावनात्मक, ममतामयी तथा लैंगिक चाहना तथा विभिन्न लिङ्ग वा समान लिङ्ग वा एक भन्दा बढी लिङ्ग भएका व्यक्तिहरू वीच स्वभाविक लैंगिक सम्बन्ध भएको” भन्ने हुन्छ ।

लैंगिक अभिमुखिकरणको स्थितिले कसैको लैंगिक चाहना वा अनुभूतिको लिङ्ग स्थापित गर्दछ । कुनै व्यक्तिको लैंगिक अभिमुखिकरणलाई यस प्रकारले विभाजित गर्न सकिन्छ : (क) समलिङ्गी (homosexual)- समान वा उस्तै वा समलिङ्ग वीचको चाहना भएको (ख) विषम-लिङ्गी (heterosexual)-विपरित लिङ्ग वीचको चाहना (ग) द्विलिङ्गी (bisexual)- विपरित र समान लिङ्ग गरी दुवै लिङ्ग वीचको चाहना भन्ने जनाउँछ । यस्ता परिचयात्मक वर्णनले लैंगिकताको विषयमा चिकित्सकीय सरोकार पनि उत्पन्न गराउँदछ; र कसै कसैले असहजताका साथ वकालत गर्दछन् कि तिनीहरू चिकित्सा इतिहासको त्यस समयका उत्पत्ति थिए जतिखेर समलैंगिकतालाई शारीरिक विकारको परिक्षणद्वारा गरिने उपचारीय रोग (pathological illness) को रूपमा पहिचान गरी सोही अनुरूप व्यवहार गर्ने गरिएको थियो ।¹¹⁷

(अनुवादकको टिप्पणी: नेपालमा विलोमलिङ्गी (transgender)लाई तेस्रो लिङ्गी भन्ने गरेकोछ)

112 AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08_. "Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity", adopted the 3 June 2008.

113 दक्षिण अफ्रिकाको संविधान, धारा ९, हरप ३

114 Equal Employment Opportunity Act (1993); Danilowitz v. El Al, Supreme Court of Israel, 1995

115 www.state.gov/g/drl/rls/hrprt/2007/100517.htm.

116 फिझीको संविधान, धारा ३८, दफा २(क)

117 हेनुहोस : Alice Miller को “लैंगिक अधिकारका शब्दहरू र तिनीहरूको अर्थ : लैंगिक तथा लिङ्ग विविधता सम्बन्धी प्रभावकारी मानव अधिकार कृतिका निम्न प्रवेशद्वारा,” जाकर्ता वैठकमा प्रस्तुत कार्यपत्र, November 2006.

महिला समलिङ्गी, पुरुष समलिङ्गी जस्ता शब्दहरूको उत्पति र सांस्कृतिक सापेक्षवाद सम्बन्धी विवादको विषयले प्रत्यक्ष संयुक्त राष्ट्र संघ वा केही अधिकारहरूको सन्दर्भमा तिनीहरूको मानक प्रयोग उपर चिन्ता उत्पन्न गरेका छन्। यस्ता चिन्ताको कारणले समलैंगिक व्यवहारमा संलग्न भएकाहरूलाई जनाउन “पुरुषसंग पुरुषको मैथुन”(Men who have sex with men) वा एमएस्ऎम (MSM) जस्ता शब्दावलीको उत्पति भएको छ।¹¹⁸ यो लैंगिक पहिचानको निम्नित विवादास्पद दावी हटाई एउटा वर्गिकरण गर्ने प्रयत्न हो; अथवा न्यूनतम रूपमा त्यस्ता वर्गिकरणको प्रचारात्मक अर्थ पनि हुन्छ। बरु, MSM ले सार्वजनिक स्वास्थ्य उपचारको सन्दर्भमा यस्ता व्यवहारको वर्गिकरणको आवश्यकता महशुस गराउँदछ; किनकि MSM हरु एचआईभी/एड्स रोकथामको निम्नित एउटा जोखिमयुक्त समूह मानिएको छ।

मानव अधिकार रक्षाको सन्दर्भमा ज्ञान र पहिचानको निम्नित लैंगिक अभिव्यक्ति पनि महत्वपूर्ण हुन्छ। पुरुष वा स्त्री भएको हैसियतमा ती व्यक्तिहरु जो साविक बमोजिम स्त्री वा पुरुषको रूपमा मानिन्नन्, को मानव अधिकार उलझनका कारण भएका छन्। वैयतिक आचरण, पहिरनको स्वरूप, ढाँचा, बोल्ने तरिका, सामाजिक व्यवहार र अन्तक्रिया महिलाको आर्थिक स्वतन्त्रता र विपरित लिङ्ग वा लैंगिक सहकर्मीको अभाव, ईत्यादि लैंगिक अनुमान विपरितका स्वरूप हुन्।

जजाकर्ता सिद्धान्त को प्रस्तावना अनुसार, लैंगिक पहिचान भन्नाले :

“प्रत्येक व्यक्तिको भित्रै देखि अनुभूत गरिएको लैंगिक अनुभूति हो— त्यो जन्मदा प्राप्त गरेको जनेन्द्रीयसंग मिल्न वा नमिल्न सक्दछ — जस्त्रन्तर्गत व्यक्तिको शारीरिक संवेग पनि पर्दछन् (यदि स्वतन्त्रतापूर्वक छानौट गर्न दिएमा, सो अन्तर्गत चिकित्सकीय शल्यक्रिया वा अन्य उपायद्वारा प्रत्यारोपण गरिएको शारीरिक स्वरूप वा कार्य समेत समाविष्ट भएको मानिन्छ), र पोशाक, बोली एवं ढाँचा-काँचा अन्य लैंगिक अभिव्यक्ति समेत पर्दछन्।”

‘विलोम-लिङ्गी (transgender) व्यक्ति’ भनेको त्यस्तो व्यक्ति हो — जस्को जन्मदा लिएर आएको शारीरिक स्वरूप भन्दा फरकदड्को लैंगिकताको गहिरो अनुभूति हुन्छ। त्यस्तो व्यक्तिको लैंगिक पहिचान स्त्रीबाट पुरुष (female to male – FTM) हुन सक्दछ — जस्मा महिलाको जीऊ शरीर लिएर जन्मिएको भए तापनि बढी मात्रामा पुरुषको लैंगिकता हुन्छ। त्यस्तै, यस्तो व्यक्ति जो पुरुषबाट महिला (male to female – MTF) हुन सक्दछ — जस्को लैंगिक पहिचान पुरुषको शरीर वा शारीरिक स्वरूप लिएर जन्मे तापनि स्त्रीको लैंगिकता बढी हुन्छ।

‘परिवर्तित-लिङ्गी (transsexual)व्यक्ति’ भनेको त्यस्तो व्यक्ति हो — जस्को नयाँ शारीरिक लैंगिक विशेषता बहालीको लागि शल्यक्रिया गरी वा कुनै पद्धतिद्वारा शारीरिक वा ‘हार्मोन सम्बन्धी परिवर्तन वा प्रत्यारोपण गरिएको हुन्छ। लैंगिक भिन्नता वा परिवर्तन भएका व्यक्तिहरूको कुनै लैंगिक अभिमुखिकरण हुन सक्दछ — लिङ्गलाई लैंगिक क्रियाबाट छुट्याउनु जरुरी छ। यसवारे पछिबाट थप छलफल गरिने छ — मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतको विधिशास्त्रीय

¹¹⁸ हेर्नुहोस् : UNAIDS, "Men who have sex with men" (<http://www.unaids.org/en/PolicyAndPractice/KeyPopulations/MenSexMen/>).

दृष्टिकोण अनुसार, “लैंगिक पहिचान” भन्नाले शल्यक्रिया हार्मोन सम्बन्धी परिवर्तनद्वारा प्राप्त विषमलैंगिक क्षमता (heterosexual performance) सम्पन्न शारीरिक स्वरूपको परिवर्तित नयाँ लिङ्ग (transexualism) भन्ने बुझाउँछ। यस् मान्यताको विधिशास्त्रीय आधार संयुक्त अधिराज्यको राष्ट्रीय विधिशास्त्रद्वारा लिइएको हो ।

न्यायमूर्ति ‘थोप’ ले¹¹⁹ कोरवेट वि. कोरवेट को वेलायती मुदामा निम्नानुसारको फरक मत राख्दै उल्लेख गर्नु भएको छ :

“खासगरी विवाहको हकमा क्रोमोजम सम्बन्धी तत्वलाई निर्णयक, वा निष्कर्षात्मक मान्नु पर्दा मलाई विवादास्पद लाग्दछ । किनकि यो वैज्ञानिक परिक्षण भन्दा बाहेको अनुभूति गर्न वा दर्ता गर्न नसकिने व्यक्तिको अदृश्य स्वरूप (*invisible feature*) हो । यसले शारीरिक वा मनोवैज्ञानिक रूपमा कुनै योगदान पुऱ्याउदैन । वास्तवमा आजभोलि विवाह जस्तो संस्थाको सन्दर्भमा, लैंगिकता सम्बन्धी निर्णय गर्नु पर्दा मलाई यस्तो सही लाग्दछ – जन्मेको समय वा आधारमा होइन मनोवैज्ञानिक तत्वलाई बढी प्राथमिकता दिनु वा विवाहको समय भन्दा ठीक अगाडि आवश्यक ठहर मूल्याङ्गन गर्नु सैद्धान्तिक एवं तार्किक दृष्टिले सही हो ।”¹²⁰

लिङ्ग प्रत्यारोपण वा परिवर्तन गरिएका रि केविनको अष्ट्रेलियाई मुदामा न्यायमूर्ति चिसोम् ले यस्तो फैसला गरे :

“‘युरुष’ र ‘स्त्री’ भन्ने शब्दको सामान्य समकालीन (*contemporary*) अर्थ हुने हुनाले, विवाहको प्रयोजनको निमित्त व्यक्तिको लिङ्ग निर्धारण गर्नु कुनै एक शुक्रीय समाधान छैन – यसो भन्नुको अर्थ, कुनै निश्चित मुदामा रहेको कानूनी प्रश्नलाई एकल आधार (*criterion*)मा वा त्यसको सिमित सूचिको प्रयोग गरेर निर्णय गर्न सकिन्दै भनेर मान्न सकिदैन । यसरी, कुनै व्यक्तिको लिङ्ग – क्रोमोजम वा जनेन्द्रिय लिङ्ग वा अन्य कुनै सिमित तत्वहरू-शुक्रिट वा अण्डकोषीय अंग, शुक्रिट वा जनेन्द्रिय (चाहे त्यो जन्मको बेला वा अन्य समयमा निर्धारण गरिएको किन नहोस) जस्ता कुनै एउटा तत्वमा मात्रै सिमित हुन्छ भनेर मान्न गलत हुनेछ । त्यस्तै प्रकारले, कुनै पनि व्यक्तिको मनोवैज्ञानिक अवस्था वा व्यक्तिको “मन-मस्तिष्कको लैंगिकता”को आधारमा मात्रै यस प्रश्नको समाधान खोज्नु कानूनतः गलत हुनेछ ।

विवाहको प्रयोजनको निमित्त, कुनै व्यक्तिको लिङ्ग निर्धारण गर्नु पर्दा, अन्य सबै सान्दर्भिक कुराहल्प्रति दृष्टि पुऱ्याउनु पर्दछ । म यहाँ एउटा पूर्ण सूचि प्रस्तुत गर्नु वा त्यस्तो कुनै तत्व जुन एक भन्दा अर्को महत्वपूर्ण छन् भनेर सुझाव दिन पनि खोजिराखेको छैन; तथापि, मेरो विचारमा केही सान्दर्भिक कुराहरु यहाँ उल्लेख्य छन् :

119 Judgment of 2 February 1970, Case of *Corbett v. Corbett* (otherwise called Ashley), para. 155, cited in European Court of Human Rights, Judgment of 11 July 2002, Case of, Application No. 25680/94, para. 36.

120 Judgment of 2 February 1970,

जन्मेको वेलाका व्यक्तिको जैविक तथा शारीरिक विशेषताहरु (जस अन्तर्गत शुक्रकिट वा डिम्ब उत्पादन गर्ने लैंगिक अग, जननेन्द्रिय तथा क्रोमोजम); व्यक्तिको जीवनको अनुभवहरु – जस अन्तर्गत ऊ हुर्के-बढेको हुन्छ र जीवनप्रति व्यक्तिको दृष्टिकोण, स्त्री वा पुरुषकोरुपमा व्यक्तिको स्वअनुभवि – स्त्री वा पुरुषको रूपमा समाजमा कसले कुन हदसम्म काम गरेको छ; व्यक्तिले गरेको हार्मोन, शल्याक्रिया वा चिकित्सकीय लिङ्ग प्रत्यारोपण सम्बन्धी उपचारहरु तथा यस्ता उपचारका परिणामहरु, र विवाहको समयमा व्यक्त व्यक्तिको जीवशास्त्रीय, मनोवैज्ञानिक तथा शारीरिक विशेषताहरु पर्दछन्।¹²¹

LGBT- “महिला-समलिङ्गी (lesbian) तथा पुरुष-समलिङ्गी (gay), द्विलिङ्गी (bisexual) एवं विलोम-लिङ्गी (transgender)” व्यक्तिहरुको आद्यानाम् (acronym) हो । यस अन्तर्गत पहिचान गरिएका महिला तथा पुरुष-समलिङ्गीहरु, द्विलिङ्गी तथा विपरित लैंगिक अभिमुखिकरण भएका परिवर्तन आकांक्षी लिङ्गिको एक समूह–‘विलोम-लिङ्गी’ (transgender) समेत समावेश गरिएका छन् । संयुक्त राष्ट्र संघले लैंगिक अभिमुखिकरण, लैंगिक पहिचान तथा लैंगिक अभिव्यक्तिहरुको सवालहरुको सवोधन लैंगिक अल्पसंख्यकको झण्डामुनि गरेको छ । प्रोफेसर एलिस मिलरको मत छ – यो छाता शब्दावली विभेद, विहिष्करण तथा लाङ्छनाको सवालहरुको सम्बोधन गर्न राष्ट्र संघीय विज्ञहरु एवं संयन्त्रहरुले प्रयोग गर्ने गरेकाछन् । लैंगिक अल्पसंख्यक अन्तर्गत कुन कुन समूहहरुलाई समावेश गर्ने र त्यो के कसरी निर्धारण गरिन्छ भन्ने सम्बन्धमा भने अस्पष्टता देखिन्छ ।¹²² ऊनले उल्लेख गरेको छ – यद्यपि ती सवालहरुको समाधान गर्ने दिशामा यो यसरी बनाइएको समूह सहायकसिद्ध भएको छ, तापनि लैंगिकता तथा लिङ्ग सम्बन्धी मानव अधिकार उलझनका समूहहरु छुट्ट्याउने दृष्टिकोणबाट भने यो कठीन ‘संकेतलिपि (shorthand) मात्र हुन सक्दछ ।

121 Judgment of 12 October 2001, Family Court of Australia – At Sidney, File No. SY136 Of 1999, [2002] Fam CA 1074, para. 328.

122 *Alice Miller* थप उल्लेख गर्नु हुन्छ, “सर्वप्रथम यो शब्दावली नै अस्पष्ट छ – यस अन्तर्गत को को पर्दछन्? यस छाता अन्तर्गत तरुन्तै स्पर्धा एवं प्रतियोगिता हुन सक्दछन् “अल्पसंख्यक” (समावेशिताको निस्ति महिला तथा पुरुष समलिङ्गी–यौनकर्मीहरु ठेलमठेल गर्ने छन्)को मान्यता पाउने सवभन्दा ठूलो हक कस्को होला ? द्वितीयतः यी भिन्न समूहहरुको ‘कल्ब’ बन्ना र दाढी गर्नान् तिनीहरु समान प्रकारको विभेद वा दुर्व्यवहारबाट पीडित छन् भनेर र त्यसकारण, सबैले समान प्रकारको उपचार माग गर्नान् । सबै समान (*omnium-gatherum*)को प्रावधानको प्रभावले एउटा अस्पष्टता छोड्दछ – कि कस्तो खालको कानून वा नीतिको विशेष प्रावधानले कुनै समूह विशेष प्रति दुर्व्यवहार एवं विभेद गन्यो भनी पुर्नविचार गर्ने ? [...] लैंगिक पहिचान वा अभिव्यक्तिको आधारमा हुने विभेदको निस्ति अविभेदपूर्ण संरक्षण सम्बन्धी कानून निर्माण गर्नु भन्दा यौन कार्यको अपराधिकरण वा वेश्यावृति कानूनको सुधार गर्ने विषय चुनौतिपूर्ण छ – तर, यो एउटा ज्यादै फरक प्रसङ्ग हो । (*Alice Miller*, "Sexual rights words and their meanings", doc.cit.).

“मानव अधिकारको सम्मान एवं प्रत्याभूति गर्न र समानता एवं विभेदको सिद्धान्त वीच अन्योन्याश्रित सम्बन्ध छ । राज्यहरु, विना भेदभाव अधिकार एवं स्वतन्त्रताहस्तको पूर्ण एवं स्वतन्त्र प्रयोगको सम्मान एवं प्रत्याभूति गर्न वाध्यकारी हुन्छन् । राज्यद्वारा विना भेदभाव मानव अधिकारको सम्मान र प्रत्याभूति गर्ने सामान्य दायित्व अवज्ञा हुन गएमा यसले अन्तर्राष्ट्रीय दायित्वलाई जन्म दिन सक्तछ ।”

— मानव अधिकार संबन्धी अन्तर-अमेरिकी अदालत¹²³

ख. अन्तर्राष्ट्रीय तथा तुलनात्मक सार्वजनिक कानूनमा आधारहरू

विना लैंगिक अभिमुखिकरण वा लैंगिक पहिचान, सम्पूर्ण मानवजाति कानून समक्ष समान छन्-मानव व्यक्तिमा अन्तर्निहित गरिमावाट निःसृत स्वतन्त्रताहस्त : कानून समक्ष समानता, अविभेद तथा कानूनको समान संरक्षण प्राप्तिका हकदार हुन्छन् ।

१. कानून समक्ष अविभेद तथा समानता वीच सम्बन्ध

अन्तर्राष्ट्रीय कानून अन्तर्गत कानून समक्ष अविभेदको सिद्धान्त¹²⁴ र समानताको अधिकार¹²⁵ विश्वव्यापी रूपबाट स्वीकृत एवं संरक्षित गरिएका छन् । संयुक्त राष्ट्र संघीय मानव अधिकार समितिले घोषणा गरेको छ :

123 Advisory Opinion OC-18/03, *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, of 17 September 2003, Series A No. 18, para. 85.

124 संयुक्त राष्ट्रसंघीय बडापत्र को धाराहरू १(३) र ५५; मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्रको धारा ७ ; नागरिक तथा राजनैतिक अधिकारको अन्तर्राष्ट्रीय अनुसन्धि (ICCP) को धाराहरू २, ४(१) तथा २६; आर्थिक सामाजिक तथा सांस्कृतिक अधिकार संबन्धी अन्तर्राष्ट्रीय अनुसन्धि को धारा २ ; वालवालिका सम्बन्धी महासन्धि को धारा २ ; सम्पूर्ण आप्रवासी श्रमिक तथा तिनीहरुको परिवारका सदस्यहरुको अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रीय महासन्धि को धारा ७ ; अपाङ्गता भएको व्यक्तिहस्तका अधिकार सम्बन्धी महासन्धि को धारा ३ ; वालवालिको अधिकार तथा कल्याण सम्बन्धी अफिकी बडापत्र को धारा ३ ; मानव तथा जनअधिकार संबन्धी अफिकी बडापत्र को धारा २ ; वालवालिका सम्बन्धी महासन्धि को धारा २ ; मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासन्धि को धारा १४ ; मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासन्धि को आलेख नं. १२; ; मानवको अधिकार तथा कर्तव्यको अमेरिकी घोषणा को धारा II; मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासन्धिको धारा १; मानव अधिकार संबन्धी अरव बडापत्र को धारा ३ र ११; र यूरोपेली संघको मौलिक अधिकार सम्बन्धी बडापत्र को धारा २१ ।

125 मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणा को धारा १७, ICCPR को धारा २६; मानव अधिकार सम्बन्धी अफिकी आयोग (ACHPR) को धारा-३; मानवको अधिकार तथा कर्तव्यको अमेरिकी घोषणा को धारा II; मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासन्धि को धारा २४; मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासन्धि को आलेख नं. १२; मानव अधिकार सम्बन्धी अरव बडापत्र को धारा ११; यूरोपेली संघको मौलिक अधिकार सम्बन्धी बडापत्र को धारा २० ।

“ विना भेदभाव कानून समक्ष समानता तथा कानूनको समान संरक्षणको साथसाथै मानव अधिकार संरक्षणको सम्बन्धमा अविभेद एउटा आधारभूत तथा सामान्य सिद्धान्त बनेको छ । ”¹²⁶

कानून समक्ष अविभेदको सिद्धान्त तथा समानताको अधिकार वीचको निकट एवं अन्योन्याधित सम्बन्ध छ भन्ने कुरा नागरिक तथा राजनैतिक अधिकार सम्बन्धी अनुवन्ध (ICCP) को धारा २६ ले प्रमाणित गरेको छ ; जस्ता उल्लेख गरिएको छ, “सबै व्यक्ति कानून समक्ष समान छन् र विना भेदभाव कानूनको समान संरक्षणका हकदार छन् । [...] कानूनले कुनै पनि विभेदको अन्य गर्दछ, र सम्पूर्ण व्यक्तिहरु समान छन् तथा जाति, रंग, लिङ्ग, भाषा, धर्म, राजनैतिक वा अन्य कुनै आस्था, राष्ट्रिय वा सामाजिक उत्पत्ति, सम्पत्ति, जन्म, वा अन्य कुनै पनि हैसियतको आधारमा हुने भेदभाव विरुद्ध प्रभावकारी संरक्षण समेतको प्रत्याभूति गर्नेछ । ”¹²⁷

२. कानून समक्ष अविभेदको सिद्धान्त तथा समान हुने अधिकारका क्षेत्र तथा पहुँच

कानून समक्ष अविभेदको सिद्धान्त तथा समान हुने अधिकारका लागि के आवश्यकता पर्दछ भने राज्यले मानिसलाई राजकीय अंगहरुबाट मात्र बचाउने होइन – निजी संघ/संस्था एवं व्यक्तिहरु समेतबाट बचाउनु पर्दछ । मानव अधिकार समितिका अनुसार, विभेद अन्तर्गत “कानून वा सरकारी अधिकारीहरुद्वारा संचालित तथा संरक्षित कुनै पनि क्षेत्रमा गरिने विभेद”को निषेध समेत पर्दछ ।¹²⁸

कानून समक्ष अविभेदको सिद्धान्त तथा समान हुने अधिकारलाई प्रभावकारी बनाउने सन्दर्भमा मानव अधिकार समितिले प्रष्ट्याएको छ, “विभेद” भन्ने शब्दले कुनै भेदभाव, वहिष्करण, बन्देज, अथवा जाति, रंग, लिङ्ग, भाषा, धर्म, राजनैतिक वा अन्य आस्था, राष्ट्रिय वा सामाजिक उत्पत्ति, सम्पत्ति, जन्म वा अन्य हैसियतमा आधारित प्राथमिकता, र सम्पूर्ण व्यक्तिहरुद्वारा समान आधारमा सम्पूर्ण अधिकार तथा स्वतन्त्रताहरुको पहिचान, उपभोग वा प्रयोगको निरपेक्ष अन्त्य समेत बुझ्नु पर्दछ । ”¹²⁹ मानव अधिकार तथा जनअधिकार अधिकार सम्बन्धी अफ्रिकी आयोग¹³⁰ र मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतले¹³¹ पनि यस्तै दृष्टिकोण राखेका छन् । मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी अदालतले उल्लेख गरेको छ कि “मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको दायरा(ambit) भित्र यसको सम्पूर्ण सामान्य कानून(*corpus juris*) अन्तर्गत समानता र अविभेदको सिद्धान्त लाई समावेश गरेको छ । [...] “विभेद” भनेको मानव अधिकार विरुद्ध हुने कुनै पनि प्रकारको भेदभाव, वहिष्करण, बन्देज वा सिमा, वा विशेषाधिकार भनी किटानीसाथ

126 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं.१८, अविभेद, व्यारा १

127 अनुवन्ध(ICCP), धारा २६

128 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं.१८, अविभेद, व्यारा ८

129 ऐ, व्यारा ७

130 See *inter alia*: *Legal Resources Foundation v. Zambia*, Communication 211/98 (7 May 2000), para. 63.70 and fn. 3.

131 See *inter alia*: Judgment of 23 July 1968, Case of *Certain Aspects of the Laws on the Languages in Education in Belgium*, Application No. 1474/62; 1677/62, 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64.

परिभाषित गरिएको छ । त्यस्तो विभेदको अन्त्य अन्तर्गत भेदभावको सारभूत तहमा, ती सम्पूर्ण अधिकारहरुको समग्रता र कार्यविधिक तहमा तिनको प्रयोग – दुबै कुराहरु पद्धति ।”¹³²

कानून समक्ष अविभेद तथा समानता अन्तर्गत मानव अधिकार समितिले निर्देशित गरेका सकारात्मक दायित्वहरु पनि समाविष्ट हुन्छन् :

“यदि व्यक्तिहरु राज्यद्वारा संरक्षित रहेछन् भने महासम्बिद्यका अधिकारहरुको पूर्ण कार्यान्वयनको सुनिश्चित गर्ने सम्बन्धमा राज्य-पक्षहरुको सकारात्मक दायित्वहरु पनि हुन्छन् । [...] यस्तो परिस्थिति पनि सृजना हुन सक्दछ – जस्ता धारा २ ले चाहे जस्तो अनुवन्ध्यको अधिकार सुनिश्चित गर्न असफल भएको किन नहोस – त्यस्तो परिस्थितिमा निजी व्यक्ति वा संघ/संस्थाहरुलाई हुने गरेका कार्यहरुको हानी-नोक्सानी रोक्ने, दण्डित गर्ने, अनुसन्धान गर्ने वा उपचार गर्ने सिलसिलामा यथोचित कदमहरु चाल्न नसकेमा वा गर्ने अनुमति नदिएमा राज्य-पक्षहरुले ती अधिकारहरुको उलङ्घन गरेको मानिन्छ । राज्यहरुलाई धारा २ अन्तर्गतका सकारात्मक दायित्व र धारा २ को प्यारा ३ अन्तर्गत अधिकार उलङ्घनको सम्बन्धमा प्रभावकारी उपचारको आवश्यकता वीचमा रहेको अन्तर-सम्बन्ध वारे अवगत गराइने छ ।”¹³³

अविभेद एवं अल्पसंख्यकको प्रश्नको सम्बन्धमा मानव अधिकार समितिले निर्देश गरेको छ – उक्त अनुवन्ध्य (ICCP)को धारा २.१ ले संरक्षित गरेका अधिकारहरुको उपभोग राज्यको अधिकार क्षेत्र भित्रका अल्पसंख्यक अन्तर्गतका व्यक्तिहरु होउन् वा नहोउन् – विना भेदभाव सम्पूर्ण व्यक्तिहरु हकदार हुनेछ । यसका अतिरिक्त, राज्यद्वारा प्रत्याभूत गरिएका अधिकारहरु र लागु गरिएका जिम्मेवारीहरुको सम्बन्धमा कानून समक्ष समानताको अधिकार कानूनको समान संरक्षण तथा अविभेद सम्बन्धी धारा २६ अन्तर्गत एउटा पृथक अधिकार पनि प्रदान गरिएको छ । यसले सम्पूर्ण अधिकारहरुको प्रयोगको नियमन गर्दछ – महासम्बिद्यले संरक्षित गरेको होस् वा नहोस् – जस्ताई राज्य-पक्षले आफ्नो भूमि वा आफ्नो क्षेत्राधिकार भित्रका व्यक्तिहरुलाई चाहे धारा २७ मा उल्लेखित अल्पसंख्यकमा परेका होउन् वा नहोउन् – विना भेदभाव कानूनद्वारा प्रदान गरिन्छ ।”¹³⁴

मानव अधिकार समितिले निष्कर्ष निकालेको छ – यद्यपि कानूनको समक्ष अविभेद र समान हुने अधिकार (अनुवन्ध्य ICCPRको धारा २६) लाई धारा ४(२) अनुसार वन्देज गर्न नपाइने प्रावधान अन्तर्गत सूचिकृत गरिएको त छैन ; तथापि, “अविभेद सम्बन्धी अधिकारका त्यस्ता तत्व वा आयामहरु उल्लेखित छन् जस्ताई कुनै पनि अवस्थामा वन्देज गर्न सकिदैन ।”¹³⁵ मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी अदालतले थप पुष्टि गर्दै निष्कर्ष निकालेको छ, “कानून समक्षको समानता, कानूनको समान संरक्षण तथा अविभेदको सिद्धान्त अकाट्य (jus cogens) हुन्, किनकि

132 Advisory Opinion No. OC-18/03, doc.cit., para. 59.

133 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं.३१, राज्य-पक्ष उपर अनुवन्धद्वारा लगाइएका सामान्य कानूनी दायित्वको प्रकृति, प्यारा ८

134 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं.२३, अल्पसंख्यकका अधिकारहरु, (धारा २७), प्यारा ४.

135 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं.२९, संकटकालीन अवस्था (धारा ४), प्यारा ८

यसैमा राष्ट्रिय एवं अन्तर्राष्ट्रिय सार्वजनिक प्रणालीका सम्पूर्ण कानूनी संरचना अडेको छ र यो नै एउटा यस्तो आधारभूत सिद्धान्त हो जसले सम्पूर्ण कानूनहरूलाई निर्देशित गर्दछ। आजभोलि, यस् मूल सिद्धान्तसंग बाझिने कुनै पनि कानून स्वीकार्य मानिन्दैन। लिङ्ग, जात, रंग, भाषा, धर्म वा आस्था, राजनैतिक वा अन्य मत, राष्ट्रिय जातीय, वा सामाजिक उत्पति, राष्ट्रियता, उमेर, आर्थिक स्थिति, सम्पति, वैवाहिक स्थिति, जन्म वा अन्य कुनै पनि हैसियतमा गरिने कुनै पनि व्यक्ति उपरको विभेदकारी व्यवहार मान्य हुँदैन।

३. कानून समक्ष अविभेद तथा समानताको अधिकार

कानून समक्ष अविभेदको सिद्धान्त तथा समानताको अधिकारले नावालक, आदिवासी, विदेशी वा अनागरिक ईत्यादि जस्ता केही खास वर्गका व्यक्तिहरूसंग निजहरूको अधिकार एवं स्वतन्त्रता संम्बन्धमा भिन्न व्यवहार एवं विभेद गर्न रोक लगाएको मानिन्दैन।¹³⁶ मानव अधिकार समितिले स्पष्ट पारेको छ, “कानून समक्षको समानता र विना भेदभाव कानूनको समान संरक्षणको अधिकारले सबै भिन्न व्यवहारलाई विभेदकारी मान्दैन,”¹³⁷ “तथापि समान तहमा अधिकार तथा स्वतन्त्रताको उपभोगको सन्दर्भमा प्रत्येक अवस्थामा समान व्यवहार भन्ने अर्थ लाग्न सक्तैन।”¹³⁸ यद्यपि, भिन्न व्यवहार यथोचित र वस्तुपरक आधारमा स्थापित गरियो भने मात्रै स्वीकार्य मान्न सकिन्छ।¹³⁹ यसको वैध उद्देश्य हुनु पर्दछ।¹⁴⁰

संरक्षणको लागि आवश्यक हुने भन्नै अन्तर-अमेरिकी अदालतले विचारार्थ एउटा शुत्रको उल्लेख गरेको छ : “केही निश्चित रूपमा केही तथ्यपरक असमानताहरू विद्यमान हुन सक्तछन्; जसलाई वैधानिक रूपले कानूनी उपचारको रूपमा असमानताहरूलाई स्थान दिनु पर्दछ – त्यसले न्यायको सिद्धान्तलाई उलझन गर्दैन। ती कुराहरूले न्याय-इन्साफ प्रदान गर्न वा जो आफूलाई कमजोर कानूनी स्थितिमा रहेको पाउदछन् तिनीहरूको संरक्षण गर्न वास्तवमा महत्वपूर्ण मानिन्छन्। [...] यसबाट राज्यद्वारा व्यक्तिहरू उपर गरिने व्यवहारको भिन्नतामा कुनै भेदभाव गरिने छैन भन्ने कुरा स्थापित गर्दछ। जबकि अर्कातिर, तात्किक एवं वास्तविक भिन्नतामा आधारित वर्गकरणको छानौट गरिन्छ, र यी भिन्नताहरू तथा कानूनी शासनका उद्देश्यहरू बीच समानुपातिकताको यथोचित सम्बन्धहरू हुन्छन् – जसको पुनरावलोकन गर्न सकिन्छ।”¹⁴¹ अन्तर-अमेरिकी अदालतले थप जोड गरेको छ, ”उद्देश्य एवं यथोचित औचित्य विनाको भेदभाव विभेदकारी हुन्छ।”¹⁴² र,

136 उदाहरणको लागि हेर्नहोस : अन्वन्ध (ICCP)को धारा १०(३), १३, २५

137 Views of 9 April 1987, Case of *S.W.M. Brooks v. the Netherlands*, Communication No. 172/1984, para. 13, in UN document Supp. No. 40 (A/42/40), annex VIII. B.. See also, among others, Views of 9 April 1987, Case of *Zwaan-de-Vries v. The Netherlands*, Communication No. 182/1984; Views of 3 April 1989, Case of *Ibrahima Gueye and others v. France*, Communication No. 196/1985; and Views of 19 July 1995, Case of *Alina Simunek v. The Czech Republic*, Communication No. 516/1992.

138 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं.१८, अविभेद, प्यारा ८

139 ऐ १३

140 ऐ

141 Advisory Opinion OC-4/84, *Proposed Amendments of the Naturalization Provisions of Constitution of Costa Rica*, of 19 January 1984, Series A No. 4, paras. 56-57.

142 Judgment of 23 June 2005, Case of *Yatama v. Nicaragua*, Series C No. 127, para. 185.

यो पनि बताएको छ कि, कुनै अधिकार उपर वन्देज लगाउन आवश्यक परेमा, सो वन्देज यसको उद्देश्य अनुरूप समानुपातिक हुनु पर्दछ।¹⁴³

४. कानून समक्ष अविभेद, समानता र लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचान

अनुदार प्रत्यक्षवादी (radical positivist assertion)को कथन के छ भने अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकार अन्तर्गत “लैंगिक अभिमुखिकरण” वा “लैंगिक पहिचान”को लागि संरक्षण गरिएको छैन, किनकि यी समुहरु विशेषतः अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकार दस्तावेजका मूल विषय बस्तु भित्र समावेश छैनन्। तथापि, अन्तर्राष्ट्रीय दस्तावेजहरु यिनीहरुको उल्लेख नगरी पूर्ण भएको अर्थात्तन भने सकिदैन, किनकि वाक्यको अन्त्यमा “वा अन्य हैसियत”(or other status) भन्ने वाक्यांश उल्लेख गरिएबाट नामै नभएका भएपनि ती समूहहरु समेतको संरक्षण गर्ने मनसाय रहेको स्पष्ट संकेत भने पाईन्छ। त्यसकारण, अन्तर्राष्ट्रीय कानूनमा अविभेदको स्वीकारोक्तिले यी समूहहरु संरक्षण गर्ने अन्तर्निहित खुलापनलाई स्वीकार गरिएको मान्यु पर्दछ – जस्को वारेमा नामै उल्लेख छैनन् अथवा पछिबाट “लैंगिक अभिमुखिकरण” र “लैंगिक पहिचान” भन्ने समूह नामको उत्पत्ति (genera) गरिएको छ – जस्को संरक्षणको निम्नि स्थान खुल्ला रहेको दावी गर्न सकिन्छ।

अनुवन्ध (ICCPR)को धारा २६ अन्तर्गत कानून समक्ष समानता तथा विभेदबाट मुक्ति पाउने अधिकारको सम्बन्धमा अविभेदका समूहहरु मध्ये “लैंगिक अभिमुखिकरण” वा “लैंगिक पहिचान” भन्ने समूहहरुको स्पष्ट रूपले व्यवस्था नगरेको कारणबाट यस धाराले संरक्षण गर्ने सन्दर्भमा राखेको मनसायबाट हटाउन मिल्दैन। “वा अन्य हैसियत”(or other status) भन्ने वाक्यांश समावेश गरिएबाट मस्यौदाकारहरुले सूचिकृत नगरिएका वा समाजमा पछिबाट विकिशित हुने विभेदका ती आधारहरुको स्पष्ट रूपले विचार मन्थन गरेका थिए भन्न मिल्दछ। मानव अधिकार समितिको सामान्य टिप्पणी १८ले व्याख्या गरेको छ कि अनुवन्धको धारा २६ एउटा खुल्ला प्रावधान (free standing) हो, र यो कानून समक्ष समानता सुनिश्चित गर्ने प्रस्तावनामा आधारित छ।¹⁴⁴

संरक्षण सुनिश्चित गर्ने सन्दर्भमा नयाँ मानव अधिकार दस्तावेजहरुमा यो एउटा विकाशील प्रवृत्ति हो, र विभेदका निषेधित आधारहरु अन्तर्गत “लैंगिक अभिमुखिकरण” वा “लैंगिक पहिचान” लाई समावेश गर्न मापदण्ड स्थापित हुदैछ। वास्तवमा संयुक्त राष्ट्रसंघीय साधारण सभाले सबै राज्यहरुलाई जीवनको अधिकारको प्रभावकारी संरक्षणको सुनिश्चितताको लागि र लैंगिक अभिमुखिकरण लगायत विभेदकारी कारणबाट भए गरिएका सबै हत्याहरुको तत्परतापूर्वक एवं सम्पूर्ण रूपले छानविन अनुसन्धान गर्न आव्हान गरेका छन्।¹⁴⁵ युरोपेली परिषदको संसदीय सभाले लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचान (SOGI) को आधारमा गरिने विभेदको सम्बन्धमा धैरै प्रस्तावहरु पारित गरेको छ।¹⁴⁶

143 Ibid., para. 206

144 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं.१८, अविभेद, व्यारा १२

145 हेन्होस : “गैर-न्यायिक, संक्षिप्त, वा स्वेच्छाचारी हत्या संबन्धी प्रस्ताव” No. 61/173 of 19 December 2006, No. 59/197 of 20 December 2004 and No. 57/214 of 18 December 2002.

146 यी कुराहरु समेत हेन्होस : अक्टूबर १, १९८१ देखि लागु समलिङ्गी विरुद्ध विभेद सम्बन्धमा गरिएको सिफारिस ९२४(९६१), भएको; समलिङ्गी पुरुष तथा महिलाहरुको स्थिति वारे युरोपेली परिषदका सदस्य-राष्ट्रहरुको शरण आवेदन तथा आप्रवासन विषयक संसदीय सम्मेलनले गरेका सिफारिस १४७०(२०००); युरोपेली परिषदका सदस्य-राष्ट्रहरुमा महिला तथा पुरुष समलिङ्गहरुको स्थिति वारे संसदीय सम्मेलनले गरेका सिफारिस १४७४; खेलकुदमा समलिङ्गी महिला तथा पुरुष वारे संसदीय सम्मेलनले गरेका सिफारिस १६३५(२००३)।

हालसालै मात्र, अमेरिकी राज्यहरुको संगठनको साधारण सभाले मानव अधिकार, लैङ्गिक अभिमुखिकरण तथा लैङ्गिक पहिचान वारे पहिलो प्रस्ताव पारित गच्छो ।¹⁴⁷ यसका अतिरिक्त, नयाँ अन्तर्राष्ट्रिय दस्तावेजहरुले सप्त रूपले लैङ्गिक अभिमुखिकरण तथा लैङ्गिक पहिचानलाई विभेदको निषेधित आधारहरुको सूचिमा समावेश गरेको छ ।¹⁴⁸

यूरोपेली संघ भित्र व्यवस्थापिकीय कार्य अन्तर्गत लैङ्गिक अभिमुखिकरणमा आधारित विभेद विरुद्ध लड्न अनेकौ व्यवस्थापिकीय कदमहरु चालिएका छन् । सन् १९९७ को अम्स्टरडम् सन्धिको धारा १३ ले यूरोपेली समुदायका सदस्यहरुलाई “लिङ्ग, वर्ण वा जातीय उत्तरति, धर्म वा आस्था, अयोग्यता, अपाङ्गता, उमेर वा लैङ्गिक अभिमुखिकरणमा आधारित विभेद विरुद्ध लड्न यथोचित कदम चाल्ने अधिकार प्रदान गरेका छन् ।”¹⁴⁹ यसले सन् २००० को रोजगारी निर्देशिका¹⁵⁰ त्यायो – जसले सम्पूर्ण सदस्य-राष्ट्रहरुलाई डिसेम्बर, २००३ सम्म लैङ्गिक अभिमुखिकरण लगायतका आधारहरुमा रोजगारीमा गरिने विभेदलाई अन्त्य गर्ने कानून ल्याउन वाध्य पाच्यो । यूरोपेली संसद¹⁵¹को निर्देशिका २००४/५८ ईसी ले लैङ्गिक अभिमुखिकरणलाई विभेदको निषेधित आधार अन्तर्गत सूचिकृत गच्छो । यूरोपेली समुदायको निमित्त कर्मचारी नियमावलीले उल्लेख गरेको छ : “यो नियमावली अन्तर्गत कर्मचारीहरु विना सिफारिस - प्रत्यक्ष वा अप्रत्यक्ष - समान व्यवहारको हकदार हुनेछन् । [...] लिङ्ग वा लैङ्गिक अभिमुखिकरण तथा बिशेष वैवाहिक हैसियत आवश्यक पर्ने सम्बन्धित प्रावधान¹⁵² बिना नै यो अधिकार प्राप्त हुनेछ । यूरोपेली पकाउ पूर्जी¹⁵³को प्रस्तावनाले भन्छ, “यो रूपरेखा निर्णय (framework decision)ले मौलिक अधिकारहरुको सम्मान गर्दछ, तथा यूरोपेली संघ सम्बन्धी सन्धि को धारा ६ ले स्वीकार गरेका सिद्धान्तहरुको परिपालना गर्दछ, र यूरोपेली संघको मानव अधिकारको बडापत्र – त्यसमा पनि खासगरी परिच्छेद घ को प्रतिविम्बन गर्दछ । उक्त रूपरेखा निर्णय मा पकाउको उद्देश्य सहित विश्वास गर्न सकिने कारणहरुको आधारमा कुनै व्यक्ति – जसका विरुद्ध यूरोपेली पकाउ पूर्जी जारी गरिएको छ – त्यस्लाई आत्मसमर्पण गर्न अस्वीकार गर्ने अर्थमा व्याख्या हुन सक्छ भन्ने कुनै आधार छैन – उक्त

147 Resolution AG/RES. 2435(xxxviii-O/08) of 3 June 2008.

148 यी क्राहरु समेत हेनुहोस् : मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी आयोगले सन् २००८ मा स्वीकृत गरेको अमेरिकामा स्वतन्त्रा विमुखिकरण भएका व्यक्तिहरुको सुरक्षा सम्बन्धी सिद्धान्त तथा असल अभ्यासहरु, किशोर व्यक्तिहरुको अधिकार सम्बन्धी आइवेरो-अमेरिकी महासंघिय (जुन २००८ देखि लागु भयो); यूरोपेली संघको मौलिक अधिकार सम्बन्धी बडापत्र (धारा २१.१), र जून १३, २००२ देखि यूरोपेली संघको परिषदद्वारा लागु गरेको सदस्य-राष्ट्रहरु बीच यूरोपेली पकाउ पूर्जी तथा आत्मसमर्पण विषयक विधिहरु सम्बन्धमा परिषदको रूपरेखा निर्णय ।

149 See <http://europa.eu.int/eur-lex/en/treaties/dat/amsterdam.html#0001010001>

150 Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. See http://europa.eu.int/eur-ex/pri/en/oj/dat/2000/I303/I30320001202en001600_22.pdf

151 Directive 2004/58/EC of the European Parliament and of the Council, of 29 April 2004, on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States.

152 Council Regulation (EC, ECSC, Euratom) No. 781/98 of 7 April 1998 (O) 1998 L 113, p. 4; "The Staff Regulations," Article 1a(1)),

153 Council Framework Decision on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, adopted by the Council of the European Union on 13 June 2002.

पकाउ पूर्जी उसको लैंगिक अभिमुखीकरणको आधारमा¹⁵⁴ अभियोग लगाउने वा दण्डित गर्ने उद्देश्यबाट जारी गरिन्छ भन्ने त्यसमा कुनै यस्तो प्रावधान छैन। यूरोपेली संघको मौलिक अधिकार सम्बन्धी वडापत्रको धारा २१ (१)ले “अविभेद” सम्बन्धमा यस्तो उल्लेख गरेको छ कि, “लिङ्ग, जाति, बर्ण, जातियता वा सामाजिक उत्पत्ति, बशाणुगत स्वरूप, भाषा, धर्म वा आस्था, राजनैतिक वा अन्य कुनै विचार, कुनै राष्ट्रिय अत्यसंख्यको सदस्य, सम्पत्ति, जन्म, अपाङ्गता, उमेर वा लैंगिक अभिमुखीकरण जस्ता कुराहरुमा आधारित विभेद निषेधित हुनेछ,।” मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासंघिका यी दस्तावेजहरुमा यी मान्यताहरु स्थापित भैसकेका छन् र यसले यूरोपेली संघमा¹⁵⁵ आवद्ध हुन चाहने राज्यहरुलाई लैंगिक अभिमुखीकरणको आधारमा रोजगारी प्रदान गर्ने सन्दर्भमा विभेदलाई अन्त्य गर्ने कानून बनाउने गरी ती राज्यहरुलाई आदेश दिन सक्तछ। यसका अतिरिक्त, यसले यूरोपेली मानव अधिकार प्रणाली भित्र लैंगिक अभिमुखीकरणमा आधारित विभेद विरुद्ध जोडदार रूपले आवाज बुलन्द गरी त्यस प्रणालीको सबलिकरण गर्ने गर्दछ।

अन्तर-अमेरिकी मानव अधिकार प्रणाली अन्तर्गत प्रगतिशील कानून पनि रहेको छ। मार्च २००८मा मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी आयोगद्वारा पारित अमेरिकामा वैयक्तिक स्वतन्त्रता हननको रक्षा सम्बन्धी सिद्धान्त तथा असल अभ्यासहरुमा, “कुनै पनि परिस्थितिमा, [...] लैंगिक अभिमुखीकरणको कारण व्यक्तिको स्वतन्त्रता विमुखिकरण गरी विभेद गरिने छैन,”¹⁵⁶ भन्ने उल्लेख गरिएको छ। मानव अधिकार प्रवर्धन तथा रक्षाको निम्नित अन्डेन् वडापत्र¹⁵⁷ लैंगिक अभिमुखीकरणलाई विभेद निम्नि निषेधित सूचिमा समावेश गरिएको छ। युवाहरुको अधिकार सम्बन्धी आइवेरो-अमेरिकी महासंघ जुन् सन् २००५ मा पारित भई सन् २००८ देखि लागु भयो – त्यस्मा लैंगिक अभिमुखीकरण विभेदका निषेधित आधार¹⁵⁸ हो र युवाहरुलाई लैंगिक अभिमुखीकरण लगायत तिनीहरुको आफ्नै पहिचान एवं व्यक्तित्व हुने अधिकारको सुरक्षा गरिएको कुरा उल्लेखित छ। जातिबाद, जातीय विभेद, विदेशी द्वेष-घृणा तथा अहिष्युता सम्बन्धी विश्व सम्मेलन डरवान् २००१)को तयारीको सिलसिलामा अमेरिकी राज्यहरुले डिसेम्बर ५-७, २००० मा चिलीको सेन्टिआगोमा एउटा घोषणा एवं कार्ययोजना पारित गयो – जसले लैंगिक अभिमुखीकरणमा आधारित विभेदका निम्नि निषेधका आधारहरु पुनः निर्धारण गयो र “लैंगिक अभिमुखीकरण लगायत कुनै पनि प्रकारका भेदभाव बिना महिला तथा पुरुषहरुको सम्पूर्ण मानव अधिकार तथा मौलिक स्वतन्त्रताहरुको पूर्ण एवं समान उपभोगको प्रवर्धन तथा सुरक्षा गर्ने सवालमा प्राथमिकता दिनु पर्दछ, ” भनी राज्यहरुलाई आव्हान गयो।¹⁵⁹

अन्तर्राष्ट्रीय शरणार्थी कानूनको उत्पत्ति संगसगै अन्तर्राष्ट्रीय कानूनमा पनि “लैंगिक अभिमुखीकरण”लाई एउटा संरक्षित समूहमा राखिएको दृष्टान्त पाइन्छ। लैंगिक अभिमुखीकरणलाई

154 प्रस्तावना, यारा १२

155 As signed and proclaimed by the Presidents of the European Parliament, the Council and the Commission at the European Council meeting in Nice on 7 December 2000.

156 समानता र अविभेदको सिद्धान्त II .

157 Article 10 of the Andean Community (integrated by Bolivia, Colombia, Ecuador, Peru, and Venezuela) have adopted on 26 July 2002 the Andean Charter for the Promotion and Protection of Human Rights (signed by the Presidents of Bolivia, Colombia, Ecuador, Peru, and Venezuela).

158 भरा ५ (“Principle of non-discrimination”) र धारा १४(१) (“Right to the identity and personality”) respectively of the *Ibero-American Convention on Young People's Rights..*

159 See UN Document WCR/RCONF/SANT/2000/L.1/Rev.4 of 20 December 2000, para. 143.

शरणार्थी कानून अन्तर्गत संरक्षित गर्नु पर्ने एउटा “खास सामाजिक समूह” भनी निरन्तररूपले एउटा आधारको रूपमा प्रयोग भई आएको देखिन्छ ।¹⁶⁰ प्राधारपक जेम्स सि. ह्याथवले उत्पीडनका पाँच मान्य आधारहरु र नागरिक तथा राजनैतिक अधिकार सम्बन्धी धारणा एवं संरक्षण निम्ति देखिएका समूहहरुको औचित्य बीचमा अन्तर-सम्बन्ध हुनु पर्ने प्रस्ताव गरेका छन् :

“आधुनिक शरणार्थीको परिभाषाले नाम एवं सिमान्तकृत समूहको आधारमा संरक्षणबाट अलग रही सदस्यता सिद्धान्तको व्यापक प्रयोग गर्नेतर्फ लागेको प्रतीत हुन्छ । मानव अधिकारको नागरिक तथा राजनैतिक मापदण्ड (*paradigm*) को प्रचलित प्राथमिकतालाई दृष्टिगत गर्ने हो भने सान्दर्भिक रूपले तर्कसंगत हुन जान्छ कि सिमान्तकृततालाई अविभेदको मान्यता अन्तर्गत राखेर परिभाषित गर्नु पर्दछ : शरणार्थी भनको जाति, धर्म, राष्ट्रियता, कुनै खास सामाजिक समूहको सदस्यता वा राजनैतिक विचारको कारणबाट गम्भीर उत्पीडनको जोखिम् बोकेको व्यक्ति भन्ने बुझिन्थ्यो; तर, यो परिसिमाको औचित्य यो होइन कि अन्य व्यक्तिहरु कम जोखिम्मा छन् । ऐतिहासिक सन्दर्भमा न्यूनतम् रूपमा, मौलिक सामाजिक-राजनैतिक कारणबाट उत्पीडित यस्ता व्यक्तिहरुले राज्य भित्रबाटै प्रभावकारी उपचार पाउने सम्भावना कम् रहन्थ्यो ।”¹⁶¹

४.१. संयुक्त राष्ट्र संघीय मानव अधिकार सन्धि निकायहरु तथा मानव अधिकार सम्बन्धी संयुक्त राष्ट्र संघीय विशेष कार्यविधिहरु

संयुक्त राष्ट्रसंघीय मानव अधिकार निकायहरुले लैङ्गिक अभिमुखीकरणलाई विभेद तथा कानून समक्ष समानताको समूहमा विवेचना गरेका छन् ।

मानव अधिकार समितिले के पुष्टि गरिसकेको छ भने “जाति, वर्ण, लिङ्ग, भाषा, धर्म, राजनैतिक वा अन्य विचार, राष्ट्रिय वा सामाजिक उत्पत्ति, सम्पत्ति, जन्म वा अन्य हैसियतको आधारमा गरिने विभेद विरुद्ध समान एवं प्रभावकारी संरक्षण” भन्ने उल्लेख गरिएको छ; त्यस्तै, अनुवन्ध (*ICCPR*) को धारा २६ अन्तर्गत लैङ्गिक अभिमुखीकरणको आधारमा कुनै विभेद नगरिने कुरा समावेश गरिएको मानिएको छ ।¹⁶²

आर्थिक, सामाजिक तथा सांस्कृतिक अधिकार संबन्धी समितिले उल्लेख गरेको छ, “आर्थिक, सामाजिक तथा सांस्कृतिक अधिकार सम्बन्धी अनुवन्धको धारा २.२ र धारा ३ ले स्वास्थ्यपचार सम्बन्धी पहुँचमा हुने विभेदलाई कानूनी संरक्षणबाट हटाउँदछ; र यस अन्तर्गत स्वास्थ्य सम्बन्धी अन्तर्निहित निर्धारकहरु – एच.आई.भि/एडस लगायतका स्वास्थ्य स्थिति, लैङ्गिक अभिमुखीकरणको आधारमा साधन-श्रोत लगायत सेवा प्राप्तिको अधिकार तथा स्वास्थ्य सम्बन्धी अधिकारको समान

160 सामान्यतया शरणार्थीको संबन्धमा Chapter परिच्छेद ज मा हेर्नुहोस्

161 James C Hathaway, *The Law of Refugee States*, Butterworth's, Toronto, 1991, p. 136.

162 मानव अधिकार समिति: Views of 31 March 1994, Case of *Nicholas Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, paras. 8.2-8.7. See also: Views of 6 August 2003, Case of *Edward Young v. Australia*, Communication No. 941/2000, para. 104; and Views of 30 March 2007, Case of *X v. Colombia*, Communication No. 1361/2005, para. 7.2.

उपभोग वा प्रयोगमा न्यूनता ल्याउने गरी वा वन्देज लगाउने उद्देश्यले गरिने विभेद समेत पर्दछन्।”¹⁶³

यातना विरुद्धको समितिले लैंगिक अभिमुखिकरणलाई अविभेदको सिद्धान्त अन्तर्गत निषेधित आधार मध्ये एउटा आधार मानेको छ,।¹⁶⁴ त्यस्तै, वालवालिकाको अधिकार सम्बन्धी समितिले वयस्क स्वास्थ्य, एचआईभी/एडस तथा वालवालिका सम्बन्धी अधिकारहरुको सम्बन्धमा गरिएको सामान्य टिप्पणीमा लैंगिक अभिमुखिकरणलाई विभेदको निषेधित आधारहरु मध्येमा सूचिकृत गरेको छ।¹⁶⁵

मानव अधिकार समितिको विधिशास्त्रले अनुवन्ध(ICCPR)को धारा २६ को “अन्य हैसियत” भन्ने बाक्यांश अन्तर्गत लैंगिक अभिमुखिकरणमा आधारित विभेदको खुल्ला प्रयोग गर्नमा अग्रता देखाएको छ। यस अघि यो समिति धारा २६ को प्रयोगबाट पछि हटेको थियो – जब कि यसले धारा २.१ अन्तर्गत विना भेदभाव अधिकारको उपभोग सम्बन्धी विभेदको उपयोग गर्दथ्यो। सन् १९९४ मा दुनेन् वि. अस्ट्रलिया,¹⁶⁶ को मुदामा मानव अधिकार समितिले के फैसला गर्न्यो भने समलैंगिकतालाई अपराधिकरण गर्ने कानूनहरूले अनुवन्ध को धारा १७ द्वारा संरक्षित तथा प्रत्याभूत गरिएको गोपनीयताको अधिकार तथा धारा २.१ अन्तर्गतको अधिकार उपभोग उपर गैह-कानूनी हस्तक्षेप गर्न्यो।

दुनेन् तस्मानिया राज्यको बासिन्दा- एउटा अस्ट्रेलियन समलिङ्गी नागरिक थियो। उनको तर्क थियो- अप्राकृतिक मैथुन् एवं पुरुष वीचको अशिष्ट व्यवहार प्रति आरोपित गर्ने तस्मानियाको फौजदारी संहिता को दफा १२२¹⁶⁷ र १२३¹⁶⁸ ले उसको अधिकारको हनन् गर्न्यो; किनकि अनुवन्ध(ICCPR) को धारा २.१ अनुसार विभेद नगरिने र धारा १७ अनुसार, गोपनीयताको अधिकार स्थापित गरिनु पर्ने, र धारा २६ अनुसार विना भेदभाव कानूनको समान संरक्षण पाउनु पर्दछ भनी जिकिर-दावी गर्न्यो। उक्त समितिले धारा २.१ र १७.१ उलङ्घन भएको ठहर गर्न्यो, तर धारा २६ को अविभेद सम्बन्धी प्रावधान वरे विचार गर्न आवश्यक ठानेन। उक्त समितिले के निर्णय गर्न्यो भने गोपनीयताको अधिकारको उपभोग अनुवन्ध को धारा २.१ अनुसार प्रत्याभूत गरिएको थियो, र धारा

163 आर्थिक, सामाजिक तथा सांस्कृतिक अधिकार संबन्धी समिति : सामान्य टिप्पणी नं.१४: स्वास्थ्योपचारको उच्चतम् स्तर प्राप्त गर्न पाउने अधिकार (धारा १२), हरप १८ र ऐ को सामान्य टिप्पणी नं.१५: पानी पाउने अधिकार, प्यारा १३

164 यातना विरुद्धको समिति : सामान्य टिप्पणी नं.२: राज्य-पक्षद्वारा धारा २को कार्यान्वयन, हरप २१ र २२

165 वालवालिकाको अधिकार संबन्धी समिति : सामान्य टिप्पणी नं.४ : किशोरहरुको स्वास्थ्य हरप ६ तथा सामान्य टिप्पणी नं.३: HIV/AIDS र वालवालिकाको अधिकार, प्यारा ८

166 Views of 31 March 1994, Communication No. 488/1992, Case of Nicholas Toonen v. Australia, UN Doc. CCRP/C/50/D/488/1992 of 4 April 1994.

167 दफा १२२ मा उल्लेख छ कि : “कुनै व्यक्ति जो (क) प्रकृतिको नियम (order) विरुद्ध कुनै व्यक्तिसंग लैंगिक सम्बन्ध राख्छ। (...) (ग) कसैले पुरुष व्यक्तिलाई ऊ वा तिनीसंग प्रकृतिको नियम विपरित हुने गरी लैंगिक सम्बन्ध राख्ने सहमति दिन भनेको कसुरको वात लाग्नु हो।”

168 धारा १२३ मा उल्लेख छ कि : “कुनै पुरुष मान्छेसंग अन्य कुनै प्रकारको गम्भीर अशिष्टताको कार्य गर्दछ, वा अकें लोग्ने मान्छेलाई ऊ वा अन्य कुनै पुरुष मान्छे माथि गम्भीर अशिष्टताको कार्य गर्ने गराउने उद्देश्यले खरिद गर्दछ भने कसुरको वात लाग्छ।”

२.१ को 'लिङ्ग' अन्तर्गत नै "लैंगिक अभिमुखिकरण" समावेश हुने गरी व्याख्या गच्छो । यसरी, कतै विभेद भएको थियो कि ? भन्ने प्रश्नमा समिति यस्तो निष्कर्षमा पुरयो :

"लैंगिक अभिमुखिकरणको सम्बन्धमा राज्य पक्षले धारा २६ को उद्देश्यको लागि "अन्य हैसियत" भन्ने वाक्यांश वारे समितिको राय माग्यो । सोही विषय अनुवन्धको धारा २ को प्यारा १ अन्तर्गत पनि उठन सक्यो । यो समिति, तथापि, यहाँ एउटा टिपोट मात्रै गर्दछ – धारा २ को प्यारा १ अन्तर्गतको "लिङ्ग" शब्द भित्र धारा २६ अन्तर्गतको लैंगिक अभिमुखिकरण समेतलाई समावेश गर्न सकिन्छ ।"¹⁶⁹

कानूनको यथास्थितिको कारण बारे मूल्याङ्कन गर्दै समितिले नैतिक सवाल भनेको विशुद्ध घरेलु सरोकारको विषय मात्रै हो भन्ने प्रत्यर्थी अस्ट्रेलियन् सरकारको तर्क अस्वीकार गच्छो, समितिले मुल्यांकन गच्छो – तस्मानिया अस्ट्रेलियाको एउटा मात्रै राज्य हो – जसले समलिङ्गी विरोधी कानून (buggery laws) लाई कायम राखेको र राज्य-पक्षले अस्ट्रेलिया भरि नै समलैंगिकतालाई सहिष्णुताको एक यथोचित तहसम्म सहन गरेको र अर्कातिर, तस्मानियाको फौजदारी सहिताका विवादित प्रावधान अन्तर्गत "यथोचित एवं वस्तुपरक आधार" को अभाव रहेको स्थिति – दुवैलाई स्वीकार गरिएको अवस्था विद्यमान थियो ।

"लिङ्ग"को परिभाषामा "लैंगिक अभिमुखिकरण" समावेश गरी व्याख्या गर्नुको सद्वा अनुवन्ध(ICCPR)को धारा २.१ र धारा २६ अन्तर्गतको "अन्य हैसियत" भन्ने प्रावधान नै बढी सन्तोषजनक हुने थियो ।¹⁷⁰ – यसमा विवाद कायमै छ । समितिले समलैंगिकताको विवेचना गर्दा सुक्ष्म अन्तरको ख्यालै नगरी प्राधान्यता दिएको र अनुवन्ध अन्तर्गत संरक्षण प्रदान गर्ने कुरामा मात्र खास चासो राखेको देखिन्छ । अन्य दस्तावेजहरूमा¹⁷¹ "लिङ्ग" र "लैंगिक अभिमुखीकरण"लाई भिन्न ढङ्गले

169 Views of 31 March 1994, Case of *Nicholas Toonen v. Australia*, doc. Cite., para. 8.7.

170 See Sarah Joseph, "Gay Rights under the ICCPR –Commentary on Toonen v. Australia". In *University of Tasmania Law Review*, Vol. 13, No. 2, 1994; Anna Funder, "The Toonen Case", in *Public Law Review*, Vol. 5, 1994; Wayne Morgan, "Identifying Evil for what it is: Tasmania, Sexual Perversity and the United Nations", in *Melbourne University Law Review* Vol. 19, 1994.

171 मानव अधिकार तथा मौलिक स्वतन्त्रताको संरक्षणको निम्न महासचियको आलेखको १२ को धारा १ बमोजिम गठित मानव अधिकार सम्बन्धी निर्देशिका समितिको व्याख्यातमक प्रतिवेदनमा भनिएको छ, "लैंगिक अभिमुखिकरण" एउटा निषेधित समुह (category) अन्तर्गत पर्दछ । हेर्नुहोस : http://www.humanrights.coe.int/Prot12/Protocol%2012%20and_%Exp%20Rep.htm. व्याख्यातमक प्रतिवेदनको प्यारा २० हेर्नुहोस : "धारा १ मा उल्लेखित अविभेदका आधारहरूको सूचि महासचिय को धारा १४ संग मिल्दछ । यो उपाय अरुहरूको निम्न प्राथमिकता भित्र पर्दछ – जस्तो स्पष्ट भन्नु पर्दा, थप अविभेदका निश्चित आधारहरु (उदाहरणको निम्न, शारीरिक तथा मानसिक अपाङ्गता, लैंगिक अभिमुखिकरण वा उमेर) महासचिय को धारा १४ को मस्तौदा हुदाको बखत सचेतनाको तुलना गर्दा अभाव रहेकोसँग आजको समाजमा ज्यादै महत्वपूर्ण रहेको कारणले मात्र होइन, बरु यस्तो समावेशिता कानूनी दृष्टिवाट अनावश्यक थियो किनकि अविभेदको आधारको सूचि पूर्ण छैन र यस्तो समावेशिताको खास आधार देखिदैन जुन अर्थमा विभेदको समावेश गरियो सो सम्बन्धमा विपरित व्याख्या आउन सक्दछ । यहानेर यो पनि स्मरणीय छ कि, मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतले त्यस प्रावधान निम्न स्पष्टत: उल्लेख नगरे तापनि विभेदका आधारहरूको सम्बन्धमा यस अधि नै धारा १४ को प्रगोग गरिसकेको छ । (हेर्नुहोस : उदाहरणको निम्न, लैंगिक अभिमुखिकरणको आधार सम्बन्धमा सालोनेवा सिल्बा मौता वि. पोर्चुगलको मूद्दामा डिसेम्बर २१, १९९९ मा गरिएको कैसला)।" यो छलफलले "लैंगिकता" को क्षेत्र (rubric) लाई विशेष रूपले अलग गरेको छ – जुन मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली परिषद (ECHR) ले पनि यसलाई अलगै समुहको रूपमा राखेको छ ।

प्रयोग गरेबाट अन्तर्राष्ट्रीय कानूनमा “लिङ्ग” र “लैंगिक अभिमुखीकरण” भन्ने शब्दावली भिन्न अर्थमा प्रयोग भएको पाइन्छ । यहाँनंतर, यो पनि उल्लेख गर्नु आवश्यक हुन सक्छ, कि समितिले अनुबन्ध को धारा २६ अन्तर्गत विभेद पत्ता लगाउने तरफ लागेन; जस्तै लैंगिक अभिमुखीकरण समूहलाई विभेदबाट संरक्षण गरिनु पर्नेमा सुनिश्चितता गरियो ।

संयुक्त राष्ट्र संघमा लैंगिक अभिमुखीकरण सम्बन्धमा टुनेन्टको मुद्राको विवेचना गरिनु भन्दा पछिल्लो विधिशास्त्रमा निकै प्रगति भएको छ – जहाँ अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकार कानूनमा “अन्य हैसियत” भन्दा “लिङ्ग” अन्तर्गत लैंगिक अभिमुखीकरणको समूहलाई संरक्षणको दावी गरिएको थियो । त्यस्तै, याङ्ग वि. अस्ट्रेलिया¹⁷²को मुद्रामा याङ्ग भन्ने व्यक्तिले युद्ध आश्रित निवृत्तिभरणको माग गरे । युद्ध मामिला सम्बन्धी संघीय विभागले उनको निवेदन उपर विचार गर्न अस्वीकार गच्छो, किनकि उनको ३८ वर्षका लैंगिक सहकर्मी (sexual partner) पनि पुरुष नै थियो । प्रचलित कानूनमा उल्लेख थियो कि युगलको सदस्य पनि “विपरित लिङ्ग”को हुनु पर्दछ । याङ्गले कें उजुरी गच्छो भने उनलाई लैंगिक अभिमुखीकरणको आधारमा विभेद गरी युद्ध आश्रित निवृत्तिभरणबाट बिमुख गरियो । मानव अधिकार समितिले राज्य-पक्षले लिङ्ग वा लैंगिक अभिमुखीकरणको आधारमा निवेदकको निवृत्तिभरण अस्वीकार गरी अनुबन्ध को धारा २६को उलङ्घन गरेको ठहर गच्छो ।¹⁷³ समितिले आफ्नो पूर्व विधिशास्त्रीय मान्यतालाई उल्ट्यायो – धारा २६ अन्तर्गत विभेदको अन्त्य पनि लैंगिक अभिमुखीकरणमा आधारित विभेद बन्दछ भन्ने स्थापित स्थापित गच्छो । अनुबन्ध अन्तर्गत प्रत्येक भेदभाव निवैधित विभेद नहुने कुराको उल्लेख गर्दै समितिले के ठहर गच्छो भने राज्य पक्षले सम लैंगिक सहकर्मीहरू वीचको यो भेदभावको सम्बन्धमा कुनै जिकिर पेश गरेन – जस्ताई कानून बमोजिमका निवृत्तिभरणबाट बहिरूढूत गरिएको थियो, र जस्तै विषम लिङ्गी सहकर्मीहरूसंग विवाह गरेका थिएनन् र पनि यस्तो सुविधा प्रदान गरिएको थियो – जुन तर्कसंगत एवं वस्तुपरक थियो, जस्तै यस्तो विभेदको औचित्य प्रमाणित गर्ने न त कुनै प्रमाण जुटायो, न कुनै कुरालाई नै ओल्याए । परिणामस्वरूप, समितिले राज्य-पक्षद्वारा लिङ्ग वा लैंगिक अभिमुखीकरणको आधारमा निवेदकलाई निवृत्तिभरण अस्वीकार गरेकोमा अनुबन्ध को धारा २६ उलङ्घन भएको ठहर ग-यो ।

मानव अधिकार समितिले, यस्तै प्रकारले एक्स वि. कोलम्बिया¹⁷⁴को मुद्रामा के निर्णय गच्छो भने “धारा २६ अन्तर्गत विभेदको अन्त्य पनि लैंगिक अभिमुखिकरणमा आधारित विभेद बन्न सक्छ; अनि वैवाहिक जोडी एवं विलोम लिङ्गी अविवाहित जोडीहरू वीच सुविधा सम्बन्धी हक्कदावीमा भएको भिन्नता तर्कसंगत एवं वस्तुपरक थियो, किनकि विवादमा रहेका जोडीहरूलाई आउँदो परिणाम जे सुकै भएपनि विवाह गर्ने वा नगर्ने विकल्प विद्यमान थियो ।”¹⁷⁵ समिति के निष्कर्षमा पुग्यो भने “धारा २६ को उलङ्घनबाट भएका पीडित–निवेदकलाई लिङ्ग वा लैंगिक

172 View of 6 August 2003, Case of *Edward Yiu v. Australia*, Communication No. 941/2000, UN Doc. CCPR/C/ 78/D/ 941/2000, 18 September, 2003.

173 *Ibid.*, para. 10.4.

174 Views of January 2001, Case of *X v. Colombia*, Communication No. 1361/2005, UN Doc. CCPR/C/89/D/1361/ 2005, 14 May, 2007.

175 *Ibid.*, para. 7.2.

