Received Date: March. 2026 Revised: April. 2026 Accepted: May. 2026

संविधानको व्याख्याः धारा ७६(५) को प्रसंग सहितः

मेघराज पोखरेल
न्यायाधीश, सर्वोच्च अदालत

विषय प्रवेश:

संविधानको धारा ७६(५) बमोजिम प्रधानमन्त्रीमा दावी गर्न प्रतिनिधिसभामा विश्वासको मत प्राप्त गर्नसक्ने आधार प्रस्तुत गरि राष्ट्रपति समक्ष पेस गर्ने समावेदनमा प्रतिनिधिसभाका सदस्यहरूले व्यक्तिगत समर्थन गर्न मिल्छ कि मिल्दैन ? यदि मिल्छ भने समावेदन गरिएको दावीमा द्विविधा उत्पन्न भएमा राष्ट्रपतिको छानविन गर्ने अधिकार कति हुन्छ भन्ने सन्दर्भमा सम्मानित सर्वोच्च अदालतले दुईवटा फैसला मार्फत व्याख्या समेत गरिसकेको छ।

यो धाराको व्याख्या र विश्लेषणलाई सजिलो बनाउनका लागि धारा ७६(५)लाई तल उद्धरण गरिएको छ :

> धारा ७६(५) उपधारा (३) बमोजिम नियुक्त प्रधानमन्त्रीले उपधारा (४) बमोजिम विश्वासको मत प्राप्त गर्न नसकेमा उपधारा (२) बमोजिमको कुनै सदस्यले प्रतिनिधि सभामा विश्वासको मत प्राप्त गर्न सक्नेआधार प्रस्तुत गरेमा राष्ट्रपतिले त्यस्तो सदस्यलाई प्रधानमन्त्री नियुक्ती गर्नेछ।

संविधान व्याख्यामा विधायिकी प्रकृयाको महत्त्व:

यो उपधारा अन्तर्गत प्रस्तावित प्रधानमन्त्रीको समावेदनमा प्रतिनिधिसभाका सदस्यहरूले व्यक्तिगत रूपमा समर्थन गर्न मिल्छ वा मिल्दैन भन्ने सम्बन्धमा निरूपण गर्न यो उपधारा निर्माण गर्दा संविधानसभाले गरेको संविधान निर्माणको पृष्ठभूमीको अध्ययन गर्नु आवश्यक छ। **संविधानसभा, राज्यको शासकीय स्वरूप निर्धारण समितिले तयार पारेको अवधारणपत्र एवं व्याख्यात्मक टिप्पणी सहितको प्रारम्भिक मस्यौदा प्रतिवेदन**मा यो उपधारा (५) को व्यवस्था नै राखिएको थिएन। यो प्रतिवेदनको पृष्ठ XIV विषयबस्तु नं. १५ मा मन्त्रीपरिषद्को गठन र पृष्ठ XVII विषयवस्तु नं. २३ मा प्रधानमन्त्रीको नियुक्ति सम्बन्धी विशेष व्यवस्था उल्लेख गरिएको छ। त्यसमा यो उपधारा (५) प्रस्तावित गरिएको छैन। तर सोही प्रतिवेदनको तत् पृष्ठहरूमा "व्यवस्थापिकाको समर्थन रहेसम्म प्रधानमन्त्री पदमा वहाल रहने व्यवस्था रहेको छ" भन्ने र "कुनै अवस्थामा व्यवस्थापिकाको तल्लो सदनले सरकार गठन गर्न नसक्ने अवस्था भएमा यस्तो सदनलाई कायम राख्न औचित्यहिन हुने भएकोले यसलाई भंग गरी आम निर्वाचनको मिति तोक्नु पर्ने व्यवस्था गरिएको छ" भन्ने उल्लेख गरिएको हुँदा प्रतिनिधिसभाले वैकल्पिक प्रधानमन्त्री दिएसम्म सबै उपायबाट प्रधानमन्त्री चयन हुनुपर्ने आसय राखेको देखिन्छ। यसरी प्रधानमन्त्री दिन नसकेको अवस्थामा मात्र अन्तिम अस्त्रको रूपमा प्रतिनिधिसभाको विघटन गरि आम निर्वाचनको घोषणा गर्नुपर्ने वैधानिक मनशाय हो। यसले व्यवस्थापिकाको तल्लो सदन "समुच्च" लाई सरकार गठनका लागि जिम्मेवार बनाएको छ। दलगत जिम्मेवारीलाई पार्थक्यरूपमा औल्याएको छैन। संविधानको अन्तिम मसौदा तयार हुँदा उपधारा (५) थपेर प्रतिनिधिसभा "समुच्च" समक्ष प्रधानमन्त्री चयनको अझ थप वैकल्पिक उपाय दिएको हो। अतः संविधानसभाले धारा ७६(५) बमोजिमको प्रधानमन्त्री चयनको समावेदनमा प्रतिनिधिसभाका सदस्यहरूले व्यक्तिगत रूपमा पनि समर्थन गर्नसक्ने व्यवस्था गरेको

