सर्वोच्च अदालत, संयुक्त इजलास

माननीय न्यायाधीश श्री विश्वम्भरप्रसाद श्रेष्ठ

माननीय न्यायाधीश डा. श्री आनन्दमोहन भट्टराई

<u>आदेश</u>

रिट नं.: ०७७-WO-०२३७

<u>विषयः उत्प्रेषण समेत।</u>

धनुषा जिल्ला जनकपुरधाम उपमहानगरपालिका वडा नं. १६ घर भई हाल ललितपुर जिल्ला महालक्ष्मी नगरपालिका वडा नं. ४ बस्ने विनय कुमार पंजियार....................१	निवेदक

<u>विरूद्ध</u>

नेपाल सरकार, चिकित्सा शिक्षा आयोग, सानोठिमी, भक्तपुर.................................१	
नेपाल सरकार, प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालय, सिंहदरबार, काठमाडौं.......१	प्रत्यर्थी
नेपाल सरकार, स्वास्थ्य तथा जनसंख्या मन्त्रालय, काठमाडौं................................१	

नेपालको संविधानको धारा ४६ तथा धारा १३३ को उपधारा (२) र (३) बमोजिम यस अदालतको असाधारण अधिकारक्षेत्र अन्तर्गत दायर हुन आएको प्रस्तुत रिट निवेदनको संक्षिप्त तथ्य र आदेश यसप्रकार रहेको छः-

<u>तथ्य खण्ड</u>

१. म रिट निवेदक मधेशी समुदायको चिकित्सा शिक्षामा स्नातक (एम.बी.बी.एस.) पास गरेको शिक्षित तथा सचेत नेपाली नागरिक हुँ। नेपालको संविधानको धारा १८ मा समानताको हक, धारा ३८ मा महिलाको हक, धारा ४२ मा सामाजिक न्यायको हकको प्रत्याभूत गरिएको छ। विपक्षी नं. १ नेपाल सरकार चिकित्सा शिक्षा आयोग सानोठिमी, भक्तपुरद्वारा मिति २०७७।०५।३१ मा प्रकाशित सूचनामा चिकित्सा शिक्षा स्नातकोत्तर तह (Post Graduate Level in Health Professional Education) का शैक्षिक कार्यक्रममा भर्नाका लागि लिइने एकीकृत प्रवेश परीक्षाको अनलाइन आवेदन फाराम भर्ने सम्बन्धी अत्यन्त जरुरी सूचनामा एकीकृत प्रवेश परीक्षाको लागि २०७७ साल असोज १ गते विहान १०:०० बजेदेखि २०७७

साल असोज १५ अपरान्ह ५:०० बजे सम्ममा आवेदन फर्म भर्ने म्याद तोकिएको र २०७७ साल असोज २७ गते, १८ गते र २९ गते परीक्षा मिति तोकिएको छ। सूचनाको पृष्ठ संख्या ५, ६ र ७ मा सिटको वर्गीकरण यसप्रकार गरिएको छ :

क) MD MS मा कूल २१ विषयको लागि कूल सिट संख्या ९८१ रहेको,

ख) MDS मा कूल ९ विषयको लागि कूल सिट संख्या ५४ रहेको,

ग) Master of Public Health (MPH) मा ४ विषयको लागि कूल सिट संख्या १७८ रहेको,

घ) MD Ayurveda (Kayachikitsa) मा १ विषयको लागि कूल सिट संख्या २ रहेको,

ङ) Master in Nursing /MSc Nursing/ Midwifery मा ६ विषयको लागि कूल सिट संख्या १७३ रहेको,

च) M. Pharmacy मा ४ विषयको लागि कूल सिट संख्या ७६ रहेको,

छ) MSc MLT मा एउटा विषयको लागि ६ सिट रहेको,

ज) MSc Clinical/Medical Microbiology/ Biochemistry मा २ विषयको लागि कूल सिट संख्या १४ रहेको,

झ) M Optometry मा १३ सिट रहेको र

ञ) M Phil in Clinical Psychology मा ३ वटा सिट रहेको छ।

२. उक्त सूचनाको बुँदा नं. ५ मा भर्नाको लागि विद्यार्थी छनौटका आधार अन्तर्गत (क) स्नातकोत्तर तहका कूल सिटमध्ये खुलातर्फ ५० प्रतिशत, सरकारीतर्फ ४० प्रतिशत र विदेशी विद्यार्थीका लागि १० प्रतिशत कोटा निर्धारण गरिएको छ। तर नेपालको संविधानले अङ्गिकार गरेको आर्थिक, सामाजिक वा शैक्षिक दृष्टिले पिछडिएका महिला, दलित, मधेशी, आदिवासी जनजाती, मुस्लिम, पिछडिएको क्षेत्र लगायतका समुदायको लागि आरक्षण कोटा निर्धारण गरिएको छैन। नेपालको संविधानद्वारा प्रत्याभूत गरिएको समानुपातिक समावेशी सिद्धान्तलाई विपक्षी नं. १ ले २०७७ साल भाद्र ३१ मा प्रकाशित गरेको सूचना नेपालको संविधानको धारा १८, धारा ३८ र धारा ४२ को बर्खिलाप रहेको छ। निजामती सेवा ऐन, २०४९ को दफा ७ को उपदफा ७ र त्रिभुवन विश्वविद्यालय शिक्षक, कर्मचारी सेवासम्बन्धी नियम, २०५० को परिच्छेद २ को नियम ६, ३, १ र त्रि.वि. को कानून संकायमा एल.एल.एम. मा महिला, आदिवासी जनजाती, मधेशी, दलित, अपांग, पिछडिएको क्षेत्र, मुस्लिम, थारु र अन्यको लागि आरक्षण कोटाको व्यवस्था गरी समावेशी सिद्धान्तलाई स्वीकार गरेको छ। सर्वोच्च अदालतबाट ने.का.प. २०७५ साल बैशाख महिना नि.नं. ९९४२ मा उच्च शिक्षामा सबैको पहुँचको सुनिश्चितताको निमित्त आर्थिक सहयोग (Financial support) मा मात्र समावेशीताको सुनिश्चितता नभई भर्ना नीतिमा नै समावेशीताको सुनिश्चितता गर्न आवश्यक छ। अन्यथा शिक्षा वा उच्च शिक्षा, प्राविधिक शिक्षा आर्थिक र सामाजिक रूपले सम्पन्न व्यक्ति वा वर्गमा मात्र

सीमित हुनसक्ने। भर्नामा विविधता (Diversity) को सम्बोधन हाम्रो जस्तो बहुपहिचान भएको समाज (Plural society) मा अपरिहार्य देखिन्छ। विशेष गरी जहाँ सामाजिक, आर्थिक र भौगोलिक कारणले केही वर्गहरू पछाडि रहेका छन् त्यसमा त यो अति जरूरी हुन्छ। तर विविधताको सुनिश्चितताको अर्थ योग्यता (Merit) सँग सम्झौता गर्ने नभई केही विशेष उपाय अवलम्बन गर्दै फरक समूहहरूबीच प्रतिष्पर्धा गराउँदै उनीहरूको क्षमता विकास गराउने हो। समानसँग असमानको प्रतिष्पर्धाभन्दा पनि असमानबीच असमानको प्रतिष्पर्धाको साथ विविधता सहितको समावेशीताको सुनिश्चितता आजको आवश्यकता हुने भन्ने सिद्धान्त प्रतिपादन गर्दै छात्रवृत्ति सम्बन्धी ऐन, २०२१ र छात्रवृत्ति सम्बन्धी नियमावली, २०६० मा संविधान अनुरुप परिमार्जन र मानकहरुको निर्धारण समेत आवश्यक देखिन्छ। तसर्थ छात्रवृत्ति प्रदान सम्बन्धी नियम बनाउँनुपर्ने र भर्नामा आवश्यक न्यूनतम योग्यतासँग सम्झौता नगरी विविधता (Diversity) को सुनिश्चितता गर्न तत्काल आवश्यक मापदण्ड समेत तयार गरी तत्पश्चात अबको भर्नामा उक्त विश्वविद्यालय अन्तर्गतका अध्ययन संस्थान र क्याम्पसहरु एवं शैक्षिक कार्यक्रमहरुमा जुन जुन वर्ग र समूहबाट नेपाली विद्यार्थीहरु भर्ना गरिने हो सो सबैमा समानुपातिक समावेशी कायम गर्नको लागि कानून निर्माण र कार्यान्वयन गर्ने एवं विद्यार्थी भर्ना गर्ने दायित्व भएका विपक्षीहरुको नाउँमा सो कार्य गर्न, गराउन निर्देशनात्मक आदेश यसै अदालतबाट जारी भएको अवस्था छ। २०७७ साल भाद्र ३१ गते प्रकाशित चिकित्सा शिक्षा स्नातकोत्तर तह (Post Graduate Level in Health Professional Education) का शैक्षिक कार्यक्रममा भर्नाका लागि लिइने एकीकृत प्रवेश परीक्षाको अनलाइन आवेदन फाराम भर्ने सम्बन्धी अत्यन्त जरुरी सूचनामा समानुपातिक समावेशी सिद्धान्त अवलम्बन नगरिएकोबाट अन्यायमा परी यो निवेदन गर्न आएको छु।

३. राष्ट्रिय चिकित्सा शिक्षा ऐन, २०७५ को दफा १६ को उपदफा ३(१) बमोजिम संचालन गरेको प्रवेश परीक्षाको योग्यताक्रमको आधारमा आयोगले एकीकृत सूची तयार गरी प्रकाशन गर्नेछ। त्यसरी सूची प्रकाशन गर्दा नेपाल सरकारलाई उपलब्ध गराइएको छात्रवृत्तिको सिट संख्या, यो ऐन तथा प्रचलित कानूनबमोजिम आरक्षण गरिएको सिट संख्या, विदेशी विद्यार्थीको लागि छुट्याइएको सिट संख्या र खुल्ला सिट समेत सूचीमा उल्लेख गर्नु पर्ने व्यवस्था विपरीत प्रकाशन गरिएको सूचना अनुसारको भर्ना प्रक्रिया नेपालको संविधान, राष्ट्रिय चिकित्सा शिक्षा ऐन तथा छात्रवृत्ति सम्बन्धी ऐनको विपरीत रहेको छ। निजामती सेवा ऐन र स्वास्थ्य सेवा ऐनलाई समावेशी बनाउँदैमा संविधानको धारा ४२ द्वारा प्रदत्त सामाजिक न्यायको हक प्रचलन हुन सक्दैन। सामाजिक न्यायको हकको रुपमा आर्थिक, सामाजिक वा शैक्षिक दृष्टिले पछि परेका महिला, दलित, मधेशी, आदिवासी जनजाती लगायत पिछडिएको वर्गलाई समानुपातिक समावेशी सिद्धान्तको आधारमा राज्यको संरचनामा सहभागी हुन योग्य बनाउँनु, शिक्षाको

अवसर प्रदान गर्नु राज्यको कर्तव्य हो। उक्त समुदायका विद्यार्थीहरुलाई शिक्षाको अवसर प्रदान गरी राज्यको संरचनामा सहभागी हुने अवसर प्रदान गर्न नेपाल सरकार चिकित्सा शिक्षा आयोगले विद्यार्थी भर्ना प्रक्रियामा समावेशी सिद्धान्तको अवलम्बन नगरी मिति २०७७।०५।३१ मा निकालेको सूचनाले नेपालको संविधानको धारा १८, धारा ३८ र धारा ४२ द्वारा प्रदत्त हकमा आघात पर्न गएको छ।

४. विपक्षी नं. १ ले मिति २०७७।०५।३१ मा जारी गरेको सूचना नेपालको संविधानको प्रस्तावनाले प्रत्याभूत गरेको कानूनको शासन (Rule of Law) को अवधारणा विपरीत रहेको छ। विपक्षीहरुले गरेको निर्णय, निर्देशन र सूचना कानूनको शासनको अधिनमा रही भएको नभई व्यक्तिको स्वेच्छाचारी शासनतर्फ उन्मुख रहेको छ। मौलिक हक जस्तोसुकै परिस्थितिमा पनि सुनिश्चित हुनैपर्छ भन्ने संवैधानिक र अन्तर्राष्ट्रिय मान्यता रहेको छ। अतः उक्त सूचना समानुपातिक समावेशी सिद्धान्तको विपरीत रहेकोले रिट निवेदनको अन्तिम टुंगो नलागेसम्म विद्यार्थी भर्नाको लागि प्रवेश परीक्षा लिने सम्बन्धी सम्पूर्ण काम कारवाही नगर्नू, नगराउनू, यथास्थितिमा राखू भनी विपक्षीहरुको नाउँमा अन्तरिम आदेश समेत जारी गरी यो रिट निवेदनमा उठाइएका विषयवस्तु सामाजिक न्याय, समानता, कानूनको शासन, सार्वजनिक सरोकार, मानव अधिकार, स्वतन्त्रता तथा मर्यादा जस्ता अतिआवश्यक विषयसँग सम्बन्धित भएकोले प्रस्तुत रिट निवेदनलाई अग्राधिकार प्रदान गरी उक्त सूचना उत्प्रेषणको आदेशबाट बदर गरी समानुपातिक समावेशी सिद्धान्तको आधारमा विद्यार्थी भर्ना गर्ने कार्य गर्नू, गर्न लगाउनू भनी विपक्षीहरुको नाउँमा परमादेशको आदेश समेत जारी गरी पाउँ भन्ने समेत व्यहोराको निवेदक विनय कुमार पंजियारको तर्फबाट यस अदालतमा पर्न आएको रिट निवेदन पत्र।

५. यसमा के, कसो भएको हो? निवेदकको माग बमोजिमको आदेश किन जारी हुनु नपर्ने हो? आदेश जारी हुनु नपर्ने भए आधार र कारण खुलाई यो आदेश प्राप्त भएका मितिले बाटाका म्याद बाहेक १५ दिनभित्र महान्यायाधिवक्ताको कार्यालय मार्फत लिखित जवाफ पेश गर्नू भनी यो आदेश र रिट निवेदनको प्रतिलिपी साथै राखी विपक्षीहरुको नाउँमा सूचना म्याद जारी गरी लिखित जवाफ प्राप्त भएपछि वा अबधि नाघेपछि नियमानुसार पेश गर्नू। अन्तरिम आदेश मागतर्फ विचार गर्दा अन्तरिम आदेश जारी गर्नुपर्ने वा नपर्ने विषयमा दुवै पक्षको छलफल सुनी निर्णय गर्दा उपयुक्त हुने देखिएकोले मिति २०७७।०६।२५ मा अन्तरिम आदेश छलफलका लागि पेशी तोकी नियमानुसार गरी पेश गर्नू भन्ने समेत यस अदालतबाट मिति २०७७।०६।२२ मा भएको आदेश।

६. राष्ट्रिय चिकित्सा शिक्षा ऐन, २०७५ को दफा ३ बमोजिम स्थापित प्रत्यर्थी आयोग स्वायत्त तथा अविच्छिन्न उत्तराधिकारवाला स्वशासित संस्था भएकोले उक्त आयोगले सम्पादन गरेको

काम कारवाहीमा प्रत्यर्थी मन्त्रालयले हस्तक्षेप गर्न मिल्दैन। यी निवेदकले बदर माग गरेको मिति २०७७।०५।३१ को सूचना सम्बन्धमा यस मन्त्रालयको कुनै संलग्नता छैन। साथै, यस मन्त्रालयलाई विपक्षी बनाउँनुपर्ने कुनै कारण निवेदनमा उल्लेख गर्न नसकेको र विपक्षी बनाउँदैमा दायित्व श्रृजना हुने नहुँदा रिट निवेदन खारेजभागी छ। आयोगले आफ्नो अधिकारक्षेत्रभित्र रहेर प्रकाशन गरेको सूचनाका सम्बन्धमा आयोगबाट प्राप्त हुने लिखित जवाफबाट स्पष्ट हुने नै हुँदा यस मन्त्रालयलाई विपक्षी बनाउँनुपर्ने होइन। प्रत्यर्थी आयोगले कुनै पनि कामकारवाही तथा निर्णय गर्दा प्रचलित कानूनको पालना गरेको हुनुपर्छ तथापि निवेदकले भनेबमोजिम नहुनासाथ गैरकानूनी हुने भन्ने होइन। यस मन्त्रालयले कानूनी दायित्व पूरा गरिरहेको र पूरा गर्न तत्पर रहेको हुँदा रिट निवेदकको माग दावीबमोजिम उत्प्रेषण तथा परमादेश जारी गर्नुपर्ने अवस्था नहुँदा रिट निवेदन खारेज गरिपाउँ भन्ने समेत व्यहोराको स्वास्थ्य तथा जनसंख्या मन्त्रालयको तर्फबाट पेश हुन आएको लिखित जवाफ।

७. यस आयोगबाट कसैको पनि संविधानद्वारा प्रदत्त हक अधिकार हनन् हुने कार्य भएको छैन। यस आयोगबाट मिति २०७७।०५।३१ मा चिकित्सा शिक्षा स्नातकोत्तर तह (Post Graduate Level in Health Professional Education) का शैक्षिक कार्यक्रममा भर्नाका लागि लिइने एकीकृत प्रवेश परीक्षाको अनलाइन आवेदन फारम सम्बन्धी सूचना प्रकाशित गरिएको थियो। राष्ट्रिय चिकित्सा शिक्षा ऐन, २०७५ तथा राष्ट्रिय चिकित्सा शिक्षा नियमावली, २०७७ को कानूनी व्यवस्था बमोजिम उक्त सूचनामा स्नातकोत्तर तहका कूल सिटमध्ये खुलातर्फ पचास प्रतिशत, सरकारीतर्फ चालीस प्रतिशत र विदेशी विद्यार्थीका लागि दश प्रतिशत कोटा निर्धारण गरिने व्यहोरा उल्लेख गरिएको छ। चिकित्सा शिक्षामा सबै वर्ग तथा जातजातीको पहुँचको सुनिश्चितता गर्ने उद्देश्यले स्नातक तहमै कूल छात्रवृत्ति सिटमध्ये पचपन्न प्रतिशत सिट खुल्ला प्रतियोगिताबाट योग्यताक्रम कायम हुने र पैंतालिस प्रतिशत सिट उपनियम (२) बमोजिम महिला, दलित, आदिवासी जनजाती, खस आर्य, मधेशी, मधेशी दलित, थारु, मुस्लिम, पिछडिएको क्षेत्रका व्यक्ति, अपांगता भएको व्यक्ति, शहिदका परिवार, बेपत्ता पारिएका व्यक्तिका परिवार, घाइते योद्धाहरुको परिवार र द्वन्द पीडितहरुका लागि आरक्षित गर्ने प्रावधान नियमावलीको नियम २० को उपनियम (१) र (२) मा गरिएको व्यहोरा सम्मानित अदालतलाई जानकारी गराउँदछु। यस आयोगको ऐन तथा नियमावलीले चिकित्सा शिक्षाको आधारभूत (स्नातक) तहमै समावेशीता तथा आरक्षणको सिद्धान्तलाई व्यवस्था गरी संविधानद्वारा प्रदत्त हक अधिकारको सुनिश्चितता गरिसकेको अवस्थामा चिकित्सा शिक्षामा विशेषज्ञता हासिल गर्न गरिने स्नातकोत्तर तहको परीक्षामा समेत पुनः आरक्षणको सिटको माग राखी रिट निवेदन दायर गर्नु औचित्यहीन देखिन्छ। सक्षम तथा जेहेन्दार विद्यार्थीहरुका लागि आर्थिक सहयोग गरी उच्च शिक्षामा उनीहरुको पहुँच सुनिश्चित गर्ने उद्देश्यले ऐनको दफा १८ को उपदफा (३)

मा सरकारी शिक्षण संस्थामा संचालन हुने चिकित्सा क्षेत्रको स्नातकोत्तर तह नेपाली विद्यार्थीहरुका लागि निःशुल्क हुने समेत व्यवस्था गरिएको सन्दर्भमा चिकित्सा शिक्षाको गुणस्तरीयतासँग सम्बन्धित संवेदनशील विषयमा पटक पटक आरक्षणको सिद्धान्त कदापि स्वीकार्य नहुने भएकोले प्रस्तुत निवेदन खारेजभागी छ।

८. नेपालको संविधानको धारा ३५ मा स्वास्थ्य सम्बन्धी मौलिक हकको व्यवस्था गरेको छ भने नियमित, प्रभावकारी तथा गुणस्तरीय स्वास्थ्य सेवा प्रदान गर्न जनस्वास्थ्य सेवा ऐन, २०७५ जारी गरी सोको दफा ७ मा प्रत्येक नागरिकलाई स्वास्थ्य संस्थाबाट गुणस्तरीय सेवा प्रदान गर्नु नेपाल सरकारको दायित्व हुने व्यवस्था उल्लेख गरेको छ। मानव स्वास्थ्य जस्तो गम्भीर विषयसँग सम्बन्धित चिकित्सा शिक्षाको उच्च तहमा अध्ययन गर्ने विद्यार्थीहरुले देशको स्वास्थ्यसँग सरोकार राख्ने विषयमा सीप र ज्ञानको अबमूल्यन गरी समावेशीता र आरक्षण जस्ता विषयहरुलाई अंगिकार गर्ने हो भने आम नागरिकहरुले गुणस्तरीय स्वास्थ्य सेवाबाट बञ्चित हुने अवस्था हुन्छ। त्यसैले स्वास्थ्य क्षेत्रको उच्च शिक्षा शुद्ध प्रतिष्पर्धा र क्षमताको आधारमा मात्रै हुनुपर्ने हुँदा चिकित्सा शिक्षाको हरेक तहको पठनपाठन गर्दा एउटै विद्यार्थीले पटक पटक आरक्षणको सुविधा लिनु हुँदैन भन्ने मान्यताका साथ आयोगको ऐन तथा नियमावलीमा समेत स्नातकोत्तर तहका लागि कुनै पनि आरक्षणको व्यवस्था गरिएको छैन। यसर्थ स्वास्थ्य क्षेत्रको समग्र विकास तथा गुणस्तरीयताका लागि स्नातकोत्तर तहमा आरक्षणको व्यवस्था गर्दा संविधान तथा स्वास्थ्यसँग सम्बन्धित ऐन, नियमहरुको मर्म र भावना विपरीत हुनाले रिट निवेदकको मागदावी सान्दर्भिक छैन। आर्थिक, सामाजिक र शैक्षिक दृष्टिकोणबाट पछाडि परेका जुनसुकै वर्ग वा समूहका व्यक्तिहरुको पहिचान गर्दै शिक्षा, स्वास्थ्य लगायत अन्य क्षेत्रमा उनीहरुको पहुँच सुनिश्चित गर्ने उद्देश्यले नेपालको संविधानले आरक्षण र समावेशीताको सिद्धान्त अवलम्बन गरको हो। तर चिकित्सा शिक्षा जस्तो संवेदनशील विषयको पठनपाठनका लागि उच्च तहको अध्ययनमा कम गुणस्तर ल्याउने किसिमबाट आरक्षण गरिनुपर्छ भन्ने संविधानको भावना भने होइन। चिकित्सा शिक्षामा स्नातक तह पूरा गरेर देशको स्वास्थ्य क्षेत्रमा मुख्य जनशक्तिको रुपमा रहेका व्यक्ति नै स्नातकोत्तर तहमा प्रतिष्पर्धा गर्ने हुँदा त्यस्ता जनशक्ति उत्पीडित तथा सीमान्तकृत हुन सक्छ भन्ने परिकल्पना गरी आरक्षणको माग राख्नु अत्यन्तै अस्वभाविक र अव्यवहारिक कुरा हो, पुन प्रतिष्पर्धा गर्नबाट डराउनु हो। समग्र राज्यको स्वास्थ्य क्षेत्रको सम्बर्द्धन तथा आम नागरिकको स्वास्थ्य सम्बन्धी हकलाई प्रत्याभूत गर्न असल नियतले गरेको कार्य उपर अस्वभाविक माग राखी दायर गरिएको प्रस्तुत रिट निवेदन खारेज गरिपाउँ भन्ने समेत व्यहोराको चिकित्सा शिक्षा आयोग, सानोठिमी, भक्तपुरको तर्फबाट पेश हुन आएको लिखित जवाफ।

९. विपक्षी निवेदकले दावी लिनु भएको विषयमा नेपाल सरकार, प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालयको के, कस्तो संलग्नता रहेको हो? साथै यस कार्यालयको के कस्तो काम, कारवाही वा निर्णयबाट निवेदकको के कस्तो संवैधानिक तथा कानूनी हक अधिकारको हनन् भएको हो? भन्ने सम्बन्धमा निवेदनमा कुनै कुरा उल्लेख भएको छैन। कसैका विरुद्ध कुनै कुराको दावी लिँदा तत् सम्बन्धमा रहेको संलग्नता र प्रत्यर्थी बनाउँनु पर्नाको आधार र कारण निवेदनमा स्पष्टसँग उल्लेख गरिएको हुनुपर्दछ। प्रस्तुत रिट निवेदनमा विपक्षी निवेदकले दावी लिनु भएको विषयमा यस कार्यालयको संलग्नता एवं यस कार्यालयलाई प्रत्यर्थी बनाउँनु पर्नाको आधार र कारण खुलाउन नसकेको हुँदा रिट निवेदन प्रथमदृष्टि मै खारेजभागी छ।

१०. चिकित्सा शिक्षाको क्षेत्रमा राज्यको लगानी अभिबृद्धि गर्दै चिकित्सा शिक्षालाई नेपालको राष्ट्रिय आवश्यकता अनुरूप विकास गरी चिकित्सा शिक्षाको नियमनलाई एकीकृत तथा चुस्त बनाउँन, चिकित्सा शिक्षा सम्बन्धी शिक्षण संस्थाको स्थापना र सञ्चालन सम्बन्धी कार्यलाई व्यवस्थित गर्न तथा चिकित्सा शिक्षामा गुणस्तर, पेशाधर्मिता, संस्थागत जवाफदेहीता, भौगोलिक सन्तुलन र सामाजिक न्याय कायम गरी विपन्न लगायत सबै विद्यार्थीको समान पहुँच सुनिश्चित गर्नका लागि चिकित्सा शिक्षा सुधार गर्ने सम्बन्धमा विभिन्न समयमा गठित आयोग, समिति तथा कार्यदलको प्रतिवेदनको मर्म र भावना समेतलाई दृष्टिगत गरी चिकित्सा शिक्षा आयोगको स्थापना तथा सञ्चालन गर्ने सम्बन्धमा व्यवस्था गर्न राष्ट्रिय चिकित्सा शिक्षा ऐन, २०७५ (यस पछि "ऐन" भनिएको) जारी भएको हो। ऐनको अख्तियारी अन्तर्गत नै रहेर राष्ट्रिय चिकित्सा शिक्षा नियमावली, २०७७ जारी भएको हो।

११. योग्यता तथा क्षमता अनुसार अध्ययन गर्ने विषयमा कुनै क्षेत्र वा यस्तै अन्य कुनै आधारमा विभेद गर्दा यसबाट संविधानको धारा ३५ को स्वास्थ्य सम्बन्धी हकको प्रतिकूल हुन जाने हुन्छ। सर्वसाधारणलाई योग्य तथा क्षमतावान जनशक्तिबाट उपचार प्राप्त हुनु पर्नेमा स्वास्थ्य जस्तो संवेदनशील क्षेत्रमा जात, धर्म, लिङ्ग वर्ण, भूगोल वा यस्तै आधारमा अवसरको व्यवस्था हुँदा त्यसबाट हाम्रो स्वास्थ्य सेवामा पर्न जाने असरलाई दृष्टिगत गरेर नै विधायिकाबाट ऐनको दफा ४० मा चिकित्सा शिक्षा अध्ययनका लागि आयोगले तोके बमोजिमको सिट आरक्षण हुने कानूनी व्यवस्था रही सोहीबमोजिम स्नातकमा आरक्षणको व्यवस्था भएको देखिन्छ। स्नातकोत्तरको शिक्षा विशेष प्राविधिक विषय भएको, एक पटक आरक्षण भैसकेपछि पटक पटक आरक्षण हुनु समानताको मान्यता विपरीत हुन जाने तथा यसबाट योग्यता प्रणालीमा समस्या आउने हुन्छ।

१२. शिक्षण संस्थाको नियमन गर्न तथा चिकित्सा शिक्षालाई गुणस्तरीय बनाउँन चिकित्सा शिक्षा आयोगको स्थापना गरिएको छ। राष्ट्रिय चिकित्सा शिक्षा नियमावली, २०७७ को नियम १२ मा स्नातकोत्तर वा सोभन्दा माथिको चिकित्सा शिक्षाको अध्ययनको लागि खुला प्रतियोगिताद्वारा

एकीकृत प्रवेश परीक्षा हुने व्यवस्था भई सोही बमोजिम प्रवेश परीक्षा सम्बन्धी कार्यक्रम प्रकाशन समेत भएकोमा आफू पछाडि परिने डरले वा अन्य कुनै कारणले योग्यताको कसिमा अगाडि पर्नुपर्ने डाक्टर जस्तो योग्य र दक्ष जनशक्तिले यो वा त्यो बहानामा आरक्षणको व्यवस्था गरी पाउँ भनी दायर गरेको निवेदन कानूनको समान संरक्षणको सिद्धान्त समेत प्रतिकूल छ। आरक्षण असमानताको दरार कम गर्न गरिएको अल्पकालीन उपाय हो, यसको अर्थ समानबीच समेत आरक्षण हुनु होइन। यसरी समानबीच समेत आरक्षण हुँदै जाँदा त्यसबाट कानूनका तमाम मूल्य, मान्यता तथा प्राकृतिक न्यायको सिद्धान्त समेत प्रतिकूल हुन जान्छ। रिट निवेदक स्वयंले निज एम.बी.बी.एस. परीक्षा उत्तीर्ण भैसकेको भनी रिट निवेदनमा उल्लेख गर्नुभएको छ। चिकित्सा शिक्षा अन्तर्गत स्नातकोत्तर तहको अध्ययनका लागि लिइने प्रवेश परीक्षामा सहभागी हुने सबै विद्यार्थी सोही क्षेत्रका स्नातक अध्ययन पूरा गरेका विद्यार्थी हुने गर्छन। यी निवेदकले निवेदनमा कहिं कतै आफूभन्दा मेरिटमा पछाडि परेकोले भर्ना हुन सक्ने अवस्था रहेको छ भनी दावी लिन सकेको अवस्था छैन। त्यसैले चिकित्सा क्षेत्र जस्तो विशेषज्ञताको अध्ययनको स्नातकोत्तर जस्तो तहमा स्नातक तह अध्ययन गरिसकेको व्यक्तिले आरक्षणको माग गर्नु कानूनी, नैतिक तथा पेशागत आधारमा समेत मिल्ने नदेखिंदा प्रस्तुत रिट निवेदन खारेजभागी रहेकोले खारेज गरी पाउँ भन्ने समेत व्यहोराको नेपाल सरकार, प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद्को कार्यालयको तर्फबाट पेश हुन आएको लिखित जवाफ।

आदेश खण्ड

१३. नियमबमोजिम पेशी सूचीमा चढी यस इजलास समक्ष पेश हुन आएको प्रस्तुत रिट निवेदनमा प्रत्यर्थीको तर्फबाट लिखित जवाफ प्राप्त भैसकेको र अन्तिम सुनुवाई गर्न अंग पुगिसकेको देखिंदा सर्वोच्च अदालत नियमावली, २०७४ को नियम ४९(४) बमोजिम आज निर्णय गर्न बाधा देखिंन आएन। यसमा रिट निवेदनपत्र, लिखित जवाफहरु सहितको मिसिल संलग्न कागजातहरु समेत अध्ययन गरी हेरियो।

१४. रिट निवेदकको तर्फबाट उपस्थित हुनुभएका विद्वान वरिष्ठ अधिवक्ता श्री सुरेन्द्र महतो एवं विद्वान अधिवक्ताहरु श्री शैलेन्द्र प्रसाद हरिजन एम्बेडकर, श्री पंकज कुमार कर्ण, डा. श्री बलराम प्रसाद राउत, श्री सुनिल कुमार पटेल, डा. श्री शिव कुमार यादव समेतले, नेपालको संविधानको धारा ४२ ले समानुपातिक समावेशीताको सिद्धान्तलाई अनुशरण गरेको छ। सो सिद्धान्तलाई संविधानको धारा १८(३) ले आत्मसात गरेको अवस्थामा चिकित्साशास्त्र तर्फको स्नातकोत्तर तहको पढाईमा पनि एकीकृत परीक्षा प्रणाली अपनाएको र संविधानमा उल्लिखित उपेक्षित वर्गलाई आरक्षणको व्यवस्था नगरी विपक्षी आयोगद्वारा प्रकाशित सूचना नेपालको संविधानको धारा १८, ३८ तथा ४२ समेतको विपरीत हुँदा उत्प्रेषणको आदेशले बदर हुनुपर्छ भन्ने समेत बहस गर्नुभयो।

१५. प्रत्यर्थी तर्फबाट उपस्थित हुनुभएका विद्वान नायब महान्यायाधिवक्ता श्री पदम प्रसाद पाण्डेय, विद्वान सहन्यायाधिवक्ता श्री खेमराज ज्ञवाली एवं विद्वान अधिवक्ता श्री नारायण प्रसाद खनाल समेतले, चिकित्सा शिक्षाको स्नातकोत्तर तह विशिष्टिकृत अध्ययनको क्षेत्र हो, नेपालको संविधानको धारा ३५ ले आधारभुत स्वास्थ्य सेवा र आकस्मिक स्वास्थ्य सेवालाई जनताको सहज पहुँचमा पुऱ्याउने दायित्व नेपाल सरकारमा सुम्पेको छ। राष्ट्रिय चिकित्सा शिक्षा ऐन, २०७५ को दफा ४० ले चिकित्सा शिक्षाको प्रवेशको लागि आरक्षण तोक्न सक्ने अधिकार आयोगलाई दिएकै छ। सो आरक्षणको अधिकारलाई निवेदकले चुनौती दिएका छैनन्। ऐनले नै स्नातकोत्तर तहको पढाईलाई निःशुल्क बनाएको अवस्थामा स्नातकोत्तर तहको विशिष्टिकृत पढाईमा पनि आरक्षण हुनुपर्छ भन्नु गुणस्तरीय स्वास्थ्य सेवा प्रदान गर्ने राज्यको दायित्वसँग मेल खाँदैन। एउटै शिक्षामा पटक पटक फाइदा लिन खोज्नु न्यायपूर्ण पनि हुने देखिंदैन। आरक्षणको सुविधा पनि संविधानको मर्म अनुरुप हुनुपर्छ। निवेदकको जिकिर संविधानको शब्द, भावना र मर्म अनुरुप नहुँदा रिट निवेदन खारेज हुनुपर्छ भन्ने समेत बहस गर्नुभयो।

१६. निर्णयतर्फ विचार गर्दा, प्रस्तुत रिट निवेदन चिकित्सा शिक्षातर्फ स्नातकोत्तर तहको प्रवेश परीक्षाको विषयलाई लिएर दर्ता भएको देखिन्छ। निवेदकले आफू मधेशी समुदायको चिकित्सा शिक्षामा स्नातक (एम.बी.बी.एस.) पास गरेको शिक्षित तथा सचेत नेपाली नागरिक हुँ भन्दै स्नातकोत्तर तहको शैक्षिक कार्यक्रममा भर्नाका लागि लिइने एकीकृत प्रवेश परीक्षाको अनलाइन आवेदन फाराम भर्ने सम्बन्धी एकीकृत प्रवेश परीक्षाको लागि मिति २०७७।०५।३१ मा प्रकाशित सूचनाको बुँदा नं. ५ मा भर्नाको लागि विद्यार्थी छनौटका आधार अन्तर्गत स्नातकोत्तर तहका कूल सिटमध्ये खुलातर्फ ५० प्रतिशत, सरकारीतर्फ ४० प्रतिशत र विदेशी विद्यार्थीका लागि १० प्रतिशत कोटा निर्धारण गरिएको छ; तर सो तहको लागि लिने परीक्षामा नेपालको संविधानले अङ्गिकार गरेको आर्थिक, सामाजिक वा शैक्षिक दृष्टिले पिछडिएका महिला, दलित, मधेशी, आदिवासी जनजाती, मुस्लिम, पिछडिएको क्षेत्र लगायतका समुदायको लागि आरक्षण कोटा निर्धारण गरिएको छैन; स्नातकोत्तर तहको लागि एकीकृत परीक्षा सञ्चालन गर्न खोजेको कुराले संविधानको धारा १८, ३८ र ४२ द्वारा प्रत्याभूत हकमा आघात पर्न गएको छ; संविधानले अङ्गिकार गरेको समानुपातिक समावेशीताको सिद्धान्तको आधारमा स्नातकोत्तर तहको लागि पनि सिट आरक्षण गरिनुपर्ने र आरक्षित सिटमा अलग्गै परीक्षा लिइनुपर्ने जिकिर गर्दै त्यसो नगरिएको सूचना उत्प्रेषणको आदेशले बदर गरी समानुपातिक समावेशी सिद्धान्तको आधारमा विद्यार्थी भर्ना गर्ने कार्य गर्नू, गर्न लगाउनू भनी विपक्षीहरुको नाउँमा परमादेशको आदेश समेत जारी गरी पाउँ भन्ने समेत जिकिर लिएको पाइन्छ।

१७. विपक्षीहरुको तर्फबाट प्राप्त लिखित जवाफहरुमध्ये चिकित्सा शिक्षा आयोगको लिखित जवाफमा निवेदनमा उठाइएका प्राय सबै कुराहरुको जवाफ दिइएको पाइन्छ। उक्त लिखित जवाफमा मूलतः चिकित्सा शिक्षामा सबै वर्ग तथा जातजातीको पहुँचको सुनिश्चितता गर्ने उद्देश्यले स्नातक तहमै कूल छात्रवृत्ति सिटमध्ये पचपन्न प्रतिशत सिट खुल्ला प्रतियोगिताबाट योग्यताक्रम कायम हुने र पैंतालीस प्रतिशत सिट राष्ट्रिय चिकित्सा शिक्षा नियमावली, २०७७ को नियम २० को उपनियम (२) बमोजिम महिला, दलित, आदिवासी जनजाती, खस आर्य, मधेशी, मधेशी दलित, थारु, मुस्लिम, पिछडिएको क्षेत्रका व्यक्ति, अपांगता भएको व्यक्ति, शहिदका परिवार, बेपत्ता पारिएका व्यक्तिका परिवार, घाइते योद्धाहरुको परिवार र द्वन्द्व पीडितहरुका लागि आरक्षित गर्ने प्रावधान गरिएको छ। राष्ट्रिय चिकित्सा शिक्षा ऐन, २०७५ को दफा १८ को उपदफा (३) मा सरकारी शिक्षण संस्थामा संचालन हुने चिकित्सा क्षेत्रको स्नातकोत्तर तह नेपाली विद्यार्थीहरुका लागि निःशुल्क हुने समेत व्यवस्था गरिएको छ। चिकित्सा शिक्षाको आधारभूत (स्नातक) तहमै समावेशीता तथा आरक्षणको सिद्धान्तलाई व्यवस्था गरी संविधानद्वारा प्रदत्त हक अधिकार सुनिश्चित गरिसकेको अवस्थामा चिकित्सा शिक्षामा विशेषज्ञता हासिल गर्न गरिने स्नातकोत्तर तहको परीक्षामा समेत पुनः आरक्षणको सिटको माग राखी रिट निवेदन दायर गर्नु औचित्यहीन देखिन्छ। नेपालको संविधानको धारा ३५ ले स्वास्थ्य सम्बन्धी हक प्रत्याभूत गरेको, जनस्वास्थ्य सेवा ऐन, २०७५ को दफा ७ मा प्रत्येक नागरिकलाई स्वास्थ्य संस्थाबाट गुणस्तरीय सेवा प्रदान गर्नु नेपाल सरकारको दायित्व हुने व्यवस्था उल्लेख गरेको छ। मानव स्वास्थ्य जस्तो गम्भीर विषयसँग सम्बन्धित चिकित्सा शिक्षाको उच्च तहमा अध्ययन गर्ने विद्यार्थीहरुले देशको स्वास्थ्यसँग सरोकार राख्ने विषयमा सीप र ज्ञानको अवमूल्यन गरी समावेशीता र आरक्षण जस्ता विषयहरुलाई अंगिकार गर्ने हो भने आम नागरिकहरुले गुणस्तरीय स्वास्थ्य सेवाबाट बञ्चित हुने अवस्था हुन्छ। राष्ट्रिय चिकित्सा शिक्षा नियमावली, २०७७ को नियम १२ मा स्नातकोत्तर वा सोभन्दा माथिको चिकित्सा शिक्षाको अध्ययनको लागि खुला प्रतियोगिताद्वारा एकीकृत प्रवेश परीक्षा हुने व्यवस्था गरिएको छ। त्यसैले स्वास्थ्य क्षेत्रको उच्च शिक्षा शुद्ध प्रतिष्पर्धा र क्षमताको आधारमा मात्रै हुनुपर्ने हुँदा चिकित्सा शिक्षाको हरेक तहको पठनपाठन गर्दा एउटै विद्यार्थीले पटक पटक आरक्षणको सुविधा लिनु हुँदैन भन्ने मान्यताका साथ राष्ट्रिय चिकित्सा शिक्षा ऐन, २०७५ तथा नियमावलीमा समेत स्नातकोत्तर तहका लागि कुनै पनि आरक्षणको व्यवस्था गरिएको छैन। चिकित्सा शिक्षा जस्तो संवेदनशील विषयको पठनपाठनका लागि उच्च तहको अध्ययनमा कम गुणस्तर ल्याउने किसिमबाट आरक्षण गरिनुपर्छ भन्ने संविधानको भावना होइन। चिकित्सा शिक्षामा स्नातक तह पूरा गरेर देशको स्वास्थ्य क्षेत्रमा मुख्य जनशक्तिको रुपमा रहेका व्यक्ति नै स्नातकोत्तर तहमा प्रतिष्पर्धा गर्ने हुँदा त्यस्ता जनशक्ति उत्पीडित तथा

सीमान्तकृत हुन सक्छ भन्ने परिकल्पना गरी आरक्षणको माग राख्नु अत्यन्तै अस्वभाविक र अव्यवहारिक कुरा हो, पुनः प्रतिष्पर्धा गर्नबाट डराउनु हो भन्ने समेत जिकिर लिइएको पाइन्छ।

१८. उपर्युक्त बहस समेतको सन्दर्भमा निवेदन जिकिर र लिखित जवाफ रहेको प्रस्तुत रिट निवेदनमा मिसिल कागज अध्ययन गरी निर्णयतर्फ हेर्दा देहायका प्रश्नहरुको निरुपण गर्नुपर्ने देखियो:

क) नेपालको संविधानले अङ्गिकार गरेका समानता, समान संरक्षण, विभेदहीनता, सकारात्मक विभेद र समावेशीता सम्बन्धी संवैधानिक व्यवस्थाका प्रारुप, मूल तत्व र मान्यता के के हुन्?