अभिमुखीकरणको आधारमा विना भेदभाव निजको निवृत्तिभरण उपर पुनर्विचार गर्नु पर्ने लगायतका प्रभावकारी उपचारको हकदार मानियो।”¹⁷⁶

मानव अधिकार सम्बन्धी सयुक्त राष्ट्र संघीय विशेष कार्यविधिहरूले लैङ्गिक अभिमुखीकरण तथा लैङ्गिक पहिचान सम्बन्धी भेदभावको सन्दर्भमा कानून समक्ष अविभेद एवं समान हुने अधिकारको प्रश्नमा बोलेको छ। स्वेच्छाचारी थुनछेक सम्बन्धी राष्ट्र संघीय कार्यदलले लैङ्गिक अभिमुखीकरणको कारणबाट थुनामा परेका वा जेल सजाय पाएका समलिङ्गीहरू सम्बन्धमा आफ्नो अभिमत राख्दै भनेको छ – “त्यस्तो थुनछेक स्वेच्छाचारी मानिन्दू, किनभने यसले लिङ्ग लगायतका आधारमा कानूनको समक्ष समान हुने र सबै प्रकारका भेदभाव विरुद्ध समान कानूनी संरक्षणको प्रत्याभूति पाउने अनुबन्ध को धारा २.१ र धारा २६को उल्लङ्घन हुन जान्दै।”¹⁷⁷ उक्त कार्यदलको अभिमत सयुक्त राष्ट्र संघीय मानव अधिकार समितिको बयानमा आधारित छ – “धारा २ प्यारा. १ मा उल्लेखित ‘लिङ्ग’ ले धारा २६ अन्तर्गतका लैङ्गिक अभिमुखीकरणलाई समेत जनाउँदछ।”¹⁷⁸ लैङ्गिक अभिमुखीकरणको कारण पक्राउ परेका ५५ व्यक्तिहरूको सम्बन्धमा गरिएको निर्णयमा उक्त स्वेच्छाचारी थुनछेक संबन्धी कार्यदलले ठहर गरेको छ – “लैङ्गिक अभिमुखीकरणको आधारमा अभियोग लागेका ती व्यक्तिहरूको थुनछेकलाई तिनीहरूले ‘सामाजिक विश्रृङ्खलाता’ (social dissention) को कारण बताए – तर सो कार्य स्वतन्त्रताको स्वेच्छाचारी विमुखिकरण थियो – जुन मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्र को धारा २, प्यारा. १ तथा नागरिक तथा राजनैतिक अधिकार संबन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अनुबन्धको धारा २ का प्यारा. १ एवं धारा २६को प्रतिकूल थियो।”¹⁷⁹ पुरुषमेह विरोधी कानून अन्तर्गत लैङ्गिक अभिमुखीकरणको कारण ११ जना व्यक्तिहरू उपर अभियोग लागी थुनामा परेपछिको मुद्दामा स्वेच्छाचारी थुनछेक संबन्धी कार्यदलले पछिल्लो निर्णयमा भनेको छ :

“टुनेन् वि. अस्ट्रेलियाको मुद्दामा मानव अधिकार समितिले आफ्नो विचार (view) र आफ्नो अभिमत ७/२००२(Egypt) दिएपछि, यो कार्यदलले ती मुद्दाहरूमा लिएका कार्यदिशालाई अवलम्बन गर्दै आएको छ। त्यस्को मतलब हो – गोप्य रूपमा बयस्क-जोडी बीच हुने सहमतीय समलैङ्गिक व्यवहारलाई अपराधिकरण गर्ने कानूनको अस्तित्व र यस्तो व्यवहारको अभियोग लाग्ने व्यक्ति विरुद्ध फौजदारी सजाय तोक्ने कुराले नागरिक तथा राजनैतिक अधिकार संबन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अनुबन्ध (ICCPR) मा उल्लेखित गोपनीयता तथा विभेदबाट मुक्ति पाउने अधिकारको हनन् हुन जान्दै। परिणामस्वरूप, कार्यदल के ठान्दछ भने क्यामोरुनको कानूनमा समलैङ्गिकताको अपराधिकरण गरेकोमा नागरिक तथा राजनैतिक अधिकार संबन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अनुबन्धको धारा १७ र २६ संग बाझिएको छ – जुन दस्तावेज क्यामरोनले अनुमोदन गरिसकेको छ।”¹⁸⁰

176 *Ibid.*, para. 9

177 स्वेच्छाचारी थुनछेक संबन्धी कार्यदलको प्रतिवेदन, UN Doc. E/CN.4/2004/3, of 15 December 2003, para. 73.

178 ऐ यो पनि हेन्होस : स्वेच्छाचारी थुनछेक संबन्धी कार्यदलको प्रतिवेदन, Opinion No 7/2002 (Egypt), para. 27, in UN Doc. E/CN.4/2003/8/Add.1.

179 स्वेच्छाचारी थुनछेक संबन्धी कार्यदलको प्रतिवेदन, Opinion No 7/2002 (Egypt) of 21 June 2002, para. 27, in UN Doc. E/CN.4/2003/8/Add.1.

180 ऐ Opinion No 22/2006 (Cameroon) of 31 August 2006, para. 19, in UN Doc. A/HRC/4/40/Add.1.

४.२ मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालत र अविभेद

डुजेन् मुद्दा¹⁸¹को आसपासको समयमा, मानव अधिकार संबन्धी यूरोपेली अदालत गोपनीयताको अधिकारको उपभोग सम्बन्धी प्रावधान¹⁸² अन्तर्गत सजाय हुने कानून -अपराध सहिता) लाई चुनौति दिने समलिङ्गी पुरुषहरुको अधिकारको व्यापकता वारे विवेचना गर्न अनिच्छुक रह्यो । यो सन् १९९९ मा मात्रै यूरोपेली अदालतले लुस्टिक-प्रिन बेकेट वि. संयुक्त अधिराज्य¹⁸³ र स्मिथ ग्रेडी वि. संयुक्त अधिराज्य¹⁸⁴ भएका दुईवटा मुद्दाहरुमा गोपनीयताको अधिकार र अविभेदको वृहत्तर क्षेत्रवारे उल्लेख गर्यो । स्मिथ ग्रेडी को मुद्दामा यूरोपेली अदालतको तर्क थियो – “माथि उल्लेखित नकारात्मक दृष्टिकोणले मुख्य प्रश्न(issue)को निर्णयार्थ पर्याप्त औचित्यता सावित गर्दै कि गर्दैन ? भन्ने अदालतको प्रश्न हो । अदालतले समलैंगिक नीति मूल्याङ्कन समूहको प्रतिवेदन उपर नजर लगाउदै भन्नो- यी दृष्टिकोणहरु, यद्यपि तिनीहरुलाई ईमान्दारितापूर्वक अभिव्यक्त गरिएको किन नहोस् – तिनीहरु मध्ये समलैंगिक अभिमुखिकरण भएकाहरु प्रति विरोधको कट्टर भावना राख्देखि समलैंगिक साथी-संगातिहरुको उपस्थितिमा भद्रा गालीगलौज गर्नेसम्म समावेश थिए । ती मानिसहरुले विषम-लिङ्गी बहुसंख्यकको तरफाट समलिङ्गी अल्पसंख्यक विरुद्ध साविक बमोजिम पूर्वाग्रह राखेको हदसम्म सो सम्बन्धी यी नकारात्मक दृष्टिकोणहरुलाई माथि उल्लेखित “विभिन्न जाति, उत्पत्ति वा रंग(र्वर्ण)” प्रतिको समान नकारात्मक दृष्टिकोणहरु”¹⁸⁵ भन्दा फरक हुने गरी निवेदकहरुको अधिकार उपर पर्याप्त औचित्य सावित गर्न सक्तैन भनी अदालतले ठहर गर्यो । मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासंघिको धारा ८ को प्रयोग गर्दै अदालतले समलिङ्गी पुरुष तथा महिलाहरुलाई सैनिक सेवाबाट बच्न्त गर्ने कानूनको खारेज गर्यो; र पुरुष-समलिङ्गी अनुभुतिको सार्वजनिक अभिव्यक्ति गर्ने गरी गोपनीयताको व्याख्या खुलस्त पारे । (यस्मा), अदालतले निमानुसार आफ्नो तर्क प्रस्तुत गर्यो :

“प्रस्तुत मुद्दाको परिस्थितिको सिलसिलामा अदालत यो ठहर गर्दछ कि निवेदकहरुको उजुरी जसमा लैंगिक अभिमुखिकरणको आधारमा रक्षा मन्त्रालयको विद्यमान नीति र सोको प्रयोगको कारणबाट तिनीहरुलाई विभेद गरिएका छन् भन्ने कुरा एकै प्रकारका अर्को उजुरीमा (नजिर) लागु हुने देखिन्दै, यद्यपि भिन्न कोणबाट दृष्टिगोचर गरिएको भएतापनि अदालतले महासंघिको धारा ८ को सम्बन्धमा यस अधि नै ठहर गरी सकेको छ ।”¹⁸⁶

यूरोपेली अदालतले सालगेरो डा. सिल्भा मौता वि. पोर्चंगलको मुद्दामा स्पष्टदंडले के एकिन गर्यो भने “लैंगिक अभिमुखिकरण” विभेदको निषेधित समूहमा पर्दछ – जुन् मुद्दामा एकजना समलिङ्गी

181 हेन्रोस : मान्यता तर्फको अभियान, दफा ५, Chapter 1,

182 मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतले डुजेन वि. संयुक्त अधिराज्य (१९८३) नोरिस वि. आयरलैण्ड (१९८८), र मेडिनस वि. साइप्रस (१९९३) को मुद्दाहरुमा समलिङ्गी तथा विलोमलिङ्गीहरु बीच फरक उमेर भईकन पनि सहमति भएमा सो आधारमा गरिने विभेद सम्बन्धी तर्कहरुलाई निरन्तर रूपले अस्वीकार गर्यो ।

183 Judgment of 27 September 1999 (Final 27 December 1999), Case of *Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom*, Applications No.31417/96 and 32377/96.

184 Judgment of 27 September 1999, Case of *Smith and Grady v. The United Kingdom*, Applications No.33985/96 and 33986/96.

185 Ibid., para. 97.

186 *Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom*, Doc. cit., para 108.

पितालाई उसको संरक्षकत्व सम्बन्धी अधिकारबाट वञ्चित गरिएको थियो, किनकि ऊ समलिङ्गी पुरुष थियो – सो पोर्चीगिज अदालतको निर्णय बदर गरि दियो ।¹⁸⁷ यूरोपेली अदालतले के निर्णय गच्छो भने “निवेदकको समलैङ्गिकता अन्तिम् निर्णयमा निर्णयक तत्व थियो । पुनरावेदन अदालतको निष्कर्ष यसमा आधारित थियो कि अदालतले पितालाई यस्तो फरक व्यवहार गर्न सचेत गरायो – ताकि सो वच्चाले उसको पिता अर्को लोगने मान्छेसंग बसिरहेको छ भन्ने महशुस नगरोस् – कि तिनीहरु लोगने र स्वास्नी जस्तै देखिने परिस्थितिमा बसेको देखिओस् ।”¹⁸⁸

यूरोपेली अदालतले निम्नानुसारको राय दियो :

“निवेदकको लैङ्गिक अभिमुखिकरणमा आधारित [...] व्यवहार फरक गर्नु पर्यो – यो एउटा यस्तो धारणा हो, जुन् निश्चितरूपले महासन्धिको धारा १४ को दायरा भित्र पर्दछ । त्यस सम्बन्धमा अदालत पुनरावृत्ति गर्दछ कि त्यस प्रावधानमा उल्लेखित सूचि “यस्तो कुनै आधारमा” (फान्सिसी नोटामेन्ट) भन्ने शब्दावलीले देखाए जस्तो एउटा दृष्टान्त मात्रै हो र यो पूर्ण होइन ।”¹⁸⁹

यूरोपेली अदालतमा प्रस्तुत एस.एल. वि. अष्ट्रेयाको अर्को मुद्दामा निवेदकले अष्ट्रेयाको फौजदारी सहिताको धारा २०९ को विद्यमानता प्रति आपति जनायो – जस्ते १४ बर्ष देखि १८ बर्ष बीच उमेरका किशोरहरूसंग वयस्क पुरुषले गर्ने सहमतीय समलैङ्गिक कार्यलाई दण्डित गर्दथ्यो, उसले दावी गच्छो कि उक्त धाराले निजी जीवनको सम्मान गर्ने उसको अधिकारको हनन् गच्छो र सो धारा विभेदकारी थियो । यूरोपेली अदालतले के ठहर गच्छो भने – विषमलिङ्गी र समलिङ्गीहरु – दुवैको निम्नि सहमतिको समान उमेरको पक्षमा वैज्ञानिक प्रमाण पेश गर्न संसदलाई निर्देशन गर्दै “पुरुष किशोरहरु समलैङ्गिकताको निम्नि ‘भर्ना’ गरिएका थिए” भन्ने जिकिरलाई अस्वीकार गच्छो । अदालतको तर्क थियो :

“फौजदारी सहिताको धारा २०९ अन्तर्गत समलिङ्गी अल्पसंख्यक विरुद्ध विषमलिङ्गी बहुसंख्यक (*heterosexual majority*) को तर्कबाट साविक बमोजिमको पक्षपात अन्तर्निहित रहेको हृदसम्म अदालतद्वारा यी नकारात्मक दृष्टिकोणहरूलाई भिन्न व्यवहार निम्नि विभिन्न जाति, उत्पति वा वर्ण प्रतिको समान दृष्टिकोणहरु भन्दा फरक पर्ने गरी पर्याप्त प्रमाण-औचित्य पुगेको छ भनेर मान्न सकिदैन ।”¹⁹⁰

गुडविन् वि. संयुक्त अधिराज्यको मुद्दामा, अदालतले लैङ्गिक पहिचानको प्रश्नलाई महत्वपूर्ण ढङ्गले अगाडि बढाएको छ । संयुक्त अधिराज्यका परिवर्तित-लिङ्गीहरु(transsexuals)को कानूनी अवस्थाको सम्बन्धमा र खासगरी रोजगारी, सामाजिक सुरक्षा, निवृत्तिभरण तथा विवाहका विषयहरूको सम्बन्धमा निवेदकले मानव अधिकार सम्बन्धी युरापीय महासन्धिको धारा ८

187 Judgment of 21 December 1999 (Final 21 March 2000), Case of *Salgueirido da Silva Mouta v. Portugal*, Application No.33290/96.

188 *Ibid.*, para. 35.

189 *Ibid.*, para. 28.

190 Judgment of 9 January 2003 (Final 9 April 2003), Case of *S.L. v. Austria*, Application No.45330/99, para. 44.

(गोपनीयताको अधिकार), धारा १२ (विवाह गर्ने अधिकार), धारा १३ (उपचारको अधिकार) र धारा १४ (अविभेद) को उलझन भएको दावी गच्यो । अदालतले धारा ८ र धारा १२ को उलझन भएको ठहर गर्दै धारा १४ अन्तर्गत भने कुनै भिन्न सवाल उठ्न सक्तैन भन्ने अभिमत दियो ।¹⁹¹

त्यस्तै प्रकारले, भान् कुकुं वि. जर्मनीको मुद्दामा¹⁹² धारा १४संग जोरेर धारा ६ र ८ को उलङ्घन भएको भन्ने दावी अदालतले अस्वीकार गच्यो – सौ सम्बन्धमा अदालतको व्यापक छानविन थियो कि कतै निवेदकलाई यथार्थमा लिङ्ग पुनर्स्थापन शल्यक्रियाको आवश्यक परेको हो जस्ते शोध भन्नाको दावी पुष्ट गर्न सकोस् । अदालतले के फैसेला गच्यो भन्ने उठेका सवालहरु महासन्धिको धारा ८ ले नै यथोचित रूपले निर्कोर्त्ता गर्न सक्तछ ।

४.३. मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी प्रणाली

अन्य अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकार दस्तावेजहरु जस्तै अन्तर-अमेरिकी प्रणालीको मानव अधिकार सम्बन्धी दस्तावेजहरुमा प्रष्ट रूपमा “लैंगिक अभिमुखिकरण” वा “लैंगिक पहिचान” सम्बन्धमा सन्दर्भ-सामाग्रीहरु उपलब्ध छैनन् ।¹⁹³ अपवादमा भने अमेरिकामा स्वतन्त्रताबाट विमुख भएका व्यक्तिहरुको सुरक्षा सम्बन्धी, सिद्धान्त तथा असल अभ्यासहरु भन्ने एउटा पुस्तक छ । तथापि, दस्तावेजीकरण नभएका आप्रवासीहरुको कानूनी (*juridical*) अवस्था र अधिकार सम्बन्धी परामर्शदात्री धारणामा मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी अदालतले के बताएको छ, भने “अन्तर्राष्ट्रीय तहमा अहिलेसम्म उपेक्षा एवं अपहेलना गरिएका तिनीहरु (उदाहरणको लागि, सामाजिक स्थिति, आमदानी, चिकित्सकीय अवस्था, उमेर, लैंगिक अभिमुखिकरण, ईत्यादिसंग सम्बन्धित) लगायतका सबै क्षेत्रका विभेदकारी मानवीय व्यवहारहरु प्रति दृष्टि दिनु वान्छनीय मात्र होइन, पूर्णतः संभव पनि छ ।”¹⁹⁴

मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी आयोगले यस विषयको सम्बोधन गर्न शुरु गरिसकेका छन् । अन्तर-अमेरिकी प्रणाली अन्तर्गत मानव अधिकार तथा लैंगिक अभिमुखिकरण सम्बन्धी पहिलो मुद्दा मार्ता लुसियां अल्भारेज जिराल्डो वि. कोलम्बिया जस्मा महिला कारागारका कैदी जसलाई आफ्नो समलैंगिक सहकर्मीसंग भेटघाट गर्ने अधिकारबाट वञ्चित गरियो भन्ने उजुरी थियो – त्यसमा अन्तर-अमेरिकी आयोगले उक्त निवेदन स्वीकार गच्यो, किनकि आयोगले के पता लगायो भने “सिद्धान्तः निवेदकको दावीले त्यस्तो तथ्यहरुको उल्लेख गरेको छ, जसमा अमेरिकी महासन्धिको धारा ११(२)को उलङ्घनसंग सम्बन्धित कुराहरु समावेश भएकोछ, जस्बाट उनको निजी जीवन उपर स्वेच्छाचारी वा अत्यधिक हस्तक्षेप भएको देखिन्छ ।”¹⁹⁵ अन्तर-अमेरिकी आयोगले भनेको छ, – समलैंगिकताको अपराधिकरण तथा

191 Judgment of 11 July 2002, Case of *Cristine Goodwin v. United Kingdom*, Application No.28957/95.

192 Judgment of 11 June 2003, Case of *Van Kuck v. Germany*, Application No.35968/97.

193 See *inter alia*, Article II of the American Declaration on the Rights and Duties of Man; Articles 1(1) and 24 of the American Convention on Human Rights; Article 9 of the Inter-American Democratic Chapter; Principle 2 of the Declaration of Principles on Freedom of Expression.

194 Advisory Opinion OC-18/03, *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, of 17 September 2003, Series A No. 18, para. 63.

195 Case number 11.656, Report No. 71/99 (Admissibility) of 4 May 1999, para. 21.

स्वतन्त्रताको विमुखिकरण लैङ्गिक छनौटको कारणबाट मात्रै भएको छ, जुन् “अमेरिकी महासचिविका विभिन्न धाराहरूले राखेका प्रावधानहरूको विरुद्धमा छ, र त्यसकारण त्यो सच्चाईनु पर्दछ।”¹⁹⁶ समानता एवं अविभेदको सिद्धान्तमा आधारित रही यस कुराको महत्वलाई मध्यनजर गर्दै, “लैङ्गिक छनौट लिङ्गको मूलभूत अवधारणा अन्तर्गत एक समूह(category)को रूपमा समावेश गरिएको छ।” मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी आयोगको आप्रवासी कामदार तथा तिनीहरुका परिवारका सम्बन्धमा तयार पारिएको विशेष प्रतिवेदन मा के उल्लेख गरिएको छ, भने आप्रवासी सम्बन्धी नीतिले “लैङ्गिक छनौट” (लैङ्गिक अभिमुखिकरण)को कारणबाट कुनै भेदभाव गर्न पाउने छैन।¹⁹⁷

४.४. यूरोपेली समुदायको न्याय अदालत (court of justice)

यूरोपेली समुदायका न्याय अदालत (जसलाई यूरोपेली न्याय अदालत पनि भनिन्छ) ले पनि लैङ्गिक अभिमुखिकरण तथा लैङ्गिक पहिचानको प्रश्नलाई सम्बोधन गरेको छ। यूरोपेली समुदायको आयोग वि. जर्मन संघीय गणतन्त्र¹⁹⁸को फैसलामा यो अदालतले के घोषणा गरेको छ भने सबै कानून नियमावली तथा प्रशासनिक प्रावधानहरू नोभेम्बर २७, २०००को परिषद निर्देशिका २०००/७८ईसी- जस्ता धर्म, वा विश्वास, शारीरिक अक्षमता र लैङ्गिक अभिमुखिकरणको आधारमा हुने विभेदका चासोहरू लगायत रोजगारी एवं पेशा-व्यवसायमा समान व्यवहार गर्नु पर्ने सामान्य रूपेखा समेतको अवलम्बन नगरेर जर्मन संघीय गणतन्त्र त्यस निर्देशिका अन्तर्गत आफ्नो दायित्व पूरा गर्न असफल रहेको देखियो।

पि.भि.एस र कर्नवेल काउन्टी काउन्सिल (प्रदेश ईकाई परिषद)को मुद्दामा यूरोपेली न्याय अदालतले¹⁹⁹ के फैसला गर्यो भने लिङ्ग प्रत्यारोपणबाट उठेको विभेद लैङ्गिकताको आधारमा विभेद तै मानिन्छ,²⁰⁰ र, लिङ्ग प्रत्यारोपणसंग सम्बन्धित कारणले एकजना परिवर्तित-लिङ्गी (transsexual) लाई वर्षास्त हुनबाट रोक्ने निर्णय गयो। उक्त निवेदक काउन्टी काउन्सिल (प्रदेश ईकाई परिषद) ले सञ्चालन गरेको एउटा शैक्षिक संस्थाको प्रबन्ध निर्देशक थिए र प्रत्यर्थी एस. त्यस संस्थाको प्रमुख, पि. एउटा पुरुष कर्मचारी थिए, तर पछि एस.लाई सूचित गयो कि तिनले स्त्री भई बाच्चको लागि लिङ्ग प्रत्यारोपण गर्न गर्ईरहेकी थिईन्। निवेदकले पछिबाट एस.लाई के लेख्यो भने तिनले लिङ्ग प्रत्यारोपणको शल्यक्रिया गर्ने निर्णय गरिन्। सो सम्बन्धमा संस्थाका व्यवस्थापकहरूलाई सूचित गरियो र वर्षातको समयमा पि.ले प्रारम्भिक शल्यक्रियाको उपचार निम्न विरामी विदा लिईन्। परिणामस्वरूप, तिनलाई चाँडै वर्षास्तीको निम्नि ३ (तीन) महिने सूचना दिईयो र तिनलाई वेरामी विदा पश्चात स्त्री लिङ्गको भूमिकामा फर्किने अनुमति दिईएन।

196 मानव अधिकार सम्बन्धमा अन्तर-अमेरिकी आयोगको प्रेस विज्ञप्ति नं. 24/1994.

197 Second Progress report of the Special Rapporteurship on Migrant Workers and their Families in the Hemisphere, OEA/Ser.L/V/II.111.Doc. 20 rev., 16 April 2001.

198 Court (Fourth Chamber), Judgment of 23 February 2006, *Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany*, Case C-43-05.

199 Judgment of 30 April 1996, *P. v. S. and Cornwall County Council*, Case C-13/94.

200 रोजगारी, व्यवसायिक तालीम तथा प्रवर्धन एवं कार्यगत अवस्थाहरू प्रति पहुंच पुऱ्याई महिला तथा पुरुषहरू विच समान व्यवहार गर्नु पर्ने सिद्धान्तको कार्यान्वयन सम्बन्धमा फेब्रुअरी ९, १९७६ मा जारी भएको परिषद निर्देशिका ७६/२०७ ईसी (समान व्यवहार निर्देशिका)

वर्खास्तीको सूचनाको स्याद सकिनु अघिनै अन्तिम (मुख्य) शल्यकिया सम्पन्न भयो । पि.ले उजुरी हालिन् र तिनलाई लिङ्गको आधारमा विभेद गरियो भन्ने कुरामा अदालत सहमत भयो । यूरोपीली न्याय अदालतले निमानुसार फैसला गयो :

“जहाँ कुनै व्यक्ति ऊ वा तिनी लिङ्ग प्रत्यारोपण गर्ने ईच्छा व्यक्त गर्दछ वा सम्पन्न गर्दछ र सोही आधारमा निजलाई वर्खास्त गरिन्छ, ऊ वा तिनी तुलनात्मक रूपले लिङ्ग प्रत्यारोपण गर्नु अघि ठानिएका लिङ्ग भएका व्यक्तिहरू सरह नमानी अवाञ्छित ढंगबाट व्यवहार गरेको देखिन्छ । यस्तो व्यक्तिको सम्बन्धमा यस्तो विभेद सहनु ऊ वा तिनीमा अन्तर्निहित वैयतिक गरिमा एवं स्वतन्त्रताको सम्मान गर्न असफल रहेको वरावर मानिन्छ, र जस्लाई अदालतले बचाऊ गर्नु पर्ने कर्तव्य हुन आउँछ ।”²⁰¹

सराह मार्गरिट रिचार्ड्स वि. श्रम तथा निवृत्तिभरण सम्बन्धी राज्य-सचिवको मुद्रामा²⁰² निवेदक फेब्रुअरी २८, १९४२ मा जन्मेका थिए र उनको जन्म प्रमाणपत्रले उनलाई पुरुष बताएको थियो । लैंगिक चिन्ता(dysphoria)ले सताए पछि उनको परिक्षण(diagnosis) गरी मई ३, २००१ मा लिङ्ग प्रत्यारोपण शल्यकिया सम्पन्न भयो । फेब्रुअरी १४, २००२ मा तिनले फेब्रुअरी २८, २००२ देखि तै अवकाश-निवृत्तिभरणको भूकानी पाउने गरी श्रम तथा निवृत्तिभरण सम्बन्धी राज्य-सचिव कहाँ निवेदन गरिन् – जुन मितिमा तिनी ६० वर्ष पुगिन्थन् र, सो उमेर राष्ट्रिय कानून अनुसार, अप्रिल ६, १९५० भन्दा अगाडि जन्मेका महिलाले अवकाश निवृत्तिभरण पाउन सक्छ । मार्च १२, २००२ को निर्णयानुसार, उक्त निवेदन “दावेदारको उमेर ६५ वर्ष (जुन उमेर संयुक्त अधिराज्यमा पुरुषको अवकाश उमेर हो) पुग्न चार वर्ष अगावै माग-दावी गरिएकाले” अस्थीकार गयो र अदालतले – के परिषद निर्देशिका नं ७९/७ ईर्झी²⁰³ अनुसार, पुरुषबाट महिला बनेका परिवर्तित-लिङ्गी(transsexual)लाई ६५ वर्षको उमेर नपुगुञ्जेल अवकाश निवृत्तिभरणको अस्थीकृतिको अन्त्य गर्दै कि गर्देन ? भन्ने प्रश्न तर्फ विचार गयो, यद्यपि, यदि तिनी महिला भएको भए राष्ट्रिय कानून अनुसार ६० वर्ष कै उमेरमा यस्तो निवृत्तिभरणको हकदार हुन्थ्यन् ।

पि.भि.एस तथा कर्नवेल प्रदेश (इकाई परिषद)को मुद्रामा अदालतले लिङ्गको आधारमा अधिकारको विभेद नगरिने एउटा मौलिक मानव अधिकारको हनन् हुन गएकोले सोको सुनिश्चित गर्न आवश्यक थियो भन्ने राय दियो ।²⁰⁴ परिषद निर्देशिका ७९/७ ईर्झी को क्षेत्र निर्धारण गर्दा, अदालतले के विचार गयो भन्ने यस्लाई केवल कुनै व्यक्ति, कुनै एउटा वा अर्को लिङ्गको भन्ने तथ्यको

201 पि.भि.एस. तथा कर्नवेल काउन्टी काउन्सिल (स्थानीय ईकाइ प्रदेश)को मुद्रामा अप्रिल ३०, १९९६ को फैसला, सि-१३/१४, दफा-२१-२२ । यूरोपीली न्याय अदालतले उक्त मुद्रामा गरेको फैसला अनुरूप, लैंगिक विभेद (लिङ्ग पुनः प्रत्यारोपण) नियमावली, यू के १९९९ जारी गरियो । यस नियमावलीले तिनीहरूलाई प्रदान गरेको छ कि परिवर्तित लिङ्गीहरू (transsexual persons) लाई पेशा-व्यवशायमा सामान्यतः पक्षपात गरिने छैन – चाहे ती परिवर्तित लिङ्गीहरू शल्यकिया पूर्व वा पछिको किन नहोस ।

202 Judgment of 27 April 2006, Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pensions, Case C-423/04.

203 Council Directive 79/7/EEC of 19 December 1978 on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security (See Articles 4,1 and 7,1).

204 Case C-13/94, doc. cit. para. 19.

आधारमा मात्रै व्याख्या गरी क्षेत्राधिकारलाई सिमित पार्नु हुदैन । सम्बन्धित व्यक्तिको लिङ्ग प्रत्यारोपणबाट उठेको विवाद निक्यौल गर्ने वारेको उक्त निर्देशिकाको क्षेत्र पनि विभेदकारी देखियो ।

यूरोपेली न्याय अदालतले के थप निर्णय गच्छो भने प्रस्तुत मुद्दाको विवादित प्रश्नमा नयाँ लिङ्ग प्राप्त गर्ने मान्यता प्राप्त नगरुन्जेल सराह मार्गरिट रिचार्ड्स को अयोग्यता देखिएकाले असमान व्यवहार भयो – लिङ्ग प्रत्यारोपण शल्यकिया गर्नु नपर्ने अन्य महिलाको हक विपरित तिनले ६० वर्ष पुरोपछि, पनि तिनको लिङ्गको पहिचान हुन नसकेको कारणबाट निवृत्तिभरणको निपित्त योग्य ठहन्याइएन – त्यसपछि शल्यकिया भयो, तब मान्यता प्राप्त गच्छो र अन्ततोगत्वा सन् १९९५ को निवृत्तिभरण ऐन बमोजिम् निजले निवृत्तिभरण पनि पार्नु । अदालतले रिचार्ड्स् ले भोगेका असमान व्यवहारलाई विभेदकारी र परिषद निर्देशिका ७९/७ ईर्झीको धारा ४(१) द्वारा बन्देज गरेको ठहर गच्छो¹²⁰⁵

अदालतले के पनि ठहर गच्छो भने परिषद निर्देशिका ७९/७ ईर्झीको धारा ४(१)लाई कुनै व्यक्तिले कानून बमोजिम् पुरुषबाट महिलामा लिङ्ग प्रत्यारोपण भएका व्यक्तिलाई ६५ वर्ष पुरोपछि मात्रै निवृत्तिभरण पाउने हकदावीको अस्वीकार गर्ने कानूनको रूपमा व्याख्या गरिनु पर्दछ – जुन् राष्ट्रिय कानून अनुसार तिनलाई ६० वर्ष कै उमेरमा यस्तो निवृत्तिभरणको हकाधिकार हुनु पर्ने थियो – यदि तिनी महिला भएका भए ।

यी माथिका मुद्दाहरूबाट के प्रस्त हुन्छ भने “लैङ्गिक पहिचान” को सवालले यूरोपेली न्यायिक अदालत प्रणाली अन्तर्गत निकै चर्चा पाएको र मुलत : लिङ्गमा आधारित विभेदलाई महत्वका साथ हेरिएको पाइन्छ ।

४.५ मानव तथा जनअधिकारसम्बन्धी अफिकी आयोग

मानव तथा जनअधिकारसम्बन्धी अफिकी आयोग (ACHPR) ले कानूनको समक्ष समानता एवं कानूनको समान संरक्षण सम्बन्धी परिकल्पनालाई मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्र तथा

205 Case C-423/04, doc. cit.; see also the case of *K.B v. NHS Agency* at: <http://www.pfc.org.uk/node/361>. British Professor Stephen Whittle ले भन्नु भएको छ कि, “रिचर्ड्से को मुद्दाले के वि.भि. NHS निवृत्तिभरण निकायको अधिकारी मुद्दालाई अभ स्पष्टता तथा सुनिश्चितताका साथ बल पुऱ्याएको छ ।” दुवै मुद्दाहरू निवृत्तिभरण सम्बन्धी थियो, र उसबाट के सुनिश्चित भयो भने कुनै राष्ट्रिय कानून वा कुनै स्थान विशेषको अभ्यास – जस अन्तर्गत लैङ्गिक वा वैवाहिक स्थितिको आधारमा परिश्रमिक सम्बन्धी सुविधा प्रदान गरिन्छ, र सो को परिणामस्वरूप नयाँ लिङ्गमा बसिरहेका स्थायी परिवर्तित लिङ्ग व्यक्तिलाई उक्त सुविधाबाट बचिन्त गरिन्छ भने त्यो कुरा सिद्धान्ततः धारा १४१ ईर्झ. बमोजिम नमिल्दो हुन जान्छ । उक्त धारा १४१ मा उल्लेख छ, “प्रत्येक सदस्य-राज्यले सुनिश्चित गर्नु पर्दछ कि महिला तथा पुरुष जनसुकै कामदारलाई समान कार्य वा समान परिश्रमिक प्रदान गर्नु पर्ने सिद्धान्त लागू गर्नु पर्दछ ।” यो प्रावधान पक्षपातरहित हो – कुनै व्यक्ति सार्वजनिक वा निजी क्षेत्रमा जहाँसुकै कार्य गरेको किन नहोस, र यो शब्दावली “पारिश्रमिक”(Pay) भन्नाले व्यापक अर्थमा परिभाषित हुन्छ – जस अन्तर्गत रोजगारीको सिलसिलामा रोजगारदाताबाट कामदारले प्रत्यक्ष वा अप्रत्यक्ष वस्तु वा नगदमा पाउने परिश्रमिक रकम भन्ने बुझ्नु पर्दछ ।” (<http://www.pfc.org.uk/files/richards-analysis.pdf>)

अनुवन्ध (ICCP) के समान शीराबाट मध्यनजर गरेको छ।²⁰⁶ उक्त आयोगको धारा २८ को बनावट भने माथि उल्लेखित दस्तावेजहरु भन्दा थोरै फरक छ। किनकि, यसले यस्तो भाषाको प्रयोग गरेको छ – जहाँ एउटा अविभेदको सामान्य “अधिकार” भन्दा प्रत्येक व्यक्तिको कर्तव्य अन्य व्यक्तिहरु प्रति रहेको तरफ बढी इङ्गित गरेको छ। यद्यपि, यो सबै दस्तावेजहरुको आधार चाहिं कानून समक्ष समानता तथा अविभेद प्रति प्रतिवद्धता नै हो।

उक्त अफ्रिकी आयोग अन्तर्गत अविभेदको “अधिकार” को क्षेत्र विवादास्पद रूपले खुल्ला प्रावधान अन्तर्गत छोडिएको (free standing) छ, किनकि यो अनुवन्धमै छ, र यसले अफ्रिकी बडापत्रले प्रदान गरेका अधिकारहरुको अविभेदकारी प्रयोगको विषयमा मात्रै मध्यनजर गर्दैन, बरु विभेद विरुद्ध खुल्ला एवं स्वतन्त्र अधिकार प्रदान गर्दछ। धारा २८ मा उल्लेखित विभेद सम्बन्धी प्रावधानको सामान्य तथा वैयाकरणीय अर्थले “लैंगिक अभिमुखिकरण” तथा “लैंगिक पहिचान” जस्ता समूहको वारेमा विचार गर्दछ – जुन्कुरा अफ्रिकी आयोगमा अन्यथा उल्लेख गरिएको छैन। अफ्रिकी आयोगको धारा ३ मा – कानून समक्ष समानता एवं समान कानूनी संरक्षण प्रदान गरेको छ, जस्तै लैंगिक अभिमुखिकरण लगायत विना भेदभाव सबैको संरक्षण गर्दछ भन्ने उल्लेख छ। यसका अतिरिक्त, धारा २ ले “लैंगिक अभिमुखिकरण” को “अन्य हैसियत” वा “लिङ्ग” को परिभाषा अन्तर्गत राखेर भए पनि संरक्षण सुनिश्चित गरेको देखिन्छ।

यो पनि उल्लेख हुनु जरुरी छ कि उक्त अफ्रिकी आयोगले लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानमा आधारित अविभेदको अधिकारलाई स्वीकार गर्दछ; र यस्ता अधिकारहरु प्रतिको दृढताले यो अधिकार धारा २७(२)ले सिमित गर्दछ, भन्ने यससंग जोडिएको तर्कसंग मेल खान सक्छ। यस प्रावधानले के अनुमान गर्दछ भने ती अधिकारहरु “अर्कोको अधिकारको उचित सम्मान”, सामुहिक सुरक्षा, नैतिकता तथा सार्वजनिक हित“को मध्ये नजर राखेर मात्र उपभोग गरिनु पर्दछ। देखादेखि उलझन भएपछि, यस्ता अधिकार धारा २७(२)को सिलसिलामा सिमित वा वन्देज हुन्छ भन्ने देखाउने प्रमाणको भार राज्य माथि नै रहन्छ। उक्त अफ्रिकी आयोगले समानुपातिकता परिक्षण (test) निम्न निवेदन गरेको छ – जस्तै यस्ता सिमितताहरुको लागि “नितान्तै आवश्यक परिस्थितिमा प्राप्त सकारात्मक उपलब्धिसंग कठोरतम् समानुपातिकता” को आवश्यकता जरुरत पर्दछ, र उक्त अधिकारलाई अर्थहीन उपलब्धि निम्न व्याख्या गरिनु हुँदैन।²⁰⁷ लैंगिक अभिमुखिकरणमा आधारित अभिवेद सम्बन्धी लेखमा मुर्त तथा भिल्जिन् र अफ्रिकी आयोगले अफ्रिकी मुल्त्यहरु, बहुमतको नैतिकता तथा एचआईभी रोकथाम सम्बन्धी तर्कहरु प्रस्तुत गरेका छन् – जस्तै कारण अफ्रिकी आयोगको दायरा भित्र अविभेद सम्बन्धी अधिकारको रचनामा केही सिमितता रहन सक्छ, र माथि उल्लेखित समानुपातिकको मापदण्डलाई दृष्टिगत गर्दा, कसरी यी तर्कहरु सिद्ध गर्न सकिन्छ भन्ने कारणहरु दिए।²⁰⁸

206 अफ्रिकी आयोग (AChPR)को धारा ३ मा उल्लेख गरिएको छ कि, प्रत्येक व्यक्ति “कानून समक्ष समान” हुनेछ र “कानूनको समान संरक्षण”को हकदार हुनेछ – जब कि धारा २८ ले स्पष्ट तोकेको छ, “विना भेदभाव आफ्नो सहपाठीको सम्मान गरी हित रक्षा गर्नु र सो सम्बन्धको प्रवर्धन, रक्षा एवं सबलिकरण गरी पास्पारिक सम्मान तथा सहिष्णुता कायम राख्नु प्रत्येक नागरिकको कर्तव्य हुनेछ।”

207 *Media Rights and another v. Nigeria*, Communication 105/93, 130/94, 152/96 69-70 (1998).

208 See generally, Rachel Murray and Frans Viljoen, "Towards Non-Discrimination on the Basis of Sexual Orientation: The Normative Basis and Procedural Possibilities before the African Commission on Human and Peoples' Rights and the African Union", in *Human Rights Quarterly*, Vol. 29, 2007, pp. 86-111.

यसका अतिरिक्त, अफ्रिकी आयोग (ACHPR) ले अधिकारको कानूनी तर्जुमाको निम्नि एउटा स्पष्ट जग बसालेको छ, जसले अन्य मानव अधिकार प्रणाली समेतमा सहयोग पुने खालको विचारणीय सन्दर्भ पेश गर्न सकेको प्रतीत हुन्छ । उक्त आयोगको धारा ६० ले यस्तो प्रतिवद्वता व्यक्त गरेको छ :

“आयोगले मानव अधिकार तथा जनअधिकारसम्बन्धमा अन्तर्राष्ट्रिय कानून – खासगरी मानव तथा जनअधिकारसम्बन्धमा विभिन्न अफ्रिकी दस्तावेजहरूका प्रावधानहरू, संयुक्त राष्ट्र संघीय बडापत्र, अफ्रिकी एकता संगठनको बडापत्र, मानव अधिकार सम्बन्धी विश्वव्यापी घोषणापत्र, संयुक्त राष्ट्र संघ र मानव तथा जनअधिकारको क्षेत्रमा अफ्रिकी मुलुकहरूले अपनाएका अन्य दस्तावेजहरू एवम् संयुक्त राष्ट्र संघका विशिष्टिकृत अंगहरू अन्तर्गत अपनाएका विभिन्न दस्तावेजहरू – जसका वर्तमान बडापत्रका पक्षहरू सदस्य छन् लगायत समेतबाट प्रेरणा प्राप्त गर्नेछ ।”

यसका अतिरिक्त, उक्त आयोगको धारा ६१ मा उल्लेख छ :

“आयोग कानूनको सिद्धान्तहरू निर्धारण गर्ने सवालमा, सहायक सामग्रीको रूपमा अन्य सामान्य वा विशेष अन्तर्राष्ट्रिय महासचिवहरू, अफ्रिकी एकता संगठनका सदस्य राष्ट्रहरूद्वारा स्पष्टत : पहिचान गरी लेखिएका नियमावलीहरू, मानव अधिकार तथा जनअधिकारसम्बन्धमा अन्तर्राष्ट्रिय मान्यतासंग मेल खाने अफ्रिकी अभ्यासहरू, कानूनको रूपमा सामान्यत : मानिएका प्रथाहरू, अफ्रिकी राज्यहरूले मान्यता दिएका कानूनी नजिर तथा सिद्धान्तहरू समेतलाई पनि मध्यनजर गर्ने छ ।”

५. लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानको संरक्षणको सन्दर्भमा विभेदकारी प्रभावको संभाव्य प्रयोग

असमानुपातिक रूपले असुविधामा परेको एउटा विशेष समुह प्रतिको वाह्य रूपको तटस्थ नीतिको प्रश्न के अस्वीकार्य विभेद हो ? यो अनुत्तरित छ । यो लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचान (SOGI) सम्बन्धी मानव अधिकारको महत्वपूर्ण क्षेत्र हो । बारम्बार, लैंगिक अल्पसंख्यक विरुद्ध सन्देशात्मक नैतिक कुराहरू गर्ने गरिन्छ, र पुरुषमेह सम्बन्धी कानून (*buggery laws*) जस्ता ऐनहरू – यद्यपि यसले पुरुष र स्त्री वीच गुंदार मैथुन्मा सरिक गराउँछन् – पुरुष समलिङ्गी विरुद्ध असमानुपातिक रूपले प्रयोग गर्ने गरिन्छ ।

मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतको अब्दुलाजिज् कोवालेस तथा वाल्कान्दाली वि. संयुक्त अधिराज्य मुद्दामा²⁰⁹ परम्परागत विचार राम्ररी प्रकट भएको छ, त्यही जिकिर वेल्जियम भाषा

209 Judgment of 28 May 1985, Case of *Abdulaziz, cabales and Balkandali v. United Kingdom*, Application No. 9214/80, 9473/81 and 9474/81.

मुद्दामा²¹⁰ प्रयोग भएको छ । कानूनले कालाहरु(blacks)लाई असमानुपातिक रूपले प्रभाव पायो र एशियन लाई चरित्रमा जातिवादी भन्ने ठहर्न्याउने पर्याप्त कारण न भएको कारणले अदालतले जाति तथा राष्ट्रिय उत्पत्तिको आधारमा धारा १४को उलङ्घन भएको ठहराउन सकेन । यस तथ्यबाट के प्रभाव पन्यो भने – आप्रवासन गर्न चाहनेहरुलाई केही जातीय समूहहरुले संख्यामा उछिन्ने²¹¹ [...] अदालतले के पनि ठहर गयो भने ती प्रभावहरुले “समानुपातिकताको सिद्धान्तलाई उलङ्घन” गरेको भन्ने देखिएन²¹² ।

सोही तर्क मानव अधिकार समितिले अर्को एउटा मुद्दामा प्रयोग गरेको देखिन्छ – जस अन्तर्गत निर्माण स्थलमा हेल्मेट प्रयोग गर्नु पर्ने क्यानडाको कानूनबाट छुटकारा पाउने उद्देश्यले एकजना शिखले अनुवन्ध(ICCR)को धारा १८ अन्तर्गत धार्मिक भेदभावको अन्त्यको प्रयोग गर्न खोज्यो । समितिले के निष्कर्ष निकाल्यो भने “कानूनलाई सरसरी हेर्दा तटस्थ देखिन्छ, किनकि यो सबै व्यक्तिहरु उपर भेदभावरहितरूपले प्रयोग हुन्छ । [...] जसबाट धारा १८ प्यारा ३ मा उल्लेखित आधारहरुको औचित्य पुष्टि हुन्छ, र जुन् तरक्संगत, वस्तुपरक उद्देश्य तर्फ उन्मुख तथा अनुवन्ध²¹³ अनुरूप देखिन्छ, यद्यपि उक्त कानूनको धारा २६ अन्तर्गत “शिख धर्मका व्यक्तिहरु, विरुद्ध²¹⁴ विभेद गरी लागु भएको” देखिन्छ ।

यूरोपेली विधिशास्त्र परम्परागत दृष्टिबाट पेशामा गरिने विभेदका मुद्दाहरुको शृङ्खलाबाट प्रारम्भ भई चारौतिर फैलिन थाल्यो । सन् १९८६ को प्रारम्भदेखि यूरोपेली न्याय अदालतले विल्का-काफ्हाउस् जिएम्विएच वि. करिन वेबर भोनू हार्टजको मुद्दामा के ठहर गयो भने “इर्सी सन्धिको धारा ११९ को एउटा डिपार्टमेन्ट स्टोर कम्पनीले उलङ्घन गयो – जसले आंशिक कामदारहरुलाई पेशागत निवृत्तिभरणको परियोजनाबाट बच्चित गयो जहाँ त्यस विचित्रितरणमा पर्ने मध्येमा पुरुष भन्ना महिला बढी थियो, यद्यपि त्यस व्यापारिक कम्पनीले त्यो विभेद लिङ्गको आधारमा नगरिएको – वस्तुपरक ढङ्गले औचित्यपूर्ण भएको भन्ने कुरा नदेखाई त्यो विचित्रितरण गरिएको थियो ।”²¹⁵ यस कुरालाई यूरोपेली संघका संसदले डिसेम्बर १९९७ को परिषद निर्देशिका, ९७/८० इर्सी र जुन २००० को २०००/४३ इर्सी समेतको एकजोडी निर्देशनहरु अभिलेख (codify) गरी जारी गरियो । यी पहिलो निर्देशिका अन्तर्गत लैंगिक विभेदको उजुरीको प्रमाणको भार यूरोपेली संघका सदस्य-राष्ट्रहरुमा पर्यो, जसले “अप्रत्यक्ष विभेद” भनी परिभाषित गयो । “यो एउटा स्पष्ट, तटस्थ प्रावधान, आधार वा अभ्यास अन्तर्गत गरिएको भए तापनि एउटा लिङ्गका व्यक्तिहरु तुलनात्मक रूपले उच्च समानुपातमा प्रताडित हुन पुग्यो - यद्यपि सो प्रावधान, आधार वा अभ्यास ठीक थियो, आवश्यक थियो र लैंगिकतासंग असम्बन्धित वस्तुपरक तत्वहरुद्वारा सिद्ध गर्न सकिने औचित्यपूर्ण पनि थियो ।”²¹⁶ यूरोपेली संघले आफ्नो सदस्य-राष्ट्रहरुलाई पेशा-व्यवसायमा

210 Judgment of July 1968, Application Nos. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 and 2126/64.

211 *Abdulaziz, cabales and Balkandali v. United Kingdom*, doc. Cit., para. 85.

212 *Ibid.*, para. 88.

213 Human Rights Committee, Views of 9 November 1989, Case of *Karnel Singh Bhinder v. Canada*, Communication Nos. 208/1986, para. 6.1, in UN Doc.CCPR/C/37/D/208/1986.

214 *Ibid.*, para. 6.2.

215 Judgment of May 1986, Case 170/84, para. 31.

216 Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex, Celex no. 31997L0080, Article 2 § 2.

जातीय विभेद तथा “संख्यात्मक आधार लगायतका कुनै पनि तरिकाद्वारा खास गरी अप्रत्यक्ष विभेदहरुको” विधेयक पेश गरी व्यवस्थापकीय निषेध गर्नु पर्ने निर्देशन जारी गयो।”²¹⁷

अरुको दाजोमा, खासगरी पेशा-व्यवसायको क्षेत्रमा मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालत अप्रत्यक्ष विभेद सम्बन्धी यूरोपेली संघ को मापदण्ड स्थापित गर्न अनिच्छुक देखिन्छ। उदाहरणको लागि, नाचोमा तथा अन्य वि. वुल्नोरियाको मुद्दामा मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतले परिषदको निर्देशिका २०००/४३ ईसीको विद्यमानता स्वीकार्यो, तर यसलाई रोमा विधुवाको एउटा मुद्दापा लागु गर्न सकेन – जसमा तिनले के अभियोग लगाईन भने सैनिक प्रहरीले उनको गैह-हाजिर पतिलाई गोली हानी मायो – उक्त कार्य रोमा – विभेद विरुद्धको व्यापक सन्दर्भमा कानून कार्यान्वयन गर्ने अधिकारीद्वारा गरिएको जातीय हिसावबाट प्रेरित हिंसा थियो, जुन् मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासम्बिंदुको धारा १४ को²¹⁸ उल्डूघन थियो। गोली हान्ने सैनिक प्रहरी), लास-जाँचकी तथा अनुसन्धान गर्ने अधिकारीहरुको तर्फबाट²¹⁹ पूर्वाग्रही ढंडको प्रमाण पेश भएको भए तापनि परिस्थितिको मध्यनजर गर्दै अदालतले जातीय मनसाय के थियो पेश गर्ने आदेश गयो।

हालसालैको एउटा मुद्दामा, मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतको पूर्ण ईजलासले अप्रत्यक्ष विभेद गरेको भन्ने डि.एच. तथा अन्य वि. चेक गणतन्त्रको मुद्दाको प्रारम्भिक सुनुवाईमा वादीको पक्षमा आफूनो राय दियो²²⁰ उक्त रायले के देखाउँछ भने अदालत यसको कार्यान्वयनमा यथास्थितिवादी भए पनि उक्त सिद्धान्त वारे विचार गर्न इच्छुक छ। अदालतले फैसला गयो कि वाह्य रूपले तटस्थ चेक विशेष शिक्षा कानून जसअन्तर्गत रोमा वालवालिकालाई विशेष शिक्षा प्रदान गर्ने विद्यालयको लागि अन्य गैह-रोमा वालवालिकाको खर्च भन्दा ३० गुणा बढी दर तोकेको छ, सो कानून विभेदकारी छ – फैसलामा उल्लेख छ, “जहां कानूननै यस्तो विभेदकारी प्रभाव पार्ने गरी बनाईएको छ, त्यसकारण, यो पूर्ण ईजलास ठान्दछ कि पेशा-व्यवसायका प्रावधानहरु जस्तै, शिक्षाको क्षेत्रमा सवान्धित अधिकारीहरुको तर्फबाट कुनै विभेदकारी मनसाय प्रमाणित हुने गरी कानून बनाउन जरुरी पर्दैन।”²²¹ तथापि, डि.एच तथा अन्यहरुको मुद्दा आफूनो निर्णय लगायत यसको सिमितता निमित पनि महत्वपूर्ण छ – अदालतले विना व्याख्या शिक्षा, रोजगारीका क्षेत्र तथा सेवाका शर्तहरु सम्बन्धमा विभेदका भिन्न प्रभावको पहिचान गयो। मुद्दाको तथ्य पनि, अति मध्येमा एक थियो – रोमा र गैह-रोमा वालवालिका बीच ३० गुणा बढी फरक। पछिल्ला मुद्दाहरुमा सानातिना फरक परे पनि, अदालतले बढी यथास्थितिवादी विधिशास्त्रलाई जारी राखि रहे – यदि यसले यस्तै चाहेको पनि हुन सक्छ।

217 Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, Celex no. 02000L0043, preamble, para. 15.

218 Judgment of 6 July 2005, Case of *Nachova and Others v. Bulgaria*, Application No. 43577.98 and 43579/98, paras. 80, 144-159.

219 *Ibid.*, para. 157.

220 Judgment of 13 November 2007, Case of *D.H. and Others v. the Czech Republic*, Application No. 57325/00.

221 *Ibid.*, para. 194

विभेदको भिन्न प्रभाव सम्बन्धमा हालसालैका वर्षहरुमा मानव अधिकार समितिको विचार पनि परिवर्तन भएको छ । आफ्नो सामान्य टिप्पणी नं. १८ मा समितिले उल्लेख गरेको छ, “कानूनमा विभेद” नगरे “तथ्यमा विभेद” गर्न गरेको छन् र राज्य अधिकारीहरुलाई ती दुई मध्ये कुनै पनि कुरामा सामेल भएको हुनु हुदैन ।²²² यसो गर्नाले राज्यले तथ्यमा फरक पारी अनुबन्ध(ICCPR)को उलङ्घन गर्ने प्रवृत्ति प्रति विचार राख्न पाउने ढोका खुल्ला हुन जान्छ ।

यूरोपमा प्रयुक्त भएका र संयुक्त राष्ट्र संघीय सन्धि निकायहरुको विपरित, अन्तर-अमेरिकी अदालतले बाह्य स्वरूपमा देखिने तटस्थ कानूनहरुको विभेदकारी प्रभावलाई अस्वीकार्य विभेद मानेको छ । यातामा वि. निकारागुवाको मुद्दामा अदालतले संसदको उमेद्वार हुन राजनैतिक दलसंग संवद्ध हुनु पर्ने एउटा कानूनको खारेजीको आदेश दियो, किनभने राजनैतिक दलहरु भनेको “यस्ता संगठनका स्वरूपहरु हुन् जस्मा आन्द्र महासागरीय किनाराका आदिवासी समुदायहरु सरिक भई रमाउन सक्तैन ।”²²³ अदालतले यो पनि थप टिप्पणी गर्यो कि “प्रस्तुत मुद्दाका परिस्थितिहरु सबै राजनैतिक समूहहरुका परिस्थितिहरु जुन अन्य राष्ट्रिय समाजहरु वा राष्ट्रिय-समाजका क्षेत्रहरुसंग मिल्दौजुल्दो हुन सक्तछन् भनी यहाँ तुलना गर्नु जरुरी मानिन्दैन ।”²²⁴

त्यसकारण, यसको मान्यता के हो भने यहाँको कुनै कानून सम्मत कुराले मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासम्बिधिका प्रावधानहरु उलङ्घन हुन सक्तछ - तर, निकारागुवामा परेको यसको प्रभावले – त्यस मुलुकको एक किसिमको जातीय सांस्कृतिक परिदृश्यलाई मध्यनजर गर्दा, अर्कातिर कानूनको उलङ्घन भईरहेको पनि हुन सक्तछ ।

सारांश

- अन्तर्राष्ट्रीय कानून अन्तर्गत कानून समक्ष अविभेदको सिद्धान्त र समान हुने अधिकार अन्योन्याश्रित र विश्वव्यापी रूपमा स्वीकृत तथा संरक्षित हुन्छन् । यी दुवै कुरा अन्तर्निहित मानव गरिमाको धारणाबाट निःसृत हुन्छन् ।
- अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकार दस्तावेजहरुमा विभेदको निषेधित सूचि पूर्ण मानिन्दैन र मस्योदाकारहरुबाट “अन्य हैसियत” समूह (other status) अन्तर्गत समावेश गरेकाले “लैंगिक अभिमुखिकरण” तथा “लैंगिक पहिचान” जस्ता आधारहरु बारे विचार गरेकै देखिन्छ । मानव अधिकारको विधिशास्त्र – विश्वव्यापी तथा क्षेत्रीय, र केही नयाँ अन्तर्राष्ट्रीय दस्तावेजहरुले मान्यता दिएका र पुनः पुष्टि समेत गरेका छन् कि “लैंगिक अभिमुखिकरण” तथा “लैंगिक पहिचान” विभेदका निषेधित आधारका अंशहरु हुन् ।
- कानून समक्ष अविभेदका सिद्धान्त तथा समान हुने अधिकारको लागि आवश्यकता पर्दछ, कि राज्यले आफ्नो राजकीय अंगहरुबाट मात्र होइन कि अरु निजी संघ/सम्झौता तथा व्यक्तिहरु समेतबाट मानिसहरुलाई संरक्षण गर्नु पर्दछ । सम्पुर्ण मानव जातिले समान ढङ्गले र विना विभेद अधिकारहरुको उपभोग गराउन सुनिश्चित गर्नु राज्यको कर्तव्य हुन्छ । जातीय

²²² मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं.१८, प्यारा ९ र १२

²²³ Judgment of 23 June 2005, Casw of *Yatama v. Nicaragua*, Series C No. 127, para. 214.

²²⁴ *Ibid.*, para 219.

विभेद विरुद्ध गरिने निषेधहरु अन्तर्राष्ट्रीय कानूनका एउटा स्थायी मान्यता (peremptory norm) हों, जुन अकाट्य (*jus cogens*)को सिद्धान्त अनुसार छ र जसमाथि कुनै बन्देज गर्न पाईने छैन ।

- कानून समक्ष समानता तथा अविभेदको सिद्धान्तहरुले निश्चित अधिकार तथा स्वतन्त्रता सम्बन्धमा निश्चित समूहका व्यक्तिहरु- जस्तो वालवालिका, आदिवासी, विदेशीहरु, गैह-नागरिकहरु, ईत्यादिका निम्नि फरक व्यवहार गर्न वा विभेद गर्न अनुमति दिन्छन् । तर, त्यस्तो फरक व्यवहारले त्यति खेर मात्रै मान्यता पाउँदछ जब त्यो यथोचित एवं वस्तुपरक आधारमा स्थापित गरिएको हुन्छ र त्यो वैध उद्देश्य प्राप्तिको निम्नि गरिएको हुनु पर्दछ । त्यस्तो फरक व्यवहार वा विभेद जसको वस्तुपरक तथा यथोचित औचित्य वा जस्को वैध उद्देश्य हुन्दैन - त्यो विभेदकारी मानिन्छ ।

“लैंगिक अभिमुखिकरण मानव व्यक्तित्वको एउटा अत्यावश्यकीय निजी अभिव्यक्ति हो।”

— मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालत²²⁵

ग. निजी जीवनको अधिकार

१. कानूनी प्रकृति र क्षेत्र

“निजी जीवनको अधिकार” धेरै अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकार दस्तावेजहरुद्वारा संरक्षित गरिएको छ।²²⁶ यदि कुनै व्यक्तिको गोपनीयता (निजत्व) उपर गैह-कानूनी वा कानूनी जुनसुकै तरिकाबाट स्वेच्छाचारी ढंगले अतिकमण गरिन्छ भने यस अधिकारको हनन् भएको मानिन्छ। नागरिक तथा राजनैतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रीय अनुवन्ध (ICCP)ले “कुनै व्यक्तिको गोपनीयता, परिवार आवास वा पत्राचार उपर स्वेच्छाचारी एवं गैह-कानूनी हस्तक्षेप” को निषेध गर्दछ, र यस्ता प्रकारका हस्तक्षेप विरुद्ध “कानूनको समान संरक्षणको अधिकार” प्रदान गर्दछ।²²⁷ यस मापदण्डलाई वालवालिका सम्बन्धी महासन्धि, सम्पूर्ण आप्रवासी श्रमिक तथा तिनीहरुको परिवारका सदस्यहरुको अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रीय महासन्धि, अपाङ्गता भएका व्यक्तिहरुको अधिकार सम्बन्धी महासन्धि, मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासन्धि, मानव अधिकार सम्बन्धी अरब वडापत्र र वालवालिकाको अधिकार तथा कल्याण सम्बन्धी अफ्रिकी वडापत्रहरु²²⁸ समेतमा पुनरावृति गरिएको छ। मानव तथा जनअधिकार सम्बन्धी अफ्रिकी वडापत्र चाहि क्षेत्रीय दस्तावेज मात्रै हो, जसले गोपनीयता वा परिवार उपर हुने राज्य हस्तक्षेपबाट मुक्ति दिने वारे केही उल्लेख गर्दैन्दै।²²⁹

225 Judgment of 27 September 1999, Case of *Smith and Grady v. the United Kingdom*, Application No. 33985/96 and 33986/96, para. 127.

226 माथि उल्लेख गरिए ब्रामाजिमका दस्तावेजहरुको अतिरिक्त, यो अधिकार मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्र (धारा १२); आफू बसेको मुलुकको नागरिक नभएका व्यक्तिहरुको अधिकार सम्बन्धी घोषणा (धारा ५); गैह-हिरासतीय उपाय निस्ति संयुक्त राष्ट्र संघीय न्यूनतम मापदण्ड नियमावली (टोक्यो नियमावली) (नियम ३.११); आफ्नो अधिकारबाट बच्चित वालवालिकाको संरक्षण सम्बन्धी संयुक्त राष्ट्र संघीय नियमावली (वेजिङ नियमावली) (नियम ८); वृद्ध-वृद्धा व्यक्ति निस्ति संयुक्त संयुक्त राष्ट्र संघीय सिद्धान्तहरु (सिद्धान्त १४); मानसिक वेरामी भएका व्यक्तिहरुको संरक्षण तथा मानसिक स्वास्थ्य हेरचाह असम्बन्धी सिद्धान्तहरु (सिद्धान्त १); मानव अधिकार तथा कर्तव्य सम्बन्धी अमेरिकी घोषणा (धारा VI); दक्षिण अफ्रिकामा स्वच्छ सुनुमाई तथा कानूनी सहयोगको अधिकार सम्बन्धमा बनेको सिद्धान्त तथा तिर्यकिका (सिद्धान्त N (h)); वैयक्तिक तथ्याङ्को स्वचालित प्रक्रिया अन्तर्गत व्यक्तिको सुरक्षा सम्बन्धी यूरोपेली महासन्धि (धारा १); यूरोपेली संघको मौलिक अधिकार सम्बन्धी वडापत्र (धारा ७); र ईस्लाम धर्ममा मानव अधिकार सम्बन्धी कायरो घोषणा (धारा १८.४) लाग्यतहरुमा उपलब्ध छ।

227 अनुवन्ध (ICCP) को धारा १७.३

228 वाल अधिकारको महासन्धिको धारा १६; सम्पूर्ण प्रवासी कामदार तथा तिनीहरुको परिवारको सदस्यहरुको सुरक्षा सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रीय महासन्धिको धारा १४; अपाङ्गता भएका व्यक्तिहरुको अधिकार सम्बन्धी महासन्धिको धारा २२ (जस अन्तर्गत अपाङ्गता भएका व्यक्तिहरुलाई अन्य सरह समान आधारमा “वैयक्तिक गोपनीयता, स्वास्थ्य तथा पुनर्स्थापना एवं सूचना समेतको संरक्षणको आवश्यकता पर्दछ।”); मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासन्धिको धारा ११; र वालवालिकाको अधिकार तथा कल्याण सम्बन्धी अफ्रिकी वडापत्रको धारा १०।

229 मानव तथा जनअधिकार सम्बन्धी अफ्रिकी वडापत्रको धाराहरु १८, २७ र २८।

निजी जीवनको अधिकार भनेको आफ्नो आवास, शरीर तथा परिवारको अखण्डता, आफ्नो व्यक्तित्व निर्धारण तथा विकाश, वैयक्तिक पहिचान तथा अन्तर-वैयक्तिक सम्बन्धहरु समेतको एउटा वृहत छातारूप हो । मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी आयोगले उल्लेख गरेको छ, “गोपनीयताको अधिकारले के प्रत्याभूति गर्दछ भने प्रत्येक व्यक्तिको आफ्नै प्रवेश हुन्छ, जस्ताई कसैले पनि दखल दिन सक्तैन । यो त्यस्तो क्षेत्र हो जहाँ उसको पूर्णतः आफ्नै स्वत्व हुन्छ । यस अर्थमा, विभिन्न कुराले अमेरिकी महासन्धि अनुसार व्यक्तिको पवित्रताको रक्षा गर्दछ, र त्यसबाट गोपनीयताको क्षेत्रको सृजना गर्दछ ।”²³⁰ “निजी जीवन” को धारणाको पूर्ण परिभाषा प्राप्त गर्नु असम्भव छ, यस वारे मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतले उल्लेख गरेको छ :

“व्यक्तिले छनौट गरेका आफ्नो निजी जीवन विताउने सम्बन्धमा ‘आन्तरिक क्षेत्र वा दायरा’ को धारणा बनाई सिमित गर्नु ज्यादै कठोर हुन सक्छ, र त्यस दायरामा प्रवेश गरी वाहिरी दुनियाबाट पूर्णतः वहिष्कृत हुनु भनेको चाहि होइन । निजी जीवनको सम्मान गर्नु भनेको केही हदसम्म अन्य मानव जातिसंग सम्बन्ध स्थापना गरी सुदृढ गर्नु पनि हो ।”²³¹

यूरोपेली अदालतले के पनि उल्लेख गरेको छ भने गोपनीयताको अधिकारले “कहिलेकाही व्यक्तिको शारीरिक तथा सामाजिक पहिचानका पक्षहरूलाई अंगाल्दछ । [...] उदाहरणको लागि, लैङ्गिक पहिचान, नाम तथा लैङ्गिक अभिमुखिकरण र लैङ्गिक जीवन (मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासन्धि) को धारा ८ द्वारा संरक्षित गरिएका छन् ।”²³²

निजी जीवनको अधिकारको क्षेत्रका थप रूपरेखाहरु मानव अधिकार समितिले कोरेको छ – जस्ते उल्लेख गरेको छ, “निजत्वको धारणा एउटा व्यक्तिको जीवनको त्यस्तो क्षेत्रसंग गासिएको छ जस्त्रमा ऊ वा तिनीले उसको वा तिनको पहिचान स्वतन्त्रतापूर्वक अभिव्यक्त गर्न सक्छ – अरुहरुसंग सम्बन्ध स्थापना गरेर वा एकै किन नहोस् ।”²³³ सन्धि-निकायहरु तथा अन्तर्राष्ट्रिय अदालतहरूले निकै भिन्न परिस्थितिहरूमा कानून कार्यान्वयन गर्ने सिलसिलामा²³⁴ निजी घर-आवास भित्र स्वेच्छाचारी वा गैह-कानूनी प्रवेश, महिलाको प्रजनन स्वतन्त्रता उपर राज्यको हस्ताक्षेप²³⁵ एचआईभि को लागि असहमतीय वा करकापयुक्त परिक्षण,²³⁶ बलात्कार विरुद्ध महिलाको रक्षा-

230 Report No. 38/96 of 15 October 1996, Case No. 10.506, X e Y (Argentina), para. 91.

231 Judgment of 16 December 1992, Case of *Niemitz v. Germany*, Application No. 13710/88, para. 29.

232 Judgment of 29 April 2002, Case of *Pretty v. The United Kingdom*, Application No. 2346/02, para. 61.

233 मानव अधिकार समिति : Views of 31 October 1994, Case of *A.R. Coeriel and M.A.R. Aurik v. The Netherlands*, Communication No. 453/1991, para. 10.2.

234 मानव अधिकार समिति : Views of 24 October 2002, Case of *Coronel et al. v. Colombia*, Communication No. 778/1997 in UN Doc.CCPR/C/76/D/778/1997.

235 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं. २८: महिला र पुरुष विचको समानताको अधिकार (धारा ३), व्यापा २०.

236 European Court of Justice, Judgment of 5 October 1994, Case of *X v. Commission of the European Communities*, ECJ Case C-404/92-P, paras. 19-21 and 23.

असफलता,²³⁷ कैदीको पत्राचारमा अनावश्यक हस्तक्षेप,²³⁸ नाम परिवर्तन गर्न दिने सम्बन्धमा स्वेच्छाचारी ईन्कारी,²³⁹ आदिवासी जनजातिहरुको पुछ्याली समाधिस्थल माथि पर्यटक विकाश निम्नि निर्माण कार्य,²⁴⁰ वैयतिक प्रयोग निम्नि यथोचित रूपले तोकिएको औषधिहरुको आयातमा प्रतिबन्ध लगाउने भंसारका नियमहरु,²⁴¹ र सैनिक कारबाहीको दौरान घर-आवासहरुको अनावश्यक विनाश;²⁴² इत्यादि लगायतका कार्यहरुबाट गोपनीयताको अधिकार उलझन भएको पाए ।

२. निजी जीवनको अधिकार रक्षाको निम्नि राज्यको दायित्व

राज्यका सक्षम व्यवस्थापिकीय, प्रशासनिक तथा न्यायिक अधिकारीहरु गोपनीयताको अधिकारको प्रत्याभूति गर्न वाध्य (obliged) मानिन्छन् । मानव अधिकार समितिले के निर्देश गरेकोछ भने “अनुवन्ध (ICCP)को धारा १७ द्वारा तोकिएका दायित्वहरुको परिपालनाका लागि राज्यले स्वेच्छाचारी वा गैह्य-कानूनी हस्तक्षेप एवं आक्रमणको अन्त्य गरी यस अधिकारको संरक्षण गर्ने सन्दर्भमा व्यवस्थापिकीय तथा अन्य कदमहरु चाल्नु पर्दछ ।²⁴³ यी दायित्वहरुको कार्यान्वयनको लागि, राज्यले “व्यक्तिगत रूपमा व्यक्ति तथा संघ/संस्थाहरुको क्रियाकलापहरु ”कानूनले संरक्षण गरेको धारा १७को गोपनीयता सम्बन्धी प्रत्याभूति लगायत उपर निरानी राख्नु पर्दछ ।”²⁴⁴ पुनः च: “कुनै पनि गैह्य-कानूनी कार्य विरुद्ध प्रत्येकका लागि प्रावधान राखिनु पर्दछ ताकि उस्ले आफूलाई प्रभावकारी ढङ्गले बचाउन सकोस् र त्यस्तो कार्य गर्नेहरु विरुद्ध चालिने प्रभावकारी उपचारका लागि जवाफदेही बनाउन सकोस् ।”²⁴⁵

अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकार संघ/संस्था तथा अदालतहरुले विभिन्न समयमा के फैसला गरेका छन् भने व्यक्तिको निजी जीवनमा स्वेच्छाचारी हस्तक्षेपबाट मुक्ति दिलाउनु राज्यको प्रथम दायित्व हुनुको साथै, गोपनीयताको सम्मान पर्ने सकारात्मक दायित्व अन्तर्गत पर्दछ । मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी आयोगले निर्देश गरेको छ :

“महासन्धिको धाराहरु १ र २ले महासन्धिले संरक्षित गरेका अधिकारहरुको सुनिश्चितताको लागि एउटा दायित्व प्रदान गरेको छ, र राज्य पक्षहरुले (महासन्धिले

237 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं.२८, (धारा ३), व्यारा २०

238 मानव अधिकार समिति : Views of 23 March 1983, Case of *Miguel Angel Estrella v. Uruguay*, Communication No. 74/1998, para. 9.2.

239 मानव अधिकार समिति : Case of *A.R. Coeriel and M.A.R. Aurik v. The Netherlands*, doc. Cit., para. 10.2., 10.5.

240 मानव अधिकार समिति : Views of 29 December 1997, Case of *Francis Hopu and Tepoaitu Bessrt v. France*, Communication No. 549/1993, para. 10.3.

241 European Court of Justice, Judgment of 8 April 1992, Case of *Commission of the European Communities v. Federal republic of Germany*, Case C-62/90.

242 European Court of Human Rights, Judgment of 24 April 1998, Case of *Selcuk and Asker v. Turkey*, Application No. 12/1997/796/998-999 para. 86-87; Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 1 July 2006, Case of *Ituango Massacres v. Colombia*, paras. 192-197.