स्पष्ट हुन्छ । सार्वभौम नेपाली जनताले निर्वाचित गरी पठाएका प्रतिनिधिहरूले प्रतिनिधि सभाको आफ्नो पूर्ण क्रियाशील जीवन ५ वर्षसम्म प्रधानमन्त्री चयनमा लगायतका विषयहरूमा अधिकार प्रयोग गर्न पाउँने हो । प्रधामन्त्री चयन गर्नसकेसम्म प्रतिनिधिसभा विघटन नै हुँदैन । यो उपधारालाई दलगत हिसावले व्याख्या गर्ने हो भने यो उपधारा नै निरर्थक र निष्क्रिय हुने अवस्था हुँन आउछ । अन्य कुनै संविधान-अधिनस्थ कानूनको सहारा लिएर सम्बैधानिक व्यवस्था नै निष्प्रयोजित तथा निष्कृय हुने गरि संविधानको व्याख्या गर्न मिल्दैन । यो धाराको व्याख्या गरी सम्मानित सर्वोच्च अदालतको संवैधानिक इजलाशले प्रतिनिधिसभाका सदस्यहरूले व्यक्तिगतरूपमा पनि समर्थन गर्नसक्ने भनी व्याख्या गरिसकेको छ ।

संविधान व्याख्यामा उद्धश्यमूलक सिद्धान्त:

Interpriting Constitutions: A Comparative Study k':ts}df **The United States: Eclecticism in the Service of Pragmatism** भन्ने शीर्षकको परिच्छेदमा *Mark Tushnet* संविधानको व्याख्यामा तलको सिद्धान्त अनुशरण गर्नुपर्ने बताउछन्:

> ˚Ordinarily we translate the Constitution's words first by identifying the principles those words embodied at the time they were written into the Constitution, and then by determining how those principles apply to contemporary problems".
>
> -*Jeffery Goldsworthy* (Ed), **Interpriting Constitutions: A Comparatitive Study**, Oxford University Press, First published in paperback 2007, **P. 39**.

जर्मनीको Basic Law (संविधान) को व्याख्या गर्दा त्यहाँको संवैधानिक ईजलाशले अपनाउने गरेको व्याख्याको पद्धतिका वारेमा **Interpriting Constitutions: A Comparative Study** पुस्तक मा **Germany: Balancing Rights and Duties** भन्ने परिच्छेदमा *Donald P. Kommers* ले यसरी उल्लेख गरेको छन्:

> ˚As noted, the Basic Law is an elaborate and often inconsistent framework of rules, powers, and principles. Notwithstanding its repeated reference to the need for *balancing* rights and duties, the Federal Constitutional Court tends to define its interpretive role as one of harmonizing inconsistencies and carving order out of uncertainty and paradox. From the beginning, the Federal Constitutional Court has insisted on the Basic Law's fundamental underlying unity. The Court has even described the document as a 'logical-teleological' entity, a concept traceable to Rudolf Smend's 'integration' theory of the constitution. More recently, the Court has referred to the 'constitutional order as a holistic unity of meaning.' This notion of the constitu- tion as a substantive unity has good pedigree in Germany's tradition of *Begriffsjurisprudenz* (conceptual jurisprudence), a tradition that envisions law as a self-contained, internally coherent, system of rules and norms. Yet constitutional law transcends the boundaries of positive law. Social context, political morality, and cultural norms play an important role in constitutional interpretation. An important interpretive

canon postulates the interdependence of the constitutional order and the broader community." **pp. 177-178.**

"These (modes of interpretation) include legalistic modes of analysis along with an effort to determine the general purpose of textual provisions in the light of their historical, philosophical, and socio-moral determinants. But the constitution includes more than the documentary text. What might be called the *working* text arguably extends to long-established practices whose attenuation would raise serious constitutional issues." **P.190.**

"Another approach to constitutional interpretation is structural—or what the Germans call 'systematic' reasoning. This mode of reasoning stems from the FCC's view of the Basic Law as a unified structure of values and relationships. In its first major decision–the *Southwest State Case* (1951)–the Court underscored the critical importance of the Constitution's unity. 'No single constitutional pro- vision may be taken out of its context and interpreted by itself,' declared the Court. 'Every constitutional provision,' it continued, 'must always be interpreted in such a way as to render it compatible with the fundamental principles of the Constitution as a whole.' In its narrow sense, structural analysis focuses not on the meaning of specific, isolated clauses, but rather on the location of the clause and its relation to the whole text. In a broader sense, it seeks unity and coherence not only in the text, but in the larger political order the text signifies." **P. 199.**

संविधानको निर्माण गर्दा संविधानसभा जस्तो युगिन संस्थाबाट भविष्यातित् लक्ष राखेर निर्माण गरिन्छ र संविधानको संशोधनको प्रक्रिया जटील र केही सैद्धान्तिक सीमामा सीमाबन्ध हुन्छन् । त्यसैले संविधानलाई समयानुकूल ग्रहणशील बनाउन अदालतले व्याख्याको माध्यमबाट रचनात्मक भूमिका खेल्नुपर्दछ । संविधान एक जीवन्त दस्तावेज भएको हुनाले यसको व्याख्या गर्दा केवल व्याकरणगत व्याख्या मात्र नगरी लक्ष्यात्मक (Purposive) व्याख्या गर्नुपर्दछ भनी आहरन बराक भन्दछन् । आहरन बराक इज्रायलको हेब्रु युनिभरसिटीका प्रोफेसर तथा इज्रायलको सर्वोच्च अदालतका निर्वत्त प्रधानन्यायाधीश (President of the Supreme Court) हुन् । उनको पुस्तक **Purposive Interpretation of Law** मा उनले उल्लेख गरेका व्याख्याका पद्धति, सिद्धान्त र तरिकाहरू प्रस्तुत संवैधानिक व्याख्याको सम्बन्धमा उपयोगि देखेका छौं । निजले लेखेको उल्लेखित पुस्तक **Constitutional Interpretation** परिच्छेदको सांदर्भिक अंश तल उद्धरण गरिएको छः

