



International Commission of Jurists
Commission internationale de juristes
Comisión Internacional de Juristas

P.O. BOX 91
33, rue des Bains
1211 Geneva 8,
Switzerland

TELEPHONE: +41 (0) 22 979 3800
FAX: +41 (0) 22 979 3801
EMAIL: info@icj.org
WEBSITE: <http://www.icj.org>

Submissions to the Supreme Court of The State of Nepal, Providing the Basis in International Human Rights Law for the Prohibition of Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity, and Other Connected Matters.

Introduction:

1. The International Commission of Jurists (ICJ) is honoured to submit the following Amicus Curiae brief in the present case, to be heard in this Honourable Court of Nepal. In this submission, we will clarify the basis for protection against discrimination based on 'sexual orientation' and 'gender identity' in international human rights law and particularly in relation to articles 2(1) and 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). It will then turn to other connected matters relating to the rights of homosexual and transgender individuals, pertinent to the case at hand.
2. The International Commission of Jurists (ICJ) works towards full respect of human rights and the end of human rights violations, including those based on the grounds of sexual orientation. We offer legal expertise in international human rights law and work in both country specific and thematic areas in international human rights law. Our mode of operation includes making legal interventions by way of amicus briefs in important and relevant cases of interest.
3. The subject of sexual orientation and gender identity in international human rights law is an area that we command expertise and have given focused consideration and study. The ICJ has published the "International Human Rights

References to Human Rights Violations on the Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity, " which is a compilation of UN jurisprudence in the area of sexual orientation and gender identity. It is for the foregoing reasons that the ICJ is interested in the present case before the courts of Nepal.

4. It is relevant that Section 9 of the National Treaty Act states that, "In case any treaty to which Nepal is a party is inconsistent with the existing laws, the existing laws shall be void."¹ As a result of this provision, all of Nepal's legislation must respect the international human rights conventions that Nepal has ratified, including the ICCPR. The ICJ wishes to highlight that under the *pacta sunt servanda* principle, which is a universally recognised principle of international law, States must implement treaties and the obligations arising from them in good faith. A corollary of this general principle of international law is that the authorities of a particular country cannot escape their international commitments by arguing that domestic legislation prevents them from doing so. They cannot cite provisions of their Constitution, laws or regulations in order not to carry out their international obligations or to change the way in which they do so. This is a general principle of the law of nations, which is recognised in international jurisprudence.² International jurisprudence has also repeatedly stated that, in keeping this principle, judgements rendered by domestic courts cannot be put forward as a justification for not abiding by international obligations.³

¹ Nepal Treaty Act (1991)

² See, Permanent Court of International Justice, Advisory Opinion of 4 February 1932, *Treatment of Polish Nationals and Other Person of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, Collection of Judgements, Orders and Advisory Opinion, Series A/B No. 44; Permanent Court of International Justice, Advisory Opinion of 31 July 1930, *Question of Greco-Bulgarian Communities*, Collection of Judgements, Orders and Advisory Opinions, Series A, No. 17; International Court of Justice, Advisory Opinion 26 of April, 1988, *Obligation to Arbitrate Under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement*; *Nottebohm Case (Second Phase)* , [1955] ICJ Reports 4,

³ Permanent Court of International Justice, Judgement of Sept. 13, 1923, *Case Concerning the Factory at Charzow (Merits)*, PCIJ Series A. No. 17 (1928); Permanent Court of International Justice, Judgement of 25 May, 1926, *Polish in Upper Silesia*, PCIJ Series A, No, 13.

Interpretation of Article 2(1) and 26 and its Prohibition of Sexual Orientation Discrimination:

1. Article 2 (1) of the International Covenant of Civil and Political Rights (ICCPR), which was ratified by Nepal in 1991, states that: *“Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognised in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.”* This principle of non-discrimination is a fundamental pillar of international human rights law, and is also reflected in the Charter of the United Nations,⁴ the Universal Declaration of Human Rights,⁵ the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights,⁶ the Convention on the Rights of the Child,⁷ International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families,⁸ and the regional human rights instruments.⁹ Furthermore, the principle of non-discrimination has become a part of customary international law, and is therefore a norm binding upon on all states.

2. It is an established principle of international law that article 2(1) of the ICCPR prohibits discrimination against individuals based on their sexual orientation. Although sexual orientation is not specifically mentioned in the text of the ICCPR, international law has evolved to grant protection to those oppressed based on sexual difference. This is borne out in the jurisprudence and interpretative practices of various organs of the United Nations, as well as in the interpretation

⁴ Articles 1(3) and 55 of the United Nations Charter.

⁵ Articles 2, 7 and 10 of the Universal Declaration of Human Rights.

⁶ Article 2 of the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights.

⁷ Article 2.

⁸ Article 7.

⁹ See for e.g.. Art. 14 European Convention on Human Rights; Art. 2 African Charter on Human and Peoples' Rights; Art. II American Declaration of the Rights and Duties of Man; and Articles 1, 24 and 27 of the American Convention on Human Rights.

and application of the law in courts and tribunals in jurisdictions throughout the world.

3. The absence of “sexual orientation” as a self identified head of non-discrimination, does not exclude it from the intended protection of this article. The inclusion of an “other status” category by the drafter’s clearly contemplated grounds of discrimination of similar repugnance that were either not listed or that would evolve in society. General Comment 18 of the Human Rights Committee¹⁰ explains that article 26 of the ICCPR is free standing and is premised on ensuring equality before the law. The UN Human Rights Committee has stated that: “the term "discrimination" as used in the Covenant should be understood to imply any distinction, exclusion, restriction or preference which is based on any ground such as race[...] other status, and which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms.”¹¹
4. The Human Rights Committee has pointed out that “the reference to "sex" in articles 2, paragraph 1, and 26 [of the ICCPR] is to be taken as including sexual orientation.”¹² Along the same lines, the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights¹³ and the UN Committee on the Rights of the Child¹⁴ consider respectively, that the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights and the Convention of the Rights of the Children prohibit discrimination based in sexual orientation grounds.

‘Sex’ Discrimination

¹⁰ UN Human Rights Committee, General Comment 18, *Non-discrimination*, adopted at 37th session (1989), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 of 12 May 2004.

¹¹ *Ibid*, para 7.

¹² Views of 31 March 1994, Communication No. 488/1992, *Case of Nicholas Toonen vs. Australia*, para. 8.7 in UN Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 of 4 April 1994. See also View of 6 August 2003, Communication No. 941/2000, *Edward Young vs. Australia*, CCPR/C/78/D/941/2000, 18 September, 2003.

¹³ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General comment No. 14, para 18 and General comment No. 15, para 13.

¹⁴ Committee on the Rights of the Child , General Comment No. 4 and General comment No. 3.

5. It is now settled as a matter of international law, that sexual orientation discrimination is a form of sex discrimination. Indeed, the former is not possible without reference to the sex of the individual. For a proper understanding of sex discrimination, one must take gender roles into account - that is, the behavioural patterns that generally dictate the way women and men are to live their lives.¹⁵ Discrimination on the grounds of sex is often the consequence of behaviour that is not in conformity with the popularly understood sex or gender role. These are often based on stereotyped judgements about the proper role of women and men (for example, the notion that women ought to be sexually attracted to men only). Since the international human rights law prohibits discrimination based on sex, then it follows that discrimination based on stereotypes and prejudices about sex and sex roles is also implicated.¹⁶ Discrimination on the grounds of sexual orientation, thus falls under discrimination on the grounds of sex and is therefore forbidden.

6. Accordingly, the reference to 'sex' in article 2(1) has been construed as granting protection not only on the basis of "gender" , but also on the basis of sexual orientation. The United Nations Human Rights Committee -the expert body that oversees the implementation of the Covenant- has noted that sexual preference is included as a category of prohibited discrimination because it is encompassed by the very concept of sex. Thus in the case of *Toonen v. Australia*, the Committee noted that "in its view the reference to "sex" in articles 2, paragraph 1...[of the ICCPR]...is to be taken as including sexual orientation."¹⁷

7. This interpretation has been explicitly endorsed by, among others, the United Nations Working Group on Arbitrary Detention in its consideration of

¹⁵ See, Eric Heinze, *Sexual Orientation: A Human Right: A Essay in International Human Rights Law*, (Martinus Nihoff, 1994), p. 215

¹⁶ Such a claim would be supported by provisions such as CEDAW Article 5(a), which, condemns "prejudice and customary and all other practices which are bases on...stereotyped roles for men and women."

¹⁷ Communication No. 488/1992: Australia, CCPR/C/50/D/488/1992, Nicholas *Toonen v. Australia*, April 4, 1994

communications from state parties to the ICCPR.¹⁸ The Working Group in response to a communication concerning 55 persons prosecuted and detained on account of their homosexuality in Egypt, took the view that their detention was arbitrary because ‘it violated articles 2, paragraph 1, and 26 of the International Covenant on Civil Rights, which guarantee equality before the law and the right to equal legal protection against all forms of discrimination, including that based on sex.’¹⁹ The Working Group noted that it ‘based its opinion on that of the Committee on Human Rights, according to which the reference to “sex” in articles 2, paragraph 1, and 26 is to be taken as including sexual orientation.’²⁰ The Working Group has subsequently applied this interpretative approach in communications from Cameroon.²¹ This interpretative approach has also been adopted by other UN human rights mechanisms including, the report of the Special Rapporteur on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment,²² and in the report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers.²³

8. The Committee on Economic, Social and Cultural Rights has also implicitly adopted a similar approach when interpreting analogous provisions of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR). In its General Comment No. 14, within its discussion on non-discrimination based on article 2(2) of the CESCR, (the wording of which is similar to that of article 2 of the ICCPR), the Committee explained that that article proscribed any discrimination, including that based on “sexual orientation.”

¹⁸ The Working Group is a body of human rights experts, mandated to: (1) investigate cases of human rights violations and the general state of the law in the area; (2) seek and receive information from governments, organizations and individuals in relation to human rights violations; and (3) present reports on the state of human rights to United Nations bodies.

¹⁹ Opinions adopted by the Working Group on Arbitrary Detention, No 7/2002 (Egypt), E/CN.4/2003/8/Add.1, January 24, 2003. The Working Group on has also adopted this approach in its annual report of 2004, E/CN.4/2004/3, December 15, 2003.

²⁰ See, UN Working Group on Arbitrary Detention, Opinion No. 22/2006 (Cameroon)

²¹ look up this citation.

²² E/CN.4/2002/76/Add.1, March 14, 2002, para. 507

²³ E/CN.4/2002/72, February 11, 2003, para. 57.

9. Further, in the case of *Sutherland v United Kingdom*²⁴ in the European Commission on Human Rights also adopted a similar approach to sexual orientation discrimination. In this case, a British law that set a higher age of consent for male homosexual acts than for heterosexual acts. This was challenged on the basis that homosexuals faced discrimination, through the higher age of consent in relation to their sexual relations. The Commission held that the law was discriminatory and hence contrary to the European Convention on Human Rights (ECHR). The Commission noted that it could be viewed as discrimination on the basis of the sex of the participants, as sexual orientation fell under the enumerated category of “sex” discrimination in the ECHR.

“Sexual Orientation” as a Prohibited Ground of Discrimination

10. An alternative and complementary interpretation of the ICCPR has also been endorsed by the international community, which further grounds the prohibition of discrimination on the basis of sexual orientation in international law. It is now accepted that sexual orientation is a ‘status’ on which discrimination is prohibited in international law. Indeed, article 2(1) of the ICCPR prohibits discrimination not only on such grounds as race, religion or language, but also based on ‘other status.’ It is therefore recognised that the non-discrimination clause in the ICCPR is not an exhaustive list of the prohibited bases of discrimination, but that other non-specified grounds are included.

11. Arguably, the drafting of the Covenant so as to include the prohibition of discrimination on ‘other status,’ was a way of allowing for the evolution of social mores precisely so as to include in the ICCPR certain other (then unforeseen) grounds of discrimination which might become repugnant and hence require the protection of international law. Such an approach has been recognised by the European Court of Human Rights when interpreting similarly worded non-discrimination provisions of the ECHR. Indeed, it has noted that the list of

²⁴ App. No. 25186/94, 24 Eur. H.R. Rep. (Comm’n Supp.) C.D. at 22 (1997).

prohibited grounds is 'illustrative and not exhaustive and that sexual orientation is 'undoubtedly covered.'²⁵

12. International law has come to recognise sexual orientation as a status worthy of protection under international law. Thus in its annual report, the Inter-American Commission referred to homosexuals as 'a group traditionally subjected to discrimination' and hence in need of protection of the law.²⁶ In the area of refugee law, courts have recognised that homosexuals are a 'distinct group' with distinct characteristics, one being their widespread persecution and discrimination.²⁷ The international Community and domestic courts and tribunals have consequently construed sexual orientation as a 'status' which deserves protection from discrimination in international and domestic law. Various organs and mechanisms within the United Nations have recognised the discrimination and oppression often suffered by persons of a homosexual orientation, and the applicability of human rights to these violations.²⁸ Indeed, these legal developments point to the wide consensus that international law has evolved to support an inclusive definition of "other status," and that sexual orientation comes within this category of "other status" for the purposes of Article 2(1).

²⁵ *Salgueiro da Silva Mouta v Portugal*, Judgement of the European Court of Human Rights, 21 December 1999, para. 28.

²⁶ See, Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 2006, OEA/Ser.L/V/II.127, Doc. 4 rev. 1 of March 3, 2007.

²⁷ See eg: *Chan v. Minister of Immigration, Local Government and Ethnic Affairs* (1989) 169 CLR 379 (HCA).

Case IJRL/010, 1989 1 International Journal of Refugee Law 246 (South Africa).

Ward v Canada (Attorney General) 1993 2 SCR 689.

Morato v. Minister of Immigration, Local Government and Ethnic Affairs 111 ALR 417 (Fed. Ct. Austl. 1992) The tribunal concluded that homosexuals are: '*recognizable and cognizable for the community of their social, recreational and other interests such as health and their protection from the forms of harassment they have traditionally faced within most societies*'

²⁸ See eg., Report of the Special Rapporteur on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, E/CN.4/2004/56/Add.1, March 23, 2004; Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, E/CN.4/2003/3, January 13, 2003.

Sexual Orientation, Equality and Protection of the law:

13. The principle of non-discrimination enshrined in article 2(1) of the ICCPR is directly linked with the rights to equality before the law, protection against discrimination and equal protection of the law that are found in article 26 of the ICCPR.²⁹ The UN Human Rights Committee, has affirmed that the reference to “equal and effective protection against discrimination on any grounds such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status in Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights *includes discrimination on grounds of sexual orientation*”³⁰ (emphasis added).
14. As with article 2(1), the list of prohibited grounds of discrimination catalogued in article 26 of the ICCPR are not exhaustive or exclusive. The categories of ‘sex’ and ‘other status’ enshrined in article 26 have also been interpreted inclusively under international law to encompass homosexuals. Indeed, the very notion of equality in article 26 requires states to respect and guarantee the full and free exercise of rights and freedoms without discrimination. This includes discrimination based on sexual orientation.
15. The Inter-American Human Rights System -which is primarily composed of the countries of Latin America and the Caribbean-has also endorsed these principles, in relation to the interpretation of similar provisions of the American

²⁹ Article 26 states: ‘All person are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.’

³⁰ Human Rights Committee, Views of April 4, 1994) Communications: *Toonen vs. Australia*, CCPR/C/50/D/488/1992, paras. 8.2-8.7. See also, Human Rights Committee, Views of Aug. 6, 2003, Communication: *Young vs. Australia*, CCPR/C/78/D/941/2000, para.10. 4.

Convention on Human Rights (ACHR). Therefore, the Inter-American Special Rapporteur on Migrant Workers has noted that:

...States cannot discriminate for reasons of race, colour, sex or gender or sexual preference...This principle of equality and non-discrimination is also enshrined in Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights and in Article 24 of the American Convention. Sexual preference is included as a category as it is encompassed by the very concept of sex, according to the United Nations Human Rights Committee (*Toonen v Australia*). The Principle is extended to the enjoyment and exercise of all the rights enshrined in international instruments and to all social benefits provided by a state.³¹

Conclusion:

16. International human rights law has evolved to recognise and protect the rights of homosexuals. The principles of non-discrimination and equality embodied in Articles 2(1) and 26 of the ICCPR have been construed to prohibit discrimination on the basis of sexual orientation. This is based on the understanding that discrimination on the basis of sexual orientation is a form of sex discrimination, and also on the idea that sexual minorities warrant protection under international law based on their recognised status as a marginalised and often oppressed group. In accordance with these international standards, many states have taken action through their constitutions and legislation to prohibit discrimination based on sexual orientation.

³¹ 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, para. 97

Comparative constitutional analysis and some legal provisions protecting “third gender”.