243 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं. १६ (धारा १७), गोपनीयता, घर-परिवार एवं पत्राचार तथा आफ्नो गरिमा र प्रतिष्ठाको अधिकार, व्यारा १

244 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं.३१, राज्य-पक्षले गर्नु पर्ने सामान्य कानूनी दायित्वको प्रकृति, व्यारा ८

245 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं.१६, व्यारा ११

मान्यता प्रदान गरेका) ती अधिकार तथा स्वतन्त्रताहरुको प्रभावकारी कार्यान्वयनका निम्नित आवश्यक पर्ने यस्ता व्यवस्थापिकीय वा अन्य कदमहरु चाल्नु पर्दछ । सोहीअनुरूप, महासचिविका सबै राज्य-पक्षहरुले यी अधिकारहरुलाई तिनीहरुका राष्ट्रिय कानूनी प्रणालीहरुद्वारा यथोचित एवं प्रभावकारी ढंगले सुनिश्चित गर्ने एउटा दायित्व निर्वाह गर्नु आवश्यक पर्दछ । [...] उक्त महासचिविका समूजिम गोपनीयताको अधिकार उलङ्घन गर्ने विरुद्धको आफ्नो क्षेत्राधिकार अन्तर्गत व्यक्तिहरुको संरक्षण गर्नु राज्यको सकारात्मक कर्तव्य हुनेछ – उक्त अधिकार हनन् भएको बखत सोको उपचार तत्परतापूर्वक तथा प्रभावकारी हुनु पर्दछ र त्यस अधिकारको उलङ्घन भएको कारणबाट भएका हानी-नोकसानीको समेत यथोचित व्यवस्था गर्नु पर्दछ ।”²⁴⁶

त्यस्तै, मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतले पनि यस्तै विचार मुख्यरित गरेको छ :

“अदालतले विभिन्न समयमा के फैसला गरेको छ भने, यद्यपि धारा ८ को मुख्य उद्देश्य सरकारी अधिकारीहरुद्वारा गरिने स्वेच्छाचारी हस्तक्षेप विरुद्ध व्यक्तिको संरक्षण गर्नु हो – यसका अतिरिक्त, निजी जीवनको यथोचित सम्मानका लागि अन्तर्निहित सकारात्मक दायित्व पनि हुन सक्छ – यद्यपि यो राज्यको क्षेत्राधिकार भित्र पर्ने विषय हो । [...] राज्यको यस्तो दायित्व रहन्छ कि रहदैन भन्ने कुरा निर्णय गर्नु पर्दा, सामान्य हित र व्यक्तिको हितहरु बीच एउटा सार्थक सञ्चालन स्थापित गर्नु भने जरुरी पर्दछ । ”²⁴⁷

अदालत तथा सचिविकायहरु (treaty bodies) एउटै दस्तावेजका अन्य भिन्न अधिकारहरुको उलङ्घन हुंदा कहिलेकाही व्यक्तिको गोपनीयताको अधिकारको उलङ्घन भएको स्वीकार गर्न अनिच्छुक देखिन्छ । जस्तो उदाहरणको लागि, मेरित्जा उरसिया वि. ग्वाटेमालाको मृद्दामा राजनैतिक बन्दी बनाउनु अघि निवेदक र उनको परिवार प्रहरीको निगरानी तथा प्रहरीको हैरानीबाट सताईएको थियो । पछिबाट उनी जेलमा परे पछि बैयतिक पत्राचारको अधिकारबाट बच्चित गरियो, र भुठो सार्वजनिक सावित बयान दिन वाध्य पारियो । मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी अदालतले ती सबै कार्यहरुले थुनामा रहेको अवस्थामा सम्मानजनक मानवीय व्यवहार गर्ने अधिकारको प्रत्याभूति गर्ने सचिविका प्रावधानहरु उलङ्घन भएको ठहर गच्छो, र गोपनीयताको सवालमा छलफल गर्न अस्वीकार गच्छो ।²⁴⁸ त्यस्तै प्रकारले, मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतले के निर्णय गच्छो भने एडुसको लक्षण देखापरेका कैदीलाई सेन्ट किट्समा देश-निकाला गर्ने कार्यले औषधोपचारको अभाव एवं परिवारिक सहयोगको अभावको कारण, धारा ३ अन्तर्गत कुर तथा अमानवीय व्यवहार हुन गएकाले, अदालतले “शारीरिक अखण्डता”(bodily integrity) सम्बन्धी उनको गोपनीयताको अधिकार पनि जोखिममा परेको हुँदा” कुनै छुटै सवाल नउठेको ठहर गच्छो, र यस बारे कुनै राय दिन सकेन ।²⁴⁹

246 Report No. 11/96 of 2 May 1996, Case 11.2330 (Child), paras. 66 and 67.

247 Judgment of 17 October 1986, Case of *Rees v. The United Kingdom*, Application No. 9532/81, para. 35, 37.

248 Judgment of 27 November 2003, Case of *Maritza Urrutia v. Guatemala*.

249 Judgment of 2 May 1997, Case of *D. v. The United Kingdom*, Application No. 146/1996/767/964/, para. 64.

संयुक्त राष्ट्र संघीय मानव अधिकार समितिले गोपनीयताको अधिकारको वाह्य रूपरेखाको वर्णन गर्ने प्रयत्न गरेको छ – जहाँ यसले उल्लेख गरेको छ – “सबै मानिस समाजमा बस्छन्-गोपनीयताको अधिकार आवश्यकीय ढंगले अन्योन्याश्रित छ । तथापि, सक्षम सरकारी अधिकारीहरूले व्यक्तिको निर्जी जीवन सम्बन्धमा यस्तो जानकारी मात्रै प्राप्त गर्नु पर्दछ, जब कि अनुवन्ध (ICCPR) बमोजिम त्यसको जानकारी हुनु समाजको हितमा आवश्यक देखिन्छ ।”²⁵⁰

३. निर्जी जीवनको अधिकार माथि स्वेच्छाचारी वा गैह-कानूनी वन्देज वा हस्तक्षेप

अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकार कानून अन्तर्गत, गोपनीयताको अधिकार भनेको एउटा अस्वेच्छाचारी (non-absolute) अधिकार हो, जसलाई सामान्य एवं संकटकालीन अवस्थामा वन्देज लगाउन सकिन्छ । तथापि, कानूनी सिमा अन्तर्गतका मानव अधिकारहरू(संकटकालीन अवस्थामा समेत) निलम्बन भएको मानिन्दैन : अल्पकालका लागि निलम्बन (derogation) गर्नु भनेको नाम निशान नै हराउनु (obliteration) भनेको चाहि होइन ।²⁵¹

सामान्य अवस्थामा गरिने वन्देज वा हस्तक्षेप कानून अन्तर्गत नै गर्नु पर्दछ – स्वेच्छाचारी ढंगबाट गरिनु हुदैन । मानव अधिकार समितिले के ठान्दछ भने यस्तो हस्तक्षेप वा वन्देज यदि समाजको हितमा आवश्यक हुन्छ, र यदि राष्ट्रीय कानूनले यस्तो हस्तक्षेप वा वन्देज लगाउने विषयमा विस्तृत विवरण सहित सही परिस्थितिको निरूपण गर्ने गर्दछ, तब मात्रै यस्तो हस्तक्षेप वा वन्देज लागु गरिन्छ ।²⁵² पुनः यस्तो हस्तक्षेप “अनुवन्ध(ICCPR)को प्रावधान लक्ष्य एवं उद्देश्यहरु अनुरूप र त्यस्तो अवस्थाको खास परिस्थितिमा तर्कसंगत” हुनु चाहि पर्दछ ।²⁵³

मानव अधिकार समितिले के ठह्याएको छ भने गोपनीयताको अधिकार माथिको “स्वेच्छाचारी हस्तक्षेप” कानूनद्वारा व्यवस्था गरिए बमोजिमको वन्देज मात्रै हुनु पर्दछ । समितिले उल्लेख गरेको छ – न्यायिक अनुगमन(judicial oversight) लगायत स्वेच्छाचारी प्रयोगको विरुद्ध सन्तोषजनक कानूनी संरक्षण अन्तर्गत मात्र गरिएको हुनु पर्दछ । कसैको घर-आवासको खानतलाशी आवश्यक प्रमाण पुऱ्याएर मात्र गर्नु पर्दछ, र घरपट्टिलाई हैरानी दिने गरी गर्न पाइदैन । बैयक्तिक वा शरीर तलाशी गर्दा, राज्यले यस्ता खानतलाशीहरु प्रभावकारी ढङ्गले खानतलाशी लिन लागिएका व्यक्तिको ईज्जत/सम्मानमा आँच नपुऱ्याई सम्पन्न गरिएको सुनिश्चितता गर्नु पर्दछ । व्यक्तिको फोन, ईमेल तथा फ्याक्स सुचनाहरु – राज्य भित्र वा वाहिर कुनै न्यायिक वा स्वतन्त्र सुपरिवेक्षण बिना नै बेरोकटोक प्रवेश दिनु पर्दछ, अन्यथा यसबाट अनुवन्ध(ICCPR)को धारा २(३) एवं धारा १७ अन्तर्गत गोपनीयताको अधिकार तथा त्यसको प्रभावकारी उपचार पाउने अधिकार अनुरूप नभएको भन्ने गम्भीर प्रश्न उठ्न सक्तछ ।²⁵⁴

250 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं.१६, doc. Cit., para. 7.

251 Nicole Questiaux, Special Rapporteur of the former UN Sub-Commission, Study for the implications for human rights of recent developments concerning situations known as states of siege or emergency, UN Doc E/CN.4/Sub.2/ 1982/15, para. 192.

252 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं.१६, doc. Cit., para. 8.

253 मानव अधिकार समिति : Views of 1 November 2004, Case of *Antonius Cornelis Van Hulst v. The Netherlands*, Communication No. 903/1999, para. 7.3. See also: Human Rights Committee, Views of 3 April 2001, Case of *Rafael Armando Rojas García v. Colombia*, Communication No. 687/1996 and Human Rights Committee, Views of 3 April 1997, Case of *Giosue Canepa v. Canada*, Communication No. 558/1993, para. 11.4.

254 मानव अधिकार समितिको अंतिम निष्कर्ष : संयुक्त राज्य अमेरिका, doc. Cit., para. 21.

मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतले के भनेको छ, भने राज्यले सार्वजनिक हित, कानून सम्मत उद्देश्य तथा लोकतान्त्रिक समाजको लागि नितान्त जरुरी भएको अवस्थामा मात्र – कानूनले तोकेको कठोर सिमित परिस्थितिमा वाहेक आफ्ना नागरिकहरुको गोपनीयता/निजत्व माथि हस्तक्षेप गर्नु हुदैन।²⁵⁵ मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली आयोग अझ अगाडि भन्दछ – कि राज्यले व्यक्तिको निजी जीवन वारे त्यति खेर मात्रै हस्तक्षेप गर्न सक्छ, जब “व्यक्ति स्वयम्भल आफ्नो निजी जीवनलाई सार्वजनिक जीवनमा संसर्ग गराउँदछ, वा अन्य संरक्षित हितहरुसंग निकट सम्बन्ध स्थापित गर्न चाहन्छ।”²⁵⁶ मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी आयोग तथा मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी अदालत के ठान्दछन् भने गोपनीयता सम्बन्धी अधिकार जस्ता अधिकारहरुको विषयमा मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासचिवले राज्यलाई ती अधिकारहरु माथि वन्देज गर्ने वा सिमित गर्ने नियमावली बनाउने अधिकार दिएको छैन; तब ती अधिकारहरु महासचिवको धारा ३२(२)ले वन्देज लगाउन सक्छ, – जहाँ भनिएको छ, “प्रत्येक व्यक्तिको अधिकार अन्य व्यक्तिको अधिकारद्वारा, सार्वजनिक सुरक्षा तथा लोकतान्त्रिक समाजको सामान्य हित रक्षाको न्यायपूर्ण मागद्वारा मात्र परिसिमन हुन सक्छ।” मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी अदालतले के बताएको छ, भने यस महासचिवमा संरक्षित अधिकारहरुको सम्बन्धमा गरिने वन्देजहरु “निश्चित तात्त्विक परिस्थितिहरुबाट उत्पन्नको हुनु पर्दछ, जस्तै अन्तर्गत सम्पन्न गर्न सकिने वैध उद्देश्य अन्तर्निहित भएको होस्।”²⁵⁷ यसै सन्दर्भमा मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी आयोगले निम्नानुसार निर्देश गरेको छ :

“अमेरिकी महासचिवको धारा ११.२ले विशेषत : यस अधिकार माथिको ‘स्वेच्छाचारी वा अत्याधिक’ हस्तक्षेपको निषेध गरेको छ। यस प्रावधानले संकेत गरेको छ कि यसमा वैधताको अतिरिक्त, महासचिवका अधिकारहरु माथि वन्देज गरिएको अवस्थामा सधै अवलोकन गरिरहनु पर्दछ कि राज्यसंग ‘स्वेच्छाचारी वा अत्याधिक’ हस्तक्षेपलाई रोक्ने विशेष अधिकार हुन्छ। ‘स्वेच्छाचारी हस्तक्षेप’को धारणा अन्तर्गत अन्याय, पूर्वानुमान गर्न नसकिने तथा अनुपयुक्तता जस्ता तत्परहरु विद्यमान हुन्दछन्।”²⁵⁸

४. लैङ्गिक अभिमुखिकरण तथा लैङ्गिक पहिचान र गोपनीयताको अधिकार

गोपनीयताको क्षेत्रलाई निर्णयात्मक(decisional), सम्बन्धनात्मक(relational) तथा क्षेत्रात्मक(zonal) भनी वर्गीकरण गर्न सकिन्छ।²⁵⁹ निर्णयात्मक गोपनीयता भन्नाले व्यक्तिको जीवनमा

255 See for Example, Judgment of 24 April 1990, Case of *Hoving v. France*; Judgment of 28 June 1984, Case of *Campbell and Fell v. The United Kingdom*; Judgment of 29 April 2002, Case of *Pretty v. The United Kingdom*; Application No. 2346/02; and Judgment of 17 April 2003, Case of *Yilmaz v. Germany*; Application No. 52853/99.

256 European Commission on Human Rights Report, 1977; *Bruggemann and Scheuten v. Federal republic of Germany*.

257 Advisory Opinion OC-5/85, *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Articles. 13 and 29 American Convention on Human Rights*, 13 November 1985, Series A No. 5, para. 37.

258 Report No. 38/96 of 15 October 1996, Case 10.506, *Ms X v. Y (Argentina)*, para. 92.

259 See Mary Robinson amicus brief in *Lawrence v. Taxas* at: <http://hrw.org/press/2003/07/amicusbrief.pdf>

हुने घनिष्ठ(intimate) तथा वैयत्तिक छनौटहरु भन्ने बुझिन्छ, जुन कुरा वैयत्तिक गरिमा एवं स्वतन्त्रताको निमित्त केन्द्र विन्दु मानिन्छ । सम्बन्धनात्मक गोपनीयता अन्तर्गत परिवार, विवाह वा प्रजनन् मार्फत बनाइएका सम्बन्धहरु हुन्छन् भने क्षेत्रात्मक गोपनीयता भन्नाले घर-आवास भित्र गरिने/हुने कियाकलापहरुसंग सम्बन्धित हुन्छन् । संयुक्त राष्ट्रसंघीय मानव अधिकार समितिले दुनेत् वि. अष्ट्रीलियाको मुदामा गोपनीयताको निर्णयात्मक सिद्धान्त मुख्यरित गरेको छ - जस्ता समलैंगिक सहकर्मीसंग लैंगिक किया गर्ने एक जना वयस्कको घनिष्ठ सम्बन्ध गर्ने निजी निर्णयसंग सम्बन्धित छ । समितिले निर्णय गयो - “जहाँसम्म अनुबन्ध(ICCPR)को धारा १७ को सम्बन्ध छ, वयस्क वीचमा गोप्य रूपमा गरिने सहमतीय लैंगिक कियाकलाप ‘गोपनीयता’को अवधारणा अन्तर्गत पर्दछ ।”²⁶⁰ मानव अधिकार समितिले - के समलैंगिक क्रियाकलापलाई अपराधिकरण गर्नाले एचआईभी/एडसको फैलावटलाई रोक्न सक्ने एउटा तर्कसंगत वा समानुपातिक उपाय सुझाउन सक्छ वा सक्नैन ? भन्ने प्रश्न माथि विचार गयो र ‘ती कुराहरु खासगरी “राष्ट्रीय सरोकारहरु”संग सम्बन्धित “नैतिक सवालहरु” मात्रै हुन् भन्ने प्रत्यर्थीको तर्क ठुक्क्याई दियो ।²⁶¹ यो निर्णय संयुक्त राष्ट्र संघीय मानव अधिकार प्रणालीको विधिशाश्व एवं सिद्धान्त अन्तर्गत र खासगरी समलैंगिकतालाई अपराधिकरण गर्ने²⁶² कानूनबाट मुक्त गर्ने दिशामा सो लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचान (SOGI)को संरक्षणको लागि एउटा आधार बन्न पुग्यो । दुनेतको मुदाले यच्यपि, निर्माणात्मक गोपनीयताका सबै पक्षहरुको सम्बोधन गर्न सकेन । निर्णयात्मक गोपनीयताको थप क्षेत्र वारे ए.आर. कोरिल तथा एम.ए.आर. औरिक वि. निदरल्याण्डको मुदामा परिक्षण गरियो - जहाँ मानव अधिकार समितिले निम्नानुसारको धारणा राख्यो :

“ गोपनीयताको अवधारणा भन्नाले एउटा कुनै व्यक्तिको जीवनको क्षेत्र (sphere) भन्ने बुझिन्छ, जहाँ ऊ वा तिनीले स्वतन्त्रतापूर्वक अफ्नो वा उनको पहिचानको अभिव्यक्ति गर्न सक्छ - चाहे यो अन्यहरुसंग सम्बन्ध स्थापित गरेर होस वा एकलै । समिति यस्तो अभिमतमा पुग्यो कि कुनै व्यक्तिको थर आफ्नो पहिचानको एउटा महत्वपूर्ण हिस्सा बन्दछ र आफ्नो गोपनीयता माथिको स्वेच्छाचारी वा गैह-कानूनी हस्तक्षेपका विरुद्ध गरिने संरक्षण अन्तर्गत आफ्नै नाम छान्ने तथा परिवर्तन गर्ने अधिकार माथिको स्वेच्छाचारी वा गैह कानूनी हस्तक्षेप विरुद्धको संरक्षण समेत हो भन्ने बुझ्नु पर्दछ ।”²⁶³

260 Views of 31 March 1994, Case of *Nicholas Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, para. 8.2, in UN Doc.CCPR/C/50/D/488/1992 of 4 April 1994.

261 *Ibid.*, para 8.4.

262 See International Commission of Jurists, *International Human Rights References to Human Rights Violations on the Grounds of Sexuals Orientation and Gender Identity at* http://www.icj.org/news.php3?id_article=3687&lang=en. See in particular: See Country observations of the Human Rights Committee (ICJ Compilation 3rd ed) (Concluding observations on Greece, CCPR/CO/83/GRC, 31 March 2005, para. 19; Kenya, CCPR/CO/83/KEN, 28 March 2005, para. 27; Namibia, CCPR/CO/81/NAM, 31 July 2004, para. 22; Egypt, CCPR/CO/76/EGY, 28 November 2002, para. 19; United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, CCPR/C/79/Add.119, 27 March 2000, para. 14; Poland CCPR/C/79/Add.110, 29 July 1999, para. 23; Romania CCPR/C/79/Add.111, 28 July 1999, para. 16; and Chile, CCPR/C/79/Add.104, 30 March 1999, para. 20).

263 Views of 31 December 1994, Case of *A.R. Coeriel and M.A.R. Aurik v. The Netherlands*, Communication No. 453/1991, para. 10.2.

राष्ट्रीय अदालतहरूले पनि निर्णयात्मक गोपनीयताको अवधारणाको विकाश गरेको देखिन्छ । कोलम्बियाको संवैधानिक अदालतले अनुवन्ध(ICCPR) तथा कोलम्बियाको संविधान दुवैको विचार गरेर लैङ्गिक अभिमुखिकरण सम्बन्धमा गोपनीयताको निर्णयात्मक सिद्धान्तको अवलम्बन गयो, जुन निम्नानुसार छ :

“लैङ्गिकता- चाहे त्यो समलैङ्गिक वा विषम-लैङ्गिक किन नहोस्, मानव तथा तिनीहरुको आत्माको लागि एउटा आवश्यकीय तत्व हो, र त्यसकारण, त्यो वृहत्तर सामाजिकताको क्षेत्र भित्र पर्दछ । व्यक्तित्वको अधिकार तथा त्यसको स्वतन्त्र विकाशको रूपमा (कोलम्बियाको संविधान धाराहरु १४ र १६) व्यक्तिको पूर्ण संवैधानिक संरक्षण अन्तर्गत, लैङ्गिकता सम्बन्धी स्वतन्त्र अनुभूति र निर्णयको प्रक्रियामा एउटा अति आवश्यक तत्व मानिन्छ । यदि लैङ्गिक आत्म-निर्णय, व्यक्तित्वको अधिकार र यसको विकास सिमा भन्दा वाहिर गयो भने मात्र त्यो अनर्थ हुनेछ – पहिचान र लैङ्गिक व्यवहारले व्यक्तिको विकाश र उसको स्वतन्त्रता तथा स्वायतताको प्रस्फुटन गराउने सवालमा एउटा केन्द्रीय र निर्णयात्मक स्थान ओगट्दछ भन्ने कुरालाई दृष्टिगत गर्दा यस्तो लाग्न सक्छ ।”²⁶⁴

लैङ्गिकता वारे दक्षिण अफ्रिकाको संवैधानिक अदालत- यस्तो गोपनीयताको सिद्धान्त अन्तर्गत आईपुगेको छ, जसमा निर्णयात्मक तथा संबन्धनात्मकका दुवै तत्वहरु समावेश छन्; यसले उल्लेख गरेको छ :

“गोपनीयताले यो मान्यता राख्दछ कि हामीहरुको सबैसंग निजी घनिष्ठता र स्वायतता छ जस्ले हामीलाई वाह्य समुदायको हस्तक्षेप विना नै मानवीय सम्बन्ध स्थापना गर्ने र त्यसको सम्पोषण गर्ने गर्दछ । हामीले अभिव्यक्त गर्ने लैङ्गिकताको मार्ग यसै निजी घनिष्ठताको केन्द्रीय भागमा पर्दछ । हामीहरुले हाम्रो लैङ्गिकताको अभिव्यक्ति सहमतिपूर्वक र एक अर्कालाई हानी-नोकसानी नपुर्याईकरन गर्नु पर्दछ, अन्यथा त्यस क्षेत्रको अतिक्रमणले हाम्रो गोपनीयता भङ्ग हुन जान्छ ।”²⁶⁵

अन्तर-अमेरिकी प्रणालीले लैङ्गिक अभिमुखिकरणको सम्बन्धमा निर्णयात्मक गोपनीयताका सम्बन्धमा कुनै सवाल आजसम्म प्रस्तुत गर्न सकेको छैन् । तथापि, मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी आयोगले एउटा मुद्दामा यच्यपि सो पछिबाट अगाडि वढाइएन- विषमलिङ्गी जोडीलाई जेलमा भेटघाट गर्न दिने, तर समलिङ्गीलाई चाँहि नदिने एउटा कानूनले “अमेरिकी महासचिव को धारा ११(२) समेतको उलङ्घन हुने भएकाले निवेदक महिला समलिङ्गीको निजी जीवन माथि एउटा स्वेच्छाचारी वा अत्याधिक हस्तक्षेप हुन जाने”²⁶⁶ भन्ने घोषणा सम्म हुन गयो । उक्त अन्तर-अमेरिकी आयोगले निजी जीवनको अधिकार सम्बन्धमा एउटा वृहत विचारको विकाश गरेको छ, जस्ता भनिएको छ :

264 Judgment N0. C-098/96 of 7 March 1996, (Original in Spanish, free translation) The judgment is available at <http://www.unilibrebaq.edu.co/html/providencias/C-098-96.htm>

265 Judgment of 9 October 1998, *National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and others*, Case CCT11/98, para. 32.

266 Report No. 71/99 (Admissibility) of 4 May 1999, Case 11.656, *Marta Lucia Alvarez Giraldo (Colombia)*, para. 21.

“मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासंघिको धारा ११ले व्यक्तिको गरिमा सम्बन्धी तत्वहरुको क्रमबद्धता(सुचि) नै समावेश गरेको छ ; जसअन्तर्गत— उदाहरणको लागि, व्यक्तिको व्यक्तित्व तथा आकांक्षाहरुको विकाशको खोजी गर्ने क्षमता समेत पर्दछ – र, जस्तै व्यक्तिको पहिचानको निर्धारण गर्दछ, तथा वैयक्तिक सम्बन्धको समेत परिभाषा गर्दछ।”²⁶⁷

मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतले लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचान एवं गोपनीयताको अधिकार सम्बन्धमा सबै भन्दा बढी विकाश गर्ने मानव अधिकार सम्बन्धी निकायहरु हुन्।²⁶⁸ यूरोपेली अदालतले यो कुराको पुष्टि गर्ने धैरै मौका पाएको छ कि “लैंगिक अभिमुखिकरण तथा निजी जीवनको घनिष्ठ पक्षका गतिविधि वीच एक अर्कामा सम्बन्ध हुन्छ,”²⁶⁹ भन्ने कुरामा कुनै शंका छैन । डुजेन वि. संयुक्त अधिराज्यको मुद्दामा गोपनीयता तथा लैंगिक अभिमुखिकरण संगसंगै उल्लेख गरिएको मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतको दृष्टिकोण रहेको छ, जुन एउटा सम्यक नमूना हो । डुजेन उत्तर आयरलैण्डमा बस्ने एक जना ३५ वर्ष समलिङ्गी थिए । लागु-औषधसंग सम्बन्धित तेसो पक्ष संलग्न रहेको एक मुद्दाको अनुसन्धान गर्ने सिलसिलामा प्रहरी उसको घर पुग्यो र समलैंगिक साहित्य तथा सोसांग सम्बन्धित अन्य सामाग्रीहरु समेत जफत गच्छो । आयरलैण्डमा त्यस्ताका पुरुषमेह सम्बन्धी कानून विद्यमान रहेकाले अभियोग लगाइएकोमा उसले उक्त कानून उपर चुनौति दिए । यूरोपेली अदालतले मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासंघिको धारा ८ अनुसार, उक्त पुरुषमेह सम्बन्धी कानून उसको एउटा “निजी जीवनको सबैभन्दा महत्वपूर्ण अंश” उपर हस्तक्षेप गरेको ठहर गच्छो । डुजेन को मुद्दामा अदालतले निम्नानुसार ठहर गच्छो :

“विवादित कानूनको कार्यान्वयनले धारा ८को दायरा भित्र निवेदकका निजी जीवन प्रति सम्मान गर्नु पर्ने अधिकार (जस्ता उसको लैंगिक जीवन पनि पर्दछ) उपर निरन्तर हस्तक्षेप भईरहेको देखिन्छ । [...] यो कानूनको विद्यमानताले (डुजेनको) निजी जीवन उपर निरन्तर रूपले र प्रत्यक्ष रूपले प्रभाव पारेको देखिन्छ : यसबाट कि त उसले उक्त कानून मान्य पत्त्यो र गोप्य रूपमा सम्पन्न गरिने पुरुष सहकर्मी (male partner) संगको त्यस प्रकारको सहमतीय संलग्नतावाट हट्नु पर्यो – त्यस्तो

267 Report No. 4/01 of 19 January 2000, Case 11.625, *Maria Eugenia Morales de Sierra (Guatemala)*, para. 46.

268 See *inter alia*: Judgment of 22 October 1981, Case of *Dudgeon v. The United Kingdom*, Application No. 7525/76; Judgment of 26 October 1988, Case of *Norris v. Ireland*, Application No. 10581/83; Judgment of 22 April 1993, Case of *Modinos v. Cyprus*; Application No. 15070/89; Judgment of 9 January 2003, Case of *S.L. v. Austria*, Application No. 45330/99; Judgment of 27 September 1999, Case of *Lusting-Prean and Beckett v. the United Kingdom*; Application No. 31417/96 and 3277/96; Judgment of 19 February 1997, Case of *Lasky, Jaggard and Browny v. United Kingdom*; Application No. 1627/93, 21826/93 and 21974/93; Judgment on 11 July 2002, Case of *Christine Goodwin v. the United Kingdom*; Application No. 28957/95; Judgment of 12 June of 2003, Case of *Kück v. Germany*; Application No. 35968/97; Judgment of 16 December 1992, Case of *Niemietz v. Germany*; Application No. 13710/88.

269 Judgment of 22 October 1981, Case of *Dudgeon v. The United Kingdom*, Application No. 7525/76, para. 52. See also, Judgment of 19 February 1997, Case of *Lasky, Jaggard and Browny v. United Kingdom*; Application No. 1627/93, 21826/93 and 21974/93, para. 36.

निषेधित लैङ्गिक कार्य जस्को समलैङ्गिक प्रकृतिको कारण ऊ संलग्न रहेको भनी ठानिएको छ, वा उसले गरेको यस्ता कार्यको विरुद्ध उसलाई फौजदारी अभियोग लगाइनु पन्यो।²⁷⁰

अदालतले यसै गरी धारा ढको उलङ्घन भएको ठहर गयो । यूरोपेली अदालतले डुन्जेनको मुद्दामा गरेको फैसला पछिल्ता मुद्दाहरूमा पनि नजीर बन्यो : उदाहरणहरु जस्तै – नौरिस वि. आयरलैण्ड²⁷¹ र मोदिनस वि. साइप्रस²⁷²का मुद्दाहरु । यूरोपेली अदालतले एस.एल.भि. वि. अस्ट्रेया को²⁷³ मुद्दामा पनि विभेद विरुद्धको अधिकारको साथै गोपनीयताको अधिकारको हनन् भएको ठहच्यायो – जहाँ अदालतले फौजदारी कार्याविधि र उच्च उमेर वीच भएको सहमतीय पुरुष समलिङ्गीहरूको प्रश्न उपर विचार गर्नु थियो ।

यूरोपेली अदालतको गोपनीयताको कानूनी क्षेत्र सम्बन्धी अवधारणाले पुरुषमेह सम्बन्धी कानूनको तुरुही (trump) बजाउन र निजी जीवनको सार्वजनिक अभिव्यक्तिको संरक्षण गर्न प्रारम्भमा निकै गाहो भयो । (डुन्जेन मुद्दाको १८ बर्ष मात्र) सैनिक सेवामा समलिङ्गी पुरुषहरु सम्बन्धी लुस्टिक-प्रेन्ट तथा विकेट वि. संयुक्त अधिराज्य²⁷⁴को मुद्दाले व्यक्तिहरूको लैङ्गिक अभिमुखिकरणको सरक्षण गरी निजी जीवनको आन्तरिक दायरामा गोपनीयताको अधिकारको प्रयोग गरी एउटा ठूलो फड्को मारेको मात्र होइन, यसले पेशागत वा बन्दव्यापारका क्षेत्रहरु समेतलाई छुन पुगेको छ । मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासन्धि को धारा ८ को प्रयोग गर्दै अदालतले, समलिङ्गी महिला तथा पुरुषहरूलाई सैनिक सेवाबाट बच्चित गराउने कानूनहरूलाई खारेज गरिदियो, र गोपनीयताको व्याख्या फराकिलो पारी दियो जस्वाट समलिङ्गीहरूको पर्दा पछाडिको जीवन वारे विचार गयो र समलिङ्गी अनुभूतिहरूको सार्वजनिक पहुच गराउन सक्छो । यद्यपि, यहांनेर यसो भन्न सकिएला कि अदालतले समलिङ्गीहरूको अधिकारहरूको एउटा वृहत्त कानूनी रूपरेखा कोर्न र पुरुषमेहलाई अपराधिकरण गर्नबाट हटाई गोपनीयताको क्षेत्र निर्धारण गर्न भने निकै ढिलो गरिसकेको थियो ।

लैङ्गिक पहिचानको सम्बन्धमा, मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली आयोगले डि.भान् ओस्तरविक वि. बेल्जियमको मुद्दा (यो मुद्दा परिवर्तित-लिङ्गी (transsexual)संग सम्बन्धित थियो – जसले आफ्नो जन्म प्रमाणपत्र परिवर्तन गर्न चाहन्थ्यो) मा के निर्णय गयो भने – ‘निजी जीवन’ को सम्मान गर्नु पर्ने अधिकार नै सार्वजनिक प्रचारबाट संरक्षित गोपनीयताको अधिकार हो – इच्छा लागुञ्जेल वाच्च पाउने अधिकार पनि हो । र, यस अन्तर्गत केही हदसम्म, व्यक्तिको आफ्नो व्यक्तित्व विकाश एवं पूर्णताको निम्नि, अन्य मानव प्रार्थीहरुसंग – खासगरी भावनात्मक क्षेत्रमा सम्बन्ध स्थापित गरी मजबुत गर्न पाउने अधिकार समेत अन्तर्निहित रहेको हुन्छ。²⁷⁵ उक्त

270 Judgment of 22 October 1981, Case of *Dudgeon v. The United Kingdom*, Application No. 7525/76, para. 41.

271 Judgment of 26 October 1988, Case of *Norris v. Ireland*, Application No. 10581/83.

272 Judgment of 22 April 1993, Case of *Modinos v. Cyprus*; Application No. 15070/89.

273 Judgment of 9 January 2003, Case of *S.L. v. Austria*, Application No. 45330/99, para. 36.

274 Judgment of 27 September 1999, Case of *Lusting-Prean and Beckett v. the United Kingdom*; Application No. 31417/96 and 3277/96.

275 European Commision on Human Rights, Case of *D. Van Oosterwijk v. Belgium*, Application No. 7654/76.

आयोगले कानूनी लैंगिक सम्बन्धको प्रतिविम्बन गर्न सन्दर्भमा उक्त प्रकारको वैवाहिक सम्बन्धको विवाह सम्बन्धी अभिलेख-खातामा दर्ता गर्न वेलियमद्वारा अस्वीकार गरिएकोमा *ECHR*²⁷⁶ को धारा ८ अन्तर्गत निजी जीवनको सम्मान गर्नु पर्ने अधिकारको हन्त भएको ठहर्यायो । यसले डुन्जेन, नोरिस तथा मोदिनसका मुद्दाहरुमा मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतको दृष्टिकोणलाई उचा पायो, जसले मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासंघ अन्तर्गत निर्णयात्मक गोपनीयताको दायरा उजागर गयो ।

यूरोपेली महासंघको धारा ८(निजी तथा पारिवारिक जीवनको सम्पान गर्ने अधिकार) अन्तर्गत लैंगिक पहिचानका सबालहरु यूरोपेली अदालतको विधिशास्त्रमा अगाडि बढाइएको छ । विचमान विधिशास्त्रले लैंगिक पहिचानको मान्यताको पक्षमा “निरन्तर अन्तर्राष्ट्रीय प्रवृत्ति” वडेको अदालतको मूल्याङ्कन छ-त्यसलाई प्रतिविम्बित गरेको छ । वास्तवमा, अदालतले के वताएको छ भने “यसले कानूनी र व्यवहारिक समस्याहरुलाई हल गर्ने प्रमाणको महत्वलाई त्यति धेरै महत्व नदिएकाले सो सबालमा परिवर्तित-लिंगी(transsexual)हरुको सामाजिक मान्यता वडेको मात्र होइन, उक्त शल्यक्रिया पछिको परिवर्तित-लिंगीहरुको पहिचानको कानूनी मान्यता निरन्तर बढ़िरहेको सन्दर्भमा अन्तर्राष्ट्रीय प्रवृत्तिको स्पष्ट तथा अप्रतिस्पर्धी प्रमाणलाई भन्दा साभा यूरोपेली दृष्टिकोणलाई प्रतिविम्बन गरेको देखिन्छ ।”²⁷⁷ परिणामस्वरूप, क्रिस्टाइन गुडविन् वि. संयुक्त अधिराज्य र भान कुंक वि. जर्मनीका मुख्य मुद्दाहरुले लैंगिक पहिचान तथा अभिव्यक्तिको क्षेत्रमा गोपनीयताको अधिकारको कार्यान्वयन हुन गई महत्वपूर्ण प्रगति भएको देखिन्छ । यहां महत्वपूर्ण कुरा के हो भने, “निजी जीवनको घनिष्ठ अंश” सम्बन्धी धारणा, र व्यक्तित्व विकाश तथा “लैंगिक पहिचान” वारेमा बोलिने भासाको प्रयोग समेतलाई दृष्टिगत गर्दा, यी दुवै मुद्दाहरुमा डुन्जेन को मुद्दाले अवलम्बन गरेका निर्णयात्मक गोपनीयताको प्रवृत्ति (decisional privacy trend) लाई पछ्याएको देखिन्छ । तथापि, निवेदकले “लैंगिक पहिचान” वारे आफ्नो प्रमाणिकरणका लागि²⁷⁸ चिकित्सकीय सरोकार (medical concern) अपनाउनु पर्ने, सफल लैंगिक संकरण प्रमाणित गर्नको लागि विषम लिंगी क्षमता देखाउनु पर्ने लगायतका कुरा भने निकै कठीनप्रद लाग्दछ ।²⁷⁹

क्रिस्टाइन गुडविन् वि. संयुक्त अधिराज्यको मुद्दामा, निवेदक संयुक्त अधिराज्यका नागरिक थिए र पुरुषबाट महिलामा (शल्यक्रियाद्वारा) लिङ्ग परिवर्तन गरिएको एउटी परिवर्तित-लिंगी

276 हेन्होस् : निमित्ज् वि. जर्मनीको मुद्दामा डिसेम्बर १६, १९९२ को फैसला । निवेदन न. १३७०/दद, जहाँ अदालतले उल्लेख गयो कि निजी जीवनको सम्मान अन्तर्गत “सम्बन्ध स्थापना गर्ने र सुदृढ गर्ने” वैयक्तिक तथा पेशागत दुवै अधिकार पर्दछन् । प्यारा २९

277 Judgment on 11 July 2002, Case of *Christine Goodwin v. the United Kingdom*; Application No. 28957/95, para. 84.

278 यस विषयमा, यूरोपेली अदालतले के ठहर ग-यो भने “अदालतलाई यो स्पष्ट छैन कि परिवर्तित लिंगीहरुको निमित्त लैंगिक पहिचानको कानूनी आधारको सम्बन्धमा अन्य सबै कुरा भन्दा शुककीटीय तत्वले नै निश्चित रूपले निर्णायक महत्व राख्दछ । [...] अदालत, त्यसकारण, विश्वस्त छैन कि चिकित्सा विज्ञानको स्थिति वा वैज्ञानिक ज्ञानले परिवर्तित लिंगीहरुको कानूनी मान्यताको लागि कुनै निर्णायक तर्क प्रदान गर्दछ । (Judgment on 11 July 2002, Case of *Christine Goodwin v. The United Kingdom*; doc. Cit., para. 81.)

279 यूरोपेली अदालतको विधिशास्त्रमा नयाँ लिङ्को मान्यताको अधिकार विषम लैंगिकता संगसंगै जान्छ भन्ने विचार-विकाशको सन्दर्भमा हेन्होस् : Susan Marks and Andrew Clapham, *International Human Rights Lexicon, op. cit.*, p. 343.

(post-operative transsexual) थिर्झन ।²⁸⁰ तिनको एउटी महिलासंग विहे भएको र चारवटा बच्चाहरु पनि थिए । तर, तिनलाई लाग्यो – तिनको “मस्तिष्क लैडिकता” (brain sex) आफूनो शरीर अनुरूप मिलेन भन्ने विश्वास थियो । तिनको राष्ट्रिय स्वस्थ सेवा अस्पतालमा लिङ्ग प्रत्यारोपण शल्यकिया सम्पन्न गरियो र त्यसको खर्च पूर्वव्यवस्था भए अनुसार, राष्ट्रिय स्वास्थ सेवाले भक्तानी गरियियो । निवेदकले आफूनो पत्नीसंग सम्बन्ध विच्छेद गय्यो – तथापि उनको बच्चाहरुसंगको असल सम्बन्ध भने यथावत जारी नै रह्यो ।

तब लगतै, लिङ्ग प्रत्यारोपणको परिणामस्वरूप, प्रायश तिनले अनेकौ वैयक्तिक तथा कर्मचारीतन्त्रका चुनौतिहरु भेल्नु पर्यो । तिनले के दावी गरिन् भने सन् १९९० देखि १९९२ सम्म आफूले काम गरेको ठाउँमा साथी-संर्गीहरुद्वारा लैडिक हिंसा / हैरानी भोग्नु पर्यो, र पछिकाट तिनको स्वास्थको कारण पेशाबाट हटाईयो, तर अभियोगको वास्तविक कारण – तिनी एउटी परिवर्तित-लिङ्गी थिर्झन् । तिनले नयाँ पेशा त पाइन, तर सामाजिक सुरक्षा विभाग (DSS) ले तिनलाई नयाँ राष्ट्रिय विमा नम्बर दिन ईन्कार गय्यो, उनको रोजगारदाताले उनलाई उनको पुरानो पहिचान खोज्न पुरानै नम्बर प्रयोग गय्यो – फलतः आफूनो काममा तिनलाई समस्या भएको अनुभूति गर्न थालिन् । साथीसंर्गीहरुले उनीसंग कुरा गर्नै छोडिए, र तिनी दुराशयपूर्ण गफको शिकार भईन् । यसका अतिरिक्त, अनुदान गर्न निकायले यो निवेदकलाई के सूचित गय्यो भने तिनी संयुक्त अधिराज्यमा महिलाले ६० वर्षमा निवृत्तभरण पाउने राज्य-व्यवस्थाको लागि अयोग्य मानिन पुगिन् । तिनलाई यो पनि सूचित गरियो कि तिनको निवृत्तभरण अनुदान तिनले ६५ वर्ष तप्पुगुञ्जेल जारी हुनेछ – जुन् पुरुषको लागि निवृत्तभरणको हक हुने उमेर हो । विभागमा उनको फाईल उपर खास तहको कर्मचारी व्यक्तिले मात्रै हेर्न सक्नु भन्ने सुनिश्चितताको लागि उनको फाईलमा “संवेदनशील” (sensitive) भन्ने चिन्ह राखियो; र सानातिना कुराका लागि पनि हाकिम समक्ष वैयक्तिक सम्पर्क गर्नु पर्ने आवश्यकताको शर्त राखियो; र विभागले पनि उही पुरानै नम्बरमा पत्राचार गरिरह्यो । तिनलाई आफूनो जन्म मिति पेश गर्दा पनि शर्त तेस्याईयो, विभागबाट ऋण लिनु पर्दा पनि जीवन विमा देखाउनु पर्ने, पुनः धौरी राख्नु पर्ने, हिउदे इन्वेन सुविधाको हक लगायतका कुराहरुमा थप भक्ति वेहोनु पर्यो । तिनलाई पुरुषलाई लाग्ने मोटर विमा शुल्क लाग्यो । चोरी हुँदा पनि तिनको पुरानो परिचय खुल्लान् भन्ने डरले तिनले रिपोर्ट गरेनन्, डराइन ।

निजी जीवनमा भएका हस्तक्षेपको प्रकृतिको वर्णन गर्दै अदालतले निम्नानुसार ठहर गय्यो :

“शल्यकिया गरिएपछिको एउटी परिवर्तित-लिङ्गी (post-operative transsexual) लाई समाजमा रहदा तिनले अनुभूत गरेको परिस्थिति र अकर्तिर उनलाई लिङ्ग प्रत्यारोपण गरेकोमा मान्यता नदिने कानूनद्वारा थोपरिएको परिस्थिति वीचबाट उब्जेका तनाव, कुण्ठा वा पृथकता (alienation)लाई, अदालतको विचारमा, औपचारिकताबाट उब्जेको सामान्य असुविधाको रूपमा मात्रै हेर्न मिल्दैन । सामाजिक यथार्थ र कानून वीचको द्वन्द्वले एउटी परिवर्तित-लिङ्गीलाई यस्तो अप्यारो स्थितिमा धकेलिदिएको देखिन्छ – जहाँ तिनले जोखिम, अपहेलना तथा संतापका अनुभूतिहरु मात्रै अनुभव गर्न सक्छिन् ।

280 Judgment on 11 July 2002, Case of *Christine Goodwin v. the United Kingdom*; Application No. 28957/95.

“खास गरेर महासन्धिको धारा ८, जहाँ वैयक्तिक स्वायततालाई प्रत्याभूतिको व्याख्या सहित एउटा महत्वपूर्ण सिद्धान्त मानिएको छ, वैयक्तिक मानव जातिको विस्तृत पहिचानको स्थापना गर्ने अधिकार सहित प्रत्येक व्यक्तिको वैयक्तिक दायरालाई संरक्षण प्रदान गरिएको छ। २१औ शताव्दिमा, समाजमा अरुले पूर्ण रूपले उपभोग गरीहेका वैयक्तिक विकाश, शारीरिक तथा नैतिक सुरक्षा लगायतका परिवर्तित-लिङ्गीहरुको अधिकारलाई विवादित विषय बनाएर समय वरवाद गरी रहनु आवश्यक छैन, बरु थप स्पष्ट पार्नु पर्ने हन आउँछ।”²⁸¹

भान् कुंक वि. जर्मनीको²⁸² मुद्दामा निवेदक पुरुषबाट महिलामा परिवर्तित-लिङ्गी थिए जस्को विमा कम्पनीले लिङ्ग प्रत्यारोपण गरेको औषधि खर्च बेहोर्न अस्वीकार गयो। जर्मनीको अदालतले निवेदकको जीवन इतिहास सैनिक सेवामा रहेको अवधि, एकजना महिलासंग विवाह भएको र युवा अवस्थामा लिङ्ग पहिचान प्रक्रियामा अनुपस्थित रहेको, उपर विचार गयो र के निष्कर्षमा पुरुषो भने निवेदक आफै फरक लैंगिकता देखाउन चाहदो रहेछन् र त्यसकारण, औषधि खर्च बेहोर्न गरेको अस्विकारोत्ति वैध थियो।²⁸³ अदालतले चिकित्सकीय उपचार एवं लैंगिक प्रत्यारोपण माथि पनि शंका गयो।²⁸⁴ गोडविन् लगायतका अन्य मुद्दाहरुको उल्लेख गर्दै मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतले के ठहर गयो भने, “महासन्धिको मुख्य सारतत्व भनेको मानवीय गरिमा एवं स्वतन्त्रताको सम्मान गर्नु हो। [...] परिवर्तित-लिङ्गीहरुको वैयक्तिक विकाश तथा शारीरिक एवं नैतिक सुरक्षाको अधिकार संरक्षण गरिनु पर्दछ।”²⁸⁵ अदालतले यो पनि ठहर गयो कि गोपनीयता उपरको हस्तक्षेपबाट अलग रहने दायित्व अन्तर्गत एउटा सकारात्मक दायित्व पनि पर्दछ।²⁸⁶ अदालतले यो पनि ठहर गयो कि – “आफ्नो लैंगिक आत्म-निर्णयको सम्मान गर्नु पर्ने निवेदकको अधिकार उनको निजी जीवनको गरिमाको अधिकारको एउटा पक्ष रहेकाले, “यस वारेको अदालतको निर्णयको प्रभाव” राज्यको सकारात्मक दायित्व निर्वाहको असफलता ठहर्छ र उपचारको चिकित्सकीय आवश्यकता प्रमाणित गर्न स्थायी शल्यकिया लगायत निजी जीवनको सबै भन्दा घनिष्ठ क्षेत्रमा परेको व्यक्ति माथिको यो भार असमानुपातिक देखिन्छ।”²⁸⁷ परिणामस्वरूप, यस कार्यले यूरोपेली महासन्धिको धारा ८ को उलझन गरेको ठहर्दछ।

अदालतले पुनः पुष्टि गरेको छ कि यूरोपेली महासन्धि को सार-तत्व भनेको मानवीय गरिमा तथा स्वतन्त्रताको सम्मान गर्नु हो र वैयक्तिक विकाश तथा शारीरिक एवं नैतिक सुरक्षाको लागि परिवर्तित-लिङ्गीहरुको अधिकार संरक्षण गर्नु रहेको छ। यस क्षेत्रमा, अदालतले के उल्लेख गयो भने “निजी जीवन” को अवधारणा, पूर्ण परिभाषाको लागि ग्राह्य नमानी एउटा वृहत्त शब्दावली हो; र यस-अन्तर्गत व्यक्तिको शारीरिक तथा मनोवैज्ञानिक अखण्डता पर्दछ।²⁸⁸ साथै, यस भित्र व्यक्तिको शारीरिक तथा लैंगिक पहिचान जस्ता सामाजिक पहिचान²⁸⁹ पनि निहित रहेको हुन्छ।

281 Judgment on 11 July 2002, Case of *Christine Goodwin v. the United Kingdom*; doc. Cit., para. 77 and 97.

282 Judgment of 12 June of 2003, Case of *Kück v. Germany*; Application No. 35968/97.

283 *Ibid.*, para 45.

284 *Ibid.*, para 53.

285 *Ibid.*, para 69.

286 *Ibid.*, para 70.

287 *Ibid.*, para 75, 78 and 82.

288 Judgment of 26 March 1985, Case of *X and Y v. the Netherlands*, Application No. 8978/80, para. 22.

289 Judgment of 7 February 2002, Case of *Mikulic v. Croatia*, Application No. 53176/99, para. 53.

४.१ तुलनात्मक सार्वजनिक कानून तथा गोपनीयताको अधिकार

पछिबाट खारेज गरिएका बोवरस् वि. हार्डविक²⁹⁰को मुद्रामा आफ्नो फरक मत राख्दै अमेरिकी सर्वोच्च अदालत समक्ष न्यायमूर्ति क्ल्याकमुन्ले यसरी आफ्नो अभिमत राख्नु भयो – “एकलै रहन पाउने अधिकार”लाई राज्यको हस्तक्षेप वा क्षेत्रात्मक गोपनीयताबाट निजी स्थान प्राप्त गर्ने नकारात्मक अधिकारको रूपमा मात्र हेरिनु हुँदैन, वरु यसलाई व्यक्तिको जीवनको प्रगति गर्ने, व्यक्तित्व अभिव्यक्ति गर्ने, तथा विना सजाय कसैसंग घनिष्ठ सम्बन्ध राख्ने सम्बन्धमा मौलिक निर्णय गर्ने अधिकारको रूपमा हेर्नु पर्दछ। समलिङ्गी पुरुष तथा महिलाको समानता वि. न्याय मन्त्रालय को²⁹¹ मुद्रामा यो गोपनीयताको धारणाको वारेमा छलफल गर्दा दक्षिण अफ्रिकी संवैधानिक अदालतका न्यायमूर्तिहरूले यस प्रकार व्याख्या गरे–“गोपनीयताको अवधारणा (जस्तो सुझाव दिईयो) किन राज्यको नियन्त्रणबाट अलग गरी बन्देज लगाउनु पर्दछ भन्तुको कुनै खास कारण छैन – किनकि तपाईं ओच्यानमा के के गर्नु हुन्छ ? तपाईले गोप्य रूपमा गर्न पाउनु हुन्छ भन्ने बुझाइमा –तपाईं लहडी पाराले लाजशरम पचाएर आफ्नो इच्छा वमोजिम जे जे पनि गर्न हुन्छ।”²⁹² वरु, अदालतले के व्याख्या गच्छो भने गोपनीयताको क्षेत्रको यो मान्यता हो कि हामी सबैसंग निजी घनिष्ठता(intimacy) तथा स्वायतताको एउटा घेरा(sphere) छ, जसअन्तर्गत वाहय समुदायको हस्तक्षेप विना हामी मानवीय सम्बन्ध स्थापना गरी त्यसलाई सुदृढ गर्न सक्तछौं। अदालतले के तर्क दियो भने जुन तरिकाबाट हामी हाम्रो लैङ्गिकताको अभिव्यक्ति दिन्दौ, त्यो चाहि निजी घनिष्ठताको क्षेत्रको केन्द्र विन्दु(core) हो। यदि, हाम्रो लैङ्गिकता अभिव्यक्ति गर्नमा, हामी सहमतिपूर्वक र एक अर्कालाई हानी-नोक्सानी नपुऱ्याईकन गर्दौ, त्यही सेरोफेरोमा कसैले अतिक्रमण गच्छो भने मात्र गोपनीयताको अधिकार हनन् भएको मानिन्छ।

न्यायमूर्ति क्ल्याकमुन्ले यो पनि उल्लेख गरे – गोपनीयताको अवधारणले एउटा वृहत कानूनी रूपरेखा (comprehensive normative framework) कोर्दछ – जहां पुरुष समलिङ्गीहरु विरुद्धको विभेदलाई जीउदो अनुभवको निजी वा सार्वजनिक परिवेशहरु – दुवै अन्तर्गत सम्बोधन गर्नु पर्दछ – त्यस माथि विचार पुऱ्याउन सकिएन भने विवाद हुन्छ। तथापि, दक्षिण अफ्रिकी संवैधानिक अदालतले के तर्क राख्यो भने यी चासोहरु गोपनीयता र समानताको वीचको एउटा अनावश्यक तथा बनावटी रूपले निर्मित विवाद मात्रै हो, र यस अन्तर्गत गोपनीयताको कानूनी क्षेत्रको निरूपण हुन सक्ने देखिदैन।

सर्वप्रथम् दक्षिण अफ्रिकी संवैधानिक अदालतले त्यो विवादलाई पुरुषमेह विरोधी कानूनले समानता र गोपनीयता एकै साथ हनन् हुन पुरेको भन्ने तर्क गरेर सम्बोधन गच्छो। समानताको अधिकार यस् अर्थमा उलङ्घन भयो कि समलैङ्गिक अभिमुखिकरण भएका व्यक्तिहरूको अपमान गरी निजहरूको निजी जीवनमा अतिक्रमण हुन गयो र त्यसबाट असमान व्यवहार हुन पुर्यो। द्वितीयत : अदालतले बवर्स वि. हार्डविकको²⁹³ मुद्रामा फरक मतको गोपनीयता सम्बन्धी पश्वागामी विस्तृत व्याख्या

290 US Supreme Court, Judgment of 30 June 1986 [*Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 (1986)].

291 Judgment of 9 October 1998, *National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and others*, Case CCT11/98.

292 *Ibid.*, para 116.

293 US Supreme Court, Judgment of 30 June 1986 [*Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 (1986)].

(expansive construction of privacy reminiscent of the dissenting opinion) लाई अवलम्बन गयो; जस्ते केवल व्यक्तिलाई अलगाव (isolation) मा होइन, अपितु जीवनको जीउंदो अनुभवको निजी तथा सार्वजनिक परिवेशहरु – दुवै अन्तर्गत विचार पुच्चाई वहसंख्यको विवादास्पद अनुभूति विरुद्ध उसको जीवनका विकल्पहरुको संरक्षण गरिनु पर्दछ भन्ने राय दियो ।

तेश्रो कुरा, दक्षिण अफ्रिकी संवैधानिक अदालतको विचार के थियो भने समानताको सिद्धान्त – लैंड्रिक अभिमुखिकरणमा आधारित पुरुष समलिङ्गी भनिने समूह विरुद्धको कानूनद्वारा बेला-व्यखत उनको सम्मानपापा पु-याएको घाउ प्रतिको मल्लमपाहि हो । संवैधानिक अदालतले के ठहर गयो भने समलिङ्गी पुरुषहरु भनेको एउटा स्थायी अल्पसंख्यक हो – जस्ते “अदृश्य भए पनि विशिष्ट” प्रकारको समुदायको एक हिस्सा बन्न पुगेको छ, र जस्तै पहिचानात्मक विशेषताहरु मध्येमा “फरक-लैंड्रिकताको कारण फरक परिणाम भएका – सबै पृथक प्रभाव(alienating effects) सहित सम्पूर्ण चिन्ताहरुले भरिएका” समूह भनिदिए हुन्छ । पुरुषमेह विरुद्धको कानून (anti-sodomy law) द्वारा व्यक्तिको गरिमामा असर पारी “पूर्ण नैतिक नागरिक”बाट पृथक पारिएको मात्र होइन, सोबाट समलैंड्रिक चाहनामा अवरोध पुगेको, समलैंड्रिक अभिमुखिकरण भएका व्यक्तिहरु वीचमा निरन्तर शारीरिक चाहना आई लज्जा बेहोर्नु परेको, तथा प्रतिकुल परिस्थितिको सामना गर्न परेको जस्ता घटनाहरु पनि घटेका छन् ।

समानताको यस अखण्डत धारणाले मानव जाति वीचको विविधतालाई स्वीकारदछ – तर वैयक्तिक स्वतन्त्रताको प्रश्नमा वहसंख्यको भावना नै वैध कानूनी मान्यता हो र यसैले नै संभावित ढन्द उपर सामाजिक नियन्त्रण राखदछ भने तर्कलाई भने यसले अस्वीकार गर्दछ । समलैंड्रिक पुरुषहरुको प्रतिष्ठामा पुगेको आंच संगसंगै गोपनीयताको अधिकारको हनन्ले गोपनीयता सम्बन्धी दावीलाई बलियो र कानून समक्ष अविभेद तथा समानताको तर्कहरुलाई पनि सुदृढ पारेको देखिन्छ ।

सर्वोच्च अदालतका विविध स्वरूपहरुले समलैंड्रिकता वापत फौजदारी सजाय तोकेको पाईएको छ, जस्बाट गोपनीयता संबन्धी संवैधानिक तथा अन्तर्राष्ट्रीय कानूनको प्रत्याभूतिहरु र मौलिक मानवीय अधिकारहरुको विश्वव्यापी उपभोगको अधिकार समेतको उलङ्घन भएको छ । यस सम्बन्धी निर्णयहरुको संक्षिप्त सारांश निम्नानुसार छन् :

इक्वेडर : सन् १९९७ – संवैधानिक अदालतले फौजदारी सहिताको धारा ५१६ (“समलैंड्रिकता”) ले सम्पूर्ण व्यक्तिहरुले मौलिक हकको समान उपभोग गर्न पाउने संवैधानिक तथा अन्तर्राष्ट्रीय कानून अन्तर्गत गरिएका प्रत्याभूतिको उलङ्घन भएको फैसला गयो ।

कोलम्बिया : सन् १९९४ – संवैधानिक अदालतले वयस्क वीचको समलैंड्रिकता कानूनद्वारा संरक्षित छ – समलिङ्गीहरु कानूनको समान संरक्षणको मौलिक नियमद्वारा संरक्षित छ, र तिनीहरुलाई पनि विषम-लिङ्गीहरुलाई प्रत्याभूत गरिएका समान मौलिक हकहरु प्रदान गरिएका छन् । समलिङ्गीहरुलाई पनि तिनीहरुको आफ्नो लैंड्रिक अभिमुखिकरणको निर्दि विभेद गर्ने कसैलाई पनि कूनै अधिकार छैन (निर्णय नं. टि - ५३९-९४, नोभेम्बर ३०, १९९४, हेर्नुहोस् नं. टि - ४२७० र टि - ४२९५५ पनि हेर्नुहोस्) भन्ने फैसला गयो ।

पेरु : सन् २००४ – सैवैधानिक ट्राईवुनल ले सैनिक सेवामा समलिङ्गीहरुलाई मैथुन गर्ने स्वतन्त्रता प्रदान गरेको घोषणा गर्दै एउटा कानून–जसले यस्तो सम्बन्धलाई गैह–कानूनी मानेको थियो, लाई असैवैधानिक घोषणा गयो निर्णय, जुन् ९, २००४, मुद्दा नं. ००२३-२००३-एआई/टिसी)

चिन-हडकड : २००६ – पुनरावेदन अदालतले २१ वर्ष मुनिका पुरुषमेहमा लागेका किशोरहरुलाई आजन्म कैद गर्ने कानूनको विरुद्ध गरेको उच्च अदालतको फैसला सदर गयो । पुनरावेदन अदालतका ३ (तीन) जना न्यायाधीशहरुको ईजलाशले अगष्ट ५ मा तल्लो अदालतले गरेको प्रारम्भिक निर्णयलाई सदर गरिदियो । उक्त कानूनको पहिलो चुनौति – जसमा एक जना २० वर्ष समलिङ्गी किशोर, जसको नाम विलियम् रोय लेङ्ग थियो, ले उनले पनि अन्य सरह लैङ्गिक सम्बन्ध राख्न किन नपाउने? भन्ने जिकीर ग-यो (किनकि उनलाई कानूनतः जेल जानु पर्ने डर थियो) । अगष्टको फैसलामा, उच्च अदालतका न्यायाधीश मिचेल हार्टमेन ले लेङ्ग को पक्षमा फैसला गयो – उनको राज्यमा पुरुषमेह विरुद्धको कानूनले समलिङ्गी पुरुषहरुको गोपनीयताको समानताको अधिकारहरुको उलझन गयो । विषमलिङ्गी (heterosexual) जोडीहरुले कानूनतः १६ वर्ष कै उमेरमा सम्भोग गर्न पाउने अनि पुरुषमेह अन्तर्गत समातिएका २१ वर्ष उमेर नपुगेका समलिङ्गी किशोरहरुलाई चाहीं आजन्म कैद गर्न मिल्दैनयो; त्यस्कारण, सेप्टेम्बर ५ को आफ्नो फैसलामा पुनरावेदन अदालतले सरकारको पुनरावेदन खारेज गरी दियो ।

नेपाल : डिसेम्बर २००७ – सर्वोच्च अदालतले समलिङ्गीहरुलाई विद्यमान कानूनले विभेद नगरेको व्याख्या गयो । अदालतले के आदेश गयो भने लैङ्गिक अल्पसंख्यकहरुलाई पनि अन्य नागरिक सरहको समान अधिकार प्रत्याभूत गर्नु पर्दछ । आफ्नो रायमा सर्वोच्च अदालतका न्यायाधीश द्वयले भने : “नेपाल सरकारले यी मानिसहरुको अधिकारहरुको सुरक्षा गर्न विद्यमान कानूनमा संशोधन गरी थप नयाँ कानूनको तर्जमा गर्नु पर्दछ । महिला-समलिङ्गी, पुरुष-समलिङ्गी, द्विलिङ्गी, परिवर्तित-लिङ्गी(transsexuals) तथा उभय-लिङ्गीहरु (intersex), पुरुष वा महिला भन्ने लिङ्गका वावजुद तिनीहरु प्राकृतिक व्यक्तिहरु हुन् र निजहरुलाई तिनीहरुको अधिकारको उपभोग गर्ने र समाजमा स्वतन्त्र जीवन यापन गर्ने अधिकार छ ।”

फिजी : सन् २००५ – “प्रकृति विरुद्धको अपराध” तथा “गम्भीर अशिष्टता” गरे वापत धिरेन्द्र नदन, वर्ष २३ र थोमस् मक्कोस्कर, वर्ष ५५ लाई अप्रिल २००५ मा दुई वर्षको जेल सजाय तोकियो । यो जोडीलाई तिनीहरुको मुद्दाको प्रारम्भिक सुनुवाईमा कसैको पनि प्रतिनीधित्व (वकिल) गराइएन र दोषी करार गरियो, तर, तिनीहरुले उक्त सजाय विरुद्ध पुनरावेदन गरे । तिनीहरुको पुनरावेदन-निवेदन उपर उच्च अदालतका न्यायाधीश जेराल्ड विन्टरले के ठहर गयो भने तिनीहरुको अभियोग ठहरिन सक्तैन किनकि ती अभियोगहरु सन् १९९७ को संविधानले संरक्षण गरेका गोपनीयता तथा समानता विरुद्ध बाभिएको देखियो । ‘फिजीको संविधानको धारा ३८ ले “वास्तविक वा ठानिएका-वैयक्तिक विशेषताहरु वा परिस्थितिहरु, [...] लैङ्गिक अभिमुखिकरण” लगायतका आधारमा हुने विभेदको निषेध गरेको छ, र उक्त संविधानको धारा ३७ बमोजिम् पनि “वैयक्तिक गोपनीयताको अधिकार” प्रदान गरी संरक्षित गरेको छ ।

युगान्डा : डिसेम्बर, २००८ युगान्डाको उच्च अदालत कम्पाला (नागरिक विभाग) ले युगान्डाका सैवैधानिक अधिकारहरु अन्तर्गत महिला समलिङ्गी, पुरुष समलिङ्गी, द्विलिङ्गी तथा परिवर्तित-

लिङ्गीहरुलाई तिनीहरुको लैंगिक अभिमुखिकरणको वावजुद समान अधिकारहरु प्रदान गरिएको फैसला गरेको छ ।

५. लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानको क्षेत्रमा गोपनीयताको अधिकारको उपभोगमा हस्तक्षेप तथा वन्देज

लैंगिक अभिमुखिकरणको परिपेक्ष्यमा गोपनीयताको अधिकारलाई संरक्षण गर्ने कर्तव्यले गैह-कानूनीपन तथा हस्तक्षेपको स्वेच्छाचारिताको प्रश्न उठाएको छ । टुनेन् वि. अष्ट्रेलियामा मानव अधिकार समितिले निम्नानुसार स्पष्ट गरेको छ :

“स्वेच्छाचारिताको अवधारणाको परिचयले के प्रत्याभूति गर्नु पर्दछ भने कानूनद्वारा व्यवस्था गरिएको प्रत्येक हस्तक्षेप महासचिवको प्रावधान, लक्ष्य तथा उद्देश्य अनुरूप हुनु पर्दछ, कुनै पनि अवस्थामा परिस्थितिजन्य कारण विद्यमान हुनु पर्दछ । [...] उक्त कारण अन्तर्गत गोपनीयता हस्तक्षेप गर्न खोजिएको उद्देश्यसंग समानुपातिक र त्यस अवस्थाको खास परिस्थितिको आवश्यकता अनुरूप गरिएको हुनु पर्दछ ।”²⁹⁴

यहां मानव अधिकार समितिले के निष्कर्ष निकालेको छ भने समलैंगिक अभ्यासहरुको अपराधिकरण, स्वेच्छाचारी तथा असमानुपातिक दुवै छ । अपराधिकरण गरिनु गोपनीयताको अधिकार माथिको स्वेच्छाचारी हस्तक्षेप हो – जसअन्तर्गत गोप्य रूपमा गरिने सहमतीय वयस्क वीचको लैंगिक क्रियाकलाप पनि पर्दछ ।²⁹⁵ समितिले ठहर गयो – “समलैंगिक क्रियाकलापको अपराधिकरण- एचआईभि/एडस²⁹⁶को फैलावट रोक्ने उद्देश्य प्राप्त गर्ने एउटा (औचित्यपूर्ण) उपाय वा समानुपातिक कदम हुन सक्तैन । विशेषत : जब कि “समलैंगिक क्रियाकलापको निरन्तर भइरहेको अपराधिकरण र एचआईभि/एडस भाईरस फैलावटको प्रभावकारी नियन्त्रण वीच कुनै सम्बन्ध देखिएको छैन ।”²⁹⁷

लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानको परिपेक्ष्यमा गोपनीयताको अधिकार माथि गरिएको हस्तक्षेप र वन्देजको सम्बन्धमा वर्तमान विचार/दृष्टिकोण मुलतः – मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतद्वारा विकसित गरिएको हो; जस्ले विगत दशकहरुमा धेरै मुद्दाहरु केलाउनु पर्यो । सन् १९७६ भन्दा केही अगाडि, यूरोपेली अदालतले हैिंडसाईड को निर्णयमा²⁹⁸ के घोषण गयो भने, नैतिकताको रक्षाको निम्नि धेरै उपायहरु गर्नु पर्यो भनेर अनुसन्धान गर्दै यस सन्दर्भमा ‘आवश्यकता’को सिद्धान्त अन्तर्गत सामाजिक आवश्यकताको परिपूर्ति गर्नु पर्ने तथ्यको मूल्याङ्कन

294 Views of 31 March 1994, Case of *Nicholas Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, para. 8.3.

295 *Ibid.*, para 8.2. In the same line, see *inter alia*, मानव अधिकार समितिको अस्ति॑ निष्कर्ष : चिली, CCPR/C/79/Add.104 of 30 March 1999, para. 20; जमैका, CCPR/C/83/KEN of 29 April 2005, para. 27; पोलैण्ड, CCPR/C/79/Add.110 og 29 July 1999, para. 23; र रुमानेया, CCPR/C/79/Add.111 of 28 July 1999, para. 16.

296 *Ibid.*, para 8.5.

297 *Ibid.*

298 Judgment of 7 December of 1976, Case of *Handyside v. The United Kingdom*, Application No. 5493/72, paras. 46, 48 and 49.

गर्नु पत्त्यो र अदालतले यो पनि उल्लेख गर्न्यो कि यस क्षेत्रमा लगाईने प्रत्येक वन्देज वैध उद्देश्य प्राप्ति प्रति समानुपातिक हुनु पर्दछ। यसले डुन्जेन को²⁹⁹ मुद्दामा यही दृष्टिकोण अपनायो, जस्ता अदालतको राय थियो – प्रस्तुत मुद्दामा निजी जीवनको घनिष्ठम् पक्ष विद्यमान रहेकाले सार्वजनिक प्रयोजनको लागि हस्तक्षेप गरिनु अघि विशेषतः गम्भीर कारणहरु थिए – मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासंचयिको धारा द को प्यारा.२ को उद्देश्यहरुको निम्निति कारण वैध हुनु पर्ने थियो। अदालतले उल्लेख गर्न्यो- सहिष्णुता तथा खुल्लाहृदयताको सिद्धान्तहरुले महासंचयिका अधिकारको परिभासाको अनुमोदन गर्न्यो, र के तर्क गर्न्यो भने “एउटा लोकतान्त्रिक समाजमा आवश्यक पर्ने” धारणा मात्रै महासंचयिका अधिकारसंग मेल खान सक्छ – जुन खोजिएको उद्देश्यसंग समानुपातिक हुनु जरुरी छ। यसले फेरि पनि उल्लेख गर्न्यो कि, यद्यपि त्यसको प्रयोगको क्षेत्र वा दायरा राष्ट्रिय अधिकारीहरुमा नै छोडिएको छ, तथापि हस्तक्षेप सामाजिक आवश्यकताको निम्निति समानुपातिक थियो—थिएन? सोको निरुपण गर्ने अधिकार भने अदालतमा नै निहित हुन्छ।

अदालतले यूरोपेली परिषदका अधिकांश सदस्य राष्ट्रहरुमा समलैङ्गिक प्रवृत्ति प्रति वढदो सहिष्णुता रहेको उल्लेख गर्न्यो र सहमतीय समलैङ्गिक अभ्यासहरुलाई अपराधिकरण गर्न अनावश्यक वा समुचित नरहेको राय प्रस्तुत गर्न्यो। समानुपातिकताको सवालमा अदालतले के ठहर गर्न्यो भने विद्यमान असंशोधित कानूनको औचित्य भन्दा निवेदक जस्ता समलैङ्गिक अभिमुखिकरण भएका व्यक्तिहरुको जीवन माथि विवादित व्यवस्थापिकीय कानूनी प्रावधानले पार्ने हानीकारक असरहरु निकै वढी हुने देखिन्छ। अदालतले के भन्यो भने अन्य लैङ्गिक व्यवहार भन्दा पुरुष समलैङ्गिकता सम्बन्धमा केही हदसम्म फौजदारी कानूनको माध्यमबाट नियम बनाउनु पर्ने कुरामा कसैको अस्वीकृति नहोला – जुन कुरा एउटा “लोकतान्त्रिक समाजको निम्निति आवश्यक” सिद्ध हुन सक्छ। यस विधामा फौजदारी कानूनले गर्ने सबभन्दा महत्वपूर्ण कार्य भनेको “सार्वजनिक व्यवस्था एवं सदाचार कायम गर्नु” र आक्रामक वा हानी-नोक्सानी पुन्याउने दुष्कार्यहरुबाट नागरिकलाई सुरक्षा प्रदान गर्नु हो। पुनर्शः केही हदसम्मको नियन्त्रणको आवश्यकता गोप्य रूपमा गरिने सहमतीय कार्यको व्यभिचार लागि पनि जरुरी छ – खासगरी जहा अरुको शोषण र व्यभिचार³⁰⁰ हुन सक्छ— सोको संरक्षण गर्नको लागि” आवश्यक हुन्छ। तथापि, अदालतले महत्वकासाथ के भन्यो भने “यद्यपि सार्वजनिक क्षेत्रका मानिसहरु जस्ते समलैङ्गिकतालाई अनैतिक ठान्छ, अरुको समलैङ्गिक कार्यहरुबाट मर्माहित, आक्रमित वा अवरुद्ध हुन सक्छन् – सहमतीय वयस्कहरु जो त्यसमा संलग्न हुन्छन्, का विरुद्ध आफ्नो तजविजमा दण्ड-सजायको लागि निवेदन गर्न पाउदैनन्।”³⁰¹

क्राइस्टाइन गुडविनको मुद्दा उपर अदालतले मुत्याङ्गन गर्दै के उल्लेख गर्न्यो भने यसले यस्तै मुद्दाहरुमा³⁰² विपरित तरिकाबाट फैसला गरेको थियो, तर अदालतले पनि सभौताका पक्ष-

299 Judgment of 22 October 1981, Case of *Dudgeon v. The United Kingdom*, Application No. 7525/76, para. 48 et seq..

300 *Ibid.*, para 49.