"Constitutional language is no different than any other kind of language. It is the natural language used by a given society, at a given point in time. Constitutions, however, contain more "opaque" expressions than other legal texts. They include many terms that could be interpreted in a number of ways, and many constitutional provisions are "open-textured" and opaque. Of course, all

language can be open-textured and opaque for some sets of facts, but constitutional language is open-textured and opaque for many, if not most, sets of facts. Three primary reasons explain this state of affairs: *First*, a constitutional text expresses national agreement. In order to reach agreement, nations generally must confine themselves to opaque and open-ended terms, reflecting their ability to reach consensus only at a high level of abstraction. *Second*, a constitutional text seeks to establish the nation's fundamental values, covenants, and social viewpoints. We tend to express those concepts in value-laden language, conveying a message that is rarely clear or unequivocal. *Third*, a constitutional text is designed to regulate human behavior for future generations. It takes a long-term view, assuming that viewpoints, positions, and social behavior will change. It must adopt language flexible enough to include the new viewpoints, positions, and modes of behavior that cannot be predicted at the time it is written. Otherwise, the constitutional text would be obsolete the day it is enacted. At the same time, a constitutional text must be definitive enough to bind the branches of government and prevent them from behaving, in the future, in a way that is contrary to the viewpoints, positions, and social behavior that the text seeks to preserve. **Pp. 372-373**.

There are two kinds of puroposes of the Constitution, subjective and objective.

The subjective purpose of a constitution is the goals, interests, values, aims, policies, and function that the founders of the constitution sought to actualize. Despite literature arguing the contrary, I believe that a constitution has a subjective purpose that judges can identify. Without such intention, the founders could not have enacted the constitution. If credible historical information about it exists, then it can be identified. Recall that we are interested in abstract, not concrete or interpretive, intention. **P-375.**

The objective purpose of a constitution is the interests, goals, values, aims, policies, and function that the constitutional text is designed to actualize in a democracy. Justice Lamer of Canada expressed this well in noting that "Our constitutional *Charter* must be construed as a system where every component contributes to the meaning as a whole, and the whole gives meaning to its parts... The court must interpret each section of the Charter in relation to the other." We assume constitutional unity. A constitutional norm is part of a larger constitutional project. A specific constitutional provision affects our understanding of the constitution as a whole, and vice versa. In formulating the

purpose of a constitutional text, the interpreter should seek the purpose that best advances constitutional unity and harmony." **Pp. 377-378.**

-Aharon Barak, **Purposive Interpretation of Law**, (*Translated from the Hebrew by Sari Bashi*), 2005 by Princeton University Press, 2005.

सर्वोच्च अदालतको व्याख्या:

सर्वोच्च अदालतको संवैधानिक ईजलाशले धारा ७६ को समग्र आशय र भावनाका वारेमा *०७७-WC-००३७* को (लगायत) रिटमा बाध्यकारी नजिर सिद्धान्त कायम गरिसकोको छ । सान्दर्भिक खण्ड तल उद्धरण गरिएको छः

"त्यसैले धारा ८५(१) ले "यस संविधानमा अगाडी विघटन भएकोमा बाहेक" भन्ने वाक्यांशले प्रतिनिधिसभा निर्वाचन पश्चात धारा ७६ को उपधारा (१), (२), (३) र (५) बमोजिम प्रधानमन्त्री नियुक्त हुन नसकेपछि वा नियुक्त प्रधानमन्त्रीले विश्वासको मत प्राप्त गर्न नसकेपछि प्रतिनिधिसभाको अरु कुनै सदस्य प्रधानमन्त्री नियुक्त हुने विकल्प समाप्त भएपश्चात धारा ७६ को उपधारा (७) बमोजिम प्रतिनिधिसभा विघटन हुने प्रावधान रहेको भन्ने अर्थ नै बुझाउछ।"

"जनताले चुनावमार्फत् संसद दिन्छ, संसदले नै सरकार दिन्छ भन्ने मान्यतामा संसदीय व्यवस्था चलेको हुन्छ। संविधान निर्माताले आफ्नै देशका विगतका अभ्यासहरू समेतलाई मध्येनजर राखि संसदले सरकार दिनसक्ने अवस्था र विकल्प कायम रहेसम्म प्रतिनिधिसभामा बहुमत कायम रहेको संसदीय दलको नेतालाई नेपालको संविधानले धारा ७६ को उपधारा (७) मा उल्लेखित प्रावधानहरूको अभ्यास गर्नुपर्ने अवस्थाको परिकल्पना गरेको देखिदैन।"

यसरी ७६ को उपधारा (५) बमोजिमको प्रधानमन्त्री बन्न प्रतिनिधिसभाको कुनै पनि सदस्य भए हुने तर दलहरूका सांसदहरूले एकमुष्ठ समर्थन दिनुपर्छ भनि व्याख्या गर्दा यो उपधाराको मनशाय नै पराजय हुन पुग्छ । संविधानको कुनै पनि प्रावधानमा ७६ को उपधारा (५) बमोजिमको प्रस्तावित प्रधानमन्त्रीलाई दलका सांसदहरूले पृथक समर्थन गर्न मिल्दैन भनि निषेधात्मक प्रावधान राखेको पनि पाइँदैन । सांसदहरूले आफ्नो राजनीतिक स्वायत्तता (Political Autonomy) कायम गरि स्वतन्त्रपूर्वक मत जाहेर गर्न सक्दछन् । सम्मानित संवैधानिक ईजलाशले माथिको मुद्दाको आदेशमा दिएको आदेशको मर्म र आशय पनि त्यही देखिन्छ।