1. The wide guarantees against discrimination in international human rights law, are also applicable to transgender persons, transvestites, inter-sex individuals or those broadly referred to as belonging to the ‘third gender.’ Beliefs about what constitutes male or female conventions have been used as an instrument of oppression against individuals who do not fit or conform to the dominant binary models of masculinity or femininity. Personal deportment, modes of dress, economic independence in women and the absence of an opposite sex partner, are all features that may subvert gender roles and expectations, and hence attract discriminatory responses based on gender. Within the organs of the

United Nations, there is a growing recognition that transsexual individuals are prone to some of the most serious abuses and human rights violations.³² It has also been accepted that these individuals are protected by existing international law, and that states have an obligation to respect and protect the rights of these individuals.³³

2. In the case of *Goodwin v United Kingdom*,³⁴ the European Court of Human Rights recognised the rights of “individuals to live in dignity and worth in accordance with the sexual identity chosen by them at great personal cost,” by arguing that “in the twenty first century the right of transsexuals to personal development and to physical and moral security in the full sense enjoyed by others in society cannot be regarded as a matter of controversy requiring the lapse of time to cast clearer light on the issues involved.” More recently, in *Van Kück v, Germany*,³⁵ the Court recognised the “right to gender identity and personal development” as “a fundamental aspect of [the person’s] right to respect for private life” protected under international human rights law.
3. It must be noted that most of the gender identity jurisprudence has developed in the context of cases involving persons who have undergone sex-change operations, and have sought legal recognition of their acquired gender. Consequently, existing case law has been unduly focused on whether particular claimants seeking protection have pursued surgical alterations to their bodies. However, this fact should not move this court to interpret the rights of transgender individuals restrictively, or to reserve protection only for those individuals who have undergone surgical and hormonal treatment. Indeed, the

³² See for eg., Report of the High Commissioner for Human Rights on the Situation on Human Rights in Columbia, E/CN.4/2005/10/Feb. 28, 2005; Report of the Secretary General on Integrating the Human Rights of Women throughout the United Nations System, E/CN.4/2005/68, Jan. 10, 2005, para. 14.

³³ See, for example, (Committee on the Rights of the Child) Concluding Observations: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, CRC/C/15/Add.188, Oct. 9, 2002; (Committee on Torture) Concluding Observations: Venezuela, CAT/C/CR/29/2, December 23, 2002; (Committee on Torture) Views of November 28, 2003, *Mr. E.J. V. M vs. Sweden*, Communication No. 213/2002: Sweden, CAT/C/31/D/213/2002,

³⁴ Appl. no. 28957/95 (16 January 2002).

³⁵ Appl. no. 30968/97 (12 June 2003)

issue of gender identity is complex and cannot be reduced to the single issue of whether a particular medical procedure has or has not been done.

4. It is now accepted that the issue of gender identity is also about an individual's deeply owned sense of their physiological or psychological self. This is reflected in the *Yogyakarta Principles* on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity.³⁶ These principles define gender identity' as: "each person's deeply felt internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex assigned at birth, including the personal sense of the body (which may involve, if freely chosen, modification of bodily appearance or function by medical, surgical or other means) and other expressions of gender, including dress, speech and mannerisms..."³⁷
5. This definition represents the growing consensus among human rights experts from around the world, that surgical modification is not a prerequisite for legal protection from discrimination based on gender identity. Indeed, the issue must be viewed from a holistic perspective. The interest that the law seeks to protect in these cases is as much psychological and subjective as it is physical. It is therefore submitted, that gender-identity does not depend on any single factor, such as genital sex; or some limited range of factors, such as the state of the person's gonads, chromosomes or genitals (whether at birth or at some other time). Indeed, relevant factors that the court may take into consideration are, 'the person's life experiences, including the sex in which he or she was brought up and the person's attitude to it; the person's self-perception as a man or a woman; the extent to which the person has functioned in society as a man or a woman...and the person's biological, psychological and physical

³⁶ In 2006, in response to well-documented patterns of abuse, a distinguished group of international human rights experts met in Indonesia to outline a set of international principles relating to sexual orientation and gender identity. The result was the Yogyakarta Principles, which represent a universal guide to human rights which affirm binding international legal standards with which all states should comply.

³⁷ See, Yogyakarta Principles: On the Application on International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity: available at <<http://yogyakartaprinciples.org>> last accessed December 4, 2007

characteristics.³⁸ In short, the court should interpret the law, so as to afford the most expansive protection of the rights of individuals suffering from discrimination.

6. It must also be noted that States continue to adopt express or implied protections based on gender identity in domestic constitutional and legislative provisions and interpretation. This trend is set to continue in light of the progressive developments in this area. The following are a list of selected legal developments from various countries in the area of transgender rights.

South Africa

7. The Constitutional Court of South Africa in the case of *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*³⁹ interpreted the constitutional prohibition of discrimination based on "sexual orientation" as also covering "persons who are ... transsexual."⁴⁰ This interpretation extended full constitutional protection to South African transsexuals against discrimination and other unconstitutional conduct.

Brazil

8. In the Brazilian state of São Paulo - *Lei No. 10.948, de 5 de novembro de 2001* prohibits discrimination "*contra cidadão homossexual, bissexual ou transgênero,*" that is, 'against a homosexual, bisexual or trans-gendered citizens.'

The Philippines

³⁸ Re: Kevin [2001] FamCA 1074 (Court of Appeal Australia)

³⁹ (9 Oct. 1998), 1999 (1) SA 6

⁴⁰ Ibid. para 21

9. Recently, the Senate of the Republic of the Philippines embarked on considering **Senate Bill No. 1738** entitled “*An Act Prohibiting Discrimination on the Basis of Sexual Orientation and Gender Identity and Providing Penalties Therefore.*” As the title suggests, when this bill becomes law it will render illegal all discriminatory practices against individuals based on their sexual orientation or gender identity, whether this is perpetrated by organs of the state or private individuals.⁴¹ For example section 4(a) provides that: “– It shall be unlawful for any person, natural or juridical, to: (a) Deny access to public service, including military service, to any person on the basis of sexual orientation and/or gender identity...”

Singapore & Japan

10. The **Woman’s Charter (Amendment Act) 1996** endows transsexual individuals with the capacity to marry, and with that all the attendant rights and privileges that that status entails. Transsexuals are also able to be legally recognised as belonging to their acquired gender, and to have official documents such as birth certificates and identity cards to reflect this fact.⁴² These provisions ensure transsexual individuals *inter alia* the right to privacy and family life.⁴³ In July 2003, the parliament of Japan unanimously approved the bill for the "law concerning special cases in handling gender for people with gender identity disorder." The legislation enables transsexual individuals to change their legal sex.⁴⁴ The Naha Family Court, Okinawa Prefecture (Kyodo) recently approved an application by

⁴¹ See, (Human Rights Committee) Concluding Observations: Philippines, CCPR/CO/79/PHL, Dec. 1, 2003.

⁴² Debbie Ong, ‘*The Test of Sex for Marriage in Singapore,*’ (1998) 12 Int’l Journal of Law, Policy and Family, p. 161

⁴³ See Article 17 of the ICCPR. See also *Goodwin v UK* and *I v UK*, Judgements of the European Court of Human Rights, 3 July 2002.

⁴⁴ See, ‘Sex Change Recognition Law Enacted’ The Japan Time (Friday, July 11, 2003) found at: <http://search.japantimes.co.jp/cgi-bin/nn20030711b2.html>.

a transsexual to alter her officially registered sex to female under the 2003 legislation.⁴⁵

New Zealand

11. Transsexuals in New Zealand can now change all their documents, including passports and birth certificates following the **Transgender (Anti-Discrimination and Other Acts Amendment) Act 1996 - No 22** Transsexuals in New Zealand can also marry and foster or adopt children. Simply, a transsexual in New Zealand is regarded as female or male as far as the law is concerned. Such legal provisions ensure to transsexual individuals *inter alia* the right to privacy and family life.

United Kingdom

12. Since the introduction of the *Sex Discrimination (Gender Reassignment) Regulations 1999*, it has been unlawful to discriminate against employees who intend to undergo gender reassignment, are undergoing the process or have done so in the past. The regulations amended the *Sex Discrimination Act 1975*, so that discrimination on these grounds amounts to unlawful sex discrimination. The definition of harassment in the *Sex Discrimination Act*⁴⁶ also applies to harassment on grounds of gender reassignment.

13. Furthermore, in 2004 the UK parliament passed the *Gender Recognition Act*, which allows transsexuals (or transgender) individuals to change their legal gender. The Act gives legal recognition to transsexual persons, and allows them

⁴⁵ Japanese Law News Bulletin, July 2005, p. 5, found at: law.anu.edu.au/anjel/documents/Jlawnews/2004monthlybulletin7.pdf

⁴⁶ As amended Oct. 1, 2005

to acquire a new birth certificate and be able to marry, as well as affords them full recognition in law for all purposes.

Other Countries:

14. Other countries which have laws that allow transsexuals who have undergone gender reassignment surgery to get their personal documents reflecting the “new” gender include; **China** (2003), **Germany** (1981),⁴⁷ **Italy** (1982), **Japan** (2004), **Netherlands** (1985), **New Zealand** 1995), **Panama** (1975), **Romania** (1996), **South Africa** (2003), **Spain** (2006) **Sweden**(1972), Turkey (1988), **United Kingdom** (2004) and many states in, **Canada**,⁴⁸ **United States** and **Australia**⁴⁹

The United States

15. In addition to laws recognising their ‘acquired gender,’ transsexual individuals have been able to claim redress against discriminatory practices under United States anti-discrimination legislation. In *Smith v. City of Salem*,⁵⁰ a male to female transsexual, had been employed as a lieutenant in the fire department without

⁴⁷ German law regulates the change of first names and legal gender. It is called the “Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen” (Law about the change of first name and determination of gender identity in special cases).

⁴⁸ For eg. In British Columbia under the Revised Statutes British Columbia 1974, Chapter 66 s21a an unmarried transsexual may apply to have the director of Vital Statistics:
change the sex designation on the registration of birth of such a person in such a manner that the sex designation is consistent with the intended results of the transsexual surgery [R.S.B.C., 1974, s21a, ss1]

⁴⁹ See International Lesbian and Gay Association (ILGA) World Legal Survey on Anti-Discrimination Law (Gender Identity); ‘European Treaties and Legislation and Selected National Legislation Expressly or Impliedly Prohibiting Discrimination based on Gender Identity’ By Robert Wintemute (last updated September 20, 2002) at: http://www.ilga.info/Information/Legal_survey/Legislation%20Prohibiting%20Discrimination%20Based%20On%20Gender%20Identity.htm

⁵⁰ 378 F.3d 566, 568 (6th Cir. 2004)

incident for seven years. After doctors diagnosed Smith with Gender Identity Disorder (“GID”), she began to experience harassment and retaliation following complaint. She filed claims of sex discrimination and retaliation, equal protection under *Title VII of the Civil Rights Act 1964*⁵¹ and due process claims under *42 U.S.C. § 1983*, and state law claims of invasion of privacy and civil conspiracy. The Court of Appeals (6th Circuit) stated that: “[i]t follows that employers who discriminate against men because they do wear dresses and makeup, or otherwise act femininely, are also engaging in sex discrimination, because the discrimination would not occur but for the victim’s sex.”⁵² Other similar judgements continue to steer transgender jurisprudence in a more expansive direction throughout North America.

Australia

16. In Australia the courts have used their statutory powers to grant relief and *de facto* recognition to transsexuals. This was seen the case of *Re Alex : Hormonal Treatment for Gender Identity Dysphoria*,⁵³ which was a landmark case for transgender youth rights, setting precedent in Australia and the world. An application was made concerning a 13 year old referred to as “Alex” (to ensure anonymity). The key issue was whether the courts should authorise medical treatment involving the administration of hormonal therapies to begin a sex change procedure on Alex. At birth and at the time of the case Alex was in the eyes of the law a girl. Alex was diagnosed with gender identity dysphoria meaning [he] has had a longstanding wish to undergo a transition to become male in appearance.

Chief Justice Nicholson ruled to:

- Allow Alex to change gender and name written on birth certificate.

⁵¹ ‘Title VII’ prohibits employment discrimination based on race, colour, religion, sex and national origin.

⁵² See pg. 574

⁵³ [2004] Fam. CA 297 (13 April 2004)

- Allow Alex to be administered hormone treatment until [he] reaches 18 years old. At 18 Alex is free by law to make this decision without permission of the court.
- Allow Alex to enrol in school under a male name.

17. In the case of *Re Kevin - Validity of marriage to transsexual*⁵⁴ the Family Court of Australia also made a significant judgement concerning the right of transsexuals to marry. Kevin, a post-operative female-to-male transsexual, married a woman called Jennifer. Kevin had undergone hormonal treatment and sex affirmation surgeries. His sex indicator had been changed on his birth certificate and other legal documentation. The question faced by the court was whether Kevin was a man for the purposes of family law in Australia. There, Justice Richard Chisholm (the judge in this case) held that a transsexual's sex reassignment would be recognised for purposes of marriage.

Conclusion:

18. From the above we can see that international law extends human rights protection, not only to those individuals with same-sex attraction, but also to transgender or inter-sex persons. Clearly, gender identity implicates the issue of human dignity, autonomy and equality that are the very foundation of human rights. States such as South Africa have therefore extended fundamental protection against discrimination to transsexuals through their domestic constitutions. Others, such as Japan and Brazil have through legislation granted transsexuals the legal recognition to live in their acquired gender in dignity and to enjoy their right to privacy and family life through marriage and other such activity. Furthermore, states as the United Kingdom (and the Philippines will) have passed legislation to protect transsexuals from discrimination in employment and in other public and private spheres. These developments are a testament to the growing international recognition that States have a duty to respect and protect the rights and liberties of transsexual individuals.

⁵⁴ [2001] Fam CA 1074

Whether the origin of one's sexual orientation has relevance to the human rights of homosexual and transgender individuals.

1. Recent studies in genetics and the medical sciences in general, have strengthened the argument that sexual orientation is biologically determined and hence an immutable characteristic.⁵⁵ However, scientific knowledge in this area is still some way from being generally accepted, and is often characterised by significant disagreement. Indeed, proof of the immutability of homosexual orientation is not necessary for successfully making the claim that homosexuals are entitled to equal rights and protection of the law.⁵⁶ It is the view of the ICJ that the answer does not lie in verifying the claims that sexual orientation is a choice, or that it is solely explained by biological factors. Homosexuality, regardless of its origin, acquires social, political and legal meaning through the lived experiences of homosexual individuals, and the historical and continued injustice that they face from day to day. Therefore, it is beyond doubt that sexual orientation (and discrimination) implicates human rights and is worthy of protection in both international and domestic law.
2. Human rights law protects individuals based on characteristics that are involuntary and biological (such as nationality and race) but also for characteristics that are partly or wholly within the voluntary control of the individual (such as political views and religious belief).⁵⁷ Therefore, whether sexual orientation is involuntary or not, does not diminish the strength of the claim that sexual minorities are entitled to equal citizenship, equal rights and protection of the law. Indeed, a common feature of all the groups protected by human rights law (eg. women,⁵⁸ indigenous people⁵⁹ and children⁶⁰) is that the

⁵⁵ Some important studies done in the past include: J. Michael Bailey and Richard C. Pillard, 'A Genetic Study of Male Sexual Orientation,' 48 Archives of Gen. Psychiatry (1991) 1089; Dean H. Hamer, Stella Hu, Victoria L. Magnuson, Nan Hu and Angela M.L. Pattatucci, 'A Linkage Between DNA Markers on the X Chromosome and Male Sexual Orientation,' 21 Science (1993) 321; Simon LeVay, 'A Difference in Hypothalamic Structure Between Heterosexual and Homosexual Men,' 243 Science (1991) 1034.

⁵⁶ Janet E. Halley, 'Sexual Orientation and the Politics of Biology: A Critique of the Argument from Immutability' (1994) 46 Stanford Law Review 503

⁵⁷ Article 2(1) ICCPR ; Article ...

⁵⁸ See, Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (1979).

individuals or groups involved have been victimised and stigmatised throughout history because of prejudice, mostly based on fear or ignorance. “This characteristic would also clearly apply to sexual orientation, or more precisely to those who have deviated from accepted sexual norms, at least in the eyes of the majority.”⁶¹

3. Courts have become aware of the way that culture, politics and indeed the law has been used to discriminate against and oppress those considered sexual minorities. As the Supreme Court of Canada in *Vriend v Alberta*⁶² noted:

“Perhaps most important is the ~~psychological~~ ~~which may~~ ~~ensue~~ ~~from~~ ~~this~~ ~~state~~ ~~of~~ ~~affairs~~. ~~For~~ ~~all~~ ~~logically~~ ~~discrimination~~ ~~lead~~ ~~to~~ ~~concealment~~ ~~of~~ ~~true~~ ~~identity~~ ~~and~~ ~~this~~ ~~is~~ ~~be~~ ~~harmful~~ ~~to~~ ~~personal~~ ~~confidence~~ ~~and~~ ~~self-esteem~~. ~~Compounding~~ ~~that~~ ~~effect~~ ~~is~~ ~~the~~ ~~implicit~~ ~~message~~ ~~conveyed~~ ~~by~~ ~~the~~ ~~exclusion~~, ~~that~~ ~~gays~~ ~~and~~ ~~lesbians~~, ~~unlike~~ ~~other~~ ~~individuals~~, ~~are~~ ~~not~~ ~~worthy~~ ~~of~~ ~~protection~~. ~~This~~ ~~is~~ ~~clearly~~ ~~an~~ ~~example~~ ~~of~~ ~~a~~ ~~distinction~~ ~~which~~ ~~demeans~~ ~~the~~ ~~individual~~ ~~and~~ ~~strengthens~~ ~~and~~ ~~perpetrates~~ ~~[sic]~~ ~~the~~ ~~view~~ ~~that~~ ~~gays~~ ~~and~~ ~~lesbians~~ ~~are~~ ~~less~~ ~~individuals~~ ~~of...~~ ~~protection~~ ~~society~~. ~~The~~ ~~potential~~ ~~harm~~ ~~to~~ ~~the~~ ~~dignity~~ ~~perceived~~ ~~worth~~ ~~of~~ ~~gay~~ ~~and~~ ~~lesbian~~ ~~individuals~~ ~~constitutes~~ ~~a~~ ~~particularly~~ ~~cruel~~ ~~form~~ ~~of~~ ~~discrimination~~.”