ख) समानता, विभेदहीनता र सकारात्मक विभेदको व्यवस्थालाई मानव अधिकार सम्बन्धी कानूनले के कसरी निर्देशित गर्छ?

ग) सर्वोच्च अदालतद्वारा हालसम्म भएका फैसला र प्रतिपादित सिद्धान्तहरुले शैक्षिक आरक्षणको विषयलाई के कसरी निर्देशित गर्दछन्?

घ) यस विषयमा तुलनात्मक विधिशास्त्रको संवैधानिक व्यवस्था र अदालतहरुबाट भएका फैसला समेतको अध्ययन र विश्लेषणबाट के कस्ता आयाम र दृष्टिकोणहरु फेला पर्छन्?

ङ) समतामूलक एवं सकारात्मक कार्यक्रमहरुको तुलनात्मक व्यवस्था र मानव अधिकार कानून समेतको अध्ययनबाट निस्कने मोटामोटी दृष्टिकोण के हो?

च) निवेदकले जुन चिकित्सा शास्त्रको स्नातकोत्तर तहमा आरक्षणको माग गर्दै एकीकृत परीक्षाको विरोध गरेका छन्, सो कुरा संविधान र कानूनसम्मत छ वा छैन? निवेदकको माग बमोजिमको आदेश जारी गर्नुपर्ने अवस्था छ वा छैन?

छ) यो विषयमा विपक्षीहरुका नाउँमा कुनै आदेश जारी गरिनुपर्ने अवस्था छ वा छैन?

१९. **<u>निरुपण गरिनुपर्ने पहिलो प्रश्नः</u> नेपालको संविधानले अङ्गिकार गरेका समानता, समान संरक्षण, विभेदहीनता, सकारात्मक विभेद र समावेशीताको संवैधानिक व्यवस्थाका प्रारुप, मूल तत्व र मान्यता के के हुन्?**

२०. प्रारम्भमै यो कुरा स्पष्ट गर्न जरुरी छ कि यी निवेदकले **"म रिट निवेदक मधेशी समुदायको चिकित्सा शिक्षामा स्नातक (एम.बी.बी.एस.) पास गरेको शिक्षित तथा सचेत नेपाली नागरिक हुँ"** भन्दै चिकित्सा शास्त्रको स्नातकोत्तर तहको प्रवेशमा कुनै आरक्षण नगरिएको र एकीकृत प्रवेश परीक्षाको निम्ति दरखास्त आह्वान गरिएको विषयलाई लिएर प्रस्तुत निवेदन दिएको देखिन्छ। तर आफूले उक्त तहको प्रवेशको निम्ति दरखास्त फाराम भरेको वा नभरेको भन्ने

कुरा निवेदनमा उल्लेख गरिएको छैन। त्यसैगरी विपक्षी चिकित्सा शिक्षा आयोगद्वारा प्रकाशित सूचनामा आर्थिक, सामाजिक वा शैक्षिक दृष्टिले पिछडिएका महिला, दलित, मधेशी, आदिवासी जनजाती, मुस्लिम, पिछडिएको क्षेत्र लगायतका समुदायको लागि आरक्षण कोटा निर्धारण नगरिएको र स्नातकोत्तर तहको लागि एकीकृत परीक्षा सञ्चालन गर्न खोजेको कुराले संविधानको धारा १८, ३८ र ४२ द्वारा प्रत्याभूत हकमा आघात पर्न गएको छ भन्ने उल्लेख गरे पनि राष्ट्रिय चिकित्सा शिक्षा ऐन, २०७५ को कुनै दफा वा राष्ट्रिय चिकित्सा शिक्षा नियमावली, २०७७ को कुनै नियम उक्त धाराहरु विपरीत हुँदा बदर गरी पाउँ भनी निवेदन गरेको देखिंदैन। साथै निवेदकले प्रस्तुत विषयलाई आफूले सार्वजनिक सरोकारको निवेदनको रुपमा दर्ता गरेको हो भन्ने कुरा शुरुमै स्पष्ट उल्लेख नगरी अन्तरिम आदेश माग गर्ने सन्दर्भमा यो सार्वजनिक सरोकारको विषय हो भनेको सम्म पाइन्छ तापनि निवेदनमा नेपालको संविधानको धारा ४६, धारा १३३ को उपधारा (२) र (३) बमोजिम निवेदन दिएको कुरा उल्लेख गरेको, आजै निर्णय भएका अन्य निवेदनहरु ०७७-WO-०२०७, ०७७-WO-०२१८, ०७७-WO-०२३६, ०७७-WO-०२९७ मा पनि चिकित्सा शिक्षा तर्फको स्नातकोत्तर तहको प्रवेशको निम्ति दरखास्त आह्वान गरिएको विषयलाई सार्वजनिक सरोकारको विषय बनाइएको र विषयवस्तुको प्रकृतिबाट पनि यो संविधानको व्याख्यासँग सम्बन्धित विषय भै सार्वजनिक सरोकारको विषय हुँदा निवेदकले उठाएको विषयमा निजको चासो र सरोकारलाई अन्यथा मान्नुपर्ने देखिएन। त्यसैले प्रस्तुत विषयमा निवेदन गर्ने हकदैया निवेदकलाई रहे भएको मानी विवादित विषयको निरुपण गर्नुपर्ने देखियो। साथै निवेदकले आफ्नो निवेदनमा नेपालको संविधानको धारा १८, धारा ३८ र धारा ४२ द्वारा प्रदत्त हक हनन् हुन गएको कुरा उल्लेख गरेका र यस्तो हक हनन् भएको कुरा उच्च शिक्षाको सन्दर्भमा उठाइएको छ। शिक्षामा आरक्षणको कुरा यसअघि पनि यस अदालतमा पटक पटक उठेको पाइए तापनि यस विषयमा नीति निर्माताहरुलाई उचित निर्देशन हुने गरी उपयुक्त ढंगबाट संबोधन हुन सकेको पाइँदैन। तसर्थ निवेदकको हक हनन् भएको हो वा होइन भन्ने विषयको निक्यौंल गर्नुअघि नेपालको संविधानले अङ्गिकार गरेका समानता, समान संरक्षण, विभेदहीनता, सकारात्मक विभेद र समावेशीताको संवैधानिक व्यवस्थाको प्रारुप, यसका मूल तत्व र मान्यता के के हुन् भन्ने विषयमा स्पष्ट गरिनुपर्ने देखियो।

२१. नेपालको वर्तमान संविधानले "**राज्यव्यवस्थाले सृजना गरेका सबै प्रकारका विभेद र उत्पीडनको अन्त्य**" गर्ने, त्यसैगरी "**वर्गीय, जातीय, क्षेत्रीय, भाषिक, धार्मिक, लैङ्गिक विभेद र सबै प्रकारका जातीय छुवाछुतको अन्त्य गरी आर्थिक समानता, समृद्धि र सामाजिक न्याय सुनिश्चित गर्न समानुपातिक समावेशी र सहभागितामूलक समाजको निर्माण गर्ने संकल्प**" गरेको छ। यो कुरा संविधानको प्रस्तावनाबाटै देखिन्छ। साथै नागरिक स्वतन्त्रता, मौलिक अधिकार, मानव

अधिकार, विधिको शासनको सम्मान हुने शासन व्यवस्था कायम गर्दै खुला अर्थतन्त्रको माध्यमबाट **"लोकतान्त्रिक मूल्य र मान्यतामा आधारित समाजवादप्रति प्रतिबद्ध रही समृद्ध राष्ट्र निर्माण"** गर्ने संकल्प गरिएको पनि प्रस्तावनामा नै स्पष्टसँग राखिएको छ। लोकतन्त्रको यात्रा मूलतः समानता, समता र सहभागिताको यात्रा हो। यही मार्गबाट समाजमा दिगो शान्ति, सामाजिक सहिष्णुता, सामाजिक सौहार्दता कायम हुन सक्ने हो। लामो कालखण्ड मुलुक सामन्ती निरंकुश शासन व्यवस्थाबाट गुज्रेको, राज्य व्यवस्थाले विभेद र उत्पीडनको अन्त्य गर्ने भन्दा पनि यसलाई कुनै न कुनै प्रकारबाट निरन्तरता दिएको, समाज विभिन्न प्रकारका विभेदबाट आक्रान्त रही सोही कारण मुलुकले आन्तरिक द्वन्द समेत बेहोर्नु परेको यथार्थताको बीच नेपालको संविधानले सबै प्रकारका विभेद र छुवाछुत समेतको अन्त्य गर्दै समता, समावेशीता र सहभागितामूलक समाजको स्थापना गर्ने संकल्प गरेको हुँदा समता, समावेशीता र सहभागिताको संविधानसम्मत भाष्य विकास गरिनु हामी सबैको कर्तव्य हुने देखिन्छ।

२२. नेपालको संविधानको धारा १८ मा समानताको हकबारे व्यवस्था गर्दै उपधारा (१)मा **"सबै नेपाली नागरिक कानूनको दृष्टिमा समान हुनेछन्। कसैलाई पनि कानूनको समान संरक्षणबाट बञ्चित गरिने छैन"** भन्ने उल्लेख गरिएको छ। **"कानूनको दृष्टिमा समान"** भन्ने शब्दावलीले सबैलाई समान व्यवहार गर्ने अभिष्ट राख्छ; समान सम्मान र चासो दिन्छ। कानूनको नजरमा कुनै पनि व्यक्ति असमान व्यवहार गरिनुपर्ने विशेषाधिकारयुक्त हुँदैन भन्ने कुरालाई यसले व्यवहारमा उतार्न खोज्छ। त्यसैगरी **"कानूनको समान संरक्षण"** भन्ने शब्दावलीले कानून प्रयोग गरिंदा सबै उपर समानरुपले गरिन्छ भन्ने कुराको प्रत्याभूति दिन्छ। यी दुवै शब्दावलीहरु भित्र विभेदहीनताको तत्व अन्तरनीहीत हुन्छ। राज्यले कानून निर्माण गर्दा वा त्यसको प्रयोग गर्दा वा अन्य व्यवहार गर्दा समानताको विरुद्ध हुने वा समान संरक्षण प्राप्त नहुने गर्न मिल्दैन। समानता एउटा गतिशील अवधारणा हो। त्यसैले **"कानूनको दृष्टिमा समानता"** एवं **"कानूनको समान संरक्षण"** भन्ने शब्दावलीभित्र समाजमा रहेका असमानतालाई हटाउन कानून निर्माण गर्नुपर्ने सकारात्मक दायित्व पनि राज्यलाई सुम्पिएको मानिन्छ। समानताले कार्यपालिकी, विधायिकी र न्यायिक कार्यमा कुनै किसिमको स्वेच्छाचारितालाई स्वीकार गर्दैन; यसले कारवाहीमा तर्कसंगतता र विवेकसम्मतता खोज्छ। समानताको कुरा गर्दा न्यायमुर्ती पी.यन. भगवतीले भारतीय उच्चतम न्यायालयबाट *E.P. Royappa*[1] को मुद्दामा गरेको देहायको घोषणाले समानताको विधिशास्त्रलाई अझ स्पष्टसँग बुझ्न मद्दत मिल्छ। वहाँ भन्नुहुन्छः

> Equality is a dynamic concept with many aspects and dimensions and it cannot be 'cribbed, cabined, and confined' within the traditional and doctrinaire limits. From

[1] E.P. Royappa *v* State of TN (1974) 4 SCC 3, 38.

a positivistic point of view, equality is antithetic to arbitrariness. In fact, equality and arbitrariness are sworn enemies; one belongs to the rule of law in a republic while the other, to the whim and the caprice of an absolute monarch. Where an act is arbitrary, it is implicit in it that it is unequal both according to political logic and constitutional law…

२३. समानता लोकतन्त्रको आधारभूत मान्यता हो। नेपालीहरुले २००७ सालदेखि अनवरत रुपले खोजी गर्दै हिडेको विषय पनि समानता नै हो। समानताले जन्मको वंशीय आधार, सम्पत्ति, सामाजिक हैसियत वा पकड, प्रथा, परम्परा, लिङ्ग, जात, धर्म आदिको आधारमा कोहि ठूलो वा सानो हुने सामन्तवादी सोचलाई अस्वीकार गर्छ र मुलुकभित्र आर्थिक, सामाजिक र सांस्कृतिक रुपमा समेत समानतालाई अङ्गिकार गर्ने समतामूलक समाजको स्थापना गर्ने कोशिस गर्छ। यो अवश्य पनि हो कि व्यक्तिहरुको योग्यता, क्षमता, सीप, उर्जा, चाहना, समर्पण आदि फरक हुन सक्छ। पूर्ण समानता समाज वा राज्यको चाहना हुन सके पनि यथार्थ हुन सक्दैन। समानताको अर्थ पूर्ण समानता नभै जीवन, स्वतन्त्रता, प्रतिष्ठा, र सुखको खोजी जस्ता अहस्तान्तरणीय अधिकारहरुमा समानता भन्ने हुन्छ। यो भन्दा पर गयो भने समानता अयथार्थ हुन पुग्छ। समानताको बारेमा अमेरिकी संविधानको सन्दर्भमा अब्राहम लिङ्कनको देहायको भनाई निकै नै मर्मस्पर्शी छ। उनी भन्छनः

The Authors [of the Bill of Rights] intended to include all men but they did not intend to declare all men equal in all respects. They did not mean to say all were equal in color, size, intellect, moral developments, or social capacity. They define with tolerable distinctness in what respects they did consider all men created equal-equal with “certain inalienable rights, among which are life, liberty, and the pursuit of happiness”. This they said, and this they meant. They did not mean to assert the obvious untruth that all were actually equal enjoying that equality, or yet that they were about to confer it immediately upon them. In fact, they had no power to confer such a boon. They meant simply to declare the right, so that enforcement of it might follow as fast as circumstances should permit[2].

२४. समाजमा पूर्ण समानता कायम गर्न सम्भव नहुने कुरालाई मध्यनजर गरी वैध एवं न्यायपूर्ण उद्देश्यको लागि बोधगम्य एवं तर्कपूर्ण आधारमा गरिने वर्गीकरणलाई स्वीकार गरिएको हुन्छ। अवश्य हो, समानताको अवधारणाले तर्कपूर्ण वर्गीकरणलाई स्वीकार गर्न सक्छ। मानिसहरुमा रहेका ज्ञान, सीप, योग्यता, क्षमता, उर्जा आदिमा रहेको स्वभाविक भिन्नताको कारण यस्तो वर्गीकरण आवश्यक पनि हुन्छ। वर्गीकरण नै हुन सक्दैन भन्नु यथार्थपरक हुँदैन[3]। वर्गीकरण

[2] The Collected Works of Abraham Lincoln, Vol.II, at 450 (1953) cited in Surya Dhungel, Bipin Adhikari, BP Bhandari and Chris Murgatroyd, COMMENTARY ON THE NEPALESE CONSTITUTION, Kathmandu 1998 at p 105.

[3] हाम्रो सर्वोच्च अदालतले पनि तर्कपूर्ण वर्गीकरणलाई स्वीकार गरेको छ। उदाहरणको लागि हेर्नुहोस, बाबुराम रेग्मी *वि.* कानून तथा न्याय मन्त्रालय समेत ने.का.प. २०५६ नि.नं. ६७४९ पृ. ५०४; प्रदिप प्रताप वम मल्ल *वि.* प्रधानमन्त्री तथा म.प.स. समेत ने.का.प. २०६३ नि.नं. ७७४४ पृ. ९९२; टेक बहादुर रैका (आउजी) समेत *वि.* प्रधानमन्त्री तथा म.प.स समेत ने.का.प.

समानताको सिद्धान्तको रहर होइन, बाध्यता हो। न्यूनतम रुपमा पनि कानूनको दृष्टिमा समानता वा कानूनको समान संरक्षणले कानूनको उपभोक्ता नागरिक वा व्यक्ति उपर कानूनको अभावमा वा अन्यायपूर्ण, अनुचित र विवेकहीन कानूनको कारण अन्याय सहनु पर्दैन; योग्यता, क्षमता र परिश्रमको आधारमा कानून बमोजिम पाउनुपर्ने अवसर वा सुविधाबाट बञ्चित गरिदैन भन्ने कुराको सुनिश्चितता प्रदान गर्ने कोशिस गर्छ। यसले असमान व्यवहारलाई अस्वीकार मात्र गर्दैन, व्यक्तिलाई मानवोचित, आदरपूर्ण एवं समान व्यवहार गरिनुपर्छ भन्ने आग्रह समेत गर्दछ। जहाँ असमान व्यवहार गरियो भन्ने आरोप लाग्छ, गरिएको व्यवहार कानूनद्वारा अनुमती प्राप्त छ र आधार लिइएको कानून संविधानसम्मत छ भन्ने पुष्टि गरिनुपर्ने दायित्व सरकारमा रहन्छ। यो नै नेपालको संविधानको आधारभूत मान्यता हो।

२५. नेपालको संविधानको धारा १८ को उपधारा (१) मा उल्लिखित **"कानूनको दृष्टिमा समान"** तथा **"कानूनको समान संरक्षण"** भन्ने शब्दावलीभित्र विभेदहीनता अन्तरनीहीत छ भन्ने कुरा माथि उल्लेख गरियो। तर संविधान त्यतिमा मात्रै सीमित नरही धारा १८ को उपधारा (२) मा **"सामान्य कानूनको प्रयोगमा उत्पत्ति, धर्म, वर्ण, जात, जाती, लिङ्ग, शारीरिक अवस्था, अपाङ्गता, स्वास्थ्य स्थिति, वैवाहिक स्थिति, गर्भावस्था, आर्थिक अवस्था, भाषा वा क्षेत्र, वैचारिक आस्था वा यस्तै अन्य कुनै आधारमा भेदभाव गरिने छैन"** भन्ने र उपधारा (३) मा **"राज्यले नागरिकहरुका बीच उत्पत्ति, धर्म, वर्ण, जात, जाती, लिङ्ग, आर्थिक अवस्था, भाषा, क्षेत्र, वैचारिक आस्था वा यस्तै अन्य कुनै आधारमा भेदभाव गर्ने छैन"** भन्ने व्यवस्था पनि गरेको छ। उपधारा (२) को व्यवस्था **"सामान्य कानूनको प्रयोगमा"** गरिएको निषेधात्मक प्रकृतिको व्यवस्था हो भने उपधारा (३) को व्यवस्था राज्यले आफ्नो कार्यकारी, व्यवस्थापिकीय वा न्यायिक शक्तिको प्रयोग गर्दा भेदभावपूर्ण व्यवहार गर्न नहुने कुराको निषेधात्मक बन्देज हो। यसरी भेदभाव नगर्ने कुराको प्रत्याभूति गर्दा उपधारा (२) र (३) मा के कस्ता आधारमा भेदभावपूर्ण व्यवहार गर्न पाइदैन भन्ने कुराको सूची नै दिइएको छ। दुवै उपधाराहरुमा उल्लेख भएका धेरै आधारहरु समान छन् तर उपधारा (३) मा उल्लेख नभएका केही थप आधारहरु जस्तो शारीरिक अवस्था, अपाङ्गता, स्वास्थ्य स्थिति, वैवाहिक स्थिति, गर्भावस्था जस्ता आधारहरु पनि उपधारा (२) मा उल्लेख गरिएका छन्। सामान्य कानूनको प्रयोगमा ती आधार र त्यस्तै अन्य कुनै आधारमा भेदभाव गर्न हुँदैन भन्ने नेपालको संविधानको न्यूनतम मान्यता हो।

२६. माथि उल्लिखित मूल प्रश्नको अर्को पाटो नेपालको संविधानले सकारात्मक विभेदको के कस्तो व्यवस्था गरेको छ र यसका प्रारुप, मूल तत्व र मान्यता के हुन् भन्ने हो। यद्यपि सकारात्मक विभेद भन्ने शब्दावली को उल्लेख संविधानको धारा १८ मा नभै धारा ३८ को उपधारा (५)

२०६५ नि.नं. ७९६१ पृ. ५४५; राजेन्द्र प्रसाद पौडेल *वि.* प्रधानमन्त्री तथा म.प.स समेत ने.का.प. २०७२ नि.नं. ९४९१ पृ. १८७७।

मा गरिएको छ तर जुन व्यवस्था धारा १८ को उपधारा (३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यमा राखिएको छ त्यसलाई सकारात्मक विभेदको व्यवस्था हो भनी सामान्य भाषामा भन्न कुनै आपत्ति हुने देखिंदैन। यस अदालतले सकारात्मक विभेदका साथै संरक्षणात्मक विभेद (Protective discrimination), सकारात्मक व्यवहार (Affirmative action) जस्ता शब्दावलीहरुको पनि प्रयोग गरेको छ[4]। धारा १८ को उपधारा (३) को प्रतिबन्धात्मक व्यवस्थामा भनिएको छः

> **"तर सामाजिक वा सांस्कृतिक दृष्टिले पिछडिएका महिला, दलित, आदिवासी, आदिवासी जनजाती, मधेशी, थारु, मुस्लिम, उत्पीडित वर्ग, पिछडा वर्ग, अल्पसंख्यक, सीमान्तीकृत, किसान, श्रमिक, युवा, बालबालिका, जेष्ठ नागरिक, लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यक, अपाङ्गता भएका व्यक्ति, गर्भावस्थाका व्यक्ति, अशक्त वा असहाय, पिछडिएको क्षेत्र र आर्थिक रुपले विपन्न[5] खस आर्य लगायत नागरिकको संरक्षण, सशक्तिकरण वा विकासका लागि कानून बमोजिम विशेष व्यवस्था गर्न रोक लगाएको मानिने छैन।"**

२७. उपर्युक्त व्यवस्था बाहेक पनि सकारात्मक विभेदका अन्य केही व्यवस्थाहरु संविधानमा उल्लेख भएका छन्। उदाहरणको लागि धारा ३८ को उपधारा (५), धारा ३९ को उपधारा (९), त्यसैगरी धारा ४० को समस्त व्यवस्था, त्यसैगरी धारा ४१, धारा ४२ को उपधारा (२) (५), धारा ४३ मा तत् तत् धारामा समेटिएका व्यक्ति, वर्ग र समूहलाई कानूनबमोजिम विशेष व्यवस्था गरी उल्लिखित अधिकारहरु उपभोग गर्ने अवसर पाउने व्यवस्था गरिएको छ। साथै जहाँ सकारात्मक विभेदको व्यवस्था गरिएको हो भन्ने स्पष्ट रुपमा देखिंदैन त्यहाँ पनि समानता, समान संरक्षण र विभेदहीनताको सिद्धान्तले अधिकारको प्रयोगबाट बञ्चित हुने, प्रयोगलाई निस्तेज वा निरर्थक पारिने कुरालाई स्वीकार गर्दैन। यस अर्थमा अधिकारमा पहुँच र उपयोगमा समानतालाई समानताको सिद्धान्तले आफ्नो दृष्टिभित्र राखेको नै देखिन्छ। अर्को शब्दमा हाम्रो संविधानले समानताबारे व्यवस्था गर्दा औपचारिक समानताको परम्परागत भाष्य भन्दा अघि बढेर सारभूत समानताको सिद्धान्तलाई अंगिकार र आत्मसात गरेको छ भन्ने स्पष्ट देखिन्छ।

२८. रिट निवेदनमा धारा १८ को उपधारा (३) को माथि उल्लिखित प्रतिबन्धात्मक व्यवस्था समेतको आधारमा आरक्षणको जिकिर गरिएको हुँदा सर्वप्रथम उक्त प्रतिबन्धात्मक वाक्यले के भन्न खोजेको हो र यसका अन्तरतत्व के हुन्, के कसरी व्याख्या गरिंदा सो व्यवस्थाले

---

[4] टेक बहादुर रैका (आउजी) समेत *वि.* प्रधानमन्त्री तथा म.प.स. समेत ने.का.प. २०६५ नि.नं. ७९६१ पृ. ५४५।

[5] सोही धाराको स्पष्टीकरणमा **"आर्थिक रुपले विपन्न भन्नाले संघीय कानूनमा तोकिएको आयभन्दा कम आय भएको व्यक्ति सम्झनुपर्छ"** भनिएको छ।

पिछडिएका नागरिकको **"संरक्षण, सशक्तिकरण वा विकास"** मा योगदान दिन सक्छ सो बारेमा ऐतिहासिक सन्दर्भ सहित स्पष्ट गरिनु जरुरी देखिन्छ।

२९. जहाँसम्म पिछडिएका नागरिकको लागि कानूनद्वारा विशेष व्यवस्था गरिने कुरा छ यो व्यवस्था सर्वप्रथम २०४७ को संविधानको धारा ११(३) द्वारा गरिएको हो। सो धाराको प्रतिबन्धात्मक वाक्यमा **"महिला, बालक, बृद्ध वा शारीरिक वा मानसिक रूपले अशक्त व्यक्ति वा आर्थिक, सामाजिक वा शैक्षिक दृष्टिले पिछडिएको वर्गको संरक्षण वा विकासको लागि कानूनद्वारा विशेष व्यवस्था गर्न सकिनेछ"** भन्ने व्यवस्था रहेको थियो। त्यसैगरी नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ को धारा १३(३) को प्रतिबन्धात्मक व्यवस्थामा पनि **"महिला, दलित, आदिवासी जनजाती, मधेशी वा किसान, मजदुर, वा आर्थिक, सामाजिक वा सांस्कृतिक दृष्टिले पिछडिएको वर्ग वा बालक, बृद्ध तथा अपाङ्ग वा शारीरिक वा मानसिक रुपले अशक्त व्यक्तिको संरक्षण, सशक्तिकरण वा विकासको लागि कानूनद्वारा विशेष व्यवस्था गर्न रोक लगाएको मानिने छैन"** भन्ने व्यवस्था राखिएको थियो। यसरी सकारात्मक विभेदको सम्बन्धमा वर्तमान संविधान र पूर्ववर्ती संविधानका व्यवस्थाहरुलाई तुलना गरी हेर्दा एकातर्फ कानूनद्वारा विशेष व्यवस्था गरी संरक्षण गरिनुपर्ने व्यक्ति, वर्ग र समूहको सूची क्रमशः बढ्दै गएको पाइन्छ भने अर्कोतर्फ २०४७ को संविधानमा **"आर्थिक, सामाजिक वा शैक्षिक दृष्टिले पिछडिएको वर्गको संरक्षण र विकासको लागि"** विशेष व्यवस्था गर्ने भनिएकोमा २०६३ को संविधानमा **"आर्थिक, सामाजिक वा सांस्कृतिक दृष्टिले पिछडिएको वर्गको संरक्षण, सशक्तिकरण र विकासको लागि"** विशेष व्यवस्था गर्न सकिने कुरा उल्लेख भएको पाइन्छ। यसरी २०४७ देखि २०६३ सम्म आइपुग्दा **"शैक्षिक"** भन्ने शब्द हटेको र **"सांस्कृतिक"** भन्ने शब्द थपिएको पाइन्छ भने विशेष व्यवस्था गर्ने प्रयोजनमा पनि संरक्षण र विकास मात्र नभै **"सशक्तिकरण"** भन्ने शब्द पनि थपिन पुगेको पाइन्छ। २०७२ सालसम्म आइपुग्दा **"आर्थिक"** भन्ने शब्द हटेको **र "सामाजिक वा सांस्कृतिक दृष्टिले पिछडिएको वर्ग"** भन्ने शब्दावली प्रतिबन्धात्मक वाक्यको शुरुमा नै राखिएको र संरक्षण गर्नुपर्ने व्यक्ति र वर्गको सूची पनि अरु विस्तार गरिएको पाइन्छ।

३०. यस सन्दर्भमा नेपालको वर्तमान संविधानको धारा १८(३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यको सान्दर्भिक अर्थ के हुन सक्छ भनी हेर्दा प्रथम दृष्टिमा नै सो वाक्यको शुरुमा नै **"सामाजिक वा सांस्कृतिक दृष्टिले पिछडिएको वर्ग"** भनिएबाट प्रतिबन्धात्मक वाक्यभित्र पर्ने सबैको संरक्षण, सशक्तिकरण र विकासको लागि विशेष व्यवस्था गर्ने भन्ने संविधानको उद्देश्य नभै केवल सामाजिक वा सांस्कृतिक दृष्टिले पिछडिएका नागरिकहरुको लागि मात्र विशेष व्यवस्था गर्न सकिने रहेछ भन्ने बुझिन्छ र यतिसम्म त कुरा स्पष्ट नै छ। तर सो वाक्य किन **"सांस्कृतिक दृष्टिले पिछडिएको"** भन्ने अर्थ लाग्ने गरी गठन गरियो भन्ने बुझ्न चाहिं सहज छैन। यद्यपि व्यक्ति, समूह वा समुदायको सांस्कृतिक पहिचान वा जीवनपद्दति अलग अलग हुन सक्छ र

सोही कारण सांस्कृतिक विविधता वा पहिचान सम्मान गरिने विषय बन्छ। तर कुनै पनि समुदायलाई सांस्कृतिक दृष्टिले अगाडि परेको वा पिछडिएको भनी हेर्नुपर्ने वा हेर्न मिल्ने हुँदैन। बरु कसैलाई पनि सांस्कृतिक दृष्टिले उन्नत वा पिछडिएको भनिनुमा भन्ने व्यक्तिको पितृत्ववादी सोच (Paternalistic thinking) झल्कन्छ र यो आपत्तिजनक हुन्छ। त्यसैले सो वाक्यमा परेको **"सांस्कृतिक दृष्टिले पिछडिएको"** भन्ने शब्दावली त्यति उपयुक्त शब्दावली हो भन्ने देखिंदैन।

३१. संविधान निर्माणको क्रममा संविधानसभाको नागरिकता, मौलिक हक र निर्देशक सिद्धान्तको अध्ययन गर्न गठित समितिले तयार गरेको प्रारम्भिक मस्यौदाको दोस्रो महल अर्थात **"प्रस्तावित व्यवस्था गर्नु पर्नाको कारण वा व्याख्यात्मक टिप्पणी"** मा **"हाम्रो जस्तो विविधतायुक्त सामाजिक बनौट, अवसर तथा आर्थिक साधन श्रोतको असमान वितरण, भिन्न प्रकारको शैक्षिक स्तर र धार्मिक, सांस्कृतिक तथा भाषिक विविधतायुक्त मुलुकमा केवल औपचारिक समानताले मात्र राष्ट्रिय लक्ष्य हासिल हुन नसक्ने हुँदा सामाजिक न्याय मार्फत सारवान समानता हासिल गर्न"** भन्ने उल्लेख भएको पाइन्छ। यसबाट संविधानमा उल्लिखित **"सांस्कृतिक रुपले पिछडिएको"** भन्ने शब्दावलीले सांस्कृतिक विविधतालाई नै इङ्गित गर्न खोजेको रहेछ भनी बुझ्न सकिने देखिन्छ। निश्चित सांस्कृतिक पहिचान र सो पहिचानको अनुशरणले सामाजिक, आर्थिक, धार्मिक, शैक्षिक, भाषिक तथा स्वास्थ्य स्थिति फरक पर्न सक्छ। समग्रतामा त्यसलाई सामाजिक पछौटेपनको अवस्था वा आयाम भनी हेर्न सकिने र त्यसो गर्दा **"सामाजिक दृष्टिले पिछडिएको"** भन्ने वाक्य मार्फत नै पनि हासिल गर्न खोजेको लक्ष्यमा पुग्न सकिने हुन्छ। तर कुनै वर्गको नागरिक **"सांस्कृतिक रुपमा पिछडिएको"** भन्नु संविधानले अङ्गिकार गरेको सम्मान र समानताको भाष्य अनुकूल समेत हुने नदेखिंदा सो शब्दावलीलाई सांस्कृतिक विविधताको अर्थमा ग्रहण गरिनु संविधानसम्मत हुने देखिन्छ। साथै आमरुपमा नेपाली नागरिकहरुको शिक्षा प्रतिको चाहना, आफूले नखाएर पनि छोराछोरीलाई पढाउनु पर्छ भन्ने कटिबद्धता, शैक्षिक जागरणलाई नेपालभर नै एउटा सामाजिक अभियानको रुपमा लिइएको स्थिति, शिक्षा नेपालीहरुको संस्कृतिको एउटा अभिन्न अङ्ग बनिसकेको परिस्थिति, शैक्षिक रुपमा सवल नभै संस्कृतिबारे गहिरोसँग बुझ्न र यसको सचेतन अनुशरण गर्न कठिन हुने अवस्था समेतलाई दृष्टिगत गर्दा शैक्षिक रुपमा पिछडिनुलाई सामाजिक वा सांस्कृतिक रुपमा पिछडिएको भनी मान्नमा भने कुनै आपत्ति हुने देखिएन।

३२. अब जहाँसम्म सामाजिक पछौटेपनको पहिचान गर्ने सन्दर्भमा धारा १८(३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यमा उल्लिखित वर्गलाई कसरी हेर्ने भन्ने प्रश्न छ सो प्रतिबन्धात्मक वाक्यमा वर्ग, लिङ्ग, उमेर, पेशा, क्षेत्र, जनसाङ्खिक उपस्थिति, शारीरिक वा मानसिक अवस्था र अशक्ततालाई जनाउँने शब्दहरु प्रयोग भएका छन्। नेपालमा १२६ जातजातीको बसोबास र १२३

भाषाभाषीको उपस्थिति रहेको[6] सन्दर्भमा उक्त प्रतिबन्धात्मक वाक्यांशमा सूचीकृत वर्ग वा समूहलाई सहि किसिमले बुझ्नु जरुरी छ। सो वाक्यांशमा प्रयुक्त शब्दावली हेर्दा सो व्यवस्थाले समग्रतामा जातलाई सकारात्मक विभेदको निम्ति उपयुक्त आधार नमानी वर्ग वा वर्गीयतालाई आधार बनाएको देखिन्छ। उदाहरणको लागि किसान, श्रमिक, उत्पीडित वर्ग, अशक्त, असहाय जुनसुकै जातीय वा लैङ्गिक समुदायको पनि हुन सक्ने देखिन्छ। उ आदिवासी जनजाती, खसआर्य, मधेशी वा मुस्लिम कोही पनि हुन सक्छ। त्यसैले जात नभै वर्ग वा वर्गीयता सकारात्मक विभेदको आधार हो भन्ने उक्त प्रतिबन्धात्मक वाक्यांशको सामान्य अध्ययनबाट बुझिन्छ। सो वाक्यमा प्रयोग भएका उत्पीडित वर्ग, पिछडा वर्ग, पिछडिएको क्षेत्र, आर्थिक रुपले विपन्न भन्ने शब्दहरुले आर्थिक विपन्नताको कारण पर्ने उत्पीडन, पछौटेपनलाई नै संकेत गर्छ भन्ने देखिन्छ। साथै सो वाक्यमा जे जति वर्गहरु उल्लेख भएको छ त्यसले एकभन्दा बढी उत्पीडनलाई पनि जनाउँन सक्छ। उदाहरणको लागि कोहि व्यक्ति एकै पटक दलित, अपाङ्ग, ग्रामीण, कृषक, महिला पनि हुन सक्छ। त्यसैले धारा १८(३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यमा उल्लिखित विभिन्न वर्गका व्यक्तिहरुको वास्तविक पछौटेपनको पहिचान सकारात्मक विभेदको व्यवस्थाको पहिलो शर्त बन्छ। जुनसुकै लिङ्ग, वर्ग र समुदायको भए पनि विपन्नता उनीहरुको हकमा चालिने विशेष कदमको पूर्वशर्त हो। सामान्य अर्थमा पनि सकारात्मक व्यवस्था तब जरुरी हुन्छ जब उनीहरु आफ्नो वा परिवार मात्रको प्रयास वा सामर्थ्यमा आर्थिक, शैक्षिक रुपमा सक्षम व्यक्तिहरुसँग प्रतिष्पर्धा गर्न र राज्यको मूल प्रवाहमा सहभागी हुन सक्दैनन्। यसको लागि कानूनमार्फत लक्षित वर्ग अन्तर्गत पनि विशेष व्यवस्था गरिनुपर्ने व्यक्ति र समुदायको पहिचान गर्ने, हासिल गर्न खोजेको लक्ष्य, गर्न खोजिएको कार्यक्रम र समयावधिको किटान गर्ने, श्रोत साधनको व्यवस्था गर्ने, तोकिएको समयावधिभित्र लक्ष्य हासिल भयो वा भएन, कार्यक्रमको प्रभावकारिता के कस्तो छ भन्ने कुराको मुल्याङ्कन गर्ने र कार्यान्वयनको अनुगमनको व्यवस्था एवं दुरुपयोग रोक्नको लागि संस्थागत प्रबन्ध समेत गरिनु जरुरी हुन्छ।