धारा ७६(५) मा सुक्ष्म दृष्टि दिँदा उपधारा (२) मा लेखिए देखि बाहेकका शब्दहरू "प्रतिनिधिसभामा विश्वासको मत प्राप्त गर्नसक्ने आधार प्रस्तुत गरेमा" प्रयुक्त छन् । उपधारा (२) मा दलीय सर्मथन हुने भएपछि उपधारा (५) लाई दलीय बन्धनमा बाँध्ने मनसाय भए यी थप शब्दावलीको आवस्यकता पर्ने थिएन । प्रतिनिधिसभामा विश्वासको मत प्राप्त गर्नसक्ने दलीय समर्थन बाहेकका अन्य के आधारहरू हुनसक्छन भनी हेर्दा पक्का पनि प्रतिनिधिसभाका थप सदस्यहरूको समर्थन भन्ने अर्थ गर्नुपर्ने हुन्छ। माथि उल्लेखित संविधान व्याख्याका सिद्धान्तहरूले पनि हामीलाई यसै निष्कर्षमा पुग्न मद्दत गर्दछन्।

संविधानको रचनात्मक व्याख्या संवन्धि सिद्धान्त:

संवैधानिक प्रावधानहरूलाई सम्बृद्ध बनाउन संविधानमा साङ्केतिकरूपमा मात्र राखिएका वाक्यांशहरूको रचनात्मक व्याख्या गर्नुपर्ने अभ्यास अमेरिका र भारतका सर्वोच्च अदालतहरूले गरेका छन् । धारा ७६(५) मा

राखिएको "प्रतिनिधिसभामा विश्वासको मत प्राप्त गर्नसक्ने आधार प्रस्तुत गरेमा" वाक्यांशले सांकेतिकरूपमा मात्र आसय राखि अर्थलाई मौनरूपमा ग्रहण गरेको छ । यसले गरेको संकेतको मूलसम्म पुग्न ती मुलुकका अभ्यासहरू सहयोगी हुनसक्दछन् ।

संयुक्त राज्य अमेरिकाको संघीय व्यवस्थापिकाले बैंक अफ द यूनाईटेड स्टेस्ट्स् स्थापना गर्न बनाएको संघीय कानून संघको अधिकारको सूचिभित्र नपर्ने हुँदा न्यायिक पुनरावलोकबाट बदर गरिपाँउ भनि अमेरिकाको संघीय सर्वोच्च अदालतमा सन् १८१९ मा मुद्दा पऱ्यो । वास्तबमा संघको अधिकारको सूचिमा बैंक खोल्न पाँउने अधिकार समावेश छैन र कुनै सूचिमा नपरेको अधिकार अवशिष्ठ अधिकारकारूपमा राज्यलाई रहने अमेरिकन संविधानको व्यवस्था छ । *McCulloch v Maryland* 17 US 316 (1819) नामले चर्चित उच्च मुद्दा प्रधानन्यायाधीशले जोन मार्शलले एक ल्याण्डमार्क व्याख्या गरेर उक्त ऐन अमान्य (Ultra virus) नहुने फैसला गरे । केन्द्रको अधिकारको सूचिमा परेको कर संकलनको अधिकार, ऋण उठाउन सक्ने अधिकार तथा सैनिक/जलसैनिकहरू राख्न पाउने अधिकारले नै बैंक खोल्न पाउने अधिकारको सङ्केत गर्छ किनभने यी अधिकारहरूको प्रयोग गर्न बैंकको आवस्यक पर्ने कुरा साङ्केतिक रूपमा बुझ्नुपर्छ । उत्तरमा उठेको संचित कोष दक्षिणमा पठाउनु पर्छ भने दक्षिणमा उठेको उत्तरमा । कुनै राष्ट्रिय बैंक विना यी कार्यहरू जटील, महँगो र असुरक्षित हुनसक्छन् भनि प्रधानन्यायाधीश मार्शलले कर सङ्कलन, ऋण उठाउने तथा शैनिक/जलसैनिकहरू राख्न पाँउने अधिकारभित्रै राष्ट्रिय बैंक खोल्ने अधिकार अन्तर नीहित हुने रचनात्मक व्याख्या गरे । *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958), *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v Casey* 505 US 833, 855 (1992) लगायतका थुप्रै मुद्दाहरू छन् जसमा अमेकिन सर्वोच्च अदलातले सृजनात्मक व्याख्या गरि संवैधानिक प्रावधानलाई समयानुल र संवृद्ध बनाएको छ । *McCulloch v Maryland* को मुद्दाको आँखाबाट धारा ७६(५) को "प्रतिनिधिसभामा विश्वासको मत प्राप्त गर्नसक्ने आधार प्रस्तुत गरेमा" भन्ने प्रावधानको व्याख्या "प्रतिनिधि सभाको बहुमत सदस्यहरूको समर्थन" नै भनि व्याख्या हुनुपर्ने देखिन्छ ।

भारतीय सर्वोच्च अदालतले तय गरेको पोजेटिभिज्म देखि स्ट्रक्चरालिज्मसम्मको यात्राको उल्लेखन पनि हाम्रो संविधान व्याख्याका क्रममा उपयोगी हुन्छ । यसका लागि भारतीय सर्वोच्च अदालतको धारा २१ म गरेको व्यवस्थाबाट सुरु गर्न चाहन्छौ, जसको व्यवस्था यस प्रकारको छ :

> 21. Protection of life and personal liberty: No person shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by law.