301 *Ibid.*, para 60.

302 See Judgment of 17 October 1986, Case of *Rees v. the United Kingdom*, Application No. 9532/81; Judgment of 27 September 1999, Case of *DCossey v. the United Kingdom* Judgment, Application No. 10843/84; Judgment of 22 April 1997, Case of *X., Y. and Z. v. the United Kingdom*, Application No. 75/1995/581/667; Judgment of 30 July 1998, Case of *Suffield and Horsham v. the United Kingdom*, Application No. 31–32/1997/815–816/1018–1019; Judgment of 25 March 1992, Case of *B v. France*, Application No. 13343/87.

राज्यहरु (विपक्षी) भित्र भईरहेका परिवर्तनहरुको सामान्यतः सम्बोधन गर्ने पर्दछ । प्राप्त गर्न पर्ने मापदण्ड वारे विकाश भई रहेको सहमतिको विन्दुलाई पनि सम्बोधन गर्ने पर्ने आवश्यकता छ, र राष्ट्रिय कानूनको प्रावधानले वैयतिक पहिचानको महत्वपूर्ण पक्षसंग³⁰³ बाहेको देखिन्छ – त्यसबाट निजी जीवन माथिको गम्भीर हस्तक्षेपलाई पनि स्वीकार गर्ने पुगेको छ । अदालतले यसलाई अत्यन्त महत्वपूर्ण ठहरायो – “परिवर्तित-लैंगिकता (transsexualism) को एउटा चिकित्सकीय अवस्थाको स्वरूपमा अन्तर्राष्ट्रीय रूपमानै मान्यता पाईसकेका थियो – जस्को निदान (relief) निर्मित उपचार प्रदान गरिन्थ्यो । उदाहरणको लागि, एउटा अनुसंधानात्मक तथा तथ्याङ्गीय वार्षिकी पत्रिका, चौथो अंक (DSM-IV)ले परिवर्तित लैंगिकताको निरूपणको लागि “लैंगिक पहिचान विकृति” सहितले प्रतिस्थापन गर्न्यो । हेर्नुहोस् : रोगको अन्तर्राष्ट्रीय वर्गीकरण, दशौ संस्करण (ICD - 10)”³⁰⁴

मुल्लर तथा अन्यहरु वि. स्वीटजरलैण्डको मुद्दाले के देखाएको छ, भने नैतिकता बचाउने सन्दर्भमा अदालतले एउटै कुरोको पुनरावृत्ति गरिरहेको छ – त्यस मुद्दामा आफ्नो निर्णयमा पुग्दै अदालतले ठहर ग-यो – लोकतान्त्रिक समाजको निर्मित आवश्यक³⁰⁵ विवादित विषयहरु वारे जस्तै नैतिकता बचाउन वैध उद्देश्य खोज्यो, त्यसले सामाजिक आवश्यकताको दवाव भेल्नु प-यो र समानुपातिकताको सिद्धान्तलाई³⁰⁶ अंगाल्नु पुर्यो ।

उदाहरणको लागि डुजेनको मुद्दामा यूरोपमा समलैंगिकता तर्फको पुर्वस्थापित सहिष्णुताको मापदण्डको उल्लेख भएबाट यहानेर बहश गर्न सकिन्छ कि यो फैसलाको प्रयोग अन्य मञ्चहरुमा हुन सकेन । यूरोप लगायत संसारका केही भागहरुमा विद्यमान रहेको तीव्र राष्ट्रिय भावनाको कारण त्यस परिस्थितिमा एक औचित्यपूर्ण व्यवहारको मापदण्डको रूपमा यूरोपको प्रयोग निकै विवादास्पद रहेको देखिन्छ । विवादित विषय उपर सम्बन्धित ठाँउ विशेषमा सहिष्णुताको अभाव देखिएकाले पुरुषमेहलाई निषेधित गर्ने कानून कायम राख्ने अभिप्राय देखिन्छ, त्यसबाट थप विवाद उठन सक्छ । यद्यपि यूरोपको सन्दर्भमा यो फैसला धेरै गहौ भएकाले यो अनतिकम्य रहेको छ – किनकि यसको शक्ति यी तर्कहरुबाट निःसृत भएका छन् – “निजी जीवनको अत्यन्त घनिष्ठम् अंश” र समानुपातिकता परिक्षणको उपयुक्त व्याख्या प्रति गम्भीर क्षति (injury)संग सम्बन्धित छन् ।” यो पनि यहानेर उल्लेख्य छ, कि पुरुषमेह सम्बन्धी कानूनलाई अपराधिकरणबाट मुक्त गर्ने गोपनीयता सम्बन्धी तर्क-शक्तिले यस उद्देश्यको निर्मित यूरोपमा सन्तोषजनक सावित हुन सक्यो, किनभने उत्तरी आयरलैण्डमा डुजेन, आयरलैण्डमा नोरिस र साईप्रशमा मोडिनस्का मुद्दाहरूले कडा सामाजिक तथा धार्मिक दवावलाई भेल्नु परे पनि जितेरै छाड्यो ।

५.१ तुलनात्मक सार्वजनिक कानून तथा गोपनीयताको अधिकार माथि हस्तक्षेप एवं वन्देज

ती धेरै मुलुकहरु जसले वहुमतको बलमा समलिङ्गी विरोधी कानूनहरु कायम गर्न चाहेका थिए – पछिबाट उल्याइएको बोवर्स वि. हार्डिविकको मुद्दामा अमेरिकी सर्वोच्च अदालतका बहुमत न्यायाधीशहरूले

303 See *Dudgeon v. The United Kingdom*, doc. Cit., para. 41.

304 Judgment on 11 July 2002, Case of *Christine Goodwin v. the United Kingdom*; Application No. 28957/95, para. 81.

305 Judgment of 24 May 1988, Case of *Müller and Others v. Switzerland*, Application No. 10737/84, paras. 31-37 and 40-44.

306 *Ibid.*, paras. 32, 40 and 43.

व्यक्त गरेका रायमा प्रयुक्त भाषाको उपयोग गरेको देखिन्छ। तिनीहरुले जर्जियाको पुरुषमेह कानूनलाई संवैधानिक चूनौति गर्ने निवेदकको माग-दावी अस्वीकार गर्दै वहुमत तर्फका न्यायाधीश ब्राएनले यहांसम्म भने कि संघीय प्रणालीले पुरुषमेहमा लाने समलिङ्गीहरुलाई यस्तो मौलिक हक प्रदान गरेकै छैन। उनले पुरुषमेह सम्बन्धी कानूनको ऐतिहासिक उत्पति वारे पनि उल्लेख गरे र ठहर गरे कि यस माथिको प्रतिबन्धमा “राष्ट्रको ईतिहास र परम्पराले गहिरोसंग जरो गाडेको” छ। उनले पुरुषमेह सम्बन्धी कानूनको विपक्षमा नैतिकताको धारणाको आधारमा आफ्नो औचित्य सिद्ध गर्न खोजे; र जर्जियाका निर्वाचकहरुको वहुमतको विचार समलैङ्गिकता अनैतिक छ— त्यसैले यो अस्वीकार्य छ, भन्ने अनुमान गरे। यद्यपि, अदालतले पूर्व नजीर -कानूनलाई अस्वीकार त गरेन, जहाँ संविधानको यस्तो किसिमबाट व्याख्या गरिएको थियो कि विवाह तथा परिवार वारे निजी सम्बन्ध हुन्छ, यद्यपि यो संरक्षण सहमतीय वयस्कहरु वीचको समलैङ्गिक सम्बन्धसम्म पुऱ्याउन अस्वीकार गरियो।

न्यायमूर्ति व्याकमुनले मुद्दामा एकलै रहन पाउने संवैधानिक अधिकार (right to be let alone) भएको दावी गर्दै उक्त फैसलामा आफ्नो कडा असहमति रहेको जनाउदै भिन्न राय प्रकट गरे:

“एउटा अशोभनीय हरी अन्योपनले मात्रै लैङ्गिक घनिष्ठता मानवीय अस्तित्वको मुख्य संवेदनशील सम्बन्ध हो भन्ने तथ्यलाई धमिलो पार्दछ। [...] व्यक्तिहरुले आफूहरुलाई अरुहरुसँगको आफ्नो घनिष्ठ लैङ्गिक सम्बन्ध अर्थपूर्ण तवरले परिभाषित गर्न चाहन्छन् भन्ने तथ्यले हाम्रो जस्तो विविधता भएको राष्ट्रमा सुभाव दिएकाछन् कि त्यस्ता सम्बन्धहरुलाई नियमित गर्न अन्य धेरै ‘राम्रा’ उपायहरु हुन सक्छन् र यस्तो सम्बन्धको महत्व यी नितान्तै वैयतिक प्रकारको सम्बन्धको स्वरूप र प्रवृत्ति धान्न पाउने व्यक्तिको स्वतन्त्रताबाट निःसृत हुन्छन्।”³⁰⁷

न्यायमूर्ति व्याकमुनले उक्त वहुमतको रायप्रति कानूनको प्राचिनताको मार्ग अवलम्बन गरेकोमा कडा आलोचना गरे; र उत्पोष गरे कि समयको गतिमयताले त्यस्तो कानून दुर्बोध भईसकेको छ— खासगरी तिनीहरु स्थापित भएका आधारहरु भक्तिसकेको छन्। उनको गोपनीयता सम्बन्धी व्याख्या केवल फराकिलो मात्र थिएन, बरु व्यक्तिको व्यक्तित्व अभिव्यक्त गर्न पाउने तथा राज्यद्वारा विना रोकटोक घनिष्ठ सम्बन्धहरु स्थापित गर्न पाउने अधिकारको संरक्षण गर्ने दिशामा पर्याप्त थिए।

बोर्स वि. हार्डविकको मुद्दामा वहुमत र फरक मत वीचको खाइ (gulf) ले “राष्ट्र” वा राज्य-दायित्व वारे न्यायाधीशहरु वीचको भिन्न अवधारणाहरलाई उजागर गच्छो। वहुमतको विचारले वहुमतको भावना भन्दै ‘राष्ट्र’लाई एकलकोणीय भाषामा व्यक्त गच्छो भने फरक मतवालाले राष्ट्रलाई एउटा वहलवादी संस्थाको रूपमा— जहाँ यद्यपि वहुमत विपक्षमा भए पनि व्यक्तिको उत्तिकै सम्मान हुन्छ। गोपनीयतालाई राज्य र व्यक्ति वीचको मध्यवर्ति (buffer) मानिन्छ। प्राध्यापक रोल्डन लिडर के तर्क राख्नु हुन्छ भने महासन्धि र संविधानको मिलन विन्दु

307 US Supreme Court, Judgment of 30 June 1986 [*Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 (1986)]. Justice Brennan, Justice Marshall and Justice Stevens Joint the dissenting of Justice Blackmun.

भनेको दुवै दस्तावेजहरू³⁰⁸को सम्बन्धित मापदण्डहरूको परिक्षण गर्नु हो । जहां निर्णयहरु पूर्णतः यस तथ्यको आधारमा गरिन्छन् कि तिनीहरूले बहुमत समुदायको प्रतिनीधित्व गर्दछन्, जुन कुरा बोवर्स वि. हार्डविक को मुद्दामा वहुमतद्वारा निर्णय भएको थियो – यसमा उनको तर्क थियो – यदि आफ्नो पूर्णक्षको निम्नित समुदायलाई छुटै न्यायाधीश चाहिने हो भने आफ्नो भूमिका परित्याग गरेको ठहरिन्छ ।

लरेन्स वि. टेक्सासको मुद्दामा जस्को कारणले बोवर्स वि. हार्डविकको मुद्दा वदर गयो, मा अमेरिकी सर्वोच्च अदालतले के भन्यो भने, यद्यपि समलैंगिकतालाई अनैतिक ठानी घृणा गर्ने विगतका शक्तिशाली स्वरहरु विद्यमान हुदाहुदै अदालतको भूमिका सबैको निम्नित स्वतन्त्रता पारिभाषित गर्नु थियो – न कि कुनै नैतिक संहिता लागु गर्नु पर्ने आदेश ।³⁰⁹ यसमा वहुमतवालाले के तर्क दियो भने विगत आधा शताब्दिका कानून तथा परम्पराहरूले देखाएको छ – “एउटा सचेतनाको विकाश भइरहेको छ, जस्त्रान्तर्गत स्वतन्त्रताले लैंगिकता सम्बन्धमा वयस्क व्यक्तिहरूलाई कसरी आफ्नो निजी जीवन व्यतीत गर्नु पर्दछ भन्ने सारभूत संरक्षण प्रदान गर्दछ ।³¹⁰ निर्णायकरूपले, अदालतले के उल्लेख गयो भने, यद्यपि बोवर्स वि. हार्डविक मुद्दाको निर्णयमा आम सभ्यताका साफ्का मूल्यहरु स्थापित भएको थियो – सो हदसम्मको मुद्दाको जिकिरलाई मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली प्रणालीले अस्वीकार गयो, र अन्य राष्ट्रहरूले पनि आफ्नो घनिष्ठसंग सहमतीय लैंगिक व्यवहार गर्ने समलिङ्गीहरूको सुरक्षित अधिकारसंग नबाझिने गरी कदमहरु चालेका छन् । पुनश्च: अदालतले के ठहर गयो भने यो वैयक्तिक विकल्पलाई नियमन गर्ने कुनै नितान्त जरुरत वा वैध सरकारी सरोकार देखिदैन । वहुमतवालाले बोवर्स वि. हार्डविकको मुद्दामा फरक मतलाई स्वीकार्यो, जस्को तर्क थियो : (१) राज्यको शासकीय वहुसंख्यकले परम्परागत रूपमा कुनै खास प्रकारको कार्यलाई अनैतिक भनिदै आएको कुरासंग त्यस कार्यलाई नियोजित गर्ने कानून सदर राख्ने पर्याप्त कारण छैन । र (२) आफ्नो घनिष्ठसंग शारीरिक सम्बन्ध राख्ने व्यक्तिका निर्णयहरु – यद्यपि बच्चा जन्माउने ईच्छा नभएको किन नहोस्, यथोचित विधिबाट संरक्षित ‘स्वतन्त्रता’ का स्वरूपहरु हुन् । किनकि प्रस्तुत मुद्दामा सहमतीय वयस्कहरु संलग्न छन् र जहां कुनै किसिमको क्षति हानी-नोक्सानी वा जोर-जुलुम छैन, र व्यक्तिको गोपनीयताको नियमन गर्ने सरकारको कुनै वैध सरोकार पनि नभएकाले अदालतले त्यस्तो निर्णय गयो ।

“गोपनीयताको अधिकार”को कानूनी क्षेत्रले “संरक्षण” तर्फका सरकारी सरोकारलाई स्वीकार गर्दछ । यी सिमाहरु भनेको यावत सार्वजनिक सरोकारहरु सम्बन्धी अभिमतहरु हुन, जहां सन्तुलित परिक्षण वा सार्वजनिक सरोकार सम्बन्धी नीतिहरु राम्ररी उल्लेख गरिएका हुन्छन् । कसै कसैको तर्क छ – मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतको विधिशास्त्र अन्तर्गत लैंगिकता सम्बन्धी परिसिमाका तीनवटा सिद्धान्तहरु विचारणीय छन्³¹¹ (क) हानी-नोक्सानी

308 Sheldon Leader, "The Right to Privacy, the Enforcement of Morals, and the Judicial Function: An Argument", in Current Legal Problems, editors: Roger Rideout & Bob Hepple, Sweet & Maxwell/Stevens/Stevens, 1990.

309 US Supreme Court, Judgment of 26 June 2003 [*Lawrence et al v. Texas*, (02-102) 539 U.S. 558 (2003)].

310 *Ibid.*

311 Mary Robinson amicus brief in *Lawrence et al v. Texas* (<http://hrw.org/press/2003/07/amicusbrief.pdf>) at p. 16.

सिद्धान्त,³¹² (ख) सहमतीय वयष्क वीचका लैङ्गिक कार्य माथि वन्देज,³¹³ र (ग) व्यवसायिक लैङ्गिक कार्यबाट संरक्षण – भलै सो कार्य घरैमा भएको किन नहोस्। महिला तथा पुरुष समलिङ्गीहरुको समानता सम्बन्धी राष्ट्रिय महासंघ वि. न्याय मन्त्रालयको मुद्दामा दक्षिण अफ्रिकामा एउटा सरकारी सरोकार उल्लेख गरिएको थियो, जुन निम्नानुसार अभिव्यक्त गरिएको छ :

“सरकारको यो सरोकार अनुभूत गरिएको हानी-नोक्सानीसंग सम्बन्धित छ। निजी व्यवहारमा व्यक्तिहरु वीच सार्वजनिक वा वैयत्तिक रूपमा हुने अन्तर-पौस्तिक (*inter-generational*), आन्तरिक, पारिवारिक र गैह-जैविक लैङ्गिक कार्यका लागि व्यक्तिहरु दण्डित हुन सक्छन्। हिंसा, धोकाधडी, लैङ्गिक दर्शकवाद (*voyeurism* – अर्काले मैथुन गरेको चिह्नाउने प्रवृत्ति), असहमति वा शास्तिजनित लैङ्गिक कार्य कहिलेकाही दण्डनीय वा कारवाहीयोग्य मानिन्छ – चाहे वारदात जहांसुकै घटेको किन नहोस्।”³¹⁴

सारांश

- लैङ्गिक अभिमुखिकरण तथा लैङ्गिक पहिचान भनेको मानव व्यक्तित्व तथा निजी जीवनको अधिकारको निम्नि एउटा आवश्यकीय गोप्य अभिव्यक्ति हो। गोप्य रूपमा सम्पन्न हुने वयस्क सहमतीय लैङ्गिक क्रियाकलाप ‘निजत्व’(privacy)को अवधारणा अन्तर्गत विवादरहित मानिन्छ र लैङ्गिक पहिचान, लैङ्गिक अभिमुखिकरण तथा यस्ता क्रियाकलापका सरोकारहरु निजी जीवनको एउटा आत्मीय पक्ष हो।
- निजी जीवनको अधिकार भनेको आफ्नो आवास, शरीर तथा परिवारको अखण्डता, आफ्नो व्यक्तित्व निर्धारण वा विकाश, वैयत्तिक पहिचान तथा अन्तर-वैयत्तिक सम्बन्धहरु समेतको एउटा वृहत छातारूप हो। यदि व्यक्तिको गोपनीयता उपर गैह-कानूनी वा कानूनी जुनसुकै तवरबाट स्वेच्छाचारी ढङ्गले अतिक्रमण हुन गयो भने यो अधिकार हनन् भएको मानिन्छ।
- मानिसहरुको निजी जीवनको अधिकारको प्रत्याभूति गर्नु राज्यहरुको अन्तर्राष्ट्रिय दायित्व हो। यस अधिकार अन्तर्गत निजी जीवनमा अहस्तक्षेपको कर्तव्यको साथै निजी जीवनमा

312 लास्के, जागर्द तथा ब्राउन वि. सुयुक्त अधिराज्य (उल्लेखित हक) को मुद्दामा फेब्रुअरी १९, १९९७ मा भएको फैसलामा अदालतसे के जोड गयो भने सहमतीय – तर व्यापारिक उद्देश्यले घरैमा गरिने लैङ्गिक क्रियाकलापलाई जोगाउन डुजेन को मुद्दाको दहाई दिन मिल्ने छैन भन्ने हानी-सिद्धान्तको व्याख्या समेत गरे। अदालतसे के निर्णय गयो भने “बन्द ढोका भित्र गरिने प्रत्येक लैङ्गिक क्रियाकलाप आवश्यक रूपले धारा ८ को क्षेत्र/दायरा भित्र पर्दैन।” दफा ३५।

313 डुजेन को मुद्दामा अदालत आफैले के स्वीकार्यो भने, “पुरुष समलैङ्गिकताको व्यवहार सम्बन्धमा यद्यपि गोप्य रूपमा सहमतिका साथ गरिने कार्य भए पनि त्यसबाट अरु माथि हुने शोषण र व्यभिचार हुने संभावना रहेकाले सो विरुद्ध पर्याप्त सुरक्षा प्रदान गर्न सन्दर्भमा फौजदारी कानूनमा केही हदसम्म नियमको औचित्य रहन्छ। खास गरी ती व्यक्तिहरु जो जोखिमपूर्ण हुन्नेन् किनकि तीनीहरु कलिला, शारीरिक र मानसिक दुवै दृष्टिबाट कमजोर, अनुभवहीन वा विशेष भौतिक, आधिकारिक स्थितिमा वा आर्थिक रूपबाट पराधिन हुन सक्छन्।”

314 Constitutional Court of South Africa, Judgment of 9 October 1998, *National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and others*, Case CCT11/98.

तेस्रो पक्षको आकमणबाट रोक्ने दायित्व पनि निहित रहन्छ । उक्त दायित्व अन्तर्गत सकारात्मक एवं नकारात्मक कर्तव्यहरु अन्तर्निहित हुन्छन् ।

- गोपनीयताको अधिकार भनेको अस्वेच्छाचारी(non-absolute) हुन्छ र यो अधिकार संकटकालीन स्थितिमा वन्देज वा निलम्बन पनि हुन सकदछ । वन्देज वा निलम्बन भनेको सो अधिकारको अन्त्य गर्नु भनेको चाहि होइन ।
- सामान्य स्थितिमा पनि गोपनीयताको अधिकार कानून अनुसार वन्देज वा हस्तक्षेप अन्तर्गत रहन सकदछ – तर, त्यो प्रावधान स्वेच्छाचारी भने हुने छैन । वन्देज वा हस्तक्षेपको अनुमति निम्न अवस्थामा हुन सकदछ, यदि ती प्रावधानहरु :
 - समाजको हितमा अत्यावश्यक र लोकतान्त्रिक समाजको निमित्त आवश्यक छन् भने
 - वैद्य लक्ष्य तथा उद्देश्य रहेकोछ भने
 - कुनै अवस्थाको खास परिस्थितिमा तर्कसंगत छ भने
 - यस्तो हस्तक्षेप वा वन्देज लगाउनु पर्ने उपयुक्त परिस्थिति वारे विस्तृत विवरण उल्लेख गरी कानूनद्वारा नै अनुमति प्रदान गरिएको छ भने
 - अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकार संवन्धी कानून अनुरूप रहेछ भने
- गोपनीयताको अधिकार सम्बन्धमा स्वीकार्य हद भनेको यथोचित सावर्जनिक हितका विषयहरु, सन्तुलन परिक्षण तथा सार्वजनिक नीति सम्बन्धी सरोकारहरु हुन् । यिनीहरु मध्ये व्यक्तिको हानी-नोकसानी हुनबाट जोगाउने लैंगिक कार्य व्यापारिक प्रयोजनको निमित्त रहेछ भने सहमतीय भए पनि वयस्कहरु वीचको यस्तो कार्य माथि वन्देज लगाई संरक्षण गर्नु पर्दछ – भलै यस्तो कार्य कसैको घर-आवासमा भएको किन नहोस् । सहिष्णुता तथा खुलाहदयताका सिद्धान्तहरु व्यक्तिको गोपनीयता सम्बन्धी प्रतिस्पर्धी विचारहरुको सन्तुलन मिलाउने सन्दर्भमा महत्वपूर्ण विचारहरु हुन सकदछन् ।

“लैंगिक अभिमुखिकरणको आधारमा अभियोजन गरिएका व्यक्तिहरुको थुनछेकले [...]— तिनीहरुका अनुसार ‘सामाजिक विश्रृद्धखलता’ अन्तर्गत स्वतन्त्रताको स्वेच्छाचारी विमुखिकरण गर्दछ — जुन् मानव अधिकार सम्बन्धी विश्वव्यापी घोषणापत्रको धारा २ को प्यारा.१ र नागरिक तथा राजनैतिक अधिकार सम्बन्धी अनुवन्धको धारा २ को प्यारा.१ तथा २६ अनुसारका प्रावधानहरुसंग बाझिएको मानिन्छ ।”

— स्वेच्छाचारी थुनछेक सम्बन्धी संयुक्त राष्ट्रसंघीय कार्यदल³¹⁵

घ. स्वतन्त्रताको स्वेच्छाचारी विमुखिकरण

१. कानूनी प्रकृति तथा क्षेत्र

अन्तर्राष्ट्रिय कानूनले स्वतन्त्रताको अधिकार तथा स्वेच्छाचारी ढङ्गाट स्वतन्त्रताको विमुखिकरण (depreciation) नगरिने अधिकारको सुरक्षा प्रदान गर्दछ, ³¹⁶ स्वतन्त्रताको विमुखिकरणको अवधारणा अन्तर्गत पकाऊ³¹⁷ एवं थुनछेक³¹⁸ लगायतका विभिन्न स्वरूपहरु हुन्छन् । यस अन्तर्गत कुनै पनि प्रकारका स्वतन्त्रता विमुखिकरणहरु पर्दछन् : जस्तै सुनवाई पूर्वको थुनछेक/थुना, प्रशासनिक थुनछेक, नीतिगत थुना (policy custody), नजरबन्द तथा आफ्नै आवास भित्रको थुना (house arrest) इत्यादि । “स्वतन्त्रताको अधिकार” मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्र को धारा ३ द्वारा संरक्षित “व्यक्तिको सुरक्षाको अधिकार” संग घनिष्ठ रूपले गासिएको हुन्छ । पुनश्च: मानव अधिकार समितिले बताएको छ, कि, “अनुवन्ध (ICCPR) को धारा ९(१)ले स्वतन्त्रताको

315 स्वेच्छाचारी थुनछेक सम्बन्धी कार्यदलको अभिमत, No. 7/2002 (Egypt), of 21 of June 2002, para. 28, UN Doc.E/CN.4/2003/8/Add.1.

316 मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्र (धारा ३ र ९), नागरिक तथा राजनैतिक अधिकारको अन्तर्राष्ट्रिय अनुवन्ध (धारा ३), सम्पूर्ण आप्रवासी कामदार तथा तिनीहरुको परिवारको सदस्यहरुका अधिकारको संरक्षण सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय महासंघ (धारा १६), वालवालिकाको अधिकार सम्बन्धी महासंघ (धारा ३७), वलपूर्वक वेपता पारिएका सम्पूर्ण व्यक्तिहरुको सुरक्षा सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय महासंघ (धारा १७), आफू बसेको देशको नागरिक नभएका व्यक्तिहरुको मानव अधिकार सम्बन्धी घोषणापत्र (धारा ५.१), मानव तथा जनअधिकार सम्बन्धी अफ्रिकी वडापत्र (धारा ६), अफ्रिकामा स्वच्छ सुनवाई तथा कानूनी सहायताको अधिकार सम्बन्धी सिद्धान्त तथा निर्देशिका (सिद्धान्त ‘ड’), मानव अधिकार तथा कर्तव्य सम्बन्धी अमेरिकी घोषणा (धारा १ र XXV), मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासंघ (धारा ७), मानव अधिकार सम्बन्धी अरव वडापत्र (धारा १४), र मानव अधिकार सम्बन्धी युरोपेली महासंघ (धारा ५) ।

317 कुनै प्रकारको थुनछेक वा कारागारमा रहेका सम्पूर्ण व्यक्तिहरुको संरक्षणका लागि बनेका राष्ट्र संघीय सिद्धान्तहरुको संग्रह ले ‘पकाऊ’ (arrest) को निम्न परिभाषा गरेको छ : “कुनै अपराधको अभियोग लागेका व्यक्तिलाई सरकारी अधिकारीद्वारा पकिने कार्य”

318 थुना (detention)को अर्थ हुन्छ व्यक्तिहरुको त्यस्तो अवस्था जहां अपराध गरेको परिणाम वाहेक वैयक्तिक स्वतन्त्रता विमुखिकरण गरिएको हुन्छ । (कुनै प्रकारको थुनछेक वा कारागारमा रहेका सम्पूर्ण व्यक्तिहरुको संरक्षणका लागि बनेका राष्ट्र संघीय सिद्धान्तहरुको संगालो : “शर्तको प्रयोग”)

औपचारिक बन्देज (formal deprivation of liberty) को सन्दर्भ बाहिर पनि संरक्षण गरिराखेको हुन्छ। धारा ९को व्याख्याले राज्य-पक्षलाई आफ्नो अधिकार क्षेत्र भित्र पकाऊ गर्नु नपर्ने³¹⁹ व्यक्तिहरुको वैयक्तिक सुरक्षामा आउने धाक-घम्कीहरुलाई अनुबन्धले गरेका प्रत्याभूतिहरुलाई पूर्णतः अप्रभावकारी बनाउने गरी बेवास्ता गर्न नपाइने व्यवस्था गरेको छ।³²⁰ स्वतन्त्रताको अधिकार सुनिश्चित गरी स्वेच्छाचारी थुनछेकबाट मुक्त गर्ने सिलसिलामा व्यवस्थापिकीय वा अन्य कदमहरु कार्यान्वयन गर्नु राज्यको दायित्व हुनेछ। स्वतन्त्रताको अधिकारको सुरक्षा गर्ने दिशामा अन्तर्राष्ट्रीय कानूनले निकै प्रत्याभूतिहरु प्रदान गरेको छ – जस्ते मानिसहरुलाई गैह-कानूनी वा स्वेच्छाचारी थुनछेक वा आवास भित्रैको थुनाबाट मुक्त गराउने गर्दछ।

कार्यान्वयनमा आएका अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकार सम्बन्धी दस्तावेजहरुका³²¹ अनुसार, संकटकालीन स्थितिमा स्वतन्त्रताको अधिकार माथि बन्देज लान सक्दछ। तथापि, यस्ता प्रकारका बन्देजहरु अन्तर्राष्ट्रीय परम्परागत कानून – त्यसम् खासगरी अन्तर्राष्ट्रीय कानूनका अकाट्य मान्यताहरु (peremptory norms) बमोजिम मानव अधिकार सन्तुष्टिहरुमा बन्देज लगाउन नहुने प्रावधानहरुको सूचिमा स्पष्ट उल्लेख गरिएका छन्, र थुनुवा वा बन्दीहरुका ती अधिकारहरु छुटाउने नसिकिने गरी सुरक्षित गरिएका छन्।³²² यस सम्बन्धमा, मानव अधिकार समितिले के उल्लेख गरेकोछ, भने संकटकालीन अवस्था वा युद्धको अवस्थामा पनि थुनछेकमा परेको अस्वीकार गर्न पाइने छैन, वा स्वेच्छाचारीढङ्गले तिनीहरुको स्वतन्त्रता विमुखिकरण गर्न पाइने छैन, अथवा मानवीयताका साथ व्यवहार गरिनु पर्न तिनीहरुको अधिकार तथा मानवीय व्यक्तिमा अन्तर्निहित गरिमाको सम्मान गर्नबाट ईन्कार गर्न पाइने छैन।³²³

२. ‘स्वतन्त्रताको स्वेच्छाचारी विमुखिकरण’ को परिभाषा

मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्रको धारा ९ मा “कसैलाई पनि स्वेच्छाचारी थुनछेक वा पकाऊ वा देश-निकाला गरिने छैन,” भन्ने उल्लेख गरिएको छ – यद्यपि, उक्त घोषणापत्रले ‘स्वेच्छाचारी’ (arbitrary) शब्दको परिभाषा गरेको छैन। यहां यो उल्लेख्य छ, कि आवास भित्रैको थुना र थुनाको विधिशास्त्रीय अर्थ खटिएको(overlapping) छ – यद्यपि भिन्न छ। विधिशास्त्रीय अर्थमा पकाऊ (धरपकड) व्यक्तिको थुनछेकको प्रयोजनको लागि अग्रिमरूपमा दिइने कारणसंग

319 हेर्नुहोसः: मानव अधिकार समिति : Views of 25 October 2000, Case Rodger Chongwe v. Zambia, Communication No. 821/1998, CCPR/C/70/D/821/1998; Views of 20 March 2000, Case Carlos Dias v. Angola, Communication No. 711/1996, CCPR/C/68/D/711/1996; and Views of 12 July 1990, Case Willian Eduardo Delgado Páez v. Colombia, Communication No. 195/1985, CCPR/C/39/D/195/1985; See also the European Court of Human Rights, Judgment of 12 March 2003 and 5 May 2005(Grand Chamber), Case of Ocalan v. Turkey, Application No. 46221/99. Article 3 of the Universal Declaration of Human Rights refers to the right to life, the right to liberty and right to security of the person.

320 Views of 12 July 1990, Case Willian Eduardo Delgado Páez v. Colombia, doc. Cit., para. 8.3.

321 अनुबन्ध (ICCPR) (धारा ४), मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासचिव (धारा २७), तथा मानव अधिकार सम्बन्धी योपेली महासचिव (धारा १५),

322 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं. २९, संकटकालीन स्थिति, धारा ४ प्यारा ११

323 । ऐ, प्यारा ११ र १३

सम्बन्धित छ, थुनछेक/थुना (detention)को अर्थ पनि कुनै निश्चित समयका लागि कुनै व्यक्तिलाई थुनामा राख्ने सम्बन्धमा कुनै अतिरिक्त प्रश्नसंग जोडिएको हुन्छ। संयुक्त राष्ट्र संघीय मानव अधिकार समितिले के उल्लेख गरेको छ, भने, “पकाऊको लागि, अनुवन्ध को धारा ९ को प्यारा.१ अनुरूप सम्पूर्ण परिस्थितिमा कानून सम्मत मात्र भएर हुदैन, तर्कसंगत तथा आवश्यक पनि हुनु पर्दछ।”³²⁴ यसमा यो पनि उल्लेख छ, “सुनुवाई-पूर्वको थुनछेक एउटा अपवाद हो र सकेसम्म यो छोटो हुनु पर्दछ।”³²⁵

मानव अधिकार समितिले न्यायिक प्रकृतिको अस्थायी व्यवस्था वा सुनुवाई-पूर्वको थुनछेकको सम्बन्धमा यसरी प्रष्ट्याएको छ कि :

“अनुवन्ध ICCPR को धारा ९, प्यारा.१ को मस्यौदा-ईतिहासले यो सुनिश्चित गर्दछ कि ‘स्वेच्छाचारीता’ भनेको कानून विपरित मात्र होइन; यस अन्तर्गत अनुपयुक्तता, अन्याय तथा पूर्वानुमानको अभाव जस्ता तत्वहरु समावेश गरी बृहत अर्थमा व्याख्या गरिनु पर्दछ। यसको अर्थ हुन्छ – कानून अनुरूपको पकाऊ गरी हिरासतमा राख्ने कुरा सम्पूर्ण परिस्थितिमा कानुनी–तर यथोचित चाहिँ हुनै पर्दछ। [...] उदाहरणको लागि, सो थुनछेक अन्तर्गत फरारबाट रोक्ने प्रयोजनको लागि वा सप्रमाण हस्तक्षेप, वा अपराधको पुनरावृति भएको हुनु पर्दछ।”³²⁶

स्वेच्छाचारीताको सामान्य आधारका धेरै कुराहरु मानव अधिकार समितिको विधिशास्त्रबाट निःसृत गरिएका छन्, यद्यपि स्वतन्त्रता विमुखिकरणका प्रत्येक कुराको लागि अतिरिक्त वा विशेष आधार(criteria)को आवश्यक पर्दछ। यस अन्तर्गत वैधता, कानुनी औचित्यता, आवश्यकता, समानुपातिकता तथा व्यक्तिको सुरक्षा एवं सोको उपचार सम्बन्धीय अधिकार, अन्य मानव अधिकारको संरक्षण लगायतका कुराहरु पर्दछन्।

324 Views of November 1999, Case *Aage Spakmo v. Norway*, Communication No. 631/1995, para. 6.3, in UN Doc. CCPR/C/67/D/631/1995, 11 November 1999.

325 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं.८, व्यक्तिको स्वतन्त्रता तथा सुरक्षाको अधिकार, धारा ९, प्यारा ३, र यो पनि हेर्न्होस : मानव अधिकार समितिको अन्तिम निष्कर्ष : अर्जेन्टिना, UN Doc. CCPR/C/70/ARG, 3 November 2000, para.10.

326 Views of 23 July 1990, Case *Hugo van Alphen v. The Netherlands*, Communication No. 305/1988, para. 5.8, CCPR/C/39/D/305/1988 of 15 August 1990. See also, Views of 5 November 1999, Case *Aage v. Norway*, Communication No. 631/1995, para. 6.3,(CCPR/C/67/D/631/1995); Views of 21 July 1994, Case *Albert Womah Mukong v. Cameroon*, Communication No. 485/1991, para. 9(8), (CCPR/C/51/D/458/1991); Views of 3 April 1997, Case *A(name deleted) v. Australia*, Communication No. 560/1993, para. 9.3, (CCPR/C/59/D/560/1993).

मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालत,³²⁷ मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी आयोग,³²⁸ मानव तथा जनअधिकार सम्बन्धी अफिकी आयोग,³²⁹ सबैले यो औचित्यपूर्ण विवेकशीलता (rational)को अवलम्बन गरेका छन् : स्वेच्छाचारिताबाट मुक्त गर्ने प्रयोजनको लागि प्रत्येक थुनछेक/थुना कानूनद्वारा तोकिएको र राष्ट्रिय कानून, क्षेत्रीय तथा अन्तराष्ट्रीय कानूनअनुरूप सम्मिलन गरिएको हुनु पर्दछ ।

सन् १९६२ अगाडि, राष्ट्र संघीय समितिले “स्वेच्छाचारी पकाऊ, थुनछेक तथा देश-निकाला गरी मुक्त हुने प्रत्येक व्यक्तिको अधिकार सम्बन्धी अध्ययन”³³⁰ संचालन गर्यो र के निष्कर्षमा पुग्यो भने, “(क) कानूनले तोकेको विधि-प्रक्रियाको आधारमा वा सो अनुरूप भन्दा बाहिर; अथवा (ख) ती कानूनको प्रावधान जस्को उद्देश्य व्यक्तिको स्वतन्त्रता तथा सुरक्षाका अधिकारको प्रश्नसंग नमिल्दो हुन्छ, त्यसरी गरिएका पकाऊ वा थुना स्वेच्छाचारी मानिन्छ ।”³³¹ ती अपराधहरूलाई दृष्टिगत गरी स्वेच्छाचारी थुनछेक सम्बन्धी संयुक्त राष्ट्र संघीय कार्यदलले सो सम्बन्धी अवस्थाहरूको तीन श्रेणीमा विभक्त गरेका छन् :

- स्वतन्त्रता विमुखिकरणको पुष्टि हुने कुनै कानूनी आधार पेश गर्न स्पष्टतः असंभव रहेको अवस्था (श्रेणी – I)
- अभिव्यक्ति स्वतन्त्रता तथा विचारको स्वतन्त्रता जस्ता मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्रका धाराहरूद्वारा प्रत्याभूत गरिएका अधिकार वा स्वतन्त्रताहरु उपभोग गर्दा, स्वतन्त्रता विमुखिकरण भएको अवस्था (श्रेणी – II)

327 मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतले किटान गरेको छ, कि स्वतन्त्रताको विमुखिकरण गर्दा महासन्धिको धारा ५ अनुसार स्वेच्छाचारिताबाट व्यक्तिलाई रक्षा गर्नु पर्दछ । See Judgment of 15 November 1996, Case of *Chahal v. The United Kingdom*, para. 118; Judgment of 12 March 2003, Case of *Öcalan v. Turkey*, para. 86; Judgment of 18 December 1986, Case of *Bozano v. France*, para. 54; and Judgment of 27 September 1990, Case of *Wassink v. the Netherlands*, para. 24. Along the same vein see also the Inter-American Commission on Human Rights Report on Terrorism and Human Rights, op. cit., para. 121.

328 मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी आयोगले बताएको छ, कि, यद्यपि पकाऊ विधि-प्रक्रिया पुऱ्याएरै गर्नु पर्दछ – यदि त्यो यथोचित उद्देश्य अनुसार भएन भने त्यो स्वेच्छाचारी हुन्छ । See Report No. 43/96, Case 11.430, *General José Francisco Gallardo Rodríguez (Mexico)*, paras. 65-70 यसमा यो पनि उल्लेख छ कि राष्ट्रिय कानून धारा XXV को अन्तर्निहित मौलिक उद्देश्य अनुरूप मिल्नु पर्दछ – ताकि त्यसबाट स्वतन्त्रताको स्वेच्छाचारी विमुखिकरणबाट व्यक्तिलाई सुरक्षा गर्न सकियोस् । See Report No. 51/01, Case 9903, *Rafael Ferrel-Mazorra et al (United States)*, para. 211.

329 अफिकी आयोगले बताएको छ, कि, “त्यसकारण कुनै राष्ट्रिय कानून जसले यो अधिकारको तार्त्यरसग मेल खाइन, त्यसले अन्तराष्ट्रीय रूपमा उल्लेखित मान्यता तथा मापदण्डसंग मेल खाएको हुनु पर्दछ । [...] अफिकी बडापत्र को धारा ६ ले थप भनेको छ कि कसैलाई पनि स्वेच्छाचारी ढङ्गले पकाऊ वा थुनछेक गरिने छैन । स्वेच्छाचारिताको निषेधका लागि अन्य कुरा लगायत स्वतन्त्रताको विमुखिकरण कानून सम्मत हुनु पर्ने छ र व्यक्तिको सुपरिवेक्षण कार्यविधिक एवं सारबत रूपमा प्रमाणित हुन सक्नु पर्दछ ।” Communication No. 241/2001, Case of *Purohit and Moore / The Gambia*, paras. 64-65.

330 उक्त समिति सन् १९५५ मा धेरै अध्ययनहरु बायाँन्यन गर्ने उद्देश्यबाट मानव अधिकार सम्बन्धी पूर्व राष्ट्र संघीय आयोगद्वारा गठन गरिएको थियो । यसलाई प्रत्येक व्यक्ति स्वेच्छाचारी धरपकड, थुनछेक तथा देश-निष्काशनबाट मुक्त हुने अधिकार सम्बन्धी अध्ययन कार्यान्वयन गर्ने आदेश थियो, जसलाई अर्थक तथा सामाजिक परिषदको प्रस्ताव ६२४ ख (XXII) द्वारा अनुमोदन गरियो ।

331 प्रत्येक व्यक्तिले स्वेच्छाचारी धरपकड, थुना तथा देश निकाला विरुद्ध मुक्त हुन पाउने अधिकार वारेको अध्ययन, UN Doc. E/CN.4/826/Rev.1, p. 7, para. 27 1964)

- मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्रद्वारा स्थापित तथा सम्बन्धित पक्ष – राष्ट्रहरुद्वारा स्वीकृत अन्तर्राष्ट्रिय दस्तावेजहरुले स्वच्छ, सुनुवाईको अधिकार सम्बन्धमा अन्तर्राष्ट्रिय मान्यताहरुको पूर्ण वा आंशिक परिपालना नगरिएको अवस्था (श्रेणी – III)³³²

३. स्वतन्त्रताको कानूनी विमुखिकरणका मुख्य आधारहरु

स्वतन्त्रता विमुखिकरण स्वेच्छाचारी नहुनको लागि निम्न आधारहरु अन्तर्निहित हुनु पर्दछ : कार्यविधिक तथा सारवान वैधता, कानूनी उद्देश्यको औचित्यता, आवश्यकता, समानुपातिकता तथा मानव अधिकारको प्रत्याभूति ।³³³

मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतले के स्पष्ट पारेको छ भने, “मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासंघिको धारा ५ द्वारा प्रदत्त व्यक्तिको स्वतन्त्रता सम्बन्धी अधिकार माथि कार्यकारिणीबाट गरिने हस्तक्षेपको न्यायिक नियन्त्रण – लोकतान्त्रिक समाजका मौलिक सिद्धान्तहरु मध्ये एक – जसलाई नामले भन्नु पदा कानूनको शासन भनिन्छ, सो अन्तर्गत निहित हुनु पर्दछ।”³³⁴ तिनीहरुले पुनः घोषणा गरेका छन् कि, “यूरोपेली महासंघिको धारा ५.१ द्वारा संरक्षित स्वतन्त्रताको अधिकार सम्बन्धी अपवादको लागि एउटा पूर्ण सूची नै छ – यहाँ उल्लेख गर्नु पर्दा, कसैलाई पनि उसको वा तिनको स्वतन्त्रता स्वेच्छाचारीढङ्गे विमुखिकरण गरिने छैन भन्ने सुनिश्चित गर्न ती अपवादहरुको संकीर्ण व्याख्या गरियो भने मात्रै त्यो प्रावधानको उद्देश्यसंग मेल खान जान्छ।”³³⁵

मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासंघिको बमोजिम धारा ५.१ को सिलसिलामा पकाऊ यथोचित तथा औचित्यपूर्ण हुनु आवश्यक छ – यसका अतिरिक्त, त्यस्को उपचार गर्न सकिने परिस्थितिसंग समानुपातिक हुनु पर्दछ। यूरोपेली अदालतले के ठहर गाच्यो भने, यद्यपि महासंघिको धारा ५.१ ले संकामक रोग फैलाउने भएमा कुनै व्यक्तिको थुनछेक गर्ने अनुमति दिन सक्दछ, तर त्यस अन्तर्गत एचआईभी/पोजिटिभ भएका मान्देको मात्रै पकाऊ तथा थुनछेक गर्नु स्वेच्छाचारी हो

332 See *Fact Sheet No. 26: The Working Group on Arbitrary Detention*, Annex IV "Revised Methods of Work", para. 8, (<http://www2.ohchr.org/english/about/publications/docs/fs26.htm>).

333 See, among others, the Inter-American Court of Human Rights (Judgment of 21 January 1994, *Gangaram Panday*, paras. 46-47; Judgment of 8 July 2004, *Gómez Paquiyauri v. Peru*, para. 83; Judgment of 23 November 2003, *Maritza Urrutia v. Guatemala*, para. 65; Judgment of 18 September 2003, *Bulacio v. Argentina*, para. 125. and Judgment of 7 June 2003, *Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, para. 78) and the European Court of Human Rights(Judgment of 26 May 1993, *Brannigan and McBride v. The United Kingdom*, para. 48; Judgment of 29 November 1988, *Brogan and others v. The United Kingdom*, para. 32; Judgment of 27 September 2001, *Günay and others v. Turkey*, para. 22; Judgment of 26 November 1997, *Murat Sakik and others v. Turkey*, para. 44; and Judgment of 15 November 1996, *Chahal v. The United Kingdom*, para. 118)

334 Judgment of 26 May 1993, Case of *Brannigan McBride v. The United Kingdom*, para. 48. See also Judgment of 29 November 1988, *Brogan and others v. United Kingdom*, para. 32; Judgment of 27 September 2001, *Günay and others v. Turkey*, para. 22; and Judgment of 26 November 1997, *Murat Sakik and others v. Turkey*, para. 44.

335 Judgment of 6 April 2000, Case of *Labita v. Italy*, para. 170. In the same line, see Judgment of 22 March 1995, Case of *Quinn v. France*, para. 42; and Judgment of 25 May 1998, Case *Kurt v. Turkey*, para. 122.

किनकि (त्यसको सद्वामा) “कम कडा उपायहरु माथि विचार पुऱ्याउन सकिन्थ्यो वा त्यसबाट मात्रै सावर्जनिक हितको सम्बन्धन गर्न अपर्याप्त हुन जान्थ्यो।”³³⁶ अदालत के निष्कर्षमा पुरयो भने त्यो विषय किशोरहरुको लैंगिक प्राथमिकतासंग सम्बन्धित थियो; यद्यपि पकाऊको आदेशको विषय अस्पताल स्टाफसंग सम्पर्क नगरी गरिएकाले निरन्तर असहयोग भईरह्यो। यहाँनेर, अदालतले समानुपातिकताको परिक्षण गर्यो : परिस्थितिको कठोरता विरुद्ध एचआईभिको फैलावटको जोखिम् मापन गर्दै पकाऊ वा थुनछेक उपचारीय हुन गयो।³³⁷

मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी अदालतले – कानूनद्वारा तोकिएका कार्यविधिहरु प्रति कटिवद्ध हुदै तथा महासम्बिले स्थापित गरेका सिद्धान्त अनुरूप ती नियमहरु अनुसार, थुनछेक स्वेच्छाचारी हुनु नहुने सुनिश्चित गर्दै– यो कारणरहित वा अनुमाने गर्न नसकिने वा समानुपातिकताको अभाव रहेको हुनु नहुने भनी स्पष्ट पारेको छ।³³⁸

३.१ वैधता

मानव अधिकारसंग सम्बन्धित सम्पूर्ण मुख्य दस्तावेजहरु बमोजिम पकाऊ वा थुनछेक कानूनको रित पुऱ्याई गरिनु पर्दछ भन्ने छ। अनुबन्ध (ICCPR) मा उल्लेख गरिएकोछ, “कसैलाई पनि कानूनले स्थापित गरेका विधि/प्रक्रिया बमोजिम [...] वाहेक उसको स्वतन्त्रताको विमुखिकरण गरिने छैन।”³³⁹ मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासम्बिले “राज्य पक्षको सविधानले अग्रिम रूपमा स्थापित गरेका शर्तहरुको अधिनमा रही वा कानूनमा व्यवस्था भए बमोजिम वाहेक” गरिने पकाऊको निषेध गरेको छ;³⁴⁰ त्यस्तै, मानव तथा जनअधिकार सम्बन्धी अफ्रीकी बडापत्र अन्तर्गत पनि “अग्रिम रूपमा कानूनमा उल्लेखित शर्तहरुका अधिनमा”³⁴¹ मात्र पकाऊ गर्न सकिन्छ। (त्यस्तै), मानव अधिकार सम्बन्धी युरोपेली महासम्बिले “कानूनमा तोकिए बमोजिमका विधि अनुसार”³⁴² मात्रै पकाऊ गर्न सकिन्छ; र मानव अधिकार सम्बन्धी अरब बडापत्र मा उल्लेख छ, “विना कानूनी पकाऊ पूर्जी तथा तत्परतापूर्वक न्यायाधीश समक्ष नउभ्याईकन कसैलाई पनि पकाऊ, हिरासतमा लिने वा थुनछेक गरिने छैन।”³⁴³ उपरोक्त बमोजिम यी कानूनी कार्यविधि नपुऱ्याई गरिएको स्वतन्त्रताको विमुखिकरण स्वेच्छाचारी मानिन्छ।

कार्यविधिक स्वेच्छाचारी थुनछेकलाई दुई श्रेणीमा राख्न सकिन्छ : त्यस्तो जहाँ कुनै विधि/प्रक्रिया नै पुऱ्याएको हुदैन, र त्यस्तो जहाँ विधि/प्रक्रिया वेठीक ढङ्गले प्रयोग हुन्छ। पहिलो रूपमा “जहाँ स्वतन्त्रता विमुखिकरणको औचित्य प्रमाणित हुने कुनै कानूनी आधार उल्लेख गर्न स्पष्टतः असम्भव

336 Judgment of 25 January 2005, Case of *Enhorn v. Sweden*, Application No. 56529/00, para. 55.

337 *Ibid.*, para. 48.

338 Judgment of 21 January 1994, Case of *Gangaram Panday*, paras. 46-47. See Also: Judgment of 8 July 2004, Case of *Gómez Paquiyauri v. Peru*, para. 83; Judgment of 23 November 2003, Case of *Maritza Urrutia v. Guatemala*, para. 65; Judgment of 18 September 2003, *Bulacio v. Argentina*, para. 125. and Judgment of 7 June 2003, Case of *Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, para. 78.

339 अनुबन्ध (ICCPR) को, धारा ९.१

340 मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासम्बिले, धारा ७.२

341 मानव तथा जनअधिकार सम्बन्धी अफ्रीकी बडापत्र, धारा ६

342 मानव अधिकार सम्बन्धी युरोपीय महासम्बिले को धारा ५.१

343 मानव अधिकार सम्बन्धी अरब बडापत्र को धारा १४

हुन्छ,” र जहाँ कुनै विधि/प्रक्रिया नै प्रयोग गरिएको हुदैन – जस्को परिणामस्वरूप समस्या पहिचान गर्न सबैभन्दा सजिलो हुन्छ। उदाहरणको लागि, डेनिज्जी तथा अन्यहरु वि. साइप्रसको मुद्दामा मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतले के ठहच्यायो भने, “प्रहरीले पक्राऊ नै जना मानिसहरुलाई देश निकाला गरिएको थियो; निजहरुको पक्राऊ पूर्जीमा कुनै कारण उल्लेख गरिएको थिएन। ती पक्राऊ पूर्जीमा कुनै न्यायिक समाव्हान पनि थिएन, र निजहरु उपर अदालतको कुनै आदेश वा फैसला पनि थिएन।” यस्तोमा त्यो पक्राऊ पूर्जी स्वेच्छाचारी थियो भनेर तुरुन्तै निष्कर्षमा पुरन सजिलो भयो।³⁴⁴

यसवाहेक, अन्य प्रकारका कार्यविधिक स्वेच्छाचारी थुनछेक तब हुन्छ, जब पक्राऊ गर्ने अधिकारीहरुले आफ्नो राष्ट्रिय कानून अन्तर्गत पक्राऊको निम्नि स्थापित कानूनी विधि/प्रक्रियाको अवलम्बन गर्न अक्षम हुन्छन्। गुसिन्स्की वि. रसियाको मुद्दामा व्यापारी गुसिन्स्कीलाई जालसाजी (fraud) को अभियोग अन्तर्गत पक्राऊ गरियो र फौजदारी अनुसन्धानको सिलसिलामा केरकार गरियो।³⁴⁵ गुसिन्स्की राज्य विभुषण पाएका प्रतिष्ठित व्यक्ति मध्ये एक थियो : गुसिन्स्की पक्राऊ पर्नु केही हप्ता अगाडि मात्रै, रसियाली संसदले यस्तो एउटा कानून पारित गरेको थियो, जस् अन्तर्गत यस्ता विभुषण पाएका सबै व्यक्तिहरुलाई जतिसुकै अवधिको कैद-सजाय भएतापनि अपराधिक अनुसन्धानको दायराबाट उन्मुक्ति दिई आम-क्षमादान प्रदान गरिएको थियो। मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतले प्रश्न उठायो – “किनकि, राष्ट्रिय कानूनमा सम्मिलन नगरिएकाले यूरोपेली महासचिको अपहेलना हुन गयो,” जस्मा क्षमादान कानूनको अवलम्बन गर्नु पर्ने प्रहरीको असफलताले गुसिन्स्कीको पक्राऊ स्पेच्छाचारी ठहरिन गयो। अर्को प्रकारको कार्यविधिक कमजोरी त्यतिवेला हुन्छ, जब स्वतन्त्रता विमुखिकरणको आदेश दिने अधिकारी त्यस्तो आदेश गर्न सक्षम हो वा होइनमा निर्भर रहने गर्दछ।³⁴⁶ मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी अदालतले एउटा इक्वीडरियाको नागरिकलाई राष्ट्रिय प्रहरीको आदेशले पक्राऊ परेको मुद्दा उपर विचार गर्यो।³⁴⁷ इक्वीडरियाको कानून अनुसार, अदालतले मात्रै वैध पक्राऊ-पूर्जी जारी गर्न सक्दछ। प्रहरीलाई यस्तो आदेश जारी गर्ने कानूनी अधिकार दिएको थिएन। परिणामस्वरूप, अदालतले उक्त अवैधानिक पक्राऊलाई स्वेच्छाचारी ठहर गरी बदर गरिदियो।³⁴⁸

३.२ वैधानिक उद्देश्य

यदि पक्राऊ ठीक कानूनी प्रक्रिया पुऱ्याएर गरिए तापनि त्यो वैधानिक उद्देश्यको निम्नि गरिएको छैन भने पनि स्वेच्छाचारी मानिन्छ। राष्ट्रिय कानूनसंग सम्मिलन गर्ने वाहेक अदालतले अन्तर्राष्ट्रिय मानव अधिकार कानून, परम्परागत अन्तर्राष्ट्रिय कानून तथा उल्लेखित उद्देश्य अनुरूप, पक्राऊ वैधानिक छ, छैन भनी सुनिश्चित गर्ने अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको सामान्य सिद्धान्तको समेत ख्याल राख्नु पर्दछ।

³⁴⁴ Judgment of 23 May 2001, Case of *Denizci and Others v. Cyprus*, Application No. 25316/94, and 27207/95, paras. 389-393.

³⁴⁵ Judgment of 11 October 2004, Case of *Gusinsky v. Russia*, Application No. 70276/01.

³⁴⁶ See for example, Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 73/00, Case of 11.784, *Marcelino Henriquez et al. (Argentina)*.

³⁴⁷ Judgment of 12 November 1997, Case of *Suárez Rosero* para. 34.

³⁴⁸ *Ibid.*, paras. 44-45.

स्वेच्छाचारी थुनछेक सम्बन्धी संयुक्त राष्ट्र संघीय कार्यदलले मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्रका धाराहरूद्वारा प्रत्याभूत गरिएका अधिकार वा स्वतन्त्रताहरूको उपभोग गर्नमा कुनै विमुखिकरण गरिएमा स्वेच्छाचारी ठहरिन्छ । उदाहरणको निम्ति, कार्यदलले “मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्रका धाराहरु १८, १९, २० र २२ बमोजिम प्रत्याभूत गरिएका विचार तथा अभिव्यक्ति स्वतन्त्रताका अधिकारहरु शान्तिपूर्वक उपभोग गर्दा”³⁴⁹ कुनै व्यक्ति विशेष थुनामा पच्यो भने त्यो स्वेच्छाचारी मानिन्छ । त्यस्तै प्रकारले, मानव अधिकार समितिले के निश्चित गरेको छ भने अनुबन्ध (ICCPR) को धारा १९.३ अनुसार, अष्टो राजनैतिक परिस्थितिमा “राष्ट्रिय सुरक्षा संरक्षण गर्ने तथा सुदृढ गर्ने वैधानिक उद्देश्य प्राप्तिको सन्दर्भमा वहुदलीय लोकतन्त्र, लोकतान्त्रिक मूल्य तथा मानव अधिकारहरूको पक्षपोषण उपर वन्देज भयो भने त्यो प्राप्ति हुन सक्दैन ।”³⁵⁰ मानव तथा जनअधिकार सम्बन्धी अफ्रिकी आयोग तथा मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी आयोगहरूले पनि, जव कानूननै अवैधानिक उद्देश्य प्राप्तिको लागि प्रयोग हुन्छ – जस्तो, राजनैतिक विरोधीहरु माथि अभियोग लगाउने वा मानव अधिकारका अभियन्ताहरूको मुख बन्द गर्ने, वा यस्ता कानून अन्तर्गत स्वतन्त्रताको विमुखिकरण गर्ने कुनै पनि कार्य भए/गरिएमा स्वेच्छाचारी मानिन्छ ।³⁵¹

४. लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानको आधारमा स्वतन्त्रताको विमुखिकरण

निरन्तर रूपले फरक-लैंगिक (LGBT) व्यक्तिहरुको लैंगिक अभिमुखिकरण वा लैंगिक पहिचानको आधारमा स्वतन्त्रता विमुखिकरण भएका धेरै घटनाहरु छन् । यस प्रकारको स्वतन्त्रता विमुखिकरण अन्तर्गत न्यायिक अभियोग तथा सुनुवाई, प्रशासनिक थुनछेक, चिकित्सकीय आधारमा स्वतन्त्रताको विमुखिकरण र शास्ति/हेरानी दिने उद्देश्यले धरपकड ईत्यादि पर्दछन् । यो भन्दा अगाडि नै प्रष्टिएको छ – किनीकि लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचान निजी जीवनको अधिकार तथा अविभेदको अखिण्डत वर्चश्व हो, त्यसैले, लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानको आधारमा गरिने त्यस्तो स्वतन्त्रताको विमुखिकरण स्वेच्छाचारी हुन सक्दछ ।

लैंगिक अभिमुखिकरण वा लैंगिक पहिचानका निश्चित अभिव्यक्तिहरूलाई अपराधिकरण गर्ने कानूनको अस्तित्व रहेसम्म यी कानूनहरूले प्रभावकारी ढङ्गले लाग्नु नभएका परिस्थितिमा समलैंगिक अभिमुखिकरण वा विलोम-लिङ्गी (transgender) पहिचान भएका व्यक्तिहरुको

349 स्वेच्छाचारी थुनछेक संबन्धी कार्यदलको अभिमत, No. 30/2001 (Islamic Republic of Iran), of 4 December 2001, para. 11, in UN Doc. E/CN.4/2003/8/Add.1.

350 Views of 21 July 1994, Case of *Albert Womah Mukong v. Cameroon*, Communication No. 458/1991, para. 9.7, in UN Doc. CCPR/C/51/D/458/1991.

351 See *inter alia*: African Commission on Human and Peoples' Rights Communication No. 140/94, 141/94 and 145/95, Case of *Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation and Media Rights Agenda/Nigeria*; African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication No. 241/2001, Case of *Purohit and Moore/The Gambia*; Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 43/96, Case 11.430, *General José Francisco Gallardo Rodriguez (Mexico)*; Inter-American Commission on Human Rights, Resolution No. 33/82, Case 7824 (Bolivia).

स्वतन्त्रताको क्षेत्र साँधुरो पार्दछन्।³⁵² परिणामस्वरूप, त्यस्ता कानूनहरुको अन्त्य गर्ने दायित्व राज्यहरुको हुन्छ, किनकि त्यसले अनावश्यक रूपले स्वतन्त्रताको स्वेच्छाचारी विमुखिकरण गर्दछ। उदाहरणको निम्नि, पुरुषमेह सम्बन्धी कानून (buggery laws) लाई लियौ – प्राविधिकरूपले हेर्दा, गुंद्रारमा मैथुन गर्ने सम्पूर्ण सहमतीय वयस्कहरु प्रथमतः पुरुष समलैंगिकतासंग जोडिएका हुन्छन्। त्यसकारण, तिनीहरुको त्यस्तो अभ्यासले समलैंगी पुरुषलाई असमानुपातिक रूपले प्रभाव पार्दछ। यी कानूनहरुको लक्ष्य समलैंगिक अभिमुखिकरण भएका मानिसहरु प्रति हो – चाहे तिनीहरुले पुरुषमेहको शारीरिक कार्य स्वयम् गरेका हुन् वा नहोऊन्। यी कानूनहरुको माध्यमबाट समलैंगिक पुरुषहरुको अपराधिताको स्थितिमा राज्य-प्रायोजित बन्देजले सम्पूर्ण समुदाय उपर नै ‘लैंगिक विकृति भएको’ भन्ने आरोप लागेको देखिन्छ।³⁵³ यस परिपेक्ष्यमा दक्षिण अफ्रिकाका संवैधानिक अदालतका न्यायमूर्ति साचेस ले समलैंगी महिला तथा पुरुषहरुको राष्ट्रिय महासंघ वि. न्यायमंत्री को मुदामा निम्न गम्भीर राय प्रकट गर्नु भएको छ :

“वास्तवमा पुरुषमेह विरोधी कानून (*anti-sodomy laws*) मा के गरे वापत सजाय तोकिएको हुन्छ भन्ने प्रश्नबाट यो विश्लेषणको थाली गर्नु सान्दर्भिक हुनेछ। व्यक्ति स्वयम् हो वा उसले गरेको कार्य हो ? सामान्य नियन्त्रण भन्दा वाहिर – त्यस्तो केही व्यवहारहरु जुन् सार्वजनिक रूपमा स्थापित केही मान्यताबाट पर, विकृतरूपमा अभिव्यक्त हुने गर्दछन्, र त्यस्ता कार्यहरु जुन् हिंसात्मक, वेइमानी वा धोकाघडीपूर्ण हुन्छन्, अथवा कुनै न कुनै तवरबाट अमनचैन प्रति आँच पुऱ्याउने वा हानी-नोक्सानीका निम्नि भद्रकाउने गर्दछन् – वास्तवमा त्यस्ता कार्यलाई मात्र सामान्यतः दण्डनीय मानिएका छन्। तथापि, पुरुष समलैंगिकताको हकमा, अनुभूत विकृति (*perceived deviation*) मात्रै दण्डित हुन्छ किनकि त्यो विकृति नै हो। प्रमाणित हानी-नोक्सानी भन्दा अनुभूत संकेत (*symbolism*) निम्नि दमन गर्ने गरिएको छ। यदि कुनै प्रमाणको जरूरी भए – यो तथ्य हो कि सहमतीय लैंगिक कार्य गर्दा महिलाको गुंद्रार छेडियो भने दण्डित हुन् पर्दैन। त्यसकारण, कानूनले भर्तसना गरेको कुरा पुरुषमेह होइन, बरु त्यो तथाकथित पुरुषमेही व्यक्तिहरु (*sodomites*) हुन् जस्तै यस्ता कार्य गर्ने गर्दछन् – कुनै प्रमाणित सामाजिक क्षति-च्यूति (*social damage*) केही होइन, अपितु यो चुनौति महशुस् हुन सक्दछ कि कतै यसले विषम-लिंगीहरु (*heterosexuals*) को स्थापित साम्राज्य विस्थापित गर्ने त होइन भन्ने शङ्गा पो उच्चिएको छ।”³⁵⁴

लैंगिक अभिमुखिकरण वा लैंगिक पहिचानको कारण स्वतन्त्रताको विमुखिकरण हुने कानूनी प्राविधानले प्रत्यक्ष भन्दा पनि अप्रत्यक्ष प्रभाव पार्ने गरेको छ। कसैको लैंगिक पहिचान वा हैसियतको कारणबाट सोझै करणीको अभियोग लाग्ने होइन – बरु यी कारणहरु कसैको लैंगिक अभिव्यक्ति वा लैंगिक पहिचान विरुद्ध गरिने कारबाहीको केवल निहुँ मात्र हुन सक्दछ। त्यस्ता

352 Ryan Goodman, "Beyond the Enforcement Principle: Sodomy Laws, Social Norms and Panoptics", in *California Law Review*, No. 89, 2001, p. 643.

353 See K Thomas "Beyond the Privacy Principle" in *After Identity*; editors, D Danielson and Engle, Routledge, New York, 1995.

354 Judgment of 9 October 1998, *National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and others*, Case CCT11/98, para. 108.

कानूनहरु जस्ते सहमतीय समलैंगिक करणी वा लैंगिक पहिचानको अभिव्यक्तिलाई मानसिक रोग ठारी अनिवार्य अस्पताल जानु पर्ने वेरामी ठान्दछ, त्यस आधारमा गरिने थुनछेक स्वेच्छाचारी मानिन्छ।³⁵⁵ सार्वजनिक स्वास्थ, नैतिकता तथा सदाचार जस्ता कुराले पनि लैंगिक अभिमुखिकरण वा लैंगिक पहिचान वा अभिव्यक्तिको आधारमा गरिने स्वेच्छाचारी थुनालाई प्रभावित पार्ने गरेको देखिएको छ।

लैंगिक अभिमुखिकरणको आधारमा, स्वेच्छाचारी स्वतन्त्रता विमुखिकरण गरिएको प्रश्न सर्वप्रथम् स्वेच्छाचारी थुनछेक सम्बन्धी संयुक्त राष्ट्र संघीय कार्यदल (WSAD) समक्ष सन् २००० मा ल्याइयो, जस्ता कायरो (मिस)मा प्रहरीद्वारा एउटा डिस्कोमा छापा मार्दा एकैचोटि ५५ जना व्यक्तिको पकाऊ परेको सम्बन्धमा अभिमत दिनु पर्ने भयो³⁵⁶ उक्त कार्यदलले सूचना पायो र प्रहरीलाई तिनीहरुसंग कोही महिला नभएकोले ती मानिसहरु समलैंगिक भएकाले लक्षित गरिएको हो कि भन्ने आशंका गरियो। यसको सफाइमा मिस (Egypt) को सरकारको तर्क थियो कि मिसको कानूनले लैंगिक अभिमुखिकरणको कारणले कसैलाई पनि पूर्पक्षको निम्नि थुनामा नराखेको स्पष्टिकरण दियो। बरु, “धर्मको अपहेलना” गरेको र “लोग्ने मान्छे वीचमा अनैतिक सम्बन्ध गर्ने बानी परेको” भन्ने लगायतका अप्रत्यक्ष फौजदारी अभियोग लगाइयो। सरकारको जिकिर थियो कि प्रत्येक थुनुवाको फौजदारी अपराध अन्तर्गत निजहरु वीचमा नै अनैतिक कार्य गरेको र ‘सार्वजनिक सदाचार’ विरुद्ध अपराध गरेको भन्ने अभियोग थियो – लिङ्ग वा लैंगिक पहिचान अपराधका तत्वहरु भनेर स्पष्ट उल्लेख गरिएको भन्ने थिएन।

माधिको सूचनाको आधारमा उक्त कार्यदलले यस मुद्दालाई दुई चरणमा हेच्यो। सर्वप्रथम् अभियोग लैंगिक अभिमुखिकरणको आधारमा लगाइएको हो कि होइन? यदि हो भने, ती आधारहरु मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्र तथा अनुवन्ध (ICCP) दुवैको धारा २ प्यारा.१ बमोजिम उक्त थुनछेकमा स्वेच्छाचारी तत्व छ, छैन?, वा स्वतन्त्रता विमुखिकरण सम्बन्धी श्रेणी (category) II विद्यमान छ, कि छैन? – सो कुराको सुनिश्चित गर्न अनुसन्धान गरियो।

कार्यदलले के पत्ता लगायो भने ती मानिसहरु वास्तवमा समलैंगिकताको अभियोग अन्तर्गत पूर्पक्षको लागि पक्रिएको रहेछ। कार्यदलले अभियोजनकर्ताको कार्यालयले आदेश गरे बमोजिम कानूनी परिक्षण समेत गरिएको पाइयो – त्यस मध्येमा एउटा “गुंदार परिक्षण” पनि थियो, जस्तै अन्तर्गत यो सुनिश्चित गर्नु थियो कि पकाऊ परेका ती व्यक्तिहरु समलैंगिक थिए-थिएन, र त्यसकारण, निजहरुलाई (मिसको कानून) अपराध सहिता को धारा ९८, प्यारा.१ अनुसार “सामाजिक विश्रुङ्खलता” (social dissension) को अपराध गरे वापत दण्डनीय मानियो।³⁵⁷

355 आफ्नो सामान्य टिप्पणी नं. ८, व्यक्तिको स्वतन्त्रता तथा सुरक्षा (धारा ९) मानव अधिकार समितिले उल्लेख गरेकोछ, “स्वतन्त्रताको विमुखिकरण प्यारा.१ अनुसार फौजदारी मुद्दा वा अन्य मुद्दाहरु जस्तै उदाहरणको लागि, मानसिक रोग, गुण्डागर्दी, लागु-आषध, शैक्षिक उद्देश्यहरु, आप्रवासी नियन्त्रण, दृत्यादि”मा लागु हुन्छ। (प्यारा. १)

356 Opinion No. 7/2002 (Egypt), of 21 June 2002, in UN Doc. E/CN.4/2003/8/Add.1.

357 The WGAD refers to the Human Rights Committee (Views of 31 March 1994, Case of *Nicholas Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, para. 8.7-U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992-and Concluding Observations of the Human Rights Committee: Poland, CCPR/C/79/Add.110, para. 23); the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 14 (2000), para. 18; and the Committee on the Elimination of Discrimination against Women (Concluding observations on Kyrgyzstan (A/5438), para. 127 and 128).