३३. संविधानको धारा १८(३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांश अन्तर्गत गरिने कार्यक्रमको लक्ष्य आर्थिक, सामाजिक, शैक्षिक स्थितिको सुधार गर्ने हुँदा लक्षित कार्यक्रमभित्र आरक्षण, आर्थिक सहयोग, छात्रवृत्ति, संस्थागत सुधार, सामाजिक रुपान्तरणको लागि चेतनाको विकास आदि कुराहरु पर्न सक्छन्। सो अन्तर्गत पछौटेपनको अवस्था हेरी एउटै व्यक्तिको लागि एउटा भन्दा बढी कार्यक्रम पनि बन्न सक्छ। यसो गरेमा मात्र सकारात्मक विभेदको व्यवस्थाले वाञ्छित लक्ष्य हासिल गर्न सक्ने, संविधानमा उल्लिखित सारभूत समानता सुनिश्चित हुने र

[6] २०६८ को जनगणना अनुसार हेर्नुहोस **National Population and Housing Census 2011** (National Report), Kathmandu, (GON Central Bureau of Statistics) at p 4,

समतामूलक समाजको निर्माण गर्न सकिने हुन्छ। अन्यथा सकारात्मक विभेदको व्यवस्था शासन व्यवस्थामा हालिमुहाली गर्ने मध्यम वर्गीय भासमा पर्ने र पछौटेपनको नाममा तरमारा वर्गले राज्यद्वारा प्रदान गरिएको सुविधाको अनवरत दोहन गर्ने र इतिहासलाई भजाएर योग्यता र क्षमतालाई सदा दुत्कार्ने स्थिति बन्छ, जुन लोकतन्त्र, विधिको शासन र मानव अधिकारको दृष्टिबाट समेत उचित देखिंदैन।

३४. निवेदकले आफ्नो निवेदनमा समानुपातिक समावेशीताको सिद्धान्तको आधारमा समेत आफ्नो माग दावी प्रस्तुत गरेको र सो गर्दा नेपालको संविधानको धारा ४२ को उल्लेख गरेको पाइन्छ। समानुपातिक समावेशी र सहभागितामूलक समाजको निर्माण गर्ने संकल्प संविधानले गरेको कुरा माथि परेकै छ। नेपाल बहुभाषिक, बहुधार्मिक, बहुसांस्कृतिक विशेषतायुक्त मुलुक हो र हामीले अंगालेको लोकतन्त्र समावेशी लोकतन्त्र हो भन्ने कुरामा दुईमत छैन। संविधानको धारा ४२ ले सामाजिक न्यायको हकबारे व्यवस्था गर्दै उपधारा (१) मा **"सामाजिक रुपले पछाडि परेका नागरिकलाई समानुपातिक समावेशी सिद्धान्तको आधारमा राज्यको निकायमा सहभागिताको हक हुनेछ"** भन्ने घोषणा गरिएको छ। यो व्यवस्था अन्तर्गतको लक्षित समूह धारा १८(३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यमा उल्लिखित वर्ग र समूहसँग करिब करिब मिल्दोजुल्दो छ[7] तापनि यी दुई हकहरुको तुलना गरेर हेर्दा धारा ४२ (१) को हक राज्यका निकायमा सहभागिताको लागि स्वतः कार्यान्वयन हुने हक हो भन्ने देखिन्छ। यो हकको कार्यान्वयनको लागि छुट्टै कानून नचाहिन सक्छ, जबकि धारा १८(३) को प्रतिबन्धात्मक व्यवस्था स्वतः कार्यान्वयन हुने व्यवस्था होइन। यसको कार्यान्वयनको लागि कानून आवश्यक पर्छ। यस्तो कानूनले योग्यता र क्षमता नहेरी मुलुकको जातीय वा वर्गीय संरचनाको जनसाङ्ख्कि अनुपातलाई मात्र हेरी समानुपातिकताको आधारमा सकारात्मक विभेदको व्यवस्था कार्यान्वयन हुने हक हो भन्दैन। यसो भनिएमा कतिपय अवस्थामा सकारात्मक विभेदको व्यवस्था धारा १८(१), (२), (३) द्वारा प्रत्याभूत हक अर्थात समानताको हकको विपरीत हुन जाने पनि हुन्छ। धारा १८(३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांशको व्यवस्थाको उद्देश्य तत्कालमा नै सो वाक्यांशमा लक्षित वर्गको संरक्षण, सशक्तिकरण र विकास हो। धारा ४२(१) को व्यवस्था नेपालको संविधानले समतामूलक समाजको निर्माण बारेमा राखेको दूरदृष्टि (Vision) हो। यति हुँदा हुँदै पनि धारा १८(३) को

[7] तर दुवै धारामा केही फरक शब्दावलीहरुको प्रयोग भएको अवस्था भने छ। उदाहरणको लागि धारा १८(३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यमा गर्भावस्था भएका व्यक्ति, अशक्त वा असहाय, बालबालिका, उत्पीडित वर्गलाई स्वतन्त्र वर्गको रुपमा राखिएको छ भने **"पिछडिएको क्षेत्र र आर्थिक रुपले विपन्न खस आर्य"** भन्ने शब्दावली प्रयोग भएको छ। साथै सो व्यवस्था सामाजिक वा सांस्कृतिक रुपले पछाडि परेका नागरिकको संरक्षण, सशक्तिकरण र विकासको लागि गरिएको व्यवस्था हो। धारा ४२(१) को शुरुवात **"सामाजिक रुपले पछाडि परेका"** भन्ने शब्दावलीबाट भएको छ। यसमा **"उत्पीडित वा पिछडिएको क्षेत्रका नागरिक"** भन्ने शब्दावली प्रयोग भएको छ।

प्रतिबन्धात्मक वाक्य र ४२(१) समेतका व्यवस्थाको साझा उद्देश्य समाजमा विद्यमान विभेदको अन्त्य गर्दै सामाजिक रुपमा पिछडिएका जनताको हकमा विभिन्न किसिमका सकारात्मक पहल गर्दै शिक्षा, रोजगारी, सामाजिक सुरक्षा र राज्यका निकायहरुमा सहभागिता समेतको क्षेत्रमा सकारात्मक व्यवस्था गरी जनताको सक्रिय सहभागितामा आधारित समावेशी चरित्रको समतामूलक समाजको स्थापना गर्ने हो भन्ने देखिन्छ[8]। त्यस अर्थमा दुवै व्यवस्थाहरु बहुआयामिक देखिन्छन्।

३५. वस्तुतः समानुपातिक समावेशीता राज्य संरचनामा सहभागिता लक्षित प्रावधान हो। योग्यता, क्षमता आदिका नाममा राज्य संरचनामा सीमित वर्ग र व्यक्तिले कब्जा गर्न नपाओस्, उपेक्षित वर्गको शासन व्यवस्थामा सक्रिय सहभागिता बढोस्, समावेशी लोकतन्त्र शासन व्यवस्थाको दीर्घकालीन आधार बनोस् भन्ने सोच धारा ४२ को व्यवस्थामा अन्तरनिहित छ। धारा ४२ को व्यवस्थाको शीर्षक नै **"सामाजिक न्याय"** भन्ने हुँदा समानुपातिक समावेशीतालाई सामाजिक न्यायको एउटा आयामको रुपमा हेरिनुपर्छ र न्यायपूर्ण समाजको स्थापना गर्नेतर्फ राज्य र समाजका प्रयासहरु केन्द्रित रहनुपर्छ। निर्णय प्रक्रियामा र लाभको वितरणमा अर्थपूर्ण सहभागिता समानुपातिक समावेशीताको मानक बन्छ। निश्चित कालखण्डभित्र गरिने अङ्कगणितीय अनुपात पनि समानुपातिक समावेशीताको दृष्टिभित्र रहन सक्ला, तर यो सोभन्दा उन्नत दीर्घकालीन दृष्टिकोण, सोच हो। अमुक कार्यक्रम समानता, समता र सहभागिताको दृष्टिबाट प्रगतिशील व्यवस्था हो, यो संवैधानिक दुरदृष्टि (Constitutional vision) भित्र पर्छ, यसले संवैधानिक लक्ष्य पच्छ्याएको छ र विवेकसम्मत छ भन्ने भएसम्म अङ्कगणितीय अनुपातलाई मात्र हेरेर समानुपातिक समावेशीताको सिद्धान्तले सकारात्मक विभेदको कार्यक्रमलाई अवैध करार गर्दैन। त्यस मानेमा सकारात्मक विभेदको कार्यक्रमको मान्यता र यसका अन्तरतत्व जाँच्ने कसौटि धारा १८ मा वर्णित समानता र विभेदहीनताको व्यवस्था हो समानुपातिक समावेशीताको सिद्धान्त होइन भन्ने देखिन्छ।

३६. **<u>निरुपण गरिनुपर्ने दोस्रो प्रश्नः</u> समानता, विभेदहीनता र सकारात्मक विभेदको व्यवस्थालाई मानव अधिकार सम्बन्धी कानूनले के कसरी निर्देशित गर्छ?**

३७. अघिल्लो प्रश्नको निरुपण गर्ने क्रममा हामीले औपचारिक समानता र सारभूत/सारवान समानताको पनि उल्लेख गर्‍यौं। यस खण्डमा पनि सोबारे चर्चा गर्ने छौं, तर शुरुवात समानताबाटै गरौं। मानव अधिकार कानूनले समानतालाई विशेष महत्व दिएको छ। समानता नै नागरिक, राजनीतिक, आर्थिक, सामाजिक, र सांस्कृतिक अधिकारको प्रयोगको आधार हो। मानव अधिकार कानूनले व्यक्तिको समानता सम्बन्धी अधिकार सबै अवस्थामा अनतिक्रम्य

[8] यो कुराको पुष्टि संविधानको धारा ५१(ज) को देहाय खण्ड १०, ११, १२ ले पनि गर्छ।

मानेको छ। समानताको रक्षा गर्ने, संरक्षण गर्ने र समानताको उपभोग सुनिश्चित गर्ने दायित्व राज्यको हो भन्ने यो कानूनको मूल मान्यता हो। यो कानूनले अधिकार मानिसको लागि हो भने राज्य उनीहरुको जिन्दगीको भोगाइप्रति बेखवर रहन सक्दैन भन्ने दृष्टिकोण राख्दछ। जीवनको वास्तविक भोगाइमा सुधार नआउने, वर्ग, लिङ्ग, धर्म, प्रथा परम्परा आदिको कारण सदा-सर्वदा विभेद, उपेक्षा वा बहिस्करणमा परिरहनुपर्ने हो भने समानताको घोषणाको केही अर्थ रहदैंन। परिणामतः यो केवल कागजी व्यवस्था मात्र रहन जान्छ। समानताको घोषणा मात्र होइन, विभेदको अन्त्य भै यथार्थमा सबैले विना भेदभाव समान रुपमा अधिकार प्रयोग गर्न सक्ने र सो कारण श्रृजित फाइदा पाउने स्थिति बन्नु समानताको सन्दर्भमा महत्वपूर्ण हुन्छ। त्यसैले समानताको अधिकारको वास्तविक /सारभूत रुपमा प्राप्ति र उपभोग पछिल्लो समयमा मानव अधिकार कानूनमा लोकप्रिय अवधारणा बन्न पुगेको छ।

३८. मानव अधिकार कानूनले संवैधानिक व्यवस्था भन्दा भिन्न किसिमले **"जन्मदा नै सबै मानवहरु स्वतन्त्र र समान जन्मेका हुन् र सबैको प्रतिष्ठा र अधिकार समान हुन्छ"** भन्ने घोषणा गरेको छ[9]। यो घोषणाले जन्मदा सबै समान हुन्; असमानता र विभेद त समाज श्रृजित अवस्था हो भनेर जुन उद्घोष गरेको छ यसले विभेदका कारणहरु खोज्दै तिनलाई हटाई व्यक्तिहरु बीच वास्तविक र सारभूत समानता खोज्न अन्तराष्ट्रिय समुदायलाई प्रेरित गर्दछ। तर समानता र विभेदहीनताको सिद्धान्तको अर्थ व्यक्ति बीच रहने सबै प्रकारका भेद वा विषमता गैरकानूनी हुन्छन भन्ने कदापि होइन। यस्तो मान्यता मानव अधिकार कानून राख्दैन। परिस्थिति उल्लेखनीय रुपमा फरक रहेको अवस्थामा त्यस्ता फरक परिस्थिति हुनेहरुलाई राज्यले फरक व्यवहार गर्न सक्छ। पृथक व्यवहार कुनै वस्तुनिष्ठ आधारमा गरिएको छ, त्यो तर्कपूर्ण छ, दिइएको तर्क र गरिएको व्यवहार असंगत (Disproportionate) छैन भने त्यसले अवश्य पनि मान्यता पाउँछ र पाउनुपर्छ भन्ने दृष्टिकोण मानव अधिकार कानून राख्दछ[10]।

३९. मानव अधिकार कानूनको मुख्य चासो समानतालाई कसरी उपभोग्य अधिकार बनाउँन सकिन्छ भन्ने हो। यसका निम्ति मानव अधिकार कानूनले श्रोत साधन उपरको पहुँचमा समानता र परिणाममा समानता जरुरी हुने दृष्टिकोण राख्छ। यो दृष्टिकोणको सहि परिशीलनको लागि विद्यमान विभेदबारे गहिरोसँग बुझ्न र मनन गर्न जरुरी हुन्छ। विभेदको बृहत परिभाषा, जातीय विभेदको सन्दर्भमा सबै प्रकारका जातीय विभेदहरुको उन्मूलन सम्बन्धी महासन्धी (ICERD) १९६५ ले, त्यसैगरी लैङ्गिक विभेदको सन्दर्भमा महिलाहरुको विरुद्ध हुने सबैखाले विभेदहरुको उन्मूलन सम्बन्धी महासन्धी (CEDAW) १९७९ ले, त्यसैगरी अपाङ्गताको सन्दर्भमा अपाङ्ग

[9] मानव अधिकारको विश्वव्यापी घोषणापत्र १९४८ धारा १।

[10] OHCHR/IBA, HUMAN RIGHTS IN THE ADMINISTRATION OF JUSTICE: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers (New York 2003) at p 655-656.

व्यक्तिहरुको अधिकार सम्बन्धी महासन्धी (CRPD) २००६ ले गरेको पाइन्छ। ICERD को धारा १.१, CEDAW को धारा १ र CRPD को धारा २ ले विभेद (Discrimination) लाई स्पष्ट गर्ने सन्दर्भमा अधिकारको समान मान्यता, प्रयोग वा उपभोगलाई शून्य, कमजोर वा निस्तेज पार्ने उद्देश्य वा प्रयोजनको लागि गरिएका बहिस्करण र प्रतिबन्ध समेत सम्झनुपर्छ भनेको छ[11]।

४०. मानव अधिकार सम्बन्धी दस्तावेजहरु मध्ये जातीय विभेद सम्बन्धी महासन्धी (ICERD) सापेक्षिक रुपमा पूरानो महासन्धी हो। यो जातीय विभेद, अलगाव र रंगभेद (Racial discrimination, segregation and apartheid) को विरुद्धमा जारी भएको दस्तावेज हुँदा यसको मुख्य ध्यान जातीय उच्चता र यस आधारमा गरिने अधिकारको प्राथमिकिकरण हटाउनु थियो। त्यसैले यो महासन्धीले जातीय पूर्वाग्रह र विभेद हटाउन विशेष उपायहरुको (Special measures) परिकल्पना गरे पनि यसले आरक्षणको झल्को दिने गरी विस्तृत कुराहरु गरेन[12]। तर महिलाहरु उपर हुने सबैखाले विभेद विरुद्धको महासन्धी (CEDAW) जारी हुँदाको परिस्थिति भने फरक भैसकेको थियो। त्यसैले यसले लैङ्गिक विभेदलाई समानताको अधिकारको मान्यता, प्रयोग र उपभोगमा बाधक तत्वको रुपमा स्वीकार गर्दै कुनै पनि किसिमको विभेद, बहिस्करण वा प्रतिबन्धको कारण समानताको अधिकारमा पहुँच र उपभोगमा बाधा परेको छ भने सोकुरा समानता विरुद्ध हुन्छ भन्ने दृष्टिकोण राख्यो र सदस्य राष्ट्रहरुलाई महिलाहरु उपर हुने सबैखाले विभेदको विरुद्ध खडा हुन र समानताको अधिकारको व्यवहारिक रुपमा उपभोग हुने प्रबन्ध गर्न आह्वान गर्यो। यसका निम्ति महासन्धीले पुरुष र महिलाबीच समानताको अधिकारको वास्तविक रुपमा (De facto) छिटोभन्दा छिटो उपयोग हुन सक्ने परिस्थितिको लागि सकारात्मक पहलका अस्थायी विशेष उपायहरु (Temporary special measures) को व्यवस्था गर्न पनि सदस्य राष्ट्रहरुलाई अनुमती दियो। त्यसैगरी CRPD २००६ ले धारा ५ मा अपाङ्गता भएका व्यक्तिहरुको समान अधिकारको घोषणा गर्दै अपाङ्गताको आधारमा भेदभाव गर्न नपाइने, अपाङ्गता भएका व्यक्तिहरुले अधिकारको समान संरक्षण र समान फाइदाको हक राख्ने, उनीहरुले अधिकार प्रयोग गर्न पाउने गरी राज्यहरुले उपयुक्त व्यवस्थापनका कदमहरु चाल्नुपर्ने, अपाङ्गता भएका व्यक्तिहरुले अधिकारको यथार्थ र वास्तविक प्रयोगलाई गति प्रदान गर्न अपनाइएका विशेष उपायहरुलाई विभेदकारी भन्न नमिल्ने उद्घोष गरिएको पाइन्छ[13]।

---

[11]ICERD in Art 1.1 in the context of racial discrimination also includes racial preference as discriminatory, while CEDAW does not use the term “preference”. CEDAW in Art 1 states: “For the purposes of the present Convention, the term "discrimination against women" shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field”. CRPD in Art 2 calls “denial of reasonable accommodation also as discrimination.

[12] See ICERD Art 1.4, talks about special measures. See also 2, and 7; See also ICCPR General Comment No 18 (1989).

[13] CRPD Art 5.

अन्य स्थितिमा पनि समानताको अधिकारको कार्यान्वयन गर्न र विभेदको निरन्तरतालाई रोक्न कहिलेकाहीं राज्यले सकारात्मक कदम चाल्नुपर्ने हुन सक्छ। सामान्यतया जनसंख्याको निश्चित हिस्साको लागि निश्चित विषयमा विशेष ग्राह्यता दिने व्यवहार गर्न सकिन्छ र जबसम्म यस्ता व्यवहारहरु विभेदलाई हटाउनको लागि आवश्यक हुन्छन्, महासन्धी अन्तर्गत तिनलाई वैध नै मानिन्छ भन्ने कुरालाई मानव अधिकार कानूनले स्वीकार गरेको पाइन्छ[14]।

४१. माथि उल्लिखित विभिन्न महासन्धीका व्यवस्थाहरु, तिनका टिप्पणी र पारित गरिएका सामान्य सुझावहरु समेत हेर्दा मानव अधिकार कानूनले सकारात्मक कदमहरुलाई वास्तविक विभेदको अन्त्य गरी प्रभावकारी रुपमा समानता कायम गर्ने उद्देश्य केन्द्रित गरेको र यस्ता सकारात्मक उपायलाई अस्थायी प्रकृतिको उपायको रुपमा राखिएको पाइन्छ[15]। यस्ता विशेष उपायहरु अपनाउँदा विभेदको पहिचान, विशेष लक्ष्यको निर्धारण र लक्षित वर्गको पहिचान, कार्यक्रम, समयसीमा, श्रोत साधनको व्यवस्था, अनुगमन तथा मुल्याङ्कन गर्ने संस्थागत व्यवस्था गरिनुपर्ने कुराहरु तर्फ पनि इङ्गित गरेको स्पष्ट देखिन्छ। अस्थायी विशेष उपायहरु भनेको अस्थायी प्रकृतिका उपायहरु नै हुन्; यी सदाकालका लागि श्रृजित उपायहरु होइनन्। यथार्थमा यीनको प्रयोग परिस्थिति सुधार गर्न (To improve de facto position) को लागि हो। अवलम्बन गरिएको उपाय प्रभावकारी हुन सक्यो वा सकेन, सो उपायबाट परिस्थितिमा सुधार आयो वा आएन भन्ने कुराको समय समयमा अनुगमन र मुल्याङ्कन गर्ने, अवसर र व्यवहारमा समानता (Equality of opportunity and treatment) हासिल गर्ने उद्देश्य प्राप्त हुनासाथ त्यस्ता अस्थायी विशेष उपायहरु बन्द गरिनुपर्छ भन्ने आह्वान पनि महासन्धीले गरेको[16] र यस्तै मान्यता मानव अधिकार समुदायको पनि रहेको छ भन्ने कुरा पनि यहाँ बिर्सन मिल्दैन[17]। सारभूत समानताको लागि भन्दै अनियन्त्रित रुपमा र समन्वय बेगर सकारात्मक कदमहरु चाल्दा योग्यता र क्षमतालाई उल्टो चुनौती दिने र समानताको हकको प्रचलनमा बाधा पर्न जाने हुन्छ भन्ने कुरालाई पनि मानव अधिकार कानूनले जानकारीमा लिएको पाइन्छ।

---

[14] United Nations Human Rights Committee, General Comment No. 18: Non-discrimination, 10, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 (May 12, 2003).

[15] The UN defines affirmative action as "a coherent packet of measures, of a temporary character, aimed specifically at correcting the position of members of a target group in one or more aspects of their social life, in order to obtain effective equality." See U.N. Econ. & Soc. Council [ECOSOC], Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Prevention of Discrimination. The Concept and Practice of Affirmative Action, 6, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2002/21 (June 17, 2002) (submitted by Marc Bossuyt).

[16] CEDAW Art 4(1) states: Adoption by States Parties of temporary special measures aimed at accelerating de facto equality between men and women shall not be considered discrimination as defined in the present Convention but shall in no way entail as a consequence the maintenance of unequal or separate standards; these measures shall be discontinued when the objectives of equality of opportunity and treatment have been achieved. *See also* General Recommendation 25 which states, "Thus, continuous monitoring of laws, programmes and practices directed at the achievement of women's de facto or substantive equality is needed so as to avoid a perpetuation of non-identical treatment that may no longer be warranted."

[17] ICCPR General Comment No 18 para 10 (1989).

४२. **<u>निरुपण गरिनुपर्ने तेस्रो प्रश्नः</u> सर्वोच्च अदालतद्वारा हालसम्म भएका फैसला र प्रतिपादित सिद्धान्तहरुले शैक्षिक आरक्षणको विषयलाई के कसरी निर्देशित गर्दछन्?**

४३. पहिलो प्रश्नको निरुपण गर्ने क्रममा हामीले नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ त्यसैगरी नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ र वर्तमान संविधानले गरेको सकारात्मक विभेद सम्बन्धी व्यवस्थाको संक्षिप्त चर्चा गर्यौं। सो गर्ने क्रममा सकारात्मक विभेदको छहारी प्रदान गर्नुपर्ने वर्ग र समुदायको विस्तार भएको कुरा पनि उल्लेख गर्यौं। यद्यपि सकारात्मक विभेदको व्यवस्था २०४७ को संविधानमा राखिए पनि सो व्यवस्थाको कार्यान्वयन गर्ने कानून निर्माणमा तत्कालै पर्याप्त जागरुकता नलिइएको कारण यो विषयले पटक पटक अदालतमा प्रवेश पाएको, रोजगारी र शिक्षा दुवै क्षेत्रमा विवादहरु उठेको अध्ययनबाट देखिएको छ[18]। प्रस्तुत विवादको प्रसंग शिक्षामा आरक्षण रहेकोले यस खण्ड र यस पछिका खण्डहरुमा हामी शैक्षिक क्षेत्रमा गरिने सकारात्मक विभेद सम्बन्धी व्यवस्थाको ऐतिहासिक सन्दर्भ समेतलाई दृष्टिगत गर्दै चर्चालाई त्यसतर्फ केन्द्रित गर्ने प्रयास गर्नेछौं।

४४. ऐतिहासिक सन्दर्भमा हेर्दा, नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ११(३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यमा **"महिला, बालक, बृद्ध वा शारीरिक वा मानसिक रूपले अशक्त व्यक्ति वा आर्थिक, सामाजिक वा शैक्षिक दृष्टिले पिछडिएको वर्गको संरक्षण वा विकासको लागि कानूनद्वारा विशेष व्यवस्था गर्न सकिनेछ"** भन्ने उल्लेख भएको कुरा माथि परेकै छ। तर सो व्यवस्थालाई कार्यान्वयन गर्न लामो समयसम्म कुनै कानून बन्ने वा सो अन्तर्गत कुनै विशेष व्यवस्था गर्ने आदि कुरा भएन। यही अवस्थामा तत्कालीन श्री ५ को सरकारले आ.व. २०६१।६२ को नीति, कार्यक्रम र बजेटमा समेत आरक्षणको व्यवस्था गर्ने निर्णय गरेको आधारमा शिक्षा मन्त्रालयबाट लेखी आए बमोजिम त्रिभुवन विश्वविद्यालयको कार्यकारी परिषद्ले मिति २०६१।०५।०८ को निर्णयद्वारा सो आरक्षण सम्बन्धी निर्णयको कार्यान्वयन गर्ने भनिएको र सोही बमोजिम चिकित्सा शास्त्र अध्ययन संस्थानद्वारा मेडिकल र डेन्टल कलेजको शैक्षिक वर्ष २०६१।६२ को स्नातक तहको भर्नाको लागि शुरु सूचना प्रकाशन गर्दा कुनै

---

[18] **राधिका गिरी *वि.* लोक सेवा आयोग** ने.का.प. २०६७ निर्णय नं. ८५२७ पृ. २१२० **"कुनै व्यक्ति मधेशी हो वा होइन भन्न जन्मस्थल वा उत्पत्ति वा भाषा वा संस्कृति आदि के आधारमा छुट्याउने भन्ने आधार नै कानूनमा स्पष्ट नगरिएको अवस्थामा...पर्याप्त उपचारको मार्गदर्शन गर्न गाह्रो पर्ने हुन्छ ... कानूनी रिक्तताको फाइदा लक्षित वर्गले पाउनुको बदला अन्य वर्गले पाउन सक्ने र लक्षित वर्ग वा समुदायले फाइदा हासिल गर्न नसक्ने अवस्था सिर्जना हुन्छ। यो कुरा विशेष रुपले मननीय छ"** भन्ने फैसला गरेको छ। त्यसै गरी **निलम कुमारी यादव समेत *वि.* नेपाल बैंक लिमिटेड** समेत ने.का.प. २०६८ नि.नं. ८६९८ पृ. १६९० **"नेपाल बैंकद्वारा विज्ञापित पदमा मधेशी महिलालाई आरक्षण दिइएन भन्ने विषयमा ... राज्यको कुनै पनि निकायले कुनै प्राविधिक, आर्थिक, व्यवस्थापकीय वा अन्य बहानामा संविधानको उद्देश्य अनुरूप समावेशी सिद्धान्तका आधारमा सहभागी हुन पाउने हकको कार्यान्वयन गर्नुपर्ने कर्तव्य वा दायित्व निर्वाह गर्नमा लामो समयसम्म अनदेखा वा बेवास्ता गर्नु मनासिव र तर्कसंगत हुन नसक्ने"** भन्ने सिद्धान्त प्रतिपादित भएको थियो।

समूहलाई आरक्षण कोटा निर्धारण नगरी सबै सिटमा खुला प्रतियोगिता आह्वान गरिएकोमा त्रि.वि. कार्यकारी परिषद्‌को निर्णयपछि सो सूचनामा संशोधन गरी जम्मा सिटको १०% दलित, १५% जनजाती, २०% महिलाको लागि सिट आरक्षण गरिएको र ५५% सिट मात्र खुलामा राखिएको थियो। ***प्रद्योश क्षेत्री*** को रिट निवेदनमा यही विषयलाई चुनौती दिइएको थियो[19]। यस्तो व्यवस्थाले नेपाल अधिराज्यको संविधान, २०४७ को धारा ११, १२ र १६ समेतद्वारा प्रदत्त हक हनन् भएको हुँदा आरक्षण सम्बन्धी निर्णय बदर गरी खुला प्रवेश परीक्षाको माध्यमबाट मात्र विद्यार्थी छनौट र भर्ना गर्नू भनी परमादेशको आदेश समेत जारी हुनुपर्ने भन्ने माग निवेदकको थियो[20] भने लिखित जवाफमा तत्कालीन श्री ५ को सरकारले आ.व. २०६१।६२ को नीति, कार्यक्रम र बजेटमा समेत आरक्षणको व्यवस्था गर्ने भनेको आधारमा शिक्षा मन्त्रालयबाट लेखी आए बमोजिम त्रि.वि. कार्यकारी परिषद्‌ले मिति २०६१।०५।०८ को निर्णयद्वारा सो निर्णयको कार्यान्वयन गरेको हो भन्ने उल्लेख भएको थियो। सो विवादमा सर्वोच्च अदालतको संयुक्त इजलासबाट संविधानको धारा ११(३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांशले **"महिला, बालक, बृद्ध वा शारीरिक वा मानसिक रुपले अशक्त व्यक्ति वा आर्थिक सामाजिक वा शैक्षिक दृष्टिले पिछडिएको वर्गको संरक्षण वा विकासको लागि कानूनद्वारा विशेष व्यवस्था गर्न सकिने भन्ने भएपछि ... कानून नबनाई आर्थिक, सामाजिक, शैक्षिक दृष्टिले पिछडिएको र संरक्षण आवश्यक भएका वर्ग वा समुदायलाई विशेष व्यवस्था गर्न"** सकिदैन भन्दै त्रि.वि. को निर्णय बदर गरी **"संविधान लागू भएको यति लामो अबधि वितिसक्दा पनि कानून निर्माणतर्फ सरकारको दृष्टि पुगी समयमै कानून निर्माण भएको अवस्था नदेखिएको, पिछडिएका संरक्षण आवश्यक वर्ग वा समुदाय, महिलालाई उठाउन राज्यबाट विशेष व्यवस्था हुन नितान्त आवश्यक भएको हुँदा यसै आर्थिक वर्ष भित्रमा यथासक्य चाँडो आर्थिक, सामाजिक वा शैक्षिक दृष्टिबाट पिछडिएको र अशक्त भन्ने कुरा निरोपणका स्पष्ट आधार तोकी कानून निर्माण गरी पिछडिएका, संरक्षण आवश्यक भएका वर्ग र महिलाको संरक्षण र सन्तुलित विकासको कार्यक्रम सञ्चालन गर्नू भनी तत्कालिन श्री ५ को सरकार मन्त्रिपरिषद्‌को नाममा निर्देशनात्मक परमादेश जारी हुने"** ठहराएको पाइन्छ[21]।

---

[19] प्रद्योश क्षेत्री *वि.* मन्त्रिपरिषद् कार्यालय समेत ने.का.प. २०६१ नि.नं. ७४१२ पृ. ९०१।

[20] सो मुद्दामा त्रि.वि. कार्यकारी परिषद्‌को विवादित निर्णय तत्काल कार्यान्वयन नगर्नू भनी अन्तरिम आदेश समेत भएको थियो।

[21] सो रिट निवेदनमा **"कानून बनाएर मात्र विशेष व्यवस्था गर्न सकिने हाम्रो संवैधानिक व्यवस्थाले उल्लिखित वर्ग तथा महिलाहरुको आरक्षण प्रणालीलाई अरु दिगो स्थायी बनाई कार्यकारिणीको प्रशासनिक तरङ्गमा मात्र सञ्चालन नगरिने भन्ने लक्ष्य लिएको देखिँदा भारतको संविधानको धारा १५(३), (४) धारा १६(४) का सम्बन्धमा भएका निर्णय प्रस्तुत विवादमा सान्दर्भिक देखिँदैन"** भन्ने र **"मिति २०६०।०४।१९ मा प्रतिष्पर्धा प्रवेश परीक्षा भनी सिट संख्या समेत तोकी आवेदन फाराम माग गरिएकोमा आवेदन फाराम दाखिल हुने म्याद समाप्त हुने केही दिन अगाडि सो सिट संख्या मध्येबाट आरक्षण गरिएको काम कारवाही संविधानको धारा ११**

४५. नेपालको अन्तरिम संविधान, २०६३ जारी भएपछि सो संविधानको धारा १३(३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यमा **"महिला, दलित, आदिवासी जनजाती, मधेशी वा किसान, मजदुर, वा आर्थिक, सामाजिक वा सांस्कृतिक दृष्टिले पिछडिएको वर्ग वा बालक, बृद्ध तथा अपाङ्ग वा शारीरिक वा मानसिक रुपले अशक्त व्यक्तिको संरक्षण, सशक्तिकरण वा विकासको लागि कानूनद्वारा विशेष व्यवस्था गर्न रोक लगाएको मानिने छैन"** भन्ने व्यवस्था राखिएको कुरा माथि उल्लेख भएकै छ। सो व्यवस्थाको कार्यान्वयन गर्ने सन्दर्भमा मिति २०६७।०२।०३ मा छात्रवृत्ति सम्बन्धी नियमावली, २०६० मा चौथो संशोधन गरी नियम १०क. को उपनियम (१) मा नेपाल सरकारलाई प्राप्त भएको छात्रवृत्तिमध्ये ४५ प्रतिशत स्थान **सामुदायिक विद्यालयबाट प्रवेशिका परीक्षा उत्तीर्ण गरेका विपन्न समुदायका विद्यार्थी**लाई आरक्षण गरी सो प्रतिशतलाई शत प्रतिशत मानी वितरण गरिने छ भन्ने व्यवस्था गर्दै आर्थिक वा सामाजिक रुपमा विपन्न समुदायका लागि २५%,[22] महिलाका लागि ३३%, अपाङ्गका लागि २%, जनजातीका लागि २७%, दलितका लागि ९%, पिछडिएको दुर्गम क्षेत्रका व्यक्तिका लागि ४% सिट छुट्यायो। यो व्यवस्थाले संस्थागत (निजी) विद्यालयमा अध्ययन गरी १२ कक्षा तथा अन्य तह उत्तीर्ण गरेका महिला, दलित, आदिवासी जनजाती, मधेशी, अपाङ्ग एवं दुर्गम क्षेत्रका व्यक्तिहरुलाई केवल निजी अर्थात संस्थागत विद्यालयबाट उत्तीर्ण भएकै कारण विभेद गर्न मिल्दैन। तसर्थ उक्त नियम १०क. को उपनियम (१) तथा शिक्षा ऐन, २०२८ को दफा २ को (घ२), (घ३) र (ङ) समेत नेपालको अन्तरिम संविधानको धारा १३(१) (२) (३) तथा धारा १७ सँग बाझिएको हुँदा उक्त व्यवस्था प्रारम्भदेखि नै बदर गरिपाँउ र आर्थिक रुपले कमजोर तथा विपन्न र सामाजिक रुपले पिछडिएका एवं समाजद्वारा जबरजस्ती छेउ लगाइएका वर्गको नाममा मात्र आरक्षणको व्यवस्था गर्नू भन्ने परमादेशको आदेश पाउँ भन्ने ***रामबाबु पाठक*** को रिट निवेदनमा[23] जिकिर लिइएको थियो। सो रिट निवेदनमा विशेष इजलासले **"छात्रवृत्ति सम्बन्धी (चौथो संशोधन सहित) नियमावली, २०६० को नियम १०क को उपनियम (१) को व्यवस्थाले सामुदायिक विद्यालयमा अध्ययन गरेका विद्यार्थीहरू मध्येबाट संविधानको धारा १३ को उपधारा (३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांशमा संरक्षित विशेष वर्ग वा समूहहरूकै लागि अर्थात् महिला, अपाङ्ग, जनजाती, दलित, दुर्गम क्षेत्र एवं आर्थिक तथा सामाजिक रुपमा विपन्न व्यक्तिहरूका लागि नै छात्रवृत्तिको निश्चित प्रतिशत आरक्षित गरेको देखिंदा**

को प्रावधान प्रतिकूल हुनुको अतिरिक्त मिति २०६०।०४।१९ को सूचना विपरीत स्पष्ट देखिन आउँछ" भन्ने पनि अदालतले निर्णय गरेको थियो।

[22] यस वर्गमा छुट्याइएका सिटमध्ये मधेशीका लागि २०%, मुस्लिमका लागि २% र बेपत्ता पारिएका व्यक्ति तथा शहिद परिवार तथा घाइते वा निजको सन्ततिका लागि ३% छुट्याउने, त्यसै गरी महिलाका लागि आरक्षित सिटमध्ये ३% दलित महिलाका लागि, मधेशी समुदायका लागि आरक्षित सिटमध्ये ३% मधेशी दलितका लागि छुट्याउने व्यवस्था गरियो।

[23] रामबाबु पाठक *वि.* प्रधानमन्त्री तथा मन्त्रिपरिषद सचिवालय समेत ने.का.प. २०६९ नि.नं. ८७८१ पृ. ३८६।

निवेदकको दावी अनुसार नियमावलीको उक्त व्यवस्था अन्तरिम संविधानको धारा १३ द्वारा प्रदत्त समानताको हकसँग बाझिएको छ भन्ने देखिन नआउने" भन्ने ठहर गरेको पाइन्छ।

४६. यस्तो व्यवस्थाले प्रतिष्पर्धात्मक आधारलाई समाप्त पार्‍यो कि भन्ने हकमा **"नेपाल सरकारलाई प्राप्त हुने छात्रवृत्तिमध्ये पैतालीस प्रतिशत स्थान मात्र समाजका कमजोर एवं पिछडिएका वर्गहरूका लागि आरक्षित भएको देखिन्छ। बाँकी पचपन्न प्रतिशत स्थानमा खुला प्रतिष्पर्धात्मक आधार (Merit) बाट छनौट गर्ने व्यवस्था कायमै देखिँदा प्रतिष्पर्धात्मक क्षमता भएका सक्षम वर्गका विद्यार्थीहरूका लागि छात्रवृत्ति प्राप्त गर्ने मार्ग नै अबरुद्ध भएको भन्ने देखिंदैन"** भन्दै निवेदकले उल्लेख गरेको छात्रवृत्ति सम्बन्धी नियमावलीको व्यवस्था संविधान विरुद्ध छ भन्ने पुष्टि गर्न नसकेको हुँदा रिट निवेदन खारेज हुने ठहर्छ भन्ने फैसला गरेको पाइन्छ।

४७. चिकित्सा शिक्षासँगै सम्बन्धित अर्को रिट निवेदन ***निरज कुमार साह*** समेतको देखिन्छ[24]। सो रिट निवेदन त्रिभुवन विश्वविद्यालय र बी.पी. कोइराला स्वास्थ्य विज्ञान प्रतिष्ठानमा एम.बी.बी.एस., बी.डी.एस., बी.एस्सी. नर्सिङ मा प्रवेशको लागि आवेदन गरेका २० जना विद्यार्थीहरुले आफूहरु मधेशी, मधेशी मुस्लिम, मधेशी महिला र मधेशी जनजाती समूहको भन्दै त्रि.वि. र बी.पी. कोइराला स्वास्थ्य विज्ञान प्रतिष्ठानले २०६९ सालमा प्रकाशित गरेको सूचनामा छात्रवृत्तिको सिट संख्या नछुट्याइएको, प्रकाशित सूचना नेपालको अन्तरिम संविधानको धारा १३(३), धारा १८ र धारा २१, धारा ३३घ(१) को व्यवस्था समेत विपरीत हुँदा प्रकाशित सूचना बदर गरी संविधान अनुरुप छात्रवृत्ति सम्बन्धी ऐन र नियममा परिमार्जन गरेर मात्र संविधान अनुरुप समावेशी सिद्धान्तको आधारमा भर्ना लिनू भन्ने आदेश जारी गरी पाउँ भनी दर्ता गरेका थिए।