यो धारा मसौदाका क्रममा बेलायती मोडेलको "procedure established by law" राख्ने कि अमेरिकी मोडेलको "due process of law" राख्ने भन्ने बारेमा भारतीय संविधानसभामा कडा छलफल भएको थियो । बेलायती शिक्षाबाट दिक्षित जवाहरलाल नेहरू लगायतका नेशनल कांग्रेसका नेताहरू "procedure established by law" का पक्षमा थिए भने डा. बाबासाहेव अम्बेड्करँdue process of law" का पक्षमा खुलेर लागेका थिए । अन्ततः स्वतन्त्रता आन्दोलनको नेतृत्व गरेका नेहरूको जित भयो र धारा २१ मा "procedure established by law" राखियो । त्यहाको फ्यूडल जमिदारी प्रथा हटाएर किसानहरूलाई हक अधिकारसम्पन्न बनाउने समाजवादी नारा दिएर आन्दोलनमा सहभागी गराएको कांग्रेसले संसदबाट आफूले चाहेजस्तो कानून निर्माण गरेर कानूनले निर्धारण गरेको प्रक्रियाबमोजिम भूमिसुधार योजना लागु गर्न सोच्नु

स्वाभाविक थियो । संविधान जारी भएपछि संसदको नयाँ निर्वाचन नभएसम्म संविधानसभा नै विधायिकामा रूपान्तरित भयो । मद्रासका बामपन्थी नेता ए.के. गोपालन सन् १९४७ देखि जेल परेका थिए । नयाँ संविधान लागू हुदाँ नहुदै उनको तोकीएको जेल अवधी समाप्त भयो । जेलबाट निस्कन नपाउँदै उनलाई निवारक नरबन्द ऐन, १९५० बमोजिम राष्ट्रिय सुरक्षामा दखल पारेको भनि तुरुन्तै पक्राउ गरियो । पक्राउका विरुद्ध उनी धारा २१ प्रत्याभूत मौलिक हकको उल्लङ्घन भएको भनि बन्दिप्रत्येक्षीकरणको मुद्दा लिएर सर्वोच्च आए **-*A.K. Gopalan v. State of Madras***, AIR 1950 SC 27) । सर्वोच्च अदालतको ६ जना मध्ये ५-१ न्यायाधीशहरूको बहूमतले धारा २१ मा "procedure established by law" लाई व्याख्या गर्दै अदालतले विधायिकाले निर्दिष्ट गरेको कानूनद्वारा निर्धारित कानूनी प्रकृया, चाहे त्यो खराव कानून नै किन नहोस्, लाई व्याख्याको माध्यमबाट हस्तक्षेप गर्न नसक्ने व्याख्या गऱ्यो ।

यस्तो पोजिटिभिष्टिक पुरातन व्याख्यालाई ***Maneka Gandhi v. Union of India***, AIR 1978 SC 597 मा आएर उल्ट्याएर विधायिकी कानुन पनि न्यायिक, स्वच्छ र विवेकसंगत (Just, Fair and Ressonable) हुनुपर्छ यदि न्यायिक, स्वच्छ र विवेकसंगत (Just, Fair and Ressonable) छैन भने अदालतले न्यायिक पुनरावलोकनको पद्धतिबाट अमान्य घोषणा गर्न सक्ने भनि संविधान निर्माताले आशयपूर्वक राखेको "procedure established by law" लाई "due process of law" मा रूपान्तरित गरेर प्राकृतिक न्याय/कानूनका सार्वकालिक तथा सार्वदेशित सिद्धान्तहरू विधि निर्माताले पनि मान्नु पर्छ भनी व्याख्या गऱ्यो ।

भारतीय सर्वोच्च अदालतले जन्म दिएको संविधानका आधारभूत सिद्धान्तहरू (Basic Structure Doctrine) को पनि यस्तै घतलाग्दो यात्रा छ । संविधानसभा विधायिकामा परिणत भएपछि आफ्नै अवधिमा कृषि तथा भुमि सुधार गर्न भनि विहार, उत्तर प्रदेश र मध्येप्रदेशमा जमिन्दारी प्रथा उन्मुलन ऐनहरू ल्याईयो । यी ऐनहरूको जग्गा प्राप्ति गर्ने व्यवस्थाले मार्का परेको र यस्तो संविधान संशोधन गर्ने कानूनले मौलिक हकको हनन् भएको भनी सांकरी प्रसादसमेत (*Shanari Prasad v Union of India*, 1951 SCR 89: AIR 1951 SC 458) सर्वोच्च अदालत गए । तर विधायिकाले चाहेमा मौलिक हक पनि संविधान संसोधनको अधिकार भित्र पर्नसक्ने भनि व्याख्या गऱ्यो ।

घतलाग्दो विषय के थियो भने संविधानसभा (परिवर्तितरूप) आफैंले मौलिक हक संशोधन हुने गरी संविधान संशोधन गर्दा संविधानमा पनि असंशोधनीय आधारभूत संचरना (Basic Structure) हुन्छन् वा छन् भनेर नै सोचको थिएन । यस मुद्दालाई *Sajjan Singh vs The State Of Punjab*, 1964 AIR 464, 1964 SCR (4) 630 को मुद्दामा अनुशरण गरियो भने *I.C. Golaknath v. State Of Punjab* (1967 AIR 1643, 1967 SCR (2) 762), ओभररुल गरेर संविधान संसोधनमा मौलिक हकको संसोधन गर्ने अधिकार नहुने व्याख्या भयो । *Kesavananda v State of Kerala* (1973) Supp. S.C.R. 1, मा गोलखनाललाई ओभररुल गरेर मौलिक हकलाई संसोधनीय बनाईए पनि न्यायिक इतिहासमा पहिलो पटक संविधानमा आधारभूत संरचना (Basic Structure) हुने र यस्ता आधारभूत संरचनाहरूलाई विधायिकाले पनि संसोधन गर्न नसक्ने भनी पहिलो पटक संविधानसभामा नै नसोचिएको मान्यता कायम भयो ।