कार्यदल (WSAD) ले के विचार गयो भने, के लैंगिक अभिमुखिकरणको आधारमा अन्तर्राष्ट्रीय कानून अन्तर्गत निषेध गरिएको विभेद अनुवन्ध अन्तर्गत पर्दछ – जुन अनुवन्ध को मिस स्वयम् एउटा पक्ष-राज्य हो ? विशेषतः कार्यदलले विचार गयो : अनुवन्ध अन्तर्गतको “लिङ्ग” भन्ने शब्दले “लैंगिक अभिमुखिकरण वा सोको सम्बद्धता” लाई सामेत गरिएको छ ? यदि यसो हो भने, मिस्रको अपराध सहिता अन्तर्गत राखिएका राष्ट्रिय कानूनको प्रावधान धारा ९८ को प्यारा. १ को आदेशका आधारमा गरिएका प्रत्यर्थीहरुको थुना स्वेच्छाचारी ठर्हछ – जुन मानव अधिकारको घोषणापत्रको धारा २ को प्यारा. १ र अनुवन्ध को धारा २ को प्यारा. १ तथा २६ बमोजिम अन्तर्राष्ट्रीय मापदण्ड अनुसार नभएको प्रष्टै देखिन्छ । कार्यदलले के निरुपण गयो भने संयुक्त राष्ट्र संघीय मानव अधिकार सन्धि-निकायहरुद्वारा³⁵⁸ अबलम्बन गरेका दृष्टिकोण र संयुक्त राष्ट्र संघीय शरणार्थी सम्बन्धी उच्च आयुक्तको कार्यालयले यस सम्बन्धमा प्रस्तुत गरेका तर्क सकारात्मक देखियो । कार्यदलले “सामाजिक विश्रृद्धिखलता”को अभियोग अन्तर्गत पूर्पक्ष खेपिरहेका वा थुनामा रहेका ती व्यक्तिहरुको स्वतन्त्रताको विमुखिकरण स्वेच्छाचारी ठहर्यायो । यो अभियोग प्रमाणित हुन सकेन र थुना लैंगिक आधारमा भएको ठहरियो, जुन मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्रको धारा २ को प्यारा. १ र अनुवन्धको धारा २ को प्यारा. १ तथा २६ बमोजिमका प्रावधानसंग बाझिएको देखियो ।³⁵⁹

क्योमोरन संलग्न भएको त्यस्तै एउटा पछिल्लो मुद्रामा³⁶⁰ मिस्रको मुद्रामा दिएको साविक अभिमतको नजिर लागु गरियो । एउटा उल्लेख फरक के थियो भने कार्यदलले प्रयोग गरेका स्वेच्छाचारी थुन्छेक सम्बन्धी श्रेणी II को परिपेक्ष्यमा अनुवन्ध (ICCPR) को धारा १७ अन्तर्गत गोपनीयताको अधिकार प्रयोग गरियो । यद्यपि, कार्यदलले अनुवन्ध को धारा २६ अन्तर्गतका विभेदलाई आधार माने तापनि श्रेणी II को दायरा बढाइ गोपनीयताको अधिकार समावेश गरेको उल्लेख्य देखिन्छ । क्यामरुनको मुद्रामा समलैंगिहरुको वैठक स्थल भनेर जानिने एउटा होटल-वारमा ११ जना मानिसहरुको धरपकड भयो । ज-जस्ले समलैंगि हरुसंग लैंगिक सम्बन्ध राखे तिनीहरुलाई अपराध सहिताको धारा ३४७ (Bis) को उल्हङ्गन गरेको अभियोग लगाइयो, जस्तै अन्तर्गत जरिवाना सहित ६ महिना देखि ५ वर्षसम्म कैद सजाय तोकिएको थियो ।

कार्यदलले वयस्कहरु वीच हुने सहमतीय निजी समलैंगिक सम्बन्धहरुलाई अपराधिकरण गर्ने कानूनको अस्तित्व कायम राखी अनुवन्ध ले स्थापित गरेका निजी जीवन तथा अविभेदको

358 शरणार्थी सम्बन्धी राष्ट्र संघीय उच्च आयुक्तको कार्यालयले “कसैको लैंगिक अभिमुखिकरणको कारणबाट भएका उत्पीडन वारे” यस प्रकार उल्लेख गरेको छ: “कैनून समाजमा जहाँ समलैंगिकता गैह्न-कानूनी हुन्छ, त्यहाँ समलैंगिक आचरणका लागि कठोरतम फौजदारी दण्ड-सजाय तोकिनाले उत्पीडन हुने गर्दछ, जस्तो कि केही समाजहरुमा महिलाहरुलाई वुर्का लगाउन अस्वीकार गर्दा पीडा हुने गर्दछ । जहाँ समलैंगिक अभ्यासहरु अपराधिकरण गरिएका हुदैनन, त्यहाँ पनि एउटा उत्पीडित दावेदारले वटो मुश्किलले वैच दावी पेश गर्न सक्छ जहाँ राज्यले उसको वा तिनको विरुद्ध भएका विभेदकारी अभ्यासहरु वा हानी-नोक्सानी उपर ढाक्छेप गर्दछ, वा सहिष्णु बन्दछ, वा जहाँ यस्ता हानी-नोक्सानी विरुद्ध उत्पीडित दावेदारको प्रभावकारी संरक्षण गर्न राज्य अक्षम हुन्छ ।” (अन्तर्राष्ट्रीय संरक्षण सम्बन्धी निर्देशिका : १९५१ को महासंघिको धारा १ क (२) को सन्दर्भमा भएका लैंगिक उत्पीडन र शरणार्थीको स्थिति सम्बन्धी १९६७ को आलेख HCR/GIP/02/01, पारा. १७, मई ७, २००२)

359 Opinion No. 7/2002, cit., para. 28.

360 Opinion No. 22/2006 (Cameroon), of 31 August 2006, in UN Doc. A/HRC/4/40/Add.1.

अधिकारको संरक्षण गर्नु पर्ने व्यक्तिहरु विरुद्ध दण्ड-सजाय समेत तोकिएकोमा आपत्ति जनायो । कार्यदलले, परिणामस्वरूप, क्यामरुनको अपराध संहिता अनुबन्ध को धाराहरु १७ र २६ संग बाहिएको ठहन्यायो । कार्यदलको ठहर थियो कि यस मुद्दामा प्रयोग भएको स्वतन्त्रता विमुखिकरण स्वेच्छाचारी थियो ।³⁶¹

मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासंघिको धारा ५ अन्तर्गत “अस्वस्थ दिमाग” (unsound mind) भएकालाई कानून बमोजिम थुनछेक गर्न सकिन्छ । समलिङ्गी पुरुष तथा महिलाहरुलाई तिनीहरुको लैंगिक पहिचान फेर्ने अभिप्रायले ऐतिहासिक रूपले “चिकित्सकीय” उपचार गरिन्थ्यो – जस्तै अन्तर्गत विजुलीको भड्का लगाउने, “वैराग्य पद्धति” (aversion therapy) अपनाउने वा मनोचिकित्सकीय औषधि (psychotropic drugs) खाउने जस्ता अन्य तरिकाहरु थिए ।³⁶² समलैंगिक तथा विलोम लैंगिक पहिचान भएका (transgender) व्यक्तिहरुलाई मानसिक स्वास्थको लागि औचित्यपूर्ण ठहन्याई मानसिक रोगीको रूपमा गरिएका त्यस्ता व्यवहारले स्वतन्त्रता विमुखिकरण सम्बन्धी निरन्तर गम्भीर प्रश्न उठाएको पाइयो ।

मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतले स्थापित विधिशास्त्र बमोजिम, कुनै पनि व्यक्तिलाई “अस्वस्थ दिमाग” मान्न र उसको स्वतन्त्रता अपहरण गर्ने प्रयोजनको निम्न न्यूनतम तीन सर्तहरु पुरेको हुनु पर्ने उल्लेख गरेकोछ :

“सर्वप्रथम, ऊ विश्वस्तरुपबाट “अस्वस्थ दिमाग ” भएको देखिनु पर्छ ; द्वितीयत : मानसिक अस्वस्थाताको हह अनिवार्य बन्दी बनाउनु पर्ने देखिनु पर्ने, तृतीयत : निरन्तर बन्दीको म्याद यस्तो अस्वस्था रहेको अवधिसम्म मात्र मानिनु पर्दछ ।”³⁶³

स्वतन्त्रता अपहरणको वास्तविक आधार कसैको लैंगिक अभिमुखिकरण वा लैंगिक पहिचान नै हो भन्ने कुराको अनुसन्धान गर्ने सन्दर्भमा ऊ साच्चै “अस्वस्थ दिमाग” भएको व्यक्ति हो कि होइन? भनेर गरिने अनुसन्धान सप्रमाणिक हुनु पर्दछ । मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतले के स्पष्ट गरेको छ भने, “सक्षम राष्ट्रिय अधिकारी समक्ष त्यस प्रकारको प्रकृति भएको व्यक्तिको पहिचानको लागि, एउटा वास्तविक मानसिक रोग विषयक चिकित्सा संवन्धी विशेषज्ञ”³⁶⁴को आवश्यकता पर्दछ । यस्ता प्रश्नहरुको प्रमाण जुटाउने दिशामा चिकित्सकीय ज्ञानमा बढी विश्वास गर्नाले ऐतिहासिक काल-खण्डमा समस्या पनि उब्जेका छन् । तथापि, समलैंगिक अभिमुखिकरण तथा विलोम लैंगिक पहिचान भएका व्यक्तिहरुलाई मानसिक रोगीकोरूपमा व्यवहार गर्ने कुरा समाप्त भएको सन्दर्भलाई भने एउटा अग्रगमन नै मान्नु पर्ने देखिन्छ ।

361 Ibid., para. 22.

362 Amnesty International, *Breaking the Silence: Human Rights Violations based on Sexual Orientation*, London, 1995; See generally, Goodman, Ryan, "The Incorporation of International Human Rights Standards into Sexual Orientation asylum claims: cases of involuntary "medical" intervention", in *Yale Law Journal*, vol. 105, 1995.

363 Judgment of 5 October 2000, Case of *Varbanov v. Bulgaria*, Application No. 31365/96, para. 45.

364 Judgment of 24 October 1979, Case of *Winterwerp v. the Netherlands*, Application No. 6301/73, para. 39.

कार्यदलले अपाङ्गता भएका व्यक्ति, लागु-औषधका दुर्ब्यसनी र स्वास्थको कारण थुना(कैद)मा राखिएका एचआईभि पीडिट जस्ता जोखिमयुक्त व्यक्तिहरुको अवस्था प्रति पनि गहिरो चासो व्यक्त गच्छो ।³⁶⁵ यसले के सिफारिश गच्छो भने, “स्वास्थको कारण स्वतन्त्रता विमुखिकरणमा परेका व्यक्तिहरुको सम्बन्धमा कार्यदलले यस्ता कदमहरुबाट प्रभावित भएका सम्पूर्ण व्यक्तिहरुको हकमा पनि तिनीहरुको थुना(कैद) प्रति चुनौति दिई न्यायिक उपचार अवलम्बन गर्नु पर्दछ ।³⁶⁶ यस्तो व्यवस्था लैङ्गिक अभिमुखिकरण, लैङ्गिक पहिचान वा ती सबै व्यक्तिहरुलाई उपलब्ध हुन्छ – यद्यपि औपचारिक अभियोग “स्वास्थ” वा “मानसिक अस्वस्थता” भनी लगाइएको हुन्छ । कार्यदलले यस्तो प्रकारको परिस्थिति वारे सोचेको छैन – तर, के भनेको छ ।³⁶⁷ भने प्रत्येक परिस्थितिमा “भावानात्मक रूपमा” मात्र होइन, “प्रत्येक मुद्दा-मुद्दाको वस्तुपरक आधारमा” निरुपण गर्नु वान्धनीय हुन्छ । यस्मा यस निर्देश अन्तर्गत वैयक्तिक सम्पर्क गरेर मात्रै निरुपण गरिनु पर्दछ भन्ने कुरा उल्लेख गरिएको छ :

“मनोचिकित्सकीय थुनाको निर्णय रोगी राखिएको संस्थाको विज्ञको विचार वा सेवारत मनोचिकित्सको रिपोर्ट एवं सिफारिश आए पछि स्वतः हटाउनु पर्दछ । वास्तविक रूपमा भन्ने हो भने निकै कठीन प्रक्रिया भएर गुज्रनु पर्दछ – जहाँ रोगी वा उसको कानूनी प्रतिनिधिलाई चिकित्सकको रिपोर्ट माथि चुनौति दिने मौका प्रदान गरिनु पर्दछ ; र मनोचिकित्सकीय थुना न त कसैको अभियक्तिको स्वतन्त्रताप्रति आँच पुऱ्याउन, वा न त सजाय दिन, रोक्न, वा न त उसको राजनैतिक विचारधारात्मक वा धार्मिक विचार, आस्था वा गतिविधिहरुको कारण अपमान गर्न तै प्रयोग गर्ने गरिन्छ ।”³⁶⁸

यी महत्वपूर्ण निर्देशनहरुले मानसिक स्वास्थको आधारमा गरिने थुना सम्बन्धी सार्वजनिक नीति-तत्वहरु वारे उजागार गरेका छन्, र संगसंगै त्यसरी थुनामा परेकाहरुलाई कुनै पनि प्रकारको विभेद हुनबाट संरक्षण गर्नेतर्फ पनि उत्तिकै सजग गराएका छन् ।

वयस्क समलैङ्गिक अभ्यासको अपराधिकरण गर्ने कानूनहरुले स्वतन्त्रता विमुखिकरणको परिस्थिति सृजना गरेको पाइएको छ – त्यसकारण यो पनि तर्कपूर्ण छ कि समलैङ्गिक वा विलोम लैङ्गिक पहिचान भएका व्यक्तिहरुलाई “मानसिक अस्वस्थता” मानेर हुने गरेका थुना “स्वेच्छाचारी” हुन्छन् । यस भनाइको मूल आधार के हो भने यस्ता कानून तथा प्रावधानहरु लैङ्गिक अभिमुखिकरण वा लैङ्गिक पहिचानको आधारमा हुने अन्यायपूर्ण विभेदमा आधारित हुन्छन् ।

³⁶⁵ स्वेच्छाचारी थुनछेक संबन्धी कार्यादलको प्रतिवेदन, UN Doc. E/CN.4/2004/3, of 15 December 2003, para. 74.

³⁶⁶ *Ibid.*, para. 87.

³⁶⁷ *Deliberation No. 7 on issues related psychiatric detention*, in Report of the Working Group on Arbitrary Detention, UN Doc. E/CN.4/2005/6, of 1 December 2004, para. 74.

³⁶⁸ *Ibid.*, para. 58.

५. फरक-लैंगिक (LGBT) व्यक्तिहरुको स्वतन्त्रताको कानूनी विमुखिकरण सम्बन्धमा भएका विशेष सरोकारहरू

पूर्णतः लैंगिक अभिमुखिकरण वा लैंगिक पहिचानका आधार हुने कैद एक प्रकारको स्वेच्छाचारी सजाय हुन सक्छ, तथापि फरक-लैंगिक व्यक्तिहरु आफ्नो स्वतन्त्रताको कानूनी विमुखिकरणमा पर्न सक्दछन्; उदाहरणको लागि, तिनीहरुले अपराध गरेको कुनै पनि अवस्थामा स्वतन्त्रताको विमुखिकरण स्वेच्छाचारी हुनबाट जोगाउन निम्न आधार(criteria) पुगेको हुनु पर्दछ : कार्यविधिक र सारभूत वैधता, उद्देश्यको कानूनी औचित्यता, आवश्यकता, समानुपातिकता तथा मानव अधिकारको प्रत्याभूति । स्वतन्त्रता विमुखिकरणमा परेका फरक-लैंगिक व्यक्तिहरुको पनि अन्य थुनुवाहरु सरहको समान अधिकार तथा प्रत्याभूतिहरु हुनु पर्दछ; जस्तो आफ्नो पकाऊको कारण र आफू विरुद्ध लागेका अभियोगको जानकारी पाउने अधिकार, आफ्ना अधिकारहरु जान्न पाउनु पर्ने अधिकार र यी अधिकारहरु प्रतिको पहुँच हुनु पर्ने, आफ्नो थुना/कैदको वैधता उपर चुनौति दिन पाउने न्यायिक उपचारको अधिकार, र यदि सो कानूनी नभए छुटकाराको आदेश पाउने अधिकार, न्यायाधीश वा न्यायिक अधिकारी समक्ष तत्परतापूर्वक उपस्थित गराउनु पर्ने अधिकार, तत्काल कानून व्यवसायीको पहुँच पाउनु पर्ने अधिकार, बाहिरी दुनियासंग पहुँच राख्न पाउने अधिकार तथा थुना/कैदको अवधिमा मानवीय व्यवहार पाउनु पर्ने अधिकारहरु सामेल छन् ।³⁶⁹

लैंगिक अभिमुखिकरण वा लैंगिक पहिचान भएका व्यक्तिहरुलाई यी अधिकारहरु एवं सुरक्षाहरुबाट वञ्चित गर्न वा बन्देज गर्न पाइने छैन । मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी आयोगले अमेरिकामा स्वतन्त्रता विमुखिकरण भएका व्यक्तिहरुको सुरक्षा सम्बन्धी सिद्धान्त एवं असल अभ्यासहरु नामक पुस्तकमा विभेदको अन्त्य गरेको कुरा स्पष्ट उल्लेख गरेको छ : “कुनै पनि अवस्थामा, स्वतन्त्रता विमुखिकरण भएका व्यक्तिहरुलाई [...] लैंगिक अभिमुखिकरणको कारणबाट भेदभाव गरिने छैन । त्यसकारण, या त लक्षित गरिएको होस् वा अन्तराष्ट्रीय रूपले मान्यता प्राप्त व्यक्तिहरुको स्वतन्त्रताको मान्यता, उपभोग वा सोको अभ्यास माथि नजरअन्दाज गरिएको वा अवरोध गरिएको किन नहोस् – स्वतन्त्रता विमुखिकरण सम्बन्धी कुनै पनि भेदभाव, वहिष्करण वा बन्देज निर्धारित गरिने छ ।”³⁷⁰ संयुक्त राष्ट्र संघीय मानव अधिकार समितिले के पनि उल्लेख गरेको छ, भने संकटकालीन अवस्थामा पनि अविभेदका सिद्धान्त उपर बन्देज गर्न पाइने छैन ।³⁷¹

369 कैदीहरुको लागि न्यूनतम मापदण्ड सम्बन्धी नियमहरु नियम ९३), कुनै प्रकारको थुनछेक वा कारागारमा रहेका सम्पूर्ण व्यक्तिहरुको संरक्षणका लागि सिद्धान्त संगालो (सिद्धान्तहरु : १७ र १८), कानून व्यवसायीहरुको भूमिका सम्बन्धी राष्ट्र संघीय आधारभूत सिद्धान्तहरु (सिद्धान्तहरु : १, ५, ६, ७ र ८), बलपूर्वक वेपता पारिएका सम्पूर्ण व्यक्तिहरुको संरक्षण सम्बन्धी अन्तराष्ट्रीय महासंघ (धारा १७), गैह-न्यायिक, स्वेच्छाचारी तथा संक्षिप्त हत्याको प्रभावकारी निवारण तथा अनुसन्धान सम्बन्धी सिद्धान्तहरु (सिद्धान्त ६), र अफ्रिकामा स्वच्छ सुनुवाई तथा कानूनी सहायताको अधिकार सम्बन्धी सिद्धान्त तथा निर्वैशकाहरु (सिद्धान्त ‘ड’ २); हेतुहोस् मानव अधिकार समिति, सामान्य, टिप्पणी नं. २०, op. cit. 24, para. 11.

370 अमेरिकी राज्यहरुमा स्वतन्त्रता विमुखिकरण गरिएका व्यक्तिहरुको संरक्षण सम्बन्धी सिद्धान्त तथा असल अभ्यासहरुको सिद्धान्त II / यी सिद्धान्तहरु मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी आयोगद्वारा मार्च २००८ मा आफ्नो १३१औं नियमित अधिवेशनको दौरानमा अनुमोदन गरिएको थियो ।

371 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं. २९, doc. cit., para. 8.

फरक-लैंड्रिक (*LGBT*) व्यक्तिहरु हन् वा अन्यहरु – स्वतन्त्रता विमुखिकरण भएका प्रत्येक व्यक्तिहरुलाई “मानवीयता तथा मानव व्यक्तिमा अन्तर्निहित गरिमाको सम्मान गरी व्यवहार गर्नु पर्दछ।”³⁷² यो अधिकार कानून बमोजिम वा राज्यका अधिकारीद्वारा स्वतन्त्रता विमुखिकरण गरिएका प्रत्येक व्यक्तिमा समान रूपले लागु हुन्छ – चाहे ती कारागारहरु, अस्पतालहरु – खासगरी मनोचिकित्सीय अस्पतालहरु, कैद शिविरहरु वा सुधारात्मक संघ/संस्थाहरु वा जुनसुकै स्थानमा किन नहोस्।³⁷³ यो अधिकाराको रक्षा एवं संरक्षण गर्ने कर्तव्य राज्य माथि हुन्छ – खासगरी जोखिमपूर्ण अवस्थामा रहेका व्यक्तिहरुको स्वतन्त्रता विमुखिकरणमा परेका कारणले तिनीहरु प्रति राज्यको सकारात्मक दायित्व रहन्छ।³⁷⁴ कैद प्रणाली सुधार गर्नु र थनुवा हरुलाई कृतै प्रकारका धम्की तथा यातना, क्रुर, अमानवीय, वा अपमानजनक व्यवहार वा सजाय, लैंड्रिक हिंसा, शारीरिक दण्ड, सामुहिक दण्ड, जवरजस्ती हस्तक्षेप वा जोरजुलुम तथा उनीहरुका व्यक्तित्व समाप्त पार्ने उद्देश्यबाट गरिने वा उनीहरुका भौतिक वा मानसिक क्षमता नष्ट गर्ने अभिप्रायबाट गरिने कृतै पनि क्रियाकलापहरुबाट संरक्षण गर्नको लागि सुधारात्मक सेवाहरु उपलब्ध गराउनु समेत राज्यको दायित्व हुन्छ।³⁷⁵

संयुक्त राष्ट्र संघीय मानव अधिकार समितिले के सचेत गराएको छ, भने संकटकालीन स्थितिले स्वतन्त्रता विमुखिकरण गरिएको अवधिमा पनि मानवीयतापूर्वक व्यवहार गरिनु पर्ने अधिकारमा कृतै वन्देज लगाउन पाइने छैन।³⁷⁶ कृतै खास देशहरुमा कृतै शासन अन्तर्गत परिवर्तित-लैंड्रिक कैदीहरुलाई लामो, पूर्णतः पृथक थुनामा राख्ने गरेको पाइन्छ। मानव अधिकार समितिले के ठहर गरेको छ, भने यसरी आफ्नो जहान-परिवारबाट कैदीलाई पूर्णतः अलग राख्नाले “अनुवन्ध (*ICCP*) को धारा ७ अनुसार अमानवीय व्यवहार ठहर्दछ, र त्यो धारा १० को प्यारा.१ ले चाहेको मानवीय व्यवहारको मापदण्डसंग पनि बाझिएको ठहर्दछ।”³⁷⁷ दुईवटा संयुक्त राष्ट्र संघीय यातना सम्बन्धी प्रतिवेदन हरुले के उल्लेख गरेका छन् भने “सूचना वेगरको थुना गैह्न-कानूनी हुन्छ र यो कृतै व्यक्ति यातनाको जोखिममा छ, छैन भन्ने कुरा निर्धारण गर्ने सबैभन्दा महत्वपूर्ण तत्व

372 हेर्नहोस् : अनुवन्ध (*ICCP*) को धारा १०(१); सम्पूर्ण आप्रवासी तथा तिनका परिवारका सदस्यहरुको अधिकारहरुको संरक्षण सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय महासंघी को धारा १७(१); वालवालिकाको अधिकार सम्बन्धी महासंघी को धारा ३७(८); मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासंघी को धारा ५(५); मानव तथा जनअधिकार सम्बन्धी अफ्रीकी बडापत्र को धारा ५; र मानव अधिकार सम्बन्धी अरब बडापत्र को धारा २०।

373 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं.२१; स्वतन्त्रता विमुखिकरण गरिएका व्यक्तिहरु प्रति भएका अमानवीय व्यवहार, धारा १०, प्यारा.२.

374 *Ibid.*, para. 3; European Court of Human Rights, Judgment of 14 June 2002, Case of *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom*, Application No. 46477/99; and Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 2 September 2004, Case of *Juvenile Re-education Institute v. Paraguay*, para. 158

375 निम्न कुरा लगायत हेर्नहोस्: मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं.२१; doc. *Cit.*; Principle I of the Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in Americans; Principle M(7) of the Principles and Guidelines on the right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa; Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 2 September 2004, Case of *Juvenile Re-education Institute v. Paraguay*.

376 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं.२१, doc. *Cit.*, para 13(a). In the same line, see Principle I of the Principles and Best Practices on the Protection of Persons Deprived of Liberty in Americans.

377 Views of 6 November 1997, Communication No. 577/1994, Case of *Victor Alfredo Polay Campos v. Peru*, para. 8.6, CCPR/C/61/D/577/1994, 9 January 1998.

हो।³⁷⁸ मानव अधिकार समिति, यातना विरुद्धको समिति र मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी अदालतहरूले उल्लेख गरेका छन् कि थुनछेक गरिएका वा जेल परेका व्यक्तिलाई लामो एकान्तको कारावास (prolonged solitary confinement) वा सूचना बेगरको थुना (incommunicado detention) ले यातना वा दुर्व्यवहार जस्ता निषेधित कार्य गराउन सक्दछ।³⁷⁹

कानून व्यवसायीको भूमिका सम्बन्धी संयुक्त राष्ट्र संघीय आधारभूत सिद्धान्त हरुको सिद्धान्त ७ मा सार रूपमा के उल्लेख गरिएको छ भने, “फौजदारी अभियोग सहित वा विना पकाऊ वा थुनछेकमा परेका सम्पूर्ण व्यक्तिहरुको तत्कालको कानून व्यवसायीको पहुँच रहनेछ र कुनै हालतमा पनि पकाऊ वा थुनामा परेको समय देखिको ४८ घण्टा कटाउन पाइने छैन। मानव अधिकार समितिले उल्लेख गरेको छ, “पकाऊ परेका सम्पूर्ण व्यक्तिहरुको तुरन्तै परामर्शको पहुँच हुनु पर्दछ,”³⁸⁰ र, “कुनै कानून व्यवसायी वा बाहिरी दुनियाका अन्य व्यक्तिहरुसंगको पहुँच, विना सूचनाको लामो थुना(कारावास)को प्रयोगले अनुबन्ध का धाराहरु ७, ९, १० तथा १४ को पारा.३(ख) हरुको उलझन हुन जान्छ।”³⁸¹ समितिले के सिफारिश गयो भने, “कसैलाई पनि कानून व्यवसायीको पहुँच विना ४८ घण्टा भन्दा बढी थुनछेक गरिने छैन”³⁸² र प्रशासनिक थुनामा परेका समेतका सम्पूर्ण थुनुवाहरुलाई कानून व्यवसायीको तत्परतापूर्वकको पहुँच प्रदान गरिनु पर्दछ।³⁸³ संयुक्त राष्ट्र संघीय यातना सम्बन्धी विशेष प्रतिवेदकले के उल्लेख गरेको छ भने, “अन्तर्राष्ट्रीय कानून बमोजिम र राज्यहरूले अभ्यास गरी सुनिश्चित गरेअनुसार, वस्तुतः पकाऊ तथा थुना सम्बन्धी निम्न लिखित आधारभूत कानूनी सुरक्षाहरु कुनै पनि कानूनमा कुनै प्रकारको आतंककारी कानून लगायतमा पनि रहनु पर्दछ – पकाऊ परेको २४ घण्टा भित्र कानून व्यवसायी पाउने अधिकार³⁸⁴ हुनु पर्दछ। कानून व्यवसायी प्रतिको पहुँचको अधिकारलाई सहजीकरण गर्न आफ्नो जहान-परिवार तथा अन्य व्यक्तिहरुसंग समर्पक गर्ने सिलसिलामा थुनुवालाई आधिकारिक स्थानमा मात्र थुनामा राख्नु पर्दछ र अधिकारीहरुले तिनीहरुको परिचयको अभिलेख राख्नु पर्दछ।³⁸⁵

378 विशेष प्रतिवेदकको प्रतिवेदन, A/57/173, 2 July 2002, para. 16, E/CN.4/2004/56, para. 37, and A/57/173, 2 July 2002, para. 16.

379 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं. २०: गैह-न्यायिक, संक्षिप्त वा स्वेच्छाचारी हत्या उपर निषेध, धारा ७ प्यारा.६ ; Committee against Torture (Reports A/54/44, paras. 121 and 146; A/53/44, para. 135; and A/55/44, para. 182) and Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 29 July 1988, Case of *Velasquez Rodriguez*(para. 156) and Judgment of 12 November 1997, Case of *Suarez Rosero*(paras. 90-91).

380 मानव अधिकार समितिको अतिम् निष्कर्ष : जर्जिया, CCPR/C/79/Add.75, 5 May 1997, para. 27.

381 मानव अधिकार समितिको अतिम् निष्कर्ष : ईरानाइल, CCPR/CO/78/ISR, para. 13.

382 ऐ

383 मानव अधिकार समितिको अतिम् निष्कर्ष : ईरानाइल, CCPR/CO/78/ISR, para. 13, स्वीजरलैण्ड, CCPR/C/79/Add.70, para. 26; and Views of 27 July 1993, Communication No. 326/1988, Case of *Henry Kalenga v. Zambia*, CCPR/C/48/D/326/1988, para. 6.3. ,

384 विशेष प्रतिवेदकको प्रतिवेदन, A/57/173, 2 July 2002, para. 18. See also: E/CN.4/2004/56, para. 32.

385 वलपूर्वक वेपता पारिएका सम्पूर्ण व्यक्तिहरुको सरक्षण सम्बन्धी धोषणापत्र को धारा १०.१; वलपूर्वक वेपता पारिएका सम्पूर्ण व्यक्तिहरुको सरक्षणका लागि अन्तर्राष्ट्रीय महासंघिको धारा १७, कैदीहरु प्रतिको व्यवहारका लागि न्यूनतम मापदण्ड सम्बन्धी नियमहरु को नियम ७, कुनै पनि प्रकारका थुनछेक वा कारागारमा परेका सम्पूर्ण व्यक्तिहरुको सरक्षणका लागि बनेको सिद्धान्तहरुको सगालो, सिद्धान्त २० र २९, गैह-न्यायिक, स्वेच्छाचारी तथा संक्षिप्त हत्याको प्रभावकारी निवारण तथा अनुसन्धान सम्बन्धी सिद्धान्तहरुको सिद्धान्त ६; वलपूर्वक वेपता पारिएका सम्पूर्ण व्यक्तिहरुको सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी महासंघिको धारा XI, यूरोपेली कारागार सम्बन्धी नियमहस्तको नियम ७ र ८; र अफ्रिकामा स्वच्छ पूरक तथा कानूनी सहायताको अधिकार सम्बन्धी सिद्धान्त तथा निर्देशिकाहरु को सिद्धान्त 'ड' (६)।

लामो अवधिको सूचना वेगरको थुना/कारावास दिएर वा लामो अवधिको एकान्त नजरबन्द गरेर वेपत्ता पारिने कार्यलाई पूर्णतः प्रतिवन्ध गरिएको छ।

चिकित्सक तथा चिकित्सा सहायकसंगको तत्परतापूर्वकको पहुँच पाउने अधिकार विश्वभरि नै प्रचलित छ।³⁸⁶ मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी आयोगले के स्पष्ट गरेको छ, भने यो अधिकार थुनुवाहरुको सुरक्षाको निम्नित यति महत्वपूर्ण छ, कि यसलाई संकटकालीन स्थितिमा बन्देज अन्तर्गत पनि निलम्बन गर्न सकिदैन।³⁸⁷ यथोचित औषधिओपचार प्रदान गर्न नसक्नु पनि यातना वा कुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहारबाट पन्छिन् राज्यको दायित्वको उलझन हुन सक्दछ।³⁸⁸

अनुभवले के बताएको छ, भने जब फरक-लैडिक (*LGBT*) व्यक्तिहरु थुना वा कैदमा पर्दछन् र तिनीहरुको जोखिमी नाटकीयढङ्गले बढ्दछ, भने निजहरु समाजमा जोखिमको स्थितिमा छन् भन्ने बुझनु पर्दछ। यथार्थमा थुनुवा बनेका महिला तथा पुरुष समिलिङ्गीहरु, द्विलिङ्गीहरु वा विलोम लिङ्गीहरु थुनामा परेका अन्य जनसंख्याको तुलनामा³⁸⁹ हिंसा, वलात्कार तथा लैडिक आक्रमणको ठूलो जोखिममा परेको देखिन्छन्। यसो हुनुमा धेरै कारणहरु छन्: यस्ता व्यक्ति विरुद्धको घृणा एवं पक्षपात, अर्कातिर सामाजिक कलङ्ग जस्ते तिनीहरुलाई वैयक्तिक सम्बन्ध स्थापना गर्न गाहो हुन्छ, र अन्य मानिसहरु तिनीहरुको विरुद्धमा लाग्ने गर्दछन्, अनि त्यस्ता अनुभूति जस्ते वारम्बार औपचारिक एवं अनौपचारिक रूपले विभेद उब्जाउने गर्दछ – यस्तो खाले हिंसा गर्नेहरुलाई त्यसको परिणाम थाहा हुदैन।³⁹⁰ न्याय प्रणालीका जिम्मेवार व्यक्तिहरु यस प्रकारको हिंसाको न्यूनिकरण गर्ने उपायहरु अपनाउन वाध्य हुन्छन्।³⁹¹

386 The Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment (Principle 24), the Declaration on the all Protection of all persons from Enforced Disappearance (Article 10) and the standard Minimum Rules for the treatment of Prisoners (Rules 37 and 92).

387 *Report of Terrorism and Human Rights, op. cit.*, paras. 127 and 139 and Recommendation No. 7.98.

388 For example, Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 7 September 2004, Case of *Tibi v. Ecuador*, para. 151; African Commission on Human and Peoples' Rights Case of *International Pen v. Nigeria*, Communication Nos. 137/94, 139/94, 154/96 and 161/97(1998), para. 80; Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 27 November 2003, Case of *Maritza Urrutia v. Guatemala*, paras. 77-78.

389 For example, European Committee for the Prevention of Torture, *Visit Report Germany 2005*, CPT/Inf (2007) 18, para. 109; *Report of the Special Rapporteur on question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, E/CN.4/2002/76/Add.1, 14 March 2002, para. 829; *Report of the Special Rapporteur on question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, interim report*, A/56/156, 3 July 2001.

390 European Committee for the Prevention of Torture, *Visit Report Ukraine 2000*, CPT/Inf (2002) 23, para. 65; and *Concluding Observations of the Committee against Torture: Brazil*, A/56/44, 16 May 2001, para. 119; *Report of the Special Rapporteur on question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, interim report*, A/56/156, 3 July 2001, para. 23.

391 European Committee for the Prevention of Torture, *Visit Report Germany 2005*, CPT/Inf (2007) 18, para. 112; European Committee for the Prevention of Torture, *Visit Report Ukraine 2000*, CPT/Inf (2002) 23, para. 65; *Farmer v. Brennan*, 511 U.S. Supreme Court, 825, 847 (1994).

जर्मनीको एउटा कारागार –“जहाँ समलिङ्गीहरुलाई अन्य कैदीहरुले आकमण गरी जोखिममा पारेका थिए” – त्यसको भ्रमण पछि यातना नियन्त्रणका लागि यूरोपेली समिति (CPT) ले के निरुपण गच्छो भने, “कारागारका अधिकारीहरुको कर्तव्य अर्कालाई हानी-नोक्सानी पुऱ्याउन खोज्नेहरुबाट बाँकिलाई सुरक्षा प्रदान गर्ने जिम्मेवारी पनि हो। जहाँ एउटा समूह साच्चै जोखिमपूर्ण छ, त्यसैले यो धेरै महत्वपूर्ण छ।³⁹² एउटा पुरुषबाट महिला बन्ने परिवर्तित-लिङ्गी (transsexual) जो एउटा सुरक्षा सतर्कता अपनाइएको पुरुष कारागारमा स्थान्तरित भए पछिको दुई हप्ता बीचमा तै बलात्कृत भइन् – त्यस मुद्दामा अमेरिकी सर्वोच्च अदालतले के फैसला गच्छो भने “कारागारका अधिकारीहरुको कर्तव्य “कारागारको मानवीय स्थिति” पनि हेर्नु हो, जसअन्तर्गत उपयुक्त उपायहरु मध्ये एउटा बलात्कार वा लैंगिक आकमणको संभावना हाटाई खतराको न्यूनिकरण गर्नु पनि रहेको थियो – जुनकुरा, त्यस्तो हुन सक्दछ भनेर अधिकारीहरुलाई अग्रिम अनुमान थियो।³⁹³ यस्ता निरोधात्मक उपाय प्रति वेवास्ता गरी दिवा कारागार–परिसरमा बलात्कारका पुनरावृति वा लैंगिक आकमण भइरहन सक्तछ – र, त्यसबाट यातना तथा क्रुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार तथा दासत्व माथि लगाइएका निषेध लगायतका अन्तराधिकार मानव अधिकारका धेरै मान्यताहरुको उलझन हुन जान्छ।³⁹⁴

सारांश

- वैयतिक स्वतन्त्रताको अधिकार तथा स्वतन्त्रताको स्वेच्छाचारी ढङ्गले विमुखिकरण हुनु नहुने अधिकार अन्तराधिकार मानव अधिकार कानून विश्वव्यापी रूपमा स्वीकृत तथा सुरक्षित गरिएका छन्;
- स्वतन्त्रता विमुखिकरण भएका फरक-लैंगिक व्यक्तिहरुको पनि अन्य थुनुवा/कैदीहरु सरह समान अधिकार तथा प्रत्याभूतिहरु हुन्छन्: जस्तो आफ्नो पकाऊको कारण र आफू विरुद्ध लागेको अभियोगको जानकारी पाउने अधिकार, आफ्नो अधिकारको जानकारी पाउनु पर्ने अधिकार र यी अधिकारहरुमा पहुँच हुनु पर्ने, आफ्नो थुना/कैद सजायको वैधता उपर चुनौति दिन पाउने न्यायिक उपचारको अधिकार, र यदि सोको कानूनी आधार नभए छुटकाराको आदेश पाउने अधिकार, न्यायाधीश वा न्यायिक अधिकारी समक्ष तत्परतापूर्वक उभ्याइन पाउने अधिकार, कानून व्यवसायीको पहुँच पाउनु पर्ने अधिकार, बाहिरी दुनियासंग पहुँच राख्न पाउने अधिकार, थुना/कैदको अवधिमा मानवीय व्यवहार पाउनु पर्ने अधिकार तथा चिकित्सक एवं चिकित्सा सहायकसंग तत्परतापूर्वक पहुँच हुन पाउने अधिकारहरु सम्मिलित हुन्छन्। लैंगिक अभिमुखिकरण वा लैंगिक पहिचान भएका व्यक्तिहरुलाई यी अधिकार वा सुरक्षाहरुबाट वञ्चित गर्न वा बन्देज लगाउन पाइने छैन।
- लैंगिक अभिमुखिकरण वा लैंगिक पहिचानको आधारमा मात्र हुने स्वतन्त्रता विमुखिकरणले एउटा स्वेच्छाचारी थुना निम्त्याउन सक्दछ। त्यस्ता कानून तथा त्यस अन्तर्गतका

392 European Committee for the Prevention of Torture, *Visit Report Germany 2005*, CPT/Inf (2007) 18, paras. 109, 12.

393 *Farmer v. Brennan*, 511 U.S. Supreme Court, 825, 847 (1994).

394 Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 2 September 2004, Case of *Juvenile Re-education Institute v. Paraguay*; European Court of Human Rights, Judgment of 14 June 2002, Case of *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom*, Application No. 46477/99.

अभ्यासहरु जस्ते निश्चित प्रकारको लैङ्गिक अभिमूखिकरण वा लैङ्गिक पहिचानका अभिव्यक्तिहरुलाई अपराधिकरण गर्दछ र जस्तबाट स्वतन्त्रताको अनावश्यक रूपले विमुखिकरण हुन जान्छ, तिनीहरुको अन्त्य गर्ने राज्यको दायित्व हुन्छ । यसअन्तर्गत अस्पष्ट “नैतिकता”का प्रावधानहरुको प्रयोग तथा प्रशासनिक अभ्यासहरु जस्तमा मानसिक स्वास्थको परिभाषा लगायत प्रत्यक्षतः प्रायोजित आरोपहरु पर्दछन् ।

- स्वतन्त्रता विमुखिकरणको अवधारणा अन्तर्गत पकाऊ/धरपकड, थुना/कारावास, सुनुवाई पूर्वको थुनछेक, प्रशासनिक थुनछेक, नीतिगत थुना, नजरबन्द, आवासमा गरिने थुना ईत्यादि सहितका विभिन्न स्वरूपहरु पर्दछन् ।
- संकटकालीन स्थितिमा स्वतन्त्रताको अधिकार माथि बन्देज लाग्न सकदछ । तथापि, यस्तो बन्देज(सिस्मा) अन्तर्राष्ट्रिय कानून बमोजिम अन्य दायित्वहरु अनुरूप सम्मिलन भएको हुनु पर्दछ ।
- “स्वेच्छाचारिता”को धारणा “कानून विपरित” वरावर मात्र मानिदैन, बरु यस् अन्तर्गत अनुपयुक्तता, अन्याय तथा पूर्वानुमानको अभाव लगायतका तत्वहरु समावेश गरी बढी व्यापक रूपले व्याख्या गर्नु पर्दछ ।
- स्वतन्त्रताको विमुखिकरण स्वेच्छाचारी नहुन यसमा निम्न आधारहरु देखिनु पर्दछ; कार्यान्वयिक तथा सारभूत वैधता, उद्देश्यको कानूनी औचित्यता, आवश्यकता, समानुपातिकता तथा मानव अधिकारको अन्तरवस्तु - खासगरी व्यक्तिको सुरक्षा र त्यसको उपचार पाउने अधिकार ;
- फरक-लैङ्गिक व्यक्तिहरुको स्वतन्त्रता कानूनी रूपले विमुखिकरण हुन सकदछ, तर तिनीहरुको स्वतन्त्रता विमुखिकरण स्वेच्छाचारी नहुन माथिको आधार(criteria) पुगेको हुनु पर्दछ ।
- स्वतन्त्रता विमुखिकरण त्यतिवेला स्वेच्छाचारी भएको मानिन्छ, जब :
 - स्वतन्त्रता विमुखिकरणको औचित्य सिद्ध गर्न कानूनी आधार पेश गर्न स्पष्टतः असम्भव हुन्छ ;
 - स्वतन्त्रता विमुखिकरण मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्र तथा अनुवन्ध (ICCP) का धाराहरुद्वारा प्रत्याभूत गरिएका अधिकार एवं स्वतन्त्रताहरु उपभोग गर्दा उत्पन्न भएको हुन्छ,
 - स्वच्छ, सुनुवाईको अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय मान्यताको पूर्ण वा आशिक परिपालना नगरिएबाट उत्पन्न हुने यस्तो गम्भीर स्थिति, जस्ते स्वतन्त्रता विमुखिकरणको स्वेच्छाचारी चरित्रको स्वरूप लिंदछ;
 - थुनुवा(कैदी)हरुलाई कुनै प्रकारको धम्की तथा यातना, दुर्योगहार वा दण्ड, लैङ्गिक हिंसा, शारीरिक दण्ड तथा अन्य अमानवीय कार्यहरुबाट संरक्षण गर्ने दिशामा राज्यहरुको कानूनी दायित्व हुन्छ ।

“ यो मानव जीवनको सर्वोच्च अधिकार हो । ”

— मानव अधिकार समिति ³⁹⁵

ड. जीवनको अधिकार

१. कानूनी प्रकृति तथा क्षेत्र

जीवनको स्वेच्छाचारी हरण हुन नपाउने अधिकार धेरै अन्तर्राष्ट्रीय दस्तावेजहरुद्वारा संरक्षित एउटा विश्वव्यापी अधिकार(universal right) हो,³⁹⁶ र यसको उपभोग अन्य सबै मानव अधिकारका लागि आवश्यक हुन्छन् । यदि यो अधिकारको सम्मान भएन भने अन्य सबै अधिकारहरु अनर्थ हुन्छ,³⁹⁷ सबै अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकारका दस्तावेजहरुले जीवनको अधिकारको मौलिक प्रकृति माथि जोड गर्दछन् । संयुक्त राष्ट्र संघीय मानव अधिकार समितिले बताएको छ — “यो सर्वोच्च अधिकार हो, जस्लाई राष्ट्रको अस्तित्व उपर चुनौति भई संकटकालीन स्थिति लागे पनि यो अधिकारलाई निलम्बन (derogation) गर्न पाइदैन ।”³⁹⁸ मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी अदालतले अभ जोड गरेको छ, “जीवनको मौलिक अधिकार अन्तर्गत स्वेच्छाचारिदङ्गले जीवनको हरण गर्न नहुने प्रत्येक मानव जातिका अधिकार मात्र होइन, अपितु त्यो अधिकार पनि पर्दछ जस्बाट उसलाई एउटा गरिमामय जीवन प्रत्याभूति गर्ने अवसरहरु प्राप्त हुन सकोस ।”³⁹⁹ मानव तथा जनअधिकार सम्बन्धी अफिकी आयोगले जीवनको अधिकारलाई “अन्य सम्पूर्ण अधिकारहरुको आलम्ब (fulcrum) र फोहरा (fountain) मानेको छ, जस्बाट अन्य अधिकारहरु निःसृत हुन्छन् ।”⁴⁰⁰

395 मानव अधिकार समिति :Views of 31 March 1982, Case of *Suarez de guerrero v. Colombia*, Communication No. 45/1979, para. 13.1.

396 मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्रको धारा ३; अनुसन्धि (ICCP) को धारा ६; सम्पूर्ण आप्रवासी कामदार तथा तिनका परिवारहरुको अधिकारहरुको संरक्षण संबन्धी अन्तर्राष्ट्रीय महासन्धि को धारा ९; वालवालिकाको अधिकार संबन्धी महासन्धि को धारा ६; अपाङ्गता भएका व्यक्तिहरुको अधिकार संबन्धी महासन्धिको धारा १०; गैड-न्यायिक, स्वेच्छाचारी तथा समिपत हत्याहरुको प्रभावकारी निषेध तथा अनुसन्धान संबन्धी सिद्धान्तहरु को सिद्धान्त नं. १ आदिवासी तथा जनजातिहरुको अधिकार संबन्धी राष्ट्रसंघीय घोषणाको धारा ७; आफू बसेको मुलुकको नागरिक नभएको व्यक्तिहरुको मानव अधिकार सम्बन्धी घोषणा (धारा ५); अफिकामा मानव तथा जनअधिकारको अफिकी वडापत्र को धारा ४; वालवालिकाको अधिकार तथा कल्याण सम्बन्धी अफिकी वडापत्र (धारा ५); मानवको अधिकार तथा कर्तव्य संबन्धी अमेरिकी घोषणापत्र को धारा १; मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासन्धि (धारा ४); मानव अधिकार संबन्धी अरब वडापत्र को धारा ५; मानव अधिकार संबन्धी यूरोपीय महासन्धि को धारा २; यूरोपेली संघको मौलिक अधिकार संबन्धी वडापत्र को धारा ५ ।

397 Judgment of 19 November 1999, Case of "Street Children" (Villagran-Morales et al.) v. Guatemala, para. 144.

398 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं. ६: जीवनको अधिकार, (धारा ६) प्यारा १ तथा सामान्य टिप्पणी नं. १४: आणविक हतियार तथा जीवनको अधिकार, (धारा ६) प्यारा १

399 Judgment of 19 November 1999, Case of "Street Children" (Villagran-Morales et al.) v. Guatemala, para. 144.

400 *Case of Forum of Conscience v. Sierra Leone*, Commnication No. 223/98 (2000), para. 19.

जीवनको अधिकारलाई सदैव एउटा फराकिलोरूपले व्याख्या गर्नु पर्दछ, र यस माथिको सिमा प्रति भन् कठोर व्याख्या गर्नु पर्दछ । अन्तर-अमेरिकी अदालतले गम्भीरतापूर्वक ठहर गरेको छ कि, “यसको अन्तर्निहित प्रकृतिको कारण यस अधिकार प्रतिको कुनै पनि कठोर दृष्टिकोण अमान्य हुन्छ ।”⁴⁰¹ यसको सिमालाई उल्लेख गर्दै मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतले के निर्णय गन्यो भने, “तिनीहीरुलाई कठोरतापूर्वक अथाउनु पर्दछ ।”⁴⁰² मानव अधिकार समितिका अनुसार “जीवन प्रतिको अधिकारको अभिव्यक्तिलाई वन्देज गर्न सकिने अर्थमा बुझ्नु हुदैन ।”⁴⁰³

२. जीवनको अधिकारको संरक्षणका लागि राज्यको दायित्व

अन्तर्राष्ट्रिय मानव अधिकार कानून अन्तर्गत जीवनको अधिकारको सम्बन्धमा संरक्षणको दायित्व सर्वोपरि मानिन्छ, र यस उपर राज्यले कुनै पनि अवस्थामा बन्देज लगाउन नपाइने दायित्वहरू मध्येमा पर्दछ ।⁴⁰⁴ सोहीअनुरूप, कुनै पनि राज्यले आफ्नो स्वाधिनता वा सुरक्षा माथि खतरा उत्पन्न गर्न यद्दृ, सार्वजनिक खतरा वा अन्य संकटकालीन स्थितिमा⁴⁰⁵ पनि जीवनको अधिकारको संरक्षण गर्नु पर्ने आफ्नो दायित्वबाट पन्छिने गरी कदमहरू चाल्नु हुदैन । जीवनको अधिकारको सर्वोपरि संरक्षण नीति राज्यको क्षेत्राधिकार भित्रका प्रत्येक व्यक्ति माथि लागु हुन्छ र सोही अनुरूप, “विवादित व्यक्तिको गतिविधिहरू – यद्यपि, अवान्धित वा खतरा पुः-याउने खालको किन नहोस् – ती उपर तात्कालिक विवाद हुन सक्दैन ।”⁴⁰⁶

जीवनको अधिकारले यो मात्रै अनुमान गर्दैन कि कुनै पनि व्यक्तिको जीवनको स्वेच्छाचारी हरण नगरिने कुरा मात्र होइन(नकारात्मक दायित्व), बरु राज्यहरूले जीवनको अधिकारको रक्षा एवं संरक्षणको लागि(सकारात्मक दायित्व) आवश्यक सर्वै उपायहरू चाल्नु पर्दछ । मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी अदालतले बताएको छ कि, राज्यले “आफ्नो क्षेत्राधिकार अन्तर्गतका व्यक्तिहरूको जीवनको अधिकारको रक्षा एवं संरक्षणको लागि कुनै वा सम्पूर्ण आवश्यक उपायहरू अवलम्बन गर्नु पर्दछ । [...] राज्यहरूले एउटा कानूनी रूपरेखा तर्जुमा गर्न आवश्यक सर्वै उपायहरू

401 Judgment of 6 April 2006, Case of *Baldeon-Garcia v. Peru*, para. 82. See also, Case of the "Street Children" (*Villagrán-Morales et al.*) v. *Guatemala*, para. 144.

402 Judgment of 27 September 1995, Case of *McCann and Others v. The United Kingdom*, Application No. 17/1994/464/545, para. 147.

403 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं. ६: (जीवनको अधिकार), धारा ६, हरप ५

404 अनुवन्ध को धारा ४; मानव अधिकार संवन्धी यूरोपेली महासंघिका को धारा १५; मानव अधिकार संवन्धी अमेरिकी महासंघिका को धारा २७, मानव अधिकार संवन्धी अरब वडापत्र को धारा ५; अफ्रिकी वडापत्रले ती अधिकारहरू माथि संकटकालीन तथा कुनै विशेष परिस्थितिमा पनि बन्देज र परिसिमा लापन नसक्ने भन्ने उल्लेख गरिएको छ । हेर्नुहोस्: African Commission on Human and Peoples' Rights, Case of *Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project v. Nigeria*, Communications No. 105/93, 128/94, 130/94 and 152/96), 1998, para. 67-68.

405 European Court of Human Rights, *McCann and Others v. The United Kingdom*, doc. Cit., para. 147; and Judgment of 14 December 2000, Case of *Gül v. Turkey*, Application No. 22676/93), para. 78. See also *Human Rights and the Fight against International Terrorism, The Council of European Guidelines*, March 2005, Guideline XV.

406 See, *mutatis mutandis*, Judgment of 25 October 1996, Case of *Chahal v. The United Kingdom*, Application No. 22414/93, para. 80.

चाल्नु पर्दछ – जस्ते जीवनको अधिकार माथिको कुनै संभाव्य खतरा रोक्न सकोस् – एउटा प्रभावकारी कानूनी प्रणाली स्थापित गरी छानविन गर्न सकोस् – राज्यका अधिकारीहरु एवं अन्य व्यक्तिहरुद्वारा जीवन हरण गर्न सक्ने अपराधहरुलाई दण्डित गरी क्षतिपूर्ति दिलाउन सकोस् र एउटा गरिमामय जीवनयापनका लागि आवश्यक शर्तहरु प्रति वेरोकटोक पहुँचको अधिकारको प्रत्याभूति गर्न सकोस्।”⁴⁰⁷

जीवनको अधिकारको रक्षा गर्ने कर्तव्य अन्तर्गत कुनै पनि व्यक्तिलाई जीवनको स्वेच्छाचारी हरणको वास्तविक जोखिम भएका मुलुकमा फर्काउन, देश-निकाला गर्न, सुपुर्दगी गर्न, निस्काशन गर्न, स्थान्तरण गर्न वा अन्यथा गरी पठाउन निषेध गरिएको छ।⁴⁰⁸ खासगरी, मृत्युदण्डलाई यस अधि नै प्रतिवन्ध लगाईसकेका राज्यहरुमा यसलाई कार्यान्वयन नगर्ने र यसको कार्यान्वयनको सिलसिलामा रहेका वास्तविक जोखिममा परेका व्यक्तिहरुको भेद नयोल्ने-दुबै दायित्व रहेका हुन्छन्।⁴⁰⁹

संयुक्त राष्ट्र संघीय मानव अधिकार समितिले के उल्लेख गरेको छ भने “अनुवन्ध (ICCPR) को धारा ६.१ को प्यारा.३ द्वारा प्रत्यक्षरूपते प्रत्याभूत गरेका जीवनको स्वेच्छाचारी हरण विरुद्धको सुरक्षा सर्वोपरि महत्वको हुन्छ। समितिले निर्देश गरेको छ : पक्ष-राज्यहरुले आपराधिक कार्यहरुद्वारा जीवन हरण गर्ने अपराधलाई रोक्ने र दण्डित गर्ने कदमहरु चाल्ने मात्रै होइन, बरु तीनीहरुका आफैने सुरक्षा वलहरुद्वारा गर्ने स्वेच्छाचारी हत्या वन्द गर्नु पनि उत्तिकै जरुरी छ। राज्यका आफैने अधिकारीहरुद्वारा जीवनको हरण हुनु एउटा निकै गम्भीरतम् विषय हो। त्यसकारण, यस्ता अधिकारीहरुद्वारा कुनै पनि व्यक्तिको जीवनको हरण हुने परिस्थितिहरुको कानूनद्वारा कठोरतापूर्वक नियन्त्रण तथा वन्देज गर्नु पर्दछ।”⁴¹⁰

जीवनको अधिकारका लागि के थप आवश्यकता पर्दछ भने राज्यहरुले जीवनको अधिकार स्वेच्छाचारी ढङ्गले हरण हुने परिस्थितिहरुबाट आफौनो नागरिकहरुलाई संरक्षण गर्ने दिशामा यथोचित कदमहरु चाल्नु पर्दछ। यसअन्तर्गत सार्वजनिक नीतिकोरुपमा हिंसात्मक अपराध विरुद्ध लड्ने र कार्यान्वयन तहमा विशेष प्रकारको देखिने सुरक्षावलद्वारा गर्ने हिंसात्मक कार्य रोक्नु पर्ने दायित्व पर्दछन्।

व्यक्तिको जीवनको अधिकार यस्तो परिस्थितिमा पनि उलझन भएको मानिन्छ – जहाँ “कुनै तेस्रो पक्षका आपराधिक कार्यहरुद्वारा कुनै परिचित व्यक्ति विशेषको जीवनको वास्तविक तथा तत्कालीन रूपमा जीवनको जोखिम् छ भन्ने कुरा ती अधिकारीहरुले थाहा पाएका वा थाहा पाउनु पर्ने परिस्थितिहरु तथा निजलाई त्यस जोखिमबाट जोगाउन कदमहरु निस्फल भएका परिस्थितिहरु

407 Judgment of 6 April 2006, Case of *Baldeon-Garcia v. Peru*, paras. 82-85.

408 See *inter alia*: the UN Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions (Principle 5) and the American Convention on Human Rights (Article 22.8).

409 मानव अधिकार समिति : Views of 5 August 2003, Case of *Roger Judge v. Canada*, Communication No. 829/1998, para. 10.4, and Views of 28 July 1997, Case of *A.R.J. v. Australia*, Communication No. 692/1996, para. 6.11, UN. Doc. CCPR/C/760/D/692/1996.

410 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं. ६: *doc. Cit.*, para. 3.

विद्यमान थिए।”⁴¹¹ ऐटा अर्को मुद्दा—जहां ऐटा हिंसात्मक महरोगसहितको मानसिक रोगी (paranoid schizophrenic) कैदी क्रिस्टोफर एडवार्ड्स् लाई आफूने वन्दी साथी महामानसिक रोगी रिचर्ड लिनफोर्डद्वारा उसैको कोठामा हत्या हुन गयो— जस्को वारेमा कारागारका अधिकारीहरूलाई त्यस्तो हिंसात्मक बहुलष्टीपूर्ण कार्य हुन सकछ भन्ने जानकारी थियो, सोबारे अदालतले के ठहर गयो भने— क्रिस्टोफर एडवार्ड्स्को जीवन बचाउने राज्यको दायित्व थियो— तर असफल भयो, किनकि “लिनफोर्ड को वन्दी कोठामा क्रिस्टोफर एडवार्ड्स्को जीवन बचाउने कुरा जानकारी थियो।”⁴¹² एडवार्ड्स्को मुद्दाले पनि प्रष्ट्यायो कि आफ्नो अधिकारको बचाऊ गर्न नसक्ने यस किसिमका व्यक्तिहरूको हकमा जीवन रक्षाको अधिकारको सुरक्षा गर्ने दायित्व राज्यको हुन्छ。⁴¹³ यस्ता वर्ग अन्तर्गत कैदीहरू, मानसिकरूपले अस्वस्थ तथा वालवालिकाहरू पर्दछन्। यस वर्ग अन्तर्गत लैङ्गिक अल्पसंख्यकहरूलाई थप समावेश गर्न सकिन्द्ध-सकिन्त त्यो भने विवादास्पद नै छ।

थुना(कैद)मा राखिएका व्यक्तिहरू आफ्नो अधिकारको रक्षाको खातिर राज्य माथि निर्भर एक किसिम कै आश्रितहरू हुन्। त्यसकारण, तिनीहरूको रक्षा गर्नु राज्यको थप दायित्व हो। अन्तर-अमेरिकी अदालतले उल्लेख गरेको छ कि स्वतन्त्राको कानूनी विमुखिकरणबाट⁴¹⁴ उत्पन्न मानव अधिकार सम्बन्धमा “सर्वोपरि न्यूनतम्” वा “समानान्तर” वन्देज लगाउनु पर्ने हुन जान्छ, जुन राज्यको दायित्व अन्तर्गत पर्दछ। यसरी किशोर वन्दीहरूलाई वारुण संकेत, आगो निभाउने यन्त्रहरू तथा विस्थापन योजना नभएको कारागारमा राखियो र आगोले डेढेर मर्न पुरयो भने राज्यले उनीहरूको जीवनको अधिकार उलझन गरेको ठहरिन्छ।⁴¹⁵

३. स्वेच्छाचारी जीवनहरण तथा ज्यान मार्ने धम्की

स्वेच्छाचारीढङ्गबाट जीवन-हरण नगरिने अधिकारको उलझन वा हत्यालाई निम्न तीन वर्ग (category)मा विभक्त गरिएको छ :

- संक्षिप्त हत्या (summary executions) : यो अवधारणाको आधार भनेको अन्तर्राष्ट्रिय कानूनद्वारा निषेधित शर्तहरू अन्तर्गत मृत्युदण्डको सजाय कार्यान्वयन गरिएका हुन्छन्;
- स्वेच्छाचारी हत्या (arbitrary executions) : यस अन्तर्गत कानून कार्यान्वयन गर्ने अधिकारीहरूद्वारा अत्याधिक वा गैह-कानूनी शक्तिको प्रयोगको कारण जीवन हरणमा परेका हत्याहरू पर्दछन्— जुन अन्तर्राष्ट्रिय कानूनले तोकेका शर्तहरू विपरित कार्यान्वयन गरिएका हुन्छन्; र

411 European Court of Human Rights, Judgment of 24 October 2002, Case of *Mastromatteo v. Italy*, Application No. 37703/97, para. 68. See also, European Court of Human Rights: Judgment of 28 October 1998, Case of *Osman v. the United Kingdom*, Application No. 23452/94, para. 116; Judgment of 14 June 2002, Case of *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom*, Application No. 46477/99, para. 55, and Judgment of 23 November 1999, Case of *Bromiley v. the United Kingdom*, Application No. 33747/96.

412 Judgment of 14 June 2002, Case of *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom*, Application No. 46477/99, para. 60.

413 *Ibid.*, para. 56.

414 Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 2 September 2004, Case of “*Juvenile Re-education Institute*” v. *Paraguay*, paras. 152 and 154.

415 *Ibid.*, para. 178.

- गैह-न्यायिक हत्या (extra-judicial executions) : हत्या/खुनसंग सम्बन्धित वा फौजदारी कानूनमा मनशाय सहितको ज्यान मार्ने कार्य । उदाहरणको लागि, राज्य सुरक्षाबल, अर्द्ध-सैनिक समूह, मृत्यु-टुकड़ी(death squad) वा सरकारका सहयोगी निजी फौजहरु वा यस परिभाषा अन्तर्गत आउने राज्यद्वारा सहिष्णु भएका तत्वहरुद्वारा गरिने राजनैतिक हत्या तथा त्यस्तो आक्रमणबाट भएका मृत्यु वा हत्या ।

उपरोक्त बमोजिमका संक्षिप्त, स्वेच्छाचारी तथा गैह-न्यायिक हत्याहरुको निषेध अन्तराधिकार कानूनको अकाट्य मान्यता(*jus cogens*) हो ।⁴¹⁶

३.१ गैह-न्यायिक हत्या

गैह-न्यायिक हत्याहरु एउटा गम्भीर प्रकृतिका मानव अधिकार उलझनहरु हुन्⁴¹⁷ र अन्तराधिकार कानून अन्तर्गत अपराध मानिन्छन् ।⁴¹⁸ यसरी, रवाटेमालामा “सामाजिक सफाया” (social cleansing) अभियान – जस्त्रअन्तर्गत सडक-वालवालिकाहरुलाई विना वर्दीका प्रहरीद्वारा अपहरण गरी हत्या गरियो– यो अधिकार उलझनको एउटा ज्वलन्त उदाहरण हो ।⁴¹⁹ राज्यद्वारा गरिएका गैह-न्यायिक हत्या अन्तर्गत राज्यको पक्ष वा सहमतिमा गरिने गैह-राज्यीय तत्वहरुद्वारा गरिएका हत्याहरु पनि पर्दछन् ।⁴²⁰ उदाहरणको लागि, अन्तर-अमेरिकी अदालतले के ठहर गयो भने, जहाँ कोलम्बियाका अर्द्ध-सैनिकहरुद्वारा राज्यको “सहमति वा सहिष्णुतामा”, प्रत्यक्ष आदेशको अभाव, अथवा हत्या हुदैछ भन्ने विशेष जानकारी हुदाहुदै पनि नागरिकको हत्या हुन दिएर कोलम्बियाको सरकारले जीवनको अधिकारको उलझन गरेको ठह-याएको छ ।⁴²¹

416 Sixth UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders (1980), Resolution No. 5 on Extralegal Executions, para. 2 and 5, UN document A/CONF.87/14/Rev.1(1981); Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 14 March 2001, Case of *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre et al. v. Peru)*; Inter-American Commission on Human Rights, *Recommendation on Asylum and International Crimes*, 20 October 2000; and Nigel Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1999, Second Edition, p. 192.

417 निम्न कुरा लगायत हेतुसँस: मानव अधिकार समिति : Views of 29 March 1982, Communication No. 309/1978, Case of *Bleier Lewhoff y Valiño de Bleier v. Uruguay*; Views of 31 March 1982, Communication No. 45/1979, Case of *Pedro Pablo Carmago v. Colombia*; and Final Observations on Burundi, of 3 August 1994, CCPR/C/79/Add.41, para. 9.

418 See *inter alia*: Definition "B. Serious crimes under international law" of the UN *Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity* (in UN Doc.E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 February 2005), . The Updated Set of principles was recommended by the former UN Commission on Human Rights, resolution E/CN.4/RES/2005/81 of 21 April 2005) and Inter-American Commission on Human Rights, *Recommensation on Asylum and International Crimes*, 20 October 2000. See also, Nigel Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, op. cit., p. 192.

419 Judgment of 19 November 1999, Case of "Street Children" (*Villagran-Morales et al.*) v. *Guatemala*, paras. 137-147.

420 Judgment of 25 November 2003, Case of *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, para. 139 and Judgment of 1 July 2006, Case of *Ituango Massacres v. Colombia*, para. 132.

421 See Case of *Iтуango Massacres v. Colombia*, doc. Cit.

३.२. स्वेच्छाचारी हत्या

अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकार कानूनले कानून कार्यान्वयन गर्ने अधिकारीहरुलाई अति आवश्यक वन्देजहरु अन्तर्गत प्रत्यक्ष वा अप्रत्यक्षरूपमा घातक शक्तिको प्रयोग गर्ने अनुमति प्रदान गर्दछ। अधिकांश सन्धिहरुले “स्वेच्छाचारी” जीवन-हरणको अन्यको लागि औचित्यपूर्ण विवेकशीलता खोजेको छ। यसै कारण, अनुबन्ध (ICPR), मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासन्धि, मानव तथा जन अधिकार सम्बन्धी अफ्रिकी बडापत्र र मानव अधिकार सम्बन्धी अरब बडापत्र हरुमा प्रस्तुत गरिएको छ। मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासन्धि चाहिं ऐटा अपवाद हो, जसले प्रकट रूपमा भनेको छ, – “नितान्ते आवश्यक” परेको खण्डमा मात्रै शक्ति प्रयोग गर्न सकिन्छः (क) गैह-कानूनी हिंसाबाट कुनै पनि व्यक्तिलाई संरक्षण गर्नु पर्ने भएमा, (ख) वैध पकाऊ गर्नु परेमा, वा कानूनी थुनछेक गर्दा भाग्न खोजेमा, वा (ग) दङ्गा वा विष्व दबाउन कानूनी कारबाही गर्नु परेमा।”⁴²²

कानून कार्यान्वयन गर्ने अधिकारीद्वारा वल तथा गोलीगटाको प्रयोग सम्बन्धी राष्ट्र संघीय आधारभूत सिद्धान्त ले जीवनको हरण स्वेच्छाचारी होला कि भनेर वल प्रयोगको कानूनी औचित्यता तथा त्यसको आधारको वारेमा सपष्ट संकेत गरेको छ। यसका अतिरिक्त, विधिशास्त्रले वल प्रयोगको कानूनी औचित्यता तथा जीवन हरणको स्वेच्छाचारिता वारे समीक्षा गर्ने सन्दर्भमा निकै आधारहरु (criteria) दिएका छन्। उदाहरणको लागि, मानव अधिकार समितिले के निर्देश गरेको छ, भने घातक वल(शक्ति)को प्रयोग प्रतिरोधात्मक चेतावनी दिएर, र पीडितलाई आत्म-समर्पण गर्ने मौका दिएर तथा “तीनीहरुको आफैनै वा अन्य व्यक्तिहरुको सुरक्षा, वा [...] सम्बन्धित व्यक्तिको पकाऊ कार्यान्वयन गर्न वा भागि जाने डर भएमा रोक्ने⁴²³ प्रयोजनको लागि” नितान्ते जरुरी भएको अवस्थामा मात्रै गर्नु पर्दछ। मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतले महासन्धिद्वारा औल्याइएका वल प्रयोगका आधारहरु मात्रै मान्य हुन्छन् भनी फैसला-अनुमोदन गरेको छ, र के निर्देश गरेको छ, भने “राज्यको कारबाही ‘लोकतान्त्रिक समाजको लागि आवश्यक छ’ भन्ने कुराको निर्णय गर्नु पर्दा सामान्यतया आवश्यकताको कठोरता अपनाई सोको वाध्यकारी परिक्षण गर्नु पर्दछ। [...] खासगरी, त्यसरी गरिएको वल प्रयोग यूरोपेली महासन्धि मा उल्लेखित उद्देश्य प्राप्ति प्रति कठोरतापूर्वक समानुपातिक हुनु जरुरी पर्दछ।”⁴²⁴

३.३. संक्षिप्त हत्या तथा मृत्युदण्ड

यद्यपि अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकार कानूनले स्वेच्छाचारीदङ्गले जीवन हरण गर्न नपाउने अधिकार को अवन्देजपूर्ण मान्यता स्थापित गरेको छ, तापनि यसले मृत्युदण्डको प्रावधानलाई उपयुक्त एवं वन्देजपूर्ण शर्तमा भने स्वीकारेको छ। अनुबन्ध (ICPR) र मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासन्धिहरु दुवैले “स्वैभन्दा गम्भीर अपराध”⁴²⁵ वापतको मृत्युदण्डलाई वन्देज गरेको छ र यस

422 मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासन्धि को धारा २(२)।

423 Views of 31 March 1982, Case of *Suarez de Guerrero v. Colombiastice and others*, Communication No. 45/1979, paras. 13.1 and 13.2, in UN Doc. CCPR/C/15/D/45/1979.