४८. सो रिट निवेदनमा सर्वोच्च अदालतको संयुक्त इजलासबाट निर्णय हुँदा **"राज्यको मूल प्रवाहमा आउन नसकी राज्यबाट उपलब्ध साधन, श्रोत र पहुँचमा प्रतिनिधित्व हुन नसकी बहिस्करण (Exclusion) मा परेका वर्गलाई राज्यको मूल प्रवाहमा समावेश (Inclusion) गर्नको लागि त्यस्ता पक्षको साधन, श्रोत र अवसरमा पहुँच र प्रतिनिधित्वको सुनिश्चितता हुन अपरिहार्य हुन्छ। त्यसका लागि निश्चित वर्ग वा समुदायको लागि फरक फरक उपायहरू अवलम्बन गरी, शिक्षा, स्वास्थ्य, रोजगारी लगायतका अवसरहरूमा उचित प्रतिनिधित्व गराउनु पर्ने"** भन्दै **"राज्यको हरेक संरचनामा सहभागिताको सुनिश्चितताको निमित्त शिक्षा प्रवेशद्वार हो ... विशेष गरी जहाँ सामाजिक, आर्थिक र भौगोलिक कारणले केही वर्गहरू पछाडि रहेका छन् त्यसमा त यो अति जरूरी हुन्छ। तर विविधताको सुनिश्चितताको अर्थ योग्यता (Merit) सँग सम्झौता गर्ने नभई केही विशेष उपाय अवलम्बन गर्दै फरक समूहहरूबीच प्रतिष्पर्धा गराउँदै उनीहरूको**

---

[24] निरज कुमार साह समेत *वि.* नेपाल सरकार ने.का.प. २०७५ निर्णय नं ९९४२ पृ. १८६।

क्षमता विकास गराउने हो। समानसँग असमानको प्रतिष्पर्धा भन्दा पनि असमानबीच असमानको प्रतिष्पर्धाको साथ विविधता सहितको समावेशीताको सुनिश्चितता आजको आवश्यकता हुने ... हिजोदेखि राज्यको मूल प्रवाहमा नसमेटिएको वर्ग वा समुदायको पहुँचको सुनिश्चितताको लागि भर्नामा विविधता (Diversity) तत्काल गरिने आवश्यक उपाय हो। यो अनन्तकालसम्म स्थायी रूपले रहने व्यवस्था होइन" भन्ने उद्घोष गर्दै र छात्रवृत्ति सम्बन्धी ऐन, २०२१ र नियमावली, २०६० मा परिमार्जन र मानकहरुको निर्धारण समेत आवश्यक छ भन्ने कुरा स्वीकार गर्दै संयुक्त इजलासबाट **"छात्रवृति प्रदान सम्बन्धी नियम बनाउँनु पर्ने र भर्नामा आवश्यक न्यूनतम योग्यतासँग सम्झौता नहुने गरी विविधता (Diversity) को सुनिश्चितता गर्न तत्काल आवश्यक मापदण्ड समेत तयार गरी तत्पश्चात अबको भर्नामा उक्त विश्वविद्यालयहरु (अर्थात त्रि.वि. र बी.पी. कोइराला स्वास्थ्य विज्ञान प्रतिष्ठान) अन्तर्गतका अध्ययन संस्थान र क्याम्पसहरु एवं शैक्षिक कार्यक्रमहरुमा जुनजुन वर्ग र समूहबाट नेपाली विद्यार्थीहरु भर्ना गरिने हो सो सबैमा समानुपातिक समावेशीता कायम गर्नको लागि कानून निर्माण र कार्यान्वयन गर्ने एवं विद्यार्थी भर्ना लिने दायित्व भएका विपक्षीहरुका नाउँमा सो कार्यहरु गर्न गराउन निर्देशनात्मक आदेश जारी गरिएको"** पाइन्छ।

४९. यसरी चिकित्सा शिक्षाको क्षेत्रमा गरिएको भर्ना सम्बन्धी विषयलाई लिएर परेका माथि उल्लिखित रिट निवेदनमा भएका निर्णयहरुलाई संस्लेषण गरी आरक्षणबारे अदालतको दृष्टिकोण हेर्दा क) यो व्यवस्थाको कार्यान्वयन कार्यपालिकी आदेशले होइन विधायिकी निर्णय अर्थात कानून मार्फत आरक्षणको लागि योग्यता र आधार तोकी गर्न सकिन्छ; ख) यो व्यवस्था आर्थिक रुपले कमजोर तथा विपन्न र सामाजिक दृष्टिले पिछडिएका वर्गको लागि हुँदा सामुदायिक विद्यालयमा अध्ययन गरेको कुरालाई आरक्षणको आधार बनाउँनु संविधान विपरीत हुँदैन; ग) नेपाल सरकारलाई प्राप्त हुने छात्रवृत्तिमध्ये पैतालीस प्रतिशत स्थान मात्र समाजका कमजोर एवं पिछडिएका वर्गहरूका लागि आरक्षित भएको र बाँकी पचपन्न प्रतिशत स्थानमा खुला प्रतिष्पर्धात्मक आधार (Merit) बाट छनौट गर्ने व्यवस्था कायम गरेको न्यायपूर्ण नै देखिन्छ; घ) भर्नामा विविधता (Diversity) हाम्रो जस्तो बहुपहिचान भएको समाज (Plural society) मा अपरिहार्य छ। बहिस्करण (Exclusion) मा परेका वर्गलाई राज्यको मूल प्रवाहमा समावेश (Inclusion) गर्नको लागि त्यस्ता पक्षको साधन, श्रोत र अवसरमा पहुँच र प्रतिनिधित्वको सुनिश्चितता आवश्यक हुन्छ। लक्षित वर्गमध्ये नै पनि श्रोत, साधन र अवसर, पहुँच, प्रतिनिधित्वको स्थिति फरक हुन सक्छ। तसर्थ फरक फरक सकारात्मक उपायहरू अवलम्बन गरी शिक्षा, स्वास्थ्य, रोजगारी लगायतका अवसरहरूमा उचित प्रतिनिधित्व गराउनु पर्ने हुन्छ। ङ) विविधताको सुनिश्चितताको अर्थ योग्यता (Merit) सँग सम्झौता गर्ने नभई केही विशेष उपाय अवलम्बन गर्दै फरक समूहहरूबीच प्रतिष्पर्धा गराउँदै उनीहरूको क्षमता

विकास गराउने हो; च) विविधता (Diversity) तत्काल गरिने आवश्यक उपाय हो। यो अनन्तकालसम्म स्थायी रूपले रहने व्यवस्था होइन; छ) भर्नामा आवश्यक न्यूनतम योग्यतासँग सम्झौता नहुने गरी विविधता (Diversity) को सुनिश्चितता गर्न आवश्यक मापदण्ड समेत तयार गरी समानुपातिक समावेशीता एवं सकारात्मक विभेदको संवैधानिक व्यवस्थाको कार्यान्वयन गरिनुपर्छ भन्ने आदि रहेको पाइन्छ।

५०. माथिल्ला अनुच्छेदहरुमा सर्वोच्च अदालतद्वारा प्रतिपादित सिद्धान्तहरुबारे चर्चा गरिसकेपछि अब हाम्रो संविधान, कानून र न्यायिक निर्णय मार्फत सकारात्मक विभेदको सन्दर्भमा विकास गर्न खोजिएको सिद्धान्त, मान्यता र मापदण्ड तुलनात्मक विधिशास्त्रको नजरबाट हेर्दा कस्तो देखिन्छ; यस विषयमा हामी भन्दा लामो इतिहास भएका विभिन्न देशहरुको अनुभव के कस्तो रहेछ त? भन्ने पनि स्वभाविक जिज्ञासाको विषय बन्छ। हाम्रो संविधानले तुलनात्मक विधिशास्त्रलाई महत्व दिएको कारणले मात्र नभै नेपाली जनताले लामो संघर्ष पश्चात समावेशी लोकतन्त्रको स्थापना गर्न खोजेको समेत सन्दर्भमा उच्च शिक्षामा योग्यता, क्षमता र विविधतापूर्ण सहभागिताको समन्वयात्मक व्यवस्था के कस्तो हुन सक्छ; के गर्दा उपेक्षित वर्गको सहज पहुँचमा उच्च शिक्षा रहने, तर यो गुणस्तरीय एवं प्रतिष्पर्धी समेत साथसाथै भै विश्वव्यापीकरणको वर्तमान युगमा हाम्रा स्नातकहरु नेपालमा मात्र नभै विश्व बजारमा समेत सजिलै प्रवेश पाउन सक्ने हुन्छन् भन्नेतर्फ पनि ध्यान दिनु उत्तिकै जरुरी देखिन्छ। त्यसैले यस बारेमा तुलनात्मक विधिशास्त्रबाट निस्कने उपयुक्त आयाम र दृष्टिकोणहरु स्वभाविक चासोको विषय बन्ने देखिन्छ।

५१. **<u>निरुपण गरिनुपर्ने चौथो प्रश्नः</u> यस विषयमा तुलनात्मक विधिशास्त्रको संवैधानिक व्यवस्था र अदालतहरुबाट भएका फैसला समेतको अध्ययन र विश्लेषणबाट के कस्ता आयाम र दृष्टिकोणहरु फेला पर्छन्?**

५२. नेपालको संविधानमा गरिएको जस्तो सकारात्मक विभेदको व्यवस्था उपेक्षित वर्ग रहेका कैयौं मुलुकहरुमा गरिएको छ। सकारात्मक विभेद र समावेशीता सम्बन्धी व्यवस्थाहरु आ-आफ्नै ऐतिहासिक, आर्थिक र सामाजिक अनुभवबाट अनुप्राणित छन्। प्रस्तुत रिट निवेदनको प्रसङ्ग उच्च शिक्षामा आरक्षणसँग सम्बन्धित हुँदा यो विषयलाई तुलनात्मक विधिशास्त्रमा कसरी हेरिएको रहेछ, के कस्ता संवैधानिक, कानूनी र कार्यगत संरचना खडा गरिएका रहेछन् भनी हेर्नु र बुझ्नु सान्दर्भिक हुने देखियो। यसै क्रममा यहाँ हाम्रो छिमेकी भारत, उत्तर अमेरिकाका दुई देशहरु संयुक्त राज्य अमेरिका र क्यानडा, अफ्रिका महादेशबाट दक्षिण अफ्रिका, दक्षिण अमेरिकी देश ब्राजिल, दक्षिण पुर्वी एसियाको अर्को देश मलेसिया, मध्यपुर्वको देश इजरायलमा शैक्षिक क्षेत्रमा विविधताको प्रबर्द्धन गर्ने केही व्यवस्थाहरुको संक्षिप्त झाँकी प्रस्तुत गर्ने कोशिस

गरिएको छ। संक्षिप्त झलक प्रस्तुत गर्ने लक्ष्य हुँदा यो खण्डमा गरिएको चर्चा विस्तृत र पूर्ण (Exhaustive) होइन भन्ने प्रारम्भमा नै स्पष्ट गरिएको छ।

विभिन्न मुलुकहरुले अपनाएका सकारात्मक कदमहरु

क्र. स.	देश	संवैधानिक र नीतिगत व्यवस्थाहरु	आधारहरु
१.	**भारत** (कोटा प्रणाली)	संविधानको धारा १५ र १६ ले आरक्षण सम्भव, संविधानमा पटक पटक संशोधन पनि भएको, अदालत समेतको फैसलाबाट सेड्युल कास्ट, सेड्युल ट्राइव र अरु शैक्षिक रुपमा पिछडिएका समूहका विद्यार्थीहरुलाई राष्ट्रिय रुपमा नै कूल ४९.५% सिटमा आरक्षण।	सामाजिक र शैक्षिक पछौटेपन आरक्षणको आधार, पछौटेपनमा जात एउटा प्रमुख तत्व मानिएको, व्यक्तिको पेशा, परम्परागत सोच र बासस्थान आदिको पछौटेपनसँग सम्बन्ध हुने, मध्यम वर्गीय उपल्लो तप्का (Creamy layer) लाई आरक्षणबाट बाहेक गरिनुपर्ने दृष्टिकोणको विकास हुँदै गरेको, संविधानमा पटक पटक संशोधन गरी आरक्षण विस्तार गरिएको र अदालतले पनि यकीन दृष्टिकोण लिन नसकेको कारण शिक्षामा आरक्षण अहिले पनि विवादित विषय बनेको।
२	**संयुक्त राज्य अमेरिका** (प्राथमिकता नीति)	संविधानको चौधौं संशोधन र नागरिक अधिकार ऐन, १९६४ को भाग ६ ले कानूनको समान संरक्षणलाई आधार मान्छ। अल्पसंख्यक र उपेक्षित वर्गको लागि कुनै आरक्षणको व्यवस्था छैन तर अदालतहरुको फैसलाको कारण जातीय विविधता विश्वविद्यालयमा भर्नाको लागि एउटा प्राथमिकता प्राप्त विषय बनेको छ।	जातीय विविधता राज्यको बाध्यकारी स्वार्थको रुपमा स्वीकार गरिएको; उपेक्षित वर्गका व्यक्तिले कलेज प्रवेशमा प्राथमिकता पाउने गरी राम्रोसँग छाँटकाँट हुने गरी जातीय उपेक्षा र बञ्चनालाई प्रवेशका आधारहरु मध्ये एउटा आधारको रुपमा स्वीकार गर्न सकिने, तर जातीय विविधताको विषय अहिले पनि विवादित विषय बनिरहेको।
३.	**क्यानडा** (प्राथमिकता नीति)	अधिकार र स्वतन्त्रता सम्बन्धी चार्टर, १९८२ को धारा १५(१) ले कानूनको समान संरक्षण र फाइदा प्रत्याभूत गरेको, उपधारा (२) ले उपेक्षित वर्गका व्यक्ति र समूहको स्थितिमा सुधार ल्याउन कानून, कार्यक्रम र कारवाही गर्न अनुमती दिन्छ।	अदालतहरुले विश्वविद्यालयको हकमा चार्टर लागू हुन्छ भनेका र सारभूत समानताको व्याख्या गर्दै सरकारले निश्चित वर्गका व्यक्तिहरुको स्थितिमा सुधार ल्याउन कार्यक्रम बनाउँन सक्छ भनेका छन्। शिक्षा प्रान्तिय विषय हुँदा यसमा विविधता छ। विश्वविद्यालयहरुले स्वेच्छिक रुपमा शैक्षिक समतालाई एउटा थप आधार मानी उपेक्षित

			वर्गका व्यक्तिले प्रवेश पाउने व्यवस्था गरेका छन्।
४.	**दक्षिण अफ्रिका** (प्राथमिकता नीति)	समानताको प्राप्ति र मानव अधिकारको प्रबर्धन संविधानको प्रमुख मूल्य मानिएको छ। संविधानको धारा ९ मा कानूनको समान संरक्षण र समान फाइदा प्रत्याभूत गरेको, उपधारा (२) ले समानताको प्राप्तिको लागि अनुचित रुपमा विभेदमा परेका व्यक्ति वा व्यक्तिहरुको वर्गको संरक्षण र विकासको लागि कानून र नीति निर्माण गर्न सकिन्छ। त्यसैगरी धारा २९ मा शिक्षा सम्बन्धी हक प्रत्याभूत गर्दै, शिक्षामा समता, व्यवहारिकता कायम गर्न र विगतका जातीय रुपमा विभेदकारी कानून र नीतिको परिणामलाई संबोधन गर्न उपयुक्त शैक्षिक विकल्पहरु अपनाउँने दायित्व पनि राज्य उपर सुम्पिएको छ।	राज्य व्यवस्थामा मानव अधिकार र शैक्षिक समता सुधारको आधार मानिएको, विगतको रंगभेद र जातीय विभेदकारी कानून र नीतिको परिणामलाई संबोधन गर्ने दायित्व राज्य उपर, शैक्षिक समता कार्यक्रमलाई पनि कालाहरुको सशक्तिकरणसँग जोडिएको, अनिवार्य शिक्षा, एकीकृत शैक्षिक कार्यक्रम शुरु गरिएको, विद्यार्थीहरुलाई विशेष सहुलियत, छात्रवृत्ति, शिक्षकहरुलाई तालिमको व्यवस्था गरी समता र पहुँचको अभिबृद्धिको प्रयास। उच्च शिक्षामा प्रवेशको लागि विद्यालय स्तरमा प्राप्त गरेको अङ्क मात्रको आधारमा प्रवेश पाउन सक्दैनन्। ऐतिहासिक रुपमा गोराहरु पढ्ने विश्वविद्यालयहरु मध्ये केहीले काला र महिलाहरुको प्रतिनिधित्व बढाएका छन् तर अन्य केहीले यो नीति अनुशरण गरेका छैनन्।
५.	**ब्राजिल** (कोटा प्रणाली)	गरिबी र स्तरहीन जीवनको उन्मूलन संविधानतः राज्यको कर्तव्य हुने भनिएको, धारा ५ मा समानताको हक प्रत्याभूत, धारा २०६ ले विद्यालयमा प्रवेश र कार्यसम्पादनमा समान अवसरको प्रत्याभूति, धारा २०७ ले विश्व विद्यालयलाई स्वायत्तता, धारा २२७ ले बालबालिका र युवा शिक्षामा पूर्णप्राथमिकता दिइनु पर्ने व्यवस्था गरेको।	अदालतले विश्वविद्यालयहरु स्वायत्त हुन्छन् भन्ने तर्क र सारभूत समानताको सिद्धान्तको आधारमा सकारात्मक विभेदलाई जायज ठहराउँदै पटक पटक कोटा प्रणाली संवैधानिक भएको ठहर गरेका[25]। सन् २०१२ मा व्यवस्थापिकाले कोटा कानून पास गरी सन् २०१६ सम्ममा सार्वजनिक स्कूलमा पढेको स्थिति वा पारिवारिक आयको आधारमा, रैथाने जातका, काला मिश्रित जातीय समुदायका विद्यार्थीहरुलाई निश्चित कोटा छुट्याई उनीहरुको उच्च शिक्षामा सहभागिता बढाउने व्यवस्था गरेको छ।

[25] Christopher DiSchino, Affirmative Action in Brazil: Reverse Discrimination and the Creation of a Constitutionally Protected Color-line, 17 U. MIAMI INT'L & COMP. L. REV. (Spring 2010) 156 at p 172-177.

६.	**मलेसिया** (कोटा प्रणाली)	संविधानको धारा ८ को उपधारा ५(ग) अनुसार मेले पेनिन्सुलाका स्थानीय जनताको संरक्षण, सुख, सुविधा र सम्बृद्धिको लागि कानून बन्न सक्छ। तर शिक्षाको हकमा धारा १२ ले जात वा उत्पत्तिको आधारमा भेदभाव गर्न पाइदैन। धार्मिक संस्थाहरुले आफ्ना सन्ततिको शिक्षाको लागि शैक्षिक संस्था खोल्न सक्छन्। धारा १५३ ले मेले, सावह र सारावाक प्रदेशका जनताको संरक्षण र अन्य जनताको वैध हितको रक्षाको लागि राजाले कोटा, छात्रवृत्ति र अन्य ग्रान्टको व्यवस्था गर्न सक्छन्।	संविधानमा भूमिपुत्रको हित सम्बर्धनको लागि आरक्षणको व्यवस्था गरिएको, नयाँ अर्थ नीति (NEP) अन्तर्गत उच्च शिक्षामा ५५% सिट मेलेहरुलाई छुट्याउने व्यवस्था गरिएको, त्यसैगरी सन् २००५ मा मेलेहरुले प्राथमिकता पाउने गरी सरकारले मलेसियन हाइयर स्कूल सर्टिफिकेसन प्रोग्राम (म्याट्रिकुलेसन PMM or Matriculaci) लागू गरेको छ जसमा २०१९ मा मेले भूमिपुत्रहरुलाई ९०% र अन्यलाई १०% सिट छुट्याइएको छ।
७.	**इजरायल** (स्वेच्छिक प्राथमिकता नीति)	कानूनको दृष्टिमा समानता र कानूनको समान संरक्षण नै संविधानको मूल आधार। सकारात्मक विभेदको व्यवस्था संविधानमा गरिएको छैन। सन् २००० देखि केही विश्वविद्यालयले उपेक्षित वर्गको लागि स्वेच्छिक अभियान शुरु गरेको, यो कार्यक्रमलाई आवश्यकता निरपेक्ष (Need-blind), जातीयता निरपेक्ष (Race-blind), वर्गमा आधारित (Class-based) सकारात्मक कदम सम्बन्धी कार्यक्रम[26] भनिएको छ।	शैक्षिक कार्यक्रममा जातीय विविधता कायम गर्ने विश्वविद्यालयहरुले आफ्नो घोषित नीतिमा राखेका छन्, यसमा विद्यार्थीले उसलाई किन प्राथमिकता दिनुपर्ने भनी दरखास्त फाराममा खुलाउँछन् र सोलाई समेत आधार गरी मुल्याङ्कन गरिन्छ। यसबाट सो वर्गका तोकिएको निश्चित तह भन्दा बढी अङ्क ल्याउने विद्यार्थीलाई प्रवेश दिइन्छ; यसमा गरिबी वा जातीय उत्पत्ति हेरिँदैन। उसको म्याट्रिकुलेसन ग्रेडको अतिरिक्त उसलाई प्रतिकूल स्थिति केले परेको छ, जस्तो विद्यालयको तहमा के कस्तो मौका पायो, के कस्तो सामाजिक हैसियत भएको बस्तीबाट आएको हो, बाबु आमाको सामाजिक हैसियत (शैक्षिक स्तर, परिवारको संख्या आदि) सो हेरिन्छ। यो कार्यक्रमबाट अरब, एसियाली, अफ्रिकी मूलका यहुँदीहरु, गरिब, भौगोलिक रुपमा सीमान्तकृत र कम प्रतिनिधित्व भएका समुदायले फाइदा लिएका छन।

[26] Sigal Alon & Ofer Malamud, *The Impact of Israel's Class-based Affirmative Action Policy on Admission and Academic Outcomes*, 40 Economics of Education Review (2014),123-139. Four internationally recognized first tier universities – Tel-Aviv University (TAU), The Hebrew University (HUJI), Ben-Gurion University (BGU) and The Technion (TECH) – took this initiative.

५३. <u>भारत</u>

भारतमा आरक्षणको व्यवस्था स्वतन्त्रतापूर्व नै भारत सरकार ऐन, १९३५ मार्फत गरिएको थियो। हाल भारतीय संविधानको धारा १५ को उपधारा (४) मा **"सामाजिक र शैक्षिक रुपले पिछडिएको वर्ग वा अनुसूचित जात वा जातीको नागरिकको उन्नतिको लागि"** विशेष व्यवस्था गर्न सकिने र उपधारा (५) मा त्यस्ता वर्गका नागरिकलाई सरकारी वा निजी शैक्षिक संस्थामा भर्नाको लागि विशेष व्यवस्था गर्न सकिने कुरा परेको छ। सो धारामा आरक्षण भन्ने शब्दावलीको उल्लेख छैन। त्यसैगरी धारा १६ को उपधारा (४) मा राज्यको सेवामा पर्याप्त मात्रामा प्रतिनिधित्व नभएको पिछडिएको वर्गलाई नियुक्तिको सम्बन्धमा आरक्षण, त्यसैगरी उपधारा (४क) मा बढुवामा आरक्षण र उपधारा (४ख) मा आरक्षणलाई पछिल्लो सालमा सार्ने सम्बन्धमा व्यवस्था गरेको पाइन्छ[27]।

५४. भारतीय अदालतद्वारा प्रतिपादित सिद्धान्तहरु हेर्दा आरक्षणसँग सम्बन्धित कैयौं विषयहरुले अदालतमा प्रवेश पाएको देखिन्छ। उदाहरणको लागि संविधानमा उल्लिखित **"पिछडिएको वर्ग"** भन्ने शब्दावलीको परिभाषा नगरिएको हुँदा सो शब्दावलीको निश्चय कसरी गर्ने[28], त्यसैगरी आरक्षणको हद के कति सम्म हुने भन्ने कुरा भारतीय राज्य संरचनामा र अदालतमा पटक पटक उठेको देखिन्छ। यस क्रममा काका कालेकर र मण्डल आयोगले जात (Caste) पछौटेपनको एउटै मात्र आधार हुन नसके पनि एउटा प्रमुख आधार हुने कुरा उल्लेख गरेको पाइन्छ भने *M.R. Balaji* को मुद्दामा उच्चतम न्यायालयले धारा १५(४) को सुविधा पाउने पिछडिएको वर्ग शैक्षिक र सामाजिक दृष्टिले पिछडिएको हुनुपर्छ र यसको मापनमा जात एउटा आधार त हुन सक्छ तर सो मात्र एउटै आधार वा प्रमुख आधार सम्म पनि हुन सक्दैन भनेको छ[29]। सामाजिक पछौटेपन मुख्य रुपमा गरिबीको परिणाम हो, जुन कुरा निश्चित गर्नको लागि व्यक्तिको पेशा (Occupation), परम्परागत सोच (Conventional belief) र बासस्थान (Place of habitation) आदि सान्दर्भिक तत्व हुन सक्छन् भन्ने अदालतको दृष्टिकोण रहेको देखिन्छ[30]। त्यसैगरी निश्चित रकमको आयलाई पनि पछौटेपन निर्धारणको लागि अदालतले सान्दर्भिक आधार मानेको छ[31]। तर फेरि आरक्षण गरिबी उन्मूलन कार्यक्रम

---

[27] निजी शैक्षिक संस्थामा भर्नाको लागि बाटो खोल्ने गरी धारा १५(५) मा सन् २००५ मा संशोधन गरिएको।

[28] त्यसो त संविधानको धारा ३४० मा सामाजिक र शैक्षिक रुपमा पिछडिएको अवस्था के हुन सक्ने हो भन्ने बारेमा एउटा आयोग गठन गरिनुपर्ने कुराको परिकल्पना गरिएको छ। यसैलाई आधार गरेर सन् १९५३ मा काका कालेकर आयोग र सन् १९७८ मा मण्डल आयोग बनेको र सो आयोगहरुले क्रमशः १९५५ र १९८१ मा प्रतिवेदन दिएको पाइन्छ।

[29] *M.R. Balaji v State of Mysore* AIR 1963 SC 649 held that the caste of a group of persons could not be the sole or even predominant factor though it could be a relevant test for ascertaining whether a particular class was a backward class or not. Cited in VN SHUKLA'S CONSTITUTION OF INDIA (11th ed. 2008, Mahendra P Singh Ed.) at p 88-89.

[30] Chitralekha *v* State of Mysore AIR 1968 SC 1823.

[31] Jayashree *v* State of Kerela, AIR 1976 SC 2381.

होइन, त्यसैले गरिबी मात्र पछौटेपनको आधार हुन सक्दैन पनि भनेको छ[32]। पछौटेपनको मापनमा **"जात"** आधार हुन सक्छ वा सक्दैन भन्नेमा भारतीय अदालतको धारणा स्थीर रुपमा प्रस्तुत भैरहेको पाइदैन। उदाहरणको लागि *P. Rajendran*[33] को मुद्दामा, जब अमुक जात समग्रमा नै सामाजिक वा शैक्षिक रुपमा पिछडिएको छ भने त्यस्तो जातको फाइदाको लागि आरक्षण गर्न सकिन्छ भनिएको छ। तर यसो गरिंदा जातको नाममा फाइदा लिन खोज्ने स्वार्थी तत्वबाट सतर्क रहन पनि अदालतले सुझाएको पाइन्छ[34]। संक्षेपमा सामाजिक र शैक्षिक पछौटेपनको आधार के हुन सक्छ भन्ने बारेमा अदालतले निश्चित अडान लिन सकेको पाइदैन[35]। जात, पेशा, गरिबी र सामाजिक पछौटेपन बीचमा गहिरो सम्बन्ध रहन्छ भन्ने सम्म कुरा अदालतले गरेको पाइन्छ[36]।

५५. भारतमा आरक्षणको विषयमा *Indra Swahney*[37] को मुद्दालाई धेरै नै महत्वपूर्ण मुद्दा मानिन्छ। यो मुद्दामा मण्डल आयोगको प्रतिवेदन (सन् १९८१) कार्यान्वयन गर्ने सरकारी नीतिले पारेको विष्फोटक स्थितिलाई अदालतले संबोधन गर्नुपरेको थियो। मण्डल आयोगको प्रतिवेदनको सन्दर्भमा श्रृजित विवादलाई यो मुद्दामा उच्चतम न्यायालयको फैसलाले धेरै हदसम्म साम्य परेको छ। यद्यपि यो मुद्दा उच्च शिक्षामा अरक्षणसँग सोझै सम्बन्धित नभै संविधानको धारा १६ अन्तर्गत नोकरीमा आरक्षणसँग जोडिएको थियो तर यसमा प्रतिपादित सिद्धान्तहरु शैक्षिक क्षेत्रमा गरिने आरक्षणसँग पनि सम्बन्धित देखिन्छन्। सो मुद्दामा उठेका कैयौं प्रश्नहरु मध्ये समानता र सकारात्मक विभेद बीच के फरक हुन्छ, सकारात्मक विभेद समानताकै एक आयाम हो वा अपवाद हो, आरक्षण कतिसम्म गर्न सकिन्छ, यसमा कुनै अयोग्यता हुन सक्छ वा सक्दैन भन्ने समेतका प्रश्नहरुको संबोधन गरिएको छ। यी कुराहरु हाम्रो सन्दर्भमा पनि महत्वपूर्ण देखिन्छन।

[32] State of UP *v* Pradip Tandon AIR 1975 SC 563, where the court upheld reservation for a) the people of hill areas and b) Uttarkhand on the ground that absence of means of communication, technical processes and educational facilities kept the poor and illiterate people in the remote and sparsely populated areas backward. But the court declined to recognize c) rural people vis-à-vis urban people as backward. According to the court, rural population is heterogenous and not all of them were poor.

[33] P Rajendran *v* State of Madras AIR 1968 SC 1012, the SC said: Now if the reservation in question had been based only on caste and had not taken into account the social and educational backwardness of the caste in question, it could be violative of Art 15(1). But it must not be forgotten that a caste is also a class of citizens and if the caste as a whole is socially and educationally backward, reservation can be made in favour of such a caste on the ground that it is socially and educationally backward class of citizens within the meaning of the Art 15(4).

[34] A Peeriakarauppan *v* State of T.N. AIR 1971 SC 2303. See also State of A.P. v U.S.V. Balaram AIR 1972 SC 1395.

[35] उदाहरणको लागि कर्नाटक राज्यले यस विषयमा सर्वोच्च अदालतको निश्चित राय माग गरेकोमा अदालतका पाँच न्यायाधीशले पाँच राय दिएको पाइन्छ। See K.C. Vasanth Kumar *v* State of Karnataka 1985 Supp SCC 714.

[36] Indra Swahney, AIR 1993 SC 477 para 82.

[37] *Id.*

५६. समानता र सकारात्मक विभेद बीचको सम्बन्धको बारेमा *Indra Swahney* भन्दा अघि *M.R. Balaji* र त्यस पछि *T. Devadasan*[38] मा समेत चर्चा गरिएको थियो। ती मुद्दाहरुमा आरक्षणलाई समानताको व्यवस्थाको अपवादको रुपमा लिइएको थियो। यसो भन्दा अदालतले उच्च शिक्षामा प्रवेश र नोकरीमा नियुक्ति गरिँदा मूलतः योग्यता कै आधारमा गरिनुपर्छ। त्यसो गरेमा मात्र कार्यकुशल समाज र प्रशासन प्राप्त हुन सक्छ। अपवादबारे कुरा गर्दा मूल व्यवस्था वा सामान्य नियम नै मर्ने वा निलिने गरी, त्यसको सार र सत्व नै समाप्त हुने गरी अपवादजन्य व्यवस्थाको प्रयोग गरिनु हुँदैन भन्ने दृढ धारणा प्रस्तुत गरेको थियो। *Indra Swahney* मा अदालतले आरक्षणको व्यवस्था [धारा १५(४) वा १६(४)] अपवादजन्य व्यवस्था हो भन्ने कुरालाई अस्वीकार गर्दै यो समानताको अभिन्न व्यवस्था हो, जसरी समानताको व्यवस्थाले तर्कसंगत वर्गीकरणलाई स्वीकार गर्छ त्यसैगरी आरक्षणबारे व्याख्या गर्दा समानता र समान संरक्षण [धारा १५(१) र १६(१)] को मूल व्यवस्था समेत हेरी सन्तुलित व्याख्या गरिनु पर्छ भन्यो[39]। पछिल्लो समयमा आएर आरक्षण अपवादजन्य व्यवस्था होइन बरु संविधानको धारा १४, १५ र १६ मा अन्तरनिहित समानता र विभेदहीनताको कार्यान्वयन गर्ने जबरजस्त सकारात्मक प्रयास हो भन्ने पनि गरिन थालिएको छ[40]। उपेक्षित वर्गको उच्च शिक्षा र राज्यका संरचनामा पर्याप्त प्रतिनिधित्वले समाजलाई समतामूलक बनाउँछ भन्ने भारतीय अदालतको धारणा रहेको छ।

५७. जहाँसम्म आरक्षण के कति हदसम्म गर्न पाइन्छ भन्ने प्रश्न छ, सो बारेमा *M.R.Balaji*[41] को मुद्दामा यो समानताको मूल व्यवस्थालाई निस्तेज वा अर्थहीन नबनाउँने गरी उचित (Reasonable) हुनुपर्छ भन्दै मोटामोटी रुपमा ५०% भन्दा कम हुनुपर्छ भनिएको थियो। उक्त प्रतिपादित सिद्धान्तसँग मिल्दोजुल्दो रुपमा *Indra Swahney* को मुद्दामा नै ४९.५% आरक्षण[42] लाई मान्यता दिँदै असाधारण परिस्थितिमा बाहेक आरक्षण ५०% भन्दा बढी हुनु

---

[38] T. Devadasan *v* Union of India AIR 1964 SC 179, यो मुद्दामा अनुसूचीत वर्गको सिटमा नियुक्ति गर्न उपयुक्त उम्मेदवार नपाइएमा सो पदको हिसाब जोडी अर्को साल नियुक्ति गर्न पाइन्छ वा पाइदैन भनेकोमा उच्चतम न्यायालयले पाइदैन भनेको थियो।

[39] Indra Sawhney, supra note 36 at para 56. Here the court followed State of Kerala and Ors. *v.* N.M. Thomas AIR 1976 SC 490.

[40] M.P. Singh, supra note 29 at p 94-95.

[41] In Balaji *v* State of Mysore, the SC said, **"A special provision contemplated by Art 15(4) like reservation of posts and appointments contemplated by Art 16(4) must be within reasonable limits…In this matter again, we are reluctant to say definitely that would be a proper provision to make. Speaking generally and in a broad way, a special provision should be less than 50 percent; how much less than 50 percent would depend upon the relevant prevailing circumstances in each case."** AIR 1963 SC 449,463.

[42] अर्थात SC/ST लाई २२.५% र अन्य SEBs २७%।

हुँदैन भन्ने कुराको घोषणा अदालतले गर्यो[43]। यसो भन्दै गर्दा अदालतले आरक्षणको अलावा अन्य छुट, सहुलियत, सुविधा जस्ता पिछडिएको वर्गलाई उठाउने अन्य नरम उपायहरु (Less extreme measures) लाई पनि अनुमोदन गर्यो।

५८. *Indra Swahney* को मुद्दाको अर्को योगदान आयस्ता वा औकात परीक्षण (Means test) मार्फत नव धनाड्य तथा माथिल्लो तप्का (Creamy Layer) लाई आरक्षणको सुविधाबाट बाहेक गरी यसलाई वास्तविक रुपमा शैक्षिक र सामाजिक रुपमा पिछडिएका वर्गको पहुँचमा पुर्‍याउनु पर्छ भन्ने रहेको छ[44]। त्यस्तो पिछडिएको वर्ग भनी घोषित वर्गबाटै पनि उन्नति गरी माथिल्लो वर्ग पुगेका व्यक्तिहरु जसको परिस्थिति यसरी सुध्रेको छ कि उनीहरु पहिला कसैको नोकरी गर्थे भने समय क्रममा आफैं उद्योगपति बनी अरुलाई नोकरी दिने स्थितिमा छन्; त्यसैगरी केन्द्रिय सरकारको उच्च ओहदा (IAS, IPS, All India Service आदि) मा पुगेका छन्; जसको कारण उसको सामाजिक हैसियत बढेको छ, जसका छोराछोरीले आफ्नो शैक्षिक तथा रोजगारीका सम्भावना खोज्ने पूर्ण अवसर प्राप्त गरेका छन् भने यस्ता व्यक्ति र समूहलाई आरक्षणको सुविधाबाट बाहेक गरेमा मात्र वास्तवमा सकारात्मक विभेदको व्यवस्था संविधानद्वारा लक्षित समुदायमा पुग्न सक्छ भनी न्यायालयले उद्घोष गर्यो। सोही कुराहरुलाई दृष्टिगत गर्दै अदालतले भारत सरकारलाई बढीमा चार महिनाभित्र यस्तो वर्गलाई आरक्षणको सुविधाबाट बाहेक गर्न आदेश पनि दियो[45]।

५९. त्यसो त *Indra Swahney* को मुद्दापछि पनि भारतमा आरक्षण सम्बन्धी विवाद टुङ्गिएको छैन। *Anil Kumar Gupta* को मुद्दामा[46] उच्चतम न्यायालयले कुनै पनि क्षेत्र वा वर्गलाई सदा-सर्वदा उपेक्षित /पिछडिएको मानिनु हुँदैन। प्रत्येक साल यसको पुनरावलोकन गरिनु न्यायोचित हुन्छ भन्यो। त्यसैगरी *Preeti Shrivastava* को मुद्दा[47] मा कम प्रतिशत ल्याई उत्तीर्ण हुनेलाई चिकित्सा शिक्षाको पोष्ट ग्र्याजुएट अध्ययनमा प्रवेश दिने निर्णयलाई अवैध घोषित गर्यो। यद्यपि एम.बी.बी.एस. को प्रवेशको लागि १०% अङ्क फरक हुँदा सम्म पनि प्रवेश दिन सकिनेमा सोभन्दा माथिल्लो तहमा सोभन्दा बढी फरक हुन नहुने कुरामा जोड दियो। कतिसम्म फरक

---

[43] यसो भन्दा अदालतले T. Devadasan *v* Union of Indaia AIR 1964 SC 179 मा स्थापित सिद्धान्त जसले ५०% भन्दा बढी आरक्षणलाई अनुमती दिन्थ्यो बदर गर्यो। भारतमा केही प्रान्तहरुले ५०% भन्दा बढी पनि आरक्षण गरेका छन्।

[44] Creamy layer को अवधारणाको कुरा पहिलो पटक न्यायमुर्ती चिनप्पा रेड्डीले Basant Kumar *v* Karnataka AIR 1985 SC 1495 को मुद्दामा विकास गरेका हुन्।

[45] Indra Sawhney, supra note 36 at para ८६ पिछडिएको वर्ग हरेक क्षेत्र, प्रान्त, जिल्ला र समुदायमा फरक फरक हुन सक्छन्, कारणहरु पनि अनेक हुन सक्छन् भन्दै क्रिमी लेयरलाई छुट्याउने आधार सरकारले नै तय गर्नुपर्छ भन्ने अदालतको धारणा रहेको पाइन्छ।

[46] Anil Kumar Gupta *v* State of UP (1995) 5 SCC 173.

[47] Preeti Srivastava(Dr) *v* UOI (1999)7SCC 120. The court left open the question whether reservation could be made for the classes of persons mentioned in Art 15(4) in the matter of admission to post-graduate courses. *See* also State of Punjab v Dayanand Medical College and Hospital, (2001) 8 SCC 664.