4. In the case of *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Ministry of Justice*, the South Africa Constitutional Court defined sexual orientation as ‘a person’s (political or psychological) attitude or adjustment in relation to...’⁶³ sexual attraction. Thus the Court did not seek to distinguish between sexual orientation as inherent as opposed to being a purely voluntary trait. Instead the court grounded its arguments in notions of the inherent dignity of the individual, and the role of the law in protecting this vital human interest. As the court

⁵⁹ See, United Nations Declaration on The Rights of Indigenous Peoples (2007).

⁶⁰ See, United Nations Convention on the Rights of the Child (1989).

⁶¹ See, James Hathaway, *The Law of Refugee Status* (Butterworths, 1991), 164.

⁶² [1998] 1 S.C.R. 493, per Cory J. at para 102.

observed '[t]he impact of discrimination on gays and lesbians is rendered more serious and their vulnerability increased by the fact that they are a political minority not able on their own to use political power to secure favourable legislation for themselves.'⁶⁴ The Court went on the point out that homosexuals are accordingly almost exclusively reliant on the constitution and the law in general for their protection.

5. In the case of **Re GJ**,⁶⁵ the Refugee Status Appeals Authority in New Zealand the issue of the nature of homosexuality arose in the context of an asylum claim. In coming to the conclusion that homosexuals were eligible under international law for protection based on fear of persecution, the tribunal noted that:

it is not ultimately a question whether sexual orientation is immutable as a matter of fact...it would seem beyond dispute that sexual orientation is fundamental to one's identity. Whether immutable or not, it is therefore a characteristic that ought not be required to be changed.

Here, the tribunal recognised the fundamental nature of an individual's sexual orientation, and the importance of protecting this interest in preserving human dignity and bodily integrity.

6. Similarly, the Administrative Court of (Weisbaden) Germany⁶⁶ in its judgement of Apr. 26, 1983, No.IV/I E 06244/81, reviewed an asylum claim by an Iranian national who feared that as a homosexual he would be punished and perhaps executed. The Court objected to the view that the applicant should be told simply to refrain from homosexual activity and live inconspicuously in Iran. It stated that although conflicting theories about homosexuality exist, there is general agreement that 'homosexuality is not a mere preference that can be turned on or

⁶³ See para. 20

⁶⁴ para. 25

⁶⁵ Refugee Appeal No. 1312/93 (Aug. 30, 1995).

⁶⁶ The Administrative Court of Weisbaden (Verwaltungsgericht Weisbaden)

off at will.’ The Court believed that telling a homosexual asylum seeker that he can avoid persecution by being careful to live a hidden, inconspicuous life is as unacceptable as suggesting that someone deny and hide his religious beliefs, or try to change his skin colour.⁶⁷

7. The Inter-American Court has developed a rich jurisprudence on the issue of discrimination in international human rights law. In its discussion of the issue of discrimination, it has noted that international law must protect people:

‘who are vulnerable for different reasons, hounded by risk, restrictions, and breaches that have a characteristic identity and refer not only to conditions derived from biology, but also, and probably most important, from cultural circumstances that have not been opposed, suppressed or dissipated...’⁶⁸

These observations underscore the idea that human rights protection is not reserved for ill-treatment that stems only from biological characteristics of the victim, but that it also addresses injustice whether it be rooted in religious, political, cultural, sociological or other prejudices or motivations.

Conclusion:

8. It is therefore submitted, that the issue of legal protection of homosexuals does not turn on biological facts. It instead rests on the fact that sexual orientation is a fundamental part of the individual, embodying such fundamental human interests as privacy, autonomy and dignity. Indeed, the Universal Declaration reminds us that “all human beings are born free and equal in dignity and rights.” It therefore follows, that human beings regardless of sexual orientation (and the causes of such orientation) are deserving of equality and full protection of the law.

⁶⁷ Maryellen Fullerton in “Persecution due to Membership in a Particular Social Group: Jurisprudence in the Federal Republic of Germany” (1990) 4 Geo. Immigra. L.J. 381, 408.

⁶⁸ (Inter-American Court of Human Rights) *Miguel Castro-Castro Prison v. Peru*, Judgement of November 25, 2006, Series C No. 160. (Concurring Opinion of Judge Sergi García).

Public Debate and the Role of the Courts in issues of Sexual Orientation and Human Rights:

1. In most countries the issue of sexual orientation is a matter of great public interest. This is especially true when legal change in favour of legal rights based on sexual orientation and gender identity are imminent. It is inevitable that there will be constituencies within society that do not agree with initiatives targeted at ensuring equal rights for sexual minorities. As one commentator has pointed out:

‘Given how divisive gay rights issues are, and how intensely people on opposite ends of the spectrum of sentiment feel about these issues, we should expect court decisions to be greeted by divergent reactions, and to be understood, characterised, and deployed in different ways by different segments of the public’⁶⁹

Indeed, intense debates and political posturing have followed court decisions vindicating equal rights for homosexual and transgender individuals.

2. Courts ought not to fear the public discourse and disagreement that might follow a ruling on sexual orientation right issues. Indeed, such public discussions are a necessary part of the process of changing attitudes and prejudices against sexual minorities. Scholars have long understood the role of legal norms and courts, as forces of social change. In the struggle for equality and dignity for sexual minorities, courts have been at the forefront of legal and social change in many countries. For example, research has shown that following the South

⁶⁹ Jane S. Schacter, ‘Sexual Orientation, Social Change, and the Courts’ (2006) 54 Drake Law Review 861, 868

African Constitutional Court's invalidation of sodomy laws there were significant positive "attitudinal and behavioural shifts" towards sexual minorities.⁷⁰ This was seen in inter-personal relationship, as well as in the area of law enforcement, government and society in general.⁷¹ While the Court was not agent in changing social norms, it was nevertheless an important part of the process.

3. Debates about the issue have tended to surround the question of the validity of the concept of sexual orientation rights. Many have argued that sexual orientation cannot be the subject of rights. However, as was illustrated throughout this brief, sexual orientation does implicate the issue of human rights and deserves the full protection of the law. Others have tended to resist the validity of international law, arguing that it ought to have no influence on the law and social practices in a particular country. However, as noted before, Nepal has ratified the International Covenant on Civil and Political rights and is therefore bound to implement the international human rights standards such as non-discrimination and equality in its domestic laws.
4. Indeed, some have argued that it is not the place of courts to make such decisions about the rights of sexual minorities. However, as the Constitutional Court of South Africa has pointed out, homosexuals: "are a political minority not able on their own to use political power to secure favourable legislation for themselves. They are accordingly almost exclusively reliant on the Bill of Rights for their protection."⁷² Consequently, courts must assume their roles as guardians of the law and constitution, and uphold the foundational principles of freedom, equality and non-discrimination. This is the hall-mark of an independent judiciary and an effective system of human rights protection.
5. The debates in response to rulings by Supreme Courts have usually lead to swift legislative action, which have strengthened the legal protection for sexual minorities. For example, the Australian Government introduced the Human Rights (Sexual Conduct) Bill 1994 into Federal Parliament, in response to the

⁷⁰ Ryan Goodman, 'Beyond the Enforcement Principle: Sodomy Law, Social Norms and Social Panoptics' (2001) 89 California Law Review 643, 712

⁷¹ Ibid, p. 715

⁷² *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Ministry of Justice*, (1999) 1 SA 6, para. 25

decision of the United Nations Human Rights Committee in *Toonen v. Australia*.⁷³ The Committee found that provisions of the Tasmanian Criminal Code which criminalize all sexual conduct between consenting male adults in private are in breach of Australia's obligations under the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). This example further underscores the critical role of courts in the process of legal and social change.

⁷³ *Toonen v Australia* (1994) 1 PLPR 50



**International Commission of
Jurists
Commission internationale de
juristes
Comisión Internacional de
Juristas**

P.O. BOX 91
33, rue des Bains
1211 Geneva 8,
Switzerland

TELEPHONE: +41 (0) 22 979 3800
FAX: +41 (0) 22 979 3801
EMAIL: info@icj.org
WEBSITE: <http://www.icj.org>

लैंगिक पहिचान तथा यौनिक अभिमुखिकरण र संबन्धित अन्य विषयहरूका आधारमा गरिने भेदभावहरूलाई निषेध गर्ने अन्तर्राष्ट्रिय मानवअधिकार कानूनका आधारहरू उपलब्ध गराउदै नेपाल राज्यको सर्वोच्च अदालतमा बुभाईका सुभावरु ।

परिचय:

- १ नेपालको सम्मानित सर्वोच्च अदालतमा सुनवाई हुन लागेको वर्तमान मुद्दाका संबन्धमा निम्न एमिकस क्युरीको संक्षेप प्रस्तुत गर्न पाउदा कानूनविदहरूको अन्तर्राष्ट्रिय आयोग (इन्टरनेसनल कमिसन फर जरिस्टस् – ICJ) गौरवान्वित महशुस गर्दछ । यस लिखित सुभवमा, हामी 'यौनिक अभिमुखिकरण' तथा 'लैंगिक पहिचान' का आधारमा गरिने भेदभावहरूका विरुद्धमा अन्तर्राष्ट्रिय मानवअधिकार कानून र विशेषतः नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अनुबन्ध (ICCPR) को धारा २ र २६ ले प्रदान गर्ने संरक्षणका आधारहरूलाई प्रष्ट्याउने छौं । तत्पश्चात समलिंगीहरू र तेस्रोलिंगी व्यक्तिहरूको अधिकारसंग सम्बन्धित अन्य विषयहरूलाई उल्लेख गरिनेछ, जुन चलिरहेको मुद्दासंग सान्दर्भिक हुन आउदछ ।
- २ कानूनविदहरूको अन्तर्राष्ट्रिय आयोग (इन्टरनेसनल कमिसन अफ जरिस्टस् – ICJ) मानवअधिकारको पूर्ण सम्मान र यौनिक अभिमुखिकरण लगायत कुनैपनि आधारमा गरिने मानवअधिकार उलङ्घनको अन्तका लागि कार्यरत छ । हामी अन्तर्राष्ट्रिय मानवअधिकार कानून सम्बन्धी विशेषज्ञहरू उपलब्ध गराउदछौं र अन्तर्राष्ट्रिय मानवअधिकार कानूनसंग संबन्धित कुराका संदर्भमा मुलुक विशेष वा विषयगत क्षेत्र दुवैमा काम गर्दछौं । महत्वपूर्ण तथा

सरोकारका मुद्दाहरूका संबन्धमा संक्षिप्त एमिकसका माध्यमबाट कानूनी हस्तक्षेपहरू गर्ने लगायतका कार्यहरू हाम्रा गतिविधि संचालनका रूपहरू हुन ।

३ अन्तर्राष्ट्रिय मानवअधिकार कानून अन्तर्गत यौनिक अभिमुखिकरण र लैंगिक पहिचान संबन्धी विषय उपर हाम्रो विशेष दक्षता रहेकाले यस प्रति अध्ययन, चिन्तन र ध्यान केन्द्रित गरिएको छ । आइसीजेले “यौनिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानको आधारमा हुने मानवअधिकार हनन् सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय मानवअधिकार निर्देश” प्रकाशित गर्‍यो जुन यौनिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचान संबन्धी संयुक्तराष्ट्रसंघीय विधिशास्त्रहरूको एक संगालो हो । यिनै कारणहरूले गर्दा नेपालको सर्वोच्च अदालतमा चलिरहेको वर्तमान मुद्दामा आइसीजेले चासो देखाएको छ ।

४ यो सान्दर्भिक छ कि नेपाल सन्धि ऐनको दफा ९ ले “नेपाल पक्ष रहेको कुनै पनि संधि यदि नेपालको प्रचलित कानूनसंग वाभिएमा प्रचलित कानून अमान्य हुनेछ,”^१ भनेको छ । यस प्रावधानको कारणले, ICCPR लगायत नेपालले अनुमोदन गरेको मानवअधिकार संबन्धी सबै अन्तर्राष्ट्रिय सन्धिहरूलाई नेपाल कानूनले सम्मान गर्नु पर्दछ । आइसिजे यसलाई *प्याक्ट सन्ट सर्भेण्डा* सिद्धान्त अन्तर्गत विशेषमहत्व दिन चाहन्छ जुन अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको विश्वव्यापी मान्यता प्राप्त सिद्धान्त हो जस अनुसार राज्यले सन्धिहरू र यसले सृजना गरेका उत्तरदायित्वहरूलाई असल नियतकासाथ पालना गर्नुपर्दछ भन्ने हो । अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको यस सामान्य सिद्धान्तको स्वभाविक परिणाम यो हुन जान्छ कि कुनै मुलुक विशेषका पदाधिकारीहरू आफ्ना घरेलु कानूनले गर्न दिएन भनेर आफ्नो अन्तर्राष्ट्रिय प्रतिबद्धता पुरागर्नबाट उम्कन पाउदैनन् । उनीहरूले अन्तर्राष्ट्रिय दायित्वलाई पुरा नगर्न वा पुरा गरिरहेका कार्यहरूलाई परिवर्तन गर्न उनीहरूका संविधान, कानून वा नियमका प्रावधानहरूलाई देखाउन पाउदैनन् । यो नै राष्ट्रसंघको कानूनको सामान्य सिद्धान्त हो जुन अन्तर्राष्ट्रिय विधिशास्त्रहरूमा उल्लेख गरिएको छ ।^२ यो सिद्धान्तको आधारमा अन्तर्राष्ट्रिय विधिशास्त्रमा यो कुरा पनि दोहोर्‍याइएको छ कि,

^१ नेपाल सन्धि ऐन २०४७

^२ हेर्नुहोस, ४ फरवरी १९३२ को अन्तर्राष्ट्रिय न्याय सम्बन्धी स्थाई न्यायालयको परामर्शदातृ विचार, *पोलिस नागरिकहरू तथा पोलिसबाट आएका अन्यव्यक्तिहरू प्रति भएको व्यवहार तथा डाजिड भूमिमा दिइएको मन्तव्य*, फैसलाहरू, आदेशहरू र परामर्शदातृ विचारहरूको संगालो, क्रमसंख्या: A/B No. 44; ३१ जुलाई १९३० को अन्तर्राष्ट्रिय न्याय सम्बन्धी स्थाई न्यायालयको परामर्शदातृ विचार, *ग्रेको वुल्गेरियन समुदायहरू उपरको प्रश्न*, फैसलाहरू, आदेशहरू र परामर्शदातृ विचारहरूको

घरेलु अदालतहरूले दिएको फैसलाहरूलाई अघि सारेर अन्तर्राष्ट्रिय दायित्व पुरा नगर्ने बहाना बनाउन सकिन्छ ।³

संगालो, क्रमसंख्या: A, No. 17; २६ अप्रिल १९८८ को अन्तर्राष्ट्रिय न्यायिक अदालतको परामर्शदातृ विचार, *संयुक्तराष्ट्रसंघीय मुख्यकार्यालयको संभौताको दफा २१ अन्तर्गत मध्यस्तकर्ताको दायित्व*, नोटेवमको मुद्दा (दोश्रो चरण), [1955] ICJ Reposts 4.

- ³ १३ सेप्टेम्बर १९२३ को अन्तर्राष्ट्रिय न्याय सम्बन्धी स्थाई न्यायालयको फैसला, *चारजो (मेरिटहरू) को कारखानासंग सम्बन्धित मुद्दा*, PCIJ Series A. No. 17 (1928); २५ मई १९२६ को अन्तर्राष्ट्रिय न्याय सम्बन्धी स्थाई न्यायालयको फैसला, *माथिल्लो सेलेसियामा रहेका पोलिसहरू*, PCIJ Series A. No. 13.