424 Case of *McCann and Others v. The United Ktgdom, doc. Cit.*, paras. 148-149.

425 हेनुहोस् : अनुबन्ध (ICPR)को धारा ९ र मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासन्धि को धारा ४। यो पनि हेनुहोस् : मानव अधिकार सम्बन्धी अरब बडापत्र को धारा ५, ६ र ७।

मापदण्डले परम्परागत अन्तराधिकार कानूनकोरुप⁴²⁶ लिने दिशामा सहमति बन्दै छ। मृत्युदण्डको सजाय पाएका व्यक्तिहरुको अधिकार संरक्षणको प्रत्याभूति गर्ने राष्ट्र संघीय सुरक्षा व्यवस्थाहरुले गम्भीरतापूर्वक उल्लेख गरेको छ, “मृत्युदण्ड सबैभन्दा गम्भीर अपराधहरुको लागि मात्रा कार्यान्वयन हुन सक्छ – यसको अर्थ हो, त्यसको क्षेत्र घातक वा अन्य ज्यादै गम्भीर परिणाम दिने मनशायपूर्ण अपराध भन्दा पर जानु हुदैन।”⁴²⁷ मानव अधिकार समितिले थप प्रष्ट पारेको छ कि आर्थिक प्रकृतिका अपराधहरु, भ्रष्टाचार, व्यभिचार, वा ती अपराधहरु जसले जीवनको क्षति गर्दैन, धर्म परिवर्तन, तेसो-लिङ्गीको समलैंगिक कार्य, सरकारी अधिकारीहरुद्वारा गर्ने संपति दपोट, ईत्यादिलाई “सबैभन्दा गम्भीर अपराध” अन्तर्गत राख्न सकिदैन।”⁴²⁸

मानव अधिकार सम्बन्धी राष्ट्र संघीय पूर्व आयोगले के उल्लेख गरेको छ भने, “सबैभन्दा गम्भीर अपराधहरु”को धारणा घातक वा ज्यादै गम्भीर परिणाम निकाल्ने मनशायपूर्ण अपराध भन्दा वाहिर नजाने भएकाले आर्थिक अपराधहरु, धार्मिक उपासना वा विचार अभिव्यक्ति तथा वयस्क वीचको सहमतीय लैंगिक सम्बन्ध जस्ता अहिंसात्मक कार्यहरुका लागि मृत्युदण्ड दिइन्न, न त कैदसजाय नै तोकिन्छ।”⁴²⁹ “सबैभन्दा गम्भीर अपराधहरु” नमानिने अपराधहरुको लागि मृत्युदण्डको सजाय तोक्नु र सोको कार्यान्वयन गर्नुलाई सक्षिप्त हत्या (summary executions) भनिन्छ र त्यसले जीवनको अधिकारको उलझन गर्दछ।

मानव अधिकार समितिले औल्याएको छ कि अनुवन्ध (ICCPR) को धारा ६ ले “सामान्यतः यस मृत्युदण्डलाई कडा शब्दमा अन्त्य(abolition) गर्ने सुझाव दिइएको छ। [...] (यसको) खरेजी वान्धनीय छ। [...] उक्त सजायलाई खरेजी गर्ने कदमहरुलाई भने जीवनको अधिकारको उपभोगका लागि एउटा अग्रगमनको रूपमा हेर्नु पर्दछ।”⁴³⁰ मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी अदालतले उल्लेख गरेको छ कि “मृत्युदण्ड सम्बन्धी परम्परागत कानूनहरु विस्तारै समाप्त गर्ने सिलसिलामा यसको प्रयोगलाई घटाउन यसको प्रयोग र क्षेत्रको कठोरतापूर्वक परिसिमन गर्ने किसिमबाट व्याख्या गर्नु पर्दछ।”⁴³¹ वालवालिकाको अधिकार सम्बन्धी महासन्धि (धारा ३७(१)) तथा वालवालिकाको अधिकार तथा कल्याण सम्बन्धी अफ्रिकी बडापत्र (धारा ५.३)ले १८ वर्ष मुनि उमेरका व्यक्तिले गरेका अपराध वापत दिइने मृत्युदण्डको सजायलाई निषेध गरेको छ – सन्धि प्रणालीहरुमा दृढतापूर्वक स्थापित गरिएको छ – विश्वव्यापी⁴³²

426 See for example, UNOG, *Human Rights Council Discusses the Death Penalty, Institution Building and Other Issues*, Press Release, 29 March 2007 (remarks by Slovenia, the United States and Singapore); Frank Gaffney, *Right of Reply on the Death Penalty*, Statement by the U.S. Mission to the OSCE, 9 October 2003.

427 मृत्युदण्ड पाएका व्यक्तिहरुको अधिकारको संरक्षण प्रत्याभूतिगर्ने राष्ट्र संघीय सुरक्षा व्यवस्था को धारा १।

428 सवान्धित हेर्नहोसः मानवाधिकार समितिको अत्तिम् निष्कर्ष : ईरानी ईस्लामिक गणतन्त्र, UN Doc. CCPR/C/79/Add.25, 3 August 1993, para. 8 तथा मानव अधिकार समितिको अत्तिम् निष्कर्ष : सुडान, Un Doc. CCPR/C/79/Add.85, 19 November 1997, para. 8.

429 प्रस्ताव नं. 2005/59, मृत्युदण्डको प्रश्न , 20 April 2005, para. 6.f.

430 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं. ६ doc. Cit., para. 6.

431 Judgment of 21 June 2002, Case of *Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago*, para. 99. See also, Advisory Opinion OC-3/83, *Restrictions to the Death Penalty(Articles 4(2) and 4(4) American Convention on Human Rights)*, of 8 September 1983, para. 57.

432 अनुवन्ध (ICCPR) को दोस्रो ऐच्छिक आलेख र वालवालिका संबन्धी महासन्धि, (धारा ३७)

तथा क्षेत्रीय तहहरूमा⁴³³ मृत्युदण्ड विस्तारै सामान्य अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको एक हिस्सा बन्दैछ ।

अन्तर्राष्ट्रिय मापदण्ड तथा विधिशास्त्र अनुसार, दण्ड-सजाय वारेमा पुनरावेदन दिन पाउने अधिकार लगायत सम्पूर्ण न्यायिक प्रत्याभूतिहरूको परिपालना गरेर एउटा स्वतन्त्र, निष्पक्ष तथा सक्षम न्यायाधिकरणद्वारा अन्तिम स्वच्छ सुनुवाई गरी फैसला गरिसके पर्छि मात्र मृत्युदण्ड कार्यान्वयन गर्नु पर्दछ । मानव अधिकार समितिले के भनेको छ भने “त्यहा (कानून भित्र) तोकिए बमोजिमका विधि-प्रक्रियाहरूको परिपालना भएको हुनु पर्दछ – जस्तै एउटा स्वतन्त्र न्यायाधिकरणको स्वच्छ सुनुवाई, निर्दोषिताको पूर्वानुमान, संरक्षणको लागि न्यूनतम् प्रत्याभूतिहरू तथा एउटा उच्च न्यायाधिकरणद्वारा पूर्वानुचार गर्न पाउने अधिकार लगायतका विधि-प्रक्रियाहरू छन् ।”⁴³⁴ मृत्युदण्डको सजाय पाएका व्यक्तिहरूलाई प्रदान गर्नु पर्ने प्रत्याभूति सम्बन्धमा, मृत्युदण्डको सजाय पाएका व्यक्तिहरूको अधिकार संरक्षणको प्रत्याभूति गर्ने राष्ट्र संघीय सुरक्षा व्यवस्थाहरू⁴³⁵ घोषणात्मक कानून अन्तर्गत एउटा महत्वपूर्ण निर्देशिका हो । यसका अतिरिक्त, केही निश्चित समूहका व्यक्तिहरूलाई अन्तर्राष्ट्रिय कानून बमोजिम मृत्युदण्डको सजाय दिइदैन : ती व्यक्तिहरू हुन् – जो वारदात गरेको वेला उमेरमा १८ वर्ष मुनिका, गर्भवती महिला, नयां आमाहरू वा मानसिक रूपले अस्वस्थ व्यक्तिहरू ।⁴³⁶

३.४ ज्यान मार्ने धम्की

ज्यान मार्ने धम्कीले जीवनको अधिकारलाई नजरअन्दाज गर्ने मात्र होइन, बरु अनुबन्ध (*ICCPR*) को धारा ९ तथा मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्र को धारा ३ ले प्रदान गरेका व्यक्तिको सुरक्षाको अधिकार समेतलाई अवमूल्यन गरेको हुन्छ । ज्यान मार्ने धम्की सम्बन्धमा राष्ट्र संघीय मानव अधिकार समितिले निम्न कुरा निर्देश गरेको छ :

433 Within the Council of European context, see Protocols 6 and 13 to the *European Convention on Human Rights*, and jurisprudence from the European Court of Human Rights (i.e: Judgment of 12 March 2003, Case of Öcalan v. Turkey, Application No. 46221/99). यूरोपेली संघ (EU) भित्रको सन्दर्भमा हेन्होस् : यूरोपेली संघको मौलिक अधिकारको बडापत्र (धारा २) जहाँसम्म अन्तर-अमेरिकी प्रणालीको सवाल छ, हेन्होस् : मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासंघिय (धारा ४.१) र मृत्युदण्ड हटाउने अमेरिकी महासंघियको आलेख । मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासंघिय पारित हुनु अगावै सन् १९६९ मा १९ प्रतिनीधि माडलहरू मध्ये १४ ले “मृत्युदण्डको सजाय हटाउने ढृढ़ अपेक्षा राखेको” घोषणा गरे । (OAS document OAE/Ser.K/XVI/1.2, p. 467-The desirable state of affairs in the hemisphere).

434 मानव अधिकार समिति :

435 मृत्युदण्ड पाएका व्यक्तिहरूको अधिकारको संरक्षण प्रत्याभूतिगर्ने सुरक्षा व्यवस्थाहरू, अर्थक तथा सामाजिक परिषदको प्रस्ताव १९६४/५० द्वारा अनुमोदन गरिएको, मई २५, १९६४ ।

436 हेन्होस् : अनुबन्ध (*ICCPR*) (धारा ६.५); वालवालिकाको अधिकार सम्बन्धी महासंघिय (धारा ३७.(क)); मृत्युदण्ड पाएका व्यक्तिहरूको अधिकारको संरक्षण प्रत्याभूतिगर्ने राष्ट्र संघीय सुरक्षा व्यवस्थाहरू (धारा ३); मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासंघिय (धारा ४, ५); वालवालिकाको अधिकार तथा कल्याण सम्बन्धी अफ्रिकी बडापत्र (धारा ५. ३), र अफ्रिकामा मानव तथा जनअधिकारको अफ्रिकी बडापत्रको सन्दर्भमा महिला अधिकार सम्बन्धी आलेख धारा ४)

“यद्यपि महासन्धिमा धारा ९ अनुसार, व्यक्तिको सुरक्षाको अधिकारलाई कानूनी स्वतन्त्रता विमुखिकरण गरिएको अवस्थामा मात्रै संकुचन गर्ने मनशाय लिएको थियो भन्ने कुनै प्रमाण छैन। [...] कानून अनुसार, यस्तो हुन सक्दैन कि ऊ वा तिनी पकाऊ परेको छैन वा अन्यथा थुनछेक गरिएको छैन भन्ने आधारमा मात्र राज्यले आफ्नो क्षेत्राधिकार भित्रका व्यक्तिहरुको जीवन माथि आई पर्ने धम्कीहरु उपर बेवास्ता गर्न मिल्दैन। तिनीहरुको संरक्षणको लागि, यथोचित एवं उपयुक्त कदमहरु उठाउनु राज्यको दायित्व अन्तर्गत पर्दछ। राज्य-पक्षले आफ्नो क्षेत्राधिकार भित्रका थुनामा नपरेका व्यक्तिहरुको वैयतिक सुरक्षा माथिको धम्कीको बेवास्ता गर्ने गरी धारा ९ को ब्याख्या गर्ने हो भने महासन्धिको प्रत्याभूति पूर्णतः अप्रभावकारी सावित हुन जान्छ।”⁴³⁷

मानव अधिकार समिति तथा मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी आयोगले निष्कर्ष निकालेको छ, कि ज्यान मार्ने धम्की सम्बन्धमा राज्यको निष्क्रियता जीवनको अधिकारको उलझन हो।⁴³⁸

४. लैंड्रिक अभिमुखिकरण तथा लैंड्रिक पहिचान र जीवनको अधिकार

यो स्वयमसिद्ध तथ्य हो कि राज्यले लैंड्रिक अभिमुखिकरण वा लैंड्रिक पहिचानको आधारमा कुनै पनि व्यक्तिको जीवन-हरण गर्नु हुँदैन। वयस्क वीचको सहमतीय समलैंड्रिक कार्य वा लैंड्रिक सम्बन्ध गरे वापत प्राण-दण्डको सजाय दिनु वा लैंड्रिक अभिमुखिकरण वा लैंड्रिक पहिचानको कारण गैह-न्यायिक हत्या गर्नु वा ज्यान मार्नु जीवनको अधिकारको निकृष्ट उलझन हो।⁴³⁹ संयुक्त राष्ट्र संघीय, साधारण सभाले “आफ्नो अधिकार क्षेत्रका सम्पूर्ण व्यक्तिहरुको जीवनको अधिकारको सुरक्षा सुनिश्चित गर्नु” राज्यहरुको दायित्व भएको तर्फ सचेत गराउदै आएको छ, र

437 संरासं मानव अधिकार समिति: Views of July 12, 1990, Case of *William Eduardo Delgado Páez v. Colombia*, Communication N0. 195/1985, para. 5.5 in UN. Doc. CCPR/C/39/D/195/1985. See also, Views of 20 March 2000, Case of *Carlos Dias v. Angola*, Communication N0. 711/1996, para. 8.3, in UN. Doc. CCPR/C/ 68/D/711/1996; Views of 25 October 2000, Case of *Rodger Chongwe v. Zambia*, Communication N0. 821/1998, para. 5.3, in UN. Doc. CCPR/C/70/D/821/1998; and Views of 25 March 2002, Case of *Luis Asdrúbal Jiménez Vaca v. Colombia*, Communication N0. 859/1999, para. 7.1.

438 मानव अधिकार समिति :Views of 25 March 2002, Case of *Luis Asdrúbal Jiménez Vaca v. Colombia*, Communication N0. 859/1999, para. 7.3 and Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 32/90, Case 10.222 (Peru).

439 निम्न कुरा लागायत हेर्नुहोस: मानव अधिकार समिति : *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Sudan*, in UN Doc. CCPR/C/79/Add.85, 19 November 1997, para. 8; Former UN Commission on Human Rights, Resolution No. 2005/59, *The question of the death penalty*, of 20 April 2005, para. 6.f and Resolution No. 2003/67, *The question of the death penalty*, of 24 April 2003, para. 4.d; UN General Assembly, Resolution on "Extrajudicial, summary or arbitrary executions" No. 61/173 of 19 December 2006, No. 59/197 of 20 December 2004 and No. 57/214 of 18 December 2002; Reports of the Special Rapporteur on Extrajudicial, summary or arbitrary executions, *Mr. Philip Alston, Addendum: Mission to Nigeria*, in UN Doc. E/CN.4/2006/53/Add.4 of 7 January 2006; Reports of the Special Rapporteur on Extrajudicial, summary or arbitrary executions, *Mr. Philip Alston, Addendum: Mission to Guatemala*, A/HRC/4/20/Add.2, 19 February 2007; Reports of the Special Rapporteur on Extrajudicial, summary or arbitrary executions, E/CN.4/2003/3, 25 January 2000, para. 116.

सबै राज्यहरूलाई आव्हान गरेको छ, “लैज़िक अभिमुखिकरण लगायतका कुनै विभेदकारी कारणद्वारा मारिएका सम्पूर्ण मुद्दाहरु तत्परतापूर्वक एवं पूर्णरूपले केलाउनु पर्दछ” भन्ने कुरामा सबै राज्यहरूले सरोकार राख्नु पर्दछ र “त्यस्तो गर्ने जवाकदेही-पीडकहरूलाई एउटा सक्षम स्वतन्त्र तथा निष्पक्ष न्यायपालिका समक्ष उभ्याई न्याय-निसाफ तरफ डो-न्याउनु र सुरक्षा बलहरु, अर्द्ध-सैनिक टुकडीहरु वा निजी बलहरूद्वारा गरिने यस्ता हत्या-हिंसाहरु प्रति सरकारी अधिकारी वा कर्मचारीहरूबाट न त आँखा चिम्लनु मिल्छ, न त सम्मति नै गर्न मिल्छ।”⁴⁴⁰

अनुवन्ध (ICCPR)को धारा ६ तथा मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासंघिया समेत यो कुरा दोहोच्चाइएको छ, कि मृत्युदण्डको सजाय सबैभन्दा गम्भीर अपराधहरुका लागि मात्रै दिन सकिन्छ – जहां लैज़िक अभिमुखिकरणका विषयहरूलाई यस्बाट बाहिर पार्नु पर्दछ भन्ने अपेक्षा गरिएको छ। मानव अधिकार समितिले के सुनिश्चित गरेको छ भने समलैज़िक कार्य “सबैभन्दा गम्भीर अपराधहरु” अन्तर्गत पर्न सबैदैन,⁴⁴¹ र मानव अधिकार सम्बन्धी राष्ट्र संघीय पूर्व आयोगले भनेको छ कि वयस्क वीचको सहमतीय लैज़िक सम्बन्ध गरे वापत मृत्युदण्डको सजाय दिइदैन।⁴⁴² गैह-न्यायिक, सक्षिप्त तथा स्वेच्छाचारी हत्याहरु सम्बन्धमा संयुक्त राष्ट्र संघीय विशेष प्रतिवेदनमा स्पष्ट उल्लेख गरिएको छ कि पुरुषमेह जस्ता निजी लैज़िक अभ्यास गरे वापत मृत्युदण्डको सजाय दिनु अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको उलझन हो।⁴⁴³

जीवनको अधिकारले आफ्नो लैज़िक अभिमुखिकरण वा लैज़िक पाहिचानको आधारमा राज्यका आफ्ना अभिकर्ताहरू(agents)द्वारा गरिने व्यक्तिको जीवनको हरणलाई निषेध गरी नकारात्मक कानूनी कर्तव्य स्थापित गरेको छ। उत्तिकै समानरूपले सकारात्मक कानूनी कर्तव्य पनि रहेको हुन्छ – जसले राज्यका अभिकर्ता वा तेस्रो पक्षहरूबाट हुने अपराधहरुको लागि प्रोत्साहन गर्ने वा सहजीकरण गर्ने जस्ता समाजका कुनै प्रवृत्ति वा स्थितिहरुको सम्बोधन गरी कानून तोड़ने हरूलाई रोक्ने, निषेध गर्ने वा दण्डित गर्ने सम्बन्धमा सम्पूर्ण उपयुक्त कदमहरु चाल्न राज्यलाई वाध्यकारी बनाउँछ। यस अन्तर्गत कानून कार्यान्वयन गर्ने संयन्त्रहरूद्वारा समर्पित व्यक्ति विरुद्धका अपराधहरूलाई रोक्ने प्रभावकारी फौजदारी कानूनका प्रावधानहरु तर्जुमा गरी यस्ता प्रावधानहरु भङ्ग गर्नेहरूलाई माथि प्रतिकार गर्ने, दमन एवं सजाय गर्ने कुराहरु पर्दछन्।⁴⁴⁴

440 गैह-न्यायिक, सक्षिप्त वा स्वेच्छाचारी हत्या सबैन्धी साधारण सभाको प्रस्ताव नं. 57/214, 61/173, 18 December 2002, para. 6. यो पनि हेन्तोसः गैह-न्यायिक, सक्षिप्त वा स्वेच्छाचारी हत्या सबैन्धी प्रस्ताव नं. 61/173, 16 December 2006, para. 5(b).

441 See *inter alia: Concluding Observations of the Human Rights Committee: Islamic Republic of Iran*, UN Doc. CCPR/C/79/Add.25, 3 August 1993, para. 8 and *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Sudan*, in Un Doc. CCPR/C/79/Add.85, 19 November 1997, para. 8.

442 Resolution No. 2005/59, *The question of the death penalty*, of 20 April 2005, para. 6.f.

443 गैह-न्यायिक, सक्षिप्त वा स्वेच्छाचारी हत्या सबैन्धी विशेष प्रतिवेदकको प्रतिवेदन, श्री फिलिप याल्स्टन, अडेनडम : नाइजेरिया मिशन, UN Doc. E/CN.4/2006/53/Add.4 of 7 January 2006, para. 37.

444 European Court of Human Rights, Judgement of 26 July 2007, Case of *Angelova and Ilive v. Bulgaria*, Application No. 55523/00, para. 93; and Judgement of 28 October 1998, Case of *Osman v. The United Kingdom*, Application No. 87/1997/871/1083, para. 115. अदालत समक्ष उपस्थित भएका व्यक्तिहरूले यस प्रकार स्वीकार गरेका छन् कि महासंघिको धारा २ राम्ररी परिभाषित भएका खास परिस्थितिहरुमा लागु हुन सक्छ : सरकारी अधिकारी माथि पनि त्यस्तो व्यक्ति जसको जीवन अर्का व्यक्तिको फौजदारी कार्यबाट जोखिमयुक्त छ, लाई संरक्षण गर्ने सिलसिलामा प्रतिरोधात्मक कदम चाल्ने एउटा सकारात्मक दायित्व निहित रहेको हुन्छ।

यो सकारात्मक दायित्व अन्तर्गत राज्यका अभिकर्ताहरुको क्रियाकलापबाट लैंगिक अभिमुखिकरण वा लैंगिक पहिचान भएकाहरुको सम्बन्धमा जीवनको अधिकारको उलझनको व्यापक परिवेश भित्र अवहेलना नगरिएला, तर राज्यद्वारा तिनीहरुको जीवन रक्षा गर्न चालिएका कदमहरु असफल भएर वा राज्य-निष्क्रिय भएर यस्ता कार्य हुने गर्दछन्।

मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी अदालतले थप परिभाषित गरेको छ :

“राज्यद्वारा जीवनको अधिकारको सक्रिय संरक्षण गरिने कार्य अन्तर्गत राज्यका सांसदहरु मात्रै पर्ने होइन, राज्यका सबै निकायहरु र सुरक्षा प्रदान गर्नेहरु – चाहे तिनीहरु प्रहरी वा सशस्त्र बलहरु किन नहोऊन, सबै पर्दछन्। परिणामस्वरूप, राज्यले आवश्यक पर्ने कदमहरु चाल्नै पर्दछ – व्यवस्थापिकीय, प्रशासनिक तथा न्यायिक तहहरुमा मात्रै होइन – अपराध संहिताका मान्यता निर्धारण गरी न्याय प्रणाली स्थापित गरेर, फौजदारी कार्यको कारणबाट जीवन हरण गर्ने कार्यलाई निषेध गर्ने, अन्त्य गर्ने तथा दण्डित गर्ने मात्र पनि होइन – अन्य व्यक्तिहरुको फौजदारी कार्यहरुबाट निर्दोष व्यक्तिहरुलाई जोगाउने, संरक्षण गर्ने र प्रभावकारीढङ्गले यस्ता परिस्थितिहरुको छानविन-अनुसन्धान गर्ने कार्यहरु समेत पर्दछन्।”⁴⁴⁵

यो पनि जरुरी छ कि यस प्रकारले यस्तो कार्य तत्परतापूर्वक तथा यथोचित गतिका साथ सम्पन्न गरिनु पर्दछ।⁴⁴⁶ लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचान भएकाहरुको जीवनको अधिकार सम्बन्धी सवालहरुको सम्बोधन गरिरहदा, व्यवस्थापिकीय, न्यायिक तथा प्रशासनिक कदमहरु सोही अनुरुप चाल्नु राज्यको कर्तव्य हुन जान्छ। यसको लागि ती कदमहरु चाल्न र त्यसको प्रभावकारिता दुवैको प्रत्याभूति गर्न राजनैतिक प्रतिवद्धता चाहिन्छ। जीवनको रक्षाको प्रत्याभूति गर्ने सिलसिलामा गैह-न्यायिक, संक्षिप्त वा स्वेच्छाचारी हत्या सम्बन्धी राष्ट्र संघीय विशेष प्रतिवेदकले के उल्लेख गरेको छ भने, “हत्या र ज्यान मार्ने धम्की वारे अधिकारीहरुद्वारा सम्बन्धित व्यक्ति वा व्यक्तिहरुको लैंगिक पहिचान विना नै तत्परतापूर्वक तथा पूर्णरूपले अनुसन्धान गरिनु पर्दछ। त्यस्ता कदमहरु मध्ये समलैंगिक व्यक्तिहरु विरुद्ध हुने घृणा-द्वेष एवं पक्षपातको अन्त्य गर्ने नीति तथा कार्यकमहरु तर्जुमा गरिनु पर्दछ; साथै, सरकारी अधिकारीहरु तथा सर्वसाधारणहरुलाई लैंगिक अल्पसंख्यकका व्यक्तिहरु विरुद्ध लक्षित हिसा एवं अपराधहरु प्रति पनि सचेत गराउनु उत्तिकै जरुरी पर्दछ।”⁴⁴⁷

लैंगिक अभिमुखिकरण वा फरक लैंगिक पहिचान भएका व्यक्तिहरु विरुद्ध सामाजिक कलङ्ग लगाई पक्षपात गर्ने गरिएको भेटिएको छ।⁴⁴⁸ फरक-लैंगिक (LGBT) व्यक्तिहरु वा लैंगिक अल्पसंख्यकका

445 Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 1 July 2006, Case of *The Ituango Massacres v. Colombia*, para. 131.

446 Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 29 November 2006, Case of *La Cantuta v. Peru*.

447 गैह-न्यायिक, संक्षिप्त वा स्वेच्छाचारी हत्या सबन्धी विशेष प्रतिवेदकको प्रतिवेदन, E/CN.4/2002/74, 9 January 2002, para. 148. यो पनि हेर्नहोस : गैह-न्यायिक, संक्षिप्त वा स्वेच्छाचारी हत्या सबन्धी विशेष प्रतिवेदकको प्रतिवेदन, E/CN.4/2001/9, 11 January 2001, para. 118.

448 गैह-न्यायिक, संक्षिप्त वा स्वेच्छाचारी हत्या सबन्धी विशेष प्रतिवेदकको प्रतिवेदन, E/CN.4/2001/9, 11 January 2001, para. 50.

व्यक्तिहरु उपर ज्यान मार्ने धम्की तथा जीवनको अधिकारको उलझन लगायत हिंसा तथा मानव अधिकार दुव्यवहारको लागि दण्डहीनताको परिस्थितिमा निकै जोखिमपूर्ण हुन्छन् । गैह-न्यायिक, संक्षिप्त वा स्वेच्छाचारी हत्याहरु सम्बन्धी संयुक्त राष्ट्र संघीय विशेष प्रतिवेदकले उल्लेख गरेको छ कि समलैङ्गिक पहिचान भएका व्यक्तिहरुलाई तिनीहरुको लैङ्गिक अभिमुखिकरणको कारण एउटा जोखिमपूर्ण वर्गकोरुपमा लिइएको छ – जो प्रत्यक्षरूपले गैह-न्यायिक हत्याको लागि लक्षित हुन सक्छन्, वा जस्तमाथि गैह-न्यायिक हत्या वा ज्यान मार्ने धम्की हुने प्रवल संभावना हुन्छन् ।⁴⁴⁹ आम संचारको केही संवेदनशील माध्यमहरूले लैङ्गिक अभिमुखिकरणसंग सम्बन्धित सवालहरुमा पक्षपात हुने गरेको एवं एउटा दण्डहीनताको वातावरण सृजना गर्ने गरेको र लैङ्गिक अल्पसंख्यकका व्यक्तिहरु विरुद्ध हुने गरेको अपराधहरु प्रति विल्कुलै वेवास्ता गर्ने गरेको घटनाहरु समाचारपत्रहरुमा निरन्तर छापिने गरेकाछन् । दण्डहीनता भनेको एउटा कमजोर एवं अपूर्ण न्याय प्रणालीको परिणाम हो – जहां जीवनको अधिकारको उलझन लगायतका मानव अधिकार हननका मुद्दाहरु प्रति या त अनुसन्धान वा पूर्पक्ष गर्न वेवास्ता गर्दछन् या असफल हुन्छन् ।⁴⁵⁰

गैह-न्यायिक, संक्षिप्त वा स्वेच्छाचारी हत्या सम्बन्धी राष्ट्र संघीय विशेष प्रतिवेदकले अन्ततोगत्वा ठहर गरेको छ कि : “लैङ्गिक अभिमुखिकरणको अपराधिकरणबाट मुक्त गर्ने विषयले लैङ्गिक अल्पसंख्यक व्यक्तिहरुलाई लागेको सामाजिक कलड़लाई पराजित गर्न ठूलो सहयोग पुरोको छ र त्यसबाट यस्ता व्यक्तिहरु विरुद्ध लक्षित मानव अधिकार उलझन सम्बन्धी दण्डहीनतालाई रोक्न सकिन्छ । लैङ्गिक अभिमुखिकरणका विषयहरु कुनै पनि हालतमा मृत्युदण्डद्वारा दण्डनीय बनाउनु हुदैन ।”⁴⁵¹

सारांश

- आफ्नो लैङ्गिक अभिमुखिकरण वा लैङ्गिक पहिचानका कारणले कसैको पनि जीवन हरण गरिनु हुदैन;
- जीवन र स्वेच्छाचारी ढङ्गले जीवन हरण हुनु नपर्ने अधिकार अन्तर्राष्ट्रिय मानव अधिकार कानूनद्वारा स्वीकृत तथा सरक्षित छ । जीवनको अधिकारको संरक्षणको क्षेत्र फराकिलो रूपबाट व्याख्या गरिनु पर्दछ र यसको सिमा प्रति कठोर व्याख्या सम्म गर्ने पुग्नु पर्दछ;
- वयस्कहरु बीच सहमतीय समलैङ्गिक कार्य वा लैङ्गिक सम्बन्ध राख्ने वापत गरिने मृत्युदण्डको सजाय – जस्ले संक्षिप्त हत्या पनि गराउने गर्दछ, सो कार्य जीवनको अधिकारको निष्कृष्ट उलझन हो;
- स्वेच्छाचारी ढङ्गले जीवनको हरण नगरिने व्यक्तिको अधिकारको रक्षा गर्ने राज्यको दायित्व सर्वोपरि हो र यो राज्यले कुनै पनि हालतमा वन्देज गर्न नसक्ने दायित्व भित्र पर्दछ,

449 गैह-न्यायिक, संक्षिप्त वा स्वेच्छाचारी हत्या सम्बन्धी विशेष प्रतिवेदकको प्रतिवेदन, E/CN.4/2000/3, 9 January 2000.

450 गैह-न्यायिक, संक्षिप्त वा स्वेच्छाचारी हत्या सम्बन्धी विशेष प्रतिवेदकको प्रतिवेदन, E/CN.4/2000/3, 25 January 2000, para. 57, 89 and 116.

451 गैह-न्यायिक, संक्षिप्त वा स्वेच्छाचारी हत्या सम्बन्धी विशेष प्रतिवेदकको प्रतिवेदन, E/CN.4/2000/3, 25 January 2000, para. 116.

- जीवनको अधिकारले यो मात्र अनुमान गर्दैन कि कुनै पनि व्यक्ति स्वेच्छाचारी ढङ्गबाट उसको जीवन-हरण नहुनु पर्ने व्यक्तिको अधिकारमा मात्रै सिमित छैन(नकारात्मक दायित्व), अपितु यो गैङ्ग-राज्यीय तत्वहरु समेतबाट जीवनको अधिकारको रक्षा तथा संरक्षण गर्ने सन्दर्भमा राज्यले गर्नु पर्ने आवश्यक कदमहरु समेत समावेश गर्नु जरुरी पर्दछ (सकारात्मक दायित्व);
- व्यक्तिलाई ज्यान मार्ने धम्कीबाट जोगाउन यथोचित तथा उपयुक्त कदम चाल्नु राज्यको दायित्व हो;
- जीवनको अधिकारको संरक्षण गर्ने कर्तव्य अन्तर्गत आफ्नो जीवनको स्वेच्छाचारी हरणको वास्तविक जोखिम् हुने मूलकमा फर्काउने, देश-निकाला गर्ने, सुपुर्दर्गी गर्ने, निस्काशन गर्ने, हस्तान्तरण गर्ने वा अन्यथा गरी पठाउने कुराहरुको अन्त्यको साथसाथै लैंगिक अभिमुखिकरण वा लैंगिक पहिचानको आधारमा गरिने जीवन-हरण लगायतका कुराहरु पर्दछन्।

“यातना वा कुर अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहारको निषेधको सर्वोपरि प्रकृति माथि कुनै पनि परिस्थितिमा वन्देज गर्न सकिदैन । यस्ता व्यवहारहरूलाई समाजको हित तथा व्यक्तिको अधिकार बीच सन्तुलन हुने गरी कुनै औचित्य सावित गर्न सकिदैन ।”

— मानव अधिकार समिति⁴⁵²

च. यातना तथा दुर्घटव्यवहार

१. यातना तथा दुर्घटव्यवहार निषेधको प्रकृति तथा दायरा

मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्रमा के उल्लेख छ भने “कसैलाई पनि यातना तथा कुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार वा सजाय गरिने छैन ।” अन्तर्राष्ट्रिय तथा क्षेत्रीय दुवै खाले सम्पूर्ण मानव अधिकार सम्बन्धी सन्धिहरूले यातना तथा कुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार वा सजायलाई पूर्णतः निषेध गर्दछन्।⁴⁵³ यसका अतिरिक्त, धेरै अन्तर्राष्ट्रिय मापदण्डहरूले पनि यस निषेधको पुनरावृति गर्दछन्।⁴⁵⁴

452 मानव अधिकार समितिको अंतिम निष्कर्ष : क्यानडा CCPR/C/CAN/CO/5, 20 April 2006, para. 15.

453 अनुवन्ध (ICCPR) (धारा ७); यातना तथा अन्य कुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार वा सजाय; वालवालिकाको अधिकार सम्बन्धी महासन्धि (धारा ३७क); सम्पूर्ण आप्रवासी कामदार तथा तिनका परिवार सदस्यहरूको अधिकारको संरक्षण सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय महासन्धि (धारा १०); अपाङ्गता भएका व्यक्तिहरूको अधिकार सम्बन्धी महासन्धि (धारा १५.१); मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासन्धि (धारा ३); मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासन्धि (धारा ५); यातना रोक्ने तथा सजाय गर्ने अन्तर-अमेरिकी महासन्धि; महिला विरुद्ध हिंसाको प्रतिरोध, सजाय तथा निराकरण सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी महासन्धि (धारा ४. ग); मानव अधिकार सम्बन्धी अरब बडापत्र (धारा ८); मानव तथा जनअधिकार सम्बन्धी अफ्रिकी बडापत्र (धारा ५); वालवालिकाको अधिकार तथा कल्याण सम्बन्धी अफ्रिकी बडापत्र (धारा ९६); र अफ्रिकामा मानव तथा जनअधिकारको अफ्रिकी बडापत्रको सन्दर्भमा महिलाहरूको अधिकार सम्बन्धी आलेख (धारा ४)।

454 निम्न कुरा लगायत हर्नुहोसः सम्पूर्ण व्यक्तिहरूलाई यातना तथा अन्य कुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार वा सजायबाट संरक्षण गर्नु पर्ने राष्ट्र संघीय घोषणा; कुनै प्रकारको थुनछेक वा कारावास पाएका सम्पूर्ण व्यक्तिहरूको संरक्षणको लागि बनेको राष्ट्र संघीय सिद्धान्तहरूको संगालो (सिद्धान्त ६); कैदी तथा थुनुवाहरूको संरक्षणमा यातना, तथा अन्य कुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार वा सजाय विरुद्ध कैदी तथा थुनुवाहरूको संरक्षणमा स्वास्थ्यकर्मी- खासगरी औषधि विशेषज्ञले निर्वाह गर्नु पर्ने भूमिका विषयक चिकित्सकीय नैतिकता सम्बन्धी सिद्धान्तहरू; यातना तथा अन्य कुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार वा सजायको प्रभावकारी अनुसन्धान तथा प्रमाणिकरण सम्बन्धी सिद्धान्तहरू; कानून कार्यान्वयन गर्ने अधिकारीहरूको आचरण सहिता (धारा ५); अभियोजनकर्ताको भूमिका सम्बन्धी निर्देशिका (निर्देशिका १६); आफू बसेको मुलुकको नागरिक नभएको व्यक्तिहरूको मानव अधिकार सम्बन्धी घोषणा (धारा ६); आन्तरिक विस्थापन सम्बन्धी राष्ट्र संघीय निर्देशक सिद्धान्तहरू (सिद्धान्त ११); यूरोपेली संघको मौलिक अधिकारको बडापत्र (धारा ४); अफ्रिकामा स्वच्छ पुरुषक तथा कानूनी सहायताको अधिकार सम्बन्धी सिद्धान्त तथा निर्देशिकाहरू (सिद्धान्त 'ड'७); मानव अधिकार तथा आतङ्कावाद विरुद्ध संघर्ष सम्बन्धी यूरोपेली मंत्रीपरिषदको समितिको निर्देशिका (निर्देशिका IV); अमेरिकी राज्यहरूमा स्वतन्त्रता विमुखिकरण भएका व्यक्तिहरूको संरक्षण सम्बन्धी सिद्धान्त तथा उत्तम अभ्यासहरू (सिद्धान्त १); र अफ्रिकामा यातना, तथा अन्य कुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार वा सजायको निषेध तथा निवारणका निर्देशिका तथा कदमहरू (रोवेन द्विप निर्देशिका, २००२)।

यातना तथा क्रुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार वा दण्ड-सजायको निषेध सर्वोपरि छ र कृनै पनि अवस्थामा यस माथि वन्देज गर्न पाइदैन ।⁴⁵⁵ सन्धि कानून तथा परम्परागत अन्तराधिकार कानून बमोजिम, यातना तथा दुर्व्यवहार निषेधको सर्वोपरि प्रवृत्ति शङ्कारहित छ ।⁴⁵⁶ यातना विरुद्धको संयुक्त राष्ट्रसंघीय समितिले के भनेको छ भने “यातना तथा अन्य कुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार वा सजाय विरुद्धको महासन्धिको धारा २ (जहाँ यातनाको औचित्य सावित हुने कुनै अपवादीय परिस्थितिको उल्लेख गरिएको छैन) धारा १५ (पीडक विरुद्ध वाहेक सप्रमाण पेश भएका यातनाका सावित वयान निषेध गर्ने), र धारा १६(क्रुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार वा सजायको निषेध गर्ने) दायित्वहरु – यी तीन यस्ता प्रावधानहरु हुन् जसलाई सम्पूर्ण परिस्थितिहरुमा परिपालना गर्ने पर्दछ ।”⁴⁵⁷ मानव तथा जनअधिकारसम्बन्धी अफ्रिकी आयोगले पनि समान प्रकारको अभिमत राखेको छ कि, “यातना तथा क्रुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहारबाट उन्मुक्ति पाउने अधिकार कुनै पनि परिस्थितिमा – कुनै पनि कारणले वन्देज गर्न सकिदैन ।”⁴⁵⁸ यातनाको निषेध एउटा अकाट्य मान्यता (*jus cogens*

455 निम्न कुरा लगायत हेर्नुहोस् : अनुवन्ध (ICCPR को धारा ४.२); जेनेभा महासन्धिको साभा धारा ३; मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासन्धि (धारा १५.२); मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासन्धि (धारा १७.२); र मानव अधिकार सम्बन्धी अरब बडापत्र (धारा ८) ।

456 निम्न कुरा लगायत हेर्नुहोस् : अनुवन्ध (ICCPR को धारा ४ र ७); यातना तथा अन्य क्रुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार वा सजाय विरुद्ध महासन्धि (धारा २); वालवालिकाको अधिकार सम्बन्धी महासन्धि (धारा ३७); सम्पूर्ण आप्रवासी कामदार तथा तिनका परिवारका सदस्यहरुको अधिकारको संरक्षण सम्बन्धी अन्तराधिकार महासन्धि (धारा १०); कैदीहरु प्रतिको व्यवहारका लागि न्यूनतम मापदण्ड सम्बन्धी नियमहरु (नियम ३१); कुनै प्रकारका थुनछेका वा कारागारमा परेका सम्पूर्ण व्यक्तिहरुको संरक्षणका लागि बनेको सिद्धान्तहरुको संगालो (सिद्धान्त ६); महिला विरुद्ध हिंसा निवारण सम्बन्धी घोषणा (धारा ३); कानून कार्यान्वयन गर्ने अधिकारीहरुको आचरणका नियमहरु (धारा ५); आफू बसेको मुलुकको नागरिक नभएका व्यक्तिहरुको मानव अधिकार सम्बन्धी घोषणा (धारा ६); अभियोजनकर्ताको भूमिका सम्बन्धी निर्देशिका (सिद्धान्त १६); मानव अधिकार समितिको अतिम निर्षेष : क्यानाडा UN Doc. CCPR/C/CAN/CO/5, 20 April 2006, para. 15; UN General Assembly Resolution A/RES/59/183; UN Commission on Human Rights Resolution E/CN.4/RES/2005/39; and the UN Special Rapporteur on Torture (UN document E/CN.4/1986/15, para. 3, 19 February 1986; E/CN.4/2002/137, 26 February 2002, para. 8. हेर्नुहोस्: मानव तथा जनअधिकारसम्बन्धी अफ्रिकी बडापत्र (धारा ५); वालवालिकाको अधिकार तथा कल्याण सम्बन्धी अफ्रिकी बडापत्र (धारा १६); मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासन्धि (धाराहरु ५, २७); यातना रोक्ने तथा सजाय गर्ने अन्तर-अमेरिकी महासन्धि (धारा १ र ५); महिला विरुद्ध हिंसाको प्रतिरोध, दण्ड-सजाय तथा निराकरण सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी महासन्धि (धारा ४); मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासन्धि (धारा ३); र आतङ्कावाद विरुद्ध मानव अधिकार तथा संघर्ष सम्बन्धी यूरोपेली मंत्रीपरिषदको समितिको निर्देशिकाहरु IV; र यो पनि हेर्नुहोस् : जेनेभा महासन्धिको साभा धारा ३; III जेनेभा महासन्धि धाराहरु ४९, ५२, ८७(३), ८९, ९७; IV जेनेभा महासन्धि धाराहरु ४०, ५१, ९५, ९६, १००, ११९; जेनेभा महासन्धिका आलेख I (धाराहरु ७५); र जेनेभा महासन्धिको आलेख II (धाराहरु ४) ।

457 Declaration of the Committee Against Torture, adopted the 22 November 2001, UN Doc. CAT/C/XXVII/Misc.7. See also Committee Against Torture, *General Comment No. 2, Implementation of Article 2 by States Parties*, para. 6.

458 Communication 275/2003, Case of Article 19 v. The States of Eritrea, para. 99.

*norm*⁴⁵⁹ हो – जस्तो मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी अदालतले महत्वका साथ के उल्लेख गरेको छ भने “भौतिक तथा मानसिक दुवै प्रकारको यातनाको निषेध हालसाले देखि अन्तर्राष्ट्रिय अकाट्य मान्यताको अभिन्न अंग भएको छ।”⁴⁶⁰

२. यातना तथा दुर्घटनाहार

२.१ यातना : परिभाषाको दायरा तथा लिङ्ग प्रेरित अपराध

अन्तर्राष्ट्रिय कानून अनुसार, यातनाका विभिन्न परिभाषाहरु दिइएका छन् । यातना तथा कुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार वा सजाय हुनबाट मुक्त गर्ने सम्पूर्ण व्यक्तिहरुको सुरक्षा सम्बन्धी संयुक्त राष्ट्रसंघीय घोषणापत्र,⁴⁶¹ यातना तथा कुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार वा सजाय विरुद्धको संयुक्त राष्ट्र संघीय महासन्धि,⁴⁶² अन्तर्राष्ट्रिय फौजदारी अदालतको रोम विधान⁴⁶³ र यातना रोक्ने तथा सजाय गर्ने वारेको अन्तर-अमेरिकी महासन्धि⁴⁶⁴हरु सबैले यातना सम्बन्धी परिभाषाहरु दिएका छन् । संगसंगै, अन्तर्राष्ट्रिय मानवीय कानूनले यातनाको निषेध त गच्छो, तर त्यसको परिभाषा भने गरेको छैन ।

आफ्नो अधिकारको रूपरेखा कोर्डे पूर्व युगोस्लाभियाका निमित अन्तर्राष्ट्रिय फौजदारी न्यायाधिकरण (*ICTY*) ले “परम्परागत अन्तर्राष्ट्रिय कानून अन्तर्गत यातनाको परिभाषा” भित्र यातनालाई एउटा प्रणालीगत(systematic) हिसावले गरिएको अपराध (मानवता विरुद्धको अपराध) तथा सशस्त्र द्वन्द्वको दौरानमा गरिएको अपराध (युद्ध अपराध) को रूपमा दृष्टिपात गच्छो ।⁴⁶⁵ प्रथमतः उक्त न्यायाधिकरणले के विचार गच्छो भने— यातना तथा अन्य कुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार वा सजाय विरुद्धको संयुक्त राष्ट्र संघीय महासन्धिमा गरिएको परिभाषाले “एउटा सहमति

459 Committee Against Torture, , *General Comment No. 2*, para. 1. See International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Judgment of 10 December 1998, Case of *Prosecutor v. Anto Furundzija*, No. IT-95-17/1-T, para. 154; Judgment of 16 December 1998, Case of *Prosecutor v. Delalic and others*, IT-96-21-T, para. 454; and Judgment of 22 February 2000, Case of *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, IT-96-23-T and IT-96-23/1-T. See also Inter-American Court of Human Rights, (Judgment of 7 September 2004, *Tibi c. Ecuador*, para. 143; Judgment of 8 July 2004, *Hermanos Gómez Paquiayauri c. Perú*, para. 112; Judgment of 27 November 2003, *Maritza Urrutia c. Guatemala*, para. 92; and Judgment of 18 August 2000, *Contoral Benavides c. Perú*, paras. 102 and 103), UN Special Rapporteur on Torture (UN Doc. E/CN.4/2006/6, para. 17) and Inter-American Commission on Human Rights (*Report on Terrorism and Human Rights*, doc. *Cit.*, para. 155).

460 Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 11 March 2005, Case of *Caesar v. Trinidad and Tobago*, para. 271.

461 धारा १(१) यो पनि हेन्दुहोस् : कानून कार्यान्वयन गर्ने अधिकारीहरुको आचरण संहिताका नियमको धारा ५ सम्बन्धी टिप्पणी ।

462 धारा १(१) .

463 धारा ७(२, ड)

464 धारा २

465 Trial Chamber, Judgment of 22 February 2001, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, IT-96-23-T & IT-96-23/1-T. para. 468. See also previous judgments: *Prosecutor v. Furundzija*, 10 December 1998, IT-95-17/1-T, and *Prosecutor v. Delalic and Others*, 16 November 1998, IT-96-21-T.

खोजेको छ जसलाई पहिलो सुनुवाई कक्ष (trial chamber)ले परम्परागत अन्तराष्ट्रीय कानूनको प्रतीनीधित्व भएको ठान्दछ ।⁴⁶⁶ पछिबाट न्यायाधिकरणले स्पष्ट पाच्यो कि परम्परागत कानूनले यातनाका तीन तत्व हुने बताएको छ : (क) कष्टदान – अति पीडा वा कष्ट दिएर भौतिक वा मानसिक जुनसुकैरुपबाट गरिने कार्य वा अकार्य, (ख) त्यस्तो कार्य वा अकार्य जुन् मनशाययुक्त हुनु पर्दछ, र (ग) त्यस्तो कार्य अन्तराष्ट्रीय कानूनद्वारा निषेधित अर्को प्रयोजनको निम्निति कारक (instrumental) बन्नु पर्दछ – यसर्थमा त्यस्तो कष्टदानले एउटा निश्चित लक्ष्य प्राप्त गर्न सकोस् ।⁴⁶⁷ न्यायाधिकरण थप निष्कर्षमा पुर्यो कि, “परम्परागत अन्तराष्ट्रीय कानून अनुसार (यातना विरुद्धको संयुक्त राष्ट्र संघीय महासंघ अनुसार) सो व्यवहार पूर्णतः एउटा मात्रै निषेधित उद्देश्य प्राप्तिको निम्निति हुनु पर्दछ भन्ने जरुरत पर्दैन । [...] त्यो निषेधित उद्देश्य सो व्यवहार पछाडिको उत्प्रेरणाको स्रोत हुनु पर्दछ र त्यस अर्थमा त्यो पूर्ण स्थापित वा एकल उद्देश्यको भइरहनु भन्ने जरुरी छैन ।”⁴⁶⁸

यस कानूनी परिपेक्ष्यमा, न्यायाधिकरण(ICTY)ले के भन्यो भने, “लैंगिक हिंसाले निश्चय नै भौतिक वा मानसिक रूपले अति पीडा वा कष्ट दिन्छ, र यसमा एक प्रकारको यातना पूर्ण कार्यको विशेषता भने विद्यमान रहन्छ ।”⁴⁶⁹ न्यायाधिकरण के ठान्दछ भने “यद्यपि पीडकको उत्प्रेरणा पूर्णतः लैंगिक देखिन्छ, उसको उद्देश्य वा मनशाय यातना दिनु होइन भन्ने नहुन सक्दछ, अथवा उसको व्यवहारले भौतिक वा मानसिकरूपले अति दर्द वा कष्ट दिनु होइन, तथापि यस्तो पीडा वा कष्टको संभावना हुन्छ, र उसको व्यवहारको स्वभाविक परिणाम आउन सक्दछ । उक्त परिभाषालाई विचार गर्दा यातना हुन यो महत्वपूर्ण छ कि सामान्य अवस्थामा पीडकको उद्देश्य भौतिक वा मानसिकरूपले पीडितलाई कुनै न कुनै रूपमा अति पीडा वा कष्ट दिने किसिमको कार्य हुनु पर्दछ ।”⁴⁷⁰ प्रस्तुत वहशको सन्दर्भमा ‘लैंगिकता’ यातनाको परिभाषा भित्र किन नराखिएको भन्ने प्रश्नमा न्यायाधिकरणको के जवाफ थियो भने “अन्तराष्ट्रीय कानूनद्वारा निषेध गरिएका कुनै एकल उद्देश्य प्राप्तिको निम्नि गरिने कार्यहरू मात्रै हुनु पर्दछ भन्ने केही छैन । यदि उसको व्यवहारबाट सो निषेधित एकल उद्देश्य संपन्न भयो भने यस्तो व्यवहारले असूचिकृत उद्देश्य (लैंगिक प्रकृतिको भए पनि) प्राप्त गरी निष्प्रयोजनीय भएछ भन्ने ठान्तु पर्दछ ।”⁴⁷¹

466 Judgment of 16 November 1998, Case of *Prosecutor v. Delalic and Others*, Case IT-96-21-T, para. 459. See also Judgment of 10 December 1998, Case of *Prosecutor v. Furundzija*, Case IT-95-17/1-T, paras. 160-161.

467 Judgment of 22 February 2001, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, Case IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, para. 483 and Appeals Chamber, Judgment of 12 June 2002, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, Case IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, para. 148.

468 Judgment of 22 February 2001, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, Case IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, para. 486. See also Judgment of 16 November 1998, Case of *Prosecutor v. Delalic and Others*, IT-96-21-T, para. 470.

469 Appeals Chamber, Judgment of 12 June 2002, *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, Case IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, para. 150.

470 *Ibid.*, para. 153.

471 *Ibid.*, para. 155.

मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालत तथा आयोगले पनि निष्कर्ष निकालेका छन् कि वलात्कारले यातना सृजना गर्दछ ।⁴⁷² यूरोपेली अदालतले के उल्लेख गर्यो भने “१७ वर्षीय वालिका वलात्कार भएको एउटा मुद्दा माथि दृष्टिगत गर्दा राज्यका पदाधिकारीहरूले थुनुवा माथि हुने वलात्कार एउटा विशेष प्रकारको गम्भीर तथा निकृष्ट दुर्व्यवहार मानिन्छ, जस्ते पीडितको जोखिमता तथा कमजोर प्रतिकारको स्थितिलाई दर्शाउछ ।”⁴⁷³

उक्त न्यायाधिकरण, यूरोपेली अदालत तथा अन्तर-अमेरिकी आयोगका उपरोक्त विचारहरु खासगरी राज्यका अधिकारीहरु वा तेस्रो पक्षद्वारा वा राज्य निष्क्रिय भई तिनीहरूको स्वतन्त्रताको विमुखिकरण गरिएको परिस्थितिमा फरक-लैंगिक (*LGBT*) व्यक्तिहरु माथि निरन्तररूपले वलात्कार तथा लैंगिक हिंसा भइरहेको सन्दर्भमा— विशेष गरी लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचान सम्बन्धी सवालहरु निकै सान्दर्भिक लागदछन् ।

यातना विरुद्ध संयुक्त राष्ट्र संघीय महासंघिमा उल्लेख छ, “भौतिक वा मानसिकरूपले कुनै प्रकार को भेदभावमा आधारित कुनै पनि कारणबाट मनशायपूर्ण ढङ्गले अति पीडा वा कष्ट दिने कार्यलाई ‘यातना’ भनिन्छ ।⁴⁷⁴ [...] लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानका सवालहरुमा यस खाले परिभाषा सान्दर्भिक छ, र यातना विरुद्ध संयुक्त राष्ट्रसंघीय महासंघिले विभेदका आधारहरु मध्ये लैंगिक अभिमुखिकरण लगायतका विषयहरु समावेश गरी मस्यौदा गर्न सक्ने संभावनाको उल्लेख गरेको छ ।⁴⁷⁵

२.२ क्रुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार वा सजाय

यद्यपि यसको कुनै सर्वोपरि परिभाषा गरिएको छैन, तथापि कानून कार्यान्वयन गर्ने अधिकारीहरूको लागि बनेको संयुक्त राष्ट्रसंघीय आचार सहिताले यस प्रकार एउटा महत्वपूर्ण व्याख्या गरेको छ: “क्रुर तथा अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार वा सजाय” भन्ने शब्दावलीको व्याख्या [...] भौतिक वा मानसिक दुर्व्यवहार विरुद्ध संभाव्य वृहतम् संरक्षण समेट्ने गरी वृहतरूपबाट गरिनु पर्दछ ।⁴⁷⁶ वास्तवमा, दुर्व्यवहार भन्नाले मूलतः यातनाको निषेध भनी परिभाषित गरिएकोछ । यसले के बताउँछ भने यातना विरुद्धको संयुक्त राष्ट्रसंघीय महासंघिमा मनशाय तत्वको अभावको कारण, वा उल्लेखित विशिष्ट उद्देश्य कार्यान्वयन गर्न नसकिने भएबाट ‘यातना’को परिभाषा नपुग रहेको स्पष्ट देखिन्छ ।⁴⁷⁷ अन्तर्राष्ट्रिय विधिशास्त्र तथा अन्तर्राष्ट्रिय निकायहरुद्वारा दुर्व्यवहारको रूपमा ठानिएका केही कार्यहरु यस प्रकार छन् : विना सूचनाको लामो थुना

472 European Court of Human Rights, Judgment of 25 September 1997, Case of *Aydin v. Turkey*, Application No. 57/1996/676/866 and Commission on Human Rights, Reports No. 5/96 of 1 March 1996, Case of 10.970, *Raquel Martín de Mejía v. Perú*.

473 Case of *Aydin v. Turkey*, doc. cit., para. 81.

474 यातना तथा अन्य क्रुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार वा सजाय विरुद्ध राष्ट्र संघीय महासंघिको धारा १.१ ।

475 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं. २, doc. Cit., para. 22.

476 Commentary (para. C.) to the Article 5 of the *Code of Conduct of Law Enforcement Officials*.

477 UN Special Rapporteur on Torture, UN Doc. E/CN.4/2006/6, para. 35. In the same line, see Nigel Rodley, *The treatment of prisoners under international law*, Clarendon Press, Oxford, 2nd Edition, 1999, p. 98 and ft. 123.

(कारावास),⁴⁷⁸ निरन्तर एकान्त कारावास, जाडोमा ठिड़-याउने, नयां जेल-कोठीमा निरन्तर सरुवा गर्ने,⁴⁷⁹ महिला कैदीलाई हतकडी लगाई नाह्ने भुण्डयाउने,⁴⁸⁰ र कठोर प्रकारका केरकारको पद्धति”⁴⁸¹ अपनाउने जस्ता कार्यहरु पर्दछन्। यातना सम्बन्धी राष्ट्र संघीय विशेष प्रतिवेदकले के ठहर गरेको छ भने प्रहरी शक्तिको⁴⁸² असमानुपातिक प्रयोग (disproportionate excercise) र पीडितको असमर्थता (powerlessness)⁴⁸³ दुर्व्यवहारका अन्तर्निहित तत्वहरु हुन्।

कुर र अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहारको निषेध विभिन्न परिस्थितिहरुमा दिइने मृत्युदण्डको प्रयोगलाई सिमित गर्ने उद्देश्यबाट उपयोग गरिएको देखिएको छ। मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतले एउटा फैसलामा एक कैदीलाई जहां सुपुर्दगी गरी मुद्दा चलाई सकेपछि मृत्युदण्ड दिन सकिन्यो, त्यसको प्रभावकारी ढङ्गले निषेध गर्दै “मृत्युदण्डको प्रक्रिया”(death row phenomenon)⁴⁸⁴ स्थगन गरी कुर र अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहारको परिस्थिति सृजना गरिरियो।⁴⁸⁵ मानव अधिकार समितिले पनि त्यस्तो विचारलाई पुनरावृति गर्दै, मृत्युदण्ड अन्तिम घडीमा वारम्बार रोकिदा कुर तथा अमानवीय व्यवहार नमानिने फैसेला गयो।⁴⁸⁶

३. राज्यको दायित्व

अन्तर्राष्ट्रीय कानून बमोजिम यातना तथा दुर्व्यवहार रोक्ने, अनुसन्धान गर्ने तथा दण्डित गर्ने राज्यको दायित्व हुन्छ। यातना तथा दुर्व्यवहार- दुवै वारे राज्यको तीन सकारात्मक दायित्व हुन्छन्: (क) यातना तथा दुर्व्यवहार निषेध गरिएको सुनिश्चित गर्ने सम्बन्धमा राज्यका कानून कार्यान्वयन गर्ने अधिकारीहरुलाई तालीम-प्रशिक्षण दिलाउनेतरफ कदम चाल्नु पर्दछ। (ख) आफूनो क्षेत्रमा यातना वा दुर्व्यवहार सम्बन्धी कारणजन्य यथोचित आरोप लागेका

478 निम्न कुरा लाग्यत हेन्होस: मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं. २०; doc. Cit., para. 5 and 6; *Concluding Observations: United States of America*, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1 of 18 December 2006, para. 12; Views of 4 July 2006, Case of *Ali Medjnoune v. Algeria*, Communication No. 1297/2004; Views of 25 March 1996, Case of *Celis Laureano v. Peru*, Communication No. 540/1993; Views of 24 July 1994, Case of *Mukong v. Cameroon*, Communication 440/1990. See also UN former UN Human Rights Commission, Resolution No. 1997/38 (para. 10) and No. 2005/39 (para. 9); Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 29 July 1998, Case of *Velasquez Rodriguez* (para. 156) and Judgment of 12 November 1997, Case of *Suarez Rosero* (para. 90 and 91).

479 मानव अधिकार समिति : Views of 17 July 1985, Case of *Conteris v. Uruguay*, Communication No. 139/1983.

480 मानव अधिकार समिति: Views of 27 March 1981, Case of *Isoriano de Bouton v. Uruguay*, Communication No. 37/1978 and Views of 1 November 1985, Case of *Arzuaga Gilbao v. Uruguay*, Communication No. 147/1983.

481 For example, see *Concluding Observations of the Human Rights Committee: United States of America*, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1 of 18 December 2006, para. 13, and Inter-American on Human Rights, *Report on Terrorism and Human Rights*, OAS Doc. OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. Srev. 1 corr, paras. 211 and 213.

482 UN Doc. E/CN.4/2006/6, para. 38.

483 *Ibid.*, para. 39.

484 सारलपमा भन्नु पर्दा, अनिश्चित थुनावाट मानसिक स्वास्थ विग्रने भई अन्ततोगत्वा हत्या सम्म हुन जान्छ।

485 European Court of Human Rights, Judgment of 7 July 1989, Case of *Soering v. the United Kingdom*, Application No. 14038/88.

486 Views of 7 April 1989, Case of *Pratt and Morgan v. Jamaica*, Communications Nos. 210/1986 and 225/1987, para. 13.7.

अधिकारीहरु वारे तत्परतापूर्वक तथा सक्षमतापूर्वक पूर्पक्ष/अनुसन्धान गर्नु पर्दछ, र यदि स्वतन्त्र, निष्पक्ष तथा सक्षम न्यायाधिकरणबाट अभियोग प्रमाणित भएमा त्यस्ता पीडकलाई कसुरदार ठहन्याई— अभियोगको गाम्भीर्याता हेरी यथोचित सजाय तोक्नु पर्दछ, र (ग) यस प्रकारले पीडित भएका व्यक्तिहरुलाई प्रभावकारी उपचार तथा क्षतिपूर्ति पनि प्रदान गर्नु पर्दछ।⁴⁸⁷ यातना विरुद्धको समितिले उल्लेख गरेको छ कि राज्यको यस दायित्व अन्तर्गत “निजी व्यक्ति वा संघ/संस्थाहरुले पनि तिनीहरुका आ-आफ्नो क्षेत्र अन्तर्गत कुनै यातना वा कुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार वा सजाय अन्य व्यक्तिहरु उपर नगरुन भन्ने सुनिश्चितताको निम्नि सकारात्मक उपायहरु चाल्नु पर्ने हदसम्म विस्तार गर्नु पर्दछ।”⁴⁸⁸ सबै प्रकारका निषेधित व्यवहारहरुको निम्नि राज्यले त्यस्ता कार्य हुन नदिन रोक्ने, उपचार गर्ने तथा दण्डित गर्ने जस्ता सकारात्मक कदमहरु चाल्नु आवश्यक पर्दछ— साथसाथै, राज्यले दुईवटा थप दायित्व पनि वहन गर्नु पर्दछ : ती हुन्— अभियोग लागेका पीडकहरुलाई सुपुर्दगी गर्ने वा मुद्दा चलाउने दायित्व(*erga omnes obligation*) र किर्ता नपठाउने (*non-resoulement*) दायित्व।

यातना तथा दुर्घटनाको सर्वोपरि निषेधले राज्य माथि केरकार(interrogation)को पद्धति प्रयोग नगर्ने, थुना(कैद) वा सजायका शर्तहरु- जसले यी निषेधित कार्यहरु उत्पन्न गर्दछन् को निर्धारण गर्नु पर्ने दायित्व थप गरेका छन्। शारीरिक दण्ड-सजायहरु अन्तर्गत शरीरमा प्रहार गर्नु, कुटपिट गर्नु वा अंगभंग गर्नु(mutilation), कोरा हान्नु(flogging), बेत लाउनु(canning), घोडालाई भै कोरा हान्नु(whipping), अंग विच्छेदन गर्नु(amputation), र दामल गर्नु(branding) इत्यादि पर्दछन् ; न्यायिक आदेश वा प्रशासनिक अनुमति पाएर गरिने यी सबै कार्यहरु अन्तराष्ट्रीय मापदण्ड अनुसार निषेधित छन्।⁴⁸⁹ धेरै मुलुकहरुमा, समलिङ्गी वीचका सहमतीय लैङ्गिक सम्बन्ध र विलोम लैङ्गिक व्यवहार गर्नेहरुलाई शारीरिक दण्ड दिई जसाय गरिएका छन्।

दुर्घटनाको अभियोग लगाई मुद्दा चलाउने कर्तव्यको सम्बन्धमा यातना विरुद्धको समितिले केमा जोड गर्दछ भने, “जहां यातनाका तत्वहरु विच्यमान छन् त्यस्ता दुर्घटनाको निम्नि केवल मुद्दा मात्र चलाउनु महासन्धिको उलझन भएको मानिन्छ।”⁴⁹⁰ यातना विरुद्धको समितिले के पुनरावृति गरेको छ भने दुर्घटनाको सम्बन्धी मुद्दाहरुमा राज्यहरुको फौजदारी पूर्पक्ष/ अनुसन्धान⁴⁹¹ गर्नु

487 See *inter alia*, Committee against Torture, *General Comment No. 2, Implementation of Article 2 by States Parties*, paras. 24 & 7; Human Rights Committee, *General Comment No. 31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, para. 16; and the *Updated Set of Principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity* (E/CN.4/2005/102/Add.1, 8February 2005), recommended by the Commission on Human Rights resolution 2005/81 of 21 April. For a more detailed explanation on these issues, see International Commission of Jurists, *The Right to a Remedy and to Reparation for Gross Human Rights Violations: A Practitioners Guide*, Practitioners Guide No. 2, ICJ Geneva, 2006.

488 यातना विरुद्ध समिति : सामान्य टिप्पणी नं. २, doc. Cit., para 11.

489 See *inter alia*, Resolution 2001/62 of 25 April 2001, para. 5, of the former UN Commission on Human Rights.

490 यातना विरुद्ध समिति : सामान्य टिप्पणी नं. २, राज्यपक्षद्वारा कार्यान्वयन गरिने धारा २, UN doc. CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4; para. 10.

491 Views of 14 May 1998, Case of *Encarnación Blanco Abad v. Spain*, Communication No. 59/1996; Views of 21 November 2002, Case of *Hajrizi Dzemaji et al. v. Yugoslavia*, Communication No. 161/2000.

पर्ने कर्तव्य रहन्छ । यसै सन्दर्भमा, मानव अधिकार समितिले के उल्लेख गरेको छ, भने “राज्यहरूले ती जवाफदेही हुनु पर्ने पीडकहरूलाई न्यायको कठघरामा उभ्याउने सुनिश्चितता प्रदान गर्नु पर्दछ । त्यस्ता उलझनका ती पीडकहरू उपर पूर्पक्ष, अनुसन्धान गर्न नसक्नु तथा न्यायको कठघरामा उभ्याउन नसक्नाले अनुवन्धका प्रावधानहरूको छुट्टै उलझन हुन जान्छ ।”⁴⁹²

राज्यहरूले व्यक्तिहरूलाई सुपुर्दगी, निस्काशन वा फिर्ता नपठाउने(*non-refoulement*) मान्यताद्वारा अर्काको मुलुकमा पठाउने जोखिम मोल्नु हुदैन । फिर्ता नपठाउने सिद्धान्तले यातना तथा दुर्योहार लगायत मानव अधिकारको घोर उलझन हुने हुंदा वास्तविकरूपले जीवन खतरामा भएको मुलुकमा कसैलाई फर्काउनु, निस्काशन गर्नु, देश-निकाला गर्नु, सुपुर्दगी गर्नु, हस्तान्तरण गर्नु वा अन्यथा गरी पठाउनु राज्यहरूलाई निषेध गर्दछ । यस सिद्धान्तलाई सामान्य अन्तराधिकार कानूनको मौलिक सिद्धान्तहरू मध्ये एक मानिन्छ । यस सिद्धान्तको उत्पत्ति शरणार्थी कानून⁴⁹³ हो तथा सुपुर्दगी सम्बन्धी अन्तराधिकार नियमावली⁴⁹⁴ र सम्पूर्ण व्यक्तिहरूमा लागु हुने मानव अधिकार कानूनको एक अभिन्न अंगकोरूपमा अहिले स्थापित छ । यो सिद्धान्त धेरै अन्तराधिकार तथा क्षेत्रीय कानूनी दस्तावेजहरू⁴⁹⁵ एवं परम्परागत अन्तराधिकार कानून – जुन सबै राज्यहरूमा लागु हुन्छन्, लगायतमा दृढ़तापूर्वक स्थापित छ । यद्यपि, अनुवन्ध(ICCPR) मा यस विषयमा स्पष्ट प्रावधान छैन, तथापि मानव अधिकार समितिले यो फिर्ता नपठाउने(*non-refoulement*) सिद्धान्तलाई धारा ७ मा⁴⁹⁶ अन्तर्निहित रहेको ठान्दछ; र यस सिद्धान्तलाई उल्लेखित क्षेत्रीय मानव अधिकार निकायहरूद्वारा अनुमोदन गरिएको पाइन्छ⁴⁹⁷

492 हेर्नुहोस् : मानव अधिकार समिति: सामान्य टिप्पणी नं. ३१, *The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, para. 18.

493 शरणार्थीहरूको मान्यता सम्बन्धमा सन् १९५१ बी महासंघि, क्षेत्रीय शरण सम्बन्धी OAS महासंघि (धारा IV) र अफ्रिकाका शरणार्थी समस्याको विशिष्ट पक्षहरू सम्बोधन गर्ने अफ्रिकी एकता संगठनको महासंघि (धारा II(३)) ।

494 लगायत हेर्नुहोस् : शरीर वन्धक विरुद्ध अन्तराधिकार महासंघि (धारा १); सुपुर्दगी सम्बन्धी यूरोपेली महासंघि (धारा ३); आतङ्गावादको दमन सम्बन्धी यूरोपेली महासंघि (धारा ५); सुपुर्दगी सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी महासंघि (धारा ४); र सुपुर्दगी सम्बन्धी राष्ट्र संघीय नयना संघि (धारा ३) ।

495 निम्न कुरा लगायत हेर्नुहोस् : यातना तथा अन्य कुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार वा सजाय विरुद्धको महासंघि (धारा ३.१); वल्पूर्वक वेपता पारिएका सम्पूर्ण व्यक्तिहरूको संरक्षणका लागि अन्तराधिकार महासंघि (धारा १६); क्षेत्रीय शरण सम्बन्धी घोषणा (धारा ३.१); वल्पूर्वक वेपता पारिएका सम्पूर्ण व्यक्तिहरूको संरक्षण सम्बन्धी घोषणा (धारा ८); गैह-न्यायिक, स्वेच्छाचारी तथा सक्षिकृत हत्याको प्रभावकारी निवारण तथा अनुसन्धान सम्बन्धी सिद्धान्तहरू (सिद्धान्त ५); मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासंघि (धारा २२.८); यातना निवारण तथा दण्डित गर्ने अन्तर-अमेरिकी महासंघि (धारा १३.४); मानव अधिकार सम्बन्धी अरब बडापत्र (धारा ८८); र मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासंघि (धारा ३) ।

496 हेर्नुहोस् : मानव अधिकार समिति: सामान्य टिप्पणी नं. २०, doc. cit., para. 9. See also, *inter alia*, Views of the Human Rights Committee in the cases: *Chitat Ng v. Canada*, Communication 469/1991; *Mohammed Alzery v. Sweden*, Communication No. 1416/2005; *Cox v. Canada*, Communication 539/1993; and *G.T. v. Australia*, Communication 706/1996.

497 Committee against Torture, Views of 20 May 2005, Case of *Ahmed Hussein Mustafa Kamil Agiza v. Sweden*, Communication No. 233/2003, CAT/C/34/D/233/2003; *Khan v. Canada*, Communication No. 15/1994, U.N. Doc. A/50/44 at 46(1994); European Court of Human Rights, Judgments in the cases *Soering v. The United Kingdom*, *Cruz Varas and others v. Sweden*, *Vilvarajah and others v. The United Kingdom*, *Alan v. Switzerland*, *Aemei v. Switzerland*, *Mutombo v. Switzerland*, *Tala v. Sweden*, *Falakafaki v. Sweden*, *A v. Netherland*, *Ayas v. Sweden*, *Haydin v. Sweden*, and *H.D. v. Switzerland*; and the African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication No. 97/93, *Modisse v. Botswana*.

मानव अधिकार समितिले राज्यहरुलाई स्मरण गराएको छ, कि “यातना, क्रुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहारको निषेधको सर्वपरि प्रकृतिलाई कुनै पनि परिस्थितिमा बन्देज लगाउनु सकिदैन । कुनै पनि व्यक्तिलाई अपवादरहितरूपले ती राष्ट्रिय चुनौति वा कुनै व्यक्तिको सुरक्षाप्रति खतरा रहेको वा सशक्तिकृत व्यक्ति लगायत देशमा संकटकालीन अवस्था लागु भएको परिस्थितिमा पनि त्यस्तो मुलुकमा निस्काशन गरिने छैन — जहां उसलाई यातना वा क्रुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार हुने जोखिम विद्यमान रहन्छ ।”⁴⁹⁸ यो फिर्ता नपठाउने सिद्धान्त अकाट्य मर्यादा भित्र पर्दछ र सर्वोपरि(absolute) प्रकृतिको छ, र यस माथि कुनै पनि अवस्थामा बन्देज वा प्रतिवन्ध लगाउन सकिदैन ।⁴⁹⁹

विभिन्न निषेधित व्यवहारका स्वरूपहरु (यातना तथा क्रुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार) वीचको फरक यहां सान्दर्भिक छैन : तिनीहरु सबै माथिको निषेध सर्वोपरि एवं अवन्देजपूर्ण छ, र फिर्ता नपठाउने सिद्धान्त विना रोकटोक सबैमा लागु हुन्छ ।⁵⁰⁰ यातना विरुद्धको समितिले पनि के उल्लेख गरेको छ, भने यातनाको जोखिम गैह्र-राजीय अभियन्ताहरुबाट आउन सक्दछ — जो सामान्यतः राज्यका अधिकारीहरुको हैसियत सरह वास्तविकरूपमा (*defacto*) कार्य गर्दछन् ।⁵⁰¹

फिर्ता नपठाउने(*non-refoulement*) सिद्धान्त जहां जहां मानव अधिकारको गम्भीर खतराको जोखिम हुने गर्दछ — त्यहां त्यहां लागु हुने गर्दछ । यो त्यही जोखिम हो जस उपर ध्यान-दृष्टि केन्द्रित भूत हुन्छ, र जहां व्यक्तिको प्रकृति वा उसको गतिविधिको छनौट ख्याल गरिन्ना यस सिद्धान्तले कुनै एक देशबाट अर्को देशमा पठाउने सवालमा व्यक्ति विशेषको कुनै अस्वेच्छिक छनौट— जुनसुकै नाम वा स्वरूप भए पनि (जस्तै: देश-निकाला, निस्काशन, फिर्ती, सुपुर्दगी, हस्तान्तरण-सरुवा इत्यादि), र विधि-प्रक्रिया (वैधानिक वा कानूनी जेसुकै भए पनि) विना भेदभाव आफ्नो क्षेत्र अंगाल्ल पुर्दछ । सार्वजनिक अन्तर्राष्ट्रिय कानून अन्तर्गत सुपुर्दगी, निस्काशन, फिर्ती इत्यादि यहां सान्दर्भिक⁵⁰² हुन सक्तैन । शरणार्थीहरुको मान्यता सम्बन्धी महासन्धिका वावजुद, यस सिद्धान्तको प्रयोगमा सन्तुलन परिक्षण गर्न पाइदैन र राष्ट्रिय सुरक्षा जस्ता कुनै पनि कारणहरुबाट यो सिद्धान्त निलम्बन हुन सक्दैन ।

498 मानव अधिकार समितिको अतिम. निष्कर्ष : क्यानडा, CCPR/C/CAN/CO/5, 20 April 2006, para. 15.