हुन उपयुक्त हुन्छ भन्ने कुराको निक्यौंल गर्ने जिम्मेवारी अदालतले मेडिकल काउन्सिल अफ इन्डियालाई छाड्यो। तर *Preeti Shrivastava* मा भएको निर्णयपछि सन् २००० मा भारतीय संविधानको धारा ३३५ मा प्रतिबन्धात्मक वाक्यांश थपियो। सो प्रतिबन्धात्मक वाक्यांशले **"प्रशासनको सक्षमता (Efficiency of administration) लाई अरु स्खलित बनाएको"** भन्नेहरु पनि छन्[48]। तर त्यसपछि पनि आरक्षणको कोटा सामाजिक रुपले नै हानिकारक अर्थात डिग्री प्राप्त गर्ने व्यक्तिको योग्यतामा नै सम्झौता हुने किसिमको हुनुहुँदैन भनी अदालतहरुले भनेका छन्[49]। पढाई जति उच्च स्तरको भयो, त्यसमा विशेषज्ञता हासिल गर्ने कुरा प्रमुख हुँदा आरक्षण गरिने कुरा कम सोचिनु पर्छ। समानताको विरुद्ध जिकिर गर्ने पक्षले नै आधारभूत रुपमा सो आवश्यकताको पुष्टि गर्नुपर्छ पनि भनिएको छ[50]।

६०. प्रस्तुत निवेदनको प्रसङ्ग चिकित्सा शास्त्रतर्फ स्नातकोत्तर तहको प्रवेश परीक्षा हुँदा भारतमा राष्ट्रिय परीक्षा वोर्डले भारत भरको लागि एउटै प्रवेश परीक्षा (NEET PG) सञ्चालन गर्ने र दुर्गम र कठिन क्षेत्र (Remote and Difficult Areas) मा काम गरे बापत प्रोत्साहन बापत पाउने अङ्कलाई परीक्षामा प्राप्त अङ्कमा उपयुक्त अङ्कभार समेतका हिसाबले जोडी श्रेणी (Ranking) निर्धारण गरी परीक्षाफल प्रकाशित गर्ने गरिएको स्मरणीय छ[51]। यसरी अनुभव बापत अङ्क जोडिंदा योग्यतामा सम्झौता गरियो भनी परेको रिट निवेदनमा उच्चतम न्यायालयले उम्मेदवारले परीक्षामा उच्च अङ्क प्राप्त गर्नु मात्र पर्याप्त हुँदैन, उसले सार्वजनिक हितमा गरेको सेवालाई पनि हिसाब गरी प्रोत्साहन स्वरुप अङ्क प्रदान गरेर योग्यता सूची प्रकाशित गरिनुलाई अत्यधिक वा अनुचित वा तर्कहीन भन्न मिल्दैन भन्ने फैसला गरेको छ[52]। भारतमा कुरा कतिसम्म छ भने कानूनी प्रबन्धको कारण आरक्षित, खुला र अपाङ्गहरुको लागि न्युनतम्

---

[48] The proviso reads: **"Provided that nothing in this article shall prevent in making of any provision in favour of the members of the SC and ST for relaxation in qualifying marks in any examination or lowering the standards of evaluation, for reservation in matters of promotion to any class or classes of services or posts in connection with the affairs of the Union or of a State".**

[49] Jagadish Saran *v* Union of India AIR 1980 SC 820 (as per Iyer J).

[50] Id.

[51] फैसलामा गरिएको व्याख्या अनुसार यदि कुनै उम्मेदवारले २०० पुर्णाङ्कमा प्रवेश परीक्षामा १५० अङ्क प्राप्त गरेको छ भने एक वर्ष दुर्गम वा कठिन क्षेत्रमा काम गरे बापत पाउने १०% को हिसाबले १५ अङ्क थप गरिन्छ र उसको प्राप्ताङ्क र श्रेणी निर्धारण गरिन्छ। यसो गरिंदा अनुभव बापत उसको अङ्कभार ७.५% हुन आउँछ।

[52] In State of Uttar Pradesh and others *vs.* Dinesh Singh Chauhan (2016 (9) SCC 749 the SC ruled: To determine the academic merit of candidates, merely securing high marks in NEET is not enough. The academic merit of the candidate must also reckon the services rendered for the common or public good. Having served in rural and difficult areas of the State for one year or above, the incumbent having sacrificed his career by rendering services for providing health care facilities in rural areas, deserve incentive marks to be reckoned for determining merits. See also Regulation 9 of the Medical Council of India Postgraduate Medical Education Regulations, 2000 Third proviso of Regulation 9(2) which provides that **"in determining the merit, weightage may be given at the rate of 10% of the marks obtained for each year in-service in remote or difficult areas upto the maximum of 30% marks obtained in the common examination by the candidates."**

योग्यता सम्बन्धी उत्तीर्णाङ्क फरक गरिएको छ[53]। यद्यपि चिकित्सा शिक्षामा जुन प्रतिष्पर्धा छ न्यूनतम अङ्क ल्याउने व्यक्तिले उच्च शिक्षामा प्रवेश पाउँछ भनी कल्पना गर्न मिल्ने अवस्था छैन तर फरक फरक योग्यताङ्क तोकिएको कुराले गुणस्तरीय शिक्षामा सम्झौता हुन पुग्यो भनी भारतमा यो आलोचनाको विषय बनेको छ[54]।

६१. <u>संयुक्त राज्य अमेरिका</u>

विश्वको पहिलो लोकतान्त्रिक संविधान जारी गर्ने र दासत्वको उन्मूलन गर्दै चौधौं संशोधनमार्फत कानूनको समान संरक्षण प्रत्याभूत गर्ने देश संयुक्त राज्य अमेरिकामा जातीय सम्बन्धको स्थिति हेर्दा त्यति उत्साहबर्धक देखिंदैन। १९५० को दशकसम्म पनि मुलुकको जातीय संरचनामा करिब १३% ओगटेका अफ्रिकी अमेरिकीहरुको उच्च शिक्षामा सहभागिता अत्यन्त न्यून रहेको र करिब करिब त्यस्तै स्थिति एसियन, पोर्टोरिकन, मेक्सिकन-अमेरिकनहरुको पनि रहेको भन्ने आरोप अमरिकामा लगाइन्छ। १९५० को दशकमा सर्वोच्च अदालतले टेक्सस युनिभर्सिटीका नाउँमा एउटा बाध्यकारी आदेश जारी गरेपछि मात्रै अफ्रिकी विद्यार्थीले उच्च शिक्षामा प्रवेश पाउन शुरु गरेका[55] र १९६० को दशकमा भएको नागरिक अधिकार आन्दोलनको प्रभाव क्रमशः उच्च शिक्षामा पर्न थालेको अध्ययनहरुले देखाउँछन्[56] भने नागरिक अधिकार ऐन १९६४ ले विभेदको विरुद्धमा कानूनी व्यवस्था गरेपछि परिस्थिति केही सकारात्मक बनेको पाइन्छ[57]। यही समयतिर जातीय विविधता कायम गरी सामाजिक सन्तुलन मिलाउन पनि विद्यार्थी प्रवेशको विषयमा अफ्रिकी अमेरिकीहरुलाई प्राथमिकता (Preference) दिने कुरातर्फ अमेरिकी विश्वविद्यालयहरुले स्वेच्छिक रुपमा चासो दिन थालेको[58] र विद्यार्थीहरुको जातीय बनावटलाई पनि छनौटको एउटा आधारको रुपमा ग्रहण गर्न थालेको पाइन्छ। अर्को रुपबाट हेर्दा जोन यफ केनेडीले रोजगारीको क्षेत्रमा प्रयोग गरेको सकारात्मक कदम (Affirmative action) ले उच्च शिक्षामा विद्यार्थी भर्नाको विषयमा रंग देखाउन थालेको[59]

---

[53] उदाहरणको लागि चिकित्सा शिक्षाको स्नातकोत्तर तहमा भर्ना हुन न्यूनतम योग्यताको लागि खुला वर्गको लागि उत्तीर्णाङ्क ५०%, अपाङ्गको लागि ४५% र आरक्षित वर्गको लागि ४०% तोकेको छ। हेर्नुहोस्, Section 33 of Medical Council of India Act and Regulation 9 of the Medical Council of India Postgraduate Medical Education Regulations, 2000 .

[54] भारतमा निजी मेडिकल कलेजहरुले स्नातकोत्तर तहमा ५०% सिट सरकारको लागि र ५०% सिट व्यवस्थापन कोटा अन्तर्गत राख्छन् तर व्यवस्थापनको कोटामा भर्ना हुनेले पनि योग्यता परीक्षा उत्तीर्ण गरेकै हुनुपर्छ।

[55] In Sweatt *v*. Painter, 339 U.S. 629 (1950) the Court made it mandatory for the University of Texas to admit African American students into their Law Program.

[56] नागरिक अधिकार अभियानको दौरानमा जातीय विभेदबारे हुने चर्चा, जातीय दङ्गा आदिले पनि कालाहरु उपर भएको उपेक्षाको विषयमा पुनर्विचार गर्नुपर्ने अवस्था अमेरिकामा पर्न आएको भन्ने छ। हेर्नुहोस *Id* at p 376.

[57] Civil Rights Act 1964 Title VI prohibits discrimination on the basis of race, color, or national origin in any program or activity that receives Federal funds or other Federal financial assistance.

[58] Matthew W Hughey, *White backlash in the 'post-racial' United States* 37:5, Ethnic and Racial Studies (2014) 721 at 721.

[59] **Executive Order 10925**, signed by President John F. Kennedy on March 6, 1961, (Supplemented by Executive Order 11114 in 1963) required government contractors to "take affirmative action to ensure that applicants are employed and that employees are treated during employment without regard to their race, creed, color, or national origin. See also Kerner

र सत्तरीको दशकमा आइपुग्दा ल स्कूल र मेडिकल स्कूलले कालाहरुको प्रवेशको अनुपात बढेको पाइन्छ। तर यो भर्ना नीति आफै पनि विवादरहित भने रहेको छैन[60]।

६२. अमेरिकी अदालतमा परेका मुद्दाहरु हेर्दा, पहिलो महत्वपूर्ण मुद्दा मेडिकल स्कूलमा भर्नाको विषयलाई लिएर परेको[61] र त्यसपछि पनि कैयौं मुद्दाहरुमा विविधता (Diversity) को प्रश्नले अदालतको ध्यान खिचेको पाइन्छ। नेपाल वा भारतको जस्तो सकारात्मक विभेद सम्बन्धी संवैधानिक व्यवस्था अमेरिकामा नहुँदा नहुँदै पनि उच्च शिक्षामा जातीय विविधतालाई कसरी प्रबर्धन गरिएको छ र योग्यता र समावेशीतालाई कसरी सँगसँगै लैजाने र भर्नामा स्वच्छता कायम गर्ने प्रयास गरिएको छ भन्ने चर्चा गर्नु सान्दर्भिक देखिँदा यहाँ महत्वपूर्ण मुद्दाहरुको सारसंक्षेप प्रस्तुत गरिएको छ।

६३. **Regents of the University of California *v.* Bakke**[62]

यो मुद्दा एलान वेके (Alan Bakke) नाम गरेका सेनाबाट निवृत्त गोरा व्यक्तिले दायर गरेका हुन्। उनले यु.सी. डेभिस मेडिकल स्कूलमा प्रवेशको लागि गरेको आवेदनलाई सो स्कूलले सन् १९७३ र १९७४ गरी दुवै वर्ष अस्वीकार गरेपछि उनी अदालत गएका थिए। भएको के थियो भने, मेडिकल स्कूलले प्रवेशको निमित्त एउटा खुला वर्ग र अर्को विशेष वर्ग छुट्याएको थियो। निवेदकको खुला वर्गमा त स्कोर पुग्दैनथ्यो तर उपेक्षित वर्गका उम्मेद्वारलाई लक्षित गरी खोलिएको विशेष वर्ग अन्तर्गतको भर्ना कार्यक्रम (जसमा १६ जना विद्यार्थी छानिएको थियो) मा उनको भन्दा कम स्कोर भएकालाई प्रवेश दिइएको थियो। विशेष भर्ना कार्यक्रममा स्कूलद्वारा निर्धारित प्रक्रियामा अन्य कुराहरुको अतिरिक्त विद्यार्थीलाई **"आर्थिक वा / र शैक्षिक रुपले उपेक्षित"** र **"अल्पसंख्यक समूदायको सदस्य"** हो वा होइन भनी सोधिन्थ्यो। हेर्दा के देखियो भने विशेष कार्यक्रममा केवल कालाहरुलाई प्रवेश दिइएको थियो र चार वर्षको अबधिमा कोहि पनि गोरालाई भर्ना लिइएको थिएन। त्यसपछि Bakke ले आफूलाई जातीयताको आधारमा विभेद गरिएको र सो कार्य संविधानको चौधौं संशोधन तथा नागरिक अधिकार ऐन, १९६४ को भाग ६ द्वारा प्रत्याभूत अधिकारको विरुद्ध रहेको हुँदा मेडिकल कलेजको निर्णय बदर गरी आफूले भर्ना पाउनुपर्ने भनी स्थानीय प्रादेशिक अदालतमा मुद्दा हाले। सो मुद्दामा मेडिकल कलेजको तर्फबाट आफ्नो प्रवेश कार्यक्रम वैध रहेको घोषणा हुनुपर्ने भनी जिकिर गरिएको थियो। प्रादेशिक अदालतले मेडिकल कलेजको कार्यलाई संविधान विरुद्ध भनी घोषणा गरे पनि Bakke लाई प्रवेश दिएन। जसउपर उनले

Commission Report in 1968 which highlighted the imperative to remove racial discrimination in education and also improve the quality of education.

[60] यस्तो कदमलाई गोरा विद्यार्थीहरुले आफूहरु उपर गरिएको अन्यायको रुपमा लिँदै अदालतमा मुद्दाहरु गरेको पाइन्छ।

[61] Regents of the University of California *v.* Bakke, 38 US 265.

[62] Id.

क्यालिफोर्नियाको सर्वोच्च अदालतमा पुनरावेदन गरे र सो अदालतले उनलाई भर्ना गर्नू भनी मेडिकल कलेजलाई आदेश दियो। सोउपर मेडिकल कलेज संघीय सर्वोच्च अदालत गयो जहाँ सकारात्मक कदमको नीति चौधौं संशोधन र नागरिक अधिकार ऐनद्वारा प्रत्याभूत समानताको अधिकार विरुद्ध हुन्छ वा हुँदैन भन्ने प्रश्न उठाइयो।

६४. यद्यपि बहुमतले Bakke लाई भर्ना नदिनु चौधौं संशोधन र नागरिक अधिकार कानूनको विरुद्ध हुने भन्ने आधारमा उनलाई भर्ना गर्ने विषयमा तल्लो अदालतबाट भएको फैसला सदर गर्यो तर भर्ना प्रक्रियामा जातीयता (Race) हेरिनु हुन्छ वा हुँदैन भन्नेमा भने न्यायाधीशहरु विभाजित भए[63]। न्यायमुर्ती पावेलले विश्वविद्यालयहरुले जातीय विविधतायुक्त विद्यार्थी समुदाय कायम गर्न जातलाई एउटा तत्वको रुपमा हेर्न सक्छन् भने। उनका अनुसार **"जात वा जातीय पृष्ठभूमि कुनै निवेदकको हकमा थप आधार हुन सक्छ तर उपलब्ध सिटहरुमा अन्य उम्मेदवारहरुसँग प्रतिष्पर्धा नै गर्नु नपर्ने सुविधा उसलाई प्राप्त हुदैन"**[64]। न्यायमुर्ती पावेलको विचारमा सम्भावित उम्मेदवारले जातीय विविधतामा कुन हदसम्म योगदान दिन सक्छ भन्ने कुरा हेरिन सक्छ तर यो कुरा निर्णायक हुँदैन; शैक्षिक बहुलताका फाइदाहरु छन् तर भर्ना प्रक्रिया विद्यार्थीका योग्यताका सबै पक्षलाई हेर्ने गरी लचकदार हुनुपर्छ। यस सन्दर्भमा हार्वड कलेजले अपनाएको विविधता सम्बन्धी मापदण्डलाई अनुमोदन सहित उल्लेख गर्दै न्यायमुर्ती पावेलले **"जसरी कुनै उम्मेदवारको भौगोलिक उत्पत्ति वा उसले कृषि कर्ममा बिताएको समय उसलाई कलेजमा भर्ना गर्ने आधार बन्न सक्छ, त्यसैगरी कुनै उम्मेदवारको जातीयता कलेजमा विद्यार्थी समुदायमा विविधता कायम गर्ने सन्दर्भमा सकारात्मक रुपमा मुल्याङ्कनको लागि आधार बन्न सक्छ। जसरी इडावोको किसानको छोराले हार्वडमा बोस्टन निवासीले ल्याउन नसक्ने अनुभव ल्याउन सक्छ त्यसैगरी एउटा कालो विद्यार्थीले गोराले ल्याउन नसक्ने अनुभव कलेजमा ल्याउन सक्छ"** भने[65]। अर्कोतर्फ न्यायमुर्तीहरु Rehnquist, Burger, Stevens and Stewart ले फरक मत लेख्दै जातलाई भर्नाको तत्व मान्दा संविधानको चौधौं संशोधन र नागरिक अधिकार कानूनको भाग ६ को अधिकार विरुद्ध हुन्छ भन्ने निर्णय गरे।

६५. धेरै न्यायाधीशले अलग अलग राय लेखेको कारण *Bakke* को मुद्दाले कानूनी रुपमा अनुशरण गर्न सकिने जातीय विविधता (Racial Diversity) को पहिचान कसरी गर्ने भन्नेमा स्पष्ट आधार उल्लेख गर्न सकेन। तर सो मुद्दामा भएको निर्णयले जातीय विविधता (Racial Diversity) को

---

[63] यसमा न्यायाधीशहरुले अलग अलग राय लेखे। Justice Powell को विचारसँग मिल्दोजुल्दो विचार Justice Brennan, Marshall, White, and Blackmum को थियो। जातीयताको बारेमा न्यायाधीश पवेल भन्दा एक कदम अगाडि गएर Justice Brennan, Marshall, White र Blackmum ले सामाजिक विभेदलाई संबोधन गर्न जातीयता हेरिन सक्छ तर यो अस्थायी रुपमा मात्र गरिनुपर्छ भने। id.

[64] **"Race or ethnic background may be deemed a 'plus' in a particular applicant's file, yet it does not insulate the individual from comparison with all other candidates for the available seats"** id at p 317.

[65] Bakke, id at 317.

विद्यमानता वा अभाव सकारात्मक कदम (Affirmative action) को एउटा महत्वपूर्ण आधार हुन सक्छ भन्ने स्वीकार गर्यो। परिणामतः कलेजहरुले विद्यार्थी भर्नामा जुन स्वविवेकको प्रयोग गर्दै आएका थिए सो गरि नै रहने आधार *Bakke* मा भएको फैसलाले तयार गरिदियो[66]। जातीय विविधता कायम गर्ने कुरा राज्यको बाध्यकारी स्वार्थ (Compelling state interest) हो भन्ने कुरा पछिल्ला वर्षहरुमा स्वीकार गर्न थालियो। परिणामतः विविधता कायम गर्दा राज्यको सो स्वार्थसँग मिल्ने गरी तर योग्यता नमर्ने गरी पर्याप्त रुपमा यसलाई छाँटकाँट (Sufficiently tailor) गरिएको छ वा छैन भन्ने मात्र मूल रुपमा न्यायिक पुनरावलोकनको विषय बन्न पुग्यो[67]।

६६. **Hopwood *v.* University of Texas Law School[68]**

यो मुद्दा टेक्सास युनिभर्सिटी ल स्कूलले अफ्रिकन अमेरिकन विद्यार्थीको लागि ५% र मेक्सिकन अमेरिकनको लागि १०% कोटा छुट्याएको विषयसँग सम्बन्धित थियो। यसमा पाचौं कोर्ट अफ अपिलले विविधता मार्फत उच्च शिक्षामा विद्यार्थी समुदायलाई मिल्ने फाइदाको कारण यो राज्यको बाध्यकारी स्वार्थ हुँदा न्यायोचित मान्न सकिन्छ भन्ने कुरालाई स्वीकार गर्यो तर कोटा सिस्टममा अल्पसंख्यक विद्यार्थीले मात्र भाग लिन पाउने हुँदा यो पर्याप्त मात्रामा छाँटकाट गरिएको पाइएन भन्दै कोटा सिस्टमलाई खारेज गर्ने फैसला गर्यो। यति भन्दाभन्दै पनि भर्ना प्रक्रियामा जातीय पहिचान प्राथमिकताको विषय बन्न सक्छ भन्ने कुरालाई भने अदालतले स्वीकार गर्यो[69]।

६७. **Gratz *v.* Bollinger[70]**

यो मुद्दामा युनिभर्सिटी अफ मिसिगनको साहित्य, विज्ञान र कला सम्बन्धी स्कूलले अफ्रिकन, हिस्पानिक र रैथाने अमेरिकनहरुलाई **"प्रतिनिधित्व नभएका अल्पसंख्यक (Unrepresented minorities)"** मानी १५० को पुर्णाङ्कमा २० अङ्क स्वतः दिने गरेको भर्ना कार्यक्रमलाई चुनौती दिइएको थियो। निवेदकका अनुसार यो व्यवस्थाको कारण सो वर्गमा पर्ने विद्यार्थीले सजिलै भर्ना पाउने तर अन्य वर्ग जस्तो ककेसियन वर्गका त्यत्तिकै योग्य विद्यार्थीले भर्ना नपाउने पर्न गएको थियो। सर्वोच्च अदालतले ६-३ को बहुमतले विश्वविद्यालयले गरेको यस्तो मुल्याङ्कन सम्बन्धी व्यवस्था असंवैधानिक ठहर गर्यो। यसमा प्रत्येक विद्यार्थीले विविधताको उद्देश्य हासिल गर्न कसरी योगदान दिन सक्छ भन्ने नहेरी फाइदा पाउने वर्गको हुनासाथ स्वतः

---

[66] Roy L Brooks, *Affirmative Action in Higher Education: What Canada Can Take from the American Experience* 23:1 Windsor YB Access Just (2005)193 at 196.

[67] Richard H Sander, *A systemic analysis of affirmative action in American law schools*" 57(2) Stan. L. Rev (2004):367-483 at 376.

[68] Hopwood *v.* Texas. 78 F.3d 932 (5th Cir. 1996).

[69] In 2003, Supreme Court ruling in Grutter *v.* Bollinger 539 U.S. 306 (2003), invalidated the Hopwood decision.

[70] Gratz *v.* Bollinger, 539 U.S. 244 (2003).

उसलाई अङ्क प्रदान गरिने भएबाट पर्याप्त रुपमा छाँटकाँट नगरिएको हुँदा यो व्यवस्था संविधान अनुकूल थिएन भन्ने अदालतको दृष्टिकोण रहेको थियो।

६८. **<u>Grutter *v.* Bollinger</u>**[71]

यो मुद्दा मिसिगन ल स्कूलमा प्रवेशसँग सम्बन्धित छ। यसमा ग्रज (*Gratz*) मा जस्तो निश्चित अङ्क त प्रदान गरिएको थिएन तर प्रतिनिधित्वविहीन अल्पसंख्यकको हकमा उनीहरुको उपस्थितिले विद्यार्थी समुदायमा विविधता थप्ने भन्दै प्राथमिकतामा राखिएको थियो। यस्तो व्यवस्थाबाट मर्का पर्ने वार्वरा ग्रटर (Barbara Grutter) ले ल स्कूलको प्रवेशमा जातीयतालाई प्रवेशको प्रमुख तत्व (Predominant factor) बनाइएको हुँदा समानताको हकमा आघात पर्न गयो भनी चुनौती दिएकी थिइन्। सो विवादमा उपेक्षित वर्गका विद्यार्थीले उच्च शिक्षामा प्रवेश पाई विद्यार्थी समुदायमा विविधता कायम गर्ने राज्यको बाध्यकारी स्वार्थ (Compelling state interest) अनुकूल नै हुने गरी अफ्रिकन अमेरिकन र हिस्पेनिक जस्ता उपेक्षीत वर्गको हकमा जातीयतालाई एउटा थप आधारसम्म बनाइएको हो भन्ने ल स्कूलको भनाई रहेको थियो। यस अवस्थामा अदालतको सामुन्ने के विद्यार्थी समूह विविधतायुक्त हुँदा फाइदा हुन्छ भन्ने र के जातीयतालाई थप आधार बनाइनु राज्यको बाध्यकारी स्वार्थ हो भन्ने आधारमा कालाहरुलाई प्राथमिकता दिने भर्ना प्रक्रियालाई न्यायपूर्ण ठहऱ्याउन सकिने हुन्छ भन्ने दुई प्रश्न उत्पन्न भएका थिए।

६९. सर्वोच्च अदालतले ५-४ को बहुमतबाट विविधतालाई बढावा दिनु राज्य र स्कूलको बाध्यकारी स्वर्थ हो भन्ने कुरालाई स्वीकार गर्यो। बहुमतको तर्फबाट न्यायाधीश सान्ड्रा डे कोनर्सले **"कलेज प्रवेशको प्रक्रियामा जातीयतालाई आधार गर्ने कुराले प्रतिनिधित्व हुन नसकेका अल्पसंख्यकहरुलाई बढावा दिन्छ वा उनीहरुको पक्ष लिन्छ। यदि विद्यार्थीको मुल्याङ्कन गर्दा अन्य आधारहरुलाई पनि हेरिएको छ भने यसलाई '*कोटा पद्दति*' भन्न मिल्दैन**[72]**। कलेजहरुमा विविधतायुक्त विद्यार्थी समुदाय हुनु राज्यको बाध्यकारी स्वार्थ (Compelling state interest) अनुकूल नै हुने हुँदा चौधौं संशोधन अन्तर्गतको समान संरक्षणको व्यवस्थाले जातीय विविधताको कारण ल स्कूलहरुलाई हुने शैक्षिक फाइदा प्राप्त गर्ने सन्दर्भमा पर्याप्त रुपमा छाँटकाँट गरी (Sufficiently tailored) जाती (Race) लाई ल स्कूल प्रवेशको निर्णयमा एउटा आधार बनाउँन रोक्दैन"** भनिन्। तर यसो गर्दा प्रत्येक विद्यार्थीको योग्यताका प्रमाणहरु (Credential) को कठोरतापूर्वक जाँच पडताल (Strict scrutiny) गरिनुपर्छ भन्ने कुराको पनि न्यायमुर्ती सान्ड्राले

[71] Grutter *v.* Bollinger 539 U.S. 306 (2003) [Grutter].

[72] **"An admission process that uses race, that may favor underrepresented minority groups, and that also takes into account other factors assessed on an individual basis for every student, does not entail a *'quota system'* which would have been unconstitutional under the Bakke decision"**.

घोषणा गरिन्[73]। यसरी हेर्दा ग्रटरको मुद्दामा विद्यार्थी समुदायमा जातीय विविधता हासिल गर्नु राज्यको बाध्यकारी स्वार्थ (Compelling state interest) हो, यदि पर्याप्त रुपमा छाँटकाँट गरी प्रत्येक विद्यार्थीको योग्यताको प्रमाणको कठोरतापूर्वक मुल्याङ्कन (Strict scrutiny) गर्ने क्रममा कलेजमा राम्रोसँग प्रतिनिधित्व हुन नसकेका समुदायका विद्यार्थीको हकमा जातीयता (Race) लाई एउटा थप आधारसम्म बनाइएको छ भने यस्तो कुरा संविधानसम्मत नै हुन्छ भन्ने अदालतकले उद्‌घोष गर्यो। यसरी *Grutter* र *Bakke* को मुद्दामा सकारात्मक कदमको कार्यान्वयन गर्ने सन्दर्भमा करिब करिब एउटै किसिमको निर्णय अदालतबाट प्राप्त भएको देखिन्छ।

७०. **<u>Schuette *v.* Coalition to Defend Affirmative Action BAMN</u>**

ग्रज र ग्रुटरको मुद्दामा सर्वोच्च अदालतले दिएको फैसलापछि प्रतिकृया स्वरुप मिसिगन लगायत केही राज्यहरुले आफ्ना संविधान संशोधन गरी सार्वजनिक शिक्षामा लिङ्ग र जातीयतामा आधारित सबैखाले प्राथमिकताहरु कानूनको समान संरक्षणको विरुद्ध हुने भन्ने व्यवस्था राख्न थाले। मिसिगनले सन् २००६ मा गरेको संशोधनलाई लिएर सर्वोच्च अदालतमा मुद्दा पनि पर्यो तर बहुमतले सकारात्मक कदमको औचित्यमा प्रवेश नगरी आ-आफ्ना संविधान संशोधन गर्न राज्यहरु सक्षम रहेको र त्यस्तो संशोधन समान संरक्षणको हकको विरुद्ध नहुने फैसला गर्यो[74]। तर बहुमत प्रति विमति राख्दै न्यायमुर्ती सोटोमेयरले चौधौं संशोधन अस्तित्वमा रहनुको कारण जातको आधारमा अल्पसंख्यक उपर हुने विभेदलाई लोकतान्त्रिक प्रक्रियाबाट मात्र रोक्न सकिदैन भनेर नै हो। त्यसैले जातीयताको आधारमा हुने विभेदको विरुद्ध बोल्दा सदियौंदेखि जातीयता कै नाममा भैरहेको दुर्भाग्यपूर्ण विभेदलाई बिर्सन मिल्दैन भन्ने जिकिर गरिन्। सो मुद्दामा उनले भनेकी छन्:

> The way to stop discrimination on the basis of race is to speak openly and candidly on the subject of race, and to apply the Constitution with eyes open to the unfortunate effects of centuries of racial discrimination. As members of the judiciary tasked with intervening to carry out the guarantee of equal protection, we ought not sit back and wish away, rather than confront, the racial inequality that exists in our society[75].

---

[73] **"Equal Protection Clause does not prohibit the Law School's narrowly tailored use of race in admissions decisions to further a compelling interest in obtaining the educational benefits that flow from a diverse student body."** ibid at 343 पर्याप्त छाँटकाँट सहित जातीय आधारलाई कलेज प्रवेशमा स्वीकार गर्ने कुरालाई अन्य न्यायाधीशहरु गिन्सवर्ग र ब्रेयरले स्वीकार गरेनन्। यो मुद्दामा Justice Thomas, Chief Justice Rehnquist, Justice Kennedy र Justice Scalia ले फरक मत लेख्दै जातलाई मुल्याङ्कन को थप वा प्रमुख आधार बनाउनु चौधौं संशोधन विरुद्ध हुने कुरा उल्लेख गरे।

[74] Schuette *v.* Coalition to Defend Affirmative Action by Any Means Necessary (BAMN) 572 U.S. (2014). न्यायमुर्ती केनेडीले बहुमतको राय लेखे। न्यायमुर्ती सोटोमेयर मात्र त्यस्तो न्यायाधीश बनिन् जसले सकारात्मक कदमको पक्ष लिइन्।

[75] Id at p 1654.

७१. **<u>Fisher *v.* University of Texas</u>**[76]

यो मुद्दा पनि टेक्सस विश्वविद्यालयको अन्डरग्र्याजुएट तहको प्रवेशमा जातीयतालाई प्राथमिकता दिइएको विषय संविधानको चौधौं संशोधनको अनुकूल भयो वा भएन भन्ने विवाद पुनः उठेकोमा सर्वोच्च अदालतले विश्वविद्यालयको जातीय रुपमा संवेदनशील प्रवेश परीक्षा नीति कठोर जाँचपडतालको परीक्षण अनुकूल रहेको कुराको घोषणा गर्यो। यो मुद्दामा टेक्सस राज्यको कानून नं. ५८८ लाई पच्छ्याउँदै विश्वविद्यालयको अन्डरग्र्याजुएट तहमा सो राज्यका हाई स्कूलबाट सर्वोत्कृष्ट १०% स्थानमा पर्ने विद्यार्थीलाई स्वतः प्रवेश दिने नीति अपनाएको थियो। यो प्रक्रियाबाट ८१% विद्यार्थीहरु छानिन्थे। सो वर्गमा नपर्नेहरुको हकमा उनीहरुको प्रतिभा, नेतृत्व क्षमता, पारिवारिक स्थिति, जातीयता समेतको मुल्याङ्कन गरी भर्ना गर्न सकिन्थ्यो। यो मुद्दामा निवेदकले दुवै प्रक्रियाबाट भर्ना नपाएपछि अदालतमा चुनौती दिएकी थिइन्।

७२. यसमा तल्लो अदालतले *Grutter v. Bollinger* को मुद्दामा भएको निर्णयलाई पछ्याउदै टेक्सस विश्वविद्यालयको निर्णयको पक्षमा फैसला गर्यो। यो मुद्दा एक पटक सर्वोच्च अदालत पुगी पुनः तल्लो अदालतमा फर्काइएकोमा दोस्रो पटक सर्वोच्च अदालतले ४-३ को बहुमतले टेक्सस विश्वविद्यालयको अन्डरग्र्याजुएट तहको प्रवेश नीतिलाई मान्यता दिने तल्लो अदालतको निर्णयलाई सदर गर्दै परिणाममा *Grutter* को मुद्दामा भएको निर्णयलाई नै अनुमोदन गर्यो[77]। सर्वोच्च अदालतले यो मुद्दामा क) सकारात्मक कदम अन्तर्गत प्रवेश प्रक्रियाको कठोर छानवीन भएको छ वा छैन; ख) विद्यार्थी समुदायमा विविधता कायम गर्न विश्वविद्यालयले अपनाइएका नीति बारेमा गरेको तर्कसंगत व्याख्यालाई सहज न्यायिक मान्यता दिनुपर्ने हो वा होइन र ग) प्रवेश कार्यक्रममा जातीयतालाई पर्याप्त रुपमा छाँटकाँट गरी हेरिएको छ वा छैन भन्ने विषयमा विश्वविद्यालयले भनेका कुरालाई सहजै स्वीकार नगरी खुला परिक्षण गरिनुपर्ने हो वा होइन भन्ने प्रश्नहरुको बारेमा विवेचना गरेको थियो। यी कोणहरुबाट विवादलाई हेर्दा अदालत के निष्कर्षमा पुग्यो भने हाई स्कूलबाट आएका उत्कृष्ट १०% लाई लिने विश्वविद्यालयको नीति विशिष्ट छ तर यसले विविधतामा के कस्तो परिणाम ल्याउँछ भन्नेमा यकीन रुपमा भन्न तथ्याङ्कहरुको अभाव छ। त्यसैले विश्वविद्यालयले यो प्रक्रियाको नियमित रुपमा पुनरावलोकन गर्नुपर्छ। जातीयताले कलेज प्रवेशमा प्राथमिकता पाउने कुरा राज्यको बाध्यकारी स्वार्थ हो तापनि राज्यले आवश्यक ठहऱ्याएको भन्दा बढी मान्यता वा स्थान पाउँनु हुँदैन। सारांशमा बहुमतले जातीयताको दृष्टिबाट संवेदनशील प्रवेश नीति (Racially sensitive admission policy) ले जातीयताको बारेमा रहेको आधारविहीन परम्परागत सोच (Stereotypes) लाई भत्काउँछ, अन्तरजातीय सद्भाव बढाउँछ, समाजलाई चाहिने विविधता सहितको श्रम

---

[76] 579 U.S. (*2016*) (commonly referred to as *Fisher* II).

[77] बहुमतको राय Justice Kennedy ले लेखेको र उनलाई Justices Ginsburg, Breyer र Sotomayor ले साथ दिएका थिए भने अल्पमतमा Chief Justice Roberts र Justice Thomas तथा Justice Alito थिए।

समूह तयार गर्छ र जनताको नजरमा वैधानिक नेतृत्वको श्रृजना गर्छ भन्यो। यो मुद्दामा अल्पमतको राय न्यायमुर्ती Samuel Alito ले लेखेका थिए जहाँ उनको भनाई मुख्यतः उत्कृष्ट १०% को नियम जातीय रुपमा निरपेक्ष देखिए पनि यसले अल्पसंख्यकहरु मध्ये धनीमानीहरुको सानो समुदायलाई मात्र फाइदा गर्छ र गरिब अल्पसंख्यकहरु उपेक्षित हुन्छन्। सकारात्मक कदमको उद्देश्य गरिब र प्रतिनिधित्व हुन नसकेका अल्पसंख्यकहरुको फाइदा गर्ने हुँदा जातीय विविधता कायम गर्ने बाध्यकारी स्वार्थलाई यसले समर्थन गर्दैन भन्ने रहेको थियो।

७३. सारांशमा भन्दा *Fisher* लगायत माथि उल्लेख गरिएका मुद्दाहरुले अमेरिकामा सकारात्मक कदम सम्बन्धी विवादलाई अझै पनि निष्कर्षमा पुऱ्याउन सकेका छैनन्; जातीय विविधताको संरक्षण अहिले पनि उच्च शिक्षामा प्रवेशको एउटा चाखलाग्दो विषय भने बनिरहेको छ भन्ने देखिन्छ। उच्च शिक्षामा प्रवेशको निम्ति दिइने निवेदनहरुमा स्कूलको ग्रेड, समर्थन पत्रहरु, अतिरिक्त क्रियाकलापबारे उल्लेखनको अतिरिक्त जाती जातीयता (Race, ethnicity) मातृभाषा, लिङ्ग, सामाजिक हैसियत, भौगोलिक उत्पत्ति, बाबुआमाको पढाई[78] आदि उल्लेख गर्न लगाई विश्वविद्यालयहरुले आवेदकको ग्रेड वा परीक्षामा हासिल गरेको अङ्कको मुल्याङ्कन गरी विश्वविद्यालयहरुले नै तय गरेको लक्ष्य र समय-सारिणीमा आधारित भै विविधतालाई बढावा दिने गरेको देखिन्छ। *Bakke, Grutz, Grutter र Fisher* का माथि उल्लिखित मुद्दाहरु हेर्दा अदालतहरुबाट विविधतालाई एउटा बाध्यकारी स्वार्थको रुपमा स्वीकार गरिएको, जातीयता कोटाको विषय नभै प्राथमिकताको विषय हो भन्ने रुपमा लिइएको, त्यसो गर्दा विविधता कायम गर्ने सन्दर्भमा पर्याप्त रुपमा छाँटकाँट गरिएको छ र सम्बन्धित विद्यार्थीको आवेदनलाई कठोरतापूर्वक परीक्षण (Strict scrutiny) गरिएको छ भने यस्तो कार्य चौधौं संशोधन वा नागरिक अधिकार ऐनको विरुद्ध हुँदैन भन्ने निष्कर्षमा अमेरिकी अदालतहरु पुगेको पाइन्छ।

७४. अर्को कुरा, माथि चर्चा गरिएका मुद्दाहरुमा अमेरिकी अदालतहरु स्पष्ट रुपमा योग्यतामा सम्झौता गर्ने गरी आरक्षण कोटा प्रदान गर्ने नीतिको विरुद्ध उभिएको पनि देखिन्छ[79]। अझै पनि अदालतहरुले सकारात्मक कदम विगतमा भएको जातीय विभेदको असरलाई मेटाउने प्रयास हो वा शिक्षामा जातीय विविधता कायम हुँदा मिल्ने फाइदाको कारण गरिएको व्यवस्था

[78] अर्थात सोहि विश्वविद्यालयमा अध्ययन गरे वा नगरेको कुरा।

[79] अमेरिकी अदालतहरु मात्र होइन, अमेरिकी प्रशासन, समग्र राष्ट्र कोटा प्रणालीको विरुद्ध उभिएको विल क्लिन्टनको भनाईबाट समेत स्पष्ट देखिन्छ। सकारात्मक कदमबारे उनले १९ जुलाई १९९५ मा यसो भनेको पाइन्छ **"Let me be clear about what affirmative action must not mean and what I won't allow it to be. It does not mean – and I don't favor – the unjustified preference of the unqualified over the qualified of any race or gender. It doesn't mean – and I don't favor – numerical quotas. It doesn't mean – and I don't favor – rejection or selection of any employee or student solely on the basis of race or gender without regard to merit …"**

हो भन्ने विषयमा स्पष्ट जवाफ दिएको पाइदैन[80]। तथापि जातीय विविधता कायम गर्न लक्ष्य र समय सारिणी (Goals and Time table) सहित जे जस्ता आधारहरुलाई अदालतहरुले स्वीकार गरे, जे जसरी विश्वविद्यालयहरुले असल नियतले स्वेच्छिक रुपमा अपनाएका नीतिहरुलाई अनुमोदन गरे यसले अमेरिकामा कुनै न कुनै रुपमा जातीय रुपले संवेदनशील भर्ना सम्बन्धी नीति कायम गर्न मद्दत गरेको छ भन्ने देखिन्छ। अमेरिकी अदालतहरुमा चलेका विवादलाई हेर्दा उनीहरुले सकारात्मक कदमलाई विभेदसँग जोडेर हेरेका र समावेशीता खोज्दाखोज्दै पनि योग्यता (Merit) लाई तिलान्जली दिनु हुँदैन भन्नेमा दृढ रहेको देखिन्छ। अमेरिकामा कोटा पद्दति कायम नगरिनुको पछाडि लामो समयसम्म चलेको दासता (Slavery) को इतिहास, दासत्व मुक्तिपछि पनि जिम क्रो कानून (Jim Crow Laws) जस्ता विभेदकारी कानूनमार्फत रोजगारी, बसोबास, हिंडडुलमा नियन्त्रण गरिएको कारण कालाहरुले बेहोर्नु परेको हिंसा एवं रंगभेदी स्थिति[81], त्यस्तो रंगभेदी जातीय अलगावको व्यवस्थालाई अदालतबाट *Plessy v. Ferguson*[82] मा दिइएको मान्यता र त्यसलाई बदर गर्न कालाहरुले लामो समयसम्म गर्नुपरेको संघर्ष र अन्ततः *Brown v. Board of Education of Topeka*[83] मा प्राप्त गरेको सफलता समेतको तितो इतिहास पनि जिम्मेवार छ। यी समस्त परिस्थितिमा कालाहरुले गोराहरु सरह व्यवहार गरियोस (Sameness of treatment) भनी माग गरेको सन्दर्भमा जब औपचारिक समानता सुनिश्चित हुने परिस्थिति बन्दाबन्दै पनि यथार्थमा विभेद हटेन त्यसपछि मात्र जातीय प्राथमिकताको बारेमा ध्यान दिन र नागरिक अधिकार आन्दोलनमा यसलाई प्रमुख मुद्दा बनाउँन थालिएको पाइन्छ[84]। समान व्यवहारको दावीले विभेदको समस्या त समाधान नगर्ला तर कोटा प्रणाली लागू गर्दा यसले उल्टो विभेद (Reverse discrimination) त श्रृजना गर्दैन भन्ने आशंका पनि अमेरिकामा उत्तिकै रुपमा प्रबल रहेको छ। सकारात्मक विभेदले संविधानमा स्पष्टतः स्थान नपाउनुमा यो आशंका पनि जिम्मेवार छ भन्ने देखिन्छ। साथै यसमा अमेरिकीहरुमा रहेको योग्यता र क्षमतालाई प्रश्रय दिने सोच पनि उत्तिकै प्रबल

---

[80]Samuel Leiter William M. Leiter, AFFIRMATIVE ACTION IN ANTIDISCRIMINATION LAW AND POLICY, (State University of New York 2002) at p 137.