धारा २(१) र २६ को व्याख्या तथा यौनिक अभिमुखिकरणको आधारमा गरिने भेदभाव माथि यसले लगाएको प्रतिबन्ध:

१ नेपालले सन १९९१ मा अनुमोदन गरेको नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार संबन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अनुबन्ध (ICCPR) को धारा २(१) अनुसार “यस अनुबन्धका प्रत्येक पक्षराष्ट्रले आफ्नो भूभाग र क्षेत्राधिकार भित्र पर्ने प्रत्येक व्यक्तिको यस अनुबन्धद्वारा निसृत अधिकारहरूलाई जाति, रंग, लिंग, भाषा, धर्म, राजनीतिक वा अन्य विचार, राष्ट्र वा समाजिक उत्पत्ति, संपत्ति, जन्म वा अन्य हैसियत जस्ता कुनै कुराको आधारमा विभेद नगरी सम्मान तथा सुनिश्चितता गर्दछ ।” यो अभेदभावकारी सिद्धान्त अन्तर्राष्ट्रिय मानवअधिकार कानूनको आधारभूत खम्बा हो जसलाई संयुक्तराष्ट्रसंघको बडापत्र,^४ मानवअधिकारको विश्वव्यपी घोषणापत्र,^५ आर्थिक समाजिक तथा साँस्कृतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अनुबन्ध,^६ बालअधिकार सम्बन्धी महासन्धि,^७ प्रवासी कामदारहरु तथा उनीहरुका परिवारका सदस्यहरुको अधिकारहरुको संरक्षण संबन्धी अन्तर्राष्ट्रिय महासन्धि,^८ र मानवअधिकार संबन्धी क्षेत्रीय दस्तावेजहरुमा^९ पनि प्रतिबिम्बित गराइएको छ । अझ भन्ने हो भने, अभेदभावकारी सिद्धान्त प्रथागत अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको भाग बनेको छ, त्यसैले यो सबै राज्यहरु उपर बाध्यकारी मान्यताको रुपमा पनि रहेको छ ।

२ ICCPR को धारा २(१) ले यौनिक अभिमुखिकरणको आधारमा व्यक्तिमाथि गरिने भेदभावलाई बर्जित गरेकोछ, भन्नेकुरा अब अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको स्थापित सिद्धान्त बनेको छ । यौनिक अभिमुखिकरणलाई ICCPR ले शाब्दिक रुपमा उल्लेख गरेको नभए पनि अन्तर्राष्ट्रिय कानून यौनिक फरकपनाका आधारमा उत्पीडित भएकाहरुको संरक्षण गर्नेगरी विकास भएको छ ।

^४ संयुक्तराष्ट्रसंघको बडापत्रको धारा १(३) र ५५ ।

^५ मानवअधिकारको विश्वव्यपी घोषणापत्रको धारा २, ७ र १० ।

^६ आर्थिक, सामाजिक तथा साँस्कृतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अनुबन्धको धारा २ ।

^७ धारा २ ।

^८ धारा ७ ।

^९ उदाहरणको लागि हेनुहोस, मानवअधिकार सम्बन्धी युरोपियन महासन्धिको धारा १४; मानव तथा जनताको अधिकार सम्बन्धी अफ्रिकी बडापत्रको धारा २; पुरुषको अधिकार तथा कर्तव्य सम्बन्धी अमेरिकी घोषणापत्रको धारा दोस्रो; तथा मानवअधिकार सम्बन्धी अमेरिकी महासन्धिको धारा १, २४ र २७ ।

यसको जन्म संयुक्तराष्ट्रसंघीय अंगहरूद्वारा विकास गरिएको विधिशास्त्रीय तथा व्यख्यात्मक अभ्यासहरूको क्रममा भएको हो, साथै, विश्वव्यापीरूपमा अदालत तथा न्यायाधीकरणहरूद्वारा अपनाईएका तथा व्यख्या गरिएका कानूनहरूबाट समेत भएको हो ।

३ भेदभाव गर्न नहुने आधारहरूमा “यौनिक अभिमुखिकरण” लाई उल्लेख नगर्दैमा यसलाई संरक्षण प्रदान गर्ने धाराको मनसायबाट छुटाउन मिल्ने होइन । अनुबन्धका मस्यौदाकारहरूले “अन्य हैसियत” भन्ने श्रेणीलाई समावेश गरेर त्यहाँ उल्लेख नगरिएका तथा समाजमा विकास हुनसक्ने भेदभावका त्यस्तै अन्य घृणित आधारहरूलाई प्रष्टैसंग ध्यान दिइएको देखिन्छ । मानवअधिकार समितिको General Comment 18 (अनुबन्धका अस्पष्ट धारा तथा शब्दावलीहरूको सामान्य व्याख्या) ले ICCPR को धारा २६ को हैसियत स्वतन्त्र रहेको र यो धारा कानूनको अधि सबै समान हुन्छन् भन्ने मान्यतामा आधारित रहेको व्याख्या दिएको छ ।¹⁰ संयुक्तराष्ट्रसंघीय मानवअधिकार समितिले भनेको छ, “अनुबन्धमा प्रयोग गरिएको ‘भेदभाव’ शब्दावलीलाई कुनैपनि प्रकारको विभेद, अलग्याई, निशेध वा प्रथमिकता लाई अर्थ्याउने गरी बुझ्न जरुरी छ, जुन जाति [...] वा अन्य हैसियत जस्ता कुराहरूमा आधारित हुने गर्दछ र जसको उद्देश्य वा असर सम्पूर्ण व्यक्तिहरूले सम्पूर्ण अधिकार र स्वतन्त्रताहरूलाई समान स्तरमा उपभोग गर्ने वा अभ्यास गर्ने कुरालाई निस्तेज पार्ने वा बाधा पुऱ्यउने हुन्छ ।”¹¹

४ मानवअधिकार समितिले “ ICCPR को धारा २ को अनुच्छेद १ मा र धारा २६ मा उल्लेखित ‘लिंग’ शब्दले यौनिक अभिमुखिकरणलाई समेत समेटेको बुझ्नु पर्दछ” भनी निकर्वाल गरेको छ ।¹² त्यसरी नै, आर्थिक, सामाजिक तथा साँस्कृतिक अधिकार संबन्धी संयुक्तराष्ट्रसंघीय समिति¹³ तथा बालअधिकार संबन्धी संयुक्तराष्ट्रसंघीय समितिको¹⁴ समेत क्रमशः त्यही खालको सोच रहेको देखिन्छ कि आर्थिक, सामाजिक तथा साँस्कृतिक अधिकार संबन्धी अनुबन्ध तथा

¹⁰ संयुक्तराष्ट्रसंघीय मानवअधिकार समिति, सामान्य टिप्पणी १८, अभेदभाव, ३७ औं सत्रमा (१९८९) मा स्थापित, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 of 12 May 2004.

¹¹ त्यसैको, अनुच्छेद ७ ।

¹² ३१ मार्च १९९४ मा दिइएको विचार, उजुरी No. 488/1992, मुद्दा *निकोलास टुनन वि. अष्ट्रेलिया*, अनु. ८.७, UN Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, ४ अप्रिल १९९४ । यो पनि हेर्नुहोस, ६ अगष्ट २००३ मा दिइएको विचार, उजुरी No. 941/2000, मुद्दा *एडवार्ड याङ वि. अष्ट्रेलिया*, CCPR/C/78/D/941/2000, १८ सेप्टेम्बर २००३ ।

¹³ आर्थिक सामाजिक तथा साँस्कृतिक अधिकार सम्बन्धी समिति, सामान्य टिप्पणी नं. १४, अनु. १८ र सामान्य टिप्पणी नं. १५, अनु. १३ ।

बालअधिकार महासन्धिले यौनिक अभिमुखिकरणको आधारमा गरिने भेदभावलाई प्रतिबन्ध लगाएको छ ।

लिंग' विभेद

५ अव अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको संदर्भमा, यौनिक अभिमुखिकरण सम्बन्धी भेदभाव भनेको लिंगभेदको एकरूप हो भन्ने कुरा निश्चित भएको छ । वास्तवमा लिंग शब्दलाई छुटाएर यौनिक अभिमुखिकरण सम्बन्धी भेदभावसम्भव छैन । लिंग विभेदलाई वास्तविकरूपमा थाहापाउन, लैंगिक भूमिकालाई ध्यान दिनुपर्ने हुन्छ - त्यो हो, पुरुष र महिलाहरूलाई उनीहरूको जीवन बाँच्नको लागि सामान्यतया निर्देशन दिने स्वभावगत चालचलन ।¹⁵ प्रायसः लिंगको आधारमा गरिने भेदभाव बहुसंख्यक जनमानसले लिंग वा लैंगिक भूमिकालाई जसरी बुझेका हुन्छन् त्यो संग नमिल्ने व्यवहारको परिणामस्वरूप हुने गर्दछ । यस्ता व्यवहारहरू चाहिँ महिला र पुरुषको वास्तविक भूमिकाको बारेमा भएको रुडीगत मुल्याङ्कनको आधारमा (उदाहरणको लागि, यस्तो सोच कि महिलाहरू चाहिँ पुरुषहरू प्रति नै यौनरूपमा आकर्षित हुनुपर्दछ) हुने गर्दछ । मानवअधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय कानूनले लिंगको आधारमा गरिने भेदभावलाई प्रतिबन्ध लगाएको हुनाले लिंग र लैंगिक भूमिका सम्बन्धी रुडीगत सोच र पुर्वाग्रहको आधारमा गरिने भेदभावलाई पनि यसले समेटेको छ ।¹⁶ त्यसैले, यौन अभिमुखिकरणको आधारमा गरिने भेदभाव पनि लिंगको आधारमा गरिने भेदभाव भित्रै पर्ने हुनाले निगषेधित छ ।

६ अतः धारा २(१) को 'लिंग' शब्दावलीले "लैंगिकता" को आधारमा मात्र होइन कि यौनिक अभिमुखिकरणलाई समेत संरक्षण प्रदान गरेको बुझ्नु पर्दछ । मानवअधिकार सम्बन्धी संयुक्तराष्ट्रसंघीय समिति, जो अनुबन्ध लागु गरिएको वा नगरिएको सम्बन्धी पर्यवेक्षण गर्ने विशेषाज्ञहरूको समुह हो, ले यो भनेको छ कि यौनिक रोजाईलाई भेदभावको निषेधित श्रेणिमा राखिएको छ किनकि लिंगको अवधारणाले नै यसलाई समेटेको हुन्छ । त्यसैले *टुनेन विरुद्ध अष्ट्रेलियाको* मुद्दामा, उक्त समितिले यो बतायो कि 'यसको विचारमा धारा २ को अनुच्छेद १

¹⁴ बालअधिकार सम्बन्धी समिति, सामान्य टिप्पणी नं. ४ र सामान्य टिप्पणी नं. ३ ।

¹⁵ हेर्नुहोस, Eric Heinze, *Sexual Orientation: A Human Right: A Essay in International Human Rights Law*, (Martinus Nihoff, 1994), पृष्ठ २१५ ।

¹⁶ यस्तो दावीलाई CEDAW को धारा ५(a) ले समर्थन गरेको छ, जसले "पुरुष तथा महिलाको भूमिका सम्बन्धी भएको ... रुडीगत सोचमा आधारित पुर्वाग्रही, पुरातन तथा अन्य खालका अभ्यासहरू" लाई निन्दा गर्दछ ।

मा ...[ICCPR को]...उल्लेखित “लिंग” शब्दावलीबाट यौनिक अभिमुखिकरण समेतलाई सम्झनु पर्दछ ।¹⁷

७ यस व्याख्यालाई स्वेच्छाचारी थुना सम्बन्धी संयुक्तराष्ट्रसंघीय कार्यदल (the United Nations Working Group on Arbitrary Detention) ले पक्षराज्यहरूबाट ICCPR मा परेका उजुरीहरूको छानविनका क्रममा, अन्यकुराहरूका अलावा स्पष्टरूपमा स्वीकार गरेको छ ।¹⁸ इजिप्टमा ५५ जनालाई समलिंगी भएको कारण गरिएको कारबाही र थुनाको सम्बन्धमा परेको उजुरीको छानविनको क्रममा, कार्यदलले त्यो थुना स्वेच्छाचारी भएको बतायो किनकि यसले नागरिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अनुबन्धको धारा २ को अनुच्छेद १ र धारा २६ जसले कानूनको अधि समानता तथा लिंगको आधारमा लगायत सबैखाले भेदभाव विरुद्धको समान कानूनी संरक्षणको अधिकारको प्रत्याभुत गर्दछ, को उल्लंघन गरेको थियो ।¹⁹ कार्यदलले यो बतायो कि यसले ‘मानवअधिकार समितिको विचारको आधारमा आफ्नो विचार बनायो, जस अनुसार धारा २ को अनुच्छेद १ तथा धारा २६ मा उल्लेखित “लिंग” शब्दावलीबाट यौनिक अभिमुखिकरण समेतलाई सम्झनु पर्दछ ।’ पछि गएर व्याख्याको यो शैलीलाई कार्यदलले क्यामरुनबाट प्राप्त उजुरीको सन्दर्भमा पनि लागु गर्‍यो ।²⁰ व्याख्याको यो शैलीलाई यातना तथा अन्य क्रुर, अमानवीय वा अपहेलित व्यवहार वा सजाय को प्रश्नका विशेष प्रतिनिधि (Special Rapporteur) ले दिएको प्रतिवेदन,²¹ र न्यायाधीशहरू तथा कानून व्यवसायीहरूको सम्बन्धमा विशेष प्रतिनिधिको प्रतिवेदन²² लगायत मानवअधिकार सम्बन्धी अन्य संयुक्तराष्ट्रसंघीय संयन्त्रहरूले पनि अनुसरण गरेको छ ।

¹⁷ उजुरी No. 488/1992: Australia, CCPR/C/50/D/488/1992, *निकोलास टुनन वि. अष्ट्रेलिया*, ४ अप्रिल १९९४ ।

¹⁸ कार्यटोली (The Working Group) भनेको मानवअधिकारवादी विशेषज्ञहरूको समुह हो जसलाई: (१) संबन्धितक्षेत्रको कानूनको समग्र अवस्था तथा मानवअधिकारका घटनाहरूको छानविन गर्न; (२) मानवअधिकारको उल्लंघनका सम्बन्धमा व्यक्तिहरू, संस्था र सरकारबाट जानकारी लिन तथा प्राप्त गर्न; र (३) मानवअधिकारको अवस्थाका बारेमा संयुक्तराष्ट्रसंघीय निकायलाई प्रतिवेदन बुझाउने जिम्मेवारी तोकिएको हुन्छ ।

¹⁹ वेच्छाचारी थुनाका सम्बन्धमा स्थापित कार्यटोलीद्वारा तयारपारिएका विचारहरू, No 7/2002 (Egypt), E/CN.4/2003/8/Add.1, २४ जनवरी २००३ । सो कार्यटोलीले २००४ को वार्षिक प्रतिवेदनमा पनि सोही दृष्टिकोणलाई अवलम्बन गरेको छ E/CN.4/2004/3, १५ डिसेम्बर २००३ ।

²⁰ हेर्नुस्, स्वेच्छाचारी थुना सम्बन्धमा संयुक्तराष्ट्रसंघीय कार्यटोलीको, राय नं २२/२००६ (क्यामरुन) ।

²¹ E/CN.4/2002/76/Add.1, मार्च १४, २००२, अनु. ५०७

²² E/CN.4/2002/72, फेब्रुअरी ११, २००२, अनु. ५७

- ८ आर्थिक, सामाजिक तथा साँस्कृतिक अधिकार सम्बन्धी समितिले पनि आर्थिक, सामाजिक तथा साँस्कृतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अनुबन्धको त्यस्तैखाले प्रावधानको व्याख्या गर्दा पनि अप्रत्यक्ष रूपले उस्तै शैली अवलम्बन गरेको छ । यसको General Comment No. 14, मा CESCER को धारा २ (२) को आधारमा अभेदभावकारी विषय उपर छलफल गर्नेक्रममा (जस्को शब्द ICCPR को धारा २ को जस्तै छ), समितिले यो व्याख्या गर्‍यो कि त्यो धाराले “यौन अभिमुखिकरण” को आधारमा गरिने लगायत कुनैपनि भेदभावलाई निषेध गरेको छ ।
- ९ यसका अतिरिक्त, सुदरलैण्ड विरुद्ध युनाइटेड किङडमको मुद्दामा²³ मानवअधिकार सम्बन्धी युरोपियन आयोगले पनि यौनिक अभिमुखिकरणको आधारमा गरिने भेदभावका सम्बन्धमा त्यस्तै दृष्टिकोण अवलम्बन गर्‍यो । यस मुद्दामा, एउटा बेलायती कानूनले विपरितलिंगी गतिविधि भन्दा समलिंगी गतिविधिको लागि सहमतिको उमेर बेसी हुनुपर्ने व्यवस्था गरेको थियो । समलिंगीहरूलाई यौनसम्बन्धका लागि सहमतिको उमेर बेसी तोकेको हुनाले समलिंगीहरूले भेदभाव व्यहोर्नु परेको भनी सो कानूनलाई चुनौति दिइएको थियो । आयोगले त्यो कानून भेदभावकारी रहेको र त्यसैले मानवअधिकार संबन्धी युरोपियन महासन्धि प्रतिकुल रहेको ठहर गर्‍यो । आयोगले यो बतायो कि ECHR मा उल्लेखित “लिंग” को आधारमा गरिने भेदभावको श्रेणीमा यौन अभिमुखिकरण पनि पर्ने हुनाले सहभागीहरूलाई लिंगको आधारमा भेदभाव गएको ठान्नुपर्ने हुन्छ ।

“यौनिक अभिमुखिकरण” भेदभावको एक निषेधित आधार

- १० अन्तर्राष्ट्रिय समुदायद्वारा ICCPR को बैकल्पिक तथा पुरक व्याख्याको पनि अनुमोदन गरिएको छ, जसले यौनिक अभिमुखिकरणको आधारमा गरिने भेदभावलाई अन्तर्राष्ट्रिय कानूनमा निषेधित गर्न अझ दृढो आधार दिएको छ । यौनिक अभिमुखिकरण भनेको एउटा ‘हैसियत’ हो र यसको आधारमा गरिने भेदभावलाई अन्तर्राष्ट्रिय कानूनले निषेधित गरेको छ, भन्ने कुरा अब स्वीकार्य बनेको छ । वास्तवमा, ICCPR को धारा २(१) ले जाति, धर्म वा भाषा जस्ता धरातलमा मात्र होइन कि ‘अन्य हैसियत’ को आधारमा समेत हुने भेदभावलाई निषेध गर्दछ । त्यसै कारणले

²³ App. No. 25186/94, 24 Eur. H.R. Rep. (Comm’n Supp.) C.D. at 22 (1997).