भारतीय सर्वोच्च अदालतको यो पोजेटिभिज्मबाट स्ट्रक्चरालिज्मको यात्राका बारेमा संवैधानिक तथा प्रशासकीय कानून का विज्ञ एस.पि.साठेले **Interpriting Constitutions: A Comparative Stydy** k':ts df **India: From Positivism to Structuralism** भन्ने परिच्छेदमा चर्चा गरेका छन् जुन हाम्रो

संविधान व्याख्याका लागि पनि अनुरणीय हुनसक्छ । उनले पोजिटिभिज्म र स्ट्रक्चरालिज्मको पनि व्याख्या गरेको छन्:

> ॅThe Court began by taking a positivist approach to constitutional interpretation. But judicial review under a written constitution with a bill of rights cannot remain merely positivist, because the expressions used in it are often open-textured and continue to acquire new meanings. Over the years, as Indian democracy threw up unexpected challenges, the Court gradually moved to a structuralist approach. This movement was not linear, or even chronologically consistent. There were dissents during the initial period of positivism, and zig-zags forwards and backwards during later periods." **P. 227.**
>
> "There are basically two models of constitutional interpretation. One is legal positivism, 'which holds that the truth of legal propositions consists in facts about the rules that have been adopted by specific social institutions, and in nothing else'. This model emanates from the 'black letter law' tradition, which seeks to interpret law as a distinct, relatively autonomous reality. Law is separated from morality, and interpreted in accordance with self-constituted principles and concepts.
>
> In the second model, which we will call structuralism, the Constitution is interpreted liberally, as a totality, in the light of the spirit pervading it and the philosophy underlying it. A structuralist interpretation aims to articulate the implicit nuances of the Constitution, but may vary according to the ideological or philosophical predilections of the judges. It accords a wider role to the judiciary, which is required to be creative. According to Justice Cardozo, a written constitution 'states or ought to state not rules for the passing hour, but principles for an expanding future'. Structuralist interpretation can also be called teleological, meaning that it understands the Constitution to be intended to achieve certain purposes. It is, in that sense, result-oriented." **P. 226.**

उल्लेखित उन्नत अभ्यासहरूको उद्धरणबाट के स्पष्ट हुन्छ भने सम्मानित अदालतले परिवर्तित समयसँग संवैधानिक प्रावधानहरूको जीवन्त व्याख्या गरी संवैधानिक मौनता तथा जटीलतालाई स्ट्रक्चरल व्याख्याको पद्धतिबाट संवैधानिक निकास दिँदै जानुपर्छ । माथि उल्लेख गरिसकियो कि धारा ७६(५) बमोजिमको प्रधानमन्त्रीको दावेदारलाई प्रतिनिधिसभाका सदस्यहरूले दलगत वा स्वतन्त्र हैसियतले समर्थन गर्नसक्ने व्याख्या हुनु उचित र तर्क संगत हुन्छ भने यस धारा बमोजिम नियुक्त प्रधानमन्त्रीले धारा ७६(४) बमोजिम प्रतिनिधि सभामा विश्वासको मत लिँदा संविधान-अधिनस्थ संसदीय दल सम्बन्धि ऐन, २०७३ को ह्विप सम्बन्धि प्रावधान निस्कृय हुने गरि अधिनस्थ कानुनको सीमित व्याख्या (Restrictive Interpretation) हुनुपर्दछ । यि दुवै सिद्धान्तहरू सम्मानित सर्वोच्च अदालतले पछिल्लो प्रधिनिधिसभा विघटन मुद्दामा अंगिकार गरेको छ ।

एण्टि डिफेक्सन् ल:

यसरी व्याख्या गर्दा एण्टि डिफेक्सन् ल विनाको लोकतन्त्र परिकल्पना सम्म पनि गर्न नसकिने भन्ने पनि चासो देखिन्छ। यो चासो पूर्ण तथ्यसंगत छैन। वेलायत, अमेरिका, अष्ट्रेलिया तथा क्यानडा जस्ता उन्नत लोकतन्त्र भएका मुलुकहरूमा एण्टि डिफ्क्सन ल भएको देखिदैन। बेलायतमा ह्विप विपरित मत दिने सांसदहरू संसदको पछिल्लो वैञ्चमा बस्छन्, जसलाई व्याकबैंचर भनेर भनिन्छ। बेलायतमा सरकारको नीति सुधारमा व्याकबैंचरको भूमिका हुने मानिन्छ। दक्षिण अफ्रिकामा एण्टि डिफेक्सन् ल ले सांसदहरूको राजनीतिक स्वायत्तता हरण गरेको र दलका शीर्षस्थ नेताहरूलाई निरंकुश बन्न सहयोग गरेको भनि एण्टि डिफेक्सन एक्ट नै खारेज गरिएको छ। भारतमा एण्टि डिफेक्सन्को प्रावधान संविधानको अनुसूचि-९ मै राखिएको छ भने दलको ह्विप डिफेक्ट् गर्ने सांसदलाई दलले होईन सभामुखले कारवाही गर्नसक्ने व्यवस्था छ। इजरायल तथा न्युजिल्याण्डमा एण्टि डिफेक्सन् ल छन् तर तिनको अभ्यास दुर्लभ केशहरूमा भएको पाईन्छ।

(*Christopher J. Kam,* **Party Discipline and Parliamentary Politics,** University of British Columbia , Cambridge University Press, First Published in print format 2009;

Samuel C. Paterson, (Genaral Advisory Edotor) ENERAL, **Party Discipline and Parliamentary Governent**, Ohio State University Press, 2009;

Kenneth Janda, "Laws Against Party Switching, Defecting, or Floor-Crossing in National Parliaments"**,** The Legal Regulation of Political Parties Working Paper, *2* August 2009, University of Bakingham.)