[81] Jim Crow laws दासत्व मुक्तिपछि पनि विभिन्न राज्यहरुले विभिन्न कानूनमार्फत कालाहरुको हिंडडुल, शिक्षा, रोजगारी, मताधिकारमा नियन्त्रण गर्ने विभिन्न कानूनहरुलाई दिएको साझा नाम हो। यी कानूनहरुले गोराहरुलाई कालाहरुउपर जातीय उच्चता प्रदान गरेको थियो। यो कानून अन्तर्गत कालाहरु गोराभन्दा अलग्गै बस्तीमा बस्न बाध्य थिए, सार्वजनिक सुविधाहरु जस्तो स्कूल, चर्च, रेष्टुरा, र यातायातका साधनमा पनि उनीहरुको नियन्त्रित पहुँच थियो।

[82] 163 U.S. 537 (1896), यो मुद्दामा समान तर अलग (Separate but equal) को नीति अघि सार्दै सर्वोच्च अदालतले काला र गोरालाई अलग अलग सुविधा दिनु तेह्रौं र चौधौं संशोधनको विरुद्ध हुँदैन भनेको थियो।

[83] 47 U.S. 483 (1954), सो फैसलाले *Plessy* को मुद्दामा कायम गरेको नजिरलाई उल्ट्याउँदै काला र गोराहरुलाई समान तर अलग भन्नु चौधौं संशोधनको विरुद्ध हुन्छ भन्यो।

[84] M. Van Chandola, *Affirmative Action in India and the United States: The Untouchable and Black Experience* 3 IND. INT'L & COMP. L. REV (1992) at 111-112.

रुपमा जिम्मेदार रहेको पाइन्छ[85]। सम्भवत: यही कारणले गर्दा अदालत र कलेज दुवैले कसरी योग्यता र समावेशीतालाई सँगै लैजान सकिन्छ भनी विभिन्न परीक्षण र प्रयोग गरिरहेका छन्। तर आज पनि जातीयता र अल्पसंख्यकहरु उपर हुने विभेद अमेरिकामा त्यत्तिकै प्रबल सामाजिक र कानूनी मुद्दा बनिरहेको छ[86]। एकातर्फ यसका समर्थकहरु ऐतिहासिक रुपमा लामो समयसम्म गरिएको दमन र विभेदको परिणाम पनि लामो समय कायम रहने हुँदा विभेदको कुप्रभाव र पूर्वाग्रह मेट्न समय लाग्ने बताउँछन् भने अर्कोतर्फ यसका विरोधीहरु यसले निरन्तर रुपमा पीडित अनुभुत गर्नेहरुको सम्प्रदाय (Cult of victimization) खडा गर्दै जीवनमा सफल हुने हो भने विशेष व्यवस्था र सुविधा चाहिन्छ भन्ने गलत मनोविज्ञान श्रृजना गर्छ भन्छन्। त्यसैगरी अमेरिकामा सकारात्मक कदम जे जसरी कार्यान्वयन भएको छ त्यसलाई हेर्दा यसले जसको लागि सकारात्मक कदम चाहिने हो उसले नपाउने तर सुविधा नै नचाहिने मध्यम वर्गीय, नव-संभ्रान्त कालाहरुले सकारात्मक कदमको फाइदा उठाउने र यसले गर्दा एउटा वर्गको (गरिब गोराहरु) परिश्रमको कुनै अर्थ नरहने र अर्को वर्गलाई मिहेनत गर्ने दरकारै नपर्ने अवस्था परिरहेको जिकिर गर्नेहरु पनि छन्[87]। यस्ता कार्यक्रमले योग्यलाई अधिकारविहीन बनाउँने र अयोग्यलाई अधिकार प्रदान गर्ने सम्भावना सदा रहने हुँदा विविधताको अनुपेक्षित वर्ग (Non-disadvantaged group) ले फाइदा नपाउने र साच्चैं नै उपेक्षित वर्गले उच्च शिक्षामा प्राथमिकता पाउनु पर्ने[88] र निश्चित लक्ष्य र समयावधि पूरा गरेपछि यस्तो कार्यक्रमको अन्त्य गरिनुपर्छ भन्ने तर्कहरु पनि गरिएका छन्[89]। यी तर्क वितर्कहरुको बीचमा रही हेर्दा, जातीय विविधतालाई प्रबर्धन गर्ने सन्दर्भमा हालसम्म अमेरिकाले अनुशरण गरेको मार्ग मध्यमार्गी हो भन्ने देखिन्छ।

७५. **क्यानडा**

उच्च शिक्षामा अल्पसंख्यकहरुको प्रवेशलाई अमेरिकामा जस्तो सकारात्मक कदम (Affirmative Action) नभनी क्यानडामा शैक्षिक समता (Educational Equity) को कार्यक्रम

---

[85] Colleen Sheppard, *Equality in Context: Judicial Approaches in Canada and the United States*, 39 University of New Brunswick L.J. (1990) 111 at 114-17; *See* also SEYMOUR MARTIN LIPSET, REVOLUTION AND COUNTER REVOLUTION: CHANGE AND PERSISTANCE IN SOCIAL STRUCTURES (New York: Basic Books, Inc., 1968) at 48.
[86] Sean A Pager, *Antisubordination of whom? What India's Answer Tells Us About the Meaning of Equality in Affirmative Action*, 41 U.C. Davis L. Rev. (2007-2008)289 at 303, 310.
[87] Supreme Court Justice Clarence Thomas, the only current Black Justice, opposing affirmative action argues that race-based affirmative action or preferential treatment creates a **"cult of victimization"** and implies blacks require **"special treatment in order to succeed"**. See *CBSNews (September 27, 2007). "**Clarence Thomas: The Justice Nobody Knows**". 60 Minutes. CBS. Retrieved June 13, 2010;* See also Corey Robin, Clarence Thomas's Radical Vision of Race September 10, 2019 https://www.newyorker.com/culture/essay/clarence-thomass-radical-vision-of-race.
[88] Sean A Pager, supra note 85 at p 310.
[89] स्वयं न्यायाधीश कोनर्सले Grutter *v.* Bollinger 539 U.S. 306 (2003) मा यो कार्यक्रम आउँदो २५ वर्ष सम्मको लागि हुन सक्छ भन्ने तर्क गरेकी छन्।

हो भन्न रुचाइन्छ र यसको घोषित उद्देश्य उपेक्षित वर्गको स्थितिमा सुधार ल्याउने (Ameliorating the conditions of disadvantaged group) हो भनिन्छ। प्रारम्भमा अमेरिकामा जस्तै क्यानडामा पनि रोजगारीको क्षेत्रमा रहेको विभेद हटाउन समताको अभियान चालिएकोमा पछि यसलाई उच्च शिक्षाको क्षेत्रमा विस्तार गरिएको पाइन्छ[90]। अल्पसंख्यकहरुको शैक्षिक कार्यक्रममा प्रवेशलाई क्यानडामा शैक्षिक समता भनिनुको पछाडि यो शब्दलाई रोजगारमा समता (Employment equity) सँग जोडेर हेरिनु रहेको भन्ने बुझिन्छ[91]। पछिल्लो समयमा क्यानडामा विकसित सारभूत समानता सम्बन्धी विधिशास्त्रले पनि शिक्षा तथा रोजगारीको क्षेत्रमा समता हासिल गर्न मद्दत गरेको पाइन्छ[92]।

७६. क्यानडामा शैक्षिक समता सम्बन्धी अभियानको पहिलो चरणमा अर्थात १९६० को दशकमा महिलाहरुको उच्च शिक्षामा प्रवेशको कुराले चर्चा पायो भने त्यसपछि सत्तरी र असीको दशकमा क्रमशः रैथाने (Aboriginies) तथा अन्य समूहहरुमा ध्यान केन्द्रित हुन थाल्यो[93]। परिणामतः समता सम्बन्धी छलफल जात र जातीयता तर्फ केन्द्रित हुन थाल्यो। असीको दशकमा क्यानेडियन चार्टरमा कानूनको समान संरक्षणको कुरा परेपछि समानताको लडाँई सारभूत रुपमा एउटा रणनीतिक कदमको रुपमा प्रकट हुन थाल्यो[94]। यद्यपि अमेरिकामा जस्तै क्यानडामा पनि शैक्षिक समताको कार्यक्रम विश्वविद्यालयहरुले स्वस्फुर्त रुपमा गरेको कार्यक्रम हो, तर यसलाई जुन कानूनी वैधता चार्टरले दियो सम्भवतः यसले गर्दा शैक्षिक समता कार्यक्रम कम मात्र अदालती विवादको विषय बन्यो[95]।

७७. विद्यार्थी प्रवेश सम्बन्धमा क्यानडामा अल्पसंख्यक समुदायलाई ध्यानमा राखी विशेष प्रक्रिया अवलम्बन गर्नुपर्छ भन्ने कुनै संघीय वा प्रादेशिक नीति बनेको छैन[96]। तर शैक्षिक समता नीति भने कुनै न कुनै रुपमा अनुशरण गरिएको छ र यसले उपेक्षित वर्गको शिक्षामा

[90] अमेरिकामा सर्वप्रथम १९६१ मा जोन यफ केनेडीले सरकार र सरकारी श्रोतको उपयोग गरिएको निर्माण सम्बन्धी कार्यमा जातीय विभेद रोकी कालाहरुको प्रवेश गराउन सकारात्मक कदम (Affirmative action) भन्ने शब्दावलीको प्रयोग गरेका थिए।

[91] सन् १९८० को दशकको शुरुवातमा न्यायमुर्ती रोजली अवेला (Justice Rosalie Abella) लाई रोजगार क्षेत्रमा रहेको असमानता र विभेद र त्यसले स्पष्ट देखिने अल्पसंख्यक, रैथाने, अपाङ्ग र महिलामा परेको असरबारे अध्ययन गर्न भनिएकोमा उनले रोजगारीको क्षेत्रमा रहेको विभेद अन्त्य गर्नको लागि रोजगारमा समता (Employment equity) बारे प्रतिवेदन दिइन र संस्थागत विभेद (Systemic discrimination) लाई हटाउन संस्थागत प्रयास जरुरत हुन्छ भनिन।

[92] C. L'Heureux Dube, *Making a Difference: The pursuit of Equality and a Compassionate of Justice*, 13 South African Journal on Human Rights (1997) 335 at 338.

[93] Neil Guppy, *Access to Higher Education in Canada* 14 Can. J. High Educ. No 3(1984) 79, at 80-81.

[94] Canadian Charter of Rights and Freedoms 1982, Section 15(1) & (2).

[95] Colleen Sheppard, *Challenging Systemic Racism in Canada: Affirmative Action and Equity for Racialized Communities and Aboriginal People* in RACE AND INEQUALITY: WORLD PERSPECTIVES ON AFFIRMATIVE ACTION (Elaine Dubordieu ed, U.K: Ashgate, 2006) 43 at 49.

[96] Ratna Ghosh, **"Diversity and Excellence in Higher Education: Is There a Conflict?"** (2012) 56:3 Comp Educ.Rev. 349.

प्रतिनिधित्व बढाउने भन्ने नै उद्देश्य लिएको छ[97]। सबै विश्वविद्यालयहरुले जातीय विविधता रहनुपर्ने कुरालाई मानेका र विशेष वर्गका विद्यार्थी (Special categories applicant) भनी छुट्याएका छन् र त्यसमा रैथाने विद्यार्थीले दरखास्त दिन पाउने व्यवस्था गरेका छन्[98]। यस्तो प्रक्रिया अन्तर्गत परेका दरखास्तको विशेष ध्यान दिएर मुल्याङ्कन गर्ने गरेका र सकेसम्म जातीय विविधतालाई बढावा नै दिने गरेका छन्। सो गर्ने क्रममा प्रवेशसँग सम्बन्धित समितिले विद्यार्थीका विशेष योग्यता, क्षमता र पृष्ठभूमि वा उपेक्षा हेरी प्रवेशबारे स्वविवेक समेतको प्रयोग गर्दै निर्णय गर्छन्। अल्पसंख्यक र उपेक्षित वर्गलाई लक्षित गरेर विशेष कक्षा, समर प्रोग्राम, ट्युटोरियल्सका कार्यक्रम बनाउँने, पाठ्यक्रममा नै सुधार गर्ने आदि कुराहरु समेत गरी उनीहरुको क्षमता बृद्धि गर्ने र उच्च अध्ययनमा आकर्षित गर्ने कुराहरु पनि यसमा पर्छन्[99]।

७८. सन् १९८२ मा उपेक्षित वर्गको स्थितिमा सुधार ल्याउनको लागि क्यानडाको अधिकार र स्वतन्त्रताको चार्टर जारी भयो। सो चार्टरको दफा १५ ले देहाय बमोजिमको व्यवस्था गर्‍योः

> 15.(1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the **equal protection and equal benefit of the law** without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.
> (2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the **amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged** because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

यो कानूनी व्यवस्था यस मानेमा विशिष्ट छ कि प्रथमतः यसमा कानूनको समान संरक्षण मात्र नभनी समान फाइदा (Equal benefit of law) पनि भनिएको छ र दोस्रो जात, राष्ट्रियता, जातीय उत्पत्ति, रंग, धर्म, लिङ्ग, उमेर र मानसिक वा शारीरिक असक्षमताको कारण विभेदमा परेका व्यक्ति र समुदायको स्थितिमा सुधार ल्याउन कुनै कानून, कार्यक्रम वा कदम चाल्ने उद्देश्य रहेकोमा त्यस्तो कानून, कार्यक्रम वा कदम समानता विरुद्ध रहेको नमानिने भनिएको छ। यसरी दोस्रो व्यवस्थाले उपेक्षित वर्गको हितको लागि गरिएका कार्यहरुलाई समानता विरोधी भनी गरिने चुनौतीबाट बचाउँछ[100]।

---

[97] यहाँ उपेक्षित वर्गभित्र अफ्रिकी अमेरिकी, एबोरिजिनिस [यसभित्र First Nation (630 band), Metis, Inuits पर्छन्] लाई समेटिएको छ। Id at p. 358.

[98] Patrick Clancy & Gaële Goastellec, *Exploring Access and Equity in Higher Education: Policy and Performance in a Comparative Perspective* 61:2 High Educ Q (2007) 136.

[99] तर डल हाउसी विश्वविद्यालय बाहेक अरु विश्वविद्यालयले कानूनको अध्ययनमा रैथानेहरुको लागि कोटा छुट्याएका छैनन्। तर मेडिकल स्कूलको हकमा भने कतिपय विश्वविद्यालयहरुले रैथानेहरुका लागि कोटा नै छुट्याएका छन्। उदाहरणको लागि ओटावाले ८ सिट, म्याकगिलले ४ सिट, सास्काटचेवनले १० प्रतिशत सिट छुट्याएका छन्। हेर्नुहोस Id at p 55.

[100] Colleen Sheppard, supra note 94 at p 49-50.

७९. क्यानडामा उपेक्षित वर्गको स्थितिमा सुधार ल्याउने प्रयासको सन्दर्भमा परेका मुद्दाहरुलाई सन् १९८२ मा अधिकार र स्वतन्त्रता सम्बन्धी चार्टर जारी हुनुभन्दा पहिले र पछि गरी दुई भागमा विभाजन गर्न सकिन्छ।

चार्टर जारी हुनुभन्दा पहिलेको चर्चित मुद्दा *Bloedel v. University of Calgary*[101] हो। यसमा निवेदकले आफू गैर रैथाने भएको कारण विश्वविद्यालयको प्रवेशमा विभेद गरिएको जिकिर गरेकी थिइन्, तर विश्वविद्यालयले निकुन्जभित्र बस्ने उपेक्षित वर्गका रैथाने व्यक्तिहरुको शैक्षिक स्थितिमा रहेको शून्यतालाई हटाउन विशेष कार्यक्रम राखिएको जिकिर गरेपछि समाजमा उपेक्षित वर्गका व्यक्तिको स्थिति सुधार गर्न (Ameliorating the conditions of disadvantaged groups in society) समतामूलक कदम चाल्न सकिने कुरालाई स्वीकार गर्दै अदालतले निवेदन खारेज गरेको थियो।

८०. चार्टर जारी भएपछि विश्वविद्यालयको हकमा चार्टर लागू हुन्छ वा हुँदैन भन्ने प्रश्न उठेकोमा शुरुमा अदालतहरुले विश्वविद्यालय सरकारदेखि स्वतन्त्र हुँदा उनीहरुको हकमा लागू हुँदैन भने[102]। तर पछिल्लो समयमा विद्यार्थीहरुको हकको कुराले प्राथमिकता पाउन थालेपछि अदालतहरुले पनि विश्वविद्यालयको हकमा पनि चार्टर लागू हुन्छ भनेका छन्[103]। त्यसैगरी कुनै उपेक्षित वर्गको हितमा दफा १५(२) कुनै कुरा गर्दा विभेदजन्य कुरा हुन्छ वा हुँदैन भन्ने सन्दर्भमा क्यानडाको सर्वोच्च अदालतले मुख्यतः त्यसको प्रभाव हेरिनुपर्छ भनेको छ[104]। अर्थात परिस्थितिजन्य कुराहरु जस्तो क) निवेदकले के कस्तो विभेद बेहोर्नु परेको थियो, ख) त्यस्तो विभेदको आधार र निवेदकको परिस्थिति के थियो, ग) त्यस्तो विभेद बेहोरिरहेको व्यक्ति वा समुदायको स्थिति सुधार्ने बारेमा अमुक कानून वा निर्णयमार्फत लिइएको उद्देश्य के थियो, र घ) त्यस्तो कानून वा चालिएको कदमबाट निवेदकलाई के कस्तो असर परेको छ सो कुराहरु हेरी अमुक कार्य विभेदजन्य हुन्छ वा हुदैन भन्ने यकीन गरिनुपर्छ भन्ने अदालतको दृष्टिकोण रहेको छ[105]।

८१. शुरुका केही वर्षहरुमा माथि उल्लिखित चार्टरको दफा १५ को उपदफा (२) र उपदफा (१) बीच के कस्तो सम्बन्ध रहनुपर्छ भन्ने बारेमा चर्चा हुँदा उपदफा (२) ले उपदफा (१) बुझ्नलाई मद्दत गर्छ भन्ने अदालतको दृष्टिकोण रहेको[106] मा पछिल्लो समयमा सारभूत समानता (Substantive equality) को तर्क प्रस्तुत गर्दै दफा १५(२) लाई स्वतन्त्र व्यवस्थाको रुपमा

---

[101] Bloedel *v*. University of Calgary [1980] 1 C.N.L.R. 50.

[102] Mc Kinney *v*. University of Guelph (1990) 3 SCR 229; Harrison *v*. University of British Colombia, (1990) 3 SCR 451.

[103] Pridgen *v*. University of Calgary, 2010 ABQB 644; R. v. Whatcott, 2013 SCC 11, 1 SCR 467 and Wilson *v*. University of Calgary 2014 ABQB 190.

[104] Law *v*. Canada (Minister of Employment and Immigration), (1999) 1 S.C.R. 497.

[105] id at para 63-75.

[106] Lovelace *v*. Ontario, (2000) 1 S.C.R. 950.

हेर्न थालिएको र यससँगै सारभूत समानताको अवधारणाको पनि विकास गर्दै लगिएको पाइन्छ। *R v Kapp* को मुद्दामा[107] अदालतले सारभूत समानताको अर्थ सबैलाई समान व्यवहार गर्नुपर्ने भन्ने होइन तर दफा १५(२) को व्यवस्थाले उपेक्षित वर्गको हितमा उनीहरुको स्थिति सुधार्ने प्रयोजनको लागि उपचारात्मक उपायहरु अपनाउँने र विकास गर्ने सरकारको प्रयासलाई अनुमती दिन्छ भनेको छ। अदालतका अनुसार सामान्य र स्पष्ट भाषामा दफा १५(२) को व्यवस्थाले उपेक्षित वर्गको स्थिति सुधार्ने प्रयासहरु दफा १५(१) अन्तर्गत विभेदकारी हुन्छ भनी बुझ्ने अनुमती दिदैंन। अर्को शब्दमा, यदि सरकारको कदमको उद्देश्य उपेक्षित वर्गको स्थिति सुधार्ने हो भनिन्छ भने सो कुरा दफा १५(१) अन्तर्गत मिल्छ वा मिल्दैन भनी खोजिनीती गरिरहनु पर्दैन[108]। अदालतले अरु स्पष्ट गर्दै भनेको छः

> A program does not violate the s. 15 equality guarantee if the government can demonstrate that: (1) the program has an ameliorative or remedial purpose; and (2) the program targets a disadvantaged group identified by the enumerated or analogous grounds[109].

Kapp को मुद्दामा लिइएको उपर्युक्त व्याख्यालाई अरु व्याख्या गर्दै *Cunningham* को मुद्दामा[110] उपेक्षित वर्गमध्ये पनि सरकारले निश्चित वर्गका उपेक्षित वर्गलाई लक्षित गरी विशेष कार्यक्रम ल्याउन सक्छ र त्यसो गरिएको स्थितिमा सबै उपेक्षितहरुलाई नसमेटेको भनी दफा १५(१) को आधारमा चुनौती दिन सकिंदैन। दफा १५(२) को उद्देश्यबारे अरु स्पष्ट गर्दै अदालतले भनेको छः

> The underlying rationale of s. 15(2) is that governments should be permitted to target subsets of disadvantaged people on the basis of personal characteristics, while excluding others. … Section 15(2) affirms that governments may not be able to help all members of a disadvantaged group at the same time and should be permitted to set priorities. If governments are obliged to benefit all disadvantaged people … equally, they may be precluded from using targeted programs to achieve specific goals relating to specific groups. The cost of identical treatment for all would be loss of real opportunities to lessen disadvantage and prejudice[111].

यसरी *Cunningham* को मुद्दामा भएको व्याख्याले उपेक्षित वर्ग मध्ये पनि कसलाई समता कार्यक्रमको छहारीमा ल्याइनु जरुरी छ भनी प्राथमिकता तोक्न र उपसमूह बनाई काम गर्न सकिने कुरालाई निर्देश गर्दछ। उपेक्षित सबैलाई समान व्यवहार गरिनुपर्छ भन्दा भारतमा

---

107 R *v* Kapp 2008 2 S.C.R. 483, 2008 SCC 41.
108 Id para 32-38.
109 Id para 40-41.
110 Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham 011 SCC 37.
111 Id para 41.

जस्तै समाजको माथिल्लो तप्काले सबै सुविधा लिने खतरा रहेको महसुस पनि अदालतले गरेको भन्ने माथिको भनाईबाट देखिन्छ। सारभूत समानताको अवधारणाले पनि यसलाई समर्थन नै गर्छ[112]।

८२. **दक्षिण अफ्रिका**

दक्षिण अफ्रिका रंगभेदी शासनले पराकाष्टा नाघेको मुलुक हो भन्नेमा विवाद छैन। करिब १०% गोराहरुले अत्यधिक बहुसंख्यामा रहेका कालाहरु उपर लामो समय रंगभेदी शासन चलाए[113]। सन् १९९४ मा रंगभेदको अन्त्य गरी १९९६ मा जब सो मुलुकमा नयाँ संविधान जारी गरियो, तब सम्मानपूर्ण जिन्दगी, समानताको प्राप्ति, मानव अधिकार र स्वतन्त्रताको प्रबर्धन, जातीय तथा लैङ्गिक भेदभावको अन्त्य, संविधान र विधिको शासनको सर्वोच्चता जस्ता कुराहरुलाई संविधानमा आधारभूत मूल्य र मान्यताको रुपमा स्थापित गर्ने प्रयास गर्दै[114] प्रत्याभूत अधिकारहरुको सम्मान, रक्षा र उपभोग गर्ने गराउने दायित्व राज्यउपर सुम्पिइयो[115]। कानूनको समान संरक्षण, समानताको प्राप्ति र **"समान फाइदा"** को प्रत्याभूति पनि अधिकारको विषय बन्यो। साथै अनुचित विभेदको कारण प्रतिकूल परिस्थितिमा परेका व्यक्तिहरु एवं समूहको समानताको हक प्रबर्धनको लागि विधायिकी तथा अन्य नीतिगत उपायहरु गर्न सकिने कुरालाई पनि संविधानमा स्वीकार गरियो[116]।

८३. रंगभेदको अन्त्य र समानताको प्राप्तिको लागि संविधानमा घोषित हकहरुको व्यवहारिक कार्यान्वयनको लागि शुरुका वर्षहरु देखि नै दक्षिण अफ्रिकामा विभिन्न नीति, कार्यक्रम र कानूनहरु तर्जुमा गरिएको अध्ययनले देखाउँछ। तीमध्ये पुनर्निर्माण तथा विकास कार्यक्रम, कालाहरुको आर्थिक सशक्तिकरणको नीति तथा ऐन[117], रोजगारीको क्षेत्रमा समता कायम

---

[112] C. L'Heureux Dube, supra note 91 at 338.

[113] १९९६ को जनगणना अनुसार दक्षिण अफ्रिकामा १०.९% गोराहरु, ७६.७% काला र ८.९% रंगिन र २.६% एसियालीहरु रहेका थिए। https://en.wikipedia.org/wiki/Demographics of South Africa.

[114] दक्षिण अफ्रिकाको संविधानको धारा १ मा देहायको कुरा उल्लेख छः **"The Republic of South Afrca is one, sovereign, democratic state founded on the following values: a) Human dignity, the achievement of equality, and the advancement of human rights and freedoms, b) Non-racialism and non-sexism, c) Supremacy of the constitution and the rule of law, d) Universal adult suffrage, a national common voters roll, regular elections and a multi-party system of democratic government, to ensure accountability, responsiveness and openness".**

[115] दक्षिण अफ्रिकाको संविधान १९९६ धारा ७ को उपधारा (१) मा This Bill of rights is a cornerstone of democracy in South Africa भन्दै उपधारा (२) मा The state must respect, protect, promote and fulfil the rights in the Bill of Rights भनिएको छ।

[116] धारा ९ मा समानताको हक प्रत्याभूत गर्दै उपधारा (१) मा **"Everyone is equal before the law and has the rights to equal protection and benefit of the law"** भन्ने र उपधारा (२) मा **"Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken"** भन्ने उल्लेख गरिएको छ।

[117] Black Economic Empowerment Program was initiated by ANC after the end of apartheid. The BEE was later institutionalized in the form of Broad Based Black Economic Empowerment Act 2003.

गर्ने ऐन[118], शिक्षकहरुको रोजगारी ऐन[119], समानताको प्रबर्धन र अनुचित विभेदको रोकावट सम्बन्धी ऐन[120], विद्यालय ऐन, उच्च शिक्षा ऐन[121] जस्ता ऐनहरु प्रमुख छन्। ती नीति, कार्यक्रम र ऐनहरुको प्रमुख उद्देश्य कालाहरुको सशक्तिकरणका साथै आर्थिक, राजनीतिक, सामाजिक र शैक्षिक क्षेत्रमा समता (Equity) कायम गर्ने रहेको पाइन्छ[122]।

८४. जहाँसम्म शिक्षा सम्बन्धी हकको कुरा छ दक्षिण अफ्रिकाको संविधानमा नै आधारभूत शिक्षाको हक प्रत्याभूत गरिएको छ भने त्यस पछिको शिक्षा राज्यद्वारा उपयुक्त उपायहरु मार्फत क्रमशः उपलब्ध गराउँदै जाने कुरा उल्लिखित छ। साथै यो हकको कार्यान्वयन गर्न र शिक्षामा प्रभावकारी पहुँच कायम गर्नुका साथै समता, व्यवहारिकता र **"विगतमा अपनाइएका जातीय रुपमा विभेदकारी कानून र नीतिको परिणामलाई सम्बोधन गर्न"** उपयुक्त शैक्षिक विकल्पहरु अपनाउँने दायित्व पनि राज्य उपर सुम्पिइएको छ[123]। रंगभेदी शासनको समयमा कालाहरुको बस्तीमा कि त स्कूल नै नहुने र भए पनि गुणस्तरीय नहुने, गोराहरुको लागि बनेका स्कूल र विश्वविद्यालयहरुमा कालाहरुले सहज प्रवेश नपाउने परिस्थिति रहेको सन्दर्भमा रंगभेद पछिको दक्षिण अफ्रिकामा शिक्षामा सहज पहुँच र शैक्षिक समता प्रमुख मुद्दाहरु बनेका थिए। शैक्षिक समता कायम गर्न शैक्षिक बजेटमा बृद्धि, सबै जातीय समूहहरुलाई अनिवार्य शिक्षा, एकीकृत शिक्षा, शिक्षाको माध्यममा अभ्यस्त बनाउँन गैर अंग्रेजी भाषीहरुलाई ट्युसनको व्यवस्था, उपेक्षित वर्गलाई आर्थिक सहायता, होस्टेल, यातायात, पुस्तक र विद्यालयमा खानाको प्रबन्ध, पाठ्यक्रममा सुधार, शिक्षकहरुलाई सेवाकालीन तालिम जस्ता कार्यक्रमहरु शुरु गरिएको थियो[124]। साथै शिक्षाको गुणस्तर कायम गर्ने र यसमा सुधार गर्ने कुरालाई पनि शुरुबाटै उत्तिकै महत्वका साथ हेरिएको थियो। सन् २०१३ मा जारी गरिएको विद्यालय पश्चातको शिक्षा (Post-school education) र तालिम सम्बन्धी स्वेतपत्रले तत्काल कायम शिक्षा र रोजगारीका व्यवस्थाहरुको विस्तार गर्ने, यसको गुणस्तरमा अभिबृद्धि गर्ने, विद्यालय पश्चातको

---

[118] Employment Equity Act, 1998, यो ऐनले पनि समानता कायम गर्न सकारात्मक कार्यक्रमहरु सञ्चालन गर्न सकिने, र उपेक्षित वर्गको हितमा कार्य गर्दा सो समानताको विरुद्ध नहुने कुरा उल्लेख गरेको थियो।

[119] Employment of Educators Act 1998.

[120] The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act of 2000.

[121] South African Schools Act 1996, Higher Education Act 1997.

[122] दक्षिण अफ्रिकामा सकारात्मक कदम (Affirmative action) भन्दा शैक्षिक समता तथा रोजगारीमा समता (Educational equity and employment equity) भन्ने शब्दावली बढी प्रचलित छन्। उनीहरु सकारात्मक कदमलाई उपनिवेशवादसँग जोडिएको शब्द मान्छन्।

[123] Constitution of South Africa Art 29.

[124] Harold D. Herman, *Affirmative Action in Education and Black Economic Empowerment in the Workplace in South Africa since 1994: Policies, Strengths and Limitations,* in CURRENT BUSINESS AND ECONOMICS DRIVEN DISCOURSE AND EDUCATION: PERSPECTIVES FROM AROUND THE WORLD, BCES Conference Books, 2017, Volume 15. P 31, 34 (Adéle Thomas (1996) accessed in https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED574231.pdf.

शिक्षालाई एकीकृत गर्ने र विभिन्न माध्यमबाट सार्वजनिक र निजी क्षेत्रका रोजगारदाताहरुको निम्ति गुणस्तरीय र जातीय विविधतायुक्त श्रमशक्ति उत्पादन गर्ने कुरा गरेको पाइन्छ[125]।

८५. उच्च शिक्षामा प्रवेशको लागि मूलतः विश्वविद्यालयहरुले क) पहिलाको शैक्षिक अभिलेख भन्दा पनि प्रवेश दिएपछि विद्यार्थीले सो तहको पढाईको स्तर पूरा गर्न सक्छ वा सक्दैन भन्ने हेरी प्रवेश दिने, ख) सबैभन्दा गरिब र सहयोग चाहिने वर्गमा पुग्ने गरी आर्थिक सहायताको व्यवस्थापन गर्ने, ग) नयाँ प्रवेश पाएकाहरुको निम्ति होस्टेलको व्यवस्था गर्ने आदि कदमहरु समेटिएको पाइन्छ। वृहत रुपमा हेर्दा शैक्षिक तथा आर्थिक समता कार्यक्रमको उद्देश्य रंगभेदको समयमा अल्पसंख्यक गोराहरुमा मात्र सीमित राखिएका शिक्षा, तालिम र अन्य अवसरहरुमा समान पहुँच मिली समाजमा सबैलाई प्रतिष्पर्धाको लागि समान स्थिति बनोस् र यो समयसारिणीमा आधारित समेत रहोस् भन्ने रहेको पाइन्छ। साथै समतामूलक कार्यक्रमहरु बहुसंख्यक काला, रंगीन र एसियनहरुमा लक्षित हुने हुँदा कालान्तरमा यस्तो व्यवस्था कतै उल्टो रंगभेद (Reverse apartheid) मा परिणत नहोस् भन्ने कुरामा दक्षिण अफ्रिकामा शुरुबाटै होसियारी अपनाइएको पनि देखिन्छ[126]। अहिले करिब पच्चीस वर्षपछि फर्केर हेर्दा रंगभेदको अन्त्य गर्ने र उपेक्षित वर्गको शिक्षा, तालिम र नोकरीमा सहभागिता बढाउने सन्दर्भमा महत्वपूर्ण उपलब्धीहरु हासिल भएको, वर्ग (Class) ले जातीयता (Race) लाई क्रमशः प्रतिस्थापन गरेको तर शैक्षिक स्तर भने क्रमशः खस्कदै गएको, दक्षिण अफ्रिकी विद्यार्थीहरुको विश्व स्तरमा प्रतिष्पर्धी क्षमतामा कतै कमी त आएको छैन भन्ने आशंकाहरु पनि उब्जन थालेका अध्ययनहरुले देखाउँछन्[127]।

८६. <u>ब्राजिल</u>

दक्षिण अमेरिकाको महत्वपूर्ण देश ब्राजिल जनसंख्याको हिसाबले विश्वको छैठौं ठूलो र जातीय रुपमा मिश्रित बसोबास भएको मुलुक हो जहाँ युरोपेली (४८%), मिश्रित उत्पत्ति (Pardo-Brazilians) (४३%), अफ्रिकी (७.९%), एसियाली (१.५%), रैथाने समुदाय (०.५%) का मानिसहरुको बसोबास छ[128]। जातीय उत्पत्तिको हिसाबले युरोपेली र एसियालीको तुलनामा अफ्रिकी र रैथाने समुदायका मानिसहरु अत्यन्त उपेक्षित रहेको पाइन्छ। सामाजिक तथा शैक्षिक पछौटेपन विभिन्न समुदाय बीच रहेको असमानता, गरिबी र आयको वितरण, आवासको स्थिति आदिमा प्रतिबिम्बित हुन्छ [129]। जातीय असमानताको सबैभन्दा दृष्टिगोचर उदाहरण शिक्षाको क्षेत्रमा फेला पर्छ जहाँ अफ्रिकी र मिश्रित जातीयताका विद्यार्थीहरु ग्रामीण र सुविधा

---

[125] White Paper on Post-School Education and Training 2013.
[126] Harold D. Herman, *supra* note 123 at p 31, 32.
[127] Harold D. Herman, id at p 36.
[128] सन् २०२० मा ब्राजिलमा 21,25,59,417 जनसंख्या रहेको छ।
[129] Christopher Di Schino, *supra* note 25.

नभएका सार्वजनिक स्कूलहरुमा पढ्छन् भने युरोपेलीहरु शहरका महंगा स्कूलमा पढ्ने गरेको यथार्थ रहेको पाइन्छ[130]। शैक्षिक क्षेत्रमा विद्यमान विभेद मूलतः काला र रैथानेहरुको विश्वविद्यालयमा नगन्य पहुँच, प्रायः सबै विद्यार्थीहरुको पृष्ठभूमि महंगा प्राइभेट स्कूलको अध्ययन रहने परिस्थिति आदि विभिन्न रुपमा प्रकट र प्रतिबिम्बित हुन्छ[131]।

८७. जहाँसम्म सकारात्मक कदम वा समतामूलक कार्यक्रमको प्रश्न छ, ब्राजिलमा १९९० को दशकमा चलेको जातीय जागरण र समानताको अभियान वा महादेशीय रुपमा नै दक्षिण अमेरिका र अफ्रिकामा चलेको समता र समानताको अभियानलाई विभेद विरुद्धको लडाइको प्रस्थानविन्दु मान्न सकिन्छ। यसलाई थप आवाज दिने काम डर्वानमा सन् २००१ मा भएको जातीयता विषयको विश्व सम्मेलनले गरेको पाइन्छ[132]। तत्पश्चात राष्ट्रिय रुपमा सकारात्मक कदम (Affirmative action) कार्यक्रम अन्तर्गत ब्राजिलमा सार्वजनिक विश्वविद्यालयहरुलाई अफ्रिकी मूलका ब्राजिली, महिला र अपाङ्गहरुको लागि कोटा छुट्याउँन थालिएको देखिन्छ[133]। यो नीतिको अनुशरण गर्दै केही विश्वविद्यालयहरुले सार्वजनिक विद्यालयबाट आएका विद्यार्थी, काला विद्यार्थी समेतको लागि कोटा छुट्याउँन थालेका[134] र जातीय समानताको लागि सकारात्मक कदमका योजना र कार्यक्रमहरु घोषणा गर्ने कार्यले निरन्तरता पाउँन थालेको अध्ययनहरुले देखाउँछ[135]।

८८. संवैधानिक रुपमा हेर्दा ब्राजिलको संविधानको धारा ३ को उपधारा (३) मा गरिबी स्तरहीन जीवनको अवस्थाको उन्मूलन तथा सामाजिक एवं क्षेत्रीय असन्तुलन हटाउने, त्यसैगरी उपधारा (४) मा उत्पत्ति, जाती, वर्ण, लिङ्ग, उमेर वा अन्य कुनै पूर्वाग्रह बेगर सबैको सुख शान्ति र समृद्धिको लागि कार्य गर्नु राज्यको आधारभुत उद्देश्य रहने कुरा उल्लेख गरिएको छ। संविधानको परिच्छेद २ मा मौलिक हक र प्रत्याभूतिको व्यवस्था गर्दै सो अन्तर्गत भाग १ धारा ५ मा कानूनको दृष्टिमा सबै समान हुने भन्दै सबै व्यक्तिलाई विना भेदभाव जीवन,

[130] One study shows that **"students of African descent primarily attend underfinanced public schools for both primary and secondary education."** Of the 1.4 million students admitted to universities in Brazil each year, only 3 percent identify themselves as black or mixed race; only 18 percent come from the public schools, where most black Brazilians study. see Christopher DiSchino id at p 161.