गर्दाखेरी ICCPR मा भएको प्रवधान भेदभावका आधारहरूको समष्टि तालिका होइन, बरु त्यहाँ अन्य उल्लेख नगरिएका विषयहरू पनि समाविष्ट गरिएका छन् भन्नेकुरा बुझिने गरिएको छ ।

११ तर्कसंगत यो छ कि, अनुबन्धको मसौदा गर्दा 'अन्य हैसियत' का आधारमा भेदभाव निषेधित हुने बनाइयो, जसले समाजमा विकास हुदैजाने चालचलनहरू, खासगरी ICCPR मा समावेश गरिएको भेदभावका अन्य (जो त्यतिवेला देखापरेको थिएन) आधारहरू जुन पछिगएर घृणायोग्य बन्नसक्छ लाई अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको संरक्षणको जरुरत पर्ने हुनाले त्यस्को निम्ति बाटोखुला गरिदिएको हो । यस दृष्टिकोणलाई मानवअधिकार सम्बन्धी युरोपियन अदालतले समेत ECHR मा उल्लेखित उस्तै शब्दको व्याख्या गर्नेक्रममा स्वीकार गरेको छ । वास्तवमा, यो प्रष्ट छ कि निषेधित आधारको सूचि भनेको 'व्यख्यात्मक हो र समष्टि होइन त्यसैले यौनिक अभिमुखिकरणलाई यसले समेटेको छ ।'²⁴

१२ यौनिक अभिमुखिकरणलाई अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको संरक्षणमा राख्न हैसियतयोग्य रहेको कुरालाई अन्तर्राष्ट्रिय कानूनले मान्यता दिइआएको छ । त्यसैले अन्तर-अमेरिकन आयोगले यसको वार्षिक प्रतिवेदनमा समलिंगीहरूलाई 'परम्परागतरूपमै भेदभावबाट पीडित भएका समुह' को रूपमा उल्लेख गर्दै कानूनको संरक्षणको जरुरत रहेको बताएको छ ।²⁵ सरणार्थी सम्बन्धी कानूनको क्षेत्रमा, न्यायालयहरूले समलिंगीहरूलाई व्यपकरूपमा भएको भेदभाव र यातनाबाट पीडित बेग्लै विशेषताहरू भएका 'बेग्लै समुह' हुन भनी मान्यता दिएका छन् ।²⁶ परिणामस्वरूप अन्तर्राष्ट्रिय समुदाय र घरेलु न्यायालय तथा न्यायाधीकरणहरूले यौनिक अभिमुखिकरणलाई भेदभावबाट बचाउन अन्तर्राष्ट्रिय र घरेलु कानूनद्वारा संरक्षण प्रदान गर्नुपर्ने 'हैसियत' भनी बुझ्न थालेका छन् । संयुक्तराष्ट्रसंघ अन्तर्गतका विभिन्न अंग र संयन्त्रहरूले भेदभाव र दमनले जहिले पनि समलिंगी अभिमुखिकरणलाई पीडित बनाएको मनन गर्दै यस्ता दुर्व्यवहारहरू प्रति मानवअधिकार

²⁴ सालगुइरो दा सिल्भा मौता वि. पोर्तूगाल, मानवअधिकारको युरोपीय अदालतको फैसला, २१ डिसेम्बर १९९९, अनु. २८ ।

²⁵ हेर्नुस, मानवअधिकारका सम्बन्धमा अन्तर-अमेरिकी आयोगको वार्षिक प्रतिवेदन, २००६, OEA/Ser.L/V/II.127, Doc. 4 rev. 1 मार्च ३, २००७ ।

²⁶ हेर्नुहोस, चान वि. अध्यागमन, स्थानीय सरकार तथा जातीय मामला मन्त्रालय (१९८९) 169 CLR 379 (HCA). *Case IJRL/010*, 1989 1 International Journal of Refugee Law 246 (South Africa). *वार्ड वि. क्यानडा (महान्यायाधिवक्ता)* 1993 2 SCR 689. *मोतारो वि. अध्यागमन, स्थानीय सरकार तथा जातीय मामला मन्त्रालय* 111 ALR 417 (Fed. Ct. Austl. 1992) न्यायाधिकरणले यो निर्णय दियोकि, समलिंगीहरूको: 'सामाजिक, मनोरञ्जनात्मक र स्वस्थ सम्बन्धी अभिरुचीहरू तथा परम्परागतरूपमा उनीहरूले समाजबाट भोग्दै आएको हैरानी जस्ता कुराहरूबाट बचाउ गर्नुपर्ने जस्ता कुराहरू समाजद्वारा बुझ्न र चिन्न सकिने हुन्छ ।'

आकर्षित हने उल्लेख गरेको छ।²⁷ वास्तवमा, यी कानूनी विकासहरूले यो देखाउदछ, कि अन्तर्राष्ट्रिय कानून “अन्य हैसियत” को समावेशी परिभाषा दिनेकुरालाई सहयोग गर्नेगरी विकसित भएकोछ र त्यसैले धारा २ (१) को प्रयोजनको लागि यौनिक अभिमुखिकरण “अन्य हैसियत” को श्रेणीमा पर्ने गर्दछ।

यौनिक अभिमुखिकरण, समानता र कानूनी संरक्षण:

१३ ICCPR को धारा २(१) मा राखिएको अभेदभावकारी सिद्धान्तको प्रत्यक्ष सम्बन्ध धारा २६ मा उल्लेखित कानूनको अधि समानताको अधिकार, भेदभाव विरुद्धको संरक्षण र कानूनको समान संरक्षणसंग प्रत्यक्षरूपमा जोडिएको छ।²⁸ संयुक्तराष्ट्रसंघीय मानवअधिकार समितिले “सामाजिक तथा राजनीतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अनुबन्धको धारा २६ ले व्यवस्था गरेको यौनिक अभिमुखिकरण को आधारमा गरिने भेदभाव लगायत जाति, रंग, लिंग, भाषा, धर्म, राजनीतिक तथा अन्य विचार, राष्ट्रिय तथा सामाजिक उत्पत्ति, संपत्ति, जन्म वा अन्य हैसियत जस्ता कुनैपनि आधारमा गरिने भेदभाव विरुद्ध समान र प्रभावकारी संरक्षण” लाई जोड दिएको छ।²⁹ (महत्व दिइएको कुरा पछि थप गरिएको)

१४ ICCPR को धारा २ (१) मा जस्तै गरी, धारा २६ मा सूचिकृत गरिएका भेदभावका आधारहरू पनि समष्टि वा त्यतिनै मात्र होइन। धारा २६ मा व्यवस्था गरिएको ‘लिंग’ र ‘अन्य हैसियत’ लाई व्याख्या गर्दासमेत अन्तर्राष्ट्रिय कानूनले समलिंगीहरूलाई समेत समाहित गरेको देखाई समावेशी प्रकारले व्याख्या गरिएको छ। वास्तवमा, धारा २६ मा भएको समानताको वास्तविक अवधारणाले राज्यहरूलाई अधिकार र स्वतन्त्रताहरूलाई पूर्णरूपमा र स्वतन्त्रता पूर्वक उपभोग गर्ने कुरालाई सम्मान र सुनिश्चितता प्रदान गर्न लगाउदछ।

²⁷ उदाहरणको लागि हेर्नुहोस, यातना तथा अन्यखालका क्रूर, अमानवीय र हिनौता व्यावहार तथा सजायको प्रश्नसंग संबन्धित विशेष प्रतिनिधिले दिएको प्रतिवेदन, E/CN.4/2004/56/Add.1 २३ मार्च २००४; गैरकानूनी, संक्षिप्त अथवा स्वेच्छाचारी प्राणदण्ड संबन्धी विशेष प्रतिनिधिले दिएको प्रतिवेदन, E/CN.4/2003/3, १३ जनवरी २००३।

²⁸ धारा २६ अनुसार: ‘सबै व्यक्तिहरू कानूनको अडागि समान हुन्छन् र विना कुनै भेदभाव कानूनको समान संरक्षणको हकदार हुन्छन्। यस संबन्धमा, कानूनले जाति, रंग, लिंग, भाषा, धर्म, राजनीति वा अन्य विचार, राष्ट्र अथवा सामाजिक अत्पत्ति, संपत्ति, जन्म वा अन्य हैसियत जस्ता कुनै पनि आधार मा हुने भेदभावलाई निषेध गर्नाका साथै सबै व्यक्तिहरूलाई प्रभावकारी संरक्षण प्रदान गर्नु पर्दछ।’

²⁹ मानवअधिकार समिति, (अप्रिल ४, १९९४को दृष्टिकोण) उजुरी: *टुनन वि. अष्ट्रलिया*, CCPR/C/50/D/488/1992, अनु. ८.२ - ८.७। साथै, मानवअधिकार समिति, अगष्ट ६, २००३ को दृष्टिकोण पनि हेर्नुहोस, उजुरी: *याड वि. अष्ट्रलिया*, CCPR/C/78/D/941/2000, अनु. १०.४।

१५ सुरुमा लेटिन अमेरिकी र क्यारिबियन मुलुकहरु समाविष्ट भएर बनेको अन्तर-अमेरिकी मानवअधिकार प्रणालीले पनि मानवअधिकार सम्बन्धी अमेरिकन महासन्धि (ACHR) मा रहेको त्यस्तै खाले प्रवधानलाई ब्यख्या गर्ने संदर्भमा यी सिद्धान्तहरुलाई अनुमोदन गरेकोछ । त्यसैले, प्रवासी कामदारहरु सम्बन्धी अन्तर-अमेरिकी विशेष प्रतिनिधिले उल्लेख गरेका छन् कि:

... जाति, रंग, लिंग वा लैंगिकता वा यौनिक रोजाईको कारणले राज्यले भेदभाव गर्न पाउदैन ... यो सिद्धान्तलाई नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार संबन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अनुबन्धको धारा २६ र अमेरिकन माहासन्धिको धारा २४ मा पनि व्यवस्था गरिएको छ । संयुक्तराष्ट्रसंघीय मानवअधिकार समितिको अनुसार (टुनेन विरुद्ध अस्ट्रेलिया) यौनिक रोजाई (sexual preference) लिंग (sex) को अवधारणा भित्र नै समेटिने वर्गमा पर्दछ । यो सिद्धान्त अन्तर्राष्ट्रिय दस्तावेजहरुमा उल्लेखित सम्पूर्ण अधिकारहरु तथा राज्यद्वारा प्रदत्त सामाजिक सुविधाहरुको उपभोग र अभ्यास गर्ने सवालमा समेत लागु हन्छ ।³⁰

निष्कर्ष:

१६ अन्तर्राष्ट्रिय मानवअधिकार कानून समलिंगीहरुको अधिकारलाई मान्यता तथा संरक्षण दिनेगरी विकसित हुदै आएको छ । ICCPR को धारा २ (१) र २६ मा समाविष्ट गरिएको अभेदभावकारी र समानताको सिद्धान्तलाई यौनिक अभिमुखिकरणको आधारमा गरिने भेदभावलाई निषेधित गर्ने गरि बुझनु पर्दछ । यस्तो बुझाइ यौनिक अभिमुखिकरणको आधारमा गरिने भेदभाव लिंगभेदको एकरूप हो भन्ने सोचको आधारमा भएको हो र त्यस्तै गरी यौनिक अल्पसंख्यकहरु सधै थिचिएको समुहमा परेका र सिमांकृत हुनुपरेको तथ्यबाट उनीहरु अन्तर्राष्ट्रिय कानून अन्तर्गत संरक्षणको हकदार छन् भन्ने सोचबाट समेत भएको हो । यी अन्तर्राष्ट्रिय सिद्धान्तहरु अनुसार, धेरै मुलुकहरुले उनीहरुको संविधान तथा कानूनहरु मार्फत यौनिक अभिमुखिकरणको आधारमा गरिने भेदभावलाई निषेध गर्ने गरी कदमहरु चालेका छन् ।

³⁰ यस गोलार्ध अन्तर्गतका प्रवासी कामदारहरु तथा उनीहरुको परिवार संबन्धी विशेष प्रतिनिधिको दोश्रो प्रगति प्रतिवेदन EA/Ser.L/V/II.111, Doc.20 rev., १६ अप्रिल २००१, अनु. ९७ ।

संविधानको तुलनात्मक विश्लेषण र “तेस्रो लिंगी” हरुलाई संरक्षण दिने केही कानूनी प्रवधानहरु ।

१ अन्तर्राष्ट्रिय मानवअधिकार कानूनले भेदभावको विरुद्धमा दिएको व्यापक प्रत्याभूति अभयलिंगी व्यक्तिहरु, विपरित लिंगी पहिरन गर्नेहरु, दुइलिंगी व्यक्तिहरु अथवा ती समुह जसलाई सामान्यतया ‘तेस्रो लैंगिक समुह’ भित्र पर्ने भनेर बुझिन्छ समेत उपर लागु हुन्छ । के कुराले पुरुष तथा महिलाको परम्परागत अर्थ निर्माण गर्दछ भन्ने विश्वास, हाल हावीभइरहेको महिला र पुरुषको दुइपाटे रुपसंग मिल्न नसक्ने वा त्यसलाई नस्वीकार्ने व्यक्तिहरुलाई दमन गर्ने औजारको रुपमा प्रयोग हुदै आएको छ । व्यक्तिगत बोलीव्यवहार, लवाइको तरिका, महिलाहरुमा भएको आर्थिक अत्मनिर्भरपना तथा विपरितलिंगी जोडीको अभाव नै यस्ता चारित्रिक गुणहरु हुन जसले सोचेजस्तो लैंगिक भूमिकालाई र अपेक्षालाई निश्तेज पार्दछ, र यसरी लैंगिकताको आधारमा भेदभावपूर्ण प्रतिक्रियालाई निम्त्याउदछ । संयुक्तराष्ट्रसंघका अंगहरु भित्र अभय लिंगीहरु गम्भीरखालका दुव्यवहार र मानवअधिकार उल्लंघनको जोखिममा रहेका हुन्छन् भन्ने मान्यता विकास हुदै आएको छ ।³¹ यो पनि स्वीकारिएको छ कि यी व्यक्तिहरुलाई वर्तमान अन्तर्राष्ट्रिय कानूनले संरक्षण प्रदान गरेको छ र उनीहरुको अधिकारको संरक्षण प्रदान गर्ने कर्तव्य राज्यको हो ।³²

२ गुडवीन वि. संयुक्त अधिराज्य³³ को मुद्दामा “एक्काइसौं सताब्दीमा, समाजमा अरुले पूर्णरुपमा उपभोग गरिरहेको वैयक्तिक विकास र शारीरिक तथा मानसिक सुरक्षा सम्बन्धी अधिकारहरु अभयलिंगीहरुले पनि उपभोग गर्न पाउने संदर्भमा विवाद गर्न वा यस विषयमा अझ प्रष्ट हुन समय व्यतित गरिरहन जरुरी छैन” भन्दै “व्यक्तिहरुले भयंकर ठूलो व्यक्तिगत मुल्य चुकाएर रोजेको यौनिक पहिचान अनुसार स्वभिमान र मर्यादा पूर्वक बाँच्न पाउने” अधिकारलाई मानव

³¹ उदाहरणको लागि हेर्नुहोस, कोलम्बियामा मानवअधिकारको अवस्थाका सम्बन्धमा मानवअधिकार उच्चायुक्तको प्रतिवेदन, E/CN.4/2005/10/, फेब्रुअरी २८, २००५; महिलाहरुको मानवअधिकारको संयुक्तराष्ट्रसंघीय प्रणाली भित्र समाहिकरणका सम्बन्धमा महासचिवको प्रतिवेदन, E/CN.4/2005/68, जनवरी १०, २००५, अनु. १४ ।

³² उदाहरणको लागि हेर्नुहोस, (बालअधिकार सम्बन्धी समिति) निष्कर्षात्मक मुल्यांकन (Concluding Observations): उत्तरी आयरल्याण्ड तथा संयुक्त अधिराज्य बेलायत, CRC/C/15/Add.188 अक्टुबर ९, २००२; (यातना सम्बन्धी समिति) निष्कर्षात्मक मुल्यांकन, भेनेजुएला CAT/C/CR/29/2, डिसेम्बर २३, २००२; (यातना सम्बन्धी समिति) नोभेम्बर २८, २००३ को दृष्टिकोण, श्री ए.जे. भि. एम. विरुद्ध स्वीडेन, उजुरी नं. २१३/२००२; स्वीडेन, CAT/C/31/D/213/2002

³³ Appl. no. 28957/95 (16 January 2002).