उल्लेखित रेफरेन्सहरूले पनि एण्टि डिफेक्सन् ल को व्याख्या गर्दा सीमित (Restrictive Interpretation) पद्धत्ति अपनाई धारा ७६(५) र सो सँग संगति हुनसक्ने गरि गर्नपर्ने व्यहोरामा थप मद्दत मिल्दछ।

यसरी व्याख्या गर्दा नेपालको संविधानको धारा ८९(ङ) र एण्टी डिफेक्सेन् संबन्धि अन्य प्रचलित कानूनहरूको उलंघन हुन सक्ने नसक्ने भन्ने प्रश्न पनि उठ्न सक्छ। कुनै पनि न्यायिक, अर्ध-न्यायिक वा प्रशासनिक निर्णय गर्दा कज अफ एक्सन उत्पन्न हुनु पूर्व नै भोलि यस्तो होला भनि अनुमान गरेर आजै निर्णय गर्न मिल्दैन। त्यस्तो निर्णय अवैधानिक (Illegal), अविवेकी (Irrational), कार्यविधिगत असÏत (Procedural impropriety) हुनजाँन्छ। कज अफ एक्सन नै उत्पन्न नभै निर्णय गर्दा त्यस्तो निर्णयकर्ताको काम कारवाही कानूनी (Lawfullness), मनासिब (Reasonableness), स्वच्छतापूर्ण (Fairness) र निष्पक्षता (Impartiality) को मान्य विधिशास्त्रले स्वीकार गर्न सक्दैन भन्ने कुरामा विवाद छैन। धारा ८९(ङ) ले जुन दलको उम्मेदवार भै सदस्य निर्वाचित भएको हो त्यस्तो दलले संघीय कानून बमोजिम निजले दल त्याग गरेको कुरा सुचित गरेमा संघीय संसदको सदस्यको स्थान रिक्त हुने व्यवस्था गरेको हो। यससँग सम्बन्धि संघीय कानून राजनीतिक दल सम्बन्धि ऐन, २०७३ को दफा ३४(१) ले संघीय संसद वा प्रदेश सभाको सदस्य रहेको दलको सदस्यले यस ऐन बमोजिम दल त्याग गरेमा वा निजलाई दलबाट निष्कासन गरिएमा त्यसको निर्णयसहितको सूचना सम्बन्धित संसदीय दलले सम्बन्धित सभाको सचिवालयलाई दिनुपर्ने प्रष्ट कानुनी व्यवस्था गरेको छ। धारा ८९(ङ) ले उल्लेख गरेको

"त्यस्तो दलले संघीय कानून बमोजिम दल त्याग गरेको सूचित गरेमा" भन्ने वाक्यांशले यसै कानूनी व्यवस्थाको संकेत गरेको हो।

राजनीतिक दल संवन्धी ऐन, २०७३ को दफा २८(१) मा विशिष्टिकृत गरिएका विषयहरूमा संघीय संसदको कुनै सदन वा प्रदेश सभामा हुने मतदानमा संसदीय दलका नेताको निर्देशन (ह्वीप) बमोजिम प्रस्तावको पक्ष वा विपक्षमा मतदान गर्नुपर्ने व्यवस्था गरेको छ। दफा ३२(२) अनुसार सम्बन्धित दलको केन्द्रीय समितिले त्यस्तो सदस्यलाई निष्कासन गर्नसक्ने र त्यसको सूचना संसद सचिवालयमा प्राप्त हुनुपर्ने व्यवस्था छ। दफा ३६ बामोजिम सभामुखले सम्बन्धित सदनलाई सूचना दिएपछि वा सम्बन्धित सभाको सूचना पाटिमा टाँस भएपछि मात्रै त्यस्तो सदस्यको स्थान रिक्त हुने व्यवस्था गरिएको छ। यी कुनै पनि प्रावधानहरूको प्रयोग नभै धारा ८९(ङ) आकृष्ट नै हुँदैन। फेरी संविधानको धारा ७६(५) को प्रयोजनको लागि यो आकृष्ट हुने व्यवस्थै छैन। ह्विप नै लाग्ने भए पनि खसालेको मत बदर नभै after-action को रूपमा यो ऐन प्रयोग हुने हो। संविधान, कानून र न्यायका मान्य सिद्धान्तहरूले स्थापित गरेका सारवान् र कार्यविधिगत कानूनको मान्य अवधारणाहरूलाई आत्मसात गरी कार्य गर्नु कुनै पनि कानूनी अख्तियारप्राप्त अधिकारीको प्राथमिक र आधारभूत दायित्व हो।

संवैधानिक सुशासन तथा वैधानिक संवैधानिक विश्वास:

संवैधानिक सुशासन तथा वैधानिक संवैधानिक विश्वास (Constitutional Governance and Legitimate Constitutional Trust) को सिद्धान्तले पनि यस्ता कार्यहरू असंवैधानिक मान्दछ।