[131] Id at p 161.

[132] सम्मेलनमा ब्राजिल पनि सहभागी भएको थियो। सो सम्मेलनको घोषणापत्रको एउटा उद्देश्य जातीय विभेद, त्यससँग आबद्ध पूर्वाग्रह र अफ्रिकी मूलका नागरिकहरुले बेहोर्नु परेको अवसरहरुको अभाव थियो। हेर्नुहोस् Declaration of The World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, Durban 2001.

[133] On December 20, 2001, the Brazilian Ministry of Justice promulgated Portaria No. 1.156. This Act was followed by Presidential Decree No. 3.952 and consolidated under Presidential Decree 4.228 of May 13, 2002. Under the supervision of the Ministry, these measures created the National Affirmative Action Program, **which required public universities to create quotas for Afro-Brazilians, women and handicapped students.** See Christopher DiSchino, supra note 25 at p 166.

[134] उदाहरणको लागि the UERJ (Rio de Jenario State University) currently maintains a 20% quota for students coming from public schools, a 20% quota for **'blacks'** and a 5% quota for Indians, disabled students, and children of deceased parents who served as policemen, firefighters, and other public servants. Id at p 166.

[135] Id at p 166.

स्वतन्त्रता, समानता र सम्पत्तिको अधिकार हुने कुराको प्रत्याभूति गरिएको छ। समानतालाई धारा ५ मा मौलिक हकको रुपमा र धारा ६ मा शिक्षालाई सामाजिक अधिकारको रुपमा स्वीकार गरिएको छ, भने धारा ७ को उपधारा (१२) मा कम आय हुने कामदारसँग आश्रितलाई कानूनबमोजिम पारिवारिक भत्ता दिइने कुरा उल्लेख छ। परिच्छेद ८ मा सामाजिक व्यवस्थाबारे उल्लेख गर्दै सो अन्तर्गत धारा २०६ मा विद्यालयहरुमा सबैलाई समान पहुँच र स्थायित्वको प्रत्याभूति, शैक्षिक स्वतन्त्रता, सार्वजनिक र नीजि विद्यालयको सहअस्तित्व, निशुल्क सार्वजनिक शिक्षा, गुणस्तरीय शिक्षाको प्रत्याभूति गरिएको छ। त्यसैगरी धारा २०७ मा विश्वविद्यालयलाई शैक्षिक, वैज्ञानिक, प्रशासनिक, आर्थिक र सम्पत्ति व्यवस्थापनमा स्वायत्तता प्रदान गरिएको छ भने धारा २२७ मा बालबालिका र वयस्क (Adoloscents) लाई जीवन, स्वास्थ्य, पोषण र शिक्षा, आराम, व्यवसायिक शिक्षामा पूर्ण प्राथमिकता प्रदान गर्नु परिवार, समाज र राज्यको दायित्व हुने कुरा उल्लेख छ।

८९. संविधानको उपर्युक्त संरचनाभित्र रहेर ब्राजिलका अदालतहरुले अधिकारहरुको कार्यान्वयनमा भूमिका खेलेका छन्। जहाँसम्म शिक्षामा सकारात्मक कदम (Affirmative Action) को कुरा छ, संविधानमा स्पष्टतः त्यस्तो हक प्रत्याभूत गरिएको छैन, तर विश्वविद्यालयहरुले जातीय विविधता कायम गर्न र उपेक्षित वर्गको उच्च शिक्षामा सहज पहुँच र प्रवेशको लागि विभिन्न सकारात्मक कदमहरु चालेका र प्रवेशमा कोटा प्रदान गरेका छन्। त्यसलाई अदालतहरुले कि त विश्वविद्यालयको स्वायत्तताको नाममा अहस्तछेपको नीति अंगिकार गरेका छन्[136] कि विगतमा अनुशरण गरिएको जातीय विभेदको क्षतिपुर्ति गर्ने र विद्यमान जातीय असमानतालाई संबोधन गर्ने सन्दर्भमा सकारात्मक विभेदको व्यवस्थालाई **"वैध मानवीय स्वार्थ (Legitimate human interest)"** हो भनेर अनुमोदन गरेका छन्[137]। सोही क्रममा अदालतहरुले समानताको अधिकारको अरु व्याख्या गर्दै औपचारिक समानता (Formal equality) बाट अघि बढेर सारभूत समानता (Material equality) अङ्गिकार गर्नुपर्ने तर्क गर्दै संघीय रोजगारी, सार्वजनिक सेवा र विश्वविद्यालयको प्रवेश निम्ति श्रृजित कोटा प्रणालीलाई स्वीकार गरेका छन्[138]। ब्राजिलको संविधानले सकारात्मक कदमका कार्यक्रमहरु श्रृजनाको अवसर मात्र बनाएको नभै यस्ता कार्यक्रमहरुको कार्यान्वयनको दायित्व पनि राज्यउपर सुम्पेको छ; विभेद विरुद्धका महासन्धीको पक्ष राष्ट्र भएको नाताले जातीयता र अफ्रिकी मूलका सन्तानउपर भएको विभेदको अन्त्य गर्नु राज्यको कर्तव्य बन्छ भन्ने दृष्टिकोण पनि अदालतहरुले राखेका छन्[139]। यसरी

[136] Christopher DiSchino, supra note 25 at p 166.

[137] S.T.J. Ap. No. 2003/0151040-1, Relator: Luiz Fux, 120 R.S.T.J. 134, 25.02.2004.

[138] Christopher Di Schino, supra note 25 at p 166.

[139] S.T.J., RMS 26.089 PR 2008/0003014-1, Relator: Min. Felix Fischer, 12.05.2008. This case before the STJ was brought against the Chancellor of the teaching hospital at the State University of West Parana (UNIOESTE) for allegedly failing to

न्यायिक सिर्जनशीलता मार्फत ब्राजिलमा शैक्षिक क्षेत्रमा सकारात्मक कदमहरुलाई अनुमोदन गरिएको छ। तर ग्रामीण र उपेक्षित वर्गको बस्तीमा रहेका विद्यालयहरुको स्थिति नसुध्रेको कारण यी कदमहरुको फाइदा शहरबासी मध्यम वर्गीयहरुले लिएको र यसले योग्य र लायक विद्यार्थीहरुलाई प्रतिकूल असर परेको आरोप पनि ब्राजिलमा उत्तिकै प्रबल छ। छालाको रंगको आधारमा अर्थात जातीय आधारमा भन्दा वर्गीय आधारमा अर्थात विद्यार्थी कुन आय समूहको हो, प्राथमिक र माध्यमिक शिक्षा कहाँ पढेको हो र स्कूलमा के कस्तो स्कोर गरेको छ भन्ने समेतका कुराहरुलाई हेरी वास्तवमा नै उपेक्षित तर योग्य व्यक्तिलाई यो सुविधा दिइएमा जातीयताको आधारमा फाइदा लिने गलत प्रवृत्ति र सो फाइदा लिएको कारण पछि रहने अयोग्यताको दागको पनि अन्त्य हुन सक्ने विद्वानहरुको मत रहेको पाइन्छ[140]।

९०. **मलेसिया**

दक्षिणपुर्व एसियास्थित मलेसिया करिब करिब हाम्रो जस्तै जनसंख्या भएको मुलुक हो[141]। बहुसंख्यक मेले मूलका र बाँकी अन्य रैथाने सहित विभिन्न सम्प्रदायका जातजाती (जसमा नेपाली मूलका मेले पनि पर्छन्) को बसोबास रहेको यो देश लामो समय वेलायतको उपनिवेश र दोस्रो विश्वयुद्धपछि करिब एक दशक संरक्षित राज्यको रुपमा रह्यो[142]। सन् १९५७ मा स्वतन्त्रता प्राप्त गर्दाको समयमा बहुसंख्यक मेलेहरुको बसोबास ग्रामीण क्षेत्रमा र उपनिवेश कालमा भित्रिएका आप्रवासी चिनीया र भारतीय मूलका नागरिकहरुको बसोबास शहरमा रहेको थियो। पेशाको हकमा पनि मेलेहरु परम्परागत रुपमा कृषि (धान उत्पादन) मा, भारतीयहरु रवर खेतीमा र चिनीयाहरु व्यापार व्यवसायमा संलग्न थिए[143]। बसोबास र पेशा दुवै दृष्टिबाट मेलेहरु आर्थिक र शैक्षिक रुपमा पिछडिएका थिए। यसरी बहुसंख्यक भूमिपुत्र मेलेहरुलाई

---

observe the legal reserve of quotas for afro-descendents. In that case, the candidates for the positions argued that the state law violated the constitutional principle of equality between candidates **"without distinction as to color, sex or race."** Other related cases TRF-1, Ap. No. 1999.38.00.036330-8/MG, Relator: Des. Selene Maria de Almeida, 19.04.2007, R.T.R.F., 47 (Brazil); TRF-1, Ap. No. 1999.38.00.036330-8/MG; S.T.J., RMS 26.089 - PR 2008/0003014-1. TRF-2, No. 199950010095680, Relator: Des. Guilherme Calmon, 31.03.2005, 2 R.T.R.F., 172 (Brazil). S.T.F., ADI/3330, Relator: Min. Carlos Britto, 19.10.2004 (Brazil).

[140] Christopher Di Schino, supra note 25 at p 188.

[141] मलेसियाको जनसंख्या ३२ मिलियन भनिएको छ। जसमध्ये भूमिपुत्र पनि भनिने मेले मूलका करिब ६८.६%, चिनीया मूलका करिब २३.४% र भारतीय मूलका करिब ७% र बाँकी करिब १% अन्य रैथाने सहित अन्य मूलका मानिसहरु (जसमा नेपाली मूलका रैथाने पनि पर्छन्) को बसोबास छ। हेर्नुहोस् Ibrahim Ali, *Affirmative Action in Higher Education: The Malaysian Experience (2016)* at https://files.eric.ed.gov/fulltext/EJ1207798.pdf.

[142] शुरुमा मलाया भनिने सो मुलुकमा सन् १९६३ मा उत्तरी बोर्नियो (सवाहा पनि भनिने), सरावाक र सिंगापुर समेतका भूभागहरुलाई समेटी संघीय मलेसिया नामाकरण गरियो। सन् १९६५ मा सिंगापुरलाई संघबाट निष्कासन गरिएपछि हालको मलेसियाको सीमा यथावत छ।

[143] Hwok-Aun Lee, *Affirmative Action in Malaysia: Education and Employment Outcomes since the 1990s*, 42 Journal of Contemporary Asia (No 2, May 2012):230-254 https://www.researchgate.net/publication/241732102_Affirmative_Action_in_Malaysia_Education_and_Employment_Outcomes_since_the_1990s.

शिक्षा, रोजगारी र अर्थतन्त्रको विविध क्षेत्रमा कसरी प्राथमिकता दिने भन्ने कुरा स्वतन्त्रता पश्चातको पहिलो र प्रमुख चुनौती बनेको थियो[144]।

९१. सोही चुनौतीलाई संबोधन गर्ने क्रममा संघीय मलेसियाको संविधान (१९५७) मार्फत शुरुबाटै भूमिपुत्रहरुलाई राजनीतिक, आर्थिक र शैक्षिक रुपमा समेत विशेष प्राथमिकता दिने कोशिस गरिएको पाइन्छ। उदाहरणको लागि संविधानको धारा ८ मा कानूनको दृष्टिमा समानता र समान संरक्षणको अधिकार प्रत्याभूति गर्दै सो धाराको उपधारा ५(ग) मा मेले उपमहाद्विपका स्थानीय जनताको संरक्षण, सुख सुविधा र सम्बृद्धिको लागि कानून बन्न सक्ने व्यवस्था गरिएको छ[145]। शिक्षाको हकमा धारा १२ ले विद्यालय प्रशासन वा विद्यार्थीहरुलाई जीवन यापन वा विद्यालय शुल्कको निम्ति दिइने आर्थिक सहायतामा जातजाती, धर्म, जन्मस्थान वा उत्पत्तिको आधारमा भेदभाव गर्न पाइदैन; धार्मिक संस्थाहरुले आफ्ना मतावलम्बीहरुका सन्ततिको शिक्षाको लागि शैक्षिक संस्था खोल्न सक्छन् भनिएको छ। धारा १५३ अन्तर्गत राजाले मेले, सावह र सारावाक प्रदेशका जनताको हित संरक्षणको लागि सार्वजनिक सेवामा उपयुक्त मात्रामा आरक्षण गर्न, अन्य जनताको वैध हितको रक्षाको लागि कोटा, शैक्षिक छात्रवृत्ति र अन्य तालिममा विशेषाधिकार प्रदान गर्न, ग्रान्टको व्यवस्था गर्न, विश्वविद्यालय, कलेज र अन्य शैक्षिक संस्थामा उपयुक्त अनुपातमा आरक्षण गर्न सक्छन् भनिएको छ।

९२. भूमिपुत्रहरुको शैक्षिक पछौटेपन हटाउन मलेसियाको संविधानमा शुरुबाटै राखिएको आरक्षणको व्यवस्थाको समय समयमा पुनरावलोकन गरी अन्त्यमा हटाउने भन्ने कुरा राजनीतिक वृत्तमा गरिए पनि संविधानमा संशोधन प्रस्ताव गरिएको छैन। बरु विभिन्न रुपमा आरक्षणको व्यवस्था थपिँदै छ। जस्तो १९६९ को जातीय दंगापछि अनुशरण गरिएको नयाँ अर्थ नीति १९७१[146] अन्तर्गत उच्च शिक्षामा ५५% सिट मेलेहरुलाई छुट्याउने व्यवस्था गरिएको थियो। यसका साथै ग्रामीण र उपेक्षित मेलेहरुको शिक्षाको लागि राज्यकोषबाट ठूलो रकम छुट्याउने, उनीहरुलाई नै केन्द्रित गरी शैक्षिक संस्था खोल्ने आदि कुराहरु गरिएका छन्[147]। त्यसैगरी सन् २००५ देखि मेलेहरुले प्राथमिकता पाउने गरी सरकारले मलेसियन हाइयर स्कूल सर्टिफिकेसन प्रोग्राम (म्याट्रिकुलेसन PMM or Matriculaci) लागू गरेको छ जसमा २०१९ मा मेलेका लागि ठूलो अनुपातमा सिट छुट्याइएको छ[148]। यी समस्त

---

[144] For example, bumiputras, who represented about 62 per cent of the population in 1970 only owned 1.5 per cent of the country's capital assets. See Ibrahim Ali, supra note 140.

[145] Article 8 clause (5) states: This article does not invalidate or prohibit **"(c) any provision for the protection, well-being or advancement of the aboriginal peoples of the Malay Peninsula (including the reservation of land) or the reservation to aborigines of a reasonable proportion of suitable positions in the public service."**

[146] NEP 1971 outlined a comprehensive vision for reconfiguring the political economy and promoting Bumiputra advancement, setting out two overarching objectives of eradicating poverty and of expanding and intensifying affirmative action. See Hwok-Aun Lee supra note 142.

[147] See Hwok-Aun Lee supra note 142.

[148] भूमिपुत्रहरुलाई ९०% र अन्यलाई १०% को अनुपातमा छुट्याइएको छ, Hwok-Aun Lee supra note 142.

आक्रमक व्यवस्थाहरुले भूमिपुत्रहरुको स्थितिमा आम रुपमा सुधार त आएको छ, तर लोकतन्त्र, मानव अधिकार र विधिको शासनमा भने प्रतिकूल असर परेको भन्ने आरोप पनि लागेको छ। बहुसंख्यक भूमिपुत्रहरुको पक्षमा राखिएको धारा १५३ को व्यवस्था समानताको दृष्टिबाट विशेष रुपमा विवादास्पद बनेको छ। सो व्यवस्थाको आडमा गरिने आरक्षणले शिक्षाको गुणस्तरमा प्रतिकूल असर परेको, सार्वजनिक विश्वविद्यालय तथा अन्य शैक्षिक संस्थानका उत्पादनहरुको प्रतिष्पर्धात्मक शक्ति कमजोर रहेको कारण निजी क्षेत्रमा उनीहरुको प्रवेश कठिन बनेको[149], यस्तो व्यवस्थाले अल्पसंख्यक उपर अन्याय परेको भन्ने आरोप छ। योग्यता र क्षमतालाई त्यागी निरन्तर वैशाखीमा हिडाउँदा मुलुक कमजोर हुँदै गई अन्ततः ह्वील चेयरमा बस्न पुग्ने स्थिति परेको[150] र सकारात्मक कदमको दीर्घकालीन प्रभावकारितामा नै प्रश्न उठेको सन्दर्भमा आरक्षणलाई तर्कसंगत बनाउँन यसलाई जातीमा आधारित नगरी आवश्यकतामा आधारित हुनुपर्छ भन्ने विद्वानहरुको मत छ[151]।

९३. **<u>इजरायल</u>**

मध्य पुर्वको सानो मुलुक इजरायलले सकारात्मक कदमलाई कुनै कोटामा आधारित नगरी नौलो तरिकाले कार्यान्वयन गरेको छ। सो मुलुकमा सन् २००० देखि केही विश्वविद्यालयले उपेक्षित वर्गको लागि शुरु गरेको स्वेच्छिक अभियानलाई आवश्यकता निरपेक्ष (Need-blind), जातीयता निरपेक्ष (Race-blind), वर्गमा आधारित (Class based) सकारात्मक कदमसम्बन्धी कार्यक्रम भनिएको छ[152]। यसको प्रमुख उद्देश्य शैक्षिक गुणस्तरमा सम्झौता नगरी विद्यार्थी समुदायलाई विविधतायुक्त बनाउँने हो। यस अन्तर्गत उच्च शिक्षामा प्रवेश गर्न इच्छुक विद्यार्थीले यो कार्यक्रममा किन संलग्न हुन चाहेको हो, कलेज प्रवेशमा उसलाई किन प्राथमिकता दिनुपर्ने हो भनी दरखास्त फाराममा खुलाउछन् र सोलाई समेत आधार गरी उसको आवेदनको समग्रतामा मुल्याङ्कन गरिन्छ र लक्षित वर्गका तोकिएको निश्चित तहभन्दा बढी अङ्क ल्याउने विद्यार्थीलाई प्रवेश दिइन्छ[153]।

---

[149] यो विशेषतः मेले जात बाहेकका भूमिपुत्र अर्थात (Sabah and Sarabach) निवासीहरुलाई परेको र उनीहरुले रोजगारीमा प्रतिष्पर्धा गर्न नसकेको भन्नेहरु छन्। हेर्नुहोस Hwok-Aun Lee supra note 142.

[150] उदाहरणको लागि Abdullah Ahmad Badawi, warned the Malays that over-reliance on their privileges would be fatal. **"A continuing reliance on crutches will further enfeeble [the nation], and we may eventually end up in wheelchairs."** (2003) see https://en.wikipedia.org/wiki/Article_153_of_the_Constitution_of_Malaysia.

[151] Hwok-Aun Lee supra note 142.

[152] Sigal Alon & Ofer Malamud, **"The impact of Israel's Class-based Affirmative Action Policy on Admission and Academic Outcomes"**, 40 *Economics of Education Review* (June 2014), Pages 123-139 https://doi.org/10.1016/j.econedurev.2014.02.004 Four internationally recognized first tier universities – Tel-Aviv University (TAU), The Hebrew University (HUJI), Ben-Gurion University (BGU) and The Technion (TECH) – have taken this initiative.

[153] Id.

९४. यो कार्यक्रमको विशेषता के छ भने यसमा गरिबी वा जातीय उत्पत्तिलाई त्यति धेरै महत्व दिइँदैन। कलेज प्रवेशमा सम्बन्धित विद्यार्थीको म्याट्रिकुलेसन ग्रेड (CGP) र PTS (Similar to SAT) को अतिरिक्त उसलाई प्रतिकूल स्थिति केले परेको छ, जस्तो विद्यालयको तहमा के कस्तो मौका पायो, के कस्तो सामाजिक हैसियत भएको बस्तीबाट आएको हो, बाबु आमाको सामाजिक हैसियत (शैक्षिक स्तर, परिवारको संख्या आदि) भने हेरिन्छ। यो कार्यक्रमबाट अरब, एसियाली, अफ्रिकी मूलका यहुँदीहरु, गरिब, भौगोलिक रुपमा सीमान्तकृत र कम प्रतिनिधित्व भएका समुदायले फाइदा लिएका छन्। तर सकारात्मक कदम अन्तर्गत हरेक विभाग वा प्रमुख विषयमा प्रवेश पाउने विद्यार्थी अधिकतम ५% सम्म मात्र हुन सक्ने भनिएको छ[154]।

९५. यसरी हेर्दा यस खण्डमा विभिन्न ७ मुलुकमा अवलम्बन गरिएका सकारात्मक कदम वा समतामूलक कार्यक्रमहरुको संक्षिप्त अध्ययन गरी हेर्दा, ती कार्यक्रमहरु आ-आफ्नै इतिहास, संस्कृति तथा आर्थिक, सामाजिक तथा शैक्षिक परिवेशका साथै तत् तत् मुलुकहरुले गरेको समतामूलक समाजको परिकल्पनाद्वारा सुसूचीत एवं अनुप्राणित रहेछ भन्ने देखिन्छ। परिवेशमा रहेको विविधताको कारण एक देशको व्यवस्थाको तुलना अर्कोसँग गर्न पनि कठिन हुन्छ। तथापि यी व्यवस्थाहरुको अध्ययन र अनुभवबाट हाम्रो लागि के दृष्टिकोण बन्न सक्छ भन्ने चाहिं सबैको चासोको विषय रहन्छ।

९६. **<u>निरुपण गरिनुपर्ने पाचौं प्रश्नः</u> समतामूलक एवं सकारात्मक कार्यक्रमहरुको तुलनात्मक व्यवस्था र मानव अधिकार कानून समेतको अध्ययनबाट निस्कने मोटामोटी दृष्टिकोण के हो?**

९७. माथि चौथो प्रश्नको उत्तर खोज्ने क्रममा हामीले भारत, संयुक्त राज्य अमेरिका, क्यानडा, दक्षिण अफ्रिका, ब्राजिल, मलेसिया र इजरायलमा गरिएका सकारात्मक कदम (Affirmative actions) सम्बन्धी व्यवस्थाहरु बारे सरसर्ती चर्चा गर्यौं। यी विभिन्न मुलुकमा चालिएका कदमहरु आ-आफ्नै अनुभवबाट निर्देशित देखिन्छन्। यी कार्यक्रमहरुको नामाकरणमा पनि मुलुकहरुले फरक फरक शब्द चयन गर्न रुचाएका छन्[155] तर सबै कार्यक्रमहरुको उद्देश्य शैक्षिक रुपमा पिछडिएका वर्गहरुउपर भएको विभेद हटाई उनीहरुलाई शिक्षाको मूल प्रवाहमा ल्याउने, शिक्षामा जातीय विविधता (Racial diversity) कायम गर्ने एवं शिक्षाको पहुँच विस्तार गर्ने भन्ने नै रहेको पाइन्छ। वस्तुतः सकारात्मक कदमको प्रमुख उद्देश्य समानता, समता र सहभागिताको लक्ष्यमा पुग्ने भन्ने नै हुन्छ। तर संविधानमा समानता र सकारात्मक विभेदबारे के कस्तो व्यवस्था राखियो भन्ने कुराले सकारात्मक कदम वा शैक्षिक समता कार्यक्रमलाई

---

[154] Id.

[155] उदाहरणको लागि क्यानडा र दक्षिण अफ्रिकामा शैक्षिक समता कार्यक्रम भनिएको छ भने अमेरिकामा सकारात्मक कदम भनिएको छ।

त्यहि रुपमा दिशानिर्देश गर्दछ। उदाहरणको लागि संयुक्त राज्य अमेरिकाको संविधानमा सकारात्मक विभेदबारे कुनै व्यवस्था राखिएको छैन। यही कारण संविधानको चौधौं संशोधनमा उल्लिखित **"कानूनको समान संरक्षण"** भन्ने शब्दावलीलाई दृष्टिगत गरी अघि बढ्दा उच्च शिक्षामा उपेक्षित वर्गको पहुँच र जातीय विविधताको कार्यक्रमलाई राज्यको बाध्यकारी स्वार्थ (Compelling state interest) भनियो र जातीय उत्पीडन र उपेक्षा कलेजहरुमा प्रवेशको निम्ति हेरिने एउटा प्राथमिकताको विषय बन्न पुग्यो। तर क्यानडा, भारत, मलेसिया वा दक्षिण अफ्रिकामा सकारात्मक विभेद सम्बन्धमा स्पष्ट संवैधानिक व्यवस्था गरिएको हुँदा यसले संविधान अनुरुपको दिशा पक्रन सक्यो। त्यसैगरी संविधानको स्पष्ट व्यवस्थाको अभावमा ब्राजिल र इजरायलमा जातीय विविधताका कार्यक्रमहरुलाई स्थानीय परिस्थितिमा अनुकूलित गराउँदै भिन्न भिन्न रुपमा अघि बढाइयो। त्यसैले तुलनात्मक अध्ययनको प्रमुख सन्देश स्पष्ट संवैधानिक व्यवस्था भएमा सकारात्मक कदम वा समतामूलक कार्यक्रमले उपयुक्त ढंगले दिशानिर्देश गर्दछ भन्ने हुन्छ। अर्थात मुलुकमा विद्यमान आर्थिक, सामाजिक र शैक्षिक असमानताको बारेमा संविधान निर्माताहरु जति सुसूचित रहन्छन् र समतामूलक एवं न्यायपूर्ण व्यवस्था कायम गर्न प्रतिबद्धता देखाउँछन् त्यही अनुरुप सकारात्मक विभेदका कार्यक्रमहरुले गति लिने हुन्छ। तर साथै के पनि देखिन्छ भने जब विभेदबारे सामाजिक चेतमा अभिबृद्धि हुन्छ, स्पष्ट संवैधानिक व्यवस्था छैन भन्ने कुराले जातीय विविधतालाई प्रश्रय दिने स्वेच्छिक कार्यक्रमहरु बन्न रोकिने चाहिं हुँदैन। यसको दृष्टान्त संयुक्त राज्य अमेरिका, ब्राजिल वा इजरायलमा अनुशरण गरिएका शैक्षिक विविधता सम्बन्धी कार्यक्रमहरुले दिन्छन्। यति भन्दाभन्दै पनि संवैधानिक वा कानूनी संरचनाको अभाव हुँदा यस्ता कार्यक्रमहरु पटक पटक कानूनी र राजनीतिक विवादमा ल्याइने सम्भावना परी नै रहन्छ।

९८. संवैधानिक व्यवस्थाको तुलनात्मक अध्ययन गर्ने क्रममा समानताका आयामहरु अर्थात औपचारिक समानता र सारभूत समानताको विषयमा पनि चर्चा भएको पाइएको छ। त्यसैगरी समानता र सकारात्मक विभेदको सम्बन्धलाई के कसरी बुझ्ने भन्ने बारेमा पनि चाखलाग्दा दृष्टान्तहरु फेला परेका छन्। कानूनको समान संरक्षणभन्दा अघि बढेर **"समान फाइदा (Equal benefit)"** जस्ता शब्दावली संविधानमा प्रयोग हुँदा सारभूत समानताको ढोका खुल्छ[156]। यस्तो शब्दावली प्रयोग नभएकै अवस्थामा पनि कहिलेकाहीं अदालतहरुले जनताको यथार्थ भोगाईलाई जानकारीमा लिने[157] र सारभूत समानताबारे मार्ग खोल्ने गरेका छन्[158]। तर जब संविधानमा नै विभिन्न दृष्टिले उपेक्षित वर्गको हित संरक्षणको लागि विशेष व्यवस्था

---

[156] उदाहरणको लागि क्यानडाको चार्टर र दक्षिण अफ्रिकाको संविधानमा समान फाइदा भन्ने शब्दावली प्रयोग भएको छ।

[157] उदाहरणको लागि अमेरिकामा न्यायाधीश सोटोमेयरको भनाई

[158] उदाहरण ब्राजिल

गर्न सकिने र सो कुरा समानताको हक विरुद्ध हुँदैन भन्ने व्यवस्था राखिन्छ[159] सारभूत समानताको लागि बाधारहित र सपाट मार्ग खुल्छ।

९९. जहाँसम्म समानता र सकारात्मक विभेद बीचको सम्बन्धको कुरा छ, भारतीय अदालतले शुरुमा सकारात्मक विभेदलाई समानताको अपवादजन्य व्यवस्था हो भन्ने दृष्टिकोण राखेकोमा पछिल्लो समयमा यो समानताकै एउटा आयाम हो भन्ने उद्घोष गरेको पाइन्छ। तर यो त्यति सजिलै निस्कर्षमा पुग्न सकिने व्यवस्था हो भन्ने देखिंदैन। सकारात्मक विभेदलाई समानताकै आयाम हो भनी बुझ्दा जातीय आधारमा गरिने आरक्षणका व्यवस्थाहरुले स्थायी स्वरुप लिन पुग्छन् जबकि संविधानमा यी व्यवस्थाहरु ऐतिहासिक रुपमा गरिएका विभेदको क्षतिपुर्तिको लागि वा विद्यमान पछौटेपन हटाई समतामूलक परिस्थितिको श्रृजना गर्न राखिएका हुन्छन्। यसको अर्थ, जब क्षतिको पुर्ति भई समतामूलक परिस्थितिको श्रृजना हुन्छ तब यस्ता विभेदजन्य व्यवस्थाको अन्त्य गरिनुपर्छ भन्ने हुन्छ। सम्भवतः यही कारणले मानव अधिकार कानूनमा सकारात्मक विभेदका व्यवस्थाहरुलाई **"अस्थायी विशेष व्यवस्था (Temporary special measures)"** भनिएको हो। समानताको अवधारणाले कोही पनि व्यक्ति सदा-सर्वदा असमान व्यवहार गरिनुपर्ने विशेषाधिकारयुक्त हुन्छ भनी मान्दैन। यथार्थमा समानताको लडाईं विशेषाधिकार विरुद्धको लडाईं हो। त्यसैले सकारात्मक विभेदलाई स्थायी व्यवस्था मान्दा अवस्था अनुसार उल्टो विभेद (Reverse discrimination/apartheid) को स्थिति पनि श्रृजना हुने सम्भावनाबाट मुलुकलाई रोक्न सकिंदैन। जहाँ आर्थिक, सामाजिक र शैक्षिक रुपमा पिछडिएको तर जनसाङ्खिक रुपमा बहुसंख्यक नागरिकको हकमा सकारात्मक विभेदका व्यवस्थाहरु स्थायी रुपमा राखिन्छन्[160] त्यस्ता देशहरुमा कालक्रममा उल्टो विभेदको स्थिति श्रृजना हुने सम्भावना अरु प्रबल रहन्छ।

१००. सारभूत समानताको संवैधानिक व्यवस्था मानव अधिकार कानूनबाट सुसूचीत रहेको पाइन्छ, जसले जीवनको वास्तविक भोगाइलाई जानकारीमा लिँदै अधिकारमा समान पहुँच र अधिकारको उपभोगमा समानता कायम गर्ने दायित्व राज्यउपर सुम्पिन्छ। अधिकारको घोषणा निस्तेज हुने वा शून्यमा झर्ने, विभेद चाहिं एक टकले कायम रहने कुरा मानव अधिकारको दृष्टिबाट स्वीकार्य हुँदैन। अधिकारको पहुँच र उपभोगमा समेत समानता कायम गर्न सकिएमा मात्र बहिस्करणलाई सही रुपमा संबोधन गर्न सकिने र यथार्थमा समतामूलक समाजको स्थापना हुन सक्ने हुन्छ। सारभूत समानता प्राप्तिको निम्ति विशेष उपायहरुको तर्जुमा गरिंदा लक्ष्यको निर्धारण, लक्षित वर्गको पहिचान, उपायहरु कार्यान्वयन गर्ने समयावधिको किटान, समय सारिणीको तर्जुमा, श्रोत साधनको व्यवस्था, अनुगमन र मुल्याङ्कन आदि कुराहरुलाई प्राथमिकता

---

[159] उदाहरण भारत, क्यानडा, दक्षिण अफ्रिका, मलेसिया, नेपाल

[160] उदाहरणको लागि दक्षिण अफ्रिका र मलेसिया

दिई कार्यक्रमहरु बनाइन्छ। यस्ता विशेष कार्यक्रमहरु अस्थायी उपायको रुपमा रहन्छन् र उपेक्षित वर्गको परिस्थितिमा सुधार आई समता र सहभागिताको परिस्थिति निर्माण भएसँगै सकारात्मक कार्यक्रमहरुको आयतन घट्न जाने र अन्ततः बन्द हुने हुन्छ। तुलनात्मक व्यवस्थाको अध्ययन गर्दा सारभूत समानताको सन्दर्भमा यी कुराहरुतर्फ पनि ध्यान पुऱ्याइनुपर्छ भन्ने सोच बनेको पाइन्छ।

१०१. तुलनात्मक अध्ययनबाट निस्केको अर्को सन्देश गरिबी सामाजिक तथा शैक्षिक पछौटेपनको मूल कारण र परिणाम हो भन्ने बुझाई हो। यथार्थमा गरिबीले हरेक किसिमको प्रतिकूलता श्रृजना गर्छ। व्यक्तिको बसोबास, पेशा, चेतना आदिले पनि गरिबी र बन्चितिकरण श्रृजना गर्छ। चाहे मलेसियाका भूमिपुत्र हुन् वा काला दक्षिण अफ्रिकी, वा भारत वा नेपालको ग्रामीण भेगका बासिन्दा नै किन नहुन् उनीहरुको बसोबास, पेशा, जिन्दगी भोग्ने तरिका र उनीहरुको बसोबास रहेको क्षेत्रमा विकासका पूर्वाधारको अभाव आदिले व्यक्तिगत एवं समूहगत प्रगतिलाई रोकिरहेको पाइन्छ। यसमा शैक्षिक लगानीको न्यूनता, गुणस्तरीय मानव श्रोतसाधनको उपलब्धताको अभाव वा कुशासन आदिले नकारात्मक स्थितिलाई अरु गम्भीर बनाउँछ। भारतीय अदालतले भने जस्तै यद्यपि आरक्षण गरिबी निवारण कार्यक्रम नहुन सक्छ तर यसलाई बहुआयामिक बनाई सामाजिक सशक्तिकरण एवम् रुपान्तरणसँग जोडिएमा यसले गरिबी निवारण एवं पछौटेपनका नकारात्मक प्रभावहरुलाई न्यून गर्छ। आरक्षणको सफलताको निम्ति राज्यका श्रोतहरुको न्यायपूर्ण वितरण र सुशासन जस्ता कुराहरु महत्वपूर्ण हुन्छन। यी कुराहरु सुनिश्चित नगरिएसम्म आरक्षणको कार्यक्रमले सामाजिक, आर्थिक र शैक्षिक बन्चितिकरणलाई संबोधन गर्न सक्दैन।

१०२. शैक्षिक समताको अर्को महत्वपूर्ण आयाम विद्यालय शिक्षाको गुणस्तर हो। जबसम्म विद्यालय शिक्षामा लगानी बढाई यसको गुणस्तरमा सुधार ल्याई यसमा उपेक्षित वर्गका विद्यार्थीको सहज पहुँच र उपयोग बढाईँदैन, बालक सानो छँदा नै उसको शिक्षामा ध्यान दिइँदैन, अझ स्पष्ट रुपमा भन्दा जबसम्म सार्वजनिक विद्यालयहरुले प्रदान गर्ने प्राथमिक र माध्यमिक तहको शिक्षाको गुणस्तर सुनिश्चित गरिंदैन र आरक्षणमा अयोग्यताको विषय समेतलाई जोडी नव संभ्रान्त माथिल्लो तप्का (Creamy layer) लाई आरक्षणबाट बाहेक गर्ने र आरक्षणको आवश्यकतालाई व्यक्तिगत तहमा परख गरेर मात्र सुविधा वा सहुलियत उपलब्ध गराइने व्यवस्था कायम गरिँदैन, आरक्षण सम्बन्धी व्यवस्था समतामूलक समाजको निर्माण गर्ने संवैधानिक परिकल्पनाको नजिकसम्म पनि पुग्दैन। बरु यो सीमित तरमारा वर्गको मोजमस्तिको विषय बन्छ। अर्थात जसलाई आरक्षण आवश्यक पर्छ यो त्यहाँसम्म पुग्दैन, तर जसलाई सुविधा नै नचाहिने हो उनीहरुको सेवा गर्न यो तल्लिन रहन्छ। परिणामतः समाजमा कसैको मिहेनतको अर्थै नरहने तर अर्कोतर्फ कसैलाई मिहेनत गर्नु नै जरुरत नहुँने

स्थिति बन्न पुग्छ। त्यसैले जसरी समानतामा तर्कसंगत वर्गीकरण संविधानतः सम्भव हुन्छ, सकारात्मक विभेदको व्यवस्थामा पनि तर्कसंगत वर्गीकरण सम्भव हुन्छ र गरिनुपर्छ। सो गरिंदा मात्र सकारात्मक विभेदको व्यवस्था आवश्यकतामा आधारित बन्ने र लक्षित व्यक्ति र समूह विशेषमा पुग्न सक्ने हुन्छ[161]।