499 See, among others, the *Report of the Special Rapporteur on Torture, Mr. Theo van Boven*, UN document E/CN.4/2002/137 og 26 February 2002, para. 14, and Inter-American Commission on Human Rights, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, 1984-1985*, OAS document OEA/Ser.L/V/II.66, Doc. 10 rev.1, 1 October 1985.

500 हेर्नुहोस् : मानव अधिकार समिति: सामान्य टिप्पणी नं. २०, अभिव्यक्ति स्वतन्त्रता, (*op. cit.* 12) —जहां मानव अधिकार समितिले “यातना वा क्रुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार वा सजाय” भएमा यो सिद्धान्त लागु हुने कुरा स्पष्टतः स्वीकारेको छ ; (पारा. १)

501 Decision of 14 May 1999, Case of *Sadiq Shek Elmic, Australia*, Communication No. 120/1998, CAT/C/22/D/120/1998, 25 May 1999, para. 6.5.

502 See, among others, the Committee against Torture, Views of 5 June 2000, Case of *Josu Arkauz Arana v. France*, Communication No. 063/1997, and *Conclusions and Recommendations of the Committee Against Torture: United Kingdom*, UN document CAT/C/CR/33/3, 25 November 2004, para. 5(e). See also the *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, UN document A/59/324, 1 September 2004, para. 34.

४. लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानको आधारमा यातना तथा दुर्व्यवहार

४.१. पूर्वाग्रह तथा विभेदबाट उत्पन्न यातना तथा दुर्व्यवहार

एउटा अल्पसंख्यक समूह भएको हैसियतले फरक-लैंगिक (*LGBT*) व्यक्तिहरु समाजमा जोखिमको स्थितिमा छन् जसले परिणामतः यातनाको निम्नि वशिभूत हुन पुगदछन् । यातना सम्बन्धी राष्ट्रसंघीय विशेष प्रतिवेदकले के उल्लेख गरेको छ भने लिङ्ग, लैंगिकता, तथा एचआइभि ऐडस् संग जोडिएका मिथक एवं भयहरूबाट उज्जेका दृष्टिकोण तथा विश्वासहरूले तिनीहरु विरुद्ध कलझ एवं विभेद सृजना गरेका छन् । उनको प्रतिवेदनले कुनै खास प्रकारको लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचान भएकाप्रति शत्रुता, द्वेष उत्पन्न गरी दुर्व्यवहार अभियक्त भएको सचित्र वर्णन गरेको छ – “पुरुषबाट महिलामा लिङ्ग प्रत्यारोपण भएका परिवर्तित-लिङ्गी(transsexual) महिलालाई उनको छातिमा वदनियतपूर्वक वेसरी पिटेको र गलाको हड्डीमा सिलीकन घुसाई दिएको– ताकि त्यो फुटोस् र उनको शरीर विषाक्त बनोस् । लैंगिक अल्पसंख्यक विरुद्धको दुर्व्यवहारको सिलसिलामा यस्ता घटनाहरु पनि वेहोर्नु परेको छ – तथाकथित “सामाजिक सफाया” अभियान अन्तर्गत यौनकर्मीहरूलाई कुनै खास क्षेत्र छोड्न वाध्य पारेका घटनाहरु छन् । अथवा, क्लब एवं होटल-वार लगायतका खास स्थान विशेषमा हुने वैठक-भेलामा यस्ता लैंगिक अल्पसंख्यकहरूलाई हतोत्साहित गर्ने गरियो ।⁵⁰³

यातना सम्बन्धी संयुक्त राष्ट्र संघीय विशेष प्रतिवेदकले के निष्कर्ष निकालेको छ भने लैंगिक अल्पसंख्यकहरु विरुद्ध भएका प्रणालीगत विभेदले यातनाको जोखिम बढाएको छ । उक्त विशेष प्रतिवेदकले के उल्लेख गरेको छ भने, “जानकारी पाएका धेरै बर्षसम्म यातना तथा अन्य कुर, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार वा सजाय पाउने पीडितहरु मध्ये अधिकांश लैंगिक अल्पसंख्यकका व्यक्तिहरु भएको देखिएका छन् । उनले उल्लेख गरेको छ कि यातनाका घटनाहरूको अनुपात लैंगिक अल्पसंख्यक व्यक्तिहरु विरुद्ध बढेका छन् – यसको अर्थ हो – साविक बमोजिमका लैंगिक कार्य भङ्ग गरे वापत वा लैंगिक भूमिका सम्बन्धी पूर्वस्थापित मान्यता माथि चुनौति दिए वापत तिनीहरु निरन्तररूपबाट वलात्कार वा लैंगिक प्रकृतिका हिंसाबाट पीडित भएका छन् ।”⁵⁰⁴ राष्ट्र संघीय विशेष प्रतिवेदकले निम्नानुसार चिन्ता व्यक्त गरेको छ :

“लैंगिक अल्पसंख्यक व्यक्तिहरु असमानुपातिकरूपले यातना तथा अन्य प्रकारका दुर्व्यवहारका शिकार भएका छन् किनकि तिनीहरु सामाजिक रूपले साविक बमोजिमका लैंगिक अपेक्षा परिपालना गर्न सक्दैन वा असफल हुन्छन् । वास्तवमा, लैंगिक अभिमुखिकरण वा लैंगिक पहिचानको आधारमा गरिने भेदभावले निरन्तररूपमा पीडितको लागि अमानवीयकरणको प्रक्रिया प्रारम्भ हुन्छ, जुन यातना र दुर्व्यवहारको लागि आवश्यकीय शर्त हो । [...] लैंगिक अल्पसंख्यकका व्यक्तिहरु विभिन्न सन्दर्भमा यातनाको निम्नि एउटा खास प्रकारको जोखिमयुक्त समूह हो, र [...] तिनीहरूको

503 यातना तथा अन्य कुर, अमानवीय वा अपमानजनक वा सजायको प्रश्नमा विशेष प्रतिवेदकको अन्तरिम प्रतिवेदन, UN document A/56/156, 3 July 2001, para. 18.

504 ऐ, यारा १७, यो पनि हेर्नुहोस् : विशेष प्रतिवेदकको प्रतिवेदन, UN Doc. E/CN.4/2004/56, 23 December 2003.

अवस्थाले नै पनि दुर्व्यवहारको परिणामलाई प्रभावित पार्न सकदछ – उजुरी गर्ने विधि-प्रक्रिया, वा राज्य- अस्पतालमा औषधि उपचार गर्ने पहुँचको हकमा र तिनीहरु माथि कुनै खास दुर्व्यवहार हुन गएमा कानूनी परिणाम लगायतका कोणबाट विचार गर्दा, अन्य थप शिकार हुनु पर्ने डर विद्यमान रहन सकदछ।⁵⁰⁵

लैंड्रिक अभिमुखिकरण वा लैंड्रिक पहिचानको आधारमा हुने विभेद सम्बन्धमा यातना सम्बन्धी राष्ट्र संघीय विशेष प्रतिवेदकले के उल्लेख गरेको छ भने, “लैंड्रिक अल्पसंख्यकका व्यक्तिहरुप्रति विभेदकारी दृष्टिकोणको के अर्थ हुन सकदछ भने कानून कार्यान्वयन गर्ने निकायहरुबाट समेत तिनीहरु कम महत्वका हुन्छन् भन्ने अनुभूत हुन्छ, अथवा तिनीहरु गैह-राजीय अभिकर्ताहरुद्वारा हुने हिंसा विरुद्धका संरक्षण लगायत अन्य संरक्षणका समान मापदण्डका पूर्ण हकदार हुदैनन् भन्ने ठानिन्छ।”⁵⁰⁶

४.२ लैंड्रिक अल्पसंख्यक उपर ‘उपचार’ मार्फत गरिने यातना तथा दुर्व्यवहार

औषधि वा ‘उपचार’को प्रयोग पनि कहिलेकाही फरक-लैंड्रिक (*LGBT*) व्यक्तिहरुको यातना तथा अपमानजनक व्यवहारका लागि आधार बन्ने गरेको छ। प्राध्यापक गुडमेन ले फरक-लैंड्रिक व्यक्तिहरुको वारे भन्नु भएको छ- “उपचारात्मक वहाना” (curative pretext) जन पूर्ववत “सामाजिक सफाया” (social cleansing) वा प्रणालीगत दुर्व्यवहारको रूपमा प्रयोग हुदै आएका छन्। वहां भन्नु हुन्छ- फरक-लैंड्रिक व्यक्तिहरु विरुद्ध विजुलीको भड्का, “वैराग्य पद्धति” (aversion therapy) र मनोचिकित्सीय औषधि (psychotropic drugs) को प्रयोग जस्ता अस्वेच्छक उपचारात्मक हस्तक्षेप (involuntary medical intervention) गरियो- “यद्यपि लैंड्रिक अभिमुखिकरणको अभ्यासको प्रयोग नगरिएको भए तापनि अन्य मुलुकमा परेको प्रभावको कारण निश्चित चिकित्सकीय प्रविधि यस अघि नै अमेरिकी अदालतहरुले प्रयोग गरी सकेका थिए। यी विधि-प्रक्रियाका प्रायोगिक पक्ष स्वयम्भूत नुस्खावर्ग मा गरिएको विशेष कानूनको प्रयोग तथा लैंड्रिक अभिमुखिकरणका ‘उपचार’ वीचको अन्तर (gap) पुर्ताल हुन सकदछ। यसरी, न्यायकर्ता र अभ्यासकर्ताहरुले जोरजुलुमकासाथ लैंड्रिक अभिमुखिकरण परिवर्तन गर्ने सिलसिलामा समग्र निरर्थक चिकित्सकीय प्रयास गर्नुको सटौ विशेष प्रविधि तर्फ विचार पुच्याउनु जसरी देखियो। उदाहरणको लागि, मनोचिकित्सा विरोधी औषधि (anti-psychotic drugs) को सेवन- लैंड्रिक अभिमुखिकरण ‘पद्धति’ को लागि यस्तो औषधिको प्रयोग एउटा अन्वेषणात्मक प्रकृतिको भएकाले एउटा अभ्यास हुन सकदछ। [...] तेस्रो कुरा, उपचार तथा प्रयोग वीचको आरोपित विभेद लैंड्रिक अभिमुखिकरणका अभ्यासका लागि समर्थनीय नै देखिन्छ।”⁵⁰⁷

समलैंड्रिक एवं विलोम लैंड्रिक अभिव्यक्ति पहिचानको लागि उपचारात्मक प्रयोग सम्बन्धी विकाशको सन्दर्भमा विकार परिक्षणको माध्यमबाट रोग पत्ता लगाउने पद्धति अपनाइयो। यो विधि

505 ऐ, प्यारा १९

506 यातना तथा अन्य कुर, अमानवीय वा अपमानजनक वा सजायको प्रश्नमा विशेष प्रतिवेदकको प्रतिवेदन, E/CN.4/2002/76, 27 December 2001, Annex III, p. 11.

507 Ryan Goodman, "The Incorporation of International Human Rights Standards into sexual orientation asylum claims: cases of involuntary 'medical' intervention", in *Yale Law Journal*, Vol. 105, October 1995, pp. 274-275.

संसारका धेरै देशहरुमा प्रचलित रह्यो र हालसालै मात्र चिकित्सकीय क्षेत्रबाट यो परिक्षण पद्धति (pathology) हट्यो । यातना तथा दुर्व्यवहार निषेध गर्ने सन्दर्भमा अन्तर्राष्ट्रीय तथा क्षेत्रीय मानव अधिकार प्रणालीहरु अन्तर्गत लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचान सम्बन्धी वैयत्तिक निवेदन वा सो सम्बन्धी मुद्दा हालसम्म परेको छैन, र यातना निषेध गर्ने प्रावधान/नजीर स्थापित गर्नु पनि परेको छैन । तथापि, यस परिच्छेदका अधिल्ला दफाहरुमा उल्लेख भए अनुसार, यातना तथा दुर्व्यवहार विषयक अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकारका विधिशास्त्रका सबै अन्तर्राष्ट्रीय मान्यता तथा मापदण्डहरु लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचान सम्बन्धी सवालमा लागु भएका छन् । बास्तवमा, प्रत्येक व्यक्ति विना कुनै पनि प्रकारका विभेद, वा लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचान रहितढंगले यातना तथा दुर्व्यवहारबाट मुक्त हुन पाउने आफ्नो सर्वोपरि अधिकारको हकदार हुन्छन् । यातना विरुद्धको समितिले के स्मरण गराएको छ, भने “यो अविभेदको सिद्धान्त मानव अधिकारको संरक्षणको लागि एउटा आधारभूत तथा सामान्य सिद्धान्त हो र महासन्धिको व्याख्या तथा प्रयोगको निमित्त महत्वपूर्ण छ । अविभेदलाई महासन्धिको धारा १, प्यारा १ अन्तर्गत स्वतः यातनाको परिभाषा भित्र समावेश गरिएको छ, जसले स्पष्ट रूपमा “कै पनि प्रकारका विभेदमा आधारित कारणबाट”⁵⁰⁸ हुने उपर्युक्त कार्यहरुको निषेध गर्दछ । समितिले निम्नानुसार निर्देश गरेको छ :

“खासगरी यातनाका जोखिममा परेका कुनै खास अल्पसंख्यक वा सिमान्तकृत व्यक्तिहरुको संरक्षण यातना वा दुर्व्यवहार रोक्ने दायित्व कै एक हिस्सा हो । राज्यपक्षहरुले के सुनिश्चित गर्नु पर्दछ भने जहाँसम्म महासन्धि अन्तर्गतका दायित्वको प्रश्न छ [...], ती कानूनहरु लैंगिक अभिमुखिकरण वा विलोम लैंगिक पहिचान रहितढंगले सम्पूर्ण व्यक्तिहरुमा लागु हुन्छन् । [...] राज्यहरुले त्यसकारण— खासगरी यातनाको जोखिममा परेका ती समूहका व्यक्तिहरुको विरुद्धका सबै हिंसात्मक कार्यहरु एवं दुर्व्यवहार विरुद्ध मुद्दा चलाई दण्डित समेत गरी तिनीहरुको संरक्षण सुनिश्चित गर्नु पर्दछ”⁵⁰⁹

धेरै अवस्थाहरुमा यातना विरुद्धको समितिले लैंगिक अल्पसंख्यकका अन्य खास जोखिमयुक्त समूह प्रति भएका यातना तथा दुर्व्यवहार उपर आफ्नो चासो रहेको बताएको छ, ⁵¹⁰ परिवर्तित-लैंगिक थुनुवाहरु सम्बन्धमा पनि “खासगरी सामाजिक उत्पत्ति वा लैंगिक अभिमुखिकरणको आधारमा पूर्ववत परिसिमन गरिएका विभेदपूर्ण व्यवहार” भनी आफ्नो चासो व्यक्त गरेको छ, ⁵¹¹ समितिले के सिफारिश गरेको छ, भने राज्यहरुले “लैंगिक अभिमुखिकरणको कारण उत्पीडन दिने

508 यातना विरुद्ध समिति : सामान्य टिप्पणी नं. २, “राज्य पक्षद्वारा धारा २ को कार्यान्वयन,” प्यारा २०

509 Ibid., para. 21.

510 See *inter alia: Concluding Observations of the Committee against Torture: Argentina*, CAT/C/CR/33/1, of 10 December 2004, para. 6; *Concluding Observations of the Committee against Torture: Egypt*, CAT/C/CR/29/ 4, of 23 December 2002; *Concluding Observations of the Committee against Torture: Brazil*, A/56/44, of 16 May 2001; *Concluding Observations of the Committee against Torture: Ecuador*, CAT/ECU/CO/3, of 8 February 2006; *Concluding Observations of the Committee against Torture: United States of America*, CAT/C/USA/CO/2, of 25 July 2006.

511 *Concluding Observations of the Committee against Torture: Brazil*, A/56/44, of 16 May 2001, para. 119.

सबै विवादास्पद कानूनहरु हटाउनु पर्दछ । शरीरको तलाशी गर्ने वेलामा हुने सबै अपमानजनक व्यवहार रोक्ने कदमहरु पनि चाल्नु पर्दछ ।⁵¹² समितिले पुनरावृति गरेको छ : राज्यहरूले विभिन्न लैङ्गिक अभिमुखिकरण भएका व्यक्तिहरु लगायतका जोखिमयुक्त समूहका व्यक्तिहरु उपर गरिएका पाश्विकता तथा दुर्व्यवहारका रिपोर्टहरु प्राप्त गरी कानून कार्यान्वयन गर्ने अधिकारीहरुद्वारा स्वतन्त्रापूर्वक, तत्परतापूर्वक र सम्पूर्णरूपले अनुसन्धान गरी पीडकहरु विरुद्ध मुद्दा चलाई, सुनुवाई-पूर्पक्ष गरी उपयुक्त ढङ्गले दण्डित गर्नु पर्ने सुनिश्चितता गर्नु पर्दछ ।⁵¹³ समितिले सिफारिश गरेको छ— लैङ्गिक अल्पसंख्यक लगायतका जोखिमयुक्त समूहहरूको संरक्षणको लागि सार्वजनिक रक्षक (public defenders) को प्रणाली स्थापित गरी त्यसको सुदृढिकरण गर्नु पर्दछ ।⁵¹⁴

अन्ततोगत्वा, “फिर्ता नपठाउने” (*non-resoulement*) सिद्धान्तको सवालमा यातना सम्बन्धी राष्ट्रसंघीय विशेष प्रतिवेदकले – “ती तत्व तथा परिस्थितिहरु प्रति ध्यान दिनु पर्ने बताएको छ- जुन् मुलुकमा त्यस्तो परिस्थिति विद्यमान रहेको होस् । र संगसगै जोखिमयुक्त व्यक्तिहरु जसलाई त्यस्तो मुलुकमा पठाउन खतरा मोल्नु परोस् । [...] यहां कुनै पहिचान गर्न सकिने वा लैङ्गिक वा लैङ्गिक अभिमुखिकरण जस्ता अन्य प्रकारका लैङ्गिक सामुहिकता भएका व्यक्तिहरूको सिफारिश गरिएको छ, र जसलाई त्यस निस्ति सरकारी अधिकारीहरुद्वारा वा निजहरु कै साठेगांठमा उत्पीडनको लागि लक्षित गरिएका हुन्छन्, अथवा प्रणालीगत विभेद गरी यातना वा अन्य कुर, अमानवीय व्यवहार वा सजायको शिकार बनाएका हुन्छन् । फिर्ता नपठाउने निर्णय गर्दा यस्ता तत्व तथा परिस्थितिहरूको पनि ख्याल गर्नु जरुरी छ ।”⁵¹⁵

सारांश

- कुनै पनि प्रकारको भेदभाव तथा आफ्नो लैङ्गिक अभिमुखिकरण वा लैङ्गिक पहिचान विना, प्रत्येक व्यक्ति यातना तथा दुर्व्यवहारबाट मुक्ति पाउने अधिकारको हकदार हुन्छन्;
- यातना तथा दुर्व्यवहारबाट मुक्ति पाउने अधिकार अन्तर्राष्ट्रिय मानव अधिकार कानून अन्तर्गत सन्धि तथा परम्परागत कानून(customary law)– दुवैद्वारा विश्वव्यापी रूपले स्वीकृत तथा संरक्षित गरिएको छ;
- यातना तथा दुर्व्यवहारबाट मुक्ति पाउने अधिकार एउटा सर्वोपरि अधिकार हो, जसलाई कुनै पनि समय वा परिस्थितिमा बन्देज गर्न पाइने छैन । यातना तथा दुर्व्यवहार प्रतिको सर्वोपरि निषेध अकाट्य मान्यता भित्र पर्दछ । यातना तथा दुर्व्यवहार अन्तर्राष्ट्रिय कानून बमोजिम अपराध मानिन्छन्;

512 *Concluding Observations of the Committee against Torture: Egypt*, CAT/C/CR/29/ 4, of 23 December 2002, para. 5.

513 *Concluding Observations of the Committee against Torture:United States of America*, CAT/C/USA/CO/2, of 25 July 2006, para. 37; *Concluding Observations of the Committee against Torture: Ecuador*, CAT/C/ECU/ CO/3, of 8 February 2006, para. 17.

514 *Concluding Observations of the Committee against Torture: Ecuador*, CAT/C/ECU/CO/3, of 8 February 2006, para. 17.

515 यातना तथा अन्य कुर, अमानवीय वा अपमानजनक वा सजायको प्रश्नमा विशेष प्रतिवेदकको अन्तरिम प्रतिवेदन, UN doc. A/59/324. September 1, 2004, para. 39

- यातना हुने तीन तत्वहरु छन् : (क) कष्टदान – अति पीडा वा कष्ट दिएर भौतिक वा मानसिक जुनसुकै रूपबाट गरिने कार्य वा अकार्य (ख) त्यस्तो कार्य वा अकार्य जुन् मनशाययुक्त हुन्छ, र (ग) त्यस्तो कार्य अन्तर्राष्ट्रीय कानूनद्वारा निषेधित अर्को उद्देश्यको निम्नि कारक बन्नु पर्दछ, यसर्थमा कि सो कष्टदानले एउटा निश्चित लक्ष्य प्राप्त गरेको हुनु पर्दछ;
- यद्यपि अन्तर्राष्ट्रीय कानूनले दुर्व्यवहारको कुनै परिभाषा सुझाएको छैन – यस् अन्तर्गत दुरुपयोग विरुद्धका संभव भएसम्मका वृहत्तम् संरक्षण समेट्ने गरी विस्तारित रूपमा व्याख्या गर्नु पर्दछ – चाहे त्यो भौतिक वा मानसिक किन नहोऊन्। अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकार सम्बन्धी विधिशास्त्रले दुर्व्यवहार हुने कार्यहरुको सूचि नै उपलब्ध गराएको छ,
- यातना तथा दुर्व्यवहार रोक्नु, अनुसन्धान गर्नु तथा दण्डित गर्नु र अवाञ्छित केरकार नगर्नु, थुना वा सजायका शर्तहरू – जसले यी निषेधित कार्य सृजना गर्दछन्, को सुनिश्चित गर्नु राज्यको दायित्व हुन्छ;
- कसैलाई पनि त्यस्तो देश जहां उनी वा उसको लैंगिक अभिमुखिकरण वा लैंगिक पहिचानको निम्नि यातना वा दुर्व्यवहार लगायतका भौतिक मानव अधिकारहरुको घोर उलझ्न हुन गई जीवन जोखिममा हुने विश्वास गर्न सकिने आधारहरु छन्, त्यस्तो देशमा निस्काशन गरी फर्काउने, देश निकाला गर्ने, आत्मसमर्पण गराउने, सुपुर्दगी गर्ने वा अन्यथा गरी पठाइने छैन।

“वहुलवाद [...] सांस्कृतिक परम्पराको विविधता तथा गतिशीलता, जातीय तथा सांस्कृतिक पहिचान, धार्मिक विश्वास, कलाकारिता, साहित्यिक तथा आर्थिक-सामाजिक विचार तथा अभिव्यक्तिहरुको वास्तविक मान्यता तथा सम्मानको लागि आवश्यक मानिन्छ ।”

– मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालत^{५१६}

छ. अभिव्यक्ति, सभा तथा संगठनको स्वतन्त्रता सम्बन्धी अधिकार

१. अधिकारको क्षेत्र तथा प्रकृति

मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्र तथा नागरिक तथा राजनैतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अनुबन्ध (ICCP), सबै मुख्य क्षेत्रीय मानव अधिकार सम्बन्धी सन्धिहरु लगायतले शान्तिपूर्ण सभा, संगठनको स्वतन्त्रता तथा अभिव्यक्ति स्वतन्त्रताका अधिकारहरुको संरक्षण गर्दछ, जस अन्तर्गत सूचना एवं विचार-दुवै प्राप्त गर्ने र अभिव्यक्त गर्ने कुरा पर्दछन् ।^{५१७} विश्वव्यापी तथा क्षेत्रीय तहहरु-दुवै गरी अन्य मानव अधिकार सम्बन्धी सन्धि तथा अन्तर्राष्ट्रिय दस्तावेजहरुले पनि यी अधिकार तथा स्वतन्त्रताहरुको संरक्षण तथा सुनिश्चितता गर्दछ ।^{५१८}

५१६ Judgment of 17 February 2004, Case of *Gorzelik and Others v. Poland*, Application No. 44158/98, para. 92.

५१७ मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्रको धाराहरु १९, २०, अनुबन्ध (ICCP) को धाराहरु १९, २१, २२; मानव तथा जनअधिकारसम्बन्धी अफिकी वडापत्रको धाराहरु ९, १०, ११; मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासंघिको धाराहरु ३, १५, १६; मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासंघिको धाराहरु १०, ११; र मानव अधिकार सम्बन्धी अरब वडापत्रको धाराहरु २४, ३२ ।

५१८ यी कुराहरु समेत हेर्नुहोस् : आर्थिक, सामाजिक तथा सांस्कृतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अनुबन्ध (धारा ८); वालवालिकाको अधिकार सम्बन्धी महासंघिको धाराहरु १३ र १५); सम्पूर्ण कामदार तथा तिनका परिवारका सदस्यहरुको सरक्षण सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय महासंघिको धारा १३ र २४; वल्पुर्वक वेपता पारिइका व्यक्तिहरुको सरक्षणको लागि अन्तर्राष्ट्रिय महासंघिको धारा २४(७); शरणार्थीको मान्यता सम्बन्धी महासंघिको धारा १५); आफू बसेको मुलकको नागरिक नभएका व्यक्तिहरुको मानव अधिकार सम्बन्धी घोषणापत्र (धारा ५(२) र ८(१'ख)); विश्वव्यापी रूपमा स्वीकृत मानव अधिकार तथा मौलिक स्वतन्त्रताहरुको प्रवर्धन तथा संरक्षण गर्ने सन्दर्भमा व्यक्ति, समूह तथा समाजका अंगहरुका अधिकार तथा उत्तराधित्व सम्बन्धी घोषणा (धाराहरु १, ५, ६, ७, ९ र १२); राष्ट्रीय वा जातीय, धार्मिक तथा भाषिक अल्पसङ्ख्यक व्यक्तिहरुको अधिकार सम्बन्धी घोषणा (धारा २); कानून व्यावायीहरुको भूमिका सम्बन्धी आधारभूत सिद्धान्त (सिद्धान्त २३); न्यायपालिकाको स्वतन्त्रता सम्बन्धी आधारभूत सिद्धान्त (सिद्धान्त ८ र ९); अभियोजनकर्ताहरुको निर्देशिका (निर्देशन ८, ९); अफिकामा अभिव्यक्ति स्वतन्त्रता सम्बन्धी विचारको घोषणा; वालवालिकाको अधिकार तथा कल्याण सम्बन्धी अफिकी वडापत्र (धारा ७ र ८); मानव अधिकार तथा कल्याणको अमेरिकी घोषणापत्र (धाराहरु IV, XXI र XXII); आर्थिक, सामाजिक तथा सांस्कृतिक अधिकारहरुको क्षेत्रमा मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासंघिको अतिरिक्त आलेख – साम्झेडरको आलेख (धारा ८); महिला हिंसाको निवारण, सजाय तथा निराकरण सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी महासंघिको धारा ४); अभिव्यक्ति स्वतन्त्रता सम्बन्धी सिद्धान्तहरुको OAS घोषणा; मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासंघिको धारा ९, १० र ११); यूरोपेली सामाजिक वडापत्र (भाग १, दफा ५, धाराहरु ५ र ६); संगठनको स्वतन्त्रता तथा सभा सम्मेलन गर्ने पाउने अधिकारको संरक्षण १९४८(ILO); आदिवासी तथा जनजातिहरुको महासंघिका, १९८९ (न. १६९) (धारा २०, २) र सार्वजनिक सेवामा सेवाका शर्तहरु निर्धारणको लागि नियमित गर्ने तथा विधि-प्रक्रिया पूऱ्याउने अधिकारको संरक्षण सम्बन्धी ILO महासंघिका नं. १५१ । यो पनि हेर्नुहोस् : राष्ट्रिय सुरक्षा, अभिव्यक्ति स्वतन्त्रता तथा सूचनाको पहुँच सम्बन्धी जाहास्वर्ग सिद्धान्त – जसलाई विचार तथा अभिव्यक्तिको स्वतन्त्रताको अधिकार सम्बन्धी राष्ट्र संघीय विशेष प्रतिवेदकद्वारा अनमोदन गरिएको थिए (UN Doc. E/CN.4/1996/39, appendix) र मानव अधिकार सम्बन्धी पूर्व राष्ट्र संघीय आयोगले धेरै अवसरहरुमा यी सिद्धान्तहरुलाई उल्लेख गर्यो (हेर्नुहोस् अप्रिल २००० को प्रस्ताव र मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी आयोग) ।

१.१ अभिव्यक्ति स्वतन्त्रता

अभिव्यक्ति स्वतन्त्रता लोकतान्त्रिक समाजको लागि एउटा आधारशीला हो। अभिव्यक्ति स्वतन्त्रता जनमत निर्माणको लागि अत्यावश्यक हुन्छ। राजनैतिक दल, मजदुर संघ/संगठन, वैज्ञानिक तथा सांस्कृतिक समाजको विकाशको लागि र सामान्यतः तिनीहरु जसले जनतासंग सामुहिकरूपले संचार-संपर्क गर्न चाहन्छन् – ती सबैको प्रगतिका लागि पनि आवश्यक शर्त (*conditio sine qua non*) मानिन्छ। संक्षेपमा भन्नु पर्दा, यसले त्यस्तो माध्यमको प्रतीनीधित्व गर्दछ, जसले समुदायलाई पर्याप्त सूचना प्रदान गरी सशक्तिकरण गर्न मद्दत गर्दछ। परिणामस्वरूप, यसो भन्न सकिन्छ कि सुसूचित नभएको समाजलाई पूर्णरूपले स्वतन्त्र समाज मान्न सकिदैन^{५१९} मानव अधिकार सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी अदालतले के उल्लेख गरेको छ भने अभिव्यक्ति स्वतन्त्रताको पनि सामाजिक आयाम हुन्छ र यसअन्तर्गत जुनसुकै सूचना प्राप्त गर्ने सामूहिक अधिकार र अन्य व्यक्तिहरुद्वारा अभिव्यक्त गरेको विचारहरु प्रतिको पहुँच अन्तर्निहित हुन्छ^{५२०}

अभिव्यक्ति स्वतन्त्रताको संरक्षणले ती सबै “सूचना” तथा “विचारहरु”को प्रवाहलाई निर्वाध रूपले समेट्नु पर्दछ – जसलाई सहजतापूर्वक विना हिंसा प्राप्त गर्न सकोस् र त्यस्तै ती अभिव्यक्तिहरु जसले “हिंसा, टकराव वा अवरोध” पनि उभ्जाउन सक्दछन्; अथवा भनौ – वहुलवादले सहिष्णुता तथा खुलाह्वदयताको पनि माग गर्दछ, जसविना “लोकतान्त्रिक समाज” कहलाउन सक्दैन^{५२१} राजनैतिक छलफल-वहश, सत्तासीन वर्गका विचारसंग नमिल्न पनि सक्दछ, तथा लोकतन्त्रका सिद्धान्त अनुरूप नभएको पनि हुन सक्दछ, र त्यसलाई कुनै पनि देशको अक्षुण्णता वा राष्ट्रिय

५१९ See *inter alia*: Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 2 July 2004, Case of *Herrera-Ulloa v. Costa Rica*; African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication No. 242/2001, Case of *Interights, Institute for Human Rights and Development in Africa, and Association Mauritanienne des Droits de l'Homme v. Islamic Republic of Mauritania*, Communication No. 212/2/98, Case of *Amnesty c/Zambia*.

५२० Judgment of 2 July 2004, Case of *Herrera-Ulloa v. Costa Rica*, para. 108; Judgment of 6 February 2001, Case of *Ivcher-Bronstein v. Peru*, para. 146; Judgment of 5 February 2001, Case of “*The Last Temptation of Christ*” (*Olmedo Bustos et al v. Chile*), para. 64; and Advisory Opinion OC-5/85 of 13 November 1985, doc. Cit., para. 30.

५२१ European Court of Human Rights: Judgment of 7 December 1976, Case of *Handyside v. United Kingdom*; Judgment of 8 July 1999, Case of *Sürek and Özdemir v. Turkey*, Applications No. 23927/94 and 24277/94; Judgment of 26 September 1995, Case of *Vogt v.Germany*; Judgment of 30 January 1998, Applications No. 133/1996/752/951, Case of *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*; Judgment of 12 July 2005, Case of *Güneri and Others v. Turkey*, Applications No. 42853/98, 43609/98 and 44291/98; Judgment of 21 June 2007, Case of *Zhechev v. Bulgaria*, Applications No. 57045/00; Judgment of 3 May 2007, Case of *Backowski and Others v. Poland*, Applications No. 1543/06; Judgment of 3 May 2007, Case of *Demokratik Kitle Partisi y Elci v. Turkey*, Applications No. 51290/99; Judgment of 12 December 2006, Case of *Linkov v. Czech Republic*, Applications No. 10504/03; Judgment of 2 October 2001, Case of *Stankov and the United Macedonian Organisation LLinden v. Bulgaria*, Applications No. 29221/95 and 29225/95; and Judgment of 10 July 1998, Case of *Sidiropoulos and Others v. Greece*, Applications No. 57/1997/841/1047. See also Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 5 February 2001, Case of *Olmedo Bustos et al v. Chile*, (“*Last Temptation of Christ*”) and Judgment of 2 July 2004, Case of *Herrera-Ulloa v. Costa Rica*; Inter-American Commission on Human Rights, Annual Report on Human Rights 1994, “Report on the Compatibility Of Desacato Laws with the American Convention on Human Rights”, OEA/Ser.L/V/II.88., Doc. 9 rev(1995).

सुरक्षामा आँच पुऱ्याएको मान्न सकिदैन । राज्यलाई वहुलवादी सिद्धान्तको अन्तिम प्रत्याभूतिकर्ता मानिन्छ ।⁵²²

१.२ शान्तिपूर्ण भेला तथा संगठनको अधिकार

शान्तिपूर्ण भेला तथा संगठनको अधिकार अभिव्यक्ति स्वतन्त्रताको अधिकारसंग घनिष्ठरूपले जोडिएको हुन्छ । भेलाको स्वतन्त्रताले एउटा लोकतान्त्रिक समाजमा राजनैतिक अभिमतहरु निर्माण गर्ने, अभिव्यक्त गर्ने एवं कार्यान्वयन गर्ने प्रक्रियामा जोड गर्दछ, जब कि संगठन स्वतन्त्रताले संगठन रोज्जे, सामेल हुने एवं संगठन निर्माण गर्ने अधिकार प्रदान गर्दछ – जसबाट निरन्तररूपले विचार तथा अभिमतहरु बनाउने तथा प्रकट गर्ने गरिन्छ । यस अन्तरसम्बन्धलाई मानव अधिकार तथा जनअधिकार सम्बन्धी अफिकी आयोगले पुष्टि गरेको छ र यसरी उल्लेख गरेको छ कि संगठन गर्न पाउने अधिकारलाई स्वतन्त्रापूर्वक तथा शान्तिपूर्वक भेला हुन पाउने अधिकारबाट छुटाउन सकिदैन ।⁵²³

अभिव्यक्ति स्वतन्त्रता भै शान्तिपूर्ण भेला तथा संगठन गर्न पाउने अधिकारहरु एउटा लोकतान्त्रिक समाजका मुख्य अवयवहरु हुन् । मानव अधिकार समितिले के पुष्टि गरेको छ भने, “ती संगठनहरु जसले शान्तिपूर्ण ढङ्गले विचारहरु प्रवर्धन गर्दछन – तिनीहरुको अस्तित्व तथा सञ्चालन गर्नु लोकतान्त्रिक समाजको निस्ति एउटा आधारशीला मानिन्छ – यो आवश्यकता छैन कि तिनीहरुले सरकार वा वहुसंख्यक जनसंख्याको मात्रै पक्षपोषण गर्नु ।”⁵²⁴ मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतले थपेको छ, “भेलाको स्वतन्त्रताको अधिकार एउटा मौलिक अधिकार हो – जसलाई बन्देज गर्न ढङ्गले व्याख्या गरिनु हुदैन ।”⁵²⁵ मानव अधिकार समितिले के उल्लेख गरेको छ भने राज्यले भेला तथा संगठन स्वतन्त्रताको अधिकारहरुको मात्रै संरक्षण गर्ने होइन – बरु ती अधिकारहरु माथि लाग्ने अनुचित एवं अप्रत्यक्ष बन्देज हुनबाट समेत रोकदछ ।⁵²⁶

२. निलम्बन, सिमा तथा बन्देज

अभिव्यक्ति तथा भेला एवं संगठनको स्वतन्त्रता सम्बन्धी अधिकार अन्तर्राष्ट्रिय मानव अधिकार कानून अन्तर्गत सर्वोपरि अधिकार(absolute right) भने होइन, र यी अधिकार माथि संकटकालीन लगायत सामान्य स्थितिमा पनि बन्देज लाग्न सकदछ ।⁵²⁷

522 European Court of Human Rights, Judgment of 24 November 1993, Case of *Informationsverein Lentia and Others v. Austria*, Applications No. 13914/88; 15041/89; 15717/89; 15779/89; 17207/90, para. 38.

523 Communication No. 251/2002, *Lawyers for Human Rights v. Swaziland*.

524 Views of 31 October 2006, Case of *Viktor Korneenko and Others v. Belarus*, Communication No. 1274/2004, para. 7.3. See also Views of 20 July 2005, Case of *Jeong-Eun Lee v. Republic of Korea*, Communication No. 1119/2002, para. 7.2 and Views of 17 October 2006, Case of *Boris Zvozskov and Others v. Belarus*, Communication No. 1039/2001, para. 7.2.

525 Judgment of 20 February 2003, Case of *Djavit An v. Turkey*, Application No. 20652/92, para. 56.

526 Ibid., European Court of Human Rights, Judgment of 26 April 1991, Case of *Ezelin v. France*; Inter-American Commission on Human Rights, *Report on Terrorism and Human Rights*, op. cit., para. 359.

527 अनुवन्ध (ICCPR को धारा ४); मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासचिव (धारा १५); मानव अधिकार सम्बन्धी अरब बडापत्र (धारा ४); र मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासचिव (धारा २७) ।

अभिव्यक्ति तथा भेला एवं संगठन सम्बन्धी अधिकारको संरक्षण गर्दै अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकार दस्तावेजहरूले यी अधिकारहरू माथि संगसर्गे वन्देज पनि लगाएका हुन्छन् : खासगरी त्यस्ता गतिविधिहरू माथि वन्देज लगाइएको हुन्छ, जसले युद्ध भड्काउँछ, वा घृणा-द्वेष⁵²⁸ फैलाउँछ, वा राष्ट्रिय सुरक्षा वा सार्वजनिक सुरक्षा वा शान्ति व्यवस्थामा खलल पुऱ्याउँछ,⁵²⁹ वा स्वास्थ्य, नैतिकता बचाउन आवश्यक हुन्छ,⁵³⁰ वा अर्काको अधिकार माथि दखल पुऱ्याउँछ⁵³¹। प्रत्याभूत गरिएका कुनै अधिकारको उपभोगमा वन्देज वा निलम्बन गर्ने राज्यका वाध्यात्मक परिस्थितिहरू या त यस्ता वन्देज लगाउने सामान्य प्यारा.मा, अथवा प्रत्येक अधिकार वा स्वतन्त्रता सम्बन्धी विशेष प्रावधानहरू राखी उल्लेख गरिएका हुन्छन् ।

अन्तर्राष्ट्रीय मानव अधिकार कानूनले यी अधिकारहरूमाथि वन्देज लगाउने कठोर शर्तहरू राखेका हुन्छन् ।⁵³² कुनै वन्देज वा निलम्बन गर्ने सम्बन्धमा यो मान्यता रहिआएको छ : कानून अनुसार स्थापित गरिनु पर्ने, एउटा लोकतान्त्रिक समाजको राष्ट्रिय सुरक्षा, अमनचैन, सार्वजनिक स्वास्थ्य, नैतिकता वा अन्य व्यक्तिको अधिकार तथा स्वतन्त्रता बचाउने प्रयोजनको लागि मात्र आवश्यक हुनु पर्ने; संरक्षण गर्नु पर्ने; सार्वजनिक हितप्रति समानुपातिक हुनु पर्ने तथा विवादित अधिकारको सारतत्व प्रभावित हुनु नहुने र अन्तर्राष्ट्रीय दायित्व अनुरूप हुनुको साथै प्रभावकारी उपचारको हक स्थापित गरिएको हुनु पर्ने कुराहरू उल्लेख छन् । जब राज्यले यी अधिकार तथा स्वतन्त्रताको उपभोगमा केही निश्चित वन्देजहरू लगाउछ, तब ती स्वतन्त्रता वा अधिकार स्वयम्भा आँच पुग्न भने हुँदैन ।⁵³³ अन्ततोगत्वा, यस्तो सिमा वा वन्देजको औचित्य प्रमाणित हुनु अन्तर्राष्ट्रीय कानूनको सारवन तथा कार्यविधिक-दुवै आवश्यकता पुगेको हुनु पर्दछ ।

२.१ अभिव्यक्ति स्वतन्त्रता माथि सिमा तथा वन्देज

अभिव्यक्ति स्वतन्त्रताको अधिकार माथि सिमा तथा वन्देज लगाउने सम्बन्धमा मानव अधिकार समितिले के उल्लेख गरेको छ भने यो अधिकारको उपभोगले “विशेष कर्तव्य तथा जवाफदेहिता पनि बोकेको हुन्छ र यस अर्थमा यस अधिकार उपर केही निश्चित वन्देजहरू लगाउने गरिन्छ – जुन या त अन्य व्यक्तिहरूको या त समग्र रूपले सम्पूर्ण समुदायको हित-संरक्षणसंग जोडिएका हुन्छन् । तथापि, जब राज्य पक्षले अभिव्यक्ति स्वतन्त्रताको उपभोगमा केही निश्चित वन्देजहरू लगाउँदछ, तब यो अधिकार स्वयम्भा खलल पुग्ने गरी वन्देज लगाउनु भने हुँदैन ।”⁵³³ त्यस्ता

528 अनुवन्ध (ICCP) को धारा २०); र मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासंघि (धारा १३.५) ।

529 अनुवन्ध (ICCP) को धाराहरू १९.३(ख), २१; मानव तथा जनअधिकारसम्बन्धी अफिकी वडापत्र धारा ११; मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासंघि को धारा १३.२(ख), १३.३, १५; मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासंघि धारा १३.२(ख), १३.३, १५; मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासंघि धाराहरू १०.२, ११.२; मानव अधिकार सम्बन्धी अरब वडापत्रको धारा २४ र ३२ ।

530 अनुवन्ध (ICCP) को धाराहरू १९.३(ख); मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासंघि धारा १३.२(ख), १५; मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासंघि धाराहरू १०.२, ११.२; मानव अधिकार सम्बन्धी अरब वडापत्रको धारा २४ र ३२ ।

531 निम्न लगायत हेनुहोस्: मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं. १० , अभिव्यक्ति स्वतन्त्रता, (धारा १९) प्यारा ४ तथा सामान्य टिप्पणी नं. ३१, *Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, para. 6.

532 हेनुहोस्: मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं. १० , अभिव्यक्ति स्वतन्त्रता, (धारा १९) हरप ४ तथा सामान्य टिप्पणी नं. २७ , आवतजावतको स्वतन्त्रता - धारा १२), प्यारा १३

533 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं. १० , अभिव्यक्ति स्वतन्त्रता, प्यारा ४

वन्देजहरुले निम्न शर्तहरु सामुहिक रूपले पूरा गरेको हुनु पर्दछ : ‘कानूनमा व्यवस्था भए बमोजिम’ हुनु पर्ने; अर्का व्यक्तिहरुका अधिकार वा गरिमाको सम्मान गर्न, समुदायको हित-संरक्षण वा राष्ट्रिय सुरक्षा, अमनचैन, सार्वजनिक स्वास्थ वा नैतिकता जोगाउन, र ती औचित्यपूर्ण उद्देश्यहरु मध्ये कुनै एक प्राप्त गरी विवादित अधिकारको संरक्षण गर्न राज्यको लागि “आवश्यक” भएको हुनु पर्दछ।⁵³⁴ यसका अतिरिक्त मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासंघ बमोजिम अभिव्यक्ति स्वतन्त्रता “गोप्यरूपमा प्राप्त सूचना चुहावट हुनबाट रोक्ने” तथा “न्यायपालिकाको अधिकार तथा निष्पक्षता जोगाउने”⁵³⁵ प्रयोजनका लागि पनि वन्देज लाग्न सक्दछ। मानव अधिकार समितिले के थप अभिमत राखेको छ भने “अप्टेरो राजनैतिक परिस्थितिमा राष्ट्रिय एकता जोगाई मजबुत गरी औचित्यपूर्ण उद्देश्य हासिल गर्ने दिशामा वहुदलीय लोकतन्त्र, लोकतान्त्रिक मूल्य तथा मानव अधिकारको वकालत(advocacy) उपर वन्देज लगाएर प्राप्त हुन सक्दैन।”⁵³⁶ तथापि, यहां के कुरा सान्दर्भिक छ भने मानव अधिकार समितिका अनुसार, “विना हस्तक्षेप विचार अभिव्यक्ति गर्न पाउने अधिकार त्यस्तो अधिकार हो, जस्तुपर अनुवन्ध (ICCPR) ले अपवाद वा वन्देज गर्ने अनुमति दिन सक्दैन।”⁵³⁷

२.२ सभा तथा संगठनको स्वतन्त्रता सम्बन्धी अधिकार माथि सिमा तथा वन्देज

उक्त अनुवन्ध बमोजिम सभा तथा संगठनको स्वतन्त्रता सम्बन्धी अधिकार माथि सिमा तथा वन्देज लगाउनको लागि निम्न शर्तहरु पूरा भएको हुनु पर्दछ : (क) कानूनद्वारा व्यवस्था भए बमोजिम मात्र हुनु पर्दछ (ख) अनुवन्धको धारा २२ को प्यारा.२ मा उल्लेखित उद्देश्यहरु मध्ये कुनै एकको लागि वन्देज गरिएको हुनु पर्दछ : जस्तै, राष्ट्रिय सुरक्षा वा अमनचैन, सार्वजनिक स्वास्थ वा नैतिकता वा अन्य व्यक्तिको अधिकार तथा स्वतन्त्रताको संरक्षण, र (ग) उपरोक्त उद्देश्यहरु मध्ये कुनै एक हासिल गरी एउटा लोकतान्त्रिक समाज संचालनको लागि “आवश्यक” भएको हुनु पर्दछ।⁵³⁸

अनुवन्ध र मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासंघिते – जसले युद्धको लागि प्रचार वा राष्ट्रिय, जातीय वा धार्मिक धृणा-द्रेष फैल्याउँछ – जसले भेदभाव, शत्रुता वा हिंसा जन्माउन सक्दछ, त्यस्ता प्रवृत्तिहरुलाई प्रतिषेध गरेको छ।⁵³⁹ मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतले पनि के उल्लेख गरेको छ भने नागरिकहरु वीचमा हिंसा, शत्रुता वा धृणा-द्रेष फैल्याई भड्काएमा, अभिव्यक्ति स्वतन्त्रता तथा प्रतिवर्णित प्रचार वा वकालत वीच छुट्याउने एउटा

534 Ibid., para. 4. See also Views of 8 November 1996, Case of *Robert Faurisson v. France*, Communication No. 550/1993, para. 9(4) and (6), and Views of 21 July 1994, Case of *Albert Womah Mukong v. Cameroon*, Communication No. 458/1991, para. 9.7.

535 मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासंघिको धारा १०

536 Views of 21 July 1994, Case of *Albert Womah Mukong v. Cameroon*, Communication No. 458/1991, para. 9.7.

537 मानव अधिकार समिति : सामान्य टिप्पणी नं. १० doc. Cit., para. 1.

538 Views of 31 October 2006, Communication No. 1274/2004, *Viktor Korneenko and Others v. Belarus*, para. 7.2 (UN.Doc CCPR/C/88/D/1274/2004). संगसंगै, यो पनि हेन्दुहोस् : सम्पूर्ण कामदार तथा तिनका परिवारका सदस्यहरुको संरक्षण सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय महासंघित, धारा २६(२) ४०(२); आफू बसेको मुलुकको नागरिक नभएका व्यक्तिहरुको मानव अधिकार सम्बन्धी घोषणापत्र धारा ८(१ख); मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासंघिको धारा १६; मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासंघित धारा ११ ; अनुवन्ध (ICCPR) को धारा २० तथा मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासंघिको धारा १३(५)

मुख्य आधार हुन जान्छ, ⁵⁴⁰ यस परिपेक्ष्यमा भाषिक घृणा(anti-semitism) तथा विदेशी/फिरझी प्रति घृणा-द्वेष (xerophobia) लगायतका यस्तै-यस्तै संभाव्य उत्तेजक भावना फैल्याउनेहरुको स्वतन्त्रता माथि प्रतिवन्ध लाग्न सकदछ, ⁵⁴¹

कुनै राजनैतिक विचारको अभिव्यक्ति सार्वजनिक व्यवस्था भड्काउने खालको अप्रिय हुन सकदछ, त्यसलाई पनि संरक्षण गर्ने राज्यले सकारात्मक कदम चाल्नु पर्दछ, ⁵⁴² यसका अतिरिक्त हिंसा तथा द्वन्द्व रोक्न सभा तथा अभिव्यक्ति माथिको उचित वन्देजहरु – जस्को उद्देश्य सार्वजनिक सुरक्षा र व्यवस्थाको संरक्षण गर्नु हुन्छ, कानून सम्मत पनि हुन्छन्। यस प्रकार, सभाको लागि विधि-प्रक्रियाको तालिका, भीड नियन्त्रण तथा सवारी संचालनका लागि सरकारी अधिकारीहरुले गर्ने नियन्त्रण, योजना लगायतका अनुमति त्यतिज्जेल पाईरहन्छ जितिज्जेल त्यस्तो भेलामा कुनै भेदभाव नगरिएको राजनैतिक सन्देश गईरहन्छ, ⁵⁴³स्वास्थ वा सुरक्षाको दृष्टिबाट भेला गर्नमा लाग्ने प्रतिवन्ध पनि कानून सम्मत नै मानिन्छन्। ⁵⁴⁴ यस प्रकार, एउटा घटना जहां चर्च ओगटिराखेका भोक हड्तालीहरुलाई दंगा प्रहरीले जवरजस्ती उठाउने सरकारी निर्णय गैह-कानूनी मानिएन किनकि “(त्यसबेला सम्म) हड्तालीहरुको स्वास्थ विग्रहेको थियो र सरसफाई सम्बन्धी अवस्था पूर्णतः नपुग भैसकेको अवस्था थियो।”⁵⁴⁵

यूरोपेली अदालतले के ठहर्याएको छ भने “विना कारण अरु प्रति हिंसा हुने र अर्काको अधिकार माथि दखल गर्ने जस्ता संभावित अभिव्यक्ति दिने, र त्यसकारण, जसले मानवीय कियाकलापहरूद्वारा अग्रगमनका लागि— सार्वजनिक हितका विषयमा कुनै योगदान पुऱ्याउदैन भने त्यस्ता कुरालाई रोक्न राज्यको दायित्व हुन्छ।”⁵⁴⁶ धार्मिक स्वतन्त्रता त्यस्तो अधिकार मात्र होइन – जस्लाई अभिव्यक्ति तथा सभा गर्ने अधिकार सिमित गरेर संरक्षित गरिन्छ। राष्ट्र संघीय मानव अधिकार समितिले पुष्टि गरेको छ – “क्यानेडियाका एक विद्यालय व्यवस्थापन समितिले एकजना शिक्षकलाई कक्षा लिन छोडाई गैह-शिक्षण कार्यमा लगाउनु प-यो किनकि उसले यहुदीहरु प्रति तीव्र आलोचक बनी एउटा पुस्तक प्रकाशन गरी वदनामी कमाएको थियो; र उस माथि वन्देज लगाउनुको पछाडि के थियो भने उसले सार्वजनिक विद्यालयमा शिक्षा आर्जन गर्न पाउने अधिकार लगायत यहुदी मतका व्यक्तिहरुको अधिकार वा गरिमामो सम्मान गर्न सकेन।”⁵⁴⁷

540 Judgment of 25 November 1997, Case of *Zana v. Turkey*, and Judgment of 8 June 1998, Case of *Incal v. Turkey*.

541 Views of 18 October 2000, Case of *Malcolm Ross v. Canada*, Communication No. 736/1997 and Views of 8 November 1996, Case of *Robert Faurisson v. France*, Communication No. 550/1993.

542 European Court of Human Rights, Judgment of 20 October 2005, Case of *Toxo v. Greece*, Application No. 74989/01, para. 43.

543 उद्धारणको निमित, मानव अधिकार समिति : Views of 31 March 1994, Case of *Kivenmaa v. Finland*, Communication No. 412/1990, para. 9.2.

544 European Court of Human Rights, Judgment of 9 April 2002, Case of *Cisse v. France*, Application No. 51346/99, para. 52.

545 *Ibid.*, para. 51.

546 European Court of Human Rights, Judgment of 20 September 1994, Case of *Otto-Preminger-institut v. Austria*, Application No. 13470/87, para. 49..

547 मानव अधिकार समिति : Views of 18 October 2000, Case of *Ross v. Canada*, Communication No. 736/1997, para. 11.5.

अभिव्यक्ति, संगठन वा भेलाको नियमावली(regulation) निरुपण नगरी विना कारण ती अधिकारहरु माथिको कानून सम्मत बन्देज हुन सक्दैन । कतिपय अवस्थामा अभिव्यक्ति, संगठन वा सभाको स्वतन्त्रता माथिको बन्देज लगाउनु पर्ने राज्यको दायित्व आवश्यक मानिन्छ र त्यो अनुवन्ध (ICCP) को धारा १९, २१ र २२ अनुरूपको कानून सम्मत उद्देश्यसंग मेल खानु पर्दछ ।⁵⁴⁸ मानव अधिकार समितिले अभिव्यक्ति तथा सभा गर्ने एकजना कार्यकर्ता(activist)को अधिकार उलझन भएको ठहर गय्यो – जहाँ एक मुद्दामा उनी सडकमा मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्र का प्रतिहरु वितरण गर्दै हिडेकोमा बेलारुसको सरकारले उसमाथि प्रतिवन्ध लगायो र “निवेदकको गतिविधिमा उक्त प्रतिवन्ध लगाउनु पर्ने कुनै खास आधार थिएन । [...] जुन निर्विवाद थियो र त्यसले सार्वजनिक शान्ति-व्यवस्थामा कुनै खतरा हुन सक्दैनय्यो ।”⁵⁴⁹

राजनैतिक मामिलाको क्षेत्रमा अभिव्यक्ति, सभा तथा संगठन माथिको बन्देज/प्रतिवन्धको दायरा ज्यादै सागुरो पारिएको पाइन्छ । हिंसात्मक वा गैह-लोकतान्त्रिक परिवर्तनका पक्षपोषण नगर्ने राजनैतिक संगठनहरु माथिको बन्देज सदैव अभिव्यक्तिको स्वतन्त्रता माथि गैह-कानूनी प्रतिवन्ध मानिन्छ, – यद्यपि त्यस संगठनका विचार जतिसुकै अलोकप्रिय किन नहोऊन् ।⁵⁵⁰ यस परिपेक्ष्यमा उक्त अधिकार माथि गरिने बन्देजले “औचित्यताको कठोर परिक्षण भने गर्ने पर्दछ ।”⁵⁵¹

नैतिकता, धर्म तथा प्रतिष्ठा जस्ता निजी कुराहरुमा भने अभिव्यक्ति, सभा तथा संगठन माथिको प्रतिवन्धको दायरा निकै फराकिलो हुन्छ । युरोपेली अदालतले थप पुष्टि गरेको छ : “राजनैतिक सभा माथिको प्रतिवन्ध [...], अथवा सार्वजनिक हित सम्बन्धी विवादमा यसको दायरा सागुरो हुन्छ । [...] नितान्त वैयतिक विचार-विश्वासको हकमा भने सामान्यतः व्यापक दायरा ओगटेको हुन्छ ।”⁵⁵² यो यस्तो तथ्य हो जहाँ यस्ता प्रतिवन्धले “अर्काको अधिकार”को संरक्षण गर्दछ, र विभिन्न मुलुकहरुका यस्ता विचार-विश्वासहरुको विविधताको कारण अन्तर्राष्ट्रिय मानव अधिकार निकायहरुका लागि सुपरिवेक्षण गर्ने दिशामा भिन्न मान्यता भएकाले यस्ता बन्देजहरु उपयुक्त वा बढी के हुन सक्दछ भन्ने कुरा निर्णय गर्न निकै कठीन हुन्छ ।⁵⁵³ तथापि, “अर्काको अधिकार” सम्बन्धमा विचार गर्दा सभा, अभिव्यक्ति वा संगठनका अधिकारहरु सिमित गर्ने सिलसिलामा “मानव अधिकारको वैयतिकताको सिद्धान्त”(principle of the individuality of human rights)को ख्याल गर्नु पर्दछ – ताकि राज्यले तिनीहरुको सन्तुलन मिलाउन सकोस् ।

548 निम्न कुरा लगायत हेन्होसः: Views of 10 August 2006, Case of *Patrick Coleman v. Australia*, Communication No. 1157/2003, para. 7.3; Views of 20 July 2005, Case of *Jeong-Eun Lee v. Republic of Korea*, Communication No. 1119/2002, para. 7.2; Views of 24 July 2007, Case of *Aleksander Belyatsky et al. v. Belarus*, Communication No. 1296/2004, para. 7.3.

549 मानव अधिकार समिति : Views of 20 October 2005, *Velichkin v. Belarus*, Communication No. 1022/2001, para. 7.3.

550 European Court of Human Rights: Judgment of 30 January 1998, Case of *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, Application No. 133/1996/752/951, paras. 40-45; Judgment of 2 October 2001, Case of *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, Application No. 29221/95 and 29225/95, paras. 88-107.

551 मानव अधिकार समिति : Case of *Velichkin v. Belarus*, doc. Cit., para. 7.3.

552 European Court of Human Rights, Judgment of 22 October 1996, Case of *Wingrove v. the United Kingdom*, Application No. 17419/90, para. 58.

553 *Ibid.*, See also Human Rights Committee, Views of 2 April 1982, Case of *Hertzberg v. Finland*, Communication No. 61/1979.

प्रणालीगत हिसावले एउटाको अधिकार अर्का माथि अतिक्रमित हुन नपाओस्।⁵⁵⁴ यस सन्दर्भमा अन्य मुलुकहरुमा विकाश भइरहेको अभ्यास लगायत समानुपातिकताको सिद्धान्त(principle of proportionality)ले निकै व्यापकता पाएको प्रतीत हुन्छ ।

वालवालिकाको हित एवं कल्याण प्रवर्धनको सम्बन्धमा अभिव्यक्ति, संगठन तथा सभा गर्ने अधिकारहरु माथिको निलम्बन सबैभन्दा बढी फराकिलो हुन्छ । मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतले “वालवालिका तथा किशोरहरुको नैतिकतामा पर्न सक्ने घातक प्रभावबाट जोगाउन अभिव्यक्ति स्वतन्त्रता माथिको वन्देज अपेक्षित मात्रामा फराकिलो हुन्छ भन्ने पुष्टि गरेको छ ।”⁵⁵⁵ यसरी, लैंगिकता सम्बन्धी नरम दृष्टिकोण राखेकाले वेलायती सरकारले वालवालिकाको सन्दर्भ पुस्तकहरुका सबै प्रतिहरु नष्ट गर्नु प-यो – किनकि ती पुस्तक पढ्ने अधिकांश विद्यार्थीहरुको “प्रवृत्ति खाराव एवं भष्ट”(tendency to deprave and corrupt) हुन गएकाले सो सरकारी निर्णयले वन्देजको अपेक्षित दायरा ननाघेको ठहर गरियो ।⁵⁵⁶

३. लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानमा अभिव्यक्ति स्वतन्त्रता, शान्तिपूर्ण भेला तथा संगठनको प्रयोग

अभिव्यक्ति स्वतन्त्रता, शान्तिपूर्ण भेला तथा संगठनका अधिकारहरु फरक-लैंगिक (LGBT) सकियता तथा एचआर्ऎमी/एडस् को पक्षपोषणमा निकै महत्वपूर्ण मानिएका छन् । सबै नागरिकहरुलाई लोकतान्त्रिक प्रक्रियामा सहभागी गराउने दिशामा नागरिक समाज क्रियाशील रहेको छ र त्यो स्वस्थ पनि मानिन्छ । यो प्रक्रिया शान्तिपूर्ण भेला वा संगठनको माध्यमबाट मात्र प्राप्त गर्न सकिन्छ – जहाँ तिनीहरु एकअर्का वीच अभिन्न रूपमा जोडिएका हुन्छन् र सामुहिकरूपले साभा उद्देश्य प्राप्तिको लागि उद्देश्य दिशामा वाक्कोस्की तथा अन्यहरु वि. पोलेण्ड को मुदामा मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली अदालतले भेला एवं संगठनको माध्यमबाट मात्रै लोकतान्त्रिक सहभागिताको अधिकारको क्षेत्र सुनिश्चित हुने कुरा उल्लेख गरेको छ, जो निम्नानुसार छ :

“संगठन तथा भेलाको स्वतन्त्रताको निमित – एउटा वास्तविक तथा प्रभावकारी कार्यान्वयनको लागि राज्यको तर्फबाट हस्तक्षेप नगर्ने केवल एउटा सामान्य कर्तव्यमा मात्र सिमित पार्नु हुदैन; यो एउटा पूर्ण नकारात्मक अवधारणा मात्र हुन जान्छ – जुन धारा ११ को उद्देश्यसंग मेल खान सक्दैन, न महासन्धिको समग्र सामान्य व्यवस्थाको उद्देश्य अनुरूप नै मिल सक्दछ । यस्‌अर्थमा, यी स्वतन्त्रताहरुको प्रभावकारी उपभोग गर्ने दिशामा सकारात्मक दायित्वहरु हुन सक्दछ । [...] यो दायित्व अलोकप्रिय विचार राख्ने व्यक्तिहरु वा अल्पसंख्यकहरुका लागि खास महत्वका हुन्छन् किनभने तिनीहरु पीडितिकरण (victimization) (.)का लागि बढी जोखिमयुक्त हुन्छन् ।”⁵⁵⁷

554 Inter-American Court of Human Rights, Case of *The Last Temptation of Christ*, doc. Cit., para. 63k.

555 European Court of Human Rights, Judgment of 7 December 1976, Case of *Handyside v. the United Kingdom*, Application No. 5493/72, para. 52.

556 *Ibid.*, para. 57.

557 Judgment of 3 May 2007, Case of *Baczkowski and Others v. Poland*, Application No. 1543/06, para. 64.

वाक्‌कौस्की तथा अन्यहरु वि. पोलैण्डको मुद्दामा सरकारी अधिकारीहरुद्वारा एउटा योजनावद्व दौड तथा ६वटा ठूला भेलाहरुमाथि प्रतिवन्ध लगाइयो । यी प्रचारात्मक कार्यक्रमहरु सहिष्णुताको प्रवर्धन गर्न तथा फरक-लैङ्गिक व्यक्तिहरु विरुद्धका विभेदको विरोध गर्न लक्षित थिए । यस्मा, पुनरावेदन सुन्ने अधिकारीहरुले शुरु निर्णय वदर गच्छो र प्रायोगिक कानूनको औचित्य कमजोर सावित भयो र सोको उलझन गरिएकोमा आलोचना गरियो । तथापि, पुनरावेदन फैसला, उक्त योजनावद्व दौडको कार्यक्रमको मिति सिद्धिए पछि ढिलो गरी आयो । सो विरुद्धको प्रदर्शन र भेला गर्नु पर्दा, त्यस समयमा लगाइएको आधिकारिक वन्देजको कारण निवेदकहरुले जोखिम भने मोल्नु पन्यो नै ।

यूरोपेली अदालतले के ठहर गच्छो भने अनुमति दिन अस्वीकार गरिएबाट निवेदकहरु तथा सभाका सहभागीहरुले एउटा पीडा भोग्नु पन्यो । सरकारी अधिकारीहरुले तिनीहरुलाई आधिकारिक अनुमति नदिएको हुदा र परिणामस्वरूप प्रतिप्रदर्शनकारीहरु (hostile counter-demonstrators) द्वारा हुन सक्ने आक्रमणबाट सुरक्षाको सुनिश्चितता नगरिएकाले सहभागी हुने व्यक्तिहरु पनि हतोत्साहित भए । अदालतको थप राय थियो – त्यसरी भेला गरिदा अनुमति नदिएकाले निवेदकहरु माथि गहिरो नकारात्मक प्रभाव पन्यो । निजहरुलाई उपलब्ध कानूनी उपचारको हकले पनि राहत पुऱ्याउन सकेन, किनकि पुनरावेदन निर्णय भेला गरिने मिति भन्दा पछि मात्रै आउन सक्यो । (त्यसबाट) यूरोपेली महासंघिको धारा ११ द्वारा प्रत्याभूत गरिएको निवेदकहरुको अधिकार माथि हस्तक्षेप हुन गयो; र त्यस अर्थमा निवेदकहरुको शान्तिपूर्वक भेला हुन पाउने स्वतन्त्रताको अधिकार कानूनद्वारा स्थापित गरिएको देखिएन ।

यस मुद्दाको मुल्याङ्कन गर्दै अदालतले भेला गर्न पाउने स्वतन्त्रताको उपभोगका सम्बन्धमा सो निर्णयका लागि प्रत्यक्षतः सम्बन्धित सवालहरुमा महानगर प्रमुख(मेरेय) द्वारा सार्वजनिक रूपमा व्यक्त गरिएका कठोर वैयतिक विचारहरुको अवहेलना गर्न भने सकेन । अदालतले के भन्यो भने – भेलाको स्वतन्त्रताको उपभोग सम्बन्धमा “समलैङ्गिकताको प्रचार” भनेर उनको विचार सार्वजनिक रूपले आईसकेको थियो; त्यस स्थितिमा मुद्दा नगर-प्रमुखको तरफबाट नगरका अधिकारीहरुले उक्त निर्णयहरु गरी सकेका थिए । सोही अनुरूप, अदालतले मानव अधिकार सम्बन्धी यूरोपेली महासंघिको धारा १४ को विभेद सम्बन्धी प्रावधानको साथै धारा ११ समेत उलझन भएको ठहर ग-यो ।

अभिव्यक्ति स्वतन्त्रताको एउटा महत्वपूर्ण तत्व – खासगरी पोशाक, ढाँचा तथा व्यवहार ईत्यादिमा लैङ्गिक पहिचानको स्वतन्त्रता हो । विचार तथा अभिव्यक्ति स्वतन्त्रता सम्बन्धी अधिकारको सम्बर्धन तथा संरक्षणमा राष्ट्र संघीय प्रतिवेदकले लैङ्गिक अभिव्यक्तिको कारण स्वेच्छाचारी धरपकड हुने गरेको उल्लेख गरेको छ :

“लैङ्गिक अल्पसंख्यक तथा फरक-पहिचानधारीहरु (transvestites)का संगठनका प्रतिनीधिहरुले [...] आफ्नो लैङ्गिक अभिमुखिकरणको कारण मानव अधिकार हनन् भएका निकै घटनाहरुको रिपोर्ट गरेका छन् । यो विशेष प्रतिवेदकको लैङ्गिक अभिमुखिकरणको कारण मानव अधिकार हनन् भएका धेरै घटनाहरुसंग सरोकार रहेको छ । उनलाई के सूचित गरिएको छ भने प्रान्तीय कानूनले प्रहरीलाई थुनछेक गर्ने वा कुनै फौजदारी अभियोग नमानिने सवालहरुमा पनि प्रतिवन्ध लगाउने

अनुमति दिएको देखिन्छ । उनलाई यो पनि सूचित गरिएको छ कि धेरै प्रान्तहरूले “विलोम आचार सहिता” (*contravention-code*) बनाई “फरक-पहिरनधारीहरु” लाई १५ दिन सम्मको कैद सजाय गर्ने गरेको पाइएका छन् ।⁵⁵⁸

(अनुवादकको नोट: फरक-पहिरनधारीहरु(*transvestites*) भन्नाले विपरित-लिङ्गीको लुगा लगाउने गरेता पनि *sexual behaviour* भन्ने विषमलिङ्गी(*heterosexual*) कै हुन्छ)

अभिव्यक्ति स्वतन्त्रताको अधिकारको उलझनहरूले कहिलेकाही आफैमा हिंसाका धम्की खन्नु पर्दछ । मानव अधिकार रक्षकहरूको स्थिति सम्बन्धी विशेष प्रतिनीधिले के उल्लेख गरेको छ भने जमैकाका महिला तथा पुरुष समलिङ्गीहरु खासगरी महिला तथा पुरुष समलिङ्गी लगायत सम्पूर्ण लैंगिकहरूको जमैका मञ्च (forum) नाऊको मानव अधिकार पक्षधर समूहहरूका अधिकारहरु सरकारी अधिकारीहरुद्वारा स्वतन्त्र अभिव्यक्ति दबाउने तथा समलैंगिक व्यक्तिद्वारा हुन सक्ने हिंसात्मक आक्रमण जस्ता दुवै खाले दुष्प्रयासहरुबाट जोखिममा रहेको छ । एचआईभी/एडस् वारे मानव अधिकार वाच(human rights watch)को अध्ययन सम्बन्धमा एकजना संघीय सार्वजनिक सम्पर्क अधिकृत(public relations officer) को एउटा पत्रमा उल्लेखित विषयवस्तुहरु र समलैंगिक-भय (homophobia)ले यस्तो रोगको फैलाव कसरी हुन्छ भन्ने निम्न परिस्थितिले बताउँछ :

“संघीय सार्वजनिक सम्पर्क अधिकृत यी तथाकथित ‘मानव अधिकार’ समूहहरूले अकवाह फैल्याउन गरेका भूमिकाको भर्त्सना गर्दछ र उनीहरु जानाजान प्रहरीवल तथा सरकार माथि मिथ्या आरोप लगाउदछन् र गाली-गलौज गर्दछन् । उसले यी आरोपहरु वारे छानविन गर्न “न्याय मन्त्री”लाई भेददछ र गैह-कानूनी आचरण गरेको अभियोग लगाउदछ -जुनकुरा विदेशी र स्थानीय अभिकर्ताहरुलाई भड्काउन आवश्यक पर्दछ । पुरुषसमलिङ्गी प्रति बाँकि जनसंख्याको सांस्कृतिक दृष्टिकोण निरित सरकार तथा प्रहरी जवाफदेही बन्न सक्दैन [...] भन्ने उल्लेख गर्दै चिठ्ठी अगाडि भन्छ - समलिङ्गी महिला तथा समलिङ्गी पुरुष विरुद्धको हिंसालाई भने क्षमादान गर्न सकिदैन, र यद्यपि “हामी कानून कार्यान्वयन गर्ने अधिकृतहरु सकेसम्म सेवा गर्न, पुनर्विश्वास दिलाउन र संरक्षण गर्न प्रयत्नशील छौ” भन्ने जस्ता आश्वासनद्वारा यो प्रभावलाई हटाउन निकै कठीन छ ।”⁵⁵⁹

शिक्षा प्रदान गर्नु तथा खासगरी लैंगिकता तथा स्वास्थ्यका सवालहरुमा सूचना उपलब्ध गराउनु राज्यको दायित्व हुन्छ । कोलम्बियामा एडस् को सवालमा सम्बोधन गर्दै विचार तथा अभिव्यक्ति स्वतन्त्रताको अधिकारको प्रवर्धन एवं संरक्षण सम्बन्धी विशेष प्रतिवेदकले निम्नानुसार उल्लेख गरेको छ :

558 विचार तथा अभिव्यक्ति स्वतन्त्रताको अधिकारको प्रवर्धन एवं संरक्षण सम्बन्धी विशेष प्रतिवेदकको प्रतिवेदन :

अर्जेन्टिना मिशन्, E/CN.4/2002/75/Add.1, 17 January 2002, paras. 123-124.