अधिकार सम्बन्धी युरोपियन अदालत (the European Court of Human Rights) ले मान्यता प्रदान गरेको छ । अझ विशेषरूपले, *भान कुक वि. जर्मनी* को³⁴ मुद्दामा सोही न्यायालयले, “लैंगिक पहिचान र व्यैक्तिक विकास” भनेको अन्तर्राष्ट्रिय मानवअधिकार कानूनले संरक्षण गरेको “[व्यक्तिका] निजी जीवनलाई सम्मान दिने कुराको आधारभूत पक्ष हो” भनी मान्यता दिएको छ ।

३ यो बुझ्नु पर्दछ कि लैंगिक पहिचान सम्बन्धी प्राय न्यायिक व्याख्याहरू चाहिं लिंग परिवर्तनको शल्यकृया गरेका व्यक्तिहरू जसले परिवर्तित वा पछि प्राप्त लिंगको कानूनी मान्यता खोजेका थिए तिनै मुद्दाका सेरोफेरोमा विकास भएका छन् । परिणामस्वरूप, हालसम्मका नजिरहरू, संरक्षण खोजिरहेका पक्षले शल्यक्रियाद्वारा आफ्नो शरीरमा रूपान्तरणको प्रकृया अघि बढाएको छ, छैन भन्ने संदर्भमा राम्ररी केन्द्रित हुन सकेको छैन । यद्यपि, यी तथ्यहरूलाई हेरेर यस अदालतले, शल्यक्रिया गरेका तथा हर्मोनको उपचारमा संलग्न भएका व्यक्तिहरूको लागि मात्र संरक्षण प्रदान गर्ने र अभयलिंगीहरूको अधिकारलाई कटौति गर्ने गरी व्याख्या गर्न हुदैन । वास्तवमा, लैंगिक पहिचानको विषय जटिल छ जसलाई खास प्रकारको चिकित्सकीय प्रकृया पुरा गरियो वा गरिएन जस्ता एकल विषयमा सिमित गर्न मिल्दैन ।

४ अब यो स्वीकार गरिएको छ कि लैंगिक पहिचानको विषय भनेको व्यक्तिमा अन्तरनीहित शारीरिक तथा मनोवैज्ञानिक अपनत्वको अनुभूति पनि हो । यो कुरा यौनिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानसंग सम्बन्धित अन्तर्राष्ट्रिय मानवअधिकार कानूनको प्रयोग सम्बन्धी *योग्याकार्ता सिद्धान्त* मा प्रतिबिम्बित भएको छ ।³⁵ यस सिद्धान्तले लैंगिक पहिचानलाई “प्रत्येक व्यक्तिले महिरोगरी अनुभूति गरेको लैंगिकताको आन्तरिक र व्यैक्तिक अनुभव हो जसले जन्मदा प्राप्त गरेको लिंगलाई नै निश्चित गर्न वा नगर्न सक्छ, आफ्नो शरीरको बारेमा व्यक्तिगत अनुभूति (यसमा स्वतन्त्रतापूर्वक रोजिएको, शारीरिक रूप वा प्रणालीको चिकित्सकीय, शल्यक्रियात्मक वा

³⁴ Appl. no. 30968/97 (12 June 2003)

³⁵ २००६ मा, राम्ररी अभिलेखित गरिए अनुसारका दुर्व्यवहारका विविध पक्षहरूलाई समेट्ने गरी, अन्तर्राष्ट्रिय मानवअधिकारका ख्यातिप्राप्त विशेषज्ञहरूको समुह इण्डोनेसियामा जम्माभई लैंगिक पहिचान तथा यौनिक अभिमुखिकरण सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय सिद्धान्तहरूको खाका तयार पारे । परिणामस्वरूप योग्याकार्ता सिद्धान्तको जन्म भयो, जसले सम्पूर्ण राज्यहरू उपर वाध्यात्मक रहेका अन्तर्राष्ट्रिय कानूनी सिद्धान्तहरूलाई अझ जोड दिदै मानवअधिकारको विश्वव्यापि पथप्रदर्शकको रूपमा प्रतिनिधित्व गर्ने गर्दछ ।

अन्य तरिकाले रूपान्तरण) तथा लवाई, बोली वा बानीव्यहोरा लगायत लैंगिकताका अन्य अभिव्यक्तिहरु पर्दछन्” भनी व्याख्या गरेको छ।³⁶

५ यस परिभाषाले विश्वभरीका मानवअधिकार विशेषज्ञहरु बीच यो सहमति कायम हुदै गरेको कुरालाई औल्याउदछ कि लैंगिक पहिचानको आधारमा गरिने भेदभावबाट कानूनी संरक्षण पाउनको निम्ति शरीरको शल्यक्रियात्मक रूपान्तरण गर्ने पर्ने होइन। वास्तवमा, यस विषयलाई समग्रतामा हेर्नु पर्दछ। कानूनले यस विषयलाई संरक्षण प्रदान गर्न खोज्नुमा शारीरिक जतिकै मानसिक र आत्मगत स्वार्थ पनि छ। त्यसैले यो स्वीकर गरिएको छ कि लैंगिक पहिचान एकल तत्वमा मात्र भर पर्दैन; अथवा व्यक्तिको जननग्रन्थी, कोषीयतत्व वा जनेन्द्रीय अंग (चाहे जन्मदा होस वा अन्य समयमा भएको होस) जस्ता केही सिमित तत्वहरुमा मात्र पनि भर पर्दैन। वास्तवमा, न्यायालयले ‘उ हुर्कीएको लिंग र त्यसप्रति उसको प्रवृत्ति लगायत त्यो व्यक्तिको जीवनको अनुभव; पुरुष अथवा महिला के हुँ भन्ने बारे सो व्यक्तिको स्वअनुभूति; समाजमा त्यो व्यक्तिले महिला वा पुरुष कुन रूपमा अफूलाई प्रस्तुत गरेको छ ... र व्यक्तिको जैविक, मानसिक, तथा शारीरिक गुणहरु’³⁷ आदि पक्षहरु उपर ध्यान पुऱ्याउन सक्तछ। छोटकरीमा भन्नुपर्दा, भेदभावद्वारा पीडित व्यक्तिहरुको अधिकारलाई संरक्षण गर्न न्यायालयले कानूनको व्याख्या गर्दा सबैभन्दा फराकिलो किसिमले गर्नुपर्दछ।

६ यो हेक्का राख्नु पर्दछ कि लैंगिक पहिचानको आधारमा संरक्षण प्रदान गर्न राज्यहरुले व्यक्त वा अव्यक्त प्रकारले लगातार रूपमा घरेलु संवैधानिक तथा कानूनी प्रावधान र व्याख्याहरु स्थापित गरिरहेका छन्। यस क्षेत्रको लगातार विकासको संदर्भलाई हेर्दा यो प्रचलनले निरन्तरता पाईरहने छ। अभयलिंगीहरुको अधिकारको क्षेत्रमा विविध मुलुकहरुमा भएका उत्कृष्ट कानूनी विकासहरुको सूचि निम्नानुसार छन:

दक्षिण अफ्रिका

³⁶ हेर्नुहोस, यौनिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानका बारेमा अन्तर्राष्ट्रिय मानवअधिकार कानूनको प्रचलन सम्बन्धी योग्याकार्ता सिद्धान्त: <<http://yogyakartaprinciples.org>> मा उपलब्ध छ, डिसेम्बर ४, २००७ मा अन्तिम पटक प्रवेश गरिएको।

³⁷ Re: Kevin [2001] FamCA 1074 (Court of Appeal Australia)

७ नेसनल कोलिसन फर गो एण्ड लिजवियन इक्वालिटी वि. न्याय मन्त्री³⁸ को मुद्दामा दक्षिण अफ्रिकी संवैधानिक अदालतले “यौनिक अभिमुखिकरण” को आधारमा हुने भेदभावलाई संविधानले निषेध गरेको कुराले “...अभयलिंगीहरूलाई” समेत समेटेको छ, भनी व्याख्या दिएको छ।³⁹ यस व्याख्याले दक्षिण अफ्रिकी अभयलिंगीहरूको निम्ति भेदभाव तथा अन्य असंवैधानिक कार्यको विरुद्ध पूर्णरूपले संवैधानिक संरक्षण प्रदान गरेको छ।

ब्राजिल

८ ब्राजिलको सओ पाउलो राज्यले *Lei No. 10.948, de 5 de novembro de 2001* को मुद्दा मार्फत “*contra cidadão homossexual, bissexual ou transgênero*,” ‘समलिंगी, दुईलिंगी अथाव अभय लैंगिक नागरिकहरू’ प्रति हुने भेदभावलाई निषेध गरेको छ।

फिलिपिन

९ हालसालै, गणतान्त्रिक फिलिपिनमा “यौनिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचान को आधारमा हुने भेदभावलाई निषेध तथा सजाय सम्बन्धी ऐन” शीर्षक विधेयक नं. १७३८ लाई कांग्रेसले छलफल गऱ्यो, यो विधेयक कानून बनेमा शीर्षक जस्तै, यसले यौनिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानको आधारमा हुने भेदभावपूर्ण चालचलनहरू चाहे त्यो राज्यको अंगले गरेको होस वा व्यक्ति कसैले गरेको होस लाई गैरकानूनी बनाउने छ।⁴⁰ उदाहरणको लागि दफा ४ (क) ले भन्छ: “- कुनैपनि कानूनी अथवा प्राकृतिक व्यक्तिले: (क) कुनै पनि व्यक्तिलाई यौनिक अभिमुखिकरण र/वा लैंगिक पहिचानको आधारमा शैनिक सेवा लगायत कुनैपनि समाजिक सेवामा प्रवेश रोक लगाउनु...” गैरकानूनी हुनेछ।

³⁸ (9 Oct. 1998), 1999 (1) SA 6

³⁹ त्यसैको अनुच्छेद २१।

⁴⁰ हेर्नुहोस, (मानवअधिकार समिति) निष्कर्षात्मक मुल्यांकन: फिलिपिन, CCPR/CO/79/PHL, डिसेम्बर १, २००३।

सिंगापुर र जापान

१० महिला अधिकार-पत्र (संसोधित ऐन) १९९६ ले अभयलिंगी व्यक्तिहरुलाई विवाह गर्ने क्षमता, तथा त्यो हैसियतले प्राप्तगर्नुपर्ने अन्य सम्पूर्ण सहायक अधिकार तथा विशेषाधिकारहरु प्रदान गरेको छ।⁴¹ यस प्रावधानले अभयलिंगी व्यक्तिहरुलाई अन्य कुराहरुका साथै निजी जीवन र पारिवारिक जीवनको अधिकारलाई सुनिश्चित गर्दछ।⁴² जुलाई २००३ मा, जापानको संसदले एकमतका साथ “यौनिक पहिचानमा समस्या भएका व्यक्तिहरुको लैंगिकता सम्बन्धी सवाललाई व्यवस्था गर्ने कानूनलाई” पारित गर्‍यो। त्यो कानूनले अभयलिंगीहरुलाई उनीहरुको कानूनी लिंगलाई परिवर्तन गर्न सक्षम बनायो।⁴³ भरखरै ओकिनावा प्रशासकीय क्षेत्र (क्योदो) को नाहा पारिवारिक अदालतले एकजना अभयलिंगीले २००३ को ऐन अनुसार आफ्नो कानूनीरूपमा दर्ता भएको लिंगलाई महिलामा परिवर्तन गर्न दिएको निवेदनलाई स्वीकार गरेको छ।⁴⁴

न्युजिलैण्ड

११ अभयलिंगी (गैरभेदभाव तथा अन्य ऐनहरु संसोधान गर्ने) ऐन १९९६ - नं. २२ बनेपछि न्युजिलैण्डका अभयलिंगीहरुले उनीहरुका पासपोर्ट र जन्मदर्ता प्रमाणपत्र लगायतका सम्पूर्ण कागजातहरु परिवर्तन गर्न पाउने भएका छन्। न्युजिलैण्डका अभयलिंगीहरुले विवाह गर्न तथा धर्मपुत्र/पुत्री राख्न तथा हुर्काउन समेत पाउने भएका छन्। यसखाले कानूनी व्यवस्थाहरुले अभयलिंगीहरुलाई अन्य कुराहरुका अतिरिक्त उनीहरुको निजी तथा पारिवारिक जीवनलाई सुनिश्चितता प्रदान गरेको छ।

वेलायत

⁴¹ Debbie Ong, 'The Test of Sex for Marriage in Singapore,' (1998) 12 Int'l Journal of Law, Policy and Family, p. 161

⁴² हेर्नुहोस, ICCPR को धारा १७, *गुडविन वि युके र आइ वि. युके* को मुद्दामा मानवअधिकार सम्बन्धी युरोपियन अदालतको निर्णय, ३ जुलाई २००२ पनि हेर्नुहोस।

⁴³ हेर्नुहोस, 'लिंग परिवर्तनलाई मान्यता दिने ऐन' जापान टाइम (सुक्रवार, जुलाई ११, २००३): <http://search.japantimes.co.jp/cgi-bin/nn20030711b2.html> मा उपलब्ध छ।

⁴⁴ जुलाई २००५ को जापानी कानूनी समाचार बुलेटिन, law.anu.edu.au/anjel/documents/Jlawnews/2004monthlybulletin7.pdf मा उपलब्ध छ, पेज ५।

१२ लिंगभेद (लैंगिक पुनर्निर्धारण – Gender Reassignment) नियमावली १९९९ को निर्माण पश्चात, लैंगिकताको पुनर्निर्धारणको प्रकृत्यामा जान इच्छुक, प्रकृत्यामा गइरहेका वा विगतमा गरिसकेका कामदारहरूलाई भेदभाव गर्नु गैरकानूनी भएको छ। यस नियमावलीले लिंगभेद ऐन १९७५ लाई संसोधन गरेको छ जसले यी आधारहरूमा गरिने भेदभावलाई गैरकानूनी लिंग भेद हुने बनाएको छ। लिंगभेद ऐन⁴⁵ मा परिभाषित दुर्व्यवहार, लैंगिक पुनर्निर्धारणको आधारमा गरिने दुर्व्यवहार उपर पनि आकर्षित हुनेछ।

१३ यसका अलावा, २००४ मा वेलायतको संसदले लैंगिक मान्यता ऐन पास गर्‍यो जसले अभयलिंगीहरू (अथवा अभय लैंगिकहरू) लाई उनीहरूको कानूनी लैंगिकता परिवर्तन गर्न छुट दिएको छ। यस ऐनले अभयलिंगीहरूलाई कानूनी मान्यता प्रदान गरेकोछ र उनीहरूलाई नयाँ जन्मदर्ता प्रमाणपत्र प्राप्त गर्न तथा विवाह गर्न छुट दिएको छ, साथै सबै उद्देश्यहरूको लागि पूर्ण कानूनी मान्यता प्रदान गरेको छ।

अन्य मुलुकहरू :

१४ लैंगिक पुनर्निर्धारणको शल्यकृया सम्पन्न गरेका व्यक्तिहरूलाई उनीहरूको “नयाँ” लैंगिकता देखाउने गरी व्यक्तिगत कागजात प्राप्त गर्न छुटदिने अन्य मुलुकहरू निम्न पर्दछन्: चीन (२००३), जर्मनी (१९८१),⁴⁶ इटली (१९८२), जापान (२००४), नेदरलैण्ड (१९८५), न्यु जिलैण्ड (१९९५), पानामा (१९७५), रोमानिया (१९९६), दक्षिण अफ्रिका (२००३), स्पेन (२००६), स्वीडेन (१९७२), टर्की (१९८८), वेलायत (२००४) र क्यानडा,⁴⁷ संयुक्त राज्य अमेरिका र अष्ट्रेलियाका⁴⁸ धेरै राज्यहरूमा।