१०३. यद्यपि शैक्षिक समताका कार्यक्रमहरु मुलुकपिच्छे अलग अलग किसिमबाट सञ्चालन गरिएका छन् तर तुलनात्मक व्यवस्थाहरुको अध्ययन गर्दा शैक्षिक विविधतालाई शैक्षिक गुणस्तरसँग कसरी आबद्ध गराई राख्ने भन्नेबारे पनि विभिन्न मुलुकमा चिन्ता गरिएको पाइन्छ। उपेक्षित वर्गको पहुँच बढाउन प्रवेशको मापदण्डमा नै सम्झौता गरिनुपर्छ भन्ने कुरा त्यति सहज रुपमा स्वीकार्य विषय बनेको पाइँदैन। प्रवेशको मानक नै अलग कायम गर्दा वा प्रवेशमा नै न्यूनतम योग्यता फरक गरिंदा विद्यार्थीहरुको प्रतिष्पर्धी क्षमता ह्रास हुन पुग्छ। उपाधि हाँसिल गरेपछि जब उ पेशाको भर्याङ चढ्न थाल्छ तब अयोग्यता र असक्षमताको आशंका छाँया जस्तै उसको पछि लागिरहन्छ र शिक्षामा श्रृजित अयोग्यताको दाग पेशामा समेत रुपान्तरित हुन पुग्छ। अध्ययनहरुले के पनि देखाएका छन् भने जब मुलुक विकसित भै प्रमुख रोजगारदाता सरकार नभै निजि क्षेत्र बन्छ, त्यतिखेर सम्बन्धित व्यक्तिको योग्यता र क्षमता नै मुख्य रुपमा हेरिन्छ। त्यसैगरी जब कुनै स्नातकले देशको चार दिवारी भन्दा बाहिर पाउ राख्नुपर्ने हुन्छ त्यतिखेर उसको प्रतिष्पर्धी क्षमता नै रोजगारीको लागि प्रमुख आधार बन्छ। यदि शिक्षामा गरिने आरक्षण डिग्री प्राप्त गर्ने व्यक्तिको प्रतिष्पर्धी क्षमतामा सम्झौता गर्ने प्रकृतिको भयो भने त्यो सामाजिक रुपमा पनि हानिकारक हुन्छ। त्यसैले शिक्षालाई गुणस्तरीय र प्रतिष्पर्धी बनाइराख्ने किसिमबाट समतामूलक कार्यक्रमहरुको तर्जुमा गरिनुपर्ने कुरा मुलुकको साझा चासोको विषय बन्नुपर्छ भन्ने सन्देश पनि तुलनात्मक व्यवस्थाहरुको अध्ययनबाट मिल्छ।

१०४. तुलनात्मक अध्ययनले के पनि देखाउँछ भने आरक्षण राजनीतिक संस्कृतिसँग पनि जोडिएको विषय हो, यो कुरा क्यानडा र अमेरिकाको उदाहरणले स्पष्ट गर्छ। अधिकारको प्रयोग निराकार (Abstract) अवस्थामा हुँदैन। यो परिस्थितिरहित (Decontextualized) पनि हुँदैन। आ-आफ्नो मुलुकमा उपेक्षित वर्गको परिस्थिति हेरेर नै सकारात्मक कदमहरुको तर्जुमा गरिने हो। तुलनात्मक व्यवस्थाहरुको अध्ययन गर्दा यो कुरा स्पष्टसँग देखिन्छ। त्यसैले नेपालका नागरिकको हकमा सकारात्मक कदमहरुबारे सोचिंदा बन्चितिकरणको प्रकृति र समाधानका उपायहरुबारे यथार्थ अवस्था हेर्नु र बुझ्नु नै पर्छ। अर्थात अमुक विद्यार्थीले बेहोरेको विभेदको प्रकृति र अवस्था के छ, आय आर्जनका अवस्थाहरु के छन्, के उपायहरु गर्दा निश्चित अवधिपछि उ अधिकार प्रयोग गर्न सक्ने र अरुसँग प्रतिष्पर्धा गर्न सक्ने हुन्छ, के गर्दा सित्तैमा फाइदा लिनेहरु (Free rider) वा उपेक्षित भनिएको वर्गको माथिल्लो तप्का (Creamy layer)

[161] *Indra Swahney* (भारत) र *Cunningham* (क्यानडा) को मुद्दाको सन्देश पनि त्यही हो।

लाई फाइदा लिनबाट रोक्न सकिन्छ, सकारात्मक कदमले शिक्षाको प्राथमिक, माध्यमिक वा उच्च कुन तहमा कुन किसिमबाट हस्तक्षेप गर्नुपर्छ भन्ने आदि कुराहरु पनि उत्तिकै महत्वपूर्ण र सान्दर्भिक बन्छन्।

१०५. **<u>निरुपण गरिनुपर्ने छैठौं प्रश्नः</u> निवेदकले जुन चिकित्सा शास्त्रको स्नातकोत्तर तहमा आरक्षणको माग गर्दै एकीकृत परीक्षाको विरोध गरेका छन्, सो कुरा संविधान र कानूनसम्मत छ वा छैन? निवेदकको माग बमोजिमको आदेश जारी गर्नुपर्ने अवस्था छ वा छैन?**

१०६. माथि आदेश खण्डको प्रारम्भमा नै रिट निवेदकको जिकिर र विपक्षीहरुको लिखित जवाफको सारसंक्षेप प्रस्तुत गरिएको छ भने पहिलो प्रश्नको निरुपण गर्ने क्रममा नेपालको संविधानले अङ्गिकार गरेका समानता, समान संरक्षण, विभेदहीनता, सकारात्मक विभेद र समावेशीता सम्बन्धी संवैधानिक व्यवस्थाका प्रारुप, मूल तत्व र मान्यता के के हुन् भन्नेबारे चर्चा गरिएको छ। सोही कुराहरुको पुनरुक्ति यहाँ जरुरी छैन। यहाँ थप के कुरा मात्र उल्लेख गर्न जरुरी देखिन्छ भने नेपालको संविधानले कोरेको समानताको मूल उद्देश्य समतामूलक समाजको निर्माण हो। समाजमा विद्यमान विभेदजन्य परिस्थितिको अन्त्य गर्दै विभिन्न वर्ग र समुदायको सहभागिता सुनिश्चित गर्न कानूनमार्फत सकारात्मक कार्यक्रमहरु सञ्चालन गर्न संविधानको धारा १८(३) ले अनुमती दिन्छ।

१०७. यस अदालतबाट प्रतिपादित सिद्धान्तहरुको अध्ययन र विश्लेषण गर्ने क्रममा आर्थिक वर्ष २०६१।६२ देखि चिकित्सा शास्त्रको स्नातक तहमा उपलब्ध सिटहरु मध्ये ४५% सिटलाई आरक्षित कोटामा छुट्याइएको र त्यसलाई पछि छात्रवृत्ति सम्बन्धी नियमावली, २०६० मा संशोधन गरी अनुमोदन गरिएको पनि देखिन्छ। त्यसपछि निजामती सेवा ऐनमा २०६४ सालमा भएको संशोधन पश्चात समेत अब ४५% आरक्षणको उच्चतम प्रतिशत हो भन्ने स्थिति कायम भैरहेको छ। त्यसलाई प्रस्तुत निवेदन वा अन्यत्र कतै चुनौती दिइएको पाइँदैन। चिकित्सा शिक्षाको सन्दर्भमा राष्ट्रिय चिकित्सा शिक्षा नियमावली, २०७७ को नियम २० ले ५५% सिट खुला र ४५% सिट आरक्षित भनी छुट्याएकोलाई निवेदकले चुनौती दिएको नपाइँदा विगत १७ वर्षदेखि स्थीर रहेको खुला र आरक्षणको अनुपातको व्यवस्थाबारे हाललाई अन्यथा सोच्नु र बोल्नुपर्ने अवस्था रहेन।

१०८. अब जहाँसम्म चिकित्सा शिक्षाको स्नातकोत्तर तहमा पनि आरक्षित सिट छुट्याइनुपर्ने भन्ने निवेदकको जिकिर छ, सो सन्दर्भमा हेर्दा राष्ट्रिय चिकित्सा शिक्षा नियमावली, २०७७ को नियम २०(२) ले स्नातक तहमा मात्र आरक्षणको व्यवस्था गरेको देखिन्छ। निवेदकले सो नियमलाई संविधान विरुद्ध भनी चुनौती दिएको अवस्था छैन। राष्ट्रिय चिकित्सा शिक्षा ऐन, २०७५ को दफा १८ को उपदफा (३) ले सरकारी शिक्षण संस्थामा सञ्चालन हुने चिकित्सा क्षेत्रको स्नातकोत्तर तह नेपाली विद्यार्थीको लागि निःशुल्क हुनेछ भन्ने व्यवस्था गरेको पाइन्छ।

यसरी निःशुल्क अध्ययनको अवसर मिल्ने भएपछि गरिबीको कारणले शिक्षाको अवसरबाट बञ्चित हुनुपर्ने अवस्था रहने भएन। अब जहाँसम्म स्नातकोत्तर तहमा आरक्षणको व्यवस्था नगरिनु संविधानको धारा १८, धारा ३८ र धारा ४२ को विपरीत भयो भन्ने निवेदकको जिकिर छ, संविधानको धारा १८ ले समानताको हक प्रत्याभूत गरी उपधारा (३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांशमा **"सामाजिक वा सांस्कृतिक दृष्टिले पिछडिएका महिला, दलित, आदिवासी, आदिवासी जनजाती, मधेशी, थारु, मुस्लिम, उत्पीडित वर्ग, पिछडा वर्ग, अल्पसंख्यक, सीमान्तीकृत, किसान, श्रमिक, युवा, बालबालिका, जेष्ठ नागरिक, लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यक, अपाङ्गता भएका व्यक्ति, गर्भावस्थाका व्यक्ति, अशक्त वा असहाय, पिछडिएको क्षेत्र र आर्थिक रुपले विपन्न[162] खस आर्य लगायत नागरिकको संरक्षण, सशक्तिकरण वा विकासका लागि कानून बमोजिम विशेष व्यवस्था गर्न रोक लगाएको मानिने छैन"** भन्ने व्यवस्था गरेको पाइन्छ। संविधानमा कहीं पनि यो यस तहमा वा यो यत्ति पटक कानूनद्वारा विशेष व्यवस्था गर्न सकिन्छ भनिएको नहुँदा स्नातकोत्तर तहमा आरक्षणको व्यवस्था नगरिनु संविधान विपरीत भयो भन्न मिल्ने हुँदैन। सैद्धान्तिक रुपबाट हेर्दा पनि चिकित्सा शिक्षा मानिसको जीवनसँग जोडिएको प्राविधिक शिक्षा हो। सो शिक्षामा स्नातक तहमा ४५% सिटमा आरक्षण दिइएको कुरा माथि परेकै छ। यो व्यवस्था संविधानमा वर्णित पिछडिएका वर्गका नागरिकको संरक्षण, सशक्तिकरण वा विकासका लागि गरिएको व्यवस्था हो। स्नातक तहको पढाईमा खुला वा आरक्षित सिटको मार्गमध्ये जुन मार्गबाट प्रवेश गरे पनि सो विद्यार्थीले समान अवसर प्राप्त गरिसकेको अवस्था हुन्छ। यस्तो विद्यार्थीले स्नातकोत्तर तहमा पनि आरक्षण पाउनुपर्छ भन्दा आरक्षणको मार्गबाट स्नातक तहमा सुविधा प्राप्त गरेको नागरिकको हकमा पटक पटक सुविधा प्रदान गरिएको हुने र स्नातक तहमा खुला मार्गबाट प्रवेश गरेका विद्यार्थीको हकमा पहिले नै सवल उम्मेदवारको प्रतिष्पर्धी क्षमतामा विश्वास नगरेको हुन जान्छ। त्यसैले विपक्षी चिकित्सा शिक्षा आयोगको लिखित जवाफमा चिकित्सा शिक्षाको आधारभूत (स्नातक) तहमै समावेशीता तथा आरक्षणको सिद्धान्तलाई व्यवस्था गरी संविधानद्वारा प्रदत्त हक अधिकार सुनिश्चित गरिसकेको अवस्थामा चिकित्सा शिक्षामा विशेषज्ञता हासिल गर्न गरिने स्नातकोत्तर तहको परीक्षामा समेत पुनः आरक्षणको सिटको माग राखी रिट निवेदन दायर गर्नु औचित्यहीन देखिई यसरी समानबीच समेत आरक्षण हुँदै जाँदा त्यसबाट कानूनका तमाम मूल्य, मान्यता तथा प्राकृतिक न्यायको सिद्धान्त समेत प्रतिकूल हुन जान्छ भनी लिइएको जिकिर तर्कसंगत नै देखिन्छ। व्यवहारिक रुपमा पनि स्नातकोत्तर तहको अध्ययन विशेषज्ञ तहको अध्ययन हुँदा यसलाई आरक्षणको विषय बनाउनु उचित र विवेकसम्मत देखिंदैन। साथै संविधानको

[162] सोहि धाराको स्पष्टीकरणमा **"आर्थिक रुपले विपन्न भन्नाले संघीय कानूनमा तोकिएको आयभन्दा कम आय भएको व्यक्ति सम्झनुपर्छ"** भनिएको छ।

धारा ३५ मा स्वास्थ्य सम्बन्धी हक प्रत्याभूत गरिएको, त्यसैगरी धारा ५१ को खण्ड (ज) को देहाय (३) र (६) समेतको व्यवस्थाबाट चिकित्सा शिक्षालाई गुणस्तरीय बनाउने, निःशुल्क बनाउने र गुणस्तरीय स्वास्थ्य सेवामा सबैको सहज, सुलभ र समान पहुँच सुनिश्चित गरिनुपर्ने राज्यको दायित्व रहेको, त्यसैगरी जनस्वास्थ्य सेवा ऐन, २०७५ को दफा ३(१) मा प्रत्येक नागरिकलाई गुणस्तरीय स्वास्थ्य सेवा प्राप्त गर्ने हक प्रत्याभूत गर्दै दफा ७(१) मा प्रत्येक नागरिकलाई स्वास्थ्य संस्थाबाट गुणस्तरीय स्वास्थ्य सेवा उपलब्ध गराउनुपर्ने दायित्व नेपाल सरकारलाई सुम्पिइएको अवस्था समेत हुँदा स्नातकोत्तर तहमा आरक्षणको माग गरिँदा गुणस्तरमा सम्झौता हुने स्थिति पर्ने पनि हुन्छ। यस स्थितिमा विपक्षी आयोगको लिखित जवाफलाई अस्वीकार गर्नुपर्ने युक्तिसंगत कारण देखिंदैन।

१०९. जहाँसम्म संविधानको धारा ३८ र ४२ द्वारा प्रत्याभूत हकको कुरा छ, धारा ३८(५) मा महिलालाई शिक्षा समेतमा **"सकारात्मक विभेदको आधारमा विशेष अवसर प्राप्त हुनेछ"** भनिएको कुराले धारा १८(३) को प्रतिबन्धात्मक व्यवस्था भन्दा भिन्न आधार प्रदान गरिएको भन्न मिल्ने देखिंदैन। त्यसैगरी धारा ४२ को अधिकार राज्यका निकायमा समानुपातिक समावेशीताको सिद्धान्तको आधारमा सहभागिताको हक प्रत्याभूत गरिएको र यो हक शिक्षासँग भन्दा पनि सामाजिक न्यायसँग सम्बन्धित संवैधानिक दूरदृष्टि (Constitutional vision) को विषय हो भन्ने कुरा माथि दोस्रो मूल प्रश्नको निरुपणको क्रममा उल्लेख गरिएकै छ। राष्ट्रिय चिकित्सा शिक्षा नियमावली, २०७७ को नियम २०(२) ले स्नातक तहमा आरक्षणको व्यवस्था गरेको देखिएको, यो व्यवस्थाले वर्गीय वा जातीय संरचनाको जनसाङ्ख्िक अनुपातलाई आधार नगरी स्नातक तहको प्रवेश परीक्षामा उत्तीर्ण हुने र संरक्षण, सशक्तिकरण र विकासको दृष्टिबाट विशेष व्यवस्था गरिनुपर्ने वर्गको लागि आरक्षणको व्यवस्था गरेको र आरक्षित वर्गमा जे जस्तो अनुपात नियम २०(२) मा कायम गरिएको छ सो अनुपात गलत छ भन्ने निवेदकको भनाइ नदेखिंदा निवेदकले जिकिर गरेबमोजिम धारा ४२ को व्यवस्थाले निवेदकलाई मद्दत गर्न सक्ने देखिंदैन र सो व्यवस्थाको आधारमा माथि उल्लेख भएजस्तै चिकित्सा शिक्षाको प्रवेश तह अर्थात स्नातक तहमा आरक्षणको व्यवस्था गरेपछि सो भन्दा माथिको विशेषज्ञ तहमा पुनः व्यवस्था गरिनुपर्छ भन्ने कुरा तर्कसंगत र न्यायपूर्ण नपाइँदा निवेदकको जिकिर स्वीकारयोग्य देखिएन।

११०. अब निवेदकले लिएको स्नातकोत्तर तहमा संविधानको धारा १८(३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांश अन्तर्गत विशेष व्यवस्था गरिएका वर्गका विद्यार्थीको लागि अलग परीक्षा हुनुपर्छ भन्ने जिकिरको हकमा विशेष व्यवस्था गरिने भनिनुले विशेष व्यवस्था गरिएका वर्गका विद्यार्थीको लागि सहज प्रवेशको व्यवस्था गरिनुपर्छ भन्ने सम्म अर्थ लाग्न सक्ने हुन्छ। राष्ट्रिय चिकित्सा शिक्षा नियमावली, २०७७ को नियम १२ मा स्नातक, स्नातकोत्तर तह र सो भन्दा

माथिल्लो तहको कार्यक्रमको लागि एकीकृत प्रवेश परीक्षा सञ्चालन गरिने कुरा उल्लेख भएको पाइन्छ। यो व्यवस्था संविधान विपरीत हुँदा शून्य घोषित गरिनुपर्छ भन्ने निवेदकको जिकिर छैन। सैद्धान्तिक रुपमा पनि एकीकृत प्रवेश परीक्षा सञ्चालन गरिँदा शिक्षाको न्यूनतम गुणस्तर कायम गर्न सकिने हुन्छ। साथै यसरी एकीकृत प्रवेश परीक्षाको व्यवस्था गरिए पनि सो परीक्षामा निर्धारण गरिएको उत्तीर्णाङ्क प्राप्त गर्ने विद्यार्थीको हकमा नियमावलीको नियम १३ र नियम २०(२) बमोजिम एकीकृत योग्यताक्रमको सूची, खुला तर्फको योग्यताक्रमको सूची र आरक्षण तर्फको समूहगत योग्यताक्रमको सूची प्रकाशन गरिने व्यवस्था गरिएको पाइन्छ। आरक्षित वर्गको सुविधा लिन चाहने विद्यार्थीले सो वर्गमा मात्र प्रतिष्पर्धा गर्ने अवस्था नभै खुला वर्गमा समेत प्रतिष्पर्धा गर्ने र गरिरहेको अवस्था छ। यस्तो विद्यार्थीले आरक्षित सिटमा समेत दरखास्त दिएमा नतिजा प्रकाशन गरिंदा उसलाई सो वर्गमा मुल्याङ्कन गरिएकै पाइन्छ। एकीकृत परीक्षा प्रणालीले शिक्षामा न्यूनतम गुणस्तर कायम गर्न मद्दत गर्ने, त्यस्तो व्यवस्था विविधता (Diversity) को विरुद्ध हुने पनि नदेखिएको र माथि उल्लेख गरे अनुसार आरक्षणको व्यवस्था नियम २० ले स्नातक तहमा मात्र कायम गरेको अवस्था भै सो व्यवस्था संविधान विपरीत नदेखिंदा एकीकृत परीक्षा संविधानको व्यवस्था वा यस अदालतबाट *निरज कुमार साह*को रिट (ने.का.प. २०७५ नि.नं. ९९४२ पृ. १८६) लगायत यस अदालतबाट आरक्षण सम्बन्धमा प्रतिपादित सिद्धान्त विपरीत भयो भन्न सकिने अवस्था देखिएन।

१११. तसर्थ माथि विभिन्न खण्डमा गरिएको विश्लेषणबाट चिकित्सा शिक्षाको स्नातक तहमा प्रवेशको लागि आरक्षणको व्यवस्था गरिएको र एकीकृत परीक्षा सञ्चालन गरिए पनि आरक्षित वर्गको लागि अलग्गै सूची प्रकाशित गरिने व्यवस्था रहेको, ती व्यवस्थाहरु संविधान विपरीत छन् र शून्य घोषित गरिनुपर्छ भन्ने निवेदकको जिकिर नदेखिएको, स्नातकोत्तर तहमा आरक्षण गरिनुपर्छ भन्ने जिकिर संविधान र कानूनी व्यवस्था समेतको रोहमा स्वीकार गर्न सकिने अवस्था नदेखिएको, औचित्यको हिसाबबाट पनि चिकित्सा शिक्षामा गुणस्तरमा प्रतिकूल असर पर्ने गरी व्यवस्था गरिनु वाञ्छनीय समेत नदेखिंदा निवेदकको माग बमोजिमको आदेश जारी गर्न सकिने अवस्था देखिएन। प्रस्तुत रिट निवेदन खारेज हुने ठहर्छ।

११२. **<u>निरुपण गरिनुपर्ने अन्तिम प्रश्नः</u> यो विषयमा विपक्षीहरुका नाउँमा कुनै आदेश जारी गरिनुपर्ने अवस्था छ वा छैन?**

११३. माथि विभिन्न प्रकरणमा गरिएको विवेचनाको आधारमा निवेदकको माग बमोजिमको आदेश जारी गर्नु पर्ने अवस्था विद्यमान नदेखिएकोले रिट निवेदन खारेज गरिएको छ। उक्त कुराहरुको सर्वमान्यतामा प्रतिकूल असर नपर्ने गरी शिक्षाको ज्योति सामाजिक रुपले पिछडिएको वर्गको सहज पहुँचमा पुऱ्याई उनीहरुलाई प्रतिष्पर्धी बनाउन नीति र कानूनमा पुनरावलोकन गरी संविधानको व्यवस्था कार्यान्वयन गर्ने सन्दर्भमा स्पष्ट गरिनुपर्ने केही कुराहरु देखिएका छन्।

प्रस्तुत विवादको निरुपणको क्रममा नेपालको संविधानको धारा १८ सहित विभिन्न धाराहरुद्वारा प्रत्याभूत समानता, विभेदहीनता, सकारात्मक विभेद, सामाजिक न्याय र सहभागितामूलक व्यवस्थाहरुको सन्दर्भमा संविधानद्वारा परिकल्पित समतामूलक समाजको स्थापनातर्फ समन्वयात्मक रुपमा कसरी अगाडि बढ्न सकिन्छ, सकारात्मक विभेदका व्यवस्थाहरु केबल आरक्षण केन्द्रित हुनु जरुरी छ वा गुणस्तरीय शिक्षामा उपेक्षित वर्ग र समूहका नागरिकहरुको पहुँच र उपभोग बढाउनको लागि प्राथमिक, माध्यमिक र उच्च शिक्षाको तहलाई समेत आबद्ध गराउन पनि आवश्यक छ; अर्थात समग्र शिक्षा प्रणालीमा के कस्तो सुधार आवश्यक छ, उपेक्षित वर्गका नागरिकलाई लक्षित गरी सो वर्गका विद्यार्थीको विद्यालयमा प्रवेश, पढाईमा निरन्तरता कायम गराउन, बीचैमा पढाई छाड्ने दर घटाउन र उपेक्षित वर्गका विद्यार्थीहरुको प्रतिष्पर्धी क्षमता बढाउन छात्रवृत्ति, छात्रावास, पाठ्यपुस्तक, ट्युसन, पारिवारिक सहयोग आदि के कस्ता सहयोगी कार्यक्रमहरु उपयुक्त हुन्छन् यी समग्र विषयमा समेत वृहत दृष्टिबाट सोचिनु जरुरी देखिन्छ।

११४. जहाँसम्म चिकित्सा शिक्षाको प्रश्न छ, आरक्षणको विषयमा राष्ट्रिय चिकित्सा शिक्षा नियमावली, २०७७ को नियम २०(२) को व्यवस्था, छात्रवृत्ति सम्बन्धी नियमावली, २०६० को नियम १० क. को व्यवस्थाले नेपालको संविधानको धारा १८(३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांशमा समेटिएका सबै वर्गलाई समेटेको छ वा छैन, समेट्नुपर्ने हो वा होइन भन्ने प्रश्नहरुको पनि उत्तर खोजिनुपर्ने हुन्छ। राष्ट्रिय चिकित्सा शिक्षा नियमावली, २०७७ को नियम २०(२) को व्यवस्थालाई संविधानको धारा १८(३) को प्रतिबन्धात्मक व्यवस्थासँग तुलना गरेर हेर्दा सो धारामा कानूनद्वारा विशेष व्यवस्था गर्न सकिने सबै वर्गलाई उक्त नियम २०(२) ले समेटेको देखिंदैन। उदाहरणको लागि धारा १८(३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांशमा उल्लेख गरिएका केही वर्ग जस्तो **"गर्भावस्थाका व्यक्ति, बालबालिका, जेष्ठ नागरिक"** चिकित्सा शिक्षाको स्नातक तहको प्रवेश निम्ति आरक्षण गरिनुपर्ने वर्गमा नपर्न सक्छन् तर सो वाक्यांशमा उल्लेख गरिएका अन्य कैयौं वर्ग जस्तो **"आदिवासी, आदिवासी जनजाती, उत्पीडित वर्ग, पिछडा वर्ग, अल्पसंख्यक, सीमान्तीकृत, किसान, श्रमिक, युवा, लैङ्गिक तथा यौनिक अल्पसंख्यक, अशक्त असहाय नागरिक"** लाई आरक्षणको दायराभित्र समेटिएको देखिंदैन। नियम २०(२) को जस्तै व्यवस्था छात्रवृत्ति सम्बन्धी नियमावली, २०६० को नियम १०क मा रहेको देखिन्छ। यी व्यवस्थाहरुलाई संविधान अनुकूल बनाई धारा १८(३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांशमा परेका उपर्युक्त वर्गका नागरिकहरुलाई आरक्षणको दायराभित्र ल्याइनु आवश्यक देखिन्छ।

११५. छात्रवृत्ति सम्बन्धी ऐन, २०२१ को दफा ३क. मा विपन्नलाई **"सामुदायिक विद्यालयमा अध्ययन गरेको व्यक्ति"** भन्दै गाउँपालिका वा नगरपालिकाले विपन्नताको कारण खुलाई सिफारिस गर्ने कुरालाई आधार गरिएको, त्यसैगरी छात्रवृत्ति सम्बन्धी नियमावली, २०६०

को नियम १०क मा सामुदायिक विद्यालयबाट प्रवेशिका परीक्षा उत्तिर्ण गरेका विपन्न व्यक्तिलाई आरक्षण प्राप्त हुन सक्ने भनी रहेको शर्तलाई *निवेदक रामबाबु पाठकको* रिट (ने.का.प. २०६९ नि.नं. ८७८१ पृ. ३८७) मा भएको फैसलाले अनुमोदन गरेको अवस्था समेत छ। सामुदायिक विद्यालयको पढाई तथ्यको विषय हुन्छ सो कुरा लब्धाङ्क पत्र र अन्य प्रमाण पत्रमा देखिन्छ भने गाउँपालिका वा नगरपालिकाले विपन्नताको सिफारिस गर्दा लिएको आधार ठीक छ वा छैन, यसले मानव विकास सूचकाङ्कलाई आधार गरेको छ वा छैन, सो कुरा परीक्षण कुन तहको प्रवेशको निम्ति कसले गर्ने हो, यो पनि नीति र कानून निर्माण तहमा छलफल गरी तय गरिनुपर्ने देखिन्छ।

११६. नेपालको संविधानको धारा ४२ को उपधारा (५) मा शिक्षामा कानूनबमोजिम प्राथमिकता दिनुपर्ने वर्गका व्यक्तिको विषयमा उल्लेख भएको सन्दर्भ र कुरालाई संबोधन गर्ने कोशिस राष्ट्रिय चिकित्सा शिक्षा ऐन, २०७५ को दफा ४० को व्यवस्थाले गरेको देखिन्छ। यो व्यवस्था समेतलाई धारा १८(३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांशको व्यवस्थासँग के कसरी समन्वयात्मक रुपमा हेर्न सकिन्छ, धारा ४२(५) को सुविधाको समय, सन्दर्भ र सीमा के हो सो कुरा पनि नीति र कानून निर्माणमा हेरिनुपर्ने देखिन्छ। साथै धारा ४२(५) ले नेपालमा अग्रगामी लोकतान्त्रिक परिवर्तनको लागि योगदान दिने परिवार र सो क्रममा प्रभावित परिवारलाई सम्मानसहित शिक्षा, स्वास्थ्य, रोजगारी, आवास र सामाजिक सुरक्षामा कानूनबमोजिम प्राथमिकताका साथ अवसर दिने कुरा गरेको छ भने धारा १८(३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांशको शुरुवात **"सामाजिक वा सांस्कृतिक दृष्टिले पिछडिएका"** भन्ने शब्दावलीबाट भई सो वाक्यांशमा उल्लिखित नागरिकको संरक्षण, सशक्तिकरण वा विकासका लागि कानूनबमोजिम विशेष व्यवस्था गर्न सकिने कुरा उल्लेख भएको छ। *निरज कुमार साह* को रिट (ने.का.प. २०७५ नि.नं. ९९४२ पृ. १८६) मा विविधताको सुनिश्चितताको अर्थ योग्यता (Merit) सँग सम्झौता गर्ने नभई केही विशेष उपाय अवलम्बन गर्दै फरक समूहहरूबीच प्रतिष्पर्धा गराउँदै उनीहरूको क्षमता विकास गराउने हो भन्ने र भर्नामा विविधता (Diversity) तत्काल गरिने आवश्यक उपाय अनन्तकालसम्म स्थायी रूपले रहने व्यवस्था होइन भन्ने समेत निर्णय भएको कुरालाई धारा ४२(५) को सन्दर्भमा समेत मनन् गर्नुपर्ने आवश्यकता छ।

११७. हाम्रो संवैधानिक व्यवस्थाका अन्तरतत्वका बारेमा प्रश्न नं. १ को निरुपण गर्दा र मानव अधिकार कानूनको निर्देशनबारे प्रश्न नं. २ को निरुपण गर्दा चर्चा गरिएको छ। साथै तुलनात्मक व्यवस्थाहरुको अध्ययनबाट निस्केका दृष्टिकोणहरुलाई माथि प्रश्न नं. ५ को निरुपण गर्ने क्रममा पनि संश्लेषित रुपमा राखिएको छ। आरक्षण सम्बन्धी नीति र कानूनको पुनरावलोकन गर्दा ती कुराहरुलाई मनन् गर्न जरुरी देखिन्छ।

११८. आरक्षण सम्बन्धी व्यवस्थालाई वर्गीयता वा जातीयतामा नभै आवश्यकता केन्द्रित बनाएमा मात्र यसले संविधानको साध्य हासिल गर्न सक्छ। वास्तवमै गरिब, निमुखा र आफ्नो श्रोत साधनले शिक्षा आर्जन गर्न नसक्ने वर्गलाई नै आरक्षणको छहारीभित्र ल्याउने र संविधानको धारा १८(३) को प्रतिबन्धात्मक वर्गमा पर्ने तर सक्षमलाई बाहेक गरेमा मात्र यसले संविधानको लक्ष्यलाई पछ्याउन सक्छ। भारतमा *Indra Sawhney* को मुद्दामा गरिएको फैसला र क्यानडामा *Cunningham* को मुद्दामा पनि समतामूलक कार्यक्रम लक्षित विशेष वर्गमा केन्द्रित गर्न सकिने कुरालाई स्वीकार गरिएको कुरा माथि यथा स्थानमा चर्चा गरिएकै छ। लक्षित वर्गमा केन्द्रित हुन सो कुरा समेतलाई मध्यनजर गर्नु उपयुक्त हुन्छ। हाम्रो संविधानले विशेष व्यवस्था गरिनुपर्ने वर्गलाई व्यापक बनाएको परिप्रेक्ष्यमा समेत हामीहरुले पनि आरक्षणको व्यवस्थालाई लक्ष्य केन्द्रित र न्यायपूर्ण बनाउँनु आवश्यक हुँदा संविधानतः आरक्षणको वर्गमा पर्ने तर व्यक्तिगत उन्नति प्रगति गरिसकेको कारण आरक्षण नचाहिने उपल्लो वर्ग (Creamy layer)/तरमारा मध्यम वर्गको कब्जाबाट आरक्षण सम्बन्धी व्यवस्थालाई मुक्त गर्न जरुरी देखिन्छ। १२६ जातजाती र १२३ भाषाभाषीको बसोबास रहेको हाम्रो जस्तो मुलुकमा संविधानको धारा १८(३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांशको वर्गमा पर्ने तर राजनीतिक, आर्थिक वा सामाजिक रुपमा उच्च वर्गमा पुगेका, उदाहरणको लागि मन्त्री, सांसद, संवैधानिक निकायका सदस्य, न्यायाधीश, निजामती, जङ्गी वा प्रहरी सेवाका उच्च पदस्थ कर्मचारी, संयुक्त राष्ट्रसंघ वा अन्तराष्ट्रिय निकायमा नोकरी गरेका वा गरिसकेका निश्चित रकमभन्दा बढी निवृत्तिभरण पाउने व्यक्ति वा आय आर्जनको माथिल्लो ब्राकेटमा पुगिसकेका वरिष्ठ पेशाकर्मी डाक्टर, इन्जिनियर, चार्टर एकाउन्टेन्ट, वरिष्ठ अधिवक्ता, शिक्षामा उच्चता प्राप्त गरिसकेका परिवार, प्रोफेसर, उद्योगपति आदिका सन्तानलाई आरक्षण नपाउने वर्गमा राख्न सकिने हुन्छ। यसो भन्दाभन्दै पनि मुलुक बाढी, पहिरो, भुकम्प जस्ता राष्ट्रिय विपत्ति र महामारीबाट ग्रसित भैरहने परिस्थितिलाई मध्यनजर गर्दा समेत आरक्षणमा पर्ने व्यक्ति, वर्गहरु थपघट भैरहने पनि हुन सक्छ। पहिले आरक्षित वर्ग र समूहमा पर्दैन भनिएको व्यक्ति, वर्ग र समूहलाई पुनः आरक्षण दिनुपर्ने पनि हुन सक्छ। **स्पष्ट शब्दमा भन्दा व्यक्तिगत अपाङ्गताको कारण आरक्षण जरुरी भएकोमा बाहेक पछौटेपनको मापन मानव विकास सूचकाङ्कलाई आधार बनाएर गरिंदा वास्तविक रुपमा पिछडिएको व्यक्ति, वर्गमा पुग्न सकिने हुन्छ।** नेपालको संविधानको धारा १८(३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांशमा नै आर्थिक रुपले विपन्न खस आर्यको हकमा तोकिएको आयभन्दा कम आय भएको व्यक्ति भनिएको, धारा २८१ मा महिला तथा दलितको हकमा विशेष अधिकारको समीक्षा र पुनरावलोकन गर्दा मानव विकास सूचकाङ्कको आधारमा गरिने कुरा उल्लेख भएको र त्यसैगरी धारा ३०६(१) को खण्ड (ड) मा **"सीमान्तीकृत"** समुदायको परिभाषा गरिँदा संघीय कानून बमोजिमको मानव विकासको स्तरभन्दा न्यून स्थितिमा रहेका

समुदाय र अतिसीमान्तीकृत र लोपोन्मुख समुदाय समेतलाई जनाउँछ भनिएकोबाट पनि संघीय कानूनबमोजिम तय गरिने मानव विकासको सूचकाङ्कलाई सकारात्मक विभेदको व्यवस्थाको सन्दर्भमा आधार कायम गर्न सकिने देखिन्छ। साथै सकारात्मक विभेदको व्यवस्थालाई पटक पटक एकै व्यक्ति वा परिवारमा नदोहोरिने गरी र समय समयमा वस्तुनिष्ठ रुपमा अनुगमन, मुल्याङ्कन र पुनरावलोकन समेत गर्ने गरी वास्तवमा नै गरिब र उपेक्षित वर्गको पहुँच र सहज उपयोगमा रहने र सकारात्मक हस्तक्षेप नचाहिने व्यक्ति, परिवार वा समूहलाई क्रमशः बाहेक गर्दै जाने व्यवस्था गरेमा मात्र यसले संविधानको लक्ष्यलाई पछ्याउन सक्ने हुँदा सोतर्फ समेत नीति र कानून निर्माणमा विशेष रुपमा ध्यान दिनुपर्ने देखिन्छ।

११९. अपाङ्गता भएका व्यक्तिहरुको हकमा जुनसुकै पृष्ठभूमिको व्यक्ति भएपनि अपाङ्गताको कारण श्रृजित बाधा र व्यवधानहरु व्यक्तिगत रुपमा नै भोग्नु पर्ने हुँदा उनीहरुलाई विशेष समूहमा राखी संविधान र अपाङ्गता भएका व्यक्तिको अधिकार सम्बन्धी ऐन, २०७४ द्वारा प्रत्याभूत हकहरुको रोहमा समेत चिकित्सा शिक्षाको कुन विधामा के कस्तो व्यवस्था गर्न उपयुक्त हुन्छ भन्नेबारे सम्बन्धित सरोकारवालाहरुसँग छलफल समेत गरी उपयुक्त व्यवस्था गर्नु पर्ने देखिन्छ।

१२०. नेपालको संविधानको धारा १८(३) को प्रतिबन्धात्मक वाक्यांशले समेटेका वर्गका नागरिकको हितमा उपायहरु गरिँदा पनि यो व्यवस्थालाई के कसरी प्रतिष्पर्धी बनाई राख्न सकिन्छ भन्ने कुरा पनि उत्तिकै महत्वपूर्ण हुन्छ। यस सन्दर्भमा सकारात्मक विभेदका कार्यक्रमको लक्ष्य निर्धारण, लक्षित समुदायको पहिचान, बहुआयामिक कार्यक्रमहरुको तर्जुमा, श्रोत साधनको व्यवस्था र अवधि, समयसारिणीको निर्धारण, अनुगमन र मुल्याङ्कनको व्यवस्था समेतमा मानकहरु निर्माण गरी यी कुराहरुलाई सकारात्मक कदमहरुमा समेटिनु आवश्यक हुन्छ। गुणस्तरहीन र अप्रतिष्पर्धी शिक्षा सामाजिक रुपमा पनि हानिकारक हुन्छ भन्ने कुरा तुलनात्मक विधिशास्त्र र व्यवहारको अध्ययनबाट स्पष्ट देखिएको छ। यो कुराको उल्लेखन माथि ठाँउ ठाँउमा गरिएको पनि छ। यी समस्त सन्दर्भ र नेपालको संविधानको धारा ५१ को खण्ड (ज) को देहाय (३) मा **"उच्च शिक्षालाई सहज, गुणस्तरीय र पहुँच योग्य बनाई क्रमशः निःशुल्क बनाउँदै लैजाने"** नीति अवलम्बन गरिएको कुरालाई पनि नीति निर्माताहरुले बिर्सन मिल्ने नदेखिँदा सोही अनुरुप नीति र कानूनको पुनरावलोकन गरी संवैधानिक व्यवस्थालाई प्रभावकारी बनाउनु पर्ने देखिन्छ।

१२१. तसर्थ माथि विभिन्न खण्डमा गरिएको परिचर्चा र विश्लेषण समेतको परिप्रेक्ष्यमा चिकित्सा शिक्षा र अन्य शिक्षामा समेत सामाजिक वा सांस्कृतिक दृष्टिले पिछडिएका नागरिकको संरक्षण, सशक्तिकरण वा विकासका लागि शिक्षाको गुणस्तरमा सम्झौता नहुने गरी के कस्तो नीति, कानून र संस्थागत व्यवस्था बनाइनु समानता, समता र सहभागिताको दृष्टिबाट उचित हुन्छ

भन्ने विषयमा वृहत रुपमा अध्ययन र छलफल गरी संविधानको शब्द, भावना र मर्म अनुरुप यथाशीघ्र उपयुक्त नीतिगत, कानूनी र संस्थागत व्यवस्था गर्नू, गराउनू भनी विपक्षीहरुका नाउँमा निर्देशनात्मक आदेश जारी गरिएको छ। आदेशको प्रतिलिपि फैसला कार्यान्वयन निर्देशनालय र महान्यायाधिवक्ताको कार्यालयमार्फत विपक्षीहरु कहाँ पठाई मिसिल नियमबमोजिम गरी बुझाइदिनू।

न्यायाधीश

उक्त रायमा म सहमत छु।

न्यायाधीश

इजलास अधिकृत : वसन्त प्रसाद मैनाली

कम्प्युटर अपरेटर : देबिमाया खतिवडा (देबिना) र राधिका घोरासाइने

ईति संवत् २०७७ साल पौष महिना १ गते रोज ४ शुभम् ....।