559 मानव अधिकार रक्षकहरूको स्थिति संबन्धी महासचिवका विशेष प्रतिनीधिको प्रतिवेदन E/CN.4/2005/101/Add.1. 16 March 2005, paras. 240 and 242.

“उनलाई प्राप्त आदेशको प्रकृति तथा मर्म अनुसार, विशेष प्रतिवेदक के ठान्डछ भने बिना लैङ्गिक अभिमुखिकरण लगायतका सम्पूर्ण नागरिकहरुलाई स्वयम् अभिव्यक्त गर्ने र सूचना खोजी गर्ने तथा प्राप्त गर्ने अधिकार छ । यो विशेष प्रतिवेदक यो पनि ठान्डछ कि महामारी जस्तै फैलिने गम्भीर प्रकारका रोग-खासगरी एडस् वारे मध्यनजर गर्दै [...] आफूनो नागरिकहरुलाई सामान्यरूपमा स्वास्थ्य सम्बन्धी विश्वसनीय सूचना प्रदान गर्नु सरकारहरुको दायित्व हुन्छन् भने पुरुष तथा महिला समलिङ्गी समूहहरुको विचार तथा अभिव्यक्ति स्वतन्त्रताको हक-अधिकार आम संचारमा उपलब्ध हुने विरोधको कारण अवरुद्ध हुने गरेको पाइएको छ, – जहाँ, अलिक लचिलो भाषामा भन्दा – खास गरेर समलैङ्गिकता सम्बन्धी लैङ्गिक सवालहरु साविक तरिकाबाट व्यवहार गरिन्छन् र प्रसारणको मूल समयमा पनि प्रसारित गरिन्नन् ।”⁵⁶⁰

सूचनाको पहुँच स्वास्थ्य सम्बन्धी अधिकारसंग सान्दर्भिक हुन आउछ । विशेष प्रतिवेदक ले उल्लेख गरे अनुसार, यिनीहरु वीचको अन्तरसम्बन्ध यस प्रकार छ : “शिक्षाको उद्देश्य सूचनाको पहुँच बढाउनु र एचआईभि/एडस् को रोकथाम गर्नु रहेको तर्फ ईङ्गित गर्दै विशेष प्रतिवेदक ले के भनेको छ भने, कुनै खास मुलुकमा मानव अधिकारको रक्षाको स्थितिले महामारीको फैलावमा प्रत्यक्ष प्रभाव पार्न सक्तोहोछ, र मानव अधिकार प्राप्त गरी महिला, युवा, वेश्यालयमा काम गर्ने महिला तथा पुरुष यौनकर्मीहरु, पुरुष माथि पुरुषको लैङ्गिकता भएका मानिसहरु, आप्रवासीहरु, शरणार्थीहरु, नशामा सुई हान्ने लागु-औषधका प्रयोगकर्ताहरु र अन्य जोखिमयुक्त समूहहरु सबैले एचआईभि/एडस् को जोखिम घटाउनु आवश्यक देखिन्छ ।”⁵⁶¹

हजवर्ग एट अल वि. फिनलैण्डको मुद्रामा राज्य नियन्त्रित फिनल्याण्डको प्रसार कम्पनीका सम्पादकहरुले के उजुरी गरे भने कम्पनीका सञ्चालकले तिनीहरुका समलैङ्गिकता सम्बन्धी कार्यक्रम उपर सेत्तर गच्छो, किनकि फिनलैण्डको अपराध संहिताले – “समलिङ्गी व्यक्तिहरु वीचको ‘अभद्र आचरण’ लाई प्रोत्साहन गरेको” भनी फौजदारी अभियोग लगायो । यस्मा, संयुक्त राष्ट्र संघीय मानव अधिकार समितिले यस्तो अभिमत राख्यो :

“प्रथमतः, यहाँ के ख्याल गर्नु पर्दछ भने सार्वजनिक नैतिकता व्यापकरूपले फरक फरक हुन्छन् – यसमा, सार्वभौमरूपले लागु हुने कुनै साभा मापदण्ड छैन । परिणामस्वरूप, यस सम्बन्धमा जवाफदेही राष्ट्रिय सत्तालाई विवेकको एउटा निश्चित हद तोकी दिनु पर्दछ । [...] समितिले के ठहर गरेको छ भने यसले फिनल्याण्डको प्रसार कम्पनीका जिम्मेवार निकायको निर्णय उपर प्रश्न चिन्ह लगाउन सकिदैन – किनकि जहांसम्म त्यहाँ प्रसारित कार्यक्रमले समलैङ्गिक आचरणलाई प्रोत्साहन गरेको छ भने कुरालाई दृष्टिगोचर गर्दा रेडियो तथा टिभि समलैङ्गिकतासंग सम्बन्धित विषयहरुको छलफल गर्ने उपयुक्त थलो नहुन सक्दछ । धारा १९(३) अनुसार, धारा १९(२) ले व्यवस्था

560 विचार तथा अभिव्यक्ति स्वतन्त्रताको अधिकारको प्रवर्धन एवं संरक्षण सम्बन्धी विशेष प्रतिवेदकको प्रतिवेदन: कोलम्बिया मिशन् , E/CN.4/2005/64/Add.3, 26 November, paras. 75 and 76.

561 विचार तथा अभिव्यक्ति स्वतन्त्रताको अधिकारको प्रवर्धन एवं संरक्षण सम्बन्धी विशेष प्रतिवेदकको प्रतिवेदन : E/CN.4/2003/67, 30 December 2002, para. 74.

गरे बमोजिमका अधिकारहरुको प्रावधानलाई दृष्टिगत गर्दा, ती निकायहरुको विशेष कर्तव्य तथा जवाफदेहिता पनि संगसंगे रहेको हुन्छ ।”⁵⁶²

समितिको निर्णयसंग राय बझाएका एकजना सदस्यको अभिमत यस प्रकार रह्यो :

“यद्यपि म यो समितिको ठहरसंग सहमत हुन सक्छु, तथापि म केही निश्चित वुंदा स्पष्ट पार्न चाहन्छु । यस निष्कर्षमा धारा १७ द्वारा संरक्षित फरक हुन पाउने र सोही अनुरुप बस्न पाउने अधिकारको न ख्याल गरिएको छ, न त यस सम्बन्धमा धारा १९द्वारा संरक्षित अभिव्यक्तिको सामान्य स्वतन्त्रताको अधिकारको ख्याल नै गरिएको छ । प्रत्येक व्यक्तिलाई धारा १९(३) को अधीनमा रही धारा १९(२) अनुसार, समलैंगिकता सम्बन्धी सूचना तथा विचार दिन पाउने अधिकार सिद्धान्ततः प्रत्येक व्यक्तिमा अन्तर्निहित हुन्छ – चाहे त्यो सकारात्मक वा नकारात्मक जेसुकै होस् र यस वारेमा कुनै समस्या भएमा स्वतन्त्रापूर्वक आफ्नो छनौटका माध्यमबाट र आफ्नै जवाफदेहितामा छलफल गर्न पाउनु पर्दछ ।”⁵⁶³

हजवर्गको मुद्दा सन १९७९ मा छिनिएको थियो – त्यसले, यो फैसला राष्ट्र संघीय मानव अधिकार समितिले तथ्य समान भएमा दोहस्याउन (नजीर बन्न) सक्ता भनेर विवाद रहेको देखिन्छ । लैंगिकता र स्वास्थ सम्बन्धी यसको प्रभाव सम्बन्धमा रहेको सूचना सम्बन्धी हकलाई राष्ट्र संघीय मानव अधिकार निकायहरुले स्वीकार गरिसकेका छन् । यो अतुलनीय तर्कले “सार्वजनिक स्वास्थ वा नैतिकता”को कारणबाट सिमित गरिएका समलैंगिकता सम्बन्धी शैक्षिक कार्यक्रम माथि पुर्नविचार गर्ने एउटा चुनौति आईपरेको छ । यो विचारलाई निकोलस टुनेन् वि. अष्ट्रेलियाको मुद्दामा ठाडै अस्वीकार गरिएको थियो⁵⁶⁴ अभिव्यक्ति स्वतन्त्रता तथा अल्पसंख्यकको कदरको धारणाले वहुसंख्यकप्रति आकामक, टक्राव वा अवरोध उत्पन्न गराउन पनि सक्दछ, तैपनि त्यसको कदर हुन्छ र त्यो कुनै पनि लोकतान्त्रिक तथा वहुलवादी समाजको लागि एउटा विशेषता मानिन्छ ।

वाक्कौस्की तथा अन्यहरु वि. पोलैण्डको मुद्दामा यूरोपेली अदालतले वार्साका महानगर प्रमुख (मेयर) ले गरेको बयानलाई लिएको छ – जसमा भनिएको थियो – एउटा पुरुष समलिङ्गीको शान “समलैंगिकताको प्रचार” हो र जुन् यस प्रकार छ :

“निर्वाचित राजनीतिजहरु–जो संगसंगै सरकारका कार्यकारिणी अंगमा रहेका सरकारी कार्यालयहरुको वहालवाला अधिकारीहरु पनि हुन् – तिनीहरुको अभिव्यक्ति स्वतन्त्रताको उपभोग संगसंगै निश्चित जवाफदेहिता पनि हुन्छ । कुनै परिस्थितिमा, वैयतिकदङ्गले प्रशासनिक निर्णयहरु लिनु यस्ता सरकारी अधिकारीहरुको कर्तव्यको एउटा सामान्य अंश हुन्छ – जसले संभवतः अर्काको अधिकारको उपभोगमा असर पार्न सक्दछ, अथवा

562 मानव अधिकार समिति : Views of 2 April 1982, Case of *Hertzberg v. Finland*, Communication No. 61/1979, paras. 10.3 and 10.4.

563 Ibid., Appendix Individual opinion of Mr. Torkel Opsahl. Mr. Rajsoomer Lallah and Mr. Walter Surma Tarnopolsky joined the Individual opinion.

564 मानव अधिकार समिति : Views of 31 March 1994, Case of *Nicholas Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992.

उनीहरुको नाउँमा काम गरी निजामति कर्मचारीहरुद्वारा निर्णय लिइन्छ । त्यसकारण, यस्ता अधिकारीहरुद्वारा गरिने अभिव्यक्ति स्वतन्त्रताको उपभोगले महासन्धिले प्रत्याभूत गरेका अर्काको अधिकारको उपभोगमा अनावश्यक हस्तक्षेप पनि हुन सक्दछ । [...] अभिव्यक्ति स्वतन्त्रताको उपभोग गरिरहदा संयमता अपनाउनु आवश्यक हुन्छ – ताकि तिनीहरुका विचार दृष्टिकोणहरुलाई निजामति कर्मचारीहरुले निर्देशनको रूपमा लिओस् – जस्को पेशा र जीवन-वृत्ति तिनीहरु कै सम्मतिमा हुने गर्दछन् ।⁵⁶⁵

सारांश

- संगठन तथा शान्तिपूर्ण भेला हुने अधिकार एवं अभिव्यक्ति स्वतन्त्रताहरु लोकतान्त्रिक समाजका आधारशीलाहरु हुना यी अधिकारहरु अन्तर्राष्ट्रिय मानव अधिकार कानूनद्वारा सर्वब्यापी रूपले स्वीकृत तथा संरक्षित हुन्छन्;
- लैंगिक अभिमुखिकरणरहित भई सबै व्यक्तिहरुलाई स्वयम् अभिव्यक्त गर्ने, सूचना खोज्ने, प्राप्त गर्ने एवं दिने लगायतका अधिकारहरु हुन्छन् ;
- अभिव्यक्ति तथा भेला एवं संगठनको स्वतन्त्रता सम्बन्धी अधिकारहरु फरक-लैंगिक सक्रियता (*LGBT activism*) तथा एचआईभी/एडस् विरुद्ध गरिने पक्षपोषणका निर्मित निर्णायक मानिन्छन् ;
- सिमाविहीन अभिव्यक्ति स्वतन्त्रताको अधिकार अन्तर्गत आफ्नो भावना तथा विचार अभिव्यक्त गर्ने अधिकार तथा मौखिक, लिखित, वा छापामा – कलात्मक रूपमा वा आफ्नो छनोटका कुनै माध्यमबाट सबै प्रकारका सूचना तथा विचार खोज्ने, प्राप्त गर्ने एवं दिने बिषयहरु पर्दछन्;
- अभिव्यक्ति स्वतन्त्रताको संरक्षणले ती सबै “सूचना” तथा “विचारहरु”को निर्वाध प्रवाहलाई समेट्नु पर्दछ – जस्लाई सहजतापूर्वक वा विना हिंसा प्राप्त गर्न सकिन्छ र अर्कातिर ती अभिव्यक्तिहरु – जस्ले “हिसा, टकराव वा अवरोध” पनि उब्जाउन सक्दछन्, अथवा भनौ – वहुलवादले सहिष्णुता तथा खुलाह्दयताको पनि माग गर्दछ, जस्विना “लोकतान्त्रिक समाज” कहलाउन सक्दैन ;
- एउटा लोकतान्त्रिक समाज संचालनको लागि आवश्यक पर्ने वहुलवादको निर्मित – यद्यपि वहुसंख्यकले टकराव गर्ने भए पनि, सो लगायतका सूचना तथा अभिमतहरुको निर्वाध प्रवाहको जरुरत पर्दछ । राजनैतिक विचारको निर्माण, विकाश, अभिव्यक्ति तथा विस्तारको लागि भेला तथा संगठनको आवश्यकता पर्दछ ;
- राज्यले कुनै पनि विचार वा संगठन वा भेला – यद्यपि त्यस्तो विचार, भेला वा संगठन एउटा लोकतान्त्रिक समाजका लागि अमिल्दो किन नहोस् – त्यस्लाई कुनै पनि देशको अक्षुण्णता वा राष्ट्रिय सुरक्षामा आँच पर्ने गरी अभिव्यक्त भएको भनी ठान्नु हुदैन;
- भेलाको स्वतन्त्रताले एउटा लोकतान्त्रिक समाजमा राजनैतिक अभिमतहरु निर्माण गर्ने, अभिव्यक्त गर्ने एवं कार्यान्वयन गर्ने प्रक्रियामा जोड गर्दछ, जबकि संगठन स्वतन्त्रताले

⁵⁶⁵ Case of Baczkowski and Others v. Poland, doc. Cit., para. 98.

विचार निर्माण गर्ने तथा अभिमत व्यक्त गर्ने सन्दर्भमा संगठन रोजे, सामेल हुने एवं संगठन निर्माण गर्ने अधिकार प्रदान गर्दछ ;

- संगठन स्वतन्त्रताको अधिकार अन्तर्गत कुनै संगठन निर्माण गर्ने अधिकारसम्म मात्र सम्बन्धित छैन –अपितु यस्तो संगठनद्वारा स्पतन्त्रतापूर्वक आफूना गतिविधिहरु संचालन गर्न पाउने अधिकार समेतको प्रत्याभूति पनि पर्दछ ;
- यदि कसैले युद्ध भड्काएमा वा द्वेष फैलाएमा वा राष्ट्रिय सुरक्षा वा सार्वजनिक सुरक्षा वा अमनचैनमा खलल पारेपा वा स्वास्थ्य, नैतिकताको कारण वा अर्काको अधिकार उपर दखल गरेमा अभिव्यक्तिको अधिकार तथा सभा एवं संगठनको स्वतन्त्रता सिमित हुन सक्दछ ;
- अभिव्यक्तिको अधिकार तथा सभा एवं संगठनको स्वतन्त्रताहरु माथि संकटकालीन स्थितिमा वन्देज लाग्न सक्दछ । तथापि, संकटकालीन स्थितिमा लाग्ने अधिकारको सिमा वा निलम्बन वा वन्देज सार्वजनिक घोषणा, वैधता, औचित्यता, अविभेद, आवश्यकता तथा समानुपातिकताका सिद्धान्तहरुमा आधारित हुनु पर्दछ, र त्यो सिमित अवधिको लागि मात्र हुनु पर्दछ । संकटकालीन परिस्थितिमा लागेका कानूनी वन्देज वा निलम्बन अन्तर्गतका मानव अधिकारहरु कहिल्यै लोप भएको मानिने छैन : सिमा, निलम्बन भनेको अधिकार नामेट नै गर्नु भनेको चाहि होइन;
- अभिव्यक्ति स्वतन्त्रता तथा सभा एवं संगठन गर्न पाउने अधिकारहरु माथि सामान्य स्थितिमा पनि वन्देज लाग्न सक्दछ । तर, सबै सिमा, निलम्बन वा वन्देजहरु : कानूनमा व्यवस्था भए बमोजिम मात्र गरिनु पर्दछ, अर्काको अधिकार वा गरिमाको संरक्षण गर्न आवश्यक पर्ने न्यूनतम् दायरा भन्दा पर जाने गरी गरिनु हुँदैन; समुदायको हित, राष्ट्रिय सुरक्षा वा अमनचैन, स्वास्थ्य वा नैतिकता जोगाउन मात्र गरिनु पर्दछ, र ती कुराहरु राज्यको लागि उपरोक्त उद्देश्यहरुको प्रयोजनको निमित्त औचित्य प्रमाणित हुने गरी “आवश्यक” मानिएको हुनु पर्दछ ।

“महासन्धि तथा आलेख (protocol) हरुले विगत ५० वर्ष देखिको उत्पीडनको परिवर्तित स्वरूपमा केही सुधार (resilient) त्याएको प्रतीत हुन्छ । उदाहरणको लागि, समानान्तररूपमा समाजमा महिला, आदिवासी समूहहरु वा फरक लैङ्गिक अभिमुखिकरण भएकाहरु लगायतका निश्चित समूहहरु जो जोखिममाछन्, तिनीहरुको संरक्षणमा देखिएको सचेतनाले अस्तित्व गुमाउन (flee) वाध्य भएका समूहहरुलाई संरक्षण प्रदान गरिने सवालमा महासन्धि एउटा संयन्त्र भएको छ ।”

– शारणार्थी कार्यक्रमका लागि संयुक्त राष्ट्रसंघीय उच्च आयुक्तको कार्यकारिणी समिति NECHCRP)⁵⁶⁶

ज. शरण तथा शरणार्थी

१. कानूनी प्रकृति तथा क्षेत्र

मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्रले के स्वीकार गरेको छ भने “प्रत्येक व्यक्तिलाई उत्पीडन-अभियोगबाट बच्न अरु देशमा राजनैतिक शरण खोज्ने तथा लिने अधिकार छ ।”⁵⁶⁷ क्षेत्रीय शरण सम्बन्धी संयुक्त राष्ट्रसंघीय घोषणाले पनि यो अधिकारको संरक्षण गरेको छ ।⁵⁶⁸ जुन १९९३ मा भियनामा सम्पन्न मानव अधिकार सम्बन्धी विश्वव्यापी सम्मेलनले पुनर्पुष्टि गरेको छ – “विना भेदभाव प्रत्येक व्यक्ति उत्पीडन वा अभियोगबाट बच्न आफ्नो देशमा फर्कन पाउने अधिकार लगायत अरु देशमा राजनैतिक शरण खोज्ने तथा लिने अधिकारको हकदार हुनेछ ।”⁵⁶⁹ यो अधिकारलाई क्षेत्रीय मानव अधिकार दस्तावेजहरुद्वारा पनि संरक्षित गरिएको छ : जस्तै अफ्रिकामा मानव तथा जनअधिकारसम्बन्धी बडापत्र,⁵⁷⁰ अफ्रिकामा मानव तथा जनअधिकारसम्बन्धी बडापत्र अन्तर्गत महिलाहरुको अधिकार विषयक आलेख,⁵⁷¹ मानवको अधिकार तथा कर्तव्य सम्बन्धी अमेरिकी घोषणा,⁵⁷² मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासन्धि,⁵⁷³ मानव अधिकार सम्बन्धी अरव बडापत्र,⁵⁷⁴ तथा यूरोपेली संघको मौलिक अधिकार सम्बन्धी बडापत्र,⁵⁷⁵ हरु छन् । अन्तर्राष्ट्रिय शरणार्थी कानूनले पनि यी अधिकारहरुको संरक्षण गर्दछ र शरणार्थीहरुको कानूनी मान्यता (स्थिति) माथि सामान्य कानूनी रूपरेखा तयार गरेको छ, र शरण लिएको देशमा तिनीहरुको अधिकार तथा कर्तव्यहरु के के हुन्छन् सो वारे शरणार्थीहरुको मान्यता सम्बन्धी महासन्धि (१९५१ को महासन्धि); शरणार्थीको मान्यता सम्बन्धी आलेख (१९६७ को आलेख); शरणार्थी सम्बन्धी संयुक्त राष्ट्रसंघीय

566 अन्तर्राष्ट्रिय संरक्षण संबन्धी टिप्पणी, UN doc. A/AC.96/951 of 13 September 2001, para. 9.

567 मानव अधिकार संबन्धी विश्वव्यापी घोषणापत्रको धारा १४

568 राष्ट्रसंघीय साधारण सभाको प्रस्तावद्वारा जारी गरिएको, प्र.नं. 2312(XXII) of 14 December 1967.

569 राष्ट्रसंघीय साधारण सभाको प्रस्तावद्वारा जारी गरिएको, प्र.नं. 2312(XXII) of 14 December 1967.

570 अफ्रिकामा मानव तथा जनअधिकारसम्बन्धी बडापत्र, धारा १२(३)

571 अफ्रिकामा मानव तथा जनअधिकारसम्बन्धी बडापत्र अन्तर्गत महिलाहरुको अधिकार विषयक आलेख, धारा ११

572 मानिसको अधिकार तथा कर्तव्य सम्बन्धी अमेरिकी घोषणापत्र, धारा XXVII,

573 मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासन्धि, धारा २२ (७)

574 मानव अधिकार सम्बन्धी अरव बडापत्र, धारा २८

575 यूरोपीय परिषदको मौलिक अधिकारहरुको बडापत्र, धारा १८

उच्च आयुक्तको कार्यालय विषयक नियम,⁵⁷⁶ अफ्रिकामा शरणार्थी समस्याका विशिष्ट पक्षहरुको सम्बोधन गर्ने अफ्रिकी एकता संगठनको महासंघित तथा अन्य अन्तर्राष्ट्रीय दस्तावेजहरु लगायतमा उल्लेख गरिएका छन्।⁵⁷⁷

सन १९५१को महासंघित अनुसार, शरणार्थी(refugee) भनेको त्यस्तो व्यक्ति हो, जो “जाति, धर्म, राष्ट्रियता, कुनै खास सामाजिक समूह वा राजनैतिक विचारका सदस्य भएका कारणबाट उत्पीडित हुने वा अभियोग लाग्ने आधारभूत डरको कारण आफ्नो राष्ट्रियताको देश भन्दा बाहिर बसेको हुन्दै र यस्तो डरको कारण त्यस देशको संरक्षणमा जान अनिच्छुक हुन्दै ; अथवा जो कुनै देशको राष्ट्रियता नभई र यस्तो कुनै घटनाको कारणले आफू बसी आएको अधिल्लो देश भन्दा बाहिर रही यस्तो डरको कारण सो मुलुकमा फर्कन असमर्थ वा अनिच्छुक रहेको हुन्दै।”⁵⁷⁸

शरणार्थीको परिभाषा तथा सोको मान्यता पाउन वा हुन को को दावेदार हुन्दैन् भन्ने कुरा १९६७ को आलेख⁵⁷⁹ तथा कानूनी दस्तावेज एवं शरणार्थी सम्बन्धी संयुक्त राष्ट्रसंघीय उच्च आयुक्तद्वारा अवलम्बन गरेका निर्देशिकाहरु मा उल्लेख गरेको पाइन्छ।⁵⁸⁰

२. शरणार्थीप्रति राज्यको दायित्व

शरणार्थी हुन एकपटक उत्पीडित हुने वा अभियोग लाग्ने आधारभूत डर स्थापित भईसकेपछि सम्बन्धित राज्यले तिनीहरूलाई राजनैतिक शरण दिनु पर्ने वा तिनीहरूलाई आफू सुरक्षित हुने

576 Adopted by resolution 428(V) of the General Assembly on 14 December 1950.

577 See also *inter alia*; Cartagena Declaration of Refugees, 22 November 1984, OAS/Ser.L/VII.66, doc. 10, rev.1; the *Convention on Asylum*, (Havana, 1928); the *Convention on Political Asylum*, (Montevideo, 1933); the *Convention on Diplomatic Asylum*, (Caracas, 1954); the *Convention on Territorial Asylum*, (Caracas, 1954); Council of Europe, Parliamentary Assembly, Recommendation 773(1976) on the Situation of *de facto Refugees*, 26 January 1976; European Union, Council Directive 2004/83 of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals and stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and content of the protection granted, OJ L 304, 30 September 2004.

578 १९५१ महासंघिको धारा १(२)

579 शरणार्थीको मान्यता सम्बन्धी आलेख (१९६७ को आलेख) तथा शरणार्थी सम्बन्धी राष्ट्र संघीय उच्च आयुक्तका कार्यालयको नियम – दुवैले सन् १९५१ महासंघित उल्लेखित दुई सिमाहरुको अन्त्य गरेको छ : जनवरी १, १९५१ भन्दा अगाडि आएका व्यक्तिहरूलाई मात्र शरणार्थीको रूपमा मान्यता दिने (धारा १. २), र अर्को – भौगोलिक सिमा (धारा १. ३)।

580 See also *inter alia*; UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/IP/4/Eng/REV.1 (2nd ed.1992); Guidelines on international protection 1: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2); of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/02/01 (2002); Guidelines on International Protection 2: "Membership of a particular social group" within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/02/02 (2002); Guidelines on International Protection No. 6: Religion-Based Refugee Claims under Article 1A(2) of 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/04/ 06 (2004); and Guidelines on International Protection No. 7: The Application of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees to Victims of Trafficking and Persons at Risk of Being Trafficked, HCR/GIP/06/07 (2006).

तेस्रो राज्यमा पुनर्वास गराउनु पर्ने दायित्व रहेको हुन्छ ।⁵⁸¹ शरण दिंदा सो राज्यले शरण लिनेलाई काम गर्ने अनुमति दिई आफूना सम्पूर्ण कानूनद्वारा संरक्षण दिनु पर्ने – खासगरी श्रम कानूनद्वारा संरक्षण दिनु पर्ने र सामाजिक सुरक्षाका सुविधाहरु प्रदान गरिनु पर्ने लगायतका दायित्वहरु बहन गर्नु पर्दछ ।⁵⁸² कुनै पनि राज्यले शरणार्थीलाई निजहरुले वास्तविकरूपमा उत्पीडन वा अभियोगको जोखिम भोग्नु पर्ने वा मानव अधिकारको चरम उलझन भोग्नु पर्ने देशमा फर्काउनु हुँदैन । यो विल्कुलै निषेधित अभ्यास हो, जसलाई “फिर्ता”(refoulement) भनिन्छ । शरणार्थी कानूनमा ‘फिर्ता’को निषेध कठोरतापूर्वक स्थापित गरिएको हुन्छ र धेरै विश्वव्यापी तथा क्षेत्रीय मानव अधिकार सम्बन्धी कानूनी दस्तावेजहरु⁵⁸³ तथा अन्तर्राष्ट्रिय परम्परागत कानून समेतमा सबै राज्यहरुलाई वाध्यकारी हुने गरी एउटा अकाट्य(jus cogens) मान्यता अन्तर्गत पारेको हुन्छ ।

यदि “फिर्ता”को सवाल उठेको खण्डमा राष्ट्रिय सुरक्षा वा सार्वजनिक अमनचैनमा⁵⁸⁴ आँच पुऱ्याउने देखिएमा त्यस्तो शरणार्थीलाई कानूनी हिसावले आफूनो भूमिबाट निस्काशन गर्न पाउने राज्यको अधिकार अतिक्रमित हुन्छ । यसका अतिरिक्त, “फिर्ता नहुने” (non-refoulement) सिद्धान्त अनुसार, शरणार्थी कानूनले राज्यहरुलाई केही निश्चित कार्यविधिक सुरक्षा व्यवस्थाहरु⁵⁸⁵ परिपालन गर्न लगाएको हुन्छ । अथवा, “फिर्ता नहुने” सिद्धान्त अनुसार, राज्यहरुले “शरणार्थीको निस्काशन वा फिर्ता गर्न पाउने छैन । [...] जहां उसको जीवन वा स्वतन्त्रता उसको जाति, धर्म, राष्ट्रियता कुनै खास सामाजिक समूह वा राजनैतिक आस्थाको कारणबाट जोखिममा परेको हुन्छ ।⁵⁸⁶ “वेलायती राष्ट्रिय सुरक्षामा चुनौती भएको भन्ने कारणबाट एउटा भारतीय लडाकु शरणार्थीलाई वेलायतले निस्काशन गर्न गरेको निर्णय युरोपेली महासम्बन्धको धारा ३ अन्तर्गत “फिर्ता नहुने ” सिद्धान्तको दायित्व उलझन भएको ठहरियो किनकि निजलाई भारतमा यातना हुने वास्तविक

581 UNHCR, अन्तर्राष्ट्रिय संरक्षण संबन्धी टिप्पणी, U.N. Doc. A/AC.96/951 (2001), paras. 96-106.

582 १९५१ महासम्बन्धको धाराहरु १२, १७-१९, २४,३२; ICCPR Article 13; see also *Legal Commentary to the ICJ Berlin Declaration, op. cit.*

583 शरणार्थीको मान्यता सम्बन्धी सन् १९५१ महासम्बन्ध (धारा ३३), क्षेत्रीय शरण सम्बन्धी OAS महासम्बन्ध (धारा IV); अफ्रिकामा शरणार्थी समस्याको विशिष्ट पक्षहरुको सम्बोधन गर्ने अफ्रिकी एकता संगठनको महासम्बन्ध (धारा ३।); यातना तथा क्र, अमानवीय वा अपमानजनक व्यवहार वा सजाय विरुद्धका महासम्बन्ध (धारा ३।।); वलपूर्वक वेपता पारिएका व्यक्तिहरुको संरक्षण सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय महासम्बन्ध (धारा १६); क्षेत्रीय शरण सम्बन्धी घोषणा (धारा ३.।); वलपूर्वक वेपता पारिएका व्यक्तिहरुको संरक्षण सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय घोषणापत्र (धारा ८); गैह-न्यायिक, स्वेच्छाचारी तथा सक्रिप्त हत्याको प्रभावकारी निवारण तथा अनुसन्धान सम्बन्धी सिद्धान्तहरु (सिद्धान्त ५); मानव अधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासम्बन्ध (धारा २२.८); यातना निवारण तथा दण्डित गर्ने अन्तर-अमेरिकी महासम्बन्ध (धारा १३.४); मानव अधिकार सम्बन्धी अरब बडापत्र (धारा २८); र मानव अधिकार सम्बन्धी युरोपेली महासम्बन्ध (धारा ३) । यद्यपि, नागरिक तथा राजनैतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अनुवन्ध (ICCP) ले यस बाटे स्पष्ट व्यवस्था गरेको छैन, मानव अधिकार समितिले बताएको छ कि “फिर्ता नहुने” सिद्धान्त (non-refoulement) उक्त अनुवन्ध अन्तर्गत नै यातना वा दुर्व्यवहार गर्न नपाइने अधिकारको प्रत्याभूत गर्नु पर्ने राज्यको दायित्व भित्र अन्तर्रनिहित रहेको छ । (General Comment No. 20, para. 9). See also, *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Canada*, CCPR/C/CAN/CO/5, 20 April 2006, para. 15.

584 १९५१ महासम्बन्धको धारा ३२(१)

585 १९५१ महासम्बन्धको धारा ३२(२)

586 १९५१ महासम्बन्धको धारा ३३

जोखिम थियो।⁵⁸⁷ अदालतले के ठहर गच्छे भने राज्यको “फिर्ता नहुने” सिद्धान्तको दायित्व अन्तर्गत शरण मार्गेले भोग्नु परेको धम्की राष्ट्रीय सुरक्षा भन्दा महंगो मानिन्छ।⁵⁸⁸

तथापि, शरणार्थीहरु एकपटक उत्पीडन वा अभियोगको डर न्यूनिकरण भएपछि तिनीहरुको आफ्नै देशमा स्वेच्छापूर्वक फर्काउने गरिन्छ। स्वेच्छिक फिर्ता राजनैतिक शरणको वान्धित परिणाम हो।⁵⁸⁹ स्वेच्छिक फिर्ताले राजनैतिक शरणको कुनै तत्कालिक दावी स्वतः समाप्त हुन्छ किनकि त्यसरी घर फिर्ता हुदा परिस्थितिमा परिवर्तन भई शरण खोज्नेले सुरक्षा स्थापित भैसकेको हुन्छ भन्ने अनुमान गरिन्छ।⁵⁹⁰

३. लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानको आधारमा हुने शरण तथा शरणार्थी

३.१. लैंगिक अल्पसंख्यक लगायतका खास सामाजिक समूह

सन् १९५१ को महासन्धिमा उल्लेखित पाँच आधारहरु मध्ये एक “कुनै सामाजिक समूहको सदस्यता” अन्तर्गत बृहतरूपले विविध दावीहरु परेका छन्।⁵⁹¹ यस विस्तारित समूह अन्तर्गत महिला, परिवारहरु, जनजाति समूह, पेशागत समूह तथा समलैंगिक समूहहरुलाई समावेश गरेका छन्।⁵⁹² कुनै शङ्का थिएन कि यो आधार लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानमा आधारित शरणार्थी दावी सम्म अगाडि आउला। “लैंगिकतासंग सम्बन्धित उत्पीडन” वारे अन्तराष्ट्रीय संरक्षण सम्बन्धी यसका निर्देशिकाहरुमा शरणार्थी सम्बन्धी संयुक्त राष्ट्रसंघीय उच्च आयुक्त (UNHCR) ले स्पष्ट उल्लेख गरेको छ, जुन यस प्रकार छ :

“[...] फरक लैंगिक पहिचानमा आधारित शरणार्थी दावीमा एउटा लैंगिक तत्व समावेश रहेको हुन्छ। दावेदारको लैंगिकता वा लैंगिक अभ्यासहरु शरणार्थी दावीसंग सान्दर्भिक हुन सक्छ; जहां ऊ वा तिनी उसको वा तिनको लैंगिकता वा लैंगिक अभ्यासको कारण उत्पीडन(विभेदपूर्ण लगायतका) भोग्न वाध्य पारिन्छ। यस्ता धेरै परिस्थितिहरुमा दावेदारले सामाजिक रूपले वा सांस्कृतिक रूपले परिभाषित गरेका वा उसको वा तिनको लैंगिकतासंग जोडिएका प्रवृत्तिको अपेक्षा अनुसारका कार्य

587 European Court of Human Rights, Judgment of 15 November 1996, Case of *Chahal v. the United Kingdom*, Application No. 22414/93, para. 107.

588 *Ibid.*, paras. 79-80.

589 UNHCR, अन्तराष्ट्रीय संरक्षण संबन्धी टिप्पणी, U.N. Doc. A/AC.96/951, paras. 97. Also, UNHCR RSD अन्तराष्ट्रीय संरक्षण संबन्धी हातेपुस्तिका तथा निर्देशिका (<http://www.unhcr.org/doclist/publ/3d3d51114.html>).

590 For example, Immigration and Refugee Board of Canada, Decision of 18 October 2004, Case of *Applicant v. Minister*, No. dossier SPR VA3-01194.

591 See for example, UNHCR, Handbook; Alexander Aleinikoff, "Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of 'membership of a particular social group'", in *Refugee Protection in International Law: The UNHCR's Global Constitutions on International Protection*, Erika Feller, Editors, Volker Türk and Frances Nicholson, Cambridge University Press, 2003.

592 UNHCR, अन्तराष्ट्रीय संरक्षण संबन्धी निर्देशिका 2, *op. cit.* paras. 1, 6, 7, 20.

गर्न अस्वीकार गरिएका छन्। सबैभन्दा सामान्य दावी (*most common claims*) रहेकोछ – समलिङ्गीहरु (*homosexuals*), परिवर्तित-लिङ्गीहरु (*transsexuals*) वा फरक-पहिरनधारीहरु (*transvestites*) ले अति सार्वजनिक दुश्मनी, हिंसा, दुर्व्यवहार वा अति विभेदहरु खेल्नु परेका घटनाहरु ताजे छन्।⁵⁹³

जजाकर्ता सिद्धान्तको उल्लेख गर्दै शरणार्थी आयुक्तले लैङ्गिक पहिचानको आधारमा शरणार्थीहरुले भोगेको उत्पीडनका विशेष जोखिम उपर विचार पुऱ्याउनु पर्ने राज्यको दायित्व रहेको तर्फ निम्नानुसार निर्देश गरेको छ :

“[...] लैङ्गिक अभिमुखिकरण सम्बन्धमा, लैङ्गिक अभिमुखिकरण तथा लैङ्गिक पहिचान विषयक अन्तर्राष्ट्रिय मानव अधिकार कानूनको प्रयोग वारे सन् २००७ को जजाकर्ता सिद्धान्तले मानव अधिकार सम्बन्धी मुख्य दस्तावेजहरुबाट उधृत गरिएका यस विषय सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय कानूनी मापदण्डहरु वाध्यकारी हुन्छन् : भन्ने कुराको पुष्टि गरेको छ।”⁵⁹⁴

सन् १९५९ महासचिलाई कार्यान्वयन गर्नको लागि, यूरोपेली संघले “सामाजिक समूह”को त्यस्तो परिभाषा अंगालेको छ, जसले लैङ्गिक अभिमुखिकरणलाई सो अन्तर्गत समाविष्ट गरेको छ, र यसलाई यूरोपीय संघका सदस्यहरुले स्वीकार्नु आवश्यक पर्दछ – “उत्पतिका देशको परिस्थितिमा निर्भर रही एउटा यस्तो सामाजिक समूह बन्दछ जसमा लैङ्गिक अभिमुखिकरणका साभा विशेषता भएको एउटा समूह पर्दछ।”⁵⁹⁵ यो मापदण्ड ईयु (EU) कानूनसंग नमिले डेनमार्क वाहेकका यूरोपेली संघका प्रत्येक राज्यहरुमा लागू हुन्छ र लागू भएका छन्।⁵⁹⁶ ईयु कानूनले पनि, यद्यपि केही हदसम्म घुमाउरो पाराले भए पनि, लैङ्गिक पहिचानलाई समावेश गरेको छ, “यस धाराको कार्यान्वयनको संभाव्यता विना लैङ्गिकता सम्बन्धी पक्षहरुको विचार नगरी कोही अलग रहन सक्दैन।”⁵⁹⁷ यस मापदण्डले कतै सामाजिक समूह भित्र लैङ्गिक अभिमुखिकरण परिभाषित हुन सक्दैन भन्ने प्रश्नमा यस अधिका यूरोपेली विधिशास्त्रलाई विस्थापित गरेको छ।⁵⁹⁸

संयुक्त राज्य अमेरिकामा आप्रवासी पुनरावेदन समितिले “समलिङ्गीहरु”लाई एउटा खास सामाजिक समूहको रूपमा स्थीकार गरेको छ ;⁵⁹⁹ र, एउटा पुनरावेदन अदालतले एउटा राजनैतिक शरणार्थीको

593 UNHCR, अन्तर्राष्ट्रिय संरक्षण संबन्धी निर्देशिका 2, *op. cit.* para. 16.

594 UNHCR, महिला तथा वालिकाहरुको संरक्षण निम्नि हातेपुस्तिका (2008), p. 72.

595 Council Directive 2004/83/EC, *op. cit.*

596 For example, *Guidelines for Investigation and Evaluation of Asylum Cases in which Persecution Based on Given Sexual Orientation* (Sweden) (2002), available at www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?Docid=3f8c1af44; *Refugee Act* (Ireland) para. 2 (1996).

597 *Ibid.*, see also ILGA Europe, “Protecting LGBT People Seeking Asylum: Guidelines On The Refugee Status Directive” (2005), p. 11 (noting that the “meaning of this statement is far from clear: [...] [i]t may be possible to demonstrate the existence of a transgender community/identity, but this will require case-by-case determination”). See: http://www.ilga-europe.org/europe/publications/non_periodical/guidelines_on_the_refugee_status_directive_october_2005_1.

598 See generally European Council for Refugees and Exiles (ECRE), “*Elena Research Paper on Sexual Orientation As a Ground For Recognition of Refugee Status*” (1997), available at www.ecre.org/resources/Policy_papers/350.

599 United States Board of Immigration Appeals, Decision of 12 March 1990, *Matter of Toboso-Alfonso*, 20 I&N Dec. 819, 1990 WL 547189 (BIA 1990).

लैंगिकतामा आधारित दावी रहेकोमा “कानूनतः मेक्सिकोमा महिला लैंगिक पहिचान भएका पुरुष समलिङ्गीहरुको एउटा खास सामाजिक समूह बन्दछ” भन्ने टिप्पणी गरेको थियो।⁶⁰⁰

शरणार्थी आयुक्तको कार्यालय (UNHCR) ले “खास सामाजिक समूह” मापदण्डको विकाश गरेको छ – जस् अन्तर्गत दुई अलग- तर, यस्तो समूहको अस्तित्व स्थापित गर्ने सहायक दृष्टिकोण (approach) राखेको छ :

“खास सामाजिक समूह भनेको व्यक्तिहरुको एउटा त्यस्तो समूह हो जस्ले उत्पीडनमा पर्ने जोखिम भन्दा वाहेको एउटा साफा विशेषता बोकेको हुन्छ, अथवा जस्लाई समाजद्वारा एउटा समूहको रूपमा अनुभूत गरिएको हुन्छ। त्यो विशेषता सामान्यतः त्यही हो जुन जन्मजात वा अपरिवर्तनीय हुन्छ, वा जन् अन्यथा पहिचान, विचार वा मानव अधिकारको उपभोगका लागि महत्वपूर्ण मानिन्छ।”⁶⁰¹

यस मापदण्डको पहिलो दृष्टिकोण हो – “संरक्षित विशेषता” वा “अपरिवर्तनीयता”, जस्ले एउटा कुनै समूह अपरिवर्तनीय विशेषताको कारण संगठित भएको हो होइन भन्ने हेदछ; अथवा यो त्यस्तो विशेषता हो जो मानव सम्मानको निम्नित महत्वपूर्ण हुन्छ – सो विशेषताका लागि कुनै पनि व्यक्तिलाई त्यागन बाध्य पार्न सकिदैन⁶⁰² यो दृष्टिकोणलाई अवलम्बन गर्ने एकजना निर्णय-निर्माताले त्यसरी स्वीकारिएको समूलाई परिभाषा गर्दा तिनमा तीन वटा विशेषतागुण) हुनु पर्ने औल्याएका छन् :

- एउटा जन्मजात परिवर्तन हुन नसक्ने प्रवृत्ति वा विशेषता;
- विगतमा एउटा अस्थायी वा स्वेच्छिक अवस्था जो निजको जीवनका ऐतिकासिक स्थितिमा पनि अपरिवर्तनीय थियो ;
- एउटा विशेषता वा मिल्ने प्रवृत्ति, जो मानव सम्मानका लागि यति महत्वपूर्ण छ जस्को कारण समूहका सदस्यहरुलाई त्यागन बाध्य पार्न सकिदैन।

यसै दृष्टिकोणको प्रयोग गर्दै अदालत तथा प्रशासनिक निकायहरूले आ-आफ्ना क्षेत्राधिकार अन्तर्गत समलिङ्गीहरु लगायतको धारा १क(२) अनुसारको अर्थ क्षेत्र-दायरा भित्र एउटा सामाजिक

600 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, Decision of 24 August 2000, Case of *Hernandez-Montiel v. INS*.

601 अन्तर्राष्ट्रीय संरक्षण संवन्धी निर्देशिका : १९५७ महासंघिको धारा १क (२)को सन्दर्भमा “कुनै खास सामाजिक समूहको सदस्यता” तथा/वा शरणार्थीको स्थिति संवन्धी यसको १९६७ आलेख, हरप ११ UNHCR Doc. HCR/GIP/02/02 of 7 May 2002.

602 हेर्नान्देस् : उदाहरणको लागि क्यानडाको सर्वोच्च अदालतले अर्थाएको छ कि “खास सामाजिक समूह”लाई [...] तीन संभाव्य श्रेणीहरुमा विभक्त गर्न सकिन्छ : (१) एउटा जन्मजात परिभाषित गरिएको वा अपरिवर्तनीय विशेषता भएका समूहहरु, (२) ती समूहका सदस्यहरु मानव गरिमाको लागि यति महत्वपूर्ण हुन्छन् कि निजहरूले आफ्नो संगठन जबरजस्त छोड्न चाहाइन-स्वेच्छापूर्वक संगठित हुन आउँछन् र (३) पूर्व स्वेच्छिक अवस्थाको कारण संगठित हुन आएका समूहहरु – जो आफ्ना ऐतिहासिक अवस्थाका कारण परिवर्तित हुन नसक्नेहरु। पहिलो समूह अन्तर्गत त्यस्ता व्यक्तिहरु पर्दछन् – जो लिङ्ग, भाषिक पृष्ठभूमि तथा लैंगिक अभिमुखिकरण जस्ता आधारहरूको कारण उत्पीडन भोग्नु पर्दछ।

समूह बन्न सकदछ भने । रि जिजेको मुद्दामा⁶⁰³ न्यूजीलैण्डको शरणार्थीको मान्यता वारे पुनरावेदन प्राधिकरणले एकजना इरानी नागरिको पक्षमा फैसेला गच्छो – जसको जिकिर के थियो भने उसलाई उसको समलैङ्गिकताको कारण अभियोग लगाइने आधारभूत डर विचमान थियो । अधिकारीहरूले के ठहर गच्छो भने समलिङ्गीहरुको “एउटा खास प्रकारको सामाजिक समूह” बन्दछ, र लैङ्गिक अभिमुखिकरण एउटा जन्मजात वा अपरिवर्तनीय विशेषता वा पहिचान हो तथा वा मानव गरिमाको लागि यो यति महत्वपूर्ण हुन्छ कि यसलाई फेरवदल गर्न सकिदैन । यस विश्लेषणमा, न्यायाधिकरणले अन्ततः लैङ्गिक अभिमुखिकरणको पक्षमा एउटा आधार प्रदान गच्छो जस अन्तर्गत तिनीहरूले न्यायिक संरक्षण समेत पाउने गरी “एउटा खास सामाजिक समूह” को मान्यता दियो । गहिरो गरी अनुभूत हुने कसैको लैङ्गिक पहिचान मानवीय प्राणीको रूपमा पहिचानको त्यो गहिराइको त्यो तहसम्म पुगदछ जसलाई वलजफ्टी छोडाउन सकिदैन । त्यसकारण, लैङ्गिक पहिचान पनि एउटा खास प्रकारको सामाजिक समूह बन्न सकदछ ।

दोस्रो कुरा हो, “सामाजिक अनुभूति” सम्बन्धी दृष्टिकोण जस्ले समग्र समाजमा चिन्ह सकिने गरी अन्य भन्दा अलग कुनै व्यक्तिहरुको एउटा समूह बन्दछ, वा बन्दैन ? भन्ने हेर्ने गर्दछ । शरणार्थी आयुक्तको कार्यालयको निर्देशिकामा “एउटा खास सामाजिक समूहको सदस्यता” सम्बन्धी विषयमा उल्लेख छ – यस् विश्लेषण अन्तर्गत कुनै पनि समाजको खास परिस्थितिमा निर्भर रहने गरी – उदाहरणको लागि महिला, परिवार तथा समलिङ्गीहरुको एउटा खास सामाजिक समूहको रूपमा मान्यता पाउन सकदछ,⁶⁰⁴ यस दृष्टिकोण अन्तर्गत लैङ्गिक पहिचानको अभिव्यक्ति एक अनुभूतिको रूपमा समावेश हुन्छ । लैङ्गिक अभिव्यक्ति बोधगम्य नै हुन्छ र खासगरी पोशाक, ढाँचा-चाल एवं शारीरिक परिवर्तन जुन कुरा परम्परागतरूपले यस्तो खाले लैङ्गिक अभिव्यक्तिको अपेक्षा गरिदैनथ्यो, जस्ता विशेषताहरु पहिचानको स्रोत बन्दछन् । औरविह को मुद्दामा, फ्रान्सको राज्य परिषदले परिवर्तित-लिङ्गी (transsexual) एउटा खास प्रकारको सामाजिक समूह बन्न सकदछ, भन्ने ठहर गच्छो । आफ्नो फैसलामा उक्त परिषदले अन्जेरियाको उक्त परिवर्तित लिङ्गी औरविह को दावीलाई अस्योकार गर्ने पुनरावेदनको निर्णयलाई उल्टाई दियो किनीकि उक्त परिषदको के ठहर रह्यो भने पुनरावेदन तहले एउटा प्रमाणको राम्ररी परिक्षण गर्न सकेन – अल्जेरियामा निवेदक लगायतका परिवर्तित-लिङ्गीहरु(transsexuals)लाई “सरकारी अधिकारी तथा समाजको नजरमा तिनीहरुलाई परिभाषित गर्ने साभा विशेषताहरुको कारण” एउटा सामाजिक समूहको हैसियतमा मान्यता दिएको थियो वा थिएन ? – त्यो प्रमाण बुक्फिएन⁶⁰⁵

“एउटा खास सामाजिक समूह” सम्बन्धी शरणार्थी आयुक्त(UNHCR)को कार्यालयको निर्देशिका अनुसार, “[...] कुनै खास सामाजिक समूहलाई यसका सदस्यले दुख पाउने गरी वा उत्पीडनको साभा भय हुने गरी व्यापक उत्पीडन गरिने अर्थमा परिभाषित हुन सक्दैन ।”⁶⁰⁶ तथापि, यो जरुरी छैन कि त्यस्तो कुनै खास सामाजिक समूहमा “संगठित”(cohesive) होस् वा नहोस् –

603 Available at <http://www.refugee.org.nz/rsaa/text/docs/1312-93.htm>

604 अन्तर्राष्ट्रिय संरक्षण संबन्धी निर्देशिका : १९५७ महासंघिको धारा १क (२)को सन्दर्भमा “कुनै खास सामाजिक समूहको सदस्यता” तथा/वा शरणार्थीको स्थिति संबन्धी यसको १९६७ आलेख, प्यारा १

605 Conseil d'Etat, SSR, Decision No. 171858, 23 June 1997 (Original in French, free translation).

606 अन्तर्राष्ट्रिय संरक्षण संबन्धी निर्देशिका : १९५७ महासंघिको धारा १क (२)को सन्दर्भमा “कुनै खास सामाजिक समूहको सदस्यता” तथा/वा शरणार्थी को स्थिति संबन्धी यसको १९६७ आलेख, प्यारा १४

अथवा भनौं, परस्परमा पहिचान भएको वा एक अर्कामा संगठित भएको वा नभएको— जेसुकै हुन सक्छ, ⁶⁰⁷ समूहका सबै सदस्यहरु कुनै व्यक्तिले दावी गरे जस्तै गरी जोखिममा नहुन पनि सक्छन् ⁶⁰⁸ त्यस्तो पीडित सामाजिक समूहको आकार कुनै खास प्रकारको सामाजिक समूहको अस्तित्व छ, छैन भन्ने निर्धारण गर्ने कुनै सान्दर्भिक मापदण्ड हुन सक्दैन ⁶⁰⁹

३.२. उत्पीडन

३.२.१ उत्पीडनको क्षेत्र

शरणार्थीको मान्यता पाउन वा हुन हतोत्साह, विभेद वा धम्कि भन्दा बढीको उत्पीडन वा शास्ति भोगेको हुनु पर्दछ, — यद्यपि ज्यान मार्ने धम्की नदिएको किन नहोस् ⁶¹⁰ यस अन्तर्गत कहिले काही मुद्दाको पुर्वक गरी दण्ड-जरिमाना गरिएको पनि हुन सक्छ। विगतमा गरिएको उत्पीडनले भविष्यमा हुने उत्पीडनको संकेत गर्दछ। उत्पीडन हुन सबै विश्वास गर्न लायकका भय-त्रास उत्पन्न गर्नु मात्र पर्याप्त छैन, ⁶¹¹ त्यस्तो उत्पीडन कार्य सरकारी अधिकारीहरुले वा निजहरुको सहमतिमा गरिएको हुनु पर्दछ।

३.२.२ लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानको परिपेक्ष्यमा उत्पीडन

कुनै शरण खोज्ने व्यक्तिले उत्पीडनको संभावनाको लागि ऊ वा तिनी वाह्यरूपबाट कुनै एक प्रकारको वा खुल्लारूपबाट “समलैंगिक” पहिचान भएको व्यक्ति भन्ने संकेत देखाई रहनु पर्दैन। फरक-लैंगिक (*LGBT*) शरण आवेदकहरु माथि आफ्नो पहिचान लुकाउनु पर्ने एक प्रकारको दवाव सृजना हुन सक्छ, र यो कुरा कसरी दावी गर्ने? — यसलाई अदालतहरुले बुझेका छन्। कुनै पनि व्यक्तिलाई ऊ वा तिनीले आफ्नो पहिचान फेरवदल गरिएको कारणले उत्पीडनबाट बचेको भन्ने आधारमा शरण ईन्कार गर्न मिल्दैन — यद्यपि त्यो पनि एक किसिमको उत्पीडन नै हो। डेनियन वि. एसएसएचडि को मुद्दामा न्यायमूर्ति लर्ड साइमन ब्राउन ले यस्तो राय व्यक्त गर्नु भयो :

“[...] सम्पूर्ण शरणहरुको हकमा अन्ततोगत्वा एउटै प्रश्न सोध्ने गरिन्छ : के शरण आवेदकलाई फिर्ता गर्दा महासचिको मर्म अनुसार, उसले उत्पीडनको कुनै गम्भीर जोखिम मोल्नु पर्छ? [...] यदि फिर्ता गरियो भने वास्तवमा शरण आवेदकले भने बमोजिम वा त्यसबाट उनले उत्पीडन भोग्नु पर्छ? यदि त्यस्तो हो भने— यद्यपि उनको स्वतन्त्रता उपर आवश्यक वन्देज लगाउन सकिन्छ — उनको दावी अस्वीकार गर्नु अनुचित हुने भएकाले उनी शरणको हकदार मानिन्छ।” ⁶¹²

607 *Ibid.*, para. 15.

608 *Ibid.*, para. 17.

609 *Ibid.*, para. 18.

610 United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, Decision of 15 June 2005, Case of *Lue v. Ashcroft*.

611 *Ibid.*, para. 27.

612 Court of Appeal (Civil Division), Judgment of 28 October 1999, Case of *Danian v. Secretary of State for the Home Department*, [1999] INLR 535, pp. 7G, 8C, 8D (United Kingdom). See also generally, *Jamaica v. Secretary of State for the Home Department*, Asylum and Immigration Tribunal / Immigration Appellate Authority, CG [2005] UKAIT 00168.

एकजना अमेरिकी आप्रवासन सम्बन्धी न्यायाधीशले “समलैङ्गीको जस्तो पोशाक पनि लगाएन, वा सोहीअनुरूप बोलेन वा ढाँचा-चाल केही पनि देखाएन” भन्ने आधारमा एउटा अल्बनाई नागरिकको शरण आवेदनलाई अस्वीकार गयो । तर, त्यसलाई पुनरावेदन अदालतले परिक्षण गर्दा “वैयतिक एवं अनुचित निर्णय” ठहरायो – यद्यपि मुद्दा कारवाहीबाट हटाइयो ।⁶¹³

अष्ट्रेलियाको उच्च अदालतले पनि त्यस्तै प्रकारको जिकिर लियो कि लैङ्गिक अभिमुखिकरण गोप्य राखेर उत्पीडनबाट बच्ने गरेका निवेदकको पूर्व स्थितिले लैङ्गिक अभिमुखिकरणको आधारमा भविष्यमा पनि उत्पीडन हुने कुनै कारणजन्य भय नभएकाले उनको पक्षमा निर्णय हुन नसक्ने ठहर ग-यो । अदालतको निर्णय यस्तो छ :

“(यस्मा) एउटा सहज प्रवृति उपर प्रश्न गर्न सकिन्छ । [...] किनकि निवेदकलाई विगतमा कुनै उत्पीडन भएको थिएन, ऊ वा तिनी भविष्यमा पनि उत्पीडनमा पर्ने कुनै संभावना छैन । निवेदकको आचरण उत्पीडनको आचरणबाट अप्रभावित देखिएकाले यो निवेदन गलत ठर्हदै ।”⁶¹⁴

अर्को शब्दमा, “यदि यस्ता व्यक्तिहरूलाई उत्पीडनबाट बच्न आफ्नो समलैङ्गिकता गोप्य राख्न परे को थियो भने यो पनि स्वयम्भमा उत्पीडनकारी कार्य नै हुन्यो ।”⁶¹⁵ अष्ट्रेलियाको अदालतले निर्णय गयो – किनकि, उक्त आप्रवासन न्यायाधिकरणले के ठहरायो भने ती दुईजना शरण आवेदकहरु “आफ्नो सम्बन्धका विषयमा भयको कारण होशियार थिए – अन्यथा, तिनीहरु उपर उत्पीडन हुने भय विद्यमान थियो । [...] त्यसकारण, एउटा दृष्टान्त छ – वङ्गलादेशका पुनरावेदकहरु खुल्ला आकाशमा समलैङ्गिक जोडीको रूपमा बसेकै छन्, निजहरूलाई केही भएको छैन – त्यसलाई पनि विचार गर्नु पर्छ ।”⁶¹⁶

न्यूजिलैण्डका शरणार्थी पुनरावेदन प्राधिकरणको (*RSAA*) के जिकिर छ भने शरणार्थीको मान्यता सम्बन्धी महासचिवका अनुसार: “यदि आफु उत्पति भएको देशका शरणार्थी दावेदारद्वारा उपभोग गर्न खोजिएको प्रस्तावित अधिकार सान्दर्भिक अधिकारको मूल तत्व हो र त्यस्मा गम्भीर उलझन भएकोछ भने, शरणार्थी महासचिव अनुसार त्यसको भाषा, उद्देश्य तथा लक्ष विपरित हुन जान्छ, – त्यस्तो शरणार्थी-दावेदारले या त त्यो अधिकार छोड्नु पर्छ या कारवाही निम्न अगाडि बढाउनु पर्छ : आफ्नो यथार्थ कुरा नभन्दा शरणार्थीको मान्यता वा स्थिति अस्वीकार हुन जान्छ र स्वविवेकको आधारमा आफ्नो उत्पतिको देशमा फिर्ता हुनु पर्दछ ।”⁶¹⁷ ईरानबाट आएका समलैङ्गिक आवेदकको हकमा उक्त प्राधिकरणले निर्णय गयो– स्वविवेकको उपयोगले पनि अनुवन्ध (*ICCPR*)

613 United States Court of Appeals , Eighth Circuit, Decision of 2 April 2007, Case of *Shahinaj v. Gonzales.*

614 *Appellate 5395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, 2003 HCA 71, para. 43.

615 Court of Appeal (Civil Division), Case of *Z v. The Secretary of State for the Home Department*, [2004] EWCA Civ 1578, (United Kingdom).

616 High Court of Australia, Judgment of 9 December 2003, Case of *Appellate 5395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, para. 54.

617 Refugee Status Appellate Authority, Decision of 4 July 2004, *Refugee Appeal No. 74665/03*, para. 114.

द्वारा प्रत्याभूत गरिएका गोपनीयता तथा अविभेदको “मौलिक अधिकारहरु”को उलझन गर्दछ र समलैंगिकको रूपमा खुल्लै बस्नाले “कडा न्यायिक वा गैह-न्यायिक सजाय पाएको देखिन्छ, त्यस अर्थमा शरण दिनु पर्दछ।⁶¹⁸

दावी प्रक्रियाको प्रारम्भमा वा प्रारम्भिक अवस्थामा लैंगिक अभिमुखिकरणको भेद खोल्नु एउटा प्रारम्भिक हिचकिचाहट हुनु स्वभाविक हो – त्यसबाट आप्रवासन प्राधिकरणबाट शङ्गा गर्ने आधार बन्नु हुदैन। मोअब भन्ने व्यक्तिको मुद्दामा अमेरिकी पुनरावेदन अदालतले ठहर गयो कि मोअबले एअरपोर्टको प्रारम्भिक अन्तरवार्तामा भयको कारण आफ्नो लैंगिकता उल्लेख गर्न चाहेन – ताकि यस्तो सूचनाले उनको आफ्नो देश लाइवेरियामा जुन उत्पीडन भोग्नु परेको थियो त्यस्तै थप उत्पीडन होला भनेर।⁶¹⁹

लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानको आधारमा भएका उत्पीडनका घटनाहरु प्रायशः गैह-राज्य पक्षका अभिकर्ताहरु(non-State actors)बाट हुने गरेका छन्। यस्ता घटनाहरु मध्ये शरणको दावी गरिएकाहरुको शरण मान्य गरिएका छन्, जहाँ गैह-राज्य पक्षीय अभिकर्ताबाट हुने उत्पीडनका वास्तविक भय विद्यमान हुन्छ र जहाँ राज्य यस्तो दावेदारको संरक्षण गर्न अनिच्छुक वा अक्षम रहेका हुन्छन्। अन्तराधिकार संरक्षणका निर्देशिका : लैंगिकता सम्बन्धी उत्पीडन मा शरणार्थीका लागि संयुक्त राष्ट्रसंघीय उच्च आयुक्तको कार्यालयले निर्देश गरेको छ :

“कुनै खास समाज – जहाँ समलैंगिकता अवैध मानिन्छ, – त्यहाँ समलैंगिक आचरण गर्नेका लागि कठोर फौजदारी दण्ड-सजाय तोकी उत्पीडन गरिएका हुन्छन् – जसरी केही समाजमा वुक्ति नलगाउने महिलाहरुलाई अनादर गर्ने गरिन्छ। जहाँ समलैंगिक अभ्यासहरु अपराधिकरण गरिएका हुदैन, जहाँ उसको वा तिनको विरुद्धमा गरिएका विभेदकारी कार्य वा हानी-नोक्सानी उपर राज्यले छुट दिने गर्दछ वा सहने गर्दछ – अथवा, जहाँ राज्यद्वारा दावेदार/व्यक्तिको हानी-नोक्सानीको प्रभावकारी रूपले संरक्षण गर्न अक्षम हुन्छ – त्यहाँ पनि कुनै दावेदारले अङ्गै वैध दावी गर्न धेरै मुश्किल छ।”⁶²⁰

संयुक्त राज्य अमेरिकामा “देश निकाला विरुद्ध शरण लिन चाहने आवेदकले ऊ वा तिनी वैयक्तिक रूपमा उत्पीडित भएको कारण पेश गरिरहनु पर्दैन। त्यस्तै प्रकारले [...] कुनै खास सामाजिक समूहको सदस्य भएको हैसियतमा त्यस्ता समूहका व्यक्तिहरुको उत्पीडन गर्ने प्रणाली वा अभ्यास यहाँ छैन। [...] , र यस्ता आवेदकले यस्तै समूहसंग समावेश हुन वा परिचित हुन मौका पनि पाउंदछन्। [...] यहाँ उसको वा तिनको स्वतन्त्रता माथि आँच आउने कुनै संभावना पनि

618 Ibid., paras. 127 and 129.

619 United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, Decision of 13 September 2007, Case of *Moab v. Gonzales*.

620 Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, *Guidelines on International Protection: gender-related persecution within the context of article 1A(2)of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, UNHCR Doc. HCR/GIP/02/01 of 7 May 2002.para. 17. See also UN Working Group on Arbitrary Detention, Opinion No. 7/2002 (Egypt) of 31 June 2002, Case of *Yasser Mohamed et al. v. Egypt*, para. 27, in UN Doc. E/CN.4/2003/8/Add.1.

छैन।”⁶²¹ यो नियमावलीको प्रयोग गरेर अमेरिकी अदालतले ठहर गरेको छ कि, यदि शरण आवेदकले “समलिङ्गीका कुनै सामाजिक समूह विरुद्ध भएका कुनै प्रकारको उत्पीडनको प्रमाण देखाउन” वा “समलिङ्गी”को त्यस्तो कुनै सामाजिक समूहमा सामेल भएको छ भने पनि वैयक्तिकरूपबाट यस्तो उत्पीडनको कुनै प्रमाण देखाउन जरुरी पर्दैन।”⁶²²

यद्यपि, “सन् १९५१ को महासन्धि अनुसार”⁶²³, विवाह सम्बन्धी अधिकारको राज्य-पक्षहरूद्वारा सम्मान गर्ने गरिन्छ, तथापि एउटा शरणार्थीले समलैङ्गिक सहकर्मीको प्रायोजन (Sponsor) गर्न सक्छ वा सक्दैन? – त्यो भने दुङ्गो लाग्न वाँकी छ। अभ्यासहरू भिन्न भिन्न छन्: शरण पाएका शरणार्थीहरूले संयुक्त राज्य अमेरिकामा आफ्नो समलैङ्गिक सहकर्मी लान पाउदैन,⁶²⁴ जबकि छिमेकी क्यानाडामा भने शरणार्थीलाई समलैङ्गिक दम्पति वा साझेदार लैङ्गिक सहकर्मी वा दाम्पतिक सहकर्मी (same sex spouse, common-law partner or conjugal partner) साथमा लान पाउने हक हुन्छ।”⁶²⁵ यद्यपि आफ्नो लैङ्गिक सहकर्मीहरूसंग जवरजस्त शारीरिक विच्छोड हुनु परेकोमा भने धेरै शरणार्थीहरूमा चिन्तारूपी उत्पीडन भएको देखिएको छ, र प्रश्न उठेको छ कि त्यस्तो विच्छोडमा कुनै शरणार्थीको “दाम्पतिक” अथवा “लैङ्गिक साझेदार सम्बन्ध”(common-law links) कर्ति दिन टिक्न सक्दै रहेछ? – त्यो चाहिं हेर्न वाँकी छ।⁶²⁶

सारांश

- संयुक्त राष्ट्र संघको उद्देश्य तथा सिद्धान्त विपरित, शान्ति विरुद्धका अपराध, युद्ध अपराध वा मानवता विरुद्धको अपराध जस्ता वास्तविकरूपमा अराजनैतिक अपराधहरूबाट उठेका मुद्दामा लगाइने गम्भीर अभियोग वाहेक प्रत्येक व्यक्तिलाई उत्पीडनबाट बच्न अन्य देशमा शरण खोज्ने र लिने अधिकार छ;
- शरणार्थी भनेको त्यस्तो व्यक्ति हो जो जाति, धर्म, राष्ट्रियता, राजनैतिक आस्था वा कुनै खास सामाजिक समूहको सदस्य भएका जस्ता स्थापित वा आधारभूत भयको कारण आफ्नो देशमा फर्कन असक्षम हुन्छ;
- लैङ्गिक अभिमुखिकरण तथा लैङ्गिक पहिचान एउटा “खास सामाजिक समूह” बन्न सक्दछ; या त जन्मजात वा अपरिवर्तनीय विशेषता या आफ्नो पहिचान वा मानव

621 8 C.F.R. § 208.16 (b)(2) "Withholding of removal under section 241(b)(3)(B) of the Act and withholding of removal under the Convention Against Torture", of the *Code of Federal Regulation*.

622 United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, Decision of 7 January 2008, Case of *Eke v.Mukasey*.

623 १९५१ शरणार्थी महासन्धिको धारा १२

624 *Defense of Marriage Act*, I U.S.C. § 7; Cf. Visas for Cohabitating Partners, Immigration Equality, available at www.immigrationequality.org/template.php?pageid=155 (2007) (nothing that foreign nationals on temporary work visas are the only class of persons allowed by U.S. law to obtain visas for their same sex-partners).

625 *Immigration and Refugee Protection*, S.O.R./2002-227, para. 7, division 1.

626 LaViolette, Nicole, "Coming Out to Canada: The Immigration of Same-Sex Couples Under the Immigration and Refugee Protection Act", *McGill Law Journal*, Vol. 49, No. 4, 2004, McGill University, Canada, pages 988-991.

अधिकार प्रति सो विशेषता यति महत्वपूर्ण (मौलिक) हुन्छ कि जसलाई फेरवदल गर्न सकिन्दैन ;

- लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचान पनि एउटा खास प्रकारको सामाजिक समूहको रूपमा परिभाषित हुन सक्दछ, किनकि तिनीहरु सरकारी अधिकारी एवं समाजको आँखामा यस्ती परिचित छन्;
- आफ्नो लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानका निम्नि उत्पीडितहरूलाई शरण खोज्ने र लिने अधिकार छ। लैंगिक अभिमुखिकरण वा लैंगिक पहिचानको आधारमा हुने उत्पीडन शरणका लागि आधार बन्न सक्छ;
- कुनै पनि शरण आवेदकलाई शरण लिन वाह्यरूपबाट ऊ वा तिनी कुनै चलन/पद्धति प्रति वफादार भएको देखिएरहनु पर्दैन; न त कसलाई आफ्नो लैंगिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचान गोप्य राखेर उत्पीडनबाट बचेका घटनाको आधारमा शरण अस्वीकार हुन सक्दछ;
- “फिर्ता नहुने”(non-refoulement)सिद्धान्त अनुसार, राज्यले शरणार्थीलाई त्यस्तो देश—जहां निजहरूले उत्पीडनका वास्तविक जोखिम वा मानव अधिकारको घोर उलझन भोग्नु पर्ने हुन्छ— मा फिर्ता पठाउनु हुदैन। राज्यले शरणार्थीलाई या त शरण दिनु पर्दछ या कुनै तेस्रो मुलुकमा वसोवास गराउनु पर्दछ ;
- “फिर्ता नहुने”सिद्धान्तले महिला समलिङ्गी तथा पुरुष समलिङ्गीहरूलाई आफ्नो लैंगिक अभिमुखिकरण वा लैंगिक पहिचान वापत उत्पीडन गर्ने वा अभियोग लगाउने देशमा निस्काशन गर्न निषेध गरेको छ ;
- शरण दिंदा राज्यले श्रम, सामाजिक सुरक्षा तथा पारिवारिक कानून लगायत सबै कानूनहरूबाट संरक्षण गरी शरणार्थीहरूलाई काम गर्ने अनुमतिसम्म दिलाउनु पर्ने दायित्व रहन्छ।