⁴⁵ अक्टोबर १, २००५ मा संसोधन गरिए अनुसार।

⁴⁶ जर्मन कानूनले पहिलो नाम तथा कानूनी लिंगलाई परिवर्तन गर्न दिन्छ। यसलाई “Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen” (विशेष अवस्थामा नाम परिवर्तन तथा लैंगिक पहिचान को निर्धारण सम्बन्धी कानून) भनिन्छ।

⁴⁷ उदाहरणको लागि: ब्रिटिस कोलम्बियाको संसोधित ब्रिटिस कोलम्बिया कानून १९७४ को भाग ६६ दफा २१ (ए) अनुसार अविवाहित अभयलिंगीले अभयलिंगीय शल्यकृत्याद्वारा चाहेको परिणामसंग मेलखाने हिसाबले जन्मदर्तामा लिंग निर्धारण परिवर्तन गर्न पाउनको लागि जन्ममृत्यु तथ्याङ्कका निर्देशक समक्ष निवेदन दिन पाउने छन्। [R.S.B.C., 1974, s21a, ss1]

⁴⁸ हेर्नुहोस, गैर-भेदभाव (लैंगिक पहिचान) सम्बन्धी कानूनको बारेमा अन्तर्राष्ट्रिय लेजिस्लेशन तथा गे संघ (ILGA) विश्व कानूनी अध्ययन; रबर्ट वीन्टेमुटद्वारा लिखित (सेप्टेम्बर २०, २००२ मा अन्तिम पटक अध्यावधि गरिएको) ‘लैंगिक पहिचानको आधारमा प्रत्यक्ष वा अप्रत्यक्षरूपमा गरिने भेदभावहरूलाई निषेध गर्ने युरोपियन सन्धिहरू तथा कानून र संकलित राष्ट्रिय कानूनहरू’ http://www.ilga.info/Information/Legal_survey/Legislation%20Prohibiting%20Discrimination%20Based%20On%20Gender%20Identity.htm मा उपलब्ध छ।

संयुक्त राज्य अमेरिका

१५ अभयलिंगी व्यक्तिहरू 'प्राप्त गरेका लैंगिकता' लाई मान्यता दिने कानूनका अतिरिक्त भेदभावपूर्ण व्यवहारका विरुद्धमा संयुक्त राज्य अमेरिकाका भेदभाव विरोधी कानूनद्वारा उपचार प्राप्त गर्न समेत सफल भएका छन् । *स्मीथ वि. सलेम सहर* को मुद्दामा,⁴⁹ एकजना पुरुषबाट-महिला अभयलिंगी (male to female transsexual) लाई अग्नी विभागको लेफ्टेन पदमा सातवर्ष सम्म वेरोकटोक राखियो । जब चिकित्सकले स्मीथ चाहि लैंगिक पहिचानमा समस्या रहेको ("GID") पत्ता लगायो तब स्मीथले दुव्यवहारहरू र त्यसको सिकायत गरेवापत वदलाहरू भेल्न थाल्नु पर्‍यो । उनले नागरिक अधिकार ऐन १९६४⁵⁰ को शीर्षक ७ ले प्रदान गरेको समान संरक्षण अन्तर्गत लिंगभेद र वदलापूर्ण कार्य भएको, र अमेरिकी संविधान (42 U.S.C. § 1983) अनुसारको उचित प्रकृया (due process) विपरित भएको, र राज्यस्तरको कानूनले नीजिपनमा अतिक्रमण गरेको तथा नागरिक षडयन्त्र गरेको भनी दावीपत्र दिइन् । राज्यको पुनरावेदन अदालत (6th Circuit) ले निर्णय दिदै भन्यो "यो बुझ्नु पर्दछ कि पुरुषहरूलाई उनीहरूले ओडेको वस्त्र तथा मेकअप, वा अन्य स्त्रीत्व भल्कने कार्यहरूको आधारमा भेदभाव गर्ने रोजगारदाताहरूले लिंगभेद समेत गरिरहेका हुन्छन्, किनभने पीडितको लिंग (sex) को कारणले गर्दा नै भेदभाव भएको हुन्छ ।"⁵¹ अभयलिंगी सम्बन्धी न्यायिक निर्णयहरूलाई अझ व्यापक तवरले भकभककाउने गरी त्यस्तै खाले अन्य फैसलाहरू दिनेक्रम उत्तर अमेरिका भरी जारीछ ।

अष्ट्रेलिया

१६ अष्ट्रेलियामा न्यायालयहरूले अभयलिंगीहरूलाई राहत दिन वा वास्तविक मान्यता प्रदान गर्न कानूनी अधिकारको प्रयोग गरे । यो कुरा *रि आलेक्स: लैंगिक पहिचान सम्बन्धी बेचैनीमा हर्मोनको उपचार*⁵² को मुद्दाबाट देखियो, जुन कि अभयलिंगी युवाहरूको अधिकार का सम्बन्धमा अष्ट्रेलिया र संसार भरीनै नजिर स्थापना गर्ने ऐतिहासिक मुद्दा बन्यो । यसमा एकजना १३ वर्षका "अलेक्स" (वास्तविक नाम नखोलिएको) भनेर चिनाइएका व्यक्तिको सम्बन्धमा निवेदन

⁴⁹ 378 F.3d 566, 568 (6th Cir. 2004)

⁵⁰ 'शीर्षक ५' ले जाति, रंग, धर्म, लिंग र राष्ट्रिय उत्पत्तिको आधारमा रोजगारीमा हुने भेदभावलाई निषेध गर्दछ ।

⁵¹ हेर्नुस, पेज ५७४ ।

⁵² [2004] Fam. CA 297 (13 April 2004)

परेको थियो । मुख्य विषय भनेको आलेक्सको लिंग परिवर्तनको प्रकृया सुरुगर्नु अघि हर्मोनल थेरापी अपनाउन चिकित्सकीय उपचारको निम्ति अदालतले अनुमति दिन पर्छ वा पर्दैन भन्ने थियो । जन्मको समयमा र मुद्दाका वखत कानूनको आँखामा आलेक्स एकजना केटी थिइन । आलेक्स लाई लैंगिक पहिचान सम्बन्धी बेचैनी भएको पत्ता लाग्यो, मतलव पुरुषको रूपमा बदलिएर देखापर्ने लामो समय देखिको इच्छा उभित्र रहेको पाइयो ।

प्रधान न्यायाधीस निकोल्सोन ले आदेश जारी गरे :

- आलेक्सलाई जन्मदर्ता प्रमाणपत्रमा नाम र लैंगिकता परिवर्तन गरी लेख्न दिनु ।
- आलेक्सलाई उ १८ वर्ष पुगेसम्म हर्मोन उपचार अपनाउन दिनु । १८ वर्ष पुगेपछि अलेक्स यो अदालतको अनुमति विना यो निर्णय गर्न कानूनत स्वतन्त्र छन् ।
- आलेक्सलाई विद्यालयमा केटाको नाममा भर्ना अनुमति दिनु ।

१७ रि केभिन - अभयलिंगीको विवाहको वैधता⁵³ को मुद्दामा पनि अष्ट्रेलियाको पारिवारिक अदालतले अभयलिंगीहरुको विवाहको अधिकारका सम्बन्धमा महत्वपूर्ण फैसला दिएको छ । केभिन, शल्यक्रिया भैसकेका महिलाबाट पुरुष अभयलिंगीले जेनिफर नामक एकजना महिलासंग विवाह गरे । केभिनले हर्मोनको उपचार गरे र लिंग पुनर्निर्धारण गर्ने शल्यक्रिया गरे । उसको लिंग उल्लेख भएका जन्मदर्ता प्रमाणपत्र तथा अन्य कनुनी कागजातहरुमा परिवर्तन गरियो । अदालतको अगाडि देखापरेको प्रश्न भनेको अष्ट्रेलियाको पारिवारिक कानूनको प्रयोजनको लागि केभिन केटा हो कि होइन भन्ने थियो । न्यायाधीश रिचार्ड चिसोम (यस मुद्दाका न्यायाधीश) ले अभयलिंगीहरुद्वारा गरिएको लिंग पुनर्निर्धारणलाई विवाहको प्रयोजनार्थ मान्यता दिन सकिन्छ भनेर फैसला दिए ।

निष्कर्ष :

१८ माथिका तथ्यहरुबाट यो देखिन्छ कि अन्तर्राष्ट्रिय कानूनले मानवअधिकारलाई समलिंगी यौन आकर्षण भएका व्यक्तिहरुसम्म मात्र नभइ अभयलिंगी र लिंग नछुटिएका व्यक्तिहरु सम्म समेत फैलाएको छ । स्पष्टैछ, लैंगिक पहिचानले मानव गरिमा, स्वयत्तता र समानतालाई अंगालेको

⁵³ [2001] Fam CA 1074

हुन्छ जुन मानव अधिकारको वास्तविक आधारहरु हुन् । त्यसैले, दक्षिण अफ्रिका जस्ता मुलुकहरुले उनीहरुको घरेलु संविधानले अभयलिंगीहरु प्रति हने भेदभावका विरुद्धमा समेत आधारभूत संरक्षण प्रदान गरेको छ । जापान र ब्राजिल जस्ता अन्य मुलुकहरुले ऐन कानून मार्फत अभयलिंगीहरुलाई उनीहरुले प्राप्त गरेका लैंगिकता प्रति सम्मान पुर्वक वाँच्न पाउने र विवाह तथा अन्य गतिविधिहरुद्वारा व्यैक्तिक तथा पारिवारिक जीवनको अधिकारलाई कानूनी मान्यता दिलाउने व्यवस्था गरेका छन् । अझ अगाडि भन्नुपर्दा, वेलायत (फिलिपिनले गर्नेवाला) जस्ता मुलुकहरुले अभयलिंगीहरु प्रति रोजगारीमा र अन्य सार्वजनिक तथा व्यक्तिगत क्षेत्रहरुमा हुने भेदभावलाई रोक्न कानून नै निर्माण गरेका छन् । यी विकासक्रमहरु अभयलिंगी व्यक्तिहरुको अधिकार र स्वतन्त्रतालाई आदर र संरक्षण गर्ने कर्तव्य राज्यको हो भन्ने मान्यता अन्तर्राष्ट्रिय जगतमा व्यापक हुदै गएको कुराको नमुनाहरु हुन् ।

के कसैको यौनिक अभिमुखिकरणको श्रोतले समलिंगी अथवा अभयलिंगी व्यक्तिहरुको मानवअधिकार प्रति कुनै महत्व राख्छ ?

१ जननविज्ञान तथा चिकित्सकीय विज्ञानको वर्तमान अध्ययनले यौनिक अभिमुखिकरण भनेको जैविक रुपमा निर्धारित भएकोले अवरिवर्तनीय गुण हो भन्ने तर्कलाई अझ मजबुत बनाएको छ ।⁵⁴ यद्यपि, यस क्षेत्रमा भएको वैज्ञानिक जानकारी चाहिं अझै सर्वस्वीकार्य हुन सकिरहेको छैन, र प्रायस भयंकर असहमतिहरु देखापर्ने गर्दछ । वास्तवमा, समलिंगीहरु समान अधिकार र कानूनको संरक्षणको हकदार छन् भनी सफलता पूर्वक मागदावी गर्नलाई समलिंगी अभिमुखिकरणको अपरिवर्तनीयपना बारे प्रमाण दिइरहन जरुरी नै छैन ।⁵⁵ ICJ को यो दृष्टिकोण रहेको छ कि यौनिक अभिमुखिकरणसंग विकल्प छ भन्ने दावीलाई ठिक वेठिक छुट्याउने वा यो कुरा जैविक तथ्यमा नै मात्र भरपरेको हुन्छ भन्नु नै समाधान होइन । सुरुआत जसरी भएपनि, समलिंगीपनामा, समलिंगीहरुको जीवित भोगाई, र ऐतिहासिक रुपमा लगातार तथा दिनका दिन उनीहरुले भोगेका अन्यायहरुका बीचबाट समाजिक, राजनीतिक तथा कानूनी अर्थ खोज्न जरुरी छ । त्यसैले, यो शंका छैन कि यौनिक अभिमुखिकरण (र भेदभाव) मानवअधिकार भित्र समेटिन्छ र राष्ट्रिय तथा अन्तर्राष्ट्रिय कानून दुवैबाट संरक्षणको लागि योग्य छ ।

२ मानवअधिकार कानूनले व्यक्तिहरुलाई स्वभाविक र जैविक (जस्तो कि राष्ट्रियता तथा जाति) गुणहरुको आधारमा उनीहरुको संरक्षण गर्दछ तर यसका अतिरिक्त, व्यक्तिले स्वेच्छामा केही वा पुरै नियन्त्रण गर्न सकिने गुणहरु (जस्तो राजनीतिक दृष्टिकोण तथा धार्मिक विश्वास) मा पनि संरक्षण गर्दछ ।⁵⁶ त्यसैले, यौनिक अभिमुखिकरण स्वभाविक होस वा नहोस, यसले यौनिक अल्पसंख्यकहरु समान नागरिकता, समान अधिकार तथा कानूनको समान संरक्षणको निमित्त

⁵⁴ विगतमा गरिएका केही महत्वपूर्ण अध्ययनहरुमा यी कुराहरु पर्दछन् M J. Michael Bailey and Richard C. Pillard, 'A Genetic Study of Male Sexual Orientation,' 48 Archives of Gen. Psychiatry (1991) 1089; Dean H. Hamer, Stella Hu, Victoria L. Magnuson, Nan Hu and Angela M.L. Pattatucci, 'A Linkage Between DNA Markers on the X Chromosome and Male Sexual Orientation,' 21 Science (1993) 321; Simon LeVay, 'A Difference in Hypothalamic Structure Between Heterosexual and Homosexual Men,' 243 Science (1991) 1034

⁵⁵ Janet E. Halley, 'Sexual Orientation and the Politics of Biology: A Critique of the Argument from Immutability' (1994) 46 Stanford Law Review 503

⁵⁶ ICCPR को धारा २(१)

हकदार छन् भन्ने दावीमाथिको बललाई कमजोर बनाउन सक्दैन । वस्तवमा, मानवअधिकार कानूनले संरक्षण प्रदान गरेका सबै समुहहरू (उदाहरणको लागि महिला,⁵⁷ आदिवासी जनसमुदाय⁵⁸ र बालबालिका⁵⁹) को समान विशेषता भनेको ती समुहमा संलग्न व्यक्तिहरू वा समुहहरू पुर्वाग्रह, र प्रायस त्रास वा वेवास्ताबाट ऐतिहासिक रूपले सताइएका वा कलंकित गरिका हुन्छन् । “यो विशेषता यौनिक अभिमुखिकरणमा वा ती व्यक्तिहरू जो बहुसंख्यकको निमित्त स्वीकार्य यौनिक मान्यता भन्दा फरकपानमा लागेका हुन्छन्, सम्म पनि आकर्षित हुने गर्दछ ।”⁶⁰

- ३ यौनिक अल्पसंख्यकहरू भनी चिनिएकाहरूलाई भेदभाव गर्न संस्कार, राजनीति र वास्तवमा कानून समेत प्रयोग भयो भन्ने सम्बन्धमा न्यायालयहरू सचेत हुन थालेका छन् । *श्रिएण्ड वि. अल्वर्टा* को⁶¹ मुद्दामा क्यानडाको सर्वोच्च अदालतले निम्न कुराहरू उल्लेख गरेको छ:

“यस अवस्थाले गराउने मनोवैज्ञानिक हानी नै सायद यहाँ सबैभन्दा महत्वपूर्ण हुन सक्छ । भेदभावको डरले गर्दा आफ्नो वास्तविक पहिचानलाई लुकाउनु पर्ने कुरा व्यक्तिको आत्मविश्वास र आत्मसम्मानको निमित्त हानीकारक हन्छ भन्नु तर्कसंगत छ । पुरुषसमलिंगी र महिलासमलिंगीहरूलाई अन्य व्यक्तिहरूलाई सरह संरक्षण नदिइ एकल्याउने कार्य नै परिणामलाई अरु खरब बनाउने कुराको अप्रत्यक्ष संदेश हो । यो नै विभेद को प्रष्ट उदाहरण हो जसले व्यक्तिलाई होच्याउदछ र समाज ...मा पुरुषसमलिंगी र महिलासमलिंगीहरू एक व्यक्तिको रूपमा संरक्षण प्राप्त गर्न अरु सरह योग्य छैनन् भन्ने दृष्टिकोणलाई बल पुऱ्याउनुको साथै निरन्तरता दिने गर्दछ । पुरुषसमलिंगी र महिलासमलिंगीहरूले अनुभूति गर्ने स्वभिमान र मुल्य माथिको सम्भाव्य अतिक्रमणले भेदभावको अति क्रुर पक्षलाई स्थापित गर्दछ ।”

⁵⁷ हेर्नुहोस, महिलाहरू विरुद्ध हुने सबै प्रकारका भेदभावहरूको उन्मुलन सम्बन्धी महासन्धी (१९७९) ।

⁵⁸ हेर्नुहोस, आदिवासी जनसमुदायहरूका अधिकारको बारेमा संयुक्तराष्ट्रसंघीय घोषण (२००७) ।

⁵⁹ हेर्नुहोस, बालअधिकार सम्बन्धी संयुक्तराष्ट्रसंघीय महासन्धि (१९८९) ।

⁶⁰ हेर्नुहोस, James Hathaway, *The Law of Refugee Status* (Butterworths, 1991), 164.