संवैधानिक सुशासन तथा वैधानिक संवैधानिक विश्वासको सिद्धान्तलाई माथि उद्दृत *Govt. Of Nct Of Delhi vs Union Of India* को मुद्दामा निम्नानुसार न्यायिक सैद्धान्तकरण गरेको छः

> "The concept of constitutional governance in a body polity like ours, where the Constitution is the supreme fundamental law, is neither hypothetical nor an abstraction but is real, concrete and grounded. The word 'governance' encapsulates the idea of an administration, a governing body or organization whereas the word 'constitutional' means something sanctioned by or consistent with or operating under the fundamental organic law, i.e., the Constitution. Thus, the word 'governance' when qualified by the term 'constitutional' conveys a form of governance/government which adheres to the concept of constitutionalism. The said form of governance is sanctioned by the Constitution itself, its functions are consistent with the Constitution and it operates under the aegis of the Constitution.

वैधानिक संवैधानिक विश्वासका बारेमा सोही मुद्दामा निम्न बमोजिम उल्लेख छ :

> "It is essentially a discharge of a constitutional trust of which certain constitutional functionaries are collectively repositories. …The founding fathers expected that constitutional functionaries who derive their authority from the Constitution shall always remain sincerely obeisant to the Constitution."

धारा ७६(५) बमोजिम बहूमत सदस्यहरूको समर्थन लिई प्रधानमन्त्रीको दावी लिएको गएको अवस्थामा यस्तो वैधानिक दावीलाई अस्वीकार गर्ने गरि राष्ट्रपतिले गर्न मिल्दैन । यसरी अस्वीकार गर्ने काम कुनैपनि हालतमा संविधान सम्मत, संविधान संगत, संवैधानिक ईजलाशको माथि उल्लेखित नजिर तथा संवैधानिक सुशासन र विश्वासको सिद्धान्त प्रतिकुल हो । यसले लोकतन्त्रको मान्य सिद्धान्त बहुमतको शासन (Majority Rule) को सट्टा बहुमत माथि अल्पमतको शासन (Counter-Majoritorian Rue) को अवस्था परि लोकतन्त्र कै उपहासपूर्ण प्रयोग नेपाली जनताले व्यहोर्नु परिरहेको विडम्बनापूर्ण अवस्था आउन सक्छ ।

राष्ट्रपतिको व्यवहार यस्तो पक्षपातपूर्ण देखिएमा राज्यका उच्चतम् जिम्मवारीमा रहेका निकायहरूले संवैधानिक निष्पक्षता (Constitutional Objectivity) को संस्कार देखाउनुपर्ने भन्ने संवैधानिक विधिशास्त्रको पनि उपहाँस हुनजान्छ ।

भारतीय सर्वोच्च अदलातले *Govt. Of Nct Of Delhi vs Union Of India* कै मुद्दामा यो सिद्धान्तलाई निम्नानुसार न्यायिक स्थान दिएको छः

> ॅOur Constitution, in its grandness, resolutely embraces the theory of "checks and balances". This concept of checks and balances, in turn, gives birth to the principle of "constitutional objectivity". The Constitution expects the organs of the State adorned by high constitutional functionaries that while discharging their duties, they remain alive to the allegiance they bear to the Constitution. Neutrality as envisaged under the constitutional scheme should guide them in the performance of their duties and functions under the Constitution. This is the trust which the Constitution reposes in them.
>
> The founding fathers of our Constitution had a vision for our Nation whose ultimate aim was to make right the upheaval that existed before setting up of the Constituent Assembly. The concept of constitutional objectivity is, by itself, inherent in this vision and it is incumbent upon the organs of the State to make comprehensive efforts towards realization of this vision."

निष्कर्षः

माथिको विवेचनाबाट यो निष्कर्शमा पुग्न सकिन्छ कि संविधानको धारा ७६(५) भनेको धारा ७६ बमोजिमको अन्य सबै विकल्प सकेपछि प्रधानमन्त्री चयन गरि सरकार गठन गर्ने अन्तिम विकल्प हो । अतः यो सरकार गठन गर्ने प्रयास कै लागि बनेको व्यवस्था हो । राष्ट्रपतिले यो धाराबमोजिम सरकार गठन हुन सक्ने सम्भावनालाई बिल्कुलै वेवास्ता राजनीतिक दलको समर्थन खोजी सरकार गठन गर्न इन्कार गर्न सक्दैन । विवेचित आधार र कारण अनुसार राष्ट्रपतिले संविधान बमोजिमको अधिकार प्रयोग गर्दा सद्नियत (Good Faith) मा गरेको हुनु पर्दछ भन्ने पनि स्पष्ट भएको छ । दुई वा उम्मेदवारहरूको प्रधानमन्त्रीको दावी परिरहेको अवस्थामा सबै पक्षहरूले पेश गरेका आधारहरूलाई स्वच्छ र निष्पक्ष तरिकाले छानविन गरि संविधानले दिएको विश्वासको सिद्धान्त समेतको पालना गरि उचित निकास दिनुपर्नेमा राष्ट्रपतिको संवैधानिक कर्तव्य हुन्छ । यस विपरित कुनै पनि पक्षपातपूर्ण काम कारवाही भएमा सोबाट राष्ट्रपति संविधानको पालना र संरक्षण गर्नुपर्ने प्राथमिक संवैधानिक कर्तव्यबाट मात्र च्युत नभै उल्लेखित संवैधानिक निष्पक्षता (Consitutional Objectivity) को सिद्धान्तसमेतबाट विमुख हुने देखिन्छ ।