४ नेसनल कोलिसन फर गे एण्ड लिजवियन इक्वालिटी वि. न्याय मन्त्री को मुद्दामा दक्षिण अफ्रिकी संवैधानिक अदालतले, यौनिक अभिमुखीकरण भनेको व्यक्तिको (राजनीतिक वा मनोवैज्ञानिक) प्रवृत्ति वा यौनिक आकर्षण... मा घुलमिल हुने कुरा हो⁶² भनि परिभाषित गरेको छ । त्यसैले उक्त अदालतले यौनिक अभिमुखीकरण भनेको अन्तर्निहित (inherent) हो वा विरोधमा भनिए जस्तै पूर्णरूपले स्वेच्छिक (voluntary) प्रवृत्ति हो भन्ने विषयमा फरक छुट्याएन । बरु व्यक्तिको अन्तर्निहित गरिमा जुन मानवजातिको प्रमुख विशेषता हो लाई संरक्षण गर्नमा कानूनको भूमिका कस्तो हुनुपर्दछ भन्ने कुरामा अदालतले आफ्ने तर्कलाई आधारित बनाएको छ । अदालतले यो बतायो कि 'पुरुषसमलिंगी र महिलासमलिंगीहरु प्रति भएको भेदभावको परिणामस्वरूप उनीहरु भन्ने अप्ठ्यारो अवस्थामा पुग्दछन् र जहिल्यै राजनीतिक अल्पसंख्यक समुहमा रहनु पर्ने वास्तविकताले उनीहरुलाई अझ जोखिममा पुऱ्याउदछ किनकि राजनीतिक शक्ति प्रयोग गरी आफू अनुकूल हुने कानूनहरु निर्माण गर्न उनीहरु कहिल्यै सक्षम हुने छैनन् ।'⁶³ अदालतले यो कुरालाई पनि ईंगित गरेको छ कि समलिंगीहरु समेत वास्तवमै संविधान र उनीहरुलाई संरक्षण गर्ने कानूनहरुमा मात्रै भर परेका हुन्छन् ।

५ रे जीजे⁶⁴ को मुद्दामा, न्यु जिलैण्डको सरणार्थी हैसियत पुनरावेदन अधिकारी समक्ष सरणार्थीका लागि निवेदन दिनेहरुका सम्बन्धमा समलिंगीहरुको समस्याको प्रकृतिको बारेमा कुरा उठेको थियो । यातनाको डर हुने हुनाले समलिंगीहरु अन्तर्राष्ट्रिय कानून अन्तर्गत संरक्षणको लागि योग्य छन् भनी निर्णय दिदै सो न्यायाधीकरणले यो उल्लेख गर्‍यो कि:

अन्ततः यौन अभिमुखीकरण अपरिवर्तनीय कुरा हो वा होइन भनी प्रश्न गरी रहनुपर्ने विषय रहेन, वास्तवमा ... यो निर्विवाद देखिन्छ कि यौन अभिमुखीकरण भनेको कुनै व्यक्तिको चिनारीको निम्ति आधारभूत कुरा हो । यो यस्तो चारित्रिक गुण हो जो अपरिवर्तनीय होस वा नहोस, त्यसलाई परिवर्तन गरिरहन जरुरी छैन ।

⁶¹ [1998] 1 S.C.R. 493, per Cory J. at para 102.

⁶² हेर्नुहोस, अनुच्छेद २० ।

⁶³ हेर्नुहोस, अनुच्छेद २५ ।

⁶⁴ सरणार्थी उजुरी नं. १३१२/९३ (अगष्ट ३०, १९९५) ।

यसमा, न्यायाधिकरणले व्यक्तिमा भएको यौनिक अभिमुखिकरण को आधारभूत चरित्र, र यो अभिरुचीलाई बचाउदै मानव गरिमा र शारीरिक सम्पूर्णतालाई जोगाउने कुराको महत्वलाई पहिचान गर्‍यो ।

६ त्यसैगरी, जर्मनीको प्रशासकीय अदालत (वेसवाडेन)⁶⁵ ले Apr. 26, 1983, No.IV/I E 06244/81 को फैसलामा, इरानी नागरिकद्वारा समलिंगी भएको आधारमा यातना वा मृत्युदण्ड समेत पाउन सक्ने डर भएकोले शरणार्थीको लागि गरिएको मागदावीलाई पनरावलोकन गर्‍यो । निवेदक समलिंगी गतिविधिसंग टाढा रहेर बाहिर देखा नपरी इरान मै बस्न सक्नेछ भन्ने तर्कलाई अदालतले अस्वीकार गर्‍यो । यो भनियो कि समलिंगीपनाको बारेमा यद्यपि विवादास्पद सिद्धान्तहरू रहेका छन् तर पनि 'समलिंगीपना भनेको खाली इच्छाको भरमा जतापनि बंग्याउदै मनलागि गर्न सकिने विषय भने होइन' भन्ने कुरामा चाहिं आम सहमति रहेको छ । अदालतले यो विश्वास गर्‍यो कि समलिंगी शरणार्थी निवेदकले बाहिर नआई सजगता साथ छलिएर यातनाबाट जोगिन सक्तछ भन्ने कुरा कसैलाई आफ्नो धार्मिक आस्थालाई त्याग र लुकाउ, अथवा छालाको रंग बदल्ने कोशिस गर भनेर सल्लाह दिनु जस्तै हो ।⁶⁶

७ अन्तर्राष्ट्रिय मानवअधिकार कानूनको सम्बन्धमा अन्तर-अमेरिकी अदालतले विशाल नजिरहरू विकास गरेको छ । भेदभावको बारेमा छलफल गर्नेक्रममा, अन्तर्राष्ट्रिय कानूनले ती जनसमुदायलाई संरक्षण प्रदान गर्नु पर्दछ:

'जो विविध कारणहरूले गर्दा अफ्यारामा परेका हुन्छन्, जैविकताबाट मात्र नभइ आजसम्म स्वीकारिदै आइएका, नदवाइएका र नष्ट नपारिएका संस्कारगत वातावरण जस्ता कुराहरूबाट समेत सृजित अवस्थाहरूले गर्दा खतरा र अवरोधहरूबाट लखेटिएका हुन्छन् र स्वभावतः चिनारीलाई रोक्ने कुराको चपेटामा परेका हुन्छन् ... ।'⁶⁷

यी अवलोकनहरूले यो सोचलाई जोड दिन्छ कि मानवअधिकारको संरक्षण पीडितको जैविक गुणहरूको आधारमा सृजना हुने दुर्व्यवहारहरूको निमित्त मात्र होइन, वरु धार्मिक, राजनीतिक,

⁶⁵ वेसवाडेनको प्रशासकीय अदालत (Verwaltungsgericht Weisbaden) .

⁶⁶ Maryellen Fullerton in "Persecution due to Membership in a Particular Social Group: Jurisprudence in the Federal Republic of Germany" (1990) 4 Geo. Immigra. L.J. 381, 408.

साँस्कृतिक, सामाजिक वा अन्य कुनैपनि आग्रह वा पुर्वाग्रहबाट सृजित अन्यायलाई संबोधन गर्न समेतको निमित्त निर्माण गरको हुन्छ ।

निष्कर्ष:

८ त्यसैले यो स्वीकारिएको छ कि, समलिंगीहरूको कानूनी संरक्षणको विषय जैविक तथ्यमा भरपरेको हुदैन । बरु 'यौनिक अभिमुखिकरण भनेको निजीपना, स्वयत्तता र प्रतिष्ठा जस्ता मानवीय अभिरुचीलाई प्रतिनिधित्व गर्ने तथ्यमा आधारित हुन्छ' भन्ने कुरामा भरपरेको हुन्छ । वास्तवमा, विश्वव्यापी घोषणपत्रले के स्मरण गराउदछ, भने "सबै मानवजातिहरू स्वतन्त्र र समान प्रतिष्ठा र अधिकारका साथ जन्मन्छन् ।" त्यसैले यौनिक अभिमुखिकरण (अनि अभिमुखिकरणको कारणहरू) जे भएपनि मानवजाति समानता र कानूनको पूर्ण संरक्षणको हकदार हुन्छन् ।

⁶⁷ (Inter-American Court of Human Rights) *Miguel Castro-Castro Prison v. Peru*, Judgement of November 25, 2006, Series C No. 160. (Concurring Opinion of Judge Sergi García).

यौनिक अभिमुखिकरण र मानवअधिकारको विषयमा सार्वजनिक वहस र न्यायालयको भूमिका:

१ धेरै मुलुकहरुमा यौनिक अभिमुखिकरणको सवाल भयङ्कर सार्वजनिक चासोको विषय हुने गरेको छ । खासगरी त्यतिबेला हुने गर्दछ जब यौनिक अभिमुखिकरण तथा लैंगिक पहिचानको आधारमा कानूनी अधिकार दिने गरी कानूनहरु परिवर्तन हुने अवस्थामा पुग्दछन् । यो अवश्यम्भावी छ कि लैंगिक अल्पसंख्यकहरुका निम्ति समान अधिकार सुनिश्चित गर्ने पहलकदमीसंग सहमति नहुने क्षेत्रहरुपनि समाज भित्रै हुनेछन् । जसरी एकजना टिप्पणीकारले भनेका छन् :

पुरुषसमलिंगीहरुको अधिकारको सवाल कति विभाजनकारी (विवादास्पद) छ, र यस सवालको सम्बन्धमा भावनात्मक सिलसिलाको अर्कोपाटोमा रहेका जनसमुदायले कति गहिरो अनुभूति गरेका हुन्छन् भन्नेकुरालाई विचार गर्दा, न्यायालयहरुको निर्णयलाई समाजका विविध पक्षहरुबाट फरक-फरक किसिमको प्रतिक्रियाद्वारा स्वागत गरिने छ, र फरक-फरक प्रकारले बुझिने, चित्रण गरिने र प्रयोगमा ल्याइनेछ भनी बुझ्न सकिन्छ।⁶⁸

वास्तवमा, समलिंगी तथा अभयलिंगी व्यक्तिहरुको समानअधिकारलाई पुष्टि गर्नेखालका अदालती निर्णयहरु पश्चात भयङ्कर विवाद हुने गरेको छ र त्यसमा राजनीतिक रंग लगाउने गरिएको छ ।

२ यौनिक अभिमुखिकरण अधिकारको सवालमा दिइने अदालती आदेशपश्चात हुने सार्वजनिक वहस तथा असन्तुष्टिसंग अदालतले डराउन जरुरी छैन । वास्तवमा, त्यसखाले सार्वजनिक वहसहरु यौनिक अल्पसंख्यकहरुको विरुद्धमा भएका प्रवृत्ति र पुर्वाग्रहरुलाई परिवर्तन गर्ने प्रकृयाको अभिन्न भागहरु हुन् । समाजिक परिवर्तनको लागि कानूनी मान्यताहरु र न्यायालयहरुको भूमिका ज्यादै शक्तिशाली हुन्छ भन्ने कुरालाई विज्ञहरुले धेरै अघि देखि बुझेका छन् । धेरै मुलुकमा यौनिक अल्पसंख्यकहरुको समानता र गरिमाको लागि भएको संघर्षको दौरानमा, न्यायालयहरु कानून र समाजको परिवर्तनका लागि अग्रपंक्तिमा रहदै आएका छन् ।

उदाहरणको लागि, अध्ययनहरूले यो देखाएको छ कि दक्षिण अफ्रिकी संवैधानिक अदालतले गुदमैथुन सम्बन्धी कानून (sodomy laws) लाई अवैधानिक ठहर्‍याए पश्चात त्यहाँ यौनिक अल्पसंख्यकहरू प्रति उल्लेख्यरूपमा सकारात्मक “प्रवृत्तिजन्य र आचारणीय परिवर्तन” आएको थियो।⁶⁹ यो कुरा अन्तर-व्यक्ति सम्बन्धमा, कानून लागु गराउने क्षेत्रमा, सरकार र आम नागरिकमा समेत देखा परेको थियो।⁷⁰ न्यायालय सामाजिक मान्यतालाई परिवर्तन गर्ने कारक बनेको समयमा पनि, यस प्रकृयाको निम्ति भने महत्वपूर्ण पाटो बनेको थियो।

३ यस विषयमा हुने विवादहरू खासगरी यौन अभिमुखिकरण अधिकारको वैधता सम्बन्धी प्रश्नको वरिपरी घुम्ने गरेको छ। धेरैले तर्क गरेका छन् कि यौनिक अभिमुखिकरण सवाल अधिकारको विषय अन्तर्गत नै पर्दैन। जबकि, यस संक्षेपीकरणमा उल्लेख गरिएजसरी नै, यौन अभिमुखिकरणले मानवअधिकारको सवाललाई प्रतिनिधित्व गर्दछ र कानूनको पूर्ण संरक्षणको हकदार हुन्छ। कतिपयले चाहिँ कुनै खास मुलुक विशेषको कानून र समाजिक अभ्यासमा अन्तर्राष्ट्रिय कानूनको प्रभाव नहुने हुनाले यसको वैधता प्रति नै विरोध जनाउने गर्दछन्। तरपनि, माथि उल्लेख गरिए अनुसार नै, नेपालले नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रि अनुबन्धलाई अनुमोदन गरिसकेको छ र त्यसकारणले अभेदभावकारी तथा समानता जस्ता अन्तर्राष्ट्रिय मानवअधिकारका सिद्धान्तहरूलाई घरेलु कानूनमा लागु गराउन बाध्य छ।

४ वास्तवमा, यौनिक अल्पसंख्यकहरूको अधिकार सम्बन्धी निर्णय दिने अदालतबाट होइन भन्ने कतिपयको तर्क रहेको छ। तरपनि, दक्षिण अफ्रिकाको संवैधानिक अदालतले भने जसरी नै, समलिंगीहरू: “भनेका राजनीतिक अल्पसंख्यकहरू हुन जो राजनैतिक अधिकार प्रयोग गरी आफै आफ्नो पक्षमा कानून बनाउन सक्षम हुदैनन्। त्यसैगरी उनीहरू आफ्नो संरक्षणको लागि नितान्त संविधान भित्रको मौलिक अधिकारको प्रावधानमा भरपरेका हुन्छन्।”⁷¹ परिणामस्वरूप, न्यायालयहरूले स्वतन्त्रता, समानता र अभेदभाव सम्बन्धी आधारभूत सिद्धान्तहरूको पक्षपोषण

⁶⁸ Jane S. Schacter, ‘Sexual Orientation, Social Change, and the Courts’ (2006) 54 Drake Law Review 861, 868

⁶⁹ Ryan Goodman, ‘Beyond the Enforcement Principle: Sodomy Law, Social Norms and Social Panoptics’ (2001) 89 California Law Review 643, 712

⁷⁰ त्यसैको पेज ७५।

⁷¹ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Ministry of Justice*, (1999) 1 SA 6, para. 25

गर्दै कानून र संविधानको अविभावकको भूमिका निर्वाह गर्न सक्नु पर्दछ । स्वतन्त्र न्यायपालिका र मानवअधिकार संरक्षणको प्रभावकारी प्रणालीका लागि यो नै प्रमाण चिन्ह हो ।

५. सार्बोच्च अदालतले दिने आदेश प्रति हुने विवादहरूले सामान्यतया विधायिकी गतिविधिमा तिब्रता ल्याउने गर्दछ, जसले यौनिक अल्पसंख्यकहरूको कानूनी संरक्षणलाई अझ बलियो बनाउने गरेकोछ । उदाहरणको लागि, संयुक्तराष्ट्र संघीय मानवअधिकार समितिले *टुनेन वि. अष्ट्रेलिया*⁷² को मुद्दामा निर्णय दिएको प्रतिक्रियास्वरूप अष्ट्रेलियाको सरकारले संघीयसंसदमा मानवअधिकार (यौनिक गतिविधि) विधेयक १९९४ प्रस्तुत गर्‍यो । उक्त समितिले तास्मानीयाको फौजदारी संहितामा भएको प्रावधान जसले वयस्क युवाहरूबीच सहमति र एकान्तमा भएको यौनिक गतिविधिलाई अपराध घोषित गर्दथ्यो ले नागरिक तथा राजनीतिक अधिकार सम्बन्धी अन्तर्राष्ट्रिय अनुबन्ध (ICCPR) अन्तर्गत अष्ट्रेलियालाई सृजना हुने दायित्वको उल्लंघन गरेकोछ भनी निर्णय दियो । यो उदाहरणले कानूनी र समाजिक परिवर्तनमा न्यायालयको ज्यादै अहम भूमिका हुन्छ भन्ने कुरालाई अझ उजागर पारेको छ ।

⁷² *Toonen v Australia* (1994) 1 PLPR